



PERKEMBANGAN HUKUM
NASIONAL
— DAN —
INTERNASIONAL

Editor:
Prof. Dr. Heryandi, S.H., M.S.

Hak cipta pada penulis
Hak penerbitan pada penerbit
Tidak boleh diproduksi sebagian atau seluruhnya dalam bentuk apapun
Tanpa izin tertulis dari pengarang dan/atau penerbit

Kutipan Pasal 72 :

Sanksi pelanggaran Undang-undang Hak Cipta (UU No. 10 Tahun 2012)

1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal (49) ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan atau denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu Ciptaan atau hasil barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)

PERKEMBANGAN HUKUM NASIONAL DAN INTERNASIONAL

**Dalam Rangka Pengukuhan Guru Besar
Prof .Dr. Khaidir Anwar, S.H.,M.Hum**

Editor:

Prof. Dr. Heryandi, S.H., M.S.

Penulis :

Dr. Yuswanto, S.H., M.Hum.

Muhtadi, S.H.,M.H.

Yusdiyanto, S.H.,M.H.

Prof. Dr. Heryandi, S.H., M.S.

Desy Churul Aini, S.H., M.H.

Prof. Dr. Khaidir Anwar, S.H.,M.Hum

Ahmad Syofyan, S.H.,M.H.

Naek Siregar, S.H., M.H.

Siti Azizah, S.H., M.H.

Abdul Muthalib Tahar, S.H., M.Hum.

Widya Krulinasari, S.H., M.H

Bayu Sujadmiko, S.H., M.H.

Melly Aida, S.H., M.H.

Rehulina, S.H.,M.H.

Jp

BP. Justice Publisher

2015

PERKEMBANGAN HUKUM NASIONAL DAN INTERNASIONAL

Prof. Dr. Heryandi, S.H., M.S. et.al

Diterbitkan oleh *Justice Publisher*

Badan Penerbitan Fakultas Hukum Universitas Lampung

Lt. 1 Gedung C Fakultas Hukum

Jl. Soemantri Brodjonegoro No. 1 Gedung Meneng

Bandar Lampung 35145

Telp. (0721) 701609 Pesawat 401

Fax. (0721) 709911

www.fh.unila.ac.id

email : justicepublisher.fhunila@gmail.com

Desain cover & lay out : Muhtadi

Hak cipta dilindungi Undang-undang. Dilarang memperbanyak buku ini sebagian atau seluruhnya, dalam bentuk dan dengan cara apapun juga, baik secara mekanis maupun elektronik, termasuk fotokopi, rekaman, dan lain-lain tanpa ijin tertulis dari penerbit.

ISBN : 978-602-1071-38-0

Perpustakaan Nasional : Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Heryandi, et.al

PERKEMBANGAN HUKUM NASIONAL DAN INTERNASIONAL / Prof.

Dr. Heryandi, S.H., M.S. et.al

Ed. 1, Cet. 1, --Bandar Lampung: Justice Publisher, 2015

248 hlm + vi; 15,5 x 23 cm.

KATA PENGANTAR

Puji syukur dipanjatkan ke hadirat Tuhan Yang Maha Esa yang telah melimpahkan rahmat dan karunia-Nya, sehingga penyusunan buku ini dapat terlaksana.

Buku ini menguraikan tentang Perkembangan Hukum Nasional dan Internasional yang diperuntukkan sebagai bahan bacaan bagi pemerhati ilmu hukum. Buku Perkembangan Hukum Nasional dan Internasional merupakan kumpulan karya ilmiah dari dosen-dosen Fakultas Hukum Universitas Lampung yang berisikan materi-materi perkembangan hukum nasional dan hukum internasional kekinian.

Buku ini disusun sebagai persembahan atas dikukuhkannya Prof. Dr. Khaidir Anwar, S.H., M.H., sebagai Guru Besar di Bagian Hukum Internasional. Beliau sejak mengabdikan dirinya di almamater dikenal sebagai sosok yang memiliki integritas tinggi dalam disiplin ilmunya. Sehingga buku yang dibuat oleh kolega merupakan bukti dedikasi beliau terhadap perkembangan ilmu hukum yang patut diapresiasi.

Terima kasih kepada seluruh penulis dalam buku ini yang telah memberikan beberapa catatan penyempurnaan naskah ini. Semoga buku ini bermanfaat bagi perkembangan ilmu hukum di Indonesia.

Kami menyadari penyusunan buku ini mungkin masih terdapat kekurangan. Karena itu, kritik dan saran membangun diterima dengan senang hati.

Bandar Lampung, 20 April 2015

Tim Penyusun

DAFTAR ISI

| | |
|--|-----------|
| KATA PENGANTAR | v |
| DAFTAR ISI | vi |
| BAGIAN I : HUKUM NASIONAL | |
| KONSTRUKSI DASAR HUBUNGAN PUSAT-DAERAH DI INDONESIA | |
| Dr. Yuswanto, S.H., M.H..... | 1 |
| POLITIK HUKUM PENGAWASAN HAKIM KONSTITUSI | |
| Muhtadi, S.H.,M.H | 18 |
| SUDUT PANDANG HUKUM SEBAGAI SISTEM ALOKASI TERHADAP UNDANG-UNDANG SISTEM PERADILAN PIDANA ANAK | |
| Yusdiyanto, S.H.,M.H..... | 43 |
| BAGIAN II : HUKUM INTERNASIONAL | |
| PENGATURAN ALUR LAUT KEPULAUAN BERDASARKAN KONVENSI HUKUM LAUT 1982 DAN IMPLEMENTASINYA DI INDONESIA | |
| Dr. Heryandi, S.H., M.S., Desy Churul Aini, S.H., M.H..... | 65 |
| PERDEBATAN PERUSAHAAN SEBAGAI SUBJEK HUKUM INTERNASIONAL BERDASARKAN KONVENSI HUKUM LAUT 1982 | |
| Dr. Khaidir Anwar, S.H.,M.Hum, Ahmad Syofyan, S.H.,M.H..... | 107 |
| Pengaturan Hukum Perdagangan Satwa Liar Dalam CITES dan Implementasinya Dalam Hukum Nasional | |
| Naek Siregar, S.H., M.H., Siti Azizah, S.H., M.H..... | 136 |
| KAJIAN TERHADAP PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN YANG BERKAITAN DENGAN HUKUM PERDATA INTERNASIONAL INDONESIA | |
| Abdul Muthalib Tahar, S.H., M.Hum, Widya Krulinasari, S.H., M.H..... | 155 |
| Copyright Infringement: DRM Technologies and the Internet (International Frameworks and Business Practices, Part I) | |
| BAYU SUJADMIKO, S.H., M.H. | 205 |
| PRINSIP MOST FAVORED NATION DALAM GERENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES WORLD TRADE ORGANIZATIONS | |
| Melly Aida & Rehulina | 235 |

KONSTRUKSI DASAR HUBUNGAN PUSAT-DAERAH DI INDONESIA¹

Oleh: Dr. Yuswanto, S.H., M.H.²

1. Pendahuluan

Dalam "Terms of Reference" (TOR) *Focus Group Discussion* (FGD) "Menata Ulang Hubungan Kekuasaan Pusat dan Daerah Di Indonesia (Telaah Normatif atas Pola Hubungan Wewenang, Hubungan Keuangan dan Hubungan Pengawasan Dalam Tata Penyelenggaraan Pemerintahan di Daerah), tema yang diberikan kepada saya untuk dikaji adalah "Hubungan Pusat-Daerah: Konstruksi Dasar Pembagian Kekuasaan Negara di Indonesia", tetapi karena keterbatasan waktu maka tema yang diberi judul "Konstruksi Dasar Hubungan Pusat-Daerah di Indonesia". Tema ini pernah dikaji dalam sebuah diskusi tentang "Konsepsi Perancangan dan Advokasi Hubungan Pusat-Daerah," Kamis 29 Januari 2009 yang lalu dengan judul: "Dasar-Dasar Hubungan Pusat-Daerah Dalam Kerangka Desentralisasi". Tanpa perubahan yang berarti materi ini dikaji kembali dengan judul yang berbeda.

Kata "konstruksi" menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (2001: 590) berarti: (1) susunan (model, tata letak) suatu bangunan; dan (2) susunan dan hubungan kata dalam kalimat atau kelompok kata. Kata "dasar" dalam kamus yang sama (2001: 238) berarti: (1) tanah yang ada di bawah air; (2) bagian yang terbawah baik yang di sebelah dalam ataupun yang di sebelah luar; (3) lantai; (4) latar; (5) lapisan yang paling bawah; (6) bakat atau pembawaan sejak lahir; (7) alas; (8) pokok atau

¹ Sebuah judul yang dikaji dalam FGD Menata Ulang Hubungan Kekuasaan Pusat dan Daerah Di Indonesia, Senin 27 Juli 2009; bahan ini pernah dikaji pada diskusi dengan tema yang serupa pada Kamis 29 Januari 2009 lalu tanpa perubahan yang substantif.

² Doktor Ilmu Hukum Administrasi Negara yang menjabat sebagai Ketua Program Pascasarjana Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Lampung.

pangkal suatu pendapat; (9) memang begitu; dan (10) bentuk gramatikal yang menjadi asal dari suatu bentukan. Dengan demikian, Konstruksi Dasar Hubungan Pusat-Daerah di Indonesia adalah Landasan dari hubungan Pusat-Daerah di Indonesia.

Judul inipun bukanlah sesuatu yang baru, karena sejak lama Bagir Manan (1990) telah mengkaji persoalan ini dalam disertasinya yang dipertahankan di Universitas Padjadjaran dengan judul "Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut Asas Desentralisasi Berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945". Saya pun telah mengkajinya lebih jauh dalam disertasi yang dipertahankan pada awal 2006 di universitas yang sama dengan judul "Kedudukan Dana Alokasi Umum (DAU) Dalam Hubungan Antara Pusat dan Daerah Berdasarkan Asas Otonomi". Perbedaannya adalah, jika pada disertasi yang pertama, Bagir Manan bertindak selaku *promovendus*, sedangkan pada disertasi yang kedua, Bagir Manan bertindak selaku ketua *promotor*.

Bagir Manan (1990: 507) berpendapat bahwa bentuk dan corak hubungan Pusat-Daerah dalam kerangka desentralisasi tergantung pada berbagai faktor. Faktor yang utama menurut Bagir Manan adalah dasar-dasar dari desentralisasi itu sendiri, karena bentuk dan corak hubungan Pusat-Daerah tergantung dengan dasar-dasar desentralisasi yang termuat dalam Pasal 18 UUD 1945. Meskipun demikian, Pasal 18 UUD 1945 kini sudah berubah setelah dilakukannya perubahan terhadap UUD 1945 itu sendiri.

Pasal 18A ayat (1) UUD 1945 mengatur bahwa "hubungan wewenang antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota, atau antara provinsi dan kabupaten dan kota diatur dengan undang-undang dengan memperhatikan kekhususan dan keragaman daerah". Jimly Asshiddiqie (2002: 23) menjelaskan bahwa "kekhususan daerah" adalah kekhususan atau keistimewaan yang terdapat di masing-masing daerah, sedangkan "keragaman daerah" adalah keragaman antardaerah yang satu dengan daerah lain yang masing-masing berbeda satu dengan yang lain. Prinsip ini menurut Bagir Manan (2001: 12), mengandung makna bahwa bentuk dan isi otonomi daerah tidak harus seragam (*uniformitas*), sehingga bentuk dan isi

otonomi ditentukan oleh berbagai keadaan khusus dan keragaman setiap daerah.

Perubahan lain dalam UUD 1945 adalah tidak ditemukannya istilah "desentralisasi" yang dijadikan landasan hubungan Pusat-Daerah. Pasal 18 ayat (2) UUD 1945 menentukan bahwa "pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan". Menurut Bagir Manan (2001: 10), bentuk desentralisasi seperti itu adalah sama dengan yang dikemukakan oleh Van Der Pot, yakni membedakan antara otonomi dan tugas pembantuan. Pasal 18 ayat (2) UUD 1945 ini mensejajarkan desentralisasi dengan tugas pembantuan sebagai asas-asas yang terpisah sehingga menimbulkan kerancuan dan kekeliruan. Dalam konteks ini, terdapat pencampuradukan antara desentralisasi dan otonomi, sehingga menjadikan desentralisasi adalah otonomi, padahal desentralisasi tidak sama dengan otonomi, karena otonomi hanyalah salah satu bentuk dari desentralisasi.

Bagir Manan (2001: 11) menegaskan bahwa desentralisasi bukan asas melainkan suatu proses, karena yang asas adalah otonomi dan tugas pembantuan. Pemikiran inilah yang dijadikan dasar sehingga Pasal 18 ayat (2) UUD 1945 mencantumkan otonomi dan tugas pembantuan sebagai asas pemerintahan daerah. Jika desentralisasi bukanlah sebuah asas pemerintahan daerah, maka bagaimana halnya dengan dekonsentrasi? Bagir Manan (2001: 11) berpendapat, sama dengan desentralisasi bahwa dekonsentrasi bukanlah asas melainkan proses atau cara menyelenggarakan sesuatu. Karena dekonsentrasi merupakan sub sistem sentralisasi yang berarti pula cara menyelenggarakan sistem sentralisasi atau instrumen dari sentralisasi.

Terlepas dari perbedaan pendapat di atas, pertanyaan yang timbul adalah: apa yang menjadi dasar dari hubungan Pusat-Daerah dalam kerangka desentralisasi? Bagir Manan (1990: 508) berpendapat bahwa berdasarkan analisis terhadap Pasal 18 1945, maka terdapat dua dasar pokok desentralisasi yang melandasi hubungan Pusat-Daerah, yakni dasar permusyawaratan dalam pemerintahan negara dan dasar hak-hak asal-usul yang bersifat istimewa. Akan tetapi, jika dianalisis

berdasarkan UUD 1945 secara keseluruhan, maka terdapat dua faktor lagi yang mendasari hubungan Pusat-Daerah dalam kerangka desentralisasi, yakni kebhinekaan dan paham negara berdasarkan atas hukum (negara hukum). Meski demikian, Bagir Manan (1990: 517) mengganti dasar hak-hak asal-usul yang bersifat istimewa menjadi dasar pemeliharaan dan pengembangan prinsip-prinsip pemerintahan asli.

Berdasarkan pemikiran tersebut, maka pengkajian selanjutnya adalah berkaitan dengan dasar permusyawaratan dalam pemerintahan negara, dasar pemeliharaan dan pengembangan prinsip-prinsip pemerintahan asli, dasar kebhinekaan, dan dasar negara hukum. Alasannya, selain bersumber dari UUD 1945, dasar-dasar tersebut memang dikembangkan dalam Undang-Undang (UU) No. 12/2004 tentang Pemerintahan Daerah maupun UU 12/2008 sebagai perubahannya. Di samping itu, kajian ini juga dimaksudkan untuk mengkaji relevansi pemikiran Bagir Manan dikeluarkan pada tahun 1990 terhadap implementasinya masa kini.

2. Dasar Permusyawaratan Dalam Sistem Pemerintahan Negara

Dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara adalah tidak lain dari sila keempat Pancasila, yakni kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Berkaitan dengan ini, Pasal 18 ayat (3) dan ayat (4) UUD 1945 mensyaratkan pengaturan pemerintahan daerah harus sejalan dengan dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara. Pasal 18 ayat (3) UUD 1945 menentukan bahwa "pemerintah daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum". Pasal 18 ayat (4) menentukan bahwa "Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis".

Berdasarkan Pasal 1 angka (2) UU 32/2004, bahwa "pemerintahan daerah adalah penyelenggaraan urusan pemerintahan oleh pemerintah daerah dan DPRD menurut asas otonomi dan tugas pembantuan dengan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam sistem dan

prinsip NKRI sebagaimana yang dimaksud dalam UUD 1945”. Dengan demikian, unsur dari pemerintahan daerah dalam pasal ini adalah pemerintah daerah dan DPRD, sedangkan pemerintah daerah menurut Pasal 1 angka (3) UU 32/2004 adalah Gubernur, Bupati, atau Walikota, dan perangkat daerah sebagai unsur penyelenggara pemerintahan daerah.

Pemerintahan daerah harus disusun dan diatur serta dijalankan berdasarkan permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara. Artinya, dilakukan berdasarkan kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Dengan demikian, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan merupakan dasar dari desentralisasi. Alasannya, karena semua isi dari Pasal 18 UUD 1945 mengandung kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, terutama Pasal 18 ayat (3) dan ayat (4) yang telah disebutkan di atas.

Menurut Bagir Manan (1990: 509), kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, tidak lain adalah kerakyatan atau demokrasi. Selain rumusan yang terdapat dalam alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945, masih terdapat istilah lain yang merupakan padanan demokrasi, yakni Pasal 1 ayat (2) UUD 1945: kedaulatan berada di tangan rakyat. Dengan demikian, jika dianalisis maka terdapat tiga istilah yang berkaitan dengan demokrasi dalam UUD 1945, yakni kerakyatan, kedaulatan rakyat, dan kedaulatan di tangan rakyat.

Bagir Manan (1990: 511) menyatakan bahwa terdapat dua ciri pokok paham kerakyatan menurut UUD 1945. Pertama, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan yang merupakan kearifan (*wisdom*). Sesuatu yang dipimpin berdasarkan kearifan menghendaki agar segala sesuatunya dilaksanakan dengan damai (*peaceful*), yang merupakan salah satu ciri universal paham kerakyatan. Kedua, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan tersebut dijalankan atau dilaksanakan ”dalam permusyawaratan/perwakilan” diletakkan tanda baca ”/” (garis miring), yang menunjukkan pengertian ”alternatif” atau

”pilihan”. Jika demikian, maka kerakyatan menurut dasar negara dijalankan melalui ”permusyawaratan” atau melalui ”perwakilan”

Terdapat dua kemungkinan mengenai maksud ”garis miring” yang terdapat di antara kata ”permusyawaratan” dan kata ”perwakilan”. Pertama, tidak dimaksudkan sebagai pengertian ”alternatif” atau ”pilihan” melainkan dalam pengertian ”dan”, sehingga ”kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan” dijalankan dalam ”permusyawaratan dan perwakilan”. Dengan demikian, terdapat tiga unsur kerakyatan yang tercantum dalam UUD 1945, yakni ”dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan”, ”permusyawaratan”, dan ”perwakilan”. Kedua, memang dimaksudkan sebagai ”alternatif” atau ”pilihan”, tetapi kata ”permusyawaratan” tidak dalam arti ”berunding” atau ”cara mencapai mufakat”, melainkan sebagai ”corak kerakyatan”. Dengan demikian, terdapat dua corak kerakyatan, yaitu ”kerakyatan yang bercorak permusyawaratan” dan ”kerakyatan yang bercorak perwakilan”.

Bagir Manan (1990: 513) menyatakan bahwa pengertian yang kedua mempunyai dasar yang lebih kuat dengan berbagai alasan. Pertama, dari segi kepentingan desentralisasi, ”permusyawaratan sebagai corak kerakyatan” yang dijalankan secara langsung (demokrasi langsung), menjadi dasar yang membenarkan rapat-rapat dan musyawarah (desa) yang bertujuan mengatur dan mengurus kepentingan mereka sendiri. Kedua, memberi arti ”permusyawaratan” sebagai ”corak kerakyatan” yang dijalankan secara langsung, akan memudahkan secara konstitusional keikutsertaan rakyat secara langsung untuk menetapkan atau memutuskan persoalan kenegaraan yang penting. Ketiga, jika ”permusyawaratan” semata-mata diartikan sebagai ”(cara) berunding”, dapat diduga bahwa perancang dan penyusun UUD 1945 termasuk Perubahan UUD 1945, sangat paham bahwa ”kerakyatan dalam perwakilan” harus dijalankan dengan ”permusyawaratan”.

B.C. Smith mengemukakan terdapat delapan faktor pentingnya mengaitkan paham kerakyatan dengan desentralisasi (*democratic decentralization*). Pertama, desentralisasi dipandang lebih efektif untuk memecahkan atau memenuhi kebutuhan setempat daripada

perencanaan yang terpusat (*central planning*). Kedua, desentralisasi dipandang relevan terutama dalam memecahkan persoalan kemiskinan. Ketiga, desentralisasi mendekatkan hubungan dengan pihak administrasi pemerintahan. Keempat, desentralisasi dapat meredakan perlawanan masyarakat karena perubahan sosial yang mencolok akibat pembangunan. Kelima, desentralisasi mengurangi penumpukan (*kongesti*) pada tingkat pusat. Keenam, adanya kerakyatan di tingkat daerah (desentralisasi) diyakini sebagai sesuatu yang perlu demi keutuhan nasional. Ketujuh, desentralisasi mempunyai efek pendidikan. Kedelapan, desentralisasi sebagai cara memobilisasi dukungan rakyat untuk pembangunan.

3. Dasar Pemeliharaan dan Pengembangan Prinsip-Prinsip Pemerintahan Asli

Bagir Manan (1990: 517) menyatakan bahwa bentuk terakhir susunan pemerintahan asli yang dibiarkan atau diakui oleh pemerintahan Hindia Belanda adalah Swapraja (*zelfbesturende landschappen*) dan Desa (*inlandse gemeenten*). Sesuai dengan latar belakang dan susunan pemerintahannya, Swapraja pada umumnya lebih menonjol ciri-ciri pemerintahan berdasarkan paham "*feodalisme*". Meskipun bentuk pemerintahan Swapraja tidak seragam, karena ada yang diperintah oleh satu orang (Raja), ada yang dipimpin oleh lebih dari satu orang, ada yang berbentuk kerajaan dan ada pula yang berbentuk republik. Persamaannya adalah rakyat tidak turut serta dalam penyelenggaraan pemerintahan, sehingga tidak terdapat dasar "permusyawaratan" atau "kerakyatan".

Sebaliknya pada Desa menurut Bagir Manan (1990: 518), pemerintahan Desa bersendikan paham kerakyatan yang dijalankan atas dasar permusyawaratan. Kepala Desa dipilih langsung oleh rakyat, sehingga rakyat turut serta dalam penyelenggaraan pemerintahan melalui musyawarah desa. Prinsip-prinsip kerakyatan pada pemerintahan desa yang diangkat oleh para pejuang kemerdekaan dan penyusun UUD 1945 sebagai sebagai sendi kerakyatan Indonesia merdeka. Sebagai perwujudan demokrasi, dalam penyelenggaraan

pemerintahan Desa saat ini dibentuk Badan Pemusyawaratan Desa (BPD) atau sebutan lain yang sesuai dengan budaya yang berkembang di Desa yang bersangkutan. Fungsi BPD adalah sebagai lembaga pengaturan dalam penyelenggaraan pemerintahan Desa, seperti dalam pembuatan dan pelaksanaan Peraturan Desa (Perdes), Anggaran Pendapatan dan Belanja Desa (APBD), dan Peraturan Kepala Desa (Perkades).

Saat ini, di Desa juga dibentuk lembaga kemasyarakatan yang berfungsi sebagai mitra kerja pemerintah desa dalam memberdayakan masyarakat desa. Kepala Desa pada dasarnya bertanggung jawab kepada rakyat Desa yang dalam tata cara dan prosedur pertanggungjawabannya disampaikan kepada Bupati melalui Camat. Kepada BPD, Kepala Desa wajib memberikan keterangan laporan pertanggungjawabannya dan kepada rakyat menyampaikan informasi pokok-pokok pertanggungjawabannya. Kepala Desa harus memberi peluang kepada masyarakat melalui BPD untuk menanyakan dan/atau meminta keterangan lebih lanjut terhadap hal-hal yang bertalian dengan pertanggungjawaban tersebut.

Terdapat perbedaan yang mencolok antara pemerintahan Swapraja dan pemerintahan Desa. Oleh sebab itu, tidak semua sistem pemerintahan yang asli dapat dijadikan contoh sistem penyelenggaraan pemerintahan daerah di Indonesia. Artinya, hanyalah prinsip, susunan, dan sistem pemerintahan yang mampu mendukung kebutuhan Indonesia modern seperti paham kerakyatan yang dapat dipertahankan dan diambil sebagai dasar susunan pemerintahan daerah di Indonesia dewasa ini. Dengan demikian, susunan pemerintahan daerah asli yang akan dipertahankan adalah yang sesuai dengan dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara.

Sebagai daerah otonom menurut Bagir Manan (1990: 519), Swapraja dan Desa mempunyai urusan rumah tangganya sendiri, meskipun akibat penjajahan, urusan rumah tangga Swapraja dan Desa mengalami perkembangan yang berbeda. Swapraja, meskipun pada dasarnya tetap diatur berdasarkan Hukum Adat, tetapi terdapat juga peraturan perundang-undangan Hindia Belanda yang bertujuan untuk

membatasi kebebasan mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri. Pembatasan tersebut dapat berbentuk pengawasan atas keputusan yang dibuat oleh Swapraja (*preventief toezicht*) atau menyatakan Swapraja tidak berwenang untuk mengatur dan mengurus urusan tertentu, seperti urusan yang berkaitan dengan pertambangan atau memberikan tanah untuk usaha non-pribumi.

Sebaliknya, pemerintahan Desa dibiarkan untuk mengatur sendiri segala sesuatu yang berkaitan dengan kepentingan Desa. Adanya urusan rumah tangga Desa bukan berasal dari penyerahan, melainkan karena tumbuh dan berkembang berdasarkan inisiatif sendiri. Inisiatif sendiri untuk mengatur dan mengurus kepentingan Desa adalah inti dari sistem rumah tangga Desa.

Saat ini, pengaturan lebih lanjut mengenai Desa, seperti pembentukan, penghapusan, penggabungan, perangkat pemerintahan Desa, keuangan Desa, pembangunan Desa, dan lain sebagainya, dilakukan oleh kabupaten. Pengaturan tersebut ditetapkan dalam Peraturan Daerah yang mengacu pada pedoman yang ditetapkan Pemerintah.

Berdasarkan perbedaan antara kedudukan dan keberadaan pemerintahan Swapraja dan Desa dari segi sejarahnya, berarti memandang dan memperhatikan hak-hak asal-usul yang bersifat istimewa. Hal itu berarti, bahwa selain pengukuhan adanya daerah-daerah otonom, juga mengandung makna bahwa sistem pemerintahan daerah haruslah terdapat tempat bagi inisiatif sendiri dari daerah yang bersangkutan untuk mengatur dan mengurus urusan rumah tangganya sendiri.

Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 menganut prinsip mengakui dan menghormati hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya. Masyarakat hukum adat adalah masyarakat hukum (*rechtsgemeenschap*) yang didasarkan pada hukum adat atau adat istiadat setempat. Masyarakat hukum adat biasanya tergabung dalam sebuah Nagari (Sumatera Barat), Marga (Sumatera Selatan), Pekon (Lampung), Gampong (Aceh), Huta (Batak), dan lain sebagainya. Masyarakat hukum adalah kesatuan masyarakat yang bersifat teritorial atau *genealogis*, yang memiliki

kekayaan sendiri, memiliki warga yang dapat dibedakan dengan warga masyarakat hukum lain, dan dapat bertindak ke dalam dan ke luar sebagai satu kesatuan (subyek hukum) yang mandiri dan mengurus diri mereka sendiri.

Pasal 1 angka 12 UU 32/2004 mendefinisikan Desa adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas-batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam sistem pemerintahan NKRI. Dengan demikian, desa merupakan suatu kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai susunan asli berdasarkan hak asal-usul yang bersifat istimewa. Penyelenggaraan pemerintahan desa merupakan subsistem dari sistem penyelenggaraan pemerintahan, sehingga Desa memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakatnya.

4. Dasar Kebhinekaan

Semboyan "Bhineka Tunggal Ika" yang berarti "walaupun berbeda-beda tetapi tetap satu" merupakan lambang keberagaman atau kemajemukan bangsa Indonesia. Soediman Kartohadiprodjo (Bagir Manan, 1990: 521) menyatakan bahwa suatu keragaman dalam persatuan, yaitu NKRI. Kesatuan dalam perbedaan dan perbedaan dalam kesatuan. Bangsa Indonesia merupakan bangsa yang majemuk, baik dari segi sosial, budaya, maupun kepercayaan. Begitu pula Provinsi Lampung merupakan masyarakat yang majemuk, juga dari sosial, budaya, etnik, agama, mata pencaharian, dan sebagainya. Meskipun provinsi Lampung merupakan masyarakat yang majemuk, tetapi secara garis besar terbagi dalam dua adat budaya yang besar, yakni masyarakat Lampung yang beradat budaya "*Pepadun*" dan masyarakat Lampung yang beradat budaya "*Saibatin*". Masyarakat yang beradat budaya "*pepadun*" menghuni wilayah pedalaman, sedangkan masyarakat yang beradat budaya "*saibatin*" menghuni wilayah pesisir (pantai) atau yang disebut dengan masyarakat "*peminggir*".

Karena terbagi dalam dua masyarakat adat budaya yang besar, maka semboyan Provinsi Lampung dikenal dengan "*Sang Bumi Rua*

Jurai”, yang artinya ”suatu wilayah yang dihuni oleh dua masyarakat adat budaya”. Selama ini banyak orang yang salah memahami atau menafsirkan arti dari semboyan tersebut dengan menyebutnya ”*Sai Bumi Rua Jurai*” yang berarti ”satu wilayah yang dihuni oleh dua kelompok masyarakat”, yakni masyarakat asli dan masyarakat pendatang. Padahal yang betul adalah ”*Sang*” (sebuah wadah/tempat), bukan ”*Sai*” (satu), sehingga masyarakat pendatang secara kewilayahan dikelompokkan pada kedua masyarakat adat yang bersangkutan, mereka yang menghuni wilayah pedalaman bergabung pada masyarakat adat ”*pepadun*” dan mereka yang menghuni wilayah pesisir bergabung dengan masyarakat adat ”*saibatin*”.

Kebhinekaan atau keragaman masyarakat tidak akan mengurangi keutuhan NKRI, melainkan sebaliknya, keragaman inilah yang akan menjadi perekat negara kesatuan. Bagir Manan (1990: 522) mengatakan bahwa suatu negara yang disertai dengan keragaman mengandung potensi ”*spanning*” yang lebih tinggi dalam hubungan antara Pusat-Daerah. Tetapi berdasarkan pengalaman bernegara, ”*spanning*” yang lebih tinggi merupakan gejala yang universal yang justru akan timbul dari masyarakat yang relatif seragam (*homogin*). Sebagai contoh, Aceh, Papua, Sumatera Barat (PRRI), Maluku, dan sebagainya, yang relatif homogin lebih berpotensi menimbulkan ”*spanning*” yang tinggi dibandingkan dengan provinsi lain yang masyarakatnya majemuk (beragam).

Berdasarkan kenyataan tersebut, maka kemajemukan atau keragaman menjadikan desentralisasi menjadi penting untuk mencegah ”desintegrasi”. Desentralisasi tidak terlepas dari tujuan yang menurut Bagir Manan (1990: 523), yaitu mewujudkan keadilan dan kesejahteraan sosial. Mengikuti perkembangan zaman, maka tujuan dari desentralisasi adalah untuk menyelenggarakan demokratisasi dan kesejahteraan masyarakat di daerah dalam konteks NKRI.

Pasal 18A ayat (1) UUD 1945 merupakan wujud dari pengakuan bangsa Indonesia atas prinsip kekhususan dan keragaman daerah. Prinsip ini mengandung arti bahwa bentuk dan isi otonomi tidak harus seragam (uniformitas), melainkan ditentukan oleh keadaan khusus dan

keragaman setiap daerah. Perbedaan potensi antardaerah menjadikan perbedaan bentuk dan isi dari otonomi setiap daerah, artinya daerah pantai akan dibedakan dengan daerah pedalaman, begitu pula kawasan industri akan dibedakan dengan kawasan pertanian. Otonomi yang beragam seperti ini disebut dengan otonomi yang nyata (riil). Pelaksanaan otonomi semacam ini tentu akan lebih sulit dibandingkan dengan yang serba seragam (homogin). Meskipun demikian, fokus pelaksanaan otonomi adalah untuk demokratisasi dan kesejahteraan rakyat. Karena sulitnya melaksanakan otonomi yang tidak seragam itulah, maka saat ini kecenderungan untuk seragam tampaknya mulai diterapkan kembali.

Bagir Manan (1990: 524) mengatakan, bahwa memenuhi kebutuhan yang berbeda-beda menurut keadaan setempat, bukanlah berarti mengukuhkan keadaan yang sudah ada (semula). Oleh sebab itu, pelayanan yang berbeda-beda harus diartikan sebagai perwujudan keadilan dan kesejahteraan masyarakat, sehingga kebhinekaan memberi tempat kepada upaya-upaya yang menjamin persamaan pelayanan antardaerah. Dengan demikian, akan terwujud keharmonisan antardaerah, pemerataan keadilan, dan kesejahteraan seluruh masyarakat, karena aspek-aspek tersebut merupakan unsur "kesatuan" dalam "kebhinekaan".

5. Dasar Negara Hukum

Bagir Manan (1990: 524) mengatakan bahwa dasar keempat desentralisasi yang akan mendasari hubungan Pusat-Daerah adalah dasar negara hukum. Dalam perkembangannya, paham negara hukum tidak bisa dipisahkan dengan paham kerakyatan, karena pada akhirnya, hukum yang mengatur dan membatasi kekuasaan negara atau pemerintah diartikan sebagai hukum yang dibuat atas dasar kekuasaan atau kedaulatan rakyat. Begitu eratnya kaitan antara paham negara hukum dan kerakyatan, sehingga ada sebutan negara hukum yang demokratis (*democratische rechtstaat*). Scheltema memandang kedaulatan rakyat sebagai salah satu dari empat asas negara hukum, yaitu *democratic beginsel*, *rechtszekerheidbeginsel*, *gelijkheid beginsel*, dan *het beginsel van de dienende overheid*. Scheltema berpendapat, asas

kedaulatan rakyat dalam negara hukum melahirkan unsur-unsur hak pilih (*kiesrecht*), pemerintahan yang bertanggung jawab kepada badan perwakilan, dan ada fungsi pengawasan (*control*) yang dijalankan oleh badan perwakilan. Berkaitan dengan negara hukum, selain kesejahteraan rakyat, kedaulatan rakyat merupakan unsur materiil negara hukum. Dengan demikian, kedaulatan rakyat merupakan salah satu ciri negara hukum modern.

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menyatakan bahwa "negara Indonesia adalah negara hukum". Sebelumnya, ketentuan yang menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum tidak terdapat dalam rumusan pasal-pasal UUD 1945, melainkan hanya dalam Penjelasan. Sebelum dilakukan perubahan, konsep negara hukum hanya disebut dalam Penjelasan dengan istilah "*rechtsstaat*" yang dipertentangkan dengan "*machtsstaat*" yang secara tegas ditolak oleh para perumus UUD 1945. Itulah sebabnya, karena belum tercantum dalam pasal, sedangkan Penjelasan UUD 1945 dihapus dari naskah resmi, maka ketentuan mengenai negara hukum tersebut ditegaskan dalam pasal. Rumusan yang tegas mengenai negara hukum sebelumnya terdapat dalam Konstitusi RIS dan UUDS 1950.

Ibnu Khaldun (Muhammad Thahir Azhary, 1991: 64) berpendapat, bahwa dalam "*mulki siyasi*" terdapat dua bentuk negara hukum, yaitu: (1) "*siyasah diniyah*" yang diterjemahkan sebagai nomokrasi Islam, dan (2) "*siyasah aqliyah*" yang diterjemahkan sebagai nomokrasi sekuler. Dalam nomokrasi Islam, baik "*syari'ah*" maupun hukum yang didasarkan pada rasio manusia, kedua-duanya berfungsi dan berperan dalam negara. Sebaliknya pada nomokrasi sekuler, manusia hanya menggunakan hukum semata-mata sebagai hasil pemikiran mereka. Nomokrasi Islam adalah suatu negara hukum yang memiliki prinsip-prinsip umum, seperti: (1) kekuasaan sebagai amanah; (2) musyawarah; (3) keadilan; (4) persamaan; (5) pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; (6) peradilan bebas; (7) perdamaian; (8) kesejahteraan; dan (10) ketaatan rakyat.

Pada konsep negara hukum Barat, terdapat dua orang sarjana yang berhasil melahirkan buah pikirannya, yaitu Immanuel Kant dan

Friedrich Julius Stahl. Kant memahami negara hukum sebagai *Nachtwaker Staat* atau *Nachtwachterstaat* (negara jaga malam) yang tugasnya adalah menjamin ketertiban dan keamanan masyarakat. Gagasan negara hukum menurut konsep Kant disebut negara hukum liberal.

Konsep Stahl mengenai negara hukum ditandai oleh empat unsur pokok, yaitu: (1) pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; (2) negara didasarkan pada teori *trias politica*; (3) pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang (*wetmatig bestuur*); dan (4) ada peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*). Gagasan negara hukum yang berasal dari Stahl ini dinamakan negara hukum formal, karena lebih menekankan pada suatu pemerintahan yang berdasarkan undang-undang.

Menurut Padmo Wahyono, dalam perkembangannya pemerintahan yang berdasarkan undang-undang dianggap "lamban" dan karena itu diganti dengan pemerintahan yang berdasarkan hukum atau prinsip "*rechtmatig bestuur*". Dengan demikian, negara hukum yang formal menjadi negara hukum yang materil dengan ciri "*rechtmatig bestuur*". Setelah itu, lahirlah konsep-konsep yang merupakan "variant" dari "*rechtsstaat*", antara lain, "*welvaarsstaat*" dan "*verzorgingsstaat*" sebagai negara kemakmuran.

Menurut Scheltema, unsur-unsur "*rechtsstaat*" adalah (1) kepastian hukum; (2) persamaan; (3) demokrasi; dan (4) pemerintahan yang melayani kepentingan umum. Karena konsep "*rechtsstaat*" di Eropa Kontinental sejak semula didasarkan pada filsafat liberal yang individualistik. Ciri individualistik itu sangat menonjol dalam pemikiran negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental itu.

Di negara-negara Anglo-Saxon, berkembang pula suatu konsep negara hukum yang semula dipelopori oleh A.V. Dicey (Inggris) yang disebut "*rule of law*". Konsep ini menekankan pada tiga tolak ukur atau unsur utama, yaitu: (1) supremasi hukum (*supremacy of law*); (2) persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*); dan (3)

konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan (*the constitution based on individual rights*).

Perbedaan yang mencolok antara konsep "*rechtsstaat*" dan "*rule of law*", terletak pada konsep yang pertama, peradilan administrasi negara sebagai sarana yang sangat penting dan sekaligus ciri yang menonjol dari "*rechtsstaat*". Sebaliknya pada "*rule of law*", peradilan administrasi tidak diterapkan, karena kepercayaan masyarakat yang begitu tinggi kepada peradilan umum. Konsep yang menonjol pada konsep "*rule of law*" adalah ditegakkannya hukum yang adil dan tepat (*just law*). Karena semua orang mempunyai kedudukan yang sama di hadapan hukum, maka "*ordinary court*" dianggap cukup untuk mengadili semua perkara termasuk perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (penguasa).

Terlepas dari perbedaan konsep negara hukum tersebut, Bagir Manan (1990: 529) berpendapat bahwa terdapat beberapa ciri negara hukum. Pertama, terpenuhi dengan sendirinya karena UUD 1945 adalah sebuah UUD. Kedua, pembagian kekuasaan yang secara khusus menjamin kekuasaan kehakiman yang merdeka. Ketiga, terdapat pemencaran kekuasaan. Jika pembagian kekuasaan (*machtenscheiding*) berkaitan dengan kekuasaan negara pada tingkat atas (*upper structure/supra structure*), pemencaran kekuasaan (*spreiding van machten*) lebih ditekankan pada pembagian dalam hubungan atas-bawah (vertikal), yang salah satu wujudnya adalah desentralisasi. Keempat, ada jaminan terhadap hak asasi manusia. Kelima, persamaan di depan hukum dan jaminan perlindungan hukum. Keenam, asas legalitas.

Suatu negara hukum ada menurut Bagir Manan (1990: 535), apabila terdapat cukup keamanan, ketenangan sosial, dan kebebasan. Untuk mewujudkan hal-hal tersebut, diperlukan tiga syarat. Pertama, ada tatanan (*orde*), sebagai dasar bagi kelangsungan dan ikatan (*samenhang*) dalam kehidupan masyarakat. Kedua, ada tanggung jawab sosial pemerintah untuk menjamin dan mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Ketiga, ada kebebasan dan perlindungan atas kebebasan.

Dari berbagai syarat dan ciri negara hukum tersebut, menurut Bagir Manan (1990: 538-544) terdapat beberapa yang berkaitan langsung dengan desentralisasi. Pertama, prinsip pemencaran kekuasaan (*spreiding van machten*). Dari pengertian desentralisasi yang telah disebutkan, tergambar mengenai keharusan adanya pemencaran kekuasaan, dan hal itu telah diatur berdasarkan Pasal 18 ayat (1) UUD 1945. Artinya, secara konstitusional, pemencaran kekuasaan tersebut dilakukan melalui desentralisasi. Kedua, prinsip keadilan dan kesejahteraan sosial. Baik ditinjau dari paham negara hukum maupun paham kerakyatan, UUD 1945 memuat prinsip dan ketentuan-ketentuan mengenai keadilan dan kesejahteraan sosial. UUD 1945 menganut tiga istilah yang mengacu kepada kesejahteraan, yaitu kesejahteraan umum (tercantum dalam tujuan membentuk pemerintahan negara Indonesia), keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia (tercantum dalam dasar negara), dan kesejahteraan sosial (Bab XIV tentang perekonomian dan pemeliharaan fakir miskin dan anak terlantar).

6. Penutup

Berdasarkan uraian mengenai dasar-dasar desentralisasi di atas, jika ditinjau berdasarkan hubungan Pusat-Daerah, maka terdapat empat asas pokok sebagai patokan hubungan Pusat-Daerah menurut desentralisasi berdasarkan UUD 1945. Pertama, bentuk hubungan antara Pusat-Daerah, tidak boleh mengurangi hak-hak rakyat daerah untuk turut secara bebas dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah, sesuai dengan dasar kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan atau dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara yang harus terselenggara hingga ke tingkat pemerintahan daerah (termasuk desa). Kedua, bentuk hubungan antara Pusat-Daerah, tidak boleh mengurangi hak-hak rakyat daerah untuk berinisiatif atau berprakarsa mengatur dan mengurus urusan-urusan yang dianggap penting. Ketiga, bentuk hubungan antara Pusat-Daerah yang satu dengan yang lain sesuai dengan keadaan khusus masing-masing daerah. Keempat, bentuk hubungan antara Pusat-Daerah adalah dalam rangka mewujudkan keadilan dan kesejahteraan sosial di daerah.

DAFTAR PUSTAKA

- Bagir Manan, 1990, *Hubungan Antara Pusat Dan Daerah Menurut Asas Desentralisasi Berdasarkan UUD 1945*, Disertasi, Fakultas Pascasarjana Universitas Padjadajaran, Bandung.
- Bagir Manan, 2001, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Penerbit Pusat Studi Hukum (PSH) Fakultas Hukum UII, Yogyakarta.
- Jimly Asshiddiqie, 2002, *Konsolidasi Naskah UUD 1945 Setelah Perubahan Keempat*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Jakarta.
- Muhammat Thahir Azhary, 1992, *Negara Hukum – Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, PT Bulan Bintang, Jakarta.
- Yuswanto, 2006, *Kedudukan Dana Alokasi Umum (DAU) Dalam Hubungan Antara Pusat Dan Daerah Berdasarkan Asas Otonomi*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Padjadajaran, Bandung.
- Yuswanto, 2009, *Dasar-Dasar Hubungan Pusat-Daerah Dalam Kerangka Desentralisasi*, Makalah Seminar, Bandar Lampung.
- .

POLITIK HUKUM PENGAWASAN HAKIM KONSTITUSI

Muhtadi, S.H.,M.H

A. Pendahuluan

Politik hukum dan kekuasaan berkait erat, saling berkelindan, dan tidak dapat dipisahkukan satu dengan lainnya. Politik sebagai titik awal menuju kekuasaan, dan hukum sebagai instrumen mempertahankan kekuasaan. Tipikal produk politik baik undang-undang ataupun instrumen politik lainnya mempunyai karakter sebagaimana konfigurasi politik yang berkembang dan menguasai lembaga politik. Undang-undang sebagai sumber legalistik yang berfungsi bingkai bagi penguasa mempertahankan kekuasaan merupakan ciri produk politik otoritarian, repressif dan tidak berpihak pada kepentingan masyarakat, kontekstualisasi produk demikian menjadi pembenar dalil Lord Acton bahwa *power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*.

Mahfud MD¹ mengartikan politik hukum sebagai proses pembuatan dan pelaksanaan hukum yang dapat menunjukkan sifat dan kearah mana hukum akan dibangun dan ditegakkan. Unsur-unsur politik hukum dimaksud meliputi : 1) pembangunan hukum yang berintikan pembuatan dan pembaharuan terhadap materi-materi hukum agar dapat sesuai dengan kebutuhan; dan 2) pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada termasuk penegasan fungsi lembaga dan pembinaan para penegak hukum.

Satjipto Rahardjo² mengartikan politik hukum sebagai aktivitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat. Sedangkan Sunaryati Hartono

¹ Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, (Jakarta: LP3ES, 1998), hlm. 9.

² Satjipto Rahardjo, *Imu Hukum*, (Bandung: Alumni, 1986), hlm. 334

sebagaimana dikutip Armen Yasir³ mendefinisikannya sebagai sebuah alat atau sarana atau langkah yang dapat digunakan oleh pemerintah untuk menciptakan sistem hukum nasional yang dikehendaki dan dengan sistem hukum nasional itu akan diwujudkan cita-cita bangsa Indonesia.

Kajian politik hukum dalam pendekatan Hukum Tata Negara mencakup 1) hal yang substansi dari dalam bidang studi ilmu dan teknik perundang-undangan; 2) menekankan kepada proses politik dan hukum pembentukan produk-produk hukum dan berkaitan dengan badan-badan kenegaraan serta cara kerjanya menetapkan politik hukum dan aturan hukum; dan 3) mencakup penyelenggara dan tujuan negara. Iman Syaukani dan A. Ahsin Thohari⁴ menyebutkan bahwa kajian politik hukum mencakup :

1. Proses penggalian nilai-nilai dan aspirasi yang berkembang dalam masyarakat oleh penyelenggara negara yang berwenang merumuskan politik hukum;
2. Proses perdebatan dan perumusan nilai-nilai dan aspirasi kedalam rancangan undang-undang oleh penyelenggara yang berwenang;
3. Penyelenggara negara yang berwenang merumuskan dan menetapkan politik hukum;
4. Peraturan perundang-undangan yang memuat politik hukum;
5. Faktor-faktor yang mempengaruhi politik hukum;
6. Pelaksanaan dari peraturan perundang-undangan yang merupakan implementasi politik hukum.

Persoalan keterkaitan hukum dan politik dalam pendekatan politik hukum menimbulkan beberapa asumsi, antara lain sebagaimana pandangan yang kemukakan Phillip Nonet dan Philip Schelnik yang

³ Armen Yasir, *Hukum Perundang-undangan*, (Bandar Lampung: Justice Publisher, 2014), hlm. 125.

⁴ Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, *Dasar-dasar Politik Hukum*, (Jakarta: Rajawali Press, 2003), hlm. 32.

kemudian diartikulasikan dalam konsteks keindonesiaan oleh Mahfud MD. Keterkaitan demikian menurut Mahfud adalah:

Petama, hukum determinan atas politik dalam arti bahwa kegiatan-kegiatan politik diatur oleh dan harus tunduk pada aturan hukum; *kedua*, politik determinan hukum karena hukum merupakan hasil atau kristalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling berinteraksi dan saling bersaing; dan *ketiga*, politik dan hukum sebagai subsistem kemasyarakatan berada pada posisi yang sederajat determinasinya seimbang antara yang satu dengan yang lainnya ketika politik sudah jadi produk hukum maka kegiatan politik sudah harus tunduk pada aturan-aturan hukum.

Adapun tujuan politik hukum adalah 1) sebagai alat yang dipergunakan pemerintah untuk menciptakan suatu sistem hukum nasional yang dikehendaki; 2) sistem hukum nasional itu akan diwujudkan cita-cita bangsa yang lebih besar; dan 3) Hukum nasional adalah hukum yang berlandaskan idiologi dan konstitusional negara, Pancasila dan UUD Tahun 1945.

Bagir Manan⁵ berpendapat bahwa paling tidak terdapat dua lingkup utama politik hukum, yaitu :

- (1) politik pembentukan hukum, dan
- (2) politik penegakan hukum.

Politik pembentukan hukum merupakan kebijakan yang bersangkutan dengan penciptaan, pembaharuan dan pengembangan hukum. Mencakup (a) kebijakan (Pembentukan) peraturan perundang-undangan, (b) kebijakan (pembentukan) hukum yurisprudensi atau putusan hukum, dan (c) kebijakan terhadap peraturan tidak tertulis lainnya. Adapun politik penegakan hukum merupakan kebijakan yang bersangkutan dengan (a) kebijakan di bidang peradilan, dan (b) kebijakan di bidang pelayanan hukum.

Konstruksi politik hukum dalam pemilihan politik hukum Indonesia terdiri atas dua model, terdapat politik hukum yang tetap dan

⁵ Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, (Yogyakarta: UII Press, 2003), hlm. 180-181.

tidak berubah (permanen), dan pada sisi lain terdapat politik hukum yang dapat berubah-ubah sesuai kebutuhan dalam jangka waktu tertentu. Adapun politik hukum Indonesia yang tidak berubah adalah meliputi :

- a. Adanya satu kesatuan sistem hukum Indonesia;
- b. Sistem hukum nasional dibangun berdasarkan Pancasila dan UUD Tahun 1945;
- c. Keadilan hukum kepada warga negara;
- d. Pembentukan hukum yang memperhatikan kemajemukan masyarakat;
- e. Hukum adat diakui keberadaannya sepanjang masih berlaku;
- f. Pembentukan hukum berdasarkan partisipasi masyarakat;
- g. Hukum dibuat dan ditegakkan demi kesejahteraan umum, demokratis berlandaskan hukum dan konstitusi.

Dalam bidang konstitusi, K.C. Wheara sebagaimana dikutip Mahfud MD⁶ menyebutkan bahwa “...a constitution is indeed the resultant of parallelogram of forces-political, economiand sosial-which operate at that of it adoption...” Makna demikian berarti,

Pertama, karea konstitusi merupakan produk situasi atau keadaan banga pada waktu tertentu maka konstitusi itu dapat beruba jika situasi dan kondisi masyarakat sudah berubah dan melahirkan tuntutan-tuntutan baru.... *kedua*, isi konstitusi sebenarnya merupakan kesepakatan tentang pilihan politik. Ia tidak dapat secara akategoris dikatakan benaratau salah atau dikatakan baik atau jelek... *ketiga*, isi konstitusi tidak harus mengikuti teori tertentuatau sistem yang berlaku di negara tertentu. Isi konstitusi dapat dipilih sendiri oleh bags dan negara yang membuatnya sesuai dengan kebutuhan domestiknya masing-masing.

⁶ AM Fatwa, *Potret Konstitusi Pasca Amandemen UUD 1945*, (Jakarta: Kompas, 2009), hlm. li.

UUD 1945 sebagai produk kesepakatan politik di era perjuangan fisik didesain sebagai konstitusi sederhana, singkat tetapi diharapkan fleksibel, dapat menyesuaikan dengan keadaan saat itu, yang sampai pada waktunya menurut Soekarno akan dilakukan perubahan dan pembentukan UUD yang lebih baik lagi. Demikian pula menurut Harun al Rasyid sebagaimana dikutip Muhtadi,⁷ UUD 1945 masih bersifat sementara sampai kemudian ditetapkan oleh lembaga yang dibentuk konstitusi untuk itu. Namun dalam perkembangannya, ketersingkatan konstitusi tersebut dijadikan sebagai instrumen hukum tertinggi yang melanggengkan kekuasaan setiap rezim yang berkuasa, sehingga kemudian justru melahirkan negara dengan demokrasi terpimpin dan demokrasi pancasila, yang keduanya serupa sama-sama tidak memberikan perlindungan dan pemenuhan hak-hak masyarakat.

Praktik ketatanegaraan berdasarkan UUD 1945 asli dibawah rezim Soeharto pada akhirnya mengantarkan pada upaya-upaya perubahan konstitusi yang didasarkan pada :

1. UUD Tahun 1945 membentuk struktur kekuasaan ketatanegaraan yang bertumpu pada kekuasaan tertinggi di tangan MPR yang sepenuhnya melakukan kedaulatan rakyat; yang berakibat tidak terjadinya saling mengawasi dan saling mengimbangi pada institusi kenegaraan;
2. UUD Tahun 1945 memberikan kekuasaan yang sangat besar kepada pemegang kekuasaan eksekutif (Presiden);
3. UUD Tahun 1945 mengandung pasal-pasal yang terlalu “luwes”, sehingga dapat menimbulkan lebih dari satu penafsiran (multitafsir);
4. UUD Tahun 1945 terlalu banyak memberikan kewenangan kepada kekuasaan Presiden untuk mengatur hal-hal penting dengan undang-undang; dan
5. Rumusan UUD Tahun 1945 tentang semangat penyelenggaraan negara belum cukup didukung ketentuan konstitusi yang

⁷ Muhtadi, *Asas Musyawarah Mufakat Daam UUD 1945*, Skripsi Fakultas Hukum Univ. Tadulako (Palu: FH Untad, 2001), hlm. 57.

memuat aturan dasar tentang kehidupan yang demokratis, supremasi hukum, pemberdayaan rakyat, penghormatan HAM, dan otonomi daerah.⁸

Dalam pidato penutupan Sidang Tahunan MPR tahun 2002, Amien Rais sebagaimana dikutip Saldi Isra⁹ menyatakan bahwa :

“Reformasi konstitusi yang telah dilakukan merupakan suatu langkah berdemokrasi dalam upaya menyempurnakan Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 menjadi konstitusi yang demokratis, konstitusi yang sesuai dengan semangat zaman, konstitusi yang mampu mewartakan dinamikabangsa dan perubahan zaman pada masa yang akan datang. Dengan UUD yang telah diamendir, dihadapan kita telah terbentang suatu era Indonesia baru yang lebih demokratis dan lebih maju.

B. Urgensi Pengawasan Terhadap Hakim Konstitusi

Perkembangan kenegaraan menunjukkan bahwa tiada satupun negara yang tidak mempunyai konstitusi. Inggris sekalipun yang sering dijadikan sebagai contoh negara tanpa konstitusi pada prinsipnya mengakui dan mempraktikkan ketatanegaraannya dengan konstitusi, meskipun bentuknya tidak sebagaimana Undang-Undang Dasar pada umumnya yang tertulis.

A.A.H. Struycken menyebutkan bahwa UUD sebagai konstitusi tertulis merupakan dokumen formal yang di dalamnya memuat :

1. Hasil perjuangan politik bangsa di waktu yang lampau;
2. Tingkat-tingkat tertinggi perkembangan ketatanegaraan bangsa;

⁸ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Memasyarakatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Sesuai dengan Urutan Bab, Pasal dan Ayat*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2005,) hlm. 6-8. Lihat juga A. Mukhtie Fadjar, *Reformasi Konstitusi Dalam Transisi Pragmatik*, dalam Bambang Widjoyanto, Saldi Isra, dan Marwan Mas (editor) : *Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi Independen*, (Jakarta: Sinar Harapan, 2002) hlm.

⁹ Saldi Isra, *Reformasi Hukum Tata Negara Pasca Amandemen UUD 1945*, (Padang: Andalas University, 2006), hlm. 196.

3. Pandangan tokoh-tokoh bangsa yang hendak diwujudkan, baik untuk waktu sekarang maupun untuk masa yang akan datang;
4. Suatu keinginan, dengan mana perkembangan kehidupan ketatanegaraan bangsa hendak dipimpin.¹⁰

Adapun kelaziman yang ditemukan sebagai materi muatan UUD setidaknya meliputi tiga hal pokok, yaitu :

1. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warganya;
2. Ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental; dan
3. Adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.¹¹

Namun demikian, tidak semua materi muatan UUD adalah kaidah kenegeraan. Melainkan juga terdapat kaidah yang menjadi dasar bagi hukum administrasi, pidana dan lain-lain,¹² termasuk didalamnya mengatur etika kehidupan berbangsa dan bernegara, serta perilaku penyelenggara negara adalah salah satu muatan konstitusi. Karena itu, membaca UUD juga seharusnya dilakukan sebagai *moral and philosophical reading of the constitution*.¹³

Salah satu materi muatan UUD Tahun 1945 sebagaimana diatur dalam Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24C adalah pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu penegak hukum dan keadilan, yang harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan

¹⁰ Taufiqurrahman Syahuri, *Hukum Konstitusi; Proses dan Prosedur Perubahan UUD di Indonesia 1945-2002 Serta Perbandingannya Dengan Konstitusi Negara Lain Di Dunia*, Ghalia Indonesia, Bogor Selatan, 2006, hal. 15, lihat juga Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi HTN Fak. Hukum UI, Jakarta, 1988, hal. 67., lihat pula A. Mukti Arto, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung: Redefinisi Peran dan Fungsi Mahkamah Agung untuk Membangun Indonesia Baru*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001, hal. 13.

¹¹ Sri Soemantri, M, *Ketetapan MPR(S) Sebagai Salah Satu Sumber Hukum Tata Negara*, Remadja Karya CV, Bandung, hal. 2, lihat juga Taufiqurrahman Syahuri, *Op.Cit.*, hal. 16, lihat juga A.Mukti Arto, *Op.Cit.*, hal. 13-14.

¹² Bagir Manan, *Hubungan Ketatanegaraan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi dengan Komisi Yudisial (Suatu Pertanyaan?)*, Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun ke XXI Nomor 244, Maret, IKAHI, Jakarta, 2006, hal. 4.

¹³ Jimly Asshidiqie, *Peradilan Etik dan Etika Konstitusi*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), hlm. 233.

yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara. Dalam pendekatan berbeda, prasyarat tersebut menghendaki hakim konstitusi untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku sebagai penyelenggara Negara.

Namun demikian, tertangkapnya Ketua Mahkamah Konstitusi (MK) Akil Mochtar, oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) seakan membenarkan terjadinya pembagian dan pemencaran kejahatan pada setiap organ kekuasaan negara di semua tingkatan (dari *trias politika* menjadi *trias koruptika*),¹⁴ sekaligus mengkonfirmasi perlunya mempertimbangkan kembali keterlibatan lembaga lain dalam mengawasi perilaku hakim konstitusi¹⁵ setelah sebelumnya dibatalkan melalui Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006.¹⁶

Inkonstitusionalitas pengawasan Komisi Yudisial (KY)¹⁷ menurut MK dalam putusannya didasarkan pada dua *legal reasoning* utama, yaitu problematika interpretasi pembentuk konstitusi (*original intent*) dan sistematis,¹⁸ yang keduanya menurut mahkamah terjadi inskonsistensi antara penormaan Pasal 24B ayat (1) Undang-Undang Dasar (UUD) Tahun 1945 dengan Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang

¹⁴ Malik, *Perppu Pengawasan Hakim MK Versus Putusan Final MK*, Jurnal Konstitusi, Volume 10, Nomor 4. Desember, (Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal MK, 2013), hlm. 580.

¹⁵ Cetak biru MK membenarkan adanya keterlibatan institusi non peradilan yang mengawasi kinerja lembaga tersebut dan aparaturnya. MK-RI, *Cetak Biru Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MK RI, 2004), hlm. 15.

¹⁶ Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

¹⁷ Lihat Pasal 21 Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial jo Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Penghapusan wewenang KY mengawasi perilaku hakim konstitusi setelah putusan MK No. 005/PUU-IV/2006 diadopsi dalam Pasal 44 Undang-undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (LNRI Tahun 2009 Nomor 157, TLNRI Nomor 5076), serta penghapusan wewenang KY mengusulkan penjatuhan sanksi bagi hakim kepada Pimpinan MA/MK dengan menghapus Pasal 21 dalam Undang-undang Nomor 18 Tahun 2011 tentang Perubahan terhadap Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisia (LNRI Tahun 2011 Nomor 106, TLNRI Nomor 5250).

¹⁸ Lihat Putusan MKRI Nomor 005/PUU-IV/2006, hlm. 173-176.

Komisi Yudisial¹⁹ serta Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman²⁰ terkait pelaksanaan wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim, sehingga pengawasan KY terhadap hakim konstitusi dikualifikasikan bertentangan dengan UUD Tahun 1945, tetapi sebaliknya, Hakim Agung dan hakim badan peradilan dalam lingkungan Mahkamah Agung menjadi objek pengawasan KY.²¹

Guna menghindari kekosongan hukum dan organ pengawas perilaku hakim konstitusi, dibentuk pengawas permanen, Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi (MKHK) berdasarkan Pasal 27A Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi²² beranggotakan 5 orang²³ yang kemudian dinyatakan illegal kembali oleh Putusan MK Nomor 49/PUU-IX/2011²⁴ dengan mendalilkan bahwa adanya unsur DPR, unsur pemerintah, dan hakim agung berpotensi menimbulkan konflik kepentingan karena DPR, Pemerintah dan Mahkamah Agung, serta Komisi Yudisial dapat menjadi pihak yang berperkara di Mahkamah Konstitusi.²⁵ Lebih dari itu, MK mendalilkan bahwa keanggotaan MKHK tersebut tidak memberi jaminan kemandirian dan imparialitas mahkamah, karenanya MK bersikukuh membentuk MKHK tersendiri dengan keanggotaan selain dari MK juga berasal dari unsur lain yang independen dan tidak partisan.²⁶

Ketidaan kembali pengawas perilaku hakim konstitusi, secara internal MK membentuk Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (MKMK) melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 1 Tahun

¹⁹ Lembaran Negara RI (*LNRI*) Tahun 2004 Nomor 89, Tambahan Lembaran Negara RI (*TLNRI*) Nomor 4415.

²⁰ *LNRI* Tahun 2004 Nomor 8, *TLNRI* Nomor 4397.

²¹ *Ibid.*, hlm. 173-176.

²² *LNRI* Tahun 2011 Nomor 70, *TLNRI* Nomor 5226

²³ Pasal 27A ayat (2) UU No. 8/2011, MKHK beranggotakan 5 (lima) orang, masing-masing seorang dari hakim konstitusi, komisioner KY, unsur DPR, unsur pemerintah bidang hukum dan hakim agung.

²⁴ Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011 tentang Pengujian Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Tahun 1945 tanggal 14 Oktober 2012.

²⁵ *Ibid.*, hlm. 72.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 73.

2013, beranggotakan 5 (lima) orang, terdiri dari unsur hakim konstitusi, komisioner KY, mantan pimpinan lembaga negara, mantan hakim konstitusi/hakim agung dan guru besar senior ilmu hukum. Keanggotaan tersebut menghilangkan unsur DPR, pemerintah dan hakim agung sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27A ayat (2) UU MK. MKMK dapat dibentuk berdasarkan permintaan hakim telapor, ataupun sebagai instrumen yang dibentuk atas dasar laporan dan/atau informasi untuk kemudian diplenokan dalam rapat tertutup.²⁷

Akan tetapi, tertangkapnya Ketua MK aktif pada 2 Oktober 2013 mementahkan legal reasoning Putusan MK Nomor 49/PUU-IX/2011 serta memberikan jawab atas dugaan tidak efektifnya lembaga pengawas internal dalam lembaga peradilan,²⁸ sekaligus menunjukkan kelemahan sistem pengawasan internal yang belum ditemukan solusinya.²⁹

Bagi Presiden, tertangkapnya ketua MK diterjemahkan sebagai kondisi yang memenuhi kaidah hal ikhwal kegentingan yang memaksa sebagaimana dimaksud Pasal 22 ayat (1) UUD Tahun 1945, sehingga diambil langkah konstitusional menyelamatkan lembaga melalui Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu) Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi,³⁰ untuk selanjutnya ditetapkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) menjadi Undang-undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Perpu Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-Undang.³¹

Maksud hal ikhwal kegentingan yang memaksa dalam Perpu secara terang benderang (*expressis verbis*) diletakkan dalam dua pertimbangan mendasar :

²⁷ Lihat Pasal 12 dan 13 PMK No. 1/2013

²⁸ Mahkamah Agung, *Cetak Biru Pembaruan Mahkamah Agung RI*, (Jakarta: Leip-MA, 2003), hlm. 93. Lihat juga Yohanes Usfunan, *Pengawasan Hakim*, dalam http://www.kompas.com/kompas-cetak/_/0703/15/opini/3369799.htm , (terakhir kali dikunjungi pada 21 Mei 2014 jam 13.20 WIB).

²⁹ Dian Rosita, *Mengkaji Ulang Konsep Rule of Law dalam Pembaharuan Peradilan di Indonesia*, Jurnal Konstitusi Vol. 1 No. 1 November, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2008), hlm. 6-20.

³⁰ LNRI Tahun 2013 Nomor 167, TLNRI Nomor 5456.

³¹ LNRI Tahun 2014 Nomor 167, TLNRI Nomor 5456.

- a. bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (5) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, dan negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan serta tidak merangkap jabatan sebagai pejabat negara;
- b. bahwa untuk menyelamatkan demokrasi dan negara hukum Indonesia serta untuk mengembalikan kewibawaan dan kepercayaan masyarakat terhadap Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang menjalankan fungsi menegakkan Undang-Undang Dasar, perlu dilakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, terutama terhadap ketentuan mengenai syarat dan tata cara seleksi, pemilihan, dan pengajuan calon hakim konstitusi serta pembentukan majelis kehormatan hakim konstitusi.

Salah satu substansi materi Perpu dibentuknya Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi sebagai lembaga penjaga kehormatan dan perilaku hakim konstitusi,³² yang dibentuk MK bersama-sama dengan KY,³³ beranggotakan 5 (lima) orang,³⁴ dengan kewenangan :

- a. memanggil hakim konstitusi yang diduga melakukan pelanggaran kode etik untuk memberikan penjelasan dan pembelaan;
- b. memanggil pelapor, saksi, dan/atau pihak lain yang terkit untuk dimintai keterangan, termasuk untuk dimintai dokumen atau bukti lain; dan

³² Lihat Pasal 1 angka 4 Perpu.

³³ Lihat Pasal 27A ayat (4) Perpu.

³⁴ Pasal 27A ayat (5) Perpu menyebutkan anggota MKHK terdiri dari seorang mantan hakim konstitusi, seorang praktisi hukum, dua orang akademisi yang salah satu atau keduanya berlatar belakang dibidang hukum dan seorang tokoh masyarakat.

- c. memberikan sanksi kepada hakim konstitusi yang terbukti melanggar kode etik.³⁵

Berbeda dengan semangat Perpu yang mendorong keterlibatan KY dalam pembentukan MKHK, secara tegas MK menolak keterlibatan KY dengan membentuk Dewan Etik Hakim Konstitusi melalui PMK Nomor 2 Tahun 2013 tentang Dewan Etik Hakim Konstitusi yang beranggotakan 3 (tiga) orang masing-masing berasal dari mantan hakim konstitusi, akademisi dan tokoh masyarakat, dengan durasi masa jabatan selama 3 (tiga) tahun. Dewan Etik inilah yang kemudian berhak merekomendasikan pembentukan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi apabila untuk mengadili hakim terlapor yang melakukan pelanggaran berat atau hakim telah mendapatkan teguran tulis dan/atau lisan sebanyak 3 (tiga) kali.

Bersamaan dengan pengesampingan MKHK bentukan Perpu dengan Dewan Etik buatan PMK No. 2/2013, keberadaan Perpu yang lahir dari semangat mempertahankan dan mengembalikan harkat martabat dan kehormatan MK, namun menimbulkan polemik ketatanegaraan. Selain diduga mereduksi kewenangan lembaga negara yang diberikan konstitusi, juga telah merubah Pasal 24B dan 24C UUD Tahun 1945 dengan norma yang lebih rendah dari konstitusi itu sendiri sehingga dianggap bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Kondisi demikian yang pada akhirnya menjadi argumentasi hukum diajukan pengujian derajat konstitusionalitasnya di MK.

Pada Kamis 13 Februari 2014, MK mengabulkan permohonan pengujian Undang-undang Nomor 4 Tahun 2014 dengan Putusan Nomor 1-2/PUU-XII/2014 tentang Pengujian Undang-undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Perpu Nomor 1 Tahun 2013 tentang Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-undang, dengan menyatakan bahwa Undang-undang Nomor 4 Tahun 2014 bertentangan dengan UUD Tahun 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat serta memberlakukan kembali Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-

³⁵ Lihat Pasl 27A ayat (9) Perpu.

undang No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.³⁶ Dengan demikian, keberadaan organ rekrutmen hakim MK (panel ahli), Majelis kehormatan Hakim MK, dan syarat-syarat lain yang diatur dalam Perpu dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat.

Berbeda dengan Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006 yang menggunakan argumentasi sistematis dan *original intent* pembuat UUD Tahun 1945, dan Putusan MK No. 49/PUU-IX/2011 dengan dalil tidak adanya jaminan kemandirian dan kenetralan MKHK karena keanggotaannya tidak netral, maka dalam Putusan No. 1-2/PUU-IX/2014 penghapusan kembali lembaga pengawas hakim konstitusi yang melibatkan KY didasarkan pada penerapan prinsip *check and balances* yang tidak tepat diterapkan dalam kekuasaan kehakiman yang merdeka, tetapi mengatur relasi legislatif dan eksekutif,³⁷ serta menggunakan terminologi terjadinya penyelundupan hukum yang dilakukan Perpu karena pengabaian terhadap Putusan No. 005/PUU-IV/2006,³⁸ lebih dari itu MK berpendapat syarat objektivitas dari hak subjektivitas Presiden menerbitkan Perpu tidak terpenuhi,³⁹ yaitu tidak adanya indikasi kegentingan yang memaksa yang harus diselesaikan sesegera mungkin, tidak pula mempunyai akibat *prompt immediatelly* (sontak segera) untuk memecahkan permasalahan hukum sebagaimana yang seharusnya terdapat dalam pertimbangan Perpu No.1/2013.⁴⁰ Dengan demikian, penghapusan kembali lembaga pengawas perilaku hakim konstitusi yang melibatkan lembaga lain dapat menjadi preseden buruk penegakan hukum, yang dapat menyuburkan tirani judisial, dan tirani

³⁶ Putusan MK No. 1-2/PUU-IX/2014, hlm. 121-122.

³⁷ *Ibid.*, hlm. 110.

³⁸ *Ibid.*, hlm. 115.

³⁹ Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009 menetapkan tiga syarat kegentingan yang memaksa sebagaimana dimaksud Pasal 22 ayat (1) UUD Tahun 1945, yaitu

1. Adanya keadaan yaitu kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan Undang-Undang;
2. Undang-Undang yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada Undang-Undang tetapi tidak memadai;
3. Kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat Undang-undang secara prosedural biasa karena akan memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan.

⁴⁰ Putusan No. 1-2/PUU-IX/2014, hlm. 119-120.

kekuasaan kehakiman,⁴¹ yang dijalankan Mahkamah Konstitusi secara monopolistik.

Akan tetapi, untuk menjamin kepastian hukum dan agar tidak terjadinya kekosongan hukum dan lembaga pengawas perilaku hakim konstitusi kembali, pada 18 Maret 2014 MK menerbitkan PMK Nomor 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (MKHK) yang sekaligus menyatakan tidak berlaku PMK 1/2013 dan PMK 2/2013. MKHK model PMK 2/2014 mempunyai sejumlah perbedaan mendasar dengan bentuk PMK 1/2013, sedangkan Dewan Etik yang diadopsi PMK 2/2014 adalah serupa dengan yang dimaksud PMK 2/2013 dengan penegasan akademisi yang dimaksud PMK 2/2013 menjadi guru besar ilmu hukum. Tabel berikut mendeskripsikan perbedaan dan persamaan diantara lembaga pengawas perilaku hakim konstitusi sejak 2004.

Tabel 1
Lembaga Pengawas Perilaku Hakim Konstitusi

| Lembaga | Kedudukan dan masa jabatan | Pembentuk dan Anggota | Wewenang |
|--|--|--|--|
| (1) | (2) | (3) | (4) |
| Komisi Yudisial (Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006 menghapus wewenang KY mengawasi dan/atau menjatuhkan sanksi bagi hakim konstitusi) | Organ konstitusi Pasal 24B UUD Tahun 1945 | Diangkat dan diberhentikan oleh Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat. | “...dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. |
| | UU 22/2004 jo UU 18/2011 Masa jabatan 5 tahun dan dapat dipilih lagi untuk satu | Beranggotakan 7 (tujuh) orang : 2 orang mantan hakim 2 orang | menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim dengan cara melakukan pengawasan terhadap perilaku hakim dalam |

⁴¹ Paulus Effendi Lotulung, *Presfektif Fungsi MA ke Depan*, dalam Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktek Sehari-hari; Upaya Menanggulangi Tunggakan Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan MA*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2001, hal. xxxvi.

| Lembaga | Kedudukan dan masa jabatan | Pembentuk dan Anggota | Wewenang |
|-------------------------------------|--|--|--|
| | periode berikutnya. | praktisi hukum 2 orang akademisi 1 orang tokoh masyarakat | rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim. |
| Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi | Organ institusional PMK No.1/2013 Insidental Maksimal 90 (sembilan puluh) hari (60 + 30) | Dibentuk MK beranggotakan 5 (lima) orang : 1 orang hakim konstitusi 1 orang pimpinan KY 1 orang mantan pimpinan lembaga negara 1 orang mantan hakim konstitusi atau hakim agung 1 orang guru besar ilmu hukum | Memeriksa dan mengambil keputusan terhadap laporan dan/atau informasi adanya pelanggaran hakim konstitusi terhadap Pasal 23 (2) huruf b, c, d, e, f, g, h atau tidak melakukan kewajiban dan melanggar larangan Pasal 27B UU MK. |
| Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi | Organ undang-undang Perpu No.1/2013 jo UU 4/2014 Tetap 5 tahun tidak dapat dipilih kembali | Dibentuk MK bersama KY beranggotakan 5 (lima) orang : 1 orang mantan hakim konstitusi; 1 orang praktisi hukum; 2 orang | a. memanggil hakim konstitusi yang diduga melakukan pelanggaran kode etik untuk memberikan penjelasan dan pembelaan b. memanggil pelapor, saksi, dan/atau pihak lain yang terkait untuk dimintai keterangan, termasuk untuk dimintai dokumen atau |

| Lembaga | Kedudukan dan masa jabatan | Pembentuk dan Anggota | Wewenang |
|-----------------------------|--|--|--|
| | | akademisi yang salah satu atau keduanya berlatar belakang hukum; 1 orang tokoh masyarakat. | bukti lain; c. memberikan sanksi kepada hakim konstitusi yang terbukti melanggar kode etik. |
| Dewan Etik Hakim Konstitusi | Organ institusional, PMK No. 2/2013 Bersifat tetap, dibentuk sampai terbentuk MKHK berdasarkan Perpu No.1/2013. | Dibentuk MK, beranggotakan 3 (tiga) orang : 1 orang mantan hakim konstitusi 1 orang akademisi 1 orang tokoh masyarakat. | a. Menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat dan perilaku hakim, serta Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi, supaya Hakim tidak melakukan pelanggaran; b. Melakukan pengumpulan, pengolahan dan penelaahan laporan dan informasi tentang perilaku hakim; c. Memeriksa Hakim Terlapor atau Hakim yang diduga melakukan pelanggaran; d. Menyampaikan laporan dan informasi yang telah dikumpulkan, diolah dan ditelaah tentang perilaku Hakim Terlapor atau Hakim yang Diduga melakukan pelanggaran, dalam sidang Majelis Kehormatan; e. Menyampaikan laporan |

| Lembaga | Kedudukan dan masa jabatan | Pembentuk dan Anggota | Wewenang |
|--|---|---|--|
| | | | pelaksanaan tugas secara tertulis setiap bulan kepada Mahkamah. |
| Majelis Kehormatan | Organ institusional PMK 2/2013 | Dibentuk atas usul Dewan Etik kepada MK dalam hal : a. Dewan Etik berpendapat Hakim terlapor/ hakim terduga telah melakukan pelanggaran berat; b. Hakim terlapor/ Hakim yang diduga telah mendapatkan teguran lisan/tertulis sebanyak 3 kali. | Diatur lebih lanjut dalam PMK. |
| Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi | Organ institusional PMK No. 2/2014 Bersifat insidental, atas | Dibentuk MK atas usul Dewan Etik, beranggotakan 5 (lima) orang : 1 orang hakim | Tugas : a. Melakukan pengolahan dan penelaahn terhadap laporan yang diajukan Dewan Etik mengenai dugaan pelanggaran |

| Lembaga | Kedudukan dan masa jabatan | Pembentuk dan Anggota | Wewenang |
|---------|---|--|---|
| | dasar dugaan terjadinya pelanggaran berat Hakim Terlapor. | konstitusi; 1 orang anggota KY; 1 orang mantan hakim konstitusi; 1 orang guru besar hukum; 1 orang tokoh masyarakat. | berat yang dilakukan Hakim Terlapor atau Hakim Terduga, serta mengenai Hakim Terlapor atau Hakim Terduga yang telah mendapatkan teguran lisan sebanyak 3 (tiga) kali; b. Menyampaikan Keputusan Majelis Kehormatan kepada MK. |
| | | | Wewenang : a. Memanggil dan memeriksa hakim terlapor atau hakim terduga yang diajukan Dewan Etik untuk mendapatkan penjelasan dan pembelaan, termasuk meminta dokumen atau bukti lain; b. Memanggil dan meminta keterangan pelapor, saksi dan/atau pihak lain yang terkait dengan dugaan pelanggaran berat yang dilakukan Hakim Terlapor/Hakim Terduga untuk mendapat keterangan, termasuk meminta dokumen atau alat bukti lain; c. Menjatuhkan keputusan berupa sanksi atau rehabilitasi. |

| Lembaga | Kedudukan dan masa jabatan | Pembentuk dan Anggota | Wewenang |
|-----------------------------|---|---|---|
| Dewan Etik Hakim Konstitusi | <p>Organ institusional PMK No. 2/2014</p> <p>Dipilih oleh panitia seleksi (Pansel) independen. Pansel terdiri dari 3 (tiga) orang :</p> <p>1 orang mantan hakim konstitusi; 1 orang akademisi; 1 orang tokoh masyarakat.</p> <p>Anggota Pansel dipilih dalam rapat pleno hakim yang tertutup.</p> | <p>Dibentuk MK terkait laporan dan/atau informasi dugaan pelanggaran Hakim Terlapor/Terduga.</p> <p>Beranggotakan 3 (tiga) orang :</p> <p>1 orang mantan hakim konstitusi; 1 orang guru besar ilmu hukum; 1 orang tokoh masyarakat.</p> | <p>Tugas :</p> <p>a. Melakukan pengumpulan, pengolahan, dan penelaahan laporan dan/atau informasi dugaan pelanggaran Hakim Konstitusi;</p> <p>b. Menyampaikan laporan pelaksanaan tugas secara tertulis setiap tahun kepada Mahkamah Konstitusi.</p> <p>Wewenang :</p> <p>a. Memberikan pendapat secara tertulis atas pertanyaan hakim konstitusi mengenai suatu perbuatan yang mengandung keraguan sebagai pelanggaran dalam Pasal 21(2) PMK;</p> <p>b. Memanggil dan memeriksa Hakim Terlapor/Terduga melakukan pelanggaran terhadap Pasal 21(1) PMK untuk memberikan penjelasan dan pembelaan, termasuk untuk dimintai dokumen atau alat bukti lain;</p> <p>c. Memanggil dan meminta keterangan pelapor, saksi dan/atau pihak lain yang terkait dengan dugaan pelanggaran yang</p> |

| Lembaga | Kedudukan dan masa jabatan | Pembentuk dan Anggota | Wewenang |
|---------|----------------------------|-----------------------|---|
| | | | <p>dilakukan Hakim Terlapor/Terduga pelanggaran Pasal 21 (2) PMK termasuk meminta doumen atau alat bukti lain;</p> <p>d. Menjatuhkan sanksi berupa teguran lisan kepada Hakim Terlapor/Terduga yang terbukti melanggar Pasal 21 (2) PMK;</p> <p>e. Mengusulkan pembentukan Majelis Kehormatan untuk memeriksa dan mengambil keputusan terhadap Hakim Terlapor/Terduga yang diduga melakukan pelanggaran berat yang dimaksud Pasal 21 (2) PMK dan untuk memeriksa dan mengambil keputusan terhadap Hakim Terlapor/Terduga yang telah mendapatkan teguran lisan dan/atau tertulis sebanyak 3 (tiga) kali;</p> <p>f. Mengusulkan pebebastugasan Hakim Terlapor/Terduga yang diduga telah melakukan pelanggaran berat terhadap ketentuan dalam Pasal 21 (2) PMK dan Hakim</p> |

| Lembaga | Kedudukan dan masa jabatan | Pembentuk dan Anggota | Wewenang |
|---------|----------------------------|-----------------------|---|
| | | | Terlapor/Terduga yang telah mendapatkan teguran lisan sebanyak 3 (tiga) kali. |

Sumber : data diolah dari UU KY No. 22/2004 Jo. UU No. 18/2011, UU Kekuasaan Kehakiman No. 4/2004 Jo. UU No. 49/2009, Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006, UU MK No. 24/2003 Jo. UU No. 8/2011, Putusan MK No. 49/PUU-IX/2011, PMK No. 1/203, Perpu No. 1/2013 Jo. UU No. 4/2014, PMK No. 2/2013, Putusan MK No. 1-2/PUU-IX/2014, PMK No. 2/2014.

Tabel tersebut menunjukkan bahwa institusional MK sangat rentan terhadap upaya keterlibatan pihak lain dalam mengawasi perilaku hakim konstitusi, dan cenderung menolak setiap tindakan-tindakan yang mengarah pada masuknya unsur ekstra yudisial dalam ranah penegakan etika hakim, yang sebenarnya dimaksudkan tidak untuk terlibat dalam mekanisme yudisial.

C. Penutup

1. Meskipun terdapat penolakan terhadap adanya campur tangan lembaga non yudisial (extra judicial) dalam pengawasan hakim konstitusi, tetapi telah menjadi pilihan politik hukum yang permanen bahwa dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim diperlukan pengawasan terhadap perilaku hakim agar sesuai kode etik dan pedoman perilaku sehingga setiap putusan hakim dilaksanakan dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD Tahun 1945;
2. Politik hukum insidentil pengawasan hakim berdasarkan norma UUD Tahun 1945 adalah :
 - a. Perilaku hakim Konstitusi diawasi oleh Dewan Etik yang dibentuk MK, sedangkan terhadap hakim terlapor atau terduga melakukan pelanggaran kode etika dan/atau

pedoman perilaku hakim Konstitusi dibentuk Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang pembentukannya diusulkan Dewan Etik, dengan tugas melaksanakan dan berfungsi sebagai peradila etik.

- b. Putusan MK tidak dapat dilakukan pengawasan judicial sebagaimana halnya pengawasan putusan pengadilan yang berada di lingkungan MA melalui mekanisme upaya hukum (biasa dan luar biasa). Namun demikian, putusan MK dapat dilakukan masyarakat melalui monitoring terhadap pelaksanaan putusan dimaksud, termasuk koreksi melalui kegiatan akademik tetapi tidak dapat merubah putusan.

DAFTAR PUSTAKA

Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1998.

Satjipto Rahardjo, *Imu Hukum*, Alumni, Bandung, 1986.

Armen Yasir, *Hukum Perundang-undangan*, Justice Publisher, Bandar Lampung 2014.

Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, *Dasar-dasar Politik Hukum*, Rajawali Press, Jakarta, 2003.

Bagir Manan, *Teori dan Pilitik Konstitusi*, UII Press, Yogyakarta, 2003.

AM Fatwa, *Potret Konstitusi Pasca Amandemen UUD 1945*, Kompas, Jakarta, 2009.

Muhtadi, *Asas Musyawarah Mufakat Daam UUD 1945*, Skripsi Fakultas Hukum Univ. Tadulako, FH Untad, Palu, 2001.

Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Memasyarakatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Sesuai dengan Urutan Bab, Pasal dan Ayat*, Sekretariat Jenderal MPR-RI, Jakarta, 2005

Bambang Widjoyanto, Saldi Isra, dan Marwan Mas (editor) : *Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi Independen*, Sinar Harapan, Jakarta, 2002.

- Saldi Isra, *Reformasi Hukum Tata Negara Pasca Amandemen UUD 1945*, Andalas University, Padang, 2006.
- Taufiqurrahman Syahuri, *Hukum Konstitusi; Proses dan Prosedur Perubahan UUD di Indonesia 1945-2002 Serta Perbandingannya Dengan Konstitusi Negara Lain Di Dunia*, Ghalia Indonesia, Bogor Selatan, 2006.
- Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi HTN Fak. Hukum UI, Jakarta, 1988
- A. Mukti Arto, *Konsepsi Ideal Mahkamah Agung; Redefenisi Peran dan Fungsi Mahkamah Agung untuk Membangun Indonesia Baru*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001.
- Sri Soemantri, M, *Ketetapan MPR(S) Sebagai Salah Satu Sumber Hukum Tata Negara*, Remadja Karya CV, Bandung, 1986.
- Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun ke XXI Nomor 244, Maret, IKAHI, Jakarta, 2006
- Jimly Asshidiqie, *Peradilan Etik dan Etika Konstitusi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014.
- Jurnal Konstitusi, Volume 10, Nomor 4. Desember, Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal MK, Jakarta, 2013.
- Cetak biru MK membenarkan adanya keterlibatan institusi non peradilan yang mengawasi kinerja lembaga tersebut dan aparaturnya. MK-RI, *Cetak Biru Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Sekretariat Jenderal MK RI, Jakarta, 2004.
- Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

- Undang-undang Nomo 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (LNRI Tahun 2011 Nomor 70, TLNRI Nomor 5226).
- Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial (Lembaran Negara RI (LNRI) Tahun 2004 Nomor 89, Tambahan Lembaran Negara RI (TLNRI) Nomor 4415), sebagaimana diubah dengan Undang-undang Nomor 18 Tahun 2011 tentang Perubahan terhadap Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisia (LNRI Tahun 2011 Nomor 106, TLNRI Nomor 5250).
- Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (LNRI Tahun 2004 Nomor 8, TLNRI Nomor 4397).
- Undang-undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekusaan Kehakiman (LNRI Tahun 2009 Nomor 157, TLNRI Nomor 5076)
- Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 1/2013 tentang Dewan Etik Mahkamah Konstitusi.
- Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 2/2013 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi
- Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 2/2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi
- Mahkamah Agung, *Cetak Biru Pembaruan Mahkamah Agung RI*, Leip-MA, Jakarta, 2003.
- Yohanes Usfunan, *Pengawasan Hakim*, dalam <http://www.kompas.com/kompas-cetak/0703/15/opini/3369799.htm> , (terakhir kali dikunjungi pada 21 Mei 2014 jam 13.20 WIB).
- Jurnal Konstitusi Vol. 1 No. 1 November, Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua atas undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (LNRI Tahun 2013 Nomor 167, TLNRI Nomor 5456).

Undang-undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua atas undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menjadi Undang-undang (LNRI Tahun 2014 Nomor 167, TLNRI Nomor 5456).

Putusan MK No. 1-2/PUU-IX/2014 tentang Pengujian Undang-undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Perpu Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan kedua atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menjadi Undang-undang.

Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Perpu No. 10 Tahun 1999 tentang pemberantasan Tindak Pidana Terorisme terhadap UUD 1945.

Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktek Sehari-hari; Upaya Menanggulangi Tunggakan Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan MA*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2001.

Putusan Nomor 49/PUU-IX/2011 tentang Pengujian Undang-undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi terhadap UUD Tahun 1945

SUDUT PANDANG HUKUM SEBAGAI SISTEM ALOKASI TERHADAP UNDANG- UNDANG SISTEM PERADILAN PIDANA ANAK

Yusdiyanto, S.H.,M.H

A. Pendahuluan

Anak merupakan amanah dan karunia Tuhan Yang Maha Esa yang memiliki harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya, sehingga orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah dan negara bertanggung jawab untuk menjaga dan memelihara hak asasi anak sesuai kewajiban yang dibebankan oleh hukum.

Perlindungan anak dalam segala aspeknya merupakan bagian dari kegiatan Pembangunan Nasional, khususnya dalam memajukan kehidupan berbangsa dan bernegara. Dengan demikian, orangtua, keluarga, masyarakat dan pemerintah bertanggungjawab untuk menjaga dan memelihara hak asasi tersebut sesuai dengan kewajiban yang diatur oleh hukum, guna mewujudkan kehidupan terbaik bagi anak yang diharapkan sebagai penerus bangsa yang potensial, tangguh, memiliki nasionalisme yang dijiwai oleh akhlak mulia dan nilai Pancasila.

Persoalan anak ditinjau dari aspek sosio-kultural dan hukum selalu saja aktual dan tidak pernah sepi didiskusikan dalam berbagai kegiatan ilmiah, mulai dari tahapan kebijakan hingga tahap aplikatif, baik di tingkat nasional maupun regional bahkan juga internasional.

Dalam perspektif Peradilan Anak di Indonesia, berbagai produk hukum baik yang bersumber dari instrumen international dan nasional

telah diakomodir dalam perumusan mengenai pemidanan anak. Berikut ini menurut instrumen *internasional* adalah:

1. Resolusi PBB No. 1386 tgl 20 November 1959 mengenai “Declaration of the Rights of the Child”.
2. Resolusi PBB 40/33 tgl 29 November 1985 tentang UNSMRJJ (Beijing Rules)
3. Resolusi PBB 43/121 tgl 8 Desember 1988 tentang “The use of children in the illicit traffic in narcotik drugs”
4. Resolusi PBB 44/25 tgl 20 November 1989 tentang “Convention of the Rights of the Child” (CRC)
5. Resolusi PBB 45/112 tgl 14 Desember 1990 tentang “UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (Riyadh Guideline)”
6. Resolusi PBB 45/113 tgl 14 Desember 1990 tentang “UN Rules of the Protection of Juvenile Deprived of their Liberty”.
7. Resolusi PBB 45/115 tgl 14 Desember 1990 tentang “The Instrumental use of children in criminal activities”.
8. 1999 ILO Convention No. 182 on the Convention on the Worst Forms of Child Labor”
9. 2000 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children”
10. The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography.

Pada tingkat Nasional instrumen yang melakukan Perlindungan Anak antara lain adalah sebagai berikut:

1. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), pasal-pasal 278, 283, 287, 290, 294, 297, 301, 305 308 dan 341 KUHP.
2. UU No. 7 tahun 1984 tentang Ratifikasi CEDAW
3. Keppres No. 36 tahun 1990 tentang Ratifikasi Convention of the Rights of the Child
4. UU No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

5. UU No. 1 tahun 2000 Pengesahan Konvensi ILO No. 182 tentang Bentuk-bentuk Terburuk Pekerja Anak
6. UU No. 23 tentang Perlindungan Anak
7. UU No. 13 tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan
8. UU No. 39 tahun 2004 tentang Buruh Migran
9. UU No. 21 tahun 2007 tentang Perdagangan Orang.
10. UU No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak
11. UU No. 11 Tahun 2012 Tentang sistem Peradilan Pidana Anak

B. Kasus Anak di Indonesia

Informasi dari Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan BPS dalam Susenas tahun 2006 tentang kekerasan terhadap Perempuan dan Anak, menunjukkan bahwa 3,02% anak di Indonesia pernah mengalami kekerasan. Berdasarkan pengaduan Komisi Nasional Perlindungan Anak dan Lembaga Perlindungan Anak di seluruh Indonesia, memperlihatkan bahwa di tahun 2007 terdapat 1.520 kasus tindak kekerasan terhadap anak dan di tahun 2008 meningkat menjadi 6,295 kasus, kasus kekerasan fisik 4,818 kasus, kasus kekerasan seksual 699 kasus, kekerasan psikis sebanyak 778 kasus. Artinya setiap tahunnya banyak anak di Indonesia diajukan ke pengadilan atas kejahatan ringan, seperti pencurian dan kekerasan.

Fakta di lapangan menunjukkan bahwa dari tahun ke tahun jumlah kejahatan yang melibatkan anak-anak sebagai pelaku bukan saja menurun tapi cenderung meningkat. Kondisi ini semakin parah dengan sikap aparat penegak hukum mulai dari polisi dan jaksa yang nampaknya ringan tangan memproses secara hukum sampai hakim secara gampang menjatuhkan vonis terhadap anak-anak yang terlibat tindak pidana untuk masuk ke dalam penjara.

Padahal, persoalan pidana tidak selalu dapat dipahami oleh anak. Pidana tidak jarang justru menyisakan luka di hati mereka. Masih tingginya angka kriminalitas yang berakhir dengan pemenjaraan,

menunjukkan bahwa pidana tipe ini tidak efektif dan belum mencapai tujuan yang diinginkan. Pidana penjara yang dijatuhkan dimaksudkan agar si anak menjadi jera dan tidak mau mengulangi lagi kejahatannya lagi, justru tidak jarang menurunkan harga diri anak dan menimbulkan dendam yang mendalam.

Dasar penghukuman anak menurut Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak yang selama ini dilakukan memperpanjang catatan kelam sistem pemidanaan terhadap anak selama ini.

Sebagaimana diketahui, dimana masa anak-anak sangat membutuhkan kasih sayang terutama dari orang tua/ walinya untuk dapat berkembang dan belajar sebagaimana layaknya anak-anak pada umumnya. Keadaan ini tidak akan ditemui jika anak ditempatkan dalam lembaga pemasyarakatan yang dibatasi oleh tembok tinggi serta dalam suasana yang tidak harmonis antara satu dan lainnya.¹

C. Permasalahan Penjara Anak

Pemenjaraan sebagai upaya utama (*premium remidium*) dalam menangani anak yang berkonflik dengan hukum sangat bertentangan dengan prinsip-prinsip yang terdapat dalam Resolusi Perserikatan Bangsa-Bangsa Nomor 45/113 tentang Peraturan PBB bagi Perlindungan Anak yang Kehilangan Kebebasannya.

Berdasarkan data dari Direktorat Jenderal Pemasyarakatan, Kementerian Hukum dan HAM, jumlah narapidana anak (anak didik pemasyarakatan) dari 5.630 anak pada bulan Maret 2008, meningkat menjadi 6.271 anak pada awal tahun 2010, dan sebagian besar, yaitu hampir sekitar 57 persen dari mereka tergabung dengan tahanan orang dewasa (berada di rumah tahanan dan lembaga pemasyarakatan untuk orang dewasa). Kondisi ini tentu saja sangat memprihatinkan, karena keberadaan anak dalam tempat penahanan dan pemenjaraan bersama

¹Marlina. *Peradilan Pidana Anak di Indonesia: Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice*.(Bandung: PT.Refika Aditama, 2009), hlm.118.

orang dewasa, menempatkan anak-anak pada situasi rawan menjadi korban berbagai tindak kekerasan.²

Lembaga pemasyarakatan di seluruh Indonesia yang banyak mengalami *over capacity* tidak memperhatikan kepentingan terbaik bagi anak sehingga pelayanan hak anak selama di dalam penjara tidak terpenuhi dengan baik. eadaan ini tidak bersesuaian dengan prinsip yang terdapat dalam pasal 3 konvensi hak anak yang menyatakan bahwa:

1. Dalam semua tindakan mengenai anak, yang dilakukan oleh lembaga-lembaga kesejahteraan sosial negara atau swasta, pengadilan hukum, penguasa administratif atau badan legislatif, kepentingan-kepentingan terbaik anak harus merupakan pertimbangan utama.
2. Negara-negara Pihak berusaha menjamin perlindungan dan perawatan anak-anak seperti yang diperlukan untuk kesejahteraannya, dengan memperhatikan hak-hak dan kewajiban-kewajiban orang tuanya, wali hukumnya atau orang-orang lain yang secara sah atas dia, dan untuk tujuan ini, harus mengambil semua tindakan legislatif dan administratif yang tepat.
3. Negara-negara Pihak harus menjamin bahwa berbagai lembaga, pelayanan, dan fasilitas yang bertanggung jawab atas perawatan dan perlindungan tentang anak, harus menyesuaikan diri dengan standar-standar yang ditentukan oleh para penguasa yang berwenang, terutama di bidang keselamatan, kesehatan, dalam jumlah dan kesesuaian staf, mereka dan juga pengawasan yang berwenang.

Persoalan kondisi lembaga pemasyarakatan anak yang *overloaded*, keterbatasan sarana dan prasarana serta pembina yang terbatas secara jumlah dan keterampilan, panjangnya proses peradilan pidana yang harus dijalani si anak tersangka pelaku tindak pidana sejak proses penyidikan di kepolisian hingga selesai menjalankan masa

² Linda Amalia Sari Gumelar, *Sambutan Pada Pembukaan Workshop Penanganan Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum Dengan Pendekatan Restoratif Justice* di Hotel Salak Bogor, 5 April 2010, hlm.3

hukumannya dalam lembaga pemasyarakatan merupakan sebuah gambaran kesedihan bagi si anak.

Dunia hukum dalam beberapa tahun ini telah mengalami reformasi cara pandang dalam penanganan anak yang melakukan kenakalan dan perbuatan melanggar hukum. Banyak negara yang mulai meninggalkan mekanisme peradilan anak yang bersifat represif dikarenakan kegagalan sistem tersebut untuk memperbaiki tingkah laku dan mengurangi tingkat kriminalitas yang dilakukan oleh anak.

Sistem peradilan anak adalah merupakan proses rangkaian tindakan represif dari sistem penegakan hukum pidana, dalam kasus anak yang berkonflik dengan hukum maka filosofi penjatuhan pidananya sangat berbeda dengan orang dewasa. Para pakar hukum dan pembuat kebijakan mulai memikirkan alternatif solusi yang lebih tepat dalam penanganan anak dengan memberikan perhatian lebih untuk melibatkan mereka secara langsung (reintegrasi dan rehabilitasi) dalam penyelesaian masalah, berbeda dengan cara penanganan orang dewasa.³

Pidana penjara sudah tidak mempunyai tempat lagi dalam sistem peradilan pidana anak karena beberapa alasan yakni:⁴

D. Alasan Psikologis.

Masa anak-anak adalah masa masa ketika seorang pribadi tumbuh dan berkembang mencapai kedewasaan diri. Dalam proses tumbuh kembang tadi, seorang anak akan melewati peristiwa-peristiwa yang negatif maupun positif dan hal ini akan terus terjadi hingga ia dewasa nanti. Sebagai suatu proses, sudah selayaknya anak harus menanggung beban hukuman berat sampai pemenjaraan karena efeknya adalah pematian terhadap masa depan si anak.

³ DS. Dewi, *Restorative Justice, Diversionary Schemes And Special Children's Courts In Indonesia*, <http://www.kemlu.go.id/canberra/Lists/LembarInformasi/Attachments/61/Restorative%20Justice,%20Diversionary%20Schemes%20and%20Special%20Children%E2%80%99s%20Courts%20in%20Indonesia.pdf> diakses 2/7/2014.

⁴ Hadi Supeno. *Kriminalisasi Anak: Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pembedaan*. (Jakarta : PT.Gramedia Pustaka Utama,2010),hlm.183-191.

Pada masa anak-anak ini pula adalah masa dimana mereka sedang memenuhi kewajiban dan memperoleh haknya untuk belajar. Pemenjaraan akan merampas haknya untuk belajar karena selama dalam proses peradilan hingga menuju pemenjaraan dapat dipastikan si anak akan mengalami gangguan dalam mendapatkan hak itu.

UUD 1945 mengamanatkan hak atas memperoleh pendidikan dijamin oleh negara, hal ini ditemukan dalam Pasal 28 C dan Pasal 28 E Ayat 1 Amandemen ke II, Pasal 31 Ayat 1, Ayat 2, Ayat 4 Amandemen ke IV. Hak ini sangat penting baik bagi pemenuhan hak-hak sipil walau kelak dalam Lapas atau dalam bahasa undang-undang dinamakan LPKA (Lembaga Pembinaan Khusus Anak).⁵

Adanya kewajiban pendidikan atau pelatihan atau kegiatan ajar-mengajar lainnya, namun hal itu hanya sekedar pengajaran ilmu pengetahuan semata. Karena proses belajar yang sesungguhnya adalah berinteraksi dan berkomunikasi dengan teman sebaya dalam suasana kegembiraan untuk saling berimajinasi dan berobsesi untuk meraih cita-cita masa depan, dipastikan tidak ada lagi.

Pengajaran yang ada sangatlah kering karena semuanya berada dalam suasana pengurungan baik lahir maupun batin. Selain itu, pemenjaraan juga akan mengganggu tumbuh kembang anak karena ragam makanan yang tidak memenuhi standart gizi (1 hari untuk makan hanya Rp.8.000), sementara bakat dan minat si anak tidak bisa berkembang maksimal.

F. Alasan Empiris

Beberapa alasan empiris pemedanaan anak dialihkan adalah:

1. Pemenjaraan di Indonesia sangat tidak manusiawi. Banyak anak-anak yang dipenjara dicampur dengan orang dewasa. Menurut UNICEF, ada sekitar 6.000 anak yang telah ditahan atau dipenjara, 84% diantaranya telah ditempatkan dalam penjara dewasa. Dari 33 provinsi di Indonesia, hanya ada 16 lapas anak, artinya provinsi yang

⁵ Lihat Pasal 1 Angka 20 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.

tidak mempunyai lapas anak maka akan dimasukkan ke dalam lapas dewasa. Walaupun si anak tetap dimasukkan ke dalam lapas anak, hal itu tetap saja membuat si anak berjauhan dengan orang tuanya.

2. Pemenjaraan di Indonesia banyak overkapasitas. Dari kapasitas lapas anak sebanyak 88.599 ternyata diisi sebanyak 140.739 atau over kapasitas 52.140 anak. Hal ini tidak hanya berlangsung pada kurun waktu tertentu saja, tetapi hampir sepanjang tahun.
3. Pemenjaraan di Indonesia menjadi media internalisasi tindak kejahatan dari senior kepada junior (penghuni lama kepada penghuni baru) karena semua anak didik di lapas anak dicampur, tanpa melihat tindak jenis pidana yang dilakukan. Akibatnya tujuan pemenjaraan untuk mencapai perbaikan anak dan mendapatkan efek jera tidak pernah tercapai.
4. Pemenjaraan telah melahirkan banyak praktik kekerasan dan diskriminasi, baik selama proses peradilannya maupun setelah masuk ke dalam lapas anak.
5. Penjara di Indonesia banyak yang menjadi tempat transaksi bahkan penggunaan obat terlarang, narkotika dan zat adiktif lainnya. Tak pelak banyak narapidana yang keluar penjara justru telah mahir dalam penggunaan obat terlarang, kebiasaan yang tak dimiliki sebelum masuk penjara. Peran anak selain diajari sebagai pengguna juga dimanfaatkan sebagai kurir dalam praktik penggunaan obat-obatan terlarang tersebut.
6. Bahwa secara normatif, pemenjaraan tidak menghilangkan hak-hak perdata dan hak sipil sebagai warga negara. Namun pada kenyataannya dalam situasi proses peradilan dan pemenjaraan kerap kali si anak kehilangan hak perdata dan hak sipil yang mereka miliki. Salah satu diantaranya adalah hak mendapatkan pendidikan. Sudah seharusnya pemenjaraan anak tidak menghambat sifat progresif pemenuhan hak pendidikan. Yang terjadi justru sebaliknya, pemenjaraan anak secara objektif dan rasional hampir selalu mengakibatkan hilangnya hak pendidikan bagi anak.

Mantan Ketua Komnas Perlindungan Anak, Arist Merdeka Sirait mengemukakan tindakan pidana terhadap anak. Pidana merupakan bentuk pelanggaran terhadap hak asasi anak. Karena itu, harus di stop segera. Jika mereka melakukan tindak pidana, tidak seharusnya dimasukkan ke dalam lapas. Solusinya adalah dengan memberikan restorasi terhadap anak misalnya anak dipulangkan kepada orangtua, atau diserahkan kepada negara untuk dibimbing dipanti pembinaan.⁶

Dilema lainnya yang akan dihadapi oleh narapidana anak adalah adanya penilaian tertentu dari lingkungan atau kelompok sosial atau masyarakatnya sehingga menimbulkan stigma atau stempel yang biasanya bersifat negatif.

Pemerjaraan yang tidak memperhatikan kepentingan terbaik bagi anak juga merupakan bentuk pelanggaran hak anak selama dalam tahanan. Pelanggaran hak ini dapat berimplikasi pada pemerjaraan terhadap anak tidak akan menjerakan anak tapi malah akan mendorong anak mengulangi tindak pidananya lagi mengingat kondisi lembaga pemasyarakatan yang tidak mampu menyediakan pelayanan pemulihan bagi anak secara maksimal.

Pasal 28B UUD 1945, mengatakan “setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Pandangan pasal ini perlu ditindaklanjuti dengan membuat kebijakan pemerintah yang bertujuan melindungi Anak. Atas pandangan tersebut kemudian, Pemerintah memiliki kewajiban merumuskan sistem pidana anak.

Diterbitkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak yang mencabut Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak dan telah menempatkan anak sebagai subyek hukum pidana yang tidak lagi diberikan sanksi berdasarkan pada orientasi pembalasan semata, namun lebih mengarah kepada sanksi-sanksi yang bersifat restoratif (pemulihan keadaan). Penjatuhan sanksi pidana merupakan upaya terakhir karena

⁶ <http://poskota.co.id/berita-terkini/2010/07/23/semakin-banyak-anak-penghuni-penjara>, diakses pada tanggal 28/7/2014.

penjatuhan pidana penjara utamanya akan membawa anak masuk ke dalam lembaga pemasyarakatan anak.

Menurut pendapat Richard Posner, pendekatan ilmu ekonomi berbasis tiga prinsip yaitu Nilai, Kemanfaatan dan Efisiensi (*value, utility and efficiency*).⁷ Kemudian Prof Romli Atmasasmita,⁸ mengatakan meragukan pembuatan undang-undang memperhatikan analisis non-hukum sebagaimana diuraikan oleh Posner, Cutter dan Ullen karena hampir sebagian terbesar produk undang-undang memuat ketentuan sanksi pidana yang sering kontra produktif dan tidak berhasil mencapai tujuan awal pembentukan undang-undang tersebut.

Atas pandangan tersebut, dalam kontek ini akan digunakan pandangan Lawrence M. Freidman mengenai *Law as an allocative system of*: 1) How it performs (Bagaimana melakukan), 2) How it treats people (Bagaimana memperlakukan orang), 3) How it distribute (Bagaimana mendistribusikan), dan 4) How its cost & benefit (Bagaimana biaya & manfaat). Untuk mengkaji Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.

a) How it Performs

Menurut pandangan *How it Performs* dalam Undang-undang No. 11 tentang Peradilan Anak adalah:

1. Bahwa untuk menjaga harkat dan martabatnya, anak berhak mendapatkan perlindungan khusus, terutama perlindungan hukum dalam sistem peradilan;
2. Bahwa Indonesia sebagai Negara Pihak dalam Konvensi Hak-Hak Anak (*Convention on the Rights of the Child*) yang mengatur prinsip perlindungan hukum terhadap anak mempunyai kewajiban untuk memberikan perlindungan khusus terhadap anak yang berhadapan dengan hukum;

⁷ Ricard A Posner, *Economic Analysis of Law, fourth ed*, Little Brown and Company, 1992. Dalam Romli Atmasasmita, 2012. *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Yogyakarta: Genta Publishing. Hlm 42.

⁸ Romli Atmasasmita, Idem....

3. bahwa Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan kebutuhan hukum masyarakat karena belum secara komprehensif memberikan perlindungan kepada anak yang berhadapan dengan hukum sehingga perlu diganti dengan undang-undang baru;
4. Sumber legitimasi UU 11/2012 memperlakukan anak adalah :
 - a. Pasal 5 ayat (1), Pasal 20, Pasal 28B ayat (2), Pasal 28G, dan Pasal 28I Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3886);
 - c. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 109, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4235);
 - d. Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 64, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4635);
 - e. Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 104, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5248);

b) How it Treats People

Dalam konteks bagaimana memperlakukan orang, Sistem Peradilan Pidana Anak dilaksanakan berdasarkan asas: perlindungan; keadilan; nondiskriminasi; kepentingan terbaik bagi Anak; penghargaan terhadap pendapat Anak; kelangsungan hidup dan tumbuh kembang Anak; pembinaan dan pembimbingan Anak; proporsional; perampasan

kemerdekaan dan pembedaan sebagai upaya terakhir; dan penghindaran pembalasan.⁹

Kemudian setiap Anak dalam proses peradilan pidana berhak: 1) Diperlakukan secara manusiawi dengan memperhatikan kebutuhan sesuai dengan umurnya; 2) Dipisahkan dari orang dewasa; 3) Memperoleh bantuan hukum dan bantuan lain secara efektif; 4) Melakukan kegiatan rekreasional; 5) Bebas dari penyiksaan, penghukuman atau perlakuan lain yang kejam, tidak manusiawi, serta merendahkan derajat dan martabatnya; 6) Tidak dijatuhi pidana mati atau pidana seumur hidup; 7) Tidak ditangkap, ditahan, atau dipenjara, kecuali sebagai upaya terakhir dan dalam waktu yang paling singkat; 8) Memperoleh keadilan di muka pengadilan Anak yang objektif, tidak memihak, dan dalam sidang yang tertutup untuk umum; 9) Tidak dipublikasikan identitasnya; 10) Memperoleh pendampingan orang tua/Wali dan orang yang dipercaya oleh Anak; 11) Memperoleh advokasi sosial; 12) Memperoleh kehidupan pribadi; m. memperoleh aksesibilitas, terutama bagi anak cacat; 13) Memperoleh pendidikan; 14) memperoleh pelayanan kesehatan; dan 15) Memperoleh hak lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.¹⁰

Kemudian anak yang sedang menjalani masa pidana berhak: a) mendapat pengurangan masa pidana; b) memperoleh asimilasi; c) memperoleh cuti mengunjungi keluarga; d) memperoleh pembebasan bersyarat; e) memperoleh cuti menjelang bebas; f) memperoleh cuti bersyarat; dan g) memperoleh hak lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.¹¹ Hak yang diberikan kepada Anak harus memenuhi persyaratan sebagaimana diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan.

Sistem Peradilan Pidana Anak wajib mengutamakan pendekatan Keadilan Restoratif, yaitu meliputi: a) penyidikan dan penuntutan pidana Anak yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, kecuali ditentukan lain dalam Undang-Undang ini;

⁹ Pasal 2 UU Sistem Peradilan Pidana Anak

¹⁰ Pasal 3 UU Sistem Peradilan Pidana Anak

¹¹ Pasal 4 UU Sistem Peradilan Pidana Anak

b) persidangan Anak yang dilakukan oleh pengadilan di lingkungan peradilan umum; dan c) pembinaan, pembimbingan, pengawasan, dan/atau pendampingan selama proses pelaksanaan pidana atau tindakan dan setelah menjalani pidana atau tindakan. Sistem Peradilan Pidana Anak wajib diupayakan Diversi.¹²

Sebagaimana pengertian keadilan restoratif dijelaskan dalam Pasal 1 angka 6 UU Sistem Peradilan Anak, Keadilan Restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.

Perilaku Anak dalam konteks hukum pidana, dapat menduduki subjek hukum, sebagai pelaku (*offenders*) maupun sebagai korban (*victim*). Penelusuran kajian-kajian akademik tampaknya cukup mengedepan model-model pendekatan penanganan anak-anak bermasalah dalam bidang hukum, baik sebagai pelaku maupun sebagai korban adalah pendekatan yang disebut peradilan restoratif.

Penyelesaian perkara melalui *restorative justice* bukan lagi berfokus pada dua hal yakni; pada mencari siapa yang benar dan siapa yang salah serta mencari hukuman apa yang pantas diberikan kepada pihak yang bersalah tersebut, karena yang diinginkan oleh *restorative justice* adalah sebuah pemulihan terhadap pelaku agar ia tidak lagi melakukan kejahatan, pemulihan turut pula ditujukan kepada korban sebagai pihak yang dirugikan serta hubungan antar korban, pelaku serta masyarakat agar jalannya kehidupan dapat kembali seperti semula.¹³

Susan Sharpe mengemukakan ada lima prinsip dalam *restorative justice*, yaitu:¹⁴

1. *Restorative justice* mengandung partisipasi penuh dan konsensus. Dalam hal ini korban dan pelaku harus dilibatkan secara aktif dalam perundingan untuk menemukan penyelesaian secara komprehensif. Selain itu juga membuka kesempatan bagi masyarakat yang selama

¹² Pasal 5 UU Sistem Peradilan Pidana Anak

¹³ <http://rachmatharyanto.wordpress.com>, diakses 2/7/2014.

¹⁴ Marlina. *Hukum Penitensier*. (Bandung: Refika Aditama, 2011), hlm.74-75.

ini merasa terganggu keamanan dan ketertibannya oleh pelaku untuk ikut duduk bersama memecah persoalan ini.

2. *Restorative justice* mencari solusi untuk mengembalikan dan menyembuhkan kerusakan atau kerugian akibat tindak pidana yang dilakukan oleh pelaku. Hal ini termasuk juga upaya penyembuhan atau pemulihan korban atas tindak pidanya yang menyimpannya.
3. *Restorative justice* memberikan rasa tanggung jawab yang utuh bagi pelaku untuk bertanggung jawab atas perbuatannya. Pelaku harus menunjukkan rasa penyelesaian dan mengakui semua kesalahan-kesalahan serta menyadari bahwa perbuatannya tersebut mendatangkan kerugian bagi orang lain.
4. *Restorative justice* berusaha menyatukan kembali pelaku sebagai warga masyarakat dengan masyarakatnya yang selama ini terpisah akibat tindak pidana. Hal ini dilakukan dengan mengadakan rekonsiliasi antara korban dan pelaku serta mereintegrasikan kembali keduanya dalam kehidupan masyarakat secara normal. Keduanya harus dibebaskan dari masa lalunya demi masa depan yang lebih cerah.
5. *Restorative justice* memberikan kekuatan bagi masyarakat untuk mencegah supaya tindak kejahatan tidak terulang kembali. Kejahatan mendatangkan kerusakan dalam kehidupan masyarakat, tetapi kejahatan bisa menjadi pembelajaran bagi masyarakat untuk membuka keadilan yang sebenarnya bagi semua masyarakat. Hal ini karena faktor korelatif kriminogen lebih cenderung berakar dari persoalan yang ada dalam masyarakat itu sendiri, seperti faktor ekonomi, sosial, budaya, dan bukan bersumber dari dalam diri pelaku. Oleh karena itu korban dan pelaku harus kembali ditempatkan untuk menjaga keutuhan masyarakat dan diposisikan sesuai dalam fungsinya dalam kehidupan masyarakat.

Hal ini dilakukan agar bertujuan mendapatkan kejelasan dari peristiwa yang terjadi dengan memberi semangat kepada pelaku,

mengembalikan kerugian korban, melakukan reintegrasi korban ke masyarakat dan pertanggungjawaban bersama.¹⁵

Penanganan yang dijalankan dengan memperhitungkan pengaruh yang lebih luas terhadap korban, pelaku dan masyarakat dilaksanakan melalui mekanisme diversifikasi. Diversifikasi bertujuan: a) Mencapai perdamaian antara korban dan Anak; b) Menyelesaikan perkara Anak di luar proses peradilan; c) Menghindarkan Anak dari perampasan kemerdekaan; d) Mendorong masyarakat untuk berpartisipasi; dan e) Menanamkan rasa tanggung jawab kepada Anak.

Diversifikasi dalam undang-undang sistem peradilan pidana anak dimaknai sebagai proses pengalihan yang bisa dilaksanakan dalam setiap tahapan sistem peradilan pidana anak.

c) How it Distribute (Bagaimana Mendistribusikan)

Pada tingkat penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan perkara Anak di pengadilan negeri wajib diupayakan Diversifikasi. Diversifikasi dilaksanakan dalam hal tindak pidana yang dilakukan: a) diancam dengan pidana penjara di bawah 7 (tujuh) tahun; dan b) bukan merupakan pengulangan tindak pidana.¹⁶

Proses Diversifikasi dilakukan melalui musyawarah dengan melibatkan Anak dan orang tua/Walinya, korban dan/atau orang tua/Walinya, Pembimbing Kemasyarakatan, dan Pekerja Sosial Profesional berdasarkan pendekatan Keadilan Restoratif. Dalam hal diperlukan, musyawarah dapat melibatkan Tenaga Kesejahteraan Sosial, dan/atau masyarakat. Proses Diversifikasi wajib memperhatikan: a) kepentingan korban; b) kesejahteraan dan tanggung jawab Anak; c) penghindaran stigma negatif; d) penghindaran pembalasan; e) keharmonisan masyarakat; dan f. kepatutan, kesusilaan, dan ketertiban umum.¹⁷

¹⁵ Marlina, *Buku Pengantar Konsep Diversifikasi dan Restorative Justice Dalam Hukum Pidana*, (Medan :USU Press, 2010), hlm. 169.

¹⁶ Pasal 7 UU Sistem Peradilan Pidana Anak

¹⁷ Pasal 8 UU Sistem Peradilan Pidana Anak

Penyidik, Penuntut Umum, dan Hakim dalam melakukan Diversi harus mempertimbangkan: a) kategori tindak pidana; b) umur Anak; c) hasil penelitian kemasyarakatan dari Bapas; dan dukungan lingkungan keluarga dan masyarakat.

Kesepakatan Diversi harus mendapatkan persetujuan korban dan/atau keluarga Anak Korban serta kesediaan Anak dan keluarganya, kecuali untuk: a) tindak pidana yang berupa pelanggaran; b) tindak pidana ringan; c) tindak pidana tanpa korban; atau d. nilai kerugian korban tidak lebih dari nilai upah minimum provinsi setempat.¹⁸

Artinya proses diversi yang dilakukan dalam proses penuntutan maupun persidangan tidak mampu menghindarkan stigma negatif terhadap anak karena anak sudah melalui proses peradilan dan bahkan proses ini memakan waktu yang lama dan biaya yang tinggi.

Oleh karena itu perlu adanya pengkajian kembali tentang penempatan proses diversi dalam setiap tahapan sistem peradilan pidana anak dan signifikansi penggunaan peringatan serta diversi informal sebagai solusi menghindari biaya tinggi dan proses yang lama dalam pelaksanaan diversi formal.

d) How its Cost and Benefit

Perihal mengenai biaya dan manfaat dapat terlihat dari Pasal 71 Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak yang masih saja melegitimasi adanya penjatuhan sanksi pidana penjara bagi anak pelaku tindak pidana dengan beberapa persyaratannya sebagai berikut :

1. Pasal 69 ayat (2) mensyaratkan usia minimal 14 tahun anak dapat dikenakan sanksi pidana, ada kemungkinan hakim bisa menjatuhkan pidana penjara;
2. Pidana Pasal 71 ayat (1) Pidana pokok bagi Anak terdiri atas: a. pidana peringatan; b. pidana dengan syarat: 1) pembinaan di luar lembaga; 2) pelayanan masyarakat; atau 3) pengawasan. c. pelatihan kerja; d. pembinaan dalam lembaga; dan e. penjara. (2)

¹⁸ Pasal 9 UU Sistem Peradilan Anak

Pidana tambahan terdiri atas: a. perampasan keuntungan yang diperoleh dari tindak pidana; atau b. pemenuhan kewajiban adat.

3. Pasal 79 mensyaratkan ada dua hal seorang anak bisa dipidana yakni yang *pertama* melakukan tindak pidana berat; dan/atau yang *kedua* tindak pidana yang disertai dengan kekerasan;
4. Pasal 81 yaitu “anak dapat dipidana penjara apabila keadaan dan perbuatan anak membahayakan masyarakat”. Mencantumkan syarat apabila keadaan dan perbuatan anak akan membahayakan masyarakat, maka anak dapat dijatuhi pidana penjara. Membahayakan seperti apa yang dimaksud dalam undang-undang ini pun menjadi tidak jelas, bahkan saat dicari dalam penjelasan, disitu hanya menuliskan cukup jelas. Pernyataan membahayakan masyarakat tidak mempunyai pengertian atau tolak ukur yang jelas dalam undang-undang ini atau aturan pelaksanaannya, sehingga bisa menjadi multitafsir bahkan bias. Hal tersebut yang dapat menyebabkan kedudukan anak menjadi korban ketidakpastian hukum karena makna dari kata membahayakan masyarakat menjadi bebas untuk ditafsirkan oleh hakim. Padahal dalam pendekatan keadilan restoratif, peran masyarakat turut pula disertakan dalam meresosialisasi kembali si terpidana anak. Karena bagaimana pun juga pada akhirnya si anak akan kembali kelingkungan masyarakatnya. Padahal kepada masyarakat jualah, mereka ini akan kembali lagi menjalani kehidupannya selepas menjalani masa hukumannya di penjara.

Disini terlihat pemerintah masih setengah hati dalam melakukan upaya restorasi terhadap anak pelaku tindak pidana yang terancam dengan pidana penjara. Artinya selama di dalam penjara yang dinamakan LKPA (Lembaga Pembinaan Khusus Anak) anak tersebut harus menjalani masa pidananya sembari melakukan aktifitas lain yang memang harus dikerjakannya agar bisa bermanfaat di kemudian hari. Hal ini jelas tidak akan mampu menghindarkan proses stigmatisasi negatif terhadap anak karena proses stigmatisasi anak yang berkonflik hukum dimulai sejak anak berurusan dengan polisi.

G. Arah Pembaharuan Peradilan Anak

Adanya pengaruh kemajuan jaman yang ditandai dengan adanya perkembangan iptek, budaya, hingga pembangunan membuat tidak hanya orang dewasa saja yang bisa melanggar norma terutama norma hukum. Dalam hal ini, seseorang yang masih terkategori masih anak-anakpun bisa melakukan pelanggaran terhadap norma hukum baik secara sadar maupun secara tidak sadar. Anak-anak ini pada umumnya terjebak dalam pola hidup konsumerisme dan asosial yang makin lama semakin menjurus ke arah tindakan kriminal, seperti menggunakan ekstasi, narkoba, pemerasan, pencurian, penganiayaan, pemerkosaan, pencurian, penganiayaan, dan sebagainya.¹⁹

Alternatif baru yang kini banyak diperkenalkan dalam upaya dalam penanganan perkara tindak pidana anak adalah dengan menggunakan pendekatan *restorative justice*. *Restorative justice* merupakan proses penyelesaian yang dilakukan di luar sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) dengan melibatkan korban, pelaku, keluarga korban dan pelaku, masyarakat serta pihak-pihak yang berkepentingan dengan suatu tindak pidana yang terjadi untuk mencapai kesepakatan dan penyelesaian.

Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak diharapkan bisa memberikan dampak positif lebih banyak bagi anak. Pendekatan penyelesaian masalah anak yang berhadapan dengan hukum melalui jalur pidana semata-mata tidaklah tepat karena penerapan hukum pidana mempunyai keterbatasan yakni sebagai berikut:²⁰

1. *Dari sisi hakikat terjadinya kejahatan.* Kejahatan sebagai masalah sosial dan kemanusiaan tentu faktor penyebab lahirnya kejahatan cukup kompleks. Banyaknya faktor penyebab kejahatan tidak mampu dijangkau oleh hukum pidana itu sendiri. Ketidakmampuan hukum pidana menganalisis penyebab lahirnya kejahatan menyebabkan hukum pidana membutuhkan bantuan dari disiplin

¹⁹ Bambang Waluyo. *Pidana dan Pemidanaan*. (Jakarta : Sinar Grafika. 2008, Cet ke-3), hlm.3.

²⁰ Barda Nawawi Arief. *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*. (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998), hlm.44-45.

ilmu lainnya. Oleh karena itu, membahas upaya penanggulangan kejahatan, hukum pidana harus dipadukan dengan pendekatan sosial.

2. Dari sisi hakikat berfungsinya hukum pidana karena adanya keterbatasan hukum pidana itu sendiri.

Prinsip yang menjadi dasar adalah bahwa keadilan paling baik terlayani, apabila setiap pihak menerima perhatian secara adil dan seimbang, aktif dilibatkan dalam proses peradilan dan memperoleh keuntungan secara memadai dari interaksi mereka dengan sistem peradilan anak.²¹

Penggunaan hukum pidana hakikatnya hanya obat sesaat sebagai penanggulangan gejala semata dan bukan alat penyelesaian yang tuntas dengan menghilangkan sumber penyebab penyakitnya. Artinya hukum pidana tidak memberikan efek pencegahan sebelum kejahatan itu terjadi, sehingga hukum pidana tidak mampu menjangkau akar kejahatan yang berada di tengah masyarakat. Namun dalam kehidupan riilnya adanya penjatuhan sanksi pidana terutama pidana penjara bagi anak pelaku tindak pidana telah membantah perintah pasal di atas.

Konsep restorasi ini telah dijadikan sebagai tujuan pemidanaan dalam rangka upaya penyelesaian kasus-kasus tindak pidana yang dilakukan dengan memberikan rasa tanggung jawab semua pihak, termasuk masyarakat itu, salah satunya dalam sistem peradilan pidana anak. Tidak hanya itu saja, diharapkan dengan pendekatan keadilan restoratif juga bisa memberikan nuansa edukatif kepada korban dan pelaku untuk saling menghargai terhadap sesama dalam mencapai kebahagiaan hidup bersama.

Artinya sanksi pidana penjara tidak akan memberikan banyak dampak positif, sehingga sanksi pidana penjara yang ada di atur dalam Pasal 71 dihapuskan saja dan bisa digantikan dengan bentuk sanksi lain

²¹ Paulus Hadisuprpto, *Delinkuensi Anak, Pemahaman dan Penanggulangannya*. (Malang: Bayumedia Publishing, 2008), hlm 228.

yang lebih merestorasi pelaku, yakni dengan tindakan ganti rugi menurut tingkat keseriusan tindak pidananya.

Ganti rugi yang dimaksud adalah sebuah sanksi yang diberikan oleh sistem peradilan pidana anak yang mengharuskan si anak untuk membayar sejumlah uang atau kerja/ *service*, baik langsung maupun tidak langsung. Namun yang paling tepat adalah ganti rugi yang berbentuk kerja dengan alasan tidak semua narapidana anak berasal dari keluarga mampu secara ekonomi. Sehingga hakim anak bisa memutuskan bentuk sanksi seperti ini untuk melatih anak bersikap jujur dan bertanggung-jawab atas hukuman yang dijatuhkan kepadanya.

Bentuk sanksi seperti ini dirasa lebih memberikan perlindungan kepada mereka, selain menghindarkan dari stigma negatif masyarakat jika mereka harus dididik melalui sanksi penjara.

H. Penutup

Semangat awal terbentuknya undang-undang sistem peradilan pidana anak adalah untuk pemulihan atau perbaikan keadaan baik pelaku maupun korban seperti yang diinginkan dalam keadilan *restorative*. Undang-Undang mampu merepresentasikan pendekatan *restorative justice* dengan mekanisme diversifikasi, yang dilaksanakan dalam setiap tahapan proses peradilan.

Hal tersebut senada dengan rumusan sila kedua dan sila kelima Pancasila, yaitu “keadilan” yang harus ditegakkan dan dijunjung tinggi. Penegakan keadilan dalam kehidupan bermasyarakat memiliki arti penting dalam salah satu upaya membangun peradaban bangsa yang tinggi dan bermartabat. Tidak akan maju peradaban dari suatu bangsa apabila tidak didasarkan atas peri kehidupan berkeadilan. Disinilah hukum berfungsi sebagai pelindung, menciptakan ketertiban dan keseimbangan sehingga tercapailah keadilan.

DAFTAR PUSATAKA

- Bambang Waluyo. 2008. *Pidana dan Pemidanaan*. Jakarta: Sinar Grafika
- Barda Nawawi Arief, 1998. *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- DS. Dewi, *Restorative Justice, Diversionary Schemes And Special Children's Courts In Indonesia*, [http://www.kemlu.go.id/canberra/Lists/LembarInformasi/Attachments/61/Restorative %20Justice,%20Diversionary%20Schemes%20and%20Special%20Children%E2%80%99s%20Courts%20in%20Indonesia.pdf](http://www.kemlu.go.id/canberra/Lists/LembarInformasi/Attachments/61/Restorative%20Justice,%20Diversionary%20Schemes%20and%20Special%20Children%E2%80%99s%20Courts%20in%20Indonesia.pdf). diakses 02/7/2014.
- Hadi Supeno, 2010. *Kriminalisasi Anak: Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pemidanaan*. Jakarta : PT.Gramedia Pustaka Utama
- <http://poskota.co.id/berita-terkini/2010/07/23/semakin-banyak-anak-penghuni-penjara> , diakses pada tanggal 28/7/2014.
- <http://rachmatharyanto.wordpress.com>,diakses 28 November 2014.
- Linda Amalia Sari Gumelar, *Sambutan Pada Pembukaan Workshop Penanganan Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum Dengan Pendekatan Restoratif Justice* di Hotel Salak Bogor, 5 April 2010.
- Marlina, 2009. *Peradilan Pidana Anak di Indonesia: Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice*. Bandung: PT. Refika Aditama.
- Marlina, 2010. *Buku Pengantar Konsep Diversi dan Restroactive Justice Dalam Hukum Pidana*, Medan: USU Press.
-, 2011. *Hukum Penitensier*. Bandung: Refika Aditama.
- Paulus Hadisuprpto, 2008. *Delinkuensi Anak, Pemahaman dan Penanggulangannya*. Malang: Bayumedia Publishing.
- Ricard A Posner, 1992. *Economic Analysis of Law, fourth ed*, Little Brown and Company.

Romli Atmasasmita, 2012. *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Yogyakarta: Genta Publishing.

PENGATURAN ALUR LAUT KEPULAUAN BERDASARKAN KONVENSI HUKUM LAUT 1982 DAN IMPLEMENTASINYA DI INDONESIA

Oleh;
Dr. Heryandi, S.H., M.S.
Desy Churul Aini, S.H., M.H.

Abstrak

Indonesia sebagai negara kepulauan, terletak di antara dua benua, yaitu Asia dan Australia dan dua samudera yaitu Hindia dan Pasifik. Posisi Indonesia yang demikian telah menyebabkan perairan Indonesia sejak dahulu sampai sekarang ramai dilalui pelayaran internasional. Di samping itu kekayaan alam yang melimpah, menyebabkan perairan Indonesia menjadi pusat perhatian dan tujuan pelayaran itu sendiri. Terlebih di era globalisasi seperti sekarang ini, membawa dampak semakin cepatnya perubahan dan perkembangan di berbagai bidang kegiatan. Terbukti dengan adanya kemajuan yang begitu cepat dalam bidang telekomunikasi dan transportasi.

Indonesia sebagai negara kepulauan yang terbesar di dunia, dimana sebagian besar wilayahnya terdiri dari perairan mempunyai fungsi yang sangat strategis dalam bidang transportasi kelautan. Banyak jalur laut yang melalui perairan Indonesia yang sudah ada sejak dahulu dan diakui sebagai jalur internasional sampai dengan saat ini. Hal ini tentu saja membawa dampak bagi Indonesia, salah satunya adalah dampak hukum yang berkaitan dengan pengaturan tentang masalah alur laut kepulauan di perairan Indonesia.

Pengaturan tentang hukum laut internasional telah diatur dalam Konvensi Hukum Laut tahun 1982, dimana Indonesia juga meratifikasi Konvensi Hukum Laut 1982 tersebut melalui Undang-Undang No. 17 tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mengenai hukum laut tahun 1982. Berkaitan dengan hal tersebut diperlukan sebuah penelaahan lebih lanjut tentang alur laut kepulauan baik dalam pengaturan internasional dan pengaturan nasionalnya. Kedua hal itulah yang menjadi permasalahan dalam penelitian ini.

Pendekatan penelitian ini dilakukan dengan menggunakan pendekatan *yuridis normatif* yaitu sebagai pendekatan yang mengkonsepsi hukum sebagai norma, kaidah, asas atau dogma-dogma dengan mengklasifikasi dan menelaah peraturan-peraturan hukum yang berlaku. Data sekunder yang berupa undang-undang dan peraturan perundang-undangan yang ada kaitannya dengan penelitian ini pada mulanya dikumpulkan, kemudian diedit dan dikelompokkan sesuai dengan klasifikasinya, yang selanjutnya dilakukan analisis data. Hasil analisis ini selanjutnya dideksripsikan yang kemudian diambil kesimpulan. Kesimpulannya ditetapkan secara induktif, dengan cara mengambil kesimpulan dari hal-hal yang bersifat khusus ke hal-hal yang bersifat umum.

Berdasarkan hasil penelitian disimpulkan bahwa pertama; Hukum internasional mengatur tentang Alur laut Kepulauan dengan ketentuan dalam *United Nations Conventions on the Law of the Sea 1982* (UNCLOS 1982). Pengaturan tersebut tertuang dalam Pasal 53 ayat (1-12) tentang hak lintas alur laut kepulauan. Pasal 53 ayat (1-12) ini memuat hal-hal yang berkaitan dengan hak lintas alur laut kepulauan dengan muatan antara lain definisi, cara-cara menentukan rute alur laut, hak untuk menentukan skema pemisah lalu lintas, termasuk cara penggantian alur laut dan skema pemisah alur laut. Kemudian Pasal 54 tentang kewajiban kapal dan pesawat udara selama melakukan lintas, kegiatan riset dan survey, kewajiban negara kepulauan dan peraturan perundang-undangan negara kepulauan bertalian dengan lintas alur laut kepulauan. Berkaitan dengan kita, Indonesia telah meratifikasi UNCLOS 1982 dengan Undang-undang No. 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi Hukum Laut Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum laut. Sebagai tindak lanjut dari ratifikasi tersebut maka Indonesia menerbitkan Undang-Undang No.6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia. Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia ini mengandung ketentuan pokok mengenai Hak Lintas Alur Laut Kepulauan sebagaimana terdapat dalam UNCLOS 1982, sedangkan pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan-ketentuan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tersebut diatur lebih lanjut dalam peraturan pemerintah. Pada tahun 1996 Indonesia telah mengusulkan kepada IMO mengenai penetapan tiga ALKI beserta cabang-cabangnya di perairan Indonesia yaitu ALKI I (dibagian utara bercabang menuju Singapura (IA) dan menuju laut Cina Selatan, ALKI II melalui selat Lombok menuju laut Sulawesi dan ALKI III yang dibagian Selatan bercabang tiga menjadi ALKI III-A, III-B, III-C dan III-D, dan yang dibagian Utara bercabang menuju Laut Sulawesi (III-E) dan Samudra Pasifik.

Kedua, Implementasi dari kewajiban dalam Pasal 53 UNCLOS 1982 tentang Hak Lintas Alur Laut Kepulauan maka di buatlah ketentuan nasional

untuk melaksanakan hal tersebut, antara lain; Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia; Undang-undang Nomor 21 Tahun 1992 tentang Pelayaran; Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2002 Tentang Hak dan Kewajiban Kapal Asing Dalam Melaksanakan Lintas Damai Melalui Perairan Indonesia; Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2002 Tentang Hak dan Kewajiban Kapal dan Pesawat Udara Asing Dalam Melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan Melalui Alur Laut Kepulauan yang Ditetapkan.

Keyword : *Alur Laut Kepulauan, Konvensi Hukum Laut 1982.*

A. Pendahuluan

Indonesia sebagai negara kepulauan, terletak di antara dua benua, yaitu Asia dan Australia dan dua samudera yaitu Hindia dan Pasifik. Posisi Indonesia yang demikian telah menyebabkan perairan Indonesia sejak dahulu sampai sekarang ramai dilalui pelayaran internasional. Di samping itu kekayaan alam yang melimpah, menyebabkan perairan Indonesia menjadi pusat perhatian dan tujuan pelayaran itu sendiri. Terlebih di era globalisasi seperti sekarang ini, membawa dampak semakin cepatnya perubahan dan perkembangan di berbagai bidang kegiatan. Terbukti dengan adanya kemajuan yang begitu cepat dalam bidang telekomunikasi dan transportasi.¹

Indonesia sebagai negara kepulauan yang terbesar di dunia, dimana sebagian besar wilayahnya terdiri dari perairan mempunyai fungsi yang sangat strategis dalam bidang transportasi kelautan. Banyak jalur laut yang melalui perairan Indonesia yang sudah ada sejak dahulu dan diakui sebagai jalur internasional sampai dengan saat ini. Hal ini tentu saja membawa dampak bagi Indonesia, salah satunya adalah dampak hukum yang berkaitan dengan pengaturan alur laut kepulauan di perairan Indonesia.

Pengaturan tentang hukum laut internasional telah diatur dalam Konvensi Hukum Laut tahun 1982, dimana Indonesia juga meratifikasi

¹ Sebagaimana di kutip dalam Remy benzano Winarji. *pengaturan hak lintas kapal asing melalui laut teritorial dan perairan kepulauan menurut hukum laut 1982 dan implementasinya*. Skripsi. 2004.hal. 4.

Konvensi Hukum Laut 1982 tersebut melalui Undang-Undang No. 17 tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mengenai hukum laut tahun 1982 dan pengaturan nasional alur laut kepulauan di perairan Indonesia.

Konvensi hukum laut 1982 menetapkan ketentuan-ketentuan bagi negara kepulauan untuk digunakan dalam menentukan batas-batas maritim dan lalu lintas kapal-kapal perairan mereka. Konvensi menentukan bahwa untuk menetapkan lebar laut teritorial negara-negara kepulauan dapat menarik garis lurus garis dasar kepulauan sampai 100 mil laut yang menghubungkan titik-titik paling luar dan batu-batu karang, selama rasio air dan daratan di dalam garis-garis tersebut tidak melebihi 9 berbanding 1, dengan ketentuan bahwa kawasan yang diperoleh tidak memotong negara lain dari laut lepas atau zona ekonomi eksklusif.²

Ditentukan dalam konvensi ini bahwa negara kepulauan memiliki kedaulatan penuh terhadap perairan teritorialnya, yaitu perairan yang terletak di sisi dalam dari garis-garis pangkal kepulauannya berapapun dalamnya atau jaraknya dari pantai termasuk atas ruang udara di atas perairan kepulauannya dan atas dasar laut dan tanah di bawahnya. Zona maritim yang berada di bawah kedaulatan negara ini antara lain terdiri dari laut teritorial, perairan pedalaman dan perairan kepulauan.

Pasal 53 (1) konvensi hukum laut 1982 menyatakan bahwa suatu negara kepulauan dapat menetapkan alur-alur laut dan rute udara di atasnya, yang sesuai dan tepat untuk lintas kapal-kapal dan pesawat-pesawat udara asing secara aman, terus menerus dan cepat melalui atau di atas perairan kepulauannya dan di atas laut wilayah yang berbatasan dengan alur-alur tersebut. Dengan adanya ketentuan ini maka Indonesia mempunyai kedaulatan untuk menentukan alur laut kepulauan Indonesia dan akan mempunyai dampak kepada peraturan mengenai pelayaran yang ada di Indonesia.³

² Chairul Anwar. *Horizon baru Hukum Laut Internasional (konvensi hukum laut 1982)*. Djambatan. 1989. Hal. 23

³ Sebagaimana dikutip dalam Apriliandy. *Penetapan Alur Laut Kepulauan Indonesia dan pengaruhnya terhadap lintas penerbangan pesawat asing*. Skripsi. 2008. Hal. 4

Implementasi Konvensi Hukum Laut 1982 oleh Indonesia dilaksanakan dengan dikeluarkannya UU no.6 tahun 1996 tentang Perairan Indonesia yang mengatur tentang wilayah perairan Indonesia (zona maritim) yaitu antara lain ;

- a. Laut teritorial
- b. Perairan kepulauan
- c. Perairan Pedalaman

Pada penjelasan UU no.6 tahun 1996 tentang Perairan Indonesia, mengenai perairan kepulauan dan perairan pedalaman disebutkan bahwa kedaulatan negara kepulauan mencakup ruang udara di atas wilayah perairan, ruang airnya dan dasar laut serta tanah di bawahnya yang mencakup kekayaan alam yang terdapat di dalamnya. Selain itu UU no.6 tahun 1996 tentang Perairan Indonesia juga mengatur beberapa hal mengenai hak lintas, antara lain :

- a. Hak lintas damai (Pasal 11-17)
- b. Hak lintas alur kepulauan (Pasal 18-19) dan;
- c. Hak transit (Pasal 20-21)

Berbagai ketentuan tentang lintas tersebut perlu ditindaklanjuti dalam perundang-undangan Indonesia, karena pemerintah Indonesia telah meratifikasi konvensi hukum laut 1982 dengan UU no.17 tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mengenai hukum laut tahun 1982. Ini berarti bahwa Indonesia memiliki kedaulatan penuh terhadap perairan teritorialnya. Akan tetapi kapal-kapal asing termasuk kapal perang sekalipun tetap berhak melintasi perairan teritorial Indonesia. Tentu saja semua itu telah diatur melalui beberapa peraturan perundangan yang telah ditetapkan, pengaturan tersebut bertujuan agar lalu lintas pelayaran internasional yang melalui perairan Indonesia pada khususnya dapat berjalan dengan lancar dan tidak saling menimbulkan kerugian pada kedua belah pihak. Karena

sampai dengan saat ini masih saja banyak ditemukan pelanggaran terhadap wilayah perairan teritorial Indonesia.⁴

Indonesia sebagai negara kepulauan, terletak di antara dua benua yaitu Asia dan Australia dan dua Samudera yaitu Hindia dan Pasifik. Posisi Indonesia yang demikian telah menyebabkan perairan Indonesia sejak dahulu sampai sekarang ramai dilalui pelayaran internasional. Disamping itu, kekayaan alam yang melimpah menyebabkan Indonesia menjadi pusat perhatian dan tujuan dari pelayaran itu sendiri. Terlebih di era globalisasi seperti sekarang ini, membawa dampak semakin cepatnya perubahan dan perkembangan di berbagai bidang kegiatan. Terbukti dengan adanya kemajuan yang begitu cepat dalam bidang telekomunikasi dan transportasi.

Indonesia sebagai negara berkembang dan negara kepulauan juga ikut merasakan dampaknya, terutama dengan kemajuan bidang transportasi laut khususnya, dikarenakan Indonesia dikelilingi oleh banyak lautan, dengan semakin banyaknya kapal-kapal asing yang melintas di perairan Indonesia. Tentu saja hal ini membawa banyak dampak bagi negara kita. Salah satu dampaknya adalah dampak hukum dari melintasnya kapal-kapal asing tersebut. Hal ini tentu saja harus kita cermati agar jangan sampai wilayah kedaulatan perairan kita dimasuki oleh kapal-kapal asing dari negara lain.

Berdasarkan uraian tersebut tim penulis merasa perlu meninjau peraturan internasional dan nasional yang mengatur tentang Alur Laut Kepulauan, termasuk aturan tentang lintas kapal-kapal asing di perairan Indonesia. Berdasarkan hal tersebut maka tulisan ini akan membahas lebih jauh tentang; Bagaimana Hukum Internasional mengatur tentang Alur Laut Kepulauan ? dan Bagaimana Indonesia mengimplementasikan tentang penerapan Alur Laut Kepulauan Indonesia ?

⁴ Sebagaimana dikutip dalam Remy Benzano Winarji. Op.cit. hlm.2

B. Pembahasan

1. Penetapan Alur Laut Kepulauan Indonesia Menurut Konvensi Hukum Laut 1982 dan Peraturan Perundang-Undangan Indonesia

Bagian terbesar dari wilayah dunia terdiri dari perairan, terutama perairan laut. Dari aspek geografis, permukaan bumi yang luas 200 juta mil persegi, 70 % atau 140 juta mil persegi terdiri dari air. Dari jumlah ini 97 % terdiri dari air asin atau 135.800 mil persegi dan 3 % air tawar atau 4.200.000 mil persegi. Diantara lautan-lautan yang terbesar, laut pasifik menggenangi permukaan bumi seluas 63.855.500 mil persegi, laut Atlantik 31.744.000, laut Atrik 5.427.000 dan Laut Mediterania seluas 967.000 mil persegi.⁵

Berdasarkan data di atas, tampaklah betapa luasnya wilayah laut yang berada dipermukaan bumi ini. Dalam wilayah yang luas ini terkandung berbagai sumber daya, baik hayati seperti berbagai jenis ikan, udang, kepiting, teripang, rumput laut, dan hewan-hewan laut lainnya serta sumber daya laut non hayati seperti minyak/gas bumi, sulphur, hard moneral batu bara, diamond, nodules yang terdiri dari mangan, besi, cobalt, nikel dan chopper.

Masyarakat internasional menyadari bahwa untuk mengantisipasi berbagai masalah yang berkenaan dengan laut perlu adanya pengaturan dalam hal pengeksploasian dan pemanfaatan wilayah laut. Secara teoritis, keharmonisan hubungan antar masyarakat internasional hanya dapat terwujud jika terdapat pengaturan, karena dengan adanya aturan dapat diketahui hak dan kewajiban bagi semua pihak, sehingga semua pihak yang berkepentingan dalam pemanfaatan laut dalam pemenuhan kebutuhan manusia, seperti transportasi, mineral, bahan makanan, pertahanan dan keamanan, dan sebagainya dapat terwujud.

Mengingat wilayah laut yang dimiliki oleh wilayah saling bersinggungan demikian dekatnya dan merupakan satu kesatuan yang utuh, sehingga tidaklah cukup masalah kelautan hanya diatur dalam suatu perangkat hukum nasional yang berlaku dalam suatu negara saja,

⁵ Boer Mauna. *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*. Alumni 2001. Bandung. 2000. Hal 270

tetapi perlu diatur secara internasional, sehingga dapat dijadikan dasar pengaturan bagi setiap negara dan dapat menengahi berbagai kepentingan negara-negara secara keseluruhan. Pengaturan kelautan seperti ini dikenal dengan hukum laut internasional.

Pengaturan mengenai hukum laut internasional berawal dari kodifikasi Den Haag 1930 yang diprakarsai oleh Liga bangsa-Bangsa (LBB), Kemudian dengan makin pesatnya kemajuan teknologi dan keinginan untuk mengatur suatu tatanan baru masalah laut. Maka, pada tanggal 27 April 1958 dilaksanakan konperensi hukum laut di Jenewa yang dihadiri wakil-wakil 86 negara yang menghasilkan empat konvensi. Setelah itu untuk penyempurnaan aturan tentang hukum laut ini maka diadakanlah konferensi hukum laut yang ketiga yang menghasilkan *United Nations Convention on The Law of the Sea 1982* (KHL 1982).

KHL 1982 atau yang disebut juga Konvensi Hukum Laut Perserikatan Bangsa-Bangsa 1982 (KHL PBB 1982) terdiri dari 17 bab 320 pasal, secara isi KHL PBB 1982 tersebut mengatur hal-hal yang berkenaan dengan penggunaan istilah dan ruang lingkup, laut teritorial dan zona tambahan, selat yang digunakan untuk pelayaran internasional, negara kepulauan, penetapan Alur Laut Kepulauan Indonesia (ALKI), ZEE, landas kontinen, laut lepas, regim pulau, laut teritorial setengah tertutup, hak negara tak berpantai untuk masuk dalam dan ke luar serta kebebasan melakukan transit, kawasan, perlindungan dan pelestarian laut, riset ilmiah kelautan, pengembangan alih teknologi kelautan, penyelesaian sengketa dan bab ketentuan umum dan penutup.

Indonesia telah meratifikasi KHL PBB 1982 dengan Undang-undang No. 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan KHL PBB tentang Hukum laut. Sebagai tindak lanjut dari ratifikasi tersebut maka Indonesia menerbitkan Undang-Undang No.6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia. Sesuai UU perairan ini, maka kedaulatan Republik Indonesia mencakup selain wilayah daratan dan perairan pedalaman juga laut teritorial dan perairan kepulauan serta wilayah udara di atas wilayah daratan, perairan pedalaman, laut teritorial dan perairan kepulauan. Konvensi ini memberikan hak dan kewajiban bagi kepada negara -

negara dan membutuhkan langkah-langkah untuk mengatur dan melindunginya.

Sekalipun Indonesia mempunyai kedaulatan atas laut teritorial dan Perairan Kepulauan Indonesia tersebut, akan tetapi Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum Laut Tahun 1982, mengandung ketentuan yang mengizinkan kapal dan pesawat udara asing sipil maupun militer menikmati Hak Lintas Alur Laut Kepulauan melalui laut teritorial dan perairan kepulauan Indonesia untuk keperluan melintasi laut teritorial dan perairan kepulauan dari satu bagian laut bebas atau zona ekonomi eksklusif ke bagian lain dari laut bebas atau zona ekonomi eksklusif.

Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia, mengandung ketentuan pokok mengenai Hak Lintas Alur Laut Kepulauan sebagaimana terdapat dalam Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum Laut Tahun 1982, sedangkan pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan-ketentuan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tersebut diatur lebih lanjut dalam peraturan pemerintah.

Berkaitan dengan pelaksanaan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tersebut untuk melintasi Laut Teritorial dan Perairan Indonesia, sesuai dengan ketentuan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum Laut Tahun 1982, Indonesia dapat menetapkan alur-alur laut tertentu dari antara alur laut yang lazim digunakan bagi pelayaran internasional sebagai alur laut yang dapat digunakan untuk pelaksanaan lintas alur laut kepulauan tersebut (Pasal 53 Konvensi Hukum Laut 1982). Adapun yang dimaksud dengan lintas alur laut kepulauan adalah (Pasal 53 (3)):

Lintas alur laut kepulauan berarti pelaksanaan hak pelayaran dan penerbangan sesuai dengan ketentuan-ketentuan konvensi ini dalam cara normal semata-mata untuk melakukan transit yang terus menerus, langsung dan secepat mungkin serta tidak terhalang antara satu bagian laut lepas atau zona ekonomi eksklusif dan bagian laut lepas atau zona ekonomi eksklusif lainnya.

Berdasarkan pengertian di atas, menurut Etty R Agoes⁶ terdapat tiga hal pokok yaitu;

- a. Hak lintas alur laut selain dalam bentuk lintas pelayaran juga mencakup lintas penerbangan yang dilakukan dengan cara normal.
- b. Adanya keharusan bahwa lintas pelayaran atau penerbangan tersebut hanya dimaksudkan untuk suatu lintasan yang terus menerus, langsung, secepat mungkin dan tidak terhalang.
- c. Bahwa lintasan tersebut harus dilakukan antara satu bagian dari laut lepas atau ZEE dengan bagian lain laut lepas atau ZEE.

Jika diperhatikan, pengertian ini lebih mendekati pengertian yang diberikan oleh konvensi hak lintas transit. Perbedaan tampak pada pembebanan persyaratan-persyaratan bagi pelaksanaan kedua macam lintasan bagi kapal asing tersebut. Perbedaan-perbedaan tersebut, lebih lanjut dikatakan Etty R. Agoes adalah pelaksanaan hak lintas transit, kapal-kapal asing dibebani persyaratan “transit yang terus menerus dan langsung”. Di lain pihak ketentuan hak lintas alur kepulauan meletakkan beban persyaratan baik kepada kapal-kapal yang melakukan lintasan maupun negara kepulauan itu sendiri. Kapal-kapal diwajibkan untuk melakukan lintasan yang mempunyai tujuan serupa dengan lintas transit yaitu terus menerus dan langsung. Untuk memungkinkan kapal-kapal melaksanakan haknya tersebut, negara kepulauan dibebani kewajiban untuk menjamin bahwa lintasan tersebut tidak terhalang (*unobstructed*) disini nampak adanya usaha kompromi. Perbedaan lain adalah pengertian tentang lintasan, di satu pihak hak lintas transit diartikan sebagai pelaksanaan dari kebebasan pelayaran, sedangkan dilain pihak, lintas alur kepulauan diartikan sebagai hak pelayaran.

Alur laut negara kepulauan dalam pembahasannya menimbulkan banyak pertentangan, terutama tentang kewenangan penetapan *sealanes* yaitu negara kepulauanlah yang menentukan *sealanes* sedangkan negara-negara maritim besar walaupun tidak dapat

⁶ Etty R Agoes sebagaimana di kutip dalam Heryandi, *Hukum Laut Internasional United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 dan Implementasinya di Indonesia (buku ajar)*. Universitas Lampung.2005.hlm.41.

membantah wewenang negara kepulauan, namun mereka menghendaki *sealanes* mencakup semua jalur pelayaran yang biasa dipakai oleh pelayaran internasional, sehingga mereka menginginkan *sealanes* sebagai selat. Masalah lain yang berkaitan dengan *sealanes* adalah masalah lebarnya, dimana negara kepulauan menghendaki lebar *sealanes* hanya cukup untuk pelayaran yang cepat dan aman, sedangkan negara maritim besar menginginkan *sealanes* selebar mungkin.⁷

Adanya pertentangan antara negara kepulauan dan negara maritim besar, kemudian ditetapkan dalam KHL 1982 ;

Pasal 53 ayat 1 bahwa;

Negara kepulauan dapat menentukan alur laut dan rute penerbangan di atasnya yang cocok digunakan untuk lintas kapal dan pesawat asing yang terus menerus dan langsung serta secepat mungkin melalui atau di atas perairan kepulauannya dan laut teritorial yang berdampingan dengannya.

Pasal 53 ayat 2 bahwa;

Semua kapal dan pesawat udara menikmati hak lintas alur laut kepulauan dalam alur laut dan rute penerbangan demikian.

Untuk pertentangan lebar *sealanes*, terdapat suatu kompromi dengan ditetapkannya Pasal 53 ayat (5) dijelaskan bahwa:

Alur laut dan rute penerbangan demikian harus ditentukan dengan suatu rangkaian garis sumbu yang bersambungan mulai dari tempat masuk rute lintas sampai ke luar. Kapal dan pesawat udara yang melakukan lintas melalui alur laut kepulauan tidak boleh menyimpang lebih dari 25 mil laut kedua sisi garis sumbu demikian, dengan ketentuan bahwa kapal dan pesawat udara tersebut tidak boleh berlayar atau terbang dekat ke pantai kurang dari 10 % jarak antara titik-titik yang terdekat pada pulau-pulau yang berbatasan dengan alur laut tersebut.

Disamping menetapkan alur laut, negara kepulauan dapat pula menetapkan skema pemisah laut untuk keperluan lintas kapal yang aman melalui terusan sempit. Alur laut dan skema pemisah laut melalui

⁷ Mochtar Kusumaatmadja sebagaimana di kutip dalam Heryandi, *ibid.* hlm.40.

terusan sempit ini harus dimumkan sebagaimana mestinya dan jika akan diganti maka negara pantai harus mengajukan usul-usul kepada organisasi internasional yang berwenang dengan maksud untuk dapat diterima. Organisasi internasional akan menerima alur laut dan skema pemisah laut sebagaimana disetujui bersama dengan negara kepulauan, setelah itu untuk menentukan, menetapkan, atau mengganti menjadi wewenang negara kepulauan.⁸

Bagi negara kepulauan yang tidak menetapkan alur laut dan skema pemisah laut, hak lintas damai alur laut dan kepulauan berlaku rute yang biasanya digunakan untuk pelayaran internasional (Pasal 53 ayat (12) KHL 1982). Sedangkan segala sesuatu yang berkaitan dengan kewajiban kapal, kewajiban negara kepulauan bertalian dengan lintas melalui alur kepulauan secara mutatis mutandis berlaku Pasal 39, 40, dan 44 KHL 1982. Hal ini tertuang di dalam Pasal 54 KHL 1982.

KHL 1982 memberikan Indonesia hak untuk menentukan sendiri alur laut kepulauannya dengan syarat sebagai berikut:

1. Indonesia dapat menetapkan alur-alur laut tertentu dari antara alur laut yang lazim digunakan bagi pelayaran internasional sebagai alur laut yang dapat digunakan untuk pelaksanaan lintas alur laut kepulauan tersebut;
2. Pelaksanaan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tersebut dilakukan melalui rute-rute yang cocok untuk lintas kapal dan pesawat udara asing, secara langsung, terus menerus dan cepat melalui atau di atas perairan kepulauannya dan di atas laut wilayah yang berbatasan dengan alur-alur tersebut.

Penetapan alur laut tersebut dilakukan oleh Pemerintah Indonesia dengan memperhatikan kepentingan masyarakat internasional melalui organisasi internasional yang kompeten dibidang pelayaran internasional yaitu *Intenational Maritime Organization* (IMO). Penetapan ALKI adalah untuk kepentingan Indonesia sendiri, karena jika ditetapkan, maka kapal dan pesawat udara asing dapat melakukan pelayaran Lintas Alur Laut Kepulauan melalui rute-rute yang biasa

⁸ Ibid.hlm.41

dipakai dalam pelayaran internasional. Semua ALKI tersebut terbuka bagi semua kapal yang ingin melintasi Perairan Indonesia secara cepat, terus menerus berdasarkan ketentuan "*Archipelagic Sea Lanes Passages*" dalam konsepsi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang hukum laut 1982. Keberadaan ALKI ini perlu konsepsi pemanfaatannya mempertahankan integritas nasional dengan menyusun strategi untuk dilaksanakan agar mampu mengakomodasikan kepentingan masyarakat internasional dan kepentingan masyarakat Indonesia sendiri khususnya di bidang pertahanan keamanan.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, maka ABRI/TNI-AL telah mengambil prakarsa sejak 1987 untuk memulai berusaha menetapkan Alur-alur laut Kepulauan Indonesia (ALKI) melalui perairan nusantara Indonesia. Setelah mempelajarinya selama beberapa tahun maka pada bulan Januari 1995 diadakanlah Rapat Kerja Nasional yang diselenggarakan oleh Departemen Luar Negeri mengenai ALKI di Cisarua. Rapat ini memutuskan bahwa untuk waktu ini Indonesia telah siap untuk mengajukan usul penetapan tiga ALKI kepada Organisasi Maritim Internasional (IMO) di London sebagai organisasi internasional yang kompeten menurut ketentuan-ketentuan Konvensi.²⁴

Sementara itu Indonesia secara intensif juga mengadakan konsultasi-konsultasi dengan negara-negara terkait, khususnya negara-negara maritim dan negara-negara tetangga. Karena itu dalam tahun 1996 Indonesia telah mengusulkan kepada IMO mengenai penetapan tiga ALKI tersebut beserta cabang-cabangnya di perairan Indonesia yaitu ALKI I (dibagian utara bercabang menuju Singapura (IA) dan menuju laut Cina Selatan, ALKI II melalui selat Lombok menuju laut Sulawesi dan ALKI III yang dibagian Selatan bercabang tiga menjadi ALKI III-A, III-B, III-C dan III-D, dan yang dibagian Utara bercabang menuju Laut Sulawesi (III-E) dan Samudra Pasifik (lihat peta terlampir).

Usul penetapan Tiga ALKI Utara-Selatan dimaksud telah dibahas dalam Sidang Komite keselamatan, Pelayaran IMO ke-67 (*Maritime Safety Committee /MSC-67*) pada bulan Desember 1996 dan Sidang Sub-Komite Keselamatan navigasi IMO ke-43 (*NAV-43*) di London pada bulan Juli 1997. Kemudian Sidang Majelis IMO ke-20 bulan Desember 1997

telah menyetujui prosedur dan ketentuan-ketentuan mengenai penetapan ALKI tersebut dan telah menguasai MSC-69 untuk membahas usul Indonesia tersebut, dan jika memenuhi syarat MSC-69 sekaligus dapat menerimanya tanpa perlu lagi dibawa kepada Sidang Majelis IMO ke-21 tahun 1999.

Pada tanggal 19 Mei 1998 Sidang Komite Keselamatan Maritim ke-69 dari Organisasi Maritim yaitu *Maritime Safety Committee (MSC -69-IMO)* telah menerima usulan (submisi) Pemerintah Indonesia mengenai penetapan sumbu 3 (tiga) alur laut kepulauan beserta cabang-cabangnya yang dapat digunakan untuk pelaksanaan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan melintasi Perairan Indonesia. Sebagai tindak lanjut diterimanya usulan Pemerintah Indonesia oleh IMO, Indonesia perlu menetapkan 3 (tiga) Alur Laut Kepulauan beserta cabang-cabangnya tersebut dalam Peraturan Pemerintah dengan menetapkan koordinat geografis titik-titik penghubung garis sumbu alur laut kepulauan tersebut.

Dalam penetapan alur laut kepulauannya, dapat dilihat bahwa Indonesia sudah memenuhi persyaratan yang diberikan oleh Konvensi Hukum Laut 1982 untuk menentukan alur laut kepulauannya. Tiga cabang yang diusulkan oleh Indonesia kepada IMO tersebut adalah :

- ALKI I : Selat Sunda, Selat Karimata, Laut Natuna dan Laut Cina Selatan
- ALKI II : Selat Lombok, Selat Makassar, dan Laut Sulawesi
- ALKI III-A : Laut Sawu, Selat Ombai, Laut Banda (Barat Pulau Buru)-Laut Seram (Timor Pulau Mongole)-Laut Maluku, Samudera Pasifik
- ALKI III-B : Laut Timor, Selat Leti, Laut Banda, (Barat Pulau Buru) dan terus ke ALKI III-A
- ALKI III-C : Laut Arafura, Laut Banda (Barat Pulau Buru) terus ke utara ke ALKI III-A.
- ALKI III-D : Laut Sawu, antara Laut Sawu dan Pulau Roti, Samudera Hindia

Pengusulan ketiga ALKI tersebut bagi Indonesia didasarkan atas pertimbangan dari berbagai aspek kepentingan sektoral yang terkait, antara lain kepentingan pertahanan dan keamanan, keadaan *hidro-oceanografis* dari masing-masing ALKI, masalah lingkungan laut, kawasan konservasi, taman laut, kegiatan-kegiatan eksplorasi dan eksploitasi kekayaan alam, terutama migas, kegiatan penangkapan ikan, kepentingan dan keselamatan pelayaran dan penerbangan internasional serta kepentingan-kepentingan internasional terhadap lintas laut yang paling aman dan cepat melalui perairan Indonesia. Selain itu juga, ALKI dibagi hanya menjadi 3 karena, Indonesia mempunyai tiga bagian perairan kepulauan yang besar diwilayah Indonesia Barat, Indonesia Tengah dan Indonesia Timur.

Setelah menentukan tiga ALKI beserta cabangnya, kemudian ditetapkanlah koordinat geografis titik-titik penghubung garis sumbu alur laut kepulauan yang, ditetapkan pemerintah melalui Peraturan Pemerintah No.37 Tahun 2002 tentang Hak dan Kewajiban Kapal dan Pesawat Udara Asing dalam Melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan Melalui Alur Laut Kepulauan yang Ditetapkan (Pasal 11). Koordinat geografis titik-titik penghubung garis sumbu alur laut kepulauan yang ditetapkan itu antara lain akan dijelaskan dibawah ini.

Bagian 1

Tabel 1 :

ALKI I : Untuk pelayaran dari Laut Cina Selatan melintasi Laut Natuna, Selat Karimata, Laut Jawa dan Selat Sunda ke Samudera Hindia atau sebaliknya.

| Nomor Referensi Titik Pengubung Garis Sumbu | Koordinat Lintang | Koordinat Bujur |
|--|--------------------------|------------------------|
| 1-1 | 03°35'00-U | 108°51'00-T |
| 1-2 | 03°00'00-U | 108°10'00-T |
| 1-3 | 00°50'00-U | 106°16'20-T |
| 1-4 | 00°12'20-S | 106°44'00-T |
| 1-5 | 02°10'00-S | 108°27'00-T |
| 1-6 | 02°16'00-S | 109°19'30-T |

| Nomor Referensi Titik Penghubung Garis Sumbu | Koordinat Lintang | Koordinat Bujur |
|--|-------------------|-----------------|
| 1-6 | 02°45'00-S | 109°33'00-T |
| 1-7 | 03°46'45-S | 109°33'00-T |
| 1-8 | 03°46'45-S | 109°33'00T |
| 1-9 | 05°12'30-S | 106°54'30-T |
| 1-10 | 05°17'15-S | 103°44'30-T |
| 1-11 | 05°17'15-S | 106°27'30-T |
| 1-12 | 05°15'00-S | 106°12'30-T |

- a. Posisi geografis (1-1) sampai (1-3) menetapkan garis-garis sumbu dari Laut Cina Selatan, Laut Natuna.
- b. Posisi geografis (1-3) sampai (1-5) menetapkan garis sumbu dari Laut Natuna sampai Selat Karimata.
- c. Posisi geografis (1-5) sampai (1-7) menetapkan garis sumbu melalui Selat Karimata.
- d. Posisi geografis (1-7) sampai (1-12) menetapkan garis sumbu melalui Laut Jawa bagian Barat.
- e. Posisi geograxis (1-12) sampai (1-15) menetapkan garis sumbu melalui Selat Sunda ke Samudera Hindia

Bagian 2

Tabel 2 :

ALKI II: Untuk pelayaran dari Laut Sulawesi melintasi Selat Makassar, Laut Flores dan Selat Lombok ke Samudera Hindia atau sebaliknya.

| Nomor Referensi Titik Penghubung Garis Sumbu | Koordinat Lintang | Koordinat Bujur |
|--|-------------------|-----------------|
| 11-1 | 00°57'00-U | 119°33'00-T |
| 11-2 | 00°00'00-U | 119°00'00-T |
| 11-3 | 02°40'00-S | 118°17'00-T |
| 11-4 | 03°45'00-S | 118°17'00-T |

| Nomor Referensi Titik Penghubung Garis Sumbu | Koordinat Lintang | Koordinat Bujur |
|--|-------------------|-----------------|
| 11-5 | 05°28'00-S | 117°05'00-T |
| 11-6 | 07°00'00-S | 116°50'00-T |
| 11-6 | 08°00'00-S | 116°00'00-T |
| 11-7 | 09°01'00-S | 115°36'00-T |

- (a) Posisi geografis (11-1) sampai (11-2) menetapkan garis garis sumbu dari Laut Sulawesi sampai Selat Makassar.
- (b) Posisi geografis (11-2) sampai (11-5) menetapkan garis sumbu diantara Pulau Kalimantan dan Pulau Sulawesi.
- (c) Posisi geografis (11-5) sampai (11-7) menetapkan garis sumbu melalui Laut Flores.
- (d) Posisi geografis (11-7) sampai (11-8) menetapkan garis sumbu melalui Selat Lombok sampai Samudera Hindia.

Bagian 3

Tabel 3 :

ALKI III-A: Untuk pelayaran dari Samudera Pasifik melintasi Laut Maluku, Laut Pasifik, Laut Banda, Laut Ombai dan Laut Sawu ke Samudera Hindia atau sebaliknya.

| Nomor Referensi Titik Penghubung Garis Sumbu | Koordinat Lintang | Koordinat Bujur |
|--|-------------------|-----------------|
| IIIA-1 | 03°27'00-U | 127°40'30-T |
| IIIA-2 | 01°40'00-U | 126°57'00-T |
| IIIA-3 | 01°12'00-U | 126°54'00-T |
| IIIA-4 | 00°09'20-U | 126°20'00-T |
| IIIA-5 | 01°53'00-S | 127°02'00-T |
| IIIA-6 | 02°37'00-S | 126°30'00-T |
| IIIA-7 | 02°53'00-S | 125°30'00-T |
| IIIA-8 | 03°20'00-S | 125°30'00-T |

| Nomor Referensi Titik Penghubung Garis Sumbu | Koordinat Lintang | Koordinat Bujur |
|--|-------------------|-----------------|
| IIIA-9 | 08°25'00-S | 125°20'00-T |
| IIIA-10 | 09°03'00-S | 123°34'00-T |
| IIIA-11 | 09°23'00-S | 122°55'00-T |
| IIIA-12 | 10°12'00-S | 121°18'00-T |
| IIIA-13 | 10°44'30-S | 120°45'45-T |

- (a) Posisi geografis (IIIA-1) sampai (IIIA-5) menetapkan garis sumbu dari Samudera Pasifik melalui Laut Maluku.
- (b) Posisi geografis (IIIA-5) sampai (IIIA-7) menetapkan garis sumbu melalui Laut Seram.
- (c) Posisi geografis (IIIA-7) sampai (IIIA-9) menetapkan garis sumbu melalui Banda sampai Selat Ombai.
- (d) Posisi geografis (IIIA-9) sampai (IIIA-13) menetapkan garis sumbu melalui Selat Ombai dan Laut Sawu diantara Pulau Sumba dan Pulau Sawu sampai Samudera Hindia.

Tabel 4 :

ALKI IIB : Untuk pelayaran dari Samudera Pasifik melintasi Laut Maluku, Laut Seram, Laut Banda dan Selat Leti ke Laut Timor atau sebaliknya.

ALKI IIC : Untuk pelayaran dari Samudera Pasifik melintasi Laut Maluku, Laut Seram dan laut Banda ke Laut Arafura atau sebaliknya.

| Nomor Referensi Titik Penghubung Garis Sumbu | Koordinat Lintang | Koordinat Bujur |
|--|-------------------|-----------------|
| IIIA-8 | 03°20'00-S | 125°30'00-T |
| IIIB-1 | 04°00'00-S | 125°40'00-T |
| IIIA-IIIB-2 | 08°31'00-S | 127°33'00-T |
| IIIA-IIIA-8 | 03°20'00-S | 125°30'00-T |
| IIIA-IIIB-1 | 04°00'00-S | 125°40'00-T |
| IIIA-IIIC-1 | 06°10'00-S | 131°45'00-T |
| IIIA-IIIC-2 | 06°44'00-S | 132°35'00-T |

- (a) Posisi geografis (IIIA-8) sampai (III-2) menetapkan garis garis sumbu melalui Laut Banda dan Selat Leti sampai Laut Timor.
- (b) Posisi geografis (IIIB-1) sampai (IIIC-2) menetapkan garis sumbu melalui Laut Banda sampai Laut Arafura.

Tabel 5 :

ALKI IIID : Untuk pelayaran dari Samudera Pasifik melintasi Laut Maluku, Laut Seram, Laut Banda, Selat Ombai dan Laut Sawu sebelah Timur Pulau Sawu ke Samudera Hindia atau sebaliknya.

ALKI IIIE : Untuk pelayaran dari Laut Sulawesi melintasi Laut Maluku, Laut Seram, Laut Banda, Selat Ombai dan Laut Sawu atau Laut Sawu Sebelah timur Pulau Sawu ke Samudera Hindia atau sebaliknya, atau melintasi Laut Maluku, Laut Seram, Laut Banda, Selat Leti dan Laut Timor ke Samudera Hindia atau sebaliknya, atau Laut Seram dan Laut Banda ke Laut Arafura atau sebaliknya.

| Nomor Referensi Titik Pengubung Garis Sumbu | Koordinat Lintang | Koordinat Bujur |
|---|-------------------|-----------------|
| IIIA-11 | 09°23'00-S | 122°55'00-T |
| IIID-1 | 10°58'00-S | 122°11'00-T |
| IIIE-2 | 04°32'12-U | 125°10'24-T |
| IIIE-1 | 04°12'06-U | 126°01'00-T |
| IIIE-2 | 01°40'00-U | 126°57'30-T |

- (a) Posisi geografis (IIIA-11) sampai (IIID-1) menetapkan garis garis sumbu dari Laut diantara Pulau Sawu dan Pulau Roti sampai Samudera Hindia.
- (b) Posisi geografis (IIIE-2) sampai (IIIA-2) menetapkan garis sumbu dari Laut Sulawesi sampai ke Samudera.

Hindia Berdasarkan ketentuan di atas, alur laut dan rute penerbangan tersebut harus ditentukan dengan suatu rangkaian "garis

sumbu" yang bersambungan mulai dari tempat masuk "rute lintas" hingga "tempat keluar". Kapal dan pesawat udara yang melakukan lintas melalui alur laut kepulauan tidak boleh menyimpang lebih dari 25 mil laut kedua sisi garis sumbu, dengan ketentuan bahwa kapal dan pesawat udara tersebut tidak boleh berlayar atau terbang dekat ke pantai atau kurang dari 10% jarak antara titik-titik terdekat pada, pulau-pulau yang berbatasan dengan alur laut tersebut (Pasal 53 ayat 1).

Penggunaan "garis sumbu" demikian berarti alur-alur laut itu tidak digambarkan sebagai koridor yang dibatasi di kedua tepinya seperti halnya jalan raya di darat yang tidak berada di bawah kedaulatan kepulauan, melainkan hanya berupa sumbu yang menghubungkan kedua "titik masuk" dan "titik keluar" yang sewaktu-waktu dipergunakan untuk lintas. Sedangkan apabila tidak ada kapal lewat, perairan itu sama kedudukannya dengan perairan lainnya.

Untuk mempermudah dalam penggunaannya, pemerintah Indonesia juga mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2002 tentang Daftar Koordinat Geografis Titik-Titik Garis Pangkal Kepulauan Indonesia. Sedangkan untuk peta navigasi alur laut kepulauan Indonesia, penulis belum dapat menyediakan karena sampai saat ini peta tersebut belum dikeluarkan oleh pemerintah karena pembuatan peta navigasi alur laut kepulauan Indonesia yang memadai untuk menggambarkan garis-garis pangkal kepulauan memerlukan waktu pembuatan yang sangat lama disamping itu Pula dana dan sumber daya manusia yang sangat besar. Sehubungan dengan hal ini maka dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2002 tersebut sambil menunggu pembuatan peta navigasi secara bertahap berdasarkan uraian di atas tampak bahwa Indonesia yang merupakan Negara kepulauan dan dengan sendirinya memiliki perairan kepulauan yang telah memiliki alut laut kepulauan yang diatur dalam melalui Peraturan Pemerintah No.37 Tahun 2002 tentang Hak dan Kewajiban Kapal dan Pesawat Udara Asing Dalam Melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan Melalui Alur Laut Kepulauan Yang Ditetapkan.

2. Implementasi Konvensi Hukum Laut 1982 dalam Peraturan Perundang-undangan Indonesia tentang Hak Lintas Kapal Asing di Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan

Sebagaimana diketahui bahwa Indonesia telah meratifikasi Konvensi Hukum Laut 1982 dengan Undang-undang Nomor 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi PBB Mengenai Hukum Laut Tahun 1982. Untuk melaksanakan ketentuan tersebut, Pemerintah Indonesia telah mengundangkan beberapa Peraturan Perundang-undangan, antara lain .,

1. Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia
2. Undang-undang Nomor 21 Tahun 1992 tentang Pelayaran
3. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2002 Tentang Hak dan Kewajiban Kapal Asing Dalam Melaksanakan Lintas Damai Melalui Perairan Indonesia.
4. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2002 Tentang Hak dan Kewajiban Kapal dan Pesawat Udara Asing Dalam Melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan Melalui Alur Laut Kepulauan yang Ditetapkan.

1. Syarat-syarat bagi Kapal Asing yang Melakukan Lintas Di Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan

Persyaratan umum bagi setiap kapal asing yang melakukan lintas di laut teritorial dan atau perairan kepulauan ialah bahwa dalam melakukan lintas harus dilandasi dengan itikad baik. Itikad baik yang dimaksud disini adalah bahwa lintas kapal asing tersebut harus melakukan lintas di laut teritorial dan atau perairan kepulauan Indonesia dengan damai yang ditunjukkan dengan melakukan lintas yang tidak melanggar ketentuan-ketentuan yang telah ditetapkan oleh Konvensi.

Sedangkan persyaratan khusus yang harus dipatuhi oleh kapal asing yang melakukan lintas yaitu harus mematuhi segala peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan oleh negara pantai yang berhubungan dengan hak lintas kapal asing di laut teritorial dan perairan kepulauan.

Bila kita bandingkan ketentuan tersebut di atas dengan ketentuan yang terdapat dalam Konvensi Hukum Laut 1982, maka ketentuan tersebut telah sesuai dengan Pasal 21 ayat (4) Konvensi.

2. Tata cara bagi Kapal Asing yang Melakukan Lintas Di Laut Teritorial dan perairan Kepulauan

Tata cara bagi kapal asing yang melakukan lintas di laut teritorial dan perairan kepulauan dalam peraturan Perundang-undangan Indonesia diatur dalam Pasal 11 ayat (3) Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang perairan Indonesia, disebutkan bahwa lintas damai sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) harus terus-menerus, langsung serta secepat inungkin, mencakup berhenti atau buang jangkar sepanjang hal tersebut berkaitan dengan navigasi yang normal atau perlu dilakukan karena keadaan memaksa, mengalami kesulitan, memberi pertolongan kepada orang, kapal atau pesawat udara yang bahaya atau kesulitan.

Khusus untuk kapal selam atau kendaraan bawah air lainnya, Undang-undang mengaturnya dalam Pasal 15 yang berbunyi : Dalam melaksanakan hak lintas damai di laut teritorial dan perairan kepulauan, kapal selam dan kendaraan bawah air lainnya diharuskan melakukan navigasi di atas permukaan air dan menunjukkan bendera kebangsaan.

Begitu juga ketentuan Pasal 18 ayat (1) Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 menyebutkan bahwa lintas alur laut kepulauan dalam alur-alur laut yang khusus ditetapkan adalah pelaksanaan hak pelayaran untuk penerbangan sesuai dengan ketentuan-ketentuan Konvensi dengan cara yang normal hanya untuk melakukan transit yang terus-menerus, langsung, dan secepat mungkin serta tidak terhalang.

Lalu dalam Pasal 20 ayat (1) Undang-undang Nomor 6 Tabun 1996 mengharuskan semua kapal dan pesawat udara asing mempunyai kebebasan pelayaran dan penerbangan semata-mata untuk tujuan transit yang terus-menerus, langsung dan secepat mungkin melalui laut teritorial Indonesia di selat antara satu bagian laut lepas atau Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia dan bagian laut lepas atau Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia lainnya.

Peraturan Perundang-undangan lainnya yang mengatur tentang tata cara bagi kapal asing yang melakukan lintas di laut teritorial dan perairan kepulauan adalah Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 dalam Pasal 22 yang menyatakan : Pelaksanaan Hak Lintas dalam sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), dilakukan Alur Laut yang lazim digunakan untuk pelayaran - pelayaran yang dikecualikan oleh instansi yang berwenang di bidang keselamatan pelayaran.

Ketentuan tentang tata cara ini pun terdapat pada Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2002 dalam Pasal 3 ayat (1) menyatakan :

Pelaksanaan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 dilakukan melalui alur laut atau melalui udara di atas alur laut yang ditetapkan sebagai alur laut kepulauan yang dapat digunakan untuk pelaksanaan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tersebut sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 11.

Sedangkan dalam Pasal 3 ayat (2) berisi, Pelaksanaan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan sesuai dengan ketentuan dalam Peraturan Pemerintah ini di bagian-bagian lain Perairan Indonesia dapat dilaksanakan setelah di bagian-bagian lain tersebut ditetapkan alur laut kepulauan yang dapat digunakan untuk pelaksanaan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tersebut.

Begitu pula dengan Pasal 4 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2002 yang menyatakan, Kapal dan pesawat udara asing yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan harus melintas secepatnya melalui atau terbang di atas alur laut kepulauan dengan cara normal, semata-mata untuk melakukan transit yang terus-menerus, langsung, cepat, dan tidak terhalang.

Ketentuan tersebut di atas telah sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Konvensi, yaitu pada Pasal 18 ayat (1) dan (2) yang mengatur tentang tata cara lintas bagi kapal asing. Adapun kesesuaian juga terlihat pada ketentuan untuk kapal selam, ketentuan untuk kapal selam dalam Konvensi diatur pada Pasal 20.

2.1. Hak dan Kewajiban Kapal Asing

A. Hak Kapal Asing

Menurut Peraturan Perundang-undangan Indonesia, hak bagi kapal asing terdapat dalam ketentuan Pasal 2 Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002, yang menyatakan: Semua kapal asing dapat melaksanakan hak Lintas Damai melalui Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan untuk keperluan melintas dari satu bagian laut bebas atau zona ekonomi eksklusif ke bagian lain laut bebas atau zona ekonomi eksklusif tanpa memasuki Perairan Pedalaman atau singgah di tempat berlabuh di tengah laut, atau fasilitas pelabuhan di luar Perairan Pedalaman untuk keperluan melintas dari laut bebas atau zona ekonomi eksklusif untuk berlalu ke atau dari Perairan Pedalaman atau singgah di tempat berlabuh di tengah laut, atau fasilitas pelabuhan di luar Perairan Pedalaman. (Pasal 2 ayat (1)).

Juga terdapat dalam ketentuan Pasal 18 ayat (2) yang berbunyi; Segala jenis kapal dan pesawat negara asing, baik negara pantai maupun negara tak berpantai, menikmati hak lintas alur laut kepulauan melalui perairan kepulauan Indonesia, antara satu bagian dari laut lepas atau zona ekonomi eksklusif Indonesia dengan bagian laut lepas atau zona ekonomi eksklusif Indonesia lainnya.

Hak kapal asing juga diatur dalam Pasal 2 Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2002 yang menyatakan Kapal dan pesawat udara asing dapat melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan, untuk pelayaran atau penerbangan dari satu bagian laut bebas atau zona ekonomi eksklusif ke bagian lain laut bebas atau zona ekonomi eksklusif melintasi laut teritorial dan perairan kepulauan Indonesia.

Mengenai hak kapal asing, Konvensi hanya mengaturnya dalam Pasal 17, yang juga telah sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam Peraturan Perundang-undangan Indonesia.

B. Kewajiban Kapal Asing

Mengenai kewajiban kapal asing, Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 mengaturnya dalam beberapa Pasal yaitu Pasal 15, 16 dan Pasal 19

ayat (6). Pasal 15 Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 berbunyi : Dalam melaksanakan hak lintas damai di laut teritorial dan perairan kepulauan, kapal selam dan kendaraan bawah air lainnya diharuskan melakukan navigasi di atas permukaan air dan menunjukkan bendera kebangsaan.

Sedangkan Pasal 16 menyatakan : Kapal asing bertenaga nuklir dan kapal yang mengangkut nuklir atau bahan lain yang karena sifatnya berbahaya atau beracun, apabila melaksanakan hak lintas damai harus membawa dokumen dan mematuhi tindakan pencegahan khusus yang ditetapkan oleh perjanjian internasional.

Lalu, dalam Pasal 19 ayat (6) Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 menyebutkan, Kapal asing yang melakukan lintas alur laut kepulauan harus mematuhi alur-alur laut dan skema pemisah lalu lintas yang telah ditetapkan.

Kewajiban kapal asing secara lebih terinci diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 yang terdiri dari Pasal-pasal sebagai berikut :

Ketentuan Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 Pasal 3 ayat (1), Setiap kapal asing yang dari satu bagian laut bebas atau zona ekonomi eksklusif melaksanakan Lintas Damai melintasi Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan, ke bagian lain laut bebas atau zona ekonomi eksklusif wajib menggunakan Alur Laut yang sesuai dengan asal tujuan pelayarannya.

Pasal 3 ayat (2) Setiap kapal asing yang dari satu bagian laut bebas atau zona ekonomi eksklusif hendak menuju ke Perairan Pedalaman atau salah satu pelabuhan atau sebaliknya, melaksanakan Lintas Damai melintasi Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan, wajib menggunakan Alur Laut yang merupakan Alur Laut yang sesuai . dengan asal dan tujuannya.

Pasal 3 ayat (3) Setiap kapal asing yang melaksanakan Lintas Damai wajib berada dalam batas-batas alur pelayaran yang wajar dengan kecepatan dan arah yang sesuai dengan navigasi yang normal dalam rangka menuju tempat tujuan pelayaran.

Pasal 3 ayat (4) Dalam melaksanakan Lintas Damai sebagaimana dimaksud dalam itu mondar-mandir, kecuali hal itu perlu dilakukan karena force majeure, atau musibah atau karena menolong orang, kapal atau pesawat yang dalam keadaan musibah.

Ketentuan Pasal 4 Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 :

Ayat (1) Dalam melaksanakan Lintas Damai melalui Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan, kapal asing tidak boleh melakukan salah satu kegiatan-kegiatan sebagai berikut:

- a) Melakukan perbuatan yang merupakan ancaman atau penggunaan kekerasan terhadap kedaulatan, keutuhan wilayah, kemerdekaan politik negara pantai, atau dengan cara lain apapun yang merupakan pelanggaran asas hukum internasional sebagaimana tercantum dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa;
- b) Melakukan latihan atau praktek dengan senjata macam apapun;
- c) Melakukan perbuatan yang bertujuan untuk mengumpulkan informasi yang merugikan bagi pertahanan dan keamanan negara;
- d) Melakukan perbuatan yang merupakan propaganda yang bertujuan mempengaruhi pertahanan atau keamanan negara;
- e) Meluncurkan, mendaratkan, atau menaikkan suatu pesawat udara dari atau ke atas kapal;
- f) Meluncurkan, mendaratkan, atau menaikkan suatu peralatan dan perlengkapan militer dari atau ke atas kapal; atau
- g) Hilir mudik di Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan atau kegiatan lainnya yang tidak berhubungan langsung dengan lintas.

Ketentuan Pasal 5 Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 -Pasal 5 ayat (1) Dalam melaksanakan Lintas Damai melalui Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan, kapal asing tidak boleh melakukan kegiatan-kegiatan sebagai berikut:

- a. membongkar atau memuat setiap komoditi, mata uang, atau orang, yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan kepabeanan, fiskal, keimigrasian, atau saniter;

- b. kegiatan perikanan;
- c. kegiatan riset atau survey
- d. perbuatan yang bertujuan mengganggu setiap sistem komunikasi, setiap fasilitas, atau instalasi komunikasi lainnya;
- e. perbuatan pencemaran yang dilakukan dengan sengaja dan menimbulkan pencemaran yang parah.

Pasal 5 ayat (2), Dalam melaksanakan Lintas Damai melalui Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan, kapal asing juga tidak boleh:

- a. merusak atau mengganggu alat dan fasilitas navigasi, Beserta fasilitas atau instalasi navigasi lainnya;
- b. melakukan perusakan terhadap sumber daya alam hayati; atau
- c. merusak atau mengganggu kabel dan pipa laut.

Mengenai kewajiban kapal asing, Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 juga mengaturnva dalam pada Pasal 6 sampai dengan Pasal 11, sebagai berikut :

Dalam melaksanakan hak Lintas Damai melalui laut teritorial dan Perairan Kepulauan, di selat-selat sempit, kapal-kapal asing dalam melaksanakan pelayaran di Alur Laut yang ditentukan, tidak boleh berlayar mendekati pantai kurang dari 10% (sepuluh per seratus) dari lebar selat yang sempit tersebut. (Pasal 6).

Pasal 7 ayat (1) Kapal asing yang digunakan untuk melakukan penangkapan ikan dalam melaksanakan Lintas Damai melalui Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan Indonesia wajib berlayar dalam Alur Laut sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11.

Pasal 7 ayat (2) Dalam melaksanakan Lintas Damai, kapal asing sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) wajib menyimpan peralatan penangkap ikannya di dalam palka.

Pasal 8 ayat (1) Kapal asing yang digunakan untuk riset kelautan atau survey dalam melaksanakan Lintas Damai melalui Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan wajib berlayar dalam Alur Laut sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11.

Pasal 8 ayat (2). Dalam melaksanakan Lintas Damai, kapal asing sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) wajib menyimpan peralatan riset atau survey dan menempatkan semua peralatan riset atau peralatan survey yang tidak merupakan bagian dari peralatan navigasi dalam keadaan tidak bekerja.

Ketentuan Pasal 9, Kapal asing dalam melaksanakan pelayarannya dalam alur laut wajib

- a. Senantiasa memonitor Radio Berita Pelaut Indonesia"
- b. Senantiasa memperhatikan kegiatan pelayaran kapal-kapal yang melakukan pelayaran antar pulau.

Pasal 10 ayat (1), Kapal asing wajib melunasi setiap pungutan yang dibebankan kepadanya bertalian dengan layanan khusus yang diberikan kepadanya sewaktu melaksanakan Lintas Damai melalui Laut Teritorial dan Perairan Kepulauan.

Pasal 10 ayat (2) Terhadap kapal asing yang tidak memenuhi kewajiban sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat dikenakan eksekusi sesuai dengan ketentuan hukum acara perdata yang berlaku.

Pasal 11 ayat (1) Kapal tanker asing, kapal ikan asing, kapal riset kelautan atau kapal survey hidrografi asing, dan kapal asing bertenaga nuklir atau kapal asing yang, memuat bahan nuklir atau bahan lainnya yang karena sifatnya berbahaya atau beracun, dalam melaksanakan lintas damai hanya untuk melintas dari satu bagian laut bebas atau zona ekonomi eksklusif ke bagian lainnya dari laut bebas atau zona ekonomi eksklusif melalui perairan Indonesia wajib menggunakan alur laut yang lazim digunakan untuk pelayaran internasional sebagaimana dimaksud dalam ayat (2).

Ketentuan Pasal 11 ayat (2);

- a) Untuk pelayaran dari Laut Cina Selatan ke Samudera Hindia dan sebaliknya, yang dapat digunakan adalah Alur Laut yang lazim digunakan untuk pelayaran internasional yang melalui Laut Natuna, Selat Karimata, Laut Jawa, dan Selat Sunda.

- b) Untuk pelayaran dari Laut Sulawesi ke Samudera Hindia dan sebaliknya, yang dapat digunakan adalah Alur Laut yang lazim digunakan untuk pelayaran internasional yang melalui Selat Makassar, Laut Flores, dan Selat Lombok.
- c) Untuk pelayaran dari Samudera Pasifik ke Samudera Hindia dan sebaliknya, yang dapat digunakan adalah Alur Laut yang lazim digunakan untuk pelayaran internasional yang melalui Laut Maluku, Laut Seram, Laut Banda, Selat Ombai, dan Laut Sawu.
- d) Untuk pelayaran dari Samudera Pasifik ke Laut Timor atau ke Laut Arafura dan sebaliknya, yang dapat digunakan adalah Alur Laut yang lazim digunakan untuk pelayaran internasional melalui Laut Maluku, Laut Seram, dan Laut Banda.

Ayat (3) Alur Laut sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) dicantumkan dalam peta navigasi atau buku-buku kepanduan bahari yang diterbitkan secara khusus untuk diterbitkan keselamatan pelayaran.

Ditambah dengan ketentuan Pasal 12 ayat (2) dan Pasal 13 ayat (2) yang berbunyi; Kapal asing yang melaksanakan pelayaran dalam Alur Laut di mana ditetapkan skema pemisah lalu lintas sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), wajib mematuhi penggunaan skema pemisah lalu lintas tersebut. (Pasal 12 ayat (2).

Pelayaran oleh kapal asing dengan menggunakan Alur Laut sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan tunduk pada ketentuan-ketentuan Lintas Damai di Perairan Kepulauan. (Pasal 13 ayat (2).

Menurut Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2002, kewajiban Kapal asing juga diatur dalam beberapa Pasal yaitu :

Pasal 4 ayat (1), Kapal dan pesawat udara asing yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan harus melintas secepatnya melalui atau terbang di atas alur laut kepulauan dengan cara normal, semata-mata untuk melakukan transit yang terusmenerus, langsung, cepat, dan tidak terhalang.

Ayat (2), Kapal atau pesawat udara asing yang melaksanakan lintas alur Laut kepulauan, selama melintas tidak boleh menyimpang lebih dari 25 (dua puluh lima) mil laut ke kedua sisi dari garis sumbu alur laut kepulauan, dengan ketentuan bahwa kapal dan pesawat udara tersebut tidak boleh berlayar atau terbang dekat ke pantai kurang dari 10 % (sepuluh per seratus) jarak antara titik-titik yang terdekat pada pulau-pulau yang berbatasan dengan alur laut kepulauan tersebut.

Ayat (3), Kapal dan pesawat udara asing sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tidak boleh melakukan ancaman atau menggunakan kekerasan terhadap kedaulatan, keutuhan wilayah, atau kemerdekaan politik Republik Indonesia, atau dengan cara lain apapun yang melanggar asas-asas Hukum Internasional yang terdapat dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Ayat (4), Kapal perang dan pesawat udara militer asing, sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan, tidak boleh melakukan latihan perang-perangan atau latihan menggunakan senjata macam apapun dengan mempergunakan amunisi. Ayat (5), Kecuali dalam keadaan *force majeure* atau dalam hal musibah, pesawat udara yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tidak boleh melakukan pendaratan di wilayah Indonesia.

Ayat (6), Semua kapal asing sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tidak boleh berhenti atau berlabuh jangkar atau mondar-mandir, kecuali dalam hal *force majeure* atau dalam hal keadaan musibah atau memberikan pertolongan kepada orang atau kapal yang sedang dalam keadaan musibah.

Ayat (7), Kapal atau pesawat udara asing yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tidak boleh melakukan siaran gelap atau melakukan gangguan terhadap sistem telekomunikasi dan tidak boleh melakukan komunikasi langsung dengan orang atau kelompok orang yang tidak berwenang dalam wilayah Indonesia.

Kapal atau pesawat udara asing, termasuk kapal atau pesawat udara riset atau survey hidrografi, sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan, tidak boleh melakukan kegiatan riset kelautan atau survey hidrografi, baik dengan mempergunakan peralatan deteksi maupun peralatan pengambil contoh, kecuali telah memperoleh izin untuk hal itu. (Pasal 5).

Pasal 6 ayat (1), Kapal asing, termasuk kapal penangkap ikan, sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan, tidak boleh melakukan kegiatan perikanan.

Ayat (2), Kapal penangkap ikan asing, sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan, selain memenuhi kewajiban sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), juga wajib menyimpan peralatan penangkap ikannya ke dalam palka.

Ayat (3), Kapal dan pesawat udara asing, sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tidak boleh menaikkan ke atas kapal atau menurunkan dari kapal, orang, barang atau mata uang dengan cara yang bertentangan dengan perundang-undangan kepabeanan, keimigrasian, fiskal, dan kesehatan, kecuali dalam keadaan *force majeure* atau dalam keadaan musibah.

Pasal 7 ayat (1), Kapal asing sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan wajib menaati peraturan, prosedur, dan praktek internasional mengenai keselamatan pelayaran yang diterima secara umum, termasuk peraturan tentang pencegahan tubrukan kapal di laut.

Ayat (2), Kapal asing sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan dalam suatu alur laut di mana telah ditetapkan suatu Skema Pemisah Lintas untuk pengaturan keselamatan pelayaran, wajib menaati pengaturan Skema Pemisah Lintas tersebut.

Ayat (3), Kapal asing sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tidak boleh menimbulkan gangguan atau kerusakan pada sarana atau fasilitas navigasi serta kabel-kabel dan pipa-pipa bawah air.

Ayat (4), Kapal asing sewaktu melaksanakan lalu Lintas Alur Laut kepulauan dalam suatu alur laut kepulauan dimana terdapat instalasi-instalasi untuk eksplorasi atau eksploitasi sumber daya alam hayati atau

non hayati, tidak boleh berlayar terlalu dekat dengan zona terlarang yang lebarnya 500 (lima ratus) meter yang ditetapkan di sekeliling instalasi tersebut.

Pasal 8 ayat (1), Pesawat udara sipil asing yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan harus ;

- a. Menaati peraturan udara yang ditetapkan oleh Organisasi Penerbangan Sipil Internasional mengenai keselamatan penerbangan;
- b. Setiap waktu memonitor frekuensi radio yang ditunjuk oleh otorita pengawas lalu lintas udara yang berwenang yang ditetapkan secara internasional atau frekuensi radio darurat internasional yang sesuai.

Ayat (2), Pesawat udara negara asing yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan harus :

- a. Menghormati peraturan udara mengenai keselamatan penerbangan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf a;
- b. Memenuhi kewajiban sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf b.

Pasal 9 ayat (1). Kapal asing yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan dilarang membuang minyak, limbah minyak, dan bahan-bahan perusak lainnya ke dalam lingkungan laut, dan atau melakukan kegiatan yang bertentangan dengan peraturan dan standar internasional untuk mencegah, mengurangi, dan mengendalikan pencemaran laut yang berasal dari kapal.

Ayat (2), Kapal asing yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan dilarang melakukan dumping di Perairan Indonesia.

Ayat (3), Kapal asing bertenaga nuklir, atau yang mengangkut bahan nuklir, atau barang atau bahan lain yang karena sifatnya berbahaya atau beracun yang melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan, harus membawa dokumen dan mematuhi tindakan pencegahan khusus yang ditetapkan oleh perjanjian internasional bagi kapal-kapal yang demikian.

Pasal 10 ayat (1), Orang atau badan hukum yang bertanggung jawab, atas pengoperasian atau muatan kapal atau pesawat udara niaga

asing atau kapal atau pesawat udara pemerintah asing yang digunakan untuk tujuan niaga wajib bertanggung jawab atas kerugian atau kerusakan yang diderita oleh Indonesia sebagai akibat tidak ditaatinya ketentuan-ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7, Pasal 8, dan Pasal 9 sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan melalui Perairan Indonesia.

Ayat (2), Negara bendera kapal atau negara pendaftaran pesawat udara memikul tanggung jawab internasional untuk setiap kerugian atau kerusakan yang diderita oleh Indonesia sebagai akibat tidak ditaatinya ketentuan-ketentuan sebagaimana dimaksud dalam. Pasal 7, Pasal 8, dan Pasal 9 oleh suatu kapal perang atau pesawat udara negara asing, sewaktu melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan melalui Perairan Indonesia.

Bila kita bandingkan ketentuan tersebut di atas mengenai kewajiban kapal asing, maka ketentuan-ketentuan tersebut adalah implementasi dari Konvensi, karena mengenai kewajiban kapal asing, Konvensi juga hanya mengaturnya dalam Pasal 21 ayat (4), yang berisi ketentuan bahwa kapal-kapal asing yang melakukan hak lintas damai diwajibkan untuk mematuhi Peraturan Perundang-undangan negara pantai.

Selain itu ketentuan-ketentuan tersebut di atas juga telah sesuai dengan Pasal-pasal yang terdapat dalam Konvensi yaitu Pasal 22 ayat (2) yang berisi kewajiban bagi kapal tanker dan bertenaga nuklir untuk berlayar dalam lintas damai melalui alur laut dan skema pemisah yang telah ditentukan oleh negara pantai, dan membawa berita dokumen-dokumen dan mematuhi persyaratan tentang langkah-langkah pendahuluan sebelum melalui alur laut di laut teritorial yang diadakan khusus untuk jenis kapal itu berdasarkan persetujuan internasional (Pasal 23).

Dalam Pasal 31 Konvensi juga disebutkan bahwa negara bendera mempunyai tanggung jawab internasional terhadap kerusakan dan kerugian sebagai akibat dari tidak ditaatinya Peraturan Perundang-undangan negara pantai.

2.2. Hak dan Kewajiban Negara Pantai

A. Hak Negara Pantai

Dalam Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996, hak negara pantai diatur dalam beberapa Pasal sebagai berikut :

Pasal 13 ayat (1), berbunyi : Pemerintah Indonesia dapat menangguhkan sementara lintas damai segala jenis kapal asing dalam daerah tertentu di laut teritorial atau perairan kepulauan, apabila penangguhan demikian sangat diperlukan untuk perlindungan keamanannya, termasuk keperluan latihan senjata.

Pasal 13 Ayat (2), Penangguhan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berlaku hanya setelah dilakukan pengumuman sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Pasal lain yang mengatur tentang hak negara pantai adalah Pasal 14 ayat (1) yang berbunyi : Apabila diperlukan dengan memperhatikan keselamatan navigasi, Pemerintah Indonesia menetapkan alur laut dan skema pemisah lalu lintas di laut teritorial dan perairan kepulauan.

Selain itu dalam Pasal 19 ayat (1) disebutkan : Pemerintah Indonesia menentukan alur laut, termasuk rute penerbangan di atasnya, yang cocok digunakan untuk pelaksanaan hak lintas alur laut kepulauan oleh kapal dan pesawat udara asing sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 dan juga dapat menetapkan skema pemisah lalu lintas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 untuk keperluan lintas kapal yang aman melalui alur laut.

Pasal 19 ayat (2), Alur laut dan rute penerbangan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) ditentukan dengan suatu rangkaian garis sumbu yang bersambungan mulai dan tempat masuk rute hingga tempat ke luar melalui perairan kepulauan dan laut teritorial yang berhimpitan dengannya.

Pasal 19 ayat (3), apabila diperlukan, setelah diadakan pengumuman sebagaimana mestinya, alur laut dan skema pemisah lalu lintas yang telah ditetapkan sebelumnya dapat diganti dengan alur laut dan skema pemisah lalu lintas lainnya.

Pasal 19 ayat (5), Pemerintah menentukan sumbu-sumbu alur laut dan skema pemisah lalu lintas dan menetapkannya pada peta-peta yang diumumkan.

Hak negara pantai juga diatur dalam Pasal 21 ayat (1) yang berbunyi : Apabila diperlukan dengan memperhatikan keselamatan navigasi, Pemerintah Indonesia dapat menetapkan alur laut dan skema pemisah lalu lintas untuk pelayaran di lintas transit sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20.

Selain itu hak negara pantai juga diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 dalam beberapa Pasalnya antara lain:

Dalam Pasal 12 ayat (1), Untuk keselamatan pelayaran dalam Alur Laut sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11, Pemerintah dapat menetapkan skema pemisah lalu lintas.

Selanjutnya dalam Pasal 13 ayat (1), Untuk keselamatan pelayaran di selat yang digunakan untuk pelayaran internasional, Menteri yang lingkup dan tanggung jawabnya awabnya meliputi bidang perhubungan dapat menetapkan Alur Laut di Perairan Kepulauan untuk digunakan sebagai bagian dari skema pemisah lalu lintas dalam rangka pelaksanaan lintas transit melalui selat tersebut.

Selanjutnya pada Pasal 14 Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2002 yang berisi ketentuan mengenai penanggulangan Lintas damai yang berisi sebagai berikut : Pasal 14 ayat (1), Penanggulangan sementara Lintas Damai kapal asing dalam daerah tertentu di Laut Teritorial atau Perairan Kepulauan karena sangat diperlukan untuk perlindungan keamanan atau untuk keperluan latihan senjata dilakukan oleh Panglima Tentara Nasional Indonesia.

Pasal 14 ayat (2), Penanggulangan sementara Lintas Damai kapal asing dalam wilayah daerah tertentu di Laut Teritorial atau Perairan Kepulauan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), diberitahukan oleh Departemen Luar Negeri kepada negara-negara asing melalui saluran diplomatik dan diumumkan melalui Berita Pelaut Indonesia setelah

memperoleh penetapan mengenai daerah dan jangka waktu berlakunya penangguhan sementara tersebut dari Panglima Tentara Nasional Indonesia.

Pasal 14 ayat (3), Penangguhan sementara Lintas Damai kapal asing dalam daerah tertentu di Laut Teritorial atau Perairan Kepulauan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), mulai berlaku paling cepat 7 (tujuh) hari setelah pemberitahuan dan pengumuman sebagaimana dimaksud dalam ayat (2).

Ketentuan tersebut di atas ternyata sesuai dengan ketentuan dalam Pasal-pasal Konvensi Hukum Laut 1982 tentang hak negara pantai yang diatur dalam beberapa Pasal yaitu : Pasal 21 ayat (1) Konvensi yang berisi negara pantai dapat menetapkan peraturan-peraturan sesuai dengan ketentuan Konvensi dan ketentuan atau aturan hukum internasional sehubungan dengan hak lintas damai pada laut teritorial dalam hal-hal yang meliputi :

- a. keselamatan navigasi dan aturan lalu lintas maritim;
- b. proteksi alat-alat dan fasilitas navigasi dan fasilitas lain atau instalasi;
- c. proteksi kabel-kabel dan pipa;
- d. konservasi dan sumber-sumber hayati lautan;
- e. pencegahan pelanggaran peraturan penangkapan ikan negara pantai;
- f. penjagaan masalah lingkungan, pencegahan dan pengawasan polusi;
- g. riset ilmiah kelautan dan survey hidrografis;
- h. pencegahan terhadap pelanggaran peraturan douane, pajak, imigrasi dan sanitasi.

Selanjutnya pada Pasal 52 Konvensi yang mengatur tentang penangguhan lintas bagi kapal asing bila dirasa perlu bagi negara pantai untuk melindungi kepentingannya.

Konvensi Hukum Laut 1982 juga memberikan hak bagi negara pantai untuk menentukan alur-alur laut dan skema pemisah lalu lintas yang harus dilalui oleh kapal asing yang melakukan hak lintas damai (Pasal 22 ayat (1)).

Konvensi juga memberi wewenang bagi negara pantai untuk mengharuskan kapal tanker dan kapal nuklir untuk menggunakan alur-alur laut pada saat melintas (Pasal 22 ayat (2)).

Hak negara pantai yang diatur dalam Konvensi termasuk juga di dalamnya adalah mengenai tagihan terhadap kapal asing, yang diatur dalam Pasal 26 Konvensi. Sedangkan Pasal 25 Konvensi berisi tentang hak perlindungan negara pantai.

B. Kewajiban Negara Pantai

Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 menetapkan beberapa kewajiban negara pantai dalam Pasal-pasal sebagai berikut :

Pasal 19 ayat (4), Dalam menentukan atau mengganti alur laut atau skema pemisah lalu lintas, Pemerintah Indonesia harus mengajukan usul kepada organisasi internasional nternasional yang berwenang untuk mencapai kesepakatan bersama.

Pasal 22 ayat (1), apabila suatu bagian dari perairan kepulauan Indonesia terletak di antara dua bagian wilayah suatu negara tetangga yang langsung berdampingan, Indonesia menghormati hak-hak yang ada dan kepentingan-kepentingan sah lainnya yang dilaksanakan secara tradisional oleh negara yang bersangkutan di perairan tersebut melalui suatu perjanjian bilateral.

Pasal 22 ayat (2), Pemerintah Indonesia menghormati pemasangan kabel laut dan mengizinkan pemeliharaan dan penggantian kabel yang sudah ada dengan pemberitahuan terlebih dahulu sebagaimana, mestinya.

Lebih jauh Pasal 23 ayat (1) menjelaskan pemanfaatan, pengelolaan, perlindungan dan pelestarian lingkungan perairan Indonesia dilakukan berdasarkan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku.

Pasal 23 ayat (2), Administrasi dan yurisdiksi, perlindungan dan pelestarian lingkungan perairan Indonesia dilaksanakan berdasarkan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku.

Pasal 23 ayat (3), Apabila diperlukan untuk meningkatkan pemanfaatan, pengelolaan, perlindungan, dan pelestarian lingkungan perairan Indonesia sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat dibentuk suatu badan koordinasi yang ditetapkan dengan Keputusan Presiden.

Dalam Pasal 24 ayat (1), disebutkan penegakan kedaulatan dan hukum di perairan Indonesia, ruang udara di atasnya, dasar laut dan tanah di bawahnya termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya serta sanksi atas pelanggaran, dilaksanakan sesuai dengan ketentuan. Konvensi hukum internasional lainnya, dan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku.

Pasal 24 ayat (2), yurisdiksi dalam penegakan kedaulatan dan hukum terhadap kapal asing yang sedang melintasi laut teritorial dan perairan kepulauan Indonesia dilaksanakan sesuai dengan ketentuan Konvensi hukum internasional lainnya, dan Peraturan Perundang-undangan yang berlaku.

Pasal 24 ayat (3), apabila diperlukan, untuk pelaksanaan penegakan hukum sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) dapat dibentuk suatu badan koordinasi yang ditetapkan dengan Keputusan Presiden.

Mengenai kewajiban negara pantai, bila kita bandingkan dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Konvensi juga telah tercapai kesesuaian, hal ini dapat dilihat dalam beberapa Pasal dalam Konvensi yaitu : Pasal 21 ayat (3) Konvensi yang menyatakan bahwa peraturan-peraturan yang telah dibuat harus diumumkan oleh negara pantai.

Ketentuan lain yaitu, negara pantai juga berkewajiban untuk menunjukkan dengan jelas adanya alur laut dan skema pemisah lalu lintas dalam peta yang diumumkan (Pasal 22 ayat (24)).

Dalam hal menentukan alur-alur dan skema pemisah, negara pantai harus memperhatikan ketentuan berdasarkan rekomendasi

organisasi internasional yang kompeten, atau alur tersebut merupakan alur yang biasa digunakan untuk pelayaran internasional internasional (Pasal 22 ayat (3)).

Negara pantai juga tidak diperbolehkan menghalangi lalu lintas damai kapal asing melalui laut teritorialnya kecuali sesuai dengan ketentuan konvensi Pasal 24 ayat (1) a dan (1) b), dan Pasal 24 ayat (2).

C. Kesimpulan dan Saran

a. Kesimpulan

1. Hukum internasional mengatur tentang Alur laut Kepulauan dengan ketentuan dalam *United Nations Conventions on the Law of the Sea* 1982 (UNCLOS 1982) atau Konvensi Hukum Laut PBB 1982 (KHL 1982). Pengaturan tersebut tertuang dalam Pasal 53 ayat (1-12) tentang hak lintas alur laut kepulauan. Pasal 53 ayat (1-12) ini memuat hal-hal yang berkaitan dengan hak lintas alur laut kepulauan dengan muatan antara lain definisi, cara-cara menentukan rute alur laut, hak untuk menentukan skema pemisah lalu lintas, termasuk cara penggantian alur laut dan skema pemisah alur laut. Kemudian Pasal 54 tentang kewajiban kapal dan pesawat udara selama melakukan lintas, kegiatan riset dan survey, kewajiban negara kepulauan dan peraturan perundang-undangan negara kepulauan bertalian dengan lintas alur laut kepulauan. Berkaitan dengan kita, Indonesia telah meratifikasi UNCLOS 1982 dengan Undang-undang No. 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi Hukum Laut Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hukum laut. Sebagai tindak lanjut dari ratifikasi tersebut maka Indonesia menerbitkan Undang-Undang No.6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia. Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia ini mengandung ketentuan pokok mengenai Hak Lintas Alur Laut Kepulauan sebagaimana terdapat dalam UNCLOS 1982, sedangkan pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan-ketentuan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan tersebut diatur lebih lanjut dalam peraturan pemerintah. Pada tahun 1996 Indonesia telah mengusulkan kepada IMO mengenai penetapan tiga ALKI beserta cabang-cabangnya di perairan Indonesia yaitu ALKI I

(dibagian utara bercabang menuju Singapura (IA) dan menuju laut Cina Selatan, ALKI II melalui selat Lombok menuju laut Sulawesi dan ALKI III yang dibagian Selatan bercabang tiga menjadi ALKI III-A, III-B, III-C dan III-D, dan yang dibagian Utara bercabang menuju Laut Sulawesi (III-E) dan Samudra Pasifik.

2. Sebagaimana diketahui bahwa Indonesia telah meratifikasi *United Nations Conventions on the Law of the Sea* (UNCLOS) Tahun 1982 dengan Undang-undang Nomor 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi Hukum Laut (KHL) PBB 1982. Berkenaan dengan kewajiban sebagaimana tertuang dalam Pasal 53 KHL 1982 tentang Hak Lintas Alur Laut Kepulauan maka di buatlah ketentuan nasional untuk melaksanakan hal tersebut. Beberapa Peraturan Perundang-undangan tersebut, antara lain; Undang-undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia; Undang-undang Nomor 21 Tahun 1992 tentang Pelayaran; Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2002 Tentang Hak dan Kewajiban Kapal Asing Dalam Melaksanakan Lintas Damai Melalui Perairan Indonesia; Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2002 Tentang Hak dan Kewajiban Kapal dan Pesawat Udara Asing Dalam Melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan Melalui Alur Laut Kepulauan yang Ditetapkan.

b. Saran

1. Luasnya kedaulatan Indonesia sebagai sebuah negara kepulauan dimana wilayah perairannya meliputi wilayah kolom air, dasar laut di bawahnya dan ruang udara di atasnya memerlukan sebuah penegakan hukum yang serius. Keseriusan terhadap penegakan hukum ini salah satunya adalah dengan membuat regulasi yang lebih rinci tentang hal ini antara lain membahas tentang aturan keselamatan dalam melakukan hak lintas alur laut kepulauan, aturan mengenai perlindungan lingkungan laut dan lain sebagainya.
2. Indonesia harus melakukan pengawasan dan pemantauan yang serius terhadap negara lain yang melakukan hak lintas kepulauan Indonesia di wilayah perairannya. Sehingga diharapkan para

aparatus terkait dapat meningkatkan ketahanan wilayah perairan Indonesia dari segala ancaman asing di wilayah perairan kepulauan Indonesia demi menjaga pertahanan dan keamanan Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

1. Buku

Anwar, Chairul. *Horizon baru Hukum Laut Internasional (konvensi hukum laut 1982)*. 1989. Djambatan.

Djajaatmadja, Bambang Iriana, 2007. *Harmonisasi Hukum Pengelolaan Sumber Daya Kelautan Dalam Kerangka Desentralisasi*. Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Hukum Dan HAM RI.

Gandhi, L.M. *Harmonisasi Hukum Menuju Hukum yang Responsif*. Orasi Ilmiah Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 14 Oktober 1995.

Kusumaatmadja, Mochtar, 1997. *Pengantar Hukum Internasional*. Binacipta, Bandung.

Mauna, Boer. *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*. Alumni 2001. Bandung. 2000. Hal 270

Parthiana, I. Wayan, 1990. *Pengantar Hukum Internasional*. Mandar Maju, Bandung.

1. Karya Ilmiah

Apriliandy. Penetapan Alur Laut Kepulauan Indonesia dan pengaruhnya terhadap lintas penerbangan pesawat asing. Skripsi. 2008.

Heriyandi. Buku Ajar hukum laut internasional *United nations convention on the law of the sea 1982 dan implementasinya di Indonesia*. FH Unila. 2005.

Remy benzano Winarji. Pengaturan hak lintas kapal asing melalui laut teritorial dan perairan kepulauan menurut hukum laut 1982 dan implementasinya. Skripsi. 2004.

Thahar, Abdul Muthalib. Buku Ajar Zona-zona Maritim berdasarkan KHL 1982 dan Perkembangan Hukum Laut Indonesia. FH Unila. 2013.

Thahar, Abdul Muthalib. Pengantar Hukum Internasional. FH Unila. 2012.

3. Dokumen Konvensi/Perjanjian Internasional

Depertemen Luar Negeri R.I. Konvensi PBB 1982 tentang Hukum Laut.

4. Dokumen Peraturan Perundang-undangan

Undang-undang No. 17 Tahun 1985 tentang Pengesahan Konvensi PBB 1982 tentang Hukum Laut.

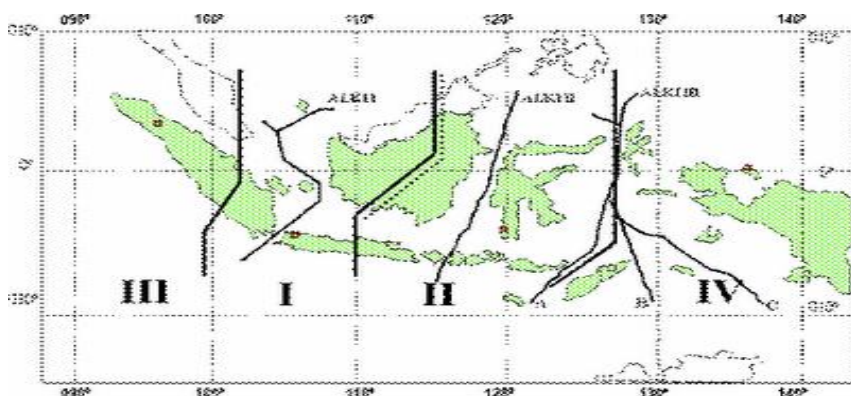
Undang-undang No. 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia.

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2002 Tentang Hak dan Kewajiban Kapal Asing Dalam Melaksanakan Lintas Damai Melalui Perairan Indonesia.

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2002 Tentang Hak dan Kewajiban Kapal dan Pesawat Udara Asing Dalam Melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan Melalui Alur Laut Kepulauan yang Ditetapkan.

GAMBAR :

PEMBAGIAN ALUR LAUT KEPULAUAN INDONESIA



SUMBER : <http://indomiliter.com/2014/11/27/ar-325-commander-radar-kohanudnas-pemantau-ruang-udara-alki-ii/> diakses tanggal 20 november 2014 pukul 12.23 wib.

PERDEBATAN PERUSAHAAN SEBAGAI SUBJEK HUKUM INTERNASIONAL BERDASARKAN KONVENSI HUKUM LAUT 1982

Dr. Khaidir Anwar, S.H.,M.Hum
Ahmad Syofyan, S.H.,M.H.

A. Latar Belakang

Perkembangan dalam hukum internasional mengenai apakah *Multi National Companies* mempunyai *international legal personality* sehingga dapat menjadi subjek hukum internasional masih menjadi polemik dan tetap terbuka untuk diperdebatkan.¹ Hal yang berbeda dapat ditemukan dalam sistem hukum nasional suatu negara, dimana setiap entitas telah mendapatkan kepastian tentang status hukumnya serta memiliki hak dan kewajiban yang dijamin oleh hukum. Pada umumnya MNCs dapat dikategorikan sebagai badan hukum (*legal person*) yang mempunyai kedudukan yang sama dengan warga negara (*natural person*) di tempat MNCs tersebut didirikan atau berdomisili usaha. Ini berarti secara teknis MNCs bukanlah suatu badan yang memiliki *international legal person*. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa saat ini negara lah satu-satunya yang mempunyai kewenangan mengatur dan mengontrol kegiatan MNCs.²

¹ Chesterman, Simon, "Oil and Water: Regulating the Behavior of Multinational Corporations through Law". *N.Y.U. Journal International Law & Policy*, 36. 2004. hlm. 307-329. Sebagaimana dikutip dalam Imam Prihandono, "Status dan Tanggung Jawab Multi Nasional Companies (MNCs) Dalam Hukum Internasional", *Global & Strategis*, Th II, No. 1, Januari-Juni 2008, hlm. 69.

² *Ibid.*

Secara garis besar memang sudah jelas bahwa MNCs bukan merupakan subjek hukum internasional. Akan tetapi perkembangan selanjutnya terdapat ketentuan yang mengatur mengenai perusahaan dalam Konvensi Hukum laut 1982. Yang menjadi pertanyaan selanjutnya adalah mengenai syarat atau unsur-unsur yang dapat dikatakan sebagai subjek dalam hukum internasional. Dalam penelitian ini membahas apa saja yang dapat dikatakan entitas yang mempunyai *international legal personality*.

Konvensi hukum laut 1982 memuat dua aturan yang terklasifikasi kedalam 2 jenis hukum yang pertama hukum publik dan privat. Konvensi Hukum Laut 1982 memuat beberapa hal yang diatur yang berhubungan dengan wilayah atau zona-zona maritim yang masuk kedalam wilayah suatu negara dalam artian negara tersebut berdaulat secara penuh akan tetapi terdapat ketentuan yang bersifat hukum privat yaitu: mengenai ganti rugi Pencemaran dilaut serta pengelolaan kawasan dibawah otorita yang dilakukan oleh perusahaan.

Pengaturan Perusahaan telah banyak diatur baik dalam hukum internasional maupun hukum nasional. Namun pada penafsiran perjanjian internasional mengenai perusahaan sebagai subjek hukum internasional menjadi wacana atau perdebatan akademisi dan praktisi menimbulkan penafsiran yang multitafsir. Maka atas dasar pemikiran di atas maka peneliti hendak mengkaji dan perlu dilakukan penelitian dengan judul “Perdebatan Perusahaan Sebagai Subjek Hukum Internasional Berdasarkan Konvensi Hukum Laut 1982”.

Dari uraian latar belakang di atas, maka dapat dirumuskan beberapa permasalahan yang akan dikaji dalam penelitian ini adalah Apakah Perusahaan yang sebagaimana tercantum dalam Konvensi Hukum laut 1982 dapat dikatakan sebagai subjek hukum internasional? Dan Bagaimana teori-teori yang mendukung dan yang bertentangan mengenai perusahaan sebagai subjek hukum internasional serta dasar hukumnya?

B. Pembahasan

1. Perdebatan Perusahaan Berdasarkan Konvensi Hukum laut 1982 Sebagai Subjek Hukum Internasional

a. Perusahaan Menurut KHL 1982 dan Perusahaan Multinasional

Dalam Pasal 170 ayat 1 Konvensi Hukum Laut 1982 menyatakan bahwa: The Enterprise merupakan organ Otorita yang akan melakukan kegiatan eksplorasi, eksploitasi, pengangkutan, pengolahan dan pemasaran sumberdaya alam mineral dari kawasan.

Pasal 170 mengenai Perusahaan menyatakan bahwa:

1. Perusahaan adalah badan otorita yang harus melaksanakan kegiatan-kegiatan di kawasan secara langsung, sesuai dengan pasal 153 ayat 2 (a), maupun pengangkutan, pengolahan dan pemasaran mineral-mineral yang dihasilkan dari kawasan.
2. Perusahaan harus bertindak dalam kerangka pribadi hukum internasional Otorita mempunyai kewenangan/kapasitas hukum (*legal capacity*) sebagaimana ditetapkan dalam Statuta seperti yang diatur dalam Lampiran IV. Perusahaan bertindak sesuai dengan konvensi ini dan ketentuan-ketentuan, peraturan-peraturan, dan prosedur-prosedur otorita maupun kebijakan-kebijakan umum yang ditetapkan oleh Majelis dan tunduk pada pengarahan dan pengawasan Dewan.
3. Kantor pusat perusahaan harus berada di tempat kedudukan Otorita.
4. Perusahaan, sesuai dengan Pasal 173 ayat 2 dan Lampiran IV Pasal 11, harus dilengkapi dengan dana seperlunya yang dibutuhkan untuk melaksanakan tugasnya dan harus menerima teknologi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 144 dan ketentuan-ketentuan yang relevan lainnya dari konvensi ini.

Makna dari Pasal 170 ayat 1 menyatakan bahwa perusahaan bergerak dalam bidang pelaksanaan kegiatan di kawasan secara langsung, pengangkutan, pengolahan dan pemasaran mineral-mineral yang dihasilkan dari kawasan. Dalam artian perusahaan menjalankan prinsip-prinsip komersial dengan aktifitasnya dalam bidang pertambangan. Selanjutnya Pasal 170 ayat 2 Perusahaan harus bertindak dalam kerangka pribadi hukum internasional dari Otorita, yang mana diberikan kewenangan/ kapasitas hukum sesuai dengan Lampiran IV KHL 1982.

Sedangkan Perusahaan Multi-Nasional (MNC) adalah perusahaan yang memiliki kantor pusat di suatu negara dan melakukan kegiatan-kegiatannya di wilayah banyak negara.³ Status yang dimiliki oleh MNC adalah Perusahaan swasta dan merupakan kesatuan non pemerintah dan tidak berstatus *international legal person*. MNC pada umumnya tidak mempunyai hak dan kewajiban sesuai hukum internasional dan tidak memiliki standing untuk berperkara di International Court of Justice (ICJ). Namun, dalam hal-hal tertentu MNC dapat membuat persetujuan dengan pemerintah suatu negara dengan memberlakukan prinsip hukum internasional atau prinsip hukum umum untuk transaksi mereka dan bukan diatur oleh hukum nasional suatu negara.⁴

Beberapa MNC melakukan usaha melalui cabang perusahaannya di negara-negara berkembang. MNC melakukan usahanya ke wilayah yang lebih menguntungkan dengan tujuan perluasan wilayah pemasaran, efisiensi biaya produksi, dan memperoleh tenaga kerja dengan gaji yang lebih rendah.⁵ Pengaruh ekonomi yang dimiliki oleh MNC dapat membangun perekonomian suatu negara melalui dana investasi, menciptakan lapangan pekerjaan, menyediakan pendidikan

³ Boer Mauna, *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, PT Alumni, Bandung, 2011, hlm. 55. Lihat juga dalam Lila Sitha Rambisa, *Kedudukan Tanggung Jawab Perusahaan Multi-Nasional (MNC) dalam Hukum Internasional*, Makalah. hlm. 2-3.

⁴ *Ibid.*, hlm.56.

⁵ I Made Udiana, *Rekonstruksi Pengaturan Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing*, Udayana University Press, Denpasar, 2011, hlm. 9. Lihat juga dalam Lila Sitha Rambisa, *Ibid.*, hlm. 3.

latihan serta teknologi canggih. Namun disisi lain MNC juga mampu menghancurkan perekonomian suatu negara khususnya negara kecil atau negara berkembang. Seperti Perusahaan Lapindo yang telah memberikan gambaran bahwa MNC di satu sisi juga dapat menyebabkan kerugian yang besar terhadap negara dan masyarakat pada umumnya. Indonesia melalui hukum nasionalnya terbukti kurang tegas dalam menuntut tanggung jawab terhadap Perusahaan Lapindo.⁶

Hukum Internasional juga berupaya untuk membebaskan tanggung jawab terhadap MNC melalui kewenangan negara terkait instrumen perjanjian internasional yang merupakan sumber hukum utama dalam hukum internasional. Sifat suatu perjanjian pada umumnya mengikat dan memiliki mekanisme pemberian sanksi serta memiliki mekanisme pelaporan kepatuhan. Dengan demikian peran ketentuan hukum internasional dalam mengatur MNC akan ada apabila negara telah mentransformasikanya kedalam hukum nasional. Bentuk perjanjian internasional yang merupakan instrumen hukum internasional terkaitb MNC salah satunya adalah The International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (ICESCR) yang telah disahkan di Indonesia melalui UndangUndang No.11 Tahun 2005 Tentang Pengesahan Konvenan Internasional Tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.⁷

b. Subjek Hukum Internasional

Hukum internasional masuk kedalam ranah hukum publik, untuk dapat diklasifikasikan sebagai subjek hukum internasional harus terdapat kriteria atau unsur-unsur sebagai subjek dalam hukum internasional. Secara umum subyek hukum diartikan sebagai pendukung / pemilik hak dan kewajiban. Pada awal mula dari kelahiran dan pertumbuhan hukum internasional, hanya negaralah yang dipandang sebagai subjek hukum internasional. Akan tetapi karena perkembangannya, pendukung hak dan kewajiban dalam hukum internasional pada saat ini ternyata tidak terbatas pada Negara saja tetapi juga meliputi subyek hukum internasional lainnya. Hal ini

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

dikarenakan terdapat perkembangan ataupun kemajuan di bidang teknologi, telekomunikasi dan transportasi dimana kebutuhan manusia semakin meningkat cepat sehingga menimbulkan interaksi yang semakin kompleks.⁸ Tolok ukur suatu entitas sebagai subjek hukum internasional atau international person atau international legal personality dapat kita temukan dalam berbagai doktrin. Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R agoes berpendapat bahwa yang disebut sebagai subjek hukum internasional adalah pemegang (segala) hak dan kewajiban menurut hukum internasional.⁹

Pendapat lain juga dikemukakan oleh F. Sugeng Istanto yang mengatakan bahwa yang dianggap sebagai subjek hukum bagi hukum internasional adalah negara, organisasi internasional dan individu. Subjek hukum tersebut masing-masing mempunyai hak dan kewajiban sendiri yang berbeda satu sama lain. Subjek Hukum Internasional adalah pihak-pihak pembawa hak dan kewajiban hukum dalam pergaulan internasional.¹⁰

Menurut Bin Cheng¹¹ subjek internasional sebagai berikut:

“Subjects of international law, also known as international persons, are entities that are endowed with international legal personality, which is the capacity to bear rights and duties under the international legal system.”

Teori atau pendapat terkemuka lainnya adalah teori dari Malcolm N Shaw menurut beliau, ada beberapa kriteria untuk suatu entitas dianggap sebagai subjek hukum internasional¹²:

⁸ Haryomataram, *Pengantar Hukum Internasional*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2005, hlm. 78.

⁹ Sinta Dewi (ed), *Kapita Selekta Hukum (Tinjauan kritis ata situasi dan kondisi hukum di Indonesia, Seiring Perkembangan Masyarakat Nasional dan Internasional)*, Widya Padjadjaran, Desember 2009. Dalam Huala Adolf, *Perusahaan Multinasional Sebagai Subjek Hukum Internasional*, Hlm. 37.

¹⁰ F. Sugeng Istanto, *Studi Kasus Hukum Internasional*, Penerbit PT Tatannusa, Jakarta, 1998, hlm. 17.

¹¹ Mohammed Bedjaoui (General Editor), *International Law: Achievements And Prospects*, UNESCO-Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1991, hlm. 23.

¹² Sinta Dewi (ed), *op.cit.*, hlm. 38.

- a. Adanya hak dan kewajiban yang diberikan oleh sistem hukum internasional kepada entitas tersebut (*rights and duties afforded under the international system*)
- b. Entitas tersebut memiliki kemampuan untuk mengajukan tuntutan (dihadapan pengadilan) (*capacity to enforce claim*)

Disamping dua kriteria tersebut. Shaw juga menambahkan dua kriteria lainnya, yaitu: 3. Adanya keikutsertaan entitas tersebut dalam masyarakat (internasional); dan 4. Masyarakat (internasional) tersebut menerimanya sebagai subjek hukum internasional. Faktor terakhir ini (yaitu penerimaan masyarakat internasional bergantung pada beberapa faktor, misalnya bentuk personalitas yang bersangkutan dan faktor lainnya adalah faktor kebutuhan (*need*), apakah entitas tersebut memang dibutuhkan sebagai personalitas dalam hukum internasional.¹³

c. Kedudukan Perusahaan Berdasarkan Konvensi Hukum laut 1982

Pasal 158 ayat 1 mengenai Badan-badan otorita menyatakan bahwa “dengan ini dibentuk sebagai badan-badan utama otorita, satu Majelis, satu Dewan dan satu Sekretariat”. Penjelasan selanjutnya dalam pasal 158 ayat 4 menegaskan antara badan utama otorita dan perusahaan harus bertanggung jawab terhadap pelaksanaan kekuasaan-kekuasaan dan fungsi-fungsi yang diberikan kepadanya. Di dalam pelaksanaan kekuasaan-kekuasaan dan fungsinya tersebut. Setiap badan harus mencegah pengambilan tindakan apapun yang dapat menyimpang dari atau menghalang-halangi pelaksanaan kekuasaan-kekuasaan dan fungsi-fungsi khusus yang diberikan kepada badan lainnya.

Pada dasarnya ketentuan dalam Konvensi Hukum Laut 1982 pada lampiran IV Pasal 1 (Tujuan) memuat, yaitu:

1. Perusahaan adalah badan kelengkapan otorita yang secara langsung melaksanakan kegiatan dikawasan, sesuai dengan pasal 153 ayat 2 (a), demikian pula pengangkutan, pengolahan dan pemasaran mineral yang dihasilkan dari kawasan.

¹³ *Ibid.*

2. Dalam melaksanakan tujuan-tujuannya dan dalam melakukan fungsinya, perusahaan harus bertindak sesuai dengan konvensi ini dan ketentuan-ketentuan, peraturan-peraturan dan prosedur otorita.
3. Dalam mengembangkan sumber kekayaan di kawasan menurut ketentuan ayat 1, perusahaan, berdasarkan konvensi ini harus melakukannya sesuai dengan asas-asas komersial yang sehat.

Berdasarkan Pasal 1 Lampiran V diatas, maka perusahaan dalam mengembangkan sumber kekayaan di kawasan harus melakukannya sesuai dengan asas-asas komersial yang sehat. Dalam arti perusahaan ketika melakukan kegiatan di kawasan harus sesuai dengan prinsip-prinsip komersial, hal ini tentunya harus sesuai dengan prinsip-prinsip hukum privat. Sedangkan Hubungan perusahaan dengan badan otorita dalam Konvensi hukum Laut 1982 telah dijelaskan dalam Lampiran IV, Pasal 2 mengenai Hubungan dengan otorita, menyatakan bahwa:

1. Sesuai dengan Pasal 170, perusahaan harus bertindak sesuai petunjuk dewan.
2. Dengan mengingat ayat 1, perusahaan memiliki otonomi dalam melakukan kegiatan-kegiatannya.
3. Tidak satu ketentuanpun dalam konvensi ini akan menyebabkan perusahaan bertanggung jawab atas tindakan-tindakan atau kewajiban-kewajiban otorita, atau menyebabkan otorita bertanggung jawab atas tindakan-tindakan atau kewajiban-kewajiban perusahaan.

Inti dari Pasal 2 Lampiran IV mengenai hubungan perusahaan dan Otorita, dimana perusahaan memiliki otonomi dalam melakukan kegiatan-kegiatannya maka dari itu perusahaan bertanggung jawab atas tindakan-tindakan dan kewajiban-kewajibannya sendiri. Begitu pula Otorita, yang bertanggung jawab atas tindakan-tindakan dan kewajibannya. Dilihat dari hubungan antara Otorita dan perusahaan memiliki tanggung jawab atas tindakan serta kewajiban masing-masing, sehingga hubungan atas segala aktifitas/tindakan masing-masing lembaga dan perusahaan itulah yang menanggungnya secara sendiri-

sendiri. Sedangkan dalam Pasal 3 mengenai Pembatasan tanggung jawab menyatakan “Dengan tidak mengurangi ketentuan pasal 11 ayat 3, Lampiran ini, tiada satu anggotapun dari otorita bertanggung jawab hanya karena keanggotaannya atas tindakan-tindakan atau kewajiban-kewajiban perusahaan”. Jadi dalam Pasal 3 menghilangkan tanggung jawab anggota dari Otorita atas tindakan-tindakan atau aktifitas atau kewajiban-kewajiban yang ditimbulkan oleh perusahaan.

Pembayaran Pembagian laba bersih yang dihasilkan perusahaan tercantum dalam Pasal 10 mengenai Alokasi pendapatan bersih, yang menyatakan bahwa:

1. Dengan mengindahkan ayat 3, Perusahaan melakukan pembayaran-pembayaran kepada otorita menurut Lampiran III pasal 13 atau equivalennya.
2. Majelis atas rekomendasi Dewan Pimpinan Perusahaan, menetapkan bagian mana dari pendapatan bersih perusahaan yang harus ditahan sebagai cadangan perusahaan. Sisanya akan diserahkan kepada otorita.
3. Selama satu masa permulaan yang diperlukan oleh Perusahaan untuk dapat berdiri sendiri, yang tidak lebih dari 10 tahun terhitung dari dimulainya produksi komersial olehnya, Majelis akan membebaskan Perusahaan dari pembayaran-pembayaran tersebut dalam ayat 1 dan akan membiarkan seluruh pendapatan bersih perusahaan dalam cadangannya.

Pengaturan mengenai kegiatan-kegiatan perusahaan diatur melalui Pasal 12 Lampiran IV Konvensi Hukum Laut 1982 yaitu:

1. Perusahaan mengusulkan kepada Dewan proyek-proyek untuk melaksanakan kegiatan-kegiatannya sesuai dengan Pasal 170. Usul-usul demikian harus mencakup suatu rencana kerja tertulis resmi untuk kegiatan-kegiatan lainnya di kawasan sesuai dengan Pasal 153 ayat 3, dan segala keterangan serta data lainnya yang mungkin diperlukan dari waktu ke waktu untuk dinilai oleh Komisi Hukum dan Teknik dan disetujui oleh Dewan.

2. Atas persetujuan Dewan, perusahaan melaksanakan proyek berdasarkan rencana kerja tertulis yang resmi sebagaimana disebut dalam ayat 1.
3. (a) apabila perusahaan tidak memiliki barang-barang dan jasa-jasa yang diperlukan untuk kegiatannya, perusahaan dapat mengusahakannya. Untuk maksud itu, perusahaan mengeluarkan undang-undang untuk tender dan membuat kontrak-kontrak dengan penawar yang mengajukan perpaduan penawaran yang terbaik antara
(b) apabila terdapat lebih dari satu yang menawarkan perpaduan sedemikian maka kontrak itu akan diberikan sesuai dengan:
 - i. asas non-diskriminasi berdasarkan pertimbangan-pertimbangan politik atau pertimbangan-pertimbangan lainnya yang tidak ada hubungannya dengan pelaksanaan operasi secara tekun dan efisien;; dan
 - ii. pedoman-pedoman yang disetujui Dewan berkenaan dengan preferensi-Preferensi yang diberikan pada barang-barang dan jasa-jasa yang berasal dari Negara-negara berkembang, termasuk negara tak berpantai dan Negara yang secara geografis tidak beruntung diantara mereka.(c). Dewan pimpinan dapat mengadakan ketentuan-ketentuan yang menetapkan keadaan-keadaan khusus dimana persyaratan undangan untuk mengajukan penawaran dapat, untuk kepentingan yang terbaik dan perusahaan ditiadakan.
4. Perusahaan mempunyai hak atas segala mineral dan bahan-bahan yang diolah yang dihasilkannya.
5. Perusahaan harus menjual produk-produknya atas dasar non-diskriminasi. Ia tidak boleh memberikan potongan-potongan harga yang bersifat non-komersial.

6. Dengan tidak mengurangi setiap kekuasaan umum atau khusus yang dilimpahkan kepada perusahaan berdasarkan ketentuan lain konvensi ini, perusahaan dapat melaksanakan wewenang-wenang tersebut secara insidental bagi kegiatannya yang diperlukan.
7. Perusahaan tidak boleh mencampuri urusan-urusan politik beserta manapun; perusahaan juga tidak boleh dipengaruhi dalam keputusan-keputusannya oleh sifat politis Negara Peserta yang bersangkutan. Hanya pertimbangan-pertimbangan komersial yang relevan bagi keputusan-keputusannya, dan pertimbangan-pertimbangan ini harus dipertimbangkan secara adil guna melaksanakan tujuan-tujuan yang ditetapkan dalam pasal 1 Lampiran ini.

Berdasarkan Pasal 12 ayat 7 Lampiran IV Konvensi Hukum Laut 1982 menegaskan bahwa perusahaan dalam mengambil keputusan harus mempertimbangkan aspek-aspek komersial dalam melaksanakan tujuan-tujuan, rencana kerja serta kegiatan-kegiatan di kawasan.

Status Perusahaan sebagai subjek hukum internasional, jika dilihat dari aktifitas dan tindakan yang dilakukan dikawasan dengan berdasarkan prinsip-prinsip komersial maka dapat dikategorikan sebagai subjek hukum privat atau subjek hukum perdata internasional. Hal ini dibuktikan dimana Perusahaan memiliki kapasitas hukum yang diperlukan untuk melaksanakan fungsi-fungsinya dan untuk mencapai tujuan-tujuannya dan khususnya, kapasitas untuk¹⁴: pertama, Mengadakan kontrak-kontrak, pengaturan-pengaturan bersama atau pengaturan-pengaturan lainnya, termasuk perjanjian-perjanjian dengan Negara-negara dan organisasi-organisasi internasional; kedua, Mendapatkan, menyewa, menguasai dan menjual kekayaan baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak. Ketiga, Menjadi pihak dalam proses hukum.

¹⁴ Pasal 13 ayat 2 Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

Selanjutnya Gugatan-gugatan dapat diajukan terhadap perusahaan hanya di yurisdiksi pengadilan yang berwenang di wilayah Negara Peserta dimana perusahaan:

- a. Mempunyai kantor atau fasilitas;
- b. Telah mengangkat perwakilan untuk maksud menerima jasa atau pemberitahuan adanya gugatan;
- c. Mengadakan kontrak untuk barang-barang atau jasa-jasa;
- d. Memberikan jaminan-jaminan; atau
- e. Melakukan kegiatan komersial

Perusahaan dapat digugat dimana perusahaan tersebut mempunyai kantor dan fasilitas dan yang terpenting melakukan kegiatan komersial. Dalam hal Aktifitas atau tindakan komersial yang membuat perusahaan masuk sebagai subjek hukum privat.

Pendapat lainnya mengenai hubungan Otorita dan perusahaan sebagai subjek hukum internasional dilihat dari Pasal 170 ayat 2, “Perusahaan harus bertindak dalam kerangka pribadi hukum internasional Otorita mempunyai kewenangan/kapasitas hukum (*legal capacity*)”. Dalam hal ini Perusahaan sebagai bagian dari Otorita dalam melakukan pengelolaan di kawasan dapat dikatakan subjek hukum internasional terbatas. Hal ini dikarenakan perusahaan harus bekerja dalam kerangka *international legal personality*¹⁵ Otorita. Pada dasarnya Otorita¹⁶ merupakan sebuah organisasi internasional dan sebagai subjek hukum internasional yang diberikan kewenangan khusus dalam Konvensi Hukum Laut 1982 untuk mengelola Kawasan. Sedangkan perusahaan adalah badan pelengkap sebagai pelaksana di Kawasan untuk mengelola, mengolah, mengangkut dan memasarkan mineral yang didapatkannya. Dalam Konvensi 1982 memang mengatur memberikan hak-hak imunitas dan hak-hak istimewa kepada perusahaan dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya. Akan tetapi hal ini tidak mengubah entitas perusahaan sebagai subjek hukum privat

¹⁵ sebagaimana dimaksud dalam Pasal 170 ayat 2 Konvensi Hukum Laut 1982.

¹⁶ Bagian 4 mengenai Otorita, Pasal 156-185 Konvensi Hukum Laut 1982.

atau hukum perdata hal ini dikarenakan aktifitas dan tindakan yang komersial yang dilakukannya.

Akan tetapi hal ini dapat dibenarkan dan dapat juga tidak, untuk dapat dikatakan sebagai subjek hukum internasional ketika pemegang hak dan kewajiban benar-benar masuk keranah hukum publik bukan entitas yang memegang hak dan kewajiban dalam hukum privat hal ini dapat dilihat dari aktifitas dan tindakan, kewajiban serta tanggung jawab yang dipikul oleh perusahaan. Alasan berikutnya kenapa perusahaan tidak dapat dikategorikan sebagai subjek hukum internasional, karena perusahaan dalam melakukan aktifitas, tanggung jawab serta kewajibannya dan mempunyai hubungan yang terbatas dengan Otorita¹⁷. Artinya tidak ada tanggung jawab serta kewajiban atas aktifitas atau tindakan yang dilakukan oleh Perusahaan meskipun perusahaan merupakan badan pelengkap dari Otorita.

Dalil perusahaan sebagai subjek hukum internasional dilihat dengan adanya hak imunitas dan keistimewaan yang melekat pada perusahaan, namun hal ini tidak serta merta membuat perusahaan masuk sebagai subjek hukum internasional. Walaupun Perusahaan dapat mengadakan kontrak atau membuat perjanjian dengan organisasi internasional dan negara. Akan tetapi isi dari kontrak tersebut mengandung asas-asas komersial. Hal inilah yang membuat perusahaan negara dan organisasi internasional dapat menjadi subjek hukum privat atau hukum perdata atas tindakan dan aktifitasnya yang mengandung prinsip-prinsip komersial.

2. Teori-Teori Yang Mendukung Dan Yang Bertentangan Mengenai Perusahaan Sebagai Subjek Hukum Internasional

a. Teori Yang Mendukung Perusahaan Sebagai Subjek Hukum Internasional

1) Kepribadian Hukum International (*International Legal Personality*)

Negara merupakan subjek hukum internasional, namun peranannya dalam hubungan antar subjek hukum ointernasional dengan lainnya mendapatkan perhatian baru dimana kenyataannya

¹⁷ Pasal 2 ayat 3 Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

negara harus berhadapan dengan subjek hukum internasional lainnya selain negara.

Subjek hukum internasional selain negara adalah organisasi-organisasi internasional atau organisasi antar pemerintah (Inter-Government Organization-IGO), organisasi internasional sebagai subjek internasional karena negaralah yang membentuk dan mendirikan organisasi-organisasi internasional tersebut. Perkembangan lahirnya organisasi internasional sangat cepat pada akhir abad ke 20, tidak hanya pada tingkat universal akan tetapi juga pada tingkat regional.¹⁸

Lahirnya organisasi internasional melalui perjanjian internasional dengan bentuk instrumen pokok, yaitu dalam bentuk *covenant, charter, statute, constitution, accord, declaration*, atau instrumen hukum lainnya. Organisasi internasional memiliki personalitas hukum di dalam kerangka hukum internasional. Personalitas hukum ini mutlak penting guna memungkinkan organisasi internasional tersebut dapat berfungsi dalam hubungan internasionalnya, khusus kemampuan untuk melaksanakan fungsi hukum seperti membuat kontrak, membuat perjanjian dengan negara lain.¹⁹ Perusahaan menurut Konvensi Hukum Laut 1982 memiliki pribadi hukum internasional (*international legal personality*) hal ini berdasarkan Pasal 13 Lampiran IV mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

Selanjutnya Agar perusahaan dapat melaksanakan fungsinya, status, hak-hak istimewa dan kekebalan-kekebalan yang ditetapkan dalam Pasal 13 harus diberikan kepada perusahaan dalam wilayah-wilayah Negara-negara Peserta. Untuk melaksanakan asas ini perusahaan dan Negara-negara Peserta, dimana perlu, dapat mengadakan perjanjian-perjanjian khusus.²⁰ milik dan kekayaan-kekayaan perusahaan dimanapun letaknya dan dikuasai oleh siapapun, kebal terhadap pengambilan, perampasan, pencabutan hak milik atau bentuk penyitaan lain apapun berdasarkan tindakan eksekutif atau

¹⁸ Boer Mauna, *Hukum Internasional: Pengertian Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, PT. Alumni, Bandung, Jakarta, 2005, hlm.52.

¹⁹ Sumaryo Suryokusumo, *Pengantar Hukum Organisasi Internasional*, PT. Tatanusa, Jakarta, hlm. 17.

²⁰ Pasal 13 ayat 1 Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

legislatif.²¹ milik dan kekayaan perusahaan, dimanapun letaknya dan dikuasai oleh siapapun, bebas dari pembatasan-pembatasan, peraturan-peraturan dan pengawasan-pengawasan yang diskriminatif serta segala bentuk moratoria.²² negara-negara peserta harus menjamin bahwa perusahaan menikmati segala hak-hak, hak-hak istimewa dan kekebalan-kekebalan yang diberikan oleh negara-negara kepada satuan-satuan yang mengadakan kegiatan-kegiatan komersial didalam wilayah mereka. Hak-hak, hak-hak istimewa dan kekebalan-kekebalan ini harus diberikan kepada perusahaan atas dasar yang sama baiknya seperti yang diberikan oleh negara-negara berkembang atau satuan-satuan komersialnya, maka perusahaan harus menikmati hak-hak istimewa tersebut atas dasar pengutamaan yang sama.²³ Negara-negara Peserta dapat memberikan insentif-insentif khusus, hak-hak, hak-hak istimewa dan kekebalan-kekebalan kepada perusahaan tanpa kewajiban untuk memberikan insentif-insentif, hak-hak, hak-hak istimewa atau kekebalan demikian kepada satuan-satuan komersial lainnya.²⁴ Perusahaan harus mengadakan perundingan dengan negara-negara tuan rumah di mana kantor dan fasilitasnya berada untuk mendapatkan pembebasan dari pajak-pajak langsung dan tidak langsung.²⁵ Setiap Negara Peserta harus mengambil tindakan yang diperlukan untuk memberlakukan dalam hukumnya asas-asas yang dicantumkan dalam lampiran IV dan harus memberitahukan kepada perusahaan tindakan khusus yang telah dilakukannya.²⁶ Perusahaan dapat melepaskan setiap hak-hak istimewa dan kekebalan-kekebalan yang diberikan berdasarkan pasal ini atau dalam perjanjian-perjanjian khusus yang disebut dalam ayat 1 sejauh dan berdasarkan syarat-syarat yang ditetapkan sendiri.²⁷

Perusahaan merupakan badan pelengkap dari Otorita, maka berdasarkan Pasal 156-185 Konvensi Hukum Laut 1982. Perusahaan memiliki *internasional legal personality* dan dapat menikmati hak-hak

²¹ Pasal 13 ayat 4 huruf a Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

²² Pasal 13 ayat 4 huruf b Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

²³ Pasal 13 ayat 4 huruf d Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁴ Pasal 13 ayat 4 huruf e Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁵ Pasal 13 ayat 5 Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁶ Pasal 13 ayat 6 Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁷ Pasal 13 ayat 7 Lampiran IV Mengenai Perusahaan Konvensi Hukum Laut 1982.

dan kewajiban-kewajiban sebagaimana juga tercantum dalam Lampiran IV Konvensi Hukum Laut 1982. Berdasarkan uraian diatas maka perusahaan merupakan subjek hukum internasional dalam arti terbatas.

2) Kapasitas Hukum (*Legal Capacity*)

Perusahaan berdasarkan Konvensi Hukum Laut 1982 memiliki kapasitas Hukum sebagaimana tercantum dalam Lampiran IV mengenai Enterprise dalam Pasal 13 ayat 2 yang menyatakan bahwa Perusahaan memiliki kapasitas hukum yang diperlukan untuk melaksanakan fungsi-fungsinya dan untuk mencapai tujuan-tujuannya dan khususnya, kapasitas untuk:

- (a) Mengadakan kontrak-kontrak, pengaturan bersama atau pengaturan-pengaturan lainnya, termasuk perjanjian-perjanjian dengan negara-negara dan organisasi-organisasi internasional;
- (b) Mendapatkan, menyewa, menguasai dan menjual kekayaan baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak;
- (c) Menjadi pihak dalam proses hukum.

Perusahaan memiliki kapasitas hukum untuk dapat mengadakan kontrak-kontrak, perjanjian-perjanjian dengan negara dan organisasi internasional. Hal inilah yang membuat kedudukan negara, organisasi internasional dan perusahaan sejajar. Atas kedudukan yang sejajar ini maka perusahaan dapat dianggap sebagai subjek hukum internasional.

b. Teori Yang Bertentangan Mengenai Perusahaan Sebagai Subjek Hukum Internasional

1) Teori Hukum Publik dan Privat

Hukum perdagangan internasional meski sudah lama dibicarakan dan diajarkan di Indonesia masih banyak yang salah mempersepsikannya. Salah persepsi terjadi pada tiga hal. Pertama atribusi yang diberikan pada istilah perdagangan internasional. Masih banyak pihak yang mempersepsikan dalam istilah tersebut ada pihak-pihak yang melakukan transaksi perdagangan. Padahal perdagangan internasional sama sekali tidak merujuk pada kegiatan transaksi

perdagangan pelaku usaha antarnegara. Perdagangan internasional merujuk pada kebijakan-kebijakan yang dibuat oleh berbagai pemerintah di bidang perdagangan. Pemerintah sebagai regulator memiliki kewenangan untuk membuat kebijakan tidak saja bagi pelaku usaha yang melakukan kegiatan di wilayahnya tetapi juga kewenangan untuk membuat kebijakan atas barang atau jasa asal negara lain yang akan masuk ke negaranya. Oleh karena itu adalah kurang tepat bila mempersepsikan perdagangan internasional sebagai transaksi perdagangan (bisnis) dimana pelakunya adalah negara. Seiring punahnya kerajaan-kerajaan antarbenua yang melakukan perdagangan sendiri dan kecenderungan negara-negara berideologi komunis yang menerapkan ekonomi pasar maka sulit menemukan antarnegara melakukan transaksi perdagangan.²⁸

Atas pendapat tersebut di atas mungkin ada yang berargumen bahwa negara dengan negara dapat melakukan transaksi di bidang perdagangan. Sebagai contoh, di Indonesia suatu ketika pemerintah Indonesia pernah membuat kesepakatan dengan pemerintah Thailand untuk melakukan imbal beli pesawat yang diproduksi oleh Indonesia dengan 110.000 ton beras ketan yang diproduksi di Thailand. Namun contoh di atas bila ditelaah lebih mendalam ternyata bukan transaksi perdagangan antarnegara. Pertama, pesawat yang diproduksi di Indonesia bukanlah hasil produksi dari pemerintah Indonesia, melainkan hasil produksi badan hukum yang dimiliki oleh pemerintah Indonesia (PT. Industri Pesawat Terbang Nusantara/IPTN). Sementara beras ketan tidak diproduksi oleh pemerintah Indonesia melainkan oleh para pelaku usaha di Thailand. Peran kedua pemerintah dalam transaksi perdagangan yang dilakukan antar pelaku usaha adalah memfasilitasi agar terjadi imbal beli.²⁹

Demikian pula jika contoh yang diberikan adalah pengadaan pesawat tempur oleh pemerintah Indonesia yang diwakili oleh Departemen Pertahanan dari Amerika Serikat. Adalah benar bahwa

²⁸ Peter Van den Bossche, Daniar Natakusumah dan Joseph Wira Koesnaidi, *Pengantar Hukum WTO*, Cetakan I, Yayasan Obor Indonesia, 2010, lihat dalam Kata Pengantar oleh Hikmahanto Juwana.

²⁹ *Ibid.*

Departemen Pertahanan merupakan representasi dari negara, namun pihak yang memproduksi pesawat tempur bukanlah pemerintah Amerika Serikat, melainkan badan usaha yang berada di Amerika Serikat. Perjanjian pengadaan semacam ini sering disebut sebagai *Government Contract*. Kontrak di mana salah satu pihaknya adalah Negara/Pemerintah. Negara di sini harus dianggap sebagai subyek hukum perdata, bukan sebagai subyek hukum dalam hukum publik. Mispersepsi kedua adalah terkait dengan istilah hukum perdagangan internasional. Dalam sejumlah literatur Indonesia masih banyak penulis yang melakukan pembahasan tentang arbitrase ataupun kontrak internasional dalam buku yang berjudul *Hukum Perdagangan Internasional*. Ini karena para penulis menganggap perdagangan internasional sebagai transaksi perdagangan antar pelaku usaha lintas negara. Padahal bila dibandingkan dengan literatur yang sama dari luar negeri (*International Trade Law*), hukum perdagangan internasional sama sekali tidak merujuk pada aturan-aturan yang bersifat perdata. Aturan-aturan yang dibahas dalam hukum perdagangan internasional mencakup aturan-aturan yang dijadikan rujukan ketika negara membuat kebijakan di bidang perdagangan. Untuk memberi argumentasi yang lebih kuat atas apa yang disampaikan di atas, ada baiknya untuk memahami subyek hukum dalam berbagai cabang ilmu hukum. Sebagaimana diketahui ilmu hukum dibagi menjadi dua kelompok yaitu hukum perdata dan hukum publik. Dalam hukum publik terbagi lagi menjadi hukum pidana, hukum tata negara, hukum administrasi negara dan hukum internasional.³⁰

Setiap cabang ilmu hukum memiliki teori, doktrin, bahkan subyek hukumnya sendiri. Untuk hal terakhir, subyek hukum, ternyata para mahasiswa hukum diberikan pemahaman yang kurang akurat. Subyek hukum dikuliahkan sebagai terdiri hanya orang dan badan hukum. Padahal siapa yang menjadi subyek hukum akan sangat bergantung dalam cabang ilmu hukum apa. Subyek hukum perdata, misalnya, adalah orang dan badan hukum. Sementara subyek hukum pidana adalah negara dan pelaku tindak pidana yang dapat terdiri dari

³⁰ *Ibid.*

orang dan badan hukum. Negara sebagai subyek hukum pidana karena negara yang menentukan apa yang dianggap sebagai perbuatan “jahat” dan negara pula yang menegakkan aturan-aturan tersebut, seperti kepolisian, kejaksaan dan pengadilan.³¹

Sementara dalam hukum tata negara dan administrasi negara yang menjadi subyek hukum adalah pemerintah (penguasa) dan rakyat. Pemerintah dalam hukum tata negara dan administrasi negara terdiri dari lembaga eksekutif, legislatif, yudikatif, bahkan lembaga audit. Hukum internasional memiliki subyek hukumnya sendiri yaitu Negara, Organisasi Internasional, Palang Merah Internasional dan lain-lain, termasuk individu yang melakukan kejahatan internasional. Dalam konteks hukum perdagangan internasional yang mengatur aturan-aturan bagi pemerintah dalam membuat kebijakan di bidang perdagangan yang menjadi subyek hukum adalah subyek hukum internasional. Dalam hukum perdagangan internasional, orang dan badan hukum bukanlah subyek hukumnya. Di sinilah harus dipahami bahwa hukum perdagangan internasional masuk dalam katagori hukum internasional (publik), dan sama sekali bukan hukum perdata internasional.³²

Untuk diketahui hukum perdata internasional merupakan sub cabang dari hukum perdata. Oleh karena itu sesuai dengan induk cabang ilmunya yang menjadi subyek hukum perdata internasional adalah orang dan badan hukum. Istilah “internasional” dalam hukum perdata internasional untuk menunjukkan adanya elemen asing atau lintas negara dalam masalah-masalah perdata. Dalam hukum perdata internasional, berbagai isu yang muncul dibagi menjadi dua katagori. Pertama adalah yang terkait dengan masalah keluarga, seperti perkawinan, perceraian, perwalian dan adopsi. Kedua adalah isu-isu yang terkait dengan masalah transaksi bisnis. Untuk hal yang terakhir ini para penulis dan perkuliahan di luar negeri dan perkuliahan di Indonesia menyebutnya sebagai transaksi bisnis internasional (*international business transaction*). Dalam hukum tentang transaksi bisnis

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

internasional dibahas tentang kontrak bisnis internasional, arbitrase internasional dan lain-lain.³³ Untuk selanjutnya dalam pembahasan perusahaan sebagai subjek dalam hukum internasional dikaji melalui teori pemisahan antara hukum publik dan privat ini diperlukan guna memisahkan antara apa yang masuk kedalam kategori hukum privat dan hukum publik.

Berdasarkan uraian sebelumnya, maka Perusahaan masuk sebagai subjek hukum privat yang dapat dijadikan alasan utama adalah aktifitas atau tindakan, kewajiban-kewajiban serta tanggung jawab yang berhubungan prinsip-prinsip komersial.

2) Doktrin Imunitas Negara di depan Forum Pengadilan Asing

Sejak pertengahan abad 19, prinsip imunitas kedaulatan telah diterima sebagai praktek umum di kebanyakan negara-negara modern di Eropa dan Amerika. Mayoritas pengadilan mereka menyetujui bahwa negara-negara asing harus dikecualikan dari pelaksanaan yurisdiksi teritorial setiap pengadilan nasional. Mereka juga mengakui bahwa dasar pengecualian tersebut berada dalam kedaulatan negara-negara itu sendiri. Dengan kata lain, dapat dikatakan bahwa dasar imunitas dalam hukum internasional dapat ditemukan dalam prinsip-prinsip kedaulatan, kemerdekaan, persamaan derajat, penghormatan terhadap negara-negara asing, ekstra teritorialitas, sopan santun dan fungsi diplomatik. Tujuan keberadaan doktrin imunitas negara untuk meningkatkan sopan santun dan hubungan baik antar negara melalui penghormatan atas kedaulatan negara lain.³⁴ adanya kekebalan negara dipengaruhi oleh dua hal, yaitu kedaulatan negara (*state sovereignty*) dan persamaan kedudukan antar negara (*equality of the states*).

Doktrin imunitas negara adalah suatu doktrin yang mengizinkan suatu negara menuntut imunitas atau kekebalan di depan pengadilan nasional negara asing berkaitan dengan penerapan hukum lokal negara asing yang bersangkutan. Negara dalam berbagai bentuk penampakan seperti departemen pemerintah, pejabat negara, kepala negara mampu

³³ *Ibid.*

³⁴ D.P.O'Connell, *International Law*, Vol II, 2th ed, London, Stevens & Sons Ltd, 1970, hlm. 842-844.

melepaskan diri dari penerapan hukum nasional yang dilakukan oleh pengadilan nasional negara lain.³⁵

Kaedah imunitas kedaulatan negara menurut Starke mempunyai 2 aspek penting, yaitu imunitas dari proses pengadilan dan imunitas berkenaan dengan harta benda yang dimiliki negara asing atau pemegang kedaulatan negara asing. Imunitas dari proses pengadilan berarti bahwa pengadilan tidak dapat melakukan proses menuntut negara asing atau menarik negara-negara asing menjadi pihak dalam proses perkara yang bertentangan dengan kehendak mereka, baik yang menyangkut pemrosesan terhadap personalitas atau yang bertujuan untuk memulihkan harta kekayaan khusus atau kerugian-kerugian.³⁶

Pengakuan umum terhadap imunitas negara didasarkan atas konsep kedaulatan. Karena negara adalah subyek yang merdeka dan sejajar satu sama lain maka tidak dapat ditundukkan di bawah yurisdiksi negara lain tanpa persetujuannya. Keberadaan imunitas negara menurut Alina Kaczowska tidak dapat dilepaskan dari 2 prinsip utama, yaitu prinsip *Par in parem non habet jurisdiction*, dan prinsip *non intervention* terhadap masalah dalam negeri negara lain. Pada prinsip yang pertama, *legal persons* dari subyek-subyek yang sejajar posisinya tidak dapat memperoleh penyelesaian sengketa di pengadilan nasional salah satu dari mereka. Prinsip ini didasari oleh prinsip persamaan kedaulatan dan kemerdekaan. Dengan demikian pihak yang berdaulat dari suatu negara asing dikecualikan dari yurisdiksi pengadilan nasional. Meskipun demikian dimungkinkan adanya penanggalan imunitas sehingga pengadilan nasional dapat memiliki yurisdiksi.³⁷ Adapun prinsip yang kedua menegaskan larangan untuk ikut campur terhadap urusan dalam negeri negara lain. Mengadili negara lain di depan pengadilan nasional akan dianggap melanggar prinsip ini.

³⁵ Martin Dixon, *Textbook on international law*, Blackstone Press Ltd, London, Fourth ed, 2000, hlm. 174.

³⁶ J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, penerjemah oleh Bambang Iriana Djajatmaadja, Edisi kesepuluh, Buku I, Jakarta, Sinar Grafika, 1992, hlm. 282.

³⁷ Alina Kaczowska, *Public International Law*, London, Old Bailey Press, 2002, hlm. 139-140

Dari apa yang dipaparkan di atas, nampak bahwa sampai saat ini imunitas negara asing masih merupakan prinsip yang fundamental, diakui dan diterima oleh masyarakat internasional. Negara wajib memberikan imunitas pada negara asing di depan forum nasional mereka. Pemberian imunitas ini sangat penting artinya, bertujuan untuk sopan santun, menghormati kedaulatan negara lain serta menjaga hubungan baik dengan negara lain. Mengadili negara lain di depan forum nasional akan dianggap merendahkan harkat dan martabat negara tersebut. Dengan mengadili negara asing di forum nasional seolah meletakkan posisi sebuah negara merdeka yang semestinya punya kedudukan sejajar dengan negara merdeka lain negara dibawah posisi negara yang mengadili. Meskipun demikian, praktek negara-negara juga menunjukkan bahwa saat ini yang berlaku adalah teori imunitas terbatas yang membedakan tindakan negara menjadi *jure gestionis* dan *jure imperii*.

Kedudukan Prinsip imunitas negara di forum pengadilan asing dipakai untuk menganalisis perusahaan sebagai subjek hukum internasional, karena negara selaku subjek utama dalam hukum internasional mempunyai imunitas yang terbatas dikarenakan tindakan atau aktifitas komersialnya. Sehingga negara dapat didudukan sebagai subjek hukum perdata. Begitu juga dengan perusahaan walaupun perusahaan juga menikmati pribadi hukum internasional dari Otorita, hak-hak imunitas dan hak istimewa serta memiliki kapasitas hukum. Tidak membuat perusahaan sebagai subjek hukum internasional. Karena tindakan, atau aktifitas, kewajiban-kewajiban dan tanggung jawabnya menggunakan prinsip-prinsip komersial. Maka dari itu perusahaan sebagai subjek hukum privat atau hukum perdata internasional.

3) Doktrin Act Of State

Berkaitan dengan imunitas negara ini, dikenal dua bentuk teori hukum. Yang pertama adalah teori imunitas negara mutlak (*absolute sovereign immunity*), pada awalnya hukum kebiasaan mengenai imunitas negara berdasarkan pada teori hukum ini, Sebelum kemudian mengalami perkembangan. Yang kedua adalah teori imunitas negara relative (*restrictive sovereign immunity*) yang merupakan hasil dari

perkembangan dari teori imunitas negara mutlak. Kedua teori imunitas negara ini ada terkait dengan adanya perbedaan antara tindakan-tindakan negara dalam kapasitasnya sebagai pemerintah atau tindakan-tindakan public, dikenal dengan istilah (*acts iure imperii*) dan tindakan-tindakan negara dalam kapasitasnya melakukan tindakan komersial atau dagang semata (*act iure gestionis*).

Doktrin imunitas negara dalam hukum internasional telah berkembang sedemikian rupa, dari doktrin imunitas absolut sampai pada imunitas yang terbatas (restriktif). Dalam disertasinya, “Perkembangan penerapan imunitas kedaulatan negara dalam penyelesaian perkara di forum pengadilan: studi perbandingan atas praktek Indonesia” tahun 1995, Yudha Bakti Ardiwisastra mengemukakan, bahwa doktrin imunitas restriktif membagi tindakan negara dalam *iure gestionis* dan *iure imperii*. Hanya dalam hal tindakan negara tergolong *iure imperii* negara memiliki imunitas di depan forum pengadilan nasional asing. Adapun ketika negara masuk ke wilayah perdata, negara melakukan transaksi komersil atau bisnis, maka tidaklah lagi berlaku imunitas bagi dirinya.³⁸

Kekebalan (*immunity*) mutlak suatu negara saat ini sudah tidak dapat dipertahankan lagi, karena adanya aktivitas-aktivitas negara dibidang ekonomi untuk memenuhi kesejahteraan rakyatnya. Berakhirnya konsep kekebalan mutlak bukan berarti negara-negara tidak mempunyai perlindungan atas kedaulatannya. Karena perlindungan kekebalan mutlak dapat diberikan jika suatu negara bertindak sesuai dengan kapasitasnya (tindakan politik) atau *iure imperii*. Tetapi jika suatu negara bertindak karena aktivitas-aktivitas ekonominya (*commercial act*) atau *iure gestiones* perlindungan kekebalan mutlak tidak dapat diberikan. Yang paling penting dalam hal doktrin tindakan negara (*Act of State Doctrine*) atau imunitas sekunder, bahwa tindakan suatu negara akan diakui sebagai tindakan dalam kapasitasnya (*iure imperii*) jika tindakan tersebut dilakukan dalam yurisdiksinya. Dan tindakan di dalam wilayah yurisdiksi tersebut akan

³⁸ Yudha Bakti Ardiwisastra, *Perkembangan Penerapan Imunitas Kedaulatan Negara dalam Penyelesaian di Forum Pengadilan: Studi perbandingan atas praktek Indonesia di Forum Pengadilan Asing*, disertasi, PPS Unpad Bandung, 1995, hlm. 442.

menjadi ukuran apakah merupakan tindakan *iure imperii* atau *iure gestionis*.

Teori tindakan negara dipakai untuk menganalisis untuk membedakan aktifitas-aktifitas ekonomi yang dilakukan oleh negara dapat mengubah status kedudukan subjek hukum yang mana kedudukan negara sebagai subjek hukum publik menjadi subjek hukum privat atau hukum perdata. Begitu pula perusahaan dalam Konvensi Hukum Laut 1982 masuk sebagai subjek hukum privat atau perdata atas dasar tindakan atau aktifitasnya dalam bidang ekonomi atau mengandung prinsip-prinsip komersial.

C. Penutup

1. Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada tinjauan pustaka dan pembahasan maka peneliti memberikan kesimpulan sebagai berikut:

- a. Status Perusahaan sebagai subjek hukum internasional, jika dilihat dari aktifitas dan tindakan yang dilakukan dikawasan dengan berdasarkan prinsip-prinsip komersial maka dapat dikategorikan sebagai subjek hukum privat atau subjek hukum perdata internasional. Hal ini dibuktikan dimana Perusahaan memiliki kapasitas hukum yang diperlukan untuk melaksanakan fungsi-fungsinya dan untuk mencapai tujuan-tujuannya dan khususnya, kapasitas untuk: pertama, Mengadakan kontrak-kontrak, pengaturan-pengaturan bersama atau pengaturan-pengaturan lainnya, termasuk perjanjian-perjanjian dengan Negara-negara dan organisasi-organisasi internasional; kedua, Mendapatkan, menyewa, menguasai dan menjual kekayaan baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak. Ketiga, Menjadi pihak dalam proses hukum. Akan tetapi, jika perusahaan sebagai subjek hukum internasional dilihat dengan adanya hak imunitas dan keistimewaan yang melekat pada perusahaan, namun hal ini tidak serta merta membuat perusahaan masuk sebagai subjek hukum internasional. Walaupun Perusahaan dapat mengadakan kontrak atau membuat

perjanjian dengan organisasi internasional dan negara. namun jika dilihat kandungan isi dari kontrak tersebut mengandung asas-asas komersial. Maka, hal inilah yang membuat perusahaan, negara dan organisasi internasional dapat menjadi subjek hukum privat atau hukum perdata atas tindakan dan aktifitasnya yang mengandung prinsip-prinsip komersial.

- b. Teori-teori yang dipakai untuk menganalisis apakah perusahaan dalam konvensi hukum laut 1982 masuk sebagai subjek hukum internasional adalah dengan membagi dua unsur teori yang mendukung dan bertentangan akan kedudukan perusahaan dalam konvensi hukum laut 1982 masuk sebagai subjek hukum internasional. Teori yang mendukung perusahaan dalam konvensi hukum laut 1982 masuk sebagai subjek hukum internasional, yaitu: pribadi hukum internasional (*international legal personality*) dan kapasitas hukum yang dimiliki oleh perusahaan. Perusahaan merupakan badan pelengkap dari Otorita, maka berdasarkan Pasal 156-185 Konvensi Hukum Laut 1982. Perusahaan memiliki *internasional legal personality* dan dapat menikmati hak-hak dan kewajiban-kewajiban sebagaimana juga tercantum dalam Lampiran IV Konvensi Hukum Laut 1982. Berdasarkan uraian sebelumnya maka perusahaan merupakan subjek hukum internasional dalam arti terbatas. selanjutnya, Perusahaan memiliki kapasitas hukum untuk dapat mengadakan kontrak-kontrak, perjanjian-perjanjian dengan negara dan organisasi internasional. Hal inilah yang membuat kedudukan negara, organisasi internasional dan perusahaan sejajar. Atas kedudukan yang sejajar ini maka perusahaan dapat dianggap sebagai subjek hukum internasional. Sedangkan Teori yang bertentangan mengenai perusahaan dalam konvensi hukum laut 1982 masuk sebagai subjek hukum internasional yaitu: Teori yang pertama mengenai pemisahan hukum privat dan hukum publik, maka Perusahaan masuk sebagai subjek hukum privat yang dapat dijadikan alasan utama adalah aktifitas atau tindakan, kewajiban-kewajiban serta tanggung jawab yang berhubungan prinsip-prinsip komersial. Teori yang kedua, Kedudukan Prinsip imunitas negara di forum pengadilan asing

dipakai untuk menganalisis perusahaan sebagai subjek hukum internasional, karena negara selaku subjek utama dalam hukum internasional mempunyai imunitas yang terbatas dikarenakan tindakan atau aktifitas komersialnya. Sehingga negara dapat didudukkan sebagai subjek hukum perdata. Begitu juga dengan perusahaan walaupun perusahaan juga menikmati pribadi hukum internasional dari Otorita, hak-hak imunitas dan hak istimewa serta memiliki kapasitas hukum. Tidak membuat perusahaan sebagai subjek hukum internasional. Karena tindakan, atau aktifitas, kewajiban-kewajiban dan tanggung jawabnya menggunakan prinsip-prinsip komersial. Maka dari itu perusahaan sebagai subjek hukum privat atau hukum perdata internasional. Teori yang ketiga, Teori tindakan negara (*Doctrine act of state*) dipakai untuk menganalisis untuk membedakan aktifitas-aktifitas ekonomi yang dilakukan oleh negara dapat mengubah status kedudukan subjek hukum yang mana kedudukan negara sebagai subjek hukum publik menjadi subjek hukum privat atau hukum perdata. Begitu pula perusahaan dalam konvensi hukum laut 1982 masuk sebagai subjek hukum privat atau perdata atas dasar tindakan atau aktifitasnya dalam bidang ekonomi atau mengandung prinsip-prinsip komersial.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Adolf, Huala., *Aspek-aspek Negara dalam Hukum Internasional*, Rajawali Grafindo Persada, Jakarta, 1990.

Ardhiwisastra, Yudha Bhakti., *Bunga Rampai Hukum Internasional*, Alumni, Bandung, 2003

Ardhiwisastra, Yudha Bhakti., *Bunga Rampai Hukum Internasional*, Alumni, Bandung, 2003.

Bedjaoui, Mohammed (General Editor)., *International Law: Achievements And Prospects*, UNESCO-Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1991.

- Bossche, Peter Van den, Daniar Natakusumah dan Joseph Wira Koesnaidi., *Pengantar Hukum WTO*, Cetakan I, Yayasan Obor Indonesia, 2010, lihat dalam Kata Pengantar oleh Hikmahanto Juwana.
- Brierly, J. L., *the Law of Nations (an Introduction to the International Law of Peace)*, 5th ed, Clarendon Press, London, 1955.
- Brownlie, Ian., *Principle of Public International Law*, 5th ed. Clarendon Press, Oxford. 1998.
- Dewi, Sinta (ed)., *Kapita Selektta Hukum (Tinjauan kritis ata situasi dan kondisi hukum di Indonesia, Seiring Perkembangan Masyarakat Nasional dan Internasional)*, Widya Padjadjaran, Desember 2009.
- Dixon, Martin, *Textbook on international law*, Blackstone Press Ltd, London, Fourth ed, 2000.
- Haryomataram., *Pengantar Hukum Internasional*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2005.
- Ibrahim., *Perlindungan Hukum Terhadap Lingkungan Dalam perdagangan Internasional Produk Pertanian Bioteknologi : Implikasinya di Indonesia*, Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum, Program Pasasarjana UNPAD, Bandung, 2006.
- Istanto, F. Sugeng., *Studi Kasus Hukum Internasional*, Penerbit PT Tatannusa, Jakarta, 1998.
- Kaczkorowka, Alina., *Public International Law*, Old Bailey Press, London, 2002.
- Kusumaatmadja, Mochtar., *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Bina Cipta, Bandung, 1972.
- Kusumahadijojo, Budiono., *Suatu Studi terhadap aspek operasional Konvensi Wina Tahun 196 tentang Hukum Perjanjian Internasional*, Binacipta, Bandung, 1985.
- Kusumatmadja, Mochtar & Ety R. Agoes., *Pengantar Hukum Internasional*, Alumni, Bandung, 2003.

- Mauna, Boer., *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, PT Alumni, Bandung, 2011.
- O'Connell, D.P., *International Law*, Vol II, 2th ed, London, Stevens & Sons Ltd, 1970.
- Oppenheim, L., *International Law: a Treatise*, cetakan ke-5, 8th ed, 1961.
- Rahardjo, Satjipto., *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- Rijadi, Prasetijo., *Pembangunan Hukum Penataan Ruang Dalam Konteks Konsep Kota Berkelanjutan (Studi Hukum Penataan Ruang di Kota Surabaya)*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2004.
- Salman, Otje dan Edi Damian (ed)., *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan: Kumpulan Karya Tulis Prof. Dr. Mochtar Kusumaatmadja*, Alumni, Bandung, 2002.
- Starke, J.G., *An Introduction to International Law*, 8th.ed., Butterwoerth, London, 1977.
- Starke, J.G., *Pengantar Hukum Internasional*, penerjemah oleh Bambang Iriana Djajatmmaadja, Edisi kesepuluh, Buku I, Jakarta, Sinar Grafika, 1992.
- Suryokusumo, Sumaryo., *Studi Kasus Hukum Internasional*, PT. Tatanusa, Jakarta, 2007.
- Udiana, I Made., *Rekonstruksi Pengaturan Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing*, Udayana University Press, Denpasar, 2011.
- Van den Bossche, Peter, Daniar Natakusumah dan Joseph Wira Koesnaldi, *Pengantar Hukum WTO*, Cetakan I, Yayasan Obor Indonesia, 2010.
- Yudha Bakti Ardhiwisastra, *Perkembangan Penerapan Imunitas Kedaulatan Negara dalam Penyelesaian di Forum Pengadilan: Studi perbandingan atas praktek Indonesia di Forum Pengadilan Asing*, disertasi, PPS Unpad Bandung, 1995.

B. Jurnal, Artikel, Makalah, Internet & Sumber Lainnya

Chesterman, Simon., "Oil and Water: Regulating the Behavior of Multinational Corporations through Law". *N.Y.U. Journal International Law & Policy*, 36. 2004. hlm. 307-329.

Prihandono, Imam., "Status dan Tanggung Jawab Multi Nasional Companies (MNCs) Dalam Hukum Internasional", *Global & Strategis*, Th II, No. 1, Januari-Juni 2008, hlm. 69.

Radjagukguk, Erman., Pembaharuan Hukum Memasuki PJPT Kedua Dalam Era Globalisasi, *Majalah Hukum dan Pembangunan*, No. 6. Jakarta, 1993, hlm. 516.

Rambisa, Lila Sitha., *Kedudukan Tanggung Jawab Perusahaan Multi-Nasional (MNC) dalam Hukum Internasional*, makalah. hlm. 2-3.

Suryokusumo, Sumaryo., "Aspek Moral dan Etika Dalam Penegakan Hukum Internasional," Disampaikan dalam *Seminar Mengenai Pembangunan Hukum Nasional VIII*, Diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, Denpasar, 14 - 18 Juli 2003, hlm. 2.

Wiradipradja, E. Saefullah., *Konsekuensi Yuridis keanggotaan Indonesia dalam WTO-GATS dan Pengaruhnya Terhadap Industri dan Perdagangan Jasa*, *Jurnal Hukum Internasional Unpad*, Vol. I/12002, Bandung, hlm. 5.

-----., *Refleksi Kontribusi Hukum dalam Menghadapi Perdagangan Bebas dan Industrialisasi*, Syiar Madani, Vol.1 No.1 Maret 1999, hlm. 1-2.

C. Dokumen

United Nations on the Law of the Sea 1982 (Konvensi Hukum Laut 1982)

Pengaturan Hukum Perdagangan Satwa Liar Dalam CITES dan Implementasinya Dalam Hukum Nasional

Oleh

Naek Siregar, S.H., M.H.

Siti Azizah, S.H., M.H.

I. PENDAHULUAN

Indonesia sebagai *Negara Mega Biodiversity* sebuah julukan yang diberikan karena keanekaragaman hayati yang cukup besar yang dimiliki Indonesia, di mana potensi tersebut digambarkan dengan terdapatnya 10% tumbuhan berbunga (*plant flowering*), 12% manusia (*mammals*), 16% (*reptilian*) dan (*amphibian*), 17% burung dan 25% ikan dari jumlah spesies yang terdapat di dunia, mulai merasakan akan kebutuhan terhadap regulasi di bidang ini.

Regulasi keanekaragaman hayati tersebut sangat penting dalam upaya melindungi dari kepunahan, termasuk juga perdagangan satwa liar, dan sejalan dengan kebutuhan regulasi tersebut pada tahun 1973 dikeluarkan *Convention on International Trade Endangered Species of Wild Flora And Fauna* (selanjutnya disingkat CITES) atau yang lebih dikenal dengan konvensi Internasional tentang Perdagangan Tumbuhan dan Satwa Liar. Konvensi ini dikeluarkan karena kekhawatiran berbagai negara akan keadaan satwa liar dan jenis tumbuh-tumbuhan langka yang kian hari keadaannya kian merosot baik populasi maupun ekosistemnya. CITES pertama kali disahkan dan ditandatangani oleh para pihak pada tanggal 3 Maret 1973 di Washington DC, Amerika Serikat. CITES sendiri telah mengalami beberapa kali amandemen, pada tanggal 22 Juni 1979 dilakukan Amandemen yang kedua di Kota Bonn, Jerman. Sedangkan amandemen yang ketiga dilakukan di kota Gaborone, Botswana pada tanggal 30 April 1983.

CITES diratifikasi oleh Indonesia pada tanggal 28 Desember 1977 melalui Keputusan Presiden No. 43 Tahun 1978 dan akan menimbulkan hak dan kewajiban yang secara langsung timbul dengan adanya pengesahan konvensi tersebut, baik dalam hal pemberian izin bagi perdagangan maupun pelarangan eksploitasi dan eksplorasi tumbuhan dan satwa liar. Mengenai penentuan pemberian izin tersebut harus didahului dengan penelitian keberadaan tumbuhan maupun hewan tersebut dalam populasinya di alam liar.

Indonesia sebagai negara yang memiliki keanekaragaman hayati yang cukup besar telah memiliki beberapa daftar tumbuhan dan satwa liar yang masuk dalam daftar CITES, hal ini terjadi karena dinilai keberasaan beberapa tumbuhan dan satwa liar di Indonesia dalam status kritis dalam arti populasinya di alam bebas terancam punah.

II. PEMBAHASAN

A. Pengaturan Hukum Perdagangan Satwa Liar Dalam CITES dan Implementasinya Dalam Hukum Nasional

1. Pengaturan Hukum Perdagangan Satwa Liar Dalam CITES

Sejak tanggal 28 Desember 1977 Indonesia telah meratifikasi Konvensi Internasional Mengenai Perdagangan Internasional Jenis-jenis Flora Fauna yang Terancam Punah (CITES) dengan Keputusan Presiden Nomor 43 Tahun 1978, Keppres ini mulai berlaku pada tanggal 28 Maret 1978. Sebagai salah satu negara yang meratifikasi CITES Indonesia mempunyai tugas pokok untuk melindungi spesies flora dan fauna liar dari eksploitasi manusia sebagai barang atau produk perdagangan internasional. Secara khusus CITES mengatur adanya 4 tipe dokumen dalam perdagangan tumbuhan dan satwa liar yaitu: (i) *Export Permits*, (ii) *Import Permits*, (iii) *Re-export Certificates*, dan (iv) *Other Certificates*. Keempat dokumen ini merupakan dokumen resmi yang hanya bisa dikeluarkan oleh *Management Authority* (otoritas pengelolaan) berdasarkan rekomendasi *Scientific Authority* (otoritas keilmuan).

a. *Management Authority dan Scientific Authority*

Management Authority dan *Scientific Authority* merupakan dua lembaga resmi yang CITES tetapkan untuk mengatur dan mengelola perdagangan jenis satwa dan tumbuhan liar dari suatu negara. *Management Authority* merupakan otoritas pengelola yang harus dimiliki oleh negara untuk mengelola perdagangan satwa liar baik untuk digunakan bagi keperluan dalam negeri maupun untuk perdagangan internasional. *Management Authority* dalam pengelolaan perdagangan bekerjasama dengan otoritas keilmuan (*Scientific Authority*). Rekomendasi yang diberikan oleh otoritas keilmuan akan menjadi acuan otoritas pengelolaan dalam memberikan izin bagi perdagangan satwa dan tumbuhan liar. Pada artikel I CITES huruf (f) dijelaskan bahwa : “*Scientific Authority means a national scientific authority designated in accordance with article IX*”. Sedangkan *Management Authority* juga dijelaskan dalam Artikel I CITES huruf (g), yaitu : “*Management Authority means a national management authority designated in accordance with article IX*”.

CITES mengatur secara khusus keberadaan dua lembaga ini, keduanya diatur dalam Artikel IX CITES tentang “*Management and Scientific Authorities*” pada Artikel tersebut dijelaskan bahwa keberadaan kedua lembaga ini memiliki kompetensi dan berperan untuk mengelola serta untuk memberikan izin atau sertifikat. Keberadaan otoritas pengelolaan dan otoritas keilmuan merupakan ketentuan yang mutlak dimiliki oleh masing-masing negara yang turut serta meratifikasi CITES.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Faustina Hardjanti, Kepala Subdit Konvensi CITES Direktorat Konvensi Keanekaragaman Hayati-Perlindungan Hutan dan Konservasi Alam (KKH-PHKA) dijelaskan bahwa *Management Authority* (Otoritas Pengelola), bertanggung jawab dalam aspek administratif dari pelaksanaan CITES (legislasi, pelaksana legislasi, penegakan hukum, izin, laporan dua tahunan, komunikasi dengan institusi CITES lain), sedangkan *Scientific Authority* (otoritas keilmuan), bertanggung jawab untuk memberikan saran kepada *Management Authority* mengenai *non-deteriment findings* dan aspek-aspek ilmiah

lainnya mengenai implementasi dan pemantauan perdagangan internasional, termasuk memberi usulan kuota.

b. Export Permit

Sesuai dengan apa yang telah di kemukakan di atas, bahwa CITES mengatur adanya empat dokumen resmi sebagai ketentuan yang harus di penuhi, maka perlu adanya penjelasan mengenai masing-masing dokumen. *Export permit* atau izin ekspor merupakan izin yang mengatur mekanisme pemberian izin bagi masing-masing jenis satwa dan tumbuhan liar yang akan di perdagangkan ke luar negeri. Mengenai pemberlakuan izin ini Artikel VI CITES angka (2) menyebutkan : “An export permit shall contain the information specified in the model set forth in Appendix IV, and may only be used for export with in a period of six month from the date on which it was granted”. Pada pasal ini di jelaskan mengenai keberlakuan izin ekspor (*export permit*) hanya enam bulan sejak izin di berikan.

Selain mengenai keberlakuannya, Artikel VI CITES ini juga mengatur mengenai setiap izin atau sertifikat yang diberikan harus ada pengesahan dari otoritas pengelola dan nomor pengawasan yang dikeluarkan oleh otoritas pengelola. CITES mengatur secara khusus mengenai pemberian izin ekspor perdagangan satwa liar dari masing-masing jenis yang terlampir dalam apendiks CITES. Menurut Artikel III angka (2) disebutkan bahwa :

“ The export of any specimen of a species included in Appendix I shall require the prior grant and presentation of an export permit. An export permit shall only be granted when the following conditions have been met:

- a) *a Scientific Authority of the state of export has advised that such export will not be detrimental to the survival of that species.*
- b) *a Management Authority of the State of export is satisfied that the specimen was not obtained in contravention of the laws of that State for the protection of fauna and flora.*

- c) *a Management Authority of the State of export is satisfied that any living specimen will be so prepared and shipped as to minimize the risk of injury, damage to health or cruel treatment.*
- d) *a Management Authority of the State of export is satisfied that an import permit has been granted for the specimen”.*

Pada Artikel III tersebut di atur mengenai mekanisme pemberian izin ekspor bagi jenis satwa liar yang termasuk dalam Apendiks I. Sesuai dengan ketentuan tersebut otoritas harus terlebih dahulu memberikan rekomendasi bahwa ekspor tersebut tidak mengganggu keseimbangan populasinya di alam liar, kemudian otoritas pengelola harus memastikan bahwa ekspor tersebut tidak melanggar ketentuan perundang-undangan tentang perlindungan satwa dan tumbuhan liar. Setelah dipastikan mengenai ketentuan dari negara asal, maka otoritas pengelola juga harus memastikan negara yang akan menjadi tujuan meminimalisir gangguan berupa kesehatan dari jenis satwa liar tersebut. Kemudian yang terakhir bahwa otoritas pengelola dari negara ekspor harus memastikan bahwa izin impor telah di berikan. Ketentuan izin ekspor tersebut merupakan ketentuan yang harus dipenuhi dalam perdagangan jenis satwa liar yang termasuk apendiks I CITES, sedangkan mengenai ketentuan ekspor untuk jenis satwa yang termasuk dalam apendiks II CITES, Artikel IV angka (2) CITES dijelaskan bahwa :

“The export of any specimen of a species included in Appendix II shall require the prior grant and presentation of an export permit. An export permit shall only be granted when the following conditions have been met:

- a) *a Scientific Authority of the State of export has advised that such export will not be detrimental to the survival of that species;*
- b) *a Management Authority of the State of export is satisfied that the specimen was not obtained in contravention of the laws of that State for the protection of fauna and flora;*

- c) *a Management Authority of the State of export is satisfied that any living specimen will be so prepared and shipped as to minimize the risk of injury, damage to health or cruel treatment”.*

Ketentuan pemberian izin ekspor pada Artikel IV ini juga tidak memiliki perbedaan yang mendasar, keseluruhan mekanisme sesuai dengan apa yang diatur pada Artikel III, yang menjadi perbedaan hanya tidak ada ketentuan bagi otoritas pengelola untuk memastikan izin impor dari negara tujuan.

Mengenai ketentuan ekspor satwa liar yang termasuk dalam apendiks III, hal ini di atur dalam Artikel V angka (2) CITES yaitu :

“The export of any specimen of a species included in Appendix III from any State which has included that species in Appendix III shall require the prior grant and presentation of an export permit. An export permit shall only be granted when the following conditions have been meet :

- a) *a Management Authority of the State of export is satisfied that the specimen was not obtained in contravention of the laws of that State for the protection of fauna and flora*
- b) *a Management Authority of the State of export is satisfied that any living specimen will be so prepared and shipped as to minimize the risk of injury, damage to health or cruel treatment”.*

Mengenai izin ekspor untuk satwa liar yang termasuk dalam Apendiks III diatur bahwa otoritas pengelola memastikan bahwa ekspor tidak melanggar ketentuan hukum tentang perlindungan satwa dan tumbuhan liar, serta memastikan negara tujuan untuk mengurangi resiko kemungkinan perlakuan yang mengganggu terhadap satwa liar tersebut. Berdasarkan beberapa ketentuan yang tertera pada Artikel III, IV, dan V CITES mengenai ekspor tersebut ada perbedaan ketentuan izin ekspor antara perdagangan satwa liar yang termasuk dalam apendiks I, apendiks II, dan apendiks III CITES. Perbedaan ini merupakan ketentuan yang menjadi tolok ukur kondisi dari jenis satwa liar yang menjadi komoditas perdagangan.

c. *Import Permit*

Selain ketentuan mengenai ekspor, CITES juga mengatur dokumen perizinan impor untuk perdagangan jenis satwa liar. Pengaturan tersebut berdasarkan pada suatu sistem perizinan dan pemberian sertifikat yang hanya dapat diterbitkan apabila syarat tertentu telah dipenuhi. Seperti halnya ketentuan ekspor, ketentuan impor ini juga dipisahkan untuk masing-masing jenis satwa dalam tiap-tiap apendiks. Pada Artikel III angka (3) CITES diatur mengenai izin impor untuk satwa liar yang termasuk dalam apendiks I CITES yaitu :

“The import of any specimen of a species included in Appendix I shall require the prior grant and presentation of an import permit and either an export permit or a re-export certificate. An import permit shall only be granted when the following conditions have been met:

- a) *a Scientific Authority of the State of import has advised that the import will be for purposes which are not detrimental to the survival of the species involved*
- b) *a Scientific Authority of the State of import is satisfied that the proposed recipient of a living specimen is suitably equipped to house and care for it*
- c) *a Management Authority of the State of import is satisfied that the specimen is not to be used for primarily commercial purposes”.*

Pada Artikel III mengenai impor satwa liar yang termasuk dalam apendiks I CITES tersebut dijelaskan bahwa izin impor hanya dapat diberikan dengan syarat-syarat yang telah disebutkan, yaitu bahwa otoritas keilmuan negara pengimpor menjelaskan bahwa impor tidak bertujuan untuk merusak/mengganggu keberadaan satwa liar tersebut, dan menjamin bahwa negara pengimpor akan merawat dan melindungi keberadaan jenis satwa liar tersebut.

Mengenai ketentuan izin impor yang termasuk dalam apendiks II, diatur pada Artikel IV angka (4) CITES yaitu : *“The import of any specimen of a species included in Appendix II shall require the prior presentation of either an export permit or a re-export certificate”.* Izin

impor untuk satwa liar yang termasuk apendiks II CITES ini mensyaratkan bahwa impor harus disertakan dengan izin ekspor dari negara asal ataupun sertifikat re-ekspor.

Ketentuan impor bagi satwa liar yang termasuk dalam apendiks III CITES di jelaskan dalam Artikel V angka (3) CITES, pada Artikel tersebut disebutkan bahwa : *“The import of any specimen of a species included in Appendix III shall require, except in circumstances to which paragraph 4 of this Article applies, the prior presentation of a certificate of origin and, where the import is from a State which has included the species in Appendix III, an export permit”*. Pada Artikel V angka (3) ini di jelaskan bahwa impor spesimen dari berbagai spesies yang termasuk dalam apendiks III CITES harus memberikan keterangan mengenai laporan terakhir Surat Keterangan Asal (SKA), dari negara mana asal spesies yang termasuk dalam apendiks III tersebut, serta izin ekspor.

d. Re-export Certificates

Seperti ketentuan mengenai ekspor dan impor, ketentuan mengenai re-ekspor ini juga mensyaratkan ketentuan yang berbeda untuk masing-masing jenis satwa liar dalam tiap-tiap apendiks. Pada Artikel III Angka (4) disebutkan bahwa :

“The re-export of any specimen of a species included in Appendix I shall require the prior grant and presentation of a re-export certificate. A re-export certificate shall only be granted when the following conditions have been met:

- a) *a Management Authority of the State of re-export is satisfied that the specimen was imported into that State in accordance with the provisions of the present Convention*
- b) *a Management Authority of the State of re-export is satisfied that any living specimen will be so prepared and shipped as to minimize the risk of injury, damage to health or cruel treatment*
- c) *a Management Authority of the State of re-export is satisfied that an import permit has been granted for any living specimen”*.

Ketiga syarat pada artikel tersebut merupakan ketentuan yang harus dipenuhi pada dokumen re-ekspor, sedangkan untuk satwa liar yang termasuk dalam apendiks II CITES diatur dalam Artikel IV Angka (5) yang menyebutkan bahwa :

“The re-export of any specimen of a species included in Appendix II shall require the prior grant and presentation of a re-export certificate. A re-export certificate shall only be granted when the following conditions have been met:

- a) a Management Authority of the State of re-export is satisfied that the specimen was imported into that State in accordance with the provisions of the present Convention*
- b) a Management Authority of the State of re-export is satisfied that any living specimen will be so prepared and shipped as to minimize the risk of injury, damage to health or cruel treatment”.*

Untuk ketentuan sertifikat re-ekspor bagi satwa liar yang di masukkan dalam apendiks III CITES di atur dalam Artikel V Angka (4) CITES, yaitu : *“In the case of re-export, a certificate granted by the Management Authority of the State of re-export that the specimen was processed in that State or is being re-exported shall be accepted by the State of import as evidence that the provisions of the present Convention have been complied with in respect of the specimen concerned”.*

Terkait dengan adanya izin dan sertifikat yang disyaratkan pada Artikel III, IV, dan V, maka hal-hal yang harus dicantumkan di dalam masing-masing ketentuan tersebut di atur dalam CITES secara khusus pada Artikel VI. Pada Artikel IV tentang Izin dan Sertifikat tersebut juga secara khusus mengatur mengenai adanya mekanisme khusus yang harus dipenuhi oleh badan hukum untuk melakukan kegiatan tersebut. Hal ini harus dapat dibuktikan dengan adanya izin sebagai pengedar tumbuhan dan satwa liar ke dalam negeri yang dikeluarkan oleh otoritas pengelola (Dirjen PHKA). Sedangkan bagi pemegang izin pengedar ke luar negeri maka pedagang wajib menunjukkan legalitas peredaran satwa tujuan luar negeri, tiap pedagang juga wajib meliputi peredaran tumbuhan dan satwa liar dan memiliki Surat Angkut Tumbuhan dan

Satwa Liar Luar Negeri (SATS-LN). Terhadap spesimen yang tercantum dalam Apendiks CITES peredarannya ke luar negeri (ekspor) wajib memiliki CITES *Export Permit*. Apabila terjadi pengiriman dari luar negeri (import) maka wajib dilengkapi dengan dokumen CITES *Import Permit* dan pengiriman lagi keluar negeri (re-ekspor) harus kembali disertakan dokumen CITES *Re-export Certificates*. Dokumen tersebut memuat informasi mengenai jenis dan jumlah satwa liar yang diangkut, nama dan alamat pengirim dan penerima, serta asal dan tujuan pengiriman.

e. Perdagangan Internasional Dengan Negara yang Tidak Termasuk Dalam Konvensi

Kendati negara-negara telah banyak yang mendaftar sebagai anggota CITES, namun masih ada negara yang sampai saat ini belum menjadi negara pihak dalam CITES. Sebagai salah satu perjanjian internasional yang cukup baik, CITES mengatur mengenai kemungkinan dilakukannya perdagangan internasional dengan negara yang tidak termasuk dalam perjanjian internasional ini. Hal ini diatur secara khusus dalam Artikel X CITES, yaitu : *“Where export or re-export is to, or import is from, a State not a Party to the present Convention, comparable documentation issued by the competent authorities in that State which substantially conforms with the requirements of the present Convention for permits and certificates may be accepted in lieu there of by any Party”*.

Pada Artikel X ini dijelaskan bahwa perdagangan internasional baik impor, ekspor maupun re-ekspor masih mungkin untuk dilakukan dengan adanya catatan atau dokumen resmi dari pihak-pihak yang telah berkompeten untuk mengeluarkan izin seperti yang dijelaskan di dalam CITES baik itu otoritas keilmuan maupun otoritas manajemen dari negara yang bersangkutan mengenai status dan keadaan spesies yang diperdagangkan.

2. Pengaturan Hukum Nasional Dalam Perdagangan Satwa Liar

Pada dasarnya upaya-upaya perlindungan satwa liar telah dilakukan oleh pemerintah jajahan sejak jaman kolonialisme, hal ini terbukti dengan adanya sejumlah ordonansi seperti Ordonansi Perburuan No. 133 Tahun 1931, Ordonansi Perlindungan Binatang-

binatang liar No. 134 Tahun 1931, Ordonansi Perburuan Jawa dan Madura No. 133 Tahun 1939, dan Ordonansi Perlindungan Alam No. 167 Tahun 1941. Melengkapi Ordonansi terdahulu yang telah ada, Pemerintah Indonesia sebagai pihak yang bertanggung jawab untuk mencegah punahnya berbagai tumbuhan dan satwa pada tahun 1978 turut serta meratifikasi CITES sebagai salah satu perjanjian internasional untuk mencegah terjadinya kepunahan tumbuhan maupun satwa liar.

Diratifikasinya CITES yang merupakan perjanjian internasional secara langsung berimplikasi kepada pembentukan peraturan perundang-undangan nasional untuk mendukung implementasi CITES dalam hukum nasional. Hal ini disebabkan karena CITES merupakan perjanjian internasional yang sifatnya *Law Making Treaty*, sehingga tanpa adanya peraturan perundang-undangan nasional maka CITES tidak mungkin dapat berjalan maksimal. Diratifikasinya CITES pada tahun 1978 turut mendorong lahirnya beberapa peraturan perundang-undangan, yaitu UU No. 9 Tahun 1985 tentang Perikanan, UU No. 5 Tahun 1990 tentang Konservasi Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya, UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, dan beberapa Peraturan Pemerintah serta peraturan pelaksana teknis melalui Keputusan Menteri.

Menurut hasil wawancara dengan Fakultas Hardjanti Kepala Subdit Konvensi CITES Direktorat Konvensi Keanekaragaman Hayati-Perlindungan Hutan dan Konservasi Alam (KKH-PHKA), dengan di ratifikasinya CITES maka Indonesia harus menetapkan *international legal framework* (Kerangka hukum internasional). Menurut Faustina Hardjanti 3 (tiga) keuntungan adanya CITES adalah :

- a) Adanya regulasi internasional mengenai perdagangan hidupan liar yang efektif dan konsisten bagi konservasi dan pemanfaatan yang lestari, serta adanya kontrol di dua pintu (ekspor dan impor).
- b) Terjaminnya kerjasama internasional tentang perdagangan dan konservasi, pengembangan legislasi dan penegakannya, pengelolaan dan sumber daya dan peningkatan pengetahuan konservasi.

- c) Terjaminnya partisipasi sebagai pelaku di tingkat global dalam mengelola dan melestarikan kehidupan liar di tingkat internasional.

Sesuai Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1999 Pasal 1, jenis tumbuhan dan satwa liar dapat dimanfaatkan untuk keperluan: Pengkajian, penelitian, dan pengembangan; Penangkaran; Perburuan; Perdagangan; Peragaan; Pertukaran; Budidaya tanaman obat-obatan, dan Pemeliharaan untuk kesenangan.

Sebagaimana disebutkan pada PP No. 8 Tahun 1999 bahwa salah satu bentuk pemanfaatan jenis tumbuhan dan satwa liar adalah perdagangan, dan berdasarkan data dari LSM ProFauna Jakarta, perdagangan satwa liar illegal di Indonesia sudah sangat memprihatinkan. Data organisasi penyelamatan dan perlindungan Satwa Liar ini menyebutkan perdagangan satwa liar ilegal di Indonesia beromzet Rp 9 triliun per tahun. Hal ini lah yang mendorong perlu adanya pengaturan tentang perdagangan serta pengawasan perdagangan satwa liar di Indonesia sebagaimana telah ditetapkan dalam CITES, dengan adanya *international legal framework* yang telah dijelaskan diatas maka ini akan mempermudah kinerja masing-masing pihak dalam usahanya untuk mempertahankan kelestarian tumbuhan dan satwa liar di Indonesia.

a. Penetapan Ketentuan Perundang-undangan Perdagangan Satwa Liar Oleh Pemerintah

Beberapa peraturan yang menjadi payung hukum perdagangan satwa liar tersebut meliputi : Undang-Undang No. 5 Tahun 1990 tentang Konservasi Keanekaragaman Hayati dan Ekosistemnya; Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan; Undang-Undang No. 31 Tahun 2004 tentang Perikanan; Undang-Undang No. 10 Tahun 1995 tentang Kepabeanan; Undang-Undang No. 16 Tahun 1992 tentang Karantina Hewan, Ikan, dan Tumbuhan; Peraturan Pemerintah No. 68 Tahun 1998 tentang Kawasan Suaka Alam dan Kawasan Pelestarian Alam; Peraturan Pemerintah No. 13 Tahun 1994 tentang Perburuan Satwa Buru; Peraturan Pemerintah No. 7 Tahun 1999 tentang Pengawetan Tumbuhan dan Satwa; Peraturan Pemerintah No. 8 Tahun 1999 tentang Pemanfaatan Tumbuhan dan Satwa Liar; Peraturan Pemerintah No. 34

Tahun 2002 tentang Tata Hutan dan Penyusunan Rencana Pengelolaan Hutan, Pemanfaatan Hutan, dan Penggunaan Kawasan; dan Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 2004 tentang Perlindungan Hutan.

Pasal 75 Peraturan Pemerintah No. 34 Tahun 2002 menyebutkan bahwa : (i) Setiap pengangkutan, penguasaan, atau pemilikan hasil hutan wajib dilengkapi bersama-sama dengan dokumen surat keterangan sahnya hasil hutan yang diterbitkan oleh pejabat yang berwenang; (ii) Setiap pengangkutan hasil hutan sebagaimana dimaksud ayat 1 harus sesuai dengan alamat tujuan yang tertulis di dalam dokumen SKSHH atau Surat Angkut Tumbuhan dan Satwa Liar (SATS).

Kehadiran ketentuan perundang-undangan tersebut sejalan dengan cita-cita CITES yang tertuang dalam Artikel XIV tentang *Effect on Domestic Legislation and International Convention*. Terpenuhinya ketentuan perundang-undangan terhadap perlindungan tumbuhan dan satwa liar membuat Indonesia sebagai salah satu negara yang masuk daftar kategori I CITES dalam hal ketentuan perundang-undangan. Adanya ketentuan perundang-undangan tersebut karena CITES tidak menghalangi negara anggota untuk menyusun legislasi nasional yang lebih ketat termasuk juga menyusun legislasi nasional yang melarang, pemilikan atau perdagangan spesies yang tidak termasuk Apendiks CITES.

b. Otoritas Pengelolaan dan Otoritas Keilmuan

Sebagai implementasi CITES maka hukum Indonesia juga menetapkan mekanisme yang telah ditentukan dalam CITES mengenai adanya otoritas pengelola dan otoritas keilmuan. Berdasarkan Surat Keputusan Menteri Kehutanan No. 447/Kpts-II/2003 tentang Tata Usaha Pengambilan Atau Penangkapan Dan Peredaran Tumbuhan Dan Satwa Liar Pasal 1 angka (22) Otoritas Keilmuan (*Scientific Authority*) adalah otorita yang mempunyai kewenangan berdasar peraturan dan perundang-undangan yang berlaku dalam memberikan pendapat ilmiah dalam rangka pemanfaatan jenis tumbuhan dan satwa liar secara berkelanjutan, untuk selanjutnya ditunjuk Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI), sedangkan mengenai otoritas pengelola (*Management*

Authority) menurut Keputusan Menteri Kehutanan No.447/Kpts-II/2003 Pasal 1 angka (23) adalah otorita yang mempunyai kewenangan berdasar peraturan perundang-undangan yang berlaku di dalam mengatur dan mengelola pemanfaatan tumbuhan dan satwa liar secara berkelanjutan, untuk selanjutnya ditunjuk Direktorat Jenderal Perlindungan Hutan dan Konservasi Alam Departemen Kehutanan (Dirjen PHKA). Dasar hukum penunjukkan Dirjen PHKA Departemen Kehutanan sebagai pelaksana otoritas pengelola (*Management Authority*) CITES di Indonesia adalah Keputusan Menteri Kehutanan No.104/Kpts-II/2003.

c. Perizinan

Perdagangan jenis satwa liar hanya dapat dilakukan oleh Badan Usaha yang didirikan menurut hukum Indonesia dan mendapat izin dari Pemerintah (Departemen Kehutanan Cq. Direktorat Jenderal PHKA). Menurut Keputusan Menteri Kehutanan Nomor 447/Kpts-II/2003, untuk izin perdagangan satwa liar, dikenal 3 (tiga) jenis izin, yaitu:

- a. Izin mengambil atau menangkap tumbuhan dan satwa liar diterbitkan Balai Konservasi Sumber Daya Alam (KSDA) berdasarkan kuota wilayah yang ada;
- b. Izin sebagai pengedar Tumbuhan dan Satwa Liar Dalam Negeri diterbitkan oleh Kepala Balai KSDA. Pemegang izin sebagai pengedar dalam negeri yang akan mengambil atau menangkap satwa wajib memiliki izin pengambilan atau penangkapan yang diterbitkan oleh Kepala Balai KSDA, serta wajib memiliki tempat dan fasilitas penampungan tumbuhan dan satwa liar yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh Direktur Jenderal. Pengangkutan di dalam negeri spesimen satwa liar wajib dilengkapi dengan Surat Angkut Tumbuhan dan Satwa Liar Dalam Negeri (SATS-DN) yang diterbitkan oleh Kepala Balai KSDA.
- c. Izin sebagai pengedar tumbuhan dan satwa liar ke luar negeri diterbitkan oleh Direktur Jenderal perlindungan Hutan dan Konservasi Alam (khusus untuk pemanfaatan sarang burung walet diterbitkan oleh Walikota/Bupati). Pemegang izin sebagai pengedar

ke luar negeri dapat mengangkut/mengirim spesimen satwa ke luar negeri sesuai ketentuan yang berlaku. Untuk menunjukkan legalitas peredaran satwa liar untuk tujuan perdagangan ke luar negeri, kepada setiap pedagang diwajibkan meliputi peredaran tumbuhan dan satwa liar Surat Angkut Tumbuhan dan Satwa Liar Luar Negeri (SATS-LN). Terhadap spesimen yang tercantum dalam Apendiks CITES, peredarannya ke luar negeri (ekspor) harus mencantumkan *CITES export permit*. Apabila dari luar negeri (impor) wajib diliputi dengan dokumen *CITES import permit*, dan pengiriman lagi ke luar negeri (re-ekspor)/ (*CITES re-export permit*). Dokumen tersebut memuat informasi mengenai jenis dan jumlah satwa liar yang diangkut, nama dan alamat pengirim dan penerima, serta asal dan tujuan pengiriman.

d. Perdagangan Ke Luar Negeri

Perdagangan ke luar negeri tumbuhan dan satwa liar dapat dilakukan oleh Badan Usaha yang telah memiliki izin sebagai pengedar ke luar negeri serta memiliki SATS-LN, baik *CITES permit* atau *Non CITES permit* yang diterbitkan oleh Direktorat Jenderal Perlindungan Hutan dan Konservasi Alam (PHKA). Sampai saat ini tercatat di Direktorat Jenderal PHKA sebanyak 293 (148 dari alam dan 145 hasil penangkaran) pemegang izin usaha pengedar tumbuhan dan satwa liar ke luar negeri. (Sumber: Situs Pusat Penyelamatan Satwa Gadag www.ppsgadog.org, di akses Februari 2014)

Mengenai rincian tersebut, diketahui bahwa lebih banyak jumlah pengedar jenis satwa dan tumbuhan ke luar negeri, yang langsung dari alam dengan jumlah 148 pengedar, dibanding dengan hasil pengedar yang berdasarkan penangkaran dengan selisih yang sedikit, yaitu 145 pengedar. Pengusaha pemegang izin pemegang ke luar negeri tersebut menjadi anggota Himpunan Asosiasi Pemanfaat Flora Fauna Indonesia (HAPFFI) dan masing-masing perusahaan telah bergabung ke dalam 9 (sembilan) asosiasi pemanfaat fauna flora yang terdiri dari Asosiasi Koral Kerang dan Ikan Hias Indonesia (AKKII), Asosiasi Penangkar dan Pemanfaat Burung Seluruh Indonesia (APPBSI), Indonesia Reptile and Amphibi Trade Association (IRATA), Asosiasi Pengusaha Penangkar

Buaya Indonesia (APPBI), Asosiasi Penangkar dan Pemanfaat Hewan Percobaan Indonesia (APPERI), Kompartemen Flora (Pakis), Asosiasi Penangkar dan Pemanfaat Reptil / Amfibi Seluruh Indonesia (APPRASI), Asosiasi Pengusaha Eksportir Gaharu Indonesia (ASGARIN), dan Asosiasi Pengusaha Ikan Arwana Indonesia (ASPIARI).

Berdasarkan data dari Situs Pusat Penyelamatan Satwa Gadog tersebut, dari 293 jumlah pengedar ke luar negeri telah di bentuk 9 Asosiasi yang menaungi pengedar-pengedar tersebut (1 asosiasi yang tidak aktif, yaitu Asosiasi Pengusaha Ikan Arwana Indonesia atau ASPIARI)

e. Pengendalian dan Pengawasan Perdagangan Satwa Liar

Pengendalian dan pengawasan perdagangan satwa liar dilakukan mulai dari tingkat kegiatan pengambilan atau penangkapan spesimen tumbuhan dan satwa liar, pengawasan peredaran dalam negeri, dan pengawasan peredaran ke dan dari luar negeri yang dilakukan oleh Balai Konservasi Sumber Daya Alam (BKSDA).

Pengendalian dan pengawasan penangkapan satwa liar di alam dilakukan dengan tujuan agar pemanfaatan sesuai dengan izin yang diberikan (tidak melebihi kuota tangkap), penangkapan spesimen tumbuhan dan satwa liar dilakukan dengan tidak merusak habitat atau populasi di alam, dan untuk spesimen yang dimanfaatkan dalam keadaan hidup tidak menimbulkan banyak kematian yang disebabkan oleh cara pengambilan atau penangkapan yang tidak benar. Pengendalian perdagangan satwa liar di dalam negeri, dilakukan dengan cara pengendalian dalam penertiban Surat Angkut Tumbuhan dan Satwa Liar Dalam Negeri (SATS-DN), pemeriksaan stok satwa yang ada pada pengedar ataupun penangkar satwa, dan pemeriksaan stok yang akan dimohonkan Surat Angkut Tumbuhan dan Satwa Liar Luar Negeri (SATS-LN) atau yang akan diekspor. Pada waktu penerbitan SATS-DN yang dikendalikan antara lain memeriksa kesesuaian jenis dan jumlah antara dokumen yang diterbitkan dengan spesimen yang akan di angkut. Pemeriksaan stok satwa antara lain mengendalikan ada tidaknya mutasi satwa dari pengedar atau penangkar yang ada di wilayahnya. Sedangkan pemeriksaan spesimen yang akan diekspor

dilakukan dalam mengendalikan kesesuaian jenis dan jumlah spesimen yang akan diekspor dengan dokumen ekspor yang ada. Pengendalian dan pengawasan yang dilakukan Direktorat Jenderal Perlindungan Hutan dan Konservasi Alam (Dirjen PHKA) antara lain adalah mengendalikan SATS-DN yang telah diterbitkan oleh Kepala Balai KSDA serta mengendalikan permohonan ekspor spesimen agar tidak melebihi kuota nasional yang ada. Mengenai pelaksanaan pengendalian dan pengawasan peredaran satwa di dalam negeri Balai KSDA telah bekerjasama dengan Balai/Kantor Karantina, juga dilakukan dengan Kantor Pelayanan Bea dan Cukai, Kepolisian, Departemen Perdagangan (d/h Deperindag). Pada perdagangan satwa liar ke luar negeri ini petugas Balai atau bea cukai atau karantina memeriksa dan memverifikasi kesesuaian antara spesimen dan data dalam SATS-LN atau dalam hal impor dengan izin CITES negara pengekspor, hal ini sesuai dengan ketentuan dalam Surat Keputusan Menteri Kehutanan No. 447/Kpts-II/2003 Pasal 63 ayat (1) dan ayat (2).

III. PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Untuk melaksanakan CITES dengan efektif maka sistem perundang-undangan nasional harus mengacu pada ketentuan CITES. Ada 4 hal pokok yang harus dicakup dalam legislasi nasional terkait dengan implementasi CITES yaitu:
 - a. Menunjuk data atau lebih management dan Scientific Authority
 - b. Melarang perdagangan specimen yang melanggar ketentuan konvensi
 - c. Menegakkan hukum dengan memberikan sanksi hukum terhadap pelanggaran
 - d. Melakukan penyitaan terhadap specimen-spesimen appendix CITES yang diperdagangkan atau dimiliki secara illegal

2. Pengaturan perdagangan satwa liar dalam CITES dibagi menjadi 3 bagian, yaitu:
 - a. Appendiks I : Tentang pengaturan satwa yang sangat langka
 - b. Appendiks II : Tentang pengaturan satwa yang pada saat ini belum langka apabila perdagangannya tidak dikendalikan.
 - c. Appendiks III : Tentang pengaturan satwa yang oleh negara tertentu dimintakan untuk dikontrol melalui CITES karena kondisi populasi di negara tersebut terancam punah.

B. Saran

1. Harus ada kerjasama internasional dalam rangka mengawasi perdagangan satwa liar karena eksploitasi satwa liar ini sangat dipengaruhi oleh permintaan pasar dunia
2. Adanya system monitoring yaitu data perdagangan sari seluruh Negara anggota dan dilaporkan kepada secretariat secara tahunan. Laporan tahunan dari seluruh Negara anggota memberikan informasi statistika volume perdagangan satwa liar.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Hamzah, Andi. 2005. *Penegakan Hukum Lingkungan*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Iskandar, Johan. 2000. *Konservasi Keanekaragaman Hayati*. Jakarta: Ragam Warta Kehati.
- Kamus Besar Bahasa Indonesia*. 1997. Jakarta: Balai Pustaka
- Pamulardi, Bambang. 1999. *Hukum Kehutanan dan Pembangunan Bidang Kehutanan*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.

Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, “Petunjuk Penulisan Usulan Penelitian dan Tesis”, Edisi Mei 2003, Yogyakarta

Silalahi, M. Daud. 2001. *Hukum Lingkungan (Dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia)*. Bandung: Alumni.

Subagyo, Joko. 2002. *Hukum Lingkungan (Masalah dan Penanggulangannya)*, Jakarta: Rineka Cipta.

The Oxford English Dictionary (Second Edition, Volume III), 1995. Oxford : Clarendon Press

Usman, Rachmadi. 2003. *Pembaharuan Hukum Lingkungan Nasional*. Bandung: Citra Aditya Bakti.

B. Peraturan Perundang-undangan

UU No. 5 Tahun 1990 tentang Konservasi Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya

PP No. 7 Tahun 1999 tentang Pengawetan Jenis Tumbuhan dan Satwa.

C. Artikel dan Sumber Internet Lainnya

Media Indonesia, diakses 26 Februari 2014, pada pukul 10.00 WIB.

www.dephut.go.id, diakses 28 Desember 2013, pada pukul 12.45 WIB.

http://www.walhi.or.id/kampanye/hutan/hut_punah/, diakses 10 Februari 2014, pada pukul 10.00 WIB.

www.cepf.net/xp/cepf/static/pdfs/Final.Sumatera.EP.pdf, diakses 20 Februari 2014, pada pukul 11.30 WIB.

KAJIAN TERHADAP PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN YANG BERKAITAN DENGAN HUKUM PERDATA INTERNASIONAL INDONESIA

Abdul Muthalib Tahar, S.H., M.Hum
Widya Krulinasari, S.H., M.H

A. Pendahuluan

Pada era globalisasi sekarang ini hubungan internasional dilaksanakan tidak hanya antara Negara dengan Negara, antara Negara dengan organisasi internasional, atau antara organisasi internasional dengan organisasi internasional, antara organisasi internasional dengan suatu entitas, akan tetapi hubungan internasional dilakukan oleh individu dari satu Negara dengan individu Negara lain, antara individu dengan suatu perusahaan (badan hukum) asing, antara suatu perusahaan dengan perusahaan asing di luar negeri, dan juga hubungan yang dilakukan oleh lembaga-lembaga swadaya masyarakat (LSM) dari satu Negara dengan LSM negara lain.¹

Hubungan internasional yang dilakukan oleh subyek-subyek hukum ini diatur oleh hukum yang berbeda. Apabila hubungan internasional yang dilakukan antara Negara dengan Negara, antara Negara dengan organisasi internasional, atau antara organisasi internasional dengan organisasi internasional, antara organisasi

¹ Bandingkan UU No. 37 Tahun 1999, tentang Hubungan Luar Negeri, Hubungan Luar Negeri adalah setiap kegiatan yang menyangkut aspek regional dan internasional yang dilakukan oleh Pemerintah di tingkat pusat dan daerah, atau lembaga-lembaganya, lembaga negara, badan usaha, organisasi politik, organisasi masyarakat, lembaga swadaya masyarakat, atau warga negara Indonesia (Pasal 1 angka 1).

internasional dengan suatu entitas, maka hubungan ini diatur oleh hukum internasional; Sedangkan hubungan antara individu dari satu Negara dengan individu Negara lain (misalnya mengadakan hubungan perkawinan), antara individu dengan suatu perusahaan (badan hukum) asing (misalnya mengenai penanaman modal), antara suatu perusahaan dengan perusahaan asing di luar negeri (misalnya perdagangan, penanaman modal) dan juga hubungan antara lembaga-lembaga swadaya masyarakat dari satu Negara dengan Negara lain, maka kegiatan ini diatur oleh hukum perdata internasional.

Sebagaimana diketahui bahwa system hukum positif berbagai Negara di dunia termasuk Negara Indonesia (seperti hukum tata Negara, hukum perdata, hukum perdagangan/bisnis) berbeda-beda antara Negara yang satu dengan Negara lainnya, demikian juga system hukum perdata internasionalnya. Dengan adanya perbedaan system hukum ini, maka dalam hubungan hukum antara individu atau perusahaan (badan hukum) atau negara dari suatu Negara di satu pihak dengan individu atau perusahaan (badan hukum) atau Negara dari suatu Negara di pihak lain, seperti perdagangan barang, perdagangan jasa, perdagangan Hak Atas Kekayaan Intelektual, perdagangan penanaman modal, perkawinan, perceraian dan lain-lain, akan menimbulkan persoalan mengenai hukum Negara manakah yang akan digunakan atau berlaku untuk hubungan hukum tersebut. Persoalan lain yang timbul apabila terjadi sengketa di bidang perdagangan, di bidang perkawinan, adalah peradilan manakah yang berwenang mengadili sengketa perdagangan dan sengketa perkawinan tersebut. Apabila pengadilan berwenang menyelesaikan sengketa tersebut, timbul masalah lain yaitu hukum Negara manakah yang dapat digunakan oleh *lex fori* untuk mengadili persoalan tersebut. Demikian pula masalah kewarganegaraan, terdapat perbedaan system dalam mengatur masalah ini antara Negara yang satu dengan Negara yang lain. Hal-hal inilah yang menjadi persoalan dalam hukum perdata internasional.²

² Abdul Muthalib Tahar, dkk, *Identifikasi Sumber Hukum dan Persoalan-persoalan yang Diatur dalam Hukum Perdata Internasional (Indonesia)*, Laporan Penelitian, Lemlit Unila, 2012, hal. 1.

Hukum perdata internasional Indonesia (HPI Indonesia) merupakan bagian dari system hukum nasional, dan sebagai hukum positif ia memiliki sumber. Indonesia belum memiliki undang-undang yang khusus mengatur tentang Hukum Perdata Internasional, yang ada baru RUU HPI Indonesia. Oleh karena belum memiliki UU HPI, maka sumber HPI Indonesia tersebar di berbagai peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan hasil penelitian sumber HPI Indonesia tersebar di berbagai peraturan perundang-undangan, yaitu :³

- (1) Algemene Bepalingen van wetgeving voor Indonesia, disingkat AB (Peraturan Umum Mengenai Perundang-Undangan untuk Indonesia) Stb. 1847 No. 23; khususnya Pasal 16.
- (2) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek voor Indonesie/BW); Stb. 1847 No. 23.
- (3) Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (Wetboek van Koophandel voor Indonesia; Stb. 1847 No. 23.
- (4) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, LN. 1974 No. 1.
- (5) UU RI. No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa
- (6) UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Pembayaran Hutang.
- (7) UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.
- (8) UU No. 13 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan
- (9) UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.
- (10) UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.
- (11) UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

³ Abdul Muthalib Tahar, dkk, *ibid*, hal. 13.

(12) UU yang berkaitan dengan HAKI.

(13) Lain-lain.

Di samping itu terdapat konvensi-konvensi yang berkaitan dengan hukum perdata internasional, antara lain *Convention the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award (1958)*, yang kemudian dikenal dengan Konvensi New

York tahun 1958, dan Konvensi PBB 1980 tentang Jual Beli Barang Internasional.

Oleh karena sumber HPI Indonesia ini tersebar di berbagai undang-undang, maka akan menimbulkan kesulitan untuk menentukan hukum yang akan dipakai atau digunakan apabila terjadi transaksi atau hubungan hukum diberbagai bidang antara pengusaha, individu, badan hukum (Indonesia) yang berdomisili di Indonesia dengan pengusaha, individu, badan hukum asing. Termasuk hukum yang akan digunakan dalam persoalan-persoalan hukum perdata (internasional) lainnya, seperti pelaksanaan putusan-putusan arbitrase asing di Indonesia berkaitan dengan aset-aset perusahaan patungan yang ada di luar negeri.

Berbagai peraturan yang berkaitan dengan hukum perdata internasional Indonesia yang tersebar di berbagai undang-undang tersebut dan beberapa konvensi yang berkaitan dengan HPI ini perlu perlu dikaji dan dianalisis mengenai substansi yang diaturnya, termasuk mengenai penerapannya di Indonesia.

Menurut pengamatan selama ini belum ada kajian terhadap terhadap peraturan perundang undangan yang berkaitan dengan hukum perdata internasional Indonesia; untuk keperluan pengembangan ilmu pengetahuan bidang hukum perdata internasional maka perlu dilakukan penelitian. Berdasarkan uraian di atas, maka permasalahannya dirumuskan sebagai berikut: Apa saja substansi yang diatur dalam Peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan hukum perdata internasional Indonesia ?

B. Peraturan Perundang-Undangan Yang Berkaitan Dengan Hukum Perdata Internasional Indonesia

1. UU No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan.

Sebelum menguraikan ketentuan dalam Undang-Undang yang berkaitan dengan hukum perdata internasional, penulis akan menjelaskan terlebih dahulu pengertian-pengertian penting,⁴ antara lain:

- (1) Administrasi Kependudukan adalah rangkaian kegiatan penataan dan penertiban dalam penerbitan dokumen dan Data Kependudukan melalui Pendaftaran Penduduk, Pencatatan Sipil, pengelolaan informasi Administrasi Kependudukan serta pendayagunaan hasilnya untuk pelayanan publik dan pembangunan sektor lain.
- (2) Penduduk adalah Warga Negara Indonesia dan Orang Asing yang bertempat tinggal di Indonesia.
- (3) Warga Negara Indonesia adalah orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai Warga Negara Indonesia.
- (4) Orang Asing adalah orang bukan Warga Negara Indonesia.

Menurut UU ini setiap Penduduk mempunyai hak untuk memperoleh :⁵

- (a) Dokumen Kependudukan;
- (b) pelayanan yang sama dalam Pendaftaran Penduduk dan Pencatatan Sipil;
- (c) perlindungan atas Data Pribadi;
- (d) kepastian hukum atas kepemilikan dokumen;
- (e) informasi mengenai data hasil Pendaftaran Penduduk dan Pencatatan Sipil atas dirinya dan/atau keluarganya; dan

⁴ UU No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, Pasal 1

⁵ *Ibid.*, Pasal 2

- (f) ganti rugi dan pemulihan nama baik sebagai akibat kesalahan dalam Pendaftaran Penduduk dan Pencatatan Sipil serta penyalahgunaan Data Pribadi oleh Instansi Pelaksana.

Ditentukan dalam ketentuan UU yang berlaku umum bahwa setiap Penduduk wajib melaporkan Peristiwa Kependudukan dan Peristiwa Penting yang dialaminya kepada Instansi Pelaksana dengan memenuhi persyaratan yang diperlukan dalam Pendaftaran Penduduk dan Pencatatan Sipil.⁶ Sedangkan ketentuan yang ada hubungannya dengan hukum perdata internasional antara lain mengenai Warga Negara Indonesia yang berada di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dalam kaitan ini UU menentukan bahwa mereka wajib melaporkan Peristiwa Kependudukan dan Peristiwa Penting yang dialaminya kepada Instansi Pelaksana Pencatatan Sipil negara setempat dan/atau kepada Perwakilan Republik Indonesia dengan memenuhi persyaratan yang diperlukan dalam Pendaftaran Penduduk dan Pencatatan Sipil.⁷

Adapun yang dimaksud dengan Peristiwa Kependudukan adalah kejadian yang dialami Penduduk yang harus dilaporkan karena membawa akibat terhadap penerbitan atau perubahan Kartu Keluarga, Kartu Tanda Penduduk dan/atau surat keterangan kependudukan lainnya meliputi pindah datang, perubahan alamat, serta status tinggal terbatas menjadi tinggal tetap.⁸ Sedangkan yang dimaksud dengan Peristiwa Penting adalah kejadian yang dialami oleh seseorang meliputi kelahiran, kematian, lahir rnat, perkawinan, perceraian, pengakuan anak, pengesahan anak, pengangkatan anak, perubahan nama dan perubahan status kewarganegaraan.⁹

Ketentuan lain yang berkaitan dengan hukum perdata internasional yaitu pengaturan mengenai Pindah Datang Penduduk dalam Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, khususnya bagi orang-orang asing, yang diatur dalam Bab IV Bagian Kedua tentang

⁶ *Ibid.*, Pasal 3

⁷ *Ibid.*, Pasal 4.

⁸ *Ibid.*, Pasal 1 angka 11.

⁹ *Ibid.*, Pasal 1 angka 17.

Pendaftaran Peristiwa Kependudukan, Paragraf 2 tentang Pindah Datang Penduduk dalam Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pasal 17 UU menentukan bahwa Orang Asing yang memiliki Izin Tinggal Terbatas dan Orang Asing yang memiliki Izin Tinggal Tetap yang pindah dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib melaporkan rencana kepindahannya kepada Instansi Pelaksana di daerah asal.¹⁰ Berdasarkan laporan tersebut Instansi Pelaksana mendaftarkan dan menerbitkan Surat Keterangan Pindah Datang.¹¹ Selanjutnya Orang Asing melaporkan kedatangan kepada Instansi Pelaksana di daerah tujuan paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak diterbitkan Surat Keterangan Pindah Datang.¹² Surat Keterangan Pindah Datang ini digunakan sebagai dasar perubahan atau penerbitan KK, KTP, atau Surat Keterangan Tempat Tinggal bagi Orang Asing yang bersangkutan.¹³ Instansi Pelaksana yang dimaksud adalah perangkat pemerintah kabupaten/kota yang bertanggung jawab dan berwenang melaksanakan pelayanan dalam urusan Administrasi Kependudukan.¹⁴

Ketentuan lain yang berkaitan dengan hukum perdata internasional adalah mengenai Pindah Datang Antarneegara. Mengenai hal ini UU menentukan sebagai berikut :¹⁵

- (1) Penduduk Warga Negara Indonesia yang pindah ke luar negeri wajib melaporkan rencana kepindahannya kepada Instansi Pelaksana.
- (2) Berdasarkan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Instansi Pelaksana mendaftarkan dan menerbitkan Surat Keterangan Pindah ke Luar Negeri.
- (3) Penduduk Warga Negara Indonesia yang telah pindah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan berstatus menetap di luar negeri wajib melaporkan kepada Perwakilan

¹⁰ *Ibid.*, Pasal 17 ayat (1)

¹¹ *Ibid.*, ayat (2)

¹² *Ibid.*, ayat (3)

¹³ *Ibid.*, ayat (4)

¹⁴ *Ibid.*, Pasal 1 angka 7.

¹⁵ *Ibid.*, Pasal 18.

Republik Indonesia paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak kedatangannya.

Adapun yang dimaksud dengan "pindah ke luar negeri" adalah Penduduk yang tinggal menetap di luar negeri atau meninggalkan tanah air untuk jangka waktu 1 (satu) tahun berturut-turut atau lebih dari 1 (satu) tahun. Penduduk tersebut termasuk Tenaga Kerja Indonesia yang akan bekerja ke luar negeri.¹⁶ Selanjutnya penjelasan Ayat (3) menyatakan bahwa Pelaporan pada Kantor Perwakilan Republik Indonesia diperlukan sebagai bahan pendataan WNI di luar negeri.

Selanjutnya ditentukan bahwa Warga Negara Indonesia yang datang dari luar negeri wajib melaporkan kedatangannya kepada Instansi Pelaksana paling lambat 14 (empat belas) hari sejak tanggal kedatangan. Berdasarkan laporan tersebut Instansi Pelaksana mendaftarkan dan menerbitkan Surat Keterangan Datang dari Luar Negeri sebagai dasar penerbitan KK dan KTP.¹⁷ Yang dimaksud dengan "datang dari luar negeri" adalah WNI yang sebelumnya pindah ke luar negeri kemudian datang untuk menetap kembali di Republik Indonesia.¹⁸

Ketentuan lain yang ada kaitannya dengan Pindah Datang Antarnegara adalah ketentuan yang berlaku bagi orang-orang asing yang diatur dalam UU sebagai berikut :

- (a) Pasal 20 yang menentukan sebagai berikut : bahwa Orang Asing yang memiliki Izin Tinggal Terbatas yang datang dari luar negeri dan Orang Asing yang memiliki izin lainnya yang telah berubah status sebagai pemegang Izin Tinggal Terbatas yang berencana bertempat tinggal di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib melaporkan kepada Instansi Pelaksana paling lambat 14 (empat belas) hari sejak diterbitkan Izin Tinggal Terbatas.¹⁹ Berdasarkan laporan tersebut Instansi Pelaksana mendaftarkan dan menerbitkan Surat Keterangan Tempat Tinggal,²⁰ yaitu Surat Keterangan Kependudukan yang diberikan kepada

¹⁶ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 18 Ayat (1)

¹⁷ *Ibid.*, Pasal 19.

¹⁸ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 19 ayat (1).

¹⁹ *Ibid.*, Pasal 20 ayat 1.

²⁰ *Ibid.*, Pasal 20 ayat 2.

Orang Asing yang memiliki Izin Tinggal Terbatas sebagai bukti diri bahwa yang bersangkutan telah terdaftar di pemerintah daerah kabupaten/kota sebagai Penduduk tinggal terbatas.²¹ Masa berlaku Surat Keterangan Tempat Tinggal tersebut disesuaikan dengan masa berlaku Izin Tinggal Terbatas.²² Ditentukan pula bahwa Surat Keterangan Tempat Tinggal tersebut wajib dibawa pada saat berpergian.²³

- (b) Ditentukan bahwa Orang Asing yang memiliki Izin Tinggal Terbatas yang telah berubah status menjadi Orang Asing yang memiliki Izin Tinggal Tetap wajib melaporkan kepada Instansi Pelaksana paling lambat 14 (empat belas) hari sejak diterbitkan Izin Tinggal Tetap. Berdasarkan laporan orang asing yang bersangkutan, Instansi Pelaksana mendaftarkan dan menerbitkan KK dan KTP.²⁴

- (c) Orang Asing yang memiliki Izin Tinggal Terbatas atau Orang Asing yang memiliki

Izin Tinggal Tetap yang akan pindah ke luar negeri wajib melaporkan kepada Instansi Pelaksana paling lambat 14 (empat belas) hari sebelum rencana kepindahannya. Berdasarkan laporan tersebut, Instansi Pelaksana melakukan pendaftaran.²⁵

Ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan tata cara pendaftaran Peristiwa Kependudukan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15, Pasal 16, Pasal 17, Pasal 18, Pasal 19, Pasal 20, Pasal 21, dan Pasal 22 diatur dalam Peraturan Presiden.

Hal lain yang diatur dalam UU Administrasi Kependudukan adalah mengenai Penduduk Pelintas Batas yang diatur dalam Pasal 24. Ditentukan bahwa Penduduk Warga

Negara Indonesia yang tinggal di perbatasan antarnegara yang bermaksud melintas batas negara diberi buku pas lintas batas oleh

²¹ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 20 ayat 2.

²² *Ibid.*, Pasal 20 ayat (3).

²³ *Ibid.*, Pasal 20 ayat (4).

²⁴ *Ibid.*, Pasal 21.

²⁵ *Ibid.*, Pasal 22 ayat (1 dan 2).

instansi yang berwenang sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan. Penduduk yang telah memperoleh buku pas lintas batas wajib didaftar oleh Instansi Pelaksana. Ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan tata cara pendaftaran bagi Penduduk akan diatur dalam Peraturan Pemerintah.

Adapun yang dimaksud dengan "Penduduk Pelintas Batas" adalah Penduduk yang bertempat tinggal secara turun-temurun di wilayah kabupaten/kota yang berbatasan langsung dengan negara tetangga yang melakukan lintas batas antarnegara karena kegiatan ekonomi, sosial dan budaya yang ditetapkan berdasarkan ketentuan Peraturan Perundang-undangan.

Hal lain yang diatur dalam UU Administrasi Kependudukan dan ada kaitannya dengan hukum perdata internasional adalah :

- a. Pencatatan Kelahiran di luar Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Mengenai hal ini diatur dalam Pasal 29 yang menentukan sebagai berikut :
 - (1) Kelahiran Warga Negara Indonesia di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib dicatatkan pada instansi yang berwenang di negara setempat dan dilaporkan kepada Perwakilan Republik Indonesia.
 - (2) Apabila negara setempat tidak menyelenggarakan pencatatan kelahiran bagi orang asing, pencatatan dilakukan pada Perwakilan Republik Indonesia setempat.
 - (3) Perwakilan Republik Indonesia mencatat peristiwa kelahiran dalam Register Akta Kelahiran dan menerbitkan Kutipan Akta Kelahiran.
 - (4) Pencatatan Kelahiran tersebut dilaporkan kepada Instansi Pelaksana paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak Warga Negara Indonesia yang bersangkutan kembali ke Republik Indonesia.

b. Pencatatan Kelahiran di atas Kapal Laut atau Pesawat Terbang.

Mengenai hal ini diatur dalam Pasal 30 sebagai berikut :

- (1) Kelahiran Warga Negara Indonesia di atas kapal laut atau pesawat terbang wajib dilaporkan oleh Penduduk kepada Instansi Pelaksana di tempat tujuan atau tempat singgah berdasarkan keterangan kelahiran dari nahkoda kapal laut atau kapten pesawat terbang. "Tempat singgah" yang dimaksud adalah tempat persinggahan pesawat terbang atau kapal laut dalam perjalanannya mencapai tujuan. Hal ini sesuai dengan asas yang berlaku secara universal, yakni tempat di mana peristiwa kelahiran (persinggahan pertama pesawat terbang/kapal laut), apabila memungkinkan pelaporan dilakukan.²⁶
- (2) Dalam hal tempat tujuan atau tempat singgah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berada di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, kelahiran dilaporkan kepada Instansi Pelaksana setempat untuk dicatat dalam Register Akta Kelahiran dan diterbitkan Kutipan Akta Kelahiran.
- (3) Dalam hal tempat tujuan atau tempat singgah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berada di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, kelahiran dilaporkan kepada negara tempat tujuan atau tempat singgah.
- (4) Apabila negara tempat tujuan atau tempat singgah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tidak menyelenggarakan pencatatan kelahiran bagi orang asing, pencatatan dilakukan pada Perwakilan Republik Indonesia setempat.
- (5) Perwakilan Republik Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (4) mencatat peristiwa kelahiran dalam Register Akta Kelahiran dan menerbitkan Kutipan Akta Kelahiran.

²⁶ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 30 ayat (1).

- (6) Pencatatan Kelahiran sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dan ayat (4) wajib dilaporkan oleh Penduduk kepada Instansi Pelaksana paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak Warga Negara Indonesia yang bersangkutan kembali ke Republik Indonesia.

Selanjutnya ditentukan bahwa ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan rata cara pencatatan kelahiran yang di atur dalam Pasal 27, Pasal 28, Pasal 29, dan Pasal 30 diatur dalam Peraturan Presiden.²⁷

c. Pencatatan Perkawinan di luar Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Mengenai hal ini diatur dalam Pasal 37 sebagai berikut :

- (1) Perkawinan Warga Negara Indonesia di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib dicatatkan pada instansi yang berwenang di negara setempat dan dilaporkan pada Perwakilan Republik Indonesia.
- (2) Apabila negara setempat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menyelenggarakan pencatatan perkawinan bagi Orang Asing, pencatatan dilakukan pada Perwakilan Republik Indonesia setempat.
- (3) Perwakilan Republik Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mencatat peristiwa perkawinan dalam Register Akta Perkawinan dan menerbitkan Kutipan Akta Perkawinan.
- (4) Pencatatan perkawinan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dilaporkan oleh yang bersangkutan kepada Instansi Pelaksana di tempat tinggalnya paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak yang bersangkutan kembali ke Indonesia.

Ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan tata Cara pencatatan perkawinan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 34, Pasal 35, Pasal 36, dan Pasal 37 diatur dalam Peraturan Presiden.²⁸

²⁷ *Ibid.*, Pasal 31.

²⁸ *Ibid.*, Pasal 38.

d. Pencatatan Perceraian di luar Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Mengenai hal ini diatur dalam Pasal 41 yang menentukan sebagai berikut :

- (1) Perceraian Warga Negara Indonesia di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib dicatatkan pada instansi yang berwenang di negara setempat dan dilaporkan pada Perwakilan Republik Indonesia.
- (2) Apabila negara setempat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menyelenggarakan pencatatan perceraian bagi Orang Asing, pencatatan dilakukan pada Perwakilan Republik Indonesia setempat.
- (3) Perwakilan Republik Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mencatat peristiwa perceraian dalam Register Akta Perceraian dan menerbitkan Kutipan Akta Perceraian.
- (4) Pencatatan perceraian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dilaporkan oleh yang bersangkutan kepada Instansi Pelaksana di tempat tinggalnya paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak yang bersangkutan kembali ke Republik Indonesia.

Ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan tata cara pencatatan perceraian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 40 dan Pasal 41 diatur dalam Peraturan Presiden.²⁹

e. Pencatatan Kematian di luar Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Mengenai hal ini diatur dalam Pasal 45 yang menentukan sebagai berikut :

- (1) Kematian Warga Negara Indonesia di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib dilaporkan oleh keluarganya atau yang mewakili keluarganya kepada Perwakilan Republik Indonesia dan wajib dicatatkan kepada instansi yang berwenang di negara setempat paling lambat 7 (tujuh) hari setelah kematian.

²⁹ *Ibid.*, Pasal 42

- (2) Apabila Perwakilan Republik Indonesia mengetahui peristiwa kematian seseorang Warga Negara Indonesia di negara setempat yang tidak dilaporkan dan dicatatkan paling lambat 7 (tujuh) hari sejak diterimanya informasi tersebut, pencatatan kematiannya dilakukan oleh Perwakilan Republik Indonesia.
- (3) Dalam hal seseorang Warga Negara Indonesia dinyatakan hilang, pernyataan kematian karna hilang dan pencatatannya dilakukan oleh Instansi Pelaksana di negara setempat.
- (4) Dalam hal terjadi kematian seseorang Warga Negara Indonesia yang tidak jelas identitasnya, pernyataan dan pencatatan dilakukan oleh Instansi Pelaksana di negara setempat.
- (5) Keterangan pernyataan kematian sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dan ayat (4) dicatatkan pada Perwakilan Republik Indonesia setempat.
- (6) Keterangan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) menjadi dasar Instansi Pelaksana di Indonesia mencatat peristiwa tersebut dan menjadi bukti di pengadilan sebagai dasar penetapan pengadilan mengenai kematian seseorang.

Ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan tata cara pencatatan kematian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 44 dan Pasal 45 diatur dalam Peraturan Presiden.³⁰

f. Pencatatan Pengangkatan Anak Warga Negara Asing di luar Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, mengenai hal ini diatur dalam Pasal 48 sebagai berikut :

- (1) Pengangkatan anak warga negara asing yang dilakukan oleh Warga Negara Indonesia di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib dicatatkan pada instansi yang berwenang di negara setempat.

³⁰ *Ibid.*, Pasal 46.

- (2) Hasil pencatatan pengangkatan anak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaporkan kepada Perwakilan Republik Indonesia.
 - (3) Apabila negara setempat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menyelenggarakan pencatatan Pengangkatan Anak bagi warga negara asing, warganegara yang bersangkutan melaporkan kepada Perwakilan Republik Indonesia setempat untuk mendapatkan surat keterangan pengangkatan anak.
 - (4) Pengangkatan anak warga negara asing sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (3) dilaporkan oleh Penduduk kepada Instansi Pelaksana di tempat tinggalnya paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak yang bersangkutan kembali ke Republik Indonesia.
 - (5) Berdasarkan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (4), Instansi Pelaksana mengukuhkan Surat Keterangan Pengangkatan Anak.
- g. Pencatatan Perubahan Status Kewarganegaraan dan Warga Negara Indonesia Menjadi Warga Negara Asing di luar Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Mengenai hal ini diatur dalam Pasal 54 sebagai berikut :
- (1) Perubahan status kewarganegaraan dari Warga Negara Indonesia menjadi warga negara asing di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang telah mendapatkan persetujuan dari negara setempat wajib dilaporkan oleh Penduduk yang bersangkutan kepada Perwakilan Republik Indonesia.
 - (2) Perwakilan Republik Indonesia setempat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menerbitkan Surat Keterangan Pelepasan Kewarganegaraan Indonesia.
 - (3) Pelepasan kewarganegaraan Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (2)
diberitahukan oleh Perwakilan Republik Indonesia setempat kepada menteri yang berwenang berdasarkan ketentuan

Peraturan Perundangundangan untuk diteruskan kepada Instansi Pelaksana yang menerbitkan akta Pencatatan Sipil yang berbersangkutan.

- (4) Berdasarkan pemberitahuan sebagaimana dimaksud pada ayat (3), Pejabat Pencatatan Sipil membuat catatan pinggir pada register akta Pencatatan Sipil dan kutipan akta Pencatatan Sipil.

Ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan tata cara pencatatan perubahan nama dan status kewarganegaraan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 52, Pasal 53, dan Pasal 54 diatur dalam Peraturan Presiden.³¹

2. UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia

Salah satu hal yang berkaitan dengan status personal adalah masalah kewarganegaraan. Menurut Konvensi Montevideo, 1933 salah satu unsure negara adalah adanya penduduk yang menetap. Adapun untuk menentukan siapa yang menjadi warga negara dan bukan warga negara adalah aturan hukum nasional (konstitusi) negara-negara yang bersangkutan. Misalnya di Indonesia dalam UUD 1945 Pasal 26 menyatakan bahwa yang menjadi warga negara Indonesia adalah orang Indonesia Asli dan orang bangsa asing yang berdasarkan dengan undang-undang ditetapkan menjadi warga negara. Selanjutnya mengenai warga negara ini diatur lebih lanjut di dalam UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan.³²

Di atas dikatakan bahwa yang menentukan tentang siapa-siapa yang menjadi warga Negara adalah Negara yang bersangkutan sesuai dengan konstitusinya. Namun demikian kebebasan suatu negara untuk menentukan siapa menjadi warga negara dibatasi oleh prinsip-prinsip umum hokum internasional mengenai kewarganegaraan, antara lain :

³¹ *Ibid.*, Pasal 55.

³² Khaidir Anwar dan Abdul Muthalib Tahar, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Penerbit *Justice Publisher* (Badan Penerbitan Fakultas Hukum Universitas Lampung, 2014, hal. 30

- (a) orang-orang yang tidak memiliki hubungan apapun dengan suatu negara tidak boleh dimasukkan sebagai warganegara dari negara yang bersangkutan;
- (b) suatu negara tidak boleh menentukan siapa-siapa yang merupakan warga negara dari suatu negara lainnya.

Di atas dikatakan bahwa undang-undang yang mengatur Kewarganegaraan Republik Indonesia adalah UU No. 12 Tahun 2006. Mengenai kewarganegaraan UU ini pada hakikatnya menganut asas-asas sebagai berikut :³³

- (a) Asas *ius sanguinis* (*law of the blood*) adalah asas yang menentukan kewarganegaraan seseorang berdasarkan keturunan, bukan berdasarkan negara tempat kelahiran.
- (b) Asas *ius soli* (*law of the soil*) secara terbatas adalah asas yang menentukan kewarganegaraan seseorang berdasarkan negara tempat kelahiran, yang diberlakukan terbatas bagi anak-anak sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang ini.
- (c) Asas kewarganegaraan tunggal adalah asas yang menentukan satu kewarga-negaraan bagi setiap orang.
- (d) Asas kewarganegaraan ganda terbatas adalah asas yang menentukan kewarganegaraan ganda bagi anak-anak sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang ini.

Undang-Undang ini pada dasarnya tidak mengenal kewarganegaraan ganda (*bipatride*) ataupun tanpa kewarganegaraan (*apatride*).

Adapun pokok materi muatan yang diatur dalam Undang-Undang ini meliputi:

- (a) siapa yang menjadi Warga Negara Indonesia;
- (b) syarat dan tata cara memperoleh Kewarganegaraan Republik Indonesia;
- (c) kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia;

³³ UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, Penjelasan Umum.

- (d) syarat dan tata cara memperoleh kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia;
- (e) ketentuan pidana.

Permohonan pewarganegaraan diajukan di Indonesia oleh pemohon secara tertulis dalam bahasa Indonesia di atas kertas bermeterai cukup kepada Presiden melalui Menteri.³⁴ Berkas permohonan pewarganegaraan tersebut disampaikan kepada Pejabat,³⁵ yang selanjutnya Menteri meneruskan permohonan tersebut disertai dengan pertimbangan kepada Presiden dalam waktu paling lambat 3 (tiga) bulan terhitung sejak tanggal permohonan diterima.³⁶

Permohonan pewarganegaraan diajukan di Indonesia oleh pemohon secara tertulis dalam bahasa Indonesia di atas kertas bermeterai cukup kepada Presiden melalui Menteri,³⁷ yaitu menteri yang lingkup tugas dan tanggung jawabnya di bidang Kewarganegaraan Republik Indonesia.³⁸ Berkas permohonan pewarganegaraan tersebut kemudian disampaikan kepada Pejabat,³⁹ yaitu orang yang menduduki jabatan tertentu yang ditunjuk oleh Menteri untuk menangani masalah Kewarganegaraan Republik Indonesia.⁴⁰ Selanjutnya Menteri meneruskan permohonan tersebut disertai dengan pertimbangan kepada Presiden dalam waktu paling lambat 3 (tiga) bulan terhitung sejak tanggal permohonan diterima.⁴¹ Permohonan pewarganegaraan dikenai yang besarnya diatur dengan Peraturan Pemerintah.⁴²

Dalam kaitannya dengan permohonan pewarganegaraan, Presiden dapat mengabulkan atau menolak permohonan tersebut. Apabila permohonan pewarganegaraan dikabulkan maka akan ditetapkan dengan Keputusan Presiden. Keputusan Presiden ditetapkan paling lambat 3 (tiga) bulan terhitung sejak permohonan diterima oleh

³⁴ *Ibid.*, Pasal 10 ayat (1).

³⁵ *Ibid.*, Pasal 10 ayat (2).

³⁶ *Ibid.*, Pasal 11.

³⁷ *Ibid.*, Pasal 10 ayat (1)

³⁸ *Ibid.*, Pasal 1 angka 4.

³⁹ *Ibid.*, Pasal 10 ayat (2)

⁴⁰ *Ibid.*, Pasal 1 angka 5.

⁴¹ *Ibid.*, Pasal 11.

⁴² *Ibid.*, Pasal 12.

Menteri dan diberitahukan kepada pemohon paling lambat 14 (empat belas) hari terhitung sejak Keputusan Presiden ditetapkan.⁴³ Dalam hal Presiden menolak permohonan pewarganegaraan, penolakan tersebut harus disertai alasan dan diberitahukan oleh Menteri kepada yang bersangkutan paling lambat 3 (tiga) bulan terhitung sejak tanggal permohonan diterima oleh Menteri.⁴⁴

Selanjutnya ditentukan bahwa paling lambat 3 (tiga) bulan terhitung sejak Keputusan Presiden dikirim kepada pemohon, Pejabat memanggil pemohon untuk mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia.⁴⁵ Apabila setelah dipanggil secara tertulis oleh Pejabat untuk mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia pada waktu yang telah ditentukan ternyata pemohon tidak hadir tanpa alasan yang sah, Keputusan Presiden tersebut batal demi hukum.⁴⁶ Sedangkan dalam hal pemohon tidak dapat mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia pada waktu yang telah ditentukan sebagai akibat kelalaian Pejabat, pemohon dapat mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia di hadapan Pejabat lain yang ditunjuk Menteri.⁴⁷ Keputusan Presiden tentang pengabulan permohonan pewarganegaraan berlaku efektif terhitung sejak tanggal pemohon mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia.⁴⁸ Pengucapan Janji dilakukan di hadapan Pejabat.⁴⁹ Setelah mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia, pemohon wajib menyerahkan dokumen atau surat-surat keimigrasian (misalnya paspor biasa, visa, izin masuk, izin tinggal, dan perizinan tertulis lainnya yang dikeluarkan oleh pejabat imigrasi) atas namanya kepada kantor imigrasi dalam waktu paling lambat 14 (empat belas) hari kerja terhitung sejak tanggal pengucapan sumpah atau pernyataan janji setia.⁵⁰

⁴³ *Ibid.*, lihat Pasal 13 ayat (1-3).

⁴⁴ *Ibid.*, Pasal 13 ayat (4)

⁴⁵ *Ibid.*, Pasal 14 ayat (2)

⁴⁶ *Ibid.*, Pasal 14 ayat (3)

⁴⁷ *Ibid.*, Pasal 14 ayat (4)

⁴⁸ *Ibid.*, Pasal 14 ayat (1)

⁴⁹ *Ibid.*, Pasal 15 ayat (1)

⁵⁰ *Ibid.*, Pasal 17

Salinan Keputusan Presiden tentang pewarganegaraan dan berita acara pengucapan sumpah atau pernyataan janji setia dari Pejabat menjadi bukti sah Kewarganegaraan Republik Indonesia seseorang yang memperoleh kewarganegaraan. Selanjutnya Menteri mengumumkan nama orang yang telah memperoleh kewarganegaraan tersebut dalam Berita Negara Republik Indonesia.⁵¹

Di samping memperoleh kewarganegaraan melalui pewarganegaraan (naturalisasi) sebagaimana diuraikan diatas, warga Negara asing yang kawin secara sah dengan Warga Negara Indonesia dapat memperoleh Kewarganegaraan Republik Indonesia dengan menyampaikan pernyataan menjadi warga negara di hadapan Pejabat,⁵² dengan syarat warga Negara asing ini sudah bertempat tinggal di wilayah negara Republik Indonesia paling singkat 5 (lima) tahun berturut-turut atau paling singkat 10 (sepuluh) tahun tidak berturut-turut, kecuali dengan perolehan kewarganegaraan tersebut mengakibatkan berkewarganegaraan ganda.⁵³ Mengenai tata caranya diatur dengan Peraturan Menteri.⁵⁴

Dalam hal yang bersangkutan tidak memperoleh Kewarganegaraan Republik Indonesia yang diakibatkan oleh kewarganegaraan ganda, maka yang bersangkutan dapat diberi izin tinggal tetap sesuai dengan peraturan perundang-undangan.⁵⁵

Selanjutnya ditentukan bahwa orang asing yang telah berjasa kepada negara Republik Indonesia atau dengan alasan kepentingan negara dapat diberi Kewarganegaraan Republik Indonesia oleh Presiden setelah memperoleh pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, kecuali dengan pemberian kewarganegaraan tersebut mengakibatkan yang bersangkutan berkewarganegaraan ganda.⁵⁶ Adapun yang dimaksud dengan “orang asing yang telah berjasa kepada negara Republik Indonesia” adalah orang asing yang karena prestasinya

⁵¹ *Ibid.*, Pasal 18 ayat (1 dan 2).

⁵² *Ibid.*, Pasal 19 ayat (1)

⁵³ *Ibid.*, Pasal 19 ayat (2)

⁵⁴ *Ibid.*, Pasal 19 ayat (4)

⁵⁵ *Ibid.*, Pasal 19 ayat (3)

⁵⁶ *Ibid.*, Pasal 20

yang luar biasa di bidang kemanusiaan, ilmu pengetahuan dan teknologi, kebudayaan, lingkungan hidup, serta keolahragaan telah memberikan kemajuan dan keharuman nama bangsa Indonesia. Sedangkan yang dimaksud dengan “orang asing yang diberi kewarganegaraan karena alasan kepentingan negara” adalah orang asing yang dinilai oleh negara telah dan dapat memberikan sumbangan yang luar biasa untuk kepentingan memantapkan kedaulatan negara dan untuk meningkatkan kemajuan, khususnya di bidang perekonomian Indonesia.⁵⁷

Ketentuan lain yang mengatur warga Negara asing memperoleh kewarganegaraan Indonesia adalah Pasal 21, yang menentukan bahwa anak warga negara asing yang belum berusia 5 (lima) tahun yang diangkat secara sah menurut penetapan pengadilan sebagai anak oleh Warga Negara Indonesia memperoleh Kewarganegaraan Republik Indonesia.⁵⁸ “Pengadilan” dimaksud adalah pengadilan negeri di tempat tinggal pemohon bagi pemohon yang bertempat tinggal di wilayah negara Republik Indonesia. Bagi pemohon yang bertempat tinggal di luar wilayah negara Republik Indonesia, yang dimaksud dengan “pengadilan” adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.⁵⁹ Dalam hal penetapan pengadilan tersebut berakibat anak memperoleh kewarganegaraan ganda, maka anak tersebut (setelah berusia 18 tahun atau setelah menikah) harus menyatakan memilih salah satu kewarganegaraannya.⁶⁰

Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara mengajukan dan memperoleh Kewarganegaraan Republik Indonesia diatur dalam Peraturan Pemerintah.⁶¹

c. Kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia.

Mengenai Kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia diatur dalam Bab IV UU Kewarganegaraan RI. Adapun hal-hal yang

⁵⁷ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 20

⁵⁸ *Ibid.*, Pasal 21 ayat (1)

⁵⁹ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 21 ayat (2).

⁶⁰ *Ibid.*, Pasal 21 ayat (2)

⁶¹ *Ibid.*, Pasal 22

menyebabkan Warga Negara Indonesia kehilangan kewarganegaraannya apabila :⁶²

- (a) memperoleh kewarganegaraan lain atas kemauannya sendiri;
- (b) tidak menolak atau tidak melepaskan kewarganegaraan lain, sedangkan orang yang bersangkutan mendapat kesempatan untuk itu;
- (c) dinyatakan hilang kewarganegaraannya oleh Presiden atas permohonannya sendiri, yang bersangkutan sudah berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin, bertempat tinggal di luar negeri, dan dengan dinyatakan hilang Kewarganegaraan Republik Indonesia tidak menjadi tanpa kewarganegaraan;
- (d) masuk dalam dinas tentara asing tanpa izin terlebih dahulu dari Presiden. Ketentuan ini tidak berlaku bagi mereka yang mengikuti program pendidikan di negara lain yang mengharuskan mengikuti wajib militer.⁶³
- (e) secara sukarela masuk dalam dinas negara asing, yang jabatan dalam dinas semacam itu di Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan hanya dapat dijabat oleh Warga Negara Indonesia; yaitu antara lain (pegawai negeri, pejabat negara, dan intelijen. Apabila Warga Negara Indonesia menjabat dalam dinas sejenis itu di negara asing, yang bersangkutan kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia. Dengan demikian, tidak semua jabatan dalam dinas negara asing mengakibatkan kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia).⁶⁴
- (f) secara sukarela mengangkat sumpah atau menyatakan janji setia kepada negara asing atau bagian dari negara asing tersebut; Yang dimaksud dengan “bagian dari negara asing” adalah wilayah yang menjadi yurisdiksi negara asing yang bersangkutan.

⁶² *Ibid.*, Pasal 23

⁶³ *Ibid.*, Pasal 24

⁶⁴ *Ibid* Penjelasan Pasal 23 huruf e

- (g) tidak diwajibkan tetapi turut serta dalam pemilihan sesuatu yang bersifat ketatanegaraan untuk suatu negara asing;
- (h) mempunyai paspor atau surat yang bersifat paspor dari negara asing atau surat yang dapat diartikan sebagai tanda kewarganegaraan yang masih berlaku dari negara lain atas namanya; atau
- (i) bertempat tinggal di luar wilayah negara Republik Indonesia selama 5 (lima) tahun terus-menerus bukan dalam rangka dinas negara, tanpa alasan yang sah dan dengan sengaja tidak menyatakan keinginannya untuk tetap menjadi Warga Negara Indonesia sebelum jangka waktu 5 (lima) tahun itu berakhir, dan setiap 5 (lima) tahun berikutnya yang bersangkutan tidak mengajukan pernyataan ingin tetap menjadi Warga Negara Indonesia kepada Perwakilan Republik Indonesia yang wilayah kerjanya meliputi tempat tinggal yang bersangkutan padahal Perwakilan Republik Indonesia tersebut telah memberitahukan secara tertulis kepada yang bersangkutan, sepanjang yang bersangkutan tidak menjadi tanpa kewarganegaraan.

Ketentuan lain yang berkaitan dengan hal-hal yang menyebabkan hilangnya kewarganegaraan Indonesia bagi bapak atau ibu dan akibatnya diatur dalam pasal 25 sebagai berikut :⁶⁵

- (1) Kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia bagi seorang ayah tidak dengan sendirinya berlaku terhadap anaknya yang mempunyai hubungan hukum dengan ayahnya sampai dengan anak tersebut berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin;
- (2) Kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia bagi seorang ibu tidak dengan sendirinya berlaku terhadap anaknya yang tidak mempunyai hubungan hukum dengan ayahnya sampai dengan anak tersebut berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin;

⁶⁵ *Ibid.*, Pasal 25.

- (3) Kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia karena memperoleh kewarganegaraan lain bagi seorang ibu yang putus perkawinannya, tidak dengan sendirinya berlaku terhadap anaknya sampai dengan anak tersebut berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin.
- (4) Dalam hal status Kewarganegaraan Republik Indonesia terhadap anak sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) berakibat anak berkewarganegaraan ganda, setelah berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin anak tersebut harus menyatakan memilih salah satu kewarganegaraannya.

Hilangnya kewarganegaraan RI bagi laki-laki atau perempuan warga Negara Indonesia sebagai akibat perkawinan dengan perempuan atau laki-laki warga Negara asing diatur sebagai berikut :⁶⁶

- (1) Perempuan Warga Negara Indonesia yang kawin dengan laki-laki warga negara asing kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia jika menurut hukum negara asal suaminya, kewarganegaraan istri mengikuti kewarganegaraan suami sebagai akibat perkawinan tersebut.
- (2) Laki-laki Warga Negara Indonesia yang kawin dengan perempuan warga negara asing kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia jika menurut hukum negara asal istrinya, kewarganegaraan suami mengikuti kewarganegaraan istri sebagai akibat perkawinan tersebut.
- (3) Perempuan/laki-laki WNI tersebut jika ingin tetap menjadi Warga Negara Indonesia dapat mengajukan surat pernyataan mengenai keinginannya kepada Pejabat atau Perwakilan Republik Indonesia yang wilayahnya meliputi tempat tinggal perempuan atau laki-laki tersebut, kecuali pengajuan tersebut mengakibatkan kewarganegaraan ganda.

⁶⁶ *Ibid.*, Pasal 26

- (4) Surat pernyataan dapat diajukan oleh perempuan atau laki-laki WNI setelah 3 (tiga) tahun sejak tanggal perkawinannya berlangsung.
- (5) Kehilangan kewarganegaraan bagi suami atau istri yang terikat perkawinan yang sah tidak menyebabkan hilangnya status kewarganegaraan dari istri atau suami.⁶⁷

Selanjutnya ditentukan bahwa setiap orang yang memperoleh Kewarganegaraan Republik Indonesia berdasarkan keterangan yang kemudian hari dinyatakan palsu atau dipalsukan, tidak benar, atau terjadi kekeliruan mengenai orangnya, oleh instansi yang berwenang dinyatakan batal kewarganegaraannya.⁶⁸ Adapun yang dimaksud instansi yang berwenang yaitu instansi yang mempunyai kewenangan untuk menyatakan bahwa dokumen atau surat-surat tersebut palsu atau dipalsukan, misalnya akta kelahiran dinyatakan palsu oleh kantor catatan sipil.⁶⁹ Nama-nama orang yang dinyatakan kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia akan diumumkan oleh Menteri dalam Berita Negara Republik Indonesia.⁷⁰ Dan ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan tata cara kehilangan dan pembatalan kewarganegaraan diatur dalam Peraturan Pemerintah.⁷¹

d. Syarat dan Tata Cara Memperoleh Kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia.

Mengenai Syarat dan Tata Cara Memperoleh Kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia diatur dalam Bab V UU Kewarganegaraan RI, Pasal 31 sampai dengan Pasal 35 sebagai berikut :

- (1) Seseorang yang kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia dapat memperoleh kembali kewarganegaraannya melalui prosedur pewarganegaraan sebagaimana diatur dalam Pasal 9 sampai dengan Pasal 18 dan Pasal 22.⁷²

⁶⁷ *Ibid.*, Pasal 27.

⁶⁸ *Ibid.*, Pasal 28

⁶⁹ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 28.

⁷⁰ *Ibid.*, Pasal 29.

⁷¹ *Ibid.*, Pasal 30

⁷² *Ibid.*, Pasal 31

- (2) Warga Negara Indonesia yang kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia sebagaimana ditentukan dalam Pasal 23 huruf i; dan Pasal 26 ayat (1) dan ayat (2) dapat memperoleh kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia dengan mengajukan permohonan tertulis kepada Menteri tanpa melalui prosedur sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 sampai dengan Pasal 17.⁷³ Ketentuan ini dimaksudkan untuk memberikan kemudahan kepada anak dan istri atau anak dan suami yang kehilangan Kewarganegaraan Republik Indonesia dalam memperoleh kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia tanpa melalui proses pewarganegaraan (naturalisasi) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 sampai dengan Pasal 17.⁷⁴
- (3) Dalam hal pemohon bertempat tinggal di luar wilayah negara Republik Indonesia, permohonan disampaikan melalui Perwakilan Republik Indonesia yang wilayah kerjanya meliputi tempat tinggal pemohon.⁷⁵
- (4) Permohonan untuk memperoleh kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia dapat diajukan oleh perempuan atau laki-laki yang kehilangan kewarganegaraannya akibat ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 26 ayat (1) dan ayat (2) sejak putusannya perkawinan.⁷⁶
- (5) Kepala Perwakilan Republik Indonesia selanjutnya meneruskan permohonan tersebut kepada Menteri dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari setelah menerima permohonan.⁷⁷
- (6) Persetujuan atau penolakan permohonan memperoleh kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia diberikan paling lambat 3 (tiga) bulan oleh Menteri atau Pejabat terhitung sejak tanggal diterimanya permohonan.⁷⁸

⁷³ *Ibid.*, Pasal 32 ayat (1)

⁷⁴ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 32 ayat (1)

⁷⁵ *Ibid.*, Pasal 32 ayat (2)

⁷⁶ *Ibid.*, Pasal 32 ayat (3)

⁷⁷ *Ibid.*, Pasal 32 ayat (4)

⁷⁸ *Ibid.*, Pasal 33

- (7) Menteri mengumumkan nama orang yang memperoleh kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia dalam Berita Negara Republik Indonesia.⁷⁹
- (8) Ketentuan lebih lanjut mengenai persyaratan dan tata cara memperoleh kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia diatur dalam Peraturan Pemerintah.⁸⁰

3. UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik Dalam Kaitannya dengan Konvensi PBB Tentang Jual Beli Barang Secara Internasional

Bahwa globalisasi informasi telah menempatkan Indonesia sebagai bagian dari masyarakat informasi dunia sehingga mengharuskan dibentuknya pengaturan mengenai pengelolaan Informasi dan Transaksi Elektronik di tingkat nasional sehingga pembangunan Teknologi Informasi dapat dilakukan secara optimal, merata, dan menyebar ke seluruh lapisan masyarakat guna mencerdaskan kehidupan bangsa. Perkembangan dan kemajuan Teknologi Informasi yang demikian pesat telah menyebabkan perubahan kegiatan kehidupan manusia dalam berbagai bidang yang secara langsung telah memengaruhi lahirnya bentuk-bentuk perbuatan hukum baru. Berkaitan dengan hal tersebut maka penggunaan dan pemanfaatan Teknologi Informasi harus terus dikembangkan untuk menjaga, memelihara, dan memperkuat persatuan dan kesatuan nasional berdasarkan Peraturan Perundang-undangan demi kepentingan nasional. Di samping itu pemanfaatan Teknologi Informasi berperan penting dalam perdagangan dan pertumbuhan perekonomian nasional untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Berdasarkan pada pertimbangan tersebut maka Pemerintah Indonesia mengundang UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Sebelum menguraikan lebih lanjut tentang ketentuan UU ITE yang berkaitan dengan hukum perdata internasional, peneliti akan menguraikan beberapa pengertian antara lain :

⁷⁹ *Ibid.*, Pasal 34

⁸⁰ *Ibid.*, Pasal 35

- a. Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, *electronic data interchange (EDI)*, surat elektronik (*electronic mail*), telegram, teleks, *teletype* atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.⁸¹
- b. Transaksi Elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan Komputer, jaringan Komputer, dan/atau media elektronik lainnya.⁸²
- c. Teknologi Informasi adalah suatu teknik untuk mengumpulkan, menyiapkan, menyimpan, memproses, mengumumkan, menganalisis, dan/atau menyebarkan informasi.⁸³
- d. Dokumen Elektronik adalah setiap Informasi Elektronik yang dibuat, diteruskan, dikirimkan, diterima, atau disimpan dalam bentuk analog, digital, elektromagnetik, optikal, atau sejenisnya, yang dapat dilihat, ditampilkan, dan/atau didengar melalui Komputer atau Sistem Elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol atau perforasi yang memiliki makna atau arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.⁸⁴

Di dalam UU ITE khusus mengenai Transaksi Elektronik diatur dalam Bab V, Pasal 17 sampai Pasal 20. Adapun ketentuannya sebagai berikut :

Pasal 17 menentukan sebagai berikut :

- (1) Penyelenggaraan Transaksi Elektronik dapat dilakukan dalam lingkup publik ataupun privat.

⁸¹ UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, Pasal 1 angka 1.

⁸² *Ibid.*, Pasal 1 angka 2

⁸³ *Ibid.*, Pasal 1 angka 3

⁸⁴ *Ibid.*, Pasal 1 angka 4

Penjelasan ayat 1 menyatakan : Undang-Undang ini memberikan peluang terhadap pemanfaatan Teknologi Informasi oleh penyelenggara negara, Orang, Badan Usaha, dan/atau masyarakat. Pemanfaatan Teknologi Informasi harus dilakukan secara baik, bijaksana, bertanggung jawab, efektif, dan efisien agar dapat diperoleh manfaat yang sebesar-besarnya bagi masyarakat.

- (2) Para pihak yang melakukan Transaksi Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib beritikad baik dalam melakukan interaksi dan/atau pertukaran Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik selama transaksi berlangsung.
- (3) Ketentuan lebih lanjut mengenai penyelenggaraan Transaksi Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Selanjutnya Pasal 18 menentukan sebagai berikut :

- (1) Transaksi Elektronik yang dituangkan ke dalam Kontrak Elektronik mengikat para pihak.
- (2) Para pihak memiliki kewenangan untuk memilih hukum yang berlaku bagi Transaksi Elektronik internasional yang dibuatnya.

Dijelaskan oleh Pasal 18 Ayat (2) sebagai berikut : “Pilihan hukum yang dilakukan oleh para pihak dalam kontrak internasional termasuk yang dilakukan secara elektronik dikenal dengan *choice of law*. Hukum ini mengikat sebagai hukum yang berlaku bagi kontrak tersebut. Pilihan hukum dalam Transaksi Elektronik hanya dapat dilakukan jika dalam kontraknya terdapat unsur asing dan penerapannya harus sejalan dengan prinsip hukum perdata internasional (HPI)”.

- (3) Jika para pihak tidak melakukan pilihan hukum dalam Transaksi Elektronik internasional, hukum yang berlaku didasarkan pada asas Hukum Perdata Internasional.

Dijelaskan dalam ayat 3 sebagai berikut : “Dalam hal tidak ada pilihan hukum, penetapan hukum yang berlaku berdasarkan prinsip atau asas hukum perdata internasional yang akan ditetapkan sebagai hukum yang berlaku pada kontrak tersebut”.

- (4) Para pihak memiliki kewenangan untuk menetapkan forum pengadilan, arbitrase, atau lembaga penyelesaian sengketa alternatif lainnya yang berwenang menangani sengketa yang mungkin timbul dari Transaksi Elektronik internasional yang dibuatnya.

Penjelasan ayat 4 menentukan : “Forum yang berwenang mengadili sengketa kontrak internasional, termasuk yang dilakukan secara elektronik, adalah forum yang dipilih oleh para pihak. Forum tersebut dapat berbentuk pengadilan, arbitrase, atau lembaga penyelesaian sengketa alternatif lainnya”.

- (5) Jika para pihak tidak melakukan pilihan forum sebagaimana dimaksud pada ayat (4), penetapan kewenangan pengadilan, arbitrase, atau lembaga penyelesaian sengketa alternatif lainnya yang berwenang menangani sengketa yang mungkin timbul dari transaksi tersebut, didasarkan pada asas Hukum Perdata Internasional.

Penjelasan Ayat (5) : “Dalam hal para pihak tidak melakukan pilihan forum, kewenangan forum berlaku berdasarkan prinsip atau asas hukum perdata internasional. Asas tersebut dikenal dengan asas tempat tinggal tergugat (*the basis of presence*) dan efektivitas yang menekankan pada tempat harta benda tergugat berada (*principle of effectiveness*)”.

Selanjutnya Pasal 19 menentukan sebagai berikut : “Para pihak yang melakukan Transaksi Elektronik harus menggunakan Sistem Elektronik yang disepakati”. Penjelasan Pasal 19 menentukan : “Yang dimaksud dengan “disepakati” dalam pasal ini juga mencakup disepakatinya prosedur yang terdapat dalam Sistem Elektronik yang bersangkutan”.

Berikutnya Pasal 20 menentukan sebagai berikut :

- (1) Kecuali ditentukan lain oleh para pihak, Transaksi Elektronik terjadi pada saat penawaran transaksi yang dikirim Pengirim telah diterima dan disetujui Penerima.
- (2) Persetujuan atas penawaran Transaksi Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dilakukan dengan pernyataan penerimaan secara elektronik.

Penjelasan Pasal 20 : Ayat (1) Transaksi Elektronik terjadi pada saat kesepakatan antara para pihak yang dapat berupa, antara lain pengecekan data, identitas, nomor identifikasi pribadi (*personal identification number/PIN*) atau sandi lewat (*password*).

Bagaimana persoalan mengenai berlakunya kontrak menurut Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Kontrak Jual-Beli Barang Internasional (*United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods/CISG*)?

Dalam hal ini Pasal 18 ayat (2) Konvensi CISG menentukan sebagai berikut :

“Suatu penerimaan terhadap suatu penawaran akan mulai berlaku pada saat adanya indikasi persetujuan diterima oleh si pemberi penawaran. Suatu penerimaan tidak berlaku apabila indikasi persetujuan semacam ini tidak diterima oleh si pemberi penawaran dalam batas waktu yang ditentukan olehnya atau, apabila tidak ditetapkan batas waktunya, dalam batas waktu yang wajar, dengan memperhitungkan secukupnya keadaan transaksi, termasuk kecepatan sarana komunikasi yang dipakai oleh si pemberi penawaran. Suatu penawaran lisan harus diterima secara langsung, kecuali keadaan menentukan lain”.

Berdasarkan uraian Pasal 18 ayat (2) di atas, maka menurut penulis Konvensi CISG menganut *Theory of Declaration (Civil Law)*, yaitu adanya indikasi persetujuan dari penerima penawaran diterima oleh si pemberi penawaran (*Suatu penerimaan terhadap suatu penawaran akan mulai berlaku pada saat adanya indikasi persetujuan diterima oleh si pemberi penawaran*).

Apabila ketentuan di atas kita bandingkan dengan Konvensi PBB Tahun 1980 tentang Jual-Beli Barang Internasional Pasal 18 ayat (2) yang menganut *Declaration Theory*, maka UU No. 11 Tahun 2008 tentang ITE juga menganut teori Teori Deklarasi (*Declaration Theory*), yaitu Transaksi Elektronik terjadi pada saat penawaran transaksi yang dikirim Pengirim telah diterima dan disetujui Penerima.

4. Undang-Undang No. 37 tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

Sebelum penulis menguraikan ketentuan dalam UU No.37 Tahun 2004 yang berkaitan dengan hukum perdata internasional, terlebih dahulu akan diuraikan pengertian-

pengertian yang berkaitan dengan Kepailitan sebagai berikut :⁸⁵

- a. Kepailitan adalah sita umum atas semua kekayaan Debitor Pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh Kurator di bawah pengawasan Hakim Pengawas sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini.
- b. Kreditor adalah orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau Undang-Undang yang dapat ditagih di muka pengadilan.
- c. Debitor adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan.
- d. Debitor pailit adalah debitor yang sudah dinyatakan pailit dengan putusan Pengadilan.
- e. Kurator adalah Balai Harta Peninggalan atau orang perseorangan yang diangkat oleh Pengadilan untuk mengurus dan membereskan harta Debitor Pailit di bawah pengawasan Hakim Pengawas sesuai dengan Undang-Undang ini.
- f. Utang adalah kewajiban yang dinyatakan) atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik dalam mata uang Indonesia

⁸⁵ UU No. 7 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Hutang, Pasal 1 angka 1-8, dan 11.

maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul di kemudian hari atau kontingen, yang timbul karena perjanjian atau undang-undang dan yang wajib dipenuhi oleh Debitor dan bila tidak dipenuhi memberi hak kepada Kreditor untuk mendapat pemenuhannya dari harta kekayaan Debitor.

- g. Pengadilan adalah Pengadilan Niaga dalam lingkungan peradilan umum,
- h. Hakim Pengawas adalah hakim yang ditunjuk oleh Pengadilan dalam putusan pailit atau putusan penundaan kewajiban pembayaran utang.
- i. Setiap orang adalah orang perseorangan atau korporasi termasuk korporasi yang berbentuk badan hukum maupun yang bukan badan hukum dalam likuidasi.

Adapun ketentuan yang berkaitan dengan hukum perdata internasional diatur dalam Bagian Kesepuluh tentang Ketentuan-ketentuan Hukum Internasional yang terdiri atas tiga pasal yaitu Pasal 212, 213, dan 214.

Pasal 212 menentukan sebagai berikut : “Kreditor yang setelah putusan pernyataan pailit diucapkan, mengambil pelunasan seluruh atau sebagian piutangnya dari benda yang termasuk harta pailit yang terletak di luar wilayah Negara Republik Indonesia, yang tidak diperikatkan kepadanya dengan hak untuk didahulukan wajib mengganti kepada harta pailit segala apa yang diperolehnya.

Pasal 213 menentukan sebagai berikut :

- (1) Kreditor yang memindahkan seluruh atau sebagian piutangnya terhadap Debitor Pailit kepada pihak ketiga, dengan maksud supaya pihak ketiga mengambil pelunasan secara didahulukan daripada orang lain atas seluruh atau sebagian piutangnya dari benda yang termasuk harta pailit yang terletak di luar wilayah Negara Republik Indonesia, wajib mengganti kepada harta pailit apa yang diperolehnya. Dijelaskan bahwa kewajiban mengganti kepada harta pailit adalah sebesar pelunasan yang diperoleh

Kreditor penerima peralihan piutang atas harta Debitor Pailit di luar negeri.

- (2) Kecuali apabila dibuktikan sebaliknya maka setiap pemindahan piutang wajib dianggap telah dilakukan sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), apabila pemindahan tersebut dilakukan oleh Kreditor dan Kreditor tersebut mengetahui bahwa pernyataan pailit sudah atau akan diajukan.

Selanjutnya Pasal 214 menentukan sebagai berikut :

- (1) Setiap orang yang memindahkan seluruh atau sebagian piutang atau utangnya kepada pihak ketiga, yang karena itu mendapat kesempatan untuk melakukan perjumpaan utang di luar wilayah Negara Republik Indonesia yang tidak diperbolehkan oleh Undang-Undang ini, wajib mengganti kepada harta pailit. Dijelaskan bahwa Kewajiban mengganti kepada harta pailit adalah sebesar hasil perjumpaan utang yang diperoleh penerima peralihan utang atau piutang di luar negeri.
- (2) Ketentuan Pasal 213 ayat (2) berlaku juga terhadap hal sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Terhadap ketentuan yang diatur dalam Pasal 212, dan 213 ayat (1) yang menyatakan sebagai berikut :

- (a) Mengambil pelunasan seluruh atau sebagian piutangnya dari benda yang termasuk harta pailit yang terletak di luar wilayah Negara Republik Indonesia, yang tidak diperikatkan kepadanya
- (b) Kreditor yang memindahkan seluruh atau sebagian piutangnya terhadap Debitor Pailit kepada pihak ketiga, dengan maksud supaya pihak ketiga mengambil pelunasan secara didahulukan daripada orang lain atas seluruh atau sebagian piutangnya dari benda yang termasuk harta pailit yang terletak di luar wilayah Negara Republik Indonesia,

Akan menimbulkan persoalan, yaitu apakah pengambilan harta benda yang termasuk harta pailit di luar negeri tersebut harus melalui permohonan ke pengadilan di negara di mana harta tersebut berada atau tidak ? Untuk menjawab permasalahan ini perlu dilakukan pengkajian lebih jauh terhadap perkara-perkara kepailitan yang pernah diputuskan oleh Pengadilan Niaga.

5. UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Sebelum menguraikan ketentuan yang berkaitan dengan hukum perdata internasional, penulis akan menyajikan terlebih dahulu pengertian-pengertian yang terdapat di dalam UU

Penanaman Modal, antara lain :⁸⁶

- (a) Penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia.
- (b) Penanaman modal dalam negeri adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri.
- (c) Penanaman modal asing adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri.
- (d) Penanam modal adalah perseorangan atau badan usaha yang melakukan penanaman modal yang dapat berupa penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing.
- (e) Penanam modal dalam negeri adalah perseorangan warga negara Indonesia, badan usaha Indonesia, negara Republik

⁸⁶ UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, Pasal 1 angka 1-8.

Indonesia, atau daerah yang melakukan penanaman modal di wilayah negara Republik Indonesia.

- (f) Penanam modal asing adalah perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, dan/atau pemerintah asing yang melakukan penanaman modal di wilayah negara Republik Indonesia.
- (g) Modal adalah aset dalam bentuk uang atau bentuk lain yang bukan uang yang dimiliki oleh penanam modal yang mempunyai nilai ekonomis.
- (h) Modal asing adalah modal yang dimiliki oleh negara asing, perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, badan hukum asing, dan/atau badan hukum Indonesia yang sebagian atau seluruh modalnya dimiliki oleh pihak asing.

Adapun ketentuan dalam UU Penanaman Modal yang berkaitan dengan hukum perdata internasional, adalah Bab IV tentang Bentuk Badan Usaha dan Kedudukan Pasal 5 ayat (2) yang menentukan “Penanaman modal asing wajib dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang”. Adapun undang-undang yang mengatur perseroan terbatas adalah UU N. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Dengan demikian penanam modal asing yang hendak menanamkan modalnya di Indonesia harus mendirikan perusahaan di Indonesia sesuai dengan tersebut dan tentunya berbadan hukum Indonesia. Selanjutnya ayat (3) menentukan bahwa “Penanam modal dalam negeri dan asing yang melakukan penanaman modal dalam bentuk perseoran terbatas dilakukan dengan :

- a. mengambil bagian saham pada saat pendirian perseroan terbatas;
- b. membeli saham; dan
- c. melakukan cara lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Ketentuan lain yang sangat penting bagi penanaman modal asing adalah ketentuan Pasal 7 yang menyatakan :

- (1) Pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal, kecuali dengan undang-undang.
- (2) Dalam hal Pemerintah melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pemerintah akan memberikan kompensasi yang jumlahnya ditetapkan berdasarkan harga pasar. Yang dimaksud dengan “harga pasar” adalah harga yang ditentukan menurut cara yang digunakan secara internasional oleh penilai independen yang ditunjuk oleh para pihak.
- (3) Jika di antara kedua belah pihak tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (2), penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase, yaitu cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan yang didasarkan pada kesepakatan tertulis oleh para pihak yang bersengketa.⁸⁷

Mengenai Ketenagakerjaan berkaitan dengan perusahaan penanaman modal, Pasal 10 menentukan sebagai berikut :

- (1) Perusahaan penanaman modal dalam memenuhi kebutuhan tenaga kerja harus mengutamakan tenaga kerja warga negara Indonesia.
- (2) Perusahaan penanaman modal berhak menggunakan tenaga ahli warga negara asing untuk jabatan dan keahlian tertentu sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (3) Perusahaan penanaman modal wajib meningkatkan kompetensi tenaga kerja warga negara Indonesia melalui pelatihan kerja sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (4) Perusahaan penanaman modal yang mempekerjakan tenaga kerja asing diwajibkan menyelenggarakan pelatihan dan

⁸⁷ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 7 ayat (3)

melakukan alih teknologi kepada tenaga kerja warga negara Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Selanjutnya Pasal 18 ayat 1 menentukan Pemerintah memberikan fasilitas kepada penanam modal yang melakukan penanaman modal. Akan tetapi fasilitas ini tidak berlaku bagi penanaman modal asing yang tidak berbentuk perseroan terbatas.⁸⁸ Selain fasilitas, Pemerintah memberikan kemudahan pelayanan dan/atau perizinan kepada perusahaan penanaman modal untuk memperoleh :

- (a) hak atas tanah;
- (b) fasilitas pelayanan keimigrasian; dan
- (c) fasilitas perizinan impor.⁸⁹

Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan atas fasilitas keimigrasian ini dapat diberikan untuk :

- (a) penanaman modal yang membutuhkan tenaga kerja asing dalam merealisasikan penanaman modal;
- (b) penanaman modal yang membutuhkan tenaga kerja asing yang bersifat sementara dalam rangka perbaikan mesin, alat bantu produksi lainnya, dan pelayanan purnajual; dan
- (c) calon penanam modal yang akan melakukan penjajakan penanaman modal.⁹⁰

Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan atas hak atas tanah dan fasilitas keimigrasian yang diberikan kepada penanaman modal diberikan setelah penanam modal mendapat rekomendasi dari Badan Koordinasi Penanaman Modal,⁹¹ setelah penanaman modal memenuhi

⁸⁸ *Ibid.*, Pasal 20

⁸⁹ *Ibid.*, Pasal 21

⁹⁰ *Ibid.*, Pasal 23 ayat (1)

⁹¹ *Ibid.*, Pasal 23 ayat (2)

ketentuan penggunaan tenaga kerja asing sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan ketenagakerjaan.⁹²

Di samping itu untuk penanam modal asing diberikan fasilitas, yaitu :⁹³

- (a) pemberian izin tinggal terbatas bagi penanam modal asing selama 2 (dua) tahun;
- (b) pemberian alih status izin tinggal terbatas bagi penanam modal menjadi izin tinggal tetap dapat dilakukan setelah tinggal di Indonesia selama 2 (dua) tahun berturut-turut; Mengenai hal ini dilakukan oleh Direktorat Jenderal Imigrasi atas dasar rekomendasi dari Badan Koordinasi Penanaman Modal.⁹⁴
- (c) pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal terbatas dan dengan masa berlaku 1 (satu) tahun diberikan untuk jangka waktu paling lama 12 (dua belas) bulan terhitung sejak izin tinggal terbatas diberikan;
- (d) pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal terbatas dan dengan masa berlaku 2 (dua) tahun diberikan untuk jangka waktu paling lama 24 (dua puluh empat) bulan terhitung sejak izin tinggal terbatas diberikan; dan
- (e) pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal tetap diberikan untuk jangka waktu paling lama 24 (dua puluh empat) bulan terhitung sejak izin tinggal tetap diberikan.

Selanjutnya mengenai Pengesahan dan Perizinan Perusahaan diatur dalam Bab XI, Pasal 25 dan 26. Dalam hal ini Pasal 25 secara umum menentukan bahwa Penanam modal yang melakukan penanaman modal di Indonesia harus sesuai dengan ketentuan Pasal 5 Undang-Undang ini,⁹⁵ di mana untuk Penanaman modal asing wajib dalam

⁹² *Ibid.*, Penjelasan ayat (2)

⁹³ *Ibid.*, Pasal 23 ayat (3)

⁹⁴ *Ibid.*, Pasal 23 ayat (4)

⁹⁵ *Ibid.*, Pasal 25 ayat (1)

bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang. Sedangkan mengenai pengesahan pendirian badan usaha penanaman modal asing yang berbentuk perseroan terbatas dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.⁹⁶ Di samping itu perusahaan penanaman modal yang akan melakukan kegiatan usaha wajib memperoleh izin sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dari instansi yang memiliki kewenangan, kecuali ditentukan lain dalam undang-undang.

6. UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Sebelum menguraikan ketentuan yang berkaitan dengan hukum perdata internasional, penulis terlebih dahulu akan menguraikan istilah-istilah yang berkaitan dengan hukum

perdagangan internasional, antara lain :⁹⁷

- (a) Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.
- (b) Para pihak adalah subyek hukum, baik menurut hukum perdata maupun hukum publik.
- (c) Perjanjian arbitrase adalah suatu kesepakatan berupa klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa.
- (d) Pengadilan Negeri adalah Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal termohon.

⁹⁶ *Ibid.*, Pasal 25 ayat (3)

⁹⁷ UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Bab I Ketentuan Umum, Pasal 1 angka 1-9

- (e) Pemohon adalah pihak yang mengajukan permohonan penyelesaian sengketa melalui arbitrase.
- (f) Termohon adalah pihak lawan dari Pemohon dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase.
- (g) Arbiter adalah seorang atau lebih yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa atau yang ditunjuk oleh Pengadilan Negeri atau oleh lembaga arbitrase, untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu yang diserahkan penyelesaiannya melalui arbitrase.
- (h) Lembaga Arbitrase adalah badan yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu; lembaga tersebut juga dapat memberikan pendapat yang mengikat mengenai suatu hubungan hukum tertentu dalam hal belum timbul sengketa.
- (i) Putusan Arbitrase Internasional adalah putusan yang dijatuhkan oleh suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia, atau putusan suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan yang menurut ketentuan hukum Republik Indonesia dianggap sebagai suatu putusan arbitrase internasional.

Ketentuan dalam UU No. 30 Tahun 1999 yang berkaitan dengan hukum perdata internasional terdapat pada Bab VI Pelaksanaan Putusan Arbitrase, Bagian Kedua Arbitrase Internasional yang diatur dalam 65 – 67.

Adapun ketentuan dalam UU Penanaman Modal yang berkaitan dengan hukum perdata internasional, adalah Bab IV tentang Bentuk Badan Usaha dan Kedudukan Pasal 5 ayat (2) yang menentukan “Penanaman modal asing wajib dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang”. Adapun undang-undang yang mengatur perseroan terbatas adalah UU N. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Dengan demikian penanam modal asing yang hendak menanamkan modalnya di

Indonesia harus mendirikan perusahaan di Indonesia sesuai dengan tersebut dan tentunya berbadan hukum Indonesia. Selanjutnya ayat (3) menentukan bahwa “Penanam modal dalam negeri dan asing yang melakukan penanaman modal dalam bentuk perseoran terbatas dilakukan dengan :

- a. mengambil bagian saham pada saat pendirian perseroan terbatas;
- b. membeli saham; dan
- c. melakukan cara lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Ketentuan lain yang sangat penting bagi penanaman modal asing adalah ketentuan Pasal 7 yang menyatakan :

- (1) Pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal, kecuali dengan undang-undang.
- (2) Dalam hal Pemerintah melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pemerintah akan memberikan kompensasi yang jumlahnya ditetapkan berdasarkan harga pasar. Yang dimaksud dengan “harga pasar” adalah harga yang ditentukan menurut cara yang digunakan secara internasional oleh penilai independen yang ditunjuk oleh para pihak.
- (3) Jika di antara kedua belah pihak tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (2), penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase, yaitu cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan yang didasarkan pada kesepakatan tertulis oleh para pihak yang bersengketa.⁹⁸

Mengenai Ketenagakerjaan berkaitan dengan perusahaan penanaman modal, Pasal 10 menentukan sebagai berikut :

⁹⁸ *Ibid.*, Penjelasan Pasal 7 ayat (3)

- (1) Perusahaan penanaman modal dalam memenuhi kebutuhan tenaga kerja harus mengutamakan tenaga kerja warga negara Indonesia.
- (2) Perusahaan penanaman modal berhak menggunakan tenaga ahli warga negara asing untuk jabatan dan keahlian tertentu sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (3) Perusahaan penanaman modal wajib meningkatkan kompetensi tenaga kerja warga negara Indonesia melalui pelatihan kerja sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (4) Perusahaan penanaman modal yang mempekerjakan tenaga kerja asing diwajibkan menyelenggarakan pelatihan dan melakukan alih teknologi kepada tenaga kerja warga negara Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Selanjutnya Pasal 18 ayat 1 menentukan Pemerintah memberikan fasilitas kepada penanam modal yang melakukan penanaman modal. Akan tetapi fasilitas ini tidak berlaku bagi penanaman modal asing yang tidak berbentuk perseroan terbatas.⁹⁹ Selain fasilitas, Pemerintah memberikan kemudahan pelayanan dan/atau perizinan kepada perusahaan penanaman modal untuk memperoleh :

- (a) hak atas tanah;
- (b) fasilitas pelayanan keimigrasian; dan
- (c) fasilitas perizinan impor.¹⁰⁰

Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan atas fasilitas keimigrasian ini dapat diberikan untuk :

- (a) penanaman modal yang membutuhkan tenaga kerja asing dalam merealisasikan penanaman modal;

⁹⁹ *Ibid.*, Pasal 20

¹⁰⁰ *Ibid.*, Pasal 21

- (b) penanaman modal yang membutuhkan tenaga kerja asing yang bersifat sementara dalam rangka perbaikan mesin, alat bantu produksi lainnya, dan pelayanan purnajual; dan
- (c) calon penanam modal yang akan melakukan peninjauan penanaman modal.¹⁰¹

Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan atas hak atas tanah dan fasilitas keimigrasian yang diberikan kepada penanaman modal diberikan setelah penanam modal mendapat rekomendasi dari Badan Koordinasi Penanaman Modal,¹⁰² setelah penanaman modal memenuhi ketentuan penggunaan tenaga kerja asing sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan ketenagakerjaan.¹⁰³

Di samping itu untuk penanam modal asing diberikan fasilitas, yaitu :¹⁰⁴

- (a) pemberian izin tinggal terbatas bagi penanam modal asing selama 2 (dua) tahun;
- (b) pemberian alih status izin tinggal terbatas bagi penanam modal menjadi izin tinggal tetap dapat dilakukan setelah tinggal di Indonesia selama 2 (dua) tahun berturut-turut; Mengenai hal ini dilakukan oleh Direktorat Jenderal Imigrasi atas dasar rekomendasi dari Badan Koordinasi Penanaman Modal.¹⁰⁵
- (c) pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal terbatas dan dengan masa berlaku 1 (satu) tahun diberikan untuk jangka waktu paling lama 12 (dua belas) bulan terhitung sejak izin tinggal terbatas diberikan;
- (d) pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal terbatas dan dengan masa berlaku 2 (dua) tahun diberikan untuk jangka waktu paling lama 24 (dua

¹⁰¹ *Ibid.*, Pasal 23 ayat (1)

¹⁰² *Ibid.*, Pasal 23 ayat (2)

¹⁰³ *Ibid.*, Penjelasan ayat (2)

¹⁰⁴ *Ibid.*, Pasal 23 ayat (3)

¹⁰⁵ *Ibid.*, Pasal 23 ayat (4)

puluh empat) bulan terhitung sejak izin tinggal terbatas diberikan; dan

- (e) pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal tetap diberikan untuk jangka waktu paling lama 24 (dua puluh empat) bulan terhitung sejak izin tinggal tetap diberikan.

Selanjutnya mengenai Pengesahan dan Perizinan Perusahaan diatur dalam Bab XI, Pasal 25 dan 26. Dalam hal ini Pasal 25 secara umum menentukan bahwa Penanam modal yang melakukan penanaman modal di Indonesia harus sesuai dengan ketentuan Pasal 5 Undang-Undang ini,¹⁰⁶ di mana untuk Penanaman modal asing wajib dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang. Sedangkan mengenai pengesahan pendirian badan usaha penanaman modal asing yang berbentuk perseroan terbatas dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan.¹⁰⁷ Di samping itu perusahaan penanaman modal yang akan melakukan kegiatan usaha wajib memperoleh izin sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dari instansi yang memiliki kewenangan, kecuali ditentukan lain dalam undang-undang.

7. UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Pasal-pasal dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang berkaitan dengan hukum perdata internasional adalah Pasal 56 – 60. Bagian Kedua tentang Perkawinan di luar Indonesia, Pasal 56 menentukan : Perkawinan yang dilangsungkan diluar Indonesia antara dua orang warganegara Indonesia atau seorang warganegara Indonesia dengan warganegara Asing adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum yang berlaku di negara dimana perkawinan itu dilangsungkan dan bagi warganegara Indonesia tidak melanggar ketentuan-ketentuan Undang-undang ini.¹⁰⁸ Surat bukti perkawinan mereka harus didaftarkan

¹⁰⁶ *Ibid.*, Pasal 25 ayat (1)

¹⁰⁷ *Ibid.*, Pasal 25 ayat (3)

¹⁰⁸ UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 56 ayat (1)

di Kantor Pencatatan Perkawinan tempat tinggal mereka, dalam waktu 1 (satu) tahun setelah suami isteri itu kembali diwilayah Indonesia.¹⁰⁹

Ketentuan Pasal 56 sejalan dengan asas-asas pokok HPI di bidang hukum keluarga/perkawinan Validitas Esensial Perkawinan, yang menyatakan bahwa validitas material perkawinan harus ditentukan berdasarkan system hukum dari tempat dilangsungkannya perkawinan (*locus celebrationis*), tanpa mengabaikan persyaratan yang berlaku di dalam system hukum para pihak sebelum perkawinan dilangsungkan.

Bagian Ketiga UU Perkawinan mengatur tentang Perkawinan Campuran. Perkawinan campuran ialah perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarganegaraan dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia.¹¹⁰ Perkawinan campuran yang dilangsungkan di Indonesia dilakukan menurut Undang-undang Perkawinan in,¹¹¹ dan dicatat oleh pegawai pencatat yang berwenang.¹¹² Mengenai akibat hukum dari perkawinan campuran diatur dalam Pasal 58 yang menyatakan bahwa bagi orang-orang yang berlainan kewarganegaraan yang melakukan perkawinan campuran, dapat memperoleh kewarganegaraan dari suami/isterinya dan dapat pula kehilangan kewarganegaraannya, menurut cara-cara yang telah ditentukan dalam Undang-undang kewarganegaraan Republik Indonesia yang berlaku. Kewarganegaraan yang diperoleh sebagai akibat perkawinan atau putusanya perkawinan menentukan hukum yang berlaku, baik mengenai hukum publik maupun mengenai hukum perdata.¹¹³

Mengenai perkawinan campuran ini diatur lebih lanjut dalam Pasal 60 sebagai berikut :

- (1) Perkawinan campuran tidak dapat dilangsungkan sebelum terbukti bahwa syarat-syarat perkawinan yang ditentukan oleh hukum yang berlaku bagi pihak masing-masing telah dipenuhi.

¹⁰⁹ *Ibid.*, ayat (2)

¹¹⁰ *Ibid.*, Pasal 57

¹¹¹ *Ibid.*, Pasal 59 ayat (2)

¹¹² *Ibid.*, Pasal 61 ayat (1)

¹¹³ *Ibid.*, Pasal 59 ayat (1)

- (2) Untuk membuktikan bahwa syarat-syarat tersebut telah dipenuhi dan karena itu tidak ada rintangan untuk melangsungkan perkawinan campuran, maka oleh mereka yang menurut hukum yang berlaku bagi pihak masing-masing berwenang mencatat perkawinan, diberikan surat keterangan bahwa syarat-syarat telah dipenuhi.
- (3) Jika pejabat yang bersangkutan menolak untuk memberikan surat keterangan itu, tidak beracara serta tidak boleh dimintakan banding lagi tentang soal apakah penolakan pemberian surat keterangan itu beralasan atau tidak.
- (4) Jika Pengadilan memutuskan bahwa penolakan tidak beralasan, maka keputusan itu menjadi pengganti keterangan yang tersebut ayat (3).
- (5) Surat keterangan atau keputusan pengganti keterangan tidak mempunyai kekuatan lagi jika perkawinan itu tidak dilangsungkan dalam masa 6 (enam) bulan sesudah keterangan itu diberikan.

Selanjutnya ditentukan dalam Pasal 62 bahwa dalam perkawinan campuran kedudukan anak diatur dalam Pasal 59 ayat (1) yang menentukan bahwa kewarganegaraan yang diperoleh sebagai akibat perkawinan atau putusnya perkawinan menentukan hukum yang berlaku, baik mengenai hukum publik maupun mengenai hukum perdata. Mengenai hal ini telah diatur dalam UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.

C. Penutup

1. Kesimpulan

Berdasarkan uraian pembahasan sebelumnya, maka dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut:

- a. Bahwa persoalan-persoalan yang berkaitan dengan status personil yaitu : perkawinan, perceraian, kelahiran, kematian, dari orang-orang WNI, dan kewarganegaraan (bagi anak-anak yang

lahir dari pasangan suami-istri WNI atau salah satu pihak WNA yang berada di luar negeri) telah diatur dalam UU tentang Administrasi Kependudukan dan UU Kewarganegaraan RI.

- b. Bahwa kontrak-kontrak perdagangan internasional antara perusahaan Indonesia dan perusahaan asing dapat dilakukan secara elektronik dan telah diatur dalam UU tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.
- c. Bahwa untuk kegiatan penanaman modal asing telah diatur dengan UU Penanaman Modal. Dengan demikian mengenai penanaman modal asing telah diakomodasi di dalam UU ini, dan juga UU Perseroan Terbatas. Mengenai bidang usaha yang tertutup dan terbuka bagi penanaman modal diatur dalam Lampiran I dan Lampiran II Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor : 77 Tahun 2007, tanggal 3 juli 2007.
- d. Bahwa dengan adanya UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, putusan-putusan Arbitrase Asing yang termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan, yaitu “kegiatan-kegiatan antara lain di bidang : perniagaan; perbankan; keuangan; penanaman modal; industri; hak kekayaan intelektual”, dapat dimintakan Pengakuan dan Pelaksanaanya melalui Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

2. Saran

Saran dalam tulisan ini, yaitu: diharapkan agar Pemerintah menjadikan ketentuan-ketentuan dalam UU tersebut di atas yang di dalamnya berkaitan dengan HPI menjadi bahan hukum pembuatan RUU Hukum Perdata Internasional.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU :

Garuda Nusantara, Abdul Hakim, 1985; *Politik Hukum Nasional*, Makalah disampaikan pada Karya Latihan Bantuan Hukum (Kabalu), diselenggarakan Yayasan LBH Indonesia dan LBH Surabaya.

Gautama, Sudargo, 1987. *Pengantar Hukum Perdata Internasional*. Badan Pembinaan Hukum Nasional – Binacipta, Bandung.

Hartono, C.F.G. Sunaryati, 1991; *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung.

Hikmah, Mutiara, 2007. *Aspek-aspek Hukum Perdata Internasional dalam Perkara-perkara Kepailitan*. Refika Aditama, Jakarta.

Khairandi, Ridwan, dkk, 1999. *Pengantar Hkm Perdata Internasional Indonesia*. Penerbit Gama Media, Yogyakarta.

Muthalib Tahar, Abdul, dkk, 2012; *Identifikasi Sumber Hukum dan Persoalan-persoalan yang Diatur dalam Hukum Perdata Internasional (Indonesia)*, Laporan Penelitian, Lemlit Unila,

Prasetyo, Dossy Iskandar, dkk, 2011; *Hukum, Etika, dan Kekuasaan*, Genta Publishing.

Podgorecki, Adam dan Christoper J. Welan (ed), 1987; *Pendekatan Sosiologis Terhadap Hukum*, Bina Aksara, Jakarta,.

Seto, Bayu, 1992. *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*. Buku Kesatu. Citra Aditya, Bandung.

Syaukani, Imam, dkk. 2011; *Dasar-dasar Politik Hukum*, PT, RajaGrafindo, Jakarta,

Undang-Undang :

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek voor Indonesie/BW); Stb. 1847 No. 23.

Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (Wetboek van Koophandel voor Indonesia; Stb. 1847 No. 23.

UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, LN. 1974 No. 1.

UU RI. No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Pembayaran Hutang.

UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.

UU No. 13 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan

UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Copyright Infringement: DRM Technologies and the Internet (International Frameworks and Business Practices, Part I)

BAYU SUJADMIKO, S.H., M.H.¹

A. INTRODUCTION

Accompanying with the maturation of digital technology in the universe, a major change occurs in the environment and people activity. Many forms of activity have been utilized in order to access data in many dissimilar ways. They can enjoy free/conventional facility of digital technology anytime and anyplace. However, the technology is currently becoming a “double-edged sword”, because of its lead in improving the welfare, advancement of human civilization, and conversely, it also effective for unlawful acts.

Copyright also comes up into a new level of digital revolution; Regulation process, object production and file distribution (file sharing) had a substantial alteration. Therefore, frequently encountered that there is a difference of interest between copyright protection and technological improvements. Today, by the Interconnection-Networking (Internet), infringement of copyright has lasted longer and grows bigger. Copyright works; songs, films, software programs, books and many more, are easy to reformed, duplicated, shared and be traded illegally. Net user that reach hundreds of millions people and spread all

¹ The Author is a lecturer at International Law Department, Law Faculty, Lampung University. Currently, he is being continued his studies at Law Department on Human Socio and Environment Studies, Kanazawa University, Japan.

over the world arrives that activity extremely difficult to monitor and detect because of the borderless Internet itself. Hence, Governments are required to be able in creating a protection system for copyright holders on the Internet without losing a sense of justice for the Internet users.

1. Research Objectives

In 2014, Indonesia remained on the Priority Watch List of copyright infringement by United States Trade Representative (USTR).² They reported that Indonesia addressed high level of Intellectual Property Right (IPR) infringement. In fact, it takes places all over the world, developed and developing countries. One of the biggest issues in IPR infringement is Illegal file sharing and broadcast piracy on the Internet. USTR noted, there is online marketplace engaging in commercial-scale IPR infringement, including sited hosted operated by some parties located in China, Indonesia, Canada, United Kingdom, Netherland, Russia, and many more.³

The utilization of Internet technology is widely practiced by the entire population of the globe, including Indonesia. The demand for fast and efficient information makes the Internet as a major public space. During its development, applied technology in Indonesia became a “double-edged sword”, in addition to the mankind welfare; it is used for unlawful acts. Copyright infringements on music, movies and software grow faster and take in a big range of spread in Indonesia. An original and common violation becomes undetected in this digital era. Illegal downloading, illegal uploading and file sharing became common activities among the citizenry. Legalization of Copyright Act 2014 and Information and Transaction Electronic 2008 has not shown optimal result for law enforcement.

Due to huge scope of copyright infringement, I try to make limitation issues on copyright infringement on music, movie and software files in the Internet. Hence, concerning with the some reports, interviews and regulation of copyright protection and copyright

² United States Trade Representative (USTR), 2014 Special 301 Report, at 45.

³ See *id.* At 20-21.

industries practices in Japan and United States of America and their protection system,⁴ I would like to compared and analyzed potential obstacles and challenges that could take place when applying their enforcement method in Indonesia. This essay formulated essential distress within two research questions as follows:

1. What are the possibilities, obstacles, challenges and best solution that can be taken from the comparison of copyright protection on the Internet for the copyright enforcement in Indonesia?
2. How can copyright law make bridge and balance in creating “healthy internet environment” appropriate with government, private sectors and Internet user’s interest?

The great number of copyright infringement on the Internet, lack of law enforcement in Indonesia and conflict interest between government and private sectors are several issues that will be discussed in-depth in next chapter.

2. Methodology

This section provides information on the research method of this essay. The qualitative research has been chosen to rely and determine the problems, notions and solutions influencing copyright infringement on the Internet. Primary legal resource data is supported by secondary data, which obtained by conducting in-depth literatures review, on-line research and interviews using purposive sampling method.

⁴ International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), Digital Music Report (2014), *see also* International Intellectual Property Alliance (IIPA), Copyright Industries in the US Economy, the 2014 Report (2014), *see also* The Software Alliance (BSA), The Compliance Gap, BSA Global Software Survey (June 2014), *see also* Recording Industry Association of Japan (RIAJ), Statistic Trends, The Recording Industry in Japan (2014), *see also* Japan and International Motion Picture Copyright Association (JIMCA), Economic Consequences of Movie Piracy, Japan Report (2011), *see also* United States Trades Representatives (USTR), The Special 301 Report (2014). *See also* Association of Copyright for Computer Software (ACCS), ファイル共有ソフトの利用実態調査～クローリング調査～ (Utilization of file sharing software survey), (2014).

This research uses legal comparative approach and juridical study in analyzing the issues. It focuses on copyright infringement in file sharing (music, movies and software programs) through the Internet. Components that will be studied are copyright regulations, protection and copyright infringement practices. The entire element becomes comparing object between the countries (Japan, United States of America and Indonesia).

My hypotheses are technology is always improving, therefore copyright regulation of cyberspace at developed or developing countries should be flexible with the era. Hence, every country has different enforcement protecting copyright along the digital era. I attempt to retrace Indonesian legal history to situate the contemporary practice of copyright protection in digital era and to analyze whether copyright infringement, technological advance impact and global digital sharing practices by Internet users. Based on this study, there is possibility of creating, harmonizing and implementing international regulation related to Copyright protection on the Internet into national regulation nationally and regionally.

B. DIGITAL COPYRIGHT INFRINGEMENT

1. Copyright Infringements and International Framework

Copyright infringement has traditionally been viewed as violation for production of creative works, scientific, artistic and profitable goods. A country created a legal right to protect copyright and granted the creator with an exclusive rights or economic rights⁵ and moral rights⁶ to its use and distribution, commonly for a limited time. Free information needed (less/without payment), simple and fast are some factors copyright infringement taken. The infringement model occurred randomly, rely on technological development, human culture, regulation and law enforcement itself. For instance, the great availability of Internet broadband connection around the world is

⁵ 17 U.S.C. § 106; *see also* Japan Copyright Law No. 48, 1970. Amend. No. 65, 2010. Art 26-38, 92 *bis*-95; *see also* Indonesia Copyright Law No. 28, 2014. Art 8-19.

⁶ Japan Copyright Law No. 48, 1970. Art. 18-20: *see also* Indonesia Copyright Law No. 28, 2014. Art 8-19.

producing huge utility, established work opportunity, expanded on-line business and even exchange information. Though, it is making Internet well organized for spreading copyright infringing products, data and replacing valid markets for rights holder. Canada is one of developed countries, was noted by USTR Watch List on 2011 because those phenomena. Hence, United States encourage working with the trading partner to enhance strong action against piracy over the Internet and digital piracy.⁷ While, copyright piracy over the Internet threw over physical piracy in some places in the world, the production of, the distribution and trade in, pirated optical discs still a major problem in many regions, especially developing countries.⁸ Considering the issues, copyright infringement can be concluded as actions (free reproduction and easy available distribution technology) against copyright protection. In fact, the enforcement of technical measure (regulation) done for increasing the cost of economical transaction higher than open access and availability forms. Instead, users do not consent strict protection regulation and measure, and tend to turn to new products on the open markets or free file share and exchange services.⁹

Nevertheless, legal protection and international convention of intellectual property in the interest of copyright commercialization and digital sharing have been increasingly strengthened through the succeeding measures. Since September 1886, Berne Convention for Protection of Literary of Artistic Works (Berne Convention) started the recognition of International community about benefits and essential for establishing and synchronizing national copyright protection laws. Currently, one hundred sixty-eight countries have signed the Berne Convention.¹⁰ As the first attempt to harmonize the copyright law at international scale, the convention offered a soft law level of copyright protection for the community to adopted the “national treatment policy” (member state has to perform same protection to copyrighted

⁷ United States Trades Representatives (USTR), The Special 301 Report (2011)

⁸ United States Trades Representatives (USTR), The Special 301 Report (2014)

⁹ Ethics and Law of Intellectual Property, 217 (Christian Lenk, Nills Hope & Roberto Andono eds., Ashgate Publishing Limited 2007).

¹⁰ http://www.wipo.int/treaties/en/StatsResults.jsp?treaty_id=15&lang=en (last visited Jan. 9, 2015).

goods in other members as it gives to material copyrighted under its national law).¹¹ Accordance with its development, social change and technological advance, the Berne Convention was modernized frequently; by the Act of Berlin on November 13, 1908; the Additional Protocol of Berne on March 20, 1914; at Rome on June 2, 1928; at Brussels on June 26, 1948; at Stockholm on July 14, 1967, laterally with the Protocol regarding Developing Countries; and at Paris on July 24, 1971, along with Appendix of developing countries.¹²

Following 1971 Paris Act, the international community already established a guide development to face the social and technological changing.¹³ By the WIPO Convention on July 1967, World Intellectual Property Organization (WIPO) created. It is one of the sixteen specialized agencies of the United Nation system of organization and operates under Social and Economic Council.¹⁴ WIPO is responsible for being administrator to promote, protect and facilitate creative intellectual activity, transfer technology and international coordination to industrial property to developing countries in order to establish their economic cultural and social development.¹⁵ There were numerous bilateral, regional and multilateral agreements with general or partial application about Intellectual Property (IP) with which WIPO just a supervisor or administrator, like as North American Free Trade Agreement (NAFTA) and World Trade Organization (WTO). Particular scheme of national IP law in any one country will not match entirely or even at all with the standard of the treaties and convention. Therefore, it can divide into three general groups; the first, treaties delineate

¹¹ Olena Dmytrenko & James X. Dempsey, *Copyright & the Internet: Building Legislative Framework Based on International Copyrighted Law*, Global Internet National Policy Initiative (GIPI), Dec 2004, at 8.

¹² Dmytrenko & Dempsey, *supra* note 7, at 8; *see also* http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/details.jsp?treaty_id=15 (last visited Jan. 11, 2015)

¹³ Guide development is like recommendation, guiding principles and model provision purposing to assist legislative in responding to technological changes. It mostly interpreted existing international norms and new standard; Mihally Fiscor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2002, at 5.

¹⁴ http://www.un.org/en/aboutun/structure/org_chart.shtml (last visited Jan. 11, 2015)

¹⁵ G. Gregory Letterman, *Basic of International Intellectual Property Law*, 26-27, Transnational Publisher, Inc., (2001); *see also* Convention Establishing the World Intellectual Property Organization (WIPO Convention) 1967. Art 3-4.

internationally approval the IP protection basic standard in each member country. Next is a registration treaty. It has to warrant that an international registration will have outcome in any of the relevant signatory countries. The final group contains classification treaties regarding industrial design, invention, trademark, patent and geographical indication.¹⁶

By the end 1990s, the standard by WIPO were inadequate to counter highly increasing piracy and digital revolution.¹⁷ Internet has had revolutionary effects on commerce, culture and communication since the mid-1990s. Electronic mail, instant messaging, voice over Internet Protocol (VoIP) telephone calls, two-way interactive video calls, and the World Wide Web with its discussion forums, blogs, social networking, and online shopping sites were facilities that can be used on the Internet. On 1993 to 2000, the amounts of the data were transmitted at higher speed and fast connection over fiber optic networks and frequency. The Internet took over global communication landscape was almost instant in historical terms: it only communicated 1% of the information flowing through two-way telecommunications networks in 1993, already 51% by 2000, and more than 97% of the telecommunicated information by 2007.¹⁸ In fact, over twenty-two million Americans ages 18-39 own portable MP3 players (audio coding format)¹⁹ or iPods.²⁰ They watched digitally recorded movies or television programs, Digital Video Recorder or Video Home System (VHS) tapes.²¹ Hence, countless number of American have tape their favorite and television program on Betamax video recorder regularly

¹⁶ *Id.* at 29.

¹⁷ Mihaly, *supra* note 9, at 14.

¹⁸ Martin Hilbert & Priscila Lopez, *The World's Technological Capacity to Store, Communicate and Compute Information*, Science Journal (2011), at 62-63.

¹⁹ MP3 is an audio-specific format that was designed by the Moving Picture Experts Group (MPEG) as part of its MPEG-1 standard and later extended in the MPEG-2 standard. It is a common audio format for consumer audio streaming or storage, as well as a de facto standard of digital audio compression for the transfer and playback of music on most digital audio players.

²⁰ Lee Raine, *iPods and MP3 Players Storm to the Market*, Pew Research Center; Internet, Science & Tech, Feb 14, 2005, available at <http://www.pewinternet.org/2005/02/14/ipods-and-mp3-players-storm-the-market/> (last visited Jan. 12, 2015)

²¹ Jeffrey J. Escher, *Copyright, Technology & the Boston Strangler: the Seventh Circuit and the Future of Online Music Access*, 1 Seven Circuit Review, 74, Spring (2006)

since the United States of Supreme Court's Decision in Sony Corp. America v. Universal Studios, Inc.²²

Thus, WIPO created new models to faced digital movement. The outcomes were in two documents, which are well known as Internet Treaties or WIPO Copyright Treaty (WCT)²³ and the WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT)²⁴. Those adopted in 1996 and respectively entered into force in March and May 2002. WCT mention two subject concerns to protected by copyright; (i) computer programs, whatever the mode or form of their expression and (ii) compilations of data or other material databases (where a database does not constitute such a creation, it is outside the scheme of this Treaty), in any form, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute intellectual creations.²⁵ Moreover, adapting previous concepts (reproduction and distribution) to the Interconnection Networking (Internet) environment, it offered two main notions concerning national legislature an obligation to provide liability; circumvention of technological protection standard,²⁶ rights management information and enforcement of rights on specific provision²⁷.

WPPT can be seen as an "Internetization" of related to sound recordings and performance right.²⁸ It was update from the Rome Convention 1961 to protect performing artist and phonograms producer's interest. The treaty grants performers moral right²⁹ to recognize any distortion, mutilation or modification that would be harmful their reputation. Additionally, it also protects performers' economic right for reproduction, distribution, rental and the right

²² Sony Corporation v. Universal Studio. Inc., 464 U.S. 417 (1984)

²³ As of January 2015, ninety-three states had entered the WCT, http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16 (last visited Jan. 11, 2015)

²⁴ Ninety-four countries had joined the WPPT, http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20 (last visited Jan. 11, 2015)

²⁵ WIPO Copyright Treaty, Art.2, 4-5.

²⁶ *id.*, Art. 11 & 12

²⁷ *See id.*, Art. 14.

²⁸ Dmytrenko & Dempsey, *supra* note 7, at 9.

²⁹ WIPO Performance and Phonograms Treaty, Art. 5

making available.³⁰ By the two international treaties WIPO and WTO established “joint WIPO-WTO project” in 1998 to ensure developing countries by preparing legislation, training, institution building, modernizing intellectual property systems and enforcement.³¹ The technical assistance followed by forty-nine countries, thirty are members of the WTO and forty-one are members of WIPO. All developed countries can take part in the project without being member of WTO or WIPO.³²

The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), which is produced by the Uruguay Round 1994, also regulated copyright, patent and trademark. It promotes bargain and reduction of tariff barrier to the international transaction goods.³³ It sets by two WIPO Treaties; the Paris Convention for the Protection of Industrial Property and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. The WTO members must amend their national law to appropriate with those conventions. However, TRIPS let the parties to not amend their domestic law concerning moral right comply with the Berne Convention Provision.³⁴ Additionally, the TRIPS agreement regulates the protection computer programs and compilation of databases.³⁵ The most important framework is TRIPS established intellectual property enforcement process in WTO members. It is the first time for enforcement procedures in IP have been subject to international standards.³⁶

Within last few years, recommend digital copyright legislation and international trade agreements established significant concern.

³⁰ *id*, Art. 6-10.

³¹ Sarah Henry, *The First International Challenge to U.S. Copyright Law: What Does the WTO Analysis of 17 U.S.C. § 110(5) Mean to the Future of International Harmonization of Copyright Laws Under the TRIPS Agreement?*, 20 Penn State International Law Review 301 (2001), at 7.

³² Archive of WTO News:2001 Press Release, 231, June 14, 2001, available at http://www.wto.org/english/news_e/pres01_e/pr231_e.htm (last visited Feb. 1, 2015)

³³ Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement 1994, Part II.

³⁴ Moral right exception in Berne Convention Provision accommodate United States, whose copyright tradition do not recognize moral right, available at <http://www.internetpolicy.net/ip/> (last visited Feb. 9, 2015)

³⁵ TRIPS, *supra* note 29, Art. 10 & 12.

³⁶ Dmytrenko & Dempsey, *supra* note 10, at 9

Critics have stressed to national legislation, a lack of due process, filtering, Internet security and different of legal thinking due to copyright enforcement.³⁷ Some developed countries have secretly started and negotiated the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)³⁸, which designed to international copyright problems, online copyright infringement, online trafficking counterfeiting goods including trademark enforcement measures.³⁹ October 1, 2011, in Tokyo, ACTA was signed by the United States, Australia, Canada, Korea, Japan, Morocco, Singapore and New Zealand.⁴⁰ The European Union, Mexico and Switzerland were representatives of the remaining ACTA negotiating parties, attended the ceremony and confirmed to support for and preparation to sign the agreement as soon as practicable.

Based on ACTA, all the parties shall provide criminal procedures and penalties in the cases copyright piracy and trademark counterfeiting on a commercial scale.⁴¹ Currently, devices and electronic media are extremely supporting copyright infringement in digital environment. Most scholars and judicial test determine if such things have infringing uses: if entity/party could play a role and has knowledge

³⁷ Michael A. Carrier, *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, 11 North Western Journal of Technology and Intellectual Property, January 2013, at 21.

³⁸ Miriam Bitton, *Rethinking the Anti-Counterfeiting Trade Agreement's Criminal Copyright Enforcement Measures*, 102 Journal of Criminal and Criminology, Winter 2012, at 67.

³⁹ David S. Levine, *Transparency Soup: The ACTA Negotiating Process and "Black box" Lawmaking*, PIJIP Research Paper Series, American Univ. Washington College of Law, August 2, 2011, at 1-2.

⁴⁰ Formal negotiations started in June 2008 with the participation of Australia, Canada, the European Union and its 27 member states, Japan, Mexico, Morocco, New Zealand, Republic of Korea, Singapore, Switzerland and the United States. The final Round of negotiations was held in Japan in October 2010. Following translation and technical work, the ACTA opened for signature on May 1, 2011. The Government of Japan will receive further signatures, as the Depositary of the ACTA. For those who have already signed, the next step in bringing the ACTA into force is the deposit of instruments of ratification, acceptance, or approval. See, Office of the United States Trade Representative (USTR), *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, available at <https://ustr.gov/acta/> (last visited March 13, 2015).

⁴¹ Each Party shall treat willful importation or exportation of counterfeit trademark goods or pirated copyright goods on a commercial scale as unlawful activities subject to criminal penalties. A Party may comply with its obligation relating to importation and exportation of counterfeit trademark goods or pirated copyright goods by providing for distribution, sale or offer for sale of such goods on a commercial scale as unlawful activities subject to criminal penalties. See Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), Art 23.

and materially contributed to contributory infringement, if they have a commercial interest and a right to control (vicarious liability) and if they have an intent to induce infringement.⁴² Intellectual property infringement be criminalized still become legislative concern in most countries. However, copyright infringement is widespread, uncontrolled and extremely increase, some legal scholar and legislator have criticized the implementation of criminal sanctions for such activities.⁴³ While, the reasons for criminalizing copyright infringement on digital environment towards protecting creative innovation, employment and financial, the vast majority people argue that committing criminal action such as rape, murder, persecution and fraud. Even theft, it is not because they worry about the prison if they caught, but because they internalize the norms against such actions.⁴⁴

Next international agreement related the digital copyright enforcement is Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP). Twelve countries throughout Asia-Pacific region have participated in TPP's meeting.⁴⁵ The TPP negotiation has been running nearly five years and over twenty chapters under discussion although several issues remain unresolved. Copyright and the Internet are one of the challenging issues on TPP. Like ACTA, TPP involves each participating nations to guarantee the criminal liability for encouraging and promoting exists under its law.⁴⁶ The nations should provide criminal penalties for willful copyright

⁴² Each party's enforcement procedures shall apply to infringement of copyright or related rights over digital networks, which may include the unlawful use of means of widespread distribution for infringing purposes. These procedures shall be implemented in a manner that avoids the creation of barriers to legitimate activity, including electronic commerce, and, consistent with that Party's law, preserves fundamental principles such as freedom of expression, fair process, and privacy

Id., Art 27, *see also* Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005); Sony v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

⁴³ Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 Hastings L.J. 167, 235-37 (2002).

⁴⁴ *id.*, at 237-38.

⁴⁵ Inkyo Cheong, *Negotiation for the Trans-Pacific Partnership Agreement: Evaluation and Implications for East Asian Regionalism*, 428 ADBI Working Paper Series, July 2013, at 4-5.

⁴⁶ *Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP): Intellectual Property Right Chapter*, Draft Feb. 2011, Art. 15 (4), available at, <http://keepthewebopen.com/tpp> (last visited March 16, 2015).

infringement on a commercial scale: includes significant willful copyright or IP infringement, which have no direct or indirect reason of financial gain.⁴⁷ Financial gain can be described as the receipt or expectation of anything of value. This could be including the file sharing of single copyrighted content.⁴⁸

2. Categorization of Copyright Infringement

2.1 Physical Copyright Infringement

Physical piracy remains a major problem in many markets around the world. Infringement on songs, movies and software occurred on illegal optical disc produce by unlicensed business and illegal market. In fact, the region with the highest rate of unlicensed Personal Computer (PC) installation was Asia Pacific, at 62 percent. It represented a two percentage-point increased from 2011.⁴⁹ Personally, the countries in the Asia Pacific made modest progress where Indonesia 84 percent of PC Software was installed without appropriate licensing in 2013, down two points from 86 percent in 2011.⁵⁰ Instead, Japan was the lowest country in the region with 19 percent in 2013, down two points from twenty-one percent in 2011.

Music, movie and software have been sold to consumers by recording or copying files in physical media such as Compact Disc (CDs), Digital Video Discs (DVDs) and cassettes. Historically, physical piracy or pirate product has strong connection with technology advanced. Copying machines, recording and multiplier machines create identical object with original copyrighted works. In America Copyright Act 1976,

⁴⁷ *id*, at Art 15 (1), *see also* Michael A. Carrier, *supra* note 36, at 25.

⁴⁸ *Id*, *see also*, Press Release, Congressman Darrell Issa, Issa Releases the Trans Pacific Partnership Intellectual Property Rights Chapter on KeepTheWebOPEN.com (May 15, 2012)

<http://issa.house.gov/press-releases/2012/05/issa-releases-the-trans-pacific-partnership-intellectual-property-rights-chapter-on-keepthewebopencom/> (last visited March 16, 2015)

⁴⁹ The Software Alliance (BSA), *The Compliance Gap, BSA Global Software Survey* (June 2014), at 9-10.

⁵⁰ *id*, at 8.

technological advancements and its impact brought revision on major part of “fair” definition in all previous copyright law.⁵¹

Since 2000, USTR noted that physical piracy markets extremely increase in many developing countries. They devoted to special attention reducing unlicensed copies physical media.⁵² Aggressive enforcement had not been done by Ukraine, Indonesia, Thailand, Russia, and the Philippines to address existing and prevent piratical activity.⁵³ Nowadays, even some countries have ratified the conventions into their national law, pirate product still can be found in some market.

Indonesia for sure, from three big cities; Jakarta, Semarang and Yogyakarta and one developing province; Lampung, piratical activity still exist and become hobby for junior, high, college students and workers enjoying music, movie and computer software.⁵⁴ Retail pirate also offer to load illegal copyrighted files and application on numerous mobile device, hand phone or carriers. The physical market for most industries, including pirate movies in Blu-ray format, computer software and video games touch to 90 percent.⁵⁵ Though, millions of illegal music CDs (Compact Disc), DVD and MP3 are still manufactured and sold in the United States.⁵⁶ Street Piracy can be manufactured by Company CD as well as in an underground operation engaged in the large-scale burning of files to blank CD-R that is the sold in flea markets, on street corner, even in local retail stores. The copying and trafficking of pirated music and movie are increasingly sophisticated trade used by savvy multi-state

⁵¹ Association of Research Libraries, Washington D.C., *Copyright Timeline: A History of Copyright Law in the United States*, available at <http://www.arl.org/focus-areas/copyright-ip/2486-copyright-timeline#Top> (last visited Feb 12, 2015)

⁵² United States Trades Representatives (USTR), *The Special 301 Report* (2003), at 1.

⁵³ *id.*, at 3.

⁵⁴ Interview by some pirate sellers and users (Oct 2013), *see also* Pujiono & Dewi Suliastiningsih, *Latar Belakang Timbulnya Pembajakan Hak Cipta di Bidang Musik dalam Format Kaset dan Upaya Penanggulangannya di Kota Semarang* (The Background of Music Copyright Infringement on Optical Media Form and Its Enforcement in Semarang City), MMH, Vol. 3, Sept. 2008.

⁵⁵ International Intellectual Property Alliance (IIPA), *Indonesia 2015; Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement*, Feb 6, 2015., at 37, *see also* Peggy Chaudry & Allan Zimmerman, *Protecting Your Intellectual Property Rights; Understanding the Role of Management, Governments, Consumers and Pirates*, 43, Springer, 2013

⁵⁶ Stephen E. Siwek, *The True Cost of Sound Recording Piracy to the U.S. Economy*, Institute For Policy Innovation, Policy Report 188, Aug 2007, at 4.

criminal operations that distribute illegal product designed to resemble authentic CDs and replace legitimate sales.⁵⁷ Hence, there are seventy-nine cases noted by Japan Ministry of Justice between 2009-2011 regarding copyright infringement. This number is lower compare with another countries.⁵⁸

Generally, pirate products can be produced and sold low-rated price than genuine products, but still bring pretty income for the infringer because they made usually with low-standard, no quality control, no authorization even safety and health guidance. There are to many factors that cause the piracy product transactions; culture, technology, regulation and its enforcement, economic, level of education and public policy.

2.2 Illegal File Sharing Phenomena

The era of modernization is now highly dependent on technological advances. It can create efficiency and effectiveness with a wide range of areas unhindered by national borders. One of technology that successfully addresses the needs is the Internet technology (Interconnection-networking).⁵⁹ Internet makes it easy for the public to access, acquire and transmit the required data anytime, anywhere and by anyone. By the Internet, there was new concept of good regulations, customs and activities within the scope of law, economics, politics and more specifically regarding intellectual property rights.

There are many types of piratical activity. Physical markets continuously decrease in some countries, while the number of copyright infringement on entertainment (music and movie) and software extremely increases on the Internet.⁶⁰ The expansion of digital communication and Internet had revolutionized the system of file distribution. All digital files can be shared all over the world with no

⁵⁷ *id.* At 4-5

⁵⁸ The General Secretariat of Japan Supreme Court, *Sentencing of Imprisonment with work for financial and economic offenses in a court of first instance (2009-2011)*, Annual Report of Judicial Statistic, available at

http://hokusyo1.moj.go.jp/en/61/nfm/n_61_3_1_6_0_0.html (last visited Feb 14, 2015)

⁵⁹ Saidin OK, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual* (Legal Aspect of Intellectual property), Raja Gravindo Persada Press, Jakarta, 2004, at 519.

⁶⁰ USTR; The Special 301 Report (2014), *supra* note 7, at 20-22.

decay, slow and secret by the Internet. Therefore, there were many controversy and significant treatment to protect the files from the pirate.

Downloading, uploading, and distributing the files over the Internet by peer-to-peer network (P2P) are common activity. P2P activity can be define as when two or more Personal Computers (PCs) are connected and share resources without going through a separate server computer. A P2P network can be an ad hoc connection—a couple of computers connected via a Universal Serial Bus to transfer files. A P2P network also can be a permanent infrastructure that links half-dozen computers in a small office over copper wires. Or a P2P network can be a network on a much grander scale in which special protocols and applications set up direct relationships among users over the Internet.⁶¹ Commercial Internet Service Provider (ISP) sometimes is obvious third party, which contribute copyright infringement.⁶² In this situation, P2P networks do not run single-handed, moreover, there are few profitable servers/websites involved; because a P2P network stores files on user's device. The theory of secondary liability used in previous file sharing cases may not apply to ISP when their service do not infringing the content.⁶³ In U.S., the ability of ISP for control infringing content becomes limited; court appropriate to treat the ISP as a common carrier and limitation on liability. Since October 28, 1998, U.S. Digital Millennium Copyright Act created four categories based on the way alleged infringer network relates with the ISP's System. The categories are (a) transitory digital network communication, (b) system

⁶¹ James Cope, *Peer-to-Peer Network*, (Apr. 8, 2002), available at <http://www.computerworld.com/article/2588287/networking/peer-to-peer-network.html> (last visited Feb. 18, 2015)

⁶² See, e.g., *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993)., *MGM Studios v. Grokster*, 545 U.S. 913 (2005)., *BMG Music v. Gonzales*, 430 F. 3d 888 (2005)., *RIAA v. Verizon*, 351 v. F.3d 1229 (D.C. Cir. 2003)., *A&M Records v. Napster, Inc*, 239 F.3d 1004 (2001) and *UMG Records v. MP3.com*, 92 F. Supp. 2d 349 (2000)

⁶³ *RIAA v. Verizon*, 351 v. F.3d 1229 (D.C. Cir. 2003), see also Martha M. Chiske, *For Now, ISPs Must Stand and Deliver: An Analysis of in re Recording Industry Association of America v. Verizon Internet Services*, 8, *Virginia Journal of Law and Technology Association*, Sept 2003, at 8, see also Aditya Gupta, *The Scope of Online Service Provider's Liability for Copyright Infringing Third Party Content Under the Indians Law-The Road Ahead*, 15, *Journal of Intellectual Property Right*, (Jan 2010), at 35-45.

catching, (c) information residing on system or networks at direction of users and (d) information location tools.⁶⁴

Today, copyright industries face new growing problems with piracy using flash drivers, smartphones, tablets and other high mobile technologies. In some countries, these devices are preloaded with illegal content even before they are sold.⁶⁵ U.S. copyright industries report growing problems about unauthorized retransmission of live sports, music and event telecast over the Internet among trading partners. Software sharing; such as games and computer program also exist over the Internet. Users can download the files and reduplicate into CD in large numbers and distribute to the market. This condition frequently happens in developing country. Instead, in U.S. and other developing countries, which had well Internet broadband, it can distribute by online. Japan as a developing countries and known as high technology country,⁶⁶ also addressing similar issue. The research from Ipsos and Oxford Economic on behalf of Japan and International Motion Picture Copyright Association (JIMCA) on 2011 has indicated the scale of loss caused by movie piracy to the Japanese economy. One on six of the Japanese adult population (aged 15-64) is active in some of movie piratical activity (downloading, streaming, buying counterfeit, borrowing unofficial and burning). Digital piracy is the most productive method of piracy with high levels of movie streaming and burning movies into CD at home. Latterly, digital piracy accounts for two third pirated volume in Japan.⁶⁷

Indonesia is fourth populous country in the world⁶⁸ and consists of seventeen thousand more of islands. With the geographical and the

⁶⁴ 17 U.S.C. § 512(a)-(d) (2002).

⁶⁵ USTR; The Special 301 Report (2014), *supra note 7*, at 21.

⁶⁶ Based on the top tens website, available at <http://www.thetoptens.com/high-tech-countries/> (last visited Feb. 19, 2015)

⁶⁷ Japan and International Motion Picture Copyright Association (JIMCA), *Economic Consequences of Movie Piracy*, Japan Report, Jan 2011, at 3-4, *see also* Recording Industry Association of Japan (RIAJ), *Statistic Trends; The Recording Industry in Japan*, (2014).

⁶⁸ Central Intelligence Agency (CIA), *The World Fact Book*; Population, July 2014, available at <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2119rank.html?countryname=Indonesia&countrycode=id®ionCode=eas&rank=5#id> (last visited Feb. 19, 2015)

population, Indonesia is one of the biggest markets of pirate product. In the meantime, retail and physical piracy continue largely persistent, Internet piracy; peer-to-peer downloading, streaming and direct download-upload at pirate content site is increasing.⁶⁹ Estimates as a fourth Internet usage in Asia, with range between seventy-one million users⁷⁰ to one hundred-thirty nine million users,⁷¹ Indonesian is now enjoying the broadband capability. More than half of Indonesian population has mobile phone access due to utilize the application, which is enabling to do infringe activity. These numbers indicate that enormous market of legitimate market for copyright goods. Unfortunately, lack of law enforcement cause online and mobile piracy proliferates and legitimates service cannot compete rigged with piracy.

C. Digital Right Management Technologies

In the beginning of technology transformation, copyright law have same treatment between online and offline content, but step further there were many infringement on digital content.⁷² There are basic differences between online and offline: (1) No physical carrier. Mostly, an object in digital form, no physical property protecting the work, no exclusivity and there is no big different about quality. (2) Local exploitation by the end-user. Technology transformation had turn out behavior of consumers and Internet user, from passive activities (reading a book, watching analog movie, and listening the music cassettes become active, by copying music, movie, software and exploiting copyrighted works from the internet. Nowadays, with less money and least facility individual, production house and civilian competitor can do such things at their places. (3) No territorial borders/borderless. Copyrighted works can be distribute everywhere by

⁶⁹ IIPA, Indonesia, *Supra note 42*, at 37-38.

⁷⁰ Internet World Stats, <http://www.internetworldstats.com/stats3.htm> (last visited Feb. 19, 2015)

⁷¹ Indonesia Internet Service Provider Association (APJII), <http://www.apjii.or.id/v2/read/page/halaman-data/9/statistik.html> (last visited Feb. 19, 2015)

⁷² John Perry Barlow, *The Economy Ideas: Selling Wine without Bottles on The Global Net*, available at <https://projects.eff.org/~barlow/EconomyOfIdeas.html> (last visited Feb 21, 2015)

the Internet, even only a pictures. Unfortunately, if those copyrighted works published in country with “worst” copyright regulation or enforcement, automatically, right holders get nothing.

It is definitely clear that government alone cannot solve the piratical activity. Owners of intellectual property right and society as users must take action to protect their rights. As a process, copyright holders, industries and content providers have progressively trusted upon technological measure for enforcing their right, mainly by Digital Right Management (DRM). Even though, there are many definition of DRM, it will refer collectively these system to control access or exploitation digital copyright content as DRM technologies.

The term “Digital Right Management” has been presented and used in legal and technical professional terminology. However, in the WIPO Copyright Treaty (WCT), the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) and Europe Union Directives, DRM is not appearing in the text of these provisions. The relevant expression is Technological Protection Measures (TPMs)⁷³ or Right Management Information (RMI).⁷⁴ DRM generally means the combination of TPMs and RMI, even though in the professional and journalistic discourse it is frequently used also as a reference just to TPMs, and sometimes just to RMI.⁷⁵

DRM technologies can be described as a protection system consists of mathematics cryptography, encryption, watermark, metadata, languages and symbols (among the technologies) that greatly used to control access, exploitation and theft of digital copyright data.⁷⁶ Primarily systems allow copyright owner to control user’s facility to view, listen, modify, copy, download or transfer the

⁷³ Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society, Art 6.2 & 7.2.

⁷⁴ WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), Art 18 & 19., WIPO Copyright Treaty (WCT), Art 11 & 12.

⁷⁵ Mihally Fiscor, *Digital Right Management (DRM) and Its Co-Existence with Copyright Exceptions*, Sub-Regional Seminar on the Protection of Computer Software and Databases, Mangalia Romania, (August 25-27, 2001) (power point work, on file with author)

⁷⁶ Yuko Noguchi, *Digital Copyright in the US and Japan*, 100, VDM (2009), see also Bill Rosenblatt, Bill Trippe & Stephen Mooney, *Digital Right Management*, M&T Books, New York (2002).

content appropriate by copyright law.⁷⁷ Furthermore, DRM can be seen as a technology, which is built varying grades certain authorization and restriction on access digital content.⁷⁸ Theoretically, the legal structure and technical means reinforce one another to support copyright protection. Copyright law role as counterbalance against violation in the technical protection mechanism, and the technical measure act as dynamic and first pioneer of defense against infringement.⁷⁹ This approach allows the holders, producers and industries sell their works to the public and protect their investment safely.

In practice, those combination are not running as well as good expectation, developing countries still improve their DRM to protect their property. The high-tech computers, large amount of storage media and all digital content that can be share have combined to create tremendously difficult for right holders. Most copyrighted works that can be reformed to digitize have big probability to duplicate illegally over the Internet. The condition has become critical for all kind of content industries, as their profit decline facing outspread content piracy. Therefore, specifically copyrighted industries need DRM to keep their business successively.

⁷⁷ *Id*, the definition of DRM technologies in this essay is not limited to the technologies that protect copyrighted works. On the Japanese Unfair Competition Prevention Law and Indonesian Information & Electronic Transaction Law protect technologies that are applied to non-copyrighted content/materials.

⁷⁸ Sabuj K. Chaudhuri, *Digital Right Management-a Technological Measure for Copyright Protection and its Possible Impacts on Libraries*, at 2-3, available at http://eprints.rclis.org/13110/1/Digital_Rights_Management-Impact_on_Libraries.pdf (last visited Feb. 20, 2015).

⁷⁹ Lei Sun, Li Zhao, Xin Thong & W. Knox Carey, *The Legal Environment for Copyright and Trust Management in China*, available at <http://static1.squarespace.com/static/52461133e4b08b5021624df2/t/535ab0dbe4b0a24faf6b2f43/1398452443699/ccnc09.pdf> (last visited Feb. 20, 2015)

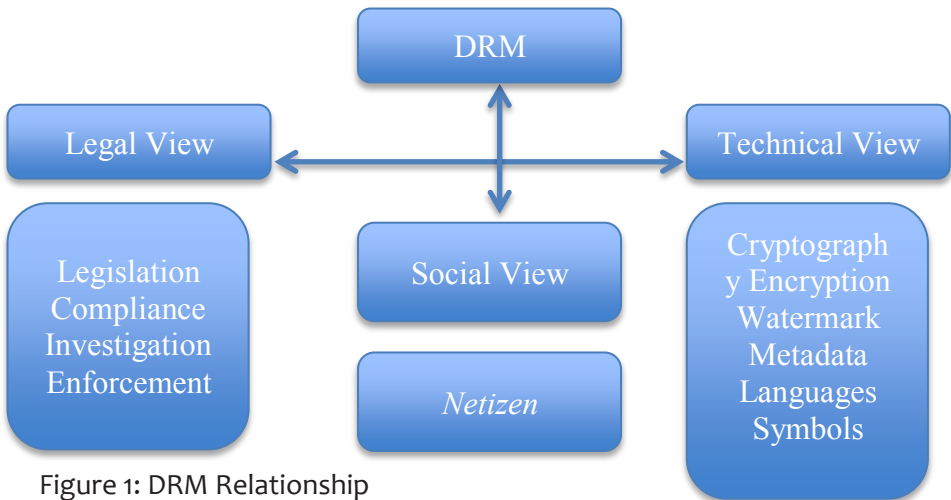


Figure 1: DRM Relationship

Finally, DRM can help the *netizen*⁸⁰ to create health Internet environment. By the specific software of DRM, it can be made to contain recognizing information through one content, original workers/goods, publisher, author, industries, users or even the name of credit card of the customers. Truly, this technology cannot prevent and guarantee the illegal distribution of intellectual property perfectly, but it does qualify to detection, identification and compliance for investigation and enforcement. The connection DRM and legal perspective of copyright protection at last will build social perspective involves culture, education, expectation, technology and economy.

As describes above, DRM is not only used to exploit and distributed digital content, but it is also using to control the usage of copyrighted works. For the examples, the famous of DRM utilization is Apple's iTunes Store⁸¹ and Google Play Store.⁸² Those applications are two types of personal entertains models, which can organize music, movies, games, streaming radio, TV program, books and application program. They are used to control and split which the application has high economic value and as free content. Therefore, they can manage the number of content distribution, instead in some places; there is

⁸⁰ Netizens are also commonly referred to as cybercitizens, which has similar connotations. The term netizen is combination from "internet" and "citizen"

⁸¹ <https://www.apple.com/itunes/> (last visited Feb 21, 2015)

⁸² <https://play.google.com/store?hl=en> (last visited Feb 21, 2015)

agency or individual exploit the content by purchasing for one legal content and make huge number of copies into CD or any devices.⁸³

D. DRM Businesses and Copyright Protection of Music, Movie and Software

Over three centuries, copyright was considered as an instrument to inspire the creativity. It has become the machine of varied media business. Without copyright (and related with intellectual property right), the media as we see today, while in entertainment, education, business, news and other objective information would not be existent.⁸⁴ Currently, the diversity and productivity of contents on the Internet are supported by physical contents in other distribution business. When the subsidy is no longer existing, or less significant, the digital contents business on the Internet would become gray and unexciting spot. Hence, how copyright still can be exist in the Internet environment without any infringement inside. One of the answers is by the technologies. Technical Protection Methods (TPMs) and Digital Right Management (DRM) may have take place in the management of copyright protection system on the Internet. The process is not only about technical enforcement, but also it is good managing data, giving right and permission, and business transactions.⁸⁵

Creating DRM cannot separate from Trust Management (TM) contribution. TM delivers an essential bond between technical measure and legal approaches to intellectual property protection. Basis of TM is identities authentication for both digital system and human user whose identities and other elements need to be trusted upon for DRM system to function suitably.⁸⁶ Authentication becomes legal connection between TM and DRM. An object/content from DRM is examined and distributed after pass the authentication. For example, if a user tries to

⁸³ Jerry Brito, *Will "iTunes Match" Make Your Pirated Music Any Less Illegal?*, (June 9, 2011), available at <http://techland.time.com/2011/06/09/will-itunes-match-make-your-pirated-music-any-less-illegal/> (last visited Feb 21, 2015)

⁸⁴ *The Answer of the Machine is in the Machine: A Big Idea for Digital Agenda*, European Publishers Council (EPC), 2013. (manuscript, on file with author)

⁸⁵ *id.*

⁸⁶ Lei Sun, Li Zhao, Xin Thong & W. Knox Carey, *supra note 66*.

access protected content through DRM authentication and then the TM had compromised the process (especially in a way that can be traced to the authenticated user), the person, user or agency may be subject of legal liabilities. The user would not be anonymous user. These conditions had consequence to all level of copyright law (criminal enforcement and private compensation) from the investigation, prosecution and judgment for copyright infringement to compliance with the government regulation.⁸⁷ Furthermore, TM delivers a basis of evidence of DRM-protected content in legal proceeding if in commerce agreement: one party turn back to accomplish his obligation.

However, even DRM providers have different system, names and methods to lay down the content usage directions. DRM process has similar basic procedure with electronic-commerce (e-commerce), which is involves: content provider, the distributor, clearing house/financial authority and customer/user. In general, e-commerce has a significant contribution to support DRM system. It is integrate with the financial authority to legalize business payment between consumer and developer/provider.

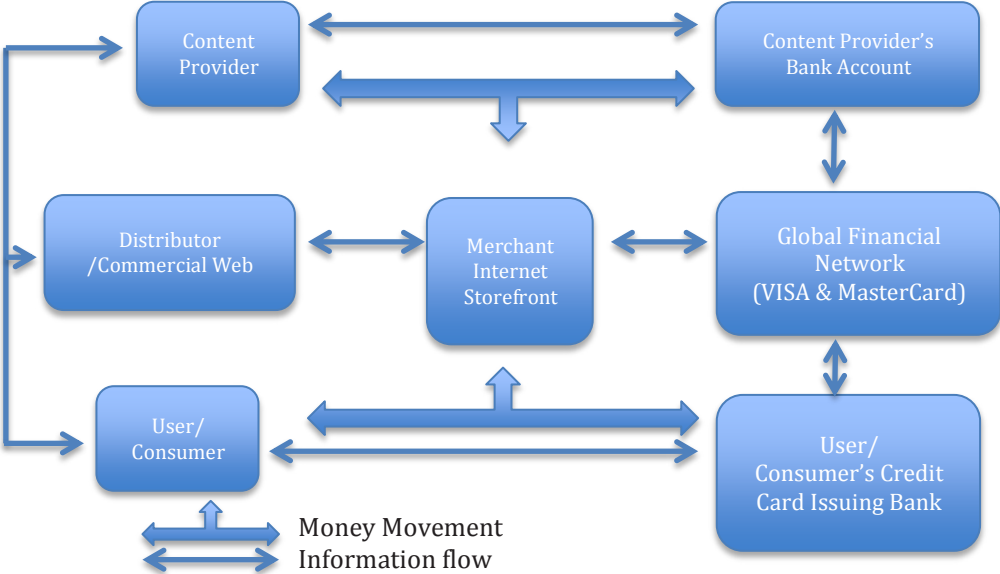


Figure 2: DRM Process

⁸⁷ id

(1) Content provider is industries for instance entertains, media, electronics, automotive, etc., which is hold the digital right on the content and have willing to protect the rights. (2) The distributor/commercial web is a third party, which linking between contents providers to the consumers. It arranges for distribution channels to all goods, objects or digital contents such as online shop, commercial sites or web retailer. Usually, commercial web obtain goods catalogue from the contents providers to help their promotion then, they will make agreement about their fee. (3) Consumers/users access the digital content to commercial web or digital content itself. They will pay or free to get the content license or goods directly. The payment process will associate with financial authority by credit card, debit card, bank transfer and web voucher. (4) Financial Authority or clearinghouse accordingly handle and authorize the financial transaction for distributing the licenses/goods to the consumers and pay royalty fees to the content provider and sharing fee to the distributor appropriately.

Even though in empirical situation there is still any crack on DRM business, there are four following aspects can be point out as positive impact of DRM technologies:

a. Protection of Content Owner

DRM technologies may be able to give protection for digital content's owner when they release to digital world, however these impression greatly depends upon how much the level of security network owners ask. Frequently, when the security network is very high, it will be make a lot of confusion and lost in the market of technology research and development.⁸⁸ Usually, DRM uses "cryptographic algorithm" or similar software packages that need a secret key; compilation of numbers, letters or phrases to encrypt the content.⁸⁹ Therefore, only the owner and consumers who already do payment can access the content completely. Herewith moral right and economic right the author can be guaranteed in public.⁹⁰ Bob Ohlweiler,

⁸⁸ Yuko Noguchi, *supra note 63*, at 107.

⁸⁹ Sabuj K. Chaudhuri, *supra note 65*, at 7.

⁹⁰ Tatsuhiro Ueno, Japanese Copyright Law, 43-49 (Peter Ganea, et al. eds., Kluwer Law International 2005).

Senior Vice-President of Business Development *MusicMatch*: an online Windows-based music store stated that without DRM, it would be very difficult to persuade all the right holders to give us the commercialization content access. Hence, we did part of the agreement that we have to keep it from the mass piracy.⁹¹ Amanda Marks, Senior Vice President of eLabs at Universal Music Group, additional remarks that “we are not going to sell our content in an unprotected format.”⁹²

b. New Variety of Business

Different business models are one of the markets strategic. DRM technologies can provide the content owner create various business models for the similar content. For instance, the software industry uses contracts to deal about price-discrimination business content or create new business models that were not exist in the past.⁹³ By the iTunes Application, it is possible to distinguish the number of entertains (apps, games, songs and movies) that download frequently by the user. However, the use of increasingly sophisticated technologies and the level of consumer satisfaction will influence the industries to set the transaction cost.

c. Reduce Transaction Cost

There are many business presented in the Internet, involves copyrighted contents. DRM technologies provide enable business by giving simple payment mechanism (direct license on-line). Generally, they have direct distribution system regarding monetary transaction from the right holder, commercial web and user without any intermediary. By design wisely and accurately, DRM-based content transaction can be low cost. (Japan Society for Right of Authors, Composers and Publisher) JASRAC, a right management organization for composition and music propose three online right clearance systems to its users: (1) J-TAKT, it is a use license application window when you use the music (JASRAC management music) on the Internet and mobile

⁹¹ Yuko Noguchi, *id.*, at 107.

⁹² *id.*

⁹³ *id.*, at 106, *see also* Digital Equipment Corp. v. Uniq Digital Tech. Inc. 73 F.3d 756 (1996)., Microsoft Corp v. Harmony Computers & Electronics Inc. 846 F.Supp. 208 (1994)., ProCD Inc. v. Zeidenberg. 86 F.3d 1447 (1996).

phones on the network. (2) J-OPUS, it is a license when we use the music for concert and various entertainment and (3) J-RAPP, it is a license for publications, recordings, musical works into media sheets, CDs or videos.⁹⁴

d. Content Authenticity and Participation Identification

It is so simple to determine whom the participations in the real physical transaction. While, on the Internet we have to make sure that the web site addresses completely legitimate or not. DRM technologies deliver the facility to recognize and identify the participants. Generally, the technologies are known as digital certificates.⁹⁵ The function is much similar with social security number or security code like financial authority has.⁹⁶ Digital certificates commonly provide Secure Socket Layer (SSL)⁹⁷ from the owner, financial authority or consumer's bank to create SSL-encrypted connection with both and can access full range of contents and management options, and allowing them to prepare, accept, submit and authorize process electronic content and transaction status. A digital certificate also creates a person's identity with his/her public cryptographic key/pin. It is combining an individual key, identity information and one or more digital signatures.⁹⁸

Digital content businesses make DRM become controversial and crucial issue that needs to be undertaken as soon as possible to stop massive bifurcation of DRM methods.⁹⁹ It is very important for

⁹⁴ <http://www.jasrac.or.jp/sitemap/index.html> (last visited March 1, 2015)

⁹⁵ Sabuj K. Chaudhuri, *supra note 65*, at 8.

⁹⁶ *Mobile Banking From A World Leader in Digital Security*, available at http://www.gemalto.com/brochures/download/mobile_banking.pdf (last visited, March 4, 2015), see also SafeNet, *Banking on Security: Alfa-Bank Use Two-Factor Authentication to Protect Customers' Identities Case Study*, (essay, on file with author)

⁹⁷ SSL is a security technology for establishing an encrypted links between a server and a client typically a web server (website) and a browser; or a mail server and a mail client (e.g., Outlook). SSL allows sensitive information such as credit card numbers, social security numbers, and login credentials to be transmitted securely. Normally, data sent between browsers and web servers is sent in plain text leaving you vulnerable to eavesdropping. If an attacker is able to intercept all data being sent between a browser and a web server they can see and use that information.

⁹⁸ Sabuj K. Chaudhuri, *id.*

⁹⁹ Cristhoper Andrews, et al., *Computer Security 06-17417 Digital Right Management Version 0.7*, (University of Birmingham, School of Computer Science, teaching Modules),

computing industries, movies, games, software, music and financial security. The revelation of the National Security Agency (NSA) whistleblower Edward Snowden,¹⁰⁰ whistleblower website *WikiLeaks*¹⁰¹ and the Sony Hack¹⁰² have changed the global issue about privacy, security and copyright. Most of companies have tried many DRM methods to protect their contents. However, in proportion to technological advanced there is still find many holes to crack the technology protection system. Some of disadvantages will challenged the users¹⁰³ and the publisher¹⁰⁴ as follows:

a. Users Disadvantages

Implementing DRM Technologies for the content protection on the Internet in great scale, have a chance to make the Internet connectivity down or decelerated. One factor could be take place is multiple applications installed on million computers all over the world to support the protection system. It will also make slow down of data access. This signifies an inconvenience for home users, who have to wait longer for the content to be loaded due to intensify the resource consumption to decode encrypted content.¹⁰⁵ It could be more seriously for the business environment, where keys may be encrypted for all the documents and the contents each time accessed. This condition will make the industries less efficient than the competitors.

available at <http://www.cs.bham.ac.uk/search/?query=computer+06-17417&searchbutton=Search&site=www.cs.bham.ac.uk> (last visited March 5, 2015).

¹⁰⁰ <http://www.biography.com/people/edward-snowden-21262897>, see also <http://www.dailymaverick.co.za/article/2013-08-02-russia-grants-snowden-a-years-asylum-summit-in-doubt/#.VPgRIIOUdex> (last visited March 6, 2015).

¹⁰¹ Charlie Savage, *U.S. Tries to Build Case for Conspiracy by WikiLeaks*, N.Y. Times, Dec 15, 2010, available at http://www.nytimes.com/2010/12/16/world/16wiki.html?_r=0 (last visited March 6, 2015)

¹⁰² Timoty B. Lee, *The Sony Hack: How It Happened, Who is Responsible and What We've Learned*, Vox, Dec 17, 2014, available at <http://www.vox.com/2014/12/14/7387945/sony-hack-explained>, see also Ben Kuchera, *PlayStation Network Hacked, Data Stolen: How Badly is Sony Hurt*, Apr 27, 2011, available at <http://arstechnica.com/gaming/2011/04/sonys-black-eye-is-a-pr-problem-not-a-legal-one/> (last visited March 6, 2015)

¹⁰³ Users mean anyone who purchasing or using content provided by DRM system

¹⁰⁴ Publisher or producer means companies or third party who distributed the content with DRM system.

¹⁰⁵ Cristhoper Andrews, *supra note 86*, at 25.

Some of developing countries that are not having huge capacity of broadband speed-connectivity will faced this problem. Next problem is application backup, not all DRM technologies provide backup service for their content. If the user then removes or they should restart or reset up their personal computer, they will lose access to the content, which they paid for.¹⁰⁶ For the general of DRM technologies, it needs license when the contents record in the other media like CDs, DVD even TV in your house, but these issues must be heavily regulated if social habits think that it is complicated and costly. Therefore, most users think simply to do piracy.

b. Publisher Disadvantages

Free downloading of entertain contents are the biggest problem which should be confronted by the industries/publisher. Many people download illegal contents, just like music and movie due to try before they really buy the original content or they do because it is free and completely easy. Free downloading websites utilized by the web producer to get the profit for the commercials. Most of the websites do not get permission from the owner to sell or provide the contents. Moreover, file sharing getting worst on the Internet environment. These situations can be seen as beginning new markets that generate loss to industries.

Hence, producers have to spend extra budget for research and development of DRM system. They should conduct a survey of the

¹⁰⁶ There are essential differences between iTunes Music Store (Apple *FairPlay*) and Windows Media Player DRM (Microsoft), for *Fairplay*, all user keys belong to user already backup on Apple's servers. If the user lost his/her key-user, then he/she can do recovery from Apple's servers to register new computer as much as five computers. Cancellation of computers registration only can be done from its computer. If the computer is malfunction or re setup five times, then his/her key-user cannot be recovered again. Instead, users of Windows Media Player DRM cannot backup his/her license, if his/her loses his license, such as damage or restarting the computer setup, it is difficult for him to recover the license. Some stores are providing services for license recovery, but most stores do not provide this service. see Aulia Hakim, *Perbandingan DRM Audio Apple Fair Play dan Windows Media DRM* (Comparison of DRM Audio Apple *FairPlay* and Windows Media DRM), Informatics Engineering Programs, Institute Technology Bandung, (manuscript, on file with author), see also <https://itunes.apple.com/us/artist/fair-play/id65563020> and <http://windows.microsoft.com/en-us/windows/media-player-drm-faq#1TC=windows-7> (last visited March 8, 2015)

technology that will be used for the main attraction in the community, because people would be smart to choose a product, which is easier and cheaper to obtain. Publisher also can get bad image to over-pursuing DRM initiative. For instance, the Recording Industry Association of America (RIAA) and Motion Pictures Association of America (MPAA) has filed suit against companies offering unlicensed music on the Internet and the IFPI (International Federation of Phonographic Industry has worked globally to shutdown online music distributor. In some circumstances, the recording industry has been engaged against the large scale online piracy service likes; Napster,¹⁰⁷ MP3.com,¹⁰⁸ Grokster,¹⁰⁹ and Cecilia Gonzales.¹¹⁰ Action also continues to be taken against cyber lockers and downloaded consumers that are providing a platform for music and movie piracy. Universal Music Group, EMI Music Publishing, Warner Brothers, BMG and Sony, under the umbrella of the RIAA filed thousand lawsuits around 2003-2004.¹¹¹

At first, DRM technologies were created for the responsibility of digital media distributor to the copyright holders to ensure that copyrighted contents are not hijacked. But, at this time DRM technologies are the main requirement for copyright business. File sharing system has caused everyone with the Internet, being able to distribute large quantities of illegal content to other users. These circumstances made the industries that were previously single/group supplier of the content, must be compete with the pirates. Direct attacks and indirect attacks on DRM systems can hereafter be prevented with the help of system updates. One possibility to inhibit sound and video grabbing could be a closer linkage of the DRM systems and the operating system. Right management technologies are here to stand and available security update system will necessity to take place

¹⁰⁷ A&M Record v. Napster, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

¹⁰⁸ UMG Recordings v. MP3.com, 92 F. Supp. 2d 349 (2000)

¹⁰⁹ Groakster, 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764 at 1

¹¹⁰ BMG Music v. Cecilia Gonzales, 430 F.3d 888 (2005)

¹¹¹ David Kravets, *Copyright Lawsuit Plummet in Aftermath of RIAA Campaign*, Wired, May. 18, 2010, available at <http://www.wired.com/2010/05/riaa-bump/> (last visited March 9, 2015)

on DRM system and legislative requirements due to gratify the producers and consumers' demand.

E. Concluding Remarks

Illegal digital sharing practices in Indonesia are bit different with United States and Japan. While, in America, digital illegal sharing through the Internet is highest than street piracy, Indonesia is opposite. There are some steps of pirate do their action: data retrieval, announcement of new creation, data multiplication and market. There are more than 70 websites in Indonesia that offer pirated content or data freely. Through search engines, we can find the links locally or internationally, depend on data that we need. Indirectly, the development of unlicensed websites that facilitate illegal downloading makes potential losses on the domestic music industry. However, this situation did not dampen the Indonesian government to invite the public awareness concerning anti-piracy. Some of movements undertaken by Indonesian government are socialization, caution (warning system), websites closure and litigation. Attempting to create regulation that can protect the copyright on the songs, movies and software in the digital age, there are four principles could be use by government; multi-jurisdiction regulation, the anonymity profile, technical regulation and dynamic principle.

Right Management Technologies used by most of copyright industries to protect their content. Developing of DRM as formidable new challenge because of the wide spread of networks and extremely increases of World Wide Web. Everyone and everywhere can easily to access the Internet with good or bad purposes. Building strong and simple of right management system will create highly flavored technical system for copyrighted works. Therefore, healthy Internet environment will be equipped by legislative requirements. The connection of DRM and legal perspective of copyright protection at last, will build social perspective involves culture, education, expectation, technology and economy.

Whether the increase of international pressure on criminal copyright legislation leads to a paradigm shift in copyright law are open

to dispute, many scholars and some countries believe copyright law has not changed fully from a civil to a criminal understanding of copyright law. Compensation, financial payment and authority blocked still widely practiced in the solution of illegal file sharing on the Internet. Thus, International copyright law is not criminal oriented, nevertheless, enforcement of digital copyright infringement more substantial to reform.

PRINSIP MOST FAVORED NATION DALAM GERENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES WORLD TRADE ORGANIZATIONS

Oleh: Melly Aida & Rehulina

A. Pendahuluan

Liberalisasi perdagangan barang dan jasa merupakan salah satu fenomena global yang dihasilkan oleh konvensi perdagangan dunia (*World Trade Organization/WTO*) yang dihasilkan oleh pertemuan tingkat tinggi menteri setelah gagal berlakunya *International Trade Organization* 1930.

WTO merupakan perjanjian perdagangan yang paling luas karena tidak hanya menyangkut masalah perdagangan barang namun juga jasa, penanaman modal dan hak kekayaan intelektual (HKI). Keempat perjanjian WTO ini diatur dalam *annex/lampiran* pada perjanjian WTO.

Annex II WTO yaitu *General Agreement on Trade in Services*, yang selanjutnya disebut dengan GATS merupakan suatu perjanjian yang relatif baru. GATS adalah hasil dari perundingan *Uruguay Round*, dari kurun waktu 1986 sampai dengan 1993, dan juga merupakan perjanjian perdagangan multilateral yang pertama di bidang jasa,¹ selain itu GATS merupakan hasil suatu proses panjang yang dimulai dengan inisiatif Amerika Serikat saat *Tokyo Round*. Saat itu Amerika Serikat mulai berusaha meyakinkan para peserta untuk mendukung prakarsanya

¹ Direktorat Perdagangan dan Perindustrian Multilateral Dirjen Multilateral Ekonomi, Keuangan dan Pembangunan Departemen Luar Negeri, op.cit, hlm. 1.

memasukkan *Trade in Services* dalam GATT. Usaha ini berhasil pada tahun 1986 ketika diambil suatu keputusan yang tegas saat Deklarasi Punta Del Este tahun 1986.

Terbentuknya GATS seperti ditegaskan dalam Deklarasi Punta Del Este adalah untuk membentuk suatu kerangka prinsip-prinsip atau aturan-aturan material mengenai perdagangan jasa. GATS terdiri atas 28 (dua puluh delapan) pasal dan 7 (tujuh) *Annex*. dokumen-dokumen penting dalam perjanjian GATS terdiri atas; *Scope and definitions, general obligations and discipline, specific commitment, progressive liberalization, intuitional provision and final provisions*.

Secara umum ketentuan yang diberlakukan secara umum dalam GATS yaitu MFN (kadang disebut pula sebagai Non-Diskriminasi) diatur dalam Pasal 2 (1), transparansi diatur pada Pasal 3(3), bagian prosedural berkaitan dengan ketentuan peraturan nasional Pasal 6 (2) dan (4) dan pengakuan yang diatur pada Pasal 7 GATS.²

Ketentuan umum yang berkaitan dengan MFN yang merupakan singkatan dari *Most Favored Nation* merupakan prinsip umum dalam perjanjian internasional. *Vienna Convention on the law of treaties 1969/* Konvensi Wina 1969 pada pasal 35 mengatakan bahwa suatu kewajiban yang timbul dari suatu perjanjian internasional dapat dibebankan kepada suatu Negara ketiga, jika para pihak yang terikat pada perjanjian itu memang bermaksud demikian, dan Negara ketiga yang bersangkutan secara tegas menyatakan menerima kewajiban itu yang dinyatakan secara tertulis,³ akan tetapi dalam praktek secara kasuistis persetujuan pihak ketiga atas pembebanan kewajiban berupa persetujuan secara diam-diam.⁴ Dilain pihak pemberian hak kepada pihak ketiga (Pasal 36 Konvensi WINA 1969) menunjukkan adanya sedikit perbedaan dengan pasal 35, Pasal 36 (1) menyatakan bahwa jika perjanjian internasional memberikan hak kepada Negara ketiga yang bersumber dari ketentuan perjanjian jika para pihak yang terkait pada

² FX. Joko Priyono, *Hukum Perdagangan Jasa (GATS/WTO)*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Semarang, Semarang, 2010, hlm. 100

³ I Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian 2*, Mandar Maju, Bandung, 2005, Hlm. 281

⁴ *Ibid.*, Hlm. 282

perjanjian memang bermaksud memberikan hak tersebut baik kepada satu Negara ketiga atau sekeompok Negara atau semua Negara dan Negara ketiga harus menyetujuinya.⁵

Pada pokoknya MFN merupakan suatu klausula dalam suatu perjanjian internasional yang memberikan perlakuan yang sama kepada suatu negara ketiga sehubungan dengan suatu perjanjian yang telah dibuat terdahulu. Klausula MFN telah sejak lama digunakan oleh negara-negara salah satunya oleh perjanjian multilateral di bidang perdagangan perjanjian *World Trade Organization* (WTO) khususnya pada Pasal 1, selain pada perjanjian utamanya terdapat pula *annex 1B* WTO GATS pada Pasal 2.

General Agreement on Tariff and Trade (GATT) yang merupakan perjanjian pendahulu sebelum terbentuknya WTO memuat klausula MFN sebagai salah satu asas terpenting dalam kerangka aturannya dan dengan terbentuknya *World Trade Organisation* (WTO) pada tahun 1994 yang mengadopsi aturan-aturan GATT sebagai salah satu lampirannya maka klausula ini juga terikat dan dengan kata lain pembentukan WTO menyepakaiti klausula MFN sebagai salah satu asas yang di taati oleh para pihak. Tulisan ini hendak menjawab bagaimanakah pengaturan dalam Konvensi Wina 1969 mengenai perjanjian internasional yang menggunakan klausula *Most favoured nation* dan bagaimanakah penerapan klausula *Most favored nation* dalam kerangka *World Trade Organization* khususnya GATS.

B. KONVENSI WINA 1969

Perjanjian Internasional merupakan sarana hubungan antar negara yang penting, dimana di dalam perjanjian tersebut masing-masing pihak saling mengikat diri dan mengatur segala sesuatu yang telah disetujui. Perjanjian Internasional pada prinsipnya hanya mengikat pada pihak yang membuatnya dengan demikian perjanjian tersebut tidak mengikat pihak ketiga, sebagaimana yang disebutkan dalam peribahasa Romawi, "*Pacta Tertii Nec Nocent Nec Prosunt* "yang artinya perjanjian tidak menimbulkan hak dan kewajiban bagi pihak ketiga.

⁵ Ibid.,

Namun demikian atas persetujuan para pihak, ada kalanya suatu perjanjian internasional tersebut memberikan hak-hak kepada pihak ketiga. Perjanjian yang menyangkut pemberian hak-hak kepada pihak ketiga ini disebut perjanjian dengan klausula *The Most Favoured Nation* (MFN).

Pada pokoknya, klausula MFN merupakan prinsip non-diskriminasi di antara negara-negara.⁶ Prinsip ini memberikan syarat bahwa suatu negara harus memberikan hak kepada negara lain sebagaimana ia memberikan hak serupa pada negara lain⁷.

Penerapan perjanjian internasional dengan klausula MFN, maka negara-negara yang terikat pada perjanjian tersebut akan memberikan keuntungan-keuntungan yang sama kepada suatu negara ketiga yang akan ikut serta, sebagaimana yang telah diberikan kepada peserta lainnya. Perjanjian internasional dengan klausula MFN pada prinsipnya merupakan perjanjian internasional yang memberikan hak kepada suatu negara ketiga. Jadi negara yang sebelumnya bukan merupakan peserta dari suatu perjanjian internasional dapat menuntut hak-hak yang disebutkan dalam perjanjian.

Pengaturan secara khusus tentang klausula MFN adalah adanya usaha yang dilakukan oleh *International Law Commission* (ILC) untuk mengkodifikasi aturan mengenai klausula MFN yang telah mulai dibicarakan sejak tahun 1946. Pada mulanya hal ini tidak dianggap perlu untuk penyusunan suatu ketentuan tertentu, tetapi hal ini juga dimungkinkan untuk melakukan suatu penyelidikan/studi mengenai klausula ini pada masa yang akan datang. Hal ini dapat terlihat pada perkembangan selanjutnya tahun 1967, ILC memulai suatu studi tentang klausula MFN. Juli 1978, ILC berhasil menyelesaikan suatu konsep mengenai klausula MFN sebagai dasar ketentuannya yang memuat 30 pasal. Klausula MFN disusun sebagai salah satu aspek hukum perjanjian dan oleh karena itu tetap berpedoman pada ruang lingkup hukum

⁶ Huala Adlof, *Hukum Ekonomi Internasional Suatu Pengantar*, PT. RajsGrafindo, Jakarta, 2005, hlm. 31

⁷ Ibid.,

perjanjian internasional sebagaimana yang telah dikodifikasi pada Konvensi Wina 1969.⁸

Konsep yang masih merupakan sebuah resolusi itu (belum merupakan suatu kodifikasi) pengertian tentang klausula MFN dijelaskan dalam pasal 4 yang berbunyi:

” A most Favored nation clause is a treaty provision where a state under takes an obligation toward another state to accord most Favored nation treatment in an agreed sphere or relations”.

Artinya: Ketentuan MFN adalah suatu ketentuan dimana suatu negara mempunyai kewajiban atas negara lain untuk memberikan tindakan yang lebih baik/menguntungkan dalam suatu ruang lingkup hubungan yang telah disetujui. Inti dari perjanjian dengan klausula MFN ini adalah memberikan perlakuan yang sama terhadap negara lain yang bukan peserta dari suatu perjanjian yang telah dibuat dengan suatu negara lain. Perlakuan yang sama disini maksudnya adalah dengan memberikan kelonggaran-kelonggaran ataupun keuntungan-keuntungan seperti yang telah diterima oleh negara peserta perjanjian terdahulu, misalkan, Indonesia mengadakan perjanjian dengan Jepang yang berisi klausula MFN dalam perjanjian tersebut dinyatakan bahwa karet Indonesia yang diekspor ke Jepang dikenakan tarif 5% dan terhadap Ajinomoto yang di impor dari Jepang dikenakan 5% pula. Kemudian Indonesia mengadakan perjanjian dengan India, dalam hal perdagangan karet, dimana terhadap ekspor karet Indonesia yang masuk ke India juga dikenakan tarif 4% dan secara timbal balik untuk suatu komoditi India yang masuk ke Indonesia juga dikenakan tarif 4% juga. Dalam hal ini Jepang dapat menuntut Indonesia untuk menurunkan tarifnya menjadi 4% juga seperti yang diberikan Indonesia kepada India. Dari contoh diatas dapat kita simpulkan bahwa perjanjian dengan Klausula MFN haruslah dilakukan dalam bidang yang sama/tertentu dan oleh karena perjanjian antara Indonesia dan Jepang

8

mengandung Klausula MFN, maka Jepang dapat menuntun Indonesia untuk menurunkan tarifnya.⁹

Secara historis penggunaan klausula MFN telah dipakai sejak abad XVII, dimana bentuknya ada dua yaitu bersyarat dan tidak bersyarat.¹⁰ Perjanjian internasional dengan klausula MFN yang bersyarat maksudnya terhadap suatu perjanjian internasional yang telah ada sebelumnya, maka pihak ketiga tidak dapat dengan segera untuk menuntut keuntungan-keuntungan dari perjanjian tersebut. Dibutuhkan suatu syarat yang harus dipenuhi oleh pihak ketiga untuk dapat terikatnya dalam perjanjian.

Perjanjian dengan klausula MFN bersyarat merupakan hal yang khusus, terutama yang dianut oleh Amerika Serikat sebelum tahun 1923. Hal ini dapat terlihat dari salah satu perjanjian antara Amerika dengan Prancis pada tahun 1778. Dalam pasal 2 perjanjiannya menyebutkan perjanjian mereka merupakan perjanjian yang menggunakan klausula MFN bersyarat.¹¹

Penggunaan klausula MFN yang tidak bersyarat sudah lazim dipakai. Pemberian hak dan kewajiban kepada pihak ketiga dalam suatu perjanjian internasional tidak memerlukan persyaratan-persyaratan tertentu. Pihak ketiga dapat secara langsung menikmati keuntungan-keuntungan yang sama yang telah diperoleh para pihak sebelumnya.

Suatu hal yang menarik dalam perjanjian dengan klausula MFN adalah apabila suatu perjanjian dengan klausula MFN sudah berakhir dan kaitannya dengan pihak ketiga. Dalam hal ini pengakhiran suatu perjanjian internasional dengan klausula MFN yang melibatkan pihak ketiga adalah tergantung pada isi perjanjian yang bersangkutan. Jika tidak disebutkan dalam ketentuan perjanjian mengenai pengakhirannya, maka penyelesaiannya diserahkan pada penafsiran terhadap perjanjian oleh para pihak.

9

¹⁰ Huala Adolf, *Hukum Ekonomi Internasional, Suatu Pengantar*, Op.Cit, hal. 31.

¹¹ Mc. Naic, *The Law of Treaties*, Clarendom Press, Oxford, 1961, hal. 276.

C. Penerapan MFN dalam Perjanjian perdagangan Jasa (GATS) dalam *World Trade Organisation* (WTO)

Salah satu perjanjian antar negara dalam bidang perdagangan yang menggunakan klausula MFN terdapat dalam *General Agreement on Tariff and Trade* 1948 (GATT) yaitu perjanjian multilateral yang memuat aturan-aturan umum mengenai tarif dan perdagangan. Dengan terbentuknya organisasi perdagangan dunia (*World Trade Organisation*/WTO) sebagai hasil perundingan anggota GATT di Uruguay pada tahun 1994 ditetapkan bahwa ketentuan GATT merupakan bagian dari WTO.

Klausula MFN merupakan salah satu prinsip utama dalam GATT yang mengatur perdagangan barang. Pada pokoknya konsep MFN ini adalah prinsip non-diskriminasi di antara negara-negara. Kaidah memberikan syarat bahwa suatu negara harus memberikan hak kepada negara lainnya sebagaimana halnya ia memberikan hak serupa kepada negara ketiga.¹² MFN juga menjadi prioritas dalam Persetujuan Perdagangan bidang Jasa (Pasal 2 *General Agreement on Tariff in Services*/GATS) dan Persetujuan Perdagangan yang terkait dengan hak atas kekayaan intelektual (Pasal 4 *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*/TRIPs).

Pada bidang jasa, sebuah negara diperbolehkan mengadakan diskriminasi dalam batas-batas tertentu. Pengecualian ini diperbolehkan dalam kondisi-kondisi tertentu. Secara umum MFN diartikan bahwa setiap kali suatu negara mengurangi hambatan perdagangan dan membuka pasarnya, maka negara tersebut harus melakukan hal yang sama terhadap negara mitranya, baik negara itu kaya atau miskin, kuat atau lemah.

Pengecualian lain terhadap pelaksanaan klausula MFN adalah berkaitan dengan sistem preferensi umum (*Generalised System of Preferences*/GSP) yaitu suatu sistem untuk membantu pertumbuhan

¹² Huala Adolf, Op.Cit, hal. 30.

ekonomi negara-negara sedang berkembang,¹³ yang ditetapkan mulai tahun 1971. Dalam pengecualian ini maka negara-negara anggota GATT yang sudah maju dapat memberikan perlakuan tarif yang lebih lunak atau menghilangkan sama sekali, terhadap produk-produk impor dari negara-negara sedang dari pada produk-produk yang sama dari negara maju untuk jangka waktu tertentu yaitu 10 tahun.

D. GATS

Prinsip MFN dikenal juga sebagai prinsip non-diskriminasi. MFN merupakan suatu kewajiban umum (*general obligation*) dalam GATS. Kewajiban ini bersifat segera (*immediately*) dan otomatis (*unconditional*).¹⁴ Adapun pengaturan mengenai prinsip MFN dalam ketentuan GATS diatur dalam ketentuan GATS Pasal 2(1):

“With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than it accords to like services and service suppliers of any other country, a Member may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article II Exemptions, the provisions of this Agreement shall not be so construed as to prevent any Member from conferring or according advantages to adjacent countries in order to facilitate exchanges limited to contiguous frontier zones of services that are both locally produced and consumed

MFN adalah suatu kemudahan yang diberikan kepada suatu Negara yang juga harus diberikan kepada negara lain. Berdasarkan prinsip MFN maka GATS menghendaki adanya kesetaraan kesempatan bagi produk jasa dan penyedia jasa dari negara-negara anggota. Dalam GATS jika suatu Negara memperbolehkan pihak asing bersaing dalam

¹³ Huala Adolf dan A. Chandawulan, *Masalah-Masalah Hukum dalam Perdagangan Internasional*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1994, hal 65.

¹⁴ Jhon H. Jackson, *International Economic Relations Case, Matrerial and Text*, West Publishing Co, St Paulo, 1996, hlm. 436

suatu sektor, kesempatan yang sama harus diberikan untuk pengusaha jasa dari negara anggota lainnya.

Prinsip ini mensyaratkan bagi suatu pemerintah untuk tidak memberikan perlakuan diskriminasi antara jasa dan pemberi jasa dari negara-negara lainnya. Setiap tindakan yang mendiskriminasi antara jasa dan pemasok jasa suatu Negara asing dan pemasok jasa asing lainnya bertentangan dengan persetujuan GATS. Konsekuensi logis dianutnya prinsip MFN oleh GATS adalah setiap tindakan negara anggota yang menimbulkan diskriminasi terhadap sesama pemasok jasa asing, bertentangan dengan GATS, kecuali telah diajukan pengecualian sementara terhadap penerapan MFN.

Terdapat tiga hal yang perlu diperhatikan dalam rangka penerapan prinsip MFN;¹⁵

1. Prinsip MFN berdasarkan ketentuan GATS hanya dapat diberlakukan terhadap peraturan dalam negeri negara anggota yang tercakup dalam ruang lingkup GATS. Peraturan dalam negeri negara anggota dalam hal ini tidak hanya terbatas pada peraturan yang dikeluarkan oleh pemerintah pusat ataupun pemerintah yang berwenang, melainkan termasuk pula peraturan yang dikeluarkan oleh pemerintah daerah atau lembaga swadaya masyarakat atas wewenang dari pemerintah. Peraturan dalam negeri ini dapat berupa undang-undang, regulasi, aturan, prosedur, keputusan administrative ataupun diwujudkan dalam bentuk lain. Dengan demikian suatu peraturan dapat dikatakan tercakup dalam ruang lingkup GATS apabila peraturan tersebut berdampak pada perdagangan jasa, meskipun peraturan tersebut mengatur hal yang lain sebagai-mana keputusan *Appellate body*. Lebih lanjut, Pasal 28 GATS menyebutkan beberapa contoh peraturan yang tercakup dalam ruang lingkup GATS, yakni yang mengatur

¹⁵ Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of The World Trade Organization Text, Cases and Materials*, Sixth Printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, hlm. 320-324

mengenai pembelian, pembayaran atau penggunaan produk jasa akses atau penggunaan produk jasa, terkait dengan penyedia jasa, yang ditunjukkan untuk umum; serta nilai komersial dari individu sebagai penyedia jasa di Negara lain.

2. Penerapan prinsip MFN dalam ketentuan GATS hanya dapat diberlakukan terhadap produk jasa atau penyedia jasa yang termasuk kedalam “*like services*” atau “*like service suppliers*”. Karenanya terhadap produk jasa atau penyedia jasa yang tidak termasuk dalam “*like services*” atau “*like service suppliers*” dimungkinkan untuk diberikan perlakuan yang berbeda. Pada dasarnya ketentuan GATS tidak memberikan definisi tertentu mengenai jasa. Hanya saja dalam Pasal 1 ayat 3 huruf c dikategorikan mengenai sektor jasa yang termasuk dalam pengaturan GATS yakni sektor jasa yang bukan termasuk sektor yang dikuasai dan dikelola oleh pemerintah. GATS memberikan definisi terhadap penyedia jasa sebagaimana diatur dalam pasal 28 huruf g. pasal 28g. Penyedia jasa adalah setiap orang yang menyediakan jasa termasuk subjek hukum yang menyediakan jasa dalam bentuk nilai komersial berupa kantor perwakilan atau kantor cabang. Lebih lanjut GATS ternyata tidak memberikan definisi mengenai “*like services*” atau “*like services supplier*”, sehingga penentuan mengenai apa yang dimaksud dengan “*like services* atau *like service supplaer* ditentukan berdasarkan karakteristik dari produk jasa ataupun penyedia jasa yang bersangkutan atau berdasarkan klasifikasi dan deskripsi dari jasa menurut *United Nations Sentral Product Clasivication* (CPC) atau pun berdasarkan perilaku konsumen jasa itu sendiri
3. Menerapkan prinsip MFN berarti memberikan perlakuan yang tidak lebih menguntungkan terhadap produk jasa atau penyedia jasa lokal dibandingkan dengan perlakuan yang diberikan terhadap produk jasa taupun penyedia jasa dari Negara lain.

Terhadap penerapan prinsip MFN juga terdapat pengecualian yang diatur dalam Pasal 2 (2) GATS.

A member may maintain a measure in consistenc with paragraph one provided that such a measure is listed in, and meets the condition of the annex on article II exemption.

Berdasarkan Pasal 2 (2) diatas negara anggota dapat mengecualikan penerapan prinsip MFN pada peraturan dalam negerinya dengan syarat peraturan tersebut termasuk dalam kategori yang diatur dalam aturan tambahan (*Annex*). Pengecualian pada Pasal 2 ini adalah pengecualian yang difokuskan pada sektor jasa transportasi (terutama maritim), komunikasi (sebagian besar pada audio visual), keuangan dan bisnis.

Suatu negara dalam melakukan hubungan perdagangan internasional berdasarkan kepentingan nasionalnya dapat mempertahankan tindakan-tindakan yang tidak sejalan dengan Pasal 2 ayat 1 GATS (*MFN Clause*), sepanjang tindakan tersebut di daftarkan atau di cantumkan dalam daftar pengecualian (*Exmption list*). Pengecualian terhadap prinsip MFN ini dilakukan dengan cara memberikan notifikasi, oleh negara anggota yang berisikan deskripsi dari sektor yang dikecualikan; deskripsi dari peraturan yang dikecualikan beserta alasannya negara-negara yang dikecualikan dari penerapan prinsip MFN jangka waktu pemberlakuan pengcualin tersebut dan kondisi yang menyebabkan suatu Negara menerpak pengecualian tersebut terhadap prinsip MFN.¹⁶

Negara yang menghendaki perlakuan yang lebih menguntungkan terhadap suatu Negara diberi kesempatan untuk melakukannya dengan cara mencatatkan pengecualia MFN sebelum mengimplementasikan perjanjian GATS. Lampiran khusus mengenai pengecualian tersebut menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian GATS dan berlaku saat diberlaku-kannya perjanjian GATS. Sedangkan setiap pengecualian baru yang didaftarkan sesudah berlakunya persetujuan pendirian WTO akan dikenakan pasal 9 (3)

¹⁶ Peter Van den Bosch op. cit, hlm. 325

persetujuan pendirian WTO.¹⁷ pengecualian tersebut akan ditinjau oleh dewan perdagangan jasa (*Council For Trade In Services*) setelah jangka waktu 5 tahun sejak berlakunya persetujuan.¹⁸ Pengecualian tersebut tidak boleh melebihi jangka waktu 10 tahun. Apabila terdapat hal-hal tertentu lainnya, dapat di negosiasikan pada perundingan liberalisasi perdagangan berikutnya¹⁹

Pada prinsipnya, pengecualian tersebut tidak boleh melebihi kurun waktu 10 tahun terhitung sejak berlaku efektifnya ketentuan GATS, yakni pada tanggal 1 Januari 1995. Oleh karena itu pada bulan Januari 2005 lalu, seharusnya semua pengecualian sebagaimana yang diatur dalam pasal 2 (2) telah berakhir.

Ketentuan Pasal 2(1) GATS dapat dikatakan bahwa sistem GATS memberikan kebebasan bagi anggotanya untuk menyimpang dari kewajiban MFN. Suatu negara anggota dapat memberikan perlakuan yang lebih baik atas suatu sektor jasa kepada satu atau beberapa anggota. Akan tetap suatu negara tidak dapat diperkenankan untuk memberikan perlakuan yang lebih buruk dari yang dicantumkan dalam *scadule of commitment* (SoC) kepada satu atau beberapa negara anggota. Pengecualian ini banyak umumnya ditunjukkan sebagai justifikasi bagi preferensi perdagangan di tingkat regional dan *Free Trade Area* (FTA). Saat ini lebih dari 80 negara anggota menggunakan pengecualian ini.

Penerapan prinsip MFN juga memiliki pengecualian berdasarkan Pasal 2(3) GATS dan Pasal 13 (1) GATS. Pasal 2 (3) GATS menyatakan bahwa penerapan prinsip MFN dapat dikesampingkan dalam perdagangan jasa yang dilakukan dengan negara-negara lain yang seperbatasan wilayah, (*Adjacent countries*). Kemudahan-kemudahan tersebut dapat diberikan bagi perdagangan jasa yang diproduksi oleh perbatasan setempat,²⁰ sedangkan pasal 13 (1) GATS menyatakan bahwa prinsip MFN seperti diatur dalam Pasal 2 tidak berlaku untuk

¹⁷ Annex on article 2 exemption, 2. Lihat pula pada pasal 9 ayat 3 Perjanjian WTO

¹⁸ Annex on article 2 exemption (3)

¹⁹ Annex on article 2 exemption (6)

²⁰ Pasal 2 (3) GATS

peraturan atau persyaratan yang mengatur perdagangan jasa yang dilakukan pemerintah untuk kepentingan pemerintah dan tidak untuk tujuan dijual kembali atau digunakan sebagai penyedia jasa untuk tujuan komersial.²¹ Jasa yang diberikan dalam kaitannya dengan pemerintah adalah jasa-jasa yang diberikan tidak secara komersial maupun dalam persaingan dengan satu atau lebih penyedia jasa

E. PENUTUP

A. Simpulan

1. MFN merupakan ketentuan umum dalam perdagangan internasional, Konvensi Wina 1969 tentang perjanjian internasional juga mengatur dalam hal ini,
2. Perdagangan jasa yang perjanjiannya terorganisir pada Annex 1B perjanjian WTO yang disebut sebagai GATS mengatur ketentuan MFN sebagai salah satu prinsipnya. Terhadap klausula MFN, GATS memberikan pengecualian penerapan bagi Negara berkembang dan *Less Developing Countries* dengan mencantumkan pengecualiannya pada daftar Pengecualian (*Exemption List*) dan, atau menyampaikan kepada *Council For Trade In Services*.

B. Saran

1. Keikutsertaan negara-negara dalam perjanjian WTO ..asas itikad baik Penerapan pengecualian Klausula MFN tidak dapat digunakan secara sembarangan dikarenakan

Daftar Pustaka

Direktorat Perdagangan dan Perindustrian Multilateral Dirjen Multilateral Ekonomi, Keuangan dan Pembangunan Departemen Luar Negeri.

FX. Joko Priyono, *Hukum Perdagangan Jasa (GATS/WTO)*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Semarang, Semarang, 2010

²¹ Pasal 13 (1) GATS

Huala Adolf dan A. Chandawulan, *Masalah-Masalah Hukum dalam Perdagangan Internasional*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1994

_____, *Hukum Ekonomi Internasional Suatu Pengantar*, PT. Raja Grafindo, Jakarta, 2005

I Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian 2*, Mandar Maju, Bandung, 2005

Jhon H. Jackson, *Legal Problem of International Economic Relations Case, Material and Text*, West Publishing Co, St. Paul, Minn, 1996

Mc. Naic, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, hal. 276.

Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of The World Trade Organization Text, Cases and Materials*, Sixth Printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, hlm. 320-324