

ISSN 1978-6506

Terakreditasi LIPI
No. 507/Akred/P2MI-LIPI/10/2012

Jurnal
YUDISIAL

Vol. 6 No. 1 April 2013

MENAKAR
RES JUDICATA



KOMISI YUDISIAL
REPUBLIK INDONESIA

Jurnal Yudisial	Vol. 6	No. 1	Hal. 1-94	Jakarta April 2013	ISSN 1978-6506
--------------------	--------	-------	--------------	-----------------------	-------------------

Segenap pengelola Jurnal Yudisial menyampaikan terima kasih sebesar-besarnya atas sumbangsih Mitra Bestari yang telah melakukan *review* terhadap naskah Jurnal Yudisial Vol. 6 No. 1 April 2013. Semoga bantuan mereka mendapatkan balasan dari Allah SWT.

1. Dr. Shidarta, S.H., M.Hum. (Pakar Filsafat Hukum dan Pidana)
2. Dr. Anton F. Susanto, S.H., M.Hum. (Pakar Metodologi Hukum dan Etika)
3. Dr. Yeni Widowati, S.H., M.Hum. (Pakar Hukum Pidana)

Jurnal Yudisial adalah jurnal ilmiah berkala empat bulanan yang diterbitkan oleh Komisi Yudisial Republik Indonesia. Jurnal ini beredar pada setiap awal April, Agustus, dan Desember, memuat hasil kajian/riset atas putusan-putusan pengadilan oleh jejaring peneliti dan pihak-pihak lain yang berkompeten. Penerbitan jurnal ini bertujuan untuk memberi ruang kontribusi bagi komunitas hukum Indonesia dalam mendukung eksistensi peradilan yang akuntabel, jujur, dan adil, yang pada gilirannya ikut membantu tugas dan wewenang Komisi Yudisial Republik Indonesia dalam menjaga dan menegakkan kode etik dan pedoman perilaku hakim.

Isi tulisan dalam jurnal sepenuhnya merupakan pandangan independen masing-masing penulis dan tidak merepresentasikan pendapat Komisi Yudisial Republik Indonesia. Sebagai ajang diskursus ilmiah, setiap hasil kajian/riset putusan yang dipublikasikan dalam jurnal ini tidak pula dimaksudkan sebagai intervensi atas kemandirian lembaga peradilan, sebagaimana telah dijamin oleh konstitusi dan peraturan perundang-undangan lainnya.

Redaksi menerima kiriman naskah kajian/riset dalam bahasa Indonesia dan Inggris. Pedoman penulisan dapat dilihat pada halaman akhir jurnal.

Alamat Redaksi:

Gedung Komisi Yudisial Lantai 3

Jalan Kramat Raya Nomor 57 Jakarta Pusat

Telp. 021-3905876, Fax. 021-3906215

Email: jurnal@komisiyudisial.go.id

Penanggung Jawab : Drs. Muzayyin Mahbub, M.Si.

Redaktur : 1. Drs. Patmoko (Bidang Studi Ekonomi dan Pembangunan)
2. Dra. Titi A. Winahyu (Bidang Studi Komunikasi)

Penyunting : 1. Hermansyah, S.H., M.Hum. (Bidang Hukum Ekonomi/Bisnis)
2. Imran, S.H., M.H. (Bidang Hukum Pidana)
3. Nur Agus Susanto, S.H.,MM. (Bidang Hukum Internasional/
Pariwisata)
4. Muhammad Ilham, S.H. (Bidang Hukum Administrasi Negara)
5. Ikhsan Azhar, S.H. (Bidang Hukum Tata Negara)

Sekretariat : 1. Arnis Duwita Purnama, S.Kom.
2. Yuni Yulianita, S.S.
3. Aran Panji Jaya, S.T.
4. Eka Desmi Haryati, A. Md.
5. Andri Kurniadi, A. Md.
6. Wirawan ND. A.Md.
7. Sri Djuwati

Desain Grafis & Fotografer : 1. Dinal Fedrian, S.IP.
2. Widya Eka Putra, A.Md.

MENAKAR *RES JUDICATA*

Rasanya sulit untuk hanya diam jika mencermati kondisi dunia peradilan saat ini, reformasi peradilan yang telah dijalankan selama lebih dari sepuluh tahun lalu tetap menyisakan pekerjaan yang belum selesai. Misi utama reformasi peradilan yang tidak hanya sebatas menegakkan independensi dan imparialitas peradilan, tetapi juga membangun dan menjaga sistem akuntabilitas serta mekanisme kontrol bagi para hakim agar peradilan tidak memunculkan *abuse of power* baru pada dasarnya belum selesai.

Komisi Yudisial meyakini bahwa bagaimanapun juga hakim sebagai sebuah profesi tidak bisa berdiri sendiri, cara pandang yang melihat hakim secara mekanis, yang berarti menjadikannya sebagai orang yang steril, bebas nilai, bersih dari kepentingan serta dilepaskan dari segala yang bersifat manusiawi dan terhindar sama sekali dari pengaruh lingkungannya dianggap tidak tepat. Hal tersebut didasarkan pada pandangan bagaimana mungkin seseorang hakim bisa bekerja menganalisis sebuah perkara hanya "murni" dengan mendasarkan diri pada norma hukum yang berlaku, karena sebenarnya hakim itu sudah terpengaruh perspektif pendidikannya, gendernya, psikologinya, agamanya, status sosialnya dan kelas sosialnya, tradisinya, dan bahkan ideologi keilmuannya.

Uraian di atas akhirnya menuntun juga edisi Jurnal Yudisial kali ini dengan mengangkat judul "Menakar *Res Judicata*" (dalam bahasa populernya dapat disebut menguji putusan hakim) sebagai bahasan yang dominan. Redaksional *res judicata* sendiri diambil dari asas hukum yang berbunyi *res judicata pro veritate habetur* yang berarti "putusan hakim dianggap benar serta merta". Relevansi antara judul dengan isi jurnal yang coba dikemukakan adalah mengenai pengujian kembali terhadap berbagai putusan hakim yang isinya justru menguji keputusan atau kewenangan dari pemerintah maupun parlemen. Mengingat di manapun entitasnya dan apapun sistem hukumnya, kekuasaan kehakiman melalui hakim sebagai aktor utamanya selalu menjadi kontrol bagi cabang kekuasaan yang lain. Tapi, betapapun diposisikan sebagai kontrol jika kita mengingat kembali cara pandang yang melihat hakim tidak secara mekanis maka peluang koreksi tetap ada, terutama pada produk utamanya yakni putusan hakim.

Kata "menakar" di sini tidak hendak ditujukan untuk mencari kekeliruan yang dilakukan para hakim tetapi justru sebagai masukan membangun sebagai bahan koreksi kemapanan profesi hakim sendiri. Karena stagnansi ilmu dalam dunia peradilan dapat dipandang sebagai suatu hal yang haram terjadi, maka *exercise* terhadap dunia peradilan harus terus dilanjutkan. Dengan demikian, untuk bersikeras agar "tidak hanya diam" dalam berkontribusi membangun dunia peradilan yang agung, melalui Jurnal Yudisial ini dipastikan kritik yang bertanggung jawab kepada dunia peradilan akan terus dan tetap ada.

Terima kasih

Tertanda

Pemimpin Redaksi Jurnal Yudisial

ARTI PENTING UU NO. 1/PNPS/1965 BAGI KEBEBASAN BERAGAMA	1
Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009 Hwian Christianto, Fakultas Hukum Universitas Surabaya, Surabaya	
PENERAPAN KONSEP HUKUM PEMBANGUNAN EKONOMI DALAM UPAYA PENCEGAHAN EKSPLOITASI PEKERJA ALIH DAYA	17
Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-IX/2011 Iskandar Muda & Muhammad Kadafi Fakultas Ekonomi Universitas Malahayati, Bandar Lampung	
KEWENANGAN YUDIKATIF DALAM PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN	33
Kajian Putusan Mahkamah Agung Nomor 23 P/HUM/2009 Victor Imanuel W. Nalle, Fakultas Hukum Universitas Katolik Darma Cendika, Surabaya	
PERSELISIHAN <i>SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE</i> DENGAN MAZHAB SEJARAH DALAM KASUS "MERARIK"	48
Kajian Putusan Nomor 232/Pid.B/2008/PN.Pra Widodo Dwi Putro, Fakultas Hukum Universitas Mataram, Mataram	
PENERAPAN SANKSI PIDANA BAGI PELAKU TINDAK PIDANA ANAK	64
Kajian Putusan Nomor 50/Pid.B/2009/PN.Btg Bilher Hutahaean, Fakultas Hukum Universitas Trunajaya Bontang, Bontang	
KAIDAH ILMIAH DALAM SELIMUT KEPUTUSAN PENGUASA: MENGUJI PUTUSAN REKLAMASI PANTAI UTARA JAKARTA	80
Kajian Putusan Nomor 75/G.TUN/2003/PTUN.JKT Deni Bram, Fakultas Hukum Universitas Pancasila, Jakarta	

JURNAL YUDISIAL

ISSN 1978-6506

Vol. 6 No. 1 April 2013

Kata kunci bersumber dari artikel. Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa izin dan biaya.

UDC 342.7

Christianto H (Fakultas Hukum, Universitas Surabaya, Surabaya)

Arti Penting UU No. 1/PNPS/1965 Bagi Kebebasan Beragama

Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009

Jurnal Yudisial 2013 6(1), 1-16

Pemberlakuan UU No. 1/PNPS/1965 pada dasarnya memiliki dampak yang signifikan bagi kehidupan beragama di Indonesia. Ketentuan hukum tersebut secara eksplisit mengatur tindakan penyimpangan, penodaan agama, juga melarang penyebaran ajaran ateisme. Dalam perkembangannya UU No. 1/PNPS/1965 ini dinilai tidak sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945 baik dari segi juridis formil maupun materiil. Permohonan pengujian undang-undang pun diajukan untuk memperjelas konstusionalitas UU No. 1/PNPS/1965 yang justru dinilai menghambat toleransi kehidupan beragama. Isu hukum yang menarik adalah tentang hubungan negara dan agama di dalam konteks Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 terutama Pasal 28E ayat (1) dan (2), Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 29 ayat (2). Di sisi lain, UU No. 1/PNPS/1965 juga memberikan tiga bentuk kejahatan yang sangat berpengaruh bagi hukum pidana.

(Hwian Christianto)

Kata kunci: kebebasan beragama, hak asasi manusia.

UDC 347.454

Muda I & Kadafi M (Fakultas Ekonomi, Universitas Malahayati, Bandar Lampung)

Penerapan Konsep Hukum Pembangunan Ekonomi Dalam Upaya Pencegahan Eksploitasi Pekerja Alih Daya

Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-IX/2011

Jurnal Yudisial 2013 6(1), 17-32

Pada tanggal 17 Januari 2012, Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang berwenang melakukan uji formil dan materiil terhadap UUD 1945, telah melakukan Uji Materiil Konstusionalitas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan. Di dalam amar putusannya yang tertuang di dalam Putusan Nomor 27/PUU-IX/2011, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pasal 65 ayat (7) dan Pasal 66 ayat (2) huruf b UU Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan adalah tidak konstusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Apabila makna putusan itu kemudian ditelaah secara *a quo*, maka secara tidak langsung Mahkamah Konstitusi menerapkan konsep ilmu hukum pembangunan ekonomi dalam upaya pencegahan eksploitasi pekerja *outsourcing*, sehingga terciptalah keadilan dalam hubungan ekonomi.

(Iskandar Muda & Muhammad Kadafi)

Kata kunci: pekerja alih daya, tidak konstusional bersyarat.

<p>UDC 34.037</p> <p>Nalle VIW (Fakultas Hukum, Universitas Katolik Darma Cendika, Surabaya)</p> <p>Kewenangan Yudikatif dalam Pengujian Peraturan Kebijakan</p> <p>Kajian Putusan Mahkamah Agung Nomor 23 P/HUM/2009</p> <p><i>Jurnal Yudisial</i> 2013 6(1), 33-47</p> <p>Berdasarkan konsep negara hukum, pemerintah melakukan tindakan pemerintahan berdasarkan atas peraturan perundang-undangan, dan pemerintah tidak dapat membuat peraturan perundang-undangan yang tidak didelegasikan oleh undang-undang. Pada praktiknya, berdasarkan prinsip diskresi, pemerintah dapat membentuk peraturan kebijakan. Sebagian besar ahli hukum mengategorikan peraturan kebijakan bukan sebagai peraturan perundang-undangan dan tidak memiliki kekuatan mengikat. Jika demikian, tidak terdapat lembaga peradilan yang dapat melakukan uji material karena Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi hanya dapat menguji peraturan perundang-undangan. Pada praktiknya uji material peraturan kebijakan pernah dilakukan oleh Mahkamah Agung terhadap Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi. Tulisan ini akan menganalisis putusan pengujian surat edaran tersebut, yaitu Putusan Nomor 23 P/HUM/2009. Melalui analisis tersebut akan diketahui apakah Mahkamah Agung, secara teoretis maupun yuridis, memiliki wewenang melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan atau justru sebaliknya.</p>	<p>UDC 340.12</p> <p>Putro WD (Fakultas Hukum, Universitas Mataram, Mataram)</p> <p>Perselisihan <i>Sociological Jurisprudence</i> dengan Mazhab Sejarah dalam Kasus "Merarik"</p> <p>Kajian Putusan Nomor 232/Pid.B/2008/PN.Pra</p> <p><i>Jurnal Yudisial</i> 2013 6(1), 48-63</p> <p>Pada umumnya, perkawinan suku Sasak, didahului dengan proses membawa lari (<i>merarik</i>) calon istri. Jika keduanya saling menyukai dan tidak ada paksaan, tanpa meminta izin kepada kedua orangtua, si perempuan dibawa lari untuk dinikahi. Permasalahannya, jika orang tua keberatan dan perempuan yang dibawa lari di bawah umur, biasanya berujung pada meja hijau. Muncul perselisihan paradigma, jika pelaku <i>merarik</i> dijerat hukum pidana bukankah seolah-olah hukum adat tersebut identik dengan kejahatan dari kacamata hukum formal, padahal di sisi lain ia merupakan hukum yang hidup di masyarakat? Putusan hakim dalam kasus <i>merarik</i> tentu tidak "bebas-nilai", disadari atau tidak, merupakan perselisihan paradigma, yakni <i>sociological jurisprudence</i> yang hendak merekayasa masyarakat menjadi lebih modernis dengan mazhab sejarah yang masih ingin mempertahankan tradisi dan kebiasaan lama.</p> <p style="text-align: right;">(Widodo Dwi Putro)</p> <p>Kata kunci: <i>merarik</i>, perselisihan paradigma, <i>sociological jurisprudence</i>, mazhab sejarah.</p>
<p style="text-align: right;">(Victor Imanuel W. Nalle)</p> <p>Kata kunci: diskresi, peraturan kebijakan, uji material.</p>	<p>UDC 343.137.5</p> <p>Hutahaean B (Fakultas Hukum, Universitas Trunajaya Bontang, Bontang)</p> <p>Penerapan Sanksi Pidana Bagi Pelaku Tindak Pidana Anak</p>

Kajian Putusan Nomor 50/Pid.B/2009/PN.Btg

Jurnal Yudisial 2013 6(1), 64-79

Anak merupakan amanah dan karunia Tuhan Yang Maha Esa yang memiliki harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya. Perlakuan hukum pada anak sudah selayaknya mendapatkan perhatian serius, karena anak adalah masa depan suatu bangsa. Dalam perkara pidana Nomor 50/Pid.B/2009/PN.Btg terdakwa adalah anak yang masih berumur 15 tahun, didakwa melakukan perbuatan sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 363 ayat (1) ke-4 jo Pasal 65 ayat (1) dan ayat (2) KUHP. Hakim menjatuhkan pidana penjara selama 6 (enam) bulan dan terdakwa dikembalikan kepada orang tuanya sebagaimana mestinya. Putusan tersebut tidak mencerminkan kepastian hukum bagi terdakwa serta tidak mengedepankan pemidanaan sebagai *ultimum remedium*.

(Bilher Hutahaean)

Kata kunci: peradilan anak, sanksi pidana, *ultimum remedium*.

izin kegiatan yang berdampak bagi lingkungan hidup, namun juga aspek ini memberikan sarana untuk menguji aspek ilmiah yang berbalut kaidah normatif pemberian izin. Kasus Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta dapat dikatakan menjadi suatu sengketa yang berjalan dalam dimensi waktu yang lama (2003 – 2011), padahal objek sengketa yang dipertentangkan merupakan hasil kajian ilmiah yang bertahan secara ilmiah tidak lebih dari hitungan bulan semata. Dalam tulisan ini terdapat beberapa hal utama yang penulis tengahkan. Pertama, menelisik lebih dalam hakikat dari AMDAL itu sendiri. Kedua, upaya hukum yang tersedia dalam hal tidak puas dari hasil penilaian AMDAL. Terakhir, mengkaji pemahaman para jurist terhadap AMDAL serta baik dalam dimensi ekologis maupun dimensi yuridis.

(Deni Bram)

Kata kunci: AMDAL, sengketa lingkungan, keputusan administrasi negara.

UDC 349.631

Bram D (Fakultas Hukum, Universitas Pancasila, Jakarta)

Kaidah Ilmiah dalam Selimut Keputusan Penguasa: Menguji Putusan Reklamasi Pantai Utara Jakarta

Kajian Putusan Nomor 75/G.TUN/2003/PTUN. JKT

Jurnal Yudisial 2012 6(1), 80-94

Sengketa lingkungan dalam upaya penegakan hukum administrasi selalu menarik untuk diperbincangkan. Bukan hanya karena aspek ini dianggap merupakan sarana pengontrolan

JURNAL YUDISIAL

ISSN 1978-6506

Vol. 6 No. 1 April 2013

The Descriptors given are free terms. This abstract sheet may be reproduced without permission or charge

UDC 342.7

Christianto H (Fakultas Hukum, Universitas Surabaya, Surabaya)

The Significant Impact of Law Number 1/PNPS/1965 for the Freedom of Religion

An Analysis on Constitutional Court Decision Number 140/PUU-VII/2009 (Org. Ind)

Jurnal Yudisial 2013 6(1), 1-16

The application of Law Number 1/PNPS/1965 essentially has significant effects on the religious life for Indonesian people. The legislation has explicitly determined the prohibition on religious deviance, blasphemy, as well as atheism. Furthermore, the law has been considered not in line with the 1945 Constitution both in formal and material aspects. The review was initially aimed to clarify the constitutional interpretation of Law No. 1/PNPS/1963 as it hampered the interfaith tolerance. The main issue arising from this topic is the correlation between religion and state in the context of Pancasila (the five basic principles) and the 1945 Constitution, especially on Article 28E paragraph (1) and (2), Article 28I paragraph (1), and Article 29 paragraph (2). In addition, Law Number 1/PNPS/1965 has also created three kinds of crime as predisposing factors for criminal law.

(Hwian Christianto)

Keywords: freedom of religion, human rights.

UDC 347.454

Muda I & Kadafi M (Fakultas Ekonomi, Universitas Malahayati, Bandar Lampung)

The Application of the Concept of Laws on Economic Development in Preventing the Exploitation of Outsourced Labours

An Analysis on Constitutional Court Decision Number 27/PUU-IX/2011 (Org. Ind)

Jurnal Yudisial 2013 6(1), 17-32

On 17 January 2012, the Constitutional Court, as an institution authorized to perform formal and substantive review on the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, has done Judicial Constitutional Review on Law Number 13 of 2003 concerning Labours. In the verdict of the Decision Number 27/PUU-IX/2011, the Constitutional Court stated that Article 65, paragraph 7, and Article 66 paragraph 2 letter b of Law Number 13 of 2003 concerning Labours is conditionally unconstitutional. If the verdict is explored and interpreted in a quo, then it implies that the Constitutional Court has applied the concept of Laws on Economic Development in efforts to prevent the exploitation of outsourced labours and thus create justice in economic relations

(Iskandar Muda & Muhammad Kadafi)

Keywords: outsourced labours, conditionally unconstitutional.

<p>UDC 34.037</p> <p>Nalle VIW (Fakultas Hukum, Universitas Katolik Darma Cendika, Surabaya)</p> <p>Judicial Authority in Reviewing Policy Rules</p> <p>An Analysis on Supreme Court Decision Number 23P/HUM/2009 (Org. Ind)</p> <p><i>Jurnal Yudisial</i> 2013 6(1), 33-47</p> <p>Based on the rule of law concept, a government should act in accordance with legislation and it can not produce any regulation without obtaining delegation from the legislation. But in practice the government, based on the principle of discretion, may issue a policy rule. Most of the scholars categorize a policy rule not as legislation and has no binding force. If so, Indonesia's legal system has no juridical institutions that can review such a rule because the Supreme Court and Constitutional Court can only examine regulations or legislation. In fact, the judicial review of policy rules has been carried out by the Supreme Court to the Circular of the Director General of Mineral, Coal and Geothermal. This paper will analyze the decision of circular's judicial review, that is the Decision No. 23 P/HUM/2009. Through the analysis will be known, theoretically and legally, whether the Supreme Court authorized reviewing policy rules.</p> <p style="text-align: right;">(Victor Imanuel W. Nalle)</p> <p>Keywords: discretion, policy rule, judicial review.</p>	<p>An Analysis on Decision Number 232/Pid.B/2008/PN. Pra (Org. Ind)</p> <p><i>Jurnal Yudisial</i> 2013 6(1), 48-64</p> <p>It is quite common the weeding processing in Sasak tribe is preceded with eloping, known as 'merarik'. The eloping happens if and only if there is no coercion to the girl and both love with each other. The girl is taken away to be married without the parents' permission. It is a problem if the parents objected and the girl eloped is still under age. This case usually end up in court. A conflict of paradigms occurs, if the man who did 'merarik' is brought to criminal justice. The customary law appears to be treated as a crime in formal law perspective, while in fact it is a law living in the society. The judge's decision in "merarik" case is certainly not "value-free". Realizing it or not, this is a conflict of paradigms, namely sociological jurisprudence aimed at engineering a more modernist society, and the history school of law which still strives to preserve the old traditions and customs.</p> <p style="text-align: right;">(Widodo Dwi Putro)</p> <p>Keywords: merarik, paradigm conflict, sociological jurisprudence, the history school of law.</p>
<p>UDC 340.12</p> <p>Putro WD (Fakultas Hukum, Universitas Mataram, Mataram)</p> <p>The Paradigm Conflict Between Sociological Jurisprudence and the History School of Law in 'Merarik' Case</p>	<p>UDC 343.137.5</p> <p>Hutahaeen B (Fakultas Hukum, Universitas Trunajaya Bontang, Bontang)</p> <p>Imposing Penal Sanctions For Crimes Committed By Kids</p> <p>An Analysis on Decision Number 50/Pid.B/2009/PN.Btg (Org. Ind)</p> <p><i>Jurnal Yudisial</i> 2013 6(1), 64-79</p> <p>Children are the mandate and grace of God Almighty. They have dignity and worth as fully</p>

human beings. Legal treatment of children should receive serious attention, because children are the future of the nation. In the criminal case number 50/Pid.B/2009/PN.Btg, the defendant, a 15-year-old boy, was charged with conduct, and punishable as provided in Article 363, paragraph (1) to (4) jo Article 65 paragraph (1) and (2) of the Criminal Code. Judges imposed imprisonment for 6 (six) months to the defendant and later returned him to his parents as he should. The decision did not seem to reflect the rule of law or legal certainty of the defendant, and did not address criminal sanction as the *ultimum remedium*.

(Bilher Hutahaeon)

Keywords: juvenile court system, penal sanction, *ultimum remedium*.

2011. Whereas, the subject of dispute in conflict is resulted from a scientific study which lasted only a few months. In this analysis, there are several main things that will be elaborated; first, a deeper exploration into the nature of the AMDAL itself; second, the legal action regarding objection of the result of AMDAL; and lastly, the attempt to examine legal understanding of the jurists on both ecological and juridical dimension in AMDAL of North Coast Jakarta Reclamation and Revitalization Case.

(Deni Bram)

Keywords: Environmental Impact Assessment (AMDAL), dispute on environmental law, administrative decision.

UDC 349.631

Bram D (Fakultas Hukum, Universitas Pancasila, Jakarta)

Unveiling Scientific Justification Within a State Official Decision: the Case of North Jakarta's Coastal Reclamation

An Analysis on Decision Number 75/G. TUN/2003/PTUN.JKT (Org. Ind)

Jurnal Yudisial 2013 6(1), 80-94

Environmental disputes in administrative law enforcement is always interesting to discuss. Not only because these aspects are considered as the means to control the licences of activities that give bad impact to the environment, but also means to test the scientific aspects wrapped in the normative rules of licensing. Environmental Impact Assessment (EIA, known as AMDAL) Case regarding North Coast Jakarta Reclamation and Revitalization is arguably such a long term dispute that have been running from 2003 to

ARTI PENTING UU NO. 1/PNPS/1965 BAGI KEBEBASAN BERAGAMA

Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009

THE SIGNIFICANT IMPACT OF LAW NUMBER 1/PNPS/1965 FOR THE FREEDOM OF RELIGION

An Analysis on Constitutional Court Decision Number 140/PUU-VII/2009

Hwian Christianto

Fakultas Hukum Universitas Surabaya

Jl. Raya Kalirungkut Surabaya

Email: hw_christianto@ubaya.ac.id

Diterima tgl 7 Desember 2012/Disetujui tgl 11 Maret 2013

ABSTRAK

Pemberlakuan UU No. 1/PNPS/1965 pada dasarnya memiliki dampak yang signifikan bagi kehidupan beragama di Indonesia. Ketentuan hukum tersebut secara eksplisit mengatur tindakan penyimpangan, penodaan agama, juga melarang penyebaran ajaran ateisme. Dalam perkembangannya UU No. 1/PNPS/1965 ini dinilai tidak sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945 baik dari segi juridis formil maupun materil. Permohonan pengujian undang-undang pun diajukan untuk memperjelas konstitusionalitas UU No. 1/PNPS/1965 yang justru dinilai menghambat toleransi kehidupan beragama. Isu hukum yang menarik adalah tentang hubungan negara dan agama di dalam konteks Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 terutama Pasal 28E ayat (1) dan (2), Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 29 ayat (2). Di sisi lain, UU No. 1/PNPS/1965 juga memberikan tiga bentuk kejahatan yang sangat berpengaruh bagi hukum pidana.

Kata kunci: kebebasan beragama, hak asasi manusia.

ABSTRACT

The application of Law Number 1/PNPS/1965 essentially has significant effects on the religious life for Indonesian people. The legislation has explicitly determined the prohibition on religious deviance, blasphemy, as well as atheism. Furthermore, the law has been considered not in line with the 1945 Constitution both in formal and material aspects. The review was initially aimed to clarify the constitutional interpretation of Law No. 1/PNPS/1963 as it hampered the interfaith tolerance. The main issue arising from this topic is the correlation between religion and state in the context of Pancasila (the five basic principles) and the 1945 Constitution, especially on Article 28E paragraph (1) and (2), Article 28I paragraph (1), and Article 29 paragraph (2). In addition, Law Number 1/PNPS/1965 has also created three kinds of crime as predisposing factors for criminal law.

Keywords: freedom of religion, human rights.

I. PENDAHULUAN

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Penolakan Pengujian Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama (UU No. 1/PNPS/1965) sangat menarik perhatian masyarakat. Hal tersebut dikarenakan saat permohonan uji muatan (materiil) tersebut dilakukan, telah terjadi beberapa perkara penodaan agama yang sedang berada dalam proses hukum, antara lain kasus Jemaah Ahmadiyah Indonesia. Pemohon bukan hanya mengajukan uji materiil namun juga uji proses pembuatan (formil) atas keberlakuan UU No. 1/PNPS/1965.

Permohonan pengajuan baik materiil maupun formil sebenarnya juga pernah dilakukan terhadap Undang-Undang Nomor 2/PNPS Tahun 1964 tentang Tata Cara Pelaksanaan Pidana Mati (UU No. 2/PNPS/1964) bagi terpidana mati. Dikatakan sama karena produk hukum yang dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang (UU) yang dibentuk pada masa demokrasi terpimpin yang dinilai tidak sesuai dengan cita-cita dan semangat Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945).

Aliran Ahmadiyah menyebut dirinya sebagai bagian dari agama Islam. Menanggapi aliran Ahmadiyah ini, Majelis Ulama Indonesia (MUI) menyatakan aliran ini sebagai aliran yang dilarang ada di Indonesia karena ajarannya tidak sesuai dengan pokok-pokok ajaran agama Islam sebagaimana diajarkan dalam Al-Quran. Kemudian Menteri Agama merespon pernyataan MUI, dengan mendasarkan diri pada UU No. 1/PNPS/1965 menyatakan bahwa aliran Ahmadiyah merupakan aliran yang dilarang dalam agama Islam dan tidak mendapat perlindungan hukum.

Pandangan berbeda dikemukakan pemohon pengujian UU No. 1/PNPS/1965 yang menilai keberlakuan UU sangat bertentangan dengan konstitusi baik dari segi formil maupun segi materiil. Sorotan dari segi formil ditujukan pada situasi pembuatan UU No. 1/PNPS/1965 pada masa demokrasi terpimpin sebagai hasil Dekrit Presiden 1959, sehingga dinilai tidak sesuai dengan prinsip pembentukan UU sebagaimana diatur dalam UUD 1945. Dari segi materiil, UU No. 1/PNPS/1965 dinilai sangat bertentangan dengan konstitusi karena melanggar hak asasi manusia untuk beragama secara bebas (Pasal 28E ayat (1) dan (2), Pasal 28I ayat (1), serta Pasal 29 ayat (2) UUD 1945). Pertimbangan majelis hakim MK justru menekankan pada pemahaman dasar mengenai *forum internum* dan *forum externum*, sehingga berketetapan bahwa pengaturan UU No. 1/PNPS/1965 tetap konstitusional sesuai Pasal 28J UUD 1945. Pertimbangan tersebut jelas tidak terlalu menjawab pokok keberatan pemohon perkara yang mempersoalkan keberlakuan UU No. 1/PNPS/1945 serta pengaturan tindakan penodaan agama yang bertentangan dengan prinsip kebebasan beragama. Putusan perkara tersebut juga menarik mengingat ada satu pendapat hakim konstitusi yang berbeda (*dissenting opinion*) dan satu pendapat hakim konstitusi yang memiliki pandangan sama dengan argumentasi yang sama (*concurring opinion*).

II. RUMUSAN MASALAH

Permohonan pengujian UU No. 1/PNPS/1965 terhadap UUD 1945 baik secara formil maupun materiil merupakan hal yang sangat penting bagi terjaminnya hak asasi untuk beragama. Hal yang perlu dikaji secara mendalam dari Putusan MK yang menolak pengujian UU

No. 1/PNPS/1965 ini adalah:

1. Apakah ketentuan hukum tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama tidak melanggar Pasal 28E ayat (1), (2), Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945?
2. Apakah dampak yuridis pemberlakuan UU No. 1/PNPS/1965 bagi hukum pidana Indonesia?

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

A. Latar Belakang Pembentukan UU No. 1/PNPS/1965

Latar belakang pembentukan UU No. 1/PNPS/1965 tidak terlepas dari suasana politik hukum pada tahun 1950-1966. Masa tersebut merupakan masa pembangunan hukum nasional yang berada dalam dua pilihan kebijakan yaitu tetap memberlakukan *realism pluralisme* (kebijakan dominan sejak zaman kolonial) dan cita-cita unifikasi (Wignjosoebroto, 1994: 200). Soetandyo menegaskan pertimbangan kebijakan hukum yang ada pada kurun waktu tersebut didasarkan oleh pertimbangan sosio-yuridis sekaligus politik-ideologik (Wignjosoebroto, 1994: 200). Akibatnya setiap perundang-undangan yang terbentuk di masa itu lebih mencerminkan perjuangan untuk membentuk pembangunan hukum nasional. Hal tersebut terlihat dengan adanya dua sub periode dengan dasar konstitusi berbeda, yaitu sub periode 1950-1959 di bawah arahan Undang-Undang Dasar Sementara 1950 dan sub periode 1959-1966 di bawah arahan UUD 1945. UU No. 1/PNPS/1965 sendiri lahir dalam sub periode 1959-1966 yang berada di bawah arahan UUD 1945. Hanya saja terdapat kejanggalan dari pemberlakuan

Sistem Demokrasi Terpimpin oleh Presiden Soekarno sebagai kelanjutan dikeluarkannya Dekrit Presiden 5 Juli 1959 melalui Keputusan Presiden Nomor 150 Tahun 1959 (Keppres No. 150/1959).

Setidaknya terdapat dua alasan mendasar pembentukan penetapan presiden yaitu:

1. Pengamanan negara dan revolusi nasional terkait dengan pencegahan penyalahgunaan atau penodaan agama;
2. Pengamanan revolusi dan ketenteraman masyarakat.

Berdasarkan kedua alasan di atas, sangat tampak tujuan utama dikeluarkannya penetapan presiden ini semata-mata untuk mendukung pengamanan revolusi, sedangkan pencegahan penyalahgunaan atau penodaan agama merupakan salah satu faktor penunjang tercapainya revolusi nasional. Hal tersebut menunjukkan bahwa penetapan presiden tersebut selalu menempatkan Dekrit Presiden sebagai sumber hukum, padahal Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) dan Dewan Perwakilan Rakyat Sementara (DPRS) sudah terbentuk. Penetapan presiden tersebut kemudian menimbulkan pertanyaan tentang hubungan antara negara dan agama, apakah terdapat satu kewenangan negara untuk mencampuri urusan agama dan sebaliknya. Oemar Seno Adji menjawab hal tersebut dengan mengatakan,

“Bagaimanapun, Negara Hukum kita berdasarkan Pancasila, yang bukan Negara Agama, berdasarkan “Einheit” antara Negara dan Agama dan yang tidak menganut “separation” dalam batas-batas yang tajam dan *strict*, seperti dianut oleh negara-negara Barat dan negara-negara

Sosialis yang bahkan mengikut-sertakan *sanctie* pidana pada azas “separation” tersebut...” (Adji, 1983: 50).

Indonesia sebagai negara yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa sekaligus negara hukum harus memandang kedua bidang ini sebagai satu kesatuan yang saling mendukung antara satu dengan yang lainnya. Konsepsi negara hukum membawa konsekuensi bagi Indonesia untuk mengatur segala tatanan kehidupan masyarakat dengan hukum demi terciptanya ketertiban dan kepastian hukum. Wirjono Prodjodikoro menegaskan pentingnya peran serta negara berdasarkan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 untuk menjamin keharusan setiap warga negara Indonesia untuk beragama (Prodjodikoro, 1983: 160). Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa tidak berarti Indonesia merupakan negara agama sehingga mendasarkan dirinya pada salah satu agama, tetapi agama merupakan nilai moral dan pengakuan hati nurani rakyat adanya rahmat Allah Yang Maha Kuasa, negara ini ada. Pendapat senada diberikan Soewoto dengan menyebutkan bahwa Indonesia merupakan negara sekuler yang tidak sekularistik yang berarti tidak mendasarkan diri pada satu agama tertentu atau semua agama tetapi berwawasan kebangsaan (Soewoto, 1996: 23).

Urusan agama memang pada dasarnya merupakan urusan pribadi tiap individu tetapi dalam relasinya dengan kebebasan beragama dan kerukunan umat beragama, negara harus berinisiatif memberikan perlindungan hukum. Rudini dalam konteks Ketahanan Nasional, kebebasan beragama memang dilakukan berdasarkan sikap keberagaman sehingga peran pemerintah hanya memberikan pelayanan dan bantuan agar pelaksanaan ibadah para pemeluknya dapat terjamin dengan baik, aman dan tenteram

tanpa mencampuri masalah-masalah intern keagamaan meliputi keyakinan, pemahaman maupun ajaran-ajaran agama (Rudini, 1994: 66). Selanjutnya Oemar Seno Adji memaparkan tiga pandangan tentang pentingnya perlindungan agama (Adji, 1983: 50):

1. ***Friedensschutz theory***, memandang “*der religiosce interkon fessionelle Feriede*” sebagai kepentingan hukum yang harus dilindungi;
2. ***Gefühlsschutz-theorie*** yang hendak melindungi rasa keamanan sebagai “*das heiligste Innenleben der Gesamtheit*”, seperti dikemukakan oleh Binding, dan
2. ***Religionsschutz-theori***, dikemukakan oleh Kohler dan Kahl, yang melihat agama sebagai kepentingan hukum yang harus diamankan oleh negara berdasarkan “*das Kulturgut der Religion und der ungeheuren Idealismus, der aus ihr fürreine grösse Menge von Menschen hervorgeht.*”

Indonesia sendiri dengan pengaturan kejahatan terhadap agama lebih cenderung menerapkan *Religionsschutz-theori* karena tujuan pengaturan UU No. 1/PNPS/1965 untuk mengamankan kepentingan hukum atas agama yang dianut di Indonesia. Oemar Seno Adji juga menekankan pentingnya aturan “*blasphemy*” tersebut mengingat “Indonesia dengan Pancasila dengan sila Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai *causa prima*, tidak memiliki suatu “*afweer*” terhadap serangan kata-kata mengejek terhadap Tuhan” (Adji, 1984: 297). Soedarto menjelaskan kondisi pada waktu itu dengan banyaknya kasus penodaan agama, seperti Al Qur’an disobek-sobek dan dinjak-injak, Nabi Muhammad dikatakan “nabi bohong”, pastor dihina karena tidak kawin, ketoprak dengan judul

“Paus Gandrung”, dan munculnya aliran-aliran kebatinan kecil yang menamakan dirinya agama tetapi praktek keagamaannya sangat menyimpang dari aturan agama yang sudah ada (Soedarto, 1983: 78-79). Pengaturan kejahatan terhadap agama dalam UU No. 1/PNPS/1965 seharusnya ada tetapi harus lebih disempurnakan dengan perumusan yang sesuai dengan sifat negara yang berke-Tuhanan Yang Maha Esa (Adji, 1984: 297). Hal senada juga ditegaskan Pernyataan Tidak Berlakunya Berbagai Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (UU No. 6/1969) bahwa materi UU No. 1/PNPS/1965 perlu dituangkan dalam UU baru dengan penyempurnaan yang diperlukan.

Majelis hakim MK justru mengambil pemahaman unik dalam menyikapi pemberlakuan UU No. 1/PNPS/1965 dengan menilai kebebasan untuk meyakini dapat dibedakan sebagai *forum internum* dan *forum externum*. Kebebasan untuk meyakini suatu kepercayaan pada dasarnya merupakan urusan yang tidak dapat dikekang ataupun dibatasi apalagi dilarang mengingkar kebebasan beragama merupakan kebebasan asasi yang dimiliki pribadi (*forum internum*). Hanya saja kebebasan untuk mempercayai sebuah kepercayaan akan membutuhkan pemenuhan kebutuhan untuk mengekspresikan kepercayaan tersebut dalam berbagai macam bentuk apresiasi.

Di sinilah majelis hakim MK menekankan posisi UU No. 1/PNPS/1965 dalam membatasi kebebasan beragama ketika menyangkut relasi dengan pihak lain dalam suatu masyarakat. Hal yang dimaksudkan dalam pembatasan di sini lebih diarahkan pada pembatasan pernyataan pikiran dan sikap sesuai hati nurani di depan umum (*forum externum*) yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama yang dianut di Indonesia.

Pertimbangan majelis hakim MK tersebut jelas sangat bersesuaian dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang mengatur kebebasan yang dimiliki dalam sebuah hak asasi manusia tidaklah bersifat absolut dalam pelaksanaannya di masyarakat akan tetapi dapat diatur dalam UU demi kehidupan bersama. Kajian teori terhadap pertimbangan mahkamah jelas menunjukkan kesamaan dengan teori *Religionsschutz-theori* yang menekankan pengaturan masalah agama sebagai kepentingan hukum yang harus diamankan negara. Pengaturan tersebut tidak berarti menunjukkan negara ikut campur tangan dalam urusan kebebasan beragama akan tetapi langkah antisipatif sekaligus represif terhadap tindakan penodaan agama yang justru menciderai kebebasan beragama yang dimaksudkan dalam Pancasila. Mahkamah pun menempatkan Pancasila sebagai “norma fundamental negara” (*Staatsfundamentalnorm*) dalam menguji UU No. 1/PNPS/1965 dan memahami pengaturan kebebasan beragama sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) dan Pasal 29 UUD 1945. Pemahaman tersebut jelas sesuai dengan cita-cita negara hukum (*rechtsstaat*) yang mendasarkan negara berdasarkan Pancasila yang dilaksanakan dengan hukum, demikian juga *Declaration on the Elimination of All of Intolerance and of Discrimination Based on Religion and Belief Article*.

B. Aspek Yuridis Formil UU No. 1/PNPS/1965

Pendapat berbeda dari Hakim Konstitusi, Harjono mengemukakan bahwa produk hukum UU No. 1/PNPS/1965 telah ada sebelum amandemen UUD 1945 dilakukan sehingga MK sesuai Pasal 50 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24

Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU No. 8/2011) tidak berwenang untuk melakukan uji konstitusi. Pendapat tersebut memang dari sisi historis dapat dipahami hanya saja pertimbangan tersebut justru membuat permasalahan baru mengingat ada beberapa produk hukum dalam kondisi serupa telah mengalami proses uji konstitusional, seperti UU No. 1/PNPS/1946. Sebenarnya uji konstitusional dapat dilakukan terhadap perundang-undangan dari sisi *wet in materiele zin* yaitu dari segi isi, materi, dan substansi dan/atau dari sisi *wet in formele zin* yaitu dari bentuk dan proses pembentukannya (Siahaan, 2010: 17).

Keberadaan penetapan presiden di masa itu memang benar-benar amat dibutuhkan mengingat bermunculan aliran-aliran atau organisasi-organisasi kebatinan/kepercayaan masyarakat yang bertentangan dengan ajaran-ajaran dan hukum agama yang telah ada (Penjelasan Angka 2 UU No. 1/PNPS/1965). Sebagaimana ditegaskan oleh Oemar Seno Adji, keberadaan Pasal 156a Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) merupakan hal yang "*conditio sine qua non*" harus ada dalam kehidupan hukum negara Indonesia (Adji, 1984: 304). Kondisi yang tidak normal inilah yang sebenarnya menjadi dasar sekaligus landasan bagi pemerintah (presiden) melakukan hal yang mungkin melawan hukum demi melindungi kepentingan publik.

Pendapat senada diberikan oleh Ibnu Sina, bahwa "berlakunya suatu keadaan bahaya atau keadaan darurat menyebabkan perbuatan yang bersifat melawan hukum dapat dibenarkan karena ada kebutuhan yang mengharuskan sulit diwujudkan bila menggunakan norma obyektif" (Chandranegara, 2012: 13). Hal yang menarik dari penjelasan Angka 2 UU No. 1/PNPS/1965 yang menilai bahwa aliran-aliran, atau organisasi

kebatinan/kepercayaan ini ternyata "telah menimbulkan hal-hal yang melanggar hukum, memecah persatuan nasional dan menodai agama." Jika demikian penetapan presiden ini memang di satu sisi memiliki tujuan utama untuk mengatasi secara represif aliran-aliran atau organisasi kebatinan/kepercayaan yang dinilai tidak sesuai dengan ajaran pokok agama yang ada.

Oleh karena itu, judul penetapan presiden ini sebenarnya sangat tidak tepat karena hanya menekankan upaya pencegahan (preventif) terhadap aliran-aliran agama yang mungkin timbul di kemudian hari. Konsekuensi yuridisnya, seharusnya setiap aliran atau organisasi kebatinan dan kepercayaan sebelum peraturan ini dibuat dinyatakan tetap berlaku dan dilindungi secara hukum, mengingat penetapan presiden ini dibuat bukan untuk "mengurangi" atau "menguji" aliran/organisasi kepercayaan yang ada (*Religionschutztheori*).

Pemahaman ini cukup sesuai jika dirujuk Penjelasan Pasal 1 UU No. 1/PNPS/1965 yang pada dasarnya tidak melarang agama atau aliran kepercayaan lain seperti Yahudi, Zarazustrian, Shinto, Taoisme, asalkan tidak bertentangan dengan peraturan ini. Konsekuensi yuridisnya, Indonesia tidak hanya mengakui beberapa agama saja, seperti Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Kong Hu Cu (Penjelasan Pasal 1 UU No. 1/PNPS/1965) tetapi agama-agama lain juga diakui.

Di sinilah inkonsistensi Penetapan Presiden No. 1 Tahun 1965 tampak dengan jelas. Bahwa di satu sisi penetapan presiden mencegah timbulnya aliran atau kepercayaan baru namun di sisi lain membuka kesempatan bahkan perlindungan hukum bagi agama baru. Sangat dimungkinkan suatu aliran yang pada dasarnya bersumber pada

salah satu ajaran pokok agama yang sudah ada tetapi menafsirkan pandangannya secara berbeda mengajukan perlindungan sebagai agama baru yang dilindungi. Justru keadaan inilah yang berpotensi menimbulkan perpecahan bahkan konflik serius di masyarakat. Sekalipun pemerintah mempunyai kebijakan untuk mengarahkan badan/aliran kebatinan ke arah pandangan yang sehat dan ke arah Ketuhanan Yang Maha Esa (TAP MPRS No. II/MPRS/1960, Lampiran A Bidang I, angka 6) tetap membuka kesempatan bagi aliran yang pada dasarnya menyimpang dari ajaran agama yang ada untuk menjadi agama baru dan dilindungi oleh hukum.

Keberlakuan UU No. 1/PNPS/1965 sebagai sebuah norma hukum yang dianggap berlaku oleh masyarakat dapat ditinjau melalui empat kajian (Asshidiqqie, 2006: 240) sebagai berikut:

1. Keberlakuan Filosofis

Keberlakuan sebuah peraturan hukum dinilai dari sejauh mana peraturan hukum tersebut memiliki kesesuaian dengan nilai-nilai filosofis (nilai-nilai suci dan luhur) yang merupakan sumber kehidupan kenegaraan (Asshidiqqie, 2006: 241). UU No. 1/PNPS/1965 (termasuk di dalamnya Pasal 156a KUHP) memang dibentuk pada masa demokrasi terpimpin namun untuk memahami keberlakuannya dari segi filosofis harus dibandingkan dengan nilai-nilai Pancasila.

Materi UU No. 1/PNPS/1965 pada dasarnya sangat kental dengan perlindungan hukum atas nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa sebagaimana tercantum dalam Sila Pertama Ketuhanan Yang Maha Esa. Hal tersebut dapat dikaji dari Pasal 1 dan Pasal 4 yang memberikan perlindungan hukum terhadap penyimpangan ajaran agama, penghinaan/permusuhan terhadap agama serta ateisme.

2. Keberlakuan Yuridis

Sebuah peraturan perundang-undangan harus dilihat apakah sesuai dengan teknis yuridis dalam pembuatannya sehingga dapat diterapkan sebagai norma hukum yang berlaku (Asshidiqqie, 2006: 241). Keberlakuan yuridis lebih melihat pada proses pembentukan sebuah aturan hukum sebelum diberlakukan oleh pihak yang berwenang. Di sinilah permohonan pengujian UU No. 1/PNPS/1965 secara formil diajukan kepada MK karena dianggap menyalahi proses pembentukan peraturan perundang-undangan sebagaimana ditetapkan oleh UUD 1945. Perlu dipahami bahwa UU No. 1/PNPS/1965 berasal dari Penetapan Presiden (Penpres) Nomor 1 Tahun 1965 yang dikeluarkan oleh presiden dengan beberapa pertimbangan sebagaimana tercatat dalam Konsideran UU No. 1/PNPS/1965.

Latar belakang historis pembentukan penetapan presiden pada masa itu sebenarnya didasarkan pada Dekrit Presiden 5 Juli 1959 dan kondisi negara Indonesia yang darurat. Berada pada kondisi seperti ini organ negara dan pemerintahan dapat melakukan dua pilihan untuk mengatasi keadaan tersebut yaitu organ negara menjadi tidak berfungsi sama sekali (*syndrome disfuncctie*) atau penguasa menjadi tirani (*dictator by accident*) (Hamidi & Lutfi, 2009: 41). Presiden berinisiatif mengeluarkan produk hukum penetapan presiden untuk mengatur beberapa hal yaitu PNPS No. 1/1959 tentang DPR Sementara, PNPS No. 2/1959 tentang MPR Sementara, PNPS No. 3/1959 tentang DPA. Sementara yang lebih lanjut pada tahun 1965 dikeluarkan PNPS No. 1/1965. Terkait dengan diberlakukannya TAP MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Tata Urutan Perundang-undangan Republik Indonesia memang produk hukum penetapan presiden tidak secara eksplisit diatur mengingat materi PNPS No.

1/1965 pada Pasal 4 memberikan suatu instruksi penambahan Pasal 156a pada KUHP maka secara yuridis formil hanya produk hukum berupa UU-lah yang diperlukan bukan penetapan presiden.

Perkembangan selanjutnya, UU No. 6/1969 ternyata memberikan pengesahan sekaligus pemberlakuan pada PNPS No. 1/1965 sebagai UU sehingga disebut UU No. 1/PNPS/1965. Tujuan pengujian PNPS No. 1/1965 tersebut tidak lain merupakan wujud pelaksanaan UUD 1945 secara murni dan konsekuen serta didasarkan pada TAP MPRS No. XIX/MPRS/1966 tanggal 5 Juli 1966 dan TAP MPRS No. XXXIX/MPRS/1968 tanggal 27 Maret 1968 (vide Konsideran UU No. 6/1969). Sejak tanggal 5 Juli 1969 sebenarnya baru dapat dikatakan penyisipan Pasal 156a KUHP berlaku karena kekuatan UU No. 6/1969. Tidak hanya sampai di sini saja, UU No. 6/1969 sebenarnya memberikan penegasan untuk melakukan penyempurnaan terhadap materi penetapan presiden tersebut dengan tetap memperhatikan nilai-nilai Pancasila. Kesimpulannya, UU No. 1/PNPS/1965 telah melalui proses pengujian dan ditetapkan sebagai UU yang sah menurut UU No. 6/1969 sehingga sama sekali tidak bertentangan dengan Pasal 22 ayat (2) UUD 1945.

3. Keberlakuan Politis

Keberlakuan suatu produk hukum harus didukung oleh fraksi-fraksi kekuatan politik yang ada (Asshidiqqie, 2006: 241). Keberlakuan Politis UU No. 1/PNPS/1965 harus dilihat dalam dua tahapan, yaitu pada saat PNPS No. 1/1965 dikeluarkan dan pada saat PNPS No. 1/1965 menjadi UU oleh UU No. 6/1969. Pembentukan PNPS No. 1/1965 memang dilatarbelakangi permasalahan politik yang tidak menentu. Jika sebelumnya telah timbul beberapa kelompok yang ingin mendirikan negara agama (Pemberontakan

DI/TII, Pemberontakan Kartosuwiryo, misalnya), maka latar belakang historis PNPS No. 1/1965 lebih menunjukkan adanya ancaman terhadap persatuan dan kesatuan bangsa dengan isu agama. Penjelasan umum UU No. 1/PNPS/1965 menyebutkan:

“Sebagai dasar pertama ke-Tuhanan Yang Maha Esa bukan saja meletakkan dasar moral di atas Negara dan Pemerintah, tetapi juga memastikan adanya kesatuan Nasional yang berazas keagamaan... Dari kenyataan teranglah bahwa aliran-aliran atau Organisasi Kebathinan/Kepercayaan masyarakat yang menyalahgunakan dan/atau mempergunakan Agama sebagai pokok, pada akhir-akhir ini bertambah banyak dan telah berkembang ke arah yang sangat membahayakan Agama-agama yang ada.

Untuk mencegah berlarut-larutnya hal-hal tersebut di atas yang dapat membahayakan persatuan bangsa dan Negara, maka dalam rangka kewaspadaan Nasional, dan dalam Demokrasi Terpimpin dianggap perlu dikeluarkan Penetapan Presiden sebagai realisasi Dekrit Presiden 5 Juli 1959 ...”

Penjelasan tersebut merupakan gambaran kebijakan politik pemerintah yang pada saat itu berlaku demokrasi terpimpin. Keberlakuan secara politik pun harus dilihat dalam konteks demokrasi terpimpin yang mengakui setiap tindakan presiden sebagai yang utama. Seperti diungkapkan oleh Mohammad T. Mansoer bahwa pada masa tersebut Presiden Soekarno masih besar seperti pada masa-masa terakhir berlakunya UUDS 1950 (Mansoer, 1983: 297).

Pada tahap pemberlakuan PNPS No. 1/1965 sebagai UU harus dipahami keberlakuan politis UU No. 6/1969. UU tersebut pada dasarnya

dibentuk dengan mendasarkan diri pada dua Ketetapan MPRS yaitu TAP MPRS No. XIX/MPRS/1966 tanggal 5 Juli 1966 dan TAP MPRS No. XXXIX/MPRS/1968 tanggal 27 Maret 1968 yang bertujuan untuk melaksanakan UUD 1945 secara murni dan konsekuen. Pembentukan UU No. 6/1969 bisa dikatakan telah disepakati oleh fraksi-fraksi politik pada saat itu meskipun dibentuk secara sementara oleh PNPS No. 2/1959.

4. Keberlakuan Sosiologis

Aturan hukum harus ditinjau dari keberlakuan secara empiris melalui tiga kriteria yaitu kriteria pengakuan, kriteria penerimaan, dan kriteria faktisitas hukum (Asshidiqqie, 2006: 243-244). Pemberlakuan UU No. 1/PNPS/1965 dari kriteria penerimaan dapat dilihat dari rasa terikat masyarakat untuk tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dilarang dalam UU No. 1/PNPS/1965. Banyaknya kasus penodaan agama menjadi bukti bahwa masyarakat merasa terikat dengan ketentuan hukum tersebut. Selain itu kasus-kasus penodaan agama yang terjadi juga menjadi bukti akan tidak adanya penerimaan masyarakat terhadap aturan hukum tersebut. Terakhir tentang kriteria faktisitas hukum, UU No. 1/PNPS/1965 cukup efektif dalam menanggulangi penyimpangan ataupun penodaan agama yang dalam banyak kasus terjadi. Berdasarkan tiga kriteria tersebut diperoleh kesimpulan bahwa keberlakuan sosiologis UU No. 1/PNPS/1965 belum tercapai dengan baik sehingga terhadap aturan hukum tersebut sangat perlu dilakukan penyempurnaan.

Terkait dengan masalah apakah peraturan yang dibuat pada masa negara dalam keadaan darurat itu hanya berlaku sementara saja, mengingat produk hukum penetapan presiden tidak dikenal

dalam tata urutan perundang-undangan Indonesia maka diperlukan langkah pengujian aturan hukum terhadap UUD 1945 apakah berlaku ataukah tidak. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1969 tentang Pernyataan Berbagai Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden Sebagai Undang Undang (UU No. 5/1969) menjawab hal tersebut dengan memberlakukan PNPS No. 1/1965 menjadi UU No. 1/PNPS/1965. Kesimpulannya, PNPS No. 1/1965 memang berlaku untuk sementara tetapi diberlakukan sebagai UU melalui UU No. 5/1969. Pendapat berbeda dari Hakim Konstitusi Maria Farida menekankan dasar pertimbangan menyatakan UU No. 1/PNPS/1965 inkonstitusional mengingat UU No. 1/PNPS/1965 dalam keberlakuannya harus disempurnakan dengan keadaan dan kondisi masyarakat Indonesia saat ini berikut perkembangan masyarakat hukum internasional sebagaimana ditegaskan dalam penjelasan UU No. 5/1969. Pandangan tersebut sangat tepat digunakan untuk melakukan penyempurnaan terhadap pengaturan tindak pidana penodaan agama yang berlaku secara nasional. Hanya saja pandangan tersebut belum mempertimbangkan empat keberlakuan sebagaimana dijelaskan sebelumnya.

C. Analisis

1. Pengaturan tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama tidak melanggar Hak Asasi Manusia

UU No. 1/PNPS/1965 pada dasarnya memang bertujuan melindungi kehormatan agama. Hal agama dan beragama merupakan hak asasi yang dimiliki manusia sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 18 Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia yang menyatakan:

“Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.”

Hak asasi bagi tiap manusia sebagai individu untuk beragama dan beribadah sesuai dengan agamanya tanpa pengekangan. Hal senada juga diatur dalam Pasal 18 *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* yang menegaskan:

- 1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.*
- 2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.*
- 3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.*
- 4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.*

ICCPR lebih merinci hak beragama ini ke dalam hak untuk memilih agama secara pribadi, larangan bagi pihak manapun untuk mengurangi hak memilih agama ini, hak untuk memmanifestasikan agamanya (hak untuk beribadah) dan kewajiban negara untuk menghormati pendidikan beragama dari keluarga dan anak. Pada poin keempat inilah terdapat satu pembatasan bagi negara (pemerintah) untuk mencampuri urusan agama.

Bagi bangsa Indonesia sendiri hak untuk beragama ini sudah menjadi hak pokok yang diakui sejak lama. Pengakuan atas hak untuk beragama selalu diatur dalam tiga konstitusi yang pernah berlaku di Indonesia. Pasal 18 Undang-Undang Dasar Tahun 1949 menyatakan:

“Setiap orang berhak atas kebebasan pikiran, keinsyafan batin dan agama; hal ini meliputi pula kebebasan bertukar agama atau keyakinan, begitu pula kebebasan menganut agamanya atau keyakinannya, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, dengan jalan mengajarkan, mengamalkan, beribadat, mentaati perintah dan aturan-aturan agama, serta dengan jalan mendidik anak-anak dalam iman dan keyakinan orang tua mereka.”

Pembukaan UUD 1945 secara eksplisit menegaskan dasar kedaulatan rakyat Indonesia kepada “Ketuhanan Yang Maha Esa...” Diikuti pengaturan Pasal 28E dan Pasal 29 yang menegaskan:

Pasal 28E

1. Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan,

memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya serta berhak kembali.

2. Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, meyakini pikiran dan sikap sesuai dengan hati nuraninya.
3. Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.

Pasal 29

1. Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.
2. Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Hak beragama merupakan hak yang dilindungi konstitusi sehingga harus dijaga keberlakuannya seperti diatur dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU No. 39/1999).

Kebebasan untuk memeluk agama dan kemerdekaan beribadat menurut agama dan kepercayaan pada dasarnya merupakan salah satu bentuk hak asasi manusia yang pada pelaksanaannya tidak boleh mengganggu hak asasi manusia lainnya. Pasal 28J UUD 1945 memberikan kewajiban dan pembatasan atas hak dan kebebasan hak asasi manusia. Pelaksanaan hak asasi manusia wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang diberikan UU. Berdasarkan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 tersebut negara melakukan pembatasan atas hak asasi manusia untuk beragama dan beribadat menurut agamanya.

Hanya saja pengaturan berbeda diberikan dalam UU No. 1/PNPS/1965 yang menegaskan pencegahan penyalahgunaan dan penodaan agama yang secara khusus mengatur perlindungan terhadap agama dan ajarannya bukan pada kebebasan untuk beragama. Secara sepintas jika diperhatikan rumusan Pasal 1 UU No. 1/PNPS/1965:

“setiap orang dilarang dengan sengaja di muka umum menceritakan, mengajarkan atau mengusahakan dukungan umum, untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan-kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan-kegiatan keagamaan dari agama itu.

Penafsiran dan kegiatan-kegiatan mana yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama itu.”

Rumusan Pasal 1 UU No. 1/PNPS/1965 dapat diperoleh pemahaman bahwa UU No. 1/PNPS/1965 ini memberikan larangan terhadap pihak atau aliran atau organisasi kepercayaan yang melakukan penyimpangan pada ajaran pokok agama yang dianut di Indonesia (enam agama yang diakui menurut Penjelasan Pasal 1 UU No. 1/PNPS/1965). Hal pokok yang dilarang oleh UU No. 1/PNPS/1965 adalah penyimpangan ajaran agama yang dianut di Indonesia, berupa penafsiran ajaran agama, melakukan kegiatan agama yang serupa dengan agama yang dianut, dan lain-lain. Untuk menentukan ada atau tidaknya penyimpangan dalam hal ini dibutuhkan standar baku untuk dijadikan dasar penilaian. Uniknya UU No. 1/PNPS/1965 tidak merujuk langsung kepada siapakah wewenang penilaian ada atau tidaknya penyimpangan itu diberikan. Penjelasan Pasal 1 UU No. 1/PNPS./1965

hanya memberikan patokan bahwa penilaian itu didasarkan atas “asal tidak melanggar ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam peraturan ini atau peraturan perundangan lain.” Tetapi terdapat ketidakjelasan batasan dan ukuran sampai sejauh mana suatu aliran atau kepercayaan/kebatinan itu dapat dikatakan menyalahgunakan dan/atau menodai agama yang sudah ada.

Oleh karena itu, sangatlah penting diatur lebih lanjut batasan dan dasar penilaian berikut pihak yang berwenang untuk menilai ada atau tidaknya penyimpangan berupa penodaan atau penyalahgunaan terhadap agama yang dianut masyarakat Indonesia. Menurut penulis, karena di Indonesia terdapat lembaga-lembaga keagamaan yang menaungi tiap agama dan mempunyai kewenangan dari pemerintah (MUI, Persatuan Gereja Indonesia (PGI), Konferensi Wali Gereja Indonesia (KWI), Perwalian Umat Budha Indonesia (WALUBI) dan Persatuan Hindhu Dharma Raya (PERSAHI)) maka untuk menilai ada atau tidaknya penyimpangan seharusnya diberikan kepada lembaga-lembaga keagamaan ini. Kemungkinan adanya campur tangan negara terhadap pelarangan atau pembatasan agama melalui lembaga-lembaga keagamaan tersebut dapat dihindarkan.

Apakah dengan demikian materi UU No. 1/PNPS/1965 melanggar UUD 1945 secara materiil? Perlu diperhatikan bahwa ketidakjelasan pengaturan penetapan presiden ini memang diperlukan aturan pelaksana yang lebih jelas karena jika tidak akan berdampak pada pelanggaran hak atas kepastian hukum masyarakat (Pasal 28D ayat (1) UUD 1945). Secara normatif, UU No. 1/PNPS/1965 terutama Pasal 1 justru memberikan perlindungan bagi masyarakat Indonesia untuk memperoleh ajaran agama yang benar sesuai dengan ajaran pokok

dari kitab suci masing-masing agama. Memang pada dasarnya penerapan ajaran agama diperoleh dari kegiatan penafsiran terhadap kitab suci tetapi untuk dapat dinilai sahih (benar atau tidaknya) hasil penafsiran ini tetap harus merujuk pada kitab suci itu sendiri.

Tidak dapat dipungkiri dalam praktek beragama, banyak dijumpai berbagai macam hasil penafsiran terhadap kitab suci yang berbeda satu dengan lainnya. Akan tetapi harus dipahami dasarnya, bahwa perbedaan itu harus tetap berada dalam konteks ajaran yang benar dan tidak boleh menyimpang dari ajaran yang pokok. Bagi seseorang yang akan memahami suatu teks kitab suci pun tidak boleh sembarangan menggunakan metode penafsiran. Seseorang ini harus benar-benar memahami dasar penafsiran yang benar sesuai dengan kontekstual kitab suci masing-masing agamanya. Implikasinya, setiap orang dapat melakukan pemahaman terhadap ajaran agamanya dengan tetap mendasarkan diri pada pokok-pokok ajaran yang benar seperti tercantum dalam kitab suci-nya.

Anggapan yang menyatakan bahwa Pasal 156a KUHP sangat berpotensi untuk disalahgunakan sebenarnya berakar pada batasan apakah yang digunakan untuk menentukan suatu ajaran benar atau tidak. Untuk menentukan sampai sejauh mana dan sebatas apa suatu pemahaman/penafsiran sesuai atau tidak sesuai dengan ajaran agama harus diserahkan pada lembaga keagamaan tiap agama sendiri. Hal tersebut didasarkan pada tugas dasar dari tiap lembaga agama itu untuk membina dan menjaga pertumbuhan pemahaman ajaran agama yang benar. Sebuah kewajiban yang harus dipenuhi oleh lembaga keagamaan setelah melakukan pemeriksaan, pertimbangan, dan putusan lalu memberikan penjelasan tentang hal-hal yang dianggap keliru dan alasan mengapa

hal tersebut keliru kepada satu aliran tertentu.

Kasus lain yang serupa dengan itu adalah munculnya aliran Ahmadiyah yang mengajarkan adanya nabi sesudah Nabi Muhammad SAW. Menyikapi kasus ini telah dikeluarkan Keputusan Bersama Menteri Agama, Jaksa Agung dan Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia No. 3/2008, No. KEP-033/A/JA/6/2008 dan No. 199 Tahun 2008 tentang Peringatan dan Perintah kepada Penganut, Anggota, dan/atau Anggota Pengurus Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI) dan Warga Masyarakat yang intinya memberikan peringatan dan perintah bagi JAI untuk menghentikan penyebaran penafsiran dan kegiatan yang menyimpang dari ajaran-ajaran pokok agama Islam. Dengan kata lain keputusan bersama ini sama sekali tidak melarang jemaat Ahmadiyah tetapi melarang beberapa tindakan berupa penyebaran penafsiran dan kegiatan yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama Islam. Jemaat Ahmadiyah tetap diperbolehkan untuk menjalankan hak beragamanya asalkan tidak menyalahi ajaran pokok agama Islam.

Konsekuensi yuridis dari keputusan bersama bagi Jemaat Ahmadiyah adalah sepanjang Jemaat Ahmadiyah Indonesia mengaku dirinya sebagai bagian dari agama Islam harus menyesuaikan diri dengan pokok ajaran agama Islam yang sudah diakui. Terhadap kasus tersebut keterlibatan MUI untuk memeriksa dan menilai ajaran yang berlaku dalam Jemaat Ahmadiyah sangat diperlukan terlebih alasan-alasan mengapa aliran tersebut tidak sesuai dengan ajaran Islam. Tindakan tersebut seharusnya menjadi perhatian khusus bagi lembaga-lembaga agama ketika memeriksa dan menilai suatu aliran kepercayaan, mengingat masalah agama dan kepercayaan merupakan masalah yang sangat sensitif sehingga harus diselesaikan dengan bijaksana.

2. Dampak Pemberlakuan UU No. 1/PNPS/1965 bagi Kehidupan Beragama

Sejak diberlakukan tanggal 27 Januari 1945, UU No. 1/PNPS/1965 merupakan satu-satunya perundang-undangan yang mengatur tentang kehidupan beragama. UU No. 1/PNPS/1965 memberikan perlindungan hukum terhadap kehidupan beragama disebut yang kejahatan terhadap agama. UU No. 1/PNPS/1965 secara *letterlijk* membatasi perlindungan hukum terhadap agama dari penyimpangan dan penodaan terhadap agama yang dilindungi saja. Agama-agama yang dilindungi adalah Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Kong Hu Cu sebagaimana ditegaskan dalam Penjelasan Pasal 1 UU No. 1/PNPS/1965 sedangkan tentang aliran-aliran kepercayaan seperti Yahudi, Zarazustrian, Shinto, Taoisme, dan lain-lain tetap mendapatkan perlindungan menurut Pasal 29 ayat (2) UUD 1945. Hal tersebut jelas membawa implikasi bagi kehidupan beragama di Indonesia. Implikasi UU No. 1/PNPS/1965 dapat dilihat dari beberapa aspek:

1. Pembatasan seseorang dengan ajaran agamanya

Hubungan seseorang dengan suatu agama di Indonesia didasarkan pada UUD 1945 yang mengatur kewajiban tiap orang untuk beragama. Tidak ada seorang pun yang diberikan satu kebebasan untuk memilih tidak beragama karena pada dasarnya Pasal 29 dan Pasal 28E ayat (1) UUD 1945 menekankan kebebasan untuk memilih agama bukan tidak memilih agama. Hal tersebut didasarkan atas pemikiran bahwa manusia adalah makhluk ciptaan yang seharusnya berbakti untuk beribadah dalam sujud sembah kepada Tuhan Yang Maha Kuasa, Pencipta-nya. Pasal 1 dan Pasal 4 UU No. 1/PNPS/1965 atau Pasal

156a KUHP juga memberikan batasan kepada seseorang untuk menafsirkan ajaran agamanya dan menjalankan peribadatan agamanya. Artinya, tiap orang tidak diperkenankan melakukan pemahaman menurut sekehendak hatinya melainkan harus merujuk pada ajaran asli dari kitab suci masing-masing agamanya. Contoh kasus Lia Eden yang menawarkan aliran baru dalam lingkup agama Islam bahwa Lia Aminudin mengaku mendapatkan bimbingan gaib tentang Ketuhanan dengan nama *salamullah* (artinya keselamatan dari Tuhan) dan mengaku sebagai nabi sangat bertentangan dengan ajaran agama Islam. Kasus tersebut jelas merupakan penodaan terhadap agama Islam sebagaimana dimaksud dalam Pasal 156a KUHP.

2. Kerukunan agama yang satu dengan agama yang lain

UU No. 1/PNPS/1965 secara tidak langsung juga memberikan pengaturan terhadap relasi antar umat beragama yang sangat rentan konflik terkait dengan masalah agama, kepercayaan dan pelaksanaan ibadahnya. Penyebaran sikap permusuhan, kebencian, dan penghinaan terhadap agama lain sangat dilarang melalui Pasal 156a KUHP meskipun dilakukan dalam rangka pendalaman ajaran agama tertentu jika ditujukan untuk memusuhi, menghina, dan merendahkan agama lain tetap dilarang. Berbeda dengan kajian perbandingan agama yang memiliki tujuan pendidikan dan pendalaman, tindakan tersebut tidak termasuk dalam larangan Pasal 156a KUHP.

3. Agama yang dianut menjadi “standar uji” aliran-aliran kepercayaan dan kebatinan yang ada

Meskipun tidak secara eksplisit menyebutkan enam agama yang diakui sebagai “standar uji” bagi aliran kepercayaan yang ada

atau akan ada, UU No. 1/PNPS/1965 memberikan penekanan tersebut pada Pasal 1 dan Pasal 4 (Pasal 156a KUHP). Bahwa setiap aliran atau tindakan yang tidak sesuai dengan ajaran agama yang sudah diakui merupakan tindakan yang dilarang. Pengaturan tersebut memang sangat potensial disalahgunakan oleh agama yang sudah ada. Agama yang sudah terlebih dahulu ada dengan aliran atau pemahaman yang dimaksud dilindungi oleh hukum.

Mengenai aspek keadilan atas hak beragama di dalam hal tersebut sebenarnya terletak pada sampai sejauh mana aliran atau ajaran yang ada benar-benar didasarkan atas kitab suci agama masing-masing. Oleh karena itu, lembaga keagamaan-lah yang harus aktif berperan memberikan penjelasan yang memadai kepada aliran pemahaman yang berbeda bila aliran tersebut diterima/sah ataupun ditolak/tidak sesuai dengan ajaran agama. Perlu ditegaskan bahwa sebenarnya tidak hanya enam agama yang diakui saja yang harus dirujuk oleh aliran-aliran kepercayaan yang ada atau akan ada (baru) melainkan aliran-aliran yang sudah terlebih dahulu ada (terdaftar) seperti Yahudi, Zarazustrian, Shinto dan Taoisme (Penjelasan Pasal 1 UU No. 1/PNPS/1965) karena memang aliran kepercayaan tersebut tidak dilarang.

4. Aliran kepercayaan baru yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa

Sebagaimana ditegaskan dalam Penjelasan Pasal 1 UU No. 1/PNPS/1965 bahwa perlindungan hukum diberikan pada agama yang dianut (Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Kong Hu Cu-enam agama) serta agama-agama lain, misalnya Yahudi, Zarazustrian, Shinto, Taoisme. Hal yang cukup berbeda sebenarnya diatur dalam penjelasan Pasal 1 UU No. 1/

PNPS/1965 tentang perlindungan hukum dari agama yang dianut di Indonesia (enam agama) dan perlindungan hukum dari agama-agama lain. Perlindungan hukum terhadap agama-agama lain memang mendapatkan jaminan melalui Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 dan “mereka dibiarkan adanya asal tidak melanggar ketentuan-ketentuan dalam peraturan ini atau peraturan perundangan lain.” Berdasarkan penjelasan tersebut dapat disimpulkan adanya kebijakan pemerintah untuk membatasi aliran kepercayaan atau kebatinan. Kebijakan di sini bukanlah pembatasan yang didasarkan atas kepentingan subyektif dari penguasa yang ada tetapi didasarkan atas UU No. 1/PNPS/1965 dan perundang-undangan yang terkait. Pembatasan tersebut dapat dipahami mengingat Indonesia merupakan negara yang berke-Tuhanan Yang Maha Esa sehingga hanya memberikan perlindungan bagi aliran kepercayaan dan kebatinan (agama) yang mengakui adanya Tuhan. Inilah pembatasan pertama yang disebut harus berdasarkan pada Ketuhanan Yang Maha Esa yang mengakui adanya Tuhan.

Pembatasan kedua, jika aliran/kebatinan tersebut berada dalam kelompok agama tertentu maka harus disesuaikan dengan ajaran agama yang sudah ada. Seperti halnya, kasus Sumardin Tappaya yang mengajarkan sholat bersiul harus menyesuaikan diri dengan akidah agama Islam yang tidak mengajarkan tindakan tersebut. Berbeda lagi jika suatu aliran dengan ajarannya menyatakan dirinya sebagai aliran atau agama tersendiri dengan tetap bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa terlepas dari agama yang sudah diakui di Indonesia maka terhadap aliran tersebut dilindungi Pasal 29 ayat (2) UUD 1945.

Kedua batasan di atas sebenarnya menegaskan bahwa Indonesia mengakui enam agama sebagai agama yang dianut oleh rakyat

di Indonesia sekaligus menyadari adanya aliran kepercayaan dan kebatinan lain asalkan tetap bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa.

IV. SIMPULAN

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Penolakan Pengujian UU No. 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama memberikan pemahaman mendasar tentang kebebasan beragama di Indonesia, yaitu:

1. Pemberlakuan UU No. 1/PNPS/1965 secara yuridis formil memang tidak bertentangan dengan UUD 1945 meskipun dibentuk pada masa demokrasi terpimpin. Hal tersebut diperkuat dari sisi materiil, UU No. 1/PNPS/1965 yang memberikan pengaturan tambahan tentang kejahatan terhadap agama yang terkait dengan *forum externum*.
2. Terdapat tiga bentuk kejahatan terhadap agama di dalam UU No. 1/PNPS/1965 yaitu kejahatan penyimpangan ajaran agama, kejahatan terhadap ajaran agama, dan kejahatan untuk tidak beragama. Pengaturan kejahatan bentuk pertama pada dasarnya sudah diatur dalam bentuk kedua, perbedaannya pada bentuk pertama terdapat tahapan penindakan sekaligus sanksi administrasi yang bisa dikenakan pada pelaku. Sebagaimana halnya UU No. 6/1969 menegaskan perlunya penyempurnaan UU No. 1/PNPS/1965 maka pengkajian sekaligus perumusan kejahatan terhadap agama perlu lebih lanjut dikembangkan agar tidak disalahgunakan oleh pihak-pihak yang ingin menghambat kebebasan beragama.

DAFTAR PUSTAKA

- Adji, Oemar Seno. 1983. *Perkembangan Hukum Pidana dan Hukum Acara Pidana Sekarang dan di masa jang akan Datang*. Jakarta: Pantjuran Tujuh.
- _____. 1984. Cetakan Kedua. *Herzienia-Ganti Rugi, Suap, Perkembangan Delik*. Jakarta: Erlangga.
- Asshidiqqie, Jimmly. 2006. *Perihal Undang-Undang*. Jakarta: Konstitusi Press.
- Chandranegara, Ibnu Sina. 2012. "Pengujian Perppu Terkait Sengketa Kewenangan Konstitusional Antar-Lembaga Negara: Kajian Atas Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009." *Jurnal Yudisial*, Vol. V No. 1 April 2012.
- Hamidi, Jazim & Lutfi. 2009. "Ketentuan Konstitusional Pemberlakuan Keadaan Darurat Dalam Suatu Negara." *Jurnal Konstitusi*, Volume 6, Nomor 1.
- Mahkamah Konstitusi. *Putusan Mahkamah Konstitusi*. Akses 2 Oktober 2010. http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/putusan_sidang_Putusan%20PUU%20140_Senin%2019%20April%202010.pdf.
- Mansoer, Mohammad Tolchah. 1983. *Pembahasan Beberapa Aspek tentang Kekuasaan-Kekuasaan Eksekutif dan Legislatif Negara Indonesia*. Jakarta: Pradnya Paramita.
- Prodjodikoro, Wirjono. 1983. Cetakan Kelima. *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia*. Jakarta: Dian Rakyat.
- Rudini. 1994. *Atas Nama Demokrasi Indonesia*. Yogyakarta: Bigraf Publishing.
- Siahaan, Maruarar. 2010. "Uji Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undangan Negara Kita: Masalah dan Tantangan." *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 4.
- Soedarto. 1983. *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat: Kajian terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*. Bandung: Sinar Baru.
- Soewoto. 1996. "Perlindungan Hukum terhadap Agama dan Aliran Kepercayaan." *Jurnal Yuridika*, No. 2, Tahun XI.
- Wignjosuebrotto, Soetandyo. 1994. *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial Politik dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*. Jakarta: RajawaliGrafindo.

PENERAPAN KONSEP HUKUM PEMBANGUNAN EKONOMI DALAM UPAYA PENCEGAHAN EKSPLOITASI PEKERJA ALIH DAYA

Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 27/PUU-IX/2011

THE APPLICATION OF THE CONCEPT OF LAWS ON ECONOMIC DEVELOPMENT IN PREVENTING THE EXPLOITATION OF OUTSOURCED LABOURS

An Analysis on Constitutional Court Decision Number 27/PUU-IX/2011

Iskandar Muda & Muhammad Kadafi

Fakultas Ekonomi Universitas Malahayati

Jl. Pramuka No. 27, Kemiling-Bandar Lampung

Email: iskandarmudaaphamk@yahoo.co.id

Diterima tgl 2 Januari 2013/Disetujui tgl 11 Maret 2013

ABSTRAK

Pada tanggal 17 Januari 2012, Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang berwenang melakukan uji formil dan materiil terhadap UUD 1945, telah melakukan Uji Materiil Konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan. Di dalam amar putusannya yang tertuang di dalam Putusan Nomor 27/PUU-IX/2011, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pasal 65 ayat (7) dan Pasal 66 ayat (2) huruf b UU Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan adalah tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Apabila makna putusan itu kemudian ditelaah secara *a quo*, maka secara tidak langsung Mahkamah Konstitusi menerapkan konsep ilmu hukum pembangunan ekonomi dalam upaya pencegahan eksploitasi pekerja *outsourcing*, sehingga terciptalah keadilan dalam hubungan ekonomi.

Kata kunci: pekerja alih daya, tidak konstitusional bersyarat.

ABSTRACT

On 17 January 2012, the Constitutional Court, as an institution authorized to perform formal and substantive review on the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, has done Judicial Constitutional Review on Law Number 13 of 2003 concerning Labours. In the verdict of the Decision Number 27/PUU-IX/2011, the Constitutional Court stated that Article 65, paragraph 7, and Article 66 paragraph 2 letter b of Law Number 13 of 2003 concerning Labours is conditionally unconstitutional. If the verdict is explored and interpreted in a quo, then it implies that the Constitutional Court has applied the concept of Laws on Economic Development in efforts to prevent the exploitation of outsourced labours and thus create justice in economic relations.

Keywords: outsourced labours, conditionally unconstitutional.

I. PENDAHULUAN

Sebagai salah satu wujud kebijakan pembangunan ekonomi, dikeluarkanlah berbagai peraturan perundang-undangan bidang perekonomian yang dapat dikelompokkan menjadi empat bidang, yaitu: (1) Bidang Menciptakan Perekonomian yang Sehat, yaitu mengatur batasan-batasan perilaku dan sanksi dari/bagi pihak-pihak terkait yang bermaksud mewujudkan perekonomian yang sehat; (2) Bidang Perusahaan dan Kegiatan Menjalankan Perusahaan, yaitu mengatur kebebasan berusaha dan menjalankan usaha serta rambu-rambu yang harus dipatuhi di dalamnya; (3) Bidang Melindungi Kepentingan Umum, yaitu aturan umum yang bertujuan untuk melindungi kepentingan rakyat dalam pembangunan (ekonomi) dan mencegah dampak negatif dari pelaksanaan pembangunan dan kegiatan perekonomian kepada masyarakat; dan (4) Bidang Keuangan, Perbankan dan Fiskal, yaitu mengatur masalah-masalah keuangan, perbankan dan fiskal serta beberapa hal yang harus dipatuhi (Sidabalok, 2006: 94-97). Berdasarkan pemahaman ini maka UU No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (UU Ketenagakerjaan) termasuk dalam bidang perekonomian dan termasuk dalam dua kelompok bidang, yaitu: (1) Bidang Menciptakan Perekonomian yang Sehat dan (2) Bidang Perusahaan dan Kegiatan Menjalankan Perusahaan.

Teori hukum mempunyai manfaat praktis sebagai alat instrumen dalam mengkaji dan menganalisis fenomena-fenomena yang timbul dan berkembang dalam masyarakat, bangsa, dan negara (Salim, 2010: 19). Terkait hal ini, yang dapat dijadikan sebagai contoh adalah teori hierarki hukum (*The Hierarchy of Law*) ajaran Hans Kelsen, yang berintikan bahwa norma hukum merupakan suatu susunan berjenjang dan

setiap norma hukum yang lebih rendah bersumber dari kaidah yang lebih tinggi (Yasir, 2007: 10).

Berdasarkan teori hierarki hukum dalam sistem hukum di Indonesia; undang-undang tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) yang berada pada hierarki yang lebih tinggi. Apabila ada pihak yang merasa dirugikan karena ketentuan dalam sebuah undang-undang, maka hal tersebut dapat diajukan ke Mahkamah Konstitusi (MK) untuk dilakukan uji konstitusionalitas, apakah undang-undang tersebut konstitusional atau inkonstitusional. Pengujian konstitusionalitas ini dilakukan untuk menjamin bahwa undang-undang yang berlaku tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Salah satu undang-undang bidang perekonomian yang pernah diuji konstitusionalitasnya adalah UU Ketenagakerjaan. Bertindak sebagai pemohon atas pengujian UU Ketenagakerjaan ini adalah Didik Suprijadi, yaitu Ketua Umum Dewan Pimpinan Pusat Aliansi Petugas Pembaca Meter Listrik (AP2ML) Indonesia. Dalam pengujian UU Ketenagakerjaan ini Didik bertindak atas nama AP2ML. Adapun pasal-pasal yang diajukan untuk uji konstitusionalitas adalah Pasal 59, Pasal 64, Pasal 65 dan Pasal 66. Dalam permohonannya, pemohon beranggapan bahwa pasal-pasal tersebut bertentangan dengan beberapa pasal dalam UUD 1945, yaitu:

1. Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 menyatakan, “Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan.”
2. Pasal 28D ayat (2) UUD 1945 menyatakan,

“Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.”

3. Pasal 33 ayat (1) UUD 1945 menyatakan, “Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.”

Berdasarkan alasan tersebut, di dalam petitumnya pemohon meminta kepada MK agar:

1. Menerima dan mengabulkan permohonan pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pasal 59 dan Pasal 64 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan bertentangan dengan Pasal 27 ayat (2), Pasal 28D ayat (2), Pasal 33 ayat (1) UUD 1945;
3. Menyatakan Pasal 59, Pasal 64, Pasal 65 dan Pasal 66 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
4. Menempatkan putusan ini dalam Lembaran Berita Negara Republik Indonesia.

Akhirnya dalam Sidang Pleno MK yang terbuka untuk umum pada hari Selasa tanggal 17 Januari 2012, MK menyatakan Pasal 65 ayat (7) dan Pasal 66 ayat (2) huruf b UU Ketenagakerjaan bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945 (*conditionally unconstitutional*). Dengan demikian permohonan pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian. Putusan tersebut tanpa disertai pendapat berbeda (*dissenting opinion*) maupun alasan berbeda (*concurring opinion*). Hal ini berarti bahwa semua hakim MK sepakat dengan amar putusan tersebut.

J.D Ny Hart mengatakan bahwa ada enam konsep hukum yang mempunyai pengaruh bagi

pengembangan kehidupan ekonomi, yaitu: (i) prediktabilitas, (ii) faktor penyeimbang, (iii) definisi dan kejernihan tentang status, (iv) akomodasi, (v) kemampuan prosedural dan (vi) kodifikasi dari tujuan-tujuan (Sulistiyono & Rustamaji, 2009: 20-21).

Dalam sudut pandang ilmu ekonomi diketahui bahwa sebagian besar *textbook macroeconomics* mengemukakan tiga pokok permasalahan makroekonomi yang penanganannya menjadi tujuan utama dari berbagai instrumen kebijakan yang dipilih. Permasalahan pokok tersebut adalah tentang: *output*, penggunaan tenaga kerja, dan harga. Dalam hal penggunaan tenaga kerja diketahui bahwa tujuan umum penanganan masalah penggunaan tenaga kerja adalah mencapai tingkat pengerjaan yang tinggi, atau penggunaan tenaga kerja sebanyak-banyaknya dalam perekonomian nasional. Ini sama artinya dengan pencapaian tingkat pengangguran yang rendah (Rizky & Majidi, 2008: 34).

Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 yang menyatakan bahwa “Pasal 65 ayat (7) dan 66 ayat (2) huruf b UU Ketenagakerjaan adalah tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*)” merupakan suatu upaya pencegahan eksploitasi pekerja alih daya (pekerja alih daya yang dimaksud dalam tulisan ini ditulis dengan kalimat “pekerja *outsourcing*” di dalam putusan *a quo*). Jika ditelaah makna dari putusan *a quo*, secara tidak langsung MK menerapkan konsep hukum pembangunan ekonomi.

Oleh karena itu dengan adanya penerapan konsep hukum pembangunan ekonomi dalam upaya pencegahan eksploitasi pekerja alih daya berdasarkan putusan *a quo*, maka dapat dikatakan telah membantu penyelesaian salah

satu permasalahan pokok makroekonomi yaitu penggunaan tenaga kerja, sehingga terciptalah keadilan dalam hubungan ekonomi.

II. RUMUSAN MASALAH

Berangkat dari latar belakang masalah yang telah diuraikan di bagian pendahuluan, maka dapat dirumuskan dua permasalahan, yaitu sebagai berikut:

1. Bagaimanakah penerapan konsep hukum pembangunan ekonomi dalam upaya pencegahan eksploitasi pekerja alih daya berdasarkan Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011?
2. Apakah benar, Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 juga telah menciptakan keadilan dalam hubungan ekonomi?

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

A. Studi Pustaka

1. Tinjauan Umum tentang Pekerja Alih Daya

Umumnya alih daya merupakan tindakan pengalihkan pekerjaan atau jasa ke pihak ketiga, sedangkan tujuan utama alih daya pada dasarnya adalah untuk:

1. menekan biaya.
2. berfokus pada kompetensi pokok.
3. melengkapi fungsi yang tak dimiliki.
4. melakukan usaha secara lebih efisien dan efektif.
5. meningkatkan fleksibilitas sesuai dengan perubahan situasi usaha.

6. mengontrol anggaran secara lebih ketat dengan biaya yang sudah diperkirakan.
7. menekan biaya investasi untuk infrastruktur internal (Tjandraningsih et.al., 2010: 10-11).

Praktik alih daya di Indonesia diatur dalam UU Ketenagakerjaan dan Keputusan Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi (Kepmenakertrans) No. 101/Men/VI/2004 tentang Tata Cara Perijinan Perusahaan Penyedia Jasa Pekerja/Buruh yang ditetapkan pada 25 Juni 2004 serta Kepmenakertrans No. 220/Men/X/2004 tentang Syarat-syarat Penyerahan Sebagian Pelaksanaan Pekerjaan Kepada Perusahaan Lain yang ditetapkan pada 19 Oktober 2004.

Namun demikian, kedua Kepmenakertrans tersebut dinyatakan tidak berlaku lagi sejak 14 November 2012 dengan ditetapkannya Peraturan Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi No. 19 Tahun 2012 tentang Syarat-Syarat Penyerahan Sebagian Pelaksanaan Pekerjaan Kepada Perusahaan Lain.

Dua jenis kegiatan yang dikenal sebagai alih daya diatur dalam Pasal 64 UU Ketenagakerjaan, yaitu:

“Perusahaan dapat menyerahkan sebagian pelaksanaan pekerjaan kepada perusahaan lainnya melalui perjanjian *pemborongan pekerjaan* atau *penyediaan jasa pekerja/buruh* yang dibuat secara tertulis” (cetak miring versi penulis).

Pemborongan Pekerjaan diatur dalam Pasal 65 UU Ketenagakerjaan, yaitu sebagai berikut:

1. Penyerahan sebagian pelaksanaan pekerjaan kepada perusahaan lain dilaksanakan

- melalui perjanjian pemborongan pekerjaan yang dibuat secara tertulis.
2. Pekerjaan yang dapat diserahkan kepada perusahaan lain sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:
 - a. dilakukan secara terpisah dari kegiatan utama;
 - b. dilakukan dengan perintah langsung atau tidak langsung dari pemberi pekerjaan;
 - c. merupakan kegiatan penunjang perusahaan secara keseluruhan; dan
 - d. tidak menghambat proses produksi secara langsung.
 3. Perusahaan lain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus berbentuk badan hukum.
 4. Perlindungan kerja dan syarat-syarat kerja bagi pekerja/buruh pada perusahaan lain sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) sekurang-kurangnya sama dengan perlindungan kerja dan syarat-syarat kerja pada perusahaan pemberi pekerjaan atau sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
 5. Perubahan dan/atau penambahan syarat-syarat sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) diatur lebih lanjut dengan Keputusan Menteri.
 6. Hubungan kerja dalam pelaksanaan pekerjaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diatur dalam perjanjian kerja secara tertulis antara perusahaan lain dan pekerja/buruh yang dipekerjakannya.
 7. Hubungan kerja sebagaimana dimaksud dalam ayat (6) dapat didasarkan atas perjanjian kerja waktu tidak tertentu atau perjanjian kerja waktu tertentu apabila memenuhi persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 59.
 8. Dalam hal ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), dan ayat (3), tidak terpenuhi, maka demi hukum status hubungan kerja pekerja/buruh dengan perusahaan penerima pemborongan beralih menjadi hubungan kerja pekerja/buruh dengan perusahaan pemberi pekerjaan.
 9. Dalam hal hubungan kerja beralih ke perusahaan pemberi pekerjaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (8), maka hubungan kerja pekerja/buruh dengan pemberi pekerjaan sesuai dengan hubungan sebagaimana dimaksud dalam ayat (7).
- Kemudian di dalam Pasal 66 UU Ketenagakerjaan diatur mengenai Penyediaan Jasa Pekerja/buruh, yaitu sebagai berikut:
1. Pekerja/buruh dari perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh tidak boleh digunakan oleh pemberi kerja untuk melaksanakan kegiatan pokok atau kegiatan yang berhubungan langsung dengan proses produksi, kecuali untuk kegiatan jasa penunjang atau kegiatan yang tidak berhubungan langsung dengan proses produksi.
 2. Penyedia jasa pekerja/buruh untuk kegiatan jasa penunjang atau kegiatan yang tidak berhubungan langsung dengan proses produksi harus memenuhi syarat sebagai berikut:
 - a. adanya hubungan kerja antara pekerja/

buruh dan perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh;

- b. perjanjian yang berlaku dalam hubungan kerja sebagaimana dimaksud pada huruf a adalah perjanjian kerja untuk waktu tertentu yang memenuhi persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 59 dan/atau perjanjian kerja waktu tidak tertentu yang dibuat secara tertulis dan ditandatangani oleh kedua belah pihak;
- c. perlindungan upah dan kesejahteraan, syarat-syarat kerja, serta perselisihan yang timbul menjadi tanggung jawab perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh; dan
- d. perjanjian antara perusahaan pengguna jasa pekerja/buruh dan perusahaan lain yang bertindak sebagai perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh dibuat secara tertulis dan wajib memuat pasal-pasal sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini.

3. Penyedia jasa pekerja/buruh merupakan bentuk usaha yang berbadan hukum dan memiliki izin dari instansi yang bertanggung jawab di bidang ketenagakerjaan.
4. Dalam hal ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), ayat (2) huruf a, huruf b, dan huruf d serta ayat (3) tidak terpenuhi, maka demi hukum status hubungan kerja antara pekerja/buruh dan perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh beralih menjadi hubungan kerja antara pekerja/buruh dan perusahaan pemberi pekerjaan.

2. Konsep Hukum Pembangunan Ekonomi

J.D Ny Hart mengemukakan adanya enam konsep hukum yang mempunyai pengaruh bagi pengembangan kehidupan ekonomi (Sulistiyo & Rustamaji, 2009: 20-21), yaitu sebagai berikut:

Pertama, prediktabilitas; hukum harus mempunyai kemampuan untuk memberikan gambaran pasti di masa depan mengenai keadaan atau hubungan-hubungan yang dilakukan pada masa sekarang.

Kedua, faktor penyeimbangan; sistem hukum harus dapat menjadi kekuatan yang memberikan keseimbangan di antara nilai-nilai yang bertentangan di dalam masyarakat. Sistem hukum memberikan “kesadaran akan keseimbangan” dalam usaha-usaha negara melakukan pembangunan ekonomi.

Ketiga, definisi dan kejernihan tentang status; di samping fungsi hukum yang memberikan prediktabilitas dapat ditambahkan bahwa fungsi hukum juga memberikan ketegasan mengenai status orang-orang dan barang-barang di masyarakat.

Keempat, akomodasi; perubahan yang cepat sekali pada hakikatnya akan menyebabkan hilangnya keseimbangan yang lama, baik dalam hubungan antara individu maupun kelompok di dalam masyarakat. Keadaan ini dengan sendirinya menghendaki dipulihkannya keseimbangan tersebut melalui satu dan lain jalan. Di sini sistem hukum yang mengatur hubungan antara individu baik secara material maupun formal memberi kesempatan kepada keseimbangan yang terganggu itu untuk menyesuaikan diri kepada lingkungan yang baru sebagai akibat perubahan tersebut. Pemulihan kembali ini dimungkinkan oleh karena di dalam kegoncangan ini sistem

hukum memberikan pegangan kepastian melalui perumusan-perumusan yang jelas dan definitif, membuka kesempatan bagi dipulihkannya keadilan melalui prosedur yang tertib dan sebagainya.

Kelima, kemampuan prosedural; pembinaan di bidang hukum acara memungkinkan hukum material itu dapat merealisasikan dirinya dengan baik, ke dalam pengertian hukum acara ini termasuk tidak hanya ketentuan-ketentuan hukum perundang-undangan melainkan juga semua prosedur penyelesaian yang disetujui oleh para pihak yang bersengketa, misalnya bentuk-bentuk: arbitrase, konsiliasi dan sebagainya, semua lembaga tersebut hendaknya dapat bekerja dengan efisien apabila diharapkan. Bahwa kehidupan ekonomi itu ingin mencapai tingkatannya yang maksimum.

Keenam, kodifikasi daripada tujuan-tujuan; perundang-undangan dapat dilihat sebagai suatu kodifikasi tujuan serta maksud sebagaimana dikehendaki oleh negara. Di bidang ekonomi, misalnya, kita akan dapat menjumpai tujuan-tujuan itu seperti dirumuskan di dalam beberapa perundang-undangan yang secara langsung atau tidak langsung mempunyai pengaruh terhadap bidang perekonomian.

Bagi seorang ahli ekonomi maka yang menjadi sumber hukum adalah kebutuhan-kebutuhan ekonomi dalam masyarakat. Karena dengan adanya kebutuhan-kebutuhan ekonomi akan menimbulkan persaingan antara warga masyarakat itu sendiri yang akhirnya persaingan itu apabila tidak diatur dapat menimbulkan kekacauan. Sehubungan dengan itu maka dibentuklah hukum yang tugasnya untuk mengatur masalah-masalah tersebut (Hasanuddin, 2004: 151). Hukum di samping untuk memberikan

kepastian dalam berbisnis, juga untuk mencapai rasa keadilan bagi para pelaku tindak ekonomi di mana pun mereka berada (Manan, 2006: 124).

Hukum tidak dapat berkembang tanpa dukungan ekonomi yang tumbuh. Tetapi, perekonomian tidak akan tumbuh dan berkembang jika hukum tidak mampu menjamin keadilan yang pasti dan kepastian yang adil. Dengan demikian hukum juga dapat difungsikan dan berfungsi sebagai sarana penggerak dan pengarah guna mencapai tujuan-tujuan suatu masyarakat di bidang perekonomian (Asshiddiqie, 2010: 16).

3. Bentuk-bentuk Keadilan dalam Hubungan Ekonomi

Pembahasan konsep keadilan menurut para pakar ilmu filsafat, hukum, ekonomi, dan politik di seluruh belahan dunia tidak akan melewati pelbagai teori yang dikemukakan oleh John Rawls. Melalui karya-karyanya, seperti *A Theory of Justice*, *Political Liberalism*, dan *The Law of Peoples*, Rawls dikenal sebagai salah seorang filsuf Amerika kenamaan di akhir abad ke-20. Didasari oleh telaah pemikiran lintas disiplin ilmu secara mendalam, Rawls dipercaya sebagai salah seorang yang memberi pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus mengenai nilai-nilai keadilan hingga saat ini (Faiz, 2009: 135). Setidaknya Rawls (2006: 72) menyatakan dua prinsip keadilan yaitu:

1. Setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang.
2. Ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga: (a) dapat diharapkan

memberi keuntungan semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang.

Dari sudut pandang teori keadilan, dua prinsip keadilan mendefinisikan kriteria lebih tinggi yang tepat. Oleh karena itu, persoalannya adalah mempertimbangkan apakah resep akal sehat tentang keadilan akan muncul dalam sebuah masyarakat tertata rapi atau tidak dan bagaimana resep-resep itu akan menerima bobot semestinya (Rawls, 2006: 390).

Pusat Studi Ekonomi Kerakyatan Universitas Brawijaya (2009) merumuskan keadilan dalam hubungan ekonomi sekurang-kurangnya terwujud dalam tiga bentuk, yaitu:

1. Keadilan dalam hubungan ekonomi antarmanusia secara orang-seorang dengan senantiasa memberikan kepada sesamanya apa yang semestinya diterima sebagai haknya. Inilah yang melahirkan keadilan tukar-menukar.
2. Keadilan dalam hubungan ekonomi antara manusia dengan masyarakatnya, dengan senantiasa memberi dan melaksanakan segala sesuatu yang memajukan kemakmuran dan kesejahteraan bersama. Inilah yang melahirkan keadilan sosial.
3. Keadilan dalam hubungan ekonomi antara masyarakat dengan warganya, dengan senantiasa membagi segalanya kenikmatan dan beban secara merata sesuai dengan sifat dan kapasitasnya masing-masing. Inilah yang melahirkan “keadilan distributif” (Latif, 2011: 585-586).

Terhadap ketiga bentuk keadilan tersebut di atas, Latif (2011: 586) menambahkan satu lagi, yakni keadilan dalam hubungan-hubungan produksi antara pemilik modal dan buruh. Nilai tambah tidak boleh hanya dieksploitasi oleh pemilik modal saja, melainkan juga perlu dibagi kepada buruh. Hal ini bisa ditempuh melalui pengalokasian sebagian saham bagi kaum buruh dan/atau kepatutan standar penggajian dan jaminan sosial karyawan. Inilah yang melahirkan “keadilan produktif,” yang dikenal dengan keadilan dalam hubungan industrial.

B. Analisis

Hakikatnya tugas hakim sebagai “penegak hukum” adalah menegakkan peraturan-perundang-undangan yang berlaku agar dapat dilaksanakan sebagaimana tujuan dari dibentuknya peraturan-perundang-undangan tersebut. Lain halnya jika hakim sebagai “penegak keadilan” adalah tidak semata-mata keadilan menurut teks peraturan-perundang-undangan saja, melainkan juga menegakkan rasa keadilan yang berkembang di masyarakat.

Tugas hakim dalam menegakkan keadilan yang berkembang di masyarakat pada saat ini berlaku pula bagi hakim konstitusi sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman) yang berbunyi: “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.” Kemudian di dalam Pasal 2 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa Peradilan dilakukan “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA.” Selanjutnya dalam Pasal 2 ayat (2) disebutkan, “Peradilan negara

menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.”

Eksistensi hakim sebagai salah satu unsur dari hukum banyak menentukan corak keberadaan suatu sistem hukum sebagaimana didasarkan pada paham yang berkembang dalam masyarakat Amerika (realisme hukum Amerika), bahwa putusan hakim adalah hukum yang sebenarnya dalam perkara konkret. Undang-undang, kebiasaan dan seterusnya hanya pedoman dan bahan inspirasi bagi hakim untuk membentuk hukumnya sendiri (Panggabean, 2008: 56-57).

Madison mengatakan, makna sebuah undang-undang yang disusun dengan cermat sekalipun akan tetap kabur dan mengandung banyak arti, sampai ketika maknanya dijelaskan dan ditetapkan melalui serangkaian pembahasan dan keputusan. Semua pembahasan dan keputusan ini bisa, dan harus, dimulai dan diperantarai oleh wacana teoritis, moral, legal, politis, dan/atau ilmiah dari zaman kita, dan bukan hanya yang berasal dari zaman para sendiri saja (Bell, 2008: 200). Oleh karena itulah kehadiran MK dalam sistem ketatanegaraan tidak lain berperan sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*), agar konstitusi selalu dijadikan landasan dan dijalankan secara konsisten oleh setiap komponen negara dan masyarakat.

MK ditaati dan dilaksanakan secara konsisten, serta mendorong dan mengarahkan proses demokratisasi berdasarkan konstitusi. Selain itu, MK berperan sebagai penafsir tunggal dan tertinggi atas UUD, yang direfleksikan melalui putusan-putusan sesuai kewenangannya. Dengan adanya MK, proses penjaminan demokrasi yang konstitusional diharapkan dapat diwujudkan melalui proses penjabaran dari empat kewenangan konstitusional (*constitutionally entrusted powers*)

dan satu kewajiban konstitusional (*constitutional obligation*) (MKRI, 2004: 45-46).

Seorang hakim yang tidak belajar ilmu ekonomi dan sosiologi, lebih cenderung menjadi musuh masyarakat dan seorang hakim yang tidak belajar sejarah dan preseden merupakan suatu kesombongan sekaligus ketololan (Rifai, 2010: 34). Oleh karena itu, hakim dituntut untuk menguasai berbagai ilmu pengetahuan, baik itu ilmu pengetahuan hukum maupun ilmu pengetahuan yang lain, sehingga putusan yang dijatuhkannya tersebut, dapat dipertanggungjawabkan dari segi teori-teori yang ada dalam ilmu pengetahuan yang berkaitan dengan perkara yang diperiksa, diadili dan diputuskan hakim (Rifai, 2010: 108). Dalam hukum konstitusional tidak ada objektivitas, karena tidak ada hal-hal yang sifatnya mutlak.

Setiap persoalan konstitusional melibatkan pertimbangan nilai-nilai yang berlawanan. Di antara nilai-nilai itu ada yang dianut semua orang, ada yang dianut beberapa saja. Demikian pula cara hakim-hakim Mahkamah Agung (MA) Amerika Serikat dalam menganut nilai-nilai. Semakin luas nilai-nilai itu dianut dalam masyarakat, semakin besar kemungkinannya hakim akan menganutnya pula; semakin kontroversial nilai-nilai itu, semakin besar kemungkinannya hakim akan berselisih paham mengenainya (Braden, 2005: 252).

Amar putusan MK terkait uji konstitusionalitas undang-undang, dalam perkembangannya, selain putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) ada pula putusan MK yang merupakan putusan tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Pada dasarnya, sebagaimana argumentasi dari diputuskannya putusan konstitusional bersyarat (*conditionally*

constitutional), putusan tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) juga disebabkan jika hanya berdasarkan pada amar putusan yang diatur dalam Pasal 56 Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK), yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak, maka akan sulit untuk menguji undang-undang, di mana sebuah undang-undang seringkali mempunyai sifat yang dirumuskan secara umum, padahal dalam rumusan yang sangat umum itu belum diketahui apakah dalam pelaksanaannya akan bertentangan dengan UUD 1945 atau tidak (Safa'at et.al., 2010: 143-144). Secara ringkas dan jelas menurut glosari istilah hukum (Manan et.al., 2008: 74); tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) artinya suatu muatan norma yang dianggap tidak sesuai konstitusi (bertentangan dengan konstitusi) bila dimaknai sesuai dengan yang ditentukan MK.

Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 perihal Pengujian UU Ketenagakerjaan terhadap UUD 1945 termasuk putusan yang tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), sebagaimana dalam amar putusan *a quo* dinyatakan bahwa: "Pasal 65 ayat (7) dan 66 ayat (2) huruf b UU Ketenagakerjaan adalah *conditionally unconstitutional*. Lebih jelasnya mengenai putusan *conditionally unconstitutional* tersebut bisa dilihat dalam amar putusan *a quo*, yaitu sebagai berikut:

- Frasa "...perjanjian kerja waktu tertentu" dalam Pasal 65 ayat (7) dan frasa "...perjanjian kerja untuk waktu tertentu" dalam Pasal 66 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor

39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4279) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dalam perjanjian kerja tersebut tidak disyaratkan adanya pengalihan perlindungan hak-hak bagi pekerja/buruh yang objek kerjanya tetap ada, walaupun terjadi pergantian perusahaan yang melaksanakan sebagian pekerjaan borongan dari perusahaan lain atau perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh;

- Frasa "...perjanjian kerja waktu tertentu" dalam Pasal 65 ayat (7) dan frasa "...perjanjian kerja untuk waktu tertentu" dalam Pasal 66 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4279) tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dalam perjanjian kerja tersebut tidak disyaratkan adanya pengalihan perlindungan hak-hak bagi pekerja/buruh yang objek kerjanya tetap ada, walaupun terjadi pergantian perusahaan yang melaksanakan sebagian pekerjaan borongan dari perusahaan lain atau perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh.

Selain itu dalam pertimbangan hukum Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011, MK juga berpendapat bahwa untuk menghindari perusahaan melakukan eksploitasi pekerja/buruh hanya untuk kepentingan keuntungan bisnis tanpa memperhatikan jaminan dan perlindungan atas hak-hak pekerja/buruh untuk mendapatkan pekerjaan dan upah yang layak, dan untuk meminimalisasi hilangnya hak-hak konstitusional

para pekerja *outsourcing*, Mahkamah perlu menentukan perlindungan dan jaminan hak bagi pekerja/buruh.

Lebih lanjut MK mengatakan, dalam hal ini ada dua model yang dapat dilaksanakan untuk melindungi hak-hak pekerja/buruh. *Pertama*, dengan mensyaratkan agar perjanjian kerja antara pekerja/buruh dengan perusahaan yang melaksanakan pekerjaan *outsourcing* tidak berbentuk Perjanjian Kerja Waktu Tertentu (PKWT), melainkan berbentuk “perjanjian kerja waktu tidak tertentu”. *Kedua*, menerapkan prinsip pengalihan tindakan perlindungan bagi pekerja/buruh (*Transfer of Undertaking Protection of Employment* atau TUPE) yang bekerja pada perusahaan yang melaksanakan pekerjaan *outsourcing*.

Melalui model yang pertama, hubungan kerja antara pekerja/buruh dengan perusahaan yang melaksanakan pekerjaan *outsourcing* adalah konstitusional sepanjang dilakukan berdasarkan “perjanjian kerja waktu tidak tertentu” secara tertulis.

Selanjutnya model yang kedua diterapkan dalam hal hubungan kerja antara pekerja/buruh dengan perusahaan yang melakukan pekerjaan *outsourcing* berdasarkan PKWT maka pekerja harus tetap mendapat perlindungan atas hak-haknya sebagai pekerja/buruh dengan menerapkan prinsip pengalihan tindakan perlindungan bagi pekerja/buruh (*Transfer of Undertaking Protection of Employment* atau TUPE) yang bekerja pada perusahaan yang melaksanakan pekerjaan *outsourcing*.

Dalam praktik, prinsip TUPE telah diterapkan dalam hukum ketenagakerjaan, yaitu dalam hal suatu perusahaan diambil alih oleh perusahaan lain. Untuk melindungi hak-hak para

pekerja yang perusahaannya diambil alih oleh perusahaan lain, hak-hak dari pekerja/buruh dari perusahaan yang diambil alih tetap dilindungi.

Pengalihan perlindungan pekerja/buruh diterapkan untuk melindungi para pekerja/buruh *outsourcing* dari kesewenang-wenangan pihak pemberi kerja/pengusaha. Dengan menerapkan prinsip pengalihan perlindungan, ketika perusahaan pemberi kerja tidak lagi memberikan pekerjaan borongan atau penyediaan jasa pekerja/buruh kepada suatu perusahaan *outsourcing* yang lama dan memberikan pekerjaan tersebut kepada perusahaan *outsourcing* yang baru, maka selama pekerjaan yang diperintahkan untuk dikerjakan masih ada dan berlanjut, perusahaan penyedia jasa baru tersebut harus melanjutkan kontrak kerja yang telah ada sebelumnya, tanpa mengubah ketentuan yang ada dalam kontrak, tanpa persetujuan pihak-pihak yang berkepentingan, kecuali perubahan untuk meningkatkan keuntungan bagi pekerja/buruh karena bertambahnya pengalaman dan masa kerjanya.

Aturan tersebut tidak saja memberikan kepastian akan kontinuitas pekerjaan para pekerja *outsourcing*, tetapi juga memberikan perlindungan terhadap aspek-aspek kesejahteraan lainnya, karena dalam aturan tersebut para pekerja *outsourcing* tidak diperlakukan sebagai pekerja baru. Masa kerja yang telah dilalui para pekerja *outsourcing* tersebut tetap dianggap ada dan diperhitungkan, sehingga pekerja *outsourcing* dapat menikmati hak-hak sebagai pekerja secara layak dan proporsional. Apabila pekerja *outsourcing* tersebut diberhentikan dengan alasan pergantian perusahaan pemberi jasa pekerja, maka para pekerja diberi kedudukan hukum untuk mengajukan gugatan berdasarkan hal itu kepada pengadilan hubungan industrial sebagai sengketa hak. Melalui prinsip pengalihan perlindungan

tersebut, kehilangan atau terbaikannya hak-hak konstitusional pekerja *outsourcing* dapat dihindari.

Berdasarkan pemaparan di atas, untuk lebih memahami alasan MK menjatuhkan putusan terkait perekonomian, maka ada baiknya selain menyimak amar putusan juga perlu mempelajari pertimbangan hukum Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 sehingga dapat dipahami makna konstitusional spirit perekonomian Indonesia (Syahuri, 2011: 249). Atas dasar inilah maka putusan *a quo* dapat disimpulkan menjadi tiga bagian. *Pertama*, dalam amar putusan, MK menyatakan Pasal 65 ayat (7) dan 66 ayat (2) huruf b UU Ketenagakerjaan adalah tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). *Kedua*, dalam pertimbangan hukum, MK berpendapat mengenai dua model yang dapat dilaksanakan untuk melindungi hak-hak pekerja/buruh yaitu: (1) dengan mensyaratkan agar perjanjian kerja antara pekerja/buruh dengan perusahaan yang melaksanakan pekerjaan *outsourcing* tidak berbentuk PKWT, melainkan berbentuk “perjanjian kerja waktu tidak tertentu” dan (2) menerapkan prinsip pengalihan tindakan perlindungan bagi pekerja/buruh (*Transfer of Undertaking Protection of Employment* atau TUPE) yang bekerja pada perusahaan yang melaksanakan pekerjaan *outsourcing*. *Ketiga*, dalam pertimbangan hukum, MK berpendapat apabila pekerja *outsourcing* diberhentikan dengan alasan pergantian perusahaan pemberi jasa pekerja, maka para pekerja diberi kedudukan hukum untuk mengajukan gugatan berdasarkan hal itu kepada pengadilan hubungan industrial sebagai sengketa hak.

Berdasarkan ketiga simpulan sebagaimana dijelaskan di atas, maka dapat dikatakan Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 secara tidak langsung

menerapkan lima konsep hukum pembangunan ekonomi sebagaimana yang dikemukakan oleh J.D Ny Hart. Menurut Ny Hart ada enam konsep hukum yang mempunyai pengaruh bagi pengembangan kehidupan ekonomi, yaitu: (i) prediktabilitas, (ii) faktor penyeimbang, (iii) definisi dan kejernihan tentang status, (iv) akomodasi, (v) kemampuan prosedural dan (vi) kodifikasi dari tujuan-tujuan (Sulistiyo & Rustamaji, 2009: 20-21).

MK tidak menerapkan konsep hukum pembangunan ekonomi “(vi) kodifikasi dari tujuan-tujuan,” karena MK berfungsi sebagai negatif legislator (membatalkan undang-undang). MK bukanlah sebagai positif legislator (pembuat norma), karena yang berfungsi sebagai legislator atau yang berhak membuat norma perundang-undangan adalah Legislatif (DPR) dan/atau Eksekutif (Pemerintah), dalam hal ini, setelah adanya Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011, Pemerintah sudah mengeluarkan surat edaran dan peraturan menteri, yaitu: Surat Edaran Direktur Jenderal Pembinaan Hubungan Industrial dan Jaminan Sosial Tenaga Kerja dan Transmigrasi Republik Indonesia No. B.31/PHIJSK/I/2012 tentang Pelaksanaan Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 dan Peraturan Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi No. 19 Tahun 2012 tentang Syarat-Syarat Penyerahan Sebagian Pelaksanaan Pekerjaan Kepada Perusahaan Lain.

Adapun penjabaran mengenai lima konsep hukum pembangunan ekonomi sebagaimana dikemukakan oleh Ny Hart yang secara tidak langsung diterapkan dalam Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 adalah sebagai berikut:

- i. Prediktabilitas; hukum harus mempunyai kemampuan untuk memberikan gambaran pasti di masa depan mengenai keadaan atau

hubungan-hubungan yang dilakukan pada masa sekarang.

- ii. Faktor Penyeimbangan; sistem hukum harus dapat menjadi kekuatan yang memberikan keseimbangan di antara nilai-nilai yang bertentangan di dalam masyarakat. Sistem hukum memberikan “kesadaran akan keseimbangan” dalam usaha-usaha negara melakukan pembangunan ekonomi.
- iii. Definisi dan kejernihan tentang status; di samping fungsi hukum yang memberikan prediktabilitas dapat ditambahkan bahwa fungsi hukum juga memberikan ketegasan mengenai status orang-orang dan barang-barang di masyarakat.
- iv. Akomodasi; perubahan yang cepat sekali pada hakikatnya akan menyebabkan hilangnya keseimbangan yang lama, baik dalam hubungan antar individu maupun kelompok di dalam masyarakat. Keadaan ini dengan sendirinya menghendaki dipulihkannya keseimbangan tersebut melalui satu dan lain jalan. Di sini sistem hukum yang mengatur hubungan antara individu baik secara material maupun formal memberi kesempatan kepada keseimbangan yang terganggu itu untuk menyesuaikan diri kepada lingkungan yang baru sebagai akibat perubahan tersebut. Pemulihan kembali ini dimungkinkan oleh karena di dalam kegoncangan ini sistem hukum memberikan pegangan kepastian melalui perumusan-perumusan yang jelas dan definitif, membuka kesempatan bagi dipulihkannya keadilan melalui prosedur yang tertib dan sebagainya.
- v. Kemampuan prosedural; semua prosedur penyelesaian yang disetujui oleh para pihak

yang bersengketa, misalnya bentuk-bentuk: arbitrase, konsiliasi dan sebagainya, ke semua lembaga tersebut hendaknya dapat bekerja dengan efisien apabila diharapkan.

Penerapan konsep hukum (i) prediktabilitas, (ii) faktor penyeimbang, dan (iii) definisi dan kejernihan tentang status yaitu: dalam amar putusan, MK menyatakan bahwa “Pasal 65 ayat (7) dan 66 ayat (2) huruf b UU Ketenagakerjaan adalah tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*).” Sedangkan penerapan konsep hukum (iv) akomodasi yaitu: dalam pertimbangan hukum, MK memberikan pendapat mengenai dua model yang dapat dilaksanakan untuk melindungi hak-hak pekerja/buruh yaitu “perjanjian kerja waktu tidak tertentu” dan “menerapkan prinsip pengalihan tindakan perlindungan bagi pekerja/buruh.” Selanjutnya penerapan konsep hukum (v) kemampuan prosedural yaitu: dalam pertimbangan hukum, MK memberikan pendapat pada salah satu dari dua model yang dapat dilaksanakan untuk melindungi hak-hak pekerja/buruh, MK berpendapat apabila pekerja *outsourcing* diberhentikan dengan alasan pergantian perusahaan pemberi jasa pekerja, maka para pekerja diberi kedudukan hukum untuk mengajukan gugatan berdasarkan hal itu kepada pengadilan hubungan industrial sebagai sengketa hak.

Penerapan konsep hukum pembangunan ekonomi dalam upaya pencegahan eksploitasi pekerja alih daya berdasarkan Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 telah sesuai dengan apa yang diharapkan berdasarkan rumusan keadilan dalam kehidupan perekonomian. Sebagaimana diketahui berdasarkan rumusan Pusat Studi Ekonomi Kerakyatan Universitas Brawijaya (2009) keadilan sekurang-kurangnya terwujud dalam tiga bentuk (Latif, 2011: 585-586), yaitu: *pertama*; keadilan

dalam hubungan ekonomi antarmanusia secara orang-seorang dengan senantiasa memberikan kepada sesamanya apa yang semestinya diterima sebagai haknya. Inilah yang melahirkan keadilan tukar-menukar, *kedua*; keadilan dalam hubungan ekonomi antara manusia dengan masyarakatnya, dengan senantiasa memberi dan melaksanakan segala sesuatu yang memajukan kemakmuran dan kesejahteraan bersama. Inilah yang melahirkan keadilan sosial dan *ketiga*; keadilan dalam hubungan ekonomi antara masyarakat dengan warganya, dengan senantiasa membagi segalanya kenikmatan dan beban secara merata sesuai dengan sifat dan kapasitasnya masing-masing.

Inilah yang melahirkan “keadilan distributif.” Selanjutnya dalam hal ini Latif (2011: 586) menambahkan satu lagi, yakni keadilan dalam hubungan-hubungan produksi antara pemilik modal dan buruh. Nilai tambah tidak boleh hanya dieksploitasi oleh pemilik modal saja, melainkan juga perlu dibagi kepada buruh. Hal ini bisa ditempuh melalui pengalokasian sebagian saham bagi kaum buruh dan/atau kepatutan standar penggajian dan jaminan sosial karyawan. Inilah yang melahirkan “keadilan produktif,” yang dikenal dengan keadilan dalam hubungan industrial.

Berdasarkan dari sudut pandang keempat macam keadilan dalam hubungan ekonomi sebagaimana dijelaskan di atas, maka penerapan konsep hukum pembangunan ekonomi dalam upaya pencegahan eksploitasi pekerja alih daya berdasarkan Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 telah menciptakan “keadilan dalam hubungan industrial.” Salah satu fokus tujuan utama “keadilan dalam hubungan industrial” adalah untuk mencegah dieksploitasinya pekerja oleh pemilik modal tanpa memperhatikan standar penggajian/upah dan jaminan sosial pekerja/buruh.

IV. SIMPULAN

1. Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 menerapkan lima konsep hukum pembangunan ekonomi, yaitu (i) prediktabilitas, (ii) faktor penyeimbang, dan (iii) definisi dan kejernihan tentang status yaitu: dalam amar putusan, MK menyatakan bahwa “Pasal 65 ayat (7) dan 66 ayat (2) huruf b UU Ketenagakerjaan adalah tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*).” Penerapan (iv) akomodasi yaitu: dalam pertimbangan hukum, MK memberikan pendapat mengenai dua model yang dapat dilaksanakan untuk melindungi hak-hak pekerja/buruh yaitu “perjanjian kerja waktu tidak tertentu” dan “menerapkan prinsip pengalihan tindakan perlindungan bagi pekerja/buruh.” Penerapan (v) kemampuan prosedural yaitu: dalam pertimbangan hukum, MK memberikan pendapat apabila pekerja alih daya diberhentikan dengan alasan pergantian perusahaan pemberi jasa pekerja, maka para pekerja diberi kedudukan hukum untuk mengajukan gugatan berdasarkan hal itu kepada pengadilan hubungan industrial sebagai sengketa hak.
2. Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011 juga telah menciptakan keadilan dalam hubungan ekonomi, yaitu: “keadilan dalam hubungan industrial,” salah satu fokus tujuan utama “keadilan dalam hubungan industrial” adalah untuk mencegah dieksploitasinya pekerja oleh pemilik modal tanpa memperhatikan standar penggajian/upah dan jaminan sosial pekerja/buruh.

Akhir kata dengan lapang dada, maka dapat dikatakan bahwa “Penerapan konsep hukum pembangunan ekonomi dalam upaya pencegahan

eksploitasi pekerja alih daya berdasarkan Putusan MK No. 27/PUU-IX/2011” merupakan salah satu contoh bukti nyata peran hukum terhadap ekonomi. Dalam hal ini ada benarnya juga apa yang dikatakan oleh Rajagukguk (2011: 307) yaitu:

“Apa yang diperbuat oleh hukum terhadap ilmu ekonomi? Sebagian besar Sarjana Hukum mungkin akan menyatakan tidak ada. Namun kalau pertanyaan diubah menjadi: “Apa yang diperbuat hukum dalam bidang ekonomi?” Sebagian besar Sarjana Hukum akan menjawab: Sangat banyak.”

DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly. 2010. *Konstitusi Ekonomi*. Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara.
- Bell, Terence. ed. Gregory Leyh. 2008. Cetakan Pertama. “Intepretasi Konstitusional dan Perubahan Konseptual.”, dalam *Hermeneutika Hukum: Sejarah, Teori dan Praktek*. Bandung: Nusa Media.
- Braden, George D. ed. Leonard W. Levy. 2005. Cetakan Pertama. “Pencarian Obyektivitas dalam Hukum Konstitusional” dalam *Judicial Review: Sejarah Kelahiran, Wewenang dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*. Bandung: Nusamedia.
- Faiz, Pan Mohamad. 2009. Teori Keadilan John Rawls. *Jurnal Konstitusi*, Vol. 6 No. 1, hal. 135-149. Jakarta: Sekretariat Jenderal MKRI.
- Hasanuddin AF. et.al. 2004. Cetakan Pertama. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Kerjasama antara Pustaka Al Husna Baru dengan UIN Jakarta Press.
- Latif, Yudi. 2011. *Negara Paripurna: Historitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. 2004. *Cetak Biru Membangun Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: MKRI.
- Manan, Abdul et. al. 2008. Cetakan Pertama. *Meliput di Mahkamah Konstitusi: Panduan Bagi Jurnalis*. Jakarta: Kerjasama antara Mahkamah Konstitusi, Aliansi Jurnalis Independen & Ikatan Jurnalis Televisi Indonesia.
- Manan, Abdul. 2006. Edisi Pertama. Cetakan Ke-3. *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media.
- Panggabean, R.M. 2008. Cetakan Pertama. *Budaya Hukum Hakim Dibawah Pemerintahan Demokrasi dan Otoriter (Studi Tentang Putusan-Putusan Mahkamah Agung RI 1950-1965)*. Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Rajagukguk, Erman. 2011. Cetakan Pertama. *Butir-Butir Hukum Ekonomi*. Jakarta: Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Rawls, John. 2006. *Teori Keadilan: Dasar-Dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara*. Terjemahan dari *A Theory of Justice*, Alih bahasa: Uzair Fauzan & Heru Praseto. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Rifai, Ahmad. 2010. Cetakan Pertama. *Penemuan*

Hukum Oleh Hakim: Dalam Perspektif Hukum Progresif. Jakarta: Sinar Grafika.

Rizky, Awalil dan Majidi, Nasyith. 2008. Cetakan Pertama. *Neoliberalisme Mencengkeram Indonesia*. Jakarta: E Publishing Company. Akses 7 September 2012. <<http://vantageology.files.wordpress.com/2012/07/neo-liberalisme-mencengkeram-indonesia.pdf>>.

Safa'at, Muchamad Ali et.al. 2010. Cetakan Pertama. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi.

Salim, HS. 2010. Cetakan Pertama. *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*. Jakarta: PT RajaGrafindo Perkasa.

Sidabalok, Janus. 2006. Edisi Revisi. *Pengantar Hukum Ekonomi*. Medan: Bina Media.

Sulistiyono, Adi & Rustamaji, Muhammad. 2009. Cetakan Pertama. *Hukum Ekonomi Sebagai Panglima*. Sidoarjo: Masmedia Buana Pustaka.

Syahuri, Taufiqurrohman. 2011. Cetakan ke-1. *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.

Tjandraningsih, Indrasari et.al. 2010. *Diskriminatif & Eksploitatif Praktek Kerja Kontrak dan Outsourcing Buruh di Sektor Industri Metal di Indonesia*. Jakarta: AKATIGA-FSPMI-FES. Akses 1 Juni 2012. <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/indonesien/07846.pdf>>.

Yasir, Armen. 2007. *Hukum Perundang-Undangan*. Bandar Lampung: Universitas Lampung.

KEWENANGAN YUDIKATIF DALAM PENGUJIAN PERATURAN KEBIJAKAN

Kajian Putusan Mahkamah Agung Nomor 23 P/HUM/2009

JUDICIAL AUTHORITY IN REVIEWING POLICY RULES

An Analysis on Supreme Court Decision Number 23P/HUM/2009

Victor Imanuel W. Nalle

Fakultas Hukum Universitas Katolik Darma Cendika

Jl. Dr. Ir. H. Soekarno 201, Surabaya

Email: vicnalle@yahoo.com

Diterima tgl 14 Februari 2013/Disetujui tgl 11 Maret 2013

ABSTRAK

Berdasarkan konsep negara hukum, pemerintah melakukan tindakan pemerintahan berdasarkan atas peraturan perundang-undangan, dan pemerintah tidak dapat membuat peraturan perundang-undangan yang tidak didelegasikan oleh undang-undang. Pada praktiknya, berdasarkan prinsip diskresi, pemerintah dapat membentuk peraturan kebijakan. Sebagian besar ahli hukum mengkategorikan peraturan kebijakan bukan sebagai peraturan perundang-undangan dan tidak memiliki kekuatan mengikat. Jika demikian, tidak terdapat lembaga peradilan yang dapat melakukan uji material karena Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi hanya dapat menguji peraturan perundang-undangan. Pada praktiknya uji material peraturan kebijakan pernah dilakukan oleh Mahkamah Agung terhadap Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral Batubara dan Panas Bumi. Tulisan ini akan menganalisis putusan pengujian surat edaran tersebut, yaitu Putusan Nomor 23 P/HUM/2009. Melalui analisis tersebut akan diketahui apakah Mahkamah Agung, secara teoretis maupun yuridis, memiliki wewenang melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan atau justru sebaliknya.

Kata kunci: diskresi, peraturan kebijakan, uji material.

ABSTRACT

Based on the rule of law concept, a government should act in accordance with legislation and it can not produce any regulation without obtaining delegation from the legislation. But in practice the government, based on the principle of discretion, may issue a policy rule. Most of the scholars categorize a policy rule not as legislation and has no binding force. If so, Indonesia's legal system has no juridical institutions that can review such a rule because the Supreme Court and Constitutional Court can only examine regulations or legislation. In fact, the judicial review of policy rules has been carried out by the Supreme Court to the Circular of the Director General of Mineral, Coal and Geothermal. This paper will analyze the decision of circular's judicial review, that is the Decision No. 23 P/HUM/2009. Through the analysis will be known, theoretically and legally, whether the Supreme Court authorized reviewing policy rules.

Keywords: discretion, policy rule, judicial review.

I. PENDAHULUAN

Setiap negara yang menyatakan diri sebagai negara hukum tidak dapat lepas dari peraturan perundang-undangan. Suatu hal yang wajar karena negara hukum menempatkan peraturan perundang-undangan sebagai panduan dalam menyusun struktur kenegaraan dan menjalankannya dalam pemerintahan sehari-hari. Karena pemerintahan harus dijalankan dengan hukum, maka secara logis pemerintah tidak dapat melakukan tindakan yang menyimpang atau bahkan bertentangan dengan hukum. Implikasi lainnya, pemerintah tidak dapat membuat peraturan perundang-undangan atau keputusan tata usaha negara yang bertentangan dengan konstitusi atau undang-undang.

Pada dasarnya peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dari undang-undang tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, selain itu peraturan perundang-undangan tersebut haruslah sebagai instrumen untuk melaksanakan undang-undang. Peraturan pemerintah misalnya, berdasarkan Pasal 12 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU No. 12 Tahun 2011) berisi materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Demikian pula materi muatan dari peraturan presiden dan peraturan daerah provinsi serta peraturan daerah kabupaten/kota untuk lingkup daerah. Peraturan perundang-undangan tersebut tidak dapat mengatur hal yang tidak berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Contoh-contoh tersebut menunjukkan bahwa dalam negara hukum kekuasaan pemerintah dibatasi sedemikian rupa oleh hukum agar tidak dijalankan secara sewenang-wenang. Tradisi Anglo Saxon mengenal *doktrin*

ultra vires, yakni pemerintah tidak dapat bertindak di luar kekuasaan yang diberikan. Doktrin *ultra vires* menjadi prinsip utama dalam hukum administrasi yang menunjukkan betapa pentingnya hukum memberikan batasan bagi kekuasaan (Wade, 1982: 38). Apakah negara hukum tidak memberikan celah bagi pemerintah untuk melakukan tindakan hukum atau membuat peraturan tanpa kewenangan yang diberikan? Bagaimana jika dalam keadaan terpaksa harus dilakukan tindakan hukum atau dikeluarkan suatu peraturan sedangkan tidak ada dasar hukum yang menjadi landasannya?

Dalam kondisi demikian maka prinsip *freies ermessen* atau diskresi menjadi penting sebagai panduan bagi pemerintah untuk mengambil tindakan. Sebagaimana halnya hakim yang tidak boleh menolak mengadili perkara dengan alasan tidak ada hukumnya, maka pemerintah tidak dapat menolak mengambil tindakan dalam keadaan genting dengan alasan tidak ada dasar hukumnya. Produk hukum yang merupakan keluaran dari diskresi tersebut berupa peraturan kebijakan (*beleidsregels* atau *policy rules*). Secara teoretis pemerintah bisa saja mengeluarkan suatu peraturan kebijakan dengan dasar diskresi namun bukan berarti tidak ada permasalahan secara teoretis pula di dalamnya. Permasalahan yang dapat timbul adalah bagaimana jika ada pihak yang merasa dirugikan dengan dikeluarkannya suatu peraturan kebijakan? Jika peraturan kebijakan dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan maka jalur yang dapat ditempuh adalah uji material ke Mahkamah Agung (MA), tetapi arus besar pemikiran hukum tidak mengkategorikan peraturan kebijakan sebagai peraturan perundang-undangan.

Menurut Abdul Latief, kebutuhan untuk melakukan uji material peraturan kebijakan

didasarkan pada dua alasan. Pertama, masyarakat mengharapkan adanya jaminan perlindungan hukum dari tindakan badan atau pejabat pemerintah. Sebaliknya bagi badan atau pejabat pemerintah uji material tersebut menjadi batasan atau dasar untuk bertindak secara bebas dalam membentuk peraturan kebijakan. Alasan kedua adalah alasan teoretis yang didorong oleh perkembangan hukum administrasi, khususnya konsep *besluit* (keputusan) yang mendapat pengertian baru dan luas serta merupakan instrumen utama dalam penyelenggaraan pemerintahan suatu negara hukum (Latief, 2005: 239).

Sampai saat ini belum terdapat kebulatan pendapat dari ahli hukum Indonesia tentang pengujian peraturan kebijakan. Bagir Manan berpendapat bahwa suatu peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara hukum (*wetmatigheid*) karena peraturan kebijakan tidak didasarkan pada peraturan perundang-undangan. Selain itu peraturan kebijakan itu sendiri bukanlah peraturan perundang-undangan (Manan & Magnar, 1997: 170-171). Serupa dengan Bagir Manan, Philipus Hadjon menyatakan bahwa pengujian langsung terhadap peraturan kebijakan tidaklah perlu dilakukan (Hadjon et.al, 2002: 153). Pertanyaannya, apakah ada lembaga peradilan yang berwenang untuk melakukan *judicial review* terhadap peraturan kebijakan?

Dalam sistem hukum Indonesia terdapat dua lembaga peradilan yang memiliki kewenangan untuk melakukan *judicial review*. Mahkamah Konstitusi (MK) adalah salah satu lembaga tersebut, tetapi jika dikaitkan dengan pengujian peraturan kebijakan MK tidak berwenang. Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945, MK hanya memiliki kewenangan menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Selain MK, lembaga peradilan

lainnya yang berwenang dalam *judicial review* adalah MA. Kewenangan MA dalam *judicial review* merupakan kewenangan atributif yang dinyatakan secara tegas dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI 1945: “Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.” Peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, yang dimaksud dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI 1945, telah diatur jenis dan hierarkinya dalam UU No. 12 Tahun 2011. Berdasarkan hierarki dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011, peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang meliputi:

- a. peraturan pemerintah;
- b. peraturan presiden;
- c. peraturan daerah provinsi;
- d. peraturan daerah kabupaten/kota.

Jenis peraturan di samping yang disebutkan di atas, terdapat pula jenis peraturan perundang-undangan lainnya yang berada di bawah undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011. Jenisnya meliputi (dengan tidak menyebut nama nomenklturnya) peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/

Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat. Pasal 8 ayat (2) memberikan batasan peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh pejabat/lembaga tersebut dapat diakui keberadaannya, yaitu pembentukannya diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan. Berdasarkan batasan yang diberikan oleh Pasal 8 ayat (2) tersebut, peraturan kebijakan dengan bentuk surat edaran, instruksi, dan peraturan-peraturan lain yang menggunakan nomenklatur peraturan kebijakan tidak dapat diuji oleh MA karena bukan peraturan perundang-undangan.

Pada praktiknya, MA pernah melakukan pengujian terhadap peraturan kebijakan yang berbentuk surat edaran, yaitu terhadap Surat Edaran Dirjen Mineral Batubara dan Panas Bumi Nomor 03/31/DJB/2009 (SE No.03/31/DJB/2009). Berdasarkan Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Perkara No. 23 P/HUM/2009 (selanjutnya disebut Putusan No. 23 P/HUM/2009), MA menyatakan SE No. 03/31/DJB/2009 bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU No. 4 Tahun 2009) dan karenanya tidak sah dan tidak berlaku untuk umum. Putusan MA tersebut menunjukkan adanya interpretasi yang memperluas ruang lingkup jenis peraturan perundang-undangan tetapi juga sekaligus menyamakan batasan konsep peraturan kebijakan. Oleh karena itu diperlukan analisis kritis terhadap Putusan No. 23 P/HUM/2009.

Analisis terhadap Putusan No. 23 P/HUM/2009 akan mengkonstruksikan *ratio decidendi* MA dalam uji material terhadap peraturan kebijakan, dalam konteks ini adalah SE No. 03/31/DJB/2009. *Ratio decidendi* tersebut kemudian dianalisis dengan pendekatan konseptual maupun peraturan perundang-

undangan agar dapat diketahui apakah MA berwenang atau tidak dalam melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan.

II. RUMUSAN MASALAH

Apakah Mahkamah Agung, dengan mengacu pada Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 23 P/HUM/2009, memiliki wewenang untuk melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan?

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

Pengertian peraturan kebijakan di Indonesia tidak dapat dirujuk pada peraturan perundang-undangan. Hal ini disebabkan tidak adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur peraturan kebijakan. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU No. 12 Tahun 2011) tidak memberikan pengertian yang komprehensif tentang peraturan kebijakan. Ketiadaan pengatur tersebut sudah cukup menunjukkan bahwa peraturan kebijakan bukanlah isu hukum yang menjadi materi muatan dalam UU No. 12 Tahun 2011. Mengkonstruksikan pengertian peraturan kebijakan di Indonesia dapat dilakukan dengan mengacu pada pendapat ahli hukum. Pendapat-pendapat ahli hukum tentang konsep peraturan kebijakan akan dibandingkan sehingga dapat mengarahkan konstruksi pengertian peraturan kebijakan secara komprehensif.

Pertama-tama perlu ditetapkan terlebih dahulu terminologi yang digunakan dalam bahasa Indonesia sebagai padanan dari konsep *beleidsregel* di Belanda. Terdapat dua istilah yang sering dipakai, yaitu peraturan kebijaksanaan dan peraturan kebijakan. Perlu dibedakan apakah kebijaksanaan dan kebijakan merupakan dua

hal yang sama atautkah berbeda berdasarkan pengertiannya. Dengan demikian dapat ditentukan terminologi mana yang lebih sesuai untuk digunakan sebagai padanan bagi konsep *beleidsregel*.

Menurut R.M. Girindro Pringgodigdo, istilah '*beleid*' atau '*policy*' lebih sesuai untuk dipadankan dengan istilah 'kebijaksanaan', sedangkan istilah 'kebijakan' merupakan padanan kata dari '*wijsheid*' atau '*wisdom*'. 'Kebijaksanaan' menurut Pringgodigdo adalah serangkaian tindakan dan kegiatan yang direncanakan oleh pemerintah atau dengan melibatkan pakar, non pemerintah atau swasta, untuk mencapai tujuan atau sasaran yang dicita-citakan. 'Kebijakan' menurut Pringgodigdo adalah keputusan yang bersifat pengaturan (tertulis) atau keputusan tertulis atau lisan yang berkaitan erat dengan kekuasaan atau wewenang diskresioner atau prinsip *freies ermessen* (Soebechi, 2010: 28).

Menurut penulis, Pringgodigdo memberikan pengertian 'kebijakan' yang lazim dikemukakan oleh ahli hukum lainnya, yaitu pengertian yang terkait dengan diskresi atau *freies ermessen*. Tampaknya akan membingungkan bahwa pengertian tersebut menjadi pengertian dari '*wijsheid*' atau '*wisdom*' yang merupakan padanan istilah 'kebijakan'. Padahal, sebagaimana diulas berikutnya dalam tulisan ini, pengertian tersebut merupakan ruang lingkup dari *beleid* atau *policy*. Oleh karena itu, menurut penulis, pengertian 'kebijakan' yang dikemukakan oleh Pringgodigdo dapat menjadi salah satu acuan tetapi bukan sebagai pengertian dari padanan istilah '*wisdom*'.

Istilah 'kebijakan' sebagai padanan kata '*beleid*' dalam konsep *beleidsregel* digunakan oleh Jimly Asshiddiqie. Menurut Jimly

Asshiddiqie (2010: 273), peraturan kebijakan secara formal bukanlah peraturan yang resmi maka terminologinya menggunakan kata kebijakan, *beleids*, atau *policy*. Jimly Asshiddiqie memberikan contoh surat edaran dari menteri atau direktur jenderal yang ditujukan kepada seluruh pegawai negeri sipil yang berada dalam lingkup tanggung jawabnya. Isi dalam surat tersebut bersifat mengatur (*regelling*) tetapi tidak dituangkan dalam peraturan resmi seperti Peraturan Menteri.

Bagir Manan dan Kuntana Magnar memberikan pandangan atas peraturan kebijakan dari sudut pandang yang berbeda. Menurutnya salah satu ciri utama peraturan kebijakan adalah tidak adanya wewenang pemerintah membuat peraturan tersebut (Manan & Magnar, 1997: 136). Tidak adanya wewenang dalam hal ini perlu diinterpretasikan sebagai tidak adanya peraturan perundang-undangan yang secara tegas memberikan kewenangan pada pemerintah untuk mengeluarkan peraturan kebijakan tersebut. Walaupun tidak ada kewenangan yang diberikan namun seringkali permasalahan yang ada membuat pemerintah tidak dapat menyelesaikannya jika hanya berdasarkan peraturan perundang-undangan yang ada. Dalam sudut pandang keadaan yang mendesak inilah peraturan kebijakan menjadi relevan untuk dibuat oleh pemerintah. Peraturan kebijakan, menurut Bagir Manan, tidak secara langsung mengikat secara hukum walaupun tetap mengandung relevansi hukum. Kekuatan mengikatnya hanya bagi badan atau pejabat administrasi negara sendiri.

Philipus Hadjon, seperti halnya Jimly Asshiddiqie dan Bagir Manan, menggolongkan peraturan kebijakan bukan sebagai peraturan perundang-undangan. Selain itu Hadjon menambahkan beberapa aspek penting yang

terkait dengan peraturan kebijakan. *Pertama*, bahwa peraturan kebijakan tidak mengikat hukum secara langsung namun mempunyai relevansi hukum. Tidak mengikatnya peraturan kebijakan merupakan implikasi dari kedudukannya yang bukan merupakan peraturan perundang-undangan. *Kedua*, peraturan kebijakan mengandung suatu syarat pengetahuan yang tidak tertulis (Hadjon et.al, 2002: 153). Artinya manakala terdapat keadaan khusus yang mendesak maka badan tata usaha negara harus menyimpang dari peraturan kebijakan guna kemaslahatan warga. *Ketiga*, peraturan kebijakan tidak dapat diuji di Mahkamah Agung karena termasuk dunia fakta. Hal ini berbeda dengan peraturan perundang-undangan.

Jika mengacu pada tujuan diskresi menurut pendapat Darumurti (2012: 57-58), maka peraturan kebijakan merupakan produk dari tindakan pemerintahan yang berkaitan dengan pelayanan publik yang harus diberikan pemerintah. Pemerintah dalam fungsinya memberikan pelayanan publik harus aktif berperan mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat. Dengan demikian pemerintah tidak boleh menolak untuk bertindak dengan dalih terjadi kekosongan pengaturan hukum.

Pengertian peraturan kebijakan (*beleidsregels*) di Belanda, menurut Bruinsma, tidak dapat lepas dari konsep '*beleid*' yang susah untuk diterjemahkan ke dalam bahasa lain karena konsep tersebut adalah bagian integral dari masyarakat Belanda. Terminologi '*policy*' hanya mencakup sebagian dari makna '*beleid*'. '*Beleid*' dapat berarti mengelola dan mengatur berdasarkan prinsip-prinsip dan kebijakan-kebijakan. Aspek ini berkaitan dengan perencanaan dari atas ke bawah (*top-down*). '*Beleid*' juga dapat berarti mempertimbangkan segala aspek terkait dan

memberikan solusi atas suatu masalah. Dua pengertian ini maknanya dapat bertentangan. Dalam makna pertama, suatu keputusan yang diambil dapat bertentangan dengan keinginan salah satu pihak. Dalam makna kedua, keputusan yang diambil merupakan keputusan yang saling menguntungkan bagi dua pihak yang terkait. Dalam teori maupun praktik, konsep '*beleid*' merupakan campuran dari kedua makna tersebut (Clark, 2007: 411-415).

Pentingnya pemahaman konsep 'kebijakan' dalam peraturan kebijakan juga dikemukakan oleh Hoogerwerf sebagaimana dikutip Tollenaar. Menurut Hoogerwerf, kebijakan adalah upaya untuk mencapai tujuan tertentu dengan berdasarkan atas pilihan-pilihan yang ada (Tollenaar, 2008: 10). Pengertian 'kebijakan' tersebut menunjukkan bahwa kebijakan terkait dengan dua aspek: tujuan dan pilihan. Aspek 'pilihan', menurut penulis, menunjukkan keterkaitan yang erat antara 'kebijakan' dan 'diskresi'. Diskresi dalam hal ini merupakan wewenang pada badan atau pejabat pemerintah yang memungkinkan mereka untuk melakukan pilihan-pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual dalam lingkup tindakan pemerintah. Diskresi dimiliki oleh pemerintah karena pemerintah harus aktif berperan mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat (*public service*) yang mengakibatkan pemerintah tidak boleh menolak untuk mengambil keputusan ataupun bertindak dengan dalih terjadi kekosongan pengaturan hukum (Darumurti, 2012: 57-58).

Berdasarkan pendapat para ahli hukum tersebut maka penulis mengkonstruksikan konsep peraturan kebijakan di Indonesia dengan memberikan beberapa ciri untuk mempermudah identifikasi. Ciri-ciri tersebut antara lain:

1. Peraturan kebijakan dibentuk bukan atas dasar kewenangan yang diberikan tetapi atas dasar diskresi. Karena atas dasar diskresi maka peraturan kebijakan dikeluarkan untuk mengatasi permasalahan yang belum diatur oleh peraturan perundang-undangan yang sudah ada.
 2. Isi peraturan kebijakan ditujukan pada badan atau pejabat administrasi bukan untuk masyarakat umum. Oleh karena itu peraturan kebijakan tidak memiliki kekuatan mengikat secara langsung kepada masyarakat umum.
 3. Peraturan kebijakan dituangkan secara tertulis tetapi tidak dalam bentuk peraturan yang merupakan peraturan perundang-undangan. Penulis tidak menyebut bentuk peraturan kebijakan sebagai bentuk yang bukan peraturan resmi karena terminologi “bukan resmi” akan membingungkan.
 4. Terkait ketiga ciri sebelumnya, maka ciri yang terakhir adalah peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan. Klasifikasi sebagai bukan peraturan perundang-undangan sesuai dengan pengertian peraturan perundang-undangan dalam Pasal 1 angka 2 UU No. 12 Tahun 2011, yaitu “peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.” Berdasarkan ketentuan tersebut maka peraturan kebijakan tidak dapat diklasifikasikan sebagai peraturan perundang-undangan karena tidak mengikat secara umum.
 5. Ciri terakhir merupakan implikasi dari kedudukan peraturan kebijakan yang bukan sebagai peraturan perundang-undangan, yaitu peraturan kebijakan tidak dapat diuji material.
- Berdasarkan ciri-ciri peraturan kebijakan tersebut maka seharusnya tidak ada lembaga peradilan, Mahkamah Agung (MA) maupun Mahkamah Konstitusi, yang memiliki kewenangan untuk melakukan *judicial review*. Pada praktiknya justru berbeda. MA pernah melakukan uji material terhadap peraturan kebijakan yang berbentuk surat edaran.
- MA di tahun 2009 pernah menguji SE No. 03/31/DJB/2009. Pemohon Keberatan dalam uji material ini adalah Isran Noor yang bertindak untuk dan atas nama Kabupaten Kutai Timur. Dalam Putusan MA No. 23 P/HUM/2009, yang merupakan Yurisprudensi, SE No. 03/31/DJB/2009 dinyatakan bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009. Oleh karenanya, SE No. 03/31/DJB/2009 dinyatakan tidak sah dan tidak berlaku umum. Jika putusan MA demikian, maka suatu surat edaran dapat diposisikan sebagai peraturan perundang-undangan, tetapi sebelum menganalisis pertimbangan MA dalam putusannya perlu dikaji terlebih dahulu substansi dari SE No. 03/31/DJB/2009.
- SE No. 03/31/DJB/2009 diterbitkan sehubungan dengan diundangkannya UU No. 4 Tahun 2009, tetapi yang menjadi permasalahan, sebelum surat edaran tersebut diterbitkan belum ada peraturan pemerintah yang diterbitkan untuk mengatur lebih detail UU No. 4 Tahun 2009 agar dapat diimplementasikan. Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral kemudian menerbitkan SE No. 03/31/DJB/2009. Dalam surat edaran tersebut, gubernur dan bupati/walikota di seluruh

Indonesia diminta memperhatikan beberapa hal, antara lain:

1. Kuasa Pertambangan (KP) yang telah ada sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, termasuk peningkatan tahapan kegiatannya tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya KP dan wajib disesuaikan menjadi IUP berdasarkan UU No. 4 Tahun 2009 paling lambat 1 (satu) tahun sejak berlakunya UU No. 4 Tahun 2009 ini.
2. Menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009.
3. Berkoordinasi dengan Direktorat Jenderal Mineral, Batubara, dan Panas Bumi atas semua Permohonan peningkatan tahap kegiatan Kuasa Pertambangan termasuk Perpanjangannya untuk diproses sesuai dengan UU No. 4 Tahun 2009.
4. Menyampaikan kepada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral melalui Direktorat Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi semua permohonan Kuasa Pertambangan yang telah diajukan, dan telah mendapat Persetujuan pencadangan wilayah sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, untuk dievaluasi dan diverifikasi dalam rangka mempersiapkan Wilayah Izin Usaha Pertambangan (WIUP) sesuai dengan ketentuan peraturan Perundang-undangan di bidang tata ruang nasional, paling lama 1 (satu) bulan sejak Edaran ini diterbitkan.
5. Memberitahukan kepada para pemegang KP yang telah melakukan tahapan kegiatan eksplorasi atau eksploitasi paling lambat 6 (enam) bulan sejak berlakunya UU No. 4 Tahun 2009 harus menyampaikan rencana kegiatan pada seluruh wilayah KP sampai dengan jangka waktu berakhirnya KP untuk mendapatkan persetujuan pemberi KP, dengan tembusan kepada Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi.
6. Surat Keputusan Kuasa Pertambangan yang diterbitkan Menteri, Gubernur, Bupati, Walikota setelah tanggal 12 Januari 2009 dinyatakan batal dan tidak berlaku.
7. Direktorat Jenderal Mineral, Batubara, dan Panas Bumi akan mengeluarkan format penerbitan IUP Eksplorasi dan IUP Operasi Produksi.
8. Permohonan baru Surat Izin Pertambangan Daerah bahan galian golongan C termasuk perpanjangannya yang diajukan sebelum berlakunya UU No. 4 Tahun 2009, tetap diproses menjadi IUP sesuai dengan UU No. 4 Tahun 2009 setelah berkoordinasi dengan Gubernur.

Terhadap materi muatan tersebut, Pemohon keberatan mendalilkan bahwa materi muatan tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dalam hal ini adalah UU No. 4 Tahun 2009. Materi muatan dalam surat edaran tersebut yang didalilkan bertentangan adalah Bagian A Butir 2 yang meminta Gubernur dan Bupati/Walikota di seluruh Indonesia menghentikan sementara penerbitan Izin Usaha Pertambangan (IUP) baru sampai dengan diterbitkannya peraturan pemerintah sebagai pelaksanaan UU No. 4 Tahun 2009. Materi muatan surat edaran tersebut didalilkan bertentangan dengan Pasal 8 ayat (1) huruf b dan Pasal 173 ayat (2) UU No. 4 Tahun

2009. Pasal 8 ayat (1) huruf b menyatakan bahwa pemberian IUP dan Izin Pertambangan Rakyat (IPR) merupakan kewenangan pemerintah kabupaten/kota. Pasal 173 ayat (2) menyatakan sebagai berikut:

Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, semua Peraturan Perundang-undangan yang merupakan peraturan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1967 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2831) dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-Undang ini.

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 8 ayat (1) huruf b, Pemohon mendalilkan bahwa Surat Edaran yang dikeluarkan oleh Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI (atas nama Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral sekalipun) tidak dapat menghentikan (untuk sementara sekalipun) kewenangan Bupati untuk menerbitkan/menerbitkan IUP. Pasal 173 ayat (2) merupakan ketentuan untuk mencegah adanya “kekosongan hukum” di tataran peraturan pelaksana. Peraturan pelaksana yang mengatur hal tersebut belum ada, tetapi implementasi UU No. 4 Tahun 2009 dapat mengacu pada peraturan pelaksana dari undang-undang sebelumnya asal tidak bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009. Karena tidak adanya “kekosongan hukum” dalam tataran peraturan pelaksana maka Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1969 (PP No. 32 Tahun 1969) sebagai pelaksana dari ketentuan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan

tetap berlaku. Pengaturan tersebut menunjukkan bahwa suatu Surat Edaran tidak dapat mencegah implementasi UU No. 4 Tahun 2009 dalam hal pemberian IUP dengan alasan menunggu diterbitkannya peraturan pelaksana.

SE No. 03/31/DJB/2009 selain bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, surat edaran tersebut juga didalilkan Pemohon tidak dikenal dalam sistem peraturan perundang-undangan yang berlaku, dalam konteks saat itu adalah Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU No. 10 Tahun 2004). Jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 10 Tahun 2004, menurut Pemohon, tidak mencantumkan adanya jenis surat edaran. Jika dikaitkan dengan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004, jenis peraturan perundang-undangan selain yang diatur dalam Pasal 7 ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Menurut Pemohon, SE No. 03/31/DJB/2009 tidak diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi sehingga seharusnya tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan keberadaannya tidak diakui.

Dalil Pemohon tersebut, menurut penulis, mengandung kontradiksi. Jika Pemohon mendalilkan SE No. 03/31/DJB/2009 tidak dikenal dalam sistem peraturan perundang-undangan dengan mengacu pada Pasal 7 ayat (1) dan ayat (4) maka seharusnya Pemohon tidak perlu mendalilkan SE No. 03/31/DJB/2009 bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Kedudukan SE No. 03/31/DJB/2009 yang dianggap tidak diakui keberadaannya dan tidak mengikat karena tidak diperintahkan peraturan perundang-undangan

yang lebih tinggi mengakibatkan SE No. 03/31/DJB/2009 tidak perlu dipertentangkan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. SE No. 03/31/DJB/2009, tanpa diputuskan oleh MA tidak mengikat karena bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, sebenarnya sebelumnya tidak mengikat sejak dibentuk.

Permasalahannya adalah apakah dengan ketentuan Pasal 7 ayat (4) tersebut setiap peraturan perundang-undangan yang tidak dibentuk atas dasar *delegated legislation* secara serta merta tidak mengikat sejak dikeluarkan? Atau apakah tidak diakui adanya keberadaan dan kekuatan mengikat peraturan perundang-undangan tersebut perlu diputuskan dalam uji material? Jika pilihan pertama yang menjadi jawaban, maka uji material terhadap SE No. 03/31/DJB/2009 merupakan upaya hukum yang tidak perlu dilakukan. Jika pilihan kedua yang menjadi jawaban, maka dalil pertama Pemohon dalam uji material SE No. 03/31/DJB/2009 tidak perlu dikemukakan karena Pemohon cukup mengemukakan bahwa surat edaran terkait tidak dibentuk atas dasar perintah perundang-undangan yang lebih tinggi.

MA dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009 menunjukkan adanya kontradiksi tersebut. MA, berbeda halnya dengan dalil kedua yang diajukan, menganggap SE No. 03.E/31/DJB/2009 merupakan peraturan perundang-undangan yang sah. Karena merupakan peraturan perundang-undangan yang sah maka SE No. 03.E/31/DJB/2009 perlu diuji terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Argumentasi MA tersebut bertentangan dengan hakikat surat edaran yang merupakan tuntunan bagi pejabat bawahan dan bukan ditujukan ke luar instansi atau lembaga yang mengeluarkan surat edaran tersebut. SE No. 03.E/31/DJB/2009

tersebut juga secara konseptual bertentangan dengan konsep surat edaran karena tidak adanya hubungan struktural atasan dan bawahan antara Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi dengan Gubernur dan Bupati/Walikota di seluruh Indonesia. Selengkapnya MA dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009 menyatakan sebagai berikut:

“...bahwa obyek keberatan Hak Uji Material berupa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara, dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor: 03.E/31/DJB/2009 walaupun tidak termasuk urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, akan tetapi berdasarkan Penjelasan Pasal 7 tersebut dapat digolongkan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan yang sah, sehingga tunduk pada ketentuan tata urutan dimana peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi....”

Penulis berpendapat, Penjelasan Pasal 7 UU No. 10 Tahun 2004 yang menjadi pertimbangan MA dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009 tersebut tidak memberikan konstruksi pemikiran yang logis sehingga bentuk surat edaran dapat dianggap sebagai peraturan perundang-undangan yang sah. Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 hanya mengatur bentuk-bentuk peraturan perundang-undangan lain yang diakui namun tidak secara eksplisit menunjukkan bahwa surat edaran yang dikeluarkan Dirjen dapat dianggap peraturan perundang-undangan. Penjelasan Pasal 7 ayat (4) menggunakan terminologi “peraturan” yang bersifat *regelling* sehingga justru nyata-

nyata berbeda dengan surat edaran yang substansinya bersifat mengarahkan. Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 tersebut serupa dengan Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011. Selengkapnya Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 menyatakan sebagai berikut:

Jenis Peraturan Perundang-undangan selain dalam ketentuan ini, antara lain, peraturan yang dikeluarkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Bank Indonesia, Menteri, kepala badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh undang-undang atau pemerintah atas perintah undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Jika mengacu pada unsur-unsur peraturan perundang-undangan dalam UU No. 10 Tahun 2004, surat edaran bukanlah peraturan perundang-undangan. Pasal 1 Angka 2 UU No. 10 Tahun 2004 mendefinisikan peraturan perundang-undangan dengan unsur-unsur: peraturan tertulis, dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang, dan mengikat secara umum. Surat edaran, berdasarkan format penulisannya, haruslah dianggap sebagai surat dan bukan peraturan. Mengacu pada Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, Dirjen dalam suatu departemen/kementerian tidak memiliki kewenangan untuk membentuk peraturan perundang-undangan. Surat edaran, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, pada hakikatnya

juga bukan ditujukan mengikat secara umum walaupun pada praktiknya seringkali dipaksakan untuk mengikat masyarakat umum di luar instansi yang mengeluarkannya.

Berdasarkan pertimbangan dalam putusannya, maka MA berpendapat bahwa materi muatan surat edaran tersebut bertentangan dengan PP No. 32 Tahun 1969 karena kewenangan Bupati/Walikota untuk memberikan IUP apabila dilarang atau dicabut seharusnya dalam bentuk Peraturan Pemerintah, bukan dengan surat edaran. Hal ini mengacu pada asas *contrarius actus*, yaitu suatu peraturan hanya dapat dicabut menggunakan jenis peraturan yang sama. Oleh karena itulah MA memutuskan SE No. 03.E/31/DJB/2009 bertentangan dengan UU No. 4 Tahun 2009 dan karenanya tidak sah dan tidak berlaku untuk umum. MA juga memerintahkan kepada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral untuk membatalkan dan mencabut SE No. 03.E/31/DJB/2009 sebelum terbitnya peraturan pemerintah sebagai peraturan pelaksana dari UU No. 4 Tahun 2009.

Putusan No. 23 P/HUM/2009 tersebut menunjukkan bahwa MA menginterpretasikan bentuk surat edaran sebagai salah satu bagian dari peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 sehingga dapat diuji material. *Mutatis mutandis* interpretasi MA tersebut terhadap Pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 karena substansi Pasal 8 ayat (1) serupa dengan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004. Oleh karena itu, jika mengacu pada interpretasi MA tersebut maka peraturan kebijakan dapat diuji material oleh MA.

Menurut penulis, frasa “peraturan yang dikeluarkan oleh...” dalam UU No. 10 Tahun 2004 atau frasa “peraturan yang ditetapkan

oleh...” dalam UU No. 12 Tahun 2011 memiliki ruang lingkup yang terbatas. Peraturan yang dimaksud dalam hal ini adalah peraturan yang secara formil dapat memenuhi fungsinya sebagai sumber pengenal (*kenvorm*). Menurut Maria Farida Indrati Soeprapto (1998: 157), agar memenuhi fungsinya sebagai sumber pengenal peraturan perundang-undangan suatu peraturan harus memiliki 4 (empat) bagian esensial yaitu Penamaan, Pembukaan, Batang Tubuh, dan Penutup. Penamaan mencakup uraian singkat tentang isi peraturan perundang-undangan yang didahului dengan penyebutan jenis, nomor dan tahun pembentukannya, serta kalimat singkat yang mencerminkan isi peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Suatu surat edaran juga dapat memiliki unsur ini.

Tidak semua surat edaran memiliki unsur Pembukaan. Unsur Pembukaan mencakup penyebutan lembaga yang membentuk, konsiderans “Menimbang”, dasar hukum “Mengingat”, kata-kata “Memutuskan” dan “Menetapkan”, serta judul dari peraturan perundang-undangan tersebut. Unsur lain yang pasti tidak dimiliki oleh semua peraturan kebijakan adalah Batang Tubuh yang biasanya dirumuskan dalam pasal-pasal. Batang Tubuh suatu peraturan perundang-undangan umumnya meliputi Ketentuan Umum, Ketentuan materi yang diatur, Ketentuan Pidana (jika terdapat), Ketentuan Peralihan, Ketentuan Penutup. Hal yang juga dapat membedakan peraturan yang merupakan peraturan perundang-undangan dan peraturan yang merupakan peraturan kebijakan adalah bagian Penutup yaitu bilamana bagian tersebut memerintahkan pengundangan sedangkan peraturan kebijakan tidak diundangkan.

Aspek penanda/pengenal peraturan perundang-undangan secara formil itulah yang

menurut penulis seharusnya digunakan dalam menginterpretasikan frasa “peraturan yang dikeluarkan oleh...” atau “peraturan yang ditetapkan oleh...”. Dengan demikian MA dalam Putusan No. 23 P/HUM/2009, menurut penulis, telah keliru menginterpretasikan frasa tersebut (dalam Penjelasan Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004) sebagai *ratio decidendi* sehingga sampai pada kesimpulan bahwa surat edaran dapat diuji material oleh MA.

Yurisprudensi MA ini menunjukkan tidak konsistennya MA dalam menguji peraturan kebijakan berdasarkan undang-undang yang mengatur tata peraturan perundang-undangan dan uji material. MA menginterpretasikan kewenangannya dalam menguji peraturan kebijakan dengan mengacu pada substansi peraturan kebijakan tersebut. Jika substansinya bersifat mengatur sebagaimana peraturan perundang-undangan, maka MA berhak untuk mengujinya. Padahal kewenangan uji material MA terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang bukan hanya mengacu pada substansi tetapi juga pada bentuk peraturan tersebut. Acuan utama suatu peraturan disebut peraturan perundang-undangan adalah dengan melihat bentuknya atau unsur pengenalnya sebagai peraturan perundang-undangan.

Menurut penulis, terdapat dua gagasan sebagai preskripsi bagi wewenang MA dalam menguji peraturan kebijakan. Pertama, MA berwenang menguji peraturan kebijakan dengan tetap mengacu pada UU No. 12 Tahun 2011 yang memberikan batasan peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini MA tidak perlu diberikan kewenangan secara eksplisit untuk menguji peraturan kebijakan. Kedua, MA diberikan wewenang untuk menguji peraturan kebijakan sehingga MA bukan hanya dapat menguji

peraturan dalam bentuk peraturan perundang-undangan sebagaimana bentuknya terbatas pada UU No. 12 Tahun 2011 tetapi juga menguji peraturan berbentuk surat edaran atau instruksi.

Jika pilihan kedua yang diambil justru akan mengaburkan perbedaan antara peraturan kebijakan dan peraturan perundang-undangan. Keduanya akan dianggap setara dan memiliki kedudukan yang sama. Penulis tidak sependapat dengan Abdul Latief (2005: 235) yang menginterpretasikan secara gramatikal, menyimpulkan bahwa peraturan kebijakan sebagai keputusan yang bersifat mengatur dan mengikat secara tidak langsung dan tingkatannya lebih rendah dari undang-undang dapat diuji secara material oleh MA.

Jika pilihan pertama yang digunakan, uji material peraturan kebijakan oleh MA hanya dapat dilakukan terhadap peraturan kebijakan berbentuk peraturan perundang-undangan, yaitu peraturan perundang-undangan yang dibentuk atas dasar diskresi. Karena peraturan tersebut lahir dari diskresi maka dasar pengujian tidak dapat terbatas pada peraturan perundang-undangan yang ada di atasnya saja. Pengujian juga perlu didasarkan pada asas-asas atau prinsip dalam pemerintahan atau pembentukan peraturan.

Dengan mempertahankan konsep asal peraturan kebijakan, yang tidak dapat diuji oleh MA, tidak berarti menutup upaya perlindungan hukum bagi subjek hukum yang dirugikan. Menurut penulis, perlindungan hukum dalam pelaksanaan peraturan kebijakan harus dikembalikan kepada karakternya sebagai tuntunan atau arahan dari pejabat atasan kepada bawahan. Oleh karena itu, jika terdapat surat edaran dari pemerintah yang ditujukan kepada masyarakat umum maka surat edaran tersebut

tidak mengikat. Pemerintah juga tidak dapat memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut secara langsung kepada masyarakat umum. Jika pemerintah kemudian memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut kepada masyarakat umum dan pelaksanaannya mengakibatkan kerugian, maka pemerintah dalam hal ini bertanggung gugat atas tindakan pemerintahan tersebut.

Berdasarkan konsep tanggung gugat pemerintah secara luas, pemerintah harus memberikan kompensasi untuk setiap kerugian yang disebabkan secara langsung atau tidak langsung, secara material atau imaterial, terhadap warganya (Zhang, 1999: 1). Dalam konteks kerugian yang disebabkan pelaksanaan peraturan kebijakan, gugatan terhadap pemerintah tidak dapat dilakukan melalui peradilan administrasi. Oleh karena itu gugatan terhadap pemerintah dapat dilakukan melalui peradilan umum atas dasar perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).

Menurut Utrecht, pengawasan atas kebijakan dalam suatu tindakan pemerintahan (*doelmatigheids-controle*) tidak dapat diserahkan kepada hakim, tetapi berada pada jajaran pemerintah sendiri. Alasan hakim tidak boleh menilai kebijakan karena dengan menilai kebijakan pemerintah maka hakim seolah-olah duduk sebagai eksekutif. Hakim boleh menilai jika dalam tindakan pemerintah tersebut diduga telah terjadi tindakan melampaui wewenang atau sewenang-wenang. Seperti halnya pendapat Utrecht, menurut Laica Marzuki, seseorang atau badan hukum perdata tidak dapat mempermasalahkan peraturan kebijakan ke hadapan hakim. Alasannya, lembaga pengadilan tidak dapat mengadili kebijakan (Simanjuntak, 2011: 41-42).

Pendapat tersebut juga diadopsi di Indonesia. Kompetensi pengadilan di Indonesia untuk mengadili tindakan pemerintah berdasarkan kebijakan, atas dasar *onrechtmatige overheidsdaad*, juga dibatasi. MA pernah mengeluarkan Surat Edaran tanggal 25 Februari 1977 No. MA/Pemb/0159/77 yang menyatakan bahwa perbuatan kebijakan penguasa tidak termasuk kompetensi pengadilan untuk menilainya, kecuali ada unsur sewenang-wenang dan penyalahgunaan wewenang (Hadjon, 2007: 115). Konsep pembatasan ketat dalam pengawasan kebijakan tidak lepas dari kritikan, salah satunya oleh B.J. Schueler. Menurut Schueler, keterbatasan wewenang hakim sebagai akibat tidak berwenangnya hakim menilai segi selain *rechtmatigheid* membuat sengketa administrasi menjadi sengketa yang tidak terselesaikan (Simanjuntak, 2011: 43).

Kalaupun tindakan pemerintah berdasarkan peraturan kebijakan tersebut digugat di pengadilan umum atas dasar *onrechtmatige overheidsdaad*, terdapat beberapa kendala yang terkait spesialisasi hakim. Menurut Philipus Hadjon, perkara-perkara terkait *onrechtmatige overheidsdaad* tidak dapat dilepaskan dari hukum administrasi baik secara teoretis maupun berdasarkan hukum positif. Oleh karena itu dibutuhkan hakim yang memiliki pemahaman terhadap ruang lingkup hukum administrasi ketika memeriksa perkara *onrechtmatige overheidsdaad* (Simanjuntak, 2011: 132-133).

Menurut penulis, untuk jangka waktu ke depan Indonesia seharusnya segera memiliki undang-undang yang mengatur hukum administrasi secara umum, seperti halnya *Algemene Wet Bestuursrecht* (AWB) yang dimiliki oleh Belanda dan *Administrative Procedure Act* (APA) di Amerika Serikat. Dalam undang-

undang itulah dapat diatur kedudukan peraturan kebijakan ataupun bentuk-bentuknya dan juga perlindungan hukum terhadap pelaksanaannya. Dengan demikian tidak terdapat kebingungan ketika ada pihak yang dirugikan oleh tindakan pemerintahan yang mengacu pada suatu surat edaran atau instruksi.

IV. SIMPULAN

Para ahli hukum tata negara maupun administrasi negara selama ini memiliki pendapat yang seragam terkait uji material peraturan kebijakan. Pandangan arus utama menganggap uji material terhadap peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan. Jika dilihat dari pendekatan perundang-undangan, uji material peraturan kebijakan adalah hal mustahil karena wewenang uji material hanya ditujukan bagi uji material peraturan perundang-undangan. Ruang lingkup peraturan perundang-undangan telah dibatasi, sejak UU No. 10 Tahun 2004 hingga UU No. 12 Tahun 2011, sehingga nomenklatur peraturan kebijakan tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan.

Dua perkembangan perlu dipertimbangkan dalam kajian uji material peraturan kebijakan. Pertama, adanya sifat substansi, kekuatan mengikat, dan nomenklatur peraturan kebijakan yang menyerupai peraturan perundang-undangan. Kedua, perkembangan MA yang telah menguji bahkan mengabulkan permohonan uji material peraturan kebijakan. Kedua perkembangan tersebut telah menempatkan isu hukum uji material terhadap peraturan kebijakan menjadi isu hukum yang sulit.

Menurut penulis, aspek uji material terhadap peraturan kebijakan bukan hanya harus dilihat dari pendekatan konseptual tetapi

tetap berpegang pada pendekatan perundang-undangan. Pengaturan dalam UU No. 12 Tahun 2011 secara jelas telah menempatkan peraturan kebijakan sebagai peraturan kebijakan yang tidak dapat diuji material oleh MA. Oleh karena itu, secara konseptual maupun yuridis, uji material MA terhadap suatu surat edaran tidak dapat dibenarkan. Walaupun uji material peraturan kebijakan tidak dapat dilakukan, tetapi bukan berarti tidak ada perlindungan hukum yang diberikan kepada pihak-pihak yang dirugikan oleh adanya peraturan kebijakan. Jika, misalnya, terdapat surat edaran dari pemerintah yang ditujukan kepada masyarakat umum maka surat edaran tersebut tidak mengikat. Pemerintah juga tidak dapat memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut secara langsung kepada masyarakat umum. Jika pemerintah kemudian memaksakan pelaksanaan surat edaran tersebut kepada masyarakat umum dan pelaksanaannya mengakibatkan kerugian, maka pemerintah dalam hal ini bertanggung gugat atas tindakan pemerintahan tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly. 2010. *Perihal Undang-Undang*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Clark, David S. Ed. 2007. *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives Volume 1*. Los Angeles: Sage Publications.
- Darumurti, Krishna D. 2012. *Kekuasaan Diskresi Pemerintah*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Hadjon, Philipus M., et.al. 2002. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law)*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Hadjon, Philipus M. 2007. *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia: Sebuah Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*. Surabaya: Peradaban.
- Latief, Abdul. 2005. *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*. Yogyakarta: UII Press.
- Manan, Bagir & Kuntana Magnar. 1997. *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*. Bandung: Alumi.
- Simanjuntak, Enrico. 2011. Peradilan Administrasi dan Problematika Peraturan Kebijakan. *Varia Peradilan* Tahun XXVI, Nomor 305, April.
- Soebechi, Imam. 2010. Judicial Review di Indonesia, *Varia Peradilan* Tahun XXVI, Nomor 299, Oktober 2010.
- Soeprapto, Maria Farida Indrati. 1998. *Ilmu Perundang-undangan*. Yogyakarta: Kanisius.
- Tollenaar, Albertjan. 2008. *Gemeentelijk Beleiden Beleidsregels*. Disertasi. Rijksuniversiteit Groningen.
- Wade, H.W.R. 1982. *Administrative Law (Fifth Edition)*. Oxford: Oxford University Press.
- Zhang, Yong. Ed. 1999. *Comparative Studies on Governmental Liability in East and Southeast Asia*. Den Haag, London, Boston: Kluwer Law International.

PERSELISIHAN SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE DENGAN MAZHAB SEJARAH DALAM KASUS "MERARIK"

Kajian Putusan Nomor 232/Pid.B/2008/PN.Pra

THE PARADIGM CONFLICT BETWEEN SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE AND THE HISTORY SCHOOL OF LAW IN 'MERARIK' CASE

An Analysis on Decision Number 232/Pid.B/2008/PN.Pra

Widodo Dwi Putro

Fakultas Hukum Universitas Mataram
Jl. Majapahit No. 62 Mataram, NTB
Email: widodo.fhunram@gmail.com

Diterima tgl 15 Februari 2013/Disetujui tgl 11 Maret 2013

ABSTRAK

Pada umumnya, perkawinan suku Sasak, didahului dengan proses membawa lari (*merarik*) calon istri. Jika keduanya saling menyukai dan tidak ada paksaan, tanpa meminta izin kepada kedua orangtua, si perempuan dibawa lari untuk dinikahi. Permasalahannya, jika orang tua keberatan dan perempuan yang dibawa lari di bawah umur, biasanya berujung pada meja hijau. Muncul perselisihan paradigma, jika pelaku *merarik* dijerat hukum pidana bukankah seolah-olah hukum adat tersebut identik dengan kejahatan dari kacamata hukum formal, padahal di sisi lain ia merupakan hukum yang hidup di masyarakat? Putusan hakim dalam kasus *merarik* tentu tidak "bebas-nilai", disadari atau tidak, merupakan perselisihan paradigma, yakni *sociological jurisprudence* yang hendak merekayasa masyarakat menjadi lebih modernis dengan mazhab sejarah yang masih ingin mempertahankan tradisi dan kebiasaan lama.

Kata kunci: *merarik*, perselisihan paradigma, *sociological jurisprudence*, mazhab sejarah.

ABSTRACT

It is quite common the wedding processing in Sasak tribe is preceded with eloping, known as 'merarik'. The eloping happens if and only if there is no coercion to the girl and both love with each other. The girl is taken away to be married without the parents' permission. It is a problem if the parents objected and the girl eloped is still under age. This case usually end up in court. A conflict of paradigms occurs, if the man who did 'merarik' is brought to criminal justice. The customary law appears to be treated as a crime in formal law perspective, while in fact it is a law living in the society. The judge's decision in "merarik" case is certainly not "value-free". Realizing it or not, this is a conflict of paradigms, namely sociological jurisprudence aimed at engineering a more modernist society, and the history school of law which still strives to preserve the old traditions and customs.

Keywords: merarik, paradigm conflict, sociological jurisprudence, the history school of law.

I. PENDAHULUAN

Prosesi perkawinan suku Sasak, Pulau Lombok, Propinsi Nusa Tenggara Barat, cukup unik. Untuk urusan perjodohan orang Sasak menyerahkan semuanya pada anak, bila keduanya sudah saling suka, tidak perlu menunggu lama untuk menikah, si laki-laki akan melarikan gadis itu.

Melarikan gadis untuk dinikahi, menurut bahasa Sasak, disebut *merarik*. Caranya cukup sederhana, jika keduanya saling menyukai dan tidak ada paksaan dari pihak lain, gadis pujaan itu tidak perlu memberitahukan atau meminta izin kepada kedua orang tuanya. Menurut pandangan sebagian besar masyarakat Sasak, membawa lari gadis dari rumah untuk dinikahi menjadi prosesi pernikahan yang lebih terhormat dibandingkan meminta kepada orang tuanya.

"Saya pacaran dengan BE selama satu tahun. Tetapi kedua orang tua BE tidak setuju karena usia saya tua, duda, dan bukan dari kalangan bangsawan. Meski ditentang orang tua, BE meminta saya untuk mengawininya. Lalu saya membawa lari BE. Bukan menculiknya. Polisi dan jaksa menganggap saya menculiknya, padahal sebagaimana tradisi adat Sasak, proses perkawinan didahului dengan calon mempelai perempuan dibawa lari dulu. BE lalu saya titip dan sembunyikan di desa tetangga, Dusun Lingkok Lime, Desa Setiling. Calon mertua yang tidak setuju mencari BE ke rumah saya dan bertanya apa anaknya akan dikawini atau bagaimana? Saya jawab, "akan saya nikahi." Tetapi bapaknya BE tidak terima dan bertanya, "apa sudah punya akte cerai dengan mantan istri sebelumnya?" Saya jawab, "kalau itu yang dibutuhkan, besok

saya urus." (wawancara dengan MZ alias K, 15 April 2011).

Orang tua BE kemudian menuntut untuk dipertemukan dengan anaknya, tetapi K menolak dengan alasan adat tidak diperbolehkan, kecuali di rumah kepala desa. Lalu mereka membuat kesepakatan bahwa BE ditiptkan di rumah Camat dan orang tua BE bisa bertemu anaknya di rumah Camat tersebut. Setelah tiba di rumah Camat, bapaknya BE bertanya kepada BE, *"apa ingin kawin atau bagaimana ?"* BE menjawab, *"saya ingin kawin."*

Tiga hari kemudian, bapaknya BE datang sambil membawa massa dua mobil. Mobil yang terakhir berisi anak muda yang mabuk dan mengeluarkan pisau. K kemudian lari menyelamatkan diri. *"Padahal ada polisi di rumah pak Camat dengan senjata lengkap, tetapi tidak ada tembakan peringatan, hanya menyarankan saya lari ke Polsek. Setelah tiba di Polsek ternyata tidak ada petugas piket. Lalu saya teriak maling sehingga keluar massa melindungi saya"* (wawancara dengan K, 16 April 2011).

BE lalu dibawa pulang oleh bapaknya. K kecewa. Ternyata masih ada empat orang anggota keluarga bapaknya BE di rumah Camat dan dengan bantuan massa yang masih mempunyai hubungan keluarga, mereka berempat disandera. Akhirnya, sandera dibebaskan dengan kesepakatan bahwa BE akan dikembalikan dan dinikahkan dengan K. Selama K mengurus akte cerai, BE ditiptkan di rumah Kepala Dusun Aik Darek.

Ketika K mengurus akte cerai, orang tua BE melaporkan penculikan dan membawa lari anak di bawah umur ke polisi. Lalu ada panggilan sebagai tersangka tetapi K tidak memenuhi panggilan tersebut dan memilih mengembalikan BE ke orang tuanya.

BE yang dikurung oleh keluarganya berkali-kali berusaha melarikan diri. ”*Saya lari dari rumah sekitar jam 12 malam tetapi ditemukan keluarga dan dikurung. Saya kemudian menghubungi lewat HP untuk bertemu melarikan diri ke Suranadi (catatan peneliti: jarak Suranadi – Aik Darek sekitar 70 Km),”* kisah BE (wawancara dengan BE, 17 April 2011).

K dan BE kemudian memutuskan untuk menyeberang ke Bali dan menikah secara resmi di KUA Denpasar Barat. ”*Sepulang dari Bali, saya menjadi buronan polisi. Ketika saya bekerja di Sekotong, saya ditangkap polisi dan dituduh melakukan penculikan”* (wawancara dengan K, 17 April 2011).

II. RUMUSAN MASALAH

Putusan hakim yang mempidana pelaku *merarik* di dalamnya sarat perselisihan paradigma *sociological jurisprudence* dengan mazhab hukum sejarah. Muncul pertanyaan apakah kawin lari (*merarik*) adat Sasak ini masih diakui oleh negara dan bagaimana *merarik* di mata hukum formal?

Jika masyarakat Sasak yang melakukan *merarik* dijerat hukum pidana bukankah seolah-olah hukum adat tersebut identik dengan kejahatan dari kacamata hukum formal, padahal di sisi lain ia merupakan hukum yang hidup di masyarakat? Bahkan, tradisi *merarik* itu sudah berurat berakar pada tradisi masyarakat Sasak sebelum republik ini berdiri. Apakah pembedaan bagi pelaku kawin lari merupakan perselisihan cara pandang, terutama yang membawa anak di bawah umur sebagai upaya rekayasa sosial (*social engineering*), mengubah perilaku tradisional masyarakat menjadi lebih modernis?

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

A. Bagaimana *merarik* di mata hukum formal?

MZ alias K, duda usia 45 tahun melakukan kawin lari dengan BE. K dijerat Pasal 332 ayat (1) ke-1 KUHP, yakni membawa pergi seorang wanita yang belum dewasa tanpa mendapat persetujuan orang tuanya atau walinya tetapi dengan persetujuan si wanita tersebut.

Menurut dakwaan Jaksa Penuntut Umum usia BE belum dewasa (lahir 15 Januari 1991) dan ketika kasus kawin lari ini diperkarakan masih berusia 17 tahun. Tetapi, berdasarkan Surat Tanda Tamat Belajar Madrasah Ibtidaiyah, BE lahir pada tanggal 26 November 1989 atau ketika kasus kawin lari itu diperkirakan berusia 19 tahun.

Penalaran hakim dalam putusannya sebagai berikut:

1. K membawa lari seorang perempuan (BE) untuk dinikahi;
2. K membawa lari seorang perempuan tanpa persetujuan orang tuanya;
3. BE diketahui masih di bawah umur;
3. Unsur-unsur Pasal 332 ayat (1) ke-1 KUHP terpenuhi dan menjatuhkan vonis pidana penjara selama 1 (satu) bulan dan 15 (lima belas) hari potong masa tahanan.

Dalam pemeriksaan di pengadilan, menurut saksi LWP (bapak dari BE), bahwa terdakwa (K) menculik anaknya yang masih di bawah umur pada tanggal 11 Januari 2008. Namun, menurut pengakuan BE, pada malam sebelum saksi dibawa lari, saksi sendiri yang menelepon terdakwa agar segera melangsungkan

pernikahan. Lalu, K dan BE melalui HP membuat janji dan merencanakan kawin lari keesokan harinya (kutipan Putusan Nomor 232/Pid.B/2008/PN.Pra).

Menurut budayawan Sasak/Lombok, M. Yamin, bahwa prosesi sebelum pernikahan bagi masyarakat Lombok/Sasak harus didahului "merarik" (kawin lari) di mana si perempuan dibawa lari atas dasar suka sama suka untuk dinikahi tanpa harus meminta izin orang tuanya. Secara etimologis *merarik* berasal dari kata *arik* (adik). Dengan demikian, sebagai terminologi, *merarik* bermakna mengambil perempuan untuk dijadikan istri yang dalam keseharian suami memanggil *arik* terhadap istrinya (wawancara dengan M. Yamin, 15 April 2011).

Dalam masyarakat yang tradisional, untuk menentukan calon suami/istri biasanya didasarkan keinginan sendiri atau kemauan orang tua. Namun dalam tradisi *merarik*, tidak dikenal kawin paksa karena perempuan menentukan sendiri calon suaminya (*kemelek mesak*). Perempuan memiliki posisi yang sangat kuat dalam menentukan pilihan hatinya.

Awalnya yang membawa lari perempuan adalah orang kepercayaan si laki-laki supaya tidak terjadi persentuhan antara laki-laki (calon suami) dan perempuan sebelum pernikahan. Bahkan, yang ditugaskan mengambil dan membawa lari bukan hanya kaum lelaki, tapi juga ada kaum perempuan yang akan menemani calon pengantin sampai proses *merarik* selesai. Upaya dan proses itu ditempuh untuk menghindari kemungkinan pelanggaran adat dan agama. Dalam tradisi masyarakat Sasak, antara laki-laki dengan perempuan yang akil-baligh, saling pandang pun pantang, apalagi kontak fisik (wawancara dengan M. Yamin, 15 April 2011).

Tetapi sekarang terjadi pergeseran, si calon suami yang langsung membawa lari kekasihnya. Perempuan yang dilarikan tidak boleh dibawa ke rumah pihak laki-laki, melainkan disembunyikan di tempat kerabat atau orang kepercayaannya (*peseboan*). Kadang supaya netral, perempuan yang diambil itu dititipkan di rumah tokoh masyarakat, seperti kepala kampung, kepala desa, dan sebagainya.

Menurut pengacara yang pernah menangani kasus *merarik*, Burhanudin (wawancara, 21 Februari 2013), dalam proses *merarik* tidak bisa digeneralisasi, melainkan bersifat kasuistik. Apabila orang tua perempuan tidak setuju dengan calon suami, si perempuan akan dilarikan dan disembunyikan di suatu tempat yang dianggap aman dari jangkauan keluarga perempuan. Namun, jika orang tua yang tidak setuju mengetahui proses membawa lari dan belum sampai tempat yang dituju, orang tua diperbolehkan merebut kembali anaknya dan si calon suami diperbolehkan mempertahankan calon istrinya. Biasanya jika orang tua setuju, proses membawa lari perempuan relatif tanpa hambatan.

Kedatangan perempuan di tempat persembunyian, malam itu juga diadakan *mangan merangkat/mangan bareng* (makan bersama). Ayam yang disembelih dibuat bagaimana bersuara sebagai simbol pengumuman dan kesukariaan atas proses *merarik*. Dalam proses persembunyian, laki-laki calon suami harus menjaga jarak dan dibatasi pertemuannya dengan calon istrinya.

Pihak laki-laki kemudian melapor ke pemerintahan setempat, biasanya kepala dusun (Kadus), bahwa ia telah melarikan gadis untuk dinikahi. Kadus pihak laki-laki yang mendapat laporan segera mendatangi Kadus di mana

perempuan yang dilarikan itu tinggal dan menyampaikan bahwa warganya melarikan perempuan warga Kadus tersebut. Kadus pihak perempuan kemudian mengabarkan keluarga perempuan bahwa anaknya telah dilarikan oleh laki-laki untuk dinikahi. Paling lambat tiga hari, pihak keluarga laki-laki mendatangi keluarga pihak perempuan untuk membenarkan apa yang disampaikan Kadus atau yang disebut *mesejati/selabar*.

Mesejati/selabar mengandung arti bahwa dari pihak laki-laki mengutus beberapa orang tokoh masyarakat setempat atau tokoh adat untuk melaporkan kepada kepala desa atau *keliang*/kepala dusun untuk mempermaklumkan mengenai perkawinan tersebut tentang jati diri calon pengantin laki-laki dan selanjutnya melaporkan kepada pihak keluarga perempuan. Kedua keluarga itu kemudian bermusyawarah tentang proses selanjutnya, misalnya tentang hari pernikahan, *sorong serah*, dan sebagainya. *Sorong serah* berasal dari kata *sorong* yang berarti mendorong dan *serah* yang berarti menyerahkan, jadi *sorong serah* merupakan suatu pernyataan persetujuan kedua belah pihak baik perempuan maupun laki-laki dalam prosesi suatu perkawinan (wawancara dengan M. Yamin, 15 April 2011).

”Adat itu ada dan dipatuhi oleh masyarakatnya tetapi penampilannya tidak cukup terang sehingga hukum formal mudah sekali mengabaikannya,” kata M. Yamin. ”Filosofi *merarik*, pertama, perempuan mempunyai kemerdekaan memilih calon suaminya, terutama menghindari kawin paksa karena berbeda strata. Kedua, untuk menikah itu tidak mudah, perlu keseriusan dan pengorbanan” (wawancara dengan M. Yamin 23 April 2011).

Menurut hakim yang memutus, dalam kasus *merarik* terjadi perselisihan antara hukum negara dan hukum informal. Dalam wawancara salah seorang hakim yang memutus berpendapat:

”Kalau terjadi benturan hukum adat dan hukum formal, hukum adat biasanya yang dikesampingkan karena hukum formal lebih jelas aturannya. Walaupun hakim juga melihat hukum lokal, tetapi tetap hukum formal yang akhirnya harus digunakan” (wawancara dengan hakim HT, 19 April 2011).

Dalam putusan, hal yang memberatkan, menurut pertimbangan majelis hakim, perbuatan terdakwa meresahkan masyarakat. Sedangkan, hal yang meringankan, terdakwa akan melaksanakan perkawinan secara baik-baik setelah proses pidana. Dari pertimbangan ini, ada yang perlu digaris bawahi bahwa *pertama*, pertimbangan hakim menunjukkan bahwa kawin lari dianggap meresahkan masyarakat. Bagaimana mungkin hakim bisa menilai suatu perbuatan yang meresahkan masyarakat jika perbuatan itu adalah tradisi dan berlaku secara turun-temurun?

Pertimbangan hakim bahwa kawin lari meresahkan justru berseberangan dengan masyarakat Sasak umumnya yang menganggap *merarik* sebagai tradisi. *Kedua*, terdakwa akan melaksanakan perkawinan secara baik-baik setelah proses pidana. Ini berarti, dalam pandangan majelis hakim, *merarik* bukan proses perkawinan yang dilakukan secara baik-baik. Padahal *merarik* adalah salah satu proses perkawinan bagi masyarakat Sasak. Melarikan perempuan untuk dinikahi bukan suatu penculikan. Tetapi, hakim dalam putusannya sama sekali tidak memasukkan pertimbangan adat.

"Hakim berusaha mendamaikan, tetapi jika orang tua korban ngotot ya bagaimana lagi maka kami harus meneruskan dan kembali kepada hukum formal. Logikanya sederhana karena pihak yang dirugikan melaporkan kasus tersebut ke polisi. Artinya apa? Ada pihak yang tidak nyaman atau dirugikan. Alasan sesuai dengan hukum adat, perempuan atau korbannya berperan, suka sama suka, tidak berarti membebaskan terdakwa, karena tidak ada alasan pemaaf dan pembenar, melainkan hanya meringankan. Biasanya putusannya percobaan atau kalau ditahan cukup potong masa tahanan" (wawancara dengan Hakim HT, 20 April 2011).

Hakim kemudian dalam putusannya menjatuhkan vonis pidana penjara selama satu bulan dan lima belas hari potong masa tahanan. Setelah keluar dari penjara pihak orang tua BE meminta K menikahi anaknya. "Apa pernikahan saya dan BE di Bali tidak sah? Anehnya surat nikah yang digunakan juga surat nikah perkawinan di Denpasar?" jelas K. "Sekarang kami hidup bahagia dan dikaruniai seorang anak laki-laki" (wawancara dengan K, 21 April 2011).

Apabila diabstraksikan dalam perdebatan teoritis, terjadi perselisihan teoritis dalam memandang apakah *customary law* tidak boleh bertentangan dengan hukum positif dan jika bertentangan apakah harus di 'eksklusi'? Werner Zips (Rajendra (ed), 2002: 393-405) melihat pertanyaan ini sebagai "the double-bladed sword" dengan mengatakan,

"State agents and (quite few) academic lawyers tend to deny the validity of "traditional" law (folk law or customary law) by disputing its consideration of the

rule of law ... positions "traditional law" at the bottom ladder."

(Agen negara dan beberapa praktisi hukum dan akademisi cenderung untuk menolak keabsahan hukum "tradisional" (hukum rakyat atau hukum adat) dengan memperselisihkan pertimbangannya mengenai aturan hukum ... posisi "hukum adat" berada pada anak tangga bawah).

Hukum lokal yang dihayati sebagai *living wisdom* dan *living law* berada pada anak tangga bawah dan disepelkan ketika orang masuk dalam hukum modern yang tertulis. Dalam kasus pertemuan dua budaya, berlaku relasi kekuasaan. Artinya, relasi siapa yang mempunyai otoritas memberi makna 'sah'. Ketika relasi kekuasaan itu ada dalam kekuasaan yang mengabsahkan tradisi tulisan, maka hukum tertulis dianggap lebih tinggi dan objektif dibanding hukum lisan. Bagi kaum positivisme hukum sebagaimana ditegaskan Kelsen bahwa norma kebiasaan, tradisi, atau adat belum menjadi norma hukum apabila belum ditetapkan norma yang lebih tinggi (hukum positif) (Kelsen, 1976: 9).

Meski sama-sama menegasi hukum tradisional, *sociological jurisprudence* berbeda dengan positivisme hukum. Bagi kalangan *sociological jurisprudence* bentuk formal hukum tidak terlalu dipersoalkan. Walaupun hukum tradisional akhirnya dilucuti karena dianggap menghambat rekayasa sosial dalam rangka modernisasi.

Permasalahannya, tidak mudah menyeragamkan masyarakat yang majemuk dengan hukum modern karena perilaku dan praktik hukum suatu bangsa terlalu besar untuk hanya dimasuk-masukan ke dalam pasal-pasal undang-undang. Hukum hendak menggenggam

(mengatur) masyarakat dengan hukum positif, tetapi kenyataannya ada yang tidak bisa diseragamkan dengan peraturan tersebut, ada saja bagian dan unsur yang tidak tercakup dan terlingkupi oleh hukum seperti kasus *merarik*. Ibarat kita menggenggam pasir, inginnya pasir utuh dalam genggaman, namun kenyataannya ada bagian pasir yang tercecer, keluar, lepas dari genggaman di antara celah jari satu dengan lainnya.

B. Perselisihan Paradigma

Ada anggapan umum bahwa hukum merupakan cermin dari masyarakat dan berfungsi menjaga ketertiban social (*law is mirror of society, which functions to maintain social order*). (Tamanaha, 2006: 1). Teori cermin (*mirror thesis*) digunakan untuk menunjukkan bahwa hukum adalah cermin dari masyarakat. Hukum diandaikan cermin masyarakat karena berpijak pada basis sosialnya (masyarakat) dan bukan berasal dari alam lain, yang berfungsi menjaga tatanan sosial.

Teori cermin berangkat dari dua gagasan yang berbeda, namun saling berhubungan. Gagasan pertama bahwa hukum adalah pantulan atau pencerminan dari masyarakat. Beberapa pemikir yang menguatkan argumentasi tentang hukum sebagai cermin dari masyarakat adalah sebagai berikut: “*every legal system stands in a close relationship to the ideas, aims and purposes of society. Law reflects the intellectual, social, economic, and political climate of its time*” (Vago, 1981: 3). (Setiap sistem hukum berada dalam suatu hubungan yang dekat dengan ide-ide, tujuan-tujuan dan kebutuhan masyarakat. Hukum mencerminkan iklim intelektual, sosial, ekonomi, dan politik pada masanya).

William Chambliss dan Robert Seidman juga menganalisis bahwa aliran-aliran hukum sebagai dasar pembenar (cermin/pantulan) ideologi, eksistensi kekuasaan politik, kepentingan ekonomi, dan sebagainya. Aliran-aliran hukum kodrat membenarkan eksistensi feodalisme dengan menyatakannya sebagai sesuatu yang lahir karena kehendak Illahiah, yang oleh karena itu, harus ditegakkan demi kepentingan seluruh umat. Sementara itu, teori *leviathan* Thomas Hobbes membenarkan eksistensi monarkhi dinasti Stuart; positivisme hukum John Austin membenarkan eksistensi pemerintahan Victoria; dan mazhab sejarah von Savigny memperkuat eksistensi aristokrasi Jerman (Chambliss & Seidman, 1971: 20-55).

Mengenai hukum sebagai cermin dari masyarakat Ullmann secara retorik berkomentar “*Nowhere is the spirit of an age better mirrored than in the theory of law* (Tidak ada di manapun semangat zaman yang lebih baik tercermin ketimbang dalam teori hukum). Secara abstrak HLA Hart menjelaskan, “*The law of every modern state shows at a thousand points the influence of both the accepted social morality and wider moral ideas... The further ways in which law mirrors morality are myriad, and still insufficiently studied...*” (Hart, 1961: 199). (Hukum setiap negara modern menunjukkan pada ribuan titik pengaruh baik moralitas sosial yang diterima dan ide-ide moral yang lebih luas ... Cara-cara lebih lanjut di mana hukum mencerminkan moralitas banyak sekali, dan masih belum cukup dipelajari...)

Lebih tajam, Lawrence Friedman menyatakan, “*Legal systems do not float in some cultural void, free of space and time and social context; necessarily, they reflect what is happening in their own societies. In the long run, they assume the shape of these societies,*

like a glove that molds itself to the shape of a person's hand." (Friedman, 1996: 72). (Sistem hukum tidak mengambang dalam kehampaan budaya, bebas ruang dan waktu dan konteks sosial, niscaya, mereka mencerminkan apa yang terjadi dalam masyarakat mereka sendiri. Dalam jangka panjang, mereka mengasumsikan bentuk dari masyarakat, seperti sarung tangan yang cetakannya sendiri dengan bentuk tangan seseorang).

Senada dengan Lawrence Friedman, pemikir *legal realism* Oliver Wendell Holmes mengatakan, "*This abstraction called the law, wherein, as in a magic mirror, we see reflected, not only our own lives, but the lives of all men that have been.*" (Holmes, 1962: 21) (Abstraksi ini disebut hukum, di mana, sebagaimana dalam sebuah cermin ajaib, kita melihat direfleksikan, tidak hanya hidup kita sendiri, tetapi kehidupan semua orang sebelumnya).

Gagasan *kedua*, hukum itu memelihara dan mempertahankan tatanan sosial dengan memaksakan hukum dalam interaksi sosial. Gagasan ini untuk menunjukkan fungsi hukum sebagai penjaga ketertiban dalam mengatur interaksi sosial dan menyelesaikan perselisihan. Karena itu, Hans Kelsen menyatakan, "*Law is coercive order*" (Hukum adalah tatanan yang bersifat memaksa). David Dudley secara retorik mengatakan, "*Where there is no law there can be no order, since order is but another name for regularity, or conformity to rule.*" (Bila tidak ada hukum maka tidak ada ketertiban, karena ketertiban adalah nama lain dari keteraturan, atau kepatuhan pada peraturan) (Tamanaha, 2006: 3).

Sedangkan Edgar Bodenheimer sebagaimana dikutip Tamanaha mencoba meyakinkan:

"I would be difficult to deny the close relationship which exists between the institution of law and man's perennial search for order; regularity and fixity in human relation. This intimate link between law and order becomes visible in many of the institutions and processes of collective living." (Tamanaha, 2006: 3)

(Saya akan sulit untuk menyangkal hubungan erat yang ada antara lembaga hukum dan pencarian abadi manusia untuk ketertiban, keteraturan dan keajegan dalam hubungan manusia. Hubungan intim antara hukum dan ketertiban akan terlihat dalam banyak lembaga-lembaga dan proses hidup kolektif)

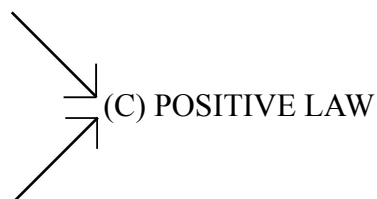
Orang percaya bahwa hukum adalah penjaga ketertiban sudah tertanam lama, bahkan ribuan tahun silam. Hukum bahkan diidentikkan dengan ketertiban, sebagaimana Aristoteles katakan, "*For law is order*" (Hukum adalah ketertiban).

Gagasan pertama, menurut Tamanaha, mengasumsikan hukum sebagai cermin masyarakat merupakan anggapan yang mengidentikkan hukum dengan masyarakat, Sedangkan gagasan kedua yang melihat fungsi hukum sebagai penjaga ketertiban. Kedua gagasan ini mempunyai hubungan yang erat. Karena hukum diasumsikan adalah cermin dari masyarakat sehingga menjadikannya efektif dalam menjaga ketertiban sosial. Karena begitu ideal dan diyakini bersesuaian satu dengan lainnya, sehingga (subyek hukum) yang bersifat kekanak-kanakan percaya dan menerima begitu saja kedua anggapan itu. Dan bila tatanan sosial terancam, mereka otomatis akan menyatakan langsung, bahwa hukum secara heroik bisa menjadi penyelamat atau pelindung, sebagai berikut;

“...the metaphor of the mirror make it our savior, our protector, a power to identify with, not fear.” (Tamanaha, 2006: 3). (“... metafor cermin membuat (hukum) sebagai penyelamat kita, pelindung kita, kekuatan untuk mengidentifikasi (diri dengan hukum) dengan tidak takut”).

Lalu, jika hukum sebagai cermin masyarakat, bagaimana hubungan hukum dan masyarakat diandaikan? Tamanaha memetakan hubungan hukum dengan masyarakat dalam hubungan tripartit, yakni (a) adat/kesepakatan (*custom/consent*); (b) moral dan akal budi (*morality/reason*); dan (c) hukum positif (*positive law*), sebagaimana skema di bawah ini (Tamanaha, 2006: 4).

A. CUSTOM/CONSENT



B. MORALITY/REASON

Tamanaha menggambarkan hukum positif sebagai berbagai peraturan yang diartikulasikan dan ditegakkan oleh lembaga yang berwenang. Hukum positif, oleh aliran positivisme hukum, dikarakteristikan sebagai teori ‘imperatif’ atau ‘kehendak’ dengan penekanan pada otoritas norma dan menggunakan mekanisme paksaan yang mewajibkan orang-orang untuk menyesuaikan. Ia berhubungan dengan aktivitas para pejabat dan lembaga hukum. Sifat hukum positif yang tidak dimiliki oleh kebiasaan dan moral adalah kekuasaan dan otoritas (formal).

Sementara ‘*custom/consent*’ dilihat Tamanaha mempunyai hubungan dekat dengan hukum positif. Argumentasi yang menguatkan

hubungan *custom/consent* dengan hukum positif adalah: (1) secara historis, hukum positif berkembang dari tatanan sosial dan sebagian besar dikontrol oleh *customs* (adat) dan *habits* (kebiasaan); (2) isi dari norma-norma hukum positif adalah produk yang diturunkan dari adat dan praktik sehari-hari; (3) hukum positif yang tidak sesuai dengan *customs*, *usages*, atau *habits* tidak akan efektif atau tidak mendapat legitimasi; (4) secara ekstrem, *customs*, *usages*, dan *habits* adalah hukum (Tamanaha, 2006: 4).

Customs (adat) juga diasosiasikan dengan *consent* (kesepakatan). Pandangan ini, menurut Tamanaha, sudah ada sejak zaman Romawi yang menganggap *customs* adalah kesepakatan masyarakat secara diam-diam (*the tacit consent of the people*) yang berakar dalam masyarakat melalui kebiasaan.

Sedangkan “*morality/reason*” mempunyai hubungan erat dengan hukum positif. Alasannya antara lain: (1) sebelum negara modern hukum tak terpisahkan dan bercampur dengan *custom* dan moral; (2) perkembangan hukum positif adalah sebagai tanda perkembangan peradaban, berdasarkan akal dan moral yang mengatur masyarakat; (3) moral dan akal adalah sumber dari norma hukum positif; (4) tindakan yang sesuai dengan hukum positif adalah tindakan yang benar-benar mempertimbangkan moral yang baik; (5) hukum positif yang inkonsisten dengan moral dan akal adalah tidak mempunyai legitimasi, tidak sah, dan menurut hukum kodrat, tidak lagi sebagai hukum; (6) moral adalah aspek yang tak terpisahkan dari hukum positif; bahkan secara ekstrem dapat dikatakan; (7) prinsip-prinsip moral adalah hukum (Tamanaha, 2006: 5-6).

Dalam perkembangannya terjadi pergeseran fundamental dalam hubungan hukum

dan masyarakat. Tamanaha memperlihatkan pergeseran itu dapat dilihat dalam skema ini:

(A) CUSTOM → CONSENT

(C) POSITIVE LAW

B. MORALITY → REASON

Ada beberapa faktor yang menyebabkan pergeseran dalam hubungan hukum dan masyarakat. Tamanaha mencatat, di antaranya munculnya *enlightenment* dan revolusi ilmu pengetahuan menyebabkan moral tidak lagi menduduki tempat sepenting dulu (abad pertengahan) dan digantikan rasio, mengakibatkan pergeseran dari substansi moral menuju prosedur yang rasional (*away from substantive morality towards procedural rationality*) (Tamanaha, 2006: 78-79, 96-97).

Sedangkan *customs* sebagai sumber hukum positif direduksi dan bergeser pada *procedural consent* (*reduction in custom as source of positive law, and shift to procedural consent*), misalnya dalam mekanisme demokrasi (Tamanaha, 2006: 89, 96).

Anggapan bahwa hukum sebagai cermin dari masyarakat diragukan dengan adanya transplantasi hukum. Hukum Indonesia, misalnya, pasca-kolonial masih mewarisi dan melanjutkan hukum kolonial (contoh, KUHP dan KUHPerduta) (Tamanaha, 2006: 115). Artinya apa? Apa yang disebut hukum positif belum tentu dibuat dari dan berdasarkan cermin masyarakatnya. Demikian pula kenyataan kontemporer, globalisasi membuat warga negara Indonesia tidak hanya tunduk pada hukum nasional. Tetapi juga pada berbagai aturan yang harus diratifikasi oleh pemerintah misalnya peraturan-peraturan yang disepakati oleh masyarakat internasional.

Atas beberapa alasan ini, teori cermin akan menjadi salah apabila dimutlakkan atau diabsolutkan. Teori *socio-legal positivism* mengoreksi asumsi “*law is always mirror of society*” menjadi “*law is (not) always mirror of society.*”

Dalam konteks Indonesia, secara historis hukum terbentuk oleh empat lapisan. Lapisan terdalam terdiri dari aturan-aturan kebiasaan yang diakui sebagai hukum oleh masyarakat yang bersangkutan. Lapisan di atasnya adalah aturan-aturan keagamaan yang diakui. Kemudian aturan-aturan hukum dari negara kolonial dan lapisan paling atas ialah hukum nasional modern yang terus berkembang. (Otto dalam Adriaan Bedner (ed), 2012: 119). Bahkan, di luar empat lapisan itu tumbuh bentuk-bentuk hukum baru yang tidak dapat dikategorikan baik sebagai hukum adat, agama, maupun hukum negara sehingga disebut sebagai *hybrid law*.

Kemajemukan hukum itu kadang saling melengkapi dalam mengatur, melingkupi, dan mengantisipasi berbagai persoalan dalam masyarakat yang kompleks, namun juga kadang menjadi sumber ketegangan satu sama lainnya. Ketegangan itu baru terasa dan muncul pada kasus-kasus tertentu, misalnya dalam kasus *merarik* ini. Apabila dicermati, perselisihan dalam kasus *merarik* ini bukan hanya perselisihan antar pihak, melainkan juga antar paradigma, aliran, atau mazhab hukum.

Mazhab sejarah mengajarkan bahwa hukum tidak dibuat melainkan tumbuh bersama dengan masyarakat (*das recht wird nicht gemacht, est ist und wird mit dem volke*). *Volkgeist*, menurut von Savigny, ‘unik, tertinggi, dan realitas mistis’ sehingga ia tidak dipahami secara rasional melainkan dipersepsikan secara intuitif.

Volksgeist tidak didesain, lahir secara alamiah sebagai warisan bangsa (*the biological heritage of people*) (Freeman, 2001: 905).

Pada titik ini, mazhab hukum sejarah, menolak pandangan positivisme hukum. Pemikiran positivisme hukum yang menyatakan bahwa hukum dibuat oleh penguasa yang sah, oleh pemikir utama mazhab hukum sejarah, Karl von Savigny, dianggap gagal mengapresiasi sumber hukum yang sesungguhnya (Tamanaha, 2010: 29).

Menurut von Savigny, "*In the earliest time ... the law will be found to have already attained a fixed character peculiar to the people, like their language, manners, and constitution*" (dalam waktu paling awal ... hukum akan ditemukan telah mencapai karakter tetap khas bangsa, seperti bahasa, tata krama, dan konstitusi). Ada hubungan organik antara hukum dan karakter bangsa sebagaimana dinyatakan von Savigny "... *Law grows with the growth, and strengthens with the strength of the people, and finally dies away as the nation loses its nationality.*" (Hukum tumbuh dengan perkembangan, dan memperkuat dengan kekuatan rakyat, dan akhirnya lenyap karena bangsa itu hilang kebangsaannya) (Freeman, 2001: 907).

Pertumbuhan hukum pada dasarnya adalah proses yang tidak disadari dan organis. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan adalah kurang penting dibandingkan dengan adat-kebiasaan. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan di mata mazhab hukum sejarah adalah kurang penting dibandingkan dengan adat-kebiasaan. Pandangan yang demikian, bisa dipahami mengapa mazhab sejarah kurang menyukai kodifikasi. Kodifikasi hukum selalu membawa efek, yakni menghambat perkembangan hukum.

Sejarah berkembang terus, tetapi hukum sudah ditetapkan, maka sama saja menghentikan sejarah hukum pada suatu masa tertentu.

Apabila dicermati, perbedaan tajam antara mazhab sejarah hukum terhadap positivisme hukum terletak pada sumber dan bentuk hukum. Jika positivisme hukum lebih menekankan hukum pada bentuk formalnya, maka mazhab hukum sejarah berpendapat sebaliknya, tidak hanya penguasa, rakyat yang terdiri dari kompleksitas unsur individu dan kelompok juga mempunyai kekuatan melahirkan hukum. Hukum, menurut mazhab hukum sejarah, bukan diciptakan melainkan ditemukan.

Ketegangan antara dua mazhab ini diredakan oleh mazhab *sociological jurisprudence* yang mencoba mengambil "jalan tengah" dengan mensintesis basis argumentasi yang berkembang pada kedua mazhab itu. Tokoh utama di balik mazhab *sociological jurisprudence* adalah Eugen Ehrlich dan Roscoe Pound. Ajaran dari Eugen Ehrlich bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat (*The centre of gravity of legal development is not in legislation, nor in juristic, nor in judicial decision, but in society*) (Lihat Freeman, 2001: 659-700).

Rumusan tersebut menunjukkan kompromi yang cermat antara hukum tertulis sebagai kebutuhan masyarakat hukum demi adanya kepastian hukum dengan *living law* sebagai wujud penghargaan terhadap pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan hukum.

Kembali dalam konteks *merarik*, ia tidak selalu melibatkan anak di bawah umur, tapi ada kalanya yang melakukan *merarik* di bawah umur dan tidak ada larangan adat bagi perkawinan di bawah umur asal dilalui semua prosesi adat dengan

benar. Dalam kasus *merarik* di bawah umur, hakim dihadapkan benturan antara “hukum yang hidup” (*living law*) dan hukum positif yang melarang seseorang membawa lari anak di bawah umur tanpa izin orang tuanya apalagi untuk dikawini. Hakim, menurut Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Apa yang disebut nilai-nilai hukum yang hidup ini tentu lebih luas dari hukum adat. Eugen Ehrlich, misalnya, mengartikan *living law* sebagai berikut:

“The living law is the law which dominates life itself even though it has not been posited in legal propositions. The source of our knowledge of this law is, first, the modern legal document; secondly, direct observation of life, of commerce, of customs and usages and of all associations, not only those that the law has recognised but also of those that it has overlooked and passed by, indeed even of those that it has disapproved.” (Ehrlich, 1962: 493).

(Hukum yang hidup adalah hukum yang mendominasi kehidupan itu sendiri walaupun belum diletakkan dalam proposisi hukum. Sumber pengetahuan kita tentang hukum ini adalah, pertama, dokumen hukum modern, kedua, observasi langsung tentang kehidupan, perdagangan, adat istiadat dan kebiasaan dan semua asosiasi (gabungan), bukan hanya hukum yang telah diakui tetapi juga yang telah diabaikan dan berlalu, bahkan yang telah ditolak).

Mazhab *sociological jurisprudence*, terutama yang dikembangkan Eugen Ehrlich, sesungguhnya memberikan perhatian besar terhadap hukum yang hidup (*living law*). Tetapi,

tentu saja tidak semua hukum yang hidup harus diakomodasi si pembentuk hukum, sebab hukum akhirnya juga didayagunakan sebagai *social engineering*. *Sociological jurisprudence* tumbuh berakar pada masyarakat Barat yang rasional. Kalau pun kalangan *sociological jurisprudence* memberi perhatian besar kepada *living law*, tetapi *living law* dipahami sebagai pilihan rasional. Berbeda dengan motivasi masyarakat adat mematuhi *living law* tanpa refleksi dan pertanyaan. Mereka tinggal menerima *living law* sebagai tradisi, praktik secara turun temurun, kebenaran apa adanya, tanpa perlu memikirkan untung-ruginya sehingga tidak selalu harus dirasionalkan. Inilah yang membedakan *living law* menurut Eugen Ehrlich dan pemahaman Barat pada umumnya dengan *living law* yang dipatuhi dan dikukuh oleh masyarakat adat.

Di Indonesia, ajaran *sociological jurisprudence* selalu dihubungkan dengan *law as a tool of social engineering*. Istilah *law as a tool of social engineering* selalu diidentikkan dengan mantan Dekan Harvard Law School, Roscoe Pound, dengan merujuk pada buku karya monumentalnya yang berjudul *Jurisprudence*. Istilah *law as a tool of social engineering* diperkenalkan di Indonesia pertama kalinya di tahun 1970-an, oleh alumni Harvard Law School, Mochtar Kusumaatmadja.

Mochtar Kusumaatmadja menerjemahkan *law as a tool of social engineering* sama dengan hukum sebagai rekayasa sosial, memberikan pemahaman bahwa penggunaan hukum sebagai “rekayasa sosial”, bersifat *top down*, yaitu semua pembuatan dan kebijakan hukum harus berasal dari pemerintah, bukan bersifat *bottom up*. Pandangannya tentang hukum sebagai alat rekayasa sosial sempat memunculkan wacana bahwa Mochtar Kusumaatmadja melakukan justifikasi terhadap program pembangunan pada

masa rezim orde baru sehingga dikenal sebagai teori hukum pembangunan.

Roscoe Pound dalam bukunya *Jurisprudence* memang sama sekali tidak pernah menggunakan istilah *law as a tool of social engineering* dan di dalam indeks buku itu sama sekali tidak ditemukan satu pun tema *law as a tool of social engineering*. Namun bagi yang menafsirkan ajaran Roscoe Pound sebagai *law as a tool of social engineering* juga tidak keliru karena jantung ajaran Pound adalah bagaimana mendayagunakan hukum sebagai alat rekayasa sosial. Bagi Pound, ilmu hukum kurang lebih sama dengan teknologi, karena itu analogi “*engineering*” dapat diterapkan pada masalah hukum dan sosial, sebagaimana dikatakan Pound:

“This practical measure is found (and long has been found in fact, though not in conscious theory) in an idea of social engineering, using the term “engineering” in the sense in which it is used by industrial engineers. It is found in an idea of giving the most complete security and effect to the whole scheme of human demands or expectationswith the least sacrifice of the scheme as a whole, the least friction, and the least waste. This ...is a problem of all the social sciences. In sociological jurisprudence we treat it as a special problem of achieving this recognition and securing of the scheme of human expectations by means of the legal order, by means of the body of established norms of precepts, technique of developing and applying them and received ideals in the light of which they are developed and applied, and by means of the judicial and administrative processes.” (Pound, 2000: 346-347).

(Ukuran ini praktis ditemukan [dan lama telah ditemukan pada kenyataannya, meskipun tidak dalam teori] dalam sebuah ide dari rekayasa sosial, dengan menggunakan “rekayasa” dalam arti yang digunakan oleh para insinyur industri. Hal ini ditemukan dalam sebuah ide memberikan keamanan yang paling lengkap dan pengaruh skema seluruh tuntutan atau harapan manusia dengan sedikit pengorbanan dari skema secara keseluruhan, sedikit friksi, dan sedikit kemubaziran. Hal ini.... adalah masalah dari semua ilmu-ilmu sosial. Dalam *sociological jurisprudence* kita memperlakukannya sebagai masalah khusus mencapai pengakuan dan perlindungan dari skema harapan manusia dengan alat tatanan hukum, dengan alat kaidah yang dibentuk dari ajaran, teknik pengembangan dan penerapan [*social engineering*] dan cita-cita yang diterima dalam cahaya yang mereka kembangkan dan terapkan, dan melalui proses peradilan dan administrasi). *Social engineering*, menurut Pound, dapat diefektifkan dalam proses yudisial dan administratif. Karena itu, bagi penganut *sociological jurisprudence*, sangat penting mencermati sejauh mana putusan-putusan hakim/administrasi berpengaruh positif bagi masyarakat. Tetapi Mochtar menyadari bahwa Indonesia yang mengikuti tradisi *civil law*, peranan perundang-undangan dalam proses *social engineering* lebih menonjol jika dibandingkan dengan Amerika Serikat yang lebih mengandalkan *the judge made law*. Terlebih lagi, pengaruh positivisme hukum klasik sangat kuat mengakar di Indonesia. *Social engineering* kemudian lebih mengandalkan pembentukan hukum melalui pembuatan peraturan perundang-undangan.

Apabila dipetakan persamaan cara pandang *sociological jurisprudence* dengan mazhab hukum sejarah, sama-sama melihat hukum dan masyarakat sebagai suatu yang tidak terpisah dan saling berhubungan. Perbedaan mendasar adalah cara melihat fungsi hukum. Jika mazhab hukum sejarah memahami hukum lebih romantik dan evolusionis, Pound mengandaikan hukum seperti "teknologi" yang berfungsi merekayasa masyarakatnya. Karena itu, fungsi hukum, menurut pandangan Pound, bukan hanya sebagai pengendalian sosial (*social control*) seperti ketertiban (*social order*) dan penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) melainkan lebih dari itu, yakni sebagai rekayasa sosial (*social engineering*). Sebagaimana saran Pound: "...I have suggested thinking of jurisprudence as a science of social engineering."

Perbedaan cara pandang *sociological jurisprudence* dan mazhab sejarah juga terletak dalam melihat asal-usul hukum. Jika *sociological jurisprudence* melihat bahwa hukum itu dibuat secara sengaja dan didayagunakan untuk merekayasa masyarakatnya, sedangkan mazhab sejarah berpendapat bahwa hukum itu tumbuh berkembang bersama dengan perkembangan masyarakatnya.

Jika selama ini hukum diandaikan berjalan tertatih-tertatih mengikuti kenyataan sosial (*het recht hinkt achter de feiten aan*), maka dalam konsep *social engineering* hukum justru berada di depan kenyataan sosial dan hakim diharapkan oleh Pound menjadi *social engineer*. "The task of the lawyer as "social engineer", formulated a programme of action, attempted to gear individual and social needs to the values of western democratic society." (Freeman, 2001: 678). Cara berpikir modernis yang cenderung menuju kebaruan akan mudah berbenturan

dengan cara berpikir tradisional yang bersikukuh mempertahankan nilai-nilai lama. Ketika hukum didayagunakan sebagai rekayasa sosial, tentu akan berbenturan dengan tradisi-tradisi yang sebelumnya mapan. Tradisi terguncang karena ia "dipaksa" berubah melalui rekayasa sosial. Namun, pembaruan melalui rekayasa sosial yang ditawarkan Roscoe Pound tidak bersifat radikal atau tidak bermaksud menjebol sistem, hanya lebih menekankan kemanfaatan praktis (pragmatis).

Terkait tradisi *merarik* di bawah umur, misalnya, bagi *sociological jurisprudence* berseberangan dengan perkembangan masyarakat modern. *Sociological jurisprudence* akan merekayasa perilaku dan kebiasaan *merarik* di bawah umur itu melalui putusan hakim. Putusan hakim yang mempidana K dalam kasus *merarik* tentu tidak "bebas-nilai", disadari atau tidak, pertimbangannya lebih dekat (diantara) ajaran positivisme hukum dan *sociological jurisprudence* sekaligus menegasi mazhab hukum sejarah yang masih ingin mempertahankan tradisi-tradisi dan kebiasaan-kebiasaan lama (Putro, 2011: 222 - 225).

IV. SIMPULAN

Secara normatif, baik hukum adat, agama, dan hukum negara sepakat bahwa penculikan adalah perbuatan yang dilarang oleh semua sistem hukum. Namun, kognisi dan cara pandang mengenai "penculikan" bisa sangat berbeda di antara berbagai sistem hukum itu. Ukuran di bawah umur juga berbeda antara hukum negara, hukum agama, dan hukum adat.

Dari kasus *merarik* itu, misalnya, dapat kita melihat bahwa ada perbedaan kognisi dan cara pandang antara pelaku *merarik* dengan

polisi, jaksa, dan hakim. Pelaku menganggap melarikan anak dibawah umur dengan persetujuan perempuan untuk dinikahi bukan merupakan kejahatan, apalagi penculikan. Sebagaimana tradisi adat Sasak, proses perkawinan didahului dengan membawa lari dahulu calon mempelai perempuan. Dalam hukum adat Sasak, tidak diatur secara jelas mengenai batasan umur berapa perempuan boleh dibawa lari untuk dinikahi. Asal aqil-baligh sesuai agama maka usia dianggap cukup matang untuk menikah. Jika keduanya saling menyukai dan tidak ada paksaan dari pihak lain, membawa lari gadis pujaan itu tidak perlu memberitahukan atau meminta izin kepada kedua orangtuanya.

Sedangkan polisi, jaksa, dan hakim menganggap pelaku (K) yang membawa lari seorang perempuan tanpa persetujuan orang tuanya dan diketahui masih di bawah umur merupakan perbuatan pidana dan memenuhi unsur-unsur Pasal 332 ayat (1) ke-1 KUHP. Beratnya vonis pidana penjara selama satu bulan dan lima belas hari potong masa tahanan menunjukkan bagaimana keyakinan hakim bahwa membawa lari seorang perempuan tanpa persetujuan orang tuanya dan diketahui masih di bawah umur (meski untuk dinikahi) merupakan perbuatan pidana.

Dalam kasus *merarik* ini, hukum terlihat tidak tunggal, melainkan terdiri dari konsep normatif, kognisi, dan cara pandang para aktor. Berbagai sistem hukum itu saling berkompetisi.

Disadari atau tidak, hukum negara dan hukum adat sama-sama melakukan kontrol terhadap kehidupan bermasyarakat, kendati kekuatannya berbeda. Hukum negara memiliki kualitas yang lebih kuat dengan didukung berbagai alat pemaksa. Hukum negara memiliki

kelengkapan yang jauh lebih sistematis dan terorganisasi. Sedangkan hukum adat jauh lebih lembut dan ia dipatuhi secara batiniyah. Maka, kita pun bisa mengerti, apabila terjadi benturan dan "adu kekuatan" antara hukum negara dan hukum adat, maka hukum adat yang bersifat lokal akan tergilas dan kalah.

Permasalahannya, dalam kemajemukan budaya seperti Indonesia, hukum negara yang berlaku umum untuk seluruh wilayah nusantara, malah bisa menciptakan penyeragaman hukum yang bisa menimbulkan tirani. Disebut tirani karena masyarakat yang majemuk ingin diatur oleh hukum yang seragam. Dalam masyarakat yang majemuk perlu mengurangi dominasi hukum negara, terutama dalam bidang-bidang hukum yang bersentuhan sangat dekat dengan kebudayaan misalnya, hukum perkawinan. Kompetisi memang tidak bisa dihindari, tapi idealnya, hukum negara bukan satu-satunya yang memonopoli, melainkan saling berinteraksi dan mempengaruhi dengan hukum yang hidup di masyarakat sehingga mendorong hukum bergerak.

Pada titik inilah peran hakim dibutuhkan untuk menengahi kerumitan perselisihan sistem hukum dalam masyarakat yang majemuk. Dalam "*hard case*" ini, untuk mensintesis perselisihan sistem hukum, hakim tidak cukup menjadi corong undang-undang, melainkan harus mengasah argumentasi hukumnya, dan tentu mendengar denyut jantung masyarakat sebelum menjatuhkan putusannya.

DAFTAR PUSTAKA

- Bedner, Adriaan (ed). 2012. *Kajian Sosio-Legal*. Denpasar: Pustaka Larasan.
- Chambliss, William & Robert Seidman. 1971. *Law, Order and Power*. Reading Mass: Addison-Wesley.
- Ehrlich, Eugen. 1962. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Diterjemahkan oleh Walter Moll. New York: Russell and Russell.
- Freeman, MDA Llyod. 2001. *Introduction to Jurisprudence*. London: Sweet Maxwell.
- Friedman, Lawrence. 1996. "Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law". *Stanford Journal of International Law* 32.
- Hart, HLA. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Holmes, Oliver Wendell. 1962. *The Occasional Speeches of Justice Oliver Wendell Holmes*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Kelsen, Hans. 1976. *The Pure Theory of Law*. Diterjemahkan oleh Max Knight. University of California Press.
- Pound, Roscoe. 2000. *Jusriprudence*. Volume I. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- Putro, Widodo Dwi. 2011. *Kritik Terhadap Positivisme Hukum*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Rajendra (ed). 2002. *Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic, and Political Development*. Papers of the XIIIth International Congress of the Commisision on Folk Law and Legal Pluralism, Chiang Mai-Thailand.
- Tamanaha, Brian Z. 2006. *A General Jurisprudence for Law and Society*. New York: Oxford University Press.
- Tamanaha, Brian Z. 2010. *Beyond The Formalist – Realist Divid*. New Jersey: Princeton University Press.
- Vago, Steven. 1981. *Law and Society*. Englewood Cliffs: NJ Prentice Hall.

PENERAPAN SANKSI PIDANA BAGI PELAKU TINDAK PIDANA ANAK

Kajian Putusan Nomor 50/Pid.B/2009/PN.Btg

IMPOSING PENAL SANCTIONS FOR CRIMES COMMITTED BY KIDS

An Analysis on Decision Number 50/Pid.B/2009/PN.Btg

Bilher Hutahaean

Fakultas Hukum Universitas Trunajaya Bontang
Jl. Taekwondo Kelurahan Api-Api, Bontang, Kalimantan Timur
Email: bilherfacebook@yahoo.com

Diterima tgl 13 Februari 2013/Disetujui tgl 11 Maret 2013

ABSTRAK

Anak merupakan amanah dan karunia Tuhan Yang Maha Esa yang memiliki harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya. Perlakuan hukum pada anak sudah selayaknya mendapatkan perhatian serius, karena anak adalah masa depan suatu bangsa. Dalam perkara pidana Nomor 50/Pid.B/2009/PN.Btg terdakwa adalah anak yang masih berumur 15 tahun, didakwa melakukan perbuatan sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 363 ayat (1) ke-4 jo Pasal 65 ayat (1) dan ayat (2) KUHP. Hakim menjatuhkan pidana penjara selama 6 (enam) bulan dan terdakwa dikembalikan kepada orang tuanya sebagaimana mestinya. Putusan tersebut tidak mencerminkan kepastian hukum bagi terdakwa serta tidak mengedepankan pembedaan sebagai *ultimum remedium*.

Kata kunci: peradilan anak, sanksi pidana, *ultimum remedium*.

ABSTRACT

*Children are the mandate and grace of God Almighty. They have dignity and worth as fully human beings. Legal treatment of children should receive serious attention, because children are the future of the nation. In the criminal case number 50/Pid.B/2009/PN.Btg, the defendant, a 15-year-old boy, was charged with conduct, and punishable as provided in Article 363, paragraph (1) to (4) jo Article 65 paragraph (1) and (2) of the Criminal Code. Judges imposed imprisonment for 6 (six) months to the defendant and later returned him to his parents as he should. The decision did not seem to reflect the rule of law or legal certainty of the defendant, and did not address criminal sanction as the *ultimum remedium*.*

Keywords: juvenile court system, penal sanction, ultimum remedium.

I. PENDAHULUAN

Anak adalah amanah dan karunia Tuhan Yang Maha Esa yang dalam dirinya juga melekat harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya. Anak adalah tunas, potensi, dan generasi muda penerus cita-cita perjuangan bangsa, memiliki peran strategis dan mempunyai ciri dan sifat khusus yang menjamin kelangsungan eksistensi bangsa dan negara pada masa depan.

Agar setiap anak kelak mampu memikul tanggung jawab tersebut, maka ia perlu mendapat kesempatan yang seluas-luasnya untuk tumbuh dan berkembang secara optimal, baik fisik, mental maupun sosial, dan berakhlak mulia, sehingga perlu dilakukan upaya perlindungan untuk mewujudkan kesejahteraan anak dengan memberikan jaminan terhadap pemenuhan hak-haknya serta adanya perlakuan tanpa diskriminasi.

Tujuan dari perlindungan anak disebutkan dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar 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.

Penyimpangan tingkah laku atau perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh anak disebabkan oleh berbagai faktor antara lain dampak negatif dari perkembangan pembangunan yang cepat, arus globalisasi di bidang komunikasi dan informasi, kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi serta perubahan gaya dan cara hidup sebagai orang tua. Hal tersebut telah membawa perubahan sosial yang mendasar dalam kehidupan masyarakat dan sangat berpengaruh terhadap nilai serta perilaku anak.

Anak yang kurang atau tidak memperoleh kasih sayang, asuhan dan bimbingan serta pembinaan dalam pengembangan sikap perilaku penyesuaian diri, serta pengawasan dari orang tua, wali atau orang tua asuh akan mudah terseret dalam arus pergaulan masyarakat dan lingkungannya yang kurang sehat dan merugikan perkembangan pribadinya (Supramono, 2000:158)

Atas pengaruh dari keadaan sekitarnya maka tidak jarang anak ikut melakukan tindak pidana. Hal itu dapat disebabkan oleh bujukan, spontanitas atau sekedar ikut-ikutan. Meskipun demikian tetap saja hal itu merupakan tindakan pidana. Namun demi pertumbuhan dan perkembangan mental anak, perlu diperhatikan pembedaan perlakuan di dalam hukum acara dan ancaman pidana.

Menurut Pasal 45 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya disingkat dengan KUHP) anak yang belum dewasa adalah apabila belum berumur 16 tahun. Apabila anak terlibat dalam perkara pidana hakim boleh memerintahkan agar terdakwa di bawah umur tersebut dikembalikan kepada orang tuanya, walinya, dan pemeliharannya dengan tidak dikenakan suatu hukuman atau memerintahkan supaya diserahkan kepada pemerintah dengan tidak dikenakan suatu hukuman. Pembedaan perlakuan dan ancaman yang diatur dalam undang-undang dimaksudkan untuk melindungi dan mengayomi anak tersebut agar dapat menyongsong masa depan yang panjang.

Sejalan dengan itu seharusnya bagi terdakwa anak dalam putusan ini yang didakwa berdasarkan Pasal 363 ayat (1) ke-4 jo Pasal 65 ayat (1) dan ayat (2) KUHP tidak perlu menjalani putusan Pengadilan Negeri Bontang di dalam tahanan negara yang lamanya enam bulan, akan tetapi cukup dikembalikan kepada orang tuanya

atau walinya. Namun, Putusan Pengadilan Negeri Bontang Nomor 50/Pid.B/2009/PN.Btg tersebut bersifat ambigu. Terdakwa diputuskan menjalani pidana penjara selama enam bulan di dalam tahanan negara (rutan) dan di sisi lain terdakwa dikembalikan kepada orang tuanya atau walinya.

II. RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, maka rumusan masalah dalam tulisan ini adalah bagaimana penerapan sanksi pidana di Pengadilan Negeri Bontang bagi anak pelaku tindak pidana pencurian yang dilakukan secara bersama-sama?

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISA

A. Studi Pustaka

1. Pengertian anak

Anak adalah bagian dari generasi muda sebagai salah satu sumber daya manusia yang memiliki peran strategis serta mempunyai ciri dan sifat khusus. Anak memerlukan pembinaan perlindungan dalam rangka menjamin pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, sosial secara utuh, serasi, selaras dan seimbang.

Kedudukan anak dalam lingkungan hukum sebagai subyek hukum ditentukan dari sistem hukum terhadap anak sebagai kelompok masyarakat yang berada di dalam status hukum dan tergolong tidak mampu atau di bawah umur. Maksud tidak mampu adalah karena kedudukan akal dan pertumbuhan fisik yang sedang berkembang dalam diri anak yang bersangkutan.

Meletakkan anak sebagai subyek hukum yang lahir dari proses sosialisasi berbagai nilai ke dalam peristiwa hukum pidana maupun hukum hubungan kontrak yang berda dalam lingkup

hukum perdata menjadi mata rantai yang tidak dapat dipisahkan (Wadong, 2000: 3).

Pengertian anak yang terdapat dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak yaitu:

- a. Anak dalam perkara anak nakal adalah orang yang telah mencapai umur 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin.
- b. Anak nakal adalah:
 1. Anak yang melakukan tindak pidana atau
 2. Anak yang melakukan perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak, baik menurut peraturan perundang-undangan maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat bersangkutan.
- c. Anak terlantar adalah:

Anak yang berdasarkan penetapan pengadilan ditetapkan sebagai anak terlantar, atas pertimbangan anak tersebut tidak terpenuhi dengan wajar kebutuhannya, baik secara rohaniah, jasmaniah, maupun sosial disebabkan:

 1. Adanya kesalahan, kelalaian, dan/ atau ketidakmampuan orang tua, wali atau orang tua asuhnya atau;
 2. Statusnya sebagai anak yatim piatu atau tidak ada orang tuanya (Faisal, 2005: 5)

Sedangkan pengertian anak yang terdapat dalam Pasal 45 KUHP yaitu:

“Anak yang belum dewasa apabila belum berumur 16 (enam belas) tahun. Apabila anak yang masih dibawah umur terjerat perkara pidana hakim dapat memerintahkan supaya anak yang terjerat perkara pidana dikembalikan kepada orang tuanya, walinya, atau orang tua asuhnya, tanpa pidana atau memerintahkan supaya diserahkan kepada pemerintah tanpa pidana atau dipidana pengurangan 1/3 (satu per tiga) dari ancaman maksimum 15 tahun.”

Sementara pengertian anak menurut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak berbunyi:

“Anak adalah seorang yang belum berusia 18 tahun termasuk anak yang masih dalam kandungan. Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh berkembang, dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. “

Pengertian anak yang terdapat dalam Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak yaitu:

“Anak adalah seseorang orang yang belum mencapai 21 (dua puluh satu) tahun dan belum pernah nikah. Kesejahteraan anak adalah suatu tata kehidupan dan penghidupan anak yang dapat menjamin pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar baik secara rohani, jasmani, maupun sosial.“

Usaha kesejahteraan anak adalah usaha kesejahteraan sosial yang ditujukan untuk menjamin terwujudnya kesejahteraan anak

terutama terpenuhinya kebutuhan anak.

Yang dimaksud dengan undang-undang kesejahteraan anak meliputi;

1. Usaha kesejahteraan anak terdiri atas usaha pembinaan, pengembangan, pencegahan, dan rehabilitasi.
2. Usaha kesejahteraan anak dilakukan oleh pemerintah dan/atau masyarakat.
3. Pemerintah mengadakan pengarahan, bimbingan, bantuan, dan pengawasan terhadap usaha kesejahteraan anak yang dilakukan oleh masyarakat.

Pengertian anak yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak Pasal 1 ayat (1) yaitu:

Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun termasuk anak yang masih dalam kandungan.

Ayat (1): memuat batas antara belum dewasa dengan telah dewasa yaitu berumur 21 (dua puluh satu) tahun kecuali:

- anak yang sudah kawin sebelum umur 21 tahun
- pendewasaan

Ayat (2): menyebutkan bahwa pembubaran perkawinan yang terjadi pada seseorang sebelum berusia 21 tahun, tidak mempunyai pengaruh terhadap kedewasaan.

2. Hak dan kewajiban anak

Anak dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak manapun yang bertanggung jawab memiliki hak sebagai berikut;

- a. Anak berhak atas kesejahteraan, perawatan, asuhan dan bimbingan berdasarkan kasih sayang baik dalam keluarganya maupun di dalam asuhan khusus untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar.
- b. Anak berhak atas pelayanan untuk mengembangkan kemampuan dan kehidupan sosialnya, sesuai dengan kebudayaan dan kepribadian bangsa, untuk menjadi warga negara yang baik dan berguna.
- c. Anak berhak atas pemeliharaan dan perlindungan, baik semasa dalam kandungan maupun sesudah dilahirkan.
- d. Anak berhak atas perlindungan terhadap lingkungan hidup yang dapat membahayakan atau menghambat pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar.

Dalam melindungi hak anak, anak juga mempunyai kewajiban sebagai berikut:

- a. Menghormati orang tua, wali, dan guru serta yang lebih tua agar anak mempunyai budaya tertib, sopan, dan berbudi pekerti yang luhur mampu menghargai dan menghormati orang yang lebih tua.
- b. Menyayangi, mampu memberi kasih sayang dan melindungi adik, teman, dengan mencintai keluarga dan masyarakat.
- c. Menunaikan ibadah sesuai ajaran agama yang dianut atau yang sesuai bimbingan agama orang tua.
- d. Melaksanakan etika dan akhlak yang mulia.

3. Teori-teori terhadap pidana dan ppidanaan

Mengenai teori – teori ppidanaan (dalam banyak literatur hukum disebut dengan teori hukum pidana/*strafrecht theorien*) berhubungan langsung dengan pengertian hukum pidana subjektif tersebut. Teori-teori ini mencari dan menerangkan tentang dasar dari hak negara dalam menjatuhkan dan menjalankan pidana tersebut, sehingga ada beberapa macam pendapat mengenai teori ppidanaan ini, namun yang banyak itu dapat dikelompokkan ke dalam tiga golongan besar (Sastrawidjaja, 1995: 27) yaitu:

1. Teori absolut atau teori pembalasan

Menurut teori absolut (*absolutetheorieen*) atau teori pembalasan (*vergeldingstheorien/ retribution theory*), penjatuhan pidana itu dibenarkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan. Menurut teori absolut atau teori pembalasan, penderitaan itu harus dibalas pula dengan penderitaan yang berupa pidana kepada orang yang melakukan kejahatan itu. Ibarat peribahasa yang menyebutkan *darah bersabung darah, nyawa bersabung nyawa, hutang pati nyaur pati, hutang lara nyaur lara* (si pembunuh harus dibunuh, penganiaya harus dianiaya). Jadi pidana disini tidak dimaksudkan untuk mencapai suatu maksud yang praktis, seperti memperbaiki si penjahat, melainkan pidana disini semata-mata hanya untuk memberikan penderitaan kepada orang yang melakukan kejahatan.

Pada dasarnya tindakan pembalasan itu mempunyai dua sudut yaitu:

1. Sudut subjektif (*subjective vergelding*), yang pembalasannya ditujukan kepada orang yang berbuat salah.

2. Sudut objektif (*objective bergelding*), yang pembalasannya ditujukan untuk memenuhi perasaan balas dendam masyarakat (Sastrawidjaja, 1995: 27).

Teori absolut atau teori pembalasan ini timbul pada akhir abad ke-18 yang mempunyai beberapa penganut dengan jalan pikiran masing-masing seperti Immanuel Kant, Hegel, Herbart, Sthal, dan Leo Polak.

2. Teori relatif atau teori tujuan

Menurut teori relatif (*relative theorien*) atau teori tujuan (*doel theorien/utilitarian theory*), pidana itu bukanlah untuk melakukan pembalasan kepada pembuat kejahatan, melainkan mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Jadi dasar pembenaran pidana menurut teori ini terletak pada tujuan pemidanaan itu sendiri. Mengenai tujuan pidana itu ada beberapa pendapat, yaitu:

1. Tujuan pidana adalah untuk menentramkan masyarakat yang gelisah, karena akibat dari telah terjadinya suatu kejahatan.
2. Tujuan pidana adalah untuk mencegah kejahatan, yang dapat dibedakan atas pencegahan umum (*generale preventie*) dan pencegahan khusus (*speciale preventie*).

Pencegahan umum (*generale preventie*) didasarkan pada pikiran bahwa pidana itu dimaksudkan untuk mencegah setiap orang yang akan melakukan kejahatan.

Untuk mencapai maksud atau tujuan tersebut terdapat beberapa cara, yaitu:

1. Mengadakan ancaman pidana yang cukup berat untuk menakut-nakuti

orang-orang agar tidak melakukan kejahatan.

Di antara para sarjana yang mengemukakan hal tersebut adalah Anselm von Feurbach dengan teorinya yang disebut dengan *von psychologischen zwag*, menurut ajaran ini ancaman pidana dapat menimbulkan paksaan psikologis, sehingga dapat menahan keinginan setiap orang untuk melakukan kejahatan. Namun Feurbach mengakui juga bahwa dengan ancaman pidana sajalah tidak cukup, tetapi diperlukan juga penjatuhan pidana dan pelaksanaan pidana.

2. Menjatuhkan pidana dan melaksanakan pidana yang dilakukan dengan cara yang kejam sekali dan dipertontonkan kepada umum, sehingga setiap orang akan merasa takut untuk melakukan kejahatan. Di antara para sarjana yang mengemukakan hal tersebut adalah Seneca seorang filosof Romawi.
3. Menyingkirkan si penjahat dari pergaulan masyarakat, adapun caranya ialah kepada penjahat yang sudah kebal atau sudah tidak menghiraukan ancaman-ancaman pidana yang berupa menakut-nakuti itu, agar dijatuhi pidana yang bersifat menyingkirkan dari pergaulan masyarakat, dengan menjatuhkan pidana penjara seumur hidup ataupun dengan cara yang mutlak yaitu pidana mati.

3. Teori gabungan

Teori gabungan (*veregnegingstheorien, gemengde theorien*) merupakan gabungan teori dari absolut atau teori pembalasan dengan teori relatif atau teori tujuan. Jadi dasar pembenaran pidana pada teori gabungan meliputi dasar pembenaran pidana dari teori pembalasan dan teori tujuan, yaitu baik terletak pada kejahatannya maupun pada tujuan pidananya. Penganut teori ini antara lain Karl Binding.

Keberatan–keberatan terhadap teori tujuan adalah sebagai berikut:

1. Pidana hanya ditujukan untuk mencegah kejahatan, baik yang ditujukan untuk menakut–nakuti umum maupun yang ditujukan kepada orang yang melakukan kejahatan, sehingga akan dijatuhkan pidana yang berat, hal ini dapat menimbulkan ketidakadilan.
2. Pidana yang berat itu tidak akan memenuhi rasa keadilan, apabila kejahatan itu ringan.
3. Kesadaran hukum masyarakat membutuhkan kepuasaan. Oleh karena itu pidana tidak dapat semata – mata ditujukan hanya untuk mencegah kejahatan atau membinasakan penjahat. Jadi baik masyarakat maupun penjahatnya harus diberikan kepuasaan dengan prikeadilan.

Oleh karena itu menurut teori gabungan, teori pembalasan dan teori tujuan harus digabungkan menjadi satu, sehingga akan menjadi praktis dan seimbang. Sebab, pidana bukan hanya

penderitaan tetapi juga harus seimbang dengan kejahatan. Teori gabungan ini dapat dibagi dalam tiga golongan, yaitu:

1. Teori gabungan yang menitikberatkan kepada pembalasan, tetapi pembalasan itu tidak boleh melebihi daripada yang diperlukan dalam mempertahankan ketertiban masyarakat. Penganutnya antara lain Pompe dan Zevenbergen.
2. Teori gabungan yang menitikberatkan kepada pertahanan, ketertiban masyarakat, tetapi pidana tidak boleh lebih berat daripada beratnya penderitaan yang sesuai dengan beratnya perbuatan terpidana. Penganutnya antara lain Simons, yang berpendapat bahwa dasar primer dari pidana adalah prevensi umum, dan dasar sekunder pidana adalah prevensi khusus. Prevensi itu harus memuat unsur-unsur, menakuti, memperbaiki, dan membinasakan.
3. Teori gabungan yang menitikberatkan sama, baiknya kepada pembalasan maupun kepada pertahanan ketertiban masyarakat.

4. **Pemidanaan terhadap anak di bawah umur**

Pasal 45 KUHP menyatakan bahwa:

“Dalam menuntut orang yang belum cukup umur (*minderjarig*) karena melakukan perbuatan sebelum umur 16 (enam belas) tahun, hakim dapat menentukan: memerintahkan supaya yang bersalah dikembalikan kepada orang tua, walinya atau pemeliharanya, tanpa pidana apapun,

atau memerintahkan supaya yang bersalah diserahkan kepada pemerintah, tanpa pidana apa pun, yaitu jika perbuatan merupakan kejahatan atau salah satu pelanggaran tersebut pasal 489, 490, 492, 496, 497, 503, 505, 514, 517-519, 526, 532, 536 dan 540 serta belum lewat 2 (dua) tahun sejak dinyatakan salah karena melakukan kejahatan atau salah satu pelanggaran tersebut diatas, dan putusannya menjadi tetap; atau menjatuhkan pidana” (Moeljatno, 2003: 22).

Dari ketentuan tersebut berarti seseorang yang umurnya telah lebih dari enam belas tahun, maka ia dapat dikenakan sanksi sesuai dengan ketentuan pidana yang diberlakukan bagi orang dewasa.

Sementara dalam Pasal 47 KUHP ancaman pidana bagi anak yang belum berumur 16 tahun dapat berupa:

1. Jika hakim menjatuhkan pidana, maka maksimum pidana pokok terhadap perbuatan pidananya dikurangi sepertiga.
2. Jika perbuatan merupakan kejahatan yang diancam dengan pidana mati atau pidana seumur hidup, maka dijatuhkan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun.
3. Pidana tambahan yang tersebut dalam Pasal 10 sub b, nomor 1 dan 3, tidak dapat dijatuhkan terhadap anak nakal yang berumur 12 (dua belas) tahun dan melakukan tindak pidana sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 yang diancam dengan hukuman mati atau seumur hidup.

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak tidak mengikuti ketentuan pidana pada Pasal 10 KUHP, dan membuat sanksinya secara tersendiri. Pidana pokok yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal terdapat dalam Pasal 23 ayat (2) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 ialah:

- a. pidana penjara
- b. pidana kurungan
- c. pidana denda
- d. pidana pengawasan

Terhadap anak nakal tidak dapat dijatuhkan pidana mati, maupun pidana seumur hidup, akan tetapi pidana penjara bagi anak nakal maksimal sepuluh tahun. Jenis pidana baru dalam undang-undang ini adalah pidana pengawasan yang tidak terdapat dalam KUHP. Pidana tambahan bagi anak nakal dapat berupa:

- a. perampasan barang tertentu; dan/atau
- b. pembayaran ganti rugi.

Ancaman pidana yang dapat dijatuhkan terhadap anak nakal yang melakukan tindak pidana sesuai dengan Pasal 26 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997, paling lama setengah dari maksimum ancaman pidana penjara bagi orang dewasa. Dalam hal tindak pidana yang dilakukan diancam dengan pidana mati atau penjara seumur hidup, maka bagi anak ancaman pidananya menjadi maksimal sepuluh tahun.

Sedangkan yang belum berumur delapan tahun walaupun melakukan tindak pidana, belum dapat dijatuhkan ke sidang pengadilan anak. Ini didasarkan pada pertimbangan sosiologis, psikologis, dan pedagogis, bahwa anak yang belum berumur delapan tahun itu belum dapat

dipertanggungjawabkan perbuatannya. Akan tetapi dalam hal anak itu melakukan tindak pidana dalam batas umur delapan tahun akan tetapi belum berumur 18 tahun maka ia dapat diajukan ke depan sidang pengadilan anak.

Khusus mengenai sanksi terhadap anak dalam undang-undang ini ditentukan berdasarkan perbedaan umur anak, yaitu bagi anak yang masih berumur 8 sampai 12 tahun hanya dikenakan tindakan, sedangkan terhadap anak yang telah mencapai umur 12 sampai 18 tahun dijatuhkan pidana. Perbedaan perlakuan tersebut didasarkan atas pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental dan sosial anak (Soetodjo, 2005: 29).

Dalam Pasal 24 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 ditentukan bahwa tindakan yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal ialah:

- a. mengembalikan kepada orang tua, wali, atau orang tua asuh;
- b. menyerahkan kepada negara untuk mengikuti pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja; atau
- c. menyerahkan kepada Departemen Sosial, atau organisasi kemasyarakatan yang bergerak di bidang pendidikan, pembinaan dan latihan kerja.

Di bawah ini akan dikemukakan beberapa Pasal dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 yang berkaitan dengan ancaman pidana yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal.

1. Pasal 26

- (1). Pidana penjara yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, paling lama setengah dari

maksimum ancaman pidana penjara bagi orang dewasa.

- (2). Apabila anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, maka pidana penjara yang dapat dijatuhkan kepada anak tersebut paling lama 10 (sepuluh) tahun.
- (3). Apabila anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun melakukan tindak pidana yang diancam pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, maka terhadap anak nakal tersebut hanya dapat dijatuhkan tindakan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (1) huruf b.
- (4). Apabila anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun melakukan tindak pidana yang diancam pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, maka terhadap anak nakal tersebut dijatuhkan salah satu tindakan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24.

2. Pasal 27

Pidana kurungan yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, paling lama setengah dari maksimum ancaman pidana kurungan bagi orang dewasa.

3. Pasal 28
 - (1). Pidana denda yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal paling besar setengah dari maksimum ancaman pidana bagi orang dewasa.
 - (2). Apabila denda sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) ternyata tidak dapat dibayar, maka diganti dengan wajib latihan kerja.
4. Pasal 30
 - (1). Pidana pengawasan yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, paling singkat 3 (tiga) bulan dan paling lama 2 (dua) tahun.
 - (2). Apabila terhadap anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, dijatuhkan pidana pengawasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), maka anak tersebut ditempatkan di bawah pengawasan Jaksa dan Bimbingan Pembimbing Kemasyarakatan.

Dalam Pasal 26, 27 dan 28 di atas terdapat istilah ancaman pidana maksimum. Dalam konteks hukum pidana ada dua macam ancaman pidana maksimum, yakni ancaman pidana maksimum umum dan ancaman pidana maksimum khusus. Maksimum umum disebut dalam Pasal 12 ayat (2) KUHP, yakni pidana penjara selama waktu tertentu paling pendek 1 (satu) hari dan paling lama 15 (lima belas) tahun berturut – turut. Jadi pidana maksimum umum adalah maksimum lamanya pidana bagi semua perbuatan pidana. Adapun maksimum lamanya pidana bagi tiap –

tiap perbuatan pidana adalah maksimum khusus. Misalnya Pasal 362 KUHP tentang pencurian diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun.

Adapun yang dimaksud dengan maksimum pidana dalam Pasal 26, 27, dan 28 tersebut di atas adalah pidana maksimum khusus, yaitu apabila hakim menjatuhkan pidana, maka paling lama setengah dari maksimum pokok pidana terhadap perbuatan pidananya (dalam hal ini maksimum pidana khusus).

5. Pemidanaan anak merupakan upaya terakhir (*ultimum remedium*)

Pemidanaan ialah upaya untuk menyadarkan terpidana agar menyesali perbuatannya, dan mengembalikannya menjadi warga masyarakat yang baik, taat pada hukum, menjunjung tinggi nilai-nilai moral, sosial dan keagamaan, sehingga tercapai kehidupan masyarakat yang aman, tertib dan damai.

Mengingat kekhususan yang dimiliki anak, baik dari segi rohani dan jasmani, maupun dari segi pertanggung jawaban pidana atas perilaku dan tindakannya, maka haruslah diusahakan agar pemidanaan terhadap anak terutama pidana perampasan kemerdekaan merupakan upaya terakhir (*ultimum remedium*) bilamana upaya lain tidak berhasil.

Undang-undang tentang perlindungan anak dan undang-undang tentang hak asasi manusia telah mengatur mengenai konsep ini. Pasal 14 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 mengatakan bahwa setiap anak berhak untuk diasuh oleh orang tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi

kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir. Selanjutnya penegasan tentang hal ini juga diatur dalam Pasal 16 ayat (3) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 dan Pasal 66 ayat (4) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Peraturan-peraturan tersebut mengatakan bahwa penangkapan, penahanan, atau tindak pidana penjara anak hanya dilakukan apabila sesuai dengan hukum yang berlaku dan hanya dapat dilakukan sebagai upaya terakhir.

B. Analisis

1. Posisi kasus

Dalam perkara ini terdakwa masih berumur 15 tahun, didakwa melakukan tindak pidana Pasal 363 ayat (1) ke-4 jo Pasal 65 ayat (1) dan ayat (2) KUHP. Selama proses mulai dari penyidikan di Kepolisian Resor Bontang, penuntutan dan pada tingkat persidangan terdakwa ditahan di rumah tahanan (Rutan) Kepolisian Resor Bontang.

Atas dakwaan tersebut majelis hakim Pengadilan Negeri Bontang telah memeriksa dan mengadili perkara pidana anak Nomor 50/Pid.B/2009/Pn.Btg itu.

Dalam putusan perkara ini setelah memperhatikan keterangan saksi-saksi dan keterangan terdakwa di persidangan serta barang bukti dalam perkara ini yang sesuai satu dan lainnya, diperoleh fakta-fakta sebagai berikut:

Bahwa pada hari Rabu tanggal 04 Februari 2009 sekira pukul 01.30 Wita dan pada hari Kamis tanggal 12 Februari 2009 bertempat di Jalan Timur No.117 HOP V Kelurahan Gunung Telihan Kecamatan Bontang Barat Kota Bontang dan di halaman Toko Penjualan Bunga Jalan Bhayangkara sebelum simpang tiga Jalan

Tembus Pupuk Raya Kelurahan Gunung Elai Kecamatan Bontang Utara Kota Bontang atau setidak-tidaknya pada suatu tempat lain yang masih termasuk daerah hukum Pengadilan Negeri Bontang, telah mengambil suatu barang berupa sepeda motor merek Jupiter MX warna biru dengan nomor polisi KT 5239 DN merk Yamaha Jupiter Z dan sepeda motor yaitu milik saksi korban MTP dari MR (Alm) AE bin S.

Terdakwa dihadapkan ke persidangan berdasarkan surat dakwaan yang bersifat alternatif. Oleh sebab itu hakim dalam mengadili perkara ini terlebih dahulu mempertimbangkan dakwaan alternatif pertama, yaitu melakukan perbuatan sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 363 ayat (1) ke-4 jo Pasal 65 ayat (1) dan ayat (2) KUHP, yang unsur-unsurnya adalah sebagai berikut:

1. unsur barang siapa.
2. unsur mengambil sesuatu barang.
3. unsur dengan sengaja memiliki dengan melawan hukum barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian adalah kepunyaan orang lain.
4. unsur yang dilakukan oleh dua orang atau lebih.
5. unsur dalam hal perbarengan beberapa perbuatan yang harus dipandang sebagai perbuatan yang berdiri sendiri sehingga merupakan beberapa kejahatan.

Setelah diperiksa hakim menilai bahwa unsur-unsur dalam Pasal 363 ayat (1) ke-(4) jo Pasal 65 ayat (1) dan (2) KUHP telah terpenuhi, maka terdapatlah cukup bukti-bukti yang sah menurut hukum dan menyakinkan bagi hakim bahwa terdakwa tersebut bersalah melakukan

perbuatan sebagaimana yang didakwakan kepadanya dalam dakwaan alternatif pertama. Oleh karena itu hakim menyatakan terdakwa harus dinyatakan bersalah dan dijatuhi pidana dengan amar putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa terdakwa, telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana pencurian dengan pemberatan sebagaimana diancam dalam Pasal 363 ayat (1) ke-4 jo Pasal 65 ayat (1) dan (2) KUHP;
2. Menjatuhkan pidana terhadap terdakwa dengan pidana penjara selama 6 (enam) bulan dikurangi selama terdakwa ditahan dengan perintah terdakwa tetap ditahan;
3. Menetapkan mengembalikan terdakwa tersebut di atas kepada orang tuanya untuk dididik dan dibina sebagaimana mestinya.

Apabila dicermati putusan hakim ini menimbulkan interpretasi atau bersifat ambigu dan/atau tidak mencerminkan suatu kepastian hukum, karena di satu sisi dinyatakan terdakwa dihukum menjalani pidana penjara selama enam bulan dan di sisi lain dinyatakan dikembalikan kepada orang tua/walinya sebagaimana mestinya.

Jadi putusan hakim tersebut bertentangan dengan pendapat Kusriani Siswosubroto (1971) yang menyatakan dasar utama dari pengadilan anak yang disebut "*individualized justice*" atau peradilan yang di "*individualized*" atau peradilan yang diindividualisasikan. "*Individualized justice*" ini berarti bahwa pengadilan mengakui individualisasi anak dan disesuaikan segala peraturan kepadanya. Tujuannya ialah untuk memperbaiki dan sedikit banyak juga untuk mencegah dan bukan untuk menghukum semata-mata".

Kemudian Kusriani Siswosubroto (1971) mengemukakan tujuan dari peradilan anak adalah memperbaiki dan mencegah bukan semata-mata untuk menghukum. Maka sudah sepatutnya peradilan anak tidak boleh dimonopoli oleh hakim yang hanya mempertimbangkan dari segi hukum semata. Hakim seharusnya mempertimbangkan segi lain seperti pertimbangan seorang psikiater ataupun *problem officer*. Dasar penting dan utama dari sistem peradilan anak harus diletakkan pada:

1. Anak yang dalam yurisdiksi peradilan dimaksud harus mematuhi ketentuan undang-undang yang berlaku dalam negara.
2. Anak wajib memperoleh perlindungan yang wajar dari negara.
3. Pengadilan anak memiliki tugas/kewajiban untuk mengerti dan wajib memenuhi kebutuhan-kebutuhan anak dalam arti yang pantas secara pedagogis dan psikis. Dapat dikatakan ciri-ciri peradilan anak ialah "bahwa peradilan anak tidak mengenal pembelaan, bahwa acaranya bersifat informal dan fleksibel".

Mengadili anak bukan bermaksud menghukum tetapi membantu, membina dan membimbing anak ke arah kedewasaan. Sebenarnya Pasal 153 ayat (3) KUHP jo Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 sudah mengarah pada perspektif yustisial yaitu peletakan dasar acara mengadili anak yang bersifat mendidik, membina anak-anak menjadi tunas-tunas bangsa dalam wawasan Pancasila.

Hal tersebut dapat dilihat dalam perkara ini dimana terdakwa dijatuhi pidana penjara selama enam bulan dikurangi masa tahanan dan menetapkan mengembalikan terdakwa

kepada orangtuanya untuk dididik dan dibina sebagaimana mestinya.

Badan pembinaan hukum Nasional (BPHN) khususnya tim pengkajian bidang hukum pidana tahun 1982/1983 telah merumuskan pemidanaan terhadap anak-anak sebagai berikut:

“Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia. Peradilan terhadap anak-anak sebagai harapan keluarga dan harapan bangsa haruslah diperlakukan dengan harapan cinta kasih seorang Bapak/Ibu terhadap anaknya sehingga anak yang melakukan pelanggaran/tindak pidana akan merasa aman dan tenteram sehingga dapat menyatakan secara objektif mengenai apa-apa yang menjadi motif perbuatannya.”

Jadi hakim dapat menentukan hukuman manakah yang sebaiknya bagi anak, mengingat hakim dapat memilih dua kemungkinan pada Pasal 22 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997, yaitu si anak dapat dijatuhi tindakan (bagi anak yang masih berumur 8 sampai 12 tahun) atau pidana (bagi anak yang telah berumur di atas 12 sampai 18 tahun) yang ditentukan dalam undang-undang tersebut dan Pasal 45 KUHP.

2. Sistem perumusan dan penerapan sanksi terhadap anak

Dalam pemikiran kebijakan kriminal dan kebijakan penal, harus berpijak kepada adanya keterkaitan yang sangat erat antara landasan filsafat pemidanaan, teori-teori pemidanaan serta aliran-aliran hukum pidana. Hal itu akan menunjukkan adanya benang merah antara penetapan sanksi dalam suatu perundang-undangan dengan tujuan pemidanaan. Oleh karena itu, sebagai suatu

sistem pola pemidanaan, tidak dapat dipisahkan dari proses penetapan sanksi, penerapan sanksi, dan pelaksanaan sanksi.

Apabila dicermati perumusan sanksi pidana dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, walaupun diatur dua jenis sanksi pidana yang berupa pidana dan tindakan, namun bentuk sanksi yang ditentukan tidak menunjukkan tujuan pemidanaan yang hendak melindungi kepentingan anak. Perumusan sanksi pidana dalam Undang-Undang Pengadilan Anak merujuk kepada KUHP sebagai induk perundang-undangan hukum pidana.

Bertitik tolak dari tujuan pemidanaan anak yang secara khusus berbeda dengan tujuan pemidanaan orang dewasa, perumusan sanksi dalam perundang-undangan harus berpijak pada pola perumusan tunggal, maupun perumusan alternatif. Sedangkan perumusan alternatif-kumulatif hanya dipakai sebagai suatu pengecualian dalam hal-hal tertentu saja. Dalam sudut kebijakan kriminal, pola perumusan kumulatif dapat dipandang sebagai upaya penanggulangan kejahatan yang integral karena terkandung makna melakukan upaya perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat sebagai tujuan akhir dari kebijakan kriminal.

3. Jenis-jenis sanksi bagi anak

Telah disinggung pada uraian tentang tujuan dan pedoman pemidanaan, bahwa jenis/*stelsel* pidana mencerminkan filosofi keadilan dalam sistem pemidanaan. Berpijak pada filosofi pemidanaan yang didasarkan pada falsafah restoratif, sanksi terhadap anak harus didasarkan kepada tujuan serta pedoman yang secara tegas diatur dalam perundang-undangan.

Pengaturan sanksi dalam Undang-Undang Pengadilan Anak telah dirumuskan dalam bentuk sanksi yang berupa pidana dan tindakan. Namun, sebagaimana telah diuraikan terdahulu pengaturan sanksi dalam Undang-Undang Pengadilan Anak masih berpijak pada filosofi pemidanaan yang bersifat pembalasan (*retributif*). Atas dasar hal itu, mengingat: *pertama*, karakteristik perilaku kenakalan anak; *kedua*, karakteristik anak pelaku kenakalan; *ketiga*, tujuan pemidanaan di mana unsur “*pedagogi*” menjadi unsur utama dalam pemidanaan anak, maka pemberian sanksi terhadap anak dengan tetap memperhatikan berat ringannya kenakalan yang dilakukan, dapat saja dilakukan pemberian sanksi pidana, atau sanksi pidana dan tindakan, maupun pemberian berupa tindakan saja. Namun demikian, mengingat fungsi restoratif dari tujuan penanganan anak, tingkat usia anak, kondisi kejiwaan anak, serta masa depan anak adalah hal yang sangat mendasar menjadi pertimbangan utama. Dalam hal tertentu mengedepankan sanksi berupa tindakan lebih besar dibandingkan dengan pemberian sanksi pidana. Atas dasar pertimbangan itu, maka sangatlah penting bagaimana merumuskan jenis-jenis sanksi baik yang berupa pidana maupun tindakan yang akan dijatuhkan terhadap anak.

Memperhatikan Resolusi PBB 40/33 tentang *SMRJJ-Beijing Rules*, dalam *Rules 18* mengatur tentang tindakan penempatan anak (*Various disposition measures*). Berpijak kepada *Rules 17* tentang Pedoman Prinsip Ajudikasi dan Penempatan Anak, maka dalam *Rules 18* ditegaskan berbagai bentuk penempatan anak, meliputi:

- a. Perintah untuk memperoleh asuhan, bimbingan dan pengawasan;
- b. *Probation*;

- c. Perintah kerja sosial;
- d. Perintah untuk memenuhi sanksi finansial, kompensasi dan ganti rugi;
- e. Perintah segera untuk pembinaan, dan perintah pembinaan lain;
- f. Perintah untuk berperan serta untuk kelompok konseling dan kegiatan yang serupa;
- g. Perintah yang berhubungan dengan hal-hal bantuan pengasuhan, hidup bermasyarakat dan pembinaan pendidikan lain; serta
- h. Perintah relevan lainnya.

Kemudian dalam Resolusi PBB 45/110 - *The Tokyo Rules*, ditegaskan dalam *Rule 8-Sentencing Disposition* tentang perlunya dipertimbangkan dalam pembuatan keputusan menyangkut: a) kebutuhan pembinaan pelaku; b) perlindungan masyarakat dan kepentingan korban, maka dinyatakan bahwa pejabat pembinaan dapat menerapkan jenis sanksi dalam bentuk:

- a. Sanksi verbal yang berupa pemberian nasihat baik (*admonition*), teguran keras (*reprimand*) dan peringatan keras (*warning*);
- b. Pelepasan bersyarat (*conditional discharge*);
- c. Pidana yang berhubungan dengan status (*status penalties*);
- d. Sanksi ekonomi dan pidana yang bersifat uang seperti denda harian (*economic sanction and monetary penalties, such as fine and day fines*);
- e. Perampasan (*confiscation*) dan perintah pengambilalihan (*expropriation orders*);

- f. Pembayaran ganti rugi pada korban atau perintah kompensasi lain (*restitution to the victim or a compensation order*);
- g. Pidana bersyarat/tertunda (*suspended and deferred sentence*);
- h. Pidana pengawasan (*probation and judicial supervision*);
- i. Perintah kerja sosial (*a community service order*);
- j. Pengiriman pada pusat kehadiran (*referral to an attendance center*);
- k. Penahanan rumah (*house-arrest*);
- l. Pembinaan nonlembaga lain (*any other mode of non-institutional treatment*); dan
- m. Kombinasi dari tindakan-tindakan tersebut di atas.

4. Ukuran Pemidanaan

Berangkat dari tujuan pemidanaan dalam upaya memberikan perlindungan demi tercapainya kesejahteraan anak, maka kriteria/standar berat ringannya pemberian sanksi bukan hanya dilihat/diukur secara kuantitatif, melainkan lebih didasarkan kepada pertimbangan kualitatif. Oleh karena itu, sesungguhnya pertimbangan berat ringannya sanksi (terutama sanksi pembinaan di dalam lembaga), bukan hanya sebatas adanya pengurangan dari ancaman sanksi untuk orang dewasa, melainkan perlu dipertimbangkan juga bobot sanksi yang diancamkan.

Sebagai ukuran, bahwa penjatuhan sanksi ditujukan untuk melindungi kepentingan anak, maka ancaman sanksi perampasan kemerdekaan sejauh mungkin dihindarkan. Sebagaimana ditegaskan dalam berbagai instrumen

internasional, bahwa tidak seorang pun akan dirampas kemerdekaannya secara tidak sah atau sewenang-wenang.

Penghukuman terhadap seorang anak harus sesuai dan diterapkan sebagai upaya terakhir untuk jangka waktu yang paling pendek. Setiap anak yang dirampas kemerdekaannya harus diperlakukan secara manusiawi, serta dihormati martabat kemanusiaannya. Anak yang dirampas kemerdekaannya harus terpisah dengan orang dewasa, kecuali bila dianggap sebagai hal terbaik bagi anak yang bersangkutan.

Sementara dalam ketentuan Beijing Rules ditegaskan, bahwa pembatasan terhadap kebebasan pribadi anak hanya dikenakan setelah dipertimbangkan secara selektif dan dibatasi seminimal mungkin. Perampasan kemerdekaan pribadi jangan dikenakan kecuali anak melakukan kekerasan yang serius terhadap orang lain atau terus menerus melakukan tindak pidana, kecuali tidak ada lagi bentuk sanksi lain yang lebih tepat. Yang lebih penting lagi adalah, bahwa kesejahteraan anak harus menjadi faktor pertimbangan yang utama.

IV. SIMPULAN

Dalam hukum pidana, pengertian anak pada hakikatnya menunjuk kepada persoalan batas usia pertanggungjawaban pidana (*criminal liability/toerekeningvatsbaarheid*). Dalam Undang-Undang Pengadilan Anak, batas usia pertanggungjawaban pidana ditentukan antara usia 8 sampai 18 tahun. Adanya rentang batasan usia dalam Undang-Undang Pengadilan Anak tersebut, diakui sebagai suatu kemajuan bila dibandingkan dengan pengaturan yang ada dalam KUHP yang sama sekali tidak mengatur batas usia minimum.

Jadi dalam peradilan anak hakim pengadilan negeri sangat berperan untuk menentukan jenis hukuman atau tindakan yang akan diputuskan kepadaterdakwaanaksebagai pelakutindakpidana dengan mengutamakan dikembalikan kepada orang tuanya untuk dididik demi kepentingan dan kesejahteraan si anak, sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 14 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang menyatakan “setiap anak berhak untuk diasuh oleh orang tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir.”

Tujuan peradilan anak menurut Kusriani Siswosubroto (1971) adalah memperbaiki dan mencegah bukan semata-mata untuk menghukum. Maka sudah sepatutnya peradilan anak tidak boleh dimonopoli oleh hakim yang hanya mempertimbangkan dari segi hukum semata. Hakim seharusnya mempertimbangkan segi lain seperti pertimbangan seorang psikiater ataupun *problem officer*.

Dengan demikian hendaknya dalam memberikan ancaman hukuman kepada anak pelaku tindak pidana, selain dilihat dari seberapa berat jenis ancaman sanksi, hal lain yang tidak kalah pentingnya diperhatikan adalah perlakuan dalam penanganan anak, serta sarana dan prasarana yang dapat mendukung berjalannya proses peradilan anak yang didasarkan kepada filosofi memberikan yang baik bagi anak.

DAFTAR PUSTAKA

- Badan Pembinaan Hukum Nasional. 1983. *Laporan Tim Pengkajian Bidang Hukum Pidana*.
- Faisal, Salam. 2005. *Hukum Acara Peradilan Anak di Indonesia*. Bandung: Mandar Maju.
- Kusriani, Siwosubroto. 1971. “Sekadar Catatan mengenai Peradilan Anak sebagai Sistem Delikwensi Control”. Makalah Dikemukakan oleh Sub Konsorsium Ilmu Hukum, Ilmu Sosial Budaya, Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Majelis PBB. 1985. Resolusi Nomor 40/33 Tanggal 29 November 1985 tentang Peraturan-Peraturan Standar Minimum PBB mengenai Administrasi Peradilan Anak (Beijing Rules).
- Majelis PBB. 1990. Resolusi Nomor 45/110 tanggal 14 Desember 1990 tentang Peraturan-Peraturan Standar Minimum PBB untuk Langkah-Langkah Non Penahanan (Aturan Tokyo).
- Moeljatno. 2003. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*. Jakarta: Bumi Aksara.
- Sastrawidjaja, Sofjan. 1995. *Hukum Pidana I*. Bandung: Armico.
- Soetodjo, Wagiaty. 2005. *Hukum Pidana Anak*. Bandung: Refika Aditama.
- Supramono, Gatot. 2000. *Hukum Acara Pengadilan Anak*. Jakarta: Djambatan.
- Wadong, Maulana Hasan. 2000. *Advokasi dan Hukum Perlindungan Anak*. Jakarta: Gramedia Wina Sarana.

KAIDAH ILMIAH DALAM SELIMUT KEPUTUSAN PENGUASA: MENGUJI PUTUSAN REKLAMASI PANTAI UTARA JAKARTA

Kajian Putusan Nomor 75/G.TUN/2003/PTUN.JKT

UNVEILING SCIENTIFIC JUSTIFICATION WITHIN A STATE OFFICIAL DECISION: THE CASE OF NORTH JAKARTA'S COASTAL RECLAMATION

An Analysis on Decision Number 75/G.TUN/2003/PTUN.JKT

Deni Bram

Fakultas Hukum Universitas Pancasila
Jl. Srengseng Sawah, Jagakarsa, Jakarta 12640
Email: deni_up@yahoo.co.id

Diterima tgl 15 Februari 2013/Disetujui tgl 11 Maret 2013

ABSTRAK

Sengketa lingkungan dalam upaya penegakan hukum administrasi selalu menarik untuk diperbincangkan. Bukan hanya karena aspek ini dianggap merupakan sarana pengontrolan izin kegiatan yang berdampak bagi lingkungan hidup, namun juga aspek ini memberikan sarana untuk menguji aspek ilmiah yang berbalut kaidah normatif pemberian izin. Kasus Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta dapat dikatakan menjadi suatu sengketa yang berjalan dalam dimensi waktu yang lama (2003 – 2011), padahal objek sengketa yang dipertentangkan merupakan hasil kajian ilmiah yang bertahan secara ilmiah tidak lebih dari hitungan bulan semata. Dalam tulisan ini terdapat beberapa hal utama yang penulis tengahkan. Pertama, menelisik lebih dalam hakikat dari AMDAL itu sendiri. Kedua, upaya hukum yang tersedia dalam hal tidak puas dari hasil penilaian AMDAL. Terakhir, mengkaji pemahaman para jurist terhadap AMDAL serta baik dalam dimensi ekologis maupun dimensi yuridis.

Kata kunci: AMDAL, sengketa lingkungan, keputusan administrasi negara.

ABSTRACT

Environmental disputes in administrative law enforcement is always interesting to discuss. Not only because these aspects are considered as the means to control the licences of activities that give bad impact to the environment, but also means to test the scientific aspects wrapped in the normative rules of licensing. Environmental Impact Assessment (EIA, known as AMDAL) Case regarding North Coast Jakarta Reclamation and Revitalization is arguably such a long term dispute that have been running from 2003 to 2011. Whereas, the subject of dispute in conflict is resulted from a scientific study which lasted only a few months. In this analysis, there are several main things that will be elaborated; first, a deeper exploration into the nature of the AMDAL itself; second, the legal action regarding objection of the result of AMDAL; and lastly, the attempt to examine legal understanding of the jurists on both ecological and juridical dimension in AMDAL of North Coast Jakarta Reclamation and Revitalization Case.

Keywords: Environmental Impact Assessment (AMDAL), dispute on environmental law, administrative decision .

I. PENDAHULUAN

Dalam direktori putusan Peradilan Tata Usaha Negara yang terdapat dalam situs <http://putusan.mahkamahagung.go.id> terdapat kasus yang menarik perhatian penulis terkait sengketa lingkungan hidup yang menjadikan Surat Keputusan Menteri Negara Lingkungan Hidup Nomor 14 Tahun 2003 tentang Ketidaklayakan Rencana Kegiatan Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta sebagai obyek gugatan. Kasus ini terkait dengan salah satu proses yang harus dilalui dalam proses pencapaian izin dengan menelaah terlebih dahulu melakukan dokumen kajian Analisis Mengenai Dampak Lingkungan (AMDAL).

Sengketa lingkungan ini mendudukkan para pihak yang terdiri dari para penggugat yang terdiri dari Tjondro Indria Liemonta bertindak untuk dan atas nama PT. Bakti Bangun Era Mulia, Richard S Hartono dan Suhendro Prabowo yang bertindak untuk dan atas nama PT. Taman Harapan Indah, Aris Setyanto Nugroho dan Susanto yang bertindak untuk dan atas nama PT. Manggala Krida Yudha, A. Syaifuddin yang bertindak untuk dan atas nama PT. (Persero) Pelabuhan Indonesia II, Jahja B. Riabudi yang bertindak untuk dan atas nama PT. Pembangunan Jaya Ancol serta Ongki Sukasah yang bertindak untuk dan atas nama PT. Jakarta Propertindo melawan Tergugat Menteri Negara Lingkungan Hidup.

Perkara ini bermula pada saat para Penggugat selaku pihak operator yang telah memenangi tender untuk melakukan kegiatan Reklamasi dan Revitalisasi Kawasan Pantai Utara Jakarta dengan bersandar pada Nota Kesepahaman serta Perjanjian Kerja Sama antara Para Penggugat dengan Badan Pengelola Pantai Utara Jakarta merasa dirugikan dengan adanya

Surat Keputusan Menteri Negara Lingkungan Hidup Nomor 14 Tahun 2003 tentang Ketidaklayakan Rencana Kegiatan Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta. Upaya reklamasi dan revitalisasi ini sendiri merupakan tindak lanjut dari kebijakan yang dikeluarkan dalam rangka melakukan pembenahan ulang terhadap kawasan Pantai Utara Jakarta. Awal mula gagasan reklamasi Teluk Jakarta sudah dimulai sejak rezim Orde Baru dengan menjadikan ide tersebut sebagai program Repelita VI yang tertuang dalam Keputusan Presiden Nomor 17 Tahun 1994 tentang Pantai Utara Jakarta sebagai kawasan andalan.

Hal ini pun diafirmasi dengan lahirnya Keputusan Presiden Nomor 52 Tahun 1995 yang meyakinkan ulang bahwa reklamasi akan dilaksanakan di Pantai Utara. Untuk mendukung Keputusan Presiden tersebut, pada tataran lokal lahirnya kemudian Peraturan Daerah DKI Nomor 8 Tahun 1995 tentang Penyelenggaraan Reklamasi dan Rencana Tata Ruang Kawasan Pantai Utara Jakarta.

Sebagai suatu bentuk kegiatan yang akan melakukan perubahan tata ekosistem yang berdampak penting serta masuk dalam kategori perubahan kawasan regional yang berdampak besar, maka upaya reklamasi dan revitalisasi ini masuk dalam kategori kegiatan yang wajib memiliki dokumen kajian AMDAL sebagai prasyarat pencapaian izin. Diatur dalam ketentuan Pasal 11 Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1997 bahwa AMDAL regional merupakan kewenangan dari Komisi AMDAL Pusat yang berkedudukan di Kementerian Lingkungan Hidup.

Namun sayangnya, berdasarkan hasil evaluasi Menteri Lingkungan Hidup pada masa

pemerintahan Megawati Soekarno Putri justru menentang adanya reklamasi. Sikap ini tertuang pada Surat Keputusan Menteri Lingkungan Hidup Nomor 14 Tahun 2003 yang menyebutkan bahwa Menteri meminta agar AMDAL disempurnakan dan kondisi pada saat itu AMDAL belum dapat diterima dan reklamasi tidak dapat dilaksanakan sampai dengan AMDAL dinyatakan layak. Alhasil para penggugat merasa terdapat ketidakpastian hukum serta kerugian finansial dengan hadirnya keputusan tersebut. Hal inilah yang melandasi hadirnya gugatan kepada Kementerian Lingkungan Hidup di Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) Jakarta dengan nomor perkara 75/G.TUN/2003/PTUN-JKT.

Pada pengadilan tingkat pertama yang diselenggarakan di Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta, Majelis Hakim yang diketuai oleh Eddy Nurjoyo dan Hakim Anggota Bambang Heriyanto serta Bambang Priyambodo meyakini bahwa Tergugat telah melakukan pelampauan kewenangan dari segi materi muatan (*on bevoehid rationae materie*) berdasarkan skema atribusi dari Presiden dalam rangka melakukan kebijakan – kebijakan yang terkait dengan isu lingkungan hidup sehingga bersifat *ultra vires*. Selain itu Majelis Hakim pada tingkat pertama juga berkeyakinan bahwa Surat Keputusan Menteri Lingkungan Hidup Nomor 14 Tahun 2003 tentang Ketidaklayakan Rencana Kegiatan Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta telah secara jelas bertentangan dengan Keputusan Presiden Nomor 52 Tahun 1995 tentang Reklamasi Pantai Utara Jakarta secara tata urut peraturan. Atas dasar pertimbangan tersebut Majelis Hakim pada tanggal 11 Februari 2004 memutuskan untuk mengabulkan gugatan para Penggugat secara keseluruhan serta menyatakan tidak sah bahwa Surat Keputusan Menteri Lingkungan Hidup

Nomor 14 Tahun 2003 tentang Ketidaklayakan Rencana Kegiatan Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta.

Sengketa ini pun berlanjut pada saat pihak Tergugat melakukan upaya hukum banding dengan mengajukan Memori Banding pada 30 Juli 2004 untuk dapat diuji ulang putusan tingkat pertama. Hasil pada pengadilan tingkat banding yang dilakukan oleh Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Jakarta bernomor 202/B/2004/PT.TUN.JKT ini pun memutuskan untuk memperkuat putusan pada tingkat pertama dengan sehingga Tergugat yang dalam kapasitas sebagai Pemanding dinyatakan bersalah oleh Majelis Tinggi yang diketuai oleh Agus Djunaedi Iskandar dan Anggota Tri Soejono serta Rachmaniah Madjid.

Episode pengujian putusan ini pun berlanjut dengan diajukannya upaya hukum Kasasi dari Pihak Tergugat terhadap putusan pengadilan tinggi. Mendapatkan nomor register 109K/TUN/2006 *Judex Juris* menguji kembali putusan dari tahapan terdahulu. Kali ini Majelis Hakim yang dipimpin oleh Paulus Efendi Lotulung serta beranggotakan Imam Soebechi dan Marina Sidabutar memiliki perspektif yang berbeda dengan pandangan *Judex Factie*. Pada pertimbangannya, Majelis Hakim Agung berpendapat bahwa tugas dari Kementerian Lingkungan Hidup bukanlah melaksanakan Keputusan dari Presiden, namun justru memiliki independensi sendiri dalam membantu Presiden dalam rangka melaksanakan kebijakan dalam lingkungan hidup.

Oleh karena itu kebijakan dari Tergugat dalam hal ini Pemohon Kasasi dengan mengeluarkan Surat Keputusan Menteri Lingkungan Hidup Nomor 14 Tahun 2003 tentang Ketidaklayakan

Rencana Kegiatan Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta merupakan tindakan yang sah dan mempunyai legitimasi hukum. Dalam putusan akhirnya Majelis Hakim Agung pada tanggal 28 Juli 2009 menyatakan mengabulkan permohonan kasasi dari Tergugat dan menyatakan membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Nomor 202/B/2004/PT.TUN.JKT yang menguatkan putusan Pengadilan Tata Usaha Negara 75/G.TUN/2003/PTUN-JKT.

Rangkaian upaya hukum di Indonesia pun menyediakan upaya Peninjauan Kembali pada tingkatan Mahkamah Agung sebagai langkah terakhir dalam sistem yudisial. Hal ini tentu tidak ingin disia-siakan oleh pihak para Tergugat yang mengalami kekalahan pada episode Kasasi terdahulu. Kali ini Majelis Hakim Agung yang diketuai oleh Ahmad Sukardja serta Hakim Anggota Supandi dan Yulius mengatakan bahwa dalam hal terjadi penolakan sebuah kebijakan pembangunan maka hal tersebut harus dinyatakan secara tertulis pula oleh pihak yang memberikan rekomendasi pembangunan.

Dalam hal ini, hadirnya Keputusan Presiden Nomor 52 Tahun 1995 tentang Reklamasi Pantai Utara Jakarta dianggap sebagai pijakan utama sehingga jika ingin melakukan koreksi atau perubahan terhadap muatan yang sama maka harus dilakukan oleh lembaga dengan otoritas yang sama yaitu Presiden. Putusan bernomor 12 PK/TUN/2011 ini serta merta membatalkan putusan kasasi terdahulu serta menyatakan bahwa Surat Keputusan Tergugat Nomor 14 Tahun 2003 tentang Ketidaklayakan Rencana Kegiatan Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta oleh Badan Pelaksana Pantai Utara Jakarta di Propinsi DKI Jakarta tidak sah.

II. RUMUSAN MASALAH

Dari uraian perjalanan sengketa di atas, tulisan ini akan melakukan kajian analitis pada kedudukan antara kebijakan penguasa dan kaidah ilmiah dalam perkara lingkungan hidup di Peradilan Tata Usaha Negara. Permasalahan yang diangkat adalah bagaimana peran dari pertimbangan ilmiah dalam perumusan kebijakan penguasa dalam sengketa lingkungan hidup pada Peradilan Tata Usaha Negara? Variabel manakah yang harus didahulukan dalam penyelesaian sengketa lingkungan hidup pada Peradilan Tata Usaha Negara?

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

A. AMDAL: Dokumen Ilmiah sebagai Hulu Hukum Administrasi Lingkungan

Kehidupan hukum yang dimulai dari perencanaan hukum, pembentukan hukum, penegakan hukum dan evaluasi hukum memberikan bentuk yang nyaris sempurna jika dilakukan secara berkelanjutan. Penegakan hukum pada hakikatnya merupakan interaksi antara berbagai perilaku manusia yang mewakili kepentingan-kepentingan yang berbeda dalam bingkai aturan yang telah disepakati bersama. Oleh karena itu, penegakan hukum tidak dapat semata-mata dianggap sebagai proses menerapkan hukum sebagaimana pendapat kaum legalistik. Namun, proses penegakan hukum mempunyai dimensi yang lebih luas daripada pendapat tersebut, karena dalam penegakan hukum akan melibatkan dimensi perilaku manusia.

Upaya pengelolaan dan perlindungan lingkungan hendaknya dilakukan secara sistematis dan terpadu bagi pelestarian fungsi lingkungan hidup dan bagi pencegahan terjadinya pencemaran

dan/atau kerusakan lingkungan hidup. Upaya pengelolaan dan perlindungan lingkungan itu meliputi perencanaan, pemanfaatan, pengendalian, pemeliharaan, pengawasan, dan penegakan hukum (Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup). Amanat pasal itu memiliki makna bahwa terdapat korelasi antara negara, wujud perbuatan hukumnya berupa kebijakan (*policy making*), serta sistem tata kelola lingkungan yang bertanggung jawab (Bram, 2011: 15).

Undang Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup sendiri menyediakan tiga macam penegakan hukum lingkungan yaitu penegakan hukum administrasi, perdata dan pidana. Diantara ketiga bentuk penegakan hukum yang tersedia, penegakan hukum administrasi dianggap sebagai upaya penegakan hukum terpenting. Hal ini karena penegakan hukum administrasi lebih ditunjukkan kepada upaya mencegah terjadinya pencemaran dan perusakan lingkungan. Secara lebih eksplisit Alvie Syahrin (2009) mengatakan bahwa terdapat ketergantungan yang begitu besar dalam hukum lingkungan kepidanaan terhadap aspek administrasi.

Penegakan hukum lingkungan pada tahapan administrasi pada dasarnya berkaitan dengan pengertian penegakan hukum lingkungan itu sendiri serta hukum administrasi karena penegakan hukum lingkungan berkaitan erat dengan kemampuan aparat dan kepatuhan warga masyarakat terhadap peraturan yang berlaku. Dalam kondisi demikian penegakan hukum lingkungan merupakan upaya untuk mencapai ketaatan dan persyaratan dalam ketentuan hukum yang berlaku secara umum dan individual. Melalui

pengawasan dan penerapan prinsip *command and control* sebagai sarana administratif, keperdataan dan kepidanaan harapan ditumpukan kepada penegakan hukum administratif.

Penggunaan hukum administrasi dalam penegakan hukum lingkungan dapat dimaknai memiliki dua fungsi yaitu bersifat preventif dan represif. Bersifat preventif dalam kondisi berkaitan dengan izin yang diberikan oleh pejabat yang berwenang terhadap pelaku kegiatan, dan dapat juga berupa pemberian penerangan dan nasihat. Sedangkan sifat represif berupa sanksi yang diberikan oleh pejabat yang berwenang terhadap pelaku atau penanggung jawab kegiatan untuk mencegah dan mengakhiri terjadinya pelanggaran (Hamzah, 2005: 48).

Pelanggaran tertentu terhadap lingkungan hidup dapat dijatuhi sanksi berupa pencabutan izin usaha dan atau kegiatan. Bobot pelanggaran peraturan lingkungan hidup dapat variatif dan memiliki tingkatan sanksi tersendiri, mulai dari pelanggaran syarat administratif sampai dengan pelanggaran yang menimbulkan korban. Pelanggaran tertentu merupakan pelanggaran oleh usaha dan atau kegiatan yang dianggap berbobot untuk dihentikan kegiatan usahanya. Penjatuhan sanksi bertujuan untuk kepentingan efektivitas hukum lingkungan itu agar dipatuhi dan ditaati oleh masyarakat. Sanksi itu pula sebagai sarana atau instrumen untuk melakukan penegakan hukum agar tujuan hukum itu sesuai dengan kenyataan (Sunarso, 2005: 96).

Siti Sundari Rangkuti (2005: 209) menyebutkan bahwa penegakan hukum secara preventif berarti pengawasan aktif dilakukan terhadap kepatuhan, kepada peraturan tanpa kejadian langsung yang menyangkut peristiwa konkrit yang menimbulkan sangkaan bahwa

peraturan hukum telah dilanggar. Pada bentuk demikian izin penegak hukum yang utama di sini adalah pejabat atau aparat pemerintah yang berwenang memberi izin dan mencegah terjadinya pencemaran lingkungan. Penegakan hukum represif dilakukan dalam hal perbuatan yang melanggar peraturan.

Dalam hasil studi yang dilakukan oleh Widia Edorita (2007: 46) eksistensi perangkat penegakan hukum administrasi sebagai sebuah sistem hukum dan pemerintahan paling tidak harus meliputi prasyarat awal dari efektivitas penegakan hukum lingkungan administrasi yaitu:

1. Izin, yang didayagunakan sebagai perangkat pengawasan dan pengendalian;
2. Persyaratan dalam izin dengan merujuk pada AMDAL (analisis mengenai dampak lingkungan), standar baku mutu lingkungan, peraturan perundang undangan;
3. Mekanisme pengawasan penataan;
4. Keberadaan pejabat pengawas yang memadai secara kualitas dan kuantitas;
5. Sanksi administrasi.

Analisis Mengenai Dampak Lingkungan atau di tempat asalnya dikenal dengan *Environmental Impact Assessment* (EIA) muncul sebagai jawaban atas keprihatinan tentang dampak negatif dari kegiatan manusia, khususnya pencemaran lingkungan akibat kegiatan industri pada tahun 1960-an. AMDAL hakikatnya merupakan suatu bentuk kajian dalam rangka melakukan identifikasi dan prediksi terhadap dampak yang timbul dari akibat kegiatan usaha terhadap lingkungan alam, lingkungan fisik dan lingkungan sosial budaya dalam rangka mengambil keputusan (Munn,

1979: XVI). Bahkan Mantan Senator Jackson mengatakan bahwa studi EIA dapat memberikan opsi dan alternatif guna memperkecil dampak pembangunan terhadap lingkungan. AMDAL pertama kali diperkenalkan pada tahun 1969 oleh *National Environmental Policy Act* di Amerika Serikat. Sejak itu AMDAL telah menjadi alat utama untuk melaksanakan kegiatan-kegiatan manajemen yang bersih lingkungan dan selalu melekat pada tujuan pembangunan yang berkelanjutan. Sewell, salah satu Ahli Manajemen Lingkungan mengungkapkan paling tidak 6 (enam) tujuan dari hadirnya instrumen AMDAL (Silalahi, 2011: 15):

1. Sebagai bentuk tanggung jawab untuk generasi mendatang;
2. Untuk menjamin lingkungan hidup yang berkualitas bagi masyarakat;
3. Upaya menghindari dampak lingkungan yang tidak diinginkan;
4. Upaya menjaga kelestarian budaya nasional;
5. Upaya menjaga keseimbangan antara sumber daya dengan populasi serta;
6. Meningkatkan sumber daya terbarui dan upaya daur ulang sumber daya tidak terbarui.

Sedangkan dalam sistem hukum Indonesia konsep AMDAL diperkenalkan seiring sejalan dengan Undang Undang Lingkungan Hidup. Hal ini dilakukan mulai dari hadirnya dalam Undang Undang Nomor 4 Tahun 1982 yang menghasilkan Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 1986 tentang AMDAL yang kemudian direvisi dengan Peraturan Pemerintah Nomor 51 Tahun 1993. Seiring dengan lahirnya Undang Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan

Hidup, substansi AMDAL pun beralih pada pengaturan Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1999 tentang AMDAL.

Kini dengan hadirnya Undang Undang Nomor 32 Tahun 2009 memuat beberapa ketentuan lebih mendetil dibandingkan dengan produk hukum terdahulu. Dalam hubungan dengan AMDAL, Otto Soemarwoto (Hardjasoemantri, 1999: 239) mengatakan bahwa salah satu sebab dalam konflik antara pembangunan versus lingkungan ialah diartikannya dampak lingkungan (*environmental impact*) sebagai pengaruh yang merugikan (*adverse effect*).

Dalam rumusan hukum positif AMDAL diartikan sebagai kajian mengenai dampak penting suatu usaha dan/atau kegiatan yang direncanakan pada lingkungan hidup yang diperlukan bagi proses pengambilan keputusan tentang penyelenggaraan usaha dan/atau kegiatan (Pasal 1 Butir 11 UUPPLH). Selain itu ditentukan pula bahwa usaha yang memiliki dampak penting yang dimaksud meliputi kriteria (Pasal 22 ayat 2 UUPPLH):

1. besarnya jumlah penduduk yang akan terkena dampak rencana usaha dan/atau kegiatan;
2. luas wilayah penyebaran dampak;
3. intensitas dan lamanya dampak berlangsung;
4. banyaknya komponen lingkungan hidup lain yang akan terkena dampak;
5. sifat kumulatif dampak;
6. berbalik atau tidak berbaliknya dampak; dan/atau
7. kriteria lain sesuai dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi.

Selain itu ditentukan bahwa kriteria usaha dan/atau kegiatan yang berdampak penting yang wajib dilengkapi dengan AMDAL terdiri atas (Pasal 23 ayat 1 UUPPLH):

1. perubahan bentuk lahan dan bentang alam;
2. eksploitasi sumber daya alam, baik yang terbarukan maupun yang tidak terbarukan;
3. proses dan kegiatan yang secara potensial dapat menimbulkan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup serta pemborosan dan kemerosotan sumber daya alam dalam pemanfaatannya;
4. proses dan kegiatan yang hasilnya dapat mempengaruhi lingkungan alam, lingkungan buatan, serta lingkungan sosial dan budaya;
5. proses dan kegiatan yang hasilnya akan mempengaruhi pelestarian kawasan konservasi sumber daya alam dan/atau perlindungan cagar budaya;
6. introduksi jenis tumbuh-tumbuhan, hewan, dan jasad renik;
7. pembuatan dan penggunaan bahan hayati dan nonhayati;
8. kegiatan yang mempunyai risiko tinggi dan/atau mempengaruhi pertahanan negara; dan/atau
9. penerapan teknologi yang diperkirakan mempunyai potensi besar untuk mempengaruhi lingkungan hidup.

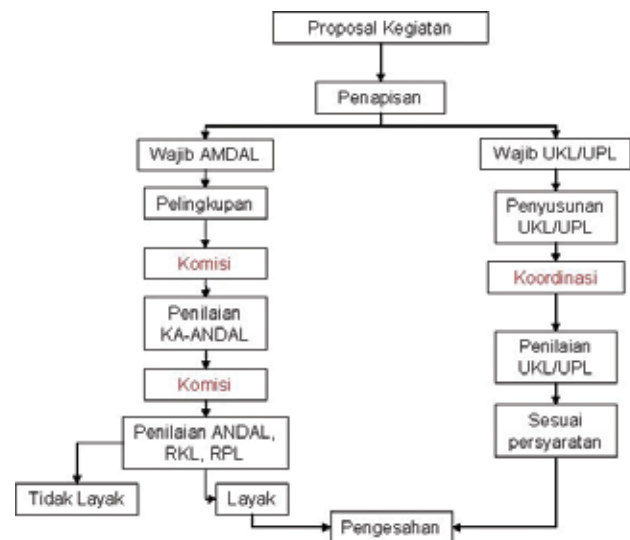
Dalam hal kegiatan usaha memenuhi kriteria di atas, maka perusahaan tersebut wajib untuk mengajukan Dokumen AMDAL yang memuat:

1. Kerangka Acuan (KA) adalah ruang lingkup kajian analisis mengenai dampak lingkungan hidup yang merupakan hasil pelingkupan.
2. Analisis Dampak Lingkungan Hidup (ANDAL) adalah telaahan secara cermat dan mendalam tentang dampak besar dan penting suatu rencana usaha atau kegiatan.
3. Rencana Pengelolaan Lingkungan Hidup (RKL) adalah upaya penangan dampak besar dan penting terhadap lingkungan hidup yang ditimbulkan akibat dari rencana usaha dan atau kegiatan.
4. Rencana Pemantauan Lingkungan Hidup (RPL) adalah upaya pemantauan komponen lingkungan hidup yang terkena dampak besar dan penting akibat dari rencana usaha atau kegiatan.

Paling tidak terdapat 3 (tiga) pihak yang berperan dalam proses kajian dokumen AMDAL ini yaitu Pemrakarsa, Masyarakat dan Pejabat / Badan Negara yang dimintakan izin. Penyusun dokumen AMDAL haruslah memiliki kompetensi yang kuat dan telah memiliki sertifikat sebagai penyusun AMDAL yang dikeluarkan oleh Kementerian Negara Lingkungan Hidup (Pasal 28 UUPPLH). Setelah dokumen AMDAL rampung disusun barulah kemudian dokumen tersebut dinilai oleh sebuah Komisi AMDAL yang berisi unsur instansi lingkungan hidup, instansi teknis terkait, pakar di bidang pengetahuan yang terkait dengan jenis usaha dan/atau kegiatan yang sedang dikaji, pakar di bidang pengetahuan yang terkait dengan dampak yang timbul dari suatu usaha dan/atau kegiatan yang sedang dikaji, wakil dari masyarakat yang berpotensi terkena dampak dan organisasi lingkungan hidup (Pasal 30 UUPPLH).

Berdasarkan hasil penilaian Komisi Penilai AMDAL, pejabat yang berwenang akan menetapkan keputusan kelayakan atau ketidaklayakan lingkungan hidup sesuai dengan kewenangannya (Pasal 31 UUPPLH). Sehingga dapat dikatakan bahwa hasil akhir dari kajian terhadap dokumen AMDAL akan menjadi alas dalam dikeluarkannya Surat Keputusan dari lembaga yang mempunyai kewenangan menilai dan menjadi saringan terakhir dalam penerbitan izin.

Gambar 1
MEKANISME PENGAJUAN AMDAL



Salah satu penekanan yang hendak penulis ungkapkan dalam serangkaian proses penilaian terhadap dokumen AMDAL di atas adalah besarnya pengaruh kaidah ilmiah dalam dokumen tersebut hal inilah yang menjadikan dokumen AMDAL mempunyai kedudukan sebagai Dokumen Ilmiah. Bahkan hal ini ditegaskan oleh Daud Silalahi (2011: 1) sebagai bentuk kata kunci dari AMDAL itu sendiri berupa analisis ilmiah yang mengedepankan pendekatan multi disiplin dalam rangka menerangkan masalah lingkungan serta upaya pemecahannya. Keputusan Badan atau Pejabat yang menetapkan kelayakan atau

ketidaklayakan lingkungan hidup sesuai dengan kewenangannya dari tinjauan kontitusi, maka dapat dijelaskan bahwa hal itu termasuk tugas dari negara dalam rangka memajukan kesejahteraan umum melalui penetapan kelayakan atau ketidaklayakan lingkungan terhadap dokumen AMDAL yang diajukan.

Dalam Pasal 28H ayat (1) UUD 1945 disebutkan "Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan. Dengan demikian persoalan hak atas lingkungan merupakan hak asasi yang sudah dijamin oleh Pasal 28H ayat (1) UUD 1945. Sehingga apapun keputusan badan atau pejabat dalam kaitannya dengan kelayakan dan ketidaklayakan lingkungan harus dalam mendukung hak asasi untuk mendapatkan lingkungan yang baik dan sehat.

Ada beberapa faktor yang menyebabkan keputusan kelayakan lingkungan hidup suatu usaha dan/atau kegiatan menjadi batal, faktor-faktor tersebut adalah:

1. Pemrakarsa memindahkan lokasi usaha dan/atau kegiatannya. Dalam konteks ini pemrakarsa mengubah desain dan/atau proses dan/atau kapasitas dan/atau bahan baku dan/atau bahan penolong. Perubahan desain dan/atau proses dan/atau kapasitas dan/atau bahan baku dan/atau bahan penolong bagi usaha dan/atau kegiatan akan menimbulkan dampak besar dan penting yang berbeda.
2. Terjadi perubahan lingkungan hidup yang sangat mendasar akibat peristiwa alam atau karena akibat lain sebelum dan pada waktu usaha dan/atau kegiatan yang bersangkutan

dilaksanakan. Terjadinya perubahan lingkungan hidup secara mendasar berarti hilangnya atau berubahnya rona lingkungan hidup awal yang menjadi dasar penyusunan AMDAL.

3. Disamping keputusan kelayakan lingkungan hidup suatu usaha dan/atau kegiatan menjadi batal oleh faktor-faktor tersebut di atas, keputusan kelayakan lingkungan hidup suatu usaha dan/atau kegiatan dinyatakan kadaluarsa apabila rencana usaha dan/atau kegiatan tidak dilaksanakan dalam jangka waktu 3 tahun sejak diterbitkannya keputusan kelayakan tersebut. Hal tersebut sejalan dengan cepatnya pengembangan pembangunan wilayah, dalam jangka waktu 3 tahun kemungkinan besar telah terjadi perubahan rona lingkungan hidup, sehingga rona lingkungan hidup yang semula dipakai sebagai dasar penyusunan AMDAL tidak cocok lagi digunakan untuk memprakirakan dampak lingkungan hidup rencana usaha dan/atau kegiatan yang bersangkutan. Atas kejadian ini keputusan kelayakan lingkungan hidup suatu usaha dan/atau kegiatan dinyatakan kadaluarsa.

Pada kondisi demikian tentu AMDAL diharapkan mampu menjawab tantangan pembangunan, karena pembangunan tidak hanya menimbulkan dampak positif tetapi pembangunan juga mempunyai efek negatif bagi lingkungan yang akan menimbulkan masalah lingkungan. Masalah lingkungan akan mempengaruhi daya dukung lingkungan (*carrying capacity*) dan kapasitas lingkungan. Tentu dalam proses akhir dari penilaian ini memungkinkan terdapat pihak yang tidak puas baik dari sudut masyarakat maupun pemrakarsa.

Oleh karena itu dalam model ini penegakan hukum administrasi hakikinya merupakan sebuah wadah bagi warga negara untuk menyalurkan haknya dalam mengajukan gugatan terhadap badan atau pejabat pemerintah. Gugatan hukum administrasi dapat terjadi karena kesalahan atau kekeliruan dalam proses penerbitan sebuah Keputusan Tata Usaha Negara yang berdampak penting terhadap lingkungan termasuk di dalamnya hasil uji kelayakan terhadap dokumen AMDAL (Rahmadi, 2012: 45).

B. AMDAL dalam Peradilan Tata Usaha Negara

Salah satu perubahan terpenting dalam sistem hukum Indonesia pada dasawarsa terakhir adalah hadirnya Peradilan Tata Usaha Negara. Kehadiran dari salah satu ciri negara hukum ini merupakan salah satu kejutan dalam konteks pemerintahan Orde Baru yang penuh dengan tindakan otoriter serta mendudukkan pemerintah dalam posisi yang selalu benar dalam mengeluarkan kebijakan. Tidak kurang hal ini menarik perhatian dari Adriaan W Bedner (2010) yang menuangkan dalam studi program doktoral pada tahun 2000 mengenai konsep Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia.

Keberadaan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia sendiri dimulai dengan lahirnya Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah dengan Undang Undang Nomor 9 Tahun 2004 dan Undang Undang Nomor 51 Tahun 2009 serta mulai beroperasi pertama kali pada tanggal 14 Januari 1991 dengan diterbitkan Peraturan Pemerintah Nomor 7 Tahun 1991 tentang Penerapan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Undang

Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 1990 tentang Pembentukan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Jakarta, Medan dan Ujung Pandang.

Dalam Pasal 47 Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah dengan Undang Undang Nomor 9 Tahun 2004 dan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 telah diatur tentang kompetensi PTUN dalam sistem peradilan di Indonesia yaitu bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara. Kewenangan pengadilan untuk menerima, memeriksa, memutus menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya yang dikenal dengan kompetensi atau kewenangan mengadili.

Terkait dengan konteks kompetensi absolut dari Peradilan Tata Usaha Negara, lembaga yudikatif ini memiliki kewenangan untuk menguji selama yang digugat menjadi obyek sengketa di Pengadilan Tata Usaha Negara berupa Keputusan Tata Usaha Negara (*Beschikking*) yang diterbitkan oleh Badan/Pejabat TUN. Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 Angka 9 Undang Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Sedangkan perbuatan maupun penerbitan peraturan (*regeling*) masing-masing merupakan kewenangan Peradilan Umum dan Mahkamah Agung Kompetensi absolut Pengadilan TUN diatur dalam Pasal 1 angka 10 Undang Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang menyebutkan:

”Sengketa tata usaha Negara adalah sengketa yang timbul dalam bidang Tata Usaha Negara antara orang atau Badan

Hukum Perdata dengan Badan atau Pejabat tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya Keputusan tata usaha negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku”

Sedangkan yang dimaksud Keputusan Tata Usaha Negara menurut ketentuan Pasal 1 angka 9 Undang Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang perubahan kedua Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan/Pejabat TUN yang berisi tindakan hukum TUN berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkrit, individual dan final sehingga menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata. Dari rumusan pasal tersebut, persyaratan keputusan TUN yang dapat menjadi obyek di Pengadilan TUN meliputi:

1. Penetapan tertulis;
2. Dikeluarkan oleh Badan/Pejabat TUN;
3. Berisi tindakan hukum TUN;
4. Berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
5. Bersifat konkrit, individual dan final;
6. Menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

Keenam persyaratan tersebut bersifat kumulatif, artinya untuk dapat dijadikan obyek sengketa di peradilan TUN, keputusan TUN harus memenuhi keenam persyaratan tersebut. Selain itu kompetensi Peradilan TUN termasuk pula ketentuan yang terdapat dalam ketentuan

Pasal 3 Undang Undang Peradilan Tata Usaha Negara, yaitu dalam hal Badan/Pejabat TUN tidak mengeluarkan suatu keputusan yang dimohonkan kepadanya sedangkan hal itu merupakan kewajibannya hal ini kemudian dikenal dengan konsep fiktif negatif.

Dalam praktek keputusan badan/Pejabat TUN yang berpotensi menimbulkan sengketa TUN antara lain sengketa yang berhubungan dengan izin. Secara yuridis suatu izin merupakan persetujuan yang diberikan pemerintah (Badan/Pejabat TUN) kepada seseorang atau badan hukum perdata untuk melakukan aktivitas tertentu. Menurut Pilipus M. Hadjon (2004) tujuan diadakannya perizinan pada pokoknya adalah:

1. Mengarahkan atau mengendalikan aktivitas tertentu (misalkan: izin prinsip, IMB, izin pertambangan, izin perusahaan hutan, izin berburu);
2. Mencegah bahaya atau gangguan (misalkan: gangguan/*Hinder Ordonatie*, AMDAL);
3. Melindungi obyek tertentu (misalkan: izin masuk obyek wisata, cagar budaya);
4. Distribusi benda atau barang lelang (misalkan: izin trayek, izin perdagangan satwa langka);
5. Seleksi orang atau aktivitas tertentu (misalkan: SIM, izin memiliki senjata api, izin penelitian).

Pada kondisi ini menjadi terang untuk menelisik alas pikir serta letak titik singgung dari sengketa AMDAL dalam *domain* Peradilan Tata Usaha Negara. Namun dalam konteks Peradilan Tata Usaha Negara yang dipotret sebagai obyek gugatan ialah Surat Keputusan dari Badan

atau Pejabat Tata Usaha Negara bukan karena isinya. Penekanan ini menurut penulis wajib untuk diberikan dalam rangka penjelasan potret dari Surat Keputusan TUN dalam konteks ini merupakan dokumen publik yang dihasilkan oleh penyelenggara negara.

C. Analisis

Dalam proses pengambilan keputusan, seringkali para pejabat pengelola negara dihadapkan dengan berbagai bentuk pembenturan baik dalam lingkup internal maupun eksternal. Dalam kaitannya dengan fungsi AMDAL sebagai landasan awal penilaian dalam pengambilan keputusan publik, maka perlu dilakukannya analisis terhadap kebijakan tersebut yang dapat pula dimaknai sebagai bentuk rangkaian pelaksanaan amanat konstitusi.

Hal yang sama pun sebenarnya dialami oleh hakim selaku kepanjangan tangan dari fungsi yudikatif di Indonesia. Hakim seperti halnya manusia pada umumnya, dalam membuat suatu putusan sangat dipengaruhi oleh variable-variable lainnya yang berkembang di masyarakat mulai dari ekonomi, politik, sosial budaya hingga adanya opini publik yang berkembang.

Aparat hukum dalam kondisi seperti ini dituntut untuk dapat berpikir progresif dan melepaskan diri dari pemikiran-pemikiran rasionalitas sederhana semata yang berlandaskan di balik keterbatasan pemahaman terhadap ilmu lingkungan. Berbagai strategi akan diusung oleh para pemilik modal dengan kepentingan ekonomi dalam rangka mendapatkan sarana pembenaran dalam setiap praktek pencemaran dan perusakan lingkungan yang terjadi. Berbekal asupan dana yang besar dan mengejar keuntungan jangka pendek semata.

Dalam kasus yang terjadi pada proses penilaian Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta dapat terlihat jelas bahwa Majelis Hakim Peradilan Tata Usaha Negara mulai dari tingkat pertama hingga tingkat kasasi hanya memaknai kasus ini secara formal legalistik semata. Hadirnya obyek gugatan dalam hal ini Surat Keputusan Menteri Negara Lingkungan Hidup Nomor 14 Tahun 2003 tentang Ketidaklayakan Rencana Kegiatan Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta dimaknai sebagai suatu bentuk keputusan dari pejabat tata usaha negara semata bukan sebagai bentuk hasil dari proses penilaian kaidah ilmiah.

Menjadi menarik jika kondisi di atas dapat ditelusuri dengan pendekatan titik singgung antara *Science* dan *Policy*. Sebuah kaidah pengujian penelitian ilmiah termasuk AMDAL di dalamnya idealnya menuju pada suatu titik kebenaran di muaranya. Dalam proses penyusunan dokumen AMDAL, hampir seluruh variabel yang melatarbelakanginya dilandasi oleh ilmu alam yang perlu pendekatan secara komprehensif. Proses perumusan itu sendiri menghadirkan kondisi penggambaran secara nyata dan bebas dari pengaruh variable-variabel dan nilai-nilai subyektifitas walaupun akan menanggung risiko yaitu mempunyai kurun waktu yang cukup lama untuk dapat dimengerti oleh masyarakat umum secara luas.

Namun, pada saat kajian ilmiah tersebut tidak lagi mengindahkan ketentuan idealisme ilmu maka dapat diprediksi akan menyuguhkan suatu landasan berpikir yang mengundang ketidakpastian, ketidaktepatan dalam menentukan kebijakan ke depan. Hal ini pun akan bermuara pada hadirnya kebijakan dengan biaya tinggi dan berujung pada kesalahpahaman pada publik. Tentu saja proses pengkajian yang demikian tidak

dapat disebut penelitian ilmiah dan peneliti dan/ atau lembaga pendukungnya tidak dapat disebut memiliki integritas ilmiah.

Pada sisi lain, *policy* berada dalam posisi yang berseberangan dengan premis utama untuk dapat mengakomodir kepentingan dari *stakeholder* dan merumuskan dengan penuh pertimbangan nilai, opini dan preferensi yang berkembang. Sebagai jalan keluar dari kondisi di atas paling tidak terdapat beberapa upaya yang dapat dilakukan baik pada tataran Kajian Ilmu Lingkungan maupun dalam hubungannya dengan Penegakan Hukum Lingkungan.

Dalam ranah kajian hasil dalam penilaian AMDAL misalnya, kondisi di atas dapat ditanggulangi dengan pendekatan konvensional seperti adanya keberadaan *peer review* dan pengaturan kode etik bagi peneliti secara konsisten dan berkelanjutan yang berfungsi sebagai instrumen verifikasi mengenai keabsahan suatu hasil penelitian yang valid baik dari segi keilmuan maupun metode yang digunakan dalam rangka mengungkapkan kebenaran ilmiah. Pendekatan ini sesungguhnya telah diadopsi dalam Undang Undang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup dengan hadirnya Komisi Penilai AMDAL dan proses sertifikasi bagi penyusun AMDAL.

Instrumen yang lebih modern dapat menggunakan pendekatan instrumen pengadilan sebagai institusi yang melakukan proses *screening* di persidangan terhadap hasil penelitian yang mempunyai pengakuan secara yuridis ataupun tidak. Hal ini sebetulnya yang dapat dimaksimalkan dalam penegakan hukum pada konteks pengujian AMDAL. Dalam skema ini sebenarnya pengujian dapat dilakukan dalam 2 (dua) tahapan yang berbeda yaitu pengujian terhadap *content* serta

pengujian terhadap keberlakuan kaidah ilmiah. Bahkan dalam pendapat lain diungkapkan bahwa hasil pengkajian terhadap dokumen AMDAL tidak dapat diklasifikasi sebagai Keputusan Tata Usaha Negara. Dalam kasus yang menyidangkan Kelayakan dari Proses Reklamasi dan Revitalisasi Pantai Utara Jakarta secara tidak langsung menggambarkan sebuah kemandulan proses hukum dalam tataran implementasi. Hal ini jelas karena kaidah ilmiah di dalamnya tidak mungkin untuk dapat bertahan dalam kurun waktu yang begitu lama mulai dari 2003 hingga 2011.

Berbagai perubahan struktur alam serta proses hukum yang telah terjadi dalam proyek yang diajukan memberikan unsur kepelikan tersendiri. Bahkan pada saat pihak Kementerian Lingkungan Hidup dimenangkan dalam proses kasasi hal ini pun tidak dapat dilaksanakan karena proses pembangunan usaha di dalam kawasan tersebut telah terjadi.

Hal lain lagi yang patut dipertimbangkan di luar dimensi ekologis adalah lahirnya putusan dalam skema Peninjauan Kembali dari Mahkamah Agung melalui putusan Nomor 12 PK/TUN/2011. Lazimnya sebuah pengajuan Peninjauan Kembali identik dengan adanya *novum* yang tidak dijumpai dalam persidangan tahap sebelumnya.

Dalam kasus *a quo*, Majelis Hakim yang menyidangkan Peninjauan Kembali menggunakan argumentasi hukum bahwa seharusnya Surat Keputusan untuk menyatakan tidak layak harus dikeluarkan oleh Presiden sebagai lembaga yang mengeluarkan Surat Keputusan pertama kali terkait dengan obyek sengketa. Keberadaan dari Keputusan Presiden Nomor 52 Tahun 1995 bahkan sudah hadir mulai dari tahapan sidang pertama sehingga praktis tidak ditemui dalam putusan tahun 2011 ini.

Merujuk pada aspek hukum lingkungan, upaya yang dapat ditempuh dalam menghindari adanya ketidakadilan ekologis yang bersumber dari hasil penelitian yang subyektif dapat ditempuh dengan cara sebagai berikut:

Pertama, dari sudut substansi pemahaman hukum lingkungan hendaknya dimaknai secara komprehensif yang tidak hanya berkuat pada kajian struktur dan konsep hukum semata namun juga bertitik tolak sebagai suatu kesatuan proses *Eco management* yang mengkaji secara utuh mulai dari *management* sumber daya, pengetahuan dasar di bidang ekosistem, hingga integrasi dengan pembangunan ekonomi.

Kedua, aparat penegak hukum mulai dari korps Kepolisian, Kejaksaan hingga Mahkamah Agung perlu menyadari pentingnya pemahaman terhadap kaidah-kaidah dasar dalam ilmu lingkungan yang ditransformasikan baik dalam bentuk pelatihan, seminar atau pun dalam bentuk bahan bacaan.

Ketiga, pemerintah selaku pelaksana kegiatan pemerintah perlu mengeluarkan regulasi yang mengatur keberadaan suatu lembaga tertentu yang memiliki otorisasi untuk melakukan penelitian terhadap ekosistem yang sedang diperiksa dalam proses hukum atau menetapkan prasyarat tertentu sebagai tolok ukur lembaga penelitian yang valid dan mengedepankan kaidah-kaidah ilmiah. Kondisi kebuntuan para *jurist* terhadap interpretasi bukti ilmiah serupa pernah terjadi di Amerika Serikat pada tahun 1997 yang melibatkan sengketa *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals*, yang kemudian menjadi *milestone* dalam menentukan suatu prasyarat ilmiah dalam melakukan penilaian bukti-bukti secara *scientific* di muka persidangan. Bersandar pada tolok ukur hakim sebagai *gatekeeper*,

keterkaitan dan keandalan suatu penelitian, penelitian yang dilakukan secara ilmiah dengan metode yang ilmiah pula serta relevansi dari penelitian yang dilakukan dengan sengketa yang diadili menjadi panduan bagi Majelis Hakim untuk menentukan kelayakan suatu hasil penelitian dalam menjadi bukti persidangan.

Terakhir, dalam kondisi seperti ini peran dari Perguruan Tinggi memiliki peran yang dapat dioptimalkan. Perguruan Tinggi sebagai salah satu pilar penting dalam kehidupan berbangsa dan bernegara menyangkut tugas Tri Dharma Perguruan Tinggi harus memberikan andil sebagai *pioneer* dan parameter utama dalam penyelenggaraan penelitian-penelitian yang memiliki tingkat validitas yang tinggi dengan kualitas penelitian yang juga terjamin secara ilmiah.

IV. SIMPULAN

Bagian akhir dari tulisan ini sampai kepada sebuah titik simpul yang meyakini bahwa dalam penilaian sengketa lingkungan khususnya pada kelayakan dokumen AMDAL tidak dapat dilakukan pendekatan secara yuridis formil semata. Irisan antara kaidah ilmiah dan keputusan penguasa membuat kelayakan dokumen AMDAL memiliki posisi tersendiri dalam kajian sengketa Tata Usaha Negara.

Jikalau kehadiran dari Pengadilan Lingkungan (*Green Bench*) dianggap masih merupakan wacana dan memerlukan proses yang panjang, maka para Wakil Tuhan hendak dapat memaknai bahwa terdapat suatu kaidah ilmiah dalam perumusan kebijakan penguasa dalam rangka mengembalikan sifat hukum lingkungan sebagai *eco ethic*.

DAFTAR PUSTAKA

- Bedner, W Adriaan. 2010. *Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*. Jakarta: HuMA – Van Vollenhoven Institute – KITLV.
- Bram, Deni. 2011. *Politik Hukum Pengelolaan Lingkungan Hidup* Indonesia. Jakarta: Pusat Kajian Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Pancasila.
- Edorita, Widia. 2007. *Peranan AMDAL dalam Penegakan Hukum Lingkungan di Indonesia dan Perbandingannya dengan Beberapa Negara Asia Tenggara*. Padang: Universitas Andalas.
- Hamzah, Andi. 2005. *Penegakan Hukum Lingkungan*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Hardjasoematri, Koesnadi, 2007. *Hukum Tata Lingkungan*. Yogyakarta: Gadjah Mada Press.
- M. Hadjon, Philipus. 2004. *Pelaksanaan Otonomi Daerah dengan Perijinan yang Rawan Gugatan*. Medan: Makalah Temu Ilmiah HUT PERATUN XIII.
- Munn, R.E. 1979. *Environmental Impact Assessment, Principles and Procedures*. Toronto: John Willy & Sons Toronto Scope.
- Rahmadi, Takdir. 2012. *Hukum Lingkungan di Indonesia*. Jakarta: Rajawali Press.
- Rangkuti, Siti Sundari. 2005. *Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan Nasional*. Surabaya: Airlangga University Press.
- Silalahi, Daud. 2011. *AMDAL dalam Sistem Hukum Lingkungan di Indonesia*. Bandung: PT Suara Harapan Bangsa.
- Sunarso, Siswanto. 2005. *Hukum Pidana Lingkungan Hidup dan Strategi Penyelesaian Sengketa*. Jakarta: Rineka Cipta.
- Syahrin, Alvie. 2009. *Berbagai Isu Hukum Lingkungan Kepidanaan*. Medan: Softmedia.

BIODATA PENULIS

Hwian Christianto, lahir di Magelang, 28 Mei 1983. Menyelesaikan sarjana hukum di Fakultas Hukum Universitas Airlangga (Unair) Surabaya 2005 dengan Skripsi “Ketentuan Hukum Pidana yang dapat dikenakan pada *Web Hacking*” dan Magister Hukum di Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Airlangga (Unair) Surabaya, 2009 dengan Tesis “Penafsiran Ekstensif sebagai Upaya Penemuan Hukum dalam Perkara Pidana”. Bekerja sebagai Dosen Tetap pada Laboratorium Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Surabaya (Ubaya) Surabaya (Program S1 Ilmu Hukum) mengampu mata kuliah: Kapita Selekta Hukum Pidana, Kejahatan Korporasi, Kejahatan Ekonomi, dan Kejahatan Siber. Dosen yang aktif dalam menulis, meneliti dan mengikuti training, workshop, dan konferensi baik nasional maupun internasional di bidang hukum pidana. Penulis juga aktif membuat karya tulis yang pernah dimuat dalam berbagai jurnal hukum, antara lain Jurnal Konstitusi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jurnal Hukum dan Pembangunan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jurnal Mimbar Hukum Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, Jurnal Hukum Bisnis, Jurnal Pamator LPPM Universitas Trunojoyo, Jurnal Yustika Fakultas Hukum Universitas Surabaya, Jurnal Dinamika HAM Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Surabaya. Penerima hibah penulisan buku ajar tahun 2012 dari DIKTI.

Iskandar Muda, Dosen Tetap Fakultas Ekonomi Universitas Malahayati mengajar mata kuliah Aspek Hukum dalam Ekonomi dan Ilmu Sosial & Politik, selain itu sebagai Dosen Luar Biasa di Fakultas Syariah IAIN Raden Intan Lampung mengajar mata kuliah Hukum Tata Negara, Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dan Kapita Selekta Hukum Tata Negara. Menyelesaikan pendidikan kesarjanaan di FH Univ. Lampung tahun 2007 dan Magister Hukum tahun 2010 pada almamater yang sama dengan konsentrasi hukum kenegaraan dengan predikat *cume laude*. Penulis juga aktif memuat tulisannya di dalam jurnal-jurnal ilmiah, antara lain “Konstitusionalitas Mengenai Kekuasaan Negara Dalam Kegiatan Penanaman Modal” (Jurnal Konstitusi, Vol. 8, No. 6, Desember 2011) dan “Politik Hukum Pembentukan Mahkamah Konstitusi Di Indonesia” (Jurnal Praevia Ilmu Hukum, Vol. 3 No. 1, Januari-Juni 2010). Buku yang pernah ditulis (penulis kedua) yaitu *Pokok-Pokok Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* (Bandar Lampung: Seksi Penerbitan Fakultas Syariah IAIN Raden Intan, 2012). Tidak ketinggalan pula aktif menulis artikel tentang MK dalam surat kabar lokal di Lampung. Penulis juga merupakan anggota Asosiasi Pengajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi (APHAMK: KTA No. 2011000194). Penulis dapat dihubungi melalui HP: 08127974033 dan e-mail: iskandarmudaaphamk@yahoo.co.id.

Muhammad Kadafi, lahir di Aceh Besar, 18 Oktober 1983, sebagai Dosen Tetap Fakultas Ekonomi Universitas Malahayati. Menyelesaikan pendidikan kesarjana di Fakultas Hukum Universitas Lampung (Unila) tahun 2006 dan Program Magister Ilmu Hukum di Pasca Sarjana Unila tahun 2009. Pada saat ini sedang menempuh Program Doktor Ilmu Hukum KPK Universitas Diponegoro-Universitas Lampung. Penulis dapat dihubungi melalui HP: 0811724555 dan e-mail: kdv_bintang@yahoo.com.

Victor Imanuel Williamson Nalle adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Katolik Darma Cendika Surabaya. Ia menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang dan S2 di Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya. Ia adalah penulis dan *co-author* dari 2 buku: *Menggagas Hukum Berbasis Rasionalitas Komunikatif* (UB Press, 2010) dan *Konstruksi Moralitas dalam Hukum Melalui Diskursus* (*co-author* dalam “Refleksi dan Rekonstruksi Ilmu Hukum”, Thafa Media, 2012). Ia juga aktif menulis di berbagai jurnal dan konferensi. Minat studinya seputar hukum konstitusi, teori hukum, dan filsafat hukum.

Widodo Dwi Putro, Dosen Fakultas Hukum Universitas Mataram. Dia mengajar mata kuliah Filsafat Hukum dan Sosiologi Hukum. Di samping mengajar, aktif sebagai sukarelawan di Lembaga Studi Bantuan Hukum (LSBH) Nusa Tenggara Barat, terlibat berbagai advokasi anti penggusuran. Buku yang sudah diterbitkan “Balai Mediasi Desa” (2005), “Menolak Takluk: Newmont versus Hati Nurani” (2006) dan juga berbagai artikel di Kompas, Koran Tempo, dan Lombok Pos. Komunikasi dengan yang bersangkutan dapat dilakukan melalui email: widodo2005@yahoo.com.

Bilher Hutahaean, lahir di Dolok Nauli (Aceh Tenggara) pada tanggal 15 Desember 1968. Menyelesaikan perkuliahan Program S1 di Fakultas Hukum Universitas Khatolik ST. Thomas Medan tahun 1993 pada Jurusan Hukum Keadanaan, menyelesaikan Program Pascasarjana pada Ilmu Hukum Universitas Brawijaya Malang tahun 2012. Dosen tetap yayasan pada Universitas Trunajaya Bontang (Kalimantan Timur) pada fakultas hukum dengan mengasuh mata Kuliah Hukum Pidana, Hukum Acara Pidana, dan Hukum Perlindungan Anak. Kontak 0811584188.

Deni Bram, lahir pada tanggal 3 Desember 1984. Pengajar mata kuliah Hukum Lingkungan Fakultas Hukum dan Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Pancasila. Menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Pancasila (2006), S2 Program Magister Ilmu Hukum Universitas Pancasila (2008), dan sedang melanjutkan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia. Saat ini aktif sebagai peneliti di Lentera Hukum Indonesia. Publikasi yang telah diterbitkan diantaranya adalah buku *Hukum Lingkungan Internasional (Penerapan Prinsip Tanggung Jawab Negara)*, dan “Local Elections and Deforestation in Local Areas: Another Challenge for Indonesia in the Fight Against Climate Change” dalam *Regulating Disasters, Climate Change And Environmental Harm*.

PEDOMAN PENULISAN

Jurnal Yudisial adalah jurnal ilmiah berkala empat bulanan yang diterbitkan Komisi Yudisial pada bulan April, Agustus, dan Desember, menerima naskah hasil penelitian atas putusan pengadilan (*court decision*) suatu kasus konkret yang memiliki kompleksitas permasalahan hukum, baik dari pengadilan di Indonesia maupun luar negeri. Penerbitan jurnal ini bertujuan mendukung eksistensi peradilan yang akuntabel, jujur, dan adil. Isi tulisan dalam jurnal sepenuhnya merupakan pandangan independen masing-masing penulis dan tidak merepresentasikan pendapat Komisi Yudisial.

FORMAT NASKAH

1. Naskah diketik dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris baku. Apabila ada kutipan langsung yang dipandang perlu untuk tetap ditulis dalam bahasa lain di luar bahasa Indonesia atau Inggris, maka kutipan tersebut dapat tetap dipertahankan dalam bahasa aslinya dengan dilengkapi terjemahannya ke dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris.
2. Naskah diketik di atas kertas ukuran A-4 sepanjang 20 s.d. 25 halaman (sekitar 6.000 kata), dengan jarak antar-spasi 1,5. Ketikan menggunakan huruf (*font*) *Times New Roman* berukuran 12 poin.
3. Semua halaman naskah diberi nomor urut pada margin kanan bawah.

SISTEMATIKA NASKAH

Judul Naskah

Judul ditulis dalam dua bahasa, yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris. Judul utama ditulis di awal naskah dengan menggunakan huruf *Times New Roman* 14 poin, diketik dengan huruf kapital seluruhnya, ditebalkan (*bold*), diletakkan di tengah margin (*center text*), dan maksimal 12 kata (anak judul tidak dihitung). Tiap huruf awal anak judul ditulis dengan huruf kapital, ditebalkan, dengan menggunakan huruf *Times New Roman* 12 poin. Contoh:

**PERSELISIHAN HUKUM MODERN DAN HUKUM ADAT
DALAM KASUS PENCURIAN SISA PANEN RANDU
Kajian Putusan Nomor 247/Pid.B/2009/PN.BTG**

Nama dan Identitas Penulis

Nama penulis ditulis tanpa gelar akademik. Jumlah penulis dibolehkan maksimal dua orang. Setelah nama penulis, lengkapi dengan keterangan identitas penulis, yakni nama dan alamat lembaga tempat penulis bekerja, serta akun email yang bisa dihubungi. Nama penulis dicetak tebal (*bold*), tetapi identitas tidak perlu dicetak tebal. Semua keterangan ini diketik dengan huruf *Times New Roman* 12 poin, diletakkan di tengah margin. Contoh:

Mohammad Tarigan

Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara
Jl. S. Parman No. 1 Jakarta 11440,
email mohtarigan@yahoo.co.id.

Abstrak

Abstrak ditulis dalam dua bahasa sekaligus, yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris. Panjang abstrak dari masing-masing bahasa sekitar 200 kata, disertai dengan kata kunci (*keywords*) sebanyak 3 s.d. 5 terma (*legal terms*). Jarak antar-spasi 1,0 dan dituangkan dalam satu paragraf.

I. PENDAHULUAN

Subbab ini berisi latar belakang dari rumusan masalah dan ringkasan jalannya peristiwa hukum (posisi kasus) yang menjadi inti permasalahan dalam putusan tersebut.

II. RUMUSAN MASALAH

Subbab ini memuat formulasi permasalahan yang menjadi fokus utama yang akan dijawab nanti melalui studi pustaka dan analisis. Rumusan masalah sebaiknya diformulasikan dalam bentuk pertanyaan. Setiap rumusan masalah harus diberi latar belakang yang memadai dalam subbab sebelumnya.

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

Subbab ini diawali dengan studi pustaka, yakni tinjauan data/informasi yang diperoleh melalui bahan-bahan hukum seperti perundang-undangan dan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim, juga hasil-hasil penelitian, buku, dan artikel yang relevan dan mutakhir. Paparan dalam studi pustaka tersebut harus menjadi kerangka analisis terhadap rumusan masalah yang ingin dijawab. Bagian berikutnya adalah analisis permasalahan. Analisis harus dikemas secara runtut, logis, dan terfokus, yang di dalamnya terkandung pandangan orisinal dari penulisnya. Bagian analisis ini harus menyita porsi terbesar dari keseluruhan substansi naskah.

IV. SIMPULAN

Subbab terakhir ini memuat jawaban secara lengkap dan singkat atas semua rumusan masalah.

PENGUTIPAN DAN DAFTAR PUSTAKA

Sumber kutipan ditulis dengan menggunakan sistem catatan perut (*body note* atau *side note*) dengan urutan nama penulis/lembaga, tahun terbit, dan halaman yang dikutip. Tata cara pengutipannya adalah sebagai berikut:

1. Satu penulis: (Grassian, 2009: 45); Menurut Grassian (2009: 45), ...
2. Dua penulis: (Abelson & Friquegnon, 2010: 50-52);
3. Lebih dari dua penulis: (Hotstede et.al., 1990: 23);
4. Terbitan lembaga tertentu: (Cornell University Library, 2009: 10).

Kutipan tersebut harus ditunjukkan dalam daftar pustaka (bibliografi) pada akhir naskah. Tata cara penulisan daftar pustaka dilakukan secara alfabetis, dengan contoh sebagai berikut:

Abelson, Raziell & Marie-Louise Friquegnon. Eds. 2010. *Ethics for Modern Life*. New York: St. Martin's Press.

Cornell University Library. 2009. "Introduction to Research." Akses 20 Januari 2010. <<http://www.library.cornell.edu/resrch/intro>>.

Grassian, Victor. 2009. *Moral Reasoning: Ethical Theory and Some Contemporary Moral Problems*. New Jersey: Prentice-Hall.

Pengacuan pustaka 80% harus dari terbitan lima tahun terakhir dan 80% harus berasal dari sumber acuan primer. Pengacuan pustaka tidak boleh berasal dari blog pribadi, harus dari situs ilmiah yang kredibel.

PENILAIAN

Semua naskah yang masuk akan dinilai dari segi format penulisannya oleh tim penyunting. Naskah yang memenuhi format selanjutnya diserahkan kepada mitra bestari untuk diberikan catatan terkait kualitas substansinya. Setiap penulis yang naskahnya diterbitkan dalam *Jurnal Yudisial* berhak mendapat honorarium dan beberapa eksemplar bukti cetak edisi jurnal tersebut.

CARA PENGIRIMAN NASKAH

Naskah dikirim dalam bentuk digital (*softcopy*) ke alamat e-mail:

jurnal@komisiyudisial.go.id

dengan tembusan ke:

arnis@komisiyudisial.go.id dan dinal@komisiyudisial.go.id

Personalia yang dapat dihubungi (*contact persons*):

Dinal Fedrian (085220562292); atau

Arnis (08121368480).

Alamat redaksi:

Pusat Analisis dan Layanan Informasi, Gd. Komisi Yudisial Lt. 3, Jl. Kramat Raya No. 57 Jakarta Pusat 10450, Telp. (021) 390 5876, Fax. (021) 3906215.