

Volume 15, Nomor 2 : November 2015

*P*erspektif **HUKUM**

Fakultas Hukum
Universitas Hang Tuah Surabaya
2015

Oheo K. Haris

Pembadanan Prinsip Kepemerintahan yang Baik (Good Governance) dalam Penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) (Studi Kasus di Sulawesi Tenggara).....129-146

Bambang Ariyanto

**Tinjauan Yuridis Pembubaran Organisasi Kemasyarakatan
.....147-167**

Yelia Natasya Winstar, Devie Rachmat Ali Hasan R

Upaya Perubahan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia166-183

Kamarudin

Tinjauan Yuridis Partisipasi Masyarakat dalam Proses Pembentukan Undang-Undang184-203

Muhammad Azani

Praktik Akad Gadai dengan Jaminan Lahan /Sawah dan Gadai Emas di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak Berdasarkan Hukum Islam204-217

Dita Birahayu

Penyelesaian Yuridis Tentang Penyadapan sebagai Bagian dari Kegiatan Spionase yang Dikategorikan dalam Pelanggaran Kekebalan Diplomatik.....218-240

Hasan Basri

Pembiayaan Mudarabah di Pt. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru Berdasarkan Hukum Islam241-256

Fransiska Kristina Siswanto

Implementasi Perlindungan Hak Anak Pengidap Penyakit HIV/AIDS.....257-269

Pembadanan Prinsip Kepemerintahan yang Baik (Good Governance) dalam Penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) (Studi Kasus di Sulawesi Tenggara)

Oheo K. Haris

Fakultas Hukum Universitas Halu Oleo Kendari Sulawesi Tenggara

Abstract: *This work is aimed at exploring appropriate method in embodying and applying the principle of good governance in managing strategic resources, i.e in issuing mining license. Governing this mining actually has crucial matters in order to underpin a huge value as well as benefit toward the economic growth and sustainable development. This effort is importance to prevent maladministration, corruption, and the deterioration of environmental quality that may block the sustainable development. This maladministration in issuing mining license has created complexity and overlap administrative decisions, either at the vertical or horizontal. At the vertical level the tension, conflicted, and overlapped administrative decision could be seen between central and local government, whereas at horizontal level, conflicted decision could be seen at sectoral department. For that reason, this work offers an appropriate method in integrating and embodying the principle of good governance, such as transparency, carefulness, and proportionality in issuing mining license. The application of this method may create a holistic and integrated policy in managing and optimizing collective strategic resources for the greatest benefit for greatest number of people.*

Keywords: *good governance, mining license.*

Abstrak: Karya ini ditujukan pada pendalaman metode yang tepat dalam membadankan dan menerapkan prinsip pemerintahan yang baik dalam pengelolaan sumber-sumber yang strategis seperti halnya penerbitan izin usaha pertambangan (IUP). Pengelolaan tambang ini mempunyai peranan penting dalam memenuhi kebutuhan hidup orang banyak. Pengelolaan ini juga mempunyai peranan penting dalam memberikan nilai tambah secara nyata kepada pertumbuhan ekonomi nasional dan pembangunan daerah secara berkelanjutan. Usaha ini adalah sangat penting dalam mencegah maladministrasi, korupsi, dan keburukan kualitas lingkungan yang mungkin dapat menghentikan suatu perkembangan yang berkelanjutan. Maladministrasi dalam penerbitan izin pertambangan telah menciptakan kerumitan dan keputusan yang tumpang tindih, baik di tataran vertikal dan horisontal. Di tataran vertikal, pertentangan, konflik dan keputusan yang tumpang tindih dapat dilihat antara pemerintah pusat dan daerah, sementara pada tataran level horisontal, keputusan yang bertentangan dapat dilihat pada departemen sektoral. Dengan alasan tersebut, karya ini menawarkan suatu metode yang tepat dalam membadankan dan mengintegrasikan prinsip pemerintahan yang baik, seperti prinsip kepastian hukum, transparansi, kecermatan, dan proporsional dalam penerbitan izin pertambangan. Aplikasi metode tersebut dapat menciptakan suatu holistik dan kebijakan yang diintegrasikan dalam menerbitkan izin pertambangan dan mengoptimalkan sumber strategi kolektif untuk keuntungan yang besar bagi kehidupan manusia.

Kata kunci: *good governance, Ijin Usaha Pertambangan.*

Pendahuluan

Sumber daya alam di Indonesia secara luas telah menjadi suatu kekayaan dan kemakmuran bangsa yang terdiri atas minyak, gas dan pertambangan yang menyebar luas di wilayah negara Indonesia. Bagaimana pun, sumber daya alam di Sulawesi Tenggara secara signifikan telah mengangkat perkembangan yang berkelanjutan dan menciptakan keuntungan sosial masyarakat¹.

Menurut Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014, mengenai Pemerintahan Daerah (PEMDA), pemerintah daerah secara luas telah di berikan suatu kekuasaan agar dapat mengatur pelayanan publik dan mengendalikan beberapa sumber potensi termasuk sumber pertambangan. Di samping itu, ketentuan dasar dan prosedur penerbitan izin pertambangan (merujuk sebagai IUP) juga telah di atur melalui Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009, tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Pada intinya, Pemda menciptakan keputusan administrasi yang sangat disyaratkan dapat mengelola dan mengusahakan potensi mineral dan batubara secara mandiri, andal, transparan, berdaya saing, efisien, dan berwawasan lingkungan, guna menjamin pembangunan nasional secara berkelanjutan².

Oleh karena penerbitan izin, disikresi adakalanya dapat menciptakan maladministrasi, korupsi, dan keburukan kualitas lingkungan yang mungkin dapat menghentikan suatu perkembangan yang berkelanjutan. Maladministrasi dalam pe-

nerbitan izin pertambangan telah menciptakan kerumitan dan keputusan yang tumpang tindih, baik di tataran vertikal dan horisontal. Di tataran vertikal, pertentangan, konflik dan keputusan yang tumpang tindih dapat dilihat antara pemerintah pusat dan daerah, sementara pada tataran level horisontal, keputusan yang bertentangan dapat dilihat pada departemen sektoral. Dengan alasan tersebut, dalam rangka untuk menentukan batas-batas lingkup dan roadmap yang tepat, karya ini menawarkan suatu metode yang tepat dalam membadankan dan mengintegrasikan prinsip pemerintahan yang baik, seperti prinsip transparansi, kecermatan, dan proporsional dalam penerbitan izin pertambangan.

Pengelolaan dan pengawasan sumber daya alam yang tak terbarukan termasuk mineral dan batubara adalah kewenangan dan tanggungjawab pejabat berwenang yang sesuai amanat peraturan perundang-undangan³. Pengelolaan tambang ini mempunyai peranan penting dalam memenuhi kebutuhan hidup orang banyak. Di samping itu, pengelolaan ini

¹ As mentioned on *The 1945 Constitution of the Republic of Indonesia*, chapter XIV, article 33. As amended by the First to fourth Amendment. It is mentioned on paragraph three "The land, the waters and the natural resources within shall be under the powers of the State and shall be used to the greatest benefit of the people."

² Ibid.

³ Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD NRI 1945 yang kemudian melahirkan Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan dan Mineral Batubara. Selanjutnya terkait kewenangan diatur dalam UUD NRI 1945:

Pasal 33 ayat (2): Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.

Pasal 33 ayat (3): Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Pasal 28 H (1): Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal dan mendapatkan lingkungan hidup baik sehat dan serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.

Pasal 28 I (4): Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.

juga mempunyai peranan penting dalam memberikan nilai tambah secara nyata kepada pertumbuhan ekonomi nasional dan pembangunan daerah secara berkelanjutan. Untuk memenuhi pengelolaan dan pengawasan ini, maka dibutuhkan mekanisme dan instrumen hukum yang baik yakni izin usaha pertambangan.

Dalam hal pengelolaan hasil tambang tersebut dapat saja menuai masalah, khususnya terkait dengan pemberian izin usaha pertambangan yang dapat berimplikasi pelanggaran hukum. Salah satu dari pelanggaran adalah perbuatan maladministrasi⁴ yang dapat berimplikasi tindak pidana. Maladministrasi mempunyai konsekuensi hukum yang harus dipertanggungjawabkan baik tanggung jawab pribadi maupun tanggung jawab jabatan. Selain itu, maladministrasi merupakan reaksi negatif dan perilaku yang mengabaikan norma-norma hukum bagi pejabat berwenang. Salah satu contoh perbuatan maladministrasi yang berimplikasi tindak pidana adalah penyalahgunaan wewenang dalam menerbitkan tumpang-tindih izin tambang seperti halnya Izin Usaha Pertambangan (IUP), Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK), dan Izin Pertambangan Rakyat (IPR). Perbuatan tersebut dilakukan oleh sejumlah oknum pejabat di pemerintahan daerah dan sejumlah pengusaha, sehingga mengakibatkan

kan penyalahgunaan wewenang dan mengganggu jalannya investasi pertambangan. Oleh karena itu, apabila terdapat suatu kesalahan dan kesengajaan dalam pengelolaan pertambangan sebagai aset negara, maka akan terjadi pula perbuatan maladministrasi.

Terkait dengan itu, pendapat Tatiek Sri Djatmiati⁵ mengemukakan maladministrasi tidak sekedar menjadi salah satu parameter ada tidaknya kesalahan pribadi atau kesalahan jabatan, akan tetapi juga untuk menentukan perbuatan maladministrasi dalam tindakan pemerintah menjadi tanggung jawab jabatan atau menjadi tanggung jawab pribadi dan tanggung jawab ini dapat dikenakan dengan sanksi pidana yakni penyalahgunaan wewenang dan tindak pidana kourpsi. Bila hal ini diabaikan, maka secara tidak langsung akan merugikan perekonomian negara dan kehidupan masyarakat.

Tinjauan Indriyanto Seno Adji⁶ menyimpulkan bahwa yang dapat diberikan secara garis besar tentang perkembangan dan permasalahan hukum pidana administratif atau hukum administratif pidana (*Administrative Penal Law*) terhadap hukum pidana khusus yang internal. *Administrative Law* maupun *Administrative Penal Law* (*verwaltungs-*

⁴ Secara konsep, Maladministrasi belum dapat di definisikan dengan tepat (Sir Edmun Compton dalam Tatiek Sri Djatmiati). Namun Menurut UU No. 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia, Maladministrasi adalah perilaku atau perbuatan melawan hukum, melampaui wewenang, menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari yang menjadi tujuan wewenang tersebut, termasuk kelalaian atau pengabaian kewajiban hukum dalam penyelenggaraan pelayanan publik yang dilakukan oleh Penyelenggara Negara dan pemerintahan yang menimbulkan kerugian materiil dan/atau immateriil bagi masyarakat dan orang perseorangan.

⁵ Tatiek Sri Djatmiati, 2010, "Maladministrasi dalam Konsteks Kesalahan Pribadi dan Kesalahan Jabatan, Tanggung Jawab Pribadi dan Tanggung Jawab Jabatan", dalam *Hukum Administrasi dan Good Governance*, Jakarta: Penerbit Universitas Trisakti, hal. 85.

⁶ Indriyanto Seno Adji, 2014, *Administrative Penal Law* (Ke Arah Konstruksi Pidana Limitatif), Disampaikan sebagai Sumbangsih Tulisan untuk Pelatihan Pidana & Kriminologi dengan Topik "Asas Asas Hukum Pidana & Kriminologi Serta Perkembangannya Dewasa Ini" pada pada hari Minggu sampai dengan Kamis, tanggal 23 Februari-27 Februari 2014, di *The Rich Hotel*, Yogyakarta, hal. 25.

strafrecht) merupakan regulasi dan produk legislasi adalah semua produk berupa perundang-undangan (dalam lingkup) hukum administrasi yang memiliki sanksi pidana. Oleh karenanya segala produk legislasi yang demikian, seperti undang-undang ketenagalistrikan, kehutanan, kepabeanan, keuangan, pajak, lingkungan hidup, telekomunikasi, perikanan, **pertambangan**, dan lain-lain merupakan produk yang dinamakan *Administrative Penal Law* sepanjang memang ada ketentuan yang mengatur sanksi pidananya dan *Administratif Penal Law* dari sisi fungsi hukum pidana, dimaknai sebagai hukum pidana bersifat khusus ekstra perundang-undangan pidana.

Berdasarkan prinsip-prinsip di atas, studi ini diarahkan pada suatu pertanyaan; Apa saja faktor-faktor penyebab maladministrasi dalam mengatur dan menerbitkan izin pertambangan?

Dengan demikian, latar belakang permasalahan di atas adalah merupakan buruknya tata kelola di sektor pertambangan dapat mengakibatkan kerugian. Kerugian yang dimaksud bukan saja kerugian aset negara termasuk kerugian keuangan negara, tetapi juga kerugian di sektor lingkungan yang dapat menghambat pembangunan berkelanjutan *sustainable development*. Selain itu, aplikasi metode tersebut dapat menciptakan suatu holistik dan kebijakan yang diintegrasikan dalam menerbitkan izin pertambangan dan mengoptimalkan sumber strategi kolektif untuk keuntungan yang besar bagi kehidupan manusia.

Bahan dan Metode Penelitian

Dalam penulisan ini terdapat beberapa isu hukum antara lain; membadanan dan mengintegrasikan prinsip pemerintahan yang baik, seperti prinsip trans-

paransi, kecermatan, dan proporsional dalam penerbitan izin pertambangan. Tujuan penelitian ini adalah menemukan prinsip transparansi, kecermatan, dan proporsional dalam penerbitan izin pertambangan.

Metode karya ini terbagi dalam tipe penelitian dan pendekatan masalah. Tipe penelitian yaitu mengacu pada penelitian hukum (*legal research*). Karakteristik penelitian hukum yakni mencari kebenaran pragmatik yang mana suatu kebenaran didasarkan pada kesesuaian antara yang ditelaah dengan aturan yang ditetapkan. Peter Mahmud Marzuki⁷ mengatakan bahwa penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, dan doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Hal tersebut sesuai dengan karakter preskriptif dari ilmu hukum⁸. Selanjutnya pendekatan masalah yakni sesuai dengan teori. Lanjut dalam pandangannya bahwa suatu penelitian menggunakan beberapa pendekatan sebagai satu kesatuan yang utuh, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*)⁹.

Pembahasan

Prinsip Transparansi

Prinsip transparansi terhadap penerbitan izin pertambangan telah menjadi persyaratan keputusan administrasi. Hal ini menegaskan bahwa pemerintah harus memiliki komitmen yang kuat. Tidak hanya kerja transparansi harus dilibatkan,

⁷ Peter Mahmud Marzuki, 2013, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Cetakan ke-8, Jakarta: Penerbit Kencana Prenada Media Group, hal. 93.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, hal. 35.

tetapi juga prinsip partisipasi yang mampu secara akurat yang dapat dinilai serta informasi yang cukup dan memadai. Menurut Addink menyebutkan bahwa:

Pemerintah harus mampu mempertanggungjawabkan tindakan-tindakannya, dan hal ini akan sulit diwujudkan apabila pemerintah memiliki “monopoli” atas informasi yang tersedia. Warga negara orang-perorang harus dapat mengetahui informasi yang disimpan mengenai dirinya untuk memeriksa ketetapan dan kesesuaian penggunaannya. Penyingkapan informasi bagi publik diharapkan akan lebih meningkatkan pembuatan keputusan¹⁰.

Agar dapat mengintegrasikan dan membadankan prinsip pemerintahan yang baik, secara inisiatif Pemda mampu mengajak semua warga masyarakat terutama dalam pemahaman persetujuan kesepakatan bersama antara pemerintah dan masyarakat setempat seperti halnya konsensus. Dengan begitu, hal tersebut dapat dianggap sebagai bagian dari menciptakan suatu holistik dan kebijakan yang terintegrasi dalam mengatur dan mengoptimalkan sumber-sumber strategis kolektif bagi keuntungan yang besar untuk jumlah yang besar bagi masyarakat.

Hakikat Kewenangan Pemerintah (Discretionary Power) dalam Pemberian IUP

Hakikat dan kepastian hukum dalam menentukan adanya inisiatif suatu pemerintah adalah memastikan dalam tindakan tersebut adanya suatu prinsip legalitas hukum. Tentunya pelaksanaan tersebut terdapat suatu akibat yang secara

makna mengarah pada suatu kepastian hukum. Dengan demikian bahwa tindakan kebebasan pemerintah tersebut sangat dimungkinkan oleh hukum dan memenuhi unsur dari diskresi pemerintah atau *ermessen*¹¹.

Dalam penjelasan Philipus M. Hadjon¹² menegaskan bahwa diskresi dalam kepustakaan hukum administrasi istilah yang sering digunakan adalah kekuasaan bebas. Dalam praktek sering terdengar istilah kebijakan atau kebijaksanaan. Sebagai perbandingan diketengahkan istilah yang digunakan dalam berbagai sistem hukum administrasi. Dari paparan tersebut istilah diskresi selayaknya dipopulerkan sesuai dengan Hakikat diskresi seperti terurai sebagai berikut: Hukum administrasi Inggris: *discretionary power*, hukum administrasi Jerman: *Ermessen* (bukan “*Freies Ermessen*”), *discretionarie bevoegheden*, hukum administrasi Belanda: *Vrij bevoegdheid*. Berdasarkan esensi dari istilah dan konsep-konsep tersebut, dalam Rancangan Undang-undang tentang Administrasi Pemerintah digunakan istilah diskresi¹³.

Sebagai tambahan bahwa Hakikat istilah diskresi digunakan sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden bevoegdheid*). Esensi: ada pada pilihan (*choice*) untuk melakukan tindakan pemerintahan. Pilihan berkaitan dengan; (a) rumusan norma, misalnya – tersangka dapat ditahan..... dalam keadaan tertentu

¹⁰ P. Craig, 2006, *EU Administrative Law*, hal. 350.

¹¹ Bega Ragawino, 2006, *Hukum Administrasi Negara*, Universitas Padjadjaran Bandung, hal. 42. Dalam penjelesannya Unsur-unsur *Ermessen*; (a) Dilakukan untuk kepentingan umum/kesejahteraan umum; (b) Dilakukan atas inisiatif administrasi Negara itu sendiri; (c) Untuk menyelesaikan masalah konkret dengan cepat yang timbul secara tiba-tiba; dan (d) Tindakan itu dimungkinkan oleh hukum.

¹² *Op.cit.*, hal. 14-15.

¹³ *Op.cit.*

tu..... seharusnya..... sepatutnya....., dan demi kepentingan umum.....dan lain-lain; (b) kondisi faktual, misalnya – bencana dan keadaan darurat dan lain sebagainya¹⁴.

Terkait dengan perizinan, semangat peraturan perundang-undangan yang memberikan “*support*” kepada negara sebagai penyelenggara negara telah mencerminkan dan mengefisiensikan suatu pelaksanaan roda pemerintahan, hanya terdapat pertanyaan, apakah roda pemerintahan tersebut telah sesuai dengan teori-teori tentang penyelenggaraan negara.

Pada tataran norma, penyelenggaraan negara dalam konteks penegakkan hukum tidak dapat dipungkiri bahwa penegakkan tersebut harus mengacu pada moral hukum itu sendiri serta merupakan pula bagian dari suatu intrinsik hukum¹⁵. Sebab, moral hukum inilah yang menjadi tonggak atau dasar pada penegak hukum (*law enforcer*). Apabila penegakan hukum itu tanpa moral, maka akan pasti tercipta suatu kegagalan penegakkan itu sendiri. Dalam hal ini Fuller menegaskan bahwa: *the morality of law, eight ways to fail to make law*:

1. *Failure to make rules public to those required to observe them;*
2. *Failure to establish rules at all, leading to absolute uncertainty;*
3. *Improper use of retroactive law-making;*
4. *Failure to make comprehensible rules;*
5. *Making rules which contradict each other;*

6. *Making rules which impose requirements with which compliance is impossible;*
7. *Changing rules so frequently that the required conduct becomes wholly unclear;*
8. *Discontinuity between the stated content of rules and their administration in practice*¹⁶.

Meskipun demikian secara teori terdapat teori hukum sebagai dasar ratio legis dari suatu penyelenggaraan negara dalam rangka membangun dan merekonstruksi suatu pelaksanaan pemerintahan, sehingga dengan adanya teori hukum tersebut dapat memetakan batasan-batasan serta menempatkan pada kesesuaian norma hukum yang telah ada. Menurut Bruggink dalam Sukardi¹⁷ memaparkan bahwa terdapat dua cabang teori hukum, yaitu:

1. Teori hukum sebagai teori tentang hukum positif, yang mempelajari aspek-aspek di luar yang menjadi obyek dogmatik hukum. Tujuannya semata-mata teoritik yaitu mengolah masalah-masalah umum berkenaan dengan hukum positif. Obyeknya tidak hanya hukum nasional tertentu. Contoh obyek teori hukum: pengertian hukum, definisi hukum, sifat norma hukum, sistem hukum dan keberlakuan hukum.(teori hukum kontemplatif).
2. Teori hukum tentang dokmatik hukum dan teori-teori tentang kegiatan-

¹⁶ Lon L. Fuller, 1964, *The Morality of Law, (Eight Ways To Fail To Make Law)*, USA: Yale University Press. Sumber, www.yalepress.yale.edu/book. Diakses Tanggal 20 September 2014.

¹⁷ J.J.H. Bruggink, 1999, *Refleksi tentang Hukum*, Alih Bahasa Arief Sidharta, Bandung: PT Citra Aditya Bakti. Dalam Tatap Muka Mata Kuliah Teori Hukum oleh Dr. Sukardi, SH., M.H, Magister Ilmu Hukum FH UA.

¹⁴ *Op.cit.*

¹⁵ Peter Mahmud Marzuki, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum*, Penerbit Prenada Media Group, Jakarta, hal. 50.

kegiatan yang terkait pada pembentukan hukum dan penemuan hukum (teori hukum empirik)¹⁸.

Lain pula pokok-pokok pemikiran yang dikembangkan Hans Kelsen dalam Jimly Asshiddiqie¹⁹ yakni terdapat tiga masalah utama tentang teori hukum, negara, dan hukum internasional. Namun yang menjadi sorotan dalam makalah tersebut adalah teori umum yang mana meliputi dua aspek, yaitu aspek statis (*nomostatics*) yang melihat perbuatan yang diatur oleh hukum, dan aspek dinamis (*nomodinamic*) yang melihat hukum yang mengatur perbuatan tertentu. Friedmann mengungkapkan dasar-dasar esensial dari pemikiran Kelsen sebagai berikut: (a) Tujuan teori hukum, setiap ilmu pengetahuan, adalah untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan menjadi kesatuan; (b) Teori hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengenai hukum yang seharusnya; (c) Hukum adalah ilmu pengetahuan normatif, bukan ilmu alam; (d) Teori hukum sebagai teori tentang norma-norma, tidak ada hubungannya dengan daya kerja norma-norma hukum; (e) Teori hukum adalah formal, suatu teori tentang cara menata, mengubah isi dengan cara yang khusus. Hubungan antara teori hukum dan sistem yang khas dari hukum positif ialah hubungan apa yang mungkin dengan hukum yang nyata. Lebih lanjut, apa yang disebut dengan *The Pure Theory of Law*, mendapatkan tempat tersendiri karena berbeda dengan dua kutub pendekatan yang berbeda antara mazhab hukum alam dengan

positivisme empiris. Beberapa ahli menyebut pemikiran Kelsen sebagai “jalan tengah” dari dua aliran hukum yang telah ada sebelumnya²⁰.

Dalam kasus yang ditemukan dapat digambarkan bahwa Pemda dengan tanpa persetujuan masyarakat menerbitkan izin pertambangan pada beberapa perusahaan tambang tanpa pemberitahuan resmi pada masyarakat lokal. Pada perkara yang sedang dibicarakan adalah kasus No. 02/G/2010/PTUN-K di (Pengadilan Tata Usaha Negara), di mana keputusan Pemda (sebagai tergugat) telah mengeluarkan izin dengan Nomor 407, pada 31 Desember 2008, mengenai Persetujuan Pencadangan Wilayah Pertambangan P.T Panca Logam Nusantara (Perusahaan Tambang), untuk melakukan kegiatan Eksplorasi di wilayah/lokasi yang terletak di Kecamatan Rarowatu Utara, Kabupaten Bombana Provinsi Sulawesi Utara seluas 2000 Ha bekerja sama dengan Kepala Dinas Pertambangan Kabupaten Bombana. Akibat penerbitan izin tambang, wilayah eksplorasi dan eksploitasi, telah lama dikuasai oleh perusahaan tambang.

Pada pokok perkara, Tergugat, diungkapkan beberapa pelanggaran antara lain: (a) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2008, menggantikan Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004, yang menyebutkan tanah yang dikelola yang dijalankan oleh perusahaan, harus dimiliki sebagai tanah negara. Dan Bupati mewakili negara. Dengan arti, Bupati mempunyai diskresi dalam penerbitan izin pertambangan. Sebagai tambahan, Tergugat memegang bukti fotocopi Surat Resmi dari Pemangku Adat.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Penerbit Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, hal. 8-9.

²⁰ *Ibid.*

Sebaliknya, masyarakat lokal (Penggugat), betapapun, secara tegas mengklaim bahwa wilayah tambang adalah milik mereka. Menurut mereka, cukup jelas dengan menunjukkan beberapa bukti-bukti, bukan saja melanggar prinsip transparansi, tetapi juga secara bertentangan melanggar Pasal 3, Undang-undang Nomor 18 Tahun 2008, tentang Keterbukaan Informasi Publik yang menyatakan: (a) menjamin hak warga negara untuk mengetahui rencana pembuatan kebijakan publik, program kebijakan publik, dan proses pengambilan keputusan publik, serta alasan pengambilan suatu keputusan publik; (b) mendorong partisipasi masyarakat dalam proses pengambilan kebijakan publik; (c) meningkatkan peran aktif masyarakat dalam pengambilan kebijakan publik dan pengelolaan Badan Publik yang baik; (d) mewujudkan penyelenggaraan negara yang baik, yaitu yang transparan, efektif dan efisien, akuntabel serta dapat dipertanggungjawabkan. Bukti lain: Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara Pasal 8 c. pemberian IUP dan IPR, pembinaan, penyelesaian konflik masyarakat dan pengawasan usaha pertambangan operasi produksi yang kegiatannya berada di wilayah kabupaten/kota dan/atau wilayah laut sampai dengan 4 (empat) mil.

Dari putusan pengadilan, hakim menolak tuntutan Penggugat (masyarakat lokal) dan menyatakan menolak gugatan penggugat untuk seluruhnya setidaknya tidaknya dinyatakan tidak dapat diterima, (*Niet Ontvankelijke Verklard*). Whereas, mengenai dasar pemikiran, pendapat Hakim *ratio decidendi*), adalah bahwa Penggugat tidak dapat membuktikan hak-hak tanah komunal. Hal ini dapat ditegas-

kan, apakah masyarakat lokal telah lama mendiami tanah di wilayah pertambangan tersebut. Demikian, sebagaimana disebutkan dalam Ketentuan Peraturan Menteri Negara Agraria/ Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999, tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat Khususnya Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 5 ayat (2); terbukti bahwa di wilayah hukum Kabupaten Bombana tidak ada tanah Hak Ulayat yang dikuasai oleh masyarakat hukum adat. Disisi lain, putusan pengadilan mengatakan bahwa Keputusan Bupati adalah diterima seluruhnya.

Prinsip Kecermatan

Prinsip ini mengisyaratkan suatu tindakan kecermatan agar dapat menghindarkan dari kerugian masyarakat. Bagaimanapun, bukan saja pemikiran sehat yang diharapkan, tetapi juga dasar yang disepakati oleh semua pihak untuk mencapai solusi yang memperhatikan semua kebutuhan masyarakat seperti memperoleh perlakuan yang layak, merespon cepat dalam menanggapi keluhan-keluhan, dan kepantasan dalam meneruskan beberapa informasi khususnya dalam proses pembuatan kebijakan.

Kuntjoro Purbopranoto menunjukkan, sebelum membuat kebijakan, pemerintah harus memunculkan penelitian yang semuanya relevan pada semua fakta-fakta khususnya dalam mendengarkan, mempertimbangkan serta akibat-akibat hukum dan kemudian memasukan ke dalam kebijakan pemerintah.

Menurut Addink prinsip kehati-hatian dapat dibedakan menjadi aspek formal dan aspek substantif. Kehati-hatian substantif berarti suatu keseimbangan yang hati-hati diantara kepentingan-kepentingan. Sedangkan dalam kehati-

hatian formal, langkah-langkah dalam prosedur membuat perintah adalah sebagai berikut: (a) perlakuan, (b) riset, (c) konsultasi, dan (d) publikasi²¹.

Pemberian Izin Pertambangan dalam Perspektif Hukum Administrasi

Instrumen hukum dalam hal ketentuan pertambangan telah diatur dalam undang-undang Nomor 11 Tahun 1967, dimana kedudukan hukum pemerintah belum sebanding dengan para investor. Namun dengan berlakunya Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 yang secara keseluruhan pemerintah Indonesia dapat mengelola sumber daya alam diseluruh wilayah Indonesia. Dengan demikian, kedudukan hukum pemerintah telah menjadi lebih tinggi dibandingkan dengan investor lokal, asing, dan Badan Usaha Milik Negara.

Mengenai konteks izin, terdapat beberapa ahli dalam hal memaknai suatu izin. N. M. Spelt dan Ten Berge²² mengemukakan bahwa izin adalah suatu persetujuan dari penguasa berdasarkan undang-undang atau peraturan pemerintah, dalam keadaan tertentu menyimpang dari ketentuan larangan suatu peraturan perundang-undangan. Lebih lanjut dijelaskan bahwa pengertian izin dibedakan dalam arti sempit dan luas. Izin dalam arti sempit yaitu perkenaan dari penguasa untuk orang yang memohonnya untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu yang sebenarnya dilarang, tentunya hal tersebut menyangkut perkenaan bagi suatu tindakan yang demi kepentingan umum mengharuskan pengawasan khusus atasnya. Adapun tujuannya adalah mengatur suatu tindakan yang oleh para legis-

lator yang menganggap bahwa pemberian izin tidak seluruhnya dianggap melakukan perbuatan tercela, tetapi disisi lain pemerintah/penguasa menghendaki dapat melakukan pengawasan sekedernya. Sedangkan izin dalam arti luas adalah suatu tindakan yang dilarang terkecuali diperkenankan dengan tujuan agar dalam ketentuan-ketentuan yang bersangkutan dengan perkenaan dapat dengan teliti diberikan batas-batas tertentu bagi tiap kasus. Namun dari pengertian tersebut, terdapat persoalan dengan izin tersebut yakni persoalannya bukan hanya dalam hal pemberian perkenaan dalam keadaan khusus, tetapi juga agar tindakan-tindakan dalam hal pemberian izin dilakukan dengan cara tertentu yang seyogyanya diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan.

Tatiek Sri Djatmiati²³, dalam hasil disertasi, mengemukakan bahwa izin merupakan instrumen yang biasa dipakai dalam bidang hukum administrasi, maksud tujuan tersebut adalah mempengaruhi warga negara agar supaya hendak mengikuti cara yang dianjurkan guna mencapai tujuan yang konkrit. Konsep tersebut sependapat dengan Suparto Wijoyo²⁴ bahwa izin merupakan "*legal means*" yang terbanyak digunakan dalam hukum administrasi. Pemerintah mempergunakan izin yakni sebagai sarana yuridis untuk mengendalikan tingkah laku warga negara. Lebih lanjut bahwa izin merupakan persetujuan dari penguasa berdasarkan peraturan perundang-undangan

²¹ G.H. Addink et al, *Op.Cit*, hal. 47.

²² Philipus M.Hadjon, (penyunting), N.M Spelt dan Ten Berge, *op.cit*, hal. 2.

²³ Tatiek Sri Djatmiati, 2004, *Prinsip Izin Usaha Industri di Indonesia*, Disertasi, Universitas Airlangga, hal. 1.

²⁴ Petrus A.Gultom, *Penyalahgunaan Wewenang Oleh Pemerintah Daerah Yang Berimplikasi Tindak Pidana di Bidang Pertambangan*, *loc.cit*, hal. 46.

untuk dalam keadaan tertentu menyimpang dari ketentuan-ketentuan larangan.

Berdasarkan pendapat para sarjana di atas maka pengertian izin adalah sebagai berikut:

1. Izin merupakan tindakan pemerintah yang berdasarkan undang-undang dan peraturan per-undang-undangan;
2. Izin merupakan instrumen dalam hukum administrasi yang bertujuan mengatur kegiatan dalam kehidupan masyarakat suatu negara;
3. Izin merupakan persetujuan dari pemerintah untuk kegiatan yang menurut undang-undang adalah dilarang;
4. Akibat hukum dari izin adalah memberikan keuntungan bagi pemohon izin yaitu warga negara untuk melakukan perbuatan tertentu yang sebenarnya dilarang²⁵.

Dari sisi perundang-undangan sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 angka 7 Undang undang Nomor 4 Tahun 2009 menyebutkan:

Izin usaha pertambangan, yang selanjutnya disebut IUP, adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan.

Definisi IUP diatas adalah izin untuk mengelola usaha pertambangan. Usaha tersebut temaktub dalam Pasal 1 angka 6 Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009:

Usaha pertambangan adalah kegiatan dalam rangka pengusahaan mineral atau batubara yang meliputi tahapan kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi, penambangan, pengelolaan dan pemurnian, pengangkutan dan penjualan, serta pasca tambang.

Berdasarkan pengertian izin menurut Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 dengan membandingkan pengertian izin

menurut beberapa para ahli, maka unsur-unsur dari izin usaha pertambangan adalah:

1. Izin yang diberikan oleh negara dalam hal ini pemerintah dan pemerintah daerah menurut Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009;
2. Tujuan pemberian izin adalah untuk mengatur pengelolaan sumber daya alam berupa mineral dan batubara di wilayah negara Republik Indonesia;
3. Izin yang diberikan oleh pemerintah dan pemerintah daerah yang mempunyai akibat hukum bagi pemegang izin yaitu dalam rangka pengusahaan mineral dan batubara yang meliputi tahapan kegiatan penyelidikan umum, eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi, penambangan, pengelolaan dan pemurnian, pengangkutan dan penjualan, serta pasca tambang²⁶.

Dengan demikian, pemberian izin itu adalah kewenangan pemerintah atau penguasa dalam rangka melindungi kepentingan warga negara dalam rangka menuju tindakan konkrit walaupun menyimpang dari ketentuan-ketentuan yang dilarang.

Dalam kasus berikut, Nomor 01/G/2010/PTUN-KDI (Pengadilan Tata Usaha Negara), dan digambarkan para pihak yang berpekara antara beberapa masyarakat (Penggugat) dan Bupati (Tergugat I) dan Perusahaan Tambang (Tergugat II). Dalam permohonan perkara penggugat (*Petitum*) adalah untuk mencabut Surat Keputusan (SK) dan menyatakan ilegal (tidak sah) SK Nomor 340a/04/11/2008) mengenai Izin Usaha Eksplorasi Pertambangan dan Izin Operasi Khusus Pertambangan.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

Di dalam kasus perkara, Bupati, dalam mengeluarkan izin pertambangan, telah menetapkan tanpa suatu studi riset terhadap lokasi pertambangan, seperti tidak adanya studi kelayakan, tidak adanya analisa lingkungan, dan tidak adanya publikasi. Makadari itu, Bupati secara bertentangan melanggar Pasal 3 dan 20 (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960, tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, pasal 2 dan pasal 4 ayat (1) huruf a, Peraturan Menteri Negara Agraria Kepala Badan Pertahan Nasioanl Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Adat, pasal 5 ayat (3) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan, dan pasal 39 ayat (1) dan ayat (2) huruf l dan huruf q (dalam hal penyelesaian sengketa dan mengakui keberadaan hak ulayat), Undang-Undang RI No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara; Pemberian Izin Eksplorasi Pertambangan Bahan Galian Emas.

Walaupun Pemerintah Daerah telah menunjukkan bantahan melalui beberapa bukti, tetapi mereka secara jelas ditolak dengan pertimbangan bahwa keberatan Tergugat adalah penyanggahan yang tidak beralasan. Oleh karena itu, putusan pengadilan menetapkan untuk menerima gugatan banding Penggugat, sementara Hakim tetap menolak bantahan Tergugat.

Prinsip Proporsionalitas

Asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam kepustakaan Indonesia, secara umum bersumber pada hukum administrasi Belanda. Pengelompokan asas-asas tersebut pada umumnya sebagai berikut:

1. Kelompok asas-asas umum pemerintahan yang baik bersifat formal sehubungan dengan proses persiapan pembentukan keputusan.
2. Kelompok asas-asas umum pemerintahan yang baik yang bersifat formal sehubungan dengan motivasi terbitnya keputusan.
3. Asas-asas umum pemerintahan yang baik bersifat material sehubungan dengan isi keputusan²⁷.

Menurut Undang-undang Nomor 28 Tahun 1999, tentang Penyelenggaraan Pemerintahan yang Bersih dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme, Pasal 3 poin 5, prinsip proporsionalitas adalah prinsip yang secara jelas memberikan suatu keseimbangan antara hak dan kewajiban. Hal ini di perkuat oleh Addink yang menyatakan Prinsip proporsionalitas ini digunakan dalam konteks sanksi-sanksi administrasi (individual maupun umum) dan lebih luas lagi dalam pengertian suatu keseimbangan yang benar antara cara dan tujuan.²⁸

Pemerintah, dalam menerbitkan izin pertambangan, seharusnya menghormati prinsip proporsional. Tentu prinsip ini harus diperhatikan bahwa mengambil tindakan harus seimbang dengan tujuannya, khususnya mengenai perlindungan masyarakat dengan dasar pemikiran bahwa harus di sesuaikan untuk mencapai tujuannya²⁹.

²⁷ Sjafriz Nugraha et.al, 2007, *Administrative Law*, Center for Law and Good Governance Studies (CLGS) FH UI, hal. 35.

²⁸ Addink, et.al, *Loc.Cit*, hal. 34.

²⁹ Takis Tridimas, "Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny", dalam Evelyn Ellis (ed.), 2000, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, hal. 6.

Peraturan Kebijakan (*Beleidsregel*)

Konsep Dasar Peraturan Kebijakan

Peraturan kebijakan (*beleidsregel*) yang dimaksud dalam bahasan ini, adalah suatu peraturan umum tentang pelaksanaan wewenang pemerintahan terhadap warga negara yang ditetapkan berdasarkan kekuasaan sendiri oleh instansi pemerintahan yang berwenang. Lahirnya *beleidsregel* ini dari adanya kewenangan bertindak bebas (*freies ermessen*) dari pejabat pemerintahan. Namun kemudian dalam perkembangannya, baru disadari bahwa *beleidsregel* itu *is niet anders* dari *freies ermessen*. *Beleidsregel* tidak lain dari *freies ermessen* atau *discretionary power* dalam wujud tertulis dan dipublikasi ke luar. Diberi label “peraturan” karena *beleidsregel* mengikat bagaikan kaidah hukum (*legal norm*). Tentu saja cakupan penggunaan *beleidsregel* hanya pada sebatas *bestuursgebeid* atau lapangan administrasi.

Peraturan kebijakan (*beleidsregel*) dimaksud menurut J.H. van Kreveld, terdiri berbagai macam bentuk, antara lain:

- a) *beleidslijnen* (garis-garis kebijaksanaan)
- b) *het beleid* (kebijaksanaan)
- c) *voorschriften* (peraturan-peraturan)
- d) *richtlijnen* (pedoman-pedoman)
- e) *regelingen* (petunjuk-petunjuk)
- f) *circulaires* (surat edaran)
- g) *resoluties* (resolusi-resolusi)
- h) *aanschrijvingen* (instruksi-instruksi)
- i) *beleidnota's* (nota kebijaksanaan)
- j) *reglemen ministriële* (peraturan-peraturan pemerintah)
- k) *beschikkingen* (keputusan-keputusan)

- l) *enbekenmakingen* (pengumuman-pengumuman)³⁰.

Dilihat dari segi bentuk atau format, letak dan kekuatan mengikatnya, terdapat perbedaan dan persamaan antara peraturan kebijakan (*beleidsregel*) dan peraturan perundang-undangan (*regeling*). Perbedaan dan persamaan tersebut dapat dilihat dari beberapa segi, antara lain:

- a) Segi bentuk dan formatnya peraturan kebijakan (*beleidsregel*) sering diketemukan sama dengan peraturan perundang-undangan (*regeling*), meliputi konsideran, dasar hukum, substansi (batang tubuh) yang terdiri dari bab-bab, pasal-pasal, dan penutup.
- b) Segi letaknya dalam ilmu hukum, untuk peraturan kebijakan (*beleidsregel*) masuk pada obyek kajian hukum Administrasi, karena peraturan kebijakan lahir dari adanya wewenang pemerintahan, sedangkan peraturan perundang-undangan dapat digolongkan ke dalam Hukum Tata Negara sepanjang berkaitan dengan Peraturan Daerah (Perda) yang dibuat oleh DPRD dengan persetujuan Kepala Daerah.
- c) Segi mengikatnya, untuk peraturan perundang-undangan mengikat secara umum, sedangkan peraturan kebijakan yang dikeluarkan dalam bentuk keputusan tidak mengikat secara umum, kerana pejabat atau badan yang mengeluarkan keputusan tidak memiliki kewenangan mengatur, namun demikian dalam praktek dan kenyataannya dewasa ini banyak keputusan yang bersifat mengatur dan mengikat secara umum.

³⁰ Lihat dalam J.H. Kriveld, 1983, *Beleidsregel in het Recht*, Kluwer-Deventer, hal. 3, dan lihat juga dalam Ridwan AR, *op.cit*, hal. 137-139.

- d) Segi sumber pembentukannya, untuk peraturan perundang-undangan (*regeling*) bersumber dari fungsi legislatif, sedangkan peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*) bersumber dari fungsi eksekutif.
- e) Segi uji materiil, untuk peraturan perundang-undangan (*regeling*) melalui Mahkamah Konstitusi untuk Undang-undang terhadap UUD dan melalui Mahkamah Agung untuk peraturan dibawah undang-undang terhadap undang-undang, sedangkan peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*) melalui Peradilan Administrasi (Tata Usaha Negara).

Ciri-Ciri Peraturan Kebijaksanaan

Menurut van Kreveld³¹ ciri-ciri peraturan kebijaksanaan yaitu:

- a. Peraturan itu baik secara langsung atau tidak langsung tidak didasarkan pada undang-undang dasar atau pada undang-undang.
- b. Peraturan itu:
 - 1. Tidak tertulis dan tidak terjadi oleh serangkaian keputusan instansi pemerintah yang berdiri sendiri dalam rangka menyelenggarakan kewenangan pemerintahan yang tidak terikat;
 - 2. Ditetapkan dengan tegas secara tertulis oleh suatu instansi pemerintah.
- c. Peraturan itu pada umumnya menunjukkan bagaimana suatu instansi pemerintah akan bertindak dalam menyelenggarakan kewenangan pemerintahan yang tidak terikat terhadap setiap orang dalam situasi sebagaimana dimaksud dalam pertatura itu.

Di sisi lain Bagir Manan³² merumuskan ciri-ciri peraturan kebijaksanaan, antara lain:

- a) Peraturan kebijaksanaan bukan merupakan peraturan perundang-undangan;
- b) Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijaksanaan;
- c) Peraturan kebijaksanaan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid*, karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan untuk membuat keputusan peraturan kebijaksanaan tersebut;
- d) Peraturan kebijaksanaan di buat berdasarkan *freies ermessen* dan ketiadaan wewenang administrasi bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan;
- e) Pengujian terhadap peraturan kebijaksanaan lebih diserahkan pada *doelmatigheid* dan karena itu batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang layak;
- f) Dalam praktek di beri format dalam berbagai bentuk dan jenis aturan, yakni keputusan, instruksi, surat edaran, pengumuman dan lain-lain, bahkan dapat dijumpai dalam bentuk peraturan.

Peraturan Kebijaksanaan dalam Praktik

Suatu kenyataan dalam praktik, bahwa banyak peraturan kebijaksanaan yang dibuat dan mengikat secara hukum terhadap warga masyarakat, sehingga peraturan kebijaksanaan sama halnya dengan peraturan perundang-undangan.

³¹ *Ibid.*

³² Bagir Manan, 1994, Makalah dengan Topik "Peraturan Kebijaksanaan", Jakarta, hal. 16-17.

Jika kenyataan tersebut yang berkembang dan digunakan sebagai landasan berfikir, maka akan menjadi tepat apa yang dikatakan oleh A. Hamid Attamimi³³ dalam memetakan persamaan antara peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijaksanaan yang sama-sama berlaku keluar, ditujukan kepada masyarakat umum, dan mengikat secara umum, karena masyarakat yang terkena peraturan itu tidak dapat berbuat lain kecuali mengikutinya. Dengan demikian peraturan kebijaksanaan yang umum sifatnya berkembang menjadi mengikat secara umum dan ditujukan kepada umum. Perkembangan yang terjadi ini sebagai permasalahan yang menarik untuk dikaji lebih lanjut.

Pada kasus berikut, dapat dijelaskan pada para pihak antara Perusahaan Tambang (Penggugat) dan Bupati (Tergugat) melalui kasus yang terdaftar, Nomor 3/G.TUN/2001/PTUN-K di (Pengadilan Tata Usaha Negara). Penggugat mengajukan perkaranya ke pengadilan dengan menuntut bahwa Bupati telah menerbitkan izin pertambangan Nomor 25/2001/10-01-20011, dan itu adalah Keputusan yang ilegal dan harus dibatalkan. Karena hal itu bertentangan dengan pasal 119 poin a, b, dan c, Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009, tentang Izin Pertambangan yang mendefinisikan IUP atau IUPK dapat dicabut oleh Menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya apabila:

(a) Pemegang IUP atau IUPK tidak memenuhi kewajiban yang ditetapkan

dalam IUP atau IUPK serta peraturan perundang-undangan;

(b) Pemegang IUP atau IUPK melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini; atau

(c) Pemegang IUP atau IUPK dinyatakan pailit.

Dalam pokok perkara, bupati secara tegas membuat izin tumpang tindih dalam mengeluarkan keputusan administratif. Mereka (Penggugat) mengklaim bahwa Bupati telah melakukan melakukan kesewenang-wenangan dan kesepakatan kolusi yang mengacu pada SK Gubernur, No.540/23, mengenai zona tumpang tindih IUPK, 4 Januari 2011. Karena itu, keputusan itu jelas-jelas bertentangan dengan prinsip proporsional di mana terdakwa melakukan tindakan ketidakseimbangan pada penerbitan izin pertambangan, yang tidak memiliki keputusan yang sah, konsistensi dan saran, penghargaan, pemberitahuan keputusan, perlindungan data, dan tanggapan terhadap permintaan untuk informasi, bahkan dua lembaga itu bersekongkol yang menyebabkan penyalahgunaan kekuasaan³⁴.

Kesimpulan

Beranjak dari isu hukum yang merupakan pokok masalah yang kemudian dianalisa melalui pembahasan, maka penelitian ini dapat diambil beberapa kesimpulan dari tiga prinsip diatas, sebagai faktor-faktor akar penyebab mal-administrasi, dapat disimpulkan bawa akibat kebebasan bertindak pemerintah khususnya dalam menerbitkan izin pertambangan, diskresi harus diidentifikasi terlebih dahulu melalui karakteristik yang terdiri dari kewenangan formal, prosedur

³³ A. Hamid Attamimi, 1993, "Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijaksanaan", *Makalah Pidato Purna Bhakti*, Fakultas Hukum UI, Jakarta, tanggal 20 September 1993, hal. 12.

³⁴ Addink, et.al, *Loc.Cit*, hal. 123.

yang ada, dan konten tugas. Karakter tersebut, bagaimanapun, harus diuji apakah penggugat memiliki kepentingan sebagaimana yang disyaratkan dalam Pasal 53 (1) Undang-undang Nomor 9 Tahun 2004 (yang menggantikan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986, tentang Pengadilan Tata Usaha Negara. Selanjutnya, dalam pandangan Indroharto, pemahaman "kepentingan" memiliki tiga makna yaitu: (a) kepentingan yang diartikan sebagai nilai yang dilindungi oleh hukum, (b) tujuan untuk mencapai sebuah proses, yang berarti, orang yang terlibat harus memiliki tujuan gugatan ke pengadilan. Akhir kata, kepentingan di sini harus memiliki pengungkapan yang memadai dan alasan sepadan serta mempunyai dasar hukum. Secara teoritis disebutkan pada prosedur hukum yang terkenal: "*Point d'interet, point d'action*" yang berarti "Tidak ada tujuan, tidak ada gugatan".

Berdasarkan beberapa kesimpulan di atas, dengan penelitian ini dapat dituangkan beberapa saran sebagai berikut:

1. Seyogyanya pemerintah provinsi tidak monopoli kewenangan yang mengakibatkan monopoli, perlunya adanya pengaturan dan pedoman dalam pembagian keuntungan hasil pertambangan (*sharing fee*) sebagaimana dalam UU No. 28 Tahun 2009. Berikut dasar pertimbangan: (a) Pemerintah provinsi sebagai penyeimbang dalam rangka mengurangi konflik kewenangan, perlunya membentuk peraturan daerah (PERDA) tentang pembagian antara pemerintah provinsi dan pemerintah kabupaten/kota; (b) Perlunya sosialisasi kepada kepala daerah tentang maladministrasi sebagaimana diatur dalam UU No. 30

Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

2. Perlunya pengawasan secara ketat terhadap terhadap pelaksanaan ketentuan maladministrasi sebagaimana diatur dalam UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dan UU No. 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman RI.
3. Penegasan terhadap unsur kesalahan dalam pasal 165 adalah: (a) Unsur kesengajaan yang bersifat maladministrasi dalam pemberian izin usaha pertambangan, (b) Unsur kealpaan yang dituangkan ke dalam rumusan delik, (c) Ketentuan pidana dalam UU No. Tahun 2009 dikualifikasi dalam konteks *administrative penal law* dengan dasar bahwa rumusan pasal 165 sesungguhnya berkarakter Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN). Pemberian IUP menyatu atau melekat pada dengan kekuasaan dan kewenangan pejabat berwenang, (d) ketentuan pidana di bidang pertambangan adalah penjeratan hukum *punishment* sebagai upaya saran terakhir *ultimum remedium*. Oleh karena itu, hukuman harus dianggap sebagai penjamin utama *prime guarantor* bukan sebagai pengancam utama *prime threatener*.

Daftar Bacaan

- The 1945 Constitution of the Republic of Indonesia.
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah.
- Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pokok Pertambangan Mineral dan Batubara.

- Peraturan Menteri Sumber Daya Mineral Nomor 7 Tahun 2012.
- Peraturan Menteri Sumber Daya Mineral Nomor 17 Tahun 2010.
- Peraturan Menteri Sumber Daya Mineral Nomor 28 Tahun 2009.
- Peraturan Menteri Sumber Daya Mineral Nomor 34 Tahun 2009.
- Keputusan Gubernur Nomor 435, Tanggal 26 Juli 2010.
- Keputusan Bupati Nomor 407, Tanggal 31 December 2008.
- Keputusan Bupati Nomor 342, Tanggal 5 November 2008.
- Addink, G.H, et al, 2010, *Human Rights and Good Governance*, Holland: Universiteit Utrecht.
- Adji, Indriyanto Seno, 2014, *Administrative Penal Law* (Kearah Konstruksi Pidana Limitatif), Disampaikan sebagai Sumbangsih Tulisan untuk Pelatihan Pidana & Kriminologi dengan Topik “Asas Asas Hukum Pidana & Kriminologi Serta Perkembangannya Dewasa Ini” pada pada hari Minggu sampai dengan Kamis, tanggal 23 Februari-27 Februari 2014.
- Attamimi, A. Hamid, 1993, “Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan-sanaan”, *Makalah Pidato Purna Bhakti*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, tanggal 20 September 1993.
- Asshiddiqie, Jimly dan Safa’at, M. Ali, 2006, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Jakarta: Penerbit Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Bruggink, J.J.H., 1999, *Refleksi tentang Hukum*, Alih Bahasa Arief Sidharta, Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Djatmiami, Tatiek Sri, 2010, “Maladministrasi dalam Konsteks Kesalahan Pribadi dan Kesalahan Jabatan, Tanggung Jawab Pribadi dan Tanggung Jawab Jabatan”, dalam *Hukum Administrasi dan Good Governance*, Jakarta: Penerbit Universitas Trisakti.
- , 2004, “Prinsip Izin Usaha Industri di Indonesia”, *Disertasi*, Universitas Airlangga.
- Fuller, Lon L., 1964, *the Morality of Law, (Eight Ways To Fail To Make Law)*, USA: Yale University Press.
- Gultom, Petrus A., 2009, “Penyalahgunaan Wewenang Oleh Pemerintah Daerah Yang Berimplikasi Tindak Pidana di Bidang Pertambangan”, *Tesis*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga.
- Hadjon, Philipus M., 2007, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Edisi Revisi, Surabaya: Peradaban.
- Indroharto, 2009, *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Buku II, Beracara di PTUN, Jakarta: Aditya.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2013, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Cetakan ke-8, Jakarta: Penerbit Kencana Prenada Media Group.
- Nugraha, Sjafri, et.al, 2007, *Hukum Administrasi*, Jakarta: Center for Law and Good Governance Studies

(CLGS) Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Ragawino, Bega, 2006, *Hukum Administrasi Negara*, Bandung: Universitas Padjadjaran.

Tridimas, Takis, 2000, "Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny", dalam Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing.

Tinjauan Yuridis Pembubaran Organisasi Kemasyarakatan

Bambang Ariyanto

Fakultas Hukum Universitas Hang Tuah Surabaya

Abstract: Law No. 8 of 1985 only recognizes two forms of legal entity for the social organizations i.e. associations and foundations; while pursuant to Law No. 17 of 2013 on Social Organizations, there are four legal entity forms of the social organizations, namely (1) social organizations with legal entity of associations, (2) social organizations with legal entity of foundations, (3) social organizations with legal entity of foreign foundations, and (4) social organizations that are not legal entity. Four forms of the legal entity have different procedures for establishing, requirements, validating. The legal issue is whether the differences of the legal entity will affect the procedures for dissolving the organizations. Through normative research it is found that dissolving the organizations pursuant to Law No. 17 of 2013 is held through the legal procedures. The organizations may be dissolved by a binding court decision. The procedures for dissolving the organizations are also not simple. The first punishment is given as a written warning for three times. If it is ignored, then the punishment could be a suspension of grants, temporary suspension of the activity. The temporary suspension is conducted for 6 months and shall be permitted by the Supreme Court. If a verdict has permanently been published, a status of the legal entity can be revoked. The revocation is held within 30 days.

Keywords: freedom of association, social organizations, legal entity.

Abstrak: Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 hanya mengenal dua bentuk badan hukum bagi ormas, yakni perkumpulan dan yayasan. Sedangkan dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan ada empat bentuk badan hukum ormas, yakni (1) Ormas dengan badan hukum Perkumpulan, (2) Ormas dengan badan hukum Yayasan, (3) Ormas dengan badan hukum Yayasan Asing, dan (4) Ormas yang tidak berbadan hukum. Empat bentuk badan hukum ini memiliki tata cara pendirian, persyaratan, pengesahan yang berbeda-beda. Persoalannya, apakah perbedaan masing-masing badan hukum dari ormas ini akan mempengaruhi mekanisme pembubaran dari ormas. Melalui penelitian yuridis normatif, dihasilkan bahwa pembubaran organisasi kemasyarakatan berdasarkan UU No. 17 Tahun 2013 melalui mekanisme legal formal. Ormas bisa dibubarkan dengan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap. Tata cara pembubaran ormas juga tidak sederhana. Sanksi awal diberikan peringatan tertulis sebanyak tiga kali. Apabila sanksi ini tidak dihiraukan maka sanksi bisa berubah penghentian bantuan hibah, penghentian sementara kegiatan. Sanksi penghentian sementara dilakukan selama 6 bulan dan harus seizin dari Mahkamah Agung. Apabila sudah keluar keputusan hukum yang tetap, maka pencabutan status badan hukum bisa dilakukan. Pencabutan ini dilakukan dalam jangka waktu 30 hari.

Kata kunci: kebebasan berserikat, organisasi kemasyarakatan, badan hukum.

Pendahuluan

Indonesia adalah negara hukum. Hal ini jelas tertuang dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil amandemen keempat (selanjutnya disebut UUD 1945). Salah satu perwujudan dari negara hukum adalah adanya jaminan konstitusional terhadap hak asasi manusia. Jaminan konstitusional ini tertuang dalam Pasal 28A hingga Pasal 28J UUD 1945. Pencantuman Hak Asasi Manusia dalam pasal-pasal UUD 1945 dan termuat secara tegas dalam sebuah bab tersendiri merupakan sebuah perjuangan yang cukup panjang.¹

Secara yuridis formal, upaya untuk mengakui dan melindungi Hak Asasi Manusia sebenarnya sudah muncul pada Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (selanjutnya disebut UU HAM). Hal ini dilatarbelakangi karena selama lima puluh usia Republik Indonesia, telah terjadi berbagai kejadian yang merugikan hak-hak asasi manusia. Mulai dari penangkapan yang tidak sah, penculikan, penganiayaan, perkosaan, penghilangan paksa, perusakan tempat ibadah, penyerangan pemuka agama beserta keluarganya serta penya-

lahgunaan kekuasaan oleh pejabat publik dan aparat negara.² Harapannya dengan berlakunya UU HAM ini, seluruh aparatur pemerintah menghormati, menegakkan dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat.

Pengaturan secara tegas Hak Asasi Manusia dalam Undang-Undang dan UUD 1945 sebenarnya menjadi tolok ukur bagi aparatur negara, pemerintah dan masyarakat untuk tidak melakukan pelanggaran HAM, baik pelanggaran yang sifatnya vertikal (dari negara ke masyarakat) atau sifatnya horizontal (masyarakat melanggar hak masyarakat lain). Ironisnya, pelanggaran Hak Asasi Manusia yang terjadi kurang lebih sepuluh tahun reformasi ini, justru dilakukan aktor non negara (individu maupun kelompok masyarakat) sendiri dengan membawa isu yang bermacam-macam. Salah satu isu yang sering dikemukakan adalah mengenai kebebasan beragama. Dalam hal ini, masyarakat menilai pemerintah kurang tegas dan terkesan melakukan pembiaran terhadap pelaku kekerasan yang mengatasnamakan organisasi massa terhadap pemeluk agama lain.³

¹ Pencantuman Hak Asasi Manusia dalam UUD 1945 mengalami pasang surut. Hal ini tidak lepas dari dinamika yang terjadi dalam ketatanegaraan pemerintahan di Indonesia, yang harus mengalami tiga kali pergantian UUD, yakni dari UUD 1945 ke Konstitusi RIS 1945. Lalu pada tahun 1950, menjadi UUD Sementara 1950, dan lagi pada tahun 1959 melalui Dekrit Presiden, berlaku kembali UUD 1945. Dari sejumlah pergantian tersebut, UUD RIS 1945 dan UUDS 1950 pernah memuat secara komprehensif jaminan HAM yang secara umum diadopsi dari pasal-pasal HAM yang ada dalam Universal Declaration of Human Rights 1948. Lihat: Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Indonesia, Dari UUD 1945 sampai dengan Amandemen UUD 1945* Tahun 2002, Penerbit Prenada Media Group, Cetakan ke-4, April 2012, hal. 10.

² Lihat Penjelasan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

³ Data Wahid Institute dan Setara Institute selama tahun 2010-2012 menunjukkan bahwa kebebasan beragama di Indonesia semakin memburuk. Hal ini bisa dilihat pada data Wahid Institute yang menyatakan bahwa jumlah pelanggaran pada tahun 2010 mencapai 184 kasus, dan meningkat pada tahun 2011 menjadi 267 kasus. Tahun 2012 meningkat menjadi 278 kasus. Hal ini berbanding lurus dengan data Setara Institute yang mencatat adanya kenaikan lebih dari 200 kasus terhadap pelanggaran kebebasan beragama.³ Korban terbanyak dari pelanggaran kebebasan beragama ini adalah kelompok Ahmadiyah dan Kristen. Sedangkan korban di kalangan Syiah menunjukkan peningkatan dalam dua tahun terakhir. Jelasnya bisa lihat di Laporan Infid *Kebebasan Beragama Tahun 2010-2012*, hal. 3.

Setara Institute menemukan bahwa sebagian besar pelaku pelanggaran adalah aktor non negara yang terdiri dari individu maupun kelompok masyarakat yang tergabung dalam organisasi atau forum-forum masyarakat. Organisasi Masyarakat yang teridentifikasi adalah Front Pembela Islam (FPI). Namun, ada juga kelompok masyarakat/massa yang tergabung dalam kerusuhan massal, tetapi sulit dicari kedekatan afiliasinya dengan organisasi masyarakat.⁴

Tindakan yang dilakukan oleh aktor non negara, khususnya organisasi kemasyarakatan dengan menggunakan pola kekerasan dan pengerahan massa membuat masyarakat bertanya-tanya mengenai sanksi bagi para pelakunya. Apalagi beberapa kali pelaku yang menggunakan identitas sebagai organisasi kemasyarakatan tidak tersentuh oleh hukum. Meskipun pelaku-pelaku di dalam organisasi tersebut ditangkap, lalu ada yang diadili, tetapi keberadaan organisasi kemasyarakatan masih tetap berjalan. Hal inilah yang membuat maraknya tuntutan pembubaran terhadap Organisasi Kemasyarakatan (selanjutnya disebut Ormas) yang melakukan tindakan-tindakan kekerasan tersebut.

Tuntutan pembubaran Ormas yang bertindak anarkhis ini membuat pemerintah kebingungan untuk menindaklanjutinya. Hal ini menimbulkan kritik dari Anggota Komisi III DPR RI Taslim Chaniago. Ia menilai, sikap pemerintah yang tidak tegas terhadap ormas anarkhis telah membuat ormas anarkhis tersebut arogan.⁵

Ada beberapa alasan yang membuat pemerintah merasa kesulitan dalam mengambil sikap. *Pertama*, keberadaan ormas merupakan perwujudan dari hak kebebasan berserikat, berkumpul dan berpendapat sebagaimana diatur dalam Pasal 28E UUD 1945. Hal ini juga sesuai dengan UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia pada Pasal 24 ayat (2), yang menyatakan bahwa setiap warga negara atau kelompok masyarakat berhak mendirikan Partai Politik, Lembaga Swadaya Masyarakat, atau organisasi lainnya untuk berperan serta dalam jalannya pemerintahan dan penyelenggaraan negara sejalan dengan tuntutan perlindungan, penegakan dan pemajuan hak asasi manusia sesuai dengan ketentuan perundang-undangan. *Kedua*, meski Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 (selanjutnya disebut UU No. 8 Tahun 1985) mengatur mengenai pembubaran ormas, namun mekanisme pembubarannya tanpa melalui proses hukum.⁶ Artinya, pemerintah sebenarnya bisa secara tegas melakukan pembubaran Ormas yang anarkhis dengan keputusan dari pemerintah yang berlandaskan pada UU No. 8 Tahun 1985. Namun, hal itu tidak dilakukan karena pemerintah berusaha tidak bersikap otoriter dan ingin menyelesaikan pembubaran Ormas melalui mekanisme hukum. *Ketiga*, lemahnya *good will* dari pemerintah dan tidak tegasnya aparat keamanan menyikapi

⁴ Ibid, hal. 7.

⁵ <http://www.antaraneews.com/berita/Pemerintah-tak-Tegas,-FPI-Makin-Arogan>, diakses pada tanggal 4 Juli 2014 pukul 12.30 WIB.

⁶ Menurut Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 tentang Organisasi Kemasyarakatan, Organisasi Kemasyarakatan bisa dibekukan dan/atau dibubarkan apabila ormas melakukan kegiatan yang mengganggu keamanan dan ketertiban umum, menerima bantuan dari pihak asing tanpa persetujuan pemerintah, dan memberi bantuan kepada pihak asing yang merugikan kepentingan negara.

tindakan-tindakan hukum ormas yang anarkis tersebut.

Menyikapi situasi tersebut, Pemerintah bersama dengan DPR sepakat mengundang Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan. UU Ormas ini menggantikan UU No 8 Tahun 1985 yang sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan dan dinamika bermasyarakat, bermasyarakat dan bernegara. Pertumbuhan jumlah Ormas, sebaran dan jenis kegiatan Ormas dalam kehidupan demokrasi makin menuntut peran, fungsi dan tanggung jawab Ormas untuk berpartisipasi dalam upaya mewujudkan cita-cita nasional bangsa Indonesia. Disinilah konsekuensi penting untuk membangun sistem pengelolaan Ormas yang memenuhi kaidah ormas yang sehat, mandiri, transparan, profesional dan akuntabel.

Dari uraian sebagaimana tertuang dalam bagian latar belakang, maka isu hukum utama yang akan dikaji dalam penelitian ini adalah: *Pertama*, apa syarat-syarat pendirian Organisasi Kemasyarakatan sesuai UU Organisasi Kemasyarakatan. *Kedua*, Bagaimana tata cara pembubaran Organisasi Kemasyarakatan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia?

Pembahasan

Pengertian Organisasi Kemasyarakatan

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, “organisasi” adalah kesatuan (susunan dan sebagainya) yang terdiri atas bagian-bagian (orang dan sebagainya) dalam perkumpulan untuk tujuan tertentu; kelompok kerja sama antara orang-orang yang diadakan untuk men-

capai tujuan bersama.⁷ Organisasi berasal dari bahasa Yunani, yaitu “Organon” dan istilah lain yaitu “Organum” yang berarti alat, bagian, anggota, atau badan. Sondang P. Siagian menyatakan bahwa organisasi dapat ditinjau dari tiga sudut pandang, yakni:

1. Organisasi sebagai wadah, yaitu tempat kegiatan-kegiatan administrasi dan manajemen dijalankan dan sifatnya adalah “relatif statis”;
2. Organisasi sebagai proses, yaitu interaksi antara orang-orang yang menjadi anggota organisasi dan sifatnya “dinamis”;
3. Organisasi sebagai kumpulan orang, yang tidak lain adalah organisasi sebagai wadah. Maksud dari organisasi sebagai wadah berarti : (a) organisasi sebagai penggambaran jaringan hubungan kerja dan pekerjaan yang sifatnya formal atas dasar kedudukan atau jabatan yang diperuntukkan untuk setiap anggota organisasi; (b) organisasi merupakan susunan hierarki yang secara jelas menggambarkan garis wewenang dan tanggung jawab; (c) organisasi merupakan alat yang berstruktur permanen yang fleksibel (dimungkinkan dilakukan perubahan) sehingga apa yang terjadi dan akan terjadi dalam organisasi relatif tetap sifatnya dan karenanya dapat diperkirakan.⁸

Menurut M. Manulang, organisasi itu mempunyai ciri-ciri antara lain:⁹

1. Adanya sekelompok orang;

⁷ Badudu-Zain, 1994, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, hal. 967.

⁸ Sondang P. Siagian, 1980, *Filsafat Administrasi*, Jakarta: Gunung Agung, hal. 68.

⁹ M. Manulang, 1983, *Dasar-Dasar Manajemen*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hal. 67.

2. Antarhubungan yang terjadi dalam suatu kerjasama yang harmonis; dan
3. Kerja sama didasarkan atas hak, kewajiban atau tanggung jawab masing-masing orang untuk mencapai tujuan.

Secara filosofis, kehadiran organisasi merupakan sebuah kebutuhan yang menyesuaikan dari karakteristik dari manusia sebagai *zoon politicon* atau makhluk sosial, yakni secara kodrati manusia tidak bisa hidup sendiri, dan harus hidup secara berkelompok. Dari kehidupan secara sosial dan berkelompok inilah, manusia mempunyai tujuan yang bisa dilakukan secara bersama-sama dengan melalui sebuah wadah atau organisasi. Di organisasi inilah dirumuskan mengenai ideologi, visi misi, tujuan, target dan program kerja agar organisasi bisa berjalan dengan baik. Hal ini berbanding lurus dengan pandangan Nia Kania Winayanti bahwa suatu organisasi secara hakiki harus memenuhi syarat antara lain:¹⁰

1. Adanya pendiri sebagai pemrakarsa terbentuknya suatu wadah organisasi tertentu;
2. Mempunyai anggota yang jelas, di mana para pemrakarsa biasanya sekaligus juga sebagai anggota organisasi yang bersangkutan;
3. Mempunyai landasan hukum internal organisasi, sebagai aturan main menjalankan organisasi yang disebut Anggaran Dasar dan Anggaran Rumah Tangga (AD/ART);
4. Adanya kepengurusan organisasi. Organisasi yang mempunyai struktur organisasi pada setiap tingkat wilayah

kepengurusan, dengan kewenangan tanggung jawab pada setiap tingkatan kepengurusan yang jelas;

5. Mempunyai arah kebijakan dan program kerja yang jelas, berlandaskan pada visi dan misi guna mencapai tujuan organisasi;
6. Mempunyai sistem kaderisasi dan regenerasi yang jelas, berlandaskan pada aspek moralitas, integritas, tanggung jawab, dan prestasi.

Sementara pengertian “kemasyarakatan” dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, berasal dari kata “masyarakat” yang berarti sejumlah manusia dalam arti seluas-luasnya dan terikat oleh suatu kebudayaan yang mereka anggap sama. Adapun “Kemasyarakatan” berarti perihal (mengenai) masyarakat. Kata “masyarakat” yang berarti kumpulan individu yang menjalin kehidupan bersama sebagai kesatuan yang besar, saling membutuhkan, memiliki ciri-ciri yang sama sebagai kelompok.¹¹

Dengan pengertian di atas tadi, organisasi kemasyarakatan merupakan wadah yang dibentuk sekelompok orang, yang mempunyai visi, misi, ideologi dan tujuan yang sama, mempunyai anggota yang jelas, mempunyai kepengurusan yang terstruktur sesuai hierarki, kewenangan, dan tanggung jawabnya masing-masing, dalam rangka memperjuangkan anggota dan kelompoknya dibidang mengenai/perihal kemasyarakatan seperti pendidikan, kesehatan, keagamaan, kepe-mudaan, dan lain-lain dalam arti kemasyarakatan seluas-luasnya.¹²

¹⁰ Nia Kania Winayanti, 2011, *Dasar Hukum Pendirian dan Pembubaran ORMAS (Organisasi Kemasyarakatan)*, Yogyakarta: Pustaka Yustisia, hal. 13-14.

¹¹ Baddudu-Zain, 1994, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, hal. 872.

¹² Nia Kania Winayanti, *Op.Cit*, hal. 15.

Secara lebih detail, Nia Kania Winayanti menggambarkan ciri organisasi kemasyarakatan yakni:¹³

1. Organisasi yang dibentuk oleh masyarakat dengan dasar sukarela;
2. Alat perjuangan dan pengabdian satu bidang kemasyarakatan tertentu atau lebih;
3. Sebagai wadah berekspresi anggota masyarakat dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara;
4. Kegiatannya bukan merupakan kegiatan politik, tetapi gerak langkah dan kegiatan dari setiap program organisasinya dapat mempunyai dampak politik.

Berdasarkan empat ciri organisasi kemasyarakatan tersebut, secara umum organisasi kemasyarakatan dapat dibagi menjadi dua kelompok, yaitu:¹⁴

1. Organisasi kemasyarakatan yang bergerak dalam satu bidang kekhususan. Organisasi kemasyarakatan yang termasuk dalam kelompok ini adalah organisasi profesi, seperti Persatuan Insinyur Indonesia (PII), Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI), Ikatan Dokter Indonesia (IDI), Ikatan Ahli Geologi Indonesia (IAGI), Himpunan Kerukunan Tani Indonesia (HKTI), dan lain-lain;
2. Organisasi kemasyarakatan yang bergerak dan/atau mempunyai kegiatan bidang kemasyarakatan lebih dari satu kekhususan, seperti Muhammadiyah, Nahdlatul Ulama (NU), Persatuan Islam (Persis), dan lain-lain. Dalam praktiknya organisasi keagamaan/dakwah juga bergerak dalam bidang kemasyarakatan lainnya seperti pen-

didikan, kesehatan dan persoalan-persoalan sosial lainnya.

Apabila dilihat dari kecenderungan/orientasi dari kiprah organisasi, secara sederhana konfigurasi organisasi kemasyarakatan di Indonesia mempunyai karakteristik:¹⁵

- a. Ormas yang merupakan *underbow* secara langsung maupun tidak langsung dari partai politik, seperti Musyawarah Kekeluargaan Gotong Royong (MKGR), yang umumnya pengurusnya adalah kader Partai Golkar.
- b. Ormas keagamaan seperti Nahdlatul Ulama (NU) dan Muhammadiyah.
- c. Ormas yang didasarkan pada komunitas etnis yang eksis di suatu wilayah, seperti Forum Betawi Rembug (FBR).
- d. Ormas yang berdiri berawal dari keprihatinan terhadap kondisi bangsa yang mengalami keterpurukan di berbagai bidang kehidupan, seperti Perhimpunan Nasional Indonesia (Pernasindo), Persatuan Indonesia, lalu Nasional Demokrat (Nasdem) yang akhirnya berubah menjadi partai politik.

Sementara itu, Rustam Ibrahim mengkategorisasikan organisasi masyarakat sosial (OMS) di Indonesia, terbagi dalam 19 (sembilan belas) jenis kelompok atau organisasi, yaitu:¹⁶

1. Kelompok atau organisasi petani dan nelayan;
2. Kamar Dagang dan Industri (Kadin), asosiasi-asosiasi pengusaha;

¹⁵ Ronald Rofiandri, *UU Ormas: Sejarah dan Implementasi*, makalah PSHK phsk.or.id/site/download.php?docid=5f5243e9e0f1dde42c0212368295ae17, diunduh pada 10 Juli 2013.

¹⁶ Rustam Ibrahim, 2008, "Upaya Peningkatan Kinerja Transparansi dan Akuntabilitas Ormas dan Lembaga Nirlaba Lainnya", *Makalah*, Jakarta, hal. 23.

¹³ *Ibid*, hal. 15-16.

¹⁴ *Ibid*, hal. 16.

3. Organisasi profesi, antara lain pengacara, dokter, insinyur, akuntan;
4. Serikat pekerja atau serikat buruh;
5. Badan Perwakilan Desa (BPD)/Dewan Kelurahan;
6. Kelompok-kelompok pengajian, antara lain majelis taklim dan paroki;
7. Organisasi seni dan budaya, seperti seni, musik, teater, film;
8. Koperasi, kelompok usaha bersama, kelompok simpan pinjam, seperti koperasi simpan pinjam;
9. Yayasan yang bergerak dalam bidang sosial kesehatan, antara lain yayasan yatim piatu, anak cacat, panti asuhan;
10. Kelompok-kelompok pendidikan seperti Komite Sekolah, persatuan orang tua murid dan guru (POMG);
11. Organisasi olah raga;
12. Organisasi pemuda/mahasiswa/ pelajar;
13. Organisasi kelompok-kelompok perempuan;
14. Organisasi non pemerintah advokasi (hak asasi manusia, demokrasi, lingkungan, organisasi pengawas publik);
15. LSM pembangunan (bergerak dalam pelayanan dan pembangunan masyarakat;
16. Organisasi berdasarkan kesukuan, etnis, dan masyarakat adat;
17. Organisasi yang bergerak dalam perlindungan hidup dan konservasi;
18. Organisasi sosial keagamaan (Nahdlatul Ulama, Muhammadiyah, Hizbut Tahrir, organisasi yang bernaung di bawah gereja, dan agama-agama lain);
19. Organisasi hobi, seperti klub pendaki gunung, pengumpul perangko.

Sementara itu, pengertian Organisasi Kemasyarakatan menurut Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 Pasal 1,

adalah organisasi yang dibentuk oleh anggota masyarakat warga Negara Republik Indonesia secara sukarela atas dasar kesamaan kegiatan, profesi, fungsi, agama, dan kepercayaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa untuk berperan serta dalam wadah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila¹⁷. Dalam penjelasan pasal tersebut menjelaskan bahwa salah satu ciri penting dari organisasi kemasyarakatan adalah kesukarelaan dalam pembentukan dan keanggotaannya.

Pengertian dari Organisasi Kemasyarakatan di dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 memiliki makna yang rancu. Rustam Ibrahim mengatakan pengertian tersebut sering diasosiasikan dengan organisasi massa atau organisasi yang mempunyai anggota yang cukup besar (*mass-based organizations*).¹⁷ Hal ini dipertegas juga di Pasal 5 huruf (a) dan (b) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 yang menyatakan bahwa organisasi kemasyarakatan merupakan penyalur kegiatan sesuai kepentingan anggotanya, termasuk wadah pembinaan dan pengembangan anggotanya dalam mewujudkan tujuan organisasinya. Artinya, organisasi kemasyarakatan yang dimaksud di dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 lebih menitikberatkan pada asas keanggotaan. Sedangkan pengaturan mengenai organisasi tanpa anggota sama sekali tidak diatur secara jelas dalam norma di Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985. Atas penafsiran inilah, menjadi alasan bagi sebagian besar Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) bahwa mereka tidak

¹⁷ Rustam Ibrahim, Beberapa Pokok Pikiran untuk Penyusunan RUU tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 tentang Organisasi Kemasyarakatan, dalam diskusi di Biro Polhukam dan Kesra Sekretariat Jenderal DPR-RI, 8 Februari 2011.

termasuk yang diatur dalam undang-undang tersebut sebab sebagian besar LSM di Indonesia berbentuk Yayasan (organisasi tanpa anggota) yang didirikan untuk kepentingan publik (*public interest*).¹⁸ Yayasan merupakan organisasi badan hukum yang tidak berdasarkan asas keanggotaan (*non-membership organization*).

Kerancuan dalam definisi atas Organisasi Kemasyarakatan ini berusaha diperbaiki dengan melakukan revisi atas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985. Revisi ini menghasilkan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan. Di Pasal 1 angka 1 menyebutkan Organisasi Kemasyarakatan adalah organisasi yang didirikan dan dibentuk oleh masyarakat secara sukarela berdasarkan kesamaan aspirasi, kehendak, kebutuhan, kepentingan, kegiatan dan tujuan untuk berpartisipasi dalam pembangunan demi tercapainya Negara Kesatuan Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila. Pengertian Ormas tersebut dimaksudkan untuk mewadahi semua organisasi atau lembaga yang dibentuk masyarakat dengan mengacu pada tiga pilar dasar, yakni kesamaan tujuan, kepentingan, dan kegiatan sebagai sarana untuk menyalurkan pendapat dan pikiran bagi anggota masyarakat dan meningkatkan keikutsertaan secara aktif seluruh lapisan masyarakat dalam mewujudkan masyarakat Pancasila berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945, dan sekaligus menjamin tercapainya tujuan nasional.

Definisi Organisasi Kemasyarakatan dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 ternyata masih bersifat umum. Artinya, semua wadah untuk berkumpul dan berserikat dianggap sebagai

ormas tanpa terkecuali. Hal ini membuat tidak adanya batasan yang tegas mengenai karakteristik dari organisasi kemasyarakatan. Ketidakjelasan dalam batasan atau definisi dari organisasi kemasyarakatan ini berusaha diperjelas melalui bentuk organisasinya, yakni berupa badan hukum atau tidak berbadan hukum.¹⁹ Hal ini sesuai dengan konsep badan hukum untuk organisasi-organisasi yang dikategorikan sebagai sektor nirlaba, yaitu perkumpulan (*association*) dan yayasan (*foundation*).²⁰ Untuk ormas berbadan hukum perkumpulan didirikan dengan berbasis anggota, sedangkan ormas berbadan hukum yayasan didirikan dengan tidak berbasis anggota.²¹

Pendirian Organisasi Kemasyarakatan

Pengaturan organisasi kemasyarakatan dalam bentuk badan hukum sebenarnya merupakan upaya dari pemerintah untuk mempermudah pendirian, pengawasan, pembinaan dan pembubaran terhadap organisasi kemasyarakatan. Dalam teori pertanggungjawaban hukum, suatu badan hukum (*rechstpersoon*) merupakan subjek hukum yang secara kewenangan dapat melakukan perbuatan hukum seperti halnya orang (*natuurlijk person*), walaupun perbuatannya hanya sebatas pada bidang hukum harta kekayaan.²²

¹⁹ Pasal 10 UU No. 17 Tahun 2013.

²⁰ Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Organisasi Kemasyarakatan, Badan Legislasi DPR RI, 2011, hal. 17.

²¹ Pasal 11 ayat (2) dan (3) UU No.17 Tahun 2013.

²² Untuk menentukan suatu kedudukan badan hukum harus memenuhi empat persyaratan yakni: (1) adanya harta kekayaan yang terpisah; (2) mempunyai kepentingan tersendiri; (3) mempunyai tujuan tertentu; (4) mempunyai organisasi yang teratur. Empat syarat itu penting untuk membedakan segala perbuatan hukum badan dengan manusia pengurusnya. Lihat Achmad Ali,

¹⁸ *Ibid.*, hal. 6.

Frasa bentuk badan hukum dalam organisasi kemasyarakatan adalah Yayasan dan Perkumpulan. Hal ini menunjukkan ruang lingkup dari badan hukum yang diatur berada dalam badan hukum privat (perdata) yang non profit, bukan berada dalam lingkup badan hukum publik.

Dari dua bentuk badan hukum organisasi kemasyarakatan yakni Perkumpulan dan Yayasan, hanya badan hukum perkumpulan yang pengaturannya belum diperbaharui sejak Indonesia merdeka dan pengaturannya sangat sedikit sekali. Landasan hukum badan hukum Perkumpulan ini masih tunduk pada hukum zaman penjajahan berdasarkan asas konkordasi (asas hukum yang menyatakan bahwa semua peraturan hukum di negara penjajah berlaku juga di negara jajahannya). Aturan perkumpulan itu ada di dalam KUHPperdata Buku III Bab IX tentang Perkumpulan, yaitu Pasal 1653 – 1665, kemudian diperbaiki dengan Staatsblad 1870 No.64 (Stb.1870-64) dan disempurnakan dengan Staatsblad 1939 No. 570 mengenai Perkumpulan Indonesia (*Inlandsche Vereniging*) (Stb. 1939-570) yang pada awalnya hanya berlaku untuk daerah Jawa Madura saja. Kemudian berdasarkan Staatsblad 1942 No. 13 jo No. 14 (Stb. 1942-13 jo 14) berlaku untuk seluruh wilayah Indonesia.

Badan Hukum Usaha Dagang (UD), Comanditer (CV), dan Firma, sampai saat ini landasan hukumnya masih tunduk pada ketentuan dalam KUHPperdata dan KUHDagang. Sementara untuk Perseroan Terbatas, Koperasi, Ormas, Parpol semuanya diatur dalam Undang-Undang, antara lain:

1. Badan hukum Perseroan Terbatas diatur dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007. Undang-Undang ini menggantikan Undang-Undang No 1 Tahun 2005 tentang Perseroan Terbatas.
2. Badan hukum Koperasi berlandaskan pada Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2012 tentang Perkoperasian.
3. Badan hukum Organisasi Kemasyarakatan yang diatur di Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan.
4. Badan Hukum Partai Politik yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik.
5. Badan hukum Yayasan yang diatur dengan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2004 tentang Yayasan.

Dengan beberapa kriteria di atas tadi, untuk menentukan pendirian suatu organisasi kemasyarakatan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku sangat ditentukan oleh bentuk dari organisasi kemasyarakatan tersebut. Dalam hal ini ada beberapa bentuk organisasi kemasyarakatan yang akan dibahas lebih mendalam di bagian ini, antara lain:

1. Ormas Berbadan Hukum Perkumpulan

Peraturan perundang-undangan dalam hukum positif Indonesia yang mengatur tentang perkumpulan masih memiliki kelemahan dan kekurangan. Salah satu kelemahan yang sangat penting adalah belum adanya definisi yang tegas dan jelas mengenai perkumpulan, sehingga menimbulkan interpretasi yang bias. Kekurangan lainnya adalah ketentuan perundang-undangan tentang perkumpulan masih menggunakan bahasa Belanda yang belum pernah diterjemah-

2011, *Menguak Tabir Hukum*, Edisi Kedua, Cetakan Ketiga, Jakarta: Ghalia Indonesia, hal. 175.

kan secara resmi, sehingga tidak menjamin kepastian hukum.

Perkumpulan (dalam arti sempit) diatur dalam Buku Ketiga, Bab Kesembilan Pasal 1653 sampai Pasal 1665 KUHPerdota, dan diatur lebih lanjut dalam Staatsblad 1870-64 tentang Kedudukan Badan Hukum dari Perkumpulan (*Rechstpersoonlijkheid van Vereenigingen*) dan dalam Staatsblad 1939-570 jo 717 tentang Perkumpulan Indonesia (*Inlandsche Vereeniging*). Dengan demikian, dikenal ketentuan perundang-undangan mengenai Perkumpulan yang berlaku bagi golongan Eropa dan Timur Asing (*KUHperd dan Staatsblad 1970-64*) dan Perkumpulan yang berlaku bagi golongan pribumi (*Staatsblad 1939-570 jo 717*).

Menurut konsideran dari Staatsblad 1939-570 jo 717 Perkumpulan Indonesia merupakan perkumpulan yang anggota-anggotanya hanya terdiri dari orang-orang dari golongan Pribumi, mengatur secara menyimpang dari Hukum Adat sekadar perlu untuk memenuhi kebutuhan sosial dan kepentingan umum dari masyarakat golongan Pribumi. Apabila ada orang pribumi menjadi anggota perkumpulan menurut Staatsblad 1870-64, maka hak dan kewajiban dari orang Pribumi itu akan tunduk pada Staatsblad 1870-64.²³

Perkumpulan yang diatur dalam Staatsblad 1870-64, memberikan ketentuan status badan hukum bagi suatu perkumpulan.²⁴ Namun, perkumpulan yang

dimaksud baik yang ada dalam Staatsblad 1870-64 dan KUHPerdota masih mengandung definisi secara luas. Definisi ini menyangkut apakah perkumpulan itu berbadan hukum, atau bukan badan hukum, lalu berorientasi pada laba maupun nir-laba.

Perkumpulan dalam arti luas sendiri sebenarnya secara parsial telah diatur dalam berbagai Undang-Undang, seperti Undang-Undang Perseroan Terbatas, Undang-Undang tentang Perkoperasian, Undang-Undang tentang Organisasi Masyarakat, Undang-Undang tentang Parpol, Undang-Undang tentang Advokat (yang mengatur juga organisasi profesi Advokat).²⁵ Dengan pengaturan yang parsial ini sebenarnya belum memberikan kejelasan dan ketegasan tentang makna dari perkumpulan itu sendiri. Rustam Ibrahim mengungkapkan bahwa perkembangan perkumpulan yang begitu pesat di Indonesia dengan beraneka ragam kegiatan tidak bisa lagi diatur dalam Staatsblad 1870-64 karena sudah tidak sesuai dengan keadaan. Dalam prakteknya banyak organisasi masyarakat sipil yang mengajukan permohonan untuk diakui sebagai badan hukum tidak dapat diproses karena tidak diatur oleh regulasi tersebut. Misalnya dalam membentuk organisasi payung (*umbrella organization*) yang terdiri dari asosiasi-asosiasi

perbutan pribadi para pengurusnya. Lihat di Pasal 8 Staatsblad 1870-64.

²⁵ Wirjono Prodjodikoro mengemukakan bahwa perkumpulan dalam arti luas merupakan berkumpulnya orang perseorangan atau orang-orang yang merasa mempunyai kepentingan, yang hanya atau mungkin dapat lebih memuaskan apabila mereka berkumpul dan bekerja sama satu dengan yang lain. Dalam konteks ini, perkumpulan yang berorientasi laba ada empat yakni: Perseroan Perdata (*maatschap*), Perseroan Firma (*Vennootschap onder firma*), Perseroan Komanditer (*Commanditaire Vennootschap*) dan Perseroan Terbatas (*Naamlooze Vennootschap*).

²³ Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Perkumpulan, hal. 8.

²⁴ Staatsblad 1870-64 sebenarnya juga mengenal dan mengakui perkumpulan yang tidak berbadan hukum. Akan tetapi bagi perkumpulan yang tidak berbadan hukum segala perbuatan dan tindakannya terhadap pihak ketiga akan dipandang sebagai

atau jaringan ormas yang tidak beranggotakan orang perseroan melainkan organisasi badan hukum banyak menemui kendala mengenai status hukumnya. Organisasi-organisasi ini hanya didaftarkan kepada notaris untuk memperoleh akte notaris, tetapi dari sudut pandang legalitas belum dikatakan sebagai badan hukum.²⁶

Definisi perkumpulan bisa ditemukan dalam Peraturan Menteri Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Pengesahan Badan Hukum Perkumpulan. Sedangkan di Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013, norma mengenai perkumpulan sama sekali tidak ada. Menurut Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, perkumpulan adalah badan hukum yang merupakan kumpulan orang didirikan untuk mewujudkan kesamaan maksud dan tujuan tertentu di bidang sosial, keagamaan, dan kemanusiaan dan tidak membagikan keuntungan kepada anggotanya. Sedangkan dalam Rancangan Undang-Undang Perkumpulan disebutkan pengertian Perkumpulan adalah badan hukum yang merupakan kumpulan orang, didirikan untuk mewujudkan kesamaan maksud dan tujuan tertentu sesuai dengan yang dicita-citakan oleh para anggotanya, dan tidak membagikan keuntungan kepada anggotanya dan organ perkumpulan.

Irma Devita Purnamasari mengemukakan perkumpulan umumnya dibagi menjadi dua:²⁷

1. Perkumpulan biasa yang merupakan Organisasi Massa;

Perkumpulan yang merupakan Organisasi Massa (Ormas) ini bisa berbentuk Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) yang bergerak menangani masalah anak jalanan, partai politik, atau perkumpulan biasa pada umumnya seperti: perkumpulan pencinta moge (motor gede), perkumpulan pencinta perangko, perkumpulan pencinta keris dll.

2. Perkumpulan yang Berbadan Hukum. Perkumpulan jenis ini sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Staatsblad 1870 No. 64 (berdasarkan Keputusan Raja tanggal 28 Maret 1870), yaitu: perkumpulan yang akta pendiriannya disahkan oleh pejabat yang ditunjuk oleh Gubernur Jendral (pada waktu itu Directeur van Justitie – kini Menteri Hukum & HAM RI).

Pendirian Organisasi Masyarakat yang berbadan hukum perkumpulan harus memenuhi persyaratan antara lain :²⁸

- (a) Akta pendirian dikeluarkan oleh notaris yang memuat AD dan ART;
- (b) Program Kerja;
- (c) Sumber pendanaan;
- (d) Surat keterangan domisili;
- (e) Nomor pokok wajib pajak atas nama perkumpulan; dan
- (f) Surat pernyataan tidak sedang dalam sengketa kepengurusan atau dalam perkara di pengadilan.

Setelah semua persyaratan di atas terpenuhi, maka pengesahan sebagai badan hukum perkumpulan dilakukan oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dan hak asasi manusia dengan pertimbangan dari instansi terkait. Ormas yang telah mendapatkan pengesahan badan hukum akan mendapatkan legalitas berupa organisasi

²⁶ Rustam Ibrahim, *Ibid.*, hal. 6.

²⁷ Irma Devita Purnamasari, 2010, *Kiat-kiat Cerdas, Mudah dan Bijak Mendirikan Badan Usaha*, Kaifa, hal. 33-34.

²⁸ Pasal 12 UU No 17 Tahun 2013 tentang Ormas

masyarakatnya terdaftar di Kementerian Hukum dan HAM dan mendapatkan surat keterangan terdaftar.

2. Ormas Berbadan Hukum Yayasan

Organisasi Masyarakat berbadan hukum Yayasan merupakan salah satu jenis organisasi masyarakat yang banyak dipilih oleh lembaga swadaya masyarakat (LSM) untuk menghindari kontrol politik dari Orde Baru. Alasannya, Yayasan merupakan badan hukum yang tidak berdasarkan asas keanggotaan (*non-membership organization*).²⁹ Selain itu, ada kecenderungan masyarakat mendirikan badan hukum yayasan tidak hanya digunakan sebagai wadah pengembangan kegiatan sosial, keagamaan, kemanusiaan, melainkan bertujuan untuk memperkaya diri para pendiri, pengurus dan pengawas. Kecenderungan inilah yang pada akhirnya memunculkan sengketa antara pengurus dan pendiri atau pihak lain.³⁰

Badan Hukum Yayasan merupakan badan hukum yang tata cara pendirian, pendaftaran, pembubaran dan kegiatan lainnya diatur berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan.

²⁹ Konsep Yayasan merupakan badan hukum yang tidak memiliki anggota sebenarnya juga dikenal di dalam kepustakaan Belanda. Dalam *Wet of Stichting* 31 Mei 1956 S.327 di Belanda disebutkan bahwa Yayasan (*stichting*) tidak dikenal adanya anggota. Di aturan tersebut hanya adanya *donateurs*, yakni orang yang berkala memberikan sumbangan kepada yayasan, tetapi tanpa sedikitpun mempunyai hak-hak, termasuk hak untuk mengontrol yayasan. Lihat Rudhi Prasetya, 2012, *Yayasan Dalam Teori dan Praktik*, Sinar Grafika, Cetakan Pertama, Jakarta, April hal. 9.

³⁰ Hal inilah yang menjadi latar belakang terbentuknya UU No 16 Tahun 2001 tentang Yayasan, karena selama ini pendirian yayasan hanya berdasarkan atas kebiasaan dalam masyarakat dan jurisprudensi Mahkamah Agung.

Dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 (selanjutnya disebut UU No 16 Tahun 2001) disebutkan bahwa Yayasan adalah badan hukum yang terdiri atas harta kekayaan yang dipisahkan dan diperuntukkan untuk mencapai tujuan tertentu di bidang sosial, keagamaan, dan kemanusiaan, yang tidak mempunyai anggota. Makna yayasan dalam UU No 16 Tahun 2001 belum memberikan ketegasan dan kejelasan mengenai definisi dari yayasan. Hal itu diakui oleh Rudhi Prasetya yang menyatakan bahwa UU No 16 Tahun 2001 dan UU No 28 Tahun 2004 belum bisa menemukan definisi dari yayasan. Yang ada hanyalah sekadar penunjukkan unsur-unsurnya.³¹

Unsur-unsur yayasan sebagaimana dikemukakan dalam UU No 16 Tahun 2001 hampir sama dengan unsur-unsur yang dikemukakan oleh Utrecht dan Wirjono Prodjodikoro yakni antara lain:³²

- Adanya suatu harta kekayaan,
- Dan harta kekayaan itu merupakan harta kekayaan tersendiri tanpa ada yang memilikinya melainkan dianggap sebagai milik dari yayasan,
- Atas harta kekayaan itu diberi suatu tujuan tertentu,
- Dan adanya pengurus yang melaksanakan tujuan dari diadakannya harta kekayaan itu.

Perbedaan yang mendasar dari definisi yayasan seperti yang dikemukakan Utrecht dan Wirjono Prodjodikoro dengan Pasal 1 ayat (1) UU No 16 Tahun 2001 adalah pada penggunaan harta kekayaan. Di dalam undang-undang disebutkan bahwa harta kekayaan hanya sekedar diperuntukkan untuk tujuan-tujuan

³¹ *Ibid*, hal. 3.

³² *Ibid*, hal. 4.

di bidang sosial, keagamaan dan kemanusiaan.

3. Ormas Berbadan Hukum Yayasan Asing

UU No. 17 Tahun 2013 memberikan kesempatan kepada warga negara asing untuk melakukan kegiatan di wilayah Indonesia dengan mendirikan ormas. Ormas itu bisa berbentuk badan hukum yayasan asing, badan hukum yayasan yang didirikan badan hukum asing atau badan hukum yayasan yang didirikan oleh warga negara asing bersama warga negara Indonesia.³³ Ormas yang didirikan dengan berbadan hukum yayasan asing wajib memiliki izin dari pemerintah berupa izin prinsip dan izin operasional. Izin prinsip ini diberikan oleh menteri urusan pemerintahan di bidang luar negeri setelah memperoleh pertimbangan tim perizinan, sedangkan izin operasional diberikan oleh Pemerintah dan Pemerintah Daerah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.³⁴

Untuk izin prinsip, ormas berbadan hukum yayasan asing harus memenuhi persyaratan antara lain: (a) ormas badan hukum yayasan asing atau sebutan lain dari negara yang memiliki hubungan diplomatik dengan Indonesia; (b) memiliki asas, tujuan, dan kegiatan organisasi yang bersifat nirlaba. Izin prinsip ini diberikan dengan jangka waktu paling lama 3 (tiga) tahun dan dapat diperpanjang, sedangkan untuk perpanjangan diajukan paling lambat 3 (tiga) bulan sebelum izin prinsip berakhir.

Setelah mendapatkan izin prinsip, ormas berbadan hukum yayasan asing

mengajukan izin operasional. Syaratnya izin operasionalnya adalah harus memiliki perjanjian tertulis dengan Pemerintah sesuai dengan bidang kegiatannya. Jangka waktu pemberian izinnya tidak melebihi jangka waktu izin prinsip dan dapat diperpanjang.³⁵ Mengenai pengesahannya adalah menyerai yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dan hak asasi manusia setelah mendapatkan pertimbangan tim perizinan.

Ormas yang didirikan warga negara asing atau warga negara asing bersama warga negara Indonesia wajib memenuhi syarat : (a) telah tinggal di Indonesia selama 5 (lima) tahun berturut-turut; (b) memegang izin tinggal tetap; (c) jumlah kekayaan awal yayasan yang didirikan oleh warga negara asing atau warga negara asing bersama warga negara Indonesia yang berasal dari pemisahan harta kekayaan pribadi pendiri paling sedikit senilai Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) yang dibuktikan dengan surat pernyataan pengurus badan hukum pendiri mengenai keabsahan harta kekayaan tersebut; (d) salah satu jabatan, ketua, sekretaris atau bendahara dijabat oleh warga negara Indonesia; dan (e) surat pernyataan pendiri bahwa kegiatan ormas berbadan hukum yayasan yang didirikan tidak merugikan masyarakat, bangsa, dan/atau negara Indonesia.³⁶

4. Ormas Tidak Berbadan Hukum

UU No. 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan mengatur organisasi kemasyarakatan yang tidak berbadan hukum. Perbedaan yang signifikan dengan ormas yang berbadan hukum adalah pada proses pendirian dan peng-

³³ Pasal 43 UU No. 17 Tahun 2013.

³⁴ Pasal 44 UU No. 17 Tahun 2013.

³⁵ Pasal 46 UU No. 17 Tahun 2013

³⁶ Pasal 47 UU No. 17 Tahun 2013

esahan status dari ormas tersebut. Mengenai hak dan kewajiban, kedudukan, keanggotaan, kepengurusan, pemberdayaan memiliki kesamaan dengan ormas yang berbadan hukum.

Pasal 16 ayat (2) UU No. 17 Tahun 2013 menyatakan bahwa pendaftaran ormas yang tidak berbadan hukum dilakukan dengan pemberian surat keterangan terdaftar oleh Pemerintah dan Pemerintah Daerah. Namun, Istilah surat keterangan terdaftar tidak diketemukan dalam Ketentuan Umum yang ada di Pasal 1. Pengertian Surat Keterangan Terdaftar (SKT) baru bisa kita temukan dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 33 Tahun 2012 tentang Pedoman Pendaftaran Organisasi Kemasyarakatan di Lingkungan Kementerian Dalam Negeri dan Pemerintah Daerah (selanjutnya disebut Permendagri No. 33 Tahun 2012).³⁷ Dalam Permendagri No. 33 Tahun 2012 disebutkan bahwa Surat

Keterangan Terdaftar (SKT) adalah surat yang diterbitkan oleh Menteri Dalam Negeri, Gubernur, Bupati/Walikota yang menerangkan bahwa sebuah organisasi kemasyarakatan telah tercatat pada administrasi pemerintahan sesuai dengan tahapan dan persyaratan.

Tata Cara Pembubaran Organisasi Kemasyarakatan

Dalam konsep normatif mengenai organisasi kemasyarakatan, UU No. 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan memang mengatur mengenai pendirian ormas baik yang berbadan hukum perkumpulan, yayasan, yayasan asing, ataupun ormas yang tidak berbadan hukum. Pengaturan mengenai pembekuan dan pembubaran ormas, lebih banyak diatur dalam Bab XVII mengenai sanksi terhadap ormas yang melanggar terhadap larangan-larangan yang diatur dalam UU No. 17 Tahun 2013.

Larangan terhadap ormas sebagaimana diatur di dalam Pasal 59 UU No. 17 Tahun 2013 terlihat lebih detail. Ada empat larangan yang diatur dalam pasal tersebut yakni :

- a. Larangan penggunaan bendera, lambang, atribut yang sama dengan bendera, lambang negara Republik Indonesia, lembaga pemerintahan, lembaga internasional, organisasi terlarang atau partai politik.
- b. Larangan untuk melakukan tindakan yang mengganggu keamanan dan ketertiban umum diantaranya: melakukan tindakan permusuhan terhadap suku, agama, ras atau golongan; melakukan kegiatan separatis yang mengancam kedaulatan Negara Kesatuan Republik Indonesia; melakukan tindakan kekerasan, mengganggu ketentraman dan ketertiban umum,

³⁷ Munculnya Permendagri No. 33 Tahun 2012 membuat rancu mengenai posisi organisasi kemasyarakatan yang tidak berada di lingkungan Kementerian Dalam Negeri dan Pemerintah Daerah. Sebab, dari judul Permendagri tersebut secara jelas dan tegas menunjukkan bahwa kebijakan tersebut diperuntukkan bagi Ormas di lingkungan Kementerian Dalam Negeri dan Pemerintah Daerah. Sedangkan di Pasal 2 ayat (2) Permendagri mengecualikan kewajiban mendaftar bagi ormas yang didirikan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Pertanyaannya, bagaimana dengan status serikat pekerja/serikat buruh yang didirikan berdasarkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh. Apakah Serikat –Pekerja/Serikat buruh wajib tunduk pada Permendagri tersebut. Dalam praktik, serikat pekerja/serikat buruh wajib melakukan pencatatan pada Badan Kesbang. Jika tidak tercatat pada Badan Kesbang maka Dinas Ketenagakerjaan dan Transmigrasi tidak mau mencatatkan pembentukan Serikat Pekerja/Serikat Buruh. Kebijakan ini tentu bertentangan dengan UU No. 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh, lalu Peraturan Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi Nomor 6 Tahun 2005 tentang Pedoman Verifikasi Keanggotaan Serikat Pekerja/Serikat Buruh.

- atau merusak fasilitas umum dan fasilitas sosial.
- c. Larangan untuk menerima sumbangan dalam bentuk apapun, termasuk dilarang mengumpulkan dana untuk partai politik. Pasal 20 Peraturan Pemerintah No. 18 Tahun 1986 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 tentang Organisasi Kemasyarakatan menjelaskan mengenai bahwa ormas dilarang menerima bantuan pihak asing tanpa persetujuan pusat dan/atau memberi bantuan kepada pihak asing. Bantuan asing itu meliputi bantuan keuangan, peralatan, tenaga dan fasilitas.
 - d. Larangan untuk mengembangkan, menganut, serta menyebarkan ajaran atau paham yang bertentangan dengan Pancasila.

Pengaturan mengenai larangan kegiatan ormas ini dimaksudkan untuk mengantisipasi berbagai aktivitas ormas yang terkadang kemunculannya tidak sesuai dengan yang diharapkan. Ada organisasi kemasyarakatan yang muncul sebagai salah satu bentuk ekspresi terhadap euforia kebebasan dengan memperjuangkan ide dan gagasannya melalui cara-cara anarkis. Ada juga organisasi kemasyarakatan yang dibentuk untuk tujuan jangka pendek dan tidak jelas arah kegiatan dan tujuannya. Progo Nurdjaman Sekretaris Jenderal Dalam Negeri menyatakan bahwa pada saat ini banyak ormas yang telah kebablasan karena didirikan untuk memenuhi kepentingan sesaat. Bahkan ada pula kegiatan organisasi kemasyarakatan yang menjurus kepada ekstrimisme dan menimbulkan keresahan di masyarakat.³⁸

³⁸ Gamawan Fauzi, Menteri Dalam Negeri mengungkapkan bahwa pasca reformasi banyak lahir

Sebelum melakukan pembekuan, pemerintah memberikan teguran tertulis sekurang-kurangnya dua kali dengan jarak waktu 10 hari kepada pengurus, pengurus daerah, atau pengurus pusat Ormas. Apabila tidak diindahkan dalam waktu satu bulan, maka pemerintah atau Pemerintah Daerah memanggil para pengurus sesuai ruang lingkupnya. Setelah langkah persuasif tidak ditanggapi, maka sebelum melakukan tindakan pembekuan bagi ormas yang berruang lingkup nasional pemerintah pusat meminta pertimbangan dari Mahkamah Agung. Bagi ormas yang mempunyai ruang lingkup provinsi atau Kabupaten Kotamadya, meminta pertimbangan dari instansi yang berwenang di daerah dan petunjuk Menteri Dalam Negeri.³⁹ Hal yang sama juga berlaku bagi Gubernur/Bupati/Walikota terhadap ormas di daerahnya masing-masing.

Dalam hal pembekuan pengurus, pengurus daerah dan pengurus pusat, Pemerintah masih memberikan toleransi bagi ormas untuk mengaktifkan kembali organisasinya. Artinya ada upaya dari pemerintah untuk mencabut pembekuan ormas tersebut. Adapun persyaratannya adalah secara nyata tidak lagi melakukan kegiatan yang mengakibatkan pembekuannya; mengakui kesalahannya dan berjanji tidak akan melakukan pelanggaran lagi; mengganti pengurus, pengurus dae-

organisasi kemasyarakatan yang berlatar belakang agama dan profesi. Tahun 2005, organisasi kemasyarakatan yang terdaftar mencapai angka 3000. Lalu tahun 2010, ormas bertambah sebanyak 12.305. Hal itu disampaikan dalam Rapat Gabungan antara Komisi II, Komisi III, dan Komisi VII di DPR RI dengan Menkopolkumham, Kemendagri, Kemenag, Kemenkumham, Kepala BIN, Kapolri dan Jaksa Agung di DPR RI, Senin 30 Agustus 2010. Lihat juga di Harian Media Indonesia, 8 Juni 2008.

³⁹ Pasal 22 PP No. 18 Tahun 1986

rah atau pengurus pusat yang melakukan kesalahan tersebut.⁴⁰

Apabila ormas tersebut tetap bandel, maka pemerintah bisa mengusulkan pembubaran. Sebelum dibubarkan ormas tersebut harus mendapat peringatan tertulis dulu. Pembubaran untuk ormas di tingkat pusat harus mendapat pertimbangan dan saran dari Mahkamah Agung, sementara untuk ruang lingkup provinsi atau kabupaten/kota meminta pertimbangan dan saran dari Menteri Dalam Negeri.⁴¹

Bagi ormas yang melanggar larangan tersebut, sanksi yang diterapkan tidak langsung dibubarkan. Sanksi awal yang dikenakan adalah sanksi administratif yang bisa dikeluarkan oleh Pemerintah atau Pemerintah daerah. Sanksi administratif itu berupa peringatan tertulis, penghentian bantuan dan/atau hibah, penghentian sementara kegiatan, dan/atau pencabutan surat keterangan terdaftar atau pencabutan status badan hukum.

Peringatan tertulis yang diberikan kepada ormas terdiri atas peringatan tertulis kesatu, kedua dan ketiga, dan berlaku dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari. Peringatan tertulis kesatu diberikan sebanyak 2 (dua) kali. Bila diabaikan, maka mendapatkan peringatan ketiga. Sanksi bagi ormas yang telah mendapatkan peringatan ketiga dari Pemerintah atau Pemerintah Daerah yakni : (a) penghentian bantuan dan/atau hibah; dan/atau penghentian sementara kegiatan.

Mengenai sanksi penghentian sementara, pemerintah wajib meminta pertimbangan hukum Mahkamah Agung. Sedangkan bagi ormas di lingkup provinsi atau kabupaten/kota wajib meminta pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat

Daerah, kepala Kejaksaan, kepala kepolisian sesuai tingkatannya. Pertimbangan dari Mahkamah Agung diberi jangka waktu paling lama 14 (empat belas) hari. Apabila dalam jangka waktu tidak diberikan maka pemerintah berwenang menjatuhkan sanksi penghentian sementara. Sanksi penghentian sementara dijatuhkan paling lama 6 (enam) bulan.

Mengenai ormas yang tidak berbadan hukum, maka sanksinya berupa pencabutan surat keterangan terdaftar. Pencabutan surat keterangan terdaftar ini wajib mendapatkan pertimbangan dari Mahkamah Agung baik yang mengajukan Pemerintah atau Pemerintah Daerah, dengan jangka waktu 14 (empat belas) hari.

Bagi ormas berbadan hukum, maka sanksinya adalah pencabutan status badan hukum. pencabutan status ini berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap mengenai pembubaran ormas berbadan hukum. pencabutan ini dilaksanakan dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal diterimanya salinan putusan pembubaran ormas yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap oleh Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia.⁴² Pencabutan itu diumumkan dalam Berita Negara Republik Indonesia.⁴³

Pembubaran ormas berbadan hukum diajukan oleh Kejaksaan ke pengadilan negeri atas permintaan tertulis dari menteri hukum dan hak asasi manusia. Permohonan ini harus disertai dengan bukti penjatuhan sanksi administratif oleh Pemerintah atau Pemerintah daerah.

Permohonan pembubaran ormas harus diputus oleh pengadilan negeri

⁴⁰ Pasal 24 PP No. 18 Tahun 1986

⁴¹ Pasal 27 PP No. 18 Tahun 1986

⁴² Pasal 68 UU No. 17 Tahun 2013

⁴³ Pasal 69 UU No. 17 Tahun 2013

dalam jangka waktu 60 (enam puluh) hari terhitung sejak tanggal permohonan dicatat. Jangka waktu dapat diperpanjang paling lama 20 hari atas persetujuan Ketua Mahkamah Agung. Putusan dari pengadilan negeri disampaikan kepada pemohon, termohon, menteri hukum dan hak asasi manusia dalam jangka waktu tujuh hari sejak tanggal putusan diucapkan.⁴⁴ Putusan pengadilan negeri dapat diajukan kasasi ke mahkamah agung dalam jangka waktu 14 hari.

Untuk ormas berbadan hukum yayasan asing sanksi dari Pemerintah atau Pemerintah Daerah dapat berupa peringatan tertulis, penghentian kegiatan, pembekuan izin operasional, pencabutan izin operasional, pembekuan izin prinsip, pencabutan izin prinsip dan/atau sanksi keimigrasian sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.⁴⁵

Dalam ketentuan di UU No. 16 Tahun 2001 dinyatakan bahwa yayasan dapat bubar apabila: (a) jangka waktu yang ditetapkan dalam Anggaran Dasar berakhir; (b) tujuan yayasan telah tercapai atau tidak tercapai; (c) adanya putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap berdasarkan alasan: yayasan melanggar ketertiban umum, tidak mampu membayar utangnya, dan harga kekayaan yayasan tidak cukup untuk melunasi utangnya setelah pernyataan pailit dicabut.

Rudhi Prasetya menyatakan ada satu sebab yang menyebabkan Yayasan bubar, yang tidak ditentukan oleh undang-undang maupun Anggaran Dasar. Alasan itu terjadi bila ada keputusan Rapat Pembina, yang biasanya untuk sahnya rapat tersebut diperlukan kuorum

2/3 dan disetujui oleh sedikit-dikitnya 2/3 suara yang hadir.⁴⁶

Lalu kemana sisa harta kekayaan yayasan yang bubar, Pasal 28 UU No. 28 Tahun 2004 menyatakan sisa harta kekayaan yayasan yang bubar diserahkan kepada yayasan lain yang mempunyai kesamaan kegiatan dengan yayasan yang bubar, atau badan hukum lain yang mempunyai kesamaan kegiatan yayasan yang bubar. Apabila tidak diserahkan kepada yayasan lain atau badan hukum lain, maka kekayaan yayasan tersebut diserahkan kepada negara dan penggunaannya dilakukan sesuai dengan kegiatan yayasan yang bubar.

Kesimpulan

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan mengatur bahwa pendirian Organisasi Kemasyarakatan sangat ditentukan bagaimana bentuk badan hukum yang melingkupinya. UU Ormas menyebutkan ada empat jenis badan hukum bagi organisasi kemasyarakatan yakni: (a) Ormas Berbadan Hukum Perkumpulan. Ormas ini diatur secara parsial di beberapa undang-undang lain, seperti UU Advokat, UU Perseroan Terbatas, UU Partai Politik. Di UU Ormas, norma mengenai perkumpulan sama sekali tidak ada. Norma perkumpulan malah diatur di Peraturan Menteri Hukum dan HAM No. 6 Tahun 2014 tentang Pengesahan Badan Hukum Perkumpulan; (b) Ormas Berbadan Hukum Yayasan. Pengaturannya berdasarkan UU No 28 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No 16 Tahun 2001 tentang Yayasan. Ada tiga tahap pendirian Badan Hukum Yayasan, yakni Pendirian, Pengesahan dan Pengumuman;

⁴⁴ Pasal 72 UU No. 17 Tahun 2013.

⁴⁵ Pasal 81 UU No. 17 Tahun 2013.

⁴⁶ *Op. Cit*, Rudhy, hal. 56.

(c) Ormas Berbadan Hukum Yayasan Asing. Pengaturannya lebih banyak di UU Organisasi Kemasyarakatan. Untuk mendirikan ormas berbadan hukum Yayasan Asing harus memiliki Izin Prinsip dan Izin Operasional, serta minimal telah tinggal di Indonesia selama 5 tahun berturut-turut; (d) Ormas yang tidak Berbadan Hukum. Ormas yang tidak berbadan hukum dilakukan dengan pemberian Surat Keterangan Terdaftar yang bisa diperoleh berdasarkan ruang lingkup Ormas, bersifat nasional, propinsi, atau kabupaten/kota.

Pengaturan mengenai pembubaran organisasi kemasyarakatan berdasarkan UU No. 17 Tahun 2013 melalui mekanisme legal formal. Ormas bisa dibubarkan dengan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap. Tata cara pembubaran ormas juga tidak sederhana. Sanksi awal diberikan peringatan tertulis sebanyak tiga kali. Apabila sanksi ini tidak dihiraukan maka sanksi bisa berubah penghentian bantuan hibah, penghentian sementara kegiatan. Sanksi penghentian sementara dilakukan selama 6 bulan dan harus seizin dari Mahkamah Agung. Apabila sudah keluar keputusan hukum yang tetap, maka pencabutan status badan hukum bisa dilakukan. Pencabutan ini dilakukan dalam jangka waktu 30 hari.

Dengan demikian, Pemerintah dan DPR perlu membuat kesepakatan mengenai defisini yang jelas mengenai organisasi kemasyarakatan. Hal ini berguna agar tidak ada kerancuan dalam memaknai organisasi kemasyarakatan. Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 sebaiknya direvisi untuk memperjelas mengenai status badan hukum dari organisasi kemasyarakatan. Status badan hukum organisasi kemasyarakatan yang beraneka ma-

cam itu justru membuat kebingungan masyarakat. Badan hukum Yayasan yang dimasukkan dalam badan hukum bagi organisasi kemasyarakatan harus dibedakan dengan badan hukum Yayasan yang memiliki visi-misi pendidikan.

Daftar Bacaan

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan.

Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan.

Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 tentang Organisasi Kemasyarakatan.

Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Pengesahan Badan Hukum Perkumpulan.

Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 33 Tahun 2012 tentang Pedoman Pendaftaran Organisasi Kemasyarakatan di Lingkungan Kementerian Dalam Negeri dan Pemerintah Daerah.

Achmad Ali, 2011, *Menguak Tabir Hukum*, Edisi Kedua, Cetakan Ketiga, Jakarta: Ghalia Indonesia.

Badudu-Zain, 1994, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.

C.S.T. Kansil dan Cristine S.T. Kansil, 2002, *Pokok-Pokok Badan Hukum*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.

- Erdianto Effendi, 2011, *Hukum Pidana Indonesia, Suatu Pengantar*, Cetakan Kesatu, Bandung: PT Refika Aditama.
- Jimly Asshidiqie, 2005, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK.
- , 2006, *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI.
- , "Mengatur Kebebasan Berserikat dalam Undang-Undang", dalam <http://www.jimlyschool.com/read/analisis/274/mengatur-kebebasan-berserikat-dalam-undangundang/>
- Irma Devita Purnamasari, 2010, *Kiat-kiat Cerdas, Mudah dan Bijak Mendirikan Badan Usaha*, Kaifa.
- J.J Bruggink, 1996, *Rechtsreflecties*, alih bahasa Arief Sidharta, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Laporan Infid *Kebebasan Beragama Tahun 2010-2012*.
- Muladi dan Dwija Priyatno, 2010, *Peranggungjawaban Pidana Korporasi*, Cetakan Kedua, Jakarta: Kenca.
- Majda El-Muhtaj, 2012, *Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Indonesia, Dari UUD 1945 sampai dengan Amandemen UUD 1945 Tahun 2002*, Cetakan ke-4, Jakarta: Penerbit Prenada Media Group.
- M. Manulang, 1983, *Dasar-Dasar Manajemen*, Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Nia Kania Winayanti, 2011, *Dasar Hukum Pendirian dan Pembubaran ORMAS (Organisasi Kemasyarakatan)*, Yogyakarta: Pustaka Yustisia.
- Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Organisasi Kemasyarakatan, Badan Legislasi DPR RI, 2011.
- Philipus M.Hadjon, 1997, Pengkajian Ilmu Hukum, *Makalah Pelatihan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Pusat Penelitian Pengembangan Hukum Universitas Airlangga, 11-12 Juni 1997.
- Ronald Rofiandri, *UU Ormas: Sejarah dan Implementasi*, makalah PSHK phsk.or.id/site/download.php?docid=5f5243e9e0f1dde42c0212368295ae17, diunduh pada 10 Juli 2013.
- Rustam Ibrahim, 2008, "Upaya Peningkatan Kinerja Transparansi dan Akuntabilitas Ormas dan Lembaga Nirlaba Lainnya", *Makalah*, Jakarta.
- Rudhi Prasetya, 2012, *Yayasan Dalam Teori dan Praktik*, Cetakan Pertama, Jakarta: Sinar Grafika.
- Sondang P. Siagian, 1980, *Filsafat Administrasi*, Jakarta: Gunung Agung.

Upaya Perubahan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia

Yelia Natasya Winstar dan Devie Rachmat Ali Hasan R
Fakultas Hukum Universitas Lancang Kuning Pekanbaru Riau
Email: yelia_natasya@yahoo.com dan devie.not@gmail.com

Astract: *The Fiduciary Act should provide legal protection of the parties and legal certainty, but on the other hand there are still some weaknesses of the Fiduciary Act. This paper analyzes the weaknesses of Act Number 42 Year 1999 on Fiduciary and the need for revising the Act. The type of research is a normative legal research or library which includes a study of the principles of law and the systematics of law. The research uses the statute approach and the conceptual approach. Based on the analysis it can be conclude that it requires to revise the Fiduciary Act. Legislators should produce the law not only ensuring the legal certainty but they also can provide the law presenting justice and prosperity for the people. Revision of the Fiduciary Act is expected to provide maximum protection to the people who use the fiduciary as a guarantee agency; so that the justice will be obtained by the people to create a conducive atmosphere in the economy to increase the prosperity for them.*

Keywords: *Revision and Fiduciary Act*

Abstrak: Undang-Undang Jaminan Fidusia seharusnya memberikan perlindungan hukum para pihak dan kepastian hukum, namun di sisi lain masih terdapat beberapa kelemahan dari Undang-Undang Jaminan Fidusia. Tulisan ini menganalisis kelemahan-kelemahan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia dan perlunya Pembaruan terhadap Undang-Undang tersebut. Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif atau kepustakaan yang mencakup penelitian terhadap asas-asas hukum dan penelitian terhadap sistematika hukum. Pendekatan dalam penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Berdasarkan hasil analisis penulis dapat menyimpulkan bahwa sudah waktunya Undang-Undang Jaminan Fidusia dilakukan perubahan. Pembentuk undang-undang seharusnya menghasilkan suatu undang-undang yang tidak saja memberikan jaminan kepastian hukum tetapi undang-undang yang dapat memberikan rasa keadilan dan kesejahteraan bagi masyarakat. Perubahan Undang-Undang Jaminan Fidusia diharapkan akan memberikan perlindungan maksimal kepada masyarakat yang menggunakan jaminan fidusia sebagai lembaga penjaminan sehingga keadilan akan dapat diperoleh masyarakat hingga tercipta suasana yang kondusif dalam perekonomian hingga meningkatkan kemakmuran rakyat.

Kata kunci: Perubahan dan Undang-Undang Jaminan Fidusia

Pendahuluan

Bidang hukum yang meminta perhatian serius dalam pembinaannya berhubungan dengan pembangunan ekonomi Indonesia di antaranya adalah bidang hukum jaminan.¹ Hukum jaminan yang tergolong dalam bidang hukum ekonomi (*the economic law*), mempunyai fungsi sebagai penunjang kegiatan perekonomian dan kegiatan pembangunan pada umumnya. Hukum jaminan memiliki kaitan yang erat dengan bidang hukum benda, yang prakteknya sering digunakan dalam lembaga keuangan bank dan lembaga keuangan non bank. Ada beberapa jaminan kebendaan yang dikenal dalam hukum jaminan. Pertama adalah dalam bentuk gadai, kedua adalah dalam bentuk hipotek yang telah dirubah kedalam hak tanggungan, ketiga adalah hak tanggungan yang diatur dalam Undang-undang No 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, yang terakhir adalah jaminan fidusia, yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia (yang selanjutnya disebut dengan Undang-Undang Jaminan Fidusia).

Sudah 16 tahun semenjak Undang-Undang Jaminan fidusia disahkan pada tanggal 30 September 1999 belum tampak adanya upaya untuk amandemen terhadap Undang-Undang Jaminan Fidusia akan dilakukan. Jaminan Fidusia adalah jaminan benda bergerak yang lahir dari adanya kebutuhan yang sangat besar dari masyarakat Indonesia terhadap kredit. Perjanjian kredit bank ataupun perjanjian pembiayaan dan utang piutang adalah perjanjian yang memiliki resiko yang sangat besar. Pemberian kredit oleh

kreditur harus berpegang teguh terhadap prinsip kehati-hatian. Pemberian kredit yang sebagian besar pengembaliannya dilakukan dengan cara mengangsur, membutuhkan instrumen hukum yang mampu melindungi kreditur maupun debitur. Oleh karena itu, jaminan merupakan syarat yang selalu dimintakan oleh kreditur kepada debitur untuk memberikan kepastian pengembalian dari piutangnya tersebut.

Kebutuhan kredit bagi pengusaha sangat besar untuk menghidupkan usahanya, sedangkan rata-rata pedagang kecil pengecer, pedagang menengah, pedagang grosir tidak memiliki tanah untuk dijamin dengan hipotik. Perbedaan antara kedua pengusaha dan pedagang sangat besar dalam perolehan kredit dari lembaga perbankan. Adanya lembaga gadai sebagai penjaminan benda bergerak tidak dapat memenuhi kebutuhan masyarakat. Syarat *inbezitstelling* dalam pemberian gadai dirasakan pemberi gadai sebagai syarat yang sangat memberatkan.

Syarat *inbezitstelling* adalah syarat yang mewajibkan kepada pemberi gadai wajib menyerahkan benda gadai kepada penerima gadai, yang mana syarat ini mengandung banyak kekurangan dan tidak memenuhi kebutuhan masyarakat dan tidak dapat mengikuti perkembangan masyarakat. Terlebih lagi jika benda-benda yang menjadi tanggungan tersebut merupakan alat-alat penting untuk mata pencaharian sehari-hari seperti bis bagi perusahaan angkutan, alat-alat rumah makan dan sebagainya, dimana yang berutang disamping memerlukan kredit tapi masih tetap membutuhkan untuk tetap memakai benda-benda tersebut. Untuk mencari jalan keluar dari kebutuhan ini maka lahir-

¹ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 1980, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Yogyakarta: Liberty, hal. 1.

lah penjaminan fidusia melalui Undang-Undang Jaminan Fidusia.

Setelah dikeluarkannya Undang-Undang Jaminan Fidusia, dunia jaminan fidusia semakin menarik perhatian para pelaku bisnis pembiayaan dan kalangan perbankan. Hal ini dikarenakan semula hanya berdasarkan yurisprudensi yang tidak memberikan perlindungan hukum bagi para pihak dan diharapkan pada saat dikeluarkannya Undang-undang tersebut lebih memberikan perlindungan hukum para pihak dan kepastian hukum, namun di sisi lain masih terdapat beberapa kelemahan dari Undang-Undang Jaminan Fidusia tersebut, yang kurang memberikan perlindungan hukum dan kepastian hukum. Sehingga dirasakan belum sepenuhnya terwujud sebagaimana dalam politik hukum Undang-Undang Jaminan Fidusia.

Bertitik tolak dari uraian di atas, maka masalah yang diangkat dalam tulisan ini adalah: kelemahan-kelemahan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia; serta tentang perlunya Pembaharuan terhadap Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia.

Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif atau kepustakaan yang mencakup penelitian terhadap asas-asas hukum dan penelitian terhadap sistematika hukum. Pendekatan dalam menyusun penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Pembahasan

Pengertian Jaminan pada Umumnya

Istilah Jaminan berasal dari kata Jamin yang berarti tanggung, sehingga jaminan dapat diartikan sebagai tanggung-

an. Sri Soedewi Masjhoen Sofwan mengemukakan bahwa hukum jaminan adalah mengatur konstruksi yuridis yang memungkinkan pemberian fasilitas kredit, dengan menjaminkan benda-benda yang dibelinya sebagai jaminan. Peraturan demikian harus cukup meyakinkan dan memberikan kepastian hukum bagi lembaga-lembaga kredit, baik dari dalam negeri maupun luar negeri. Adanya lembaga jaminan dan lembaga demikian, kiranya harus dibarengi dengan adanya lembaga kredit dengan jumlah besar, dan jangka waktu yang lama dan bunga yang relatif rendah.²

Hukum jaminan erat sekali dengan hukum benda. Buku II KUH Perdata memberikan pengertian umum mengenai penjaminan. Pasal 1131 KUH Perdata menyatakan bahwa “Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang takbergerak baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”.

Hukum jaminan membedakan jaminan menjadi 2, yaitu jaminan perorangan dan jaminan kebendaan. Perbedaan kedua jaminan itu dapat diuraikan sebagai berikut:

a. Jaminan Perorangan

Menurut R. Soebekti jaminan perorangan adalah suatu perjanjian antara seorang Kreditur dengan seorang ketiga, yang menjamin dipenuhinya kewajiban kewajiban debitur.³ Perjanjian penanggungan hutang (*borgtoch*) diatur dalam Pasal 1820 sampai Pasal 1850 KUH Perdata.

b. Jaminan Kebendaan

² *Ibid.*, hal. 5.

³ R. Soebekti, 1982, *Jaminan-Jaminan untuk Pemberi Kredit menurut Hukum Indonesia*, Cetakan 10, Bandung: Alumni, hal. 25.

Jaminan kebendaan adalah jaminan yang mempunyai hubungan langsung dengan benda tertentu. Jaminan ini selalu mengikuti bendanya, kemana pun benda tersebut beralih atau dialihkan, serta dapat dialihkan kepada dan dapat dipertahankan terhadap siapapun⁴.

Tujuan dari jaminan bersifat kebendaan bermaksud memberikan *verhaal* (hak untuk meminta pemenuhan piutangnya) kepada si kreditur, terhadap hasil penjualan benda-benda tertentu dari debitur untuk pemenuhan piutangnya⁵.

Jaminan kebendaan terbagi 2 (dua), yaitu 1) Jaminan umum terdapat dalam Pasal 1311 KUH Perdata. Seluruh kekayaan debitur merupakan jaminan bagi utang-utangnya. 2) Jaminan Khusus. Jaminan khusus adalah jaminan yang secara khusus diperjanjikan untuk menyerahkan suatu barang tertentu sebagai jaminan atas pelunasan kewajiban/utang debitur kepada kreditur. Jaminan khusus dapat dibedakan menurut objek bendanya dapat berupa: objek benda bergerak adalah gadai atau fidusia, dan objek benda tidak bergerak/tatap adalah hak tanggungan maupun hipotik bagi pesawat terbang dan kapal laut.

Perbedaan yang sangat berarti antara keduanya terletak pada hak istimewa yang diterima oleh kreditur. Pada penjaminan umum dalam 1131 KUH Perdata, para kreditur menempati kedudukan yang sama dan tidak ada yang diistimewakan atau didahulukan dalam pelunasan utang. Mereka yang disebut juga sebagai kreditur konkuren, Pasal 1132 KUH Perdata selanjutnya menyatakan bahwa di antara

kreditur tersebut mendapatkan pelunasan secara proporsional sesuai besar utangnya, sedangkan pada jaminan khusus, kreditur separatis memiliki hak istimewa (*privilege*), karena memiliki kewenangan penuh melakukan eksekusi atas hak jaminan apabila debitur terbukti wanprestasi; dan mempunyai hak mendahului kreditur lain dalam penjualan objek jaminan melalui pelelangan umum atau penjualan langsung dan memperoleh hasil penjualan untuk melunasi piutangnya.⁶

Jaminan Fidusia sebagai Penjaminan Benda Bergerak

Bentuk penjaminan yang paling diminati debitur adalah jaminan yang tidak akan mengganggu kegiatan usahanya sehari-hari, sedangkan bagi kreditur jaminan yang terbaik adalah jaminan yang dapat memberikan rasa aman dan kepastian hukum bahwa kredit yang diberikan akan diperolehnya kembali pada waktunya. Oleh karenanya fidusia merupakan pilihan penjaminan yang tepat bagi masyarakat terutama yang membutuhkan benda jaminan tetap berada dalam penguasaannya untuk dipergunakan sehari-hari.

Pasal 1 Undang-Undang Jaminan Fidusia memberikan batasan dan pengertian sebagai berikut:

Fidusia adalah pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tetap dalam penguasaan pemilik benda.

Jaminan fidusia adalah hak jaminan atas benda bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dan benda tidak bergerak

⁴ Munir Fuady, 2013, *Hukum Jaminan Hutang*, Jakarta: Erlangga, hal.10.

⁵ <https://erindaryansyah.wordpress.com/2011/11/01/perbedaan-jaminan-kebendaan-dan-jaminan-perorangan/>, diakses 25 Januari 2016.

⁶ Iswi Hariyani dan R. Serfianto. D.P, 2010, *Resi Gudang sebagai Jaminan Kredit & Alat Perdagangan*, (Jakarta: Sinar Grafika Offset, hal. 64.

khususnya bangunan yang tidak dapat dibebani jaminan fidusia sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang tetap berada dalam penguasaan pemberi fidusia, sebagai agunan bagi pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada penerima fidusia terhadap kreditur lainnya.”⁷

Dari definisi yang diberikan di atas, dapat dikatakan bahwa jaminan fidusia adalah jaminan yang diberikan dalam bentuk fidusia. Subekti menambahkan bahwa dalam fidusia terkandung kata *fides* berarti kepercayaan; pihak berutang percaya bahwa yang berpiutang memiliki barang itu hanya untuk jaminan⁸. Selanjutnya, Subekti menjelaskan arti kata *fiduciary* adalah kepercayaan yang diberikan secara timbal balik oleh satu pihak kepada pihak lain.⁹

Dalam terminologi Belanda istilah fidusia disebut *Fiduciare Eigendom Overdracht* (FEO) yang artinya penyerahan hak milik secara kepercayaan. Sebelumnya FEO sebagai istilah resmi dari jaminan fidusia, dalam literatur Belanda jaminan fidusia ini dikenal juga dalam istilah-istilah sebagai berikut:

- (1) *Zekerheids-eigendom* (Hak Milik sebagai Jaminan).
- (2) *Bezitloos Zekerheidsrecht* (jaminan tanpa Menguasai).
- (3) *Verruimd Pand Begrip* (Gadai yang Diperluas).

- (4) *Eigendom Overdracht tot Zekerheid* (Penyerahan Hak Milik – secara jaminan).
- (5) *Bezitloos Pand* (Gadai tanpa Penguasaan).
- (6) *Een Verkapt Pand Recht* (Gadai Berselubung).
- (7) *Uitbaouw dari Pand* (Gadai yang Diperluas)¹⁰.

Ada 2 (dua) bentuk jaminan fidusia, yaitu *fidusia cum creditore* dan *Fidusia cum amico*. Keduanya timbul dari perjanjian yang disebut *pactum fiducie* yang kemudian diikuti dengan penyerahan hak atau *in iure cessio*. Dari kata *cum creditore* dapat diduga bahwa penyerahan bukan dimaksudkan untuk sungguh-sungguh peralihan, tetapi hanya sebagai jaminan saja. Dalam *fidusia cum creditore* isi janji yang dibuat oleh debitur dan krediturnya adalah bahwa debitur akan mengalihkan kepemilikan atas suatu barang kepada krediturnya sebagai jaminan untuk utangnya dengan kesepakatan bahwa bilamana utangnya terbayar, benda tersebut akan dikembalikan kepada debitur.¹¹

Bentuk kedua dari lembaga fidusia yang dalam hukum Romawi dikenal dengan nama *fiducia cum amico contracta* (janji kepercayaan yang dibuat dengan teman). Lembaga Fidusia ini sering digunakan dalam hal seorang pemilik benda harus mengadakan perjalanan keluar kota dan sehubungan dengan itu menitipkan kepada temannya kepemilikan benda dimaksud dengan janji bahwa te-

⁷ Lihat Pasal 1 Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

⁸ R. Subekti, 1982, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Intermasa, hal. 82.

⁹ R. Subekti, *Jaminan jaminan Untuk Op.Cit.*, hal. 76.

¹⁰ Jatmiko Winarno, “Perlindungan Hukum Bagi Kreditur Pada Perjanjian Jaminan Fidusia”, Jurnal Independent, Vol. 1 No. 1, Maret 2013, dalam <http://journal.unisla.ac.id/index.php?p=journal&id=98>, diakses 10 Januari 2016.

¹¹ Tan Kamelo, 2004, *Hukum Jaminan Fidusia Suatu Kebutuhan yang Didambakan*, Bandung: Alumni, hal. 42.

man tersebut akan mengembalikan kepemilikan benda tersebut bilamana si pemilik benda sudah kembali dari perjalanannya.

Pada dasarnya lembaga *Fiducia cum amino* sama dengan lembaga *Trust*, sebagaimana itu dikenal dalam sistem hukum Anglo-Amerika (*Common Law*). *Trust* adalah hubungan kepercayaan (*fiduciary*) yang di dalamnya satu orang sebagai pemegang hak atas harta kekayaan berdasarkan hukum (*Legal Title*) tunduk pada kewajiban berdasarkan equity untuk memelihara atau mempergunakan milik itu untuk kepentingan orang lain.¹² Dari kedua jenis fidusia yang berkembang di atas bahwa fidusia yang berkembang di Indonesia dan juga yang berkembang di Belanda adalah lembaga *fidusia cum creditore*.

Dalam perkembangan fidusia telah terjadi pergeseran mengenai kedudukan para pihak. Pada zaman Romawi kreditur penerima fidusia berkedudukan sebagai pemilik atas barang yang difidusikan, tetapi sekarang penerima fidusia hanya berkedudukan sebagai pemegang jaminan saja. Ini berarti pada zaman Romawi penyerahan hak milik pada *fidusia cum creditore* terjadi secara sempurna sehingga kedudukan penerima fidusia sebagai pemilik yang sempurna juga. Konsekuensinya, sebagai pemilik ia bebas berbuat sekehendak hatinya atas barang tersebut. Namun berdasarkan *fides* penerima fidusia berkewajiban mengembalikan hak milik itu jika pemberi fidusia melunasi utangnya.¹³

Mengenai hal ini, A. Veenhoven menyatakan bahwa hak milik itu sifatnya sempurna yang terbatas tergantung syarat tertentu. Untuk fidusia, hak miliknya tergantung pada syarat putus (*ontbindende voorwaarde*). Hak milik yang sempurna baru lahir jika pemberi fidusia tidak memenuhi kewajibannya.¹⁴

Oey Hoey Tiong mengatakan bahwa fidusia adalah hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda.¹⁵ Dalam hal yang diserahkan hanyalah hak kepemilikan belaka dari benda tersebut secara yuridis dikenal dengan istilah *constitutum possessorium*.

Fidusia yang sudah ada pada zaman romawi diakui di negeri Belanda melalui Hoge Raad mula-mula dalam Arrest tanggal 25 Januari 1929 (Bierbrouwerij Arrest). Lembaga Fidusia di Indonesia untuk pertama kalinya mendapatkan pengakuan dalam keputusan HgH. (Hooggerechtshof tahun 1932) Tanggal 18 Agustus 1932 dalam perkara antara B.P.M melawan Clignet.¹⁶ Sejak saat itu penjaminan untuk benda bergerak dinaungi oleh lembaga gadai dan fidusia yang memiliki perbedaan mendasar pada penguasaan atas benda jaminannya.

Selanjutnya kebutuhan akan lembaga fidusia semakin meningkat. Fidusia mulai berkembang dan masuk ke dalam beberapa peraturan perundang-undangan, yakni dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 1985 tentang Rumah Susun, Un-

¹² [http://www.lawskripsi.com/index.php?option=com_content &view = article & id = 211&Itemid=211](http://www.lawskripsi.com/index.php?option=com_content&view=article&id=211&Itemid=211), diakses 25 Januari 2016

¹³ Jatmiko Winarno, *Perlindungan Hukum.....*, Op.Cit., hal .47.

¹⁴ *Ibid.*, hal. 48.

¹⁵ Oey Hoey Tiong, 1984, *Fiducia sebagai Jaminan Unsur-unsur Perikatan*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hal. 21.

¹⁶ Munir Fuady, *Hukum Jaminan.....*, Op.Cit., hal. 15.

dang-undang Nomor 5 Tahun 1992 tentang Perumahan dan Pemukiman.

Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia dan diumumkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 168, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3889 yang lahir karena kebutuhan mendesak akan adanya Lembaga Jaminan Fidusia, yang diharapkan dengan di aturnya dalam Undang-Undang akan memberikan kepastian hukum bagi seluruh pihak.

Sebelum berlakunya Undang-Undang Jaminan Fidusia, yang menjadi objek jaminan fidusia adalah benda bergerak sebagai benda persediaan (*inventory*), benda dagangan, piutang, peralatan mesin, dan kendaraan bermotor saja namun dalam Undang-Undang Jaminan Fidusia, pengertian objek jaminan fidusia diberikan dengan pengertian yang luas. Benda-benda sebagai obyek jaminan fidusia berdasarkan Pasal 1 Undang-Undang Jaminan Fidusia: “Benda adalah segala sesuatu yang dapat dimiliki dan dialihkan baik yang berwujud maupun tidak berwujud, yang terdaftar maupun tidak terdaftar, yang bergerak maupun yang tidak bergerak yang tidak dapat dibebani hak tanggungan atau hipotik”.

Pengertian yang luas ini dijabarkan dalam berbagai pasal, yakni Pasal (1) Ayat (4), Pasal 9, Pasal 10, dan Pasal 20 Undang-Undang Jaminan Fidusia. Benda-benda yang menjadi objek jaminan fidusia tersebut adalah sebagai berikut:

- (1) Benda tersebut harus dapat dimiliki dan dialihkan secara hukum.
- (2) Dapat atas benda berwujud.
- (3) Dapat juga atas benda tidak berwujud, termasuk piutang.
- (4) Benda bergerak.

- (5) Benda tidak bergerak yang tidak dapat diikat dengan tanggungan.
- (6) Benda tidak bergerak yang tidak dapat diikat dengan hipotik.
- (7) Baik atas benda yang sudah ada mau-pun terhadap benda yang akan diper-oleh kemudian. Dalam hal benda yang akan diperoleh kemudian, tidak diperlukan suatu akta pembebanan fi-dusia tersendiri.
- (8) Dapat atas satu satuan atau jenis benda.
- (9) Dapat juga atas lebih dari satu jenis atau satuan benda.
- (10) Termasuk hasil dari benda yang telah menjadi objek fidusia.
- (11) Termasuk juga hasil klaim asuransi dari benda yang menjadi objek jaminan fidusia.
- (12) Benda persediaan (*inventory*, stok perdagangan) dapat juga menjadi objek jaminan fidusia.¹⁷

Undang-undang Jaminan Fidusia dalam skenario yang optimal memungkinkan pelaku usaha untuk memanfaatkan nyaris semua aset benda bergeraknya sebagai jaminan untuk memperoleh pendanaan, tidak terbatas kepada kendaraan bermotor. Hal ini akan sangat membantu Usaha Mikro Kecil dan Menengah (UMKM) yang yang umumnya tidak memiliki tanah dan/atau bangunan untuk dijamin-kan kepada kreditur. Jaminan Fidusia sebagai instrumen pendaftaran jaminan benda bergerak akan sangat vital perannya dalam mengisi kebutuhan ini, dan diperkirakan akan makin mendorong pertumbuhan pendanaan berbasis jaminan benda bergerak. Objek fidusia yang terbaru ditegaskan dalam Pasal 16 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta yang menggantikan

¹⁷ Munir Fuady, 2003, *Jaminan Fidusia*, Cetakan kedua Revisi, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, hal. 48.

Undang-Undang Hak Cipta yang lama Nomor 19 Tahun 2002. Pasal 16 Ayat (3) yang berbunyi, “*Hak Cipta dapat dijadikan sebagai objek jaminan fidusia*”. Hak Cipta merupakan benda tidak berwujud yang masuk pada kelompok Hak Kekayaan Intelektual (HAKI).

Sifat Jaminan Fidusia

Ketentuan Undang-undang Jaminan Fidusia telah secara tegas menyatakan bahwa jaminan fidusia adalah agunan atas kebendaan atas jaminan kebendaan (*Zakelijke zekerheid, security right in rem*), sebagaimana yang termuat dalam Pasal 1 angka 2 yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada penerima fidusia, yaitu hak yang didahulukan terhadap kreditur lainnya. Hak ini tidak hapus karena adanya kepailitan dan atau likuidasi pemberi fidusia.¹⁸ Dengan demikian, tidak alasan untuk menyatakan bahwa jaminan fidusia hanya merupakan sebuah perjanjian *obligatoir* yang kemudian melahirkan hak yang bersifat “*per-soonlijk*” (perorangan) bagi kreditur.

Sebagai perjanjian *obligatoir*, maka hanya dapat dilaksanakan jika ketentuan yang disyaratkan dalam perjanjian pokok telah atau tidak dipenuhi. Sesuai dengan ketentuan Pasal 4 Undang-undang Jaminan Fidusia yang menyatakan bahwa “Jaminan Fidusia merupakan perjanjian ikutan dari perjanjian pokok yang menimbulkan kewajiban bagi para pihak untuk memenuhi suatu prestasi”. Pola pengikatan jaminan fidusia didahului dengan ditandatanganinya perjanjian pokok berupa perjanjian utang piutang, pembiayaan, kredit atau lainnya dilanjutkan dengan penandatanganan perjanjian jaminan fidusia. Pada dasarnya perjanjian penja-

minan ini dimaksudkan untuk menambah keyakinan kreditur atas kemampuan debitur untuk melunasi utang. Jadi, perjanjian jaminan fidusia merupakan perjanjian bersifat tambahan dalam literatur ilmu hukum disebut perjanjian “*accessoir*”.

Sebagai suatu perjanjian *accessoir*, perjanjian jaminan fidusia memiliki sifat sebagai berikut:¹⁹

1. Sifat ketergantungan terhadap perjanjian pokok: Jaminan Fidusia terkait dengan perjanjian pokok sehingga jaminan fidusia bersifat *accessoir* dan mengikuti perjanjian *accessoir* yang mengikuti perjanjian dasar tersebut.
2. Keabsahan semata mata ditentukan oleh sah tidaknya perjanjian pokok.
3. Sebagai perjanjian bersyarat, hanya dapat dilaksanakan jika ketentuan yang diisyaratkan dalam perjanjian pokok telah atau tidak terpenuhi.

Lahirnya Jaminan fidusia

Perjanjian pokok berupa perjanjian utang piutang, kredit ataupun pembiayaan tidak dipersyaratkan untuk dibuat dengan akta notaris. Berbeda dengan Perjanjian Jaminan Fidusia, meskipun sebagai perjanjian pengikutan (*accessoir*) namun Pasal 5 Ayat 1 Undang-Undang Jaminan Fidusia mengatakan “Pembebanan Benda dengan Jaminan Fidusia dibuat dengan akta notaris dalam bahasa Indonesia dan merupakan akta Jaminan Fidusia”.

Pada awal kemunculan fidusia, pengikatan fidusia dilakukan dengan perjanjian yang hanya dilakukan oleh kedua belah pihak tanpa melibatkan Notaris atau sering disebut dengan Akta Bawah Tangan. Mengingat fidusia merupakan penjaminan yang sangat memungkinkan

¹⁸ Lihat Pasal 27 ayat (3) Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

¹⁹ Gunawan Wijaya dan Ahmad Yani, 2001, *Hukum Tentang Perlindungan Konsumen*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, hal. 123.

akan terjadi perpindahan hak dari subjek hukum satu ke subjek hukum lainnya dan objek jaminan fidusia pada umumnya adalah benda bergerak yang tidak terdaftar. Peran akta notaries adalah sarana yang tepat untuk mengikat perjanjian tersebut. Di samping itu, akta notaries juga sebagai akta otentik yang memiliki pembuktian yang sempurna. Pembuatan jaminan fidusia dalam akta notaris bersifat imperatif (memaksa) bukan fakultatif.

Tujuan dari suatu penjaminan selain untuk memberikan rasa aman kepada kreditur sekaligus menempatkan kreditur menjadi kreditur separatis sehingga ia memiliki hak untuk didahului dalam pelunasan utang debitur. Hanya saja dalam fidusia seperti halnya juga Hak Tanggungan, seorang kreditur baru dapat menjadi kreditur separatis bilamana penjaminannya telah didaftarkan. Berdasarkan Pasal 11 Undang-Undang Jaminan Fidusia maka fidusia wajib didaftarkan pada Kantor Pendaftaran Fidusia. Sampai dengan tahun 2013 pendaftaran fidusia masih dilakukan secara manual. Penerima fidusia atau kuasanya melakukan pendaftaran pada kanwil Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia dengan tata cara yang diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 86 Tahun 2000 tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia.

Semenjak tahun 2013, diberlakukan ketentuan pendaftaran itu *online* atau dikenal dengan Sistem Administrasi Pendaftaran Jaminan Fidusia secara Elektronik. Istilah lain sering dikenal dengan fidusia *online* yang dibentuk pada 5 Maret 2013 oleh Direktorat Jenderal Administrasi Hukum Umum (Ditjen AHU), melalui perantara notaris sebagai satu satunya pejabat yang ditunjuk untuk melakukan

pendaftaran fidusia untuk atas nama penerima fidusia. Tata cara pendaftaran itu tertuang dalam Peraturan Pemerintah Nomor 21 Tahun 2015 Tentang Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia yang menggantikan PP No. 86 Tahun 2000 mengenai ketentuan yang sama. Dalam praktiknya pendaftaran Fidusia online banyak mengalami hambatan namun bertahap hambatan itu mulai dibenahi.

Pendaftaran jaminan fidusia ini memiliki arti penting karena menyangkut lahirnya sebuah penjaminan fidusia. Jaminan Fidusia lahir pada tanggal yang sama dengan tanggal dicatatnya jaminan Fidusia dalam Buku Daftar Fidusia seperti pada Pasal 14 Ayat (3) dan Kantor Pendaftaran Fidusia mencatat Jaminan Fidusia dalam Buku Daftar Fidusia pada tanggal yang sama dengan tanggal penerimaan permohonan pendaftaran seperti dalam Pasal 13 Ayat (3). Dengan demikian, maka pendaftaran itu penting selain melaksanakan asas publisitas pada penjaminan.

Lahirnya jaminan fidusia ini maka saat itu pulalah lahirnya beberapa hak yang menjadi ciri dari suatu jaminan khusus sebagai berikut:

1. Lahirnya hak *preferen* pada kreditur. Hak preferen adalah hak untuk dapat didahulukan dalam hal pelunasan piutangnya daripada kreditur lain yang tidak memiliki hak khusus ini. Mengenai hak ini Undang-Undang Jaminan Fidusia telah mengaturnya dalam Pasal 27.
2. Lahirnya hak eksekutorial. Hak eksekutorial adalah hak dari pemegang jaminan fidusia untuk dapat langsung mengeksekusi hak-haknya atas benda jaminannya untuk mengambil pelunasan piutangnya. Hak eksekutorial terkandung di dalam sertifikat jaminan fidusia yang memiliki irah-

irah DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA, yang memberikan hak eksekutorial kepada kreditur seperti suatu putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 29 Undang-Undang Jaminan Fidusia. Dengan demikian, kreditur tidak perlu memintakan eksekusi dari pengadilan. Cukup dengan sertifikat tersebut ia dapat melakukan pelelangan umum dan dapat pula melakukan penjualan di bawah tangan apabila kedua belah pihak dapat memperoleh harga tertinggi dan disetujui oleh kedua belah pihak.

Karakteristik Jaminan Fidusia

Cara untuk mendekatkan pandangan tentang Jaminan Fidusia khususnya mengenai Pembebanan dan Pendaftaran Jaminan Fidusia, dapat dicermati dari beberapa hal yang diatur dalam Undang-Undang Jaminan Fidusia yang merupakan hal baru, disamping beberapa hal yang selama ini telah dikenal dan dilaksanakan dalam praktek penyerahan jaminan secara FEO yang antara lain dapat diuraikan sebagai berikut:

- Sifat asesor (*accessoir*) yang oleh undang-undang disebut sebagai perjanjian ikutan dari satu perjanjian pokok (Pasal 4), guna pelunasan utang debitur kepada kreditur (Pasal 7). Sebelum utang dalam perjanjian pokok lunas (termasuk akibat-akibatnya) hak agunan yang timbul akibat penyerahan jaminan fidusia tidak dapat dihapuskan, termasuk jika piutang dialihkan kepada kreditur lain.
- Formalitas hukum dari pembebanan benda jaminan dibuat dalam bentuk Notariil Aida dalam bahasa Indonesia yang merupakan Akta Jaminan Fidusia (Pasal 5 ayat 1). Bentuk pembebanan secara notariil akta dimaksudkan agar Akta Jaminan Fidusia dibuat di hadapan

an pejabat yang berwenang yang oleh undang-undang telah ditunjuk untuk itu, guna mendapatkan nilai “otentisitas” dan memiliki kekuatan hukum yang mengikat sebagai alat bukti yang kuat bagi para pihak maupun kepada pihak ketiga termasuk ahli waris maupun orang yang meneruskan hak tersebut (pasal 1868, 1869 dan 1870). Dengan dasar itu pula dibuat “titel eksekutorial” pada Sertipikat Fidusia. Sebelum berlakunya Undang-Undang Jaminan Fidusia, dalam FEO para pihak dapat memilih formalitas penyerahan jaminan baik secara notariil maupun dibawah tangan, ada beberapa “*multi finance corporation*” digunakan diluar bahasa Indonesia dan dibawah tangan dengan sewa beli.

- Pendaftaran Fidusia, (yang merupakan hal baru dari yang telah diamanatkan oleh undang-undang dengan tatacara dan permasalahan tersendiri), yang selanjutnya akan dibahas dalam bab berikut. Saat pendaftaran adalah saat lahirnya Jaminan dan memberikan kepada Penerima Fidusia Hak Kebendaan (*zakelijke zekerheid*) atau Hak Agunan yang memiliki hak mendahului (preferensi), oleh karena itu hukutnnya wajib mendaftarkan jaminan fidusia kepada KPF (Pasal 11 ayat 1, 12 ayat 1, 13 ayat 1). Hak Agunan, timbul sebagai bentuk perwujudan dari hak atas kebendaan (*real right*) yang diperoleh penerima fidusia akibat penyerahan kepemilikan dari jaminan fidusia (sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 butir 1). Hak Agunan, mengandung Sifat Absolut dan mengikuti benda tersebut ditangan siapapun ia berada (*droit de suit*), yang haknya tidak hapus karena adanya kepailitan atau likuidasi (Pasal 27 ayat 3) maupun, dialihkannya benda yang menjadi obyek jaminan fidusia (pasal 20), pemikian pula terhadap keuntungan (pasal 10-a, 21 ayat 4) dan klaim asuransi yang timbul (pasal 10-b, 25 ayat 2). Penyerahan hak kepemilikan bukan penyerahan

han hak milik, berlainan dengan yang banyak dipraktekkan selama ini dalam FEO, terutama untuk jaminan kendaraan bermotor penyerahan jaminan secara FEO ditafsirkan banyak kreditur sebagai “milik”, sehingga banyak kreditur menggunakan sita tarik (*revindictioir beslag*) atas barang “miliknya” sendiri guna mengambil jalan keluar bagi penyelesaian utang/kredit (bermasalah). Pengalihan hak kebendaan yang dimaksud oleh UU Fidusia dilakukan dengan cara *constitutum possessorium* di mana benda yang diserahkan hak kepemilikannya tersebut secara fisik masih tetap dikuasai oleh pemberi fidusia untuk kepentingan penerima fidusia. Penyerahan dengan cara demikian berbeda dengan penyerahan yang dimaksud dalam pasal 584 jo. 612 ayat 1 KUH Perdata (*levering*) yang bersifat mutlak dan terus menerus, penyerahan hak kepemilikan menurut Undang-Undang Jaminan Fidusia semata-mata untuk keperluan agunan bagi pelunasan utang (pasal 1 butir 2 jo pasal 27), yang menurut penulis sebagai sesuatu yang menimbulkan Hak Agunan sebagai perwujudan jaminan kebendaan (*security right in rem*) yang mempunyai Hak Mendahului (*preferen*).

- Unsur Pidana, diancamkan kepada para pihak yang beritikad buruk yang bermaksud dengan sengaja, memasukkan, mengubah, menghilangkan atau dengan cara apapun memberikan keterangan secara menyesatkan membuat penyerahan jaminan Fidusia menjadi batal/tidak lahir (Pasal 35) termasuk juga terhadap mereka yang mengalihkan, menggadaikan atau menyewakan benda yang menjadi obyek Fidusia kecuali benda persediaan (Pasal 23 ayat 2 dan Pasal 36).

Kelemahan UU Jaminan Fidusia

Sejak di undangkannya jaminan fidusia dalam Undang-Undang Nomor 42

tahun 1999 tentang Jaminan fidusia tanggal 30 September 1999, muncul berbagai macam peraturan yang terkait dengan keberadaan undang-undang fidusia ini. Tercatat beberapa peraturan yang berhubungan langsung dan yang tidak langsung tetapi mengaitkan peraturannya dengan jaminan fidusia. Peraturan tersebut antara lain:

1. Peraturan Pelaksana Nomor 86 Tahun 2000 tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia yang telah diganti dengan Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 21 tahun 2015 dengan judul yang sama.
2. Permenkumham Nomor 10 tahun 2013 Peraturan Menteri Hukum Dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2013 tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Secara Elektronik.
3. Peraturan Kapolri Nomor 8 tahun 2011 yang berlaku sejak 22 Juni 2011 tentang Pengamanan Eksekusi Jaminan Fidusia.
4. Undan-Undang Nomor 09 Tahun 2006 tentang Resi Gudang.
5. Nomor Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.
6. Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.
7. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.
8. Dan peraturan lainnya yang berkenaan dengan jaminan fidusia.

Belum lama ini muncul Peraturan Menteri Keuangan Republik Indonesia No.130/PMK.010/2012 yang sangat tepat sekali guna menjamin kepastian hukum bagi pihak-pihak yang berkepentingan. Mengingat Undang-Undang Jaminan Fidusia banyak mengandung kelemahan-kele-

mahan seperti yang dapat dijabarkan oleh penulis sebagai berikut:

1. Pasal 5 Undang-Undang Jaminan Fidusia menyebutkan bahwa “Pembebanan Benda dengan Jaminan Fidusia dibuat dengan akta notaris dalam bahasa Indonesia dan merupakan akta Jaminan Fidusia”. Rumusan pasal ini tidak mencerminkan adanya suatu perintah yang tegas yang bersifat imperatif (memaksa) namun hanya mencerminkan suatu rumusan yang fakultatif. Apabila kita menyadari bahwa dalam pembebanan fidusia ada peralihan hak dan menyangkut suatu benda bergerak yang umumnya tidak didaftar, maka sudah selayaknya rumusan pasal tersebut dibuat imperatif (memaksa). Agar bersifat memaksa maka perlu menambahkan kata wajib dalam pasal tersebut sehingga berbunyi “Pembebanan Benda dengan Jaminan Fidusia wajib dibuat dengan akta notaris dalam bahasa Indonesia dan merupakan akta Jaminan Fidusia”.
2. Undang-Undang Jaminan Fidusia juga tidak memberikan sanksi yang tegas bilamana penjaminan fidusia tidak menggunakan akta notaris. Dalam praktik meskipun perintah pembebanan fidusia dalam akta notaris, telah disebutkan dalam Pasal 5 Undang-Undang Jaminan Fidusia dan Peraturan Pelaksananya No. 21 tahun 2015, tetapi ketiadaan sanksi membuat masyarakat masih menafsirkan bahwa pasal tersebut bersifat fakultatif bukan imperatif (memaksa). Akan berbeda bila pasal tersebut disertakan dengan sanksi. Dalam hal Akta Fidusia tidak dibuat dengan akta notaris maka tidak dapat didaftarkan maka keberadaan sanksi akan memberikan efek memaksa pada masyarakat.
3. Undang-Undang Jaminan Fidusia tidak menempatkan pendaftaran pada posisi yang sangat penting karena tidak ada sanksi yang ditegaskan dalam Undang-Undang Jaminan Fidusia tersebut. Padahal pendaftaran adalah jantung dari penjaminan fidusia. Asas publisitas yang menyertai penjaminan ini tidak dapat dinomorduakan. Tanpa adanya pendaftaran hak-hak dari kreditur seperti hak preferen dan hak eksekutorial yang lahir bersamaan dengan dicatatkannya jaminan fidusia tidak akan diterima oleh kreditur. Meskipun telah dikeluarkannya Peraturan Menteri Keuangan Nomor 130/PMK.010/2012 tentang Pendaftaran Jaminan Fidusia bagi Perusahaan Pembiayaan yang Melakukan Pembiayaan Konsumen untuk Kendaraan Bermotor dengan Pembebanan Jaminan Fidusia. Di dalam Permenkeu tersebut terdapat sanksi yang tegas mulai dari sanksi administratif sampai dengan pencabutan ijin usaha, namun hanya akan dapat berlaku tegas pada perusahaan pembiayaan yang memberikan pembiayaan kendaraan bermotor, sedangkan bagi objek fidusia lainnya belum diatur seperti hal kendaraan bermotor.
4. Undang-Undang Jaminan Fidusia memberikan definisi debitur dan pemberi fidusia secara terpisah. Undang-Undang Jaminan Fidusia tidak mengharuskan pemberi fidusia adalah debitur sendiri, sehingga kedudukan debitur dan pemberi fidusia ada tiga kemungkinan. Kemungkinan pertama adalah pemberi fidusia merupakan debitur sendiri dan kemungkinan kedua pem-

beri fidusia bukanlah debitur tetapi orang lain yang mempercayakan benda miliknya menjadi jaminan guna kepentingan debitur ketiga debitur yang memiliki itikad tidak baik yang menjaminkan benda milik orang lain tanpa hak. Atas kemungkinan-kemungkinan tersebut maka di dalam praktik debitur dapat menjaminkan benda milik orang lain guna kepentingannya. Dalam praktik penjaminan milik pihak ketiga sering menimbulkan permasalahan. Seperti yang digambarkan oleh Salim HS bahwa ada beberapa hambatan-hambatan dalam pelaksanaan pelelangan jaminan yang salah satunya dari beberapa point yang ia bahas adalah karena benda jaminan milik pihak ketiga. Hambatan terjadi dalam pelaksanaan lelang, pihak ketiga ini menghalangi terjadinya pelelangan benda jaminan karena pemilik objek jaminan tidak pernah merasa memberikan kuasa kepada debitur untuk menjaminkan benda miliknya tersebut.²⁰ Pengingkaran pemilik benda dapat menjadikan penghambat dalam hal eksekusi benda jaminan. Hal tersebut dapat merugikan kreditur. Undang-Undang Jaminan Fidusia tidak mengatur secara baik penjaminan yang dilakukan debitur atas benda milik pihak ketiga meskipun penjaminan fidusia dengan objek milik pihak ketiga bukanlah merupakan pelanggaran hukum. Di dalam praktik sehari hari, untuk menghindari pengingkaran dari pihak ketiga yang tidak memiliki itikad baik, kreditur sering mensyaratkan adanya persetujuan dari

pemilik benda jaminan. Surat persetujuan itu menyatakan bahwa demi kepentingan debitur ia menjaminkan benda miliknya secara sukarela. Sebenarnya mensyaratkan surat persetujuan seperti ini tidaklah melanggar hukum mengingat adanya asas kebebasan berkontrak dalam hukum perikatan serta sifat buku III KUH perdata yang bersifat terbuka sehingga memungkinkan para pihak untuk memperjanjian atau membentuk perjanjian di luar dari yang telah ditentukan oleh undang undang asalkan memenuhi syarat sah perjanjian yang tertuang dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Namun untuk menjaga kepastian hukum dan melindungi para pihak khususnya pada penjaminan benda bergerak milik orang lain maka Undang-Undang Jaminan Fidusia seharusnya menempatkan syarat persetujuan pemilik benda bergerak tersebut dalam pasalnya.

5. Kebutuhan kredit yang meningkat dan laju bisnis yang bergerak cepat mengharuskan masyarakat pelaku bisnis juga dapat melakukan penyesuaian. Untuk mengejar waktu, sering sekali penandatanganan akta jaminan dikuasakan kepada kreditur oleh debiturnya melalui surat kuasa. Undang-Undang Jaminan Fidusia tidak mengatur penandatanganan Akta Jaminan Fidusia melalui seorang kuasa tersebut apakah harus notaris ataupun bawah tangan. KUH Perdata sebagai hukum yang general juga tidak melarang seseorang menguasai penandatanganan kepada orang lain asalkan ada surat kuasa. Secara umum memang perjanjian dianggap sah oleh kedua belah pihak sesuai Pasal 1338 KUH Perdata

²⁰ H. Salim H.S., 2004, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, hal. 275.

termasuk surat kuasa di bawah tangan. Tetapi dari perspektif keotentikan satu akta mempunyai suatu kelemahan karena surat kuasa di bawah tangan tersebut hanya berlaku bagi kedua belah pihak. Tetapi bilamana ada gugatan atau intervensi dari pihak lain, maka kuasa di bawah tangan tersebut akan menjadi masalah. Terkait dengan surat kuasa di bawah tangan sebagai suatu akta jaminan fidusia yang merupakan alat bukti maka kalau hanya di bawah tangan akta tersebut mempunyai kelemahan dari proses pembuktian. Memang patut diakui bahwa perjanjian fidusia adalah perjanjian yang didasarkan pada kepercayaan. Tetapi terkait dengan adanya suatu akta sebagai alat pembuktian maka kedudukan surat kuasa di bawah tangan sangat lemah dan tidak memiliki kepastian hukum.²¹ Oleh karena itu, surat kuasa yang di legalisasi oleh notaris merupakan solusi yang baik bagi para pihak untuk kepastian hukum. Legalisasi oleh seorang notaries menempatkan suatu akta bawah tangan memiliki pembuktian sempurna (*full evidence*).

6. Pasal 25 Ayat (3) Undang-Undang Jaminan Fidusia menyatakan “Penerima Fidusia memberitahukan kepada Kantor Pendaftaran Fidusia mengenai hapusnya Jaminan Fidusia sebagaimana dimaksud dalam Ayat (1) dengan melampirkan pernyataan mengenai hapusnya utang, pelepasan hak, atau

musnahnya Benda yang menjadi obyek”. Selanjutnya Pasal 25 Ayat (1) menyatakan bahwa penyebab hapusnya fidusia adalah karena hal-hal sebagai berikut; pertama karena hapusnya utang yang dijamin dengan fidusia; kedua pelepasan hak atas Jaminan Fidusia oleh Penerima Fidusia; ketiga musnahnya Benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia. Untuk penghapusan jaminan fidusia yang disebabkan karena pelepasan hak atau musnahnya barang, dalam praktek mungkin tidak ada permasalahan berkenaan dengan penghapusan jaminannya yang sering disebut dengan roy. Yang menjadi permasalahan adalah hapusnya jaminan fidusia karena hapusnya utang yang biasanya hapusnya utang karena selesainya perjanjian utang piutang tersebut. Mengingat pungutan yang dikenakan dan tidak ada sanksi apapun bagi penerima Fidusia yang tidak melakukan pencabutan (oleh Undang-Undang Jaminan Fidusia) tidaklah mengherankan, apabila studi singkat yang pernah dilakukan Kelompok Bank Dunia-IFC terhadap tingkat kepatuhan pencabutan Fidusia pada pendaftaran jaminan Fidusia konvensional sebelum Fidusia online berlaku hanya berkisar di bawah 10%. Padahal Buku Daftar Fidusia sebagai register publik, idealnya memiliki data akurat tentang kapan pembebanan Fidusia terjadi, dan kapan berakhirnya pembebanan tersebut. Aneh, apabila pada daftar Fidusia pendaftaran masih tercatat sebagai aktif, namun pada kenyataannya transaksi utang piutangnya sudah dilunasi.²² Untuk itu,

²¹ Hikmah D. Hayatdian, *Kajian Hukum Surat Kuasa Dibawah Tangan Sebagai Dasar Pembuatan Akta Jaminan Fidusia*, Jurnal Hukum Unsrat, Vol. I, No.1, April-Juni 2013, dalam http://repo.unsrat.ac.id/373/1/KAJIAN_HUKUM_SURAT_KUASA_DIBAWAH_TANGAN_SEBAGAI_DASAR_PEMBUATAN_AKTA_JAMINAN_FIDUSIA.pdf, diakses 28 Desember 2015.

²² Aria Suyudi, *Pembaruan Pendaftaran Jaminan Fidusia dan Implikasinya bagi Akses Terhadap*

meskipun utang sudah lunas apabila belum dilakukan pencabutan jaminan fidusia akan tetap melanggar Pasal 17 Undang-Undang Jaminan Fidusia tentang larangan untuk melakukan fidusia ulang selama objek fidusia masih terdaftar. Ketidakpatuhan ini juga merupakan dampak dari tidak adanya sarana atau tempat untuk pencatatan roya pada bukti kepemilikan benda jaminan yang diberikan oleh pemerintah.

Pembaharuan Undang-Undang Jaminan Fidusia

Keberadaan Peraturan Menteri Keuangan Republik Indonesia No.130/PMK. 010/2012 telah membawa angin segar bagi perusahaan pembiayaan untuk ikut mendukung “*good corporate governance*” dan menjamin rasa keadilan, kemanfaatan, kepastian hukum di dunia hukum dan dunia usaha dengan diaturnya hal-hal sebagai berikut:

1. Menekankan ketentuan wajib mendaftarkan jaminan fidusia di Kantor Pendaftaran Fidusia.
2. Menegaskan jangka waktu pendaftaran merupakan langkah untuk menjamin kepastian hukum.
3. Menekan tindakan yang bertentangan dengan rasa keadilan dengan mengatur masalah tata cara penarikan benda jaminan fidusia.
4. Penerapan sanksi yang tegas terhadap pelanggaran ketentuan tersebut sangat diperlukan sebagai upaya paksa juga untuk pelaksanaan pendaftaran obyek jaminan fidusia.
5. Lebih memberikan rasa keadilan karena dengan dilaksanakan Pendaftaran

an obyek jaminan fidusia, maka apabila debitur wanprestasi akan ditempuh cara-cara eksekusi sesuai Undang-Undang Jaminan Fidusia.

Peraturan Menteri Keuangan ini intinya mewajibkan semua Lembaga Pembiayaan Non Bank dalam pembiayaan kendaraan bermotor untuk mendaftarkan jaminan Fidusia yang telah mereka pungut biayanya ke Kantor Pendaftaran Fidusia (KPF) paling lama 30 hari sejak perjanjian dengan konsekuensi larangan untuk melakukan eksekusi dalam hal kegagalan bayar (*default*) dan pencabutan izin operasi lembaga keuangan tersebut. Memang tidaklah mudah bagi Perusahaan Pembiayaan untuk melaksanakan Peraturan Menteri Keuangan tersebut, karena ada beberapa hal yang menjadi kendala yaitu :

1. Debitur akan terbebani dengan tambahan biaya pembuatan akta jaminan fidusia secara Notariil berikut biaya pendaftarannya.
2. Debitur Perusahaan Pembiayaan yang terletak di pelosok-pelosok akan sulit melaksanakan penandatanganan di hadapan Notaris karena letaknya jauh dari tempat tinggal debitur.
3. Kantor Pendaftaran Jaminan Fidusia yang belum sampai ke pelosok-pelosok daerah.
4. Penggunaan kuasa menjaminkan secara di bawah tangan rawan akan keabsahan tanda tangannya, dan tidak semua Notaris bersedia untuk menandatangani dalam Akta Notariil.
5. Berpengaruh terhadap omset penjualan karena ada beban tambahan biaya dan teknis penandatanganan akta secara Notariil.

Sistem jaminan benda bergerak yang efektif akan makin penting dalam

Pembiayaan Indonesia <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt555a9a3744b97/pembaruan-pendaftaran-jaminan-fidusia-dan-implikasinya-bagi-akses-terhadap-pembiayaan-indonesia-broleh-aria-suyudi--sh--llm->, diakses 25 Desember 2015.

pertumbuhan ekonomi Indonesia. Konsekuensinya, implementasi rezim hukum jaminan Fidusia berikut kebijakan pendukungnya harus terus dikembangkan. Peraturan Menteri Keuangan tersebut di atas, secepatnya harus ditindaklanjuti dengan Perubahan Undang-Undang Jaminan Fidusia atau dapat dilaksanakan pembaruan hukum tentang jaminan fidusia (*law reform*).²³

Kesimpulan

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa memang sudah waktunya Undang-Undang Jaminan Fidusia dilakukan perubahan. Dibuatnya suatu peraturan perundang-undangan tujuannya adalah untuk memberikan kepastian hukum pada masyarakat agar terciptanya keadilan bagi masyarakat. Dalam pembentukan undang-undang diperlukan pula adanya aspek moral yang juga mendasarinya.

Pembentuk undang-undang yang bermoral sudah tentu akan menghasilkan suatu undang-undang yang tidak saja memberikan jaminan kepastian hukum tetapi undang-undang yang dapat memberikan rasa keadilan dan kesejahteraan bagi masyarakat. Undang-undang yang baik dan bermutu adalah undang-undang yang merupakan jiwa dari seluruh kebutuhan dan kepentingan masyarakat. Undang-undang merupakan pekerjaan yang sulit karena suatu undang-undang harus mampu menjawab berbagai masalah yang rumit dalam masyarakat²⁴.

Pembentukan peraturan perundang-undangan pada intinya sebagai suatu cara membuat suatu aturan yang baik agar bisa bermanfaat bagi masyarakat luas, sehingga dalam pembentukan suatu undang-undang diperlukan suatu ketelitian, keseriusan, kehati-hatian serta kerjasama yang baik, sehingga tercipta suatu sistem yang baik pula. Roscoe Pound mengemukakan bahwa tujuan hukum untuk melindungi kepentingan manusia (*law as tool of social engineering*). Faktanya bahwa perkembangan ekonomi terutama dalam lingkup jaminan fidusia harus juga diiringi oleh peraturan yang dapat menjaga jalannya agar lebih baik.

Dari perubahan Undang-Undang Jaminan Fidusia diharapkan akan memberikan perlindungan maksimal kepada masyarakat yang menggunakan jaminan fidusia sebagai lembaga penjaminan sehingga keadilan akan dapat diperoleh masyarakat hingga tercipta suasana yang kondusif dalam perekonomian hingga meningkatkan kemakmuran rakyat.

Daftar Bacaan

Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia.

Undang-Undang Nomor 09 Tahun 2006 Tentang Resi Gudang.

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta.

Peraturan Pelaksana Nomor 86 Tahun 2000 tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia.

²³ Diah Sulistyani RS, *Mengkritisi UU Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia terkait dengan Peraturan Menteri Keuangan RI Nomor 130/ PMK.010/ 2012*, http://medianotaris.com/segera_revisi_uu_jaminan_fidusia_berita180.html, diakses 25 Januari 2016.

²⁴ M.A.H.Tahapary, "*Moral Dalam Pembentukan Undang-Undang*", <http://fhukum.unpatti.ac.id/>

artikel/penegakan-hukum/289-arsenal-moral-dalam-pembentukan-undang-undang, diakses 25 Januari 2016.

- sia yang telah diganti dengan PP No. 21 Tahun 2015.
- Peraturan Menteri Hukum Dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2013 tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Secara Elektronik.
- Peraturan Kapolri Nomor 8 Tahun 2011 tentang Pengamanan Eksekusi Jaminan Fidusia.
- Peraturan Menteri Keuangan Nomor 130/PMK.010/2012 tentang Pendaftaran Jaminan Fidusia bagi Perusahaan Pembiayaan yang Melakukan Pembiayaan Konsumen untuk Kendaraan Bermotor dengan Pembebanan Jaminan Fidusia.
- Fuady, Munir, 2003, *Jaminan Fidusia*. Cetakan kedua Revisi, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- , 2013, *Hukum Jaminan Hutang*, Jakarta: Erlangga.
- Hariyani, Iswi dan R. Serfianto. D.P., 2010, *Resi Gudang sebagai Jaminan Kredit & Alat Perdagangan*, Jakarta: Sinar Grafika Offset.
- Kamelo, Tan, 2004, *Hukum Jaminan Fidusia Suatu Kebutuhan yang Didambakan*, Bandung: Alumni.
- Salim, H. HS, 2004, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Soebekti, R., 1982, *Jaminan-Jaminan untuk Pemberi Kredit menurut Hukum Indonesia*, Cetakan ke-10, Bandung: Alumni.
- Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen, 1980, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Yogyakarta: Liberty.
- Tiong, Oey Hoey, 1984, *Fiducia sebagai Jaminan Unsur unsur Perikatan*, Jakarta: Ghalia.
- Wijaya, Gunawan dan Ahmad Yani, 2001, *Hukum tentang Perlindungan Konsumen*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Daryansyah, Erin, "Perbedaan Jaminan Kebendaan Dan Jaminan Perorangan" dalam <https://erindaryansyah.wordpress.com/2011/11/01/perbedaan-jaminan-kebendaan-dan-jaminan-perorangan/> . akses 25 Januari 2016.
- Hayatdian, Hikmah D., *Kajian Hukum Surat Kuasa Dibawah Tangan Sebagai Dasar Pembuatan Akta Jaminan Fidusia*. Jurnal Hukum Unsrat , Vol. I, No.1, April-Juni 2013, dalam http://repo.unsrat.ac.id/373/1/KAJIAN_HUKUM_SURAT_KUASA_DIBAWAH_TANGAN_SEBAGAI_DASAR_PEMBUATAN_AKTA_JAMINAN_FIDUSIA.pdf, akses 25 Januari 2016.
- Suyudi, Aria, *Pembaruan Pendaftaran Jaminan Fidusia dan Implikasinya bagi Akses terhadap Pembiayaan Indonesia*, dalam <http://www.hukum-online.com/berita/baca/lt555a9a3744b97/pembaruan-pendaftaran-jaminan-fidusia-dan-implikasinya-bagi-akses-terhadap-pembiayaan-indonesia-broleh--aria-suyudi--sh--llm-> . akses 25 Januari 2016.
- Tahapary, M.A.H., *Moral Dalam Pembentukan Undang-Undang*. dalam <http://fhukum.unpatti.ac.id/artikel/penegakan-hukum/289-arsenal-moral-dalam-pembentukan-undang-undang> akses 29 Desember 2015.
- Winarno, Jatmiko, *Perlindungan Hukum bagi Kreditur pada Perjanjian Jaminan Fidusia*. Jurnal Independent, Vol. 1

No. 1 Maret 2013, dalam
[http://journal.unisla.ac.id/index.php?
p=journal&id=98](http://journal.unisla.ac.id/index.php?p=journal&id=98) diakses 10 Januari
2016.

Tinjauan Yuridis Partisipasi Masyarakat dalam Proses Pembentukan Undang-Undang

Kamarudin

Fakultas Hukum Universitas Hang Tuah Surabaya

Abstract: *In the post New-Order era, legislative function given to Indonesian House of Representatives seems more obvious after an Act Number 12 of 2011 juncto Act Number 10 of 2004 on Regulations Making has covered that public has the right to participate in law-making processes. Enactive regulations open opportunity for public to participate in a statute-making processes. Nevertheless, the given opportunity of participation is procedurally still limited and not in full and meaningful participation level. Existing public participation only covers consultation, not a real participation. Public should be able to participate in decision-making processes. Meanwhile, public participation level is substantially still depended on Parliament Members' spirit of publicness to accommodate public aspiration and to put it on as a norm of statute.*

Keywords: *public participation, statute-making process*

Abstrak: Pada era pasca Orde Baru fungsi legislasi yang dimiliki oleh Dewan Perwakilan Rakyat tampak semakin jelas, setelah Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 jo. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mengatur hak masyarakat untuk ikut serta dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan. Lebih-lebih, Undang-Undang tersebut memberikan kesempatan kepada masyarakat untuk terlibat di dalam proses pembentukan undang-undang. Namun demikian, kesempatan masyarakat dalam berpartisipasi masih terbatas di tahap prosedural, belum di tingkat partisipasi yang sangat berarti. Partisipasi masyarakat masih hanya terbatas pada konsultasi, bukan suatu partisipasi yang nyata. Masyarakat seharusnya dapat berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan. Di samping itu, tingkat partisipasi masyarakat secara substansial masih sangat bergantung pada semangat kemasyarakatan anggota Dewan Perwakilan Rakyat untuk mengakomodasi aspirasi masyarakat dan menjadikannya norma suatu undang-undang.

Kata kunci: partisipasi masyarakat, proses pembentukan undang-undang.

Pendahuluan

Pergeseran konfigurasi politik dari otoritarianisme ke arah demokrasi telah mengubah proses pembentukan undang-undang (selanjutnya disebut UU). Jika di era otoritarianisme didominasi oleh pemerintah, maka pada era demokrasi proses pembentukan UU dapat dipengaruhi oleh elemen-elemen di luar pemerintah, utamanya dari *interest groups* di tengah masyarakat, selain Dewan Perwakilan Rakyat (selanjutnya disebut DPR) sebagai representasi suara rakyat¹.

Pada era reformasi pusat-pusat pembentuk kebijakan publik telah berge-ser kepada DPR. Hal ini tercermin dalam serangkaian kebijakan yang pada era sebelum reformasi merupakan “hak prerogatif” presiden. Setelah perubahan Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945), beberapa hak prerogatif presiden memerlukan keterlibatan DPR. Sebagai contoh, pengangkatan Panglima Tentara Nasional Indonesia (TNI), pengangkatan Duta Besar dan penerimaan Duta Besar negara sahabat, dan pengangkatan pejabat publik lainnya.

Berkaitan dengan pembentukan UU, kekuasaan DPR juga semakin kuat. Hal ini dapat diperhatikan dalam Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (selanjutnya disebut UUD NRI) Tahun 1945 yang menyatakan, DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang. Sebaliknya, dalam Pasal 5 ayat (1) dinyatakan presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang (selanjutnya disebut RUU) kepada DPR. Dalam kedua pasal UUD NRI Tahun 1945 itulah dasar terjadinya per-

geseran pemegang kekuasaan legislatif, yang sebelum perubahan pemegang kekuasaan condong kepada presiden berubah menjadi condong kepada DPR (sebelumnya DPR lebih dikenal sebagai *rubber stamp* kehendak penguasa). Kendatipun demikian, menurut Muhammad A.S. Hikam pada dasarnya yang berubah adalah fungsi pembentuk undang-undang sedangkan organ pembentuk undang-undang tetap sama yaitu DPR beserta Presiden. Hal ini dinyatakan secara tegas dalam Pasal 20 ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 bahwa setiap rancangan undang-undang dibahas oleh DPR dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama².

Sebagai pengejawantahan dari pelaksanaan fungsi legislasi DPR, dibentuk satu alat kelengkapan DPR yang disebut Badan Legislasi (Baleg). Pembentukan Baleg sudah dilakukan sejak DPR periode 1999-2004 yang kemudian dikukuhkan dalam UU No. 22 Tahun 2003 tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR, DPD dan DPRD (Susduk) dan secara teknis diatur dalam Tata Tertib DPR. Posisi Baleg di DPR secara kelembagaan adalah sebagai pusat pembentukan undang-undang/hukum nasional yang dibentuk oleh DPR sebagai alat kelengkapan DPR yang bersifat tetap. Salah satu tugas Baleg yang terpenting adalah merencanakan dan menyusun Program Legislasi nasional (Prolegnas) serta urutan pembahasan rancangan undang-undang.

¹ B. Hestu Cipto Handoyo, 2008, *Prinsip-Prinsip Legal Drafting dan Desain Naskah Akademik*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, hal. 163.

² Muhammad A.S. Hikam, “Politik Hukum Nasional 2005-2009” dalam A. Patra M. Zen dan Sugiarto A. Santoso, 2005, *Refleksi dan Penyusunan Strategi Mewujudkan Partisipasi Masyarakat dalam Penyusunan Peraturan Perundang-Undangan*, Jakarta: Sekretariat Nasional KKP, hal. 47.

Optimalisasi fungsi legislasi yang dimiliki DPR juga diperkuat dengan diberikannya ruang bagi masyarakat untuk ikut berpartisipasi dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan. Pasal 53 Undang-undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan telah memberikan ruang bagi partisipasi masyarakat dalam penyiapan maupun pembahasan rancangan undang-undang dan rancangan peraturan daerah. Pasal 139 Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah juga memberikan jaminan yang sama.

Keikutsertaan masyarakat dalam proses pembentukan undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya memiliki arti penting bagi lahirnya produk hukum yang berkualitas. Apabila peraturan perundang-undangan yang dihasilkan oleh lembaga yang berwenang tidak melibatkan masyarakat dalam proses pembentukannya, menurut Erni Styowati dkk.³, sedikitnya ada empat dampak buruk yang timbul, yaitu: 1) peraturan tersebut tidak efektif, dalam arti tidak dapat mencapai tujuan yang diharapkan, misalnya UU No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah; 2) peraturan tersebut tidak implementatif, dalam arti tidak dapat dijalankan sejak diundangkan atau gagal sejak dini, misalnya Undang-undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Korupsi yang harus segera diubah kurang dari satu tahun sejak diundangkan; 3) peraturan tersebut tidak responsif, yang sejak dirancang sampai diundangkan mendapat-

kan penolakan yang keras dari masyarakat, misalnya Undang-undang Penanggulangan Keadaan Bahaya; dan 4) peraturan tersebut bukannya memecahkan masalah sosial malah menimbulkan kesulitan baru di masyarakat, salah satunya Undang-undang Yayasan yang berlaku pada bulan Agustus 2002.

Di samping itu, terdapat pula beberapa peraturan perundang-undangan yang diperkarakan oleh beberapa kelompok masyarakat ke Mahkamah Konstitusi. Beberapa UU yang diperkarakan adalah UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, UU No. 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran, UU No. 11 Tahun 2003 tentang Pemekaran Wilayah Provinsi Riau, UU No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan, UU No. 16 Tahun 2003 tentang Anti Terorisme, UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat, UU No. 45 Tahun 1999 tentang Pemekaran Provinsi Papua, bahkan pengesahan UU Sumber Daya Air yang baru saja disahkan oleh DPR serta masih banyak lagi undang-undang yang dimohonkan *judicial review* ke Mahkamah Konstitusi⁴.

Banyaknya dampak buruk atau permasalahan yang muncul setelah peraturan perundang-undangan lahir menunjukkan tingkat partisipasi masyarakat di dalam proses pembentukannya masih dipertanyakan, meskipun di atas kertas ketentuan mengenai partisipasi masyarakat sudah diatur pertama kali dalam undang-undang, yaitu UU No. 10 Tahun 2004 dan peraturan pelaksanaannya. Tidak terkecuali, tujuh tahun kemudian sejak diundangkan, UU No. 10 Tahun 2004

³ Erni Styowati, dkk., *DRAFT I: Konsep Paper Koalisi Masyarakat Sipil Untuk Kebijakan Partisipatif*, dalam www.parlemen.net, diakses pada tanggal 27 Maret 2012.

⁴ Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, *Pernyataan Sikap Ganti Kata "Dapat" Menjadi "Berhak", atau Tolak Pengesahan RUU PPP*, dalam www.parlemen.net, diakses pada tanggal 27 Maret 2012.

pun diganti. Daya laku dari undang-undang ini yang tergolong pendek bisa saja juga disebabkan oleh rendahnya keterlibatan masyarakat di dalam proses pembentukannya. Namun yang pasti, penggantiannya antara lain dilatarbelakangi oleh adanya kekurangan dalam UU No. 10 Tahun 2004 dan dipandang belum dapat menampung perkembangan kebutuhan masyarakat mengenai aturan pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik.

Lahirnya UU No. 12 Tahun 2011 pada tanggal 12 Agustus 2011 dinyatakan sebagai penyempurnaan terhadap kelemahan-kelemahan yang terdapat dalam UU No. 10 Tahun 2004. Dalam kaitan ini, penting untuk diperhatikan apakah penyempurnaan itu juga menyangkut model partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan. Lebih dari itu, hingga saat ini apakah tingkat partisipasi masyarakat yang diberikan oleh peraturan yang berlaku sudah cukup luas dan tinggi atau dapat dipahami hanya merupakan pemberian yang setengah hati. Berdasarkan peraturan yang berlaku (tidak kalah penting berdasarkan prakteknya), tingkat partisipasi itu akan tercermin dari keterlibatan dan dilibatkannya masyarakat dalam tahapan-tahapan pembentukan peraturan perundang-undangan, dalam hal ini undang-undang.

Kajian ini sengaja dibatasi khusus pada masalah partisipasi masyarakat dalam pembentukan UU, tidak dalam pembentukan peraturan perundang-undangan secara umum. Pembatasan ini didasarkan pada pendapat B. Hestu Cipto Handoyo bahwa jenis peraturan perundang-undangan selain UU dan Peraturan Daerah (Perda), seperti Peraturan Peme-

rintah, Peraturan Presiden/Kepala Daerah, Keputusan Kepala Daerah tidak memberikan peluang bagi adanya partisipasi masyarakat dalam pembentukannya yang disebabkan oleh alasan-alasan sebagai berikut⁵:

1. Jenis peraturan perundang-undangan tersebut, selain UU dan Perda pada umumnya dibentuk oleh pemerintah. Pemerintah sebagai organ pelaksana UU dan Perda sudahlah cukup melakukan penjabaran sendiri tanpa melibatkan partisipasi masyarakat. Apalagi UU dan Perda dibentuk oleh lembaga perwakilan yang merepresentasikan suara rakyat.
2. Pembentukan peraturan perundang-undangan selain UU dan Perda, seperti Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Keputusan Presiden, Peraturan Gubernur, Peraturan Bupati/Walikota, dan Keputusan Gubernur serta Keputusan Bupati/Walikota pada dasarnya merupakan peraturan pelaksana yang sifatnya sangat teknis dan tidak menciptakan kaidah atau norma hukum baru. Dalam persoalan-persoalan teknis itu, pemerintahlah yang lebih mengetahui, sehingga keterlibatan masyarakat di dalam pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut jarang diperlukan.
3. Dalam pembentukan peraturan perundang-undangan seperti Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu), jelaslah partisipasi masyarakat tidak dibutuhkan oleh karena hal ikhwal kegentingan yang memaksa yang harus secara cepat ditangani.
4. Pada umumnya UU dan Perda mengandung materi yang berkaitan

⁵ B. Hestu Cipto Handoyo, *op.cit.*, hal. 165-166.

dengan hak-hak dan kewajiban, membatasi kebebasan, dan memberikan beban kepada masyarakat. Oleh karena itu dalam proses pembentukannya partisipasi masyarakat sangat dibutuhkan.

Berdasarkan paparan latar belakang dan pembatasan masalah sebagaimana disebutkan di atas, permasalahan yang dikaji terkait partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan undang-undang adalah ruang partisipasi masyarakat dalam tahapan pembentukan undang-undang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan tingkat partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan undang-undang.

Pembahasan

Partisipasi Masyarakat dalam Proses Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Istilah partisipasi masyarakat dapat dijumpai dalam berbagai terminologi. Beberapa diantaranya menyebutkan, peran serta masyarakat, *inspraak* (Bahasa Belanda), *public participation* (Inggris), atau partisipasi publik⁶. Samuel P. Huntington dan Joan M. Nelson, seperti dikutip oleh Saifudin, mendefinisikan partisipasi publik sebagai “*Political participation as activity by private citizens designed to influence governmental decision-making*”⁷ (Partisipasi publik menjadi salah satu alat dalam menuangkan nilai-nilai yang berkembang di masyarakat untuk dituangkan dalam suatu

peraturan). Dalam Pasal 96 ayat (3) UU No. 12 Tahun 2011, yang dimaksud dengan masyarakat adalah orang perseorangan atau kelompok orang yang mempunyai kepentingan atas substansi rancangan peraturan perundang-undangan.

Menurut Yuliandri, partisipasi masyarakat dapat diartikan bahwa pada pokoknya semua pihak, baik dalam struktur kenegaraan maupun di luar struktur kenegaraan dan pemerintahan, dapat memprakarsai gagasan pembentukan undang-undang, walaupun ditentukan bahwa inisiatif yang bersifat resmi harus datang dari presiden, DPR, atau dari DPD. Konsekuensinya, inisiatif dari lembaga lain atau pihak lain tetap harus diajukan melalui salah satu dari ketiga pintu tersebut, yakni presiden, DPR dan DPD⁸.

Proses pembuatan peraturan perundang-undangan, setidaknya tidaknya di atas kertas, tidak lagi semata-mata menjadi wilayah kekuasaan mutlak pemerintah dan parlemen. Partisipasi dapat diartikan sebagai keikutsertaan masyarakat, baik secara individual maupun kelompok, secara aktif dalam penentuan kebijakan publik atau peraturan. Oleh karena itu, dijelaskan bahwa:

... tentu saja proses akomodasi ini didasarkan pada tingkat kebutuhan dan kepentingan masyarakat. Hal ini menjadi penting, karena mau tidak mau dan suka atau tidak suka, peraturan perundang-undangan menjadi alat yang otoritatif untuk mengatur kehidupan masyarakat. Suatu peraturan yang sudah mempunyai daya laku akan mengikat masyarakat⁹.

⁶ Yuliandri, 2009, *Asas-asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-undang Berkelanjutan*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, hal. 185.

⁷ Saifudin, 2009, *Partisipasi Publik dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, Yogyakarta: FH UII Press, hal. 93.

⁸ Yuliandri, *op.cit.*, hal. 156.

⁹ *Ibid.*, hal. 187.

Dalam sebuah negara yang menganut sistem perwakilan, timbul anggapan bahwa tidak ada keharusan untuk melaksanakan bentuk partisipasi masyarakat, karena wakil-wakil rakyat itu bertindak untuk kepentingan rakyat. Namun, ketika wakil-wakil rakyat tidak dapat merasa, berpikir dan bertindak sebagaimana kehendak rakyat, maka dalam konteks perwujudan demokrasi partisipatoris (bukan demokrasi elit semata), partisipasi masyarakat di luar parlemen dan pemerintah dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan sangatlah penting dan menentukan.

Sehubungan dengan itu, Bagir Manan mengklasifikasi terdapat dua sumber partisipasi, yang dalam tulisannya terkait dengan proses pembentukan peraturan daerah. *Pertama*, dari unsur pemerintahan di luar DPRD dan pemerintah daerah seperti kepolisian, kejaksaan, pengadilan, perguruan tinggi dan lain-lain. *Kedua*, dari masyarakat, baik individual seperti ahli-ahli atau yang memiliki pengalaman atau dari kelompok seperti Lembaga Swadaya Masyarakat (selanjutnya disebut LSM) sesuai keahlian atau pengalamannya¹⁰.

Sebagai sumber partisipasi, kelompok yang dimaksud adalah kelompok kepentingan yang oleh Gabriel A. Almond dan Bingham G. Powell sebagaimana dikutip dalam buku Marian Budiardjo "*Dasar-Dasar Ilmu Politik*" dibagi dalam empat kategori, yaitu a) kelompok anomie (*anomic groups*), b) kelompok non-asosiasional (*nonassociational groups*), c) kelompok institusional

(*institutional groups*) dan d) kelompok asosiasional (*associational groups*)¹¹.

Kelompok anomie tidak mempunyai organisasi, tetapi individu-individu yang terlibat merasa mempunyai perasaan frustrasi dan ketidakpuasan yang sama. Ketidakpuasan ini diungkapkan melalui demonstrasi dan pemogokan yang tak terkontrol, yang kadang-kadang berakhir dengan kekerasan. Jika keresahan itu tidak cepat diatasi, maka masyarakat dapat memasuki keadaan anomie, yaitu situasi *chaos* dan *lawlessness* yang diakibatkan runtuhnya perangkat nilai dan norma yang sudah menjadi tradisi, tanpa diganti nilai-nilai baru yang dapat diterima secara umum.

Kelompok nonasosiasional tumbuh berdasarkan rasa solidaritas pada sanak saudara, kerabat, agama, wilayah, kelompok etnis, dan pekerjaan. Kelompok-kelompok ini biasanya tidak aktif secara politik dan tidak mempunyai organisasi ketat. Namun demikian, anggotanya merasa mempunyai hubungan batin oleh karena hubungan ekonomi, massa konsumen, kelompok etnis, dan kedaerahan.

Kelompok institusional adalah kelompok formal yang berada dalam atau bekerja sama secara erat dengan pemerintahan seperti birokrasi dan kelompok militer. Sedangkan kelompok yang terakhir, kelompok asosiasional terdiri atas serikat buruh, kamar dagang, asosiasi etnis dan agama. Organisasi-organisasi ini dibentuk dengan suatu tujuan yang eksplisit, mempunyai organisasi yang baik dengan staf yang bekerja penuh waktu.

¹⁰ Bagir Manan, 2004, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Yogyakarta: PSH FH UII, hal. 85.

¹¹ Mariam Budiardjo, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, hal. 387.

Dari sekian jenis kelompok kepentingan, kelompok yang paling banyak berperan serta dalam proses pembentukan UU maupun Perda adalah LSM, terutama LSM-LSM yang bersentuhan langsung dengan agenda perjuangan masyarakat kecil dan agenda *controlling* terhadap proses pengambilan keputusan-keputusan penting oleh DPR maupun DPRD. Sebagai contoh, terdapat LSM yang secara khusus memperjuangkan pembuatan kebijakan-kebijakan publik yang partisipatif, seperti dilakukan oleh Koalisi Kebijakan Partisipatif, dan LSM yang lain. Di samping itu, komunitas kampus seperti gerakan mahasiswa juga banyak mewarnai dan berperan serta demi lahirnya kebijakan partisipatif yang dibuat oleh negara melalui demonstrasi dan lain-lain.

Pentingnya mengikutsertakan pihak-pihak di luar parlemen dan pemerintah dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan adalah: *pertama*, untuk menjaring pengetahuan, keahlian, atau pengalaman masyarakat sehingga peraturan benar-benar memenuhi syarat peraturan perundang-undangan yang baik; *kedua*, untuk menjamin peraturan sesuai dengan kenyataan yang hidup dalam masyarakat (politik, ekonomi, sosial dan lain-lain); *ketiga*, untuk menumbuhkan rasa memiliki (*sense of belonging*), rasa bertanggungjawab atas peraturan tersebut. Berbagai faktor di atas akan memudahkan penerimaan masyarakat, dan memudahkan pula pelaksanaan atau penegakannya¹². Dengan partisipasi atau keikutsertaan pihak-pihak luar diharapkan peraturan perundang-undangan akan memiliki kelebihan dalam hal efektivitas keberlakuan di dalam masyarakat.

Selain itu, partisipasi juga memberikan legitimasi atau dukungan dari masyarakat terhadap pembentukan suatu peraturan perundang-undangan¹³.

Hal tersebut sejalan dengan salah satu asas formal pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, yaitu asas konsensus (*het beginsel van consensus*). Menurut I.C. van der Vlies, perlu diusahakan adanya konsensus antara pihak-pihak yang berkepentingan dan pemerintah dalam hal pembuatan suatu peraturan serta isinya¹⁴. Dengan kata lain, perlu adanya 'kesepakatan' rakyat untuk melaksanakan kewajiban dan menanggung akibat yang ditimbulkan oleh peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Hal ini mengingat pembentukan peraturan perundang-undangan haruslah dianggap sebagai langkah awal untuk mencapai tujuan-tujuan yang 'disepakati bersama' oleh pemerintah dan rakyat¹⁵. Asas konsensus, menurut A. Hamid S. Attamimi, dapat diwujudkan dengan:

.... perencanaan yang baik, jelas, serta terbuka, diketahui rakyat mengenai akibat-akibat yang akan ditimbulkannya serta latar belakang dan tujuan-tujuan yang hendak dicapainya. Hal itu dapat juga dilakukan dengan menyebarkan rancangan peraturan perundang-undangan tersebut kepada masyarakat sebelum penentukannya.

¹³ Yuliandri, *op.cit.*, hal. 188.

¹⁴ I.C. van der Vlies, 2005, *Buku Pegangan Perancang Peraturan Perundang-undangan*, alih bahasa Linus Doludjawa, Jakarta: Dirjen Peraturan Perundang-undangan Departemen Hukum dan HAM, hal. 280.

¹⁵ A. Hamid S. Attamimi, 1990, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara: Suatu Studi Analisis mengenai Pengaturan dalam Kurun Waktu PELITA I – PELITA IV*, Jakarta: Fakultas Pascasarjana, hal. 339.

¹² Bagir Manan, *op.cit.*, hal. 85.

Tentu saja selain itu, apabila peraturan perundang-undangan itu yang dimaksud adalah undang-undang, pembahasannya di DPR dapat saja dilakukan dengan mengikutsertakan masyarakat sebanyak mungkin melalui lembaga dengan pendapat yang sudah lama kita miliki¹⁶.

Keikutsertaan atau partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan dapat dilakukan dengan berbagai cara, seperti dijelaskan oleh Bagir Manan dalam hal pembentukan peraturan daerah:

1. Mengikutsertakan masyarakat dalam tim atau kelompok kerja penyusunan peraturan daerah;
2. Melakukan *public hearing* atau undang dalam rapat-rapat penyusunan peraturan daerah;
3. Melakukan uji sah kepada pihak-pihak tertentu untuk mendapat tanggapan;
4. Melakukan lokakarya (*workshop*) atas rancangan peraturan daerah sebelum secara resmi dibahas oleh DPRD;
5. Mempublikasikan rancangan peraturan daerah agar mendapat tanggapan publik¹⁷.

Hal yang hampir sama juga dijelaskan oleh I.C. van der Vlies bahwa untuk mencapai konsensus dapat dilakukan beberapa metode sebagai berikut:

1. Diadakan perdebatan secara terbuka antara pemerintah dan parlemen, sehingga dapat diikuti oleh masyarakat melalui media massa;
2. Pihak-pihak yang berkepentingan dapat menyampaikan informasi ter-

tulis kepada pemerintah atau parlemen;

3. Pihak-pihak yang berkepentingan dapat pula dipanggil untuk didengar dalam rapat komisi atau dimintai tanggapan tertulis;
4. Yang terpenting adalah kewajiban undang-undang bagi pemerintah untuk meminta saran-saran kepada organisasi pihak-pihak berkepentingan atau kepada para ahli untuk suatu peraturan yang akan dibuat¹⁸.

Dengan istilah yang berbeda, W. Riawan Tjandra dan Kresno Budi Darsono, dengan mengutip pendapat Farhan dkk., menyebutkan dengan cara konsultasi publik (KP)¹⁹. Elemen-elemen yang terlibat dalam sebuah KP sekurang-kurangnya terdiri atas:

1. Pelaku atau subyek: pemerintah – warganegara;
2. Bahan konsultasi: informasi, ide, rancangan kebijakan, data-data dan lainnya;
3. Proses-proses: terbuka, deliberatif (berdasarkan musyawarah), partisipatif, komunikasi dialogis;
4. Sifat relasi antar-pelaku: setara dan kooperatif;
5. Hasil-hasil: umpan balik, koreksi, perbaikan, perubahan-perubahan, dan kesepakatan bersama²⁰.

¹⁸ I.C. van der Vlies, *op.cit.*, hal. 280-281.

¹⁹ Melalui konsultasi publik (KP), suatu produk peraturan perundang-undangan diharapkan mampu mengintegrasikan sistem demokrasi perwakilan dengan demokrasi deliberatif. KP juga bisa diartikan sebagai metode atau teknik partisipatif dalam merancang dan menyusun sebuah kebijakan. Lihat: W. Riawan Tjandra dan Kresno Budi Darsono, 2009, *Legislative Drafting: Teori dan Teknik Pembuatan Peraturan Daerah*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, hal. 69.

²⁰ Farhan, dkk., 2007, *Memfasilitasi Konsultasi Publik – Refleksi Pengalaman Penyusunan Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Tahapan*,

¹⁶ *Ibid.*, hal. 340.

¹⁷ Bagir Manan, *op.cit.*, hal. 85.

Hal terpenting dari cara-cara di atas adalah partisipasi masyarakat dalam forum pengambilan keputusan. Dalam forum ini, semua pihak yang memiliki kepentingan atas peraturan perundang-undangan yang hendak disahkan dapat mengungkapkan semua kepentingannya dalam proses yang negosiatif. Pihak yang berkepentingan untuk bisnis, menang Pemilu, cari proyek, mempertahankan lingkungan hidup, dan sebagainya dipersilahkan secara terbuka untuk mengemukakan pendapatnya, sampai pada akhirnya keputusan diambil atas dasar proses negosiasi terbuka tersebut. Masing-masing pihak dapat melihat bagaimana proses argumentasi mereka masuk dalam konstruksi keputusan yang diambil, atau sebaliknya, mereka menyaksikan dengan mata kepala mereka sendiri bagaimana proses argumentasi mereka ditolak dalam konstruksi keputusan yang diambil. Dengan demikian, keterlibatan mereka utuh sejak awal sampai akhir dari proses pembentukan peraturan tersebut. Akhir dari semua fase tersebut, kemudian menuntut kedewasaan dari semua *stakeholder* yang terlibat tadi untuk dapat menerima keputusan yang telah diambil.

Partisipasi Masyarakat sebagai Hak Sipil dan Politik

Setiap anggota masyarakat berhak memperoleh akses terhadap urusan-urusan publik untuk pengembangan pribadi dan lingkungan sosialnya. Termasuk bagian dari hak adalah partisipasi masyarakat dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang memperoleh ja-

minan dari negara. Pasal 28F UUD NRI Tahun 1945 memberikan garansi bahwa setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.

Hak partisipasi masyarakat dalam pembentukan peraturan perundang-undangan juga dijamin dalam *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) yang disahkan PBB pada 16 Desember 1966 dan diratifikasi oleh negara Indonesia pada 28 Oktober 2005 dalam UU No. 12 Tahun 2005. Di dalam Pasal 25 ICCPR dan UU tersebut disebutkan bahwa setiap warga negara berhak untuk ikut serta dalam penyelenggaraan urusan publik, untuk memilih dan dipilih, serta mempunyai akses berdasarkan persyaratan umum yang sama pada jabatan publik di negaranya.

Hak politik semacam itu, menurut Hans Kelsen, merupakan suatu wewenang yang dimiliki setiap anggota masyarakat untuk mempengaruhi penyusunan tujuan negara, baik melalui partisipasi langsung maupun tidak langsung. Dengan demikian, partisipasi dipandang sebagai salah satu unsur yang sangat penting dalam pemerintahan demokrasi, berbeda dengan pemerintahan autokrasi di mana subyek tidak dilibatkan dalam penyusunan kehendak negara²¹. Untuk pembentukan peraturan perundang-undangan, masyarakat memiliki hak untuk ikut serta, baik dengan cara ikut ambil bagian di

Tata Cara Penyusunan, Pengendalian, dan Evaluasi Pelaksanaan Rencana Pembangunan Daerah (RPP-T2CP2EPRD), Jakarta: Kerjasama USAID, DRSP, Dirjen Bina Bangsa Depdagri dan BIGS, hal. 11.

²¹ Hans Kelsen, 2008, *Teori Hukum Murni: Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*, Bandung: Nusa Media, hal. 157.

dalam rapat-rapat parlemen dan pemerintah maupun dengan cara mewakilkannya kepada para anggota parlemen yang dipilihnya.

Ruang Partisipasi Masyarakat dalam Tahapan Pembentukan Undang-Undang

Pasal 20 hasil amandemen pertama UUD 1945, yang kemudian diturunkan dalam UU No. 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD serta lebih spesifik lagi Pasal 96 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang kemudian dijabarkan secara teknis dalam Pasal 208, 209, 210 dan 211 Peraturan Tata-Tertib DPR Periode 2009-2014 memberi mandat kepada DPR selaku lembaga perwakilan untuk tidak hanya membuka peluang bagi partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan undang-undang, namun juga secara aktif memfasilitasinya. Proses yang ditempuh dan dokumen yang dihasilkan DPR harus dibuat terbuka dan dapat diakses publik.

Ruang partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan undang-undang (UU) tentu tersedia dalam tahapan-tahapan yang ada. Sekedar untuk memberikan gambaran singkat, terlebih dahulu perlu disebutkan secara umum proses atau tahapan pembentukan UU tersebut sebagaimana disebutkan dalam pasal 20 UUD NRI Tahun 1945, UU No. 12 Tahun 2011, Perpres No. 68 Tahun 2005 dan Peraturan Tata Tertib DPR Periode 2009-2014. Tahapan-tahapan pembentukan UU adalah sebagai berikut: 1) perencanaan legislasi nasional, 2) pengusulan dan perancangan di tingkat Pemerintah, 3) pengusulan dan perancangan di tingkat

DPR, 4) pembahasan di DPR, dan 5) pengesahan, pengundangan dan evaluasi.

Berdasarkan gambaran singkat mengenai proses pembentukan UU di atas, dapat dijelaskan bahwa ruang partisipasi masyarakat terdapat dalam tahap-tahap berikut: a) penyusunan program legislasi nasional, b) penyusunan prakarsa rancangan undang-undang, c) proses perancangan UU di DPR, d) proses pengusulan di DPR, dan e) tahap pembahasan di DPR. Untuk lebih detilnya, akan dipaparkan satu-persatu berikut ini.

a. Dalam tahap penyusunan Program Legislasi Nasional (Prolegnas)

Terdapat lima tahap penyusunan Prolegnas, yaitu: *tahap I*, kompilasi rencana legislasi nasional; *tahap II*, klasifikasi dan sinkronisasi; *tahap III*, konsultasi dan komunikasi; *tahap IV*, penyusunan naskah Prolegnas; dan *tahap V*, pengesahan. Dari kelima tahap itu hanya pada dua tahap masyarakat dapat berpartisipasi dalam penyusunan Prolegnas dan Repeta, yakni pada tahap kompilasi Rencana Legislasi Nasional (tahap I) dan pada tahap konsultasi dan komunikasi (tahap III).

Pada tahap I, masyarakat -dalam hal ini LSM- dapat memberikan *input* langsung tentang daftar rencana legislasi yang diinginkan untuk kemudian diinventarisasi. Sedangkan pada tahap III, masyarakat -dalam hal ini wakil-wakil organisasi profesi dan wakil-wakil organisasi kepemudaan- hadir dalam *forum komunikasi* dalam rangka pemantapan kualitas rencana legislasi nasional dan penyamaan misi dan persepsi antara penyusun dan *stakeholders*.

Pada tahap IV sebenarnya juga dimungkinkan bagi masyarakat untuk berperan serta di dalamnya, yaitu ketika

diselenggarakan lokakarya finalisasi konsep Prolegnas. Namun, tidak ada kejelasan apakah yang dimaksud dengan wakil-wakil forum komunikasi yang merupakan peserta lokakarya juga termasuk yang berasal dari masyarakat.

Pada tahap penyusunan Prolegnas ini, khusus di lingkungan DPR dikoordinasikan oleh Badan Legislasi dengan juga mempertimbangkan usulan dari masyarakat, selain dari fraksi, komisi, anggota DPR dan DPD.

b. Dalam tahap penyusunan rancangan undang-undang prakarsa Presiden

Dalam tahap penyusunan prakarsa rancangan undang-undang, terlihat bahwa terdapat dua tahap di mana masyarakat dapat turut berperan serta dalam penyusunan konsepsi prakarsa. *Pertama*, dalam penyusunan naskah akademik dan *kedua*, dalam forum konsultasi. Keduanya hanya bersifat *fakultatif (mubah)*, artinya peran serta masyarakat tersebut tergantung mutlak pada kepentingan dan kebutuhan anggota utama forum konsultasi, yakni pemerintah sendiri. Apabila pemerintah menganggap perlu masukan dari masyarakat, maka pemerintah akan mengikutsertakan masyarakat. Namun apabila tidak dianggap perlu, maka masyarakat pun tidak akan diundang. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa secara normatif, keberadaan ruang bagi peran serta masyarakat dalam proses penyusunan konsepsi prakarsa ini tergantung pada niat baik pemerintah.

Harus diakui bahwa proses penyusunan prakarsa adalah proses yang bersifat administratif internal pemerintahan dalam proses pembentukan undang-undang. Namun, mengingat dalam tahapan ini sudah mulai dibuat sebuah perencanaan kebijakan umum dan desain sub-

stansi sebuah rancangan undang-undang dan pada tahap ini pula, mulai dibuat naskah akademik untuk mengidentifikasi masalah sosial yang ingin diselesaikan, cara penyelesaiannya, ruang lingkup undang-undang yang mampu menjadi media bagi solusi tersebut, dampak undang-undang nantinya bagi pemerintah dan masyarakat luas (khususnya kelompok rentan), dan lain sebagainya, maka keterlibatan masyarakat di dalamnya menjadi sangat penting.

Dalam praktek, ruang yang cukup luas bagi peran serta masyarakat adalah pada proses penyusunan naskah akademik. Namun tidak demikian halnya dalam penyusunan konsepsi naskah prakarsanya itu sendiri. Walaupun konsepsi prakarsa hanyalah ringkasan pendek dari naskah akademik dan lebih bersifat administratif namun masyarakat tetap perlu dilibatkan dalam penyusunannya karena justru naskah prakarsa ini yang akan diajukan ke Presiden.

Hasil persetujuan Presiden terhadap prakarsa rancangan undang-undang ini juga sangat penting untuk diketahui masyarakat luas, agar sebelum dan ketika proses perancangan, masyarakat yang berkepentingan akan bisa terlibat aktif secara optimal.

c. Dalam tahap perancangan undang-undang di DPR

Oleh karena perancangan sebuah undang-undang di DPR dimungkinkan untuk dilakukan oleh pihak-pihak yang berbeda, maka tingkat dan bentuk peran serta masyarakatnya pun berbeda-beda, sebagai berikut:

1) Perancangan oleh Perguruan Tinggi melalui Badan Legislasi

Dalam tahap ini, Badan Legislasi hanya memberikan informasi pada

kalangan Perguruan Tinggi mengenai materi rancangan undang-undang yang akan dibuat kemudian Perguruan Tinggi yang bersangkutan akan membuat rancangan undang-undang berdasarkan informasi yang diterimanya tersebut. Hasil rancangan dari Perguruan Tinggi ini nantinya akan disosialisasikan kepada masyarakat, dalam bentuk penyampaian informasi bahwa sudah ada rancangan undang-undang tertentu yang akan dibahas di DPR. Tidak ada pelibatan masyarakat secara *genuine* dari masyarakat. Unsur-unsur masyarakat yang lain, terutama masyarakat yang akan terkena dampak apabila undang-undang ini diberlakukan nantinya, justru tidak diikutsertakan dalam penyusunannya.

2) Perancangan oleh masyarakat melalui Badan Legislasi

Dalam penyusunan rancangan undang-undang, Badan Legislasi dapat meminta masukan dari masyarakat sebagai bahan bagi panitia kerja untuk menyempurnakan konsepsi rancangan undang-undang²². Tingkat partisipasi pada bentuk ini sangat tergantung pada bagaimana kalangan *civil society* ini menjalankan proses perancangan. Dari beberapa pengalaman yang ada, misalnya Rancangan Undang-undang tentang Kebebasan Memperoleh Informasi Publik, proses perancangan dilakukan dengan melibatkan banyak *stakeholder* seperti wartawan, mahasiswa, akademisi, pemerintah, DPR, DPRD dan lain-lain. Proses penyerapan aspirasi pun dilakukan dengan beberapa metode seperti diskusi, kampanye

radio, penyebaran petisi dan masih banyak lagi. Pada tingkat perancangan, pola partisipasi publik seperti ini sudah cukup memadai, walaupun hasil akhirnya akan ditentukan juga oleh pola pembahasan di DPR.

3) Perancangan oleh Pusat Pengkajian dan Pelayanan Informasi (P3I) dan Sekretariat Jenderal

Sekretariat Jenderal dan P3I melakukan perancangan untuk membantu Komisi/Gabungan Komisi yang akan mengusulkan suatu Rancangan Undang-undang. Pola partisipasi yang mereka terapkan masih sangat semu, yakni dengan hanya melibatkan beberapa saja dari kalangan akademis atau LSM untuk memberikan masukan dalam proses perancangan.

d. Dalam tahap pengusulan di DPR

Dapat dikatakan bahwa tidak ada peran serta masyarakat pada tahap ini. DPR hanya memberikan informasi dalam rapat paripurna bahwa ada suatu rancangan undang-undang inisiatif yang masuk ke pimpinan DPR.

e. Dalam tahap pembahasan di DPR

Peran serta masyarakat pada tahap pembahasan ini adalah pada saat dilakukannya Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) antara alat kelengkapan DPR yang membahas rancangan undang-undang dengan masyarakat. Dalam praktek, mekanisme ini memiliki banyak kelemahan antara lain, kelompok masyarakat atau lembaga yang diundang dalam RDPU tidak selalu representatif karena DPR lah yang menentukan pihak-pihak yang akan diundang dan didengar pendapatnya. Di samping itu, tidak ada jaminan bahwa hasil RDPU tersebut akan digunakan sebagai bahan pertimbangan

²² Pasal 114 Peraturan Tata Tertib DPR Periode 2009-2014.

oleh DPR dalam menyusun rancangan undang-undang.

Kelemahan lainnya adalah sistem pendokumentasian hasil rapat yang tidak menjadi suatu keharusan dengan proses pembahasan sehingga ketika masyarakat ingin mengetahui proses pembahasan, dokumennya tidak selalu ada.

f. Hak untuk mengajukan keberatan bagi masyarakat

Hak untuk mengajukan keberatan bagi masyarakat atas kerugian yang ditimbulkan oleh suatu UU telah dimuat dalam Pasal 24 C ayat (1) dan ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 dan dalam Undang-undang tentang Mahkamah Konstitusi.

Pada intinya, apabila masyarakat merasa keberatan atas substansi atau prosedur pembuatan suatu undang-undang dan menganggap bahwa hal itu bertentangan dengan Undang-undang Dasar, maka masyarakat dapat mengajukan permohonan kepada Mahkamah Konstitusi untuk melakukan *judicial review* atas Undang-undang tersebut terhadap Undang-undang Dasar. Permohonan ini tidak hanya dapat diajukan oleh masyarakat, namun juga oleh lembaga negara yang berkepentingan dan DPR.

Tingkat Partisipasi Masyarakat dalam Proses Pembentukan Undang-Undang

Berdasarkan pasal 96 UU No. 12 Tahun 2011, partisipasi atau keikutsertaan masyarakat dalam proses pembentukan undang-undang berbentuk pemberian masukan, baik secara lisan maupun tulisan yang disalurkan melalui: a) rapat dengan pendapat umum (RDPU); b) kunjungan kerja; c) sosialisasi; dan/atau d) seminar, lokakarya, dan/atau diskusi. Dari saluran yang ada, bentuk partisipasi

masyarakat dalam proses pembentukan undang-undang bisa beragam sesuai dengan tingkat potensi dan kemampuan yang dimilikinya.

Secara umum, bentuk partisipasi masyarakat dapat dilakukan pada 3 tahap pembentukan undang-undang, yaitu pada tahap *ante legislative*, tahap *legislative*, dan tahap *post legislative*. Pada tahap *ante legislative* terdapat empat bentuk partisipasi masyarakat yang dapat dilakukan, yaitu: 1) penelitian; 2) diskusi, lokakarya dan seminar; 3) pengajuan usul inisiatif; dan 4) perancangan RUU. Kemudian, pada tahap *legislative* terdapat enam bentuk partisipasi masyarakat yang dapat dilakukan dalam proses pembentukan undang-undang, yaitu: 1) audiensi atau RDPU di DPR; 2) RUU alternatif; 3) masukan melalui media cetak; 4) masukan melalui media elektronik; 5) unjuk rasa; dan 6) diskusi, lokakarya dan seminar. Sedangkan pada tahap *post legislative* terdapat tiga bentuk partisipasi masyarakat, berupa: 1) unjuk rasa terhadap RUU baru; 2) tuntutan *judicial review* terhadap UU baru; dan 3) sosialisasi UU baru melalui penyuluhan, diskusi, lokakarya dan seminar²³.

Dalam kaitan ini, hasil penelitian yang dilakukan oleh Saifudin tentang partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD menarik untuk diperhatikan. Dari 123 partisipasi yang dilakukan oleh masyarakat secara umum, partisipasi masyarakat dapat dikelompokkan dalam 3 bentuk, berupa: penyampaian RUU alternatif sebanyak 2 kali partisipasi; tanggapan tertulis berupa opini, kritik maupun masuk-

²³ Saifudin, *op.cit.*, hal. 306-316.

an terhadap RUU sebanyak 115 kali; dan penyampaian aspirasi atau permasalahan berkaitan dengan RUU sebanyak 6 kali. Selain itu, ada bentuk lain dari partisipasi masyarakat yang berlangsung dalam proses pembahasan RUU. Misalnya, ada juga yang berbentuk usulan dibuatnya UU, penolakan atau dukungan terhadap RUU, dan poster-poster dalam unjuk rasa, baik dukungan maupun penolakan terhadap RUU²⁴.

Dengan jumlah 115 kali untuk bentuk partisipasi yang berupa “tanggapan tertulis berupa opini, kritik maupun masukan terhadap RUU” dari total 123 kali partisipasi, maka hal ini memberikan gambaran bahwa masyarakat lebih memilih berpartisipasi melalui media cetak daripada berpartisipasi secara langsung datang ke DPR dengan mengikuti RDPU. Meskipun demikian, dari 3 bentuk partisipasi masyarakat dalam pembahasan RUU Pemilu terdapat 11 kali partisipasi dalam bentuk masyarakat datang langsung ke DPR untuk menyampaikan aspirasi mereka. Forum yang digunakan untuk menyampaikan aspirasi mereka paling banyak adalah forum Pimpinan DPR dengan tanpa didampingi Komisi atau Panitia Kerja dan forum Rapat Paripurna yang masing-masing sebanyak 3 kali, disusul forum Fraksi dan Anggota DPR secara perorangan yang masing-masing berjumlah 2 kali, dan diikuti forum Komisi atau Panitia Khusus sejumlah 1 kali. Sedangkan forum Panitia Kerja sama sekali tidak digunakan oleh masyarakat²⁵.

Dari 123 kali partisipasi tersebut, ditemukan adanya berbagai elemen masyarakat baik secara individual maupun kelompok yang menyampaikan aspirasi-

nya guna mempengaruhi proses pengambilan kebijakan publik di parlemen. Sedikitnya terdapat 7 elemen masyarakat yang sekaligus menjadi pelaku partisipasi masyarakat di dalam proses pembahasan RUU Pemilu. Paling banyak diduduki oleh kalangan pers sebanyak 67 kali, disusul pengamat dan pakar sebanyak 40 kali, kemudian LSM sejumlah 8 kali, diikuti kalangan perguruan tinggi sebanyak 3 kali, organisasi politik dan perorangan atau tokoh masyarakat masing-masing sebanyak 2 kali, dan sekali dari kelompok profesional²⁶.

Secara prosedural, terbukanya forum Rapat Paripurna DPR bagi pelaku partisipasi masyarakat dalam proses pembahasan RUU Pemilu memberikan nilai lebih terhadap tingkat partisipasi itu sendiri, karena di dalam forum Rapat Paripurna yang biasanya ada pengambilan keputusan atas materi RUU yang dibahas, masyarakat bisa terlibat secara langsung. Namun demikian, secara substansial, penyaluran aspirasi yang diusung oleh masyarakat pada akhirnya sangat bergantung pada *spirit of publicness* anggota DPR dan Pemerintah sebagai pihak yang berwenang atas pengesahan RUU untuk mencantumkan materi-materi tuntutan menjadi norma suatu UU.

Pada kenyataannya, materi atau persoalan yang diperjuangkan melalui partisipasi masyarakat dalam pembahasan RUU Pemilu di atas juga banyak diserap oleh DPR meskipun tidak seluruhnya. Misalnya, terdapat persoalan pemisahan atau penggabungan Pemilu legislatif dan pemilihan Presiden, masalah sistem Pemilu, peserta Pemilu, penanggung jawab dan penyelenggara Pemilu, pelaksanaan

²⁴ *Ibid.*, hal. 239.

²⁵ *Ibid.*, hal. 258.

²⁶ *Ibid.*, hal. 220.

Pemilu, pengawasan Pemilu, keterwakilan perempuan dalam parlemen, persoalan TNI/Polri dalam Pemilu, kampanye pejabat publik, daerah pemilihan antara jumlah penduduk dan wilayah administratif, persoalan Golput dalam Pemilu²⁷. Seluruh persoalan tersebut terakomodasi menjadi materi UU Pemilu, kecuali persoalan Golput dalam Pemilu.

Contoh lain yang cukup mengesankan adalah proses pembentukan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Banyak kalangan menilai bahwa penyiapan dan pembahasan RUU Pemerintahan Aceh ini dinilai paling masif sejak era reformasi. Menurut Saldi Isra, partisipasi masyarakat tidak hanya terjadi di sekitar gedung DPR, tetapi juga di Aceh. Luasnya perhatian dari masyarakat Aceh dinilai belum pernah terjadi sepanjang sejarah terhadap proses pembentukan undang-undang yang lain. Pada saat RUU diajukan ke DPR, terdapat tiga draf atau sumber yang mengajukan RUU, yaitu dari pihak pemerintah, pihak DPR, dan masyarakat. Selain itu, selama penyiapan dan pembahasan, Jaringan Demokrasi Aceh (JDA) melakukan upaya yang cukup masif untuk menggalang partisipasi masyarakat dengan membuat sekretariat jaringan di Aceh dan Jakarta. Bahkan selama proses ini, JDA membentuk tiga bidang utama pengawalan, yaitu 1) substansi dari RUUPA, 2) kampanye, dan 3) *lobbying*. Lebih dari itu, sepanjang pembahasan RUUPA, JDA menggunakan pendekatan *critical engagement* dan tekanan arus bawah²⁸.

Tidak sedikit pula undang-undang yang proses pembentukannya dinilai tidak partisipatif, misalnya UU No. 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia. Koalisi untuk Kebijakan Partisipatif melihat bahwa proses pembentukan undang-undang tersebut sejak dari perencanaan, perancangan dan pengusulan belum memenuhi empat kriteria kebijakan partisipatif berikut ini²⁹:

1. Transparansi

Dinilai bahwa proses perancangan Rancangan Undang-undang Tentara Nasional Indonesia (RUU TNI) dilakukan secara diam-diam dan tidak transparan terhadap masyarakat, sehingga menimbulkan polemik di masyarakat saat RUU tersebut dibahas di DPR. Akibatnya, masyarakat tidak mempunyai informasi yang mencukupi maupun memberikan masukan terhadap RUU tersebut.

2. Akuntabilitas

Koalisi untuk Kebijakan Partisipatif melihat bahwa terbatasnya ruang bagi masyarakat untuk mengetahui tahapan dan besarnya anggaran dana yang dibutuhkan dalam pembuatan RUU TNI membuat akuntabilitasnya diragukan. Hal ini diperkuat oleh fakta bahwa RUU ini tidak dibuat dan diajukan oleh Kementerian Pertahanan sebagai lembaga yang berwenang atas nama pemerintah.

3. Kontrol

Dalam pandangan mereka, masyarakat tidak diberikan ruang untuk melakukan kontrol terhadap proses perancangan dan pengajuan RUU TNI.

²⁷ *Ibid.*, hal. 244-245.

²⁸ Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlemen dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, hal. 291.

²⁹ Koalisi untuk Kebijakan Partisipatif, "Siaran Pers 01-PR/KKP/VIII/2004: RUU TNI Tidak Partisipatif", dalam www.parlemen.net, diakses tanggal 27 Maret 2012.

Dibuktikan dengan adanya dua versi RUU TNI yang dikeluarkan oleh dua instansi yang berbeda, yaitu Kementerian Pertahanan dan Menteri Koordinator Politik, Hukum dan HAM (hasil kerja interdep Menkopolkum, Mendagri, Mabes TNI, Kemenkum HAM).

4. Publikasi

Mereka juga menilai bahwa publikasi dan sosialisasi mengenai RUU TNI sangat rendah. Hal ini mengakibatkan kurangnya informasi yang mencukupi bagi publik, khususnya mengenai substansi RUU. Publikasi tersebut termasuk siapa institusi pengusul, tim perancang, dan tim pembahas, serta jadwal pembahasannya.

Di samping itu, Koalisi untuk Kebijakan Partisipatif memandang empat prinsip partisipatif juga belum terpenuhi dalam semua tahapan perancangan RUU TNI sebagaimana tergambar berikut ini³⁰:

1. Pada tahap pengusulan dan perencanaan, tidak diberikan ruang bagi masyarakat untuk bersama-sama menginisiasi RUU TNI, termasuk dalam hal pemetaan masalah, tujuan, visi dan misi, jadwal dan target. RUU ini juga tidak didahului dengan kajian dan survei untuk mengetahui dampaknya terhadap masyarakat jika RUU ini disahkan.
2. Pada tahap perancangan, tidak dilibatkannya publik dalam perancangan RUU. Apalagi publikasi mengenai siapa saja yang terlibat dalam tim perancang sangatlah kurang. Adanya dua naskah RUU semakin memperjelas dilemahkannya kontrol masyarakat dalam proses perancangan.

3. Pada tahap pembahasan, RUU TNI terkesan sebagai UU 'titipan' asal jadi. Hal ini dibuktikan oleh singkatnya waktu pembahasan (tidak sampai 30 hari). Hal ini akan mengurangi kesempatan publik untuk berpartisipasi memberikan masukan dan mengkaji lebih mendalam. Padahal RUU tersebut akan berdampak sangat luas bagi kehidupan rakyat dan akan diterapkan dalam waktu panjang.

Pentingnya partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan UU ternyata hingga saat ini belum ditopang oleh pengaturan yang sedemikian penting pula, sehingga partisipasi masyarakat dapat terwujud secara penuh dan bermakna (*full and meaningful participation*). Dalam pasal 96 UU No. 12 Tahun 2011 serta Peraturan Tata Tertib DPR, partisipasi masyarakat hanya berupa masukan secara lisan maupun tertulis yang diberikan kepada DPR. Konsekuensinya, apakah masukan itu disalurkan atau tidak, sangatlah bergantung pada kehendak baik para anggota DPR. Tidak ada keharusan bagi anggota DPR untuk menyalurkan masukan yang disampaikan oleh masyarakat. Demikian pula, tidak ditegaskan bahwa saluran partisipasi masyarakat bisa melalui rapat paripurna sebagai forum pengambilan keputusan.

Partisipasi masyarakat hanya diperkenankan pada tahap penyiapan dan pembahasan RUU. Meskipun ada juga partisipasi masyarakat yang tersalurkan melalui forum rapat paripurna, seperti 3 kali partisipasi dalam proses pembentukan UU Pemilu, itu pun dilakukan sebelum UU Pembentukan Peraturan Perundang-undangan lahir. Padahal, meminjam istilah Fadillah Putra, di sini perlu ditekan bahwa yang dimaksud dengan parti-

³⁰ *Ibid.*

sipasi masyarakat adalah keterlibatan masyarakat dalam forum pengambilan keputusan, bukan sebatas dengar pendapat atau konsultasi semata. Hal ini selaras dengan apa yang dimaksud Charles Lindbloom sebagai *Partisan Mutual Adjustment* (PMA), yaitu penyesuaian pandangan kebijakan dengan realitas yang telah berjalan, serta pada proses negosiasi antarkepentingan dari para *stakeholder* kebijakan; atau dalam tataran yang lebih praktis adalah apa yang disebut Bloomquist sebagai *advocacy coalition framework* (ACF)³¹.

Rendah-tingginya tingkat partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan UU akan sangat ditentukan oleh partisipasi masyarakat dari tahap perencanaan hingga tahap pengambilan keputusan. Tahap yang paling menentukan terletak pada tahap pengambilan keputusan. Sebab, pada tahap inilah materi muatan dari suatu UU didiskusikan apakah ada yang dirubah atau tidak untuk kemudian disahkan.

Forum Rapat Paripurna sebagai forum pengambilan keputusan menjadi ruang penentu, karena dalam forum ini semua pihak yang memiliki kepentingan atas UU yang hendak disahkan dapat mengungkapkan semua kepentingannya dalam proses yang negosiatif. Para pelaku partisipasi masyarakat dipersilahkan secara terbuka untuk mengemukakan pendapatnya sampai pada akhirnya, keputusan diambil atas dasar proses negosiasi terbuka tersebut. Masing-masing pelaku partisipasi dapat melihat bagaimana proses argumentasi mereka masuk dalam

konstruksi keputusan yang diambil. Dengan cara seperti ini, partisipasi masyarakat berlangsung utuh sejak awal sampai akhir dari proses pembentukan suatu UU.

Pada tahap pengambilan keputusan, pada akhirnya para pihak yang berwenanglah yang menjadi penentu. Meskipun demikian, jika semangat kepublikan (*spirit of publicness*) dari para anggota DPR sungguh-sungguh tertanam untuk menyerap aspirasi masyarakat dan menuangkannya ke dalam tiap denyut UU, maka tidak sulit untuk menjalankan langkah-langkah berikut ini.

Pertama, dalam hal pembahasan RUU oleh DPR dan Presiden untuk mendapatkan persetujuan bersama, *spirit of publicness* dari DPR terlihat apakah pada proses persetujuannya itu ia mau untuk mengundang para pelaku partisipasi masyarakat atau *stakeholder* yang bersangkutan dari awal sampai akhir, untuk bersama-sama menyetujui RUU yang ada itu.

Kedua, dalam penyusunan RAPB-N, selain mengandung jenis-jenis proyek dan program beserta alokasi anggarannya, perlu ditambah juga analisis *stakeholder* dari masing-masing proyek dan program tersebut. Dengan demikian, dari setiap program dan proyek yang hendak dilaksanakan itu sudah jelas siapa *stakeholder* yang akan dilibatkan dalam pelaksanaannya nanti.

Ketiga, untuk memperoleh *stakeholder* yang berkepentingan yang sebenarnya, DPR harus melakukan dua hal, yaitu: *pertama*, melakukan inventarisasi siapa-siapa saja pihak berkepentingan dan relevan atas UU yang hendak dibuat, lalu mereka diundang. *Kedua*, membuka secara luas bagi siapa saja yang ingin terlibat dalam proses pembentukan UU itu, lalu

³¹ Fadillah Putra, 2004, *Partai Politik dan Kebijakan Publik: Analisis terhadap Kongruensi Janji Politik Partai dengan Realisasi Produk Kebijakan Publik di Indonesia 1999-2003*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hal. 261.

DPR melakukan seleksi apakah mereka-mereka yang datang itu relevan atau tidak dengan konteks pembicaraan materi UU.

Keempat, DPR memfasilitasi para *stakeholder* untuk melakukan apa yang disebut sebagai *argumentative turn*, atau proses tukar-menukar argumentasi dan perjuangan kepentingan masing-masing pihak atas UU yang hendak disetujui. Oleh sebab itu, tugas paling berat anggota DPR sehari-hari adalah menjadi fasilitator dan moderator yang baik. Sedangkan materi aspirasi dan argumentasi itu langsung berangkat dari sumber aslinya, yaitu para *stakeholder* itu sendiri.

Kelima, atas kapasitasnya sebagai mediator dalam proses *argumentative turn* itu, maka DPR harus dapat mengarahkan pembicaraan yang menuju pada penajaman pada keputusan tersebut. Akhir dari proses ini adalah tercapainya kesepakatan bersama antara masing-masing *stakeholder* atas sebuah bentuk keputusan tertentu dan disahkan di depan forum *stakeholder* ini. Hasilnya dapat berupa persetujuan atas RUU, penolakan, maupun alternatif yang bersifat melengkapi rancangan yang ada.

Keenam, pada tahap implementasi UU, peran serta masyarakat akan menjadi lebih penting. Sebab, apabila pada tatanan ini ternyata masyarakat ditinggalkan, maka demokratisnya proses formulasi tidak akan berarti. Masyarakat sebagai *beneficiaries* harus juga terlibat, terlebih untuk mewujudkan *good governance* sebagai identitas penyelenggaraan pemerintahan sehari-hari.

Ketujuh, pada tahap evaluasi suatu UU, partisipasi masyarakat dapat dijangkau melalui pendekatan Berry Lekanne dit Depres yang dikutip oleh Fadillah Putra tentang *evaluation as con-*

tested knowledge. Artinya, evaluasi UU harus memperhatikan dengan seksama opini dan hasil-hasil evaluasi terhadap setiap proyek dari semua kalangan, mulai dari masyarakat paling bawah yang terkena langsung dampak UU ini sampai pada hasil-hasil evaluasi yang sangat formal yang dihasilkan oleh instansi-instansi terkait³². Kemudian dilakukan pengkajian yang mendalam dan dilakukan perbandingan normatif agar obyektivitas evaluasi UU dapat terjaga dengan baik.

Kesimpulan

Berdasarkan paparan di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa dalam proses pembentukan UU, ruang partisipasi masyarakat tersedia di sejumlah tahapan, meliputi: *pertama*, pada tahap penyusunan program legislasi nasional, yakni pada tahap kompilasi Rencana Legislasi Nasional (tahap I) dan pada tahap konsultasi dan komunikasi (tahap III) dari lima tahap penyusunan yang ada; *kedua*, dalam tahap penyusunan prakarsa rancangan undang-undang, yaitu pada penyusunan naskah akademik dan forum konsultasi; *ketiga*, dalam tahap proses perancangan undang-undang di DPR, yaitu perancangan oleh Perguruan Tinggi melalui Badan Legislasi, perancangan oleh masyarakat melalui Badan Legislasi, dan perancangan oleh Pusat Pengkajian dan Pelayanan Informasi (P3I) dan Sekretaris Jenderal; *keempat*, dalam tahap pembahasan di DPR, yaitu pada saat dilakukakannya Rapat Dengar Pendapat Umum antara alat kelengkapan DPR yang membahas Rancangan Undang-undang dengan masyarakat; dan *kelima*, di tataran evaluasi, yakni pengajuan *judicial review* atas UU yang merugikan kepada MK.

³² *Ibid*, hal. 265.

Berdasarkan tersedianya ruang bagi partisipasi masyarakat dalam tahap-an pembentukan UU seperti dijelaskan di atas, tingkat partisipasi masyarakat dengan demikian masih tergolong terbatas dan belum mencapai tingkat *full and meaningful participation*. Sebab, secara prosedural, partisipasi masyarakat yang ada masih sebatas dengar pendapat atau konsultasi, belum mencapai partisipasi yang sesungguhnya, yakni keterlibatan masyarakat dalam forum pengambilan keputusan. Selain itu, secara substansial, tingkat partisipasi masyarakat juga sangat ditentukan oleh semangat kepublikan (*spirit of publicness*) dari para anggota DPR untuk menyerap aspirasi masyarakat dan menuangkannya ke dalam norma UU.

Berangkat dari kesimpulan di atas, maka ke depan penting untuk dipas-tikan pengaturannya di dalam peraturan tentang pembentukan peraturan per-undang-undangan bahwa partisipasi ma-syarakat disalurkan tidak hanya melalui rapat dengar pendapat umum, konsultasi dan sebagainya. Perlu ditegaskan bahwa masyarakat juga dilibatkan dalam rapat-rapat penting pembentukan UU, seperti dalam rapat kerja, rapat panitia kerja, rapat tim perumus, dan terutama dalam rapat paripurna sebagai forum pengambil-an keputusan. Di samping itu, anggota DPR dituntut benar-benar memiliki *spirit of publicness* untuk menyalurkan aspirasi rakyat ke dalam setiap norma yang ter-muat dalam UU, dan rakyat harus pintar dan selektif dalam memilih anggota DPR yang benar-benar memiliki *spirit of pub-licness* tersebut.

Daftar Bacaan

- Undang-Undang Dasar 1945 Sebelum dan Sesudah Perubahan.
- Undang-Undang No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Ang-gota DPR, DPD, dan DPRD.
- Undang-Undang No. 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indo-nesia.
- Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.
- Undang-Undang No. 27 Tahun 2009 ten-tang MPR, DPR, DPD, dan DPRD.
- Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.
- Peraturan Presiden No. 61 Tahun 2005 tentang Tata Cara Penyusunan dan Pengelolaan Program Legis-lasi Nasional.
- Peraturan Presiden No. 68 Tahun 2005 tentang Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang-Undang, Ran-cangan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Ran-cangan Peraturan Pemerintah, dan Rancangan Peraturan Presiden.
- Peraturan Presiden No. 1 Tahun 2007 tentang Pengesahan, Pengundang-an dan Penyebarluasan Peraturan Perundang-undangan.
- Peraturan Tata Tertib DPR Periode 2009-2014.
- Attamimi, A. Hamid S., 1990, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggara-an Pemerintahan Negara: Suatu Studi Analisis mengenai Peng-aturan dalam Kurun Waktu PELI-*

- TA I – PELITA IV, Jakarta: Fakultas Pascasarjana UI.
- Budiardjo, Mariam, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Farhan, dkk., 2007, *Memfasilitasi Konsultasi Publik – Refleksi Pengalaman Penyusunan Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Tahapan, Tata Cara Penyusunan, Pengendalian, dan Evaluasi Pelaksanaan Rencana Pembangunan Daerah (RPP-T2CP2EPRD)*, Jakarta: Kerjasama USAID, DR-SP, Dirjen Bina Bangsa Depdagri dan BIGS.
- Handoyo, B. Hestu Cipto, 2008, *Prinsip-Prinsip Legal Drafting dan Desain Naskah Akademik*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya.
- Isra, Saldi, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlemen dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers.
- Kelsen, Hans, 2008, *Teori Hukum Murni: Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*, Bandung: Nusa Media.
- Manan, Bagir, 2004, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Yogyakarta: PSH FH UII.
- Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, “Pernyataan Sikap Ganti Kata "Dapat" Menjadi "Berhak", atau Tolak Pengesahan RUU PPP”, dalam www.parlemen.net, diakses pada tanggal 27 Maret 2012.
- , “Siaran Pers 01-PR/KKP/VIII/2004: RUU TNI Tidak Partisipatif”, dalam www.parlemen.net, diakses tanggal 27 Maret 2012.
- Putra, Fadillah, 2004, *Partai Politik dan Kebijakan Publik: Analisis terhadap Kongruensi Janji Politik Partai dengan Realisasi Produk Kebijakan Publik di Indonesia 1999-2003*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Saifudin, 2009, *Partisipasi Publik dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, Yogyakarta: FH UII Press.
- Soeprapto, Maria Farida Indrati, 2007, *Ilmu Perundang-undangan*, Jilid 1 dan 2, Yogyakarta: Kanisius.
- Styowati, Erni, dkk., “DRAFT I: Konsep Paper Koalisi Masyarakat Sipil Untuk Kebijakan Partisipatif” dalam www.parlemen.net, diakses pada tanggal 27 Maret 2012.
- Tjandra, W. Riawan dan Kresno Budi Darsono, 2009, *Legislative Drafting: Teori dan Teknik Pembuatan Peraturan Daerah*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya.
- Vlies, I.C. van der, 2009, *Buku Pegangan Perancang Peraturan Perundang-undangan*, alih bahasa Linus Doludjawa, Jakarta: Dirjen Peraturan Perundang-undangan Departemen Hukum dan HAM.
- Yuliandri, 2009, *Asas-asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-undang Berkelanjutan*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Zen, A. Patra M. dan Sugiarto A. Santoso, 2005, *Refleksi dan Penyusunan Strategi Mewujudkan Partisipasi Masyarakat dalam Penyusunan Peraturan Perundang-Undangan*, Jakarta: Sekretariat Nasional KKP.

Praktik Akad Gadai dengan Jaminan Lahan/Sawah dan Gadai Emas di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak Berdasarkan Hukum Islam

Muhammad Azani

Fakultas Hukum Universitas Lancang Kuning Pekanbaru Riau

Email: mhd_azani@yahoo.com

Abstract: *Lien contract undertaken by the community in the District Mempura Siak is pledge of land/fields. However, whether the lien contract is in reality a pledge as described in Islamic law. The researched issues are focused on the level of understanding of the community in the District Mempura Siak about the sharia lien contract; the practice of pledge land/fields that has been done by the community in the District Mempura Siak; and the practice of buying gold then pawned again when the gold price higher. Results of research show that 1) the level of understanding of the community in the District Mempura Siak about sharia pawning is very well with indications that most of the community involved in the activity of sharia pawn can understand as an alternative financing based on Islamic law; 2) lien contract practice that has been done by the community in the District Mempura Siak is not the Sharia lien contract based Islamic law. Practice is more accurately described as muzara'ah, which is a form of cooperation between landowners and land managers with profits shared according to the agreement. 3) The practice of buying gold then pawned again at the time of high gold prices does not constitute as a lien contract practice based on Islamic law, but more as buying and selling gold. This practice has been in the category of speculation on the price of gold, as gold prices are subject to change-change according to market gold in the international market.*

Keywords: *lien contract and Islamic Law*

Abstrak: Praktik akad gadai yang dilakukan oleh masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak adalah gadai lahan/sawah. Mereka menyebut sebagai gadai, namun demikian betulkah yang mereka praktikkan itu merupakan gadai sebagaimana yang dijelaskan dalam hukum Islam. Permasalahan yang dikaji difokuskan mengenai tingkat pemahaman masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak tentang gadai syariah; praktik akad gadai lahan/sawah yang telah dilakukan oleh masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak; dan praktik membeli emas kemudian digadaikan lagi pada saat harga emas tinggi. Hasil penelitian menunjukkan bahwa: 1) tingkat pemahaman masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak tentang gadai syariah sangat baik dengan indikasi bahwa sebagian besar masyarakat yang ikut terlibat dalam kegiatan itu dapat memahami gadai syariah sebagai alternatif pembiayaan berdasarkan hukum Islam; 2) Praktik akad gadai yang telah dilakukan oleh masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak ternyata bukan gadai syariah berdasarkan hukum Islam. Praktik itu lebih tepat disebut sebagai muzara'ah, yakni bentuk kerja sama antara pemilik lahan dan pengelola lahan dengan keuntungan dibagi bersama sesuai kesepakatan. 3) Praktik membeli emas kemudian digadaikan lagi pada saat harga emas tinggi sudah bukan sebagai praktik gadai berdasarkan hukum Islam, tetapi lebih mirip dengan jual beli emas. Praktik seperti ini sudah dalam kategori spekulasi terhadap harga emas, karena harga emas dapat berubah-ubah sesuai pasaran emas di pasaran internasional.

Kata kunci: Akad gadai dan Hukum Islam

Pendahuluan

Dalam studi hukum Islam kontemporer di Indonesia, Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN MUI) Nomor 25/DSNMUI/III/2002 tentang *Rahn* menjadi acuan utama dalam analisis implementasi akad gadai emas yang dilakukan lembaga keuangan syariah. Fatwa itu sebagai dasar hukum adanya pola pembiayaan berbasis syariah yang dapat dimanfaatkan oleh masyarakat. Fatwa DSN MUI 26/DSNMUI/III/2002 tentang *Rahn* Emas lebih khusus memberikan acuan hukum dalam gadai emas berdasarkan hukum Islam.¹

Kedua Fatwa dituangkan pada beberapa pasal dan ayat di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES). Pasal-pasal tentang *Rahn* terdiri atas 40 (empat puluh) pasal.² *Rahn* yang dituangkan dalam KHES ini telah menjadi hukum positif di Indonesia.

Fatwa DSN dan KHES seharusnya menjadi dasar hukum yang kuat bagi masyarakat dalam mencari alternatif pembiayaan. Tetapi fakta menunjukkan bahwa pola pembiayaan *Rahn* belum begitu populer bila dibandingkan dengan pola gadai konvensional. Masyarakat banyak yang belum memahami pembiayaan *rahn* ini dan lebih memilih pembiayaan gadai konvensional.³ Tingkat pemahaman masyarakat itu dapat dilihat pada masyarakat di kawasan ekowisata di Kecamatan Sungai Mempura Kabupaten Siak. Kelompok masyarakat di Kecamatan ini menghadapi persoalan modal. Sebagian

modal perbankan diperoleh dengan pembiayaan konvensional yang harus dikembalikan dengan sistem bunga.⁴

Pada umumnya masyarakat di Kecamatan Mempura berprofesi sebagai pedagang dan masyarakat umum yang akan memulai usaha dalam pengembangan ekonomi kreatif itu. Bagi kelompok masyarakat itu sangat penting untuk mendapat pemahaman yang benar tentang skim pembiayaan berbasis syariah itu.⁵ Terkait dengan gadai syariah, pada umumnya mereka belum memahami dengan baik. Yang sulit bagi kelompok masyarakat biasanya terkait dengan klausul akad yang berujung pada tanda tangan persetujuan nasabah dengan bank. Di sisi ini sebetulnya nasabah memiliki permasalahan terkait dengan akad perjanjian.⁶

Selama ini mereka memulai usaha dengan modal sendiri atau swadaya. Mereka menyadari bahwa perkembangan kawasan Mempura ke depan semakin maju dan memiliki pengaruh dalam perkembangan ekonomi masyarakat.⁷ Sebetulnya Pemerintah Kecamatan Mempura juga telah mendorong kelompok perbankan untuk memberikan modal usaha bagi masyarakat yang membuka usaha itu.

Berdasarkan pengakuan masyarakat di Kecamatan Mempura, mereka menghadapi 3 (tiga) permasalahan dalam

¹ Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No: 25/DSNMUI/III/2002 tentang *Rahn* dan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No: 26/DSNMUI/III/2002 tentang *Rahn* Emas.

² Lihat Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) Bab II tentang Akad, hal. 87-94.

³ Jawa Pos, 25 Juli 2015.

⁴ Hasil wawancara dengan Efi Kelana, Tokoh Masyarakat Kecamatan Mempura dari Kampung Batang Hulu pada 4 Maret 2015 di Aula di Kantor Camat Mempura Kabupaten Siak.

⁵ Hasil wawancara dengan Hendy Derhavin Camat Mempura pada 4 Maret 2015 di Kantor Camat Mempura Kabupaten Siak.

⁶ Hasil wawancara dengan Munif Ilyasin, Tokoh Masyarakat Kecamatan Mempura pada 4 Maret 2015 di Aula di Kantor Camat Mempura Kabupaten Siak.

⁷ Hasil wawancara dengan Hendy Derhavin Camat Mempura pada 4 Maret 2015 di Kantor Camat Mempura Kabupaten Siak.

memulai usaha atau bagi masyarakat yang akan melanjutkan usaha. *Pertama*, kendala modal terutama bagi masyarakat yang akan menambah modal usaha dalam industri kreatif. *Kedua*, kendala pemasaran. Saat ini pencahangan Kecamatan Mempura sebagai kawasan ekowisata belum terkelola secara maksimal, sehingga wisatawan yang datang belum sesuai dengan harapan. *Ketiga*, masih banyak masyarakat yang belum memahami tentang perlindungan hukum bagi masyarakat yang meminjam modal kepada lembaga pembiayaan, terlebih lagi pola pembiayaan berbasis syariah.⁸

Di sisi lain, seringkali terjadi praktik yang salah telah lama dijalankan oleh masyarakat setempat. Mereka menyebut sebagai gadai, meskipun sebetulnya yang mereka praktikkan itu bukan gadai sebagaimana yang dijelaskan dalam hukum Islam. Misalnya praktik menggadaikan sawah atau sertifikat sawah, namun pemilik masih menggarap tanah itu atau penerima gadai menggarap tanah itu dengan hasil yang lebih besar dari hasil gadai.

Tulisan ini menganalisis permasalahan yang dihadapi masyarakat Kecamatan Mempura, terutama permasalahan pembiayaan berbasis syariah itu. Analisis ini difokuskan pada 1) bagaimana tingkat pemahaman masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak tentang gadai syariah; 2) bagaimana praktik akad gadai lahan/sawah yang telah dilakukan oleh masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak; dan 3) bagaimana praktik membeli emas kemudian digadaikan lagi pada saat harga emas tinggi.

Salah satu cara untuk menyelesaikan permasalahan di atas adalah melakukan penyuluhan hukum. Masyarakat diberikan pemahaman tentang gadai dalam hukum Islam.

Tujuan kegiatan di Kecamatan Mempura adalah 1) meningkatkan pemahaman masyarakat tentang gadai syariah sebagai alternatif pembiayaan syariah di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak, 2) menyediakan bahan acuan bagi masyarakat yang akan mengajukan skema gadai syariah sebagai alternatif pembiayaan syariah di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak, dan 3) membangun interaksi positif antara nasabah dengan bank syariah dalam meningkatkan transaksi pembiayaan.

Kegiatan ini berdasarkan studi-studi terdahulu atas analisis gadai baik dalam perspektif gadai konvensional di perbankan modern non syariah atau perbankan modern syariah. Dalam review yang penulis lakukan, setidaknya penelitian sebelumnya lebih banyak menganalisis sistem operasional, kepuasan pelanggan dalam bisnis gadai dan prospek bisnis gadai konvensional.

Pertama, studi yang dilakukan dalam lingkup yang luas dengan judul penelitian Strategi Peningkatan Bisnis Gadai di Indonesia (2008). Kesimpulan penelitian ini mengindikasikan 3 (tiga) hal, yaitu (1) Perspektif Keuangan (Finansial), perusahaan harus dapat mengelola keuangan dengan baik sehingga tercapai kinerja keuangan yang baik dan dipercaya oleh para shareholder; (2) Perspektif Pelayanan Pelanggan (*Service*), perusahaan dituntut untuk mampu mengembangkan hubungan baik dengan pelanggan sehingga visi dan misi perusahaan dapat dicapai. Tuntutannya adalah meningkatnya kualitas pela-

⁸ Hasil wawancara dengan Munif Ilyasin, Tokoh Masyarakat Kecamatan Mempura pada 4 Maret 2015 di Aula di Kantor Camat Mempura Kabupaten Siak.

yanan; (3) Perspektif Proses Bisnis Internal (*Internal Business Process*), perusahaan memiliki kemampuan dalam memperbaiki bisnis sehingga kinerja perusahaan meningkat.

Kedua, studi tentang *prospek Rahn emas di Perbankan Syariah: Studi Kasus pada Bank Syariah Mandiri*. Kesimpulan penelitian ini menunjukkan optimism bisnis gadai emas, terutama di Bank Syariah Mandiri. Dalam analisis SWAT, ada 2 (dua) kesimpulan yaitu (1) prospek gadai emas di Bank Syariah Mandiri sangat cerah karena proses cepat dan nilai taksiran mencapai 90 % untuk logam mulia dan dinar bersertifikat, dan (2) ancaman bisnis gadai emas Bank Syariah Mandiri berasal dari Bank lain maupun lembaga pegadaian sendiri karena Bank Syariah Mandiri kurang gencar dalam mempromosikan bisnis gadai syariah ini.⁹

Ketiga, studi yang dilakukan Dodi Prasetyo dengan judul *Praktik Gadai Emas di Bank BNI Syariah cabang Surabaya*. Kesimpulan penelitian menunjukkan bahwa (1) *rahin* tidak mampu membayar hutangnya pada saat jatuh tempo dan masa tenggang, *murtahin* berhak untuk menjual *marhun* baik di hadapan umum maupun di bawah tangan dengan harga yang pantas menurut *murtahin*. Jika hasil dari penjualan *marhun* terdapat kekurangan dalam pelunasan hutang, maka *rahin* wajib melunasi sisa hutang kepada *murtahin* sejumlah sisa kekurangannya; dan (2) terkait dengan risiko atas *marhun*. Jika *marhun* hilang bukan karena *force majeure* (keadaan memaksa) dengan ketentuan bahwa keadaan memaksa adalah tidak terbatas pada bencana

alam, perang, pemogokan, sabotase, dan huru-hara maka *rahin* akan mendapat penggantian maksimal sebesar taksiran nilai *marhun*.¹⁰

Keempat, Pelaksanaan Gadai dengan sistem Syariah di Perum Pegadaian Semarang. Lelang sebagai upaya eksekusi terhadap barang jaminan, juga dilakukan di Pegadaian Syariah. Lelang merupakan upaya terakhir yang dilakukan oleh Kantor Cabang Pegadaian Syariah apabila ada nasabahnya yang wanprestasi. Lelang dilaksanakan apabila sampai batas waktu yang telah ditetapkan penerima gadai (*rahin*) masih tidak dapat melunasi uang pinjamannya (*marhun bih*) dilakukan proses pelelangan barang gadai atau jaminan (*marhun*). Lelang dilakukan setiap bulan. Proses dan tata cara lelang di Pegadaian Syariah pada dasarnya sama seperti lelang umum, penawar yang membeli dengan harga tertinggi berhak untuk membeli. Akan tetapi dalam lelang yang dilakukan oleh Pegadaian Syariah Semarang khususnya, dilakukan dengan cara penawaran amplop tertutup.¹¹

Kelima, Studi di pegadaian yang dilakukan oleh Masnuatul Khairiyah di UIN Malang pada 2010. Studinya berkesimpulan bahwa (1) persepsi tingkat kualitas layanan, pada nasabah pegadaian syariah terhadap loyalitas konsumen dengan nilai variabel persepsi kualitas pelayanan (X) berpengaruh signifikan terhadap variabel loyalitas nasabah (Y); dan (2) loyalitas nasabah merupakan kesetiaan nasabah terhadap penyedia jasa yang

⁹ Ami Apriani, 2010, *Prospek Rahn Emas di Perbankan Syariah: Studi Kasus pada Bank Syariah Mandiri*, Jakarta: UIN Jakarta, hal. 85-86.

¹⁰ Dodi Prasetyo, 2009, *Praktik Gadai Emas di Bank BNI Syariah Cabang Surabaya*, Surabaya: IAIN Sunan Ampel, hal. 97.

¹¹ Tri Puji Susilowati, 2008, *Pelaksanaan Gadai dengan Sistem Syariah di Perum Pegadaian Semarang*, Semarang: Universitas Diponegoro, hal. 138-139.

telah memberikan pelayanan kepadanya. Keeratan hubungan antara loyalitas dengan pelayanan sangat erat dengan nilai 0.732. Semakin tinggi persepsi kualitas pelayanan (X), semakin tinggi pula berpengaruh loyalitas nasabah (Y).¹²

Berdasarkan kesimpulan dalam beberapa penelitian di atas, analisis dalam tulisan ini difokuskan pada praktik gadai yang dilakukan oleh masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak. Analisis didasarkan pada data lapangan atas praktik masyarakat dengan menggunakan pendekatan teori-teori yang dikembangkan oleh para ahli hukum Islam.

Pembahasan

Sistem Gadai dalam Perspektif Hukum Islam

Transaksi hukum gadai dalam fikih Islam disebut *ar-rahn*. *Ar-rahn* adalah suatu jenis perjanjian untuk menahan suatu barang sebagai tanggungan utang. Pengertian *ar-rahn* dalam bahasa Arab adalah *atstsubut wa ad-dawam*, yang berarti “tetap” dan “kekal”, seperti dalam kalimat *maun rahin*, yang berarti air yang tenang.¹³

Al-Qur'an Surat Al-Muddatstsir (74) Ayat (38) menyebutkan bahwa “*Setiap orang bertanggung jawab atas apa yang telah diperbuatnya.*” Pengertian “tetap” dan “kekal” dimaksud sebagai makna yang tercakup dalam kata *al-habsu*, yang berarti menahan. Kata ini merupakan makna yang bersifat materiil. Oleh

karena itu, secara bahasa kata *ar-rahn* berarti “menjadikan sesuatu barang yang bersifat materi sebagai pengikat utang.”¹⁴

Gadai (*rahn*) secara bahasa seperti diungkapkan di atas adalah tetap, kekal, dan jaminan, sedangkan dalam pengertian istilah adalah menyandera sejumlah harta yang diserahkan sebagai jaminan secara hak, dan dapat diambil kembali sesudah ditebus.¹⁵ Berbeda dengan *rahn*, gadai dalam Pasal 1150 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah suatu hak yang diperoleh seseorang yang mempunyai piutang atas suatu barang bergerak. Barang bergerak tersebut diserahkan kepada orang yang berpiutang oleh orang yang mempunyai utang atau orang lain atas nama orang yang mempunyai utang.¹⁶ Gadai (*rahn*) dalam bahasa hukum perundang-undangan disebut sebagai barang jaminan, agunan, dan runguhan, sedangkan gadai (*rahn*) dalam hukum Islam (*syara'*) adalah menjadikan suatu barang sebagai jaminan utang.¹⁷

Para ahli hukum Islam mendefinisikan gadai dengan pengertian yang beragam. *Pertama*, ulama syafi'iyah mendefinisikan gadai itu menjadikan suatu barang yang bisa dijual sebagai jaminan utang dipenuhi dari harganya, bila yang berutang tidak sanggup membayar utangnya. *Kedua*, ulama Hanabilah mengung-

¹⁴ Rahmat Sya'fi, 1995, Konsep Gadai; *Ar-Rahn* dalam Fikih Islam antara Nilai Sosial dan Nilai Komersial dalam Huzaimah T. Yanggo, *Problematika Hukum Islam Kontemporer III*, Jakarta: Lembaga Studi Islam dan Kemasyarakatan, hal. 59.

¹⁵ Sutan Remi Sjahdeni, 2010, *Perbankan Syariah: Produk-produk dan Aspek Hukumnya*, Jakarta: Jayakarta Agung Offset, hal. 329.

¹⁶ Pasal 1150 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per).

¹⁷ E. Fogel dan Samuel L. Hayes, 2000, *Hukum Keuangan Islam: Konsep, Teori dan Praktek*, terj. Sobirin Asmawi, Bandung: Nusa Media, hal. 254.

¹² Masnualtul Khairiyah, 2010, *Analisis Perum Pergadaian Syariah Terhadap Loyalitas Konsumen: Studi Pada Pergadaian Syariah cabang Malang*, Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim, hal. 80.

¹³ Muhammad bin Mukrim bin Ali Abu al-Fadhl Jamaluddin Ibnu Manzur al-Anshari ar-Ruwaifi al-Afriqi, 2003, *Lisan al'Arab*, Jilid 3, Kairo: Maktabah al Risalah al'Ilmiyah, hal. 207-208.

kapkan gadai adalah suatu benda yang dijadikan kepercayaan suatu utang, untuk dipenuhi dari harganya, bila yang berharga tidak sanggup membayar utangnya. Ulama Malikiyah mendefinisikan gadai sebagai sesuatu yang bernilai harta (*mutamawwal*) yang diambil dari pemiliknya untuk dijadikan pengikat atas utang yang tetap (mengikat).¹⁸

Salah seorang ulama Indonesia, K.H. Ahmad Azhar Basyir, mendefinisikan gadai (*Rahn*) adalah perjanjian menahan sesuatu barang sebagai tanggungan utang. Pendapat Muhammad Syafi'i Antonio, gadai syariah (*rahn*) adalah menahan salah satu harta milik nasabah (*rahin*) sebagai barang jaminan (*marhum*) atas utang/pinjaman (*marhun bih*) yang diterimanya. *Marhun* tersebut memiliki nilai ekonomis. Pihak yang menahan atau penerima gadai (*murtahin*) memperoleh jaminan untuk dapat mengambil kembali seluruh atau sebagian piutangnya.¹⁹

Berdasarkan pengertian gadai yang dikemukakan oleh para ahli hukum Islam di atas, dapat diketahui bahwa gadai (*rahn*) adalah menahan barang jaminan yang bersifat materi milik si peminjam (*rahin*) sebagai jaminan atau pinjaman yang diterimanya. Barang yang diterima tersebut bernilai ekonomi sehingga pihak yang menahan (*murtahin*) memperoleh jaminan untuk mengambil kembali seluruh atau sebagian utangnya dari barang gadai dimaksud bila pihak yang meng-

gadaikan tidak dapat membayar utang pada waktu yang telah ditentukan.

Di sini jelas bahwa gadai syariah merupakan perjanjian antara seseorang untuk menyerahkan harta benda berupa emas/perhiasan/kendaraan dan/atau harta benda lainnya sebagai jaminan dan/atau agunan kepada seseorang dan/atau lembaga pegadaian syariah berdasarkan hukum Islam. Pihak lembaga pegadaian syariah menyerahkan uang sebagai tanda terima dengan jumlah maksimal 90% dari nilai taksir terhadap barang yang diserahkan oleh penggadai Gadai dimaksud.

Fungsi dari akad perjanjian antara pihak peminjam dengan pihak yang meminjam uang adalah untuk memberikan ketenangan bagi pemilik uang dan/atau jamim keamanan uang yang dipinjamkan. Oleh karena itu, *rahn* pada prinsipnya merupakan suatu kegiatan utang piutang yang murni berfungsi sosial, sehingga dalam buku *fiqh mu'amalah* akad ini merupakan akad *tabarru'* atau akad derma yang tidak mewajibkan imbalan.²⁰

Dasar hukum dalam hadis Nabi terdapat pada riwayat al-Bukhari dan Muslim dari 'Aisyah R.A., ia berkata:

حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا حفص بن غياث، عن الأعمش، عن إبراهيم، حدثني الأسود عن عائشة، أن النبي صلى الله عليه وسلم: اشترى من يهودي طعاما إلى أجل، ورهنه درعه. (رواه ابن ماجه)

Telah bercerita kepada kami Abu Bakar bin Abi Syaibah, bercerita kepada kami Hafash bin Ghiyats dari al-A'masy dari Ibrahim telah bercerita kepadaku al-Aswad dari Aisyah "Sesungguhnya Rasulullah SAW. Pernah membeli makan-

¹⁸ Muhammad Hasyim Hamali, 2011, *Prinsip dan Teori-Teori Hukum Islam*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hal. 134. Lihat juga Hafiez Sofyani dan Anggar Setiawan, 2014. *Perbankan Syariah dan Tanggungjawab Sosial: Sebuah Studi Komparasi Indonesia Dan Malaysia*, Jurnal At-Taradhi, Volume 5 Nomor 2, Edisi Desember, hal. 171.

¹⁹ Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Jakarta: Gema Insani Press, hal. 128.

²⁰ E. Fogel dan Samuel L. Hayes. III, *Hukum Keuangan Islam...*, Op.Cit., hal. 132.

an dengan berutang dari seorang Yahudi, dan Nabi menggadaikan sebuah baju besi kepadanya.”²¹

Pada hadis Nabi riwayat al-Syafi'i, al-Daraquthni dan Ibnu Majah dari Abu Hurairah, ditemukan:

حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ حُمَيْدٍ حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ الْمُخْتَارِ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ رَاشِدٍ عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ

Telah bercerita kepada kami Muhammad bin Humaid, bercerita kepada kami Ibrahim bin al-Mukhtar dari Ishaq bin Rasyid dari az-Zuhri dari Sa'id bin al-Musayyab dari Abi Hurairah sesungguhnya Rasulullah SAW bersabda: "Tidak terlepas kepemilikan barang gadai dari pemilik yang menggadaikannya. Ia memperoleh manfaat dan menanggung risikonya.”²²

Selain itu, dalam hadis Nabi riwayat Jama'ah, kecuali Muslim dan al-Nasa'i, Nabi SAW. bersabda:

حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ. حَدَّثَنَا وَكِيعٌ عَنْ زَكَرِيَّا، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الظَّهْرُ يَرْكَبُ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبِنُ الدَّرِّ يَشْرَبُ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَ عَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَ يَشْرَبُ، نَفَقَتُهُ. (رواه ابن ماجه).

Telah bercerita kepada kami Abu Bakar bin Abi Syaibah, bercerita kepada kami Waqi' dari Zakaria dari Sya'bi dari Abi Hurairah berkata: bersabda Rasulullah

SAW: *"Tunggangan (kendaraan) yang digadaikan boleh dinaiki dengan menanggung biayanya dan binatang ternak yang digadaikan dapat diperah susunya dengan menanggung biayanya. Orang yang menggunakan kendaraan dan pemerah susu tersebut wajib menanggung biaya perawatan dan pemeliharaan.”²³*

Dasar-dasar normatif dalam QS. al-Baqarah (2) Ayat 283 dan hadis nabi, dikembangkan oleh ahli hukum Islam dalam bentuk ijma dan fatwa ulama untuk interpretasi perkembangan ijtihad dalam bidang ekonomi. Para ahli hukum Islam sepakat membolehkan akad *Rahn*. Pengembangan ijtihad tersebut didasarkan pada kaedah ushul Fiqh yang sangat terkenal:

الأصل في المعاملات الإباحة إلا أن يدل دليل على تحريمها

Pada dasarnya, semua bentuk mu'amalah boleh dilakukan kecuali ada dalil yang mengharamkannya”²⁴

Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) yang menjadi salah satu rujukan yang berkenaan dengan gadai syariah (a) Fatwa Dewan Sya-riah Nasional Majelis Ulama Indonesia No: 25/DSNMUI/III/2002, tentang *Rahn*; (b) Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No: 26/DSNMUI/III/2002, tentang *Rahn* Emas; (c) Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No: 09/DSNMUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Ijarah*.

²¹ Hafidz Abi Abdillah Muhammad bin Mazid al-Qazwiini, 2004, *Sunan Ibn Majah*, Beirut: Dar alKutub al'Ilmiyyah, hal. 278.

²² Hafidz Abi Abdillah Muhammad bin Mazid al-Qazwiini, *Sunan Ibn Majah...., Op.Cit.*, hal. 291.

²³ *Ibid.*

²⁴ Wahbah al-Zuhaili, 1985, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, Jilid V, Beirut: Dar alFikr, hal. 181.

Tingkat Pemahaman Masyarakat Kecamatan Mempura Kabupaten Siak tentang Gadai sebagai Alternatif Pembiayaan Berbasis Syariah

Pelaksanaan penyuluhan menggunakan metode ceramah dan dialog. Sesi pertama menggunakan metode ceramah. Pemateri menyampaikan bahan/materi dalam bentuk slide power point tentang Gadai syariah sebagai alternatif pembiayaan syariah. Peserta menyimak materi yang disampaikan pemateri. Namun, sebelum peserta diberikan materi, peserta diberikan kuisisioner dengan beberapa pertanyaan tentang Gadai syariah sebagai alternatif pembiayaan syariah. Jawaban yang benar pada kuisisioner itu terdapat materi yang disampaikan pemateri. Tujuan kuisisioner diawal penyampaian materi ialah mengukur pengetahuan peserta tentang gadai syariah itu.

Evaluasi penyuluhan menggunakan metode kuisisioner/angket berjumlah tiga puluh. Tim penyuluhan menyebar 23 kuisisioner kepada peserta dan peserta menjawab pertanyaan dalam kuisisioner itu dengan cara melingkari jawaban yang benar. Kuisisioner dibagi 2 (dua) kali, yaitu sebelum dan sesudah materi disampaikan. Tujuannya ialah untuk mengetahui peningkatan pemahaman peserta pada saat materi sebelum dan sesudah disampaikan. Pemahaman mereka dapat dilihat pada setiap pertanyaan kuisisioner sekaligus jawaban peserta.

Pengetahuan peserta diawali dengan pertanyaan tentang pengertian gadai dalam hukum Islam.²⁵ Pada umumnya peserta telah memahami pengertian gadai

dalam hukum Islam sebanyak 72 % dan hanya 28 % peserta yang belum memahami dengan baik. Peserta yang belum memahami dengan baik itu tampaknya masih menganggap bahwa gadai tidak berbeda dengan konsep ekonomi konvensional yang mereka kenal selama ini. Padahal berdasarkan pengertian di atas, justru gadai syariah itu berbeda dengan gadai dalam ekonomi konvensional yang ada saat ini.

Rukun gadai dalam hukum Islam²⁶ harus dipahami oleh peserta menunjukkan bahwa pengetahuan itu, 76 % peserta menjawab kuisisioner dengan benar dan 24 % salah. Sebagian peserta tidak memahami bahwa penerima dan pemberi gadai termasuk dalam rukun gadai yang harus dipenuhi.

Syarat gadai dalam hukum Islam disebutkan bahwa hukum Islam telah mengatur bahwa syarat gadai Akad, Akid, barang yang dijadikan jaminan, dan hutang.²⁷ 89 % peserta dapat memahami dengan baik ketiga rukun itu, sedangkan 11 % belum memahami.

Peserta dapat memahami bahwa barang gadai dapat dimanfaatkan dengan mendapat izin pemberi gadai sebanyak (78 %), dan 22 % belum dapat membedakan dengan dengan baik. Siapakah yang bertanggung jawab dalam pemeliharaan barang gadai menurut hukum Islam. 72 % peserta menjawab Pemberi gadai, namun dapat dilakukan juga oleh penerima gadai, 28 % peserta belum memahami.

Dalam hal boleh atau tidaknya menjual barang gadai, dapat dilihat jawaban peserta bahwa pada saat jatuh tempo

²⁵ Pasal 329 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES). Lihat juga Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 25/DSNMUI/III/2002 tentang *Rahn*.

²⁶ Pasal 329 Ayat (2) Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

²⁷ Pasal 329 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

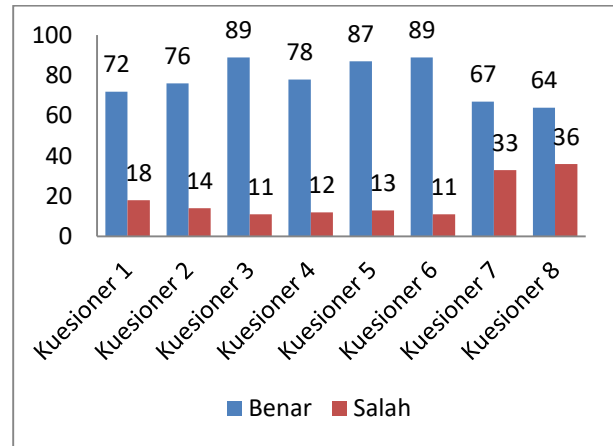
ternyata *pemberi gadai* tidak dapat melunasi hutangnya. Peserta dapat memahami (87 %) peserta dan 13 % peserta belum memahami.

Dalam hal pembatalan gadai, terkadang terjadi pembatalan sepihak dari pemberi gadai, Akad gadai tidak dapat dibatalkan kecuali adanya persetujuan dari penerima gadai.²⁸ 89 % peserta dapat memahami pembatalan akad gadai dan 11 % peserta belum memahami dengan baik.

Terkait pembatalan akad gadai saat pemberi gadai meninggal dunia, seperti dalam penjelasan berikut bahwa 67 % peserta dapat memahami bahwa akad gadai tidak batal bila pemberi gadai meninggal dunia,²⁹ sedangkan 33 % peserta belum memahami.

Selain itu, terkadang dalam kehidupan masyarakat terjadi kasus menggadaikan harta pinjaman. Harta pinjaman sesungguhnya tidak dapat digadaikan kecuali mendapat izin dari pihak yang memiliki harta itu. Berdasarkan evaluasi dalam kuisioner ternyata 64 % peserta menjawab dengan benar dan 36 % peserta menjawab salah.

Tingkat pemahaman masyarakat tentang gadai syariah di atas menunjukkan bahwa setelah kegiatan ini dilakukan terjadi pemahaman yang lebih baik. Mereka dapat melakukan akad gadai syariah kepada lembaga keuangan dalam menamban modal usaha. Gambar berikut dapat menjelaskan tingkat pemahaman masyarakat tentang gadai syariah:



Gambar 1. Pemahaman masyarakat tentang Gadai Syariah

Praktik Akad Gadai di Masyarakat dengan Jaminan Sertifikat Sawah Kecamatan Mempura Kabupaten Siak Berdasarkan Hukum Islam

Salah satu permasalahan yang dihadapi oleh masyarakat di Kecamatan Mempura terkait dengan praktik gadai adalah penggadaian sawah dan implikasi hukumnya. Salah seorang tokoh masyarakat menyampaikan permasalahan sebagai berikut: misalnya A menggadaikan sawahnya ke B dengan jaminan sertifikat sawah dan A tetap menggarap sawahnya. Pada saat panen, A memberikan 50% hasil panen untuk B. Apa hukumnya praktik gadai seperti ini? Seandainya terdapat riba di dalamnya, bagaimana solusinya dengan alasan B tetap ingin mendapat keuntungan dari investasinya tersebut? Permasalahan ini sering dihadapi oleh masyarakat.³⁰

Jawaban atas pertanyaan di atas harus dibedakan antara investasi dan gadai karena konsekuensi dari transaksi ini berbeda. Investasi atau penanaman modal untuk dunia pertanian bisa dilakukan de-

²⁸ Pasal 337 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

²⁹ Pasal 357 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

³⁰ Hasil wawancara dengan Fauzi Avandi, Tokoh Masyarakat Kecamatan Mempura dari Kampung Menhil pada 4 Maret 2015 di Aula Kantor Camat Mempura Kabupaten Siak.

ngan skema *muzara'ah* atau *musaqah*. Kasus yang terjadi lebih tepat ditempatkan sebagai *muzara'ah*. Petani mendapatkan modal dari investor untuk proyek pemanfaatan lahan pertanian dengan hasil dibagi berdasarkan kesepakatan.³¹

Konsekuensi dari transaksi ini 1) Modal yang diberikan investor harus digunakan untuk pengembangan pemanfaatan lahan pertanian dan tidak boleh untuk konsumsi petani. Besar nominal modal harus sesuai dengan kebutuhan riil di lapangan untuk satu proyek tersebut. 2) Petani tidak diwajibkan menyerahkan sertifikat tanahnya karena transaksi ini dilakukan berdasarkan kesepakatan bersama saling mempercayai. Petani mendapatkan amanah untuk mengelola modal tersebut guna peningkatan hasil lahan pertaniannya. 3) Investor siap menanggung kerugian jika gagal sebagaimana berhak mendapatkan keuntungan jika berhasil. Risiko ini bagian penting dalam transaksi *muzara'ah* atau bagi hasil lainnya bahkan meskipun harus tidak kembali modal karena gagal panen karena faktor alam. 4) Bagi hasil berdasarkan kesepakatan hasil sehingga hanya bisa dibagi setelah proyek selesai.³²

Pada hakikatnya gadai adalah utang piutang. Orang yang berutang (debitor) menyerahkan agunan sebagai jaminan kepercayaan. Sertifikat yang diserahkan tidak menunjukkan perpindahan kepemilikan sementara selama utang belum dilunasi. Sawah itu masih tetap milik petani 100%, meskipun sertifikat tanahnya ada di tangan kreditor. Bertransaksi tidak secara tunai menunjukkan masih menyisakan utang. Allah mensyariatkan

adanya barang agunan dari yang berutang diserahkan kepada yang berpiutang (kreditor).³³ Dalam QS. Al-Baqarah Ayat 283 disebutkan:

*Jika kamu dalam perjalanan (dan bermuamalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis maka hendaklah ada barang agunan yang dipegang (oleh yang berpiutang)...*³⁴

Konsekuensi dari transaksi gadai ini 1) Debitor wajib mengembalikan utangnya dengan jumlah yang sama dipinjamkan. Debitor yang tidak sanggup membayarnya hingga meninggal dunia, ahli waris melunasi utang orang tuanya atau saudaranya yang meninggal. 2) Debitor boleh menggunakan uang yang dia terima dari kreditor untuk kepentingan apapun yang tidak ada hubungannya dengan lahan pertanian seperti untuk berobat, biaya pendidikan atau lainnya. 3) Kreditor dilarang menerima segala bentuk hadiah atau hasil panen dari petani sebelum pelunasan utang selesai karena semua manfaat praktis yang didapatkan dari utang adalah riba. 4) Kreditor dilarang memanfaatkan tanah itu untuk diambil hasilnya selama masa gadai dan utang belum dilunasi karena tanah ini masih milik petani sehingga apapun hasil tanah itu menjadi milik petani.³⁵

Fudhalah bin Ubaid mengatakan: "Setiap piutang yang memberikan keuntungan maka (keuntungan) itu adalah riba."³⁶ Diriwayatkan dari Anas bin Malik

³¹ Pasal 211 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

³² Pasal 220 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)

³³ Budiman Setyo Haryanto, 2010, *Kedudukan Gadai Syariah (Rahn) Dalam Sistem Hukum Jaminan Indonesia*, Jurnal Dinamika Hukum Vol. 10 No. 1 Januari, hal. 27.

³⁴ QS. Al-Baqarah Ayat 283.

³⁵ Pasal 220 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

³⁶ Abu Abdullah Muhammad bin Ismail bin Ibrahim bin al-Mughirah bin Bardizbah al-Ju'fi al-

Radiallahu ‘Anhu menyatakan sebagai berikut:

Apabila kalian mengutangkan sesuatu kepada orang lain, kemudian (orang yang berutang) memberi hadiah kepada yang mengutangi atau memberi layanan berupa naik kendaraannya (dengan gratis), janganlah menaikinya dan jangan menerimanya.³⁷

Petani yang ingin memberikan tanda terima kasih kepada kreditor diperbolehkan dengan syarat sebagai berikut: 1) Tidak ada persyaratan di awal, 2) Dilakukan ketika atau setelah pelunasan utang selesai dibayar. Hadis dari Abu Hurairah menyatakan:

Nabi saw. pernah memiliki utang onta dengan usia tertentu kepada seseorang. Tiba-tiba dia datang, minta pelunasan utang onta dari Nabi saw. Beliau bersabda kepada para sahabat: “Bayarkan untuk beliau.” Para sahabat mencari onta yang seusia onta yang menjadi utang Nabi tersebut. Namun mereka tidak mendapatkannya, selain onta yang usianya lebih tua. Selanjutnya beliau bersabda: “Bayarkan untuk beliau dengan onta itu, karena sebaik-baik kalian adalah orang yang bijaksana dalam melunasi utang.³⁸

Praktik Akad Gadai Emas sebagai Investasi di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak

Problem lain yang sering terjadi di masyarakat tentang seseorang yang memiliki modal untuk membeli emas lalu digadaikan untuk memperoleh uang. Se-

telah modal kembali dari uang modal tersebut lalu membeli emas, beberapa bulan kemudian ketika harga jual emas naik, emas itu dijual emas itu.³⁹ Pertanyaannya apakah sistem itu termasuk halal atau haram?

Kecenderungan harga emas lebih dari 30% per tahun mengubah haluan banyak orang berinvestasi dari surat-surat berharga dan valuta asing yang terkena imbas krisis global menuju investasi *gadai* emas di bank-bank syariah.⁴⁰ Lebih dari itu, gadai emas syariah telah menjadi alternatif untuk mendapatkan modal dengan cara aman. Label ‘syariah’ yang melekat menjadikan orang semakin nyaman dengan ‘jaminan kehalalannya’. Bank mengklaim bahwa produknya merujuk pada DSN MUI.⁴¹

Produk gadai emas syariah berdasarkan Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) Nomor 26/DSN-MUI/III/2002 tentang *Rahn* Emas. Dalam fatwa itu dijelaskan bahwa ongkos dan biaya penyimpanan barang (*marhun*) ditanggung oleh penggadai (*rahin*). Ongkos sebagaimana dimaksud ayat sebelumnya, besarnya didasarkan pada pengeluaran yang diperlukan. Untuk mengetahui hal ini perlu dilihat pada harga penyewaan *Safe Deposit Box* (SDB).

³⁹ Hasil wawancara dengan M. Noven Trisanto, Tokoh Masyarakat Kecamatan Mempura dari Kampung Batu Hilir pada 4 Maret 2015 di Aula Kantor Camat Mempura Kabupaten Siak.

⁴⁰ Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Jakarta: Gema Insani Press, hal. 96. Lihat juga E. Fogel dan Samuel L. Hayes. III, 2001, *Hukum Keuangan Islam: Konsep, Teori dan Praktek*, terj. Sobirin Asmawi, Bandung: Nusa Media, hal. 58.

⁴¹ Masnuatul Khairiyah, 2010, *Analisis Perum Pergadaian Syariah Terhadap Loyalitas Konsumen: Studi Pada Pegadaian Syariah cabang Malang*, Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim, hal. 125. Lihat juga Rahmat Syafei, *Konsep Gadai....., Op.Cit.*, hal. 79-82.

Bukhari, 2001, *Sahih AlBukhari*, Jilid II, Beirut: Dar Kutub Al'Ilmiyyah, hal. 324.

³⁷ Hafidz Abi Abdillah Muhammad bin Mazid al-Qazwiini, *Sunan Ibn Majah....., Op.Cit.*, hal. 295.

³⁸ *Ibid.*

Setiap lembaga keuangan syariah menerapkan harga yang berbeda-beda. BNI menawarkan harga SDB ukuran kecil (3x5x24 inch) dengan harga Rp 100 ribu per tahun, ukuran sedang (5x10x24 inch) dengan harga Rp 250 ribu per tahun, dan ukuran besar (15x10x24 inch) dengan harga Rp 700 ribu per tahun. Untuk menyimpan emas seberat 2 gram hanya membutuhkan SDB ukuran paling kecil. Terdapat bank syariah yang menerapkan tarif untuk emas 2 gram dengan kadar 20 karat, biaya titip sebesar 11.800/15 hari. Penyimpanan selama 6 bulan nasabah membayar Rp 141.600.

Praktik di atas dapat berakibat buruk kepada masyarakat terhadap bank syariah. DSN perlu mengambil langkah nyata untuk menghentikan produk gadai emas berlabel syariah ini.⁴² Gadai emas bank syariah pada hakikatnya adalah menggabungkan dua akad, yaitu akad *qardh* (utang) dan *ijarah* (jual jasa). Nasabah yang menggadaikan uangnya akan mendapat pinjaman senilai tertentu sesuai perhitungan bank, dan nasabah wajib membayar biaya 'jasa pemeliharaan' emas sesuai yang ditetapkan bank.⁴³ Penggabungan akad *qardh* dan *ijarah* bertentangan dengan hadis Nabi shallallahu 'alaihi wa sallam yang diriwayatkan dari Amru bin Syu'aib bahwa Nabi melarang menggabungkan antara akad jual-beli dan akad *qardh*.⁴⁴

Dalam ketentuan di atas, penguasaan fisik atas barang jaminan berada pada pihak Bank. Apabila nasabah tidak

melaksanakan kewajibannya dengan melunasi utangnya, pihak Bank akan dirugikan, tetapi karena barang jaminan berada pada kekuasaan Bank, eksekusi/penjualan barang jaminan milik nasabah dapat menutupi kerugian pihak Bank.

Risiko kehilangan/kerusakan barang jaminan dapat berakibat nasabah rugi. Bank dalam hal ini bertanggung jawab atas kerusakan/kehilangan barang jaminan milik nasabah, seperti yang tertera pada Sertifikat Gadai Syariah.⁴⁵ Barang jaminan milik nasabah yang mengalami kerusakan atau kehilangan karena tindak pidana pencurian maka atas resiko tersebut pihak Bank bertanggung jawab dan berkewajiban untuk mengganti kerugian yang timbul sebesar 100% (seratus persen) dari nilai taksiran barang barang setelah diperhitungkan besarnya pembiayaan dan biaya sewa/biaya pemeliharaan barang jaminan.⁴⁶

Kesimpulan

Setelah kegiatan penyuluhan dilakukan di Kecamatan Mempura dan data diperoleh dari kegiatan itu dengan uraian di atas, dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Tingkat pemahaman masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak tentang gadai syariah sangat baik dengan indikasi bahwa sebagian besar masyarakat yang ikut terlibat dalam kegiatan itu dapat memahami gadai syariah sebagai alternatif pembiayaan berdasarkan hukum Islam.

⁴² Tri Pudji Susilowati, 2008, *Pelaksanaan Gadai dengan Sistem Syariah di Perum Pegadaian Semarang*, Semarang: Universitas Diponegoro, hal. 54.

⁴³ Sutan Remi Sjahdeni, 2010, *Perbankan Syariah: Produk-produk dan Aspek Hukumnya*, Jakarta: Jayakarta Agung Offset, hal. 178.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Sertifikat Gadai Syariah biasanya diberikan oleh Bank Syariah ketika nasabah melakukan gadai dengan sistem syariah.

⁴⁶ Ahmad Supriyadi, 2012, *Struktur Hukum Akad Rahn Di Pegadaian Syariah Kudus*, Empirik: Jurnal Penelitian Islam Vol. 5, No. 2, Juli-Desember, hal. 78.

2. Praktik akad gadai yang telah dilakukan oleh masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak ternyata bukan gadai syariah berdasarkan hukum Islam. Praktik itu lebih tepat disebut sebagai *muzara'ah*, yakni bentuk kerja sama antara pemilik lahan dan pengelola lahan dengan keuntungan dibagi bersama sesuai kesepakatan.
3. Praktik membeli emas kemudian digadaikan lagi pada saat harga emas tinggi sudah bukan sebagai praktik gadai berdasarkan hukum Islam, tetapi lebih mirip dengan jual beli emas. Praktik seperti ini sudah dalam kategori spekulasi terhadap harga emas, karena harga emas dapat berubah-ubah sesuai pasaran emas di pasaran internasional.

Berdasarkan kesimpulan di atas, penulis menyarankan kepada pihak yang berkepentingan, antara lain: kepada perbankan syariah untuk melakukan pemberdayaan pada masyarakat di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak dan memberikan pembiayaan dalam bentuk gadai syariah; kepada Pemerintah Kecamatan Mempura dan Pemerintah Kabupaten Siak untuk lebih meningkatkan pemberdayaan masyarakat dan membantu mereka dalam mencari akses pembiayaan berbasis syariah; dan kepada para peneliti dan dosen di Perguruan Tinggi untuk lebih aktif lagi dalam memberikan Iptek bagi Masyarakat (IbM) di Kecamatan Mempura Kabupaten Siak.

Daftar Bacaan

al-Afriqi, Muhammad bin Mukrim bin Ali Abu al-Fadhl Jamaluddin Ibnu Manzur al-Anshari ar-Ruwaifi, 2003, *Lisan al'Arab*, Jilid 3,

Kairo: Maktabah al Risalah al-'Ilmiyah.

al-Bukhari, Abu Abdullah Muhammad bin Ismail bin Ibrahim bin al-Mughirah bin Bardizbah al-Ju'fi, 2001, *Sahih AlBukhari*, Jilid II, Beirut: Dar Kutub Al'Ilmiyyah.

al-Qazwiini, Hafidz Abi Abdillah Muhammad bin Mazid, 2004, *Sunan Ibn Majah*, Beirut: Dar alKutub al'Ilmiyyah.

al-Zuhaili, Wahbah, 1985, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, Jilid V, Cet. II, Beirut: Dar alFikr.

Antonio, Muhammad Syafi'i, 2001, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Jakarta: Gema Insani Press.

Apriani, Ami, 2010, *Prospek Rahn Emas di Perbankan Syariah: Studi Kasus pada Bank Syariah Mandiri*, Jakarta: UIN Jakarta.

E. Fogel dan Samuel L. Hayes, III, 2001, *Hukum Keuangan Islam: Konsep, Teori dan Praktek*, Terj. Sobirin Asmawi, Bandung: Nusa Media.

Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No: 25/DSN-MUI/III/2002, tentang *Rahn*.

Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No: 26/DSN-MUI/III/2002, tentang *Rahn Emas*.

Hafiez Sofyani dan Anggar Setiawan, 2014, *Perbankan Syariah dan Tanggungjawab Sosial: Sebuah Studi Komparasi Indonesia Dan Malaysia*, Jurnal At-Taradhi, Volume 5 Nomor 2, Edisi Desember.

Hariyanto, Budiman Setyo, 2010, *Kedudukan Gadai Syariah (Rahn) dalam Sistem Hukum Jaminan*

Indonesia. Jurnal Dinamika Hukum Vol. 10 No. 1 Januari.

Kamali, Muhammad Hasyim, 2011, *Prinsip dan Teori-Teori Hukum Islam*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.

Khairiyyah, Masnuatul, 2010, *Analisis Perum Pergadaian Syariah terhadap Loyalitas Konsumen: Studi pada Pegadaian Syariah Cabang Malang*. Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim.

Parasetyo, Dodi, 2009, *Praktik Gadai Emas di Bank BNI Syariah Cabang Surabaya*, Surabaya: IAIN Sunan Ampel.

Supriyadi, Ahmad, 2012, Struktur Hukum Akad Rahn di Pegadaian Syariah Kudus, *Empirik: Jurnal Penelitian Islam*, Vol. 5, No. 2, Juli-Desember.

Surat Edaran Bank Indonesia (SE BI) Nomor 14/7/DPbS Tanggal 29 Februari 2012 Tentang Produk Qardh Beragun Emas.

Susilowati, Tri Pudji, 2008, *Pelaksanaan Gadai dengan Sistem Syariah di Perum Pegadaian Semarang*. Semarang: Universitas Diponegoro.

Syafe'i, Rahmat, 1995, Konsep Gadai; Ar-Rahn dalam Fikih Islam antara Nilai Sosial dan Nilai Komersial dalam Huzaimah T. Yanggo, *Problematika Hukum Islam Kontemporer III*, Jakarta: Lembaga Studi Islam dan Kemasyarakatan.

Syahdeni, Sutan Remi, 2010, *Perbankan Syariah: Produk-produk dan Aspek Hukumnya*. Jakarta: Jayakarta Agung Offset.

Penyelesaian Yuridis Tentang Penyadapan sebagai Bagian dari Kegiatan Spionase yang Dikategorikan dalam Pelanggaran Kekebalan Diplomatik

Dita Birahayu
Fakultas Hukum Universitas Hang Tuah Surabaya

Abstract: *In international relations conducted between states, countries sending delegates to negotiate with other countries in order to promote and safeguard their interests in addition to work towards the common good. Many disorders that can occur in the case of countries conduct cooperation with other countries and can not be separated from the conflict, one of which is the treatment or unpleasant activities of the recipient countries where diplomatic representation is placed. As one example of the violation of diplomatic immunity and privileges of officials is espionage case between Indonesia and Australia that occurred some time ago. This is the case, then the sending country may submit an objection to the recipient (receiving state) and the receiving country shall be fully responsible for it. This paper will discuss how the settlement of juridical acts of espionage to diplomatic officials as a violation of diplomatic immunity.*

Keywords: *juridical settlement, espionage, diplomatic agent*

Abstrak: Di dalam hubungan internasional yang dilakukan antar negara, negara-negara mengirim utusannya untuk berunding dengan negara lain dalam rangka memperjuangkan dan mengamankan kepentingannya masing-masing di samping mengupayakan terwujudnya kepentingan bersama. Banyak gangguan yang dapat terjadi dalam hal negara melakukan kerja sama dengan negara lain serta tidak lepas dari konflik, salah satunya yaitu perlakuan atau kegiatan yang tidak menyenangkan dari pihak negara penerima dimana perwakilan diplomatik tersebut ditempatkan. Sebagai salah satu contoh terjadinya pelanggaran kekebalan dan keistimewaan pejabat diplomatik adalah kasus spionase antara Indonesia dengan Australia yang terjadi beberapa waktu lalu. Hal ini terjadi, maka negara pengirim dapat mengajukan keberatan kepada negara penerima (*receiving state*) dan negara penerima wajib bertanggung jawab sepenuhnya atas hal tersebut. Tulisan ini akan membahas bagaimana penyelesaian yuridis tindakan spionase kepada pejabat diplomatik sebagai pelanggaran kekebalan diplomatik.

Kata kunci: penyelesaian yuridis, penyadapan, pejabat diplomatik

Pendahuluan

Negara sebagai subjek hukum internasional memiliki kemampuan untuk melakukan hubungan hukum internasional dalam berbagai kehidupan masyarakat internasional, baik dengan sesama negara maupun dengan subjek-subjek hukum internasional lainnya. Sebagai konsekuensinya maka negaralah yang paling banyak memiliki, memikul dan memegang kewajiban-kewajiban berdasarkan hukum internasional dibanding dengan subjek hukum internasional lainnya.

Lahirnya negara-negara di dunia maka berkembang pula prinsip-prinsip hubungan internasional, hukum internasional dan diplomasi. Di dalam hubungannya satu sama lain, negara-negara mengirim utusannya untuk berunding dengan negara lain dalam rangka memperjuangkan dan mengamankan kepentingannya masing-masing di samping mengupayakan terwujudnya kepentingan bersama. Cara-cara dan bentuk yang dilakukan dalam pendekatan dan berunding dengan negara lain untuk mengembangkan hubungan tersebut dinamakan diplomasi yang dilaksanakan oleh diplomat. Selanjutnya pembukaan dan pemeliharaan hubungan diplomatik dengan negara lain atas dasar kesamaan hak merupakan manifestasi nyata dari kedaulatan suatu negara. Sebagai entitas yang merdeka dan berdaulat, negara-negara saling mengirim wakilnya ke ibukota negara lain, merundingkan hal-hal yang merupakan kepentingan bersama, mengembangkan hubungan, mencegah kesalahpahaman ataupun menghindari terjadinya sengketa. Perundingan-perundingan ini biasanya

dipimpin oleh seorang utusan yang dinamakan duta besar.¹

Perkembangan masyarakat internasional yang pesat memberikan suatu dimensi baru dalam hukum internasional yaitu telah memberikan suatu pedoman pelaksanaan berupa konvensi-konvensi internasional dalam pelaksanaan hubungan antar negara. Ketentuan-ketentuan dari konvensi ini kemudian menjadi dasar bagi negara-negara dalam melaksanakan hubungannya dengan negara lainnya di dunia. Sejalan dengan peningkatan hubungan tersebut, maka makin meningkat pula kerjasama internasional. Konvensi Wina Tahun 1961 tentang Hubungan Diplomatik, Konvensi Wina Tahun 1963 tentang Hubungan Konsuler serta Konvensi New York tahun 1969 tentang Utusan Khusus menjadi pedoman pokok hubungan antarnegara dan antarorganisasi internasional. Dalam membina hubungan antarnegara tersebut, hukum diplomatik menjadi sesuatu yang penting untuk dipahami.

Diplomasi merupakan suatu cara komunikasi yang dilakukan antara berbagai pihak termasuk negoisasi antara wakil-wakil yang sudah diakui. Praktik-praktik negara semacam itu sudah melembaga sejak dahulu dan kemudian menjelma sebagai aturan-aturan hukum internasional. Hubungan diplomatik diperlukan untuk memperkuat tali persahabatan dan kerjasama antar bangsa, tetapi juga dapat menjadi alat-alat negara-negara kuat untuk menekan negara-negara kecil.

Di dalam hubungan diplomatik ada dua aspek yuridis yang perlu men-

¹Boer Mauna, 2011, *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Cetakan Kedua, Edisi Keempat, Bandung: Alumni, hal. 510.

dapat perhatian khusus yaitu terdapatnya wewenang konkurensial dua negara di atas wilayah yang sama. Di suatu negara dimana terdapat semua pelayanan umum yang sepenuhnya berada di bawah kedaulatan negara tersebut juga berfungsi aspek-aspek tertentu layanan umum negara lain. Masalah lain yang dihadapi oleh pejabat diplomatik adalah masalah keamanan dan perlindungan pejabat diplomatik sehingga diatur kekebalan dan keistimewaannya di dalam hukum.

Pembahasan

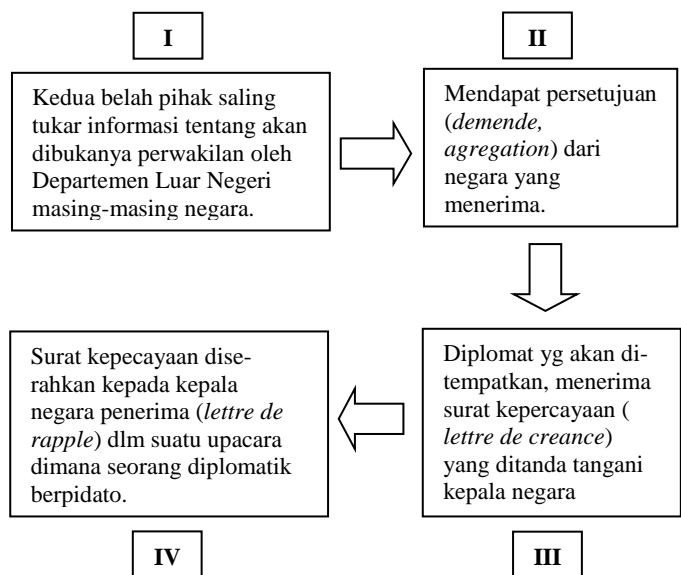
Pembukaan Hubungan Diplomatik

Suatu negara dalam melakukan penyelenggaraan hubungan tersebut memerlukan suatu alat untuk menjalin hubungan dengan negara lainnya yang nantinya berfungsi sebagai penghubung kepentingan antar negara yang diwakili dengan negara penerima. Alat penghubung tersebut diwujudkan dengan cara membuka hubungan diplomatik dan menempatkan perwakilan diplomatik (disebut sebagai Duta) negara pengirim (*sending state*) pada negara penerima (*receiving state*).²

Perwakilan diplomatik merupakan wakil resmi dari negara asalnya. Perwakilan diplomatik di suatu negara ini dikepalai oleh seorang duta dari suatu negara yang diangkat melalui surat pengangkatan atau surat kepercayaan (*letter of credentials*). Dimulai sejak abad ke-16 dan ke-17 di Eropa dimana pertukaran perwakilan diplomatik sudah dianggap sebagai hal yang umum saat itu, hal mengenai kekebalan dan keistimewaan diplomatik sudah dapat diterima dalam praktik negara-negara dan pada abad ke-17 sudah dianggap sebagai suatu kebiasa-

an internasional. Selanjutnya pada pertengahan abad ke-18 aturan-aturan kebiasaan hukum internasional mengenai kekebalan dan keistimewaan diplomatik telah mulai ditetapkan termasuk harta milik, gedung perwakilan, dan komunikasi diplomat.

Adapun gambar tata cara membuka hubungan diplomatik antar negara sebagai berikut:³



Gambar 1. Tata Cara Membuka Hubungan Diplomatik

Sumber: <http://www.authorstream.com/Presentation/aSGuest133929-1407369-bab-iv-hubungan-internasional/>, diakses tanggal 27 Agustus 2014

Pembukaan hubungan diplomatik telah diatur dalam pasal 2 Konvensi Wina tahun 1961 tentang Hubungan Diplomatik menentukan bahwa pembukaan hubungan diplomatik antara negara-negara terjadi dengan persetujuan timbal balik. Demikian pula dengan pengadaan misinya.⁴

³Anonimus, <http://www.authorstream.com/Presentation/aSGuest133929-1407369-bab-iv-hubungan-internasional/>, diakses tanggal 27 Agustus 2014.

⁴ Wasito, 1984, *Konvensi-Konvensi Wina tentang Hubungan Diplomatik, Hubungan Konsuler dan Hukum Perjanjian/Traktat*, Yogyakarta: Andi Offset, hal. 3.

² Ibid.

Hukum diplomatik secara tradisional digunakan untuk merujuk norma-norma dalam Hukum Internasional yang mengatur tentang kedudukan dan fungsi misi diplomatik⁵ yang ditentukan oleh negara-negara yang telah membina hubungan diplomatik.

Di dalam tulisan ini dikhususkan kepada Konvensi Wina tahun 1961 tentang Hubungan Diplomatik (*Vienna Convention on Diplomatic Relations and Optional Protocol 1961*) yang merupakan instrumen sumber hukum internasional yaitu perjanjian internasional.

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa hukum diplomatik dibangun atas dasar prinsip kebiasaan yang dianut oleh negara. Prinsip ini menjadi kebiasaan internasional yang dilakukan oleh negara-negara melalui sikap dan tindakan yang diambil dalam suatu kebijakan. Kebijakan tersebut diikuti oleh negara-negara lain serta tanpa adanya protes atau tantangan dari pihak lain. Prinsip kebiasaan ini dituangkan dalam hukum tertulis yaitu konvensi yang merupakan instrumen perjanjian internasional. Kebijakan ini dilaksanakan dalam proses hubungan diplomatik antar negara. Adapun tugas-tugas diplomatik dilakukan oleh perwakilan diplomatik. Tugas-tugas

perwakilan diplomatik menurut Konvensi Wina Pasal 3 ayat (3) antara lain:⁶

1. *Representing the sending State in the receiving State;*
2. *Protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, within the limits permitted by international law;*
3. *Negotiating with the Government of the receiving State;*
4. *Ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State;*
5. *Promoting friendly relations between the sending State and the receiving State, and developing their economic, cultural and scientific relations.*

Tugas-tugas diplomatik yang diemban oleh pejabat diplomatik idealnya hanya menangani urusan-urusan politik, dan perwakilan konsuler khusus menangani urusan-urusan yang bersifat non politis. Edy Suryono dan Moenir Ariesoehanda menegaskan bahwa fungsi perwakilan diplomatik terutama pada urusan *representation* (perwakilan) dan *negotiation* (perundingan), sedangkan perwakilan konsuler lebih mengutamakan fungsi perlindungan atas kepentingan para warga negara pengirim di negara penerima serta memajukan kepentingan perdagangan, industri, dan pelayaran antara kedua negara. Meskipun demikian pemilahan fungsi perwakilan diplomatik dengan fungsi perwakilan konsuler secara konkrit sulit dilakukan karena dalam praktik fungsi tersebut dapat dilakukan oleh salah satu perwakilan. Di dalam praktik kediplomatikan, apabila suatu negara tidak membuka perwakilan diplomatik dan hanya membuka perwakilan konsuler maka

⁵ Menurut Ochank_Fine, diakses dari <http://serbaserbiceritasehari-hari.blogspot.com/2010/04/yang-umum-diketahui-tentang-hukum.html>, pengertian mengenai apa persisnya suatu misi diplomatik dan hubungan diplomatik tidaklah tercantum secara eksplisit dalam Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik. Hal ini tidak mengherankan, sebab bila kita membaca secara keseluruhan isi konvensi tersebut dapat kita simpulkan bahwa konvensi ini memang tidaklah dimaksudkan untuk memberikan penjelasan yang normatif mengenai pengertian – pengertian umum akan tetapi lebih mengarah ke aspek teknis bagaimana suatu hubungan diplomatik itu seharusnya berlangsung dalam aktivitas masyarakat internasional saat ini. Menurut hemat penulis, pengertian misi diplomatik dapat disebut dengan pejabat diplomatik.

⁶ Pasal 3 Konvensi Wina tentang Hubungan Diplomatik tahun 1961.

tugas-tugas kediplomatikan dapat dilakukan oleh perwakilan konsuler, begitu pula apabila suatu negara tidak membuka perwakilan konsuler tetapi membuka perwakilan diplomatik maka tugas-tugas ke-konsuleran dapat dilaksanakan oleh perwakilan diplomatik, misalnya dalam pencatatan kelahiran, kematian, perceraian dan pewarisan dari warga negara pengirim yang tinggal di negara penerima.⁷

Penyelesaian Yuridis tentang Penyadapan sebagai Bagian Dari Kegiatan Spionase yang Dikategorikan dalam Pelanggaran Kekebalan Diplomatik

Perwakilan diplomatik ada yang bersifat tetap (*permanent*) dan ada perwakilan sementara (*ad hoc*). Lingkup fungsi perwakilan diplomatik sementara sangat terbatas begitu pula urusan dan rentang waktunya misalnya dalam menghadiri konferensi antar negara, menandatangani perjanjian, melakukan negosiasi khusus. Sedangkan fungsi perwakilan diplomatik tetap melaksanakan seluruh tugas yang dibebankan oleh negara pengirim di negara penerima sesuai dengan kesepakatan kedua negara sepanjang tidak bertentangan dengan Konvensi Wina tahun 1961⁸ dan konvensi lain yang berkaitan dengan hubungan diplomatik.

Perwakilan atau pejabat diplomatik merupakan utusan negara yang wajib dilindungi secara undang-undang maupun protokoler karena mereka membawa misi negara. Menurut hukum diplomatik, pejabat diplomatik telah dilindungi secara undang-undang tentang kekebalan dan

keistimewaannya, apabila pejabat diplomatik mendapat tindakan-tindakan atau perlakuan tidak semestinya atau diindikasikan terdapat penyalahgunaan kekebalan dan keistimewaan pejabat diplomatik, maka negara pengirim berhak melakukan tindakan hukum.

Perlindungan terhadap pejabat diplomatik diatur di dalam Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik khususnya dalam pasal 3 ayat (3) yang menyatakan bahwa salah satu tugas perwakilan diplomatik adalah mengumpulkan informasi keadaan negara penerima secara akurat dan dengan cara yang sah⁹ untuk kemudian dilaporkan kepada negara pengirim.¹⁰ Membuat laporan tentang keadaan disebut juga sebagai kewajiban paling mendasar dari perwakilan diplomatik kepada negara pengirimnya. Asalkan laporan tersebut didapat dengan cara yang sah, sehingga laporan dari hasil memata-matai atau praktik spionase akan dianggap sebagai informasi yang didapat dengan cara yang tidak sah menurut Hukum dan Kebiasaan Internasional.¹¹

Berkaitan dengan adanya tindakan penyalahgunaan kekebalan dan keistimewaan pejabat diplomatik, maka kekebalan dan keistimewaan pejabat diplomatik telah diatur dalam Konvensi Wina tahun 1961 yaitu:

- a. Para pejabat diplomatik tidak dapat diganggu-gugat (*inviolable*). Ia tidak dapat dipertanggungjawabkan dalam

⁷ Edy Suryono dan Moenir Arisoehanda, "Hukum Diplomatik Kekebalan Dan Keistimewaannya", dalam Widodo, 2009, *Hukum Diplomatik dan Konsuler Pada Era Globalisasi*, Surabaya: Laksbang Justitia, hal. 49.

⁸ Menurut hemat penulis, khususnya dalam pasal 3 ayat (3) Konvensi Wina tahun 1961 yang telah dijabarkan sebelumnya.

⁹ Menurut penafsiran penulis, cara yang sah menurut konvensi ini adalah membuat laporan tentang keadaan yang ada di negara penerima untuk dilaporkan kepada negara pengirim yang didapat dengan cara yang sah, bukan dengan tindakan mata-mata atau diam-diam.

¹⁰ Syahmin AK., 2008, *Hukum Diplomatik dalam Kerangka Studi Analisis*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, hal. 93.

¹¹ *Ibid*.

bentuk apapun dari penahanan atau penangkapan.

Negara penerima harus memperlakukannya dengan hormat dan harus mengambil semua langkah yang tepat untuk mencegah setiap serangan terhadap badannya, kebebasannya atau martabatnya.

Sebagaimana kita ketahui bahwa yang dimaksud dengan kekebalan diplomatik mencakup dua pengertian yaitu *inviolability* dan *immunity*. *Inviolability* adalah kekebalan terhadap alat-alat kekuasaan dari negara penerima dan kekebalan terhadap gangguan yang merugikan, sehingga di sini terkandung pengertian bahwa seorang pejabat diplomatik memiliki hak untuk mendapat perlindungan dari alat-alat negara penerima. Sedangkan *immunity* diartikan sebagai kekebalan terhadap yurisdiksi dari negara penerima, baik hukum pidana maupun hukum perdata.

Pejabat diplomatik adalah kebal (*inviolable*), ia tidak dapat ditangkap dan ditahan. Begitu pula *inviolable* sebagai gangguan yang merugikan. Artinya: Seorang pejabat diplomatik mempunyai hak untuk mendapat perlindungan dari negara penerima, dengan adanya pengambilan langkah yang dianggap perlu oleh negara penerima untuk mencegah serangan terhadap kehormatan, kebebasan diri pribadi seorang pejabat diplomatik. Sehingga ia kebal terhadap gangguan yang merugikan pribadinya. Selain ketentuan pidana, kekebalan diplomatik ini juga berlaku untuk bidang perdata dan administrasi.

Tuntutan perdata dan administrasi dalam bentuk apapun tidak

dapat dilakukan terhadap seorang pejabat diplomatik. Dan tidak ada tindakan atau eksekusi apapun yang berhubungan dengan hutang-hutang dan lain-lainnya yang serupa dapat diajukan terhadap para pejabat diplomatik di depan pengadilan perdata atau pengadilan administrasi negara penerima.

- b. Para diplomat juga tidak dapat ditangkap karena hutang-hutang mereka, juga terhadap alat-alat perkakas rumah tangga mereka, kendaraan bermotor dan lain-lainnya yang mereka miliki, tidak dapat disita untuk membayar hutangnya.
- c. Demikian pula para pejabat diplomatik tidak dapat dihalang-halangi untuk meninggalkan wilayah negara penerima berdasarkan karena belum melunasi hutang-hutang dan tidak dapat paspornya di tahan dengan alasan yang demikian juga.

Namun tidak seperti di dalam kekebalan terhadap yurisdiksi pidana, di mana seorang pejabat diplomatik secara mutlak tidak dapat diajukan di depan pengadilan negara penerima atas kesalahan-kesalahan mereka. Tetapi dalam hal kekebalan terhadap yurisdiksi perdata dan administrasi ini terdapat pengecualian, di mana tidak berlaku terhadap kekebalan diplomatik dari yurisdiksi pidana. Pengecualian tersebut dicantumkan secara terperinci dalam Konvensi Wina 1961.

- d. Kekebalan lain yang dapat dinikmati oleh pejabat diplomat adalah kekebalan untuk menjadi saksi. Seorang wakil diplomatik tidak boleh diwajibkan untuk menjadi saksi di muka Pengadilan negara setempat, baik yang menyangkut perkara perdata

maupun menyangkut perkara pidana, dan administrasi.

Seorang wakil diplomatik tidak dapat dipaksa untuk bertindak sebagai seorang saksi dan untuk memberikan kesaksiannya di depan pengadilan, baik dalam peradilan sipil atau perdata, peradilan pidana maupun peradilan administrasi. Hal mana termasuk pula anggota keluarga dan pengikut-pengikutnya, juga tidak dapat dipaksa untuk bertindak sebagai saksi di depan pengadilan sehubungan dengan yang mereka ketahui.

Apabila untuk warga negara biasa dari negara setempat maka perintah untuk bertindak sebagai saksi ini adalah merupakan suatu kewajiban, tetapi tidaklah halnya dengan seorang wakil diplomatik, yang merupakan wakil resmi dari negara pengirim. Namun dari segi untuk menjaga hubungan baik kedua negara, seyogyanya tidak dipegang mutlak dan untuk itu pemerintah negara pengirimnya dapat secara khusus menghapuskan atau menanggalkan kekebalan diplomatiknya tersebut dengan pernyataan yang jelas dan tegas.

Penghapusan atau penanggalan kekebalan itu juga berarti bahwa selain memenuhi kewajiban sebagai saksi juga dapat memulai perkaranya secara langsung.

Dengan demikian ia boleh dikatakan tunduk pada yurisdiksi hukum atau pengadilan setempat selama untuk keperluan khusus ini kekebalan diplomatik yang melekat pada diri pribadinya dihapuskan atau ditanggalkan. Tetapi menurut Konvensi Wina 1961 Pasal 31 ayat 1 bahwa seorang wakil diplomatik tidak diwajibkan untuk memberikan kesaksian, sehing-

ga terserahlah kepada wakil diplomatik tersebut untuk memberikan kesaksiannya atau tidak, ia tidak dapat dipaksa.

Banyak gangguan yang dapat terjadi dalam hal kekebalan diplomatik, seperti perlakuan atau kegiatan yang tidak menyenangkan dari pihak negara penerima dimana perwakilan diplomatik tersebut ditempatkan. Apabila hal ini terjadi, maka negara pengirim dapat mengajukan keberatan kepada negara penerima (*receiving state*) dan negara penerima wajib bertanggung jawab sepenuhnya atas hal tersebut. Sebagai salah satu contoh terjadinya pelanggaran kekebalan dan keistimewaan pejabat diplomatik adalah kasus penyadapan antara Indonesia dengan Australia yang terjadi beberapa waktu lalu.

Berdasarkan kronologis kasus penyadapan yang dilakukan oleh Australia terhadap beberapa pejabat Indonesia apabila dianalisis menggunakan Teori Kebutuhan Fungsional (*Functional Necessity Theory*) dalam hukum diplomatik, dapat dijelaskan bahwa teori ini menyatakan kekebalan dan hak-hak istimewa seorang wakil diplomatik perlu diberikan kepada diplomat agar dapat melaksanakan fungsinya secara optimal sehingga hasil pekerjaannya memuaskan negara penerima dan negara pengirim.¹² Segala yang mempengaruhi secara buruk haruslah dicegah, sehingga dengan adanya pelanggaran maupun kelalaian yang terjadi yang mengancam pejabat diplomatik haruslah ditindak tegas secara hukum baik secara damai, secara yuridis maupun kekerasan.

Berpijak pada teori di atas, penyadapan yang terjadi merupakan bentuk pelanggaran terhadap kekebalan dan keis-

¹² Widodo, *Op.cit*, hal.120.

timewaan pejabat diplomatik yang mana seharusnya dalam melaksanakan fungsi sebagai diplomat harus terjamin keamanannya, karena tanpa kekebalan dan keistimewaan maka diplomat tidak dapat menjalankan fungsi di negara penerima. Sebagai dasar hukum dari hukum diplomatik, Konvensi Wina Tahun 1961 tentang Hubungan Diplomatik menganut teori kebutuhan fungsional, tampak jelas dalam bunyi Pembukaan Konvensi Wina Tahun 1961 Alinea IV yang mengatur bahwa:

Realizing that the purpose of such privileges and immunities is not to benefit individuals but to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing State.

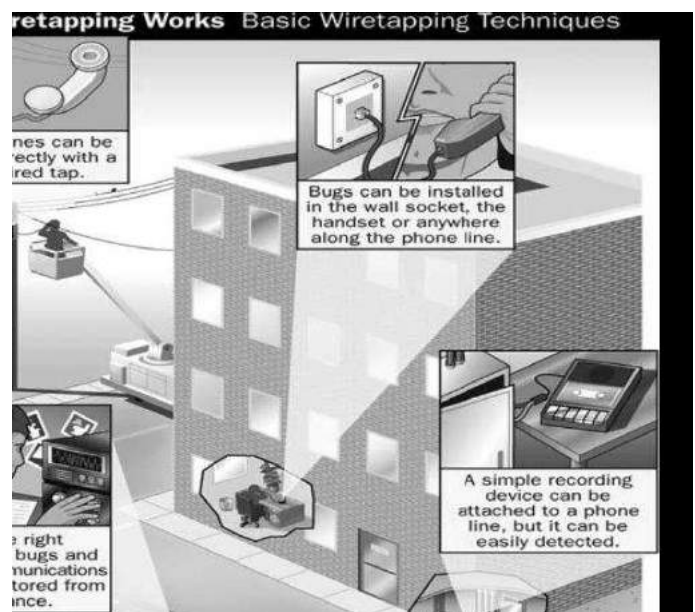
Tujuan pemberian hak-hak istimewa dan kekebalan hukum pada misi diplomatik tidak untuk kepentingan individu, tetapi untuk menjamin efisiensi pelaksanaan fungsi-fungsi misi diplomatik dalam mewakili negaranya. Indonesia sebagai masyarakat internasional mendukung kebenaran teori kebutuhan fungsional yang tampak jelas dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1982 tentang Ratifikasi Konvensi Wina Tahun 1961 dan Tahun 1963 mencantumkan bahwa hak istimewa dan kekebalan tersebut diberikan hanya untuk menjamin pelaksanaan fungsi perwakilan. Adapun dasar yuridis pemberian kekebalan dan keistimewaan pejabat diplomatik adalah:

- 1) Perjanjian multilateral, baik yang tercakup dalam Konvensi Wina Tahun 1961 dan Tahun 1963 atau konvensi internasional lainnya;
- 2) Perjanjian bilateral antara negara penerima dengan negara pengirim perwakilan diplomatik;

- 3) Kaidah hukum negara penerima yang mengatur pelaksanaan kekebalan dan keistimewaan diplomatik bagi misi diplomatik asing.¹³

Penyadapan yang dilakukan Australia terhadap Indonesia bukanlah bentuk efisiensi pelaksanaan fungsi-fungsi misi diplomatik dalam mewakili negaranya namun sudah menjadi suatu pelanggaran. Bentuk penyadapan yang dilakukan oleh Australia terhadap beberapa pejabat di Indonesia adalah penyadapan telepon.

Adapun gambar dari teknik penyadapan melalui telepon pada umumnya dan yang terjadi pada kasus di atas sebagai berikut:



Gambar 2. Teknik Penyadapan melalui Telepon

Sumber: Raymond Wacks, *Privacy, A Very Short Introduction*, Oxford, 2010

Sejalan dengan *Teori Functional Necessities*, menurut pandangan dari intelejen dalam *Teori Spiral Of Silence* (spiral keheningan) yang dikemukakan oleh Elizabeth Noelle-Neuman (1976) yang mengasumsikan bahwa terbentuknya pendapat umum ditentukan oleh

¹³ *Ibid.*

proses saling mempengaruhi antara komunikasi massa, komunikasi antarpribadi dan persepsi individu tentang pendapatnya dalam hubungannya dengan pendapat orang lain. Lebih lanjut dia menjelaskan mengapa dan bagaimana orang sering merasa perlu untuk menyembunyikan (*to conceal*) pendapatnya, preferensi, pandangan dan lain sebagainya manakala mereka berada dalam kelompok minoritas. Berdasarkan teori tersebut, menurut pandangan penulis apabila dikaitkan dengan kasus penyadapan di atas dapat dijelaskan bahwa tindakan penyadapan adalah tindakan sembunyi-sembunyi yang dilakukan sekelompok orang untuk kepentingan sendiri yang nantinya dapat mempengaruhi suatu tindakan orang lain.

Menurut pandangan Mayor Datuk Sinaga¹⁴ terhadap kasus penyadapan Australia-Indonesia menyatakan bahwa kegiatan sadap-menyadap antar negara dalam dunia intelejen adalah hal yang biasa karena dua negara pasti memiliki kepentingan strategis. Kelemahan intelejen kita yang harus diperbaiki. Kita sebagai Bangsa Indonesia juga tidak bisa begitu saja menyalahkan Australia, justru kita harus introspeksi diri mengapa kita bisa disadap, yang berarti kita punya kelemahan dalam sistem dan peralatan perlindungan berita, informasi, percakapan komunikasi (anti sadap). Di dalam dunia intelejen ada yang disebut dengan Kontra Intelejen yaitu segala kegiatan dan usaha melawan intelejen, sehingga anti sadap merupakan bagian dari kontra intelejen.

Berdasarkan kronologis kasus di atas, kasus penyadapan melalui telepon terhadap Presiden, ibu negara dan se-

jumlah menteri merupakan salah satu bentuk tindakan spionase yang dilakukan dan dapat dikategorikan sebagai pelanggaran hukum internasional khususnya dengan cara yang tidak sah. Mengutip kalimat yang ditulis oleh Syahmin AK bahwa di dalam memperoleh informasi tentang keadaan negara penerima yang didapat dengan memata-matai atau diam-diam tergolong tindakan spionase. Kelalaian dan kegagalan negara penerima dalam memberikan perlindungan terhadap kekebalan diplomatik merupakan suatu bentuk pelanggaran terhadap ketentuan konvensi, oleh karenanya negara penerima wajib bertanggung jawab atas terjadinya hal yang tidak menyenangkan tersebut. Kelalaian dan kegagalan tersebutlah yang akhirnya memunculkan tanggung jawab tersendiri yang dikenal sebagai “pertanggungjawaban negara”. Apabila hal ini terjadi, maka negara pengirim dapat mengajukan keberatan kepada negara penerima (*receiving state*) dan negara penerima wajib bertanggung jawab sepenuhnya atas hal tersebut.

Selain pelanggaran penyadapan telepon yang dilakukan, pelanggaran lain yang telah dilakukan oleh Perwakilan Diplomatik Australia adalah mencampuri urusan dalam negeri Indonesia. Penyadapan tersebut secara jelas dilakukan oleh Pemerintah Australia terhadap orang-orang yang mempunyai jabatan penting di Indonesia yang mana hal ini jelas melanggar pasal 41 ayat (1) Konvensi Wina tahun 1961:

Pasal 41 ayat (1)

(1) *Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of that State.*

¹⁴ Hasil wawancara penulis dengan Mayor (Mar) Datuk Sinaga selaku Komandan Batalyon IX Pertahanan di Ambon tanggal 18 Agustus 2014.

Tanpa merugikan hak-hak istimewa dan kekebalan hukum mereka itu adalah menjadi kewajiban semua orang yang menikmati hak-hak istimewa dan kekebalan hukum itu untuk menghormati hukum dan peraturan negara penerima. Mereka juga berke-wajiban tidak mencampuri masalah dalam negeri negara tersebut.

Kegiatan penyadapan ini selain melanggar pasal 41 ayat (1) juga jelas melanggar ketentuan dalam Pasal 2 ayat (7) Piagam PBB yang isinya:

Pasal 2 ayat (7)

(7) *Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.*¹⁵

Pasal 2 ayat (7) Piagam PBB menggarisbawahi prinsip dari *non-inter-vensi* di dalam urusan dalam negeri (*the principle of non-interference in the internal affairs of state*) dan tidak menerima intervensi dari PBB selain dalam situasi menurut Bab VII, hanya situasi politik yang paling ekstrim yang dapat memenuhi persyaratan bagi intervensi menurut Bab VII, yang mengandung arti betapa pentingnya kedaulatan negara itu dipandang.¹⁶

¹⁵ <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml>, diakses tanggal 20 Agustus 2014, pukul 14.25 WIB.

¹⁶ http://pusham.uui.ac.id/ham/10_Chapter4.pdf, diakses tanggal 20 Agustus 2014, pukul 14.15 WIB.

Apabila diamati ada beberapa perbedaan antara penyadapan dan spionase. Beberapa perbedaan ini dapat dijelaskan dalam tabel berikut ini:

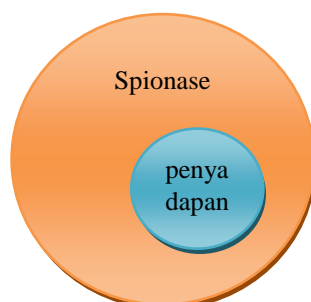
Pem-beda	Penyadapan	Spionase	Keterang-an
Definisi	-Penyadapan adalah kegiatan atau serangkaian kegiatan penyelidikan atau penyidikan dengan cara menyadap pembicaraan, pesan, informasi, dan/atau jaringan komunikasi yang dilakukan melalui telepon dan/atau alat komunikasi elektronik lainnya (Pasal 1 Angka 19 UU No. 35 Tahun 2009 Tentang Narkotika) -Intersepsi atau penyadapan adalah kegiatan untuk mendengarkan, merekam, membelokkan, mengubah, menghambat, dan/atau mencatat transmisi Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang tidak bersifat publik, baik menggunakan jaringan kabel komunikasi maupun jaringan nirkabel, seperti pancaran elektromagnetis atau radio frekuensi (pasal 31 ayat (1) UU No. 11 tahun 2008 tentang ITE). -Penyadapan Informasi adalah mendengarkan, mencatat, atau merekam suatu pembicaraan	-Spionase adalah penyelidikan secara rahasia terhadap data kemiliteran dan data ekonomi negara lain -Spionase adalah penyelidikan secara rahasia terhadap data kemiliteran dan data ekonomi negara lain; segala sesuatu yang berhubungan dengan seluk beluk spion; pemata-mataan; penangkapan dua orang wakil atase militer itu atas tuduhan	-Penulis menyatakan bahwa pengertian penyadapan yang sesuai dengan kasus di atas adalah menurut Pasal 31 ayat (1) UU No. 11 tahun 2008 tentang ITE

Pem-beda	Penyadapan	Spionase	Keterang-an	Pem-beda	Penyadapan	Spionase	Keterang-an
	yang dilakukan oleh Aparat Penegak Hukum dengan memasang alat atau perangkat tambahan pada jaringan telekomunikasi tanpa sepengetahuan orang yang melakukan pembicaraan atau komunikasi tersebut (Peraturan Menkominfo Nomor 11 /PER/M.KOMIN FO/02/2006 tentang Teknis Penyadapan Terhadap Informasi yang berisi pedoman dalam melakukan penyadapan secara sah) -Penyadapan pembicaraan melalui telepon atau alat telekomunikasi yang lain dilarang, kecuali dilakukan terhadap pembicaraan yang terkait dengan tindak pidana serius atau diduga keras akan terjadi tindak pidana serius tersebut, yang tidak dapat diungkap jika tidak dilakukan penyadapan.(RU U KUHAP Pasal 83 ayat (1))				<i>security</i>), penegakan hukum dan stabilitas ekonomi di sebuah negara.		n khusus bagi keamanan negara (<i>interest of national security</i>) tertentu yaitu Australia
				Syarat	(1) Dipergunakan karena metode investigasi kriminal lainnya telah mengalami kegagalan, atau (2) Tiada cara lainnya yang dapat digunakan selain penyadapan untuk mendapatkan informasi yang dibutuhkan dan (3) Harus ada alasan yang cukup kuat dan dipercaya bahwa dengan penyadapan maka bukti-bukti baru akan di temukan dan sekaligus dapat digunakan untuk mengukum pelaku pidana yang disasar		
Fungsi	-Untuk mencegah dan mendeteksi dalam hal kejahatan-kejahatan yang sangat serius -Dasar kepentingan khusus bagi keamanan negara (<i>interest of national</i>)	-Bagian dari upaya konstitusional biasanya dilakukan untuk tujuan militer	-Menurut fungsi penyadapan berdasarkan contoh kasus di atas adalah sebagai dasar kepentingan	Pem-batasan	(1) Adanya otoritas resmi yang jelas berdasarkan UU yang memberikan izin penyadapan (mencakup tujuan yang jelas dan objektif) (2) Adanya jaminan jangka waktu yang pasti dalam melakukan penyadapan (3) Pembatasan penanganan materi hasil penyadapan (4) Pembatasan mengenai orang yang dapat mengakses penyadapan dan pembatasan-pembatasan	Mengumpul kan informasi dengan mengakses tempat dimana informasi tersebut disimpan atau orang yang mengetahui mengenai informasi tersebut dan akan membocorka n melalui berbagai dalih.	

Pem-beda	Penyadapan	Spionase	Keterang-an
	lainnya		
Sifat	Khusus	Umum	Menurut penulis sifat penyadapan dalam kasus di atas adalah khusus karena penyadapan adalah salah satu bagian dari praktik spionase.

Tabel 1. Perbedaan Penyadapan dan Spionase

Berdasarkan contoh kasus di atas, teknik penyadapan yang digunakan adalah teknik penyadapan melalui telepon yang merupakan bagian dari praktik spionase. Terkait dengan penyadapan sebagai bagian dari praktik spionase, menurut hukum internasional memang dapat dikatakan melanggar hukum internasional khususnya yurisdiksi suatu negara, karena sejatinya suatu negara yang berdaulat memiliki kewenangan penuh dalam menjalankan pemerintahannya tanpa turut campur (intervensi) dari negara lain, baik secara terbuka maupun diam-diam. Dapat ditarik kesimpulan bahwa kegiatan penyadapan merupakan praktik spionase karena telah melanggar hukum internasional dan juga kegiatan mencampuri urusan dalam negeri dari negara penerima (dalam hal ini negara Indonesia) dan digambarkan dalam diagram sebagai berikut:



Gambar 3. Hubungan Penyadapan dengan Spionase

Tindakan penyadapan tersebut merupakan pelanggaran terhadap Konvensi 1961. Pertanggungjawaban negara dilakukan sebagai bentuk pemulihan atas kerugian yang ditimbulkan oleh suatu negara atau suatu konsekuensi dari suatu kesalahan atau kegagalan untuk melaksanakan suatu kewajiban atau untuk memenuhi suatu standar internasional tertentu yang telah ditetapkan.

Upaya-upaya penyelesaian terhadap kasus penyadapan telah menjadi perhatian yang cukup penting di masyarakat internasional sejak awal abad ke-20. Upaya-upaya ini ditujukan untuk menciptakan hubungan antarnegara yang lebih baik berdasarkan prinsip perdamaian dan keamanan internasional.¹⁷

Latar belakang terjadinya sengketa internasional adalah sesuatu yang menyebabkan perbedaan pendapat, pertengkaran perkara atau pembantahan yang melibatkan negara-negara di seluruh dunia atau mendapat perhatian yang luas dari masyarakat dunia. Di dalam menyelesaikan sengketa, harus menjunjung prinsip-prinsip penyelesaian sengketa internasional, diantaranya:¹⁸ jelaskan!!!

a. Prinsip Itikad Baik

Prinsip itikad baik dapat dikatakan sebagai prinsip fundamental dan paling sentral dalam penyelesaian sengketa antarnegara. Prinsip ini mensyaratkan dan mewajibkan adanya itikad baik dari para pihak dalam menyelesaikan sengketa. Tidak heran apabila prinsip ini dicantumkan sebagai prinsip pertama (awal) yang

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Huala Adolf, 2006, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, hal.15-18.

termuat dalam *Manila Declaration Section 1 paragraph 1*.

Dalam *Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia (Bali Concord 1976)*, persyaratan itikad baik juga ditempatkan sebagai syarat utama pasal 13 *Bali Concord* yang menyatakan: “*the high contracting parties shall have the determination and good faith to prevent disputes from arising*”.

Dalam penyelesaian sengketa, prinsip ini tercermin dalam dua tahap:

- 1) Prinsip itikad baik disyaratkan untuk mencegah timbulnya sengketa yang dapat mempengaruhi hubungan baik antarnegara.
 - 2) Prinsip ini disyaratkan harus ada ketika para pihak menyelesaikan sengketanya melalui cara-cara penyelesaian sengketa yang dikenal dalam hukum internasional, yaitu negoisasi, mediasi, konsiliasi, arbitrase, pengadilan atau cara-cara lain yang dipilih para pihak. Dalam kaitan ini, *section 1 paragraph 5* deklarasi manila mensyaratkan adanya prinsip itikad baik ini dalam upaya mencapai penyelesaian sengketa secara lebih dini (lebih cepat).
- b. Prinsip Larangan Menggunakan Kekerasan

Prinsip ini juga sangat sentral dan penting. Prinsip inilah yang melarang para pihak untuk menyelesaikan sengketanya dengan menggunakan senjata (kekerasan). Prinsip ini termuat antara lain dalam Pasal 13 *Bali Concord* dan *Preamble* ke-4 Deklarasi Manila yang menyatakan:

..*In case of disputes on matters directly affecting them, they shall refrain from*

the threat or use of force and shall at all times settle such disputes among themselves through friendly negotiations.

Dalam berbagai perjanjian internasional lainnya, prinsip ini tampak dalam Pasal 5 Pakta Liga Negara-Negara Arab 1945 (*Pact of the League of Arab States*), Pasal 1 dan 2 *the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance* (1947), dan lain-lain.

- c. Prinsip Kebebasan Memilih Cara-Cara Penyelesaian Sengketa

Prinsip penting lainnya adalah prinsip dimana para pihak memilih kebebasan penuh untuk menentukan dan memilih cara atau mekanisme bagaimana sengketanya diselesaikan (*Principle Of Free Choice Of Means*).

Prinsip ini termuat dalam Pasal 33 ayat (1) Piagam PBB dan *Section 1 Paragraph 3* dan *10* Deklarasi Manila dan *Paragraph 5* dari *Friendly Relation Declaration*. Instrumen hukum tersebut menegaskan bahwa penyerahan sengketa dan prosedur penyelesaian sengketa atau cara-cara penyelesaian sengketa harus didasarkan keinginan bebas para pihak. Kebebasan ini berlaku baik untuk sengketa yang telah terjadi atau sengketa yang akan datang.

- d. Prinsip Kebebasan Memilih Hukum yang akan Diterapkan Terhadap Pokok Sengketa

Prinsip fundamental selanjutnya yang sangat penting adalah prinsip kebebasan para pihak untuk menentukan sendiri hukum apa yang akan diterapkan bila sengketanya diselesaikan oleh badan peradilan. Kebebasan para pihak untuk menentukan hukum

ini termasuk kebebasan untuk memilih keputusan dan kelayakan (*et aquo et bono*). Yang terakhir ini adalah sumber bagi pengadilan untuk memutuskan sengketa berdasarkan prinsip keadilan, keputusan atau kelayakan.

Dalam sengketa antarnegara merupakan hal yang lazim bagi pengadilan internasional, misalnya Mahkamah Internasional untuk menerapkan hukum internasional, meskipun penerapan hukum internasional ini tidak dinyatakan secara tegas oleh para pihak. Dalam *Special Agreement* antara RI-Malaysia mengenai penyelesaian sengketa Pulau Sipadan-Ligitan ke Mahkamah Internasional para pihak menyatakan:

The principles and rules of international law applicable to the dispute shall be those recognized in the provisions of Article 38 of Statute of the Court... (Article 4 Special Agreement).

e. Prinsip Kesepakatan Para Pihak Yang Bersengketa

Prinsip kesepakatan para pihak merupakan prinsip fundamental dalam penyelesaian sengketa internasional. Prinsip inilah yang menjadi dasar bagi pelaksanaan prinsip ketiga dan keempat di atas. Prinsip-prinsip kebebasan 3 dan 4 hanya akan bisa dilakukan atau direalisasikan manakala ada kesepakatan dari para pihak.

Sebaliknya prinsip kebebasan 3 dan 4 tidak akan mungkin berjalan apabila kesepakatan hanya ada dari salah satu pihak atau bahkan tidak ada kesepakatan sama sekali dari kedua belah pihak.

f. Prinsip *Exhaustion Of Local Remedies*

Prinsip ini termuat dalam *Section 1 paragraph 10* Deklarasi Manila. Menurut prinsip ini sebelum para pihak mengajukan sengketa ke pengadilan internasional maka langkah-langkah penyelesaian sengketa yang tersedia atau diberikan oleh hukum nasional negara harus terlebih dahulu ditempuh (*exhausted*). Dalam sengketa *the interhandel* (1959), Mahkamah Internasional menegaskan:

Before resort may be had to international court, the state where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system.

g. Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Tentang Kedaulatan, Kemerdekaan, dan Integritas Wilayah Negara-Negara

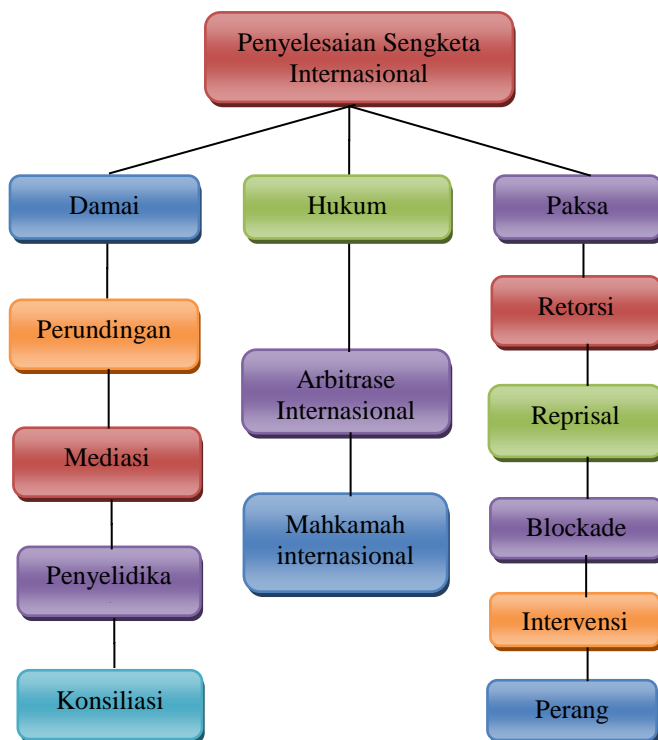
Deklarasi Manila mencantumkan prinsip ini dalam *Section 1 paragraph 1*. Prinsip ini mensyaratkan negara-negara yang bersengketa untuk terus menaati dan melaksanakan kewajiban internasionalnya dalam berhubungan satu sama lainnya berdasarkan prinsip-prinsip fundamental integritas wilayah negara-negara.

Di samping ketujuh prinsip-prinsip di atas, *Office of the Legal Affairs PBB* memuat prinsip-prinsip lainnya yang bersifat tambahan. Prinsip-prinsip tersebut antara lain:

- 1) Prinsip arangan intervensi baik terhadap masalah dalam atau luar negeri para pihak;
- 2) Prinsip persamaan hak dan penentuan nasib sendiri;
- 3) Prinsip persamaan kedaulatan negara-negara;

- 4) Prinsip kemerdekaan dan hukum internasional, yang semata-mata merupakan penjelmaan lebih lanjut dari prinsip 7 yaitu prinsip hukum internasional tentang kedaulatan, kemerdekaan dan integritas wilayah negara-negara.

Penyelesaian sengketa internasional dapat dibedakan menjadi tiga jenis, yaitu penyelesaian sengketa secara damai, secara hukum dan secara paksa. Dapat digambarkan dalam bagan sebagai berikut:



Bagan 1. Penyelesaian Sengketa Internasional

Penyelesaian sengketa internasional secara damai merupakan hal yang harus diutamakan dalam penyelesaian sengketa yang terjadi karena dengan penyelesaian secara damai tidak akan menimbulkan kekerasan ataupun korban jiwa bagi negara yang saling bersengketa. Penyelesaian sengketa internasional secara damai terdiri dari lima jenis, yaitu:

1. Perundingan (*negotiation*)

Perundingan adalah cara penyelesaian sengketa yang paling dasar dan yang paling tua digunakan oleh umat manusia. Penyelesaian melalui negosiasi merupakan cara yang paling penting. Banyak sengketa diselesaikan setiap hari melalui cara ini tanpa adanya publisitas atau perhatian publik.

Alasan utamanya adalah dengan cara ini para pihak dapat mengawasi prosedur penyelesaian sengketa dan setiap penyelesaiannya didasarkan kesepakatan atau konsensus para pihak.

Cara penyelesaian melalui negosiasi biasanya cara pertama kali ditempuh manakala para pihak bersengketa. Negosiasi dalam pelaksanaannya mempunyai dua bentuk utama yaitu bilateral dan multilateral. Negosiasi dapat dilangsungkan melalui saluran diplomatik pada konferensi internasional atau dalam suatu lembaga atau organisasi internasional.

Cara ini dapat pula digunakan dalam menyelesaikan setiap bentuk sengketa, apakah itu sengketa ekonomi, politik, hukum, sengketa wilayah, keluarga, suku dan lain-lain. Bahkan apabila para pihak telah menyerahkan sengketa melalui suatu badan peradilan tertentu, proses penyelesaian melalui negosiasi ini masih mungkin dilaksanakan.

Mengenai prosedur pelaksanaan dibedakan menjadi dua, yaitu:

- a) Negosiasi yang digunakan manakala suatu sengketa belum lahir (disebut pula konsultasi).
- b) Negosiasi digunakan manakala suatu sengketa telah lahir. Prosedur ini merupakan proses penyelesaian sengketa oleh para pihak (dalam arti negosiasi).

2. Mediasi (*mediation*)

Mediasi (*mediation*) adalah bentuk perundingan dengan mengikutsertakan

pihak ketiga dimana pihak ketiga ini akan ikut secara aktif dengan suatu kewenangan yang diakui oleh para pihak.

Pihak ketiga tersebut disebut dengan mediator yang dapat berupa negara, organisasi internasional (misalnya PBB) atau individu (politikus, ahli hukum atau ilmuwan). Ia secara aktif ikut serta dalam proses negosiasi. Biasanya dengan kapasitasnya sebagai pihak yang netral berupaya mendamaikan para pihak dengan memberikan saran penyelesaian sengketa.

Jika usulan tersebut tidak diterima, mediator masih dapat melanjutkan fungsi mediasinya dengan membuat usulan-usulan baru, karena itu salah satu fungsi utama mediator adalah mencari berbagai solusi, mengidentifikasi hal-hal yang dapat disepakati para pihak dan membuat usulan-usulan yang dapat mengakhiri sengketa.

Seperti halnya dalam negosiasi, tidak ada prosedur khusus yang harus ditempuh dalam proses mediasi. Para pihak bebas menentukan prosedurnya, yang paling penting adalah kesepakatan para pihak, mulai dari proses pemilihan mediator, cara mediasi, diterima atau tidaknya usulan-usulan yang diberikan oleh mediator sampai pada berakhirnya tugas mediator.

3. Penyelidikan (*inquiry*)

Penyelidikan (*inquiry*) adalah cara penyelesaian sengketa yang berdiri sendiri, maksudnya adalah para pihak yang bersengketa itu membentuk tim penyelidikan yang sifatnya internasional.

Suatu sengketa kadangkala mempersoalkan konflik para pihak mengenai suatu fakta. Meskipun suatu sengketa berkaitan dengan hak dan kewajiban, namun acapkali permasalahannya bermula pada

perbedaan pandangan para pihak terhadap fakta yang menentukan hak dan kewajiban tersebut. Penyelesaian sengketa demikian karenanya bergantung pada penguraian fakta-fakta para pihak yang tidak disepakati.

Oleh sebab itu, pemastian kedudukan fakta yang sebenarnya dianggap sebagai bagian penting dari prosedur penyelesaian sengketa. Dengan demikian, para pihak dapat memperkecil masalah sengketanya dengan menyelesaikannya melalui metode pencarian fakta yang menimbulkan persengketaan.

Karena para pihak pada intinya mempersengkatakan perbedaan mengenai fakta maka untuk meluruskan perbedaan tersebut, campur tangan pihak lain dirasakan perlu untuk menyelidiki kedudukan fakta yang sebenarnya. Biasanya para pihak tidak meminta pengadilan tetapi meminta pihak ketiga yang sifatnya kurang formal. Cara inilah disebut dengan pencarian fakta (*inquiry-fact finding*).

4. Konsiliasi (*conciliation*)

Konsiliasi adalah penyelesaian sengketa yang pihak melibatkan pihak ketiga secara formal dan institusional, dimana para pihak setuju untuk menyerahkan penyelesaian sengketanya pada komisi konsiliasi.

Komisi konsiliasi bisa yang sudah terlembaga atau *ad hoc* yang berfungsi untuk menetapkan persyaratan penyelesaian yang diterima oleh para pihak. Namun putusannya tidaklah mengikat para pihak.

Persidangan suatu komisi konsiliasi biasanya terdiri atas dua tahap, yaitu tahap tertulis atau tahap lisan. Pertama, sengketa (yang diuraikan secara tertulis) diserahkan kepada badan konsiliasi. Kemudian badan ini akan mendengarkan

keterangan lisan dari para pihak. Para pihak dapat hadir pada tahap pendengaran tersebut tetapi bisa juga diwakili oleh kuasanya. Berdasarkan fakta-fakta yang diperolehnya, konsiliator atau badan konsiliasi akan menyerahkan laporannya kepada para pihak disertai dengan kesimpulan, dan usulan-usulan penyelesaian sengketa. Sekali lagi usulan ini sifatnya tidaklah mengikat karena diterima tidaknya usulan tersebut bergantung sepenuhnya kepada para pihak.

Penyelesaian sengketa secara hukum adalah bagian dari penyelesaian sengketa secara damai, terdiri dari 2 jenis yaitu:

a. Arbitrase Internasional

Penyelesaian sengketa internasional melalui arbitrase internasional dilakukan oleh arbitrator biasanya menyelesaikan sengketa wilayah. Adapun ciri-ciri dari arbitrase internasional adalah:

- 1) bersifat sukarela
- 2) sifat non institusional
- 3) sifat hukum yang mengikat

b. Mahkamah Internasional

Penyelesaian sengketa internasional melalui mahkamah internasional adalah penyelesaian sengketa didasarkan atas ketentuan-ketentuan hukum dan keputusan-keputusannya merupakan keputusan hukum, maka ia mengikat negara-negara.

Penyelesaian sengketa internasional secara paksa dilakukan dengan kekerasan. Ada beberapa cara yang masuk dalam kategori ini seperti:

1. Retorsi

Retorsi adalah pembalasan oleh suatu negara karena tindakan tidak pantas

oleh negara lain. Cara ini sah, tetapi tidak bersahabat.

2. Reprisal

Reprisal adalah pembalasan atas agresi yang dilakukan oleh negara lain. Atau dalam kata lain adalah minta ganti rugi atas agresi yang dilakukan negara lain.

3. Invasi (perang)

Perang merupakan langkah terakhir dalam penyelesaian sengketa internasional. Cara ini menggunakan kekuatan fisik/militer, sehingga dapat menimbulkan banyak korban jiwa. Tetapi perang juga dibatasi dengan aturan-aturan tertentu.

4. Blokade

Blokade adalah pengepungan untuk memutuskan hubungan dengan negara lain. Biasanya dilakukan pada tempat strategis, Contoh: Bandara atau pelabuhan.

5. Intervensi

Intervensi ada campur tangan dari pihak lain. Misalnya Sengketa wilayah antara Korea Selatan dan Korea Utara. Dalam sengketa tersebut ada Amerika Serikat yang berada di pihak Korea Selatan, sementara di pihak Korea Utara ada China dan Jepang.

6. Pemutusan hubungan diplomatik

Banyak gangguan yang dapat terjadi dalam hal kekebalan diplomatik, seperti perlakuan atau kegiatan yang tidak menyenangkan dari pihak negara penerima dimana perwakilan diplomatik tersebut ditempatkan. Apabila hal ini terjadi, maka negara pengirim dapat mengajukan keberatan kepada negara penerima (*receiving state*) dan negara penerima wajib bertanggung jawab sepenuhnya atas hal tersebut. Sebagai salah satu contoh terjadinya pelanggaran keke-

balan dan keistimewaan pejabat diplomatik adalah kasus penyadapan antara Indonesia dengan Australia yang terjadi beberapa waktu lalu. Contoh kasus penyadapan Australia terhadap Indonesia, ada beberapa hal yang dapat dilakukan Indonesia dilihat dari sudut pandang hukum diplomatik antara lain:

a. Mengirimkan nota diplomatik

Mengirimkan nota diplomatik berisikan *strong protest* yang mana isinya mengecam aksi Australia tersebut dan meminta maaf kepada Indonesia.

b. *Persona non-grata*

Persona non grata adalah pernyataan atau pemberitahuan negara penerima kepada negara pengirim melalui nota diplomatik tentang ketidaksetujuan negara penerima atas pengangkatan calon duta besar yang akan ditempatkan di negara penerima. Dalam praktik, ketidakmauan negara penerima memberikan agreement atas calon duta besar pengganti dapat dianggap sebagai *persona non grata*. Hal ini dimungkinkan dilaksanakan Indonesia dimana Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik memperbolehkan hal tersebut.

Hal ini dapat dijelaskan dalam pasal 43 dan pasal 9 Konvensi Wina tahun 1961, yang berbunyi:

Article 43

The function of a diplomatic agent comes to an end, inter alia:

(b) on notification by the receiving State to the sending State that, in accordance with paragraph 2 of Article 9, it refuses to recognize the diplomatic agent as a member of the mission.

Article 9

(1) The receiving State may at any time and without having to explain its decision, notify the sending State that the head of the mission or any member of the diplomatic staff of the mission is persona

non grata or that any other member of the staff of the mission is not acceptable. In any such case, the sending State shall, as appropriate, either recall the person concerned or terminate his functions with the mission. A person may be declared non grata or not acceptable before arriving in the territory of the receiving State.

Dalam kasus penyadapan antara Indonesia-Australia, pejabat diplomatik dari Australia dipulangkan ke negaranya karena Indonesia menolak untuk mengakuinya sebagai pejabat perwakilan Australia untuk Indonesia.

c. Penanggalan Kekebalan Diplomatik (*Waiver*).

Hal ini juga dimungkinkan dapat dilakukan oleh Indonesia dalam rangka mengadili Pejabat Diplomatik Australia yang melakukan penyadapan terhadap Indonesia dimana pemerintah Indonesia mengirimkan nota diplomatik kepada pemerintah Australia yang menyatakan bahwa Indonesia tidak lagi mengakui lagi pejabat diplomatik Australia. Hal ini berdampak dengan kekebalan diplomatik pejabat tersebut yang juga tidak diakui lagi. Pasal 32 Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik dapat dimanfaatkan oleh Pemerintah Indonesia, yang mana menyatakan:

(1) The immunity from jurisdiction of diplomatic agents and of persons enjoying immunity under Article 37 may be waived by the sending State.

(2) Waiver must always be express.

(3) The initiation of proceedings by a diplomatic agent or by a person enjoying immunity from jurisdiction under Article 37 shall preclude him from invoking immunity from jurisdiction in respect of any counter-claim directly connected with the principal claim.

(4) Waiver of immunity from jurisdiction in respect of civil or administrative.

(5) Proceedings shall not be held to imply

waiver of immunity in respect of the execution of the judgment, for which a separate waiver shall be necessary.

Penanggalan kekebalan diplomatik (*waiver*) tidak dapat dilakukan dengan mudah. Dalam pelaksanaan penanggalan kekebalan diplomatik harus dinyatakan secara jelas dan mendapat persetujuan dari Perdana Menteri Australia melalui nota diplomatik.

Apabila penanggalan kekebalan diplomatik telah dilakukan maka pejabat perwakilan Australia tersebut dapat diadili di Indonesia. Adapun ketentuan hukum nasional yang dapat dikenakan kepadanya, yakni Pasal 40 *juncto* Pasal 56 Undang-undang Republik Indonesia tentang Telekomunikasi:

Pasal 40

Setiap orang dilarang melakukan kegiatan penyadapan atas informasi yang disalurkan melalui jaringan telekomunikasi dalam bentuk apapun.

Pasal 56

Barang siapa yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 40, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun.

d. Pemutusan Hubungan Diplomatik

Dikala permasalahan ini tidak berujung dengan tindakan yang sama-sama menguntungkan kedua negara maka langkah ini merupakan langkah selanjutnya yang dapat ditempuh oleh pemerintah Indonesia. Hal mencampuri urusan dalam negeri Indonesia dapat dijadikan alasan untuk memutuskan hubungan diplomatik. Ketakutan mengenai kepentingan Warga Negara Indonesia yang berada di Australia dapat diatasi dengan mempercayakan perlindungan atas kepentingan Indonesia dan kepentingan Warga Negara Indonesia

kepada negara ketiga dengan persetujuan Australia.

Persona non-Grata sebagaimana diatur dalam Pasal 9 ayat (1) Konvensi Wina 1961, memang merupakan salah satu jawaban yang disediakan ketika terjadi permasalahan diplomatik antara negara penerima dan pengirim. Sayangnya praktik *Persona Non-Grata* semacam ini, pada praktiknya akan menimbulkan reaksi pembalasan dari negara yang perwakilan diplomatiknya di *persona non-gratakan*, sehingga akan menimbulkan masalah dan bukan tidak mungkin ketegangan politik antara kedua negara.

Selain cara *persona non grata*, penyelesaian secara hukum internasional untuk masalah sengketa hubungan diplomatik, ternyata diatur dalam *Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes of Viena Convention on Diplomatic Relation* April 18 1961. Dalam protokol opsional ini diatur bahwa setiap pihak yang berselisih, dapat mengajukan permohonan ke *International Court of Justice* (selanjutnya disebut dengan ICJ), namun sebelum mengajukan ke ICJ, pihak bersengketa dapat menempuh jalan "arbitrase" terlebih dahulu sesuai dengan apa yang diatur dalam pasal 2 *Optional Protocol*. Selain arbitrase, sesuai Pasal 13 ayat (1) para pihak juga dapat memulai dengan jalur "konsultasi". Menurut protokol opsional ini, Komisi Konsultasi harus membuat "rekomendasi" dalam waktu lima bulan sesudah pengangkatannya. Jika rekomendasi tidak diterima oleh para pihak, maka diberikan waktu dua bulan sesudah mereka dikirim rekomendasi itu untuk pihak manapun dari perselisihan tersebut membawa perselisihannya ke ICJ sesuai dengan Pasal 3 ayat (2) *Optional Protocol*. Akan tetapi, pertanggungjawaban

yang akan didapat penerima hanya terbatas para pertanggungjawaban negara pengirim (*states responsibility*) dan bukan pertanggungjawaban individual dari agen spionase yang bertugas (*individual responsibility*), hal ini dikarenakan yang dapat mengajukan sengketa adalah pihak-pihak para peserta Konvensi tersebut saja, dalam hal ini adalah "negara-negara" atau "organisasi internasional" semata sehingga individu tidak dapat berperkara atau diperkarakan.

Indonesia juga telah meratifikasi Konvensi Wina 1969 mengenai Misi Khusus melalui UU No. 2 Tahun 1982 tentang Pengesahan Konvensi Wina mengenai Misi Khusus 1969.¹⁹ Dalam hal mengadakan perjanjian internasional dengan subjek hukum internasional lainnya, meskipun Indonesia hingga hari ini belum meratifikasi Konvensi Wina 1969 mengenai Perjanjian Internasional, tetapi Indonesia telah memiliki UU No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.²⁰

Begitu pula untuk mengakomodir pelaksanaan kegiatan hubungan luar negeri, baik regional maupun internasional, melalui forum bilateral atau multilateral, yang diabdikan pada kepentingan nasional berdasarkan prinsip politik luar negeri yang bebas aktif, Indonesia telah memiliki UU No. 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri.²¹

Seiring dengan semakin meningkatnya arus perkembangan global dan hubungan kerjasama internasional, politik luar negeri dan diplomasi Indonesia pun dalam kurun waktu beberapa dekade terakhir dilaksanakan dalam lingkungan global dan regional yang semakin kompleks. Dengan demikian, sangat diperlukan peraturan-peraturan nasional yang secara tegas mengatur mengenai subjek yang mengadakan hubungan dan kerjasama internasional itu sendiri, yaitu para perwakilan negara asing (baik pejabat diplomatik dan konsuler) maupun para wakil organisasi internasional.

Namun, di sisi yang lain, seperti yang telah diuraikan sebelumnya juga bahwa ruang lingkup Hukum Diplomatik pada hakikatnya merupakan ketentuan atau prinsip-prinsip hukum internasional yang mengatur hubungan diplomatik antarnegara yang dilakukan sebagai hasil dari kodifikasi hukum kebiasaan internasional. Dengan demikian, suatu produk aturan yang bersifat internal (peraturan perundang-undangan nasional) hanya akan berlaku dan mengikat penduduk atau warga negara dari negara yang bersangkutan dalam melakukan hubungan hukum, terbatas hanya di dalam ruang wilayah kedaulatan negara itu sendiri. Sementara itu, para pejabat diplomatik dan konsuler serta wakil negara dalam suatu organisasi internasional melakukan hubungan lintas-batas negara/internasional yang tentu saja tidak mungkin tunduk hanya pada satu peraturan perundang-undangan nasionalnya sendiri, melainkan juga harus tunduk pada aturan hukum yang berlaku secara internasional, apakah itu peraturan dari negara penerima atau peraturan yang memang bersifat *law making treaties*. Tidaklah mungkin bagi

¹⁹ Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1982, (Lembaran Negara Nomor 2 Tahun 1982, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3212)

²⁰ Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000, (Lembaran Negara Nomor 185 Tahun 2000, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4012)

²¹ Undang-Undang Nomor 37 Tahun 1999, (Lembaran Negara Nomor 156 Tahun 1999, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3882)

pejabat asing hanya tunduk pada hukum nasional negaranya sendiri.

Selain itu, poin yang paling penting adalah bahwa Indonesia telah memiliki Undang-Undang Nomor 37 tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri yang pada dasarnya telah mencakup setiap aspek penting yang fundamental dan mendasar mengenai hubungan luar negeri dan kerjasama internasional juga Indonesia telah meratifikasi Konvensi Wina 1961, 1963, dan 1969 melalui undang-undang seperti yang telah penulis jelaskan sebelumnya sehingga untuk setiap kegiatan yang berkaitan dan berkenaan dengan hubungan diplomatik, hubungan konsuler, dan misi-misi khusus, sepanjang tidak diatur dan ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan nasional, maka berlakulah Konvensi Wina tersebut. Sehingga dapat dikatakan seandainya pun dibuat suatu undang-undang sendiri yang mengatur tentang diplomatik, maka tentu saja hal itu akan sia-sia.

Selain telah memiliki Undang-Undang Nomor 37 tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri yang mengatur mengenai pelaksanaan hubungan luar negeri dan politik luar negeri secara umum (general), untuk hal-hal yang sifatnya teknis dan spesifik mengenai pejabat diplomatik, konsuler, dan perwakilan asing lainnya, meskipun tidak diatur dalam satu undang-undang sendiri, namun sebagai gantinya Indonesia telah meratifikasi Konvensi Wina 1961 dan 1963 dengan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1982 dan Konvensi Wina 1969 dengan Undang-Undang Nomor 2 tahun 1982. Dalam bagian dasar yuridis masing-masing undang-undang ini dapat dilihat bahwa Negara Republik Indonesia selama ini telah menggunakan ketiga Konvensi Wina tersebut sebagai pedoman dalam

hubungan internasional. Dalam bagian Penjelasan Umum Undang Nomor 2 tahun 1982 selanjutnya dijelaskan bahwa pengaturan hubungan diplomatik dan perwakilan diplomatik sudah lama diadakan yaitu sejak Kongres Wina Tahun 1815 yang diubah oleh *Protokol Aix-la-Chapelle* tahun 1818. Dalam penjelasan ini kemudian ditegaskan pendirian Indonesia yang dapat menerima seluruh isi Konvensi Wina mengenai Hubungan Diplomatik Beserta Protokol Opsionalnya mengenai hal memperoleh Kewarganegaraan dan Konvensi Wina mengenai Hubungan Konsuler Beserta Protokol Opsionalnya mengenai hal memperoleh Kewarganegaraan, kecuali Protokol Opsional mengenai Penyelesaian sengketa Secara Wajib.

Pengecualian ini karena Pemerintah Indonesia lebih mengutamakan penyelesaian sengketa melalui perundingan dan konsultasi atau musyawarah antara negara-negara yang bersengketa. Protokol Opsional mengenai hal memperoleh Kewarganegaraan mengatur bahwa anggota-anggota perwakilan diplomatik dan perwakilan konsuler yang bukan warga-negara penerima dan perwakilan konsuler yang bukan warganegara penerima dan keluarganya tidak akan memperoleh kewarganegaraan negara penerima tersebut semata-mata karena berlakunya hukum negara penerima tersebut.

Kesimpulan

Untuk pengaturan mengenai hubungan dan kerjasama internasional yang sifatnya umum (*general*) Indonesia telah mempunyai Undang-Undang Nomor 37 tahun 1999. Sementara itu, untuk hal-hal yang sifatnya spesifik dan khusus mengenai pejabat diplomatik, konsuler, dan perwakilan asing, sepanjang tidak diatur dan

sesuai dengan peraturan perundang-undangan nasional, Indonesia tunduk pada Konvensi Wina 1961, 1963, dan 1969 karena telah meratifikasi dan menyatakan menerima seluruh ketentuan yang ada di dalamnya, kecuali Protokol Opsional mengenai Penyelesaian Sengketa secara Wajib sehingga Indonesia tidak perlu lagi ada suatu Undang-Undang Diplomatik.

Daftar Bacaan

- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 tahun 1982 tentang Pengesahan Konvensi Wina mengenai Hubungan Diplomatik beserta Protokol Opsionalnya, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1982 Nomor 2, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3211)
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 36 tahun 1999 tentang Telekomunikasi, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 154, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3881)
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 37 tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri, (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 156, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3882)
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, (Lembaran Negara Nomor 185 tahun 2000, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4012)
- Vienna Convention on Diplomatic Relations and Optional Protocol* (1961)
- Jenewa Convention Protocol IV* (1949)
- Adolf, Huala, 2006, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika.
- A.Gramer, Bryan, 2004, *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, St.Paul, Thomson West.
- AK., Syahmin, 2008, *Hukum Diplomatik dalam Kerangka Studi Analisis*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Badri, Jusuf, 1993, *Kiat Diplomasi*, Jakarta: Sinar Harapan.
- Burhantsani, dkk., 2013, *Pengantar Hukum Internasional*, Cetakan Ketiga, Yogyakarta: Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum UGM.
- Bruggink, JJ, 1996, *Rechtsreflecties*, alih bahasa Arief Sidharta, Bandung: Alumni.
- Chulsum, Umi, dan Windy Novia. 2006. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Cetakan Kesatu. Surabaya: Kashiko.
- Ibrahim, Johnny, 2007, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayu Media Publishing.
- Mauna, Boer, 2001, *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Cetakan Kedua, Edisi Keempat, Bandung: Alumni.
- Roy, S.L., 1995, *Diplomasi*, Jakarta: Rajawali.
- Soekanto, Soerjono, 2012, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press.
- Soemardi, Dedi, 1986, *Sumber-Sumber Hukum Positif*, Bandung: Alumni

- Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa, 2002, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cetakan Kedua, Edisi Ketiga, Jakarta: Balai Pustaka.
- Umar, Dzulkifli, dan Utsman Handoyo, 2010, *Kamus Hukum*, Cetakan kesatu, Jakarta: Quantum Media Press.
- Wasito, 1984, *Konvensi-Konvensi Wina tentang Hubungan Diplomatik, Hubungan Konsuler dan Hukum Perjanjian/Traktat*, Yogyakarta: Andi Offset.
- Widagdo, Setyo dan Hanif Nur W, 2008, *Hukum Diplomatik dan Konsuler*, Malang: Bayumedia Publishing.
- Widodo, 2009, *Hukum Diplomatik dan Konsuler pada Era Globalisasi*, Jakarta: Laksbang Justitia.
- Wojowasito, 2006, *Kamus Umum Belanda Indonesia*, Jakarta: PT Lestari Perkasa.
- Protokol II Pedoman Tertib Diplomatik Departemen Luar Negeri Republik Indonesia, <http://kemlu.go.id/Books/Buku%20Panduan%20Umum%20Tata%20Cara%20Hub%20dan%20Kerjasama%20LN%20oleh%20Pemda.pdf>, diakses tanggal 30 Desember 2013.
- <http://www.cfr.org/sovereignty/montevidео-convention-rights-duties-states/p15897>, diakses tanggal 24 Agustus 2014, pukul 09.16 WIB.
- <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml>, diakses tanggal 24 Agustus 2014, pukul 10.05 WIB.
- Desi Ariani, *Eksistensi Kebiasaan Internasional Sebagai Sumber Hukum Internasional* dalam <http://kendesdesdotcom.wordpress.com/2011/01/05/kebiasaan-internasional-sebagai-sumber-hukum-internasional/>, diakses tanggal 25 Agustus 2014, pukul 11.10 WIB.
- Citra Yudha Nur Fatihah, *Urgensi Mengenai Rancangan Undang-Undang Diplomatik Di Indonesia* dalam <https://wordsinventor.wordpress.com/tag/hukum-diplomatik/>, diakses tanggal 26 Agustus 2014, pukul 13.35 WIB.
- http://pusham.uui.ac.id/ham/10_Chapter4.pdf, diakses tanggal 20 Agustus 2014, pukul 14.15 WIB.
- Ochank_Fine, diakses dari <http://serba-serbiceritasehari-hari.blogspot.com/2010/04/yang-umum-diketahui-tentang-hukum.html>
- <http://news.detik.com/read/2014/02/20/130736/2503309/10/try-sutrisno-penyadapan-itu-sudah-tren-indonesia-nggak-usah-ribut>, diakses tanggal 2 Juli 2014, pukul 14.35 WIB.
- Prins David Saut, *Penyadapan Itu Sudah Tren, Indonesia Nggak Usah Ribut*, www.detiknews.com, diakses tanggal 1 Juli 2014, pukul 14.24 WIB.
- Philipus, M.Hadjon, *Pengkajian Ilmu Hukum*, Makalah Pelatihan Metode Penelitian Hukum Normatif, Pusat Penelitian Pengembangan Hukum Universitas Airlangga Surabaya 11-12 Juni 1997.

Pembiayaan Mudarabah di Pt. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru Berdasarkan Hukum Islam

Hasan Basri

Fakultas Hukum Universitas Lancang Kuning Pekanbaru Riau

Email: hasanbasri@gmail.com

Abstract: *The profit-sharing system has advantages with no causing the negative capital spread. The advantages of this system are the main reference for community of PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. (BMI) Branch Pekanbaru in developing the mudarabah financing. In the profit-sharing system, the ratio is determined at the time of making the contract based on the possibility of profit and loss. Data are collected by using interview to the informants in BMI. The collected data are analyzed in inductive method. The results show that the mudarabah financing in BMI Branch Pekanbaru does not fully apply the profit and loss sharing, but rather the revenue sharing. It means that the profit sharing is still based on the assumption of revenue. It can be illustrated that the bank can assume that someone can produce profits in a certain amount each month. This financing requires valuedly material and immaterial supports to anticipate moral hazard. The losses of mudarabah financing are fully borne by the owners of capital of BMI. Fund providers endure all the losses due to mudarabah. The losses of mudarabah financing are also charged to the customer due to customer negligence.*

Keywords: *mudarabah and Islamic law.*

Abstrak: Sistem bagi hasil memiliki kelebihan dengan tidak menimbulkan pertumbuhan modal negatif (*negative spread*). Kelebihan sistem ini menjadi acuan utama dalam pengembangan pembiayaan *mudarabah* bagi masyarakat PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. (BMI) Cabang Pekanbaru. Dalam sistem bagi hasil, penentuan besarnya rasio atau nisbah dibuat pada waktu akad dengan berpedoman pada kemungkinan untung dan rugi. Data diperoleh dengan wawancara kepada narasumber di BMI. Data dianalisis dengan metode induktif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa pembiayaan *mudarabah* di BMI cabang Pekanbaru tidak menerapkan *profit and lost sharing* secara penuh, tetapi lebih pada *revenue sharing*. Artinya bagi hasil berdasarkan asumsi pendapatan. Ilustrasinya adalah pihak bank dapat mengasumsikan bahwa seseorang dapat menghasilkan keuntungan dalam jumlah tertentu setiap bulan. Pembiayaan ini membutuhkan jaminan materil dan jaminan immaterial untuk mengantisipasi *moral hazard*. Kerugian pembiayaan *mudarabah* ditanggung oleh pemilik modal secara penuh (BMI). Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat *mudarabah*. Kerugian *mudarabah* dibebankan pada nasabah atas dasar kelalaian nasabah.

Kata kunci: *mudarabah dan Hukum Islam.*

Pendahuluan

Bank Muamalat Indonesia (BMI) mengalami perkembangan cukup pesat sejak perubahan Undang-Undang Nomor 7 tahun 1992 dengan Undang-Undang 10 tahun 1998 tentang Perbankan. BMI mampu memenuhi kebutuhan masyarakat yang menghendaki layanan jasa perbankan dengan prinsip syari'ah. Prinsip itu memegang teguh pelarangan riba dan kegiatan yang bersifat spekulatif seperti perjudian dan gharar.¹

BMI didukung oleh jaringan 32.000 Automatic Teller Machine (ATM), 95.000 Merchant debit dan memiliki 75 kantor cabang, 123 kantor cabang pembantu dan 153 kantor kas.² Peningkatan statistik ini menunjukkan bahwa perkembangan BMI di tanah air cukup menggembirakan. Timbul kesadaran masyarakat Islam Indonesia untuk menjalankan ketentuan-ketentuan agamanya dalam aktivitas muamalah.³

BMI menggunakan transaksi non bunga dalam bentuk *profit and loss sharing* atau bagi hasil dan bagi rugi. Keuntungan dan kerugian yang terjadi ditanggung oleh kedua belah pihak, yaitu *mudharib* dan *shahib al-maal*. Sistem bunga Bank dan bagi hasil mempunyai persamaan, yakni sama-sama memberikan keuntungan bagi pemilik modal, namun keduanya memiliki perbedaan yang prinsipil. Perbedaannya ialah sistem bunga merupakan sistem yang dilarang Islam, se-

dangkan bagi hasil tidak diharamkan oleh hukum Islam.⁴

Sistem bagi hasil memiliki kelebihan dengan tidak akan menimbulkan pertumbuhan modal negatif (*negative spread*).⁵ Kelebihan sistem ini menjadi acuan utama dalam pengembangan pembiayaan *mudarabah* bagi masyarakat di Kota Pekanbaru. Animo masyarakat Kota Pekanbaru dengan sistem syariah sangat tinggi. Mereka banyak yang beralih dari perbankan konvensional yang menggunakan sistem bunga.⁶

Penentuan bunga dibuat waktu akad berlangsung dengan asumsi bahwa harus selalu untung, tidak ada asumsi kerugian. Pembayaran bunga tetap dilakukan misalnya dalam suatu proyek, tanpa mempertimbangkan apakah proyek yang dijalankan itu mempunyai keuntungan atau tidak.⁷

Dalam sistem bagi hasil, penentuan besarnya rasio atau *nisbah* dibuat pada waktu akad dengan berpedoman pada kemungkinan untung dan rugi. Suatu proyek yang mengalami kerugian ditanggung bersama. Jumlah pembagian laba meningkat sesuai dengan peningkatan jumlah pendapatan, sedangkan sistem konvensional jumlah pembayaran bunga

¹ Rifki Ismal, 2011, *Islamic Banking Operation and Its Problem In Indonesia*, Pekanbaru: Sekolah Tinggi Ilmu Ekonomi (STIE) Riau-Akbar, hal. 18.

² Bank Muamalat Indonesia cabang Pekanbaru, 2012.

³ Rifki Ismal, *Islamic....., Op.Cit.*, hal. 21.

⁴ Muhammad Syafi'I Antonio, 2001, *Bank Syariah: dari Teori ke Praktek*, Jakarta: Gema Insani Pres, hal. 61.

⁵ Zaenal Arifin, 2007, *Realisasi Akad Mudarabah Dalam Rangka Penyaluran Dana Dengan Prinsip Bagi Hasil di Bank Muamalat Indonesia Cabang Semarang*, Semarang: Program Studi Magister Kenotariatan, Pascasarjana Universitas Diponegoro, hal. 98.

⁶ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

⁷ Abdullah Saeed, 2004, *Menyoal Bank Syariah: Kritik atas Interpretasi Bunga Bank Kaum Neo-Revivalis*, terj. Arif Maftuhin, Jakarta: Paramadina, hal. 76.

tidak meningkat meskipun jumlah keuntungan berlipat.⁸

Berangkat dalam permasalahan-permasalahan di atas, studi ini akan meneliti lebih lanjut tentang akad pembiayaan *mudarabah* di Bank Muamalat cabang Pekanbaru. Studi ini memilih akad *mudarabah* menjadi tema pokok karena transaksi yang dilakukan sebagai produk unggulan. Studi ini menfokuskan pada dua rumusan pokok permasalahan yang menjadi inti dalam skema *mudarabah*, yaitu 1) bagaimana akad pembiayaan *mudarabah* di PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. cabang Pekanbaru; 2) bagaimana bentuk jaminan materil dan jaminan immateril dalam pembiayaan *mudarabah* pada PT. BMI Tbk. Cabang Pekanbaru; dan 3) bagaimana pembagian keuntungan dan kerugian dalam pembiayaan *mudarabah* pada PT. BMI Tbk. Cabang Pekanbaru.

Tujuan Penelitian ini adalah untuk menjelaskan akad pembiayaan *Mudarabah* di PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. cabang Pekanbaru, untuk menjelaskan bentuk jaminan materil dan jaminan immateril dalam pembiayaan *mudarabah* pada PT. BMI Tbk. Cabang Pekanbaru, dan untuk menjelaskan pembagian keuntungan dan kerugian dalam pembiayaan *mudarabah* pada PT. BMI Tbk. Cabang Pekanbaru. Manfaat penelitian ini adalah menambah wawasan ilmu pengetahuan peneliti terkait dengan permasalahan penelitian dan untuk memberi masukan kepada masyarakat dan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. cabang Pekanbaru dalam pelaksanaan dan mengambil kebijakan terkait dengan permasalahan yang diteliti.

Metode Penelitian

Jenis penelitian adalah penelitian hukum empiris yang membahas berlakunya hukum positif terkait dengan pelaksanaan akad *mudarabah* dan *murabahah* di PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru Lokasi penelitian ini di PT. Bank Muamalat Indonesia cabang Pekanbaru. Alasan dipilihnya lokasi ini karena merupakan bank yang pertama kali menggunakan prinsip syariah.

Populasi diambil dari kepala bidang, kepala divisi akad dan pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru, sedangkan sampel dari Kepala Bidang divisi akad dan pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru berjumlah 1 orang.

Sumber data terdiri atas data primer, yakni data yang diperoleh dari responden di lapangan. Data sekunder berupa data yang diperoleh dari berbagai referensi yang terkait dengan permasalahan penelitian, dan data tertier berupa data yang diperoleh dari kamus dan ensiklopedi.

Teknik pengumpulan data menggunakan wawancara non-struktur, yakni wawancara bebas tanpa terikat dengan daftar pertanyaan, kajian dokumetasi, yakni mengkaji berbagai akad *mudarabah* dan *murabahah* dan referensi yang terkait dengan permasalahan.

Setelah data terkumpul selanjutnya diklasifikasikan dalam dua kelompok. Kelompok pertama data yang diperoleh dari hasil wawancara dan studi dokumentasi dianalisis dengan metode kualitatif. Untuk mengambil kesimpulan digunakan metode induktif, yakni menarik kesimpulan dari pernyataan yang bersifat khusus ke dalam pernyataan yang bersifat umum.

⁸ *Ibid.*

Pembahasan

***Mudarabah* dalam Pandangan Ahli Hukum Islam**

Para ahli hukum Islam sepakat tentang legalitas *mudarabah* dapat dilakukan dengan mediasi uang atau barang yang dinilai sebagai uang. Dalam pemikiran ahli hukum Hanafi menyebutkan transaksi ini tidak sah karena ketika keduanya telah berpisah, maka modal pokok akan berubah pada saat harga barang ditetapkan. Tetapi ahli hukum Hanafi lain memperbolehkan *mudarabah* dengan komoditas perdagangan dengan kualitas dan kuantitas barang disebutkan pada saat terjadinya transaksi. Mata uang yang dimiliki menjadi modal pokok. Estimasi bagian pelaku *mudarabah* dipersyaratkan dengan bagian komunal, semisal 1/3, 1/4, atau 1/2, dan sebagainya.⁹ Bagi kalangan mazhab Suni dalam modal *mudarabah* tidak boleh berupa suatu hutang yang dipinjam *mudharib* pada saat dilangsungkannya kontrak *mudarabah*.¹⁰

Pembiayaan *mudarabah* merupakan pembiayaan untuk suatu usaha yang produktif. *Shahibul mal* (pemilik dana) membiayai 100% kebutuhan suatu proyek (usaha), sedangkan pengusaha (nasabah) bertindak sebagai *mudharib* (pengelola usaha). Jangka waktu usaha, tata cara pengembalian dana, dan pembagian keuntungan ditentukan berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak. *Mudharib* boleh melakukan berbagai macam usaha yang telah disepakati bersama berdasarkan syariah. Lembaga Keuangan Syariah (LKS)

tidak ikut serta dalam manajemen perusahaan atau proyek tetapi mempunyai hak untuk melakukan pembinaan dan pengawasan. Kegiatan usaha dalam *mudarabah* merupakan hak eksklusif *mudharib*, tanpa campur tangan penyedia dana.¹¹

Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat dari *mudarabah* kecuali jika *mudharib* (nasabah) melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi perjanjian. Sementara itu, pengelola modal tidak mendapat apa-apa dari jasa yang dilakukan. Umer Chapra menegaskan bahwa prinsip umum *mudarabah* adalah risiko pemilik modal hanya sebanyak modal, sedangkan risiko pengelola modal hanya sebanyak usaha dan waktu.¹²

Pada dasarnya dalam *mudarabah* tidak ada ganti rugi, karena akad ini bersifat amanah kecuali akibat dari kesalahan disengaja, kelalaian, atau pelanggaran kesepakatan. Penyelesaian perselisihan atau akibat salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.¹³

Dewan Syariah Nasional (DSN) telah memfatwakan adanya akad *mudarabah musytarakah*. *Mudarabah musytarakah* adalah bentuk akad *mudarabah* antara pengelola (*mudharib*) menyertakan modal dalam kerjasama investasi. Akad

⁹ Abdullah Abdul Husain At Tariqi, 2004, *Ekonomi Islam Prinsip, Dasar, dan Tujuan*, terj. M. Irfan Syofwani, Yogyakarta: Magistra Insania Press, hal. 153.

¹⁰ Ibn Qudamah, 1981, *Al Mugghni*, Riyad: Maktabat al Riyadh al Haditsah, hal. 73.

¹¹ Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 7/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Mudarabah* (Qiradh).

¹² Umer Chapra, 1983, *Toward a Just Monetary System*, London: The Islamic Foundation, hal. 49.

¹³ Susana, Erni dan Prasetyanti, Annisa. *Pelaksanaan dan Sistem Bagi Hasil Pembiayaan Al Mudarabah Pada Bank Syariah*, Jurnal Keuangan dan Perbankan Islam, Volume 15, No. 3, September 2011, hal. 312.

yang digunakannya adalah perpaduan akad *mudarabah* dan akad *musytarakah*.¹⁴

Mudarabah dalam Kompilasi Hukum Islam dan Pelaksanaannya dalam Tata Hukum di Indonesia

Berdasarkan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, *mudarabah* adalah kerjasama antara pemilik dana atau penanam modal dengan pengelola modal untuk melakukan usaha tertentu dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah.¹⁵ Pada prinsipnya *mudarabah* mengharuskan adanya ikatan kedua belah pihak dalam status antara pemilik modal dan pengusaha. Bedanya dengan *musytarakah* adalah pada pembagian untung dan rugi dan keterlibatan peserta dalam usaha yang sedang dikerjakan.

Dalam hal pembiayaan atas dasar akad *mudarabah muqayyadah*, yaitu penyediaan dana kepada nasabah dimana pemilik dana (*Shahibul māl*) memberikan persyaratan khusus kepada pengelola dana (*muḍarib*), Bank wajib memenuhi persyaratan khusus dimaksud. Bank juga diwajibkan melakukan analisis atas permohonan pembiayaan atas dasar akad *mudarabah* dari nasabah yang antara lain meliputi aspek personal berupa analisis atas karakter (*character*) dan aspek usaha antara lain meliputi analisis kapasitas usaha (*capacity*), keuangan (*capital*), dan prospek usaha (*condition*).¹⁶

Pengembalian pembiayaan atas dasar *mudarabah* dilakukan dalam dua cara, yaitu secara angsuran ataupun sekaligus pada akhir periode akad, sesuai de-

ngan jangka waktu pembiayaan atas dasar akad *mudarabah*. Pembagian hasil usaha dilakukan atas dasar laporan hasil usaha pengelola dana (*muḍarib*) dengan disertai bukti pendukung yang dapat dipertanggungjawabkan. Kerugian usaha nasabah pengelola dana (*muḍarib*) yang dapat ditanggung oleh bank selaku pemilik dana (*Shahibul māl*) adalah maksimal sebesar jumlah pembiayaan yang diberikan (*ra'sul māl*). Dalam hal nasabah ikut menyertakan modal dalam kegiatan usaha (mitra usaha) yang dibiayai bank (*mudarabah musytarakah*), maka berlaku ketentuan bahwa norma-norma umum dalam pembiayaan atas dasar akad *mudarabah* kecuali huruf a) dan huruf d). Kedudukan nasabah adalah sebagai mitra usaha sekaligus sebagai pengelola dana (*muḍarib*); Sebagai mitra usaha, nasabah berhak mendapatkan bagian keuntungan sesuai kesepakatan atau menanggung kerugian sesuai porsi modalnya dan Sebagai pengelola dana (*muḍarib*), nasabah berhak mendapatkan bagian keuntungan berdasarkan nisbah yang disepakati, setelah dikurangi bagian keuntungan milik nasabah sebagai mitra usaha.¹⁷

Dalam kegiatan penghimpunan dana dalam bentuk giro atas dasar akad *mudarabah* Bank Indonesia menentukan bahwa bank dan nasabah wajib menuangkan kesepakatan atas pembukaan dan penggunaan produk giro atas dasar akad *mudarabah*, dalam bentuk perjanjian tertulis bank. Dalam akad tersebut bank bertindak sebagai pengelola dana (*muḍarib*) dan nasabah bertindak sebagai pemilik dana (*Shahibul māl*). Kewajiban bank adalah menjelaskan kepada nasabah mengenai karakteristik produk, serta hak dan kewajiban nasabah sebagaimana diatur

¹⁴ Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 50/DSN-MUI/III/2006 tentang Akad Mudarabah Musytarakah.

¹⁵ Peraturan Mahkamah Agung No. 2 Tahun 2008...., *Loc.Cit.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

dalam ketentuan Bank Indonesia mengenai transparansi informasi produk bank dan penggunaan data pribadi nasabah.¹⁸

Dalam hal adanya keuntungan, pembagiannya dinyatakan dalam bentuk nisbah yang disepakati. Dalam akad ini bank dapat membebankan kepada nasabah biaya administrasi berupa biaya-biaya yang terkait langsung dengan biaya pengelolaan rekening antara lain biaya cek/bilyet giro, biaya meterai, cetak laporan transaksi dan saldo rekening, pembukaan dan penutupan rekening dan Bank tidak diperkenankan mengurangi nisbah keuntungan nasabah tanpa persetujuan nasabah.¹⁹

Dalam kegiatan penghimpunan dana dalam bentuk tabungan dan deposito atas dasar akad *mudarabah*, Bank Indonesia menentukan persyaratan sebagai berikut:²⁰

- a) Bank bertindak sebagai pengelola dana (*muḍarib*) dan nasabah bertindak sebagai pemilik dana (*Ṣahibul māl*);
- b) Pengelolaan dana oleh Bank dapat dilakukan sesuai batasan-batasan yang ditetapkan oleh pemilik dana (*mudarabah muqayyadah*) atau dilakukan dengan tanpa batasan-batasan dari pemilik dana (*mudarabah mutlaqah*);
- c) Bank wajib menjelaskan kepada nasabah mengenai karakteristik produk, serta hak dan kewajiban nasabah sebagaimana diatur dalam ketentuan Bank Indonesia mengenai transparansi informasi produk Bank dan penggunaan data pribadi nasabah;
- d) Bank dan nasabah wajib menuangkan kesepakatan atas pembukaan dan penggunaan produk tabungan dan de-

posito atas dasar akad *mudarabah*, dalam bentuk perjanjian tertulis;

- e) Dalam akad *mudarabah muqayyadah* harus dinyatakan secara jelas syarat-syarat dan batasan tertentu yang ditentukan oleh nasabah;
- f) Pembagian keuntungan dinyatakan dalam bentuk nisbah yang disepakati;
- g) Penarikan dana oleh nasabah hanya dapat dilakukan sesuai waktu yang disepakati;
- h) Bank dapat membebankan kepada nasabah biaya administrasi berupa biaya-biaya yang terkait langsung dengan biaya pengelolaan rekening antara lain biaya meterai, cetak laporan transaksi dan saldo rekening, pembukaan dan penutupan rekening; dan
- i) Bank tidak diperbolehkan mengurangi bagian keuntungan nasabah tanpa persetujuan nasabah yang bersangkutan.

Terkait dengan pembagian keuntungan dalam akad *mudarabah* ataupun *musyarakah* telah terjadi perdebatan tentang apakah bagi hasil atas dasar *revenue sharing* ataukah *profit and loss sharing*. Para ulama dan akademisi menghendaki bagi hasil atas dasar *profit and loss sharing*. Namun karena masih tingginya *moral hazard* sulit untuk mengawasi dan mengendalikan biaya, karena itu praktik perbankan sekarang masih menggunakan bagi hasil dengan metode *revenue sharing*.²¹

Pembiayaan *Mudarabah* di PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru

Pembiayaan *mudarabah* di PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Widyaningsih, 2007, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana Prenada Media, hal. 119.

Pekanbaru adalah pembiayaan dalam bentuk modal/dana untuk dikelola dalam usaha yang telah disepakati bersama. Pembiayaan diberikan dalam bentuk uang (modal kerja) atau aset non kas sesuai dengan bidang usaha nasabah yang mengajukan pembiayaan.²² Pembiayaan pola ini mengacu pada Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008.²³

Nasabah dan Bank Muamalat bersepakat untuk berbagi hasil atas pendapatan usaha tersebut. Antara pihak bank dan nasabah tidak terjadi tawar-menawar harga bagi hasil karena besaran bagi hasil telah ditentukan sesuai dengan tingkat pembiayaan. Nasabah sudah disodorkan format baku dan menyetujui format bagi hasil tersebut.²⁴

Pembagian hasil usaha dari pengelolaan dana dinyatakan dalam nisbah yang disepakati. Nisbah bagi hasil yang disepakati tidak dapat diubah sepanjang jangka waktu investasi, kecuali atas dasar kesepakatan para pihak.²⁵ Pada posisi ini nasabah tidak memiliki hak tawar-menawar tentang pembagian keuntungan. Tanda tangan yang dibutuhkan nasabah pada formulir itu berarti nasabah telah menyetujui dan dianggap telah terjadi negosiasi.

Posisi tawar yang tidak dimiliki nasabah itu, penjelasan Rahmad Faizal dalam hasil wawancara dapat disimpul-

kan bahwa BMI melakukan bagi hasil usaha sejak akad dengan seadil-adilnya. Perhitungan bagi hasil dilaksanakan oleh divisi marketing. Seluruh penyaluran dana dan pembiayaan setara bagi hasilnya telah dilakukan berdasarkan tuntutan syariat Islam.²⁶

Nasabah dan Bank sama-sama menjunjung tinggi aturan syariat dan hukum yang berlaku, sehingga tidak ada kecurigaan dikemudian hari setelah akad dilakukan. Posisi nasabah tidak memiliki daya tawar untuk bagi hasil tersebut, tapi BMI telah memperhitungkan semua aspeknya. Aspek potensi keuntungan usaha nasabah, aspek kemampuan nasabah mengembalikan dana pembiayaan dan lain-lain.²⁷

Dalam posisi nasabah tidak dapat melakukan tawar-menawar keuntungan, namun tidak perlu merasa khawatir, karena menurut pengakuan divisi pembiayaan dan akad di atas, pihak BMI telah menghitung sedetail-detailnya terhadap beragam kemungkinan perjalanan usaha nasabah setelah pembiayaan diluncurkan. PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. juga tunduk pada aturan perbankan secara umum dan peraturan DSN-MUI tentang perbankan, sehingga telah memantapkan langkah bagi nasabah mendapat keuntungan dan keberkahan.

Jangka waktu pembiayaan atas dasar akad *mudarabah*, pengembalian dana, dan pembagian hasil usaha ditentukan berdasarkan kesepakatan bank dan nasabah. Pembiayaan atas dasar akad *mudarabah* diberikan dalam bentuk uang

²² Pasal 187 Ayat (1), (2) dan (3) dan Pasal 191 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) Buku II tentang Akad.

²³ Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Islam. Untuk selanjutnya peraturan ini disebut dengan KHES.

²⁴ Klausul tentang bagi hasil telah ditentukan format baku berdasarkan kebijakan PT. Bank Muamalat Indonesia.

²⁵ Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 10/14/DPBs Tanggal 17 Maret 2008 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah.

²⁶ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

²⁷ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

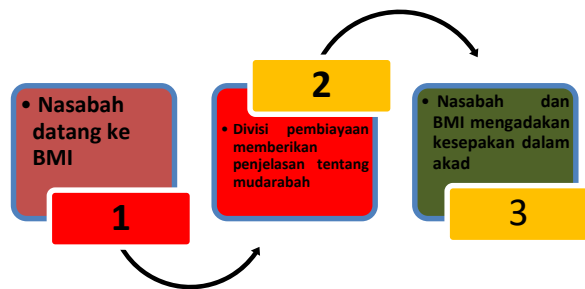
dan/atau barang, serta bukan dalam bentuk piutang atau tagihan. Dalam hal pembiayaan atas dasar akad *mudharabah* diberikan dalam bentuk uang harus dinyatakan secara jelas jumlahnya sedangkan apabila dalam bentuk barang, barang tersebut harus dinilai atas dasar harga pasar (*net realizable value*) dan dinyatakan secara jelas jumlahnya.²⁸

Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru menyebutkan bahwa biasanya setelah nasabah datang kepada BMI mengajukan maksud dan tujuan mereka. BMI menjelaskan persyaratan yang harus dipersiapkan oleh nasabah. Semua nasabah yang datang diperlakukan sama. Pada umumnya nasabah langsung dapat memahami bentuk pembiayaan *mudharabah*.²⁹

Azdomo Putrayadi, Pelaksana Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru menjelaskan bahwa nasabah harus mengisi formulir pembiayaan dan setelah itu terjadi akad sekaligus skema bagi hasil. Bagi hasil tersebut sudah ada format bakunya, tergantung berapa pembiayaan yang diinginkan. Divisi marketing menjelaskan secara lengkap tentang perhitungan bagi hasil antara pemilik modal dan pengusaha.³⁰

Penejlasan risiko divisi pembiayaan dan akad tersebut mengindikasikan bahwa PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. cabang Pekanbaru sangat peduli dengan nasabah yang akan mengajukan

skim pembiayaan *mudharabah*. Pembagian hasil diberlakukan bagi hasil yang seadil-adilnya, meskipun dengan keuntungan yang berbeda, misalnya 60 % untuk bank dan 40 % untuk nasabah. Pengertian adil di sini bukan harus sama dan seimbang, namun harus menyesuaikan porsi pendanaan. Rasio modal oleh bank dan pengeloan oleh nasabah sangat wajar secara matematis terjadi perbedaan 60 % untuk bank dan 40 % untuk nasabah.³¹ Pola bagi hasil ini merujuk pada ketentuan kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).³²



Gambar 1. Prosedur Nasabah dalam Skema *Mudharabah* di PT. BMI Cabang Pekanbaru

Persyaratan yang harus dipenuhi nasabah pada persyaratan umum sebagai berikut: Pembiayaan dengan Pengajuan Minimal Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) terdiri atas 1) Usia 21-54 tahun (tidak melebihi usia pensiun), 2) Masa kerja minimal dua tahun, 3) Foto kopi KTP suami istri sebanyak dua rangkap, 4) Foto kopi Kartu Keluarga, 5) Foto kopi Surat Nikah, 6) Surat pengajuan suami / istri, 7) Slip gaji asli selama 3 bulan terakhir, 8) Surat keterangan/rekomendasi perusahaan, 9) Foto kopi NPWP (bagi pengajuan diatas Rp. 100juta),

²⁸ Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 10/14/DPBs..., *Op.Cit.*

²⁹ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

³⁰ Wawancara dengan Azdomo Putrayadi, Pelaksana Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

³¹ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

³² Pasal 192 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) Buku II tentang Akad.

10) Rekening bank selama 3 bulan terakhir, 11) Foto kopi jaminan (tanah, bangunan, atau kendaraan yang dibeli, 12) Angsuran tidak melebihi 40 % dari gaji pokok.³³

Pembiayaan Koperasi harus memenuhi syarat 1) Surat Permohonan, 2) Foto kopi NPWP, 3) Foto kopi SIUP, 4) Foto kopi TDP, 5) AD/ART Koperasi dan perubahannya, 6) Surat pengesahan dari Departemen Koperasi, 7) Susunan pengurus koperasi yang disahkan oleh Departemen Koperasi, 8) Laporan Keuangan 2 tahun terakhir, 9) Laporan Anggaran Rapat Tahunan (RAT) selama 2 tahun terakhir, 10) *Cash flow projection* selama masa pembiayaan, 11) Data jaminan, 12) Dokumen-dokumen lain yang menunjang usaha, 13) Nasabah harus melakukan mutasi keuangan di Bank Muamalat.³⁴

Selain pembiayaan 2 (dua) jenis di atas, terdapat pembiayaan Korporasi yang berbadan hukum PT. atau CV. dengan syarat: 1) Surat Permohonan, 2) Foto kopi NPWP, 3) Foto kopi SIUP, 4) Foto kopi TDP dan kelengkapan izin usaha lainnya, 5) Foto kopi KTP Direksi, 6) *Company profile*, 7) Akta pendirian perusahaan dan perubahannya, 8) Surat pengesahan dari Departemen Kehakiman, 9) Foto kopi rekening Koran 3 bulan terakhir, 10) Laporan keuangan 2 tahun terakhir, 11) *Cash flow projection* selama masa pembiayaan, 12) Data jaminan, 13) Dokumen-dokumen lain yang menunjang usaha, dan 14) Nasabah harus melakukan mutasi keuangan di Bank Muamalat.³⁵

Rahmad Faizal menjelaskan bahwa pengajuan pembiayaan minimal adalah Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) sebagai ketentuan baku PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru yang telah menjadi kebijakan internal. Pembiayaan minimal ini berlaku bagi siapa saja dengan ketentuan seperti di atas. Bagi nasabah untuk usaha kecil, disarankan menggunakan kelompok usaha yang terdiri atas beberapa orang/kelompok tani/kelompok pedagang kaki lima untuk mensiasati pembiayaan dengan minimal Rp 50.000.000, 00 (lima puluh juta rupiah) tersebut.³⁶

Pengajuan Rp 50.000.000, 00 (lima puluh juta rupiah) sudah merupakan pembiayaan yang besar bagi nasabah kecil, namun tidak perlu khawatir, karena BMI memberikan pelayanan kepada nasabah perorangan, kelompok, atau badan usaha atau koperasi dan perusahaan skala besar.³⁷

Azdomo Putrayadi menjelaskan bahwa persyaratan-persyaratan umum tersebut sebenarnya BMI tidak menyulitkan nasabah. BMI menghendaki nasabah tertib administrasi dan melihat kesungguhan nasabah. Salah satu persyaratan adalah Kartu Tanda Penduduk (KTP) dan Nomor Pokok Wajib Pajak (NPWP). Nasabah yang yang taat pasti memiliki KTP dan NPWP. Syarat-syarat tersebut dijadikan acuan BMI dalam melihat calon nasabah sebagai pribadi, sebagai warga negara yang baik sekaligus sebagai kepala keluarga yang bertanggung jawab. Kelengkapan syarat-syarat itu dapat menjadi

³³ Ketentuan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang pekanbaru.

³⁴ Ketentuan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang pekanbaru.

³⁵ Ketentuan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang pekanbaru.

³⁶ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

³⁷ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

kan acuan BMI menilai nasabah sebagai orang yang jujur atau tidak.³⁸

Syarat-syarat khusus nasabah harus memenuhi 2 (dua) aspek sebagai penguat bahwa pembiayaan *mudarabah* tetap sasaran, yaitu 1) Usaha nasabah telah sesuai dengan pasar sasaran yang ditetapkan oleh PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru dengan ketentuan a) Tidak termasuk dalam daftar hitam Bank Indonesia dan Bank Muamalat Indonesia, b) Tidak termasuk dalam debitur pinjaman macet sesuai dengan informasi dari Bank Indonesia dan Bank Muamalat Indonesia, dan c) Tidak termasuk jenis usaha yang dilarang dan dihindari untuk dibiayai; 2) Usaha nasabah tidak termasuk dalam jenis pemberian kredit yang perlu dihindari yang bersifat spekulatif atau mempunyai resiko tinggi.³⁹

Nasabah tidak dapat mengajukan pembiayaan dengan bisnis yang sifatnya spekulatif, dilarang oleh agama dan masyarakat. Usaha yang pasti namun melanggar aturan Negara dan agama juga tidak dapat diberikan pembiayaan, misalnya pembiayaan bisnis impor minum-minuman keras, bisnis impor narkoba dan lain-lain. "BMI tidak dapat memberikan pembiayaan bagi bisnis yang melanggar undang-undang dan syariat, meskipun potensi bisnis tersebut luar biasa dan butuh pembiayaan."⁴⁰

Berdasarkan Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 10/14/DPbs Tanggal 17 Maret 2008 menjelaskan Bank Indo-

nesia telah mengeluarkan persyaratan pembiayaan *mudarabah* dengan ketentuan bahwa Bank dan nasabah wajib menuangkan kesepakatan dalam bentuk perjanjian tertulis berupa akad pembiayaan atas dasar *mudarabah*. Bank harus bertindak sebagai pemilik dana (*Ṣahibul māl*) yang menyediakan dana dengan fungsi sebagai modal kerja, dan nasabah bertindak sebagai pengelola dana (*mudharib*) dalam kegiatan usahanya. Bank memiliki hak dalam pengawasan dan pembinaan usaha nasabah walaupun tidak ikut serta dalam pengelolaan usaha nasabah, antara lain bank dapat melakukan *review* dan meminta bukti-bukti dari laporan hasil usaha nasabah berdasarkan bukti pendukung yang dapat dipertanggungjawabkan. Untuk mewujudkan transparansi informasi produk bank dan penggunaan data pribadi nasabah bank wajib menjelaskan kepada nasabah mengenai karakteristik produk pembiayaan atas dasar akad *mudarabah*, serta hak dan kewajiban nasabah.⁴¹

Jaminan Materil dan Jaminan Immaterial dalam Pembiayaan *Mudarabah* pada PT. BMI Tbk. Cabang Pekanbaru

Account Officer menghubungi calon pengelola dana (*mudharib*) untuk menentukan waktu peninjauan langsung ke lokasi usaha dan lokasi jaminan. Jenis-jenis jaminan pembiayaan *mudarabah* di Bank Muamalat terdiri atas jaminan materil dan jaminan immaterial.

Jaminan materil atau agunan dapat berupa benda bergerak dan tidak bergerak. Benda bergerak meliputi kendaraan bermotor yang memiliki nilai *marketa-*

³⁸ Wawancara dengan Azdomo Putrayadi, Pelaksana Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

³⁹ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

⁴⁰ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

⁴¹ Surat Edaran Bank Indonesia No. 10/14/DPbs, *Loc. Cit.*

bility, Sertifikat Bank Indonesia (SBI), Tabungan pada PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru, Simpanan Giro pada PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru dan benda bergerak lainnya yang dapat diterima sebagai jaminan pembiayaan sesuai dengan ketentuan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru. Sedangkan Benda tidak bergerak meliputi Tanah berikut bangunan, status hak atas tanahnya adalah hak milik, hak guna bangunan atau hak pakai yang mempunyai masa berlaku disesuaikan dengan jangka waktu pembiayaan serta benda tidak bergerak lainnya yang dapat diterima sebagai jaminan kredit sesuai dengan ketentuan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.⁴²

Jaminan immateril dapat berupa jaminan perusahaan (*corporate guarantee*). Jaminan immateril mengandung resiko yang sangat tinggi untuk dipergunakan sebagai jaminan pembiayaan dan hanya dapat diterima sebagai jaminan tambahan. Syarat-syarat agunan yang dijadikan sebagai jaminan pembiayaan 1) mempunyai nilai ekonomis (dapat diperjualbelikan secara umum dan jelas) dan memiliki nilai *marketability*, 2) nilai agunan harus lebih besar dari jumlah pembiayaan yang diberikan, 3) agunan tersebut tidak berada dalam persengketaan dengan pihak lain, 4) agunan tersebut tidak ada jaminan dengan pihak lain.⁴³

⁴² Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

⁴³ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.



Gambar 2. Jaminan materil dan immaateril

Jaminan dapat berlaku fleksibel. Artinya, bagi nasabah yang mengajukan pembiayaan besar, proyek yang didanai dapat dijadikan anggunan atau jaminan. Untuk nasabah dengan pembiayaan besar, semua yang terkait proyek yang akan didanai dapat sekaligus diajukan sebagai jaminan.

Cara penghitungan anggunannya dapat diakumulasikan semua yang telah terdaftar dalam skema proyek. Misalnya pembangunan gedung lantai 10 membutuhkan pembiayaan Rp. 100 Milyar. Setiap gedung yang akan dibangun tentu telah memiliki tanah yang luas dan bersertifikat, IMB resmi dari dinas terkait, modal yang disetor pengusaha tersebut. Pada saat nasabah tersebut mengajukan pembiayaan ke Bank, mereka tidak datang dengan tangan kosong untuk minta pembiayaan total, namun mereka telah memiliki dana cadangan. Lalu kita hitung aset yang ada sebelum gedung di bangun.

Berapa taksiran nilai aset sebelum gedung dibangun itulah dana yang dikururkan terlebih dahulu, jadi Bank

tidak langsung membiayai sekaligus. Untuk penaksir aset, Bank meminta jasa pejabat penaksir aset. Rekomendasi aset itu yang dijadikan pegangan. Dari total pembangunan gedung senilai Rp. 100 Milyar tersebut, lalu rekomendasi penaksir aset hanya 10 Milyar, maka 10 milyar tersebut yang kita danai. Tahap berikutnya, setelah dana 10 Milyar berhasil digunakan membangun 1 lantai, lalu dievaluasi lagi, apakah akan diteruskan pembiayaan atau tidak. Bank lakukan penghitungan secermat mungkin, berapa pasir dan semen yang habiskan, berapa besi yang dihabiskan dan lain-lain. Jika hasil evaluasi positif, maka pembiayaan dilanjutkan.⁴⁴

Kebijakan tentang jaminan di atas juga berlaku bagi nasabah yang mengajukan pembiayaan di bawah 1 Milyar termasuk juga bagi UMKM di kota Pekanbaru. Dengan kebijakan tersebut, sebetulnya PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru ingin menerapkan prinsip kehati-hatian. Secara teoritis, konsep jaminan dalam *mudarabah* tidak dikenal dengan asumsi saling percaya dan amanah. Namun kondisi kekinian mengharuskan penerapan kebijakan yang berbeda dari teori tersebut atas azas kehati-hatian. Di samping itu, jaminan juga diperlukan agar nasabah pengelola dana bersungguh-sungguh dalam menjalankan usaha dengan amanah sehingga bermanfaat untuk dirinya, keluarganya dan masyarakat pada umumnya.⁴⁵

Dalam pembiayaan, setelah pihak bank menerima dan memeriksa kelengkapan data-data calon *mudharib* maka pi-

hak bank menganalisis tempat tinggal dan tempat usaha calon *mudharib* apakah telah sesuai dengan data-data yang diterima pihak bank dan memutuskan apakah calon *mudharib* layak atau tidak menerima pembiayaan *mudarabah*. Biasanya pihak Bank mendatangi tempat tinggal nasabah dan berdiskusi terkait tentang usahanya, keluarganya dan lain-lain. Hal ini dilakukan untuk menyesuaikan data isian nasabah dengan kenyataan diverifikasi. Kadang-kadang kami juga mendatangi tempat usahanya dan melihat secara langsung keberlangsungan usaha calon nasabah pembiayaan tersebut. Data lapangan tersebut lalu kami ambil kesimpulan untuk dilakukan pembiayaan atau tidak. Rata-rata nasabah yang telah kami datangi mereka senang tanpa merasa terbebani dengan kondisi mereka, karena sebetulnya itu wujud silaturahmi antarsesama.⁴⁶

Data-data permohonan pembiayaan akan diteruskan, jika terdapat kekurangan dokumen maka pihak bank akan memberikan informasi kepada calon *mudharib* agar segera melengkapi kekurangan data tersebut. Pihak Bank Muamalat akan mengeluarkan surat keputusan pembiayaan *mudarabah* sesuai dengan fasilitas berupa jadwal angsuran pengembalian pembiayaan dan jumlah pembiayaan yang diinginkan oleh calon nasabah (*mudharib*). Selanjutnya calon nasabah resmi menjadi nasabah (*mudharib*) di PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk., Cabang Pekanbaru dan dana pembiayaan *mudarabah* segera dapat dicairkan oleh nasabah (*mudharib*) dan dapat dipergunakan manfaatnya.

⁴⁴ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

⁴⁵ Wawancara dengan Azdomo Putrayadi, Pelaksana Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

⁴⁶ Wawancara dengan Azdomo Putrayadi, Pelaksana Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

Kerugian dalam Pembiayaan *Mudharabah* pada PT. BMI Tbk. Cabang Pekanbaru

Kerugian pembiayaan *mudharabah* terjadi pada saat kerugian yang terjadi lebih besar dari keuntungan dengan asumsi pihak pengelola dana tidak melakukan kesalahan, kelalaian atau pelanggaran kesepakatan. Pengakuan kerugian pembiayaan *mudharabah* di Bank Muamalat sesuai dengan PSAK 105 dan Dewan Syariah Nasional, kerugian akan ditanggung oleh pemilik modal secara penuh, “Jika dari pengelolaan dana *mudharabah* menimbulkan kerugian, kerugian finansial menjadi tanggungan pemilik dana” (PSAK 105, par. 10), “Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat *mudharabah*.⁴⁷

Kerugian *mudharabah* dibebankan pada nasabah atas dasar kelalaian nasabah. Kelalaian nasabah memiliki banyak makna dan beragam konteksnya. Namun yang umum adalah nasabah tidak sungguh-sungguh dalam menjalankan bisnis atau hanya sekedar memanfaatkan dana Bank Muamalat. Dalam menanggulangi hal ini perlu ada kerjasama yang saling menguntungkan antara kedua belah pihak.

Rahmad Faizal menjelaskan bahwa BMI selalu oPT.imis terhadap semua pembiayaan yang disetujui dalam skim *mudharabah*. Komitmen BMI mengembangkan usaha ummat dalam berbagi bidang. Sebetulnya jika kedua belah pihak (Nasabah dan Bank Muamalat) bersungguh-sungguh menjalankan amanah tidak terjadi kerugian dalam jumlah besar ataupun sedikit.

⁴⁷ Wawancara dengan Rahmad Faizal, Senior Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

Menurut Azdomo Putrayadi, BMI siap membantu dengan memberi konsultasi bagi nasabah yang mengalami kesulitan. Prosedur BMI dalam menangani nasabah yang kesulitan bisnisnya tidak menggunakan cara paksa harus di-*take over* saat itu. Prosedurnya BMI menjalin silaturahmi dan menanyakan problem yang dihadapi. Pada tahap bisnis nasabah yang sulit bangkit sekalipun, BMI memberikan SP 1 sebagai bentuk kepedulian. Bisnis yang tidak dapat diselamatkan aset ataupun potensinya, BMI mencarikan ke pengusaha lain yang dapat membantu.⁴⁸

Timbal balik antara PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru dan nasabah pembiayaan sebetulnya telah jelas. Artinya pihak Bank banyak memberikan toleransi kepada bisnis nasabah yang diduga pailit atau kesulitan pembayaran kredit. PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru tidak gegabah dengan mengambil alih tanpa pemberitahuan. Proses dan prosedur *take over* dijalankan sesuai dengan aturan yang berlaku. Dalam semua bisnis *mudharabah* yang bermasalah diajukan perkaranya ke Pengadilan Agama sesuai dengan kewenangan yang ditentukan Undang-undang.⁴⁹

Terkait dengan kerugian yang diakibatkan oleh bencana alam atau sebab-sebab diluar dugaan skenario bisnis, kerugian di tanggung PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru. Untuk mengurangi resiko bisnis, PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru selalu mengingatkan kepada

⁴⁸ Wawancara dengan Azdomo Putrayadi, Pelaksana Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

⁴⁹ Wawancara dengan Azdomo Putrayadi, Pelaksana Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

nasabah pembiayaan untuk mengasuransikan bisnis yang dikelola.

Azdomo Putrayadi menjelaskan kerugian diluar kendali skenario bisnis dapat pula terjadi di bisnis dengan resiko besar namun diluar kendali manusia. Pengusaha besar bisanya telah mengasuransikan bisnisnya untuk menghindari resiko hal-hal yang tidak diinginkan. BMI selalu mengingatkan kepada nasabah pembiayaan, terutama nasabah kecil atau pemula. Setidaknya dengan asuransi mereka belajarantisipasi kemungkinan-kemungkinan di masa depan yang tidak terkendali.⁵⁰

Semakin besar porsi pembiayaan *mudarabah* yang bermasalah karena adanya keraguan atas kemampuan nasabah dalam membayar kembali kewajibannya, semakin besar pula kebutuhan biaya penyisihan penghapusan pembiayaan *mudarabah* dan berpengaruh kepada keuntungan bank. Langkah-langkah yang dilakukan Bank Muamalat untuk meminimalkan resiko: 1) menetapkan kebijakan pembiayaan secara tepat, efektif, dan *up to date*, 2) menerapkan prinsip kehati-hatian (*prudential banking*) dalam proses pembiayaan, 3) meningkatkan kualitas sumber daya insan khususnya mereka yang menangani pembiayaan, 4) membentuk dan mengaktifkan "*Risk Management Unit*".

Ahli hukum Islam menjelaskan bahwa dalam praktik perbankan syariah, cara yang dapat dilakukan pemilik dana (*shahibul maal*) untuk mengurangi risiko di antaranya pemilik modal melakukan pengawasan (*monitoring*) dan nasabah

sendiri melakukan pembatasan atas tindakan-tindakannya (*bonding*).⁵¹

Implikasi kedua kegiatan ini dapat mengurangi kesempatan penyimpanan nasabah sehingga nilai perusahaan (proyek) meningkat dan akan memunculkan biaya sehingga akan berdampak mengurangi nilai perusahaan/proyek. Kedua cara yang dilakukan oleh pemilik modal (*shahibul maal*) itu sejalan dengan hadis Nabi bahwa:

*Abbas bin Abdul Muthalib jika menyerahkan harta sebagai mudharabah, Ia mensyaratkan kepada mudharibnya agar tidak menngarungi lautan dan tidak menu-runi lembah, serta tidak membeli ternak. Jika persyaratan itu dilanggar, Ia (mudharib) harus menanggung risikonya. Ketika persyaratan yang ditetapkan Abbas itu didengar Rasulullah, beliau membenarkannya.*⁵²

Kesimpulan

Berdasarkan analisis dalam pembahasan di atas, tulisan ini dapat disimpulkan sebagai berikut: pelaksanaan pembiayaan *mudarabah* pada PT. Bank Muamalat Indonesia cabang Pekanbaru pembiayaan dalam bentuk modal/dana untuk dikelola dalam usaha yang telah disepakati bersama yang mengacu pada Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008. Pembiayaan ini cenderung kepada pola *revenue sharing* daripada *profit and lost sharing*. *Revenue sharing*

⁵⁰ Wawancara dengan Azdomo Putrayadi, Pelaksana Legal Unit Support Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. Cabang Pekanbaru.

⁵¹ Muhammad, 2008, *Manajemen Pembiayaan Mudharabah di Bank Syariah: Strategi Memaksimalkan Return dan Meminimalkan Risiko Pembiayaan di Bank Syariah sebagai Akibat Masalah Agency*, Jakarta: Rajawali, hal. 123.

⁵² al-Hafidz Abi Abdillah Muhammad bin Mazid al-Qazwiini, 1424 H/2004 M, *Sunan Ibnu Majah*, Beirut-Libanon: Dar al-Fikr, hal. 456.

mendasarkan pendapatan pada asumsi, bukan pada pendapatan rill.

PT. Bank Muamalat Indonesia cabang Pekanbaru mensyaratkan jaminan dalam bentuk jaminan materil dan jaminan immaterial. Jaminan materil dapat berupa benda bergerak dan tidak bergerak. Benda bergerak meliputi kendaraan bermotor yang memiliki nilai *marketability*, Sedangkan benda tidak bergerak seperti tanah berikut bangunan.

Kerugian pembiayaan *mudarabah* ditanggung oleh pemilik modal secara penuh (BMI). Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat *mudarabah*. Kerugian *mudarabah* dibebankan pada nasabah atas dasar kelalaian nasabah.

Daftar Bacaan

Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 7/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Mudarabah* (*Qiradh*)

Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 50/DSN-MUI/III/2006 tentang Akad *Mudarabah Musytarakah*.

Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 33/DSN-MUI/IX/2002 tentang Obligasi Syari'ah *Mudarabah*.

Fatwa Dewan Syari'ah Nasional Nomor 59/DSN-MUI/V/2007 tentang Obligasi Syariah *Mudarabah* Konversi.

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Islam.

Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 10/14/DPbs Tanggal 17 Maret 2008 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah.

Arifin, Zaenal, 2007, *Realisasi Akad Mudarabah dalam Rangka Penyaluran Dana dengan Prinsip Bagi Hasil di Bank Muamalat Indonesia Cabang Semarang*, Semarang: Program Studi Magister Kenotariatan, Pascasarjana Universitas Diponegoro.

A. Saleh, Nabil, 1986, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Chapra, Umer, 1983, *toward a Just Monetary Syistem*, London: The Islamic Fondation.

Direktorat Perbankan Syariah, 2005, *Laporan Perkembangan Perbankan Syariah*, Bank Indonesia.

Hulwati, 2009, *Ekonomi Islam Teori dan Praktiknya dalam Perdagangan Obligasi Syariah di Pasar Modal Indonesia dan Malaysia*, Jakarta: Fak. Syariah IAIN Imam Bonjol kerjasama dengan Ciputat Press.

Qudamah, Ibnu, 1981, *Al Mugghni*, Riyad: Maktabat al Riyadh al Hadi-sah.

Ismal, Rifki, 2011, *Islamic Banking Operation and Its Problem In Indonesia*, Pekanbaru: STIE Riau-Akbar.

J. David Hunger dan Thomas L. Wheelen, 2000, *Strategic Management*, 7th ed. New Jersey, Prentice Hall Upper Saddle River.

Muhammad, Yusuf Kamal, 1996, *Iqh al-Iqtishâd al-Naqdi AlMashrafiyyah al-Islâmiyyah: Al-Azmah wa al-Makhraj*, Mesir: Dâr al-Nasyr li al-Jâmi'ât al-Mishriyah, Maktabah al-Wafâ.

Nawawi, Hadari, 2003, *Metode Penelitian Bidang Sosial*, Yogyakarta: Gajah Mada University Press.

As Syauckani, 1937, *Isyhad sl Fuhul ila Tahqiq al Haq min 'ilm al Usul*, Qaherah: Matba'ah Mustafa al Babi al Halabi wa Auladih.

Susana, Erni dan Prasetyanti Annisa, 2011, *Pelaksanaan dan Sistem Bagi Hasil Pembiayaan Al Mudharabah Pada Bank Syariah*, Jurnal Keuangan dan Perbankan Islam, Volume 15, No. 3, Septeember.

at Tariqi, Abdullah Abdul Husain, 2004, *Ekonomi Islam Prinsip, Dasar, dan Tujuan*, terj. M. Irfan Syofwani, Yogyakarta: Magistra Insnia Press.

Usmani, Muhammad Taqi, 2002, *An Introduction to Islamic Finance*, Karachi: Maktabah Ma'arif al-Qur'an di Karachi.

Warjiyo, Perry, 2004, *Identifikasi Masalah rendahnya pembiayaan bagi hasil diperbankan syari'ah Indonesia*, Jakarta: LPPI.

Implementasi Perlindungan Hak Anak Pengidap Penyakit HIV/AIDS

Fransiska Kristina Siswanto
Fakultas Hukum Universitas Hang Tuah Surabaya

Abstract: *The assumption underlying this paper is that there are many challenges faced by those who try to fulfill the rights of children, since what stipulated in the regulations are not separated with those implementation. Regulation and implementation are not closed and separated. Society and government are in strategic position in the implementation of fulfill children's right especially for children living with HIV/AIDS. Protection and fulfillment of children's right are not only the responsibility of parents., the role of society and government are also needed.*

Keywords: *children's rights, protection, HIV/AIDS, society, government.*

Abstrak: Asumsi yang mendasari tulisan ini adalah banyaknya tantangan yang harus dihadapi dalam memenuhi hak anak, dimana apa yang diatur dalam peraturan perundang-undangan tidak sesuai dengan dengan pelaksanaannya. Masyarakat dan pemerintah menempati posisi strategis dalam pemenuhan hak anak terutama bagi anak yang mengidap penyakit HIV/AIDS. Perlindungan dan pemenuhan hak anak tidak hanya menjadi tanggungjawab orang tua, namun peran dari masyarakat dan pemerintah juga dibutuhkan.

Kata kunci: hak anak, perlindungan, HIV/AIDS, masyarakat, pemerintah.

Pendahuluan

Banyak sekali terjadi perlakuan diskriminatif yang dilakukan oleh warga terhadap ODHA (Orang Dengan HIV/AIDS). Sampai sekarang ini masih banyak orang yang menganggap bahwa ODHA tidak layak bergaul dan hidup bersama masyarakat. Perlu diketahui bahwa yang mengidap penyakit HIV/AIDS tidak hanya orang dewasa namun juga anak-anak. Sungguh sangat memprihatinkan karena anak-anak tersebut tidak berdosa namun harus dilahirkan dengan status mengidap HIV/AIDS. Walaupun jumlah kasus HIV/AIDS yang dilaporkan pada kelompok anak masih rendah, namun anak sangat rentan tertular HIV/AIDS antara lain karena kelompok anak tersebut sudah mulai aktif secara seksual, penggunaan narkotika suntik (napza suntik), kekerasan seks, rendahnya pengetahuan tentang kesehatan reproduksi termasuk HIV/AIDS.

Adapun yang dimaksud dengan perlakuan diskriminasi berdasarkan pasal 1 ayat (3) Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia (HAM) adalah sebagai berikut :

Diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tidak langsung didasarkan pada perbedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak-hak manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individu maupun kolektif dalam bidang politik,

ekonomi, hukum, social, budaya, dan aspek kehidupan lainnya.¹

Perlakuan yang diskriminatif pun tidak dapat dihindari oleh anak-anak yang mengidap HIV/AIDS. Mereka menjadi tidak bebas dalam bergaul dengan teman sebayanya karena para orang tua melarang anak-anaknya untuk bermain bersama anak yang mengidap HIV/AIDS, bahkan ada pula yang diusir oleh warga dan masih banyak lagi perlakuan diskriminasi lainnya.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan sejumlah peraturan hukum menjadi dasar mengapa perlu dilakukan perlindungan anak. Dalam Undang-Undang Dasar 1945 (vide pasal 28B ayat 2) ditegaskan bahwa setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, dan perlindungan dari berbagai bentuk kekerasan dan diskriminasi. Sedangkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia secara eksplisit menjamin dan melindungi anak dari penelantaran. Pasal 52 ayat (1) menentukan bahwa “setiap anak berhak atas perlindungan orang tua, keluarga, masyarakat dan negara.”² Pasal 58 ayat (1) menentukan bahwa “setiap anak berhak untuk mendapatkan perlindungan hukum dari segala bentuk kekerasan fisik dan mental, penelantaran, perlakuan buruk dan pelecehan seksual selama dalam pengasuhan orang tua atau walinya atau pihak lain manapun yang bertanggung jawab atas pengasuhan anak tersebut.”³

¹Endang Sumiarni, 2003, *Perlindungan Hukum terhadap Anak dalam Hukum Pidana*, hal. 626.

²Tim Redaksi Media Center, *Pengadilan Hak Asasi Manusia UU RI No. 26 Tahun 2000 & Hak Asasi Manusia UU RI No. 39 Tahun 1999*, 2007, hal. 93.

³*Ibid.*

Konvensi hak-hak anak “*Convention on the Rights of the child (CRC)*” yang telah disahkan oleh PBB berdasarkan Resolusi 44/25 tahun 1989 yang secara umum telah diterima dan diadopsi hampir semua bangsa di dunia yang di dalamnya tercakup tiga nilai utama yaitu nilai perlindungan (*protection*), nilai kelangsungan hidup (*survival*), nilai perkembangan anak (*development*).⁴ Indonesia meratifikasi Konvensi Hak Anak dengan Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tanggal 25 Agustus 1990. Dengan demikian, Indonesia berkewajiban untuk melaksanakan kesepakatan-kesepakatan tersebut dan memenuhi hak-hak anak sesuai dengan butir-butir konvensi. Kemudian sebagai implementasinya pemerintah Indonesia mensahkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Pada pasal 1 angka 12 menentukan mengenai pengertian hak anak yaitu merupakan bagian dari hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi dan dipenuhi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah dan negara.⁵ Berbagai tindakan yang tidak wajar terhadap terhadap anak dapat menghambat tumbuh kembang seorang anak. Maka dengan demikian masyarakat mempunyai kewajiban untuk menjamin hak anak, tidak hanya terbatas pada orang tua dan keluarga melainkan masyarakat juga memiliki peranan yang penting dalam menjamin perlindungan dan pemenuhan hak anak.

Anak merupakan permata bagi keluarga, sebagai calon generasi penerus

suatu bangsa yang nantinya akan melanjutkan kepemimpinan di masa yang akan datang. Oleh karena itu seorang anak harus seharusnya mendapatkan perlakuan atau perhatian yang lebih khusus, karena dengan merekalah kelak hitam putihnya suatu bangsa itu ditentukan. Hal ini digambarkan dari tujuan perlindungan anak sebagaimana diatur dalam pasal 3 Undang-Undang Perlindungan Anak adalah sebagai berikut :

Perlindungan anak bertujuan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas berakhlak mulia dan sejahtera.⁶

Berbagai bentuk tindakan yang tidak wajar terhadap anak dapat menghambat tumbuh kembang anak, terutama karena hak-haknya tidak terjamin dengan baik. Saat ini memang telah diupayakan perlindungan bagi hak-hak anak, baik dalam keluarga, masyarakat, maupun pemerintah sesuai dengan tugas dan fungsi masing-masing pihak. Meskipun telah dilakukan berbagai upaya untuk memberikan perlindungan kepada hak-hak anak, tetapi dalam kenyataannya kondisi dan tingkat kesejahteraan anak di Indonesia masih dalam tahap serius untuk diperhatikan lebih lanjut.

Di dalam ketentuan pasal 4 Undang-Undang Perlindungan Anak menentukan: “Setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan

⁴Elly Hernawati et. al., “*Hand Out Sistem Peradilan Anak dan Kekerasan Terhadap Perempuan*”, Fakultas Hukum Universitas Surabaya, 2008, hal. 7.

⁵ *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan tentang Pelanggaran HAM*, 2007, hal.70.

⁶ *Ibid.*

harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”.⁷ Hal ini merupakan implementasi dari prinsip-prinsip dasar dari Konvensi Hak Anak yang meliputi (1) nondiskriminasi, (2) kepentingan yang terbaik bagi anak, (3) hak untuk hidup, kelangsungan hidup dan perkembangan, (4) penghargaan terhadap pendapat anak.⁸

Anak dikelompokkan sebagai orang yang lemah dan belum mampu membuat keputusan mana yang baik dan kurang baik ataupun tidak baik. Keadaannya masih tergantung kepada orang dewasa, baik secara rohani, jasmani maupun sosial belum memiliki kemampuan untuk berdiri sendiri, maka menjadi kewajiban bagi orang tua, keluarga, masyarakat maupun pemerintah/negara untuk menjamin, memelihara dan mengamankan kepentingan anak. Hal ini sesuai dengan ketentuan dalam pasal 20 Undang-Undang Perlindungan Anak yang menentukan sebagai berikut: “Negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab terhadap penyelenggaraan perlindungan anak”.⁹

Pembahasan

Ruang Lingkup Pengertian Anak dan Hak Anak

Anak sebagai bagian dari generasi muda merupakan penerus cita-cita perjuangan perjuangan bangsa dan sumber daya manusia bagi pembangunan nasional, sehingga diperlukan pembinaan secara terus menerus demi kelangsungan hidup, pertumbuhan dan perkembangan

fisik, mental dan sosial serta perlindungan dari segala kemungkinan yang akan membahayakan mereka dan bangsa di masa mendatang.

Di dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak diatur mengenai hak anak, diantaranya sebagai berikut :

- a. Pasal 4 menentukan bahwa setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang, berpartisipasi, secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.¹⁰
- b. Pasal 8 menentukan bahwa berhak memperoleh pelayanan, kesehatan dan jaminan sosial sesuai dengan kebutuhan fisik, mental, spiritual, sosial sesuai dengan kebutuhan fisik, mental, spiritual dan sosial.¹¹

Di dalam deklarasi Hak Anak terdapat 10 (sepuluh) asas perlindungan terhadap anak, diantaranya menyatakan sebagai berikut:

Anak berhak menikmati semua hak-haknya sesuai dengan ketentuan yang terkandung dalam deklarasi ini, yakni¹²:

- a. Memperoleh perlindungan secara khusus dan harus memperoleh kesempatan yang dijamin oleh hukum dan sarana lain;
- b. Nama dan kebangsaan;
- c. Dijamin secara kemasyarakatan untuk tumbuh kembang secara sehat;
- d. Khusus untuk anak yang cacat fisik, mental dan lemah kedudukan sosialnya akibat suatu keadaan tertentu

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² Ignasius Basis Susilo, et, al, *Kompilasi Instrumen Internasional Hak Asasi Manusia*, 2003, hal. 128.

⁷ *Ibid.*

⁸ Elly Hernawati et.al., *Op cit*, hal. 2.

⁹ *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Tentang Pelanggaran HAM, op.cit.*, hal. 75.

- harus memperoleh pendidikan, perawatan dan perlakuan khusus;
- e. Kasih sayang dan pengertian;
 - f. Pendidikan wajib secara cuma-cuma minimal di tingkat sekolah dasar;
 - g. Menerima perlindungan dan pertolongan dalam keadaan apapun;
 - h. Dilindungi dari segala bentuk ketelantaran, kekerasan, penghisapan;
 - i. Tidak boleh dijadikan subyek perdagangan, bekerja sebelum usia tertentu, dilibatkan dalam pekerjaan yang merugikan dirinya;
 - j. Dilindungi dari perbuatan yang mengarah pada bentuk diskriminasi sosial, agama maupun bentuk-bentuk diskriminasi sosial lainnya.

Dalam asas-asas yang terkandung dalam Deklarasi Hak Anak tersebut terirat bahwa umat manusia berkewajiban memberikan yang terbaik bagi anak-anak. Asas-asas dalam Deklarasi Hak Anak tersebut kemudian ditegaskan dalam sebuah konvensi yang disebut dengan Konvensi Hak Anak, yang mengikat secara yuridis dan politis bagi pihak yang meratifikasinya. Indonesia merupakan salah satu negara yang meratifikasi konvensi tersebut yaitu pada tanggal 20 Agustus 1990 dengan diterbitkannya Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 1990 dan ditindak lanjuti dengan diterbitkannya Undang-Undang Perlindungan Anak pada 22 Oktober 2002. Dalam Konvensi Hak Anak tersebut terdapat 4 (empat) hak dasar anak yang harus dipenuhi, yaitu:

- a. Hak atas kelangsungan hidup (*survival rights*); wujudnya meliputi hak untuk melestarikan hidup dan memperhatikan hidup serta kesehatan dan perawatan yang baik.

- b. Hak atas perlindungan (*protection rights*); perlindungan terhadap diskriminasi, tindak kekerasan dan keterlantaran.
- c. Hak atas perkembangan (*development rights*); hak untuk mendapatkan pendidikan baik formal maupun non formal serta mencapai perkembangan fisik, mental, spiritual, moral dan sosial.
- d. Hak untuk berpartisipasi (*participation rights*); hak untuk menyatakan pendapat dalam segala hal.

Perlindungan Anak

Dasar-dasar pemikiran hukum perlindungan anak yaitu:

- a. Karena anak sebagai tunas, potensi dan generasi muda penerus cita-cita perjuangan bangsa;
- b. Karena memiliki peran strategis dan mempunyai ciri dan sifat khusus yang menjamin kelangsungan eksistensi bangsa dan negara pada masa depan;
- c. Agar anak dapat tumbuh dan berkembang secara optimal, baik fisik, mental maupun sosial dan berakhlak mulia;
- d. Karena pemeliharaan terhadap kesejahteraan anak belum dapat dilaksanakan sendiri oleh anak, sehingga perlu pemenuhan terhadap hak-hak anak.¹³

Anak sebagai generasi penerus cita-cita perjuangan bangsa mempunyai peran yang sangat strategis, namun karena kondisinya yang rentan terhadap kekerasan maka diperlukan perlindungan agar anak dapat tumbuh dan berkembang dengan wajar baik jasmani, rohani maupun sosial.

Berkaitan dengan pengertian perlindungan anak, dalam pasal 1 angka 2

¹³ Elly Hernawati et.al., *Op.cit.*, hal. 1.

Undang-Undang Perlindungan Anak, menentukan bahwa: "Perlindungan Anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi".¹⁴

Arif Gosita berpendapat bahwa perlindungan anak adalah: "Suatu kegiatan bersama yang bertujuan mengusahakan pengamanan, pengadaan dan pemenuhan kesejahteraan rohaniyah dan jasmaniah anak atau remaja yang sesuai dengan kepentingan dan hak asasinya".¹⁵

Sehubungan dengan pendapat Arif Gosita di atas, bahwa kegiatan perlindungan anak merupakan suatu kegiatan bersama, kegiatan bersama dalam hal ini bermakna bahwa perlindungan anak tidak hanya menjadi tanggung jawab satu pihak saja namun merupakan tanggung jawab para pihak. Mengenai keterlibatan pihak-pihak dalam melaksanakan perlindungan hukum pada anak di dalam pasal 20 Undang-Undang Perlindungan Anak, menentukan sebagai berikut: "Negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab terhadap penyelenggaraan perlindungan anak".¹⁶ Tiga pihak tersebut (orang tua, masyarakat, negara) mempunyai kewajiban melakukan perlindungan terhadap anak-anak dengan porsinya masing-masing. Untuk negara misalnya, melaksanakan kewajiban dengan menyiarkan undang-undang perlindungan anak. Na-

mun apabila tidak didukung dengan aparat penegak hukum maka undang-undang tidak ada fungsinya. Maka implementasinya tidak dapat berjalan dengan baik sehingga banyak terjadi pelanggaran di dalam masyarakat. Kemudian untuk orang tua atau keluarga sebagai lingkungan kehidupan (*life space*) terkecil tempat anak pertama kali mengenal dunia, tumbuh dan berkembang harus dapat memberikan pendidikan awal yang baik sekaligus memberikan perlindungan secara fisik dan mental bagi anak. Selain itu masyarakat juga mempunyai peranan yaitu harus dapat mengkondisikan lingkungan yang kondusif bagi pertumbuhan dan perkembangan anak.

Sehubungan dengan masalah perlindungan terhadap anak, Arif Gosita berpendapat bahwa: "Perlindungan anak suatu masyarakat, bangsa merupakan tolok ukur peradaban manusia seutuhnya dan beradab, maka itu kita mengusahakan perlindungan anak sesuai dengan kemampuan, demi kepentingan nusa dan bangsa".¹⁷ Oleh karena itu maka perlindungan anak merupakan suatu kewajiban dan tanggung jawab suatu bangsa agar bangsa tersebut dapat dikatakan sebagai bangsa yang beradab dan ber-prikemanusiaan. Perlindungan anak dilakukan mempunyai tujuan besar sebagaimana termuat dalam pasal 3 Undang-Undang Perlindungan Anak, yaitu:

Perlindungan anak bertujuan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi demi terwujudnya anak Indonesia yang

¹⁴ *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Tentang Pelanggaran HAM*, *op.cit*, h. 69

¹⁵ Arif Gosita, *Masalah Perlindungan Hak Anak*, Bhuana Ilmu Populer, Jakarta 2004, hal. 4.

¹⁶ *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Tentang Pelanggaran HAM*, *loc. cit*.

¹⁷ Arif Gosita, *op.cit*. hal. 8.

berkualitas, berakhlak mulia, dan sejahtera.¹⁸

Seorang anak sangatlah rentan terhadap segala sesuatu seperti kekerasan, eksploitasi dan hal-hal lain yang mengeliminasi hak-hak yang dimiliki oleh anak tersebut. Jika 3 pihak (orang tua, masyarakat, negara) tersebut tidak melakukan kewajibannya namun justru membiarkan saja, maka anak-anak bangsa ini dapat menjadi generasi penerus bangsa yang memiliki mental buruk.

Perlindungan anak bermanfaat bagi anak dan orang tuanya serta pemerintahannya dalam rangka mencegah ketidakseimbangan kegiatan perlindungan anak secara keseluruhan.¹⁹ Sehubungan dengan hal ini, Abdul Hakim Garuda Nusantara mengatakan: "Masalah perlindungan hukum bagi anak-anak merupakan satu sisi pendekatan untuk melindungi anak-anak Indonesia. Masalahnya tidak semata-mata bisa didekati secara yuridis, tetapi perlu pendekatan lebih luas, yaitu ekonomi, sosial dan budaya."²⁰

Perlindungan Bagi Anak Pengidap HIV/AIDS

Tingkat kesejahteraan anak-anak Indonesia masih sangat memprihatinkan. Masih banyak mereka yang haknya untuk hidup dan tumbuh berkembang menjadi anak yang sehat, cerdas, ceria, berbudi

luhur belum terpenuhi. Indonesia masih memiliki kompleksitas persoalan anak yang hingga saat ini belum terselesaikan secara menyeluruh dan komprehensif. Bisa dilihat betapa banyaknya anak-anak yang mengalami gizi buruk, anak-anak yang hidup dengan HIV/AIDS, anak-anak cacat, anak-anak yang harus bekerja siang dan malam, anak-anak yang menjadi prostitusi dan objek pornografi, anak-anak yang hidup dalam penjara-penjara yang kumuh, kotor dan berdesak-desakan, dan sejumlah masalah anak lainnya yang dengan sangat mudah dijumpai.

Karena itu, harus ada komitmen yang sungguh-sungguh untuk mereduksi persoalan anak tersebut, komitmen saja belum cukup tetapi juga dibarengi dengan implementasi dari komitmen. Karena itu beberapa rekomendasi penting untuk dipertimbangkan dalam upaya memberikan perlindungan anak yang menyeluruh di Indonesia termasuk membangun sistem dan mekanisme perlindungan anak yang harus bekerja secara rapi dan transparan di masyarakat yang didukung dengan system kesejahteraan social dan kesehatan dan penegakan hukum.

Saat ini jumlah anak-anak yang berada dalam situasi sulit masih sangat banyak. Anak-anak yang berada dalam situasi sulit ini juga meliputi anak-anak yang terlantar, anak-anak yang dieksploitasi dan anak-anak yang membutuhkan perlindungan khusus termasuk anak cacat, anak-anak yang berada dalam lembaga pemasyarakatan, anak-anak yang berada dalam panti asuhan dan juga anak-anak yang bekerja di sektor formal maupun informal. Belum lagi masalah anak-anak yang terasing dan terdiskriminasi karena mengidap penyakit Hiatau teknik penularan HIV/AIDS turunan dari

¹⁸ *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Tentang Pelanggaran HAM*, loc.cit.

¹⁹ Maldin Gultom, *Aspek Hukum Pencatatan Kelahiran dalam Usaha Perlindungan Anak pada Kantor Catatan Sipil Kotamadya Medan*". Tesis, Medan: Program Pascasarjana USU, 1997, hal. 53.

²⁰ Abdul Hakim Garuda Nusantara, *Prospek Perlindungan Anak*, Makalah, Jakarta: Seminar Perlindungan Hak-Hak Anak, 1986, hal. 22.

orang tua mereka. Masih minimnya pengetahuan masyarakat mengenai metode atau teknik penularan dan penyebaran virus HIV/AIDS, semakin menambah permasalahan perlakuan diskriminatif terhadap anak-anak yang mengidap penyakit HIV/AIDS.

Adapun yang dimaksud dengan perlakuan diskriminasi berdasarkan pasal 1 ayat (3) Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia (HAM) adalah sebagai berikut :

Diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tidak langsung didasarkan pada perbedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak-hak manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individu maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya, dan aspek kehidupan lainnya.²¹

Rendahnya pengetahuan masyarakat mengenai HIV/AIDS (*Human Immune Deficiency Virus/Acquired Immune Deficiency Syndrome*) dapat menyebabkan masyarakat tersebut menjauhi ODHA (Orang Dengan HIV AIDS). Masyarakat yang rendah pengetahuannya selalu beranggapan bahwa penderita HIV/AIDS adalah seseorang yang berperilaku buruk, cenderung melakukan seks bebas. Memang tidak mudah untuk mengajak masyarakat menerima peng-

idap HIV/AIDS. Masih banyak anggota masyarakat yang apriori terhadap pengidap HIV/AIDS. Persepsi buruk masyarakat terhadap pengidap HIV/AIDS tidaklah semuanya benar, perlu dilakukan pengkajian ulang dan jangan langsung dipukul sama rata terhadap seluruh pengidap HIV/AIDS. Padahal pengidap bisa terinfeksi tanpa sengaja, misal dikarenakan transfusi darah atau jarum suntik. Jadi tidak seluruh pengidap HIV/AIDS memiliki perilaku yang buruk dan cenderung melakukan seks, karena tidak sedikit orang yang menjadi korban HIV/AIDS karena ketidaksengajaan.

Banyak yang mengira virus HIV/AIDS itu menular kalau kita berbicara dengan penderita, makan dan minum dengan satu gelas dan piring yang sama, berenang sama, memakai handuk atau barang yang sama. Itulah sebabnya banyak masyarakat menjauhi ODHA. Ketika mereka mendengar kata HIV/AIDS, seakan-akan seperti sesuatu yang sangat menakutkan dan harus dijaui penderitanya.

Padahal sesungguhnya penyebaran virus HIV/AIDS tidaklah demikian. Virus HIV/AIDS dapat menular melalui tranfusi darah, berhubungan intim, bayi yang meminum ASI dari seorang ibu yang mengidap HIV. Jadi penularan HIV/AIDS tidak melalui udara, tidaklah benar apabila berdekatan atau berbicara dengan ODHA (Orang Dengan HIV/AIDS) dapat tertular HIV/AIDS. Perlu diketahui juga Cairan Tubuh yang tidak mengandung Virus HIV pada penderita HIV+ yaitu meliputi²² :

- Air liur/air ludah/*saliva*,
- Feses/kotoran/tokai/bab/tinja,

²¹ Endang Sumiarni, *Perlindungan Hukum terhadap Anak dalam Hukum Pidana*, 2003, hal. 626.

²² <http://pojokpenjas.blogspot.com>artikel: *pengertian-hiv-aids*

- Air mata,
- Air keringat,
- Air seni/air kencing/air pipis/urin/*urine*.

Maka dengan demikian tidak dibenarkan pengucilan terhadap para penderita HIV/AIDS, karena bagaimanapun mereka juga merupakan manusia yang mempunyai hak dan kewajiban yang sama.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan sejumlah peraturan hukum menjadi dasar mengapa perlu dilakukan perlindungan anak. Dalam Undang-Undang Dasar 1945 (vide pasal 28B ayat 2) ditegaskan bahwa setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, dan perlindungan dari berbagai bentuk kekerasan dan diskriminasi. Sedangkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia secara eksplisit menjamin dan melindungi anak dari penelantaran. Pasal 52 ayat (1) menentukan bahwa “setiap anak berhak atas perlindungan orang tua, keluarga, masyarakat dan negara”.²³ Pasal 58 ayat (1) menentukan bahwa “setiap anak berhak untuk mendapatkan perlindungan hukum dari segala bentuk kekerasan fisik dan mental, penelantaran, perlakuan buruk dan pelecehan seksual selama dalam pengasuhan orang tua atau walinya atau pihak lain manapun yang bertanggungjawab atas pengasuhan anak tersebut”.²⁴

Tidak hanya orang tua yang mempunyai peran terhadap tumbuh kembang anak namun pemerintah dan masyarakat peran penting dalam kehidupan seluruh anak Indonesia tidak terkecuali anak yang

mengidap penyakit HIV/AIDS. Kedudukan anak sebagai generasi muda yang akan meneruskan cita-cita luhur bangsa, calon-calon pemimpin bangsa di masa mendatang sebagai sumber harapan bagi generasi terdahulu, perlu mendapat kesempatan yang seluas-luasnya untuk tumbuh dan berkembang secara wajar baik secara rohani, jasmani dan sosial. Perlindungan anak merupakan kegiatan seluruh lapisan masyarakat dalam berbagai kedudukan dan peranan, yang menyadari betul pentingnya anak bagi nusa dan bangsa di kemudian hari.

Adapun prinsip dasar Konvensi Hak Anak yang diadopsi adalah sebagai berikut:

- Non diskriminasi

Artinya semua hak yang diakui dan terkandung dalam peraturan perundang-undangan ini harus diberlakukan kepada semua anak tanpa pembedaan apa pun. Prinsip ini diadopsi dari pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) Konvensi Hak Anak yang menentukan sebagai berikut :

Negara-negara peserta akan menghormati dan menjamin hak-hak yang ditetapkan dalam konvensi ini bagi setiap anak yang berada dalam wilayah hukum mereka tanpa diskriminasi dalam bentuk apa pun tanpa memandang ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik atau pandangan-pandangan lain, asal usul kebangsaan, etnik atau sosial, status kepemilikan, cacat atau tidak, kelahiran atau status lainnya baik dari si anak sendiri atau dari orang tua atau walinya yang sah.²⁵

Negara-negara Peserta akan mengambil semua langkah yang perlu untuk menjamin agar anak

²³Tim Redaksi Media Center, *Pengadilan Hak Asasi Manusia UU RI No. 26 Tahun 2000 & Hak Asasi Manusia UU RI No. 39 Tahun 1999*, 2007, hal. 93.

²⁴ *Ibid*.

²⁵ Ignasius Basis Susilo, et, al, *loc.cit*.

dilindungi dari semua bentuk diskriminasi atau hukuman yang didasarkan pada status, kegiatan, pendapat yang dikemukakan atau keyakinan dari orang tua anak, walinya yang sah, atau anggota keluarganya.²⁶

Jadi tidak ada perkecualian dalam pemberlakuan konvensi ini, bagaimana pun kondisi seorang anak harus tetap mendapatkan hak-haknya seperti anak lainnya. Dalam hal ini termasuk anak cacat dan anak pengidap HIV/AIDS. Justru anak cacat dan pengidap HIV/AIDS harus lebih banyak mendapatkan perlakuan yang lebih intensif, agar tumbuh dan kembang mereka tetap bisa optimal walaupun mereka memiliki kekurangan.

- Yang terbaik bagi anak

Artinya dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh pemerintah, masyarakat, badan legislatif dan badan yudikatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama. Prinsip ini disesuaikan Prinsip ini diselaraskan dengan pasal 3 ayat (1) Konvensi Hak Anak, yang menentukan sebagai bahwa dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh lembaga-lembaga kesejahteraan sosial pemerintah maupun swasta, lembaga peradilan, lembaga pemerintah atau badan legislatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama.²⁷

Kepentingan yang terbaik bagi anak memang harus selalu diutamakan, tidak terkecuali anak dengan pengidap HIV/AIDS. Seringkali yang terjadi ka-

rena status pengidap HIV/AIDS menjadikan seorang anak tidak menduduki posisi pemegang kepentingan terbaik yang harus selalu diutamakan. Hal ini dikarenakan *stereotype* yang negatif oleh masyarakat terdapat pengidap HIV/AIDS, padahal seorang anak mengidap HIV/AIDS belum tentu karena kesalahan yang mereka perbuat namun bisa juga karena bawaan dari orang tua mereka dan mereka merupakan korban yang seharusnya dilindungi.

- Hak hidup, kelangsungan hidup dan perkembangan (*the right to life, survival and development*).

Hak ini adalah hak asasi yang paling mendasar bagi anak yang dilindungi oleh negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua. Prinsip ini diselaraskan dengan maksud pasal 6 ayat (1) Konvensi Hak Anak. Yang menentukan bahwa negara-negara peserta mengakui bahwa setiap anak memiliki hak yang melekat atas kehidupan.²⁸ Lalu pasal 6 ayat (2) menentukan bahwa negara-negara peserta akan menjamin sampai batas maksimal kelangsungan hidup dan perkembangan anak.²⁹

Walaupun seorang anak pengidap HIV/AIDS, ia tetap mempunyai hak untuk hidup sekecil apapun kemungkinan baginya untuk bertahan untuk tetap hidup. Keadaan anak dengan penyakit HIV/AIDS tersebut tidak boleh dijadikan alasan agar hak hidupnya dirampas oleh siapapun.

- Penghargaan terhadap Pendapat Anak (*respect for the views of the child*)

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Ignasius Basis Susilo, et, al, *Loc.Cit.*

²⁹ *Ibid.*

Hal ini merupakan penghormatan atas hak-hak anak untuk berpartisipasi dan menyatakan pendapat dalam mengambil keputusan, terutama jika menyangkut hal-hal yang mempengaruhi kehidupannya. Prinsip ini diselaraskan dengan maksud pasal 12 ayat (1) Konvensi Hak Anak, sebagai berikut negara-negara peserta akan menjamin agar anak-anak yang mempunyai pandangan sendiri akan memperoleh hak untuk menyatakan pandangan-pandangannya secara bebas dalam semua hal yang mempengaruhi anak, dan pandangan tersebut akan dihargai sesuai dengan tingkat usia dan kematangan anak.³⁰

Anak pengidap HIV/AIDS juga mempunyai hak untuk menyatakan pendapat dalam mengambil keputusan, dan pendapatnya tersebut harus dihargai. Bukan berarti anak pengidap HIV/AIDS tidak layak untuk dihargai pendapatnya. Lalu mereka dipaksa untuk menerima semua perlakuan terhadapnya tanpa diberi penjelasan dan pandangan terlebih dahulu. Jadi bukan karena semata-mata anak pengidap HIV/AIDS yang batas usianya tidak lama, lalu mereka tidak berhak tahu mengenai hal-hal apa saja yang mempengaruhi kehidupan mereka.

Selanjutnya kebutuhan serta hak-hak anak yang diakomodasikan dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 meliputi³¹:

- Hak untuk hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi (pasal 4).
- Hak atas suatu nama sebagai identitas dan status kewarganegaraan (pasal 5).

- Hak untuk beribadah menurut agamanya, berpikir dan berekspresi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya dalam bimbingan orang tua (pasal 6).
- Hak untuk mengetahui orang tuanya, serta dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri (pasal 7 ayat 1).
- Hak untuk memperoleh pelayanan kesehatan, jaminan sosial sesuai dengan kebutuhan fisik, mental, spiritual dan sosial (pasal 8 ayat 1).
- Khusus bagi anak penyandang cacat berhak memperoleh pendidikan luar biasa, sedangkan bagi anak yang memiliki keunggulan luar biasa berhak mendapatkan pendidikan khusus (pasal 8 ayat 2).
- Hak untuk menyatakan dan didengarkan pendapatnya, menerima, mencari dan memberikan informasi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya demi pengembangan dirinya sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan dan kepatutan (pasal 10).
- Hak untuk beristirahat dan memanfaatkan waktu luang, bergaul dengan anak sebaya, bermain, berekreasi dan berkreasi sesuai dengan minat, bakat dan tingkat kecerdasannya demi perkembangan diri (pasal 11).
- Hak untuk memperoleh rehabilitasi, bantuan sosial dan pemeliharaan taraf kesejahteraan sosial bagi penyandang cacat (pasal 12).

Negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua berkewajiban dan bertanggungjawab menyelenggarakan perlindungan anak. Dalam melaksanakan perlindungan anak, negara dan pemerintah berkewajiban dan bertanggungjawab memberikan dukungan sarana dan prasarana. Sebaliknya kewajiban masyarakat dalam perlindungan anak dilaksanakan melalui kegiatan peran masyarakat dalam penyelenggaraan perlindungan anak. Sedangkan orang tua berkewajiban dan bertanggungjawab untuk mengasuh, memeli-

³⁰ Ignasius Basis Susilo, et, al, *loc.cit.*

³¹ *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan tentang Pelanggaran HAM*, *loc.cit.*

hara, mendidik dan melindungi anak. Orang tua juga berkewajiban menumbuhkan kembangkan anak sesuai dengan kemampuannya. Apabila orang tua tidak ada, atau karena sesuatu hal tidak dapat melaksanakan kewajibannya, maka tanggungjawab pemeliharaan anak beralih kepada keluarga.

Mengenai anak dengan HIV/AIDS jugademikian, mereka mempunyai hak yang sama dengan anak-anak lainnya. Hal ini sesuai dengan prinsip Konvensi Hak Anak yaitu prinsip non diskriminasi. Mereka perlu mendapat perlindungan, jaminan pelayanan kesehatan dan hak-hak lainnya. Perlu adanya kesadaran dari masyarakat mengenai betapa rentannya anak pengidap HIV/AIDS yang sangat membutuhkan perlindungan dan perlakuan yang manusiawi seperti anak-anak lainnya. Tidak ada alasan apapun yang menyebabkan seorang anak kehilangan hak-haknya. Justru anak yang mengidap penyakit HIV/AIDS harus mendapatkan hak-hak khusus karena kondisi khusus mereka tersebut.

Diskriminasi Berujung Pada Sanksi Pidana

Anak yang mengidap penyakit HIV/AIDS tetap mempunyai hak anak pada umumnya sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Perlindungan Anak, yaitu:

1. Pasal 4 menentukan bahwa: "Setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan diskriminasi".³²

2. Pasal 13 ayat (1) menentukan bahwa: "Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain manapun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan³³:
 - a. diskriminasi;
 - b. eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual;
 - c. penelantaran;
 - d. kekerasan, kekerasan dan penganiayaan;
 - e. ketidakadilan; dan
 - f. perlakuan salah lainnya.

Sebagaimana yang diuraikan di atas, bahwa sebagai anak sekalipun anak tersebut mengidap penyakit HIV/AIDS, tetap mempunyai hak untuk dapat hidup, tumbuh dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan. Hak tersebut dapat diwujudkan diantaranya dengan cara memberikan perlindungan, memberikan rasa aman, serta menghindarkan anak dari segala bentuk kekerasan dan diskriminasi misalnya: mengucilkan, mengusir dan lain sebagainya, yang dapat mengganggu perkembangan mental maupun fisik anak secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan.

Selain memperoleh hak anak pada umumnya, anak yang terkena HIV/AIDS berhak memperoleh hak-hak khusus karena kondisi khusus yang dialami anak tersebut sebagai penderita HIV/AIDS, diantaranya sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Perlindungan Anak, pasal 8 menentukan bahwa: "Setiap anak berhak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial sesuai dengan kebutuhan fisik, mental spiritual dan sosial".³⁴

³² Himpunan Peraturan Perundang-Undangan tentang Pelanggaran HAM, loc.cit.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

Menurut pendapat Arist Merdeka Sirat bahwa setidaknya ada 4 (empat) macam bentuk kekerasan yaitu³⁵:

1. Kekerasan seksual, meliputi: eksploitasi seksual komersial termasuk penjualan anak untuk tujuan prostitusi, perkosaan, pemaksaan seksual.
2. Kekerasan fisik, meliputi: pemukulan dengan menggunakan benda, menampar, menjewer, menendang, yang kesemuanya mengarah pada perusakan kulit, jaringan dan organ tubuh tertentu.
3. Kekerasan emosional (kekerasan verbal), meliputi: dilakukan dengan cara membantak, memarahi dan memaki dengan mengeluarkan kata-kata yang tidak pantas, jorok ataupun penghinaan.
4. Kekerasan penelantaran atau ekonomi, meliputi: dilakukan dengan cara membiarkan anak dalam situasi dan kondisi kekurangan gizi, tidak mendapat perawatan kesehatan yang memadai, putus sekolah. Memaksa anak menjadi pengemis, buruh pabrik dan jenis-jenis pekerjaan lainnya yang dapat membayakan tumbuh kembangnya seorang anak.

Tindakan diskriminasi terhadap anak pengidap penyakit HIV/AIDS termasuk dalam kekerasan emosional dan kekerasan penelantaran ekonomi. Tentunya hal tersebut melanggar peraturan perundang-undangan yang berlaku. Adapun Mengenai sanksi sebagaimana yang ditentukan dalam pasal 80 ayat (1) Undang-Undang perlindungan anak tersebut menentukan bahwa sanksinya adalah pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun 6 (enam) bulan dan/atau denda paling

banyak Rp 72.000.0000,- (tujuh puluh dua juta rupiah)³⁶.

Kesimpulan

Peran masyarakat perlu ditingkatkan dalam hal memberikan perlindungan terhadap anak, karena masyarakat juga mempunyai peranan penting dalam memberikan perlindungan terhadap anak. Pihak yang berkewajiban dalam memberikan perlindungan terhadap anak tidak hanya orang tua dan keluarga namun negara dan masyarakat juga berkewajiban menjamin pemenuhan dan perlindungan terhadap hak-hak anak. Selain itu Perlu dilakukan penyuluhan mengenai HIV/AIDS mengingat pengetahuan masyarakat tentang HIV/AIDS masih rendah, sehingga masih banyak masyarakat yang tidak tahu dan paham apa itu HIV dan apa itu AIDS serta bagaimana penularannya.

Daftar Bacaan

- Gosita, Arif, 1989, *Masalah Perlindungan Anak*, Jakarta: Akademi Pressindo.
- Gultom, Maidin, 2008, *Perlindungan Hukum terhadap Anak dalam Sistem Peradilan Pidana Anak Indonesia*, Bandung: PT. Refika Aditama.
- Elly Hernawati, 2008, "Pengaturan Hak Anak dalam Hukum Positif di Indonesia", Surabaya: Seminar Nasional Perlindungan Hukum Terhadap Hak Anak.

<http://pojokpenjas.blogspot.com/2008/08/pengertian-hiv-aids.html>

³⁵ Elly Hernawati, *Loc.Cit.*

³⁶ *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Tentang Pelanggaran HAM, loc.cit.*