

JURNAL

MEDIA HUKUM

Analisis Doktrinal Taraf Sinkronisasi Vertikal Penerapan Nilai Keadilan Sosial Di Bidang Pengelolaan Sumber Daya Air

SUTEKI | Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

Keanekaragaman dalam Kesatuan Hukum: Model Interaksi Hukum Adat dan Hukum Negara dalam Hukum Agraria (Studi Kasus di Sumatera Barat)

KURNIA WARMAN | Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang.

Pertautan Hukum Islam dan Hukum Adat Menuju Sistem Hukum Nasional

SUSILAWETTY | Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta.

The Implementation of Shari'ah in Nanggroe Aceh Darussalam in the Indonesian Legislation System

IWAN SATRIAWAN & NANIK PRASETYONINGSIH | Faculty of Law, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta .

Perlindungan Hakim Terhadap Hak-Hak Isteri dalam Hal Suami Berpoligami Di Kota Yogyakarta

PRIHATI YUNIARLIN | Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

Penanganan Pembiayaan Bermasalah dalam Pelaksanaan Akad Dengan Prinsip Murabahah Di Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta

WIRATMANTO | Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

Pelaksanaan Privatisasi BUMD Di Era Otonomi Daerah Dalam Sistem Hukum Di Indonesia

RHIDO JUSMADI | Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo, Madura.

Perlindungan Hukum Bagi Investor dalam Investasi Reksa Dana

YULIA QAMARIYANTI | Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin.

Konstruksi Hukum Malpraktik Medik dalam Perspektif Hukum Islam

AHDIANA YUNI LESTARI DAN MUHAMMAD ENDRIYO SUSILA | Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

Kedudukan Pemegang Hak Jaminan dan Kompetensi Peradilan Pajak dalam Penagihan Pajak

AHMAD RIZKI SRIDADI | Fakultas Ekonomi Universitas Airlangga, Surabaya.

Memberantas Tindak Pidana Korupsi Di Indonesia Dengan Menata Birokrasi Dalam Kerangka *Good Governance*

SJAHRUDDIN RASUL | Universitas Bung Hatta, Padang.

Kewenangan Pengadilan Agama dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah

A.A. OKA DHERMAWAN | Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Palembang.

AKREDITASI
No. 43/DIKTI/Kep/2008

JMH | Vol. 16 | No. 1 | Hlm. 1-212 | Yogyakarta | Juni 2009 | ISSN 0854-8919

JURNAL MEDIA HUKUM

JURNAL MEDIA HUKUM (JMh) adalah jurnal ilmiah berkala yang diterbitkan oleh Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta dua kali setahun pada bulan Juni dan Desember. JMh memiliki visi menjadi jurnal ilmiah yang terdepan dalam pengembangan ilmu Hukum dan Syari'ah serta harmonisasi hukum positif Indonesia dengan prinsip-prinsip Syari'ah Islam. Redaksi JMh menerima naskah artikel laporan penelitian, artikel lepas, dan resensi buku yang sesuai dengan visi JMh. Naskah yang dikirim terdiri dari 15 sampai 25 halaman kuarto (A4) dengan spasi ganda. Naskah dilengkapi dengan biodata penulis. Naskah yang dikirim oleh penulis dari luar UMY dikenai biaya administrasi sebesar Rp. 500.000,- (Lima Ratus Ribu Rupiah). **ALAMAT REDAKSI:** LABORATORIUM HUKUM, Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Jalan Lingkar Selatan Tamantirto, Kasihan, Bantul, DI Yogyakarta. Telp. 0274-387656 psw: 124. Fax. 0274 -387646. | www.jurnalmediahukum.blogspot.com | email: jurnalmediahukum@walla.com, jurnalmediahukum@gmail.com

PENANGGUNG JAWAB

H. Muhammad Endriyo Susilo, S.H., MCL.

KETUA PENYUNTING

Iwan Satriawan, S.H., MCL.

WAKIL KETUA PENYUNTING

Nanik Prasetyoningsih, S.H., M.H.

PENYUNTING PELAKSANA

1. Johan Erwin Isharyanto, S.H., M.H.
2. Yeni Widowaty, S.H., M.Hum.
3. Nasrullah, S.H., S.Ag., MCL.
4. Endang Heriyani, S.H., M.Hum.

STAF PELAKSANA

Editor: Musyarofah Nurrohmah, S.H.

Administrasi & Keuangan: Ary Daniyulianti, S.H.

Distribusi & Pemasaran: Ardani, S.H.

DESAIN & LAYOUT

Joko Supriyanto

DAFTAR ISI

HASIL PENELITIAN

- HALAMAN 1 Analisis Doktrinal Taraf Sinkronisasi Vertikal Penerapan Nilai Keadilan Sosial Di Bidang Pengelolaan Sumber Daya Air
SUTEKI | Fakultas Hukum Universitas Diponegoro.
- HALAMAN 18 Keanekaragaman dalam Kesatuan Hukum: Model Interaksi Hukum Adat dan Hukum Negara dalam Hukum Agraria (Studi Kasus di Sumatera Barat)
KURNIA WARMAN | Fakultas Hukum Universitas Andalas.
- HALAMAN 42 Pertautan Hukum Islam dan Hukum Adat Menuju Sistem Hukum Nasional
SUSILAWETTY | Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta.
- HALAMAN 67 The Implementation of Shari'ah in Nanggroe Aceh Darussalam in the Indonesian Legislation System
IWAN SATRIAWAN AND NANIK PRASETYONINGSIH | Faculty of Law, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.
- HALAMAN 85 Perlindungan Hakim Terhadap Hak-Hak Isteri dalam Hal Suami Berpoligami Di Kota Yogyakarta
PRIHATI YUNIARLIN | Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.
- HALAMAN 101 Penanganan Pembiayaan Bermasalah dalam Pelaksanaan Akad Dengan Prinsip Murabahah Di Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta
WIRATMANTO | Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.
- HALAMAN 114 Pelaksanaan Privatisasi BUMD Di Era Otonomi Daerah dalam Sistem Hukum Di Indonesia
RHIDO JUSMADI | Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo.
- HALAMAN 134 Perlindungan Hukum Bagi Investor dalam Investasi Reksa Dana
YULIA QAMARIYANTI | Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat.
- HALAMAN 146 Konstruksi Hukum Malpraktik Medik dalam Perspektif Hukum Islam
AHDIANA YUNI LESTARI DAN HHHHHHHHHHHHHMUHAMMAD ENDRIYO SUSILA | Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

ARTIKEL

- HALAMAN 161 Kedudukan Pemegang Hak Jaminan dan Kompetensi Peradilan Pajak dalam Penagihan Pajak
AHMAD RIZKI SRIDADI | Staf Pengajar Fakultas Ekonomi Universitas Airlangga.
- HALAMAN 175 Memberantas Tindak Pidana Korupsi Di Indonesia Dengan Menata Birokrasi Dalam Kerangka *Good Governance*
SJHRUDDIN RASUL | Universitas Bung Hatta, Padang.
- HALAMAN 191 Kewenangan Pengadilan Agama dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah
A.A. OKA DHERMAWAN | Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Palembang.

KATA PENGANTAR

SEJARAH BARU JMH

Assalamu'alaikum Wr Wb,

Para Pembaca yang budiman, alhamdulillah Jurnal Media Hukum (JMh) kembali hadir di hadapan para pembaca sekalian. JMh edisi Juni 2009 ini mengukir sejarah baru. Sejarah baru tersebut karena tiga hal. Pertama, karena jumlah artikel yang masuk untuk edisi ini mencapai 42 naskah sehingga ketersediaan dan kompetisi seleksi artikel JMh juga semakin meningkat secara signifikan. Kedua, dari naskah yang masuk tersebut, jumlah artikel yang dikirim oleh para doktor di bidang hukum cukup signifikan, sehingga semakin menambah bobot JMh sebagai salah satu jurnal hukum terdepan di Indonesia saat ini. Ketiga, dari naskah yang diterbitkan di edisi Juni 2009 ini, 9 artikel dari 12 artikel merupakan hasil penelitian. Hal ini semakin memperkuat branding JMh sebagian jurnal ilmiah di bidang hukum yang diakui oleh para akademisi hukum sebagai tempat mempublikasikan hasil penelitian mereka.

Para pembaca yang terpelajar, di samping kemajuan yang signifikan di atas, tentu JMh tetap melanjutkan tradisi sebelumnya yang sudah bagus seperti penyebaran penulis JMh yang selalu mencakup skala nasional dan tersedianya naskah dalam bahasa Inggris serta artikel tentang bagaimana syariah diimplementasikan di Indonesia. Dengan semakin banyaknya penulis yang mengirimkan naskahnya ke JMh, maka aspek keterwakilan wilayah penulis juga semakin ideal mengakomodasi pemikiran brilian para akademisi hukum dari berbagai wilayah di Indonesia. Naskah berbahasa Inggris penting agar pemikiran penulis bisa juga dibaca oleh peminat hukum di luar negeri. Perlu diketahui, sejak 2,5 tahun lalu, JMh selalu dikirimkan ke Ahmad Ibrahim Kulliyah of Laws International Islamic University Malaysia, sebuah kampus internasional yang mahasiswanya berasal dari hampir 100 negara dan staf pengajarnya berasal dari lebih kurang 25 negara di dunia dan JMh selalu diakses

oleh Library Congress of America. Sedangkan artikel tentang syariah dan bagaimana syariah diharmonisasikan dengan sistem hukum Indonesia merupakan salah satu keunikan (differensiasi) yang dimiliki oleh JMH sebagai jurnal yang mencoba menjembatani harmonisasi hukum positif Indonesia dengan hukum agama, dalam hal ini Syariah Islam, agama yang dianut oleh mayoritas penduduk Indonesia. Sebagaimana dinyatakan oleh Von Savigny yang dikutip oleh penulis Kurniawarman, Doktor dari Fakultas Hukum Universitas Andalas, dalam disertasinya, hukum ada dan tumbuh bersama masyarakat bangsa. Alija Izetbegovic, mantan Presiden Bosnia Herzegovina, juga pernah menyatakan bahwa hukum adalah fenomena kebudayaan yang matang. Ia merupakan wujud dari titik keseimbangan aspirasi religius dan aspirasi sosial politik masyarakatnya. Visi ini akan selalu pembaca temukan setiap terbitan JMH, seperti halnya dalam edisi Juni 2009 ini yang memuat tulisan tentang syariah dan bagaimana syariah Islam itu diharmonisasikan dalam sistem hukum Indonesia.

Berikutnya hal penting yang perlu disampaikan kepada pembaca adalah tingkat seleksi naskah di JMH tidak hanya kompetitif dalam tataran banyaknya naskah yang masuk, tetapi juga kompetitif karena naskah yang masuk direview oleh para Professor dan Doktor di bidang ilmu hukum, sehingga demikian kualitas tulisan yang dipublikasikan betul-betul diseleksi secara ketat. Untuk itu, kami dari Pengelola mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada para penulis yang telah mengirimkan artikelnya ke JMH. Kami ucapkan selamat kepada para penulis yang naskahnya diterbitkan dalam Edisi Juni 2009 ini, semoga ilmu yang dibagikan kepada orang lain ini mendapat tempat di hadapan Allah SWT sebagai amal shaleh yang pahalanya tidak putus di dunia dan di akhirat. Amin.

Para pembaca yang terpelajar, dalam edisi Juni 2009 ini, 9 laporan hasil penelitian merupakan karya dari Bapak Dr. Suteki dari UNDIP Semarang, Bapak Dr. Kurnia Warman dari Universitas Andalas Padang, Ibu Dr. Susilawetty dari Universitas Muhammadiyah Jakarta, Bapak Iwan Satriawan, SH.,MCL dan Ibu Nanik Prasetyoningsih, SH., MH, Ibu Prihati Yuniarlin, SH., M.Hum, Bapak Wiratmanto, SH.,M.Hum, Ibu Ahdiana Yuni Lestari, SH., M.Hum dan Bapak Muhammad Endrio Susilo, SH., MCL yang kesemuanya dari Universitas Muhammadiyah Yogyakarta dan Bapak Rhido Jasmadi, SH dari Universitas Trunojoyo. Sedangkan 3 artikel lepas disumbangkan oleh Bapak Ahmad Rizki Sridadi, SH., MM., MH dari Universitas Airlangga Surabaya, Bapak Dr. Syahrudin Rasul dari Universitas Bung Hatta Padang, dan Bapak Dr. A.A. Oka Dhermawan dari Universitas Muhammadiyah Palembang.

Kami Pengelola JMH mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada semua penulis yang telah menyumbangkan karya terbaiknya di JMH edisi Juni 2009 ini. Semoga karya para penulis semuanya menjadi ilmu yang menginspirasi kebaikan dan kemanfaatan

di dunia hukum Indonesia dan dunia hukum umumnya. Kami berterima kasih juga atas jalinan kerjasama JMh dengan semua penulis karena dengan kerja keras pengelola JMh dan sumbangan artikel dari penulislah, maka JMh bisa tampil lebih berkualitas.

Terakhir, sebagai Ketua Penyunting, perkenankanlah saya mengucapkan apresiasi dan terima kasih yang tak terhingga kepada seluruh pengelola JMh yang telah bekerja keras melakukan semua proses penerbitan JMh yang panjang, sehingga JMh terus tampil dalam performa yang semakin berkualitas. Semoga kerja kerasnya mendapat balasan catatan amal shaleh dari Allah SWT. Amin.

Wassalamu'alaikum Wr Wb,

Yogyakarta, 30 Juni 2009

Ketua Penyunting

PEDOMAN PENULISAN

BENTUK NASKAH

Jurnal Media Hukum menerima naskah bentuk Hasil Penelitian (*research papers*) atau artikel ulasan (*review*) dan resensi buku (*book review*), baik dalam bahasa Indonesia maupun bahasa Inggris.

CARA PENGIRIMAN NASKAH

Penulis mengirimkan tiga eksemplar naskah serta disket/CD berisi naskah tersebut ke alamat redaksi:

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Jl. Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, DI Yogyakarta 55183, Telp. 0274-387656 pswt. 124, Fax. 0274-387646, E-mail: jurnalmediahukum@walla.com, jurnalmediahukum@gmail.com

FORMAT NASKAH

Naskah yang dikirim terdiri atas 15 s/d 20 halaman kuarto (A4) dengan spasi ganda. Naskah dilengkapi dengan Biodata Penulis. Semua halaman naskah, termasuk tabel, lampiran, dan referensi harus diberi nomor urut halaman. Setiap tabel atau gambar diberi nomor urut, judul, dan sumber kutipan. Naskah diserahkan dalam bentuk hardcopy (*print-out*) dan softcopy dalam disket 3,5".

Sistematika penulisan disesuaikan dengan kategori artikel yang akan dipublikasikan di JURNAL MEDIA HUKUM. Naskah yang masuk dikategorikan ke dalam tiga kategori, yaitu **artikel hasil penelitian**, **artikel ulasan** dan **artikel resensi buku**. Sistematika penulisan untuk masing-masing kategori artikel adalah sebagai berikut:

A. SISTEMATIKA NASKAH ARTIKEL HASIL PENELITIAN

JUDUL NASKAH

ABSTRAK, dibuat dalam bahasa Inggris lebih kurang 200 kata, dan disertai kata kunci (*key-word*), maksimal 5 kata. Abstrak ditulis satu spasi dan dalam satu paragraf.

I. PENDAHULUAN

Berisi latar belakang penelitian dan perumusan permasalahan.

II. METODE PENELITIAN

Berisi metode penelitian yang digunakan di dalam penelitian, antara lain meliputi: spesifikasi penelitian, materi penelitian, lokasi penelitian, teknik pengumpulan data, teknik pengolahan data, dan analisis data.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

Berisi hasil penelitian berikut analisisnya.

IV. KESIMPULAN DAN SARAN

B. SISTEMATIKA NASKAH ARTIKEL ULASAN

JUDUL NASKAH

ABSTRAK, dibuat dalam bahasa Inggris dan bahasa Indonesia, dan disertai kata kunci (*key-word*), maksimal 5 kata. Abstrak ditulis satu spasi dan dalam satu paragraf.

I. PENDAHULUAN

Berisi latar belakang penulisan dan perumusan permasalahan.

II. PEMBAHASAN

Berisi pembahasan terhadap permasalahan yang dikaji dalam naskah.

III. SIMPULAN DAN/ATAU SARAN

C. SISTEMATIKA NASKAH ARTIKEL RESENSI BUKU

Naskah ditulis di atas kertas kuarto (A4), terdiri atas 5 s/d 7 halaman, dengan spasi ganda. Naskah dilengkapi dengan scan sampul buku yang dirensi.

SUMBER KUTIPAN

1. Sumber kutipan ditulis menyesuaikan sistem catatan perut (*bodynote* atau *sidenote*).

Dituliskan sbb:

A. Satu penulis: (Brownle, 1981:845);

B. Dua penulis: (Frucot dan Shearon, 1991:311);

C. Tiga atau lebih dari dua penulis: (Hotstede et.al.,1990:23);

D. Sumber kutipan yang berasal dari institusi sebaiknya dituliskan akronim institusi: (KRHN, 2000:21)

2. Sumber kutipan yang berasal dari website dituliskan dengan susunan sbb:

Nama penulis, judul tulisan (“...”), nama website, alamat artikel, tanggal dan waktu download. Contoh:

Rohman, Dody Arief, “Publik AS Dukung Bill Clinton”, <http://www.kompas.com/kompas-cetak/9902/15/in/publ24.htm>, diunduh pada Senin, 24 Oktober 2005, jam 13.56 wib.

DAFTAR PUSTAKA

Penulisan Daftar Pustaka disusun alfabetis dengan susunan setiap publisitas sebagai berikut:

BUKU-BUKU

Contoh:

Manan, Bagir, 2002, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Yogyakarta, UII Press.

JURNAL

Contoh:

Nurwijayanti, Septi, 2006, Gagasan Amandemen Kembali UUD 1945, *Jurnal Media Hukum*, Vol 13, No. 3.

BAB DALAM BUKU

Contoh:

Cribb, Robert, 1999, Nation: Making Indonesia in Emerson, Donald K (edit), *Indonesia Beyond Subarto*, New York, An East Gate Book Publishers.

TESIS/DISERTASI

Contoh:

Indrayana, Denny, 2005, Indonesian Constitutional Reform 1999-2002: An Evaluation of Constitutional Making in Transition, Unpublished Thesis, Melbourne University, Australia.

MAKALAH

Contoh: Mas, Marwan, 2007, "Memaknai Hakikat Kekuasaan Kehakiman", Makalah pada Pertemuan Ahli Tata Negara, Bukittinggi.

Peraturan perundang-undangan disusun secara hirarhikal.

ANALISIS DOKTRINAL TARAF SINKRONISASI VERTIKAL PENERAPAN NILAI KEADILAN SOSIAL DI BIDANG PENGELOLAAN SUMBER DAYA AIR

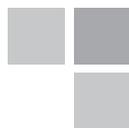
SUTEKI

Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Jalan Imam Bardjo, S.H., Nomor 1-3, Semarang, Indonesia, Phone: (024) 8316870, Email: arjuna_teki@yahoo.com

ABSTRACT

The researches about Water Resources Management were often have been done by previous researchers, but haven't reach the basic idea of water resources management related the social justice. The doctrinal analysis was chosen to examine synchronization in vertical perspective. There are two problems in this research, those are (1) How vertical synchronization grade in Water Resources Management? (2) Why vertical synchronization grade in Water Resources Management was very difficult to be realized? These problems will be solved by doctrinal-research approach. The results show that there is inconsistency in implementing of social justice value in regulation of water resources management. There is no vertical synchronization in regulation between UUD 1945, UUSDA, PP 16 Tahun 2005, Permendagri No. 23 Tahun 2006 serta Perpres No. 77 Tahun 2007. Based on analysis of document about RUU SDA meeting and Decision of Constitutional Court (MK) about Judicial Review of UUSDA, there was evident that DPR and Constitutional Court were trapped into legal-positivism thinking. They did not conduct 'moral reading' of Indonesian constitution. Through Perpres No. 77 Tahun 2007 that permits the foreign investors are able to occupy the share of water corporation until 95% more shows that disharmony in vertical perspective has occurred in regulation of water resources management.

Key words: Vertical Synchronization, Social Justice, Water Resources.



I. PENDAHULUAN

Untuk memenuhi tujuan sistem perekonomian nasional agar tercapai kemakmuran rakyat atau keadilan sosial bagi seluruh rakyat, maka politik hukum tentang hak menguasai negara seharusnya didasarkan pada Pasal 33 UUD NRI 1945. Jadi, nilai keadilan sosial seharusnya terus disemaikan, dikonstruksikan dalam politik hukum tentang hak menguasai negara atas sumber daya alam, khususnya pengelolaan SDA. Namun, upaya untuk mewujudkan nilai keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia tersebut dihadapkan pada fenomena kecenderungan ekonomi global yang liberal kapitalistik

yakni privatisasi. Privatisasi merupakan salah satu indikator berkuasanya kekuatan uang atau kaum kapitalis. Dalam kondisi ideal seharusnya 3 (tiga) domain kekuasaan, yaitu: (1) Negara (*state*); (2) pasar (*market*); dan (3) masyarakat (*society*) harus dapat berjalan seiring, sama-sama kuat dan saling mengendalikan satu sama lain. Jika kekuasaan pasar terlalu kuat, melampau kekuatan *civil society* dan negara, berarti kekuatan uanglah atau kaum kapitalislah yang menentukan segalanya dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara (Asshidiqie, 2006: 43).

Studi ini menjadi amat penting untuk dilakukan karena: (1) Penelitian ini diharapkan dapat memperkaya khasanah ilmu pengetahuan di bidang politik hukum, kajian terhadap keadilan sosial yang belum banyak dilakukan; (2) Air merupakan benda sosial yang dimanfaatkan oleh semua sektor kegiatan perekonomian nasional baik industri, perdagangan, jasa apalagi pertanian. Sektor pertanian sebagai salah satu tiang penyangga perlu mendapat perhatian cukup dari dunia hukum mengingat mayoritas penduduk di Indonesia bermata pencaharian sebagai petani. Pemanfaatan serta penguasaannya SDA harus betul-betul diarahkan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat berdasar Pasal 33 UUD NRI 1945. Oleh karena itu, penyimpangan terhadap politik hukum pengelolaannya harus segera ditata ulang; (3) Melalui penelitian ini diharapkan ada reorientasi politik hukum tentang HMN atas SDA berbasis nilai keadilan sosial dapat dijadikan dasar pengaturan terhadap penguasaan serta pemanfaatan bumi, air dan kekayaan yang terkandung di dalamnya pada waktu yang akan datang.

Problematis yang diajukan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah taraf sinkronisasi vertikal dalam pengaturan pengelolaan SDA?
2. Mengapa taraf sinkronisasi vertikal dalam pengaturan pengelolaan SDA tidak tercapai?

II. METODE PENELITIAN

Metode pendekatan penelitian yang dipakai adalah pendekatan doktrinal terhadap hukum yang menekankan pada aspek normatif dari hukum (Hanitijo S, 1990: 15-20). Teori utama yang dipakai dalam penelitian ini adalah teori intern tentang hukum, yaitu Teori Stufenbau yang digagas oleh Hans Kelsen. Teori lain yang dipakai sebagai pisau analisis adalah Teori Keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls. Dalam penelitian doktrinal, sebenarnya tidak dikenal istilah data, melainkan bahan hukum. Bahan hukum ini dapat dibedakan menjadi 3 (tiga) jenis, yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Bahan hukum primer penelitian ini antara lain:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945;
- b. Tap MPR RI No. IX Tahun 2001 tentang Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam;
- c. Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Ketentuan Pokok Agraria (UUPA);
- d. Undang-Undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (UUSDA);

- e. Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan;
- f. Undang-Undang No. 19 Tahun 2003 tentang BUMN;
- g. Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal;
- h. Peraturan Pemerintah No. 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum;
- i. Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 2006 tentang Irigasi;
- j. Peraturan Presiden No. 77 Tahun 2007 tentang Daftar Bidang-bidang Yang Terbuka dan Tertutup Modal Asing dengan Persyaratan;
- k. Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 23 Tahun 2006 tentang Petunjuk Teknis Penentuan Tarif Air Minum;
- l. Putusan MK Perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Perkara No. 008/PUU-III/2005 tentang Judicial Review atas UUSDA.

Bahan hukum sekunder yang dipakai antara lain:

- a. Undang-Undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing;
- b. Undang-Undang No. 11 Tahun 1974 tentang Pengairan;
- c. Risalah Sidang Pembahasan RUU SDA oleh DPRRI tahun 2004;
- d. Hasil Penelitian dosen UNPAD, Lemlit Universitas Gajah Mada (Studi ANDAL), Lemlit Universitas Diponegoro dengan Badan Penelitian dan Pengembangan (Balitbang) Provinsi Jawa Tengah dan lain-lain.;
- e. Buku-buku teks yang terkait dengan teori-teori yang dipakai dalam penelitian ini.

Bahan hukum tersier yang dipakai antara lain:

- a. Kamus hukum: *Black's Law Dictionary*;
- b. Kamus Filsafat.

Data/bahan hukum dikumpulkan melalui studi dokumenter dengan pencarian ke lokasi terkait seperti Mahkamah Konstitusi Jakarta, Sekretariat DPR RI Jakarta, Perpustakaan Lembaga Penelitian UNDIP dan UGM. Data pendukung diperoleh melalui para ahli di bidangnya antara lain dari Ketua MK: Prof. Dr. Jimly Ashiddiqie, S.H., Hakim MK: Prof. Dr. Muktie Fadjar, S.H. dan anggota DPR RI Prof. Dr. Moh. Mahfud, M.D., S.H. Data/bahan hukum yang telah terkumpul melalui proses inventarisasi hukum, kemudian diklasifikasikan untuk selanjutnya dianalisis secara mendalam dengan cara menggali asas, nilai serta norma pokok yang terkandung di dalamnya. Selanjutnya dilakukan *cross-check* dengan peraturan perundang-undangan yang lain untuk menemukan taraf sinkronisasinya, adakah inkonsistensi di antara peraturan perundang-undangan tersebut. Analisis data tersebut dilakukan secara kualitatif melalui penelaahan logika berpikir secara deduktif.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. TINJAUAN PUSTAKA

1. Memaknai Nilai Keadilan Sosial sebagai Basis Rekonstruksi Politik Hukum tentang Hak Menguasai Negara atas SDA

Keadilan dapat dibedakan dengan keadilan sosial. Hegemoni negara-negara kapitalisme dan ideologi pembangunan-isme telah menimbulkan ketergantungan dan keterbelakangan. Dalam konteks ini, keadilan dibicarakan dalam pengertian keadilan individual atau dalam pengertiannya yang mikro, yaitu suatu keadilan yang pelaksanaannya tergantung kepada kehendak pribadi. Bentuk yang dituntut pun jelas, yaitu “perlakukanlah setiap orang secara adil”. Jika yang dibicarakan adalah keadilan sebagai fenomena sosiologis, maka keadilan itu sudah tidak lagi bersifat individual, melainkan sosial bahkan struktural. Oleh karena itu, disebut dengan keadilan sosial atau keadilan makro. Keadilan sosial adalah keadilan yang pelaksanaannya tidak lagi tergantung pada kehendak pribadi, atau pada kebaikan-kebaikan individu yang bersikap adil, tetapi sudah bersifat struktural. Artinya, pelaksanaan keadilan sosial tersebut sangat tergantung kepada penciptaan struktur-struktur sosial yang adil. Jika ada ketidakadilan sosial, penyebabnya adalah struktur sosial yang tidak adil. Mengusahakan keadilan sosial pun berarti harus dilakukan melalui perjuangan memperbaiki struktur-struktur sosial yang tidak adil tersebut (Rachman, 2004: 217).

Apabila ditelusuri makna nilai keadilan sosial bersama nilai-nilai dasar Pancasila lainnya, maka nilai keadilan sosial merupakan salah satu nilai yang dijadikan tujuan dari sebuah sistem nilai. Bagi bangsa Indonesia, nilai-nilai Pancasila bahkan ditempatkan sebagai paradigma politik hukum. Pancasila memiliki nilai-nilai dasar yang bersifat universal dan tetap. Nilai-nilai itu tersusun secara hirarkhis dan piramidal. Substansi nilai-nilai dasar Pancasila yang terdiri dari nilai ketuhanan, kemanusiaan, persatuan, kerakyatan dan keadilan sosial merupakan suatu sistem nilai. Prinsip dasar yang mengandung kualitas tertentu itu merupakan cita-cita dan harapan atau hal yang akan dicapai oleh bangsa Indonesia yang akan diwujudkan menjadi kenyataan konkret baik dalam bidang kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara (Kaelan, 2003: 70-71). Apabila ditinjau dari stratifikasi nilai dasar Pancasila, nilai keadilan sosial merupakan nilai puncak piramida dari sistem nilai Pancasila. Menurut **Notonagoro**, nilai-nilai Pancasila termasuk nilai kerohanian, tetapi nilai kerohanian yang mengakui nilai material dan nilai vital. Nilai sila pertama yaitu ketuhanan sebagai basisnya dan keadilan sosial sebagai tujuannya (Darmodiharjo, 1979).

Berdasar pada beberapa ketentuan tentang Pemanfaatan Sumber Daya Alam sesuai dengan Tap MPR No. IX Tahun 2001 (berdasarkan Tap MPR No. I Tahun 2003, yang dikenal dengan Tap Sapujagat, meskipun secara formal UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tidak menyebut lagi Ketetapan MPR sebagai

Peraturan Perundang-undangan, Tap MPR No. IX Tahun 2001 termasuk Tap yang masih berlaku sampai terbentuknya UU Sumber Daya Alam), salah satu nilai yang harus dituangkan dalam sistem peraturan perundang-undangan di bidang pengelolaan sumber daya alam termasuk SDA adalah nilai keadilan. Menurut Sudharto P. Hadi (Hadi, 2002, hlm. 5), hukum yang baik (*good norm*) adalah hukum yang memuat prinsip-prinsip **keberlanjutan, berkeadilan** dan **demokratis**. Hal itu dapat dicapai jika penyusunannya mengikutsertakan berbagai pihak terkait sejak awal (*good process*). Oleh karena itu pembuatan hukum (*law making*) seharusnya juga memperhatikan ketiga prinsip tersebut termasuk dalam melakukan rekonstruksi terhadapnya apabila ditemukan penyimpangan-penyimpangan terhadap penegakannya. Jadi, nilai keadilan dan keadilan sosial sangat relevan untuk dijadikan sebagai basis rekonstruksi politik hukum tentang HMN atas SDA.

Masalah pokok keadilan sosial adalah pembagian (distribusi) nikmat dan beban dalam masyarakat yang oleh Brian Barry dirangkum dalam 3 (tiga) kelompok yaitu: (1) ekonomi (uang); (2) politik (kuasa); dan sosial (status) (Barry, 1989: 146). Marxisme memandang keadilan bukan dari aspek distribusinya tetapi dari aspek produksi. Distribusi masih bisa diatur dan diperbaiki (fiskal progresif, misalnya), tetapi selama produksi berada di tangan kapitalis, selama itu pula ada masalah dengan keadilan (Rasuanto, 2005: 15).

Ada perbedaan yang cukup mendasar antara makna keadilan sosial dalam Pasal 33 UUD NRI 1945 sebelum amandemen dan setelah amandemen. Sebelum amandemen, keadilan sosial lebih diartikan pada pemaknaan sistem perekonomian yang bersifat sosialis—atau lebih tepat dikatakan **sosialisme Indonesia**, sedangkan setelah diamandemen, makna keadilan sosial di bidang perekonomian lebih diarahkan pada pengertian yang bersifat **Neo-sosialisme Indonesia** karena penambahan ayat (4) pada Pasal 33 UUD NRI 1945. Pada ayat (4) ini telah diintroduksi prinsip-prinsip baru sistem perekonomian “liberal” —bukan lagi komunal— seperti demokrasi, efisiensi, kemandirian dan sebagainya yang seringkali memarginalkan spirit kebersamaan sebagai esensi dari keadilan sosial.

2. Pancasila Sebagai *Grundnorm* dan Konsistensi Peraturan Perundang-undangan

Kelsen menempatkan *Grundnorm* sebagai puncak dari norma-norma, yang kemudian disusul oleh norma yang lebih rendah. Melalui hubungan yang bersifat superior dan inferior, maka selanjutnya norma paling tinggi akan dikonkretkan dalam norma yang lebih rendah sampai kepada norma yang paling konkret atau juga disebut proses ‘*konkritizierung*’ (Darmodihardjo dan Shidarta, 2004:116). Menurut Notohamidjojo, *Grundnorm* itu berbunyi “berlaku demikian seperti yang diperintahkan oleh wibawa hukum (*rechts-gezag*)” (Notohamidjojo, 1975: 28). Hubungan antara norma yang satu dengan yang lain tersebut dapat disebut hubungan super dan sub-ordinasi dalam konteks yang spasial. Norma yang menentukan perbuatan norma lain adalah superior, sedangkan

norma yang dibuat adalah inferior. Tata hukum, khususnya sebagai personifikasi negara bukan merupakan sistem norma yang dikoordinasikan satu dengan lainnya, melainkan suatu hirarkhi dari norma-norma yang memiliki level yang berbeda. Kesatuan norma ini disusun oleh fakta bahwa pembuatan norma yang lebih rendah ditentukan oleh norma lain yang lebih tinggi. Pembuatan yang ditentukan oleh norma yang lebih tinggi menjadi alasan validitas keseluruhan tata hukum yang membentuk kesatuan (Kelsen, 1961: 124, Kelsen, 2002: 37).

Puncak dari piramida hukum yang disebut dengan *Grundnorm* merupakan wadah yang kosong. Hans Kelsen tidak mengisinya dengan sebuah rumusan khusus dan tetap, melainkan hanya memberikan batasan atau kualifikasi seperti yang telah disebutkan di muka. Melalui pengertian *Grundnorm* dalam konsepsi Hans Kelsen, berikut ini dilukiskan kedudukan hukum Pancasila dalam bentuk diagram/gambar.

BAGAN I. KEDUDUKAN HUKUM PANCASILA PERSPEKTIF *GRUNDNORM* HANS KELSEN. (GAK ADA DINASKAH)

Grundnorm-nya Hans Kelsen: (Man soll sich verhalten wie die Verfassung vorschreibt (berada di luar dan melandasi Sistem Hukum



Sumber: Adaptasi dari Jazim Hamidi (2005)

Hal yang perlu diperhatikan dalam *Stufenbau theory* adalah bahwa keseluruhan hukum positif itu tersusun dalam sebuah hirarkhi. Teori Hirarki Norma dipengaruhi oleh teori Adolf Merkl, atau paling tidak Merkl telah menulis tentang hirarkhi norma terlebih dahulu yang disebut dengan *stairwell structure of legal order*. Teori Merkl adalah tentang tahapan hukum (*die lebre vom stufenbau der rechtordnung*) yaitu bahwa hukum adalah suatu sistem tata aturan hirarkhis, suatu sistem norma yang mengkondisikan dan dikondisikan dan tindakan hukum. Pembuatan hirarkhis ini termanifestasi dalam bentuk regresi dari sistem tata hukum yang lebih tinggi ke sistem tata hukum yang lebih rendah. Proses ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi (Asshiddiqie dan Safa'at, 2006: 109) logikal. Struktur logikal ini memiliki bentuk sebuah piramida yang terdiri atas sejumlah tataran bertingkat/berlapis. Kaidah-kaidah konstitusi mewujudkan tataran tertinggi,

dan kaidah-kaidah dimaksud tidak banyak. Di bawahnya terdapat kaidah-kaidah hukum yang secara langsung timbul dari konstitusi seperti undang-undang dalam arti formal. Kaidah-kaidah ini jumlahnya jauh lebih banyak dibanding kaidah-kaidah konstitusi. Di bawahnya terdapat kaidah-kaidah hukum individual, yakni kaidah-kaidah hukum yang memberikan hak atau membebaskan kewajiban kepada subyek hukum tertentu. Mereka adalah ketetapan-ketetapan pemerintah, putusan-putusan hakim dan hak-hak serta kewajiban-kewajiban keperdataan. Pada akhirnya, keberlakuan dari semua kaidah hukum yang termasuk ke dalam sebuah tataran hukum sistem piramidal tersebut berasal dari konstitusi. Konstitusi sendiri sebagai norma hukum tertinggi dalam suatu negara memperoleh keberlakuannya atau landasan keberlakuannya dari *Grundnorm*, sedangkan *Grundnorm* adalah landasan keberlakuan tertinggi dari sebuah tataran hukum, namun ia bukan sebuah kaidah hukum positif, ia bersifat *meta juristic* (Hamidi, 2006: 113). Berdasarkan pola pikir demikianlah dapat diuji mengenai **konsistensi** antara peraturan perundang-undangan yang satu (lebih rendah) terhadap peraturan perundang-undangan lainnya (lebih tinggi) baik melalui *judicial review* oleh Mahkamah Agung maupun oleh Mahkamah Konstitusi.

Pada setiap negara selalu terdapat asas atau norma tertinggi sebagai asas norma yang menjadi sumber bagi semua asas hukum, norma hukum, dan hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan, yang disebut dengan *Grundnorm*. *Grundnorm* yang dimiliki Indonesia adalah Pancasila yang pada dasarnya memiliki multifungsi bagi bangsa Indonesia antara lain berfungsi sebagai pandangan hidup, ideologi bangsa dan dasar negara. Sejak lahirnya Negara Republik Indonesia serta ditetapkannya UUD 1945 sebagai konstitusinya, terbentuk pula sistem norma hukum Negara Republik Indonesia.

Apabila dipelajari Teori Jenjang Norma (*stufentheorie*) dari Hans Kelsen sebagaimana tersebut di muka akan diperoleh pemahaman mengenai cerminan kedua sistem tersebut dalam Sistem Norma Hukum Republik Indonesia. Dalam Sistem Norma Hukum ini, norma-norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem berlapis-lapis dan berjenjang sekaligus berkelompok-kelompok. Suatu norma selalu berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi; dan norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai suatu norma dasar negara (*staatsfundamentalnorm*) Republik Indonesia. Pengertian *staatsfundamentalnorm* dalam perspektif Nawiasky dapat dirumuskan ke dalam beberapa indikator, yaitu: (1) *Staatsfundamentalnorm* itu merupakan bagian dari tata hukum positif dan ia menempati norma hukum yang tertinggi dalam suatu negara; (2) Ia merupakan suatu norma yang menjadi dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar; (3) Maksud *norm* dalam *Staatsfundamentalnorm* adalah norma yang bersifat khusus yaitu norma hukum dalam kerangka hirarkhi peraturan perundang-undangan; (4) Ia adalah norma hukum yang berbentuk tertulis; (5) Nilai validitas atau keabsahannya sudah jelas, karena ia

ditetapkan oleh lembaga yang berwenang (Hamidi, 2006: 108), yaitu Pembukaan UUD 1945. Khususnya di dalam jalur hukum-kenegaraan, Pancasila yang terdapat di dalam Pembukaan UUD 1945 juga dapat disebut secara tersendiri sebagai Dasar Filsafat Negara atau sebagai Pokok Kaidah Fundamental Negara. Sedangkan pada jalur pemikiran akademis, Pancasila dianalisis secara reflektif, kritis, dan sistematis, khususnya terkait dengan persoalan nilai kebenaran dan persoalan konsistensi substansial yang terkandung dalam Pancasila (Pranarka, 1985: 373-374, Sumaryono, 2002: 278). Secara formal, hirarkhi logikal peraturan perundang-undangan nasional dapat ditemukan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yakni terdiri atas:

- b. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945;
- c. Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;
- f. Peraturan Daerah.

B. TARAF SINKRONISASI VERTIKAL PENGATURAN PENGELOLAAN SDA

1. Inkonsistensi Politik Hukum tentang HMN atas SDA terhadap Nilai Keadilan Sosial

Konstruksi politik hukum UUSDA tidak menempatkan ayat (1) tentang Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan, ayat (2) tentang cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara, dan ayat (4) tentang prinsip-prinsip penyelenggaraan perekonomian nasional. Konstruksi demikian akan mengakibatkan konstruksi politik hukum tentang HMN atas SDA hanya didasarkan pada Pasal 2 UUPA yang menempatkan **negara hanya sebagai regulator**, padahal sudah menjadi rahasia umum bahwa air atau SDA adalah termasuk benda sosial yang menguasai hajat hidup orang banyak sehingga cabang produksinya pun adalah penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak yang seharusnya dikuasai oleh negara bukan oleh perorangan atau badan hukum swasta, domestik maupun asing. Konstruksi politik hukum UUSDA ditengarai telah mengingkari politik hukum tentang HMN atas sumber daya alam khususnya nilai keadilan sosial yang dituangkan dalam Pasal 33 UUD NRI 1945. Pembukaan keran masuknya perorangan atau badan hukum swasta melalui Pasal 8, Pasal 9, Pasal 25, Pasal 45, Pasal 46, Pasal 47 dan Pasal 49 UUSDA, menunjukkan bahwa pengelolaan air mengarah kepada proses privatisasi atau komersialisasi.

Melalui kajian terhadap pasal-pasal tersebut di atas, dapat dikatakan bahwa UUSDA ini membatasi peran negara semata sebagai pembuat dan pengawas regulasi (*regulator*). Negara sebatas sebagai regulator dan swasta sebagai penyelenggara sistem air merupakan penjabaran dari penerapan sistem ekonomi liberal. Negara sebatas **regulator** akan

kehilangan kontrol atas setiap tahapan pengelolaan air untuk memastikan terjaminnya keselamatan, dan kualitas pelayanan bagi setiap pengguna air. Negara tidak dapat menjamin dan memberikan perlindungan pada kelompok-kelompok tidak mampu dan rentan (*vulnerable*) dalam mendapatkan akses terhadap air yang cukup (*sufficient*), sehat (*safe*) dan terjangkau (*affordable*). Peran sosial tersebut tidak dapat digantikan oleh swasta yang memiliki orientasi keuntungan (*profit*) sebagai tujuan utama. UUSDA juga memberi ruang yang luas bagi swasta untuk menguasai sumber-sumber air (air tanah, segala bentuk air permukaan, dan sebagian badan sungai). Instrumen Hak Guna dalam Pasal 7, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 10 menjadi dasar alokasi dan penguasaan sumber-sumber air kepada perorangan dan badan usaha swasta atau jalan masuk privatisasi pengelolaan SDA.

2. Inkonsistensi UUSDA terhadap Pasal 33 UUD NRI 1945 dan Peluang Pengujian Kembali terhadap UUSDA Undang-Undang No.7 Tahun 2004 tidak konsisten dengan Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945 dan sekaligus juga tidak mencerminkan nilai keadilan sosial, berdasarkan alasan-alasan berikut: (Mahkamah Konstitusi, Putusan Perkara No. 058-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005: Pengujian UU No. 7 Tahun 2004 tentang SDA terhadap UUD 1945: hlm. 90-91)
 - a. Bahwa UU No.7 Tahun 2004 memberikan kesempatan tanpa ada batasan yang jelas pengusahaan air oleh swasta (privatisasi) dalam sektor air yang merupakan hajat hidup orang banyak;
 - b. Bahwa UU No.7 Tahun 2004 tidak memberikan batasan sama sekali kepemilikan modal asing dalam penyelenggaraan sistem air minum dan pengelolaan air;
 - c. Bahwa aktivitas masyarakat dalam menggunakan air non usaha untuk kebutuhan pokok sehari-hari dan pertanian rakyat akan semakin sempit dengan adanya batasan Hak Guna Pakai;
 - d. Bahwa dengan adanya batasan penggunaan air non usaha, maka ketersediaan (alokasi) air untuk kepentingan komersial semakin besar. Ini merupakan bentuk komersialisasi atas sumber-sumber air;
 - e. Bahwa sumber-sumber air yang diusahakan bersama oleh masyarakat setempat dan kelompok masyarakat adat dapat dikuasai oleh swasta yang mendapatkan Hak Guna Usaha dari Pemerintah atau Pemerintah Daerah.
 - f. Adanya diskriminasi pemakai air untuk pertanian rakyat yang berada dalam sistem irigasi yang sudah ada dengan yang tidak, bertentangan dengan pasal-pasal HAM dalam UUD NRI 1945, cukup beralasan. Sebab ada kemungkinan pertanian rakyat yang berada di luar sistem irigasi yang sudah ada justru lebih besar daripada yang sudah berada dalam sistem irigasi yang sudah ada. Seharusnya negara memberikan perlakuan yang sama untuk penyediaan air bagi semua pertanian rakyat. Pasal 29 ayat (3) yang berbunyi "Penyediaan air untuk kebutuhan sehari-hari dan irigasi bagi

pertanian rakyat dalam sistem irigasi yang sudah ada merupakan prioritas utama penyediaan SDA di atas semua kebutuhan”.

Agenda ke arah privatisasi air telah tersurat di dalam UU No. 7 Tahun 2004 tentang SDA (SDA), khususnya melalui pengaturan perusahaan SDA pada Pasal 7, Pasal 8, Pasal 9, Pasal 26, Pasal 38, Pasal 40, Pasal 45, Pasal 46, Pasal 47 dan Pasal 49. Pasal-pasal tersebut dapat menjadi ‘**pintu masuk**’-nya perorangan dan badan hukum swasta — domestik maupun asing— sebagaimana praktik di lapangan padahal tidak seorang pun menyangkal bahwa air dan cabang-cabang produksi perusahaan sumber dayanya jelas menguasai hajat hidup orang banyak. Agenda privatisasi pengelolaan air telah terbukti dengan keluarnya PP No. 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Pengelolaan Air Minum dan Perpres No. 77 Tahun 2007 yang memungkinkan swasta menguasai 100% modal perusahaan air minum, dan asing dapat menguasai modalnya sebesar 95%. Uraian berikut ini sekaligus menunjukkan bahwa telah terjadi inkonsistensi antara UUSDA, Putusan MK JR UUSDA dengan PP Pengembangan SPAM, dan Perpres No. 77 Tahun 2007 tentang Bidang-bidang Terbuka dan Tertutup untuk Modal Asing.

Upaya untuk mengajukan pengujian kembali atas UUSDA ke MK tampaknya semakin terbuka karena salah satu kekhawatiran Pemohon terhadap adanya agenda privatisasi air telah terbukti (**Wawancara Pribadi** dengan Hakim MK, Prof. Dr. Mukhtie Fadjar, Kantor MK, Jakarta, 26 April 2007). Peraturan Pemerintah No. 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum (SPAM) telah membuka peluang adanya penyelenggaraan air minum oleh swasta tanpa batasan (pada keseluruhan tahapan kegiatan), padahal Putusan MK atas *Judicial Review* atas UUSDA menyatakan bahwa negara bertanggung jawab untuk memenuhi kebutuhan dasar masyarakat atas air. MK juga berpendapat bahwa tanggung jawab penyediaan air minum diselenggarakan oleh Pemerintah melalui BUMN/BUMD bukan oleh swasta (Putusan MK: 492-493). Dengan demikian dapat diduga bahwa PP Pengembangan SPAM telah bertentangan dengan pertimbangan atau pendapat MK dalam amar putusannya.

PP Pengembangan SPAM tidak membatasi kepemilikan modal swasta apalagi swasta asing. Gayung PP ini selanjutnya telah disambut oleh Peraturan Presiden (Perpres) No. 77 Tahun 2007 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Terbuka dengan Persyaratan. Pada Lampiran II Perpres itu disebutkan rincian bidang-bidang usaha yang terbuka untuk investasi asing dengan kepemilikan modal yang bervariasi dari 25% sampai 95%. Salah satu bidang usaha tersebut adalah perusahaan air minum yang kepemilikan modalnya dapat dikuasai hingga 95% oleh asing. Menteri Pekerjaan Umum, Djoko Kirmanto menyatakan bahwa kepemilikan modal hingga mencapai 95% asing ini di perusahaan air minum untuk memperluas pelayanan karena menurutnya saat ini 314 PDAM baru mampu menjangkau 41 juta jiwa dari 220 juta jiwa penduduk Indonesia.

Agenda privatisasi atau swastanisasi terselubung dalam UUSDA diakui adanya oleh Hakim MK **Muktie Fadjar** melalui “*dissenting opinion*”. Pendapat hakim yang berbeda dari pendapat mayoritas yang menentukan putusan dapat dibagi menjadi 2 (dua), yaitu *dissenting opinion* dan *consenting opinion* atau *concurrent opinion*. *Dissenting opinion* adalah pendapat berbeda secara substansial sehingga menghasilkan amar putusan yang berbeda. Meskipun berbeda pendapat tetapi kesimpulan akhirnya sama, maka tidak disebut *dissenting opinion* melainkan *concurrent opinion* atau *consenting opinion* (Asshiddiqie, 2006: 290-291).

“...Peran serta koperasi, badan usaha swasta dan masyarakat dalam pengembangan SPAM bukanlah untuk menggantikan tanggung jawab Pemerintah/Pemerintah Daerah melalui BUMN/BUMD seperti bunyi Penjelasan Pasal 40 ayat (4). Dengan demikian, Pasal 40 ayat (4) memang merupakan **swastanisasi terselubung** seperti terlihat dalam PP No. 16 Tahun 2005 yang merupakan implementasi Pasal 40 UU SDA”.

Pendapat yang senada juga dikemukakan oleh Hakim MK **Maruarar**. Dalam Putusan MK Atas JR UUSDA bagian *dissenting opinion*, Hakim Maruarar mengatakan:

“Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang SDA, meskipun dikatakan tidak mengatur tentang privatisasi, akan tetapi *membuka secara lebar peluang tersebut*, sebagaimana diatur dalam Pasal 9 ayat (1) dan Pasal 40 ayat (4), yang kemudian telah dijabarkan lebih lanjut dalam Pasal 1 angka 9, dan Pasal 64 Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 2005” (Putusan MK Tgl 19 Juli 2005: hlm. 519).

Agenda privatisasi pengelolaan SDA telah semakin tampak di depan mata. Terbukti pulalah bahwa UUSDA *a quo* dalam pelaksanaannya ditafsirkan lain dari yang dimaksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan Putusan MK atas *Judicial Review* UUSDA. Oleh karena itu, PP Pengembangan SPAM, Permendagri 23 Tahun 2006 dan Ketentuan Perpres 77 Tahun 2007 akan terkena “*conditionally constitutional warning*” dari MK. Apakah Pemohon akan mengajukan pengujian kembali atas UUSDA? Pengajuan *Judicial Review* kembali tidaklah ringan dan cepat karena sebelumnya Pemohon harus mengajukan *Judicial Review* atas PP No. 16 Tahun 2005 dan Perpres No. 77 Tahun 2007 terhadap UUSDA kepada Mahkamah Agung (MA), karena lembaga inilah yang berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Atas dasar putusan MA tersebut, Pemohon dapat mengajukan pengujian kembali atas UUSDA, yang permohonannya dilampiri putusan MA atas PP Pengembangan SPAM dan Perpres No. 77 Tahun 2007 tersebut.

3. Keputusan Mahkamah Konstitusi tentang *Judicial Review* terhadap UUSDA: *Conditionally Constitutional*

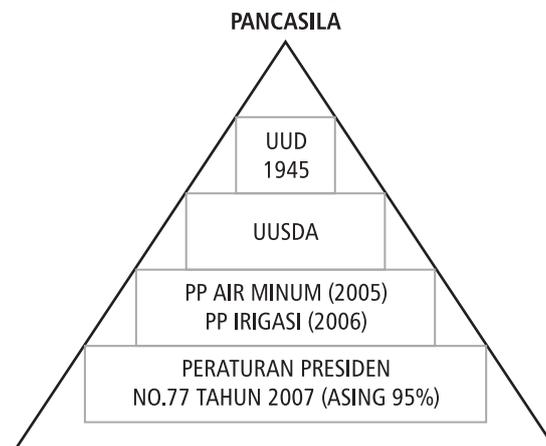
Keputusan MK tanggal 19 Juli 2005 tentang *Judicial Review* atas UUSDA menyatakan bahwa UUSDA tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945, maka UUSDA tetap mempunyai

kekuatan hukum mengikat. Namun, seperti telah dikatakan di muka, Keputusan MK tersebut memiliki sifat *conditionally constitutional* atau konstitusional bersyarat. Syaratnya adalah apabila UUSDA ditafsirkan seperti yang dikehendaki oleh MK dan seperti keterangan yang diberikan oleh pemerintah. Artinya, peraturan pelaksanaan UUSDA tidak boleh bertentangan atau tidak boleh membuktikan kekhawatiran pemohon. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan di bawah UUSDA tidak boleh terjadi **inkonsistensi**.

Konsistensi suatu sistem peraturan perundang-undangan dapat dilacak dengan menggunakan teori *stufenbau* dari Hans Kelsen. Berdasarkan teori tersebut, maka sistem peraturan perundang-undangan di bidang SDA dapat dilukiskan sebagai berikut:

RAGAM 2 KONSISTENSI SISTEM PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI BIDANG SDA DALAM PERSPEKTIF HANS KELSEN

Grundnorm-nya Hans Kelsen: (Man soll sich verhalten wie die Verfassung vorschreibt (berada di luar dan melandasi Sistem Hukum))



Sumber: Diadaptasi dari Jazim Hamidi (2005:113)

Apabila dikaji secara seksama, maka dapat dikatakan bahwa telah terjadi inkonsistensi—yang juga berarti ada kontradiksi— antara norma tertinggi atau yang lebih tinggi dengan norma yang lebih rendah dalam pengaturan pengelolaan SDA di Indonesia. Terdapat inkonsistensi dalam hubungan antara sistem perekonomian nasional, Akses Air sebagai HAM, UUD 1945, Konsiderans UUSDA, Muatan Isi UUSDA, dan PP terkait, serta Perpres No. 77 Tahun 2007 Tentang Bidang-bidang yang Terbuka dan Tertutup untuk Modal Asing. Hal ini terjadi karena peraturan pelaksanaan UUSDA justru mengarah kepada upaya privatisasi air.

C. FAKTOR-FAKTOR YANG MENDORONG PENYIMPANGAN PENAFSIRAN POLITIK HUKUM TENTANG HMN ATAS SDA

1. Faktor pendorong penyimpangan yang bersifat *yuridis normatif* pada waktu pembuatan peraturan (*law making*), Pendangkalan makna “Negara” pada HMN dan Implikasinya

Hak menguasai negara pada dasarnya merupakan cerminan dari implementasi nilai, norma dan konfigurasi hukum negara yang mengatur penguasaan dan pemanfaatan

lingkungan hidup dan sumber daya alam, atau merupakan ekspresi ideologi yang memberikan otoritas dan legitimasi kepada negara untuk menguasai dan memanfaatkan lingkungan hidup dan sumber daya alam dalam wilayah kedaulatannya. Namun demikian, selama kurun waktu lebih dari tiga dasawarsa terakhir telah terjadi manipulasi interpretasi oleh Pemerintah sebagai penyelenggara kekuasaan negara terhadap konsepsi “Hak Menguasai Negara” (Charles V., 2003: 14-15).

Pendangkalan makna “negara” dalam UUSDA dapat disimak dalam konsistensi penerapannya pada Pasal 5 dan Pasal 6. Pada Pasal 5 disebutkan bahwa: “negara menjamin hak setiap orang untuk mendapatkan air bagi kebutuhan pokok minimal sehari-hari guna memenuhi kehidupannya yang sehat, bersih, dan produktif” dan pada Pasal 6 ayat (1) disebutkan bahwa: “SDA dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”. Siapakah yang dimaksud negara itu? Pada Pasal 6 ayat (2) dijawab bahwa: “penguasaan SDA sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diselenggarakan oleh Pemerintah dan/atau pemerintah daerah...”. Berarti negara pada ayat (1) dimaknai sebatas Pemerintah dan/atau Pemerintah Daerah dan lebih tegas lagi dinyatakan pada Pasal 1 Ketentuan Umum angka 17 bahwa yang dimaksud pemerintah adalah pemerintah pusat yaitu perangkat NKRI yang terdiri atas Presiden beserta para menteri, sedangkan pemerintah daerah adalah kepala daerah beserta perangkat daerah otonom yang lain sebagai badan eksekutif daerah. Di manakah posisi rakyat dalam penguasaan SDA, padahal rakyat termasuk unsur negara yang memiliki posisi seimbang dengan pemerintah dan/atau pemerintah daerah.

Penyimpangan secara yuridis normatif terhadap makna “negara” dalam HMN atas SDA dalam UUSDA ini akan berimplikasi pada pengakuan terhadap hak-hak rakyat atau akses rakyat terhadap air. Posisi rakyat yang bersifat subordinasi atau inferior berakibat tidak ada jaminan secara riil terhadap kebutuhan air rakyat secara minimal pun, terutama bagi penduduk miskin. Implikasi lebih lanjut adalah keadilan sosial dalam masyarakat semakin sulit diwujudkan, padahal keadilan sosial ini bukan sesuatu yang abstrak yang tidak mungkin dicapai.

2. Faktor Pendorong Penyimpangan pada Lembaga Penerapan Sanksi (*Sanction Activity Institutions*)

a. MK Tidak Membaca Konstitusi secara Moral (*Moral Reading*)

Keberpihakan MK kepada pemerintah dapat ditunjukkan dengan adanya *dissenting opinion*. Tujuh hakim MK menyatakan menolak permohonan pemohon yang berarti penulis “maknai” memihak kepada Pemerintah. Ada 2 (dua) hakim dari 9 hakim MK yang menyatakan *dissenting opinion*, yaitu Hakim Mukthie Fadjar dan Hakim Maruarar yang penulis “maknai” memihak kepada kepentingan negara dalam arti khusus rakyat. Putusan MK terhadap JR UUSDA adalah *conditionally constitutional* (konstitusional tetapi bersyarat). Menurut penulis sifat keputusan ini adalah putusan yang bersifat ambigu dan

menunjukkan bahwa MK belum dapat dikatakan sebagai *reliable judiciary*. Istilah *reliable judiciary* diambil dari pernyataan Sekretaris Jenderal PBB (Kofi Annan) saat berdialog di Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) tanggal 16 Februari 2000. Secara spesifik ia menyatakan bahwa ia menerima semua putusan, baik putusan bebas (*acquittal verdict*) atau bersalah (*guilty verdict*) apabila ini dilakukan oleh suatu *reliable judiciary* (peradilan yang andal) (Himawan, 2003: 35). Ada keraguan pada hakim-hakim MK untuk memutus secara tegas terhadap konstitusionalitas UUSDA. Bila MK tanggap terhadap gejolak yang terjadi di dalam masyarakat yang mencerminkan adanya konflik, seharusnya MK tidak hanya memperhatikan keterangan pemerintah tetapi juga memperhatikan aspirasi rakyat yang diwakili oleh pemohon pada waktu sidang-sidang di MK. Sampai di sini dapat dimaknai bahwa MK dalam melaksanakan fungsinya sebagai “*the guardian of constitution*” tidak membaca konstitusi dari **aspek hermeneutika** khususnya dari sisi moral (*moral reading of constitution*). MK dan DPR masih menerapkan **hermeneutika klasik**—Paul Scholten, yakni penafsiran gramatikal atau tekstual saja, bukan **hermeneutika kontekstual, dialektikal**— Gadamer, Diltey. Ronald Dworkin (Dworkin, 1996: 2, Rahardjo, 2007: 78-79) mengatakan: “*The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law*”. Selanjutnya ia mengatakan: “*The moral readings is a theory about what the Constitution means, not a theory about whose view of what it means must be accepted by the rest of us*” (Dworkin, 1996: 12). Dari aspek moral, keterangan Pemerintah sebenarnya sudah dapat diragukan karena program restrukturisasi dan reformasi di bidang SDA dilakukan atas desakan lembaga eksternal yaitu World Bank —melalui program WATSAL— atas permintaan Pemerintah sendiri pada tahun 1997 sebagaimana telah diuraikan di muka. Agenda privatisasi terselubung air sudah dapat diprediksikan melalui program Bank Dunia tersebut.

b. MK tidak konsisten menerapkan makna HMN dan implikasinya

Salah satu hal yang masih selalu menjadi perdebatan mengenai Pasal 33 adalah mengenai pengertian HMN yang oleh MK dalam pertimbangan hukum Putusan Perkara Migas, UU Ketenagalistrikan dan UUSDA ditafsirkan bukan dalam makna negara memiliki, tetapi dalam pengertian bahwa negara hanya merumuskan kebijakan (*beleid*), melakukan pengaturan (*regelendaad*), melakukan pengurusan (*bestuursdaad*), melakukan pengelolaan (*bebeersdaad*), dan melakukan pengawasan (*toezichtoudendaad*). Berdasarkan pemaknaan ini, makna HMN terhadap cabang-cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak, serta terhadap sumber daya alam, tidak menafikan kemungkinan perorangan atau swasta berperan asalkan 5 peranan negara/pemerintah tersebut masih dapat dipenuhi dan sepanjang pemerintah dan/atau pemerintah daerah memang tidak atau belum mampu melaksanakannya.

Inkonsistensi penerapan makna HMN yang dimaksud terjadi ketika putusan MK

terhadap JR UUSDA menolak permohonan pemohon dan menyatakan UUSDA tetap konstitusional padahal pengertian HMN yang dipakai adalah sama dengan HMN pada pengujian terhadap UU Migas dan UU Ketenagalistrikan. Ketiga UU tersebut sama-sama sarat dengan muatan agenda privatisasi yang terselubung. Memang perlu diakui bahwa apabila dibandingkan dengan UU Migas (UU No. 22 Tahun 2002) dan UU Ketenagalistrikan (UU No. 20 Tahun 2002), UUSDA lebih baik dalam pembuatannya, tetapi agenda privatisasi jelas sudah mulai dapat diprediksikan pada saat ada program restrukturisasi SDA melalui bantuan Bank Dunia dengan program WATSAL. Sekarang terbukti bahwa pemerintah belum dapat memerankan dirinya dalam menangkap makna HMN menurut tafsir MK dan akhirnya Pasal 6 ayat (1) UUSDA yang menyatakan “SDA dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”, mengalami distorsi melalui PP Air Minum dan Perpres No. 77 Tahun 2007 yang memungkinkan swasta asing menguasai modal perusahaan air minum sebesar 95%. Melalui dalih apalagi pemerintah akan menolak bahwa UUSDA memang mengusung agenda privatisasi (*Wawancara Pribadi* dengan Hakim MK Prof. Dr. Mukhtie Fadjar, Kantor MK, Jakarta, 22 Mei 2007).

Penafsiran HMN menurut MK tampak lebih baik dibandingkan penafsiran makna yang ada dalam UUPA, UU Pengairan, UU Migas, UU Ketenagalistrikan, dan UUSDA. Namun, apabila ditimbang politik hukum HMN tersebut masih lebih bersifat condong pada pelucutan peran negara dalam penguasaan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak serta sumber daya alam. Penafsiran inipun masih membuka peluang penafsiran berikutnya, atau dengan perkataan lain, masih merupakan “*cek kosong*”. Penafsiran tersebut tidak memberikan ruang kepada negara untuk memiliki cabang-cabang produksi tersebut, padahal keadilan sosial yang antara lain hendak diciptakan melalui penguasaan cabang-cabang produksi tersebut tidak mungkin tercapai apabila cabang-cabang produksi tersebut berada di tangan swasta.

IV. SIMPULAN DAN SARAN

A. SIMPULAN

1. Berdasar pada analisis doktrinal, khususnya kajian terhadap taraf sinkronisasi vertikal, terbukti bahwa terdapat inkonsistensi penerapan nilai keadilan sosial dalam pengaturan pengelolaan sumber daya air. Ide dasar keadilan sosial yang termuat dalam Pasal 33 UUD 1945 tidak diterapkan dalam UUSDA beserta peraturan pelaksanaannya, justru sebaliknya mengusung agenda privatisasi perusahaan air.
2. Beberapa faktor yang menyebabkan inkonsistensi penerapan nilai keadilan sosial dalam pengaturan pengelolaan sumber daya air, yaitu:
 - a. Pada tataran pembuatan peraturan, terjadi distorsi pemaknaan terhadap negara berikut Hak Menguasai Negara yang berakibat penempatan rakyat hanya sebagai sub ordinasi dari negara. Rakyat berada pada posisi inferior, negara pemerintah

sebagai superior. Pembuatan UUSDA diwarnai oleh pola pengambilan kebijakan yang bersifat elitis dan korporatis.

- b. Pada tataran penerapan sanksi, Mahkamah Konstitusi masih terjebak pada pemikiran hukum yang bersifat legistis dan sebagai lembaga penjaga konstitusi (*the guardian of constitution*), MK tidak membaca secara moral (*moral reading of constitution*) terhadap Pasal 33 UUD 1945 terkait dengan pemaknaannya dengan UUSDA. Lolosnya UUSDA dalam *Judicial Review* membuktikan hal pernyataan tersebut.

B. SARAN

1. Politik hukum hak menguasai negara perlu dikaji ulang, bila perlu dilakukan rekonstruksi untuk ditarik kembali kepada ide dasar pengelolaan sumber daya alam secara umum, yakni nilai keadilan sosial.
2. Anggota DPR dan MK perlu mengembangkan sikap kenegarawan dalam menjalankan tugasnya sehingga memahami dan bertindak sungguh-sungguh untuk menyelamatkan seluruh kekayaan bumi dan air Indonesia dari kekuasaan asing.
3. DPR dan Pemerintah disarankan untuk bekerja sama untuk mewujudkan sinkronisasi vertikal dalam pengaturan pengelolaan sumber daya air melalui kemauan untuk mengoreksi terhadap seluruh peraturan terkait.

DAFTAR PUSTAKA

- Asshidiqie, Jimly, 2006, *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK.
- Asshidiqie, Jimly, dan Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Jakarta, Konstitusi Press.
- Asshidiqie, Jimly, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Indonesia.
- Barber, Charles V., 2003, *The State, The Environment and Development: The Genesis of Transformation of Social Forestry in New Order Indonesia*, Berkeley, Doctoral Dissertation of California University.
- Barry, Brian, 1989, *Theories of Justice*, Harvester-Wheatsheaf, London, Vol. I.
- Darmodiharjo, Darji, 1979, *Santiaji Pancasila*, Jakarta, Usaha Nasional.
- Dworkin, Ronald, 1996, *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Hadi, Sudharto P., 2002, *Dimensi Hukum Pembangunan Berkelanjutan*, Semarang, BP. UNDIP.

- Hadi, Sudharto P., 2002, *Dimensi Hukum Pembangunan Berkelanjutan*, Semarang, BP. UNDIP.
- Hamidi, Jazim, 2006, Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia, *Jurnal Konstitusi, Volume 3, Nomor 1, Februari 2006*, Jakarta, MK RI.
- Hanitijo S., Ronny, 1990, *Metodologi Penelitian dan Yurimetri*, Semarang, Ghalia Indonesia.
- Himawan, Charles, 2003, *Hukum Sebagai Panglima*, Penerbit Buku Kompas.
- Kaelan, 2003, *Pendidikan Pancasila*, Yogyakarta, Paradigma.
- Kelsen, Hans, 1961, *General Theory of Law and State*, New York, Translated by Anders Wedberg, Russel & Russel.
- Notohamidjojo, 1975, *Soal-soal Filsafat Hukum*, Jakarta, BPK Gunung Mulia.
- Pranarka, A.M.W., 1985, *Sejarah Pemikiran tentang Pancasila*, Jakarta, CSIS.
- Rachman, Budhy Munawar, 2004, Refleksi Keadilan Sosial dalam Pemikiran Keagamaan, dalam *Keadilan Sosial Upaya Mencari Makna Kesejahteraan Bersama di Indonesia*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas.
- Rahardjo, Satjipto, 2007, *Mendudukan Undang-Undang Dasar (Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum)*, Semarang, Badan Penerbit UNDIP.
- Rasunto, Bur, 2005, *Keadilan Sosial (Pandangan Deontologis Rawls dan Habermas)*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama.
- Sumaryono, E., 2002, *Etika & Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Yogyakarta, Penerbit Kanisius.

KEANEKARAGAMAN DALAM KESATUAN HUKUM: MODEL INTERAKSI HUKUM ADAT DAN HUKUM NEGARA DALAM HUKUM AGRARIA (STUDI KASUS DI SUMATERA BARAT)

KURNIA WARMAN

Fakultas Hukum Universitas Andalas, Kampus Limau Manis, Padang, Indonesia. Email: kurnia_warman@yahoo.com

ABSTRACT

The regulation on agrarian resources can not be separated from adat law since they are located in the area where adat community lives. The lowest is their regulation by the state law, the greatest is the possibility for the adat law to fill in the substance of the regulation. The decentralization policy has opened the possibility for the local people to actualize the local adat law values through the legal products in the local area. This research studies the implementation of the actualization of the local values in the agrarian regulation in West Sumatra which is one of the areas which has a relatively strong adat law. Beside the implementation of adat law through the judicial process, this research is also focused on the integration between adat law and state law through the local legal products from the province level until the nagari (village) level. Based on the above considerations, the objective of the research is focused on three problems. They are: *the first*, how is the interaction between adat law and state law in the regulation of agrarian resources in West Sumatra before the era of decentralization? *The second*, how is the interaction between adat law and state law in the regulation of agrarian resources in West Sumatra in the era of decentralization, especially in the implementation of the system of nagari government? *The third*, how is the form of the integration between adat law and state law in pursuing the real legal certainty in agrarian sector?

Key words: interaction, adat law, state law, agrarian resources.

I. PENDAHULUAN

Secara filosofis, hukum diperlukan agar kehidupan bersama manusia bisa diatur dengan baik dan semua orang dapat menikmati ketenteraman dan keadilan, sehingga jarak antara hukum dan keadilan tidak jauh. Jika setiap orang menyadari bahwa hukum itu untuk keadilan maka akan rela menaatinya dan tidak akan menganggap hukum itu sebagai larangan belaka, melainkan sebagai cita-cita hidupnya (Huijbers: 1990: 11).

Keberadaan aturan hukum dalam kehidupan masyarakat tidak lahir begitu saja, tetapi ditentukan dan dipengaruhi oleh eksistensi serta perkembangan masyarakat itu sendiri. Mazhab sejarah dari Savigny, seperti yang dikutip oleh Purbacaraka dan Chidir Ali (1990:

20-21), Sudiyat (1991: 34) dan Sumardjono (2004: 2), menyatakan bahwa aturan hukum itu ditemukan (bukan dibuat), hukum ada dan tumbuh bersama dengan masyarakat (bangsa) (*des Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke*). Aturan hukum tersebut lahir, hidup dan dipelihara sesuai dengan kebutuhan kehidupan masyarakat itu sendiri, makanya hukum merupakan cerminan budaya masyarakat tempat berlakunya hukum itu. Oleh karena itu, menurut Mertokusumo (1996a: 1), hukum memang tidak lepas dari kehidupan manusia itu sendiri.

Kenyataannya, masyarakat hidup pada ruang dan waktu dengan budaya yang berbeda, maka aturan hukum yang sudah menjadi tradisi itu juga beragam (*plural*) (Sudiyat, 1991: 34). Jadi, pluralitas hukum yang berlaku di masyarakat adalah sesuatu yang alamiah, bahkan Szacki seperti dikutip oleh Mohanadoss (1997: 43) menyatakan bahwa tradisi itu ibarat katarak yang melekat pada mata manusia (*tradition is a cataract in the eyes of humanity*).

Kehidupan masyarakat itu terus berkembang, mulai dari kelompok kecil, suku, bangsa dan negara—bahkan masyarakat internasional—yang aturan-aturannya tidak bisa dihindari oleh setiap orang (Thoha, 2003: 55). Akibatnya, otonomi masing-masing kelompok masyarakat menjadi tidak mutlak lagi. Menurut Moore (1978: 78), gambaran ketidakmutlakan otonomi suatu masyarakat itu disebut dengan istilah *semi-autonomous social field*. Moore menyatakan, *since the law of sovereign states is hierarchical in form, no social field within a modern policy could be absolutely autonomous from a legal point of view*.

Kehadiran negara, sebagai organisasi kekuasaan dari seluruh rakyat yang membangunnya, semakin menguatkan adanya keberagaman hukum, karena negara juga mengintroduksi hukum melalui lembaga negara yang berwenang membuat hukum (hukum negara). Akibatnya, pada saat yang sama, dalam suatu wilayah kehidupan masyarakat akan berlaku berbagai sistem hukum, mulai dari hukum tidak tertulis yang mereka bangun sendiri melalui tradisi (hukum adat); hukum yang mereka kembangkan dalam berhubungan dengan kelompok yang berbeda, termasuk hukum agama; sampai kepada hukum negara. Dengan perkataan lain, pada tempat dan saat yang sama, secara simultan berlaku berbagai sistem hukum yang berbeda (*legal pluralism*). Oleh karena itu, walaupun mengakui bahwa dalam realitas banyak ahli hukum yang berpaham sentralisme (Griffiths 1986: 4) menyatakan bahwa pluralisme hukum adalah suatu fakta atau keniscayaan, sementara sentralisme hukum merupakan suatu mitos, utopia, klaim bahkan ilusi.

Persoalan yang muncul kemudian adalah bagaimana jika negara ingin membangun suatu sistem hukum yang berlaku universal untuk seluruh wilayah (unifikasi hukum) di tengah masyarakat yang telah mempunyai hukum beranekaragam. Para pemuka aliran *Sociological Jurisprudence*, seperti Eugen Ehrlich, telah mengingatkan bahwa hukum yang baik sehingga efektif adalah hukum yang sesuai dengan atau mencerminkan nilai-

nilai yang hidup dalam masyarakat (*living law*) (dalam Kusumaatmadja, 1976: 5 dan Griffiths, 1986: 8-9). Dalam konteks hukum agraria, TAP MPR No. IX/MPR/2001 telah menetapkan bahwa salah satu prinsip dalam pembaruan agraria dan pengelolaan sumberdaya alam adalah menghormati supremasi hukum dengan mengakomodasi keanekaragaman dalam unifikasi (kesatuan) hukum (*diversity in unity*).

Hooker (1975: 1-5) menyatakan bahwa lahirnya konsep *legal pluralism* adalah seiring dengan (sebagai akibat dari) berlangsungnya proses kolonialisasi yang dilakukan oleh negara-negara Eropa, baik yang menganut *civil law* maupun *common law*. Kaum imperialis datang ke Asia, Afrika, Amerika termasuk Australia tidak saja membawa misi ekonomi, kejayaan dan agama yang dikenal dengan 3G (*gold, glory and gospel*), tetapi juga memaksakan berlakunya hukum yang dipakai (hukum barat) di daerah jajahan.

Secara teori, Sumardjono (2004: 2-3)—dengan mengutip berbagai literatur di antaranya Becker—menyatakan bahwa *legal pluralism* dapat dimaknai dalam arti sempit dan dalam arti luas. Dalam arti sempit, pluralisme hukum didasarkan pada *dual system theory*, yakni ditandai dengan bergabungnya sistem hukum barat dengan sistem hukum adat. Dalam hal ini terdapat 2 (dua) sistem hukum yang masing-masing bersifat otonom, hidup berdampingan dan berinteraksi dalam peristiwa-peristiwa tertentu. Dalam arti sempit *legal pluralism* ditandai juga dengan terdapatnya dominasi hukum negara terhadap hukum adat (*state-law pluralism*). Dalam arti luas, *legal pluralism* menunjuk pada situasi nyata yaitu terdapatnya berbagai sistem hukum yang ditaati yang keberadaannya tidak tergantung pada hukum negara.

Kebijakan desentralisasi pemerintahan juga dapat berkontribusi terhadap *legal pluralism*. Penyerahan kewenangan untuk mengatur dan mengurus rumah tangga sendiri kepada daerah-daerah otonom juga memindahkan sebagian kewenangan pembuatan hukum (*regulation*) kepada pemerintahan lokal. Akibatnya, hukum yang dikeluarkan oleh kekuasaan negara baik pusat maupun daerah pun menjadi beragam sesuai dengan konteks daerahnya masing-masing (Merry, 1988: 890) karena adanya perbedaan adat istiadat.

Di samping itu, lahirnya beberapa Undang-Undang sektoral terkait sumberdaya agraria, setelah keluarnya UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA), ternyata telah menimbulkan ketidaksinkronan peraturan perundang-undangan terkait. Pada tingkat daerah, ketidaksinkronan produk hukum pusat yang mengatur sumberdaya agraria jelas akan menimbulkan persoalan, baik pada tahap pembuatan produk hukum daerah maupun pada tataran implementasinya di lapangan.

Dalam konteks pengaturan sumberdaya agraria, khususnya tanah dan hutan, penelitian ini ingin melihat bagaimana interaksi hukum adat dan negara pada era desentralisasi pemerintahan di Sumatera Barat, dalam rangka mewujudkan prinsip *diversity in unity* dalam hukum agraria nasional. Sebagaimana diketahui daerah ini merupakan satu-satunya

provinsi yang telah membentuk pemerintahan terendah berdasarkan asal usul adat istiadat yaitu pemerintahan nagari melalui Peraturan Daerah No. 9 Tahun 2000 tentang Ketentuan Pokok Pemerintahan Nagari (Perda Nagari Sumbar 2000). Menyesuaikan dengan penggantian UU No. 22 Tahun 1999 dengan UU No. 32 Tahun 2004, Perda Nagari Sumbar 2000 juga telah diganti dengan Perda No. 2 Tahun 2007 (Perda Nagari Sumbar 2007). Sistem pemerintahan nagari menyatukan wilayah administrasi pemerintahan dengan wilayah masyarakat hukum adat. Bagi hukum agraria, kebijakan ini ikut berimplikasi terhadap penerapan hukum adat dalam pengaturan sumberdaya agraria di daerah, karena sumberdaya agraria yang berada di wilayah masyarakat hukum adat itu merupakan ulayat mereka.

Pada satu sisi, kondisi ini bagi nagari sebetulnya merupakan peluang untuk mengaktualisasikan nilai-nilai hukum adatnya karena mereka sekarang mempunyai kewenangan untuk mengatur rumah tangga mereka sendiri, termasuk dalam pengaturan sumberdaya agraria. Pada sisi lain, nagari juga harus mengakomodasi hukum negara karena ia juga merupakan bagian dari pelaksanaan sistem pemerintahan negara yang diatur oleh hukum (negara). Oleh karena itu, pada pengaturan di tingkat paling bawah, nagari merupakan wadah yang paling konkrit sebagai tempat bertemu (*meeting point*) hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria.

Di samping interaksi dalam proses lahirnya peraturan tentang sumberdaya agraria seperti di atas (interaksi konstitusional), interaksi hukum adat dan hukum negara juga bisa dilihat melalui penyelesaian sengketa agraria baik lewat peradilan negara maupun peradilan adat (interaksi yudisial). Holleman (1986: 110-131) memang telah mengingatkan bahwa studi hukum (adat) bisa dilakukan tidak hanya melalui studi hukum melalui sengketa (*trouble-cases*) tetapi juga lebih penting studi hukum tanpa sengketa (*trouble-less cases*). Bahkan, interaksi tersebut juga dapat dilihat dalam pelaksanaan program pemerintah di bidang keagrariaan (interaksi operasional).

Dalam kerangka itu, penelitian ini membahas 3 (tiga) rumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria sebelum era desentralisasi pemerintahan di Sumatera Barat?
2. Bagaimana interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria pada era desentralisasi pemerintahan di Sumatera Barat, khususnya pada penerapan sistem pemerintahan nagari?
3. Dalam masyarakat yang plural dan dengan sistem hukum yang juga beragam seperti Indonesia, serta dalam rangka perwujudan asas “keanekaragaman dalam kesatuan hukum agraria”, bagaimana bentuk atau model interaksi antara hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria ke depan agar keduanya saling menguatkan dalam pengelolaan sumberdaya agraria?

II. METODE PENELITIAN

A. SPESIFIKASI DAN BAHAN PENELITIAN

Penelitian ini merupakan studi kasus (*case-study*) (Soekanto, 1982a: 15-17) tentang pengaturan sumberdaya agraria di daerah (Sumatera Barat) pada era desentralisasi pemerintahan, yang berfokus pada bagaimana hukum adat dan hukum negara berinteraksi dalam pengaturan tersebut. Menurut sifatnya, secara umum penelitian ini dapat digolongkan ke dalam jenis penelitian deskriptif analitis. Sebagai penelitian hukum, pendekatan yang digunakan adalah kombinasi antara penelitian hukum empiris (*socio-legal research*) dan studi hukum normatif (*normative legal research*).

Lahirnya pendekatan penelitian hukum empiris (*socio-legal research*) merupakan konsekuensi dari ilmu hukum yang memang bersifat terbuka, sehingga interaksi antara ilmu hukum dengan ilmu-ilmu lainnya—terutama ilmu sosial—merupakan suatu keniscayaan (Tamanaha, 1999: xi dan 129-152; Wignjosoebroto, 2002: 121). Pendekatan seperti ini lahir karena memang secara teori bahwa ilmu-ilmu hukum itu bermakna jamak, yang terdiri atas 2 (dua) kelompok yaitu (1) dalam arti sempit disebut dengan ilmu hukum normatif (*Normwissenschaft* atau *Sollenwissenschaft*-Jerman, *Normwetenschap*-Belanda), dan (2) ilmu hukum empiris (*Tatsachenwissenschaft* atau *Seinwissenschaft*), misalnya sosiologi hukum, antropologi hukum dan sejarah hukum (Soekanto, 1982b: 9-11). Kedua kelompok ilmu hukum ini seyogianya saling membantu dalam pelaksanaan dan pengembangan hukum agar sesuai dengan norma-norma yang berlaku di masyarakat.

Di samping itu, sebagaimana diketahui bahwa cara penelitian tidaklah bersifat kaku, karena bagaimana pun suatu cara hanyalah alat (*tool*) untuk mencapai tujuan. Penentuan cara penelitian tergantung dari obyek (formal) ilmu pengetahuan, tujuan penelitian dan tipe data yang diperoleh, sehingga ia sepenuhnya tergantung pada logika dan konsistensi peneliti (Sumardjono, 1996: 10).

Bahan hukum sebagai sumber data sekunder dalam penelitian ini terdiri atas bahan hukum primer, sekunder dan tersier (Soekanto, 1982a). Bahan hukum primer dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang digunakan oleh penelitian ini adalah yang terkait dengan pengaturan sumberdaya agraria, mulai dari UUD 1945 sampai kepada peraturan nagari. Di samping itu, bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini juga berupa putusan hakim, baik yang dibaca langsung dari putusannya maupun melalui putusan hakim yang dihimpun oleh peneliti terdahulu. Kemudian, penelitian ini menggunakan bahan hukum sekunder yaitu tulisan atau penjelasan terhadap bahan hukum primer, baik berupa buku maupun rancangan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan obyek penelitian ini. Terakhir, penelitian ini juga menggunakan bahan hukum tersier yaitu bahan hukum yang menjelaskan bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus-kamus hukum, ensiklopedia, termasuk kamus bahasa Indonesia.

B. LOKASI PENELITIAN DAN RESPONDEN

Lokasi penelitian ini adalah Provinsi Sumatera Barat dengan beberapa pertimbangan. *Pertama*, provinsi ini sudah terkenal luas sebagai daerah yang mempunyai nilai-nilai hukum adat yang relatif masih kuat dalam mengatur sumberdaya agraria. *Kedua*, daerah yang lebih dikenal dengan Minangkabau ini merupakan provinsi yang paling aktif memanfaatkan peluang otonomi daerah, khususnya dalam pengembalian sistem pemerintahan terendahnya kepada pemerintahan nagari. Benda-Beckmann (2003: 1) menyatakan, *West Sumatera has been one of the most active regions to engage in decentralisation. It has used decentralisation to come to a rather far reaching reorganisation of village government, the return to the "traditional village", the nagari.*

Karena sumberdaya agraria sebagai obyek penelitian ini terdapat di nagari-nagari, maka lokasi penelitian berbasis pada tingkat nagari. Secara *purposive sampling* ditetapkan 3 (tiga) nagari sebagai lokasi penelitian ini sebagai berikut.

TABEL I LOKASI PENELITIAN

NO	NAGARI	KECAMATAN	KABUPATEN	KETERANGAN
1.	Simarasok	Baso	Agam	Darek
2.	Kepala Hilalang	2 x 11 Kayutanam	Padang Pariaman	Ikuu Darek Kapalo Rantau
3.	Kambang	Lengayang	Pesisir Selatan	Rantau

Di 3 (tiga) nagari itulah responden (juga sebagian narasumber) penelitian ditetapkan, yang terdiri atas 2 (dua) kelompok yaitu anggota masyarakat pengelola ulayat nagari dan ninik mamak (tokoh adat) terkait administrasi keagrariaan. Di samping itu, penelitian ini juga menggunakan bantuan narasumber terkait dengan permasalahan penelitian, baik pada tingkat nagari, kabupaten, provinsi maupun pusat.

C. ALAT PENGUMPULAN DATA

Untuk data sekunder baik yang berasal dari bahan hukum maupun non hukum dikumpulkan dengan menggunakan studi dokumen. Sementara itu, untuk data primer baik dari narasumber maupun responden dikumpulkan dengan menggunakan wawancara. Untuk memperoleh data primer dari responden, penelitian ini memakai metode wawancara *semi-structured*, yaitu kombinasi antara pedoman wawancara terstruktur dan tidak terstruktur (Arikunto, 1983: 128). Data primer dari narasumber dikumpulkan dengan menggunakan pedoman wawancara tidak terstruktur (bebas), yaitu pedoman wawancara yang hanya memuat garis-garis besarnya saja dari pertanyaan-pertanyaan yang diajukan kepada narasumber (Sumardjono: 1996: 35).

D. ANALISIS HASIL PENELITIAN

Penelitian ini menggunakan teknik atau metode pengolahan dan analisis data kualitatif

dengan urutan kegiatan: (1) reduksi data, (2) penyederhanaan dan penyajian data dan (3) verifikasi hasil penelitian serta penarikan kesimpulan. Kegiatan analisis data dilakukan secara simultan dengan proses pengolahan data, bahkan telah dimulai sejak awal pengumpulan data (Huberman dan Miles, 1994: 429; Nasution, 1992: 127-130). Sebagai penelitian hukum maka analisis kualitatif yang dipakai adalah analisis kualitatif yang bersifat yuridis. Dengan demikian, langkah-langkah analisis data di atas hanya merupakan penyederhanaan tahapan pengolahan data.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. HUKUM ADAT DAN HUKUM NEGARA DALAM PENGATURAN SUMBERDAYA AGRARIA SEBELUM ERA DESENTRALISASI PEMERINTAHAN DI SUMATERA BARAT

Interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria di daerah (Sumatera Barat) sudah terjadi sejak sebelum era desentralisasi pemerintahan. Semakin berkaitan dengan urusan publik atau pemerintahan maka semakin besar peluang bagi hukum negara untuk diterima di daerah. Sebaliknya, dalam urusan keperdataan pengaruh hukum negara terhadap hukum adat relatif lebih kecil. Oleh karena itu, pemberlakuan hukum negara dalam pembentukan sistem pemerintahan terendah jelas mempengaruhi hukum adat pada *level* tersebut. Dengan demikian, jika pemerintahan terendah di Sumatera Barat adalah pemerintahan nagari maka hukum negara akan “berjalan” sampai ke tingkat nagari. Dalam hal ini dapat dipahami bahwa sistem pemilikan dan penguasaan tanah pada tingkat di “bawah” nagari—yaitu pada tingkat suku dan kaum—tetap berlaku hukum adat.

Setelah Hukum Adat Minangkabau mendapat pengaruh dari dan terintegrasi dengan Hukum Islam kemudian masuk pula pengaruh dari negara kolonial. Pemerintahan kolonial tidak saja membawa segala perlengkapan untuk “menghisap” kekayaan alam tetapi juga membawa hukum mereka untuk melindungi kepentingannya. Dalam sejarah tercatat bahwa penjajahan Belanda menapakkan kakinya di Minangkabau melalui ekspedisi VOC (*Verenigde Oost Indische Compagnie*) pada awal 1600-an (Asnan, 2006: 3-5). Kolonial Belanda akhirnya mengintervensi pemerintahan sampai ke tingkat nagari. Para penghulu atau *rajo* sebagai kepala nagari diangkat oleh Belanda dengan *besluit*, sehingga lahir istilah “*penghulu basurek*” (penghulu bersurat).

Puncak intervensi Belanda terhadap nagari adalah dengan dikeluarkannya IGOB (*Inlandsche Gemeente Ordonantie Buitengewesten*) pada 1938, yaitu peraturan daerah otonom bumiputera (desa/nagari) di luar Jawa dan Madura. Sebelumnya, nagari-nagari di daerah ini diperintah menurut ajaran adatnya, yaitu *lubak (darek) bapanghulu, rantau barajo* (luhak beraja, rantau berpenghulu) (Toeah, 1985: 238; Navis, 1984: 104). Pemberlakuan *Burgerlijk Wetboek* (BW) untuk Hindia Belanda (Stb. 1847-23) pada 1848 (Muhammad, 1990: 6) tidak terlalu berpengaruh bagi keberadaan hukum adat yang

mengatur sumberdaya agraria. Di samping ia hanya berlaku bagi Golongan Eropa (Pasal 131 dan 163 *Indische Staatsregeling* (IS))—tidak berlaku bagi bumiputera—BW tidak berpengaruh bagi jalannya pemerintahan Hindia Belanda karena tidak berbicara tentang hukum administrasi pemerintahan.

Hukum agraria kolonial itu terdiri atas 2 (dua) kelompok, yaitu:

1. Hukum agraria administratif yang mengatur kewenangan pemerintah dalam bidang keagrariaan. Hal ini bersumber kepada *Agrarische Wet* (AW) 1870 dan segala peraturan pelaksanaannya terutama *Agrarisch Besluit* (AB) 1870. Hukum agraria administratif ini berlaku di seluruh Hindia Belanda dan terhadap seluruh warga tanpa pembedaan golongan penduduk. Salah satu ketentuan hukum agraria administratif ini yang paling monumental adalah penerapan asas *domein* sebagaimana terdapat dalam Pasal 1 AB 1870.
2. Hukum agraria perdata yang mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah, yang bersumber kepada Buku II BW. Hukum agraria perdata ini hanya berlaku bagi Golongan Eropa dan Timur Asing. Bumi Putera juga bisa memakainya dengan melakukan penundukan diri (*vrijwillige onderwerping*) kepada hukum Eropa.

Berdasarkan pemberlakuan hukum adat bagi golongan Bumi Putera, maka hukum adat tersebut telah difungsionalisasikan oleh hakim dalam menyelesaikan sengketa-sengketa perdata. Sebagai contoh, Mahadi (1991: 23-27) mencatat beberapa contoh putusan hakim di zaman Belanda yang memberlakukan hukum adat memutus perkara perdata golongan pribumi. Oleh karena itu, hukum adat belum menyentuh proses legislasi di daerah apalagi memang Pemerintah Hindia Belanda dijalankan secara sentralistik. Tetapi, sejak 1920 dengan Pasal 75 (baru) RR (*Regerings Reglement*), pemberlakuan hukum adat tidak saja melalui peradilan tetapi juga melalui pembuat UU (legislatif).

Dorongan fungsionalisasi hukum adat semakin kuat sejak Sumpah Pemuda 1928 (Koesnoe, 1979: 133-139). Begitu juga di bidang peradilan, menurut Mahadi (1991: 98) sejumlah asas dan segi perkembangan hukum adat telah ditimbulkan oleh yurisprudensi sebelum 1945. Begitu seterusnya memasuki era kemerdekaan.

Secara normatif, pengakuan hukum adat sebagai hukum positif dalam hukum agraria sudah ada sejak 1960, yaitu dengan lahirnya UUPA. Secara simultan, pada tingkat internasional, Badan-badan Internasional di bawah naungan PBB (Perserikatan Bangsa-Bangsa) juga sudah menunjukkan keseriusannya dalam memberikan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat asli (adat) atas sumberdaya agraria dalam perspektif hak asasi manusia (Nasution dan Zen, 2006; Sumardjono, 2008: 156).

Sayangnya, kedudukan hukum adat sebagai hukum positif tidak tersosialisasi dengan baik, sehingga sering terjadi pelecehan terhadap hukum adat. Kurangnya perhatian

pemerintah terhadap sosialisasi hukum adat dalam hukum agraria disebabkan oleh berbagai faktor antara lain:

1. Politik stikmatisasi UUPA sebagai produk Partai Komunis Indonesia (PKI), walaupun Boedi Harsono (2003: 237-238) sudah membantah dan membuktikan tuduhan itu tidak benar sama sekali. Mahfud (1993) dalam disertasinya, juga telah membuktikan ketidakbenaran stikma tersebut.
2. Ketidakjelasan lembaga pemerintah yang bertanggung jawab “menegakkan” UUPA, sehingga menjadi kurang terurus. Kondisi ini jelas sangat berseberangan dengan keadaan saat Rancangan UUPA (RUUPA) diajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat Gotong Royong (DPR-GR) untuk dibahas dan disahkan menjadi UU pada pertengahan tahun 1960.
3. Ada kesan bahwa pemerintah “takut” jika masyarakat mengetahui bahwa hukum adat menurut UUPA adalah hukum yang berlaku atas sumberdaya agraria.

Pada 1979 pemerintah mengeluarkan UU No. 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa yang menandai dimulainya era pemerintahan desa termasuk di Sumatera Barat. Kemudian, Sumatera Barat mengeluarkan Perda No. 7 Tahun 1981 tentang Pembentukan, Pemecahan, Penyatuan dan Penghapusan Desa dalam Provinsi Daerah Tingkat I Sumatera Barat. Perda ini tidak langsung bisa efektif berlaku karena ketentuannya mengakibatkan terpecahnya wilayah nagari menjadi beberapa desa. Oleh karena itu, Pemda Sumbar juga mengeluarkan Perda No. 13 Tahun 1983 tentang Nagari sebagai Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Provinsi Daerah Tingkat I Sumatera Barat. Selama berlangsungnya pemerintahan desa di Sumatera Barat, pengaturan sumberdaya agraria di nagari atau harta benda kekayaan nagari termasuk ulayat nagari berpedoman kepada Perda No. 13 Tahun 1983. Untuk menjaga keutuhan wilayah dan adat istiadat termasuk harta kekayaan dan ulayat nagari berdasarkan Perda tersebut dibentuklah Kerapatan Adat Nagari (KAN). Hal ini berlangsung sampai Sumbar “kembali ke nagari” berdasarkan Perda No. 9 Tahun 2000.

Perkembangan pemerintahan nagari di Sumatera Barat juga berpengaruh terhadap penguasaan sumberdaya agraria karena ia berada di nagari, dan secara adat, merupakan ulayat nagari. Tabel berikut menunjukkan sejarah perkembangan pemerintahan nagari sejak kemerdekaan dan penguasaan sumberdaya agraria.

TABEL 2 PERKEMBANGAN PEMERINTAHAN NAGARI DAN PENGUASAAN ULAYAT DI SUMATERA BARAT SEJAK KEMERDEKAAN 1945

NO	PERIODE PEMERINTAHAN (DASAR HUKUM)	PELAKSANA PEMERINTAHAN NAGARI	KERAPATAN ADAT	PENGUASA ULAYAT NAGARI
I.	1946-1950 (Maklumat Residen Sumbar No. 20/ 1946)	<ul style="list-style-type: none"> •Walinegeri •Dewan Perwakilan Negeri •Dewan Harian Negeri 	Tidak diatur dan tidak terlibat dalam Pemerintahan nagari (Pemna)	Tidak jelas

2.	1950-1963 (Perda Sumatera Tengah No. 50/GP/1950)	<ul style="list-style-type: none"> •Kepala Wilayah •Dewan Perwakilan Rakyat Wilayah 	Tidak diatur dan tidak terlibat dalam Pemna	Tidak jelas
3.	1963-1968 (SK Gub Sumbar No. 2/Desa/Gsb/Prt-1963)	<ul style="list-style-type: none"> •Kepala Nagari •Badan Musyawarah Nagari •Musyawarah Gabungan 	Tidak diatur dan tidak terlibat dalam Pemna	Pemna: Dalam bentuk bunga kayu, bunga pasir, bunga batu/ karang.
4.	1968-1974 (SK Gub No. 015/GSB/1968)	<ul style="list-style-type: none"> •Walinagari •DPR Nagari Dibantu oleh Kerapatan Nagari sebagai: <ul style="list-style-type: none"> •Peradilan Adat dan Agama •Penasihat Pemna 	Tidak diatur dan tidak terlibat dalam Pemna	Pemna: Memelihara kekayaan nagari, dan berdasarkan SK Gub. No.80/GSB-1972 tentang Keuangan Nagari untuk menarik: <ul style="list-style-type: none"> •Retribusi hasil hutan (kayu, damar, rotan dsb.) •Retribusi karet rakyat. •Bunga pasir, batu, karang (hasil laut, danau, sungai dsb.) Retribusi hasil bumi lain (cengkeh, casia vera dsb.)
5.	1974-1981 (SK Gub No. 155/GSB-1974)	<ul style="list-style-type: none"> •Walinagari •Kerapatan Nagari (KN) 	Tidak diatur dan tidak terlibat dalam Pemna	Pemna: Memelihara harta benda nagari berupa pasar; tanah lapang atau tempat rekreasi; masjid atau surau; tanah, hutan sungai, tebat dan laut sebagai ulayat nagari, bangunan dll.
6.	Era Pemerintahan Desa Periode 1981-2000 (Perda No. 7/1981)	<ul style="list-style-type: none"> •Kepala Desa •Lembaga Musyawarah Desa (LMD) Dibantu oleh Lembaga Ketahanan Masyarakat Desa (LKMD)	Kerapatan Adat Nagari (KAN) dibentuk berdasarkan Perda No. 13/1983	KAN karena Pemna dihapus yaitu untuk: menginventarisir, menjaga, mengurus dan memanfaatkan kekayaan nagari untuk kesejahteraan masyarakat nagari. Dilakukan penyerahan kekayaan nagari dari bekas walinagari kepada ketua KAN
7.	Kembali ke Nagari, 2000-sekarang (Perda No. 9/2000 dan No. 2/2007)	<ul style="list-style-type: none"> •Walinagari •Badan Perwakilan Anak Nagari (BPAN) diubah menjadi Badan Musyawarah (BAMUS) Nagari Dibantu oleh: <ul style="list-style-type: none"> •Badan Musyawarah Adat dan Syarak (BMAS) Nagari 	Lembaga Adat Nagari (LAN) atau nama lain seperti KAN, yang berkaitan dengan sako dan pusako di nagari.	Dikembalikan kepada Pemna, tetapi secara de facto ulayat nagari masih dikuasai oleh KAN.

Sumber: sebagian besar diolah dari Sihombing dan Sjamsulbahri (1975).

Dalam aspek keperdataan interaksi hukum adat dan hukum negara terus berjalan khususnya dalam penyelesaian sengketa masyarakat hukum adat tentang pemilikan dan penguasaan sumberdaya agraria (interaksi yudisial). Interaksi tersebut tidak saja terjadi melalui peradilan negara tetapi melalui penyelesaian sengketa melalui lembaga adat (“peradilan adat”). Melalui interaksi yudisial ini, dapat dilihat bagaimana penerapan hukum adat dalam putusan hakim negara dan/atau bagaimana keberadaan hukum negara dalam putusan “hakim adat”. Dari beberapa putusan hakim yang diperiksa terlihat bahwa hukum adat menjadi hukum yang berlaku bagi hakim dalam memutus sengketa sumberdaya agraria di Sumatera Barat yang lazim disebut sebagai sengketa *sako* (gelar adat) dan *pusako* (pusaka).

Interaksi hukum adat dan hukum negara juga dapat dilihat dalam putusan peradilan

adat. Berbeda dengan keberadaan peradilan adat pada zaman kolonial (Stb. 1932 No. 80), kedudukan peradilan adat secara yuridis sebetulnya sudah dihapus—walaupun secara berangsur-angsur—oleh UU Darurat No. 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil. Penegasan tersebut juga diperkuat oleh UU No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, serta UU No. 4 Tahun 2004 sebagai pengganti UU No. 14 Tahun 1970, bahwa semua peradilan di seluruh wilayah Republik Indonesia adalah peradilan negara dan ditetapkan dengan Undang-Undang. Walaupun demikian praktik penyelesaian sengketa secara adat tetap berlangsung dan tidak tergantung kepada peradilan negara, seperti di Sumatera Barat. Jadi, secara kelembagaan peradilan adat yang dimaksud dalam uraian ini bukanlah peradilan adat seperti yang berlangsung pada masa kolonial, tetapi penyelesaian sengketa adat di luar peradilan negara melalui lembaga adat. Walaupun keberadaannya tidak diakui oleh Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, namun secara yuridis penyelesaian sengketa seperti ini juga telah mendapat penguatan dari UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Di Sumatera Barat, terutama sejak penerapan sistem pemerintahan desa berdasarkan UU No. 5 Tahun 1979, peradilan adat dijalankan oleh Kerapatan Adat Nagari (KAN). Secara formal keberadaan ini dikukuhkan oleh instrumen hukum negara di daerah yaitu Perda No. 13 Tahun 1983. Sebelum itu, fungsi peradilan adat dijalankan oleh Kerapatan Nagari (KN) yang kedudukan utamanya sebagai lembaga perwakilan dan legislatif nagari. Walinagari karena jabatannya sekaligus sebagai ketua KN. Oleh karena itu KN yang anggotanya terdiri atas semua unsur (ninik mamak, alim ulama, cerdik pandai) juga merupakan bagian dari pemerintahan nagari. Baik KAN maupun KN sama-sama dikukuhkan keberadaannya dengan instrumen hukum negara yang dikeluarkan oleh Pemda Sumatera Barat.

Secara umum tugas peradilan adat yang dijalankan oleh KAN meliputi penyelesaian sengketa *sako* (gelar adat) dan *pusako* (pusaka). Kewenangan yang dimiliki oleh KAN sebagai peradilan adat tidak mengurangi kewenangan peradilan negara, karena para pihak tetap diberikan kebebasan untuk melanjutkannya ke pengadilan negeri. Hal ini juga sudah terbukti sebelumnya, bahkan sejak zaman kolonial pun orang Minang sudah terbiasa menggunakan jasa peradilan negara.

Eksistensi KAN sebagai peradilan adat juga pernah dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi (PT) Padang melalui Surat Edaran (SE KPT Padang) No. W3.DA.HT.04.02-3633 tanggal 27 Mei 1985 tentang Memperlakukan Hukum Adat Minangkabau Mengenai Sengketa Tanah Pusaka Tinggi. Kebijakan ini mendapat dukungan dari berbagai pihak seperti dari Gubernur dan Lembaga Kerapatan Adat Alam Minangkabau (LKAAM). LKAAM bahkan juga mengeluarkan Surat Edaran No. 07/LKAAM-SB-VI-1985 tanggal 10 Juni 1985 perihal Penyelesaian Persengketaan Perdata Adat. Sayangnya, sekarang kebijakan ini hampir

tidak diketahui lagi oleh hakim-hakim yang bertugas di Pengadilan Negeri (PN) di Sumatera Barat. Hal ini dapat dipahami, di samping mutasi hakim yang bertugas di daerah ini sejak 1985 tersebut sudah sedemikian jauh, juga karena instrumen hukumnya hanya berupa surat edaran.

Secara teori, kepastian hukum yang sebenarnya (*realistic legal certainty*) mensyaratkan, salah satunya, bahwa aturan hukum tersebut harus sesuai sebagian besar anggota masyarakat, agar hukum itu bisa dilaksanakan (Mertokusumo, 1996b: 86 dan Otto, 2002: 25). Di samping itu, ajaran sistem hukum (Friedman, 1975) juga menjelaskan bahwa suatu sistem baru bisa dikatakan mandiri jika terdapat 3 (tiga) unsur sub-sistem secara mandiri pula yaitu substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*). Jika anggota masyarakatnya bersengketa tentang penerapan substansi hukumnya, maka kelembagaan hukum harus bisa memberikan penyelesaian yang berisi keadilan dan kepastian hukum. Sekarang jika struktur hukum adat, khususnya peradilan adat, tidak sepenuhnya lagi bisa memberikan putusan penyelesaian terhadap sengketa adat maka para pihak sudah lazim membawa sengketa ke peradilan negara. Peradilan negara dalam hal ini berusaha memberikan keadilan berdasarkan hukum adat itu sendiri. Jadi peradilan negara seakan-akan telah menggantikan fungsi struktur hukum adat untuk menegakkan substansi hukum adat itu sendiri. Sebaliknya juga begitu, bahwa peradilan adat yang ada sekarang di Sumatera Barat tidak saja menggunakan dalil-dalil hukum adat dalam memutus sengketa. Mereka juga merujuk kepada hukum negara. Bahkan, eksistensi atau dasar pendirian peradilan adat pun diberikan landasan yuridis oleh hukum negara melalui Perda.

Interaksi hukum adat dan hukum negara juga terjadi dalam program pelaksanaan hukum negara di tengah masyarakat hukum adat (interaksi operasional) seperti program konversi dan pendaftaran tanah. Uraian ini mengemukakan bagaimana jalannya hukum negara melalui program konversi dan pendaftaran tanah adat. Interaksi tersebut dapat dilihat pada mekanisme pelaksanaan konversi dan pendaftaran tanah adat yang dibedakan dalam 2 (dua) tingkatan kegiatan (Warman, 2006: 94-103): (1) Kegiatan di tingkat adat, yang bertujuan untuk melepaskan tanah milik adat tersebut dari kungkungan adat yang dipegang oleh Manak Kepala Waris (MKW) untuk tanah milik kaum, atau yang dipegang oleh penguasa nagari untuk tanah ulayat nagari. Semua kegiatan di tingkat ini dilakukan oleh si pemohon melalui lembaga adat, mulai dari Mamak Kepala Waris (MKW), penghulu suku sampai kepada KAN. (2) Kegiatan di tingkat pemerintah, yang melibatkan aparat pemerintah mulai dari desa (nagari)/kelurahan, camat, sampai ke BPN. Mulai dari pemberian persetujuan terhadap surat pernyataan pemilikan tanahnya, sampai kepada penerbitan sertifikat hak. Setelah proses adat selesai barulah pemerintah melakukan proses sesuai prosedur menurut hukum negara. Bahkan, setelah prosesnya sampai di tingkat pemerintah pun masih melibatkan KAN untuk menyelesaikan keberatan atau sengketa

yang timbul dalam pendaftaran tanah tersebut.

Pada akhir proses pendaftaran tanah di Sumatera Barat juga terdapat temuan menarik dalam melihat interaksi hukum adat dan hukum negara. Sertifikat tanah yang dikeluarkan oleh BPN di Sumatera Barat, sebagai hasil pendaftaran tanah adat (*pusako tinggi*), bervariasi tergantung keinginan dari kaum si pemohon. Karena tuntutan hukum adat setempat yang mengatur tanah berbasis komunal, maka BPN berinisiatif untuk mengeluarkan sertifikat dengan pemegang hak yang beragam sesuai keinginan pemohon, baik atas nama pribadi maupun atas nama kaum atau milik bersama.

B. HUKUM ADAT DAN HUKUM NEGARA DALAM PENGATURAN SUMBERDAYA AGRARIA PADA ERA DESENTRALISASI PEMERINTAHAN DI SUMATERA BARAT

Memasuki era desentralisasi pemerintahan setelah runtuhnya Orde Baru, UU No. 22 Tahun 1999 memberi peluang kepada masing-masing daerah untuk mengembalikan sistem pemerintahan desa kepada pemerintahan yang sesuai dengan asal usul dan adat istiadat setempat. Peluang ini tidak disia-siakan oleh Sumatera Barat. Melalui Perda No. 9 Tahun 2000 daerah ini menyatakan “kembali ke nagari” dengan menghapuskan pemerintahan desa yang berlaku sebelumnya. Perda No. 13 Tahun 1983 pun dicabut, tetapi KAN yang dibentuk dengan Perda tersebut masih dipertahankan. Akibatnya tetap terjadi dualisme dalam penguasaan sumberdaya agraria di nagari, antara pemerintah nagari dan KAN, seperti pada era pemerintahan desa. Awalnya “Perda Nagari” ini hanya berlaku di kabupaten, tetapi berdasarkan Perda No. 2 Tahun 2007 sebagai pengganti Perda No. 9 Tahun 2000, pemerintahan nagari juga berlaku di kota.

Interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria pada periode ini juga terlihat melalui produk hukum di daerah (interaksi konstitusional), termasuk Perda Nagari itu sendiri. Karena sumberdaya agraria yang diatur dalam Perda Nagari merupakan kekayaan dan ulayat nagari, maka uraian tentang pengaturan ini lebih difokuskan pada sumberdaya agraria yang dikuasai oleh nagari.

Berkaitan dengan sumberdaya agraria dalam Perda Nagari 2000, terdapat 2 (dua) pengertian yaitu harta kekayaan nagari dan ulayat nagari. Harta kekayaan nagari adalah harta benda yang telah ada atau yang kemudian menjadi kekayaan atau milik nagari, baik bergerak maupun yang tidak bergerak (Pasal 1 Angka (14)). Ulayat nagari adalah harta benda dan kekayaan Nagari di luar ulayat kaum dan suku yang dimanfaatkan untuk kepentingan anak nagari (Pasal 1 Angka (15)). Jadi, ulayat nagari merupakan bagian dari kekayaan nagari. Menurut Pasal 7, salah satu dari 6 (enam) macam kekayaan nagari adalah ulayat nagari berupa tanah, hutan, batang air, tebat, dan laut.

Perda Nagari 2000 tidak menegaskan siapa yang berwenang menguasai sumberdaya agraria (ulayat) nagari, pemerintah nagari atau KAN. Oleh karena itu, dalam pelaksanaannya timbul tarik menarik antara pemerintah nagari dengan KAN. Walaupun

demikian, Penjelasan Umum Perda memberi petunjuk, bahwa kebijakan kembali ke nagari yang dideklarasikan adalah kembali ke kondisi pemerintahan nagari sebelum pelaksanaan pemerintahan desa. Dengan demikian, ketentuan yang dipakai dalam mengatur pemerintahan nagari termasuk penguasaan kekayaan dan ulayat nagari berpedoman kepada peraturan perundang-undangan yang mengatur pemerintahan nagari saat itu. Berdasarkan peraturan yang berlaku saat itu, SK Gubernur No. 155/GSB-1974, kekayaan dan ulayat nagari dikuasai oleh pemerintah nagari dan dikelola untuk kesejahteraan anak nagari. KAN secara formal sebagai penguasa kekayaan dan ulayat nagari setelah pemerintahan nagari dihapus dan digantikan dengan pemerintahan desa. Kedudukan KAN sebagai penguasa kekayaan dan ulayat nagari dinyatakan dalam Perda No. 13 Tahun 1983. Politik hukum yang terkandung dalam Perda No. 13 Tahun 1983 memang sangat mulia yaitu untuk menjaga keutuhan wilayah dan adat istiadat nagari walaupun wilayahnya telah terbagi-bagi menjadi beberapa desa.

Perda Nagari 2000 dengan tegas menyatakan bahwa Perda No. 13 Tahun 1983 dicabut dan tidak berlaku lagi, sehingga kedudukan KAN sebagai penguasa kekayaan dan ulayat (sumberdaya agraria) nagari juga tidak berlaku lagi. Penguasaan atas ulayat nagari dikembalikan kepada sistem pemerintahan nagari yaitu dipegang oleh pemerintah nagari. Hal ini harus ditegaskan sebab kekayaan dan ulayat nagari merupakan salah satu sumber pendapatan asli nagari yang wajib dikelola dalam kerangka anggaran pendapatan dan belanja nagari (APB Nagari) (Pasal 13).

Di samping itu, Perda Nagari 2000 juga mempunyai itikad baik terhadap pengakuan dan keberadaan kekayaan dan ulayat nagari. Pasal 11 menyatakan bahwa harta kekayaan nagari yang dikelola oleh Pemerintah, Pemerintah Provinsi atau pemerintah kabupaten diatur kembali pemanfaatannya dan memperhatikan kepentingan nagari. Tidak hanya itu, setelah masa pengelolaan harta kekayaan dan ulayat nagari yang dikelola oleh pemerintah tersebut berakhir maka ia harus dikembalikan ke nagari (Pasal 12).

Tidak dapat disangkal bahwa walaupun mendasarkan pembentukannya kepada UU No. 22 Tahun 1999 (hukum negara) namun isi Perda Nagari 2000 ini banyak dipengaruhi oleh hukum adat. Secara keseluruhan isi Perda ini memang merupakan gabungan dari hukum negara produk pemerintah pusat dan hukum adat yang terdapat di Minangkabau (interaksi konstitusional). Kemudian, sama dengan Perda Nagari pendahulunya, Perda Nagari 2007 juga memuat aturan tentang sumberdaya agraria nagari. Secara umum tidak ada perbedaan yang mendasar tentang pengaturan sumberdaya agraria berdasarkan kedua Perda ini. Perbedaannya sedikit terdapat pada ketegasan tentang siapa yang berkuasa atas harta kekayaan dan ulayat nagari. Berdasarkan Pasal 17 Perda Nagari 2007, pemanfaatan dan pengelolaan harta kekayaan nagari dilaksanakan oleh pemerintah nagari berdasarkan peraturan nagari (Perna) melalui konsultasi/koordinasi dengan KAN. Perbedaan yang menonjol adalah tentang delegasi pengaturan ulayat. Menurut Perda

Nagari 2007, pengelolaan, pemanfaatan dan pembagian hasil harta kekayaan nagari diatur lebih lanjut dalam Perda kabupaten/kota, sedangkan menurut Perda Nagari 2000 diatur dengan Perda Provinsi.

Pengaturan sumberdaya agraria yang terdapat dalam Perda Nagari pada masing-masing kabupaten lokasi penelitian senada dengan pengaturannya dalam Perda Nagari di tingkat Provinsi. Oleh karena itu, persoalannya juga hampir sama yaitu menimbulkan ketegangan antara pemerintah nagari dengan KAN. Walaupun demikian pengaturan sumberdaya agraria dalam Perda Nagari tersebut ternyata telah berimplikasi positif bagi penguatan ulayat nagari. Kebijakan kembali ke nagari ternyata telah menguatkan 3 (tiga) unsur (Harel, 2005: 192; Martin, 1993: 45-50) yang membangun hak (ulayat), yaitu masyarakat hukum adat nagari itu sendiri sebagai subyek, tanah ulayatnya sebagai obyek, dan kewenangan nagari (subyek) terhadap ulayatnya.

Permasalahan serius adalah mengenai kedudukan hutan adat sebagai salah satu ulayat nagari. Dengan tidak diakuinya hutan adat sebagai suatu entitas oleh UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (UUK) telah membuat kedudukan hutan adat berada “di persimpangan jalan”. Pada tingkat nagari, ketidaksinkronan UUK dengan UUPA dalam memberikan pengakuan terhadap hukum adat berimplikasi pada ketidakjelasan kedudukan hutan adat. Ada nagari yang berani mengatur, seperti Kambang, walaupun tidak sejalan dengan kebijakan sektor kehutanan, tetapi umumnya nagari membiarkan saja keberadaan hutan adatnya seperti sediakala. Hal ini jelas sangat menghambat nagari dalam pengelolaan hutan adat sebagai salah satu obyek ulayatnya, seperti penerapan *bungo kayu* (bunga kayu), pajak hasil kayu yang diperniagakan yang besarnya 10% berdasarkan hukum adatnya. Hutan adat (nagari) telah diambil alih oleh sektor kehutanan.

Masih dalam interaksi konstitusional antara hukum adat dan hukum negara, pengaturan sumberdaya agraria pada era ini juga dapat dilihat di luar Perda Nagari. Produk hukum daerah lainnya yang berkaitan sumberdaya agraria terutama tanah dan hutan juga merespon Perda Nagari. Salah satu produk hukum daerah yang sangat terkait dengan pengaturan sumberdaya agraria di daerah ini adalah Perda No. 6 Tahun 2008 tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya (Perda Tanah Ulayat Sumbar).

Pembahasan Ranperda Tanah Ulayat ini memang menemui banyak hambatan sehingga pembahasannya cukup lama “terkatung-katung” di DPRD. Hambatan utamanya adalah ketidaksinkronan antara keinginan masyarakat terhadap tanah ulayat mereka yang sudah beralih kepada pihak ketiga dengan UUPA, khususnya terhadap tanah-tanah ulayat yang sudah menjadi HGU. Masyarakat protes karena sangat khawatir bahwa keberadaan Ranperda ini akan menghancurkan tanah ulayatnya dan tidak mampu mengembalikan tanah ulayat mereka yang sudah “dirampas” oleh pihak luar. Dilematis yang ditemui dalam pembahasan untuk melahirkan Perda tanah ulayat ini merupakan “korban” dari ketidaksinkronan antara UUPA dengan UU Pemerintahan Daerah dan peraturan

pelaksanaannya. Menurut Perda Nagari sebagai pelaksana dari UU Pemerintahan Daerah, tanah ulayat merupakan kekayaan nagari, tetapi karena obyeknya adalah tanah, maka ia harus tunduk pula kepada UUPA. Menurut UUPA, HGU hanya berada di atas tanah negara sehingga setelah haknya habis maka tanah jatuh ke tanah negara.

Begitu juga dengan pengaturan di bidang kehutanan. Menurut Perda Nagari, hutan merupakan salah satu harta kekayaan nagari yakni sebagai ulayat nagari di samping tanah, batang air, *tabek* (tebat), danau atau laut. Oleh karena itu, produk hukum daerah di bidang kehutanan harus mempertimbangkan bahwa hutan merupakan salah satu obyek ulayat nagari. Namun, kenyataannya tidak demikian. Produk hukum daerah di bidang kehutanan, seperti di Kabupaten Pesisir Selatan, tidak menunjukkan perhatiannya terhadap hukum adat, bahkan tidak merujuk kepada Perda Nagari. Hal ini membuktikan bahwa daerah ini tidak mengakui keberadaan hutan adat.

Sejak kebijakan kembali ke nagari diterapkan melalui Perda Nagari baik di Provinsi maupun di kabupaten-kabupaten se-Sumatera Barat, masing-masing nagari juga telah melahirkan pengaturan sumberdaya agraria. Dalam lingkup terbatas, pengaturan-pengaturan tersebut telah mulai menunjukkan sosoknya demi penguatan hak-hak masyarakat hukum adat atas sumberdaya agraria terutama tanah dan hutan. Dengan tingkat penerimaan yang juga bervariasi, masyarakat di nagari juga telah menunjukkan respons tertentu terhadap hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria. Oleh karena itu, interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria juga berlangsung di (masyarakat) nagari. Hal inilah yang ditunjukkan oleh 3 (tiga) nagari lokasi penelitian. Pada umumnya masyarakat menginginkan adanya peraturan yang jelas terhadap ulayat nagari (tanah dan hutan), misalnya melalui peraturan nagari (Perna). Dalam pembuatan Perna tersebut harus melibatkan para ninik mamak (tokoh adat) serta unsur lainnya di nagari seperti ulama, cerdik pandai, bundo kanduang (perempuan) dan pemuda. Sementara itu, terhadap tanah *pusako* (tanah milik adat) baik *pusako tinggi* maupun *pusako randah* tidak perlu diatur dengan Perna karena sudah jelas aturannya menurut hukum adat. Dengan demikian, kebijakan kembali ke nagari bagi masyarakat nagari hanya berpengaruh terhadap pengaturan ulayat nagari, tidak terhadap tanah pusako.

C. KEANEKARAGAMAN DALAM KESATUAN: MODEL INTERAKSI HUKUM ADAT DAN HUKUM NEGARA DALAM HUKUM AGRARIA

Upaya memperkuat negara untuk menyejahterakan rakyatnya merupakan suatu keharusan (Fukuyama, 2005), sementara itu perlindungan kepentingan masyarakat hukum adat juga merupakan keniscayaan. Menurut Riggs (1964: 126-132), kesatuan masyarakat yang dibangun di antara kedua kepentingan itu dikenal dengan masyarakat yang prismatik (*prismatic society*). Jika hukum merupakan suatu produk budaya masyarakat, maka

pembangunan hukumnya harus mengikuti arah pembangunan masyarakatnya. Oleh karena itu, dalam rangka mewujudkan prinsip keanekaragaman dalam kesatuan hukum, hukum agraria yang dibangun dalam “bangunan” masyarakat Indonesia yang primastik harus juga mengikuti model yang prismatic.

Dalam konteks Indonesia, pada 1925 van Vollenhoven pernah membuat tulisan yang berjudul “*Een adatwetboekje voor heel Indie*” yang mencoba melihat beberapa hal dari nilai-nilai hukum adat yang bersamaan, *droit commun coutumier* (hukum adat umum) (Vollenhoven, 1972: 14). Menurut Koesnoe (1972: 6) kesamaan-kesamaan itu bisa dijadikan sebagai modal dasar pembangunan hukum nasional. Oleh karena itu, model pembangunan hukum agraria yang bersumber dari hukum adat yang beragam (*diversity*) dalam kerangka negara kesatuan (*unity*) sudah sejak lama menjadi perhatian para pakar.

Penelitian ini menunjukkan, bahwa prinsip keanekaragaman dalam kesatuan hukum agraria nasional dapat diwujudkan melalui pengaturan sumberdaya agraria secara berlapis, mulai dari pusat sampai ke daerah bahkan nagari (desa). Berkaitan dengan itu, agar hukum adat dan hukum negara bisa bekerjasama dalam pengaturan sumberdaya agraria seperti itu dibutuhkan setidaknya 4 (empat) syarat yaitu: (1) adanya keterbukaan dari sistem hukum adat itu sendiri terhadap pengaruh luar; (2) adanya pengakuan dari hukum negara terhadap hukum adat itu sendiri; (3) adanya kemauan politik dari pemerintah untuk mengakomodasi hukum adat dalam pelaksanaan pembangunan; (4) adanya desentralisasi pengaturan sumberdaya agraria.

Sejarah perkembangan masyarakat, termasuk masyarakat adat Minangkabau, menunjukkan bahwa mereka bersifat terbuka terhadap pengaruh luar. Sikap penerimaan ini telah dibuktikan oleh orang Minang sejak masuknya Islam jauh sebelum VOC masuk ke daerah ini. Puncak dari rekonsiliasi antara adat dan Islam di Minangkabau ditandai dengan kesepakatan, *adat basandi sarak, sarak basandi kitabullah, sarak mangato adat mamakai, alam takambang jadi guru* (adat bersendi sarak, sarak bersendi kitabullah, sarak mengata adat memakai, alam terkembang jadi guru). Pengaruh Islam membuat orang Minangkabau semakin terbuka, termasuk terhadap pengaruh negara. Sistem kepemimpinan adat Minang setelah Islam dan negara berubah menjadi konsep kepemimpinan kolektif yang dikenal dengan *tungku tigo sajarangan* (tungku tiga sajarangan). Sistem kepemimpinan ini berpedoman kepada *tali tigo sapilin* (tali tiga sepilin). “Tali” diartikan sebagai ikat atau aturan yang berlaku (*legal substance*), sedangkan tungku adalah penegak aturan tersebut (*legal structure*). Tungku yang tiga sajarangan tersebut adalah: penghulu bertalikan adat; ulama bertalikan agama Islam; cerdik pandai bertalikan “undang”.

Keterbukaan orang Minang terhadap pengaruh luar memang difasilitasi oleh substansi hukum adatnya (*legal substance*) yang menyatakan: *sakali aie gadang, sakali tapian barubah, namun tapian di tapi aie juo, sakali balega gadang, sakali aturan batuka, namun*

adat baitu juo (sekali air besar, sekali tepian berubah, namun tepian di tepi sungai juga, sekali kuasa bertukar, sekali aturan berubah, namun adat begitu juga). Keterbukaan seperti ini tidak hanya dimiliki oleh orang Minang. Masyarakat adat kasepuhan di kawasan ekosistem Halimun juga punya ungkapan serupa, *tilu sapamulu, dua sakarupa, hiji eta keneb*, sebagai peleburan antara adat, negara dan agama (Susilaningtias, 2007: 47). Di Lombok Nusa Tenggara Barat (NTB) juga mempunyai kearifan lokal yang hampir sama yaitu apa yang dikenal dengan konsep *wetu telu* (seperti yang dikemukakan oleh Kamardi, seorang tokoh adat dari Lombok dalam wawancara tanggal 7 September 2007). Besar kemungkinan bahwa persyaratan pertama ini terpenuhi oleh seluruh masyarakat hukum adat di Indonesia.

Kemudian, pengakuan hukum negara terhadap hukum adat dalam sejarah perkembangan hukum di Indonesia juga telah cukup memadai. Pengakuan tersebut tidak saja datang dari hukum negara produk nasional, tetapi juga dari hukum agraria kolonial. Jika Belanda telah menyatakan berlakunya hukum adat bagi pribumi dalam Konstitusi Hindia Belanda baik dalam RR dan IS, maka pemerintah Indonesia juga telah memasukkan pengakuan hukum adat dan hak tradisionalnya dalam UUD 1945. Perbedaannya terletak pada politik hukum yang berada di belakang pengakuan tersebut. Selanjutnya, UUPA mengakui pelaksanaan hak ulayat sepanjang masih ada (Pasal 3) dan menyatakan bahwa hukum agraria yang berlaku adalah hukum adat (Pasal 5). Walaupun pengakuan hukum negara terhadap pemberlakuan hukum adat sudah cukup memadai namun di antara sesama produk hukum negara (antar sektor) masih belum sinkron. Kelembagaan hukum negara yang menjalankan ketentuan hukum tentang pengakuan tersebut masih belum solid, sehingga sering terjadinya diskoordinasi dalam pengakuan hukum adat.

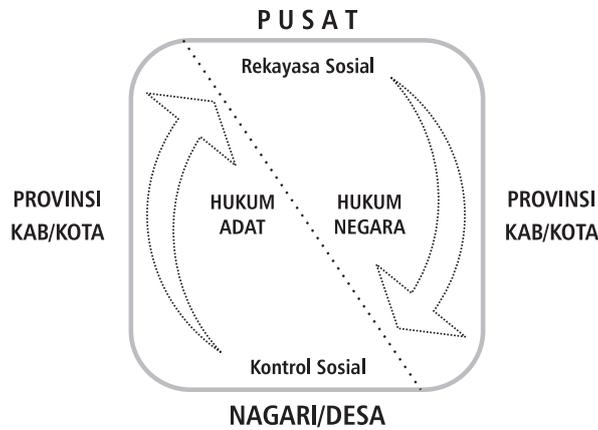
Di samping adanya pengakuan hukum adat dalam UUD 1945 dan UUPA, melalui kebijakan desentralisasi pemerintah pusat telah menunjukkan kemauan politik (*political will*) terhadap kedudukan hukum adat. Pemda Sumatera Barat tidak menyia-nyaiakan kesempatan, mereka juga menunjukkan *political will* yang sama. Sikap ini diawali oleh Pemda dengan penerapan kebijakan kembali ke nagari melalui Perda Nagari 2000 yang diikuti oleh Perda Nagari 2007. Terkait dengan pengaturan sumberdaya agraria, kedua Perda Nagari ini cukup responsif karena berusaha mengembalikan sumberdaya agraria kekayaan nagari secara hukum adat kepada nagari. Kehendak baik Pemda di Sumatera Barat terhadap pengakuan hukum adat juga ditunjukkan dalam kebijakan pengadaan tanah untuk pembangunan. Kemudian, dalam pelaksanaan pendaftaran tanah di Sumatera Barat, pemerintah juga telah menunjukkan adanya kehendak politik untuk mengakomodasi hukum adat, yaitu: (1) pelibatan lembaga adat dalam proses pengadaan alas hak atas tanah adat, dan (2) pengeluaran sertifikat tanah kaum untuk mengakomodasi hak milik komunal.

Akhirnya, hukum agraria nasional yang *diversity in unity* juga membutuhkan adanya desentralisasi kewenangan pengaturan di bidang sumberdaya agraria, terutama berkaitan dengan pengaturan dan penyelenggaraan tentang peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan sumberdaya agraria. Desentralisasi pengaturan sumberdaya agraria juga bisa dilakukan dalam aspek teknis pelayanan di bidang sumberdaya agraria dalam rangka pengukuhan dan pemberian hak atas tanah atau izin pemanfaatan sumberdaya agraria lainnya. Begitu juga dengan pelayanan berkaitan peralihan hak atas tanah, desentralisasi pengaturannya bisa mengakomodasi keterlibatan lembaga adat (informal) di samping kewenangan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) yang memang menjadi perpanjangan tangan dari hukum negara.

Dengan 4 (empat) kondisi tersebut, maka pengaturan sumberdaya agraria berlapis dimaksud digambarkan sebagai berikut. Semakin tinggi tingkat peraturannya semakin umum (*unity*) hal yang diaturnya, sebaliknya semakin rendah *level* produk hukumnya, maka semakin rinci pula pengaturannya. Artinya, semakin rendah produk yang mengatur sumberdaya agraria semakin besar porsi hukum adat yang mengisi muatan peraturan tersebut (*diversity*). Kesemuanya itu merupakan sumber hukum agraria secara nasional dan itulah yang dikatakan “bangunan” hukum agraria yang berlaku di Indonesia. Oleh karena itu, pengaturan sumberdaya agraria dalam perspektif keanekaragaman dalam kesatuan hukum tidak bisa dilepaskan dari pengaturan pemerintahan desa, karena sumberdaya agraria dan hukum adat itu berada di desa. Pembentukan pemerintahan desa berdasarkan wilayah kesatuan masyarakat hukum adat, seperti pemerintahan nagari di Sumatera Barat, bisa mendorong interaksi hukum adat dan hukum negara berjalan baik.

Bila dihubungkan dengan fungsi hukum secara umum baik sebagai kontrol sosial (*social control*) maupun sebagai rekayasa sosial (*social engineering*) (Kohler dalam Purbacaraka dan Ali, 1990: 37-38; Pound, 1971: 47), skema hukum agraria seperti ini juga dapat difungsionalisasikan. Pada tingkat pusat, produk hukum yang dilahirkan lebih berfungsi sebagai rekayasa sosial dengan mengakomodasi nilai-nilai universal baik berasal dari “rahim” masyarakat hukum adat sendiri maupun dari luar. Produk hukum daerah bahkan sampai ke desa (nagari) lebih difungsikan sebagai kontrol sosial karena semakin dekat dengan kehidupan nyata masyarakat hukum adat. Di samping bertujuan untuk melindungi kepentingan masyarakat hukum adat, pengaturan di tingkat lokal juga diharapkan semakin memperjelas wujud dari hukum yang sebenarnya berlaku di masyarakat hukum adat. Jadi, hukum adat betul-betul bisa mendukung terciptanya kepastian hukum yang sebenarnya (*realistic legal certainty*). Dengan demikian, hukum negara dan hukum adat tidak saja berinteraksi secara terpisah tetapi lambat laun diharapkan bisa terintegrasi dalam pembangunan sistem hukum agraria nasional. Gambaran singkat posisi hukum adat dan hukum negara dalam perspektif keanekaragaman dalam kesatuan hukum dapat dilihat pada gambar berikut.

POSISI HUKUM ADAT DAN HUKUM NEGARA DALAM HUKUM AGRARIA NASIONAL



IV. SIMPULAN DAN SARAN

A. SIMPULAN

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa hukum adat dan hukum negara telah berinteraksi baik secara konstitusional dan operasional maupun secara yudisial. Secara konstitusional, hukum adat dan hukum negara berinteraksi melalui proses pembuatan peraturan perundang-undangan baik di pusat maupun di daerah. Secara operasional, interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pelaksanaan program-program pemerintah di bidang keagrariaan khususnya bidang pertanahan. Secara yudisial, interaksi hukum adat dan hukum negara terjadi dalam penyelesaian sengketa pemilikan atau penguasaan sumberdaya agraria, baik melalui peradilan negara maupun peradilan adat.

Desentralisasi pemerintahan ikut mewarnai jalannya interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria di Sumatera Barat, sebagai berikut:

1. Sebelum desentralisasi, interaksi hukum adat dan hukum negara lebih banyak terjadi secara operasional dan yudisial, sedangkan interaksi konstitusional tidak begitu terlihat. Hal ini bahkan sudah terjadi jauh sebelumnya yaitu sejak sebelum era kemerdekaan atau sejak masa penjajahan Belanda di Sumatera Barat. Secara operasional, dalam pelaksanaan program pembangunan, pemerintah di daerah ini telah menunjukkan kemauan politiknya dalam mengakomodasi hukum adat, misalnya dalam pendaftaran tanah dan pengadaan tanah untuk pembangunan. Secara yudisial, lembaga peradilan negara juga telah menunjukkan konsistensinya untuk memakai hukum adat dalam penyelesaian sengketa masyarakat atas sumberdaya agraria. Lembaga peradilan adat pun telah menunjukkan penerimaannya terhadap keberadaan hukum negara.
2. Di samping interaksi operasional dan yudisial tetap berjalan, pada era desentralisasi, interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria di Sumatera Barat juga berlangsung secara konstitusional. Saluran ini telah mendorong terakomodasinya hukum adat dalam produk hukum di daerah sampai ke nagari. Hal ini memang telah berdampak positif terhadap penguatan ulayat nagari tetapi

masih menyisakan persoalan serius yaitu terjadinya “ketegangan” antara pemerintahan nagari dan KAN. Tidak demikian halnya dengan bidang kehutanan. Karena UUK memang tidak mengakui hukum adat maka interaksi hukum adat dan hukum negara di bidang kehutanan tidak terjadi dengan baik.

3. Interaksi hukum adat dan hukum negara dalam hal-hal tersebut di atas telah membuka jalan bagi upaya perwujudan prinsip keanekaragaman dalam kesatuan hukum agraria pada era desentralisasi. Secara konstitusional, pengaturan sumberdaya agraria dalam perspektif keanekaragaman dalam kesatuan hukum dapat dilakukan dengan pengaturan berlapis. Semakin tinggi tingkat peraturannya semakin umum hal yang diaturnya (semakin *unity*), sebaliknya semakin rendah *level* produk hukumnya semakin rinci pula pengaturannya (semakin *diversity*). Secara yudisial, interaksi hukum adat dan hukum negara bisa berjalan jika hukum negara menyatakan bahwa hukum adat berlaku sebagai hukum positif tidak tertulis atas sumberdaya agraria. Secara operasional ternyata hukum adat bisa memberikan kontribusi positif bagi pelaksanaan program-program pemerintah dalam rangka memberikan kepastian hukum yang sebenarnya kepada semua pihak.

B. SARAN

1. Pemerintah hendaknya segera melakukan sosialisasi tentang kedudukan hukum adat dalam hukum agraria nasional baik kepada aparat pemerintah sendiri maupun kepada masyarakat.
2. Terkait dengan pengakuan terhadap hukum adat, sesuai dengan perintah TAP MPR No. IX/MPR/2001, Presiden bersama DPR hendaknya segera mengambil langkah-langkah “penertiban” terhadap seluruh UU sektoral, terutama UUK, yang tidak sejalan dengan UUD 1945 dan UUPA.
3. Untuk memfasilitasi interaksi hukum adat dan hukum negara dalam pengaturan sumberdaya agraria dalam perspektif keanekaragaman dalam kesatuan hukum, pemerintah daerah hendaknya melakukan pembentukan pemerintahan desa sedapat mungkin berdasarkan wilayah kesatuan masyarakat hukum adat.

DAFTAR PUSTAKA

- Arikunto, S., 1983, *Prosedur Penelitian, Suatu Pendekatan Praktik*, Jakarta, Penerbit Bina Aksara.
- Asnan, G., 2006, *Pemerintahan Sumatera Barat dari VOC Hingga Reformasi*, Yogyakarta, Citra Pustaka.
- Benda-Beckmann, F., 2003, “Between Global Force and Local Politics: Decentralization and Reorganization of Village Government in Indonesia”, *Paper*, “Conference Global-

- ization and Law in Asia: from the Asian crisis to September 11, 2001”, the International Institute for Sociology of Law, Onati, 10-12 April.
- Friedman, L. M., 1975, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation.
- Fukuyama, F., 2005, *Memperkuat Negara: Tata Pemerintahan dan Tata Dunia Abad 21*, Penerjemah A. Zaim Rofiqi, Jakarta, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama.
- Griffiths, J., 1986, “What is Legal Pluralism?” dalam *Journal of Legal Pluralism*, No. 24.
- Harel, A., 2005, “Theories of Rights”, dalam M. P. Golding dan W. A. Edmundson (Ed.), *Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd, Hal. 191-106.
- Harsono, B., 2003, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid I, Cetakan Kesembilan (Edisi Revisi 2003), Jakarta, Penerbit Djambatan.
- Holleman, J.F., 1986, “Trouble-cases and Trouble-less cases in the Study of Customary Law and Legal Reform”, dalam *Anthropology of Law in the Netherlands*, Foris Publication, Dordrecht, hlm. 110-131.
- Hooker, M. B., 1975, *Legal Pluralism: Introduction to Colonial and Neo-Colonial Law*, London, Oxford University Press.
- Huberman, M. A. dan M. B. Miles, 1994, “Data Management and Analysis Methods”, dalam N.K. Denzin dan Y.S. Lincoln, (Ed), *Handbook of Qualitative Research*, Sage Publications, Thousand Oaks, hlm. 428-445.
- Huijbers, Theo, 1990, *Filsafat Hukum*, Yogyakarta, Penerbit Kanisius.
- Koesnoe, M., 1972, “Pengantar”, dalam Van Vollenhoven, *Suatu Kitab Hukum Adat untuk Seluruh Hindia Belanda*, Terjemahan M. Rasjad St. Suleman, Jakarta, Penerbit Bhatara, hlm. 5-7.
- Koesnoe, M., 1979, *Catatan-catatan terhadap Hukum Adat Dewasa Ini*, Surabaya, Airlangga University Press.
- Kusumaatmadja, M., 1976, *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional: Suatu Uraian tentang Landasan Pikiran, Pola dan Mekanisme Pembaharuan Hukum di Indonesia*, Bandung, Penerbit Binacipta.
- Mahadi, 1991, *Uraian Singkat tentang Hukum Adat, Sejak RR tahun 1854*, Bandung, Penerbit Alurni.
- Mahfud, M. M. D., 1993, “Perkembangan Politik Hukum, Studi tentang Pengaruh Konfigurasi Politik terhadap Produk Hukum di Indonesia”, *Disertasi*, Yogyakarta, Universitas Gadjah Mada.
- Martin, R., 1993, *A System of Rights*, Oxford, Clarendon Press.

- Merry, S., Engle, 1988, "Legal Pluralism", dalam *Law and Society Review*, 22:5, ProQuest Information and Learning Company.
- Mertokusumo, S., 1996a, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Yogyakarta, Penerbit Liberty.
- Mertokusumo, S., 1996b, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, Yogyakarta, Penerbit Liberty.
- Mohanadoss, T., 1997, "The Role of Tradition in Modern Societies: A Sociological Discourse", *The Journal of Social, Political and Economic Studies*, Vol. 22, No. 4, Washington, D.C. hlm. 433-445.
- Moore, S. F., 1983, *Law as a Process, An Anthropological Approach*, Routledge and Kegan Paul, London.
- Muhammad, Abdulkadir, 1990, *Hukum Perdata Indonesia*, Bandung, Penerbit PT Citra Aditya Bakti.
- Nasution, A. B. dan A. Patra. M. Zen, (Penyunting), 2006, *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia*, Jakarta, Kerjasama Yayasan Obor Indonesia, YLBHI dan Kelompok Kerja Akte Arif.
- Nasution, S, 1992, *Metode Penelitian Naturalistik-Kualitatif*, Bandung, Penerbit Tarsito.
- Navis, A. A., 1984, *Alam Terkembang Jadi Guru*, Jakarta, Penerbit Grafiti Press.
- Otto, J.M., 2002, "Toward an Analytical Framework: Real Legal Certainty and Its Explanatory Factors", dalam Chen, J., Y. Li dan J. M. Otto, *Implementation of Law in the People's Republic of China*, The Hague: Kluwer Law International, hlm. 23-34.
- Pound, R., 1971, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Heaven, Connecticut.
- Purbacaraka, P. dan M. Chidir Ali, 1990, *Disiplin Hukum*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Riggs, F. W., 1964, *Administration in Developing Countries: the Theory of Prismatic Society*, Boston, Houghton Mifflin Company.
- Sihombing, H. dan Sjamsulbahri, 1975, *Peraturan Perundangan tentang Pemerintahan Nagari/Desa di Sumatera Barat*, Padang, Bagian Penerbitan dan Bursa Buku Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Andalas.
- Soekanto, S., 1982a, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, Penerbit UI-Press.
- Soekanto, S., 1982b, *Mengenal Antropologi Hukum*, Bandung, Penerbit Alumni.
- Sudiyat, I., 1991, *Asas-asas Hukum Adat, Bekal Pengantar*, Yogyakarta, Penerbit Liberty.
- Sumardjono, Maria. S. W., 1996, *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian, Sebuah Panduan Dasar*, Jakarta, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama.

- Soekanto, S., 2004, "Pluralisme Hukum di Bidang Pertanahan", *Makalah*, "Konferensi Internasional tentang Penguasaan Tanah dan Kekayaan Alam di Indonesia yang sedang berubah: Mempertanyakan Kembali Berbagai Jawaban", diselenggarakan oleh Yayasan Kemala, Jakarta, 11-13 Oktober.
- Soekanto, S., 2008, *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas.
- Susilaningtias, 2007, "Potret Pluralisme Hukum di Kawasan Ekosistem Halimun, dalam Kurnia Warman dan B. Steni (Ed), *Potret Pluralisme Hukum Dalam Penyelesaian Konflik Sumberdaya Alam: Pengalaman dan Perspektif Aktivistis*, Jakarta, Penerbit HuMa, hlm. 43-74.
- Tamanaha, B. Z., 1999, *Realistic Socio-legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Penerbit Clarendon Press Oxford University.
- Thoha, M., 2003, *Dimensi-dimensi Prima Ilmu Administrasi Negara*, Jakarta, Penerbit Rajawali Pers.
- Toeah, Datoek, 1985, *Tambo Alam Minangkabau*, A. Damhoeri (Ed), Bukittinggi, Penerbit CV Pustaka Indonesia.
- Van Vollenhoven, 1972, *Suatu Kitab Hukum Adat untuk Seluruh Hindia Belanda*, Terjemahan M. Rasjad St. Suleman, Jakarta, Penerbit Bhatara.
- Warman, K., 2006, *Ganggam Bauntak menjadi Hak Milik, Penyimpangan Konversi Hak Tanah di Sumatera Barat*, Padang, Unand Press.
- Wignjosebroto, S., 2002, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta, Penerbit ELSAM dan HuMa.

PERTAUTAN HUKUM ISLAM DAN HUKUM ADAT MENUJU SISTEM HUKUM NASIONAL

SUSILAWETTY

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta, Jalan K.H. Ahmad Dahlan, Ciputat, Jakarta Selatan 15419, Indonesia. Email: susi_ukm@yahoo.com.

ABSTRACT

Customary is Indonesian indigeneous heredity which is usually unwritten and it existed since Indonesia got its independence. The existence of customary in Indonesia changes since Islamic religion entered and got its followers in Indonesia. The implementation of syariah causes diversity in Indonesian law, especially the laws related to family affairs. The role of Syariah and Customary is very important in determining positive laws. This study aims at finding out the relationship between the values in Syariah and the ones in Customary, especially in family affairs law. The finding shows that most of the componets research showed the similarities which correlated each other. The similarities between those values are expected to become the guidelines in determining positive laws.

Key words: correlate, syariah, customary

I. PENDAHULUAN

Di Indonesia berlaku beberapa sistem hukum yakni hukum adat, hukum Islam dan hukum Barat. Dilihat dari segi umurnya, yang tertua adalah hukum adat, kemudian menyusul hukum Islam dan hukum Barat. Ketiga sistem hukum tersebut mempunyai ciri dan sistem tersendiri yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat dan Negara Republik Indonesia. Oleh karena itu sistem hukum di Indonesia disebut majemuk.

“Adat” berasal dari kata Arab yang berarti kembali lagi atau berulang. Adat merupakan suatu perbuatan dan perkataan yang dilakukan oleh seseorang atau kelompok orang secara berulang-ulang sehingga akhirnya menjadi kebiasaan dari golongan itu.

Sedangkan hukum adat adalah hukum asli yang tidak tertulis, yang berdasarkan kebudayaan dan pandangan hidup bangsa Indonesia yang memberi pedoman kepada sebagian besar orang-orang Indonesia dalam kehidupan sehari-hari, dalam hubungan antara yang satu dengan yang lain di kota dan terlebih-lebih di desa (Muhammad, 1991: 15). Menurut Satjipto Rahardjo hukum

adat adalah hukum yang tidak dibuat dengan sengaja, hukum yang memperlihatkan aspek-aspek kerohanian yang kuat dan hukum yang berhubungan erat dengan dasar-dasar dan susunan masyarakat setempat (Raharjo, 1975).

Hukum adat adalah hukum yang menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat dan sebagai hukum rakyat. Hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup rakyat itu sendiri. Hukum adat adalah suatu hukum yang berurat berakar pada nilai-nilai budaya rumpun bangsa ini yang sepanjang perjalanan sejarah selalu mengalami penyesuaian dengan keadaan. Hukum adat menyesuaikan diri dengan kehidupan bangsa yang berada di wilayah Indonesia sepanjang perjalanan sejarahnya (Koesnoe, 1992: 4-5).

Suatu perbuatan yang dilakukan seseorang atau sekelompok orang secara berulang-ulang akan menjadi suatu kebiasaan. Lambat laun kebiasaan dalam masyarakat akan bergeser menjadi norma. Dalam pertumbuhan selanjutnya norma ini akan menjadi norma hukum, sehingga setiap tindakan seseorang yang berlawanan atau bertentangan dengan norma tersebut dianggap melanggar hukum adat.

Kebudayaan normatif asli yang telah lama dimiliki oleh bangsa Indonesia akhirnya mengalami perubahan. Indonesia sebagai suatu daerah kepulauan banyak dikunjungi dan dikembangkan ajaran agama seperti agama Hindu dan Budha. Di daerah-daerah, hukum adat melaksanakan ajaran “adat diisi lembaga dituang” artinya bahwa hukum adat diisi dengan hal-hal baru yang diperlukan. Isi hukum adat pada masa silam di beberapa daerah dipengaruhi oleh agama Hindu seperti di pulau Jawa dan Bali.

Namun pengaruh agama Hindu dan Budha bergeser ketika agama Islam masuk ke negeri ini. Ada pendapat yang mengatakan bahwa Islam masuk ke Indonesia pada abad ke VII atau ke VIII Masehi atau tahun pertama Hijriyah. Sedangkan pendapat lain mengatakan Islam masuk ke Indonesia pada abad ke XIII Masehi, yang jelas hukum Islam telah berlaku di Indonesia sejak beberapa abad yang lalu (Susilawetty, 2008: 110).

Pada masa kedatangan Islam, norma-norma sosial dalam hukum Islam dapat diterima oleh masyarakat hukum adat secara damai. Hal ini berkaitan dengan cara penyebaran agama Islam yang tidak melalui kekerasan. Hukum Islam yang tumbuh dan berkembang di masyarakat pada saat itu bukanlah hukum Islam murni yang bersumberkan dari Al Qur'an dan hadist, melainkan hukum Islam yang telah diwarnai dengan tradisi lokal yang sudah ada sebelumnya, sehingga hukum Islam dapat diterima oleh masyarakat secara damai (Manggalatung, 2009: 106).

Pada zaman Hindia Belanda sebelum kedatangan VOC, kerajaan-kerajaan Islam pada waktu itu telah membentuk lembaga-lembaga Peradilan Agama dengan berbagai nama seperti Kerapatan Kadhi, Hakim Syarak dan lain-lain. Badan peradilan tersebut menyelesaikan perkara dengan menggunakan hukum acara Peradilan Agama. Pada umumnya mereka menganut mazhab Syafe'i. Hukum Islam yang berlaku pada waktu itu

terutama yang menyangkut masalah hukum seperti perkawinan dan kewarisan.

Selanjutnya dalam statuta Batavia yang ditetapkan VOC tahun 1642 disebutkan bahwa hukum kewarisan Islam berlaku bagi pemeluk agama Islam. Adanya pendapat yang menyatakan bahwa hukum Islam adalah hukum yang hidup di kalangan rakyat pribumi yang beragama Islam (teori *Receptio in Complexu*) telah menggeser hukum adat yang berlaku pada masa itu (Ali, 1984: 7). Walaupun akhirnya teori ini mengalami kemunduran dengan berlakunya teori *Receptio* yang dikemukakan oleh Christian Snouck Hurgronje (Hazairin, 1990: 97). Namun secara realita ketentuan hukum Islam dan hukum adat adalah merupakan sumber dari pembentukan hukum nasional.

Penerapan hukum Islam dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, khususnya di negara-negara yang penduduknya majemuk dan heterogen seperti halnya Indonesia yang sekalipun mayoritas Islam, sangat diperlukan pengkajian dan analisis yang sungguh-sungguh dan ijtihad oleh ulama serta intelektual muslim (Manggalatung, 2009: 100). Termasuk para akademisi di Perguruan Tinggi terutama Perguruan Tinggi Islam.

Dalam era reformasi kedudukan hukum Islam dalam hukum nasional menunjukkan pertumbuhan yang signifikan. Hal ini dapat kita lihat dengan lahirnya berbagai UU seperti UU Nomor 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji, UU Nomor 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat, UU Nomor 11 Tahun 2002 tentang Qanun Propinsi Nangroe Aceh Darussalam, UU Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, UU Nomor 2 Tahun 2004 tentang Sistem Pendidikan Tinggi, dan lain-lain. Kesemuanya ini menunjukkan kepada kita bagaimana peranan hukum Islam sebagai sumber utama dalam pembentukan hukum nasional.

Selain hukum Islam, peranan hukum adat pun tidak kalah pentingnya dalam pembentukan hukum nasional. Hukum adat merupakan hukum yang hidup di tengah masyarakat, walaupun demikian perubahan dalam hukum adat bisa terjadi. Berdirinya negara Republik Indonesia sekaligus juga menandakan lahirnya tata hukum baru yakni tata hukum nasional. Kedudukan hukum adat pada masa sebelum kemerdekaan pada hakekatnya terjadi dalam wilayah yang terbatas, masing-masing dengan kekuasaannya sendiri, namun apabila berhadapan dengan suasana pada masa sekarang ini dalam sistem negara nasional maka titik berat kehidupan sosial politik lebih mengarah kepada model hukum yang bersifat unifikasi.

Penelitian ini bertujuan mencari titik taut antara ketentuan yang diatur dalam hukum Islam dengan ketentuan yang berlaku dalam hukum adat. Apabila ditemukan titik tautnya komponen tersebut diharapkan dapat dipertimbangkan untuk dijadikan sumber hukum nasional.

Sistem hukum Indonesia yang bersifat pluralistik dan adanya keinginan baik dari masyarakat maupun pemerintah untuk membentuk hukum nasional yang bersifat unifikasi

akan menimbulkan fenomena yang perlu ditindaklanjuti. Produk hukum yang dibuat oleh pemerintah baik berupa UU atau peraturan lain di bawah UU harus memenuhi tiga aspek yakni aspek filosofis, yuridis, dan sosiologis.

Secara sosiologis materi suatu UU tidak boleh bertentangan dengan norma-norma agama dan nilai-nilai budaya suatu masyarakat. Dalam membuat suatu UU kedua unsur tersebut tidak boleh diabaikan. Norma agama berlaku secara universal sedangkan aturan hukum adat berbeda corak dan bentuknya pada masing-masing daerah. Untuk membuat peraturan perundang-undangan yang tidak bertentangan dengan norma agama perlu diadakan penelitian terhadap kaedah-kaedah hukum Islam yang bertautan dengan asas-asas hukum adat.

UU nasional yang berlaku bagi seluruh penduduk Indonesia mempunyai kekuatan mengikat bagi setiap orang yang ingin melakukan perbuatan hukum. Sebagai contoh beberapa asas yang dimuat dalam UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyatakan bahwa perkawinan harus dicatat dan perceraian harus dilaksanakan di depan sidang pengadilan. Namun pada kenyataannya sampai saat ini perkawinan tanpa prosedur pencatatan dan perceraian yang dilakukan di luar pengadilan masih banyak terjadi. Padahal UU ini sudah eksis di Indonesia lebih dari tiga puluh tahun. Semua itu merupakan fenomena yang harus dicari solusinya. Berdasarkan uraian tersebut maka masalah yang akan penulis teliti dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimana pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat?
2. Pada bidang apa saja pertautan itu terjadinya?
3. Bagaimana pengaruh pertautan itu terhadap pembangunan sistem hukum nasional?

II. METODE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan gabungan dari penelitian hukum normatif dan penelitian empiris. Penelitian hukum normatif adalah penelitian terhadap asas-asas hukum yang terdapat dalam kaedah-kaedah hukum Islam. Penelitian dilakukan terhadap bahan hukum primer dan sekunder sepanjang bahan-bahan tersebut mengandung kaedah-kaedah hukum Islam.

Selanjutnya penelitian hukum normatif dilanjutkan dengan penelitian empiris yakni melakukan penelitian terhadap identifikasi norma hukum kekeluargaan adat pada wilayah-wilayah hukum adat Indonesia dengan tujuan untuk mencari pertautan antara ketentuan normatif yang terdapat dalam hukum Islam dengan keadaan empiris di beberapa wilayah hukum adat di Indonesia.

Metode penelitian ini adalah deskriptif yaitu untuk mengumpulkan informasi tentang keadaan-keadaan yang nyata pada saat sekarang ini. Tujuan utama menggunakan metode ini adalah untuk menggambarkan sifat suatu keadaan yang sementara berjalan pada saat penelitian dilakukan dan meneliti sebab-sebab dari kejadian tersebut.

Data yang digunakan pada penelitian ini adalah data sekunder dan data primer. Data primer diperoleh melalui penelitian kepustakaan sedangkan data sekunder dikumpulkan dengan cara menyebarkan kuesioner dan melakukan wawancara. Kuesioner disebarkan di tempat objek penelitian. Sedangkan wawancara dilakukan kepada ketua-ketua lembaga adat dengan mempersiapkan terlebih dahulu butir-butir pertanyaan yang akan diajukan. Pengambilan sampel digunakan dengan teknik probabilitas sampling yakni setiap subjek penelitian mendapat kesempatan yang sama untuk dipilih sebagai unsur dari sampling.

Lokasi penelitian adalah beberapa wilayah hukum adat di Indonesia yaitu Sumatera Barat, Sumatera Selatan, Sumatera Utara, Pekanbaru, Jambi, Lampung, Kalimantan Timur, Sulawesi Utara, Sulawesi Selatan (Makasar, Toraja), Mataram, Bengkulu, Lombok, Jawa Barat, Jawa Tengah, Jawa Timur, Banten dan DKI Jakarta. Metode pengolahan data dan analisa data adalah kualitatif sedangkan sifat dan bentuk laporan adalah deskriptif analisis.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

1. Batas Usia Perkawinan

Di dalam hukum Islam tidak ditentukan secara tegas batas usia seseorang untuk dapat melangsungkan perkawinan. Namun apabila dikaitkan dengan tanda kedewasaan maka seseorang dianggap sudah dewasa (*akil baliq*) kalau yang bersangkutan sudah berusia lima belas tahun kecuali sebelum mencapai usia tersebut yang laki-laki sudah bermimpi sedangkan yang wanita sudah haid.

Uraian di atas apabila dikaitkan dengan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari tujuh belas daerah penelitian di berbagai propinsi yang ada di Indonesia, data diperoleh dari 155 responden laki-laki diantaranya 45 responden (29%) dan 151 responden perempuan diantaranya 51 responden (37,77%) menyatakan bahwa pada hukum adat mereka, batas usia minimal untuk melangsungkan perkawinan yakni apabila yang bersangkutan sudah *akil baliq*. Ketentuan *akil baliq* yang dimaksudkan di sini sesuai dengan ketentuan hukum Islam. Apabila dihubungkan seseorang yang ingin melaksanakan perkawinan dan dikaitkan dengan masalah kematangan, fisik dan jiwanya, dalam konsep Islam ditonjolkan aspek fisik. Hal ini dapat dilihat dari pembebanan hukum (*taklif*) bagi seseorang atau disebut juga sebagai orang yang *mukallaf* (dianggap mampu menanggung beban hukum).

Seseorang dianggap *mukallaf* dalam hukum Islam sama dengan ketentuan yang diatur dalam hukum adat Minangkabau, yakni seseorang dianggap dewasa apabila sudah *akil baliq* dan sudah sesuai dengan alur dan patut menurut hukum adat. Begitu juga menurut hukum adat Makasar untuk melangsungkan perkawinan, yang bersangkutan sudah *akil baliq* dan mempunyai kesiapan mental serta mampu untuk bekerja. Sesuai

dengan data di atas, maka penentuan batas usia untuk melangsungkan perkawinan memperlihatkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat baik untuk calon pengantin laki-laki maupun calon pengantin perempuan.

2. Persetujuan Pihak yang akan Kawin

Hukum Islam menentukan sahnya suatu perkawinan apabila perkawinan tersebut dilaksanakan sesuai dengan rukun dan syarat perkawinan. Salah satu rukun perkawinan adalah harus adanya calon mempelai laki-laki dan perempuan. Masing-masing calon mempelai tersebut harus bebas dalam menyatakan persetujuannya untuk mengikatkan diri dalam perkawinan. Sehubungan dengan hal ini wajiblah bagi seorang wali untuk menanyakan terlebih dahulu pendapat calon pengantin perempuan atas kerelaannya sebelum dinikahkan. Akad nikah tanpa kerelaan wanita tidaklah sah, ia berhak menuntut dibatalkan perkawinan tersebut manakala dia tidak menginginkannya.

Abu Hurairah mengatakan dalam riwayat Rasulullah bersabda bahwa janda berhak atas dirinya daripada walinya sedangkan gadis (perawan) harus diminta persetujuannya, dan diam adalah persetujuannya. Demikian juga riwayat dari Ibn Abbas menceritakan bahwa seorang gadis datang kepada Nabi S.A.W dan mengadu bahwa bapaknya telah mengawinkannya dengan seorang laki-laki sementara dia sendiri tidak suka. Maka Rasulullah S.A.W. mengajukan untuk memilih Riwayat Ahmad, Abu Dawud dan Ibn Majah (Rofik, 1995: 76).

Apabila dikaitkan dengan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 179 responden, maka 176 responden (95,53%) di antaranya menyatakan bahwa pada hukum adat mereka sebelum wali mengawini anak mereka maka perlu diminta persetujuan dulu pada kedua calon pengantin tersebut, kecuali beberapa responden dari hukum adat Rejang, Mataram, dan Jawa Tengah. Menurut responden dari ketiga daerah tersebut, meminta persetujuan kepada pihak yang akan kawin itu tidak perlu karena perkawinan dulu berdasarkan perijodohan.

Berdasarkan uraian di atas, maka terlihatlah bahwa telah terjadi pertautan yang besar antara hukum Islam dengan hukum adat mengenai perlunya meminta izin kepada para pihak yang akan kawin sebelum perkawinan dilangsungkan.

3. Larangan Perkawinan Berbeda Agama

Para ulama sepakat bahwa laki-laki muslim tidak halal kawin dengan perempuan penyembah berhala, penyembah api, perempuan *zindiq*, dasar hukumnya adalah surat Al-Baqarrah ayat 221. Namun ada pendapat yang menyatakan halal bagi lelaki muslim kawin dengan perempuan ahli kitab dengan alasan mereka juga percaya kepada Allah dan beribadat kepada-Nya, percaya kepada Nabi, hari kemudian dan memeluk agama yang mewajibkan berbuat baik dan mengharamkan berbuat jahat. Namun demikian ada

pendapat lain yang menyatakan bahwa mengawini perempuan ahli kitab hukumnya adalah makruh karena ada rasa gangguan keagamaan bagi suami atau bisa saja dia menjadi alat bagi golongan agama, jika perempuan ahli kitab itu bermusuhan dengan kita.

Berdasarkan data penulisan yang penulis peroleh di lapangan ternyata dari 178 responden di antaranya 62 responden (34,83%) menyatakan tidak boleh kawin dengan orang yang berbeda agama dengan alasan agama Islam tidak membenarkan hal ini. Responden dari Minangkabau menyatakan bahwa dalam kehidupannya orang Minangkabau selalu berkiblat ke Ka'bah, maka bagi orang Minangkabau tidak boleh melakukan perbuatan yang berlawanan dengan hukum agama Islam.

Kemudian 39 responden (21,91%) menyatakan bahwa pelaksanaan perkawinan berbeda agama bukan saja berlawanan dengan ketentuan hukum Islam tetapi juga berlawanan dengan hukum adat. Beberapa responden dari Lampung menyatakan bahwa hukum adat Lampung sinkron/senafas dengan hukum Islam, oleh karena itu perkawinan berbeda agama tidak dibenarkan, jika hal ini harus terjadi maka ini merupakan tabu kemungkinan yang bersangkutan disisihkan dari kalangan keluarga.

4. Izin Orang Tua/Wali

Menurut ajaran Syafi'i dan Maliki, wali merupakan rukun perkawinan sehingga tidak ada pernikahan tanpa wali. Wali nikah merupakan rukun yang harus dipenuhi calon mempelai wanita karena wali inilah yang bertindak untuk menikahnya baik kedudukannya sebagai wali nasab maupun wali hakim. Dari uraian di atas maka terlihatlah ketentuan hukum Islam menghendaki perlunya izin dari orang tua/wali terutama untuk calon pengantin perempuan.

Berdasarkan hasil penelitian, peneliti memperoleh data bahwa dari 180 responden ternyata 162 responden (90%) menyatakan bahwa izin dari orang tua/wali mutlak diperlukan bagi para pihak yang akan melangsungkan perkawinan. Sedangkan 18 responden (10%) lainnya menyatakan bahwa izin hanya diperlukan bagi para pihak yang masih di bawah umur sedangkan bagi janda/duda izin ini sudah tidak diperlukan. Janda/duda bebas untuk menentukan kehendaknya. Jadi menurut hukum Islam maupun hukum adat, izin dari orang tua/wali mutlak diperlukan sebelum para pihak melakukan perkawinan. Hal ini memperlihatkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

5. Perkawinan Satu Clan (Endogami)

Ketentuan syariah yang mengatur larangan perkawinan terdapat dalam Al-Qur'an seperti larangan oleh karena adanya hubungan darah, hubungan sepersusuan, hubungan semenda, menikah kembali dengan istri yang sudah di *li'an*, rujuk dengan istri yang

sudah dijatuhkan talak tiga, mengawini dua perempuan bersaudara sekaligus, kawin dengan empat orang perempuan dalam waktu yang bersamaan, mengawini wanita yang sedang bersuami, dan mengawini perempuan yang berbeda agama.

Ketentuan larangan perkawinan antara orang yang berbeda suku maupun daerah tidak ada pengaturannya dalam Al-Qur'an. Al-Qur'an tidak mengharuskan adanya perkawinan satu clan (perkawinan endogami), karena Islam tidak menghendaki keluarga kecil (*nuclear family*).

Berdasarkan hasil penulisan yang penulis peroleh dari 179 responden ternyata 86 responden (48,04%) menyatakan bahwa bentuk perkawinan satu clan (endogami) tidak perlu dipertahankan oleh karena bentuk perkawinan ini tidak dianjurkan oleh Islam. Hal ini menunjukkan bahwa adanya pertautan antara hukum adat dengan hukum Islam.

6. Masa Iddah

Iddah merupakan masa tunggu yang khusus berlaku untuk perempuan yang perkawinannya sudah putus baik putusnya karena kematian maupun karena perceraian. Dalam surat Al-Baqarah ayat 228 disebutkan bahwa apabila seorang perempuan perkawinannya putus karena ditalak oleh suaminya untuk dapat kawin lagi dia harus menunggu tiga kali *quru* (suci). Sedangkan seorang perempuan yang ditinggal mati oleh suaminya menurut ketentuan KHI harus melewati masa tunggu selama 130 hari. Salah satu hikmah dari masa iddah adalah, bersihnya rahim seorang perempuan dan supaya jangan tercampur antara keturunan seorang dengan orang lainnya.

Berdasarkan hasil penulisan yang penulis peroleh dari 177 responden ternyata 109 responden (61,58%) menyatakan bahwa perlu masa iddah bagi seorang perempuan yang perkawinannya sudah putus baik karena kematian maupun karena perceraian. Hal ini sesuai dengan ketentuan hukum Islam jadi mereka baru bisa kawin lagi setelah melewati masa iddah yang sudah ditentukan oleh hukum agama.

7. Akibat Hukum Perkawinan Terhadap Harta

Pada dasarnya dalam perspektif hukum Islam tidak ada percampuran harta kekayaan antara suami istri baik berupa harta bawaan masing-masing pihak, harta yang diperoleh selama perkawinan maupun harta yang didapat karena hadiah, hibah, warisan dan lain-lain. Dasar hukumnya adalah surat An-Nisa ayat 32 yang menyatakan bagi laki-laki ada harta kekayaan perolehan dari hasil usahanya sendiri dan bagi wanita dari harta kekayaan perolehan dari hasil usahanya sendiri.

Namun berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh, ternyata semua responden menyatakan sebagai akibat dari perkawinan, maka terjadilah persatuan harta kekayaan antara suami istri terutama harta yang mereka peroleh selama perkawinan maupun penggabungan antara harta bawaan dengan harta pencarian. Data yang diperoleh

menunjukkan bahwa dari 174 responden diantaranya 129 responden (74,13%) menyatakan bahwa dengan terjadinya perkawinan, maka harta yang diperoleh selama perkawinan menjadi milik pasangan tersebut sedangkan harta bawaan tetap dikuasai masing-masing pihak.

Data di atas menunjukkan bahwa ketentuan yang berlaku dalam hukum adat merupakan sumber perkembangan fiqih di Indonesia. Para fukaha berpendapat bahwa percampuran harta suami istri dalam perkawinan dianalogkan kepada *syirkah abdaan*. Dalam *syirkah* ini suami keluar untuk mencari nafkah sedangkan istri di rumah bekerja mengurus rumah tangga dan anak-anak. Jadi dalam hal ini telah terjadi *syirkah abdaan* antara suami istri tersebut.

8. Perkawinan Poligami

Agama Islam membenarkan seorang laki-laki untuk melakukan poligami. Dasar hukum pernyataan ini adalah surat An-Nisa ayat 3 dengan batasan sampai empat orang dan dengan syarat sanggup berbuat adil terhadap istri-istri mereka baik dalam urusan belanja, tempat tinggal, serta kebutuhan lahir batin lainnya.

Berdasarkan hasil penelitian yang penulis peroleh dari 179 responden diantaranya 55 responden (30,72%) menyatakan bahwa perkawinan poligami dibenarkan dengan alasan tertentu. Di Sumatera Barat seluruh responden menyatakan poligami dibenarkan asalkan dilaksanakan sesuai dengan ajaran Islam, jawaban yang sama juga didapat pada responden dari Jambi. Sedangkan di Lampung poligami dibenarkan sepanjang istri pertama tidak memiliki keturunan, jawaban yang sama juga didapat pada responden Jawa Timur dan Banten.

Kemudian 66 responden (36,87%) menyatakan bahwa poligami boleh dilakukan asalkan sesuai dengan ketentuan Undang-Undang. Pertautan hukum Islam dengan hukum adat pada masalah poligami terlihat bahwa dari 121 responden (67,59%) membolehkan adanya poligami namun sebagian responden menginginkan poligami tersebut harus sesuai dengan ketentuan agama Islam terutama mampu berbuat adil terhadap istri-istrinya.

9. Bentuk Perkawinan yang Dilarang

Penulis sudah menguraikan pada point 5 tentang bentuk perkawinan yang dilarang oleh hukum Islam. Selanjutnya sesuai dengan data yang penulis peroleh dari 178 responden ternyata 68 responden (38,20%) di antaranya menyatakan bahwa boleh melakukan perkawinan dengan siapa saja sepanjang hukum agama tidak melarang perkawinan tersebut. Jadi dalam hal ini responden hanya berpatokan pada hukum agama. Kemudian lebih diperinci lagi dari 43 responden (24,15%) menyatakan bahwa perkawinan hanya dilarang apabila terdapat perbedaan agama antara pasangan tersebut. Pertautan hukum Islam dengan hukum adat menunjukkan bahwa aturan-aturan larangan perkawinan yang diatur

dalam hukum Islam juga digunakan sebagai dasar boleh atau tidaknya seseorang untuk melangsungkan perkawinan.

10. Anak Luar Kawin

Para ulama sepakat bahwa anak zina atau anak li'an hanya mempunyai hubungan nasab kepada ibu dan saudara ibunya. Demikian juga Pasal 101 KHI menyatakan bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh, dari 176 responden ternyata 56 responden (31,18%) di antaranya menyatakan bahwa anak luar kawin akan mempunyai hubungan hukum dengan ibunya saja. Sedangkan 49 responden (27,84%) lainnya menyatakan bahwa anak luar kawin akan mempunyai hubungan hukum dengan ibu dan keluarga ibunya. Data di atas menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat yakni dari 105 responden (59,65%) menyatakan bahwa anak yang lahir di luar perkawinan akan mempunyai hubungan hukum dengan ibu dan keluarga mereka.

11. Pihak yang Bertanggung Jawab terhadap Pengasuhan Anak Luar kawin

Di dalam hukum Islam tidak diperinci tentang siapa yang bertanggung jawab mengasuh anak luar kawin. Namun apabila dikaitkan dengan ketentuan yang menyatakan bahwa anak luar kawin/zina dan *li'an* akan mempunyai hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya, maka dalam hal ini dapat dianalogkan bahwa ibulah yang bertanggung jawab terhadap pengasuhan anak tersebut. Manakala ibu sudah tidak ada sedangkan anak tersebut belum *mumayiz*, maka keluarga ibulah yang mengambil alih tanggung jawab tersebut.

Berdasarkan hasil penelitian yang penulis peroleh di lapangan dari 180 responden ternyata 84 responden (46,66%), di antaranya menyatakan bahwa ibu yang bertanggung jawab terhadap pengasuhan anak luar kawin. Apabila dikaitkan ketentuan yang menentukan bahwa anak luar kawin akan bernasab dengan ibu dan keluarga ibunya kemudian dianalogkan nasab dengan hak pengasuhan, maka menurut analisa penulis telah terjadi pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat dalam masalah pengasuhan anak luar kawin.

12. Anak Angkat

Islam tidak mengenal istilah anak angkat, namun Islam membuka jalan bagi orang yang ingin mengangkat anak dengan memakai istilah "mengasuh anak" terutama anak yatim. Prinsip pengasuhan anak dalam Islam adalah tidak akan memutus hubungan darah antara anak yang diasuh dengan orang tua kandungnya dan anak yang diasuh tersebut tetap bernasab kepada orang tua kandungnya. Pengertian anak angkat menurut

hukum Islam sama unsurnya dengan pengertian anak angkat menurut hukum adat Sumatera Selatan, Sumatera Utara, Pekanbaru, Kalimantan Timur, Sulawesi Utara, Makasar, Mataram, Bengkulu, Lombok, Jawa Barat, Jawa Tengah dan Betawi, yakni anak yang diambil dari satu keluarga untuk dijadikan sebagai anak asuh. Anak tersebut bisa berasal dari keluarga sendiri maupun dari orang lain yang tidak ada hubungan keluarga dengan orang tua yang mengasuhnya. Anak ini dipelihara, diasuh dan dididik tidak ubahnya seperti anak kandung sendiri namun tidak memutus hubungan nasab antara anak tersebut dengan orang tua asalnya.

13. Prosedur Pengangkatan Anak

Dalam hukum Islam tidak ada ketentuan yang mengatur bagaimana prosedur pengangkatan anak. Namun apabila dihubungkan dengan kejadian pada masa permulaan Islam Rasulullah pernah mengangkat anak yang bernama Zaid bin Haritsah seorang budak rampasaan perang pada Zaman Jahiliyah. Kemudian Zaid dihadiahkan kepada Nabi dan tidak lama setelah itu Zaid dimerdekakan oleh Nabi. Dengan dipersaksikan oleh orang banyak Nabi mengumumkan bahwa Zaid adalah anak angkat beliau, maka sejak itu Zaid dikenal dengan nama Zaid bin Muhammad.

Apabila dikaitkan dengan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 178 responden ternyata 76 responden (42,69%) di antaranya menginginkan pengangkatan anak dilakukan di hadapan keluarga sedangkan 34 responden (19,10%) menginginkan pengangkatan anak dilakukan di depan pengetua adat dan 37 responden (20,78%) lainnya menginginkan pengangkatan anak dilakukan di depan keluarga dan pengetua adat.

Menurut penulis dengan cara Rasulullah mengumumkan di depan orang banyak bahwa Zaid bin Haritsah adalah anak beliau dapat dianalogkan bahwa pengangkatan anak menurut hukum adat dapat dilakukan di depan keluarga dan pengetua adat.

Perlunya keluarga dilibatkan dalam hal ini karena anak yang diangkat akan menjadi bagian dari keluarga tersebut terutama yang menyangkut dengan pengasuhan pendidikan dan lain-lain. Fungsi pengetua adat di sini dapat diibaratkan sebagai *umarok* yakni untuk legalitas pengangkatan anak termasuk hak anak angkat untuk menerima *wasiat wajibah* dari orang tua angkatnya. Sedangkan anak angkat dalam KHI adalah anak yang dalam hal pemeliharaan untuk hidupnya sehari-hari, biaya pendidikan, dan sebagainya beralih tanggung jawabnya dari orang tua asal kepada orang tua angkatnya berdasarkan putusan pengadilan.

14. Tujuan/Alasan Pengangkatan Anak

Dalam agama Islam tidak dirinci secara jelas tujuan dari pengangkatan anak. Islam hanya membuka jalan bagi orang yang ingin mengangkat anak dengan memakai istilah mengasuh anak. Islam sangat menganjurkan umatnya dapat mengasuh anak orang lain

untuk dipelihara, dididik dan diberikan curahan kasih sayang seperti anak kandung sendiri dengan tulus ikhlas karena Allah semata.

Berdasarkan hasil penelitian yang penulis peroleh dari 178 responden ternyata 145 responden (81,46%) di antaranya menyatakan bahwa berdasarkan hukum adat alasan pengangkatan anak adalah karena yang bersangkutan tidak memiliki anak. Kemudian 29 responden (16,29%) lainnya menyatakan mereka mengangkat anak dengan alasan karena mereka tidak mempunyai anak laki-laki atau anak perempuan.

Beberapa responden dari Minangkabau, Bengkulu dan Makasar menyatakan bahwa alasan pengangkatan anak bukan saja karena yang bersangkutan tidak mempunyai anak atau tidak mempunyai anak laki-laki maupun anak perempuan tetapi alasan lain adalah karena faktor kemanusiaan, belas kasihan dan tolong-menolong sesama manusia. Alasan kemanusiaan, belas kasihan dan tolong-menolong sesama manusia ini memperlihatkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

15. Akibat Pengangkatan Anak terhadap Harta Peninggalan

Di dalam hukum Islam dinyatakan bahwa akibat pengangkatan anak tidak menyebabkan putusannya hubungan darah antara anak yang diasuh dengan orang tua kandungnya sehingga anak tersebut tetap bernasab kepada orang tua kandungnya dan orang tua angkat tidak dapat bertindak sebagai wali pernikahan anak tersebut.

Hal ini sesuai dengan firman Allah dalam surat Al-Ahzab ayat 45, bahwa Allah tidak akan menjadikan anak angkat sebagai anak kandung dan harus memanggil nama anak angkat dengan memakai nama bapaknya karena inilah yang lebih dianggap adil di sisi Allah. Hal ini berakibat bahwa anak angkat bukanlah ahli waris harta peninggalan orang tua angkatnya, sebaliknya ia tetap sebagai ahli waris dari harta peninggalan orang tua kandungnya.

Oleh karena anak angkat hidup dengan orang tua angkatnya sebagai mana layaknya anak kandung sendiri saling mencurahkan kasih sayang bahkan adakalanya melebihi dari anak kandung, maka bagi orang tua angkat yang menginginkan anak angkatnya mendapat bagian harta peninggalannya begitu juga sebaliknya apabila anak angkat menginginkan orang tua angkatnya mendapat hartanya kalau dia meninggal, cara yang ditempuh dalam hal ini adalah melalui wasiat.

Adakalanya orang tua angkat lupa membuat wasiat atau sebaliknya anak angkat lupa membuat wasiat untuk orang tua angkatnya kemudian mereka meninggal dunia, maka kepada mereka yang ditinggalkan diberikan hak *wasiat wajibah* yang jumlahnya tidak melebihi dari sepertiga harta yang ditinggalkan.

Berdasarkan hasil penelitian yang penulis peroleh dari 175 responden, ternyata 78 responden (44,57%) menyatakan bahwa anak angkat mendapat warisan berdasarkan wasiat sedangkan 22 responden (12,57%) lainnya menyatakan bahwa anak angkat

mendapat warisan berdasarkan ketentuan *wasiat wajibah*. Secara keseluruhan 100 responden (57,14%) yang menyatakan bahwa anak angkat mendapat warisan berdasarkan wasiat atau *wasiat wajibah*, hal ini menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

16. Prosedur Pelaksanaan Perceraian

Perceraian merupakan perbuatan yang diharamkan tetapi paling dibenci oleh Allah. Apabila terjadi perselisihan antara suami istri dalam surat An-Nisa ayat 35 dinyatakan hendaklah dikirim seorang Hakim dari keluarga laki-laki dan seorang hakim dari keluarga perempuan. Penunjukkan hakim dari kedua belah pihak ini diharapkan dapat mengadakan perdamaian untuk menyelesaikan persengketaan di antara suami istri tersebut. Namun apabila ternyata di antara mereka sudah tidak mungkin dapat didamaikan lagi, maka bercerai lebih baik dari pada mempertahankan keluarga yang sudah porak poranda. Islam tidak menentukan lebih rinci bagaimana prosedur perceraian tetapi oleh karena ada *Fukaha* yang menyatakan bahwa nikah itu harus dengan saksi, talak dengan saksi dan rujuk dengan saksi berarti dalam melakukan perbuatan tersebut hendaklah di hadapan saksi.

Apabila hal di atas penulis kaitkan dengan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 170 responden, ternyata 70 responden (41,17%) menyatakan bahwa perceraian hendaklah dilakukan di depan keluarga sedangkan 28 responden (16,47%) lainnya menyatakan bahwa perceraian dilakukan di depan pemuka adat.

Oleh karena tidak ada ketentuan hukum Islam yang mengatur secara rinci tentang prosedur perceraian, maka berdasarkan analisa penulis adanya tugas hakim untuk mendamaikan kedua belah pihak sebelum bercerai dan adanya pernyataan nikah, talak, dan rujuk harus dilakukan di depan saksi, hal ini telah menunjukkan terjadinya pertautan antara hukum Islam dan hukum adat. Tentu semua ini ada kaitannya dengan hasil penelitian hukum adat yang menunjukkan bahwa 98 responden (57,64%) menyatakan perceraian hendaklah disaksikan oleh keluarga/pengetua adat.

17. Akibat Perceraian terhadap Anak

Pada dasarnya tanggung jawab pemeliharaan anak menjadi beban kedua orang tua walaupun mereka sudah bercerai. Pemeliharaan anak setelah terjadinya perceraian dalam bahasa fiqih disebut *hadbonab*. *Hadbonab* adalah memelihara seorang anak yang belum *mumayyiz*, mendidik dan memeliharanya untuk menghindarkan diri dari segala sesuatu yang dapat merusak dan mendatangkan mudharat kepadanya.

Menurut ulama madzhab Hanafi dan Maliki bahwa hak mengasuh, merawat dan mendidik anak yang belum *mumayyiz* merupakan hak ibu. Hal ini sesuai dengan kemaslahatan anak tersebut, karena ibu dianggap lebih mempunyai naluri kewanitaan, kasih

sayang, dan kesabaran dalam mendidik anak. Di samping itu, hak ibu lebih diutamakan dalam mengasuh karena ibu yang menyusui. Hak ibu akan gugur apabila dia menikah lagi dengan pria lain atau dia keluar dari agama Islam. Apabila anak tersebut sudah dewasa maka kepada dia diberikan hak untuk memilih apakah akan ikut ibu atau bapaknya.

Berdasarkan hasil penelitian yang penulis peroleh dari 171 responden ternyata 43 responden (25,14%) meyakini kalau terjadi perceraian, maka anak akan ikut ibu. Hal ini menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

18. Akibat Perceraian terhadap Harta

Menurut ketentuan surat An-Nisa ayat 32 bahwa pada hakikatnya tidak ada percampuran harta kekayaan antara suami istri, oleh karena masing-masing pihak mempunyai bagian dari apa yang mereka usahakan. Namun karena adanya perkembangan situasi dan kondisi harta yang diperoleh selama perkawinan dianalogkan dengan *syirkah abdaan*. Kalau harta tersebut digolongkan pada *syirkah abdaan* maka apabila terjadi perceraian harta yang diperoleh selama perkawinan akan dibagi dua antara pasangan suami istri tersebut.

Berdasarkan hasil penelitian yang penulis dapatkan dari 157 responden ternyata 116 responden (73,88%) menyatakan bahwa kalau terjadi perceraian maka harta yang diperoleh selama perkawinan akan dibagi dua antara suami istri tersebut. Apabila dianalogkan harta perceraian suami istri dengan *syirkah abdaan* maka terlihat adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

19. Dampak Sosial terhadap Perceraian

Islam tidak mengatur masalah dampak sosial dari perceraian, namun dalam sebuah Hadits dinyatakan bahwa perceraian adalah perbuatan yang diharamkan tetapi sangat dibenci oleh Allah. Seorang suami yang menjatuhkan talak kepada istrinya wajib memberikan uang *mut'ab* yakni pemberian sesuatu untuk menggembirakan hati. Kemudian suami juga wajib melunasi mahar jika masih ada mahar yang terutang dan suami wajib memberi nafkah pada anak-anak dan nafkah iddah kepada bekas istrinya. Apabila dikaitkan dengan pendapat responden tentang dampak sosial dari perceraian, maka tidak terdapat pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat secara signifikan.

20. Pengertian Waris

Terdapat beberapa persamaan pengertian waris antara hukum Islam dengan hukum adat tentang pengertian waris. Hukum waris adalah hukum yang mengatur peralihan harta kekayaan dari seseorang yang meninggal dunia kepada ahli warisnya. Ada beberapa hal yang menyebabkan terjadinya kewarisan yakni adanya kematian, adanya harta yang

ditinggalkan dan adanya ahli waris yang berhak menerima warisan. Ahli waris akan memperoleh warisan dari pewaris oleh karena adanya hubungan darah antara pewaris dan ahli waris.

21. Ahli Waris Berbeda Agama

Berbeda agama menjadi dasar yang menghalangi seseorang untuk memperoleh warisan. Rasulullah telah menjelaskan *tidak mewaris seseorang muslim terhadap orang kafir, juga tidak mewaris orang kafir terhadap orang muslim*.

Senada dengan ini, Pasal 171 dan 172 KHI mengatur tentang kewarisan berbeda agama. Pasal 171 huruf b: pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau dinyatakan meninggal berdasarkan putusan Pengadilan beragama Islam meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan. Huruf c: ahli waris adalah orang yang mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris.

Agama yang dianut seseorang dapat dilihat dari kartu identitas atau pengakuan yang bersangkutan atau dengan mengamati amal perbuatannya atau berdasarkan kesaksian orang lain. Bagi anak yang belum lahir atau yang belum dewasa adalah dengan melihat agama dan keyakinan orang tuanya atau lingkungan kerabatnya (Pasal 172 Kompilasi Hukum Islam).

Menurut penelitian yang peneliti peroleh dari 176 responden, ternyata 69 responden (39,20%) menyatakan bahwa ahli waris yang berbeda agama dengan pewaris tidak mendapatkan warisan. Kemudian 68 responden (38,63%) lainnya menyatakan bahwa ahli waris tersebut bisa memperoleh harta warisan melalui wasiat. Sedangkan 25 responden (14,20%) lainnya lagi menyatakan ahli waris tersebut dapat memperoleh warisan melalui *wasiat wajibah*. Berdasarkan uraian tersebut, maka terlihatlah dalam bagian ini, adanya pertautan hukum Islam dengan hukum adat.

22. Terjadinya Peralihan Harta Warisan

Kewarisan mempunyai 3 (tiga) syarat, yaitu: kematian orang yang mewariskan (baik secara nyata ataupun kematian secara hukum, misalnya seorang hakim memutuskan seseorang yang hilang), ahli waris ada pada saat kematian pewaris meskipun hidupnya itu secara hukum, dan tidak ada penghalang ahli waris untuk menerima warisan. Jadi kematian seseorang dianggap sebagai sebab berlakunya hukum waris dan jika yang meninggal tersebut meninggalkan harta kekayaan dan ahli waris. Hal ini merupakan kesepakatan seluruh ulama, demikian juga ketentuan yang diatur dalam KHI.

Masalah waris akan terjadi secara langsung sebagai perpindahan harta seseorang yang meninggal dan meninggalkan harta kepada orang-orang yang berhak menerimanya tanpa adanya penunjukan sebelumnya dan tanpa ada upaya transaksi amal kepada

orang lain sebagai perwujudan kehendaknya ataupun adanya kehendak orang lain. Perkara waris dianggap sebagai perkara *ijbari*, tanpa kehendak siapapun hukum kewarisan berlaku setelah seseorang meninggal dan meninggalkan harta beserta ahli waris yang berhak menerimanya.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 173 responden, ternyata 60 responden (34,68%), menyatakan bahwa harta warisan pewaris akan beralih kepada ahli waris setelah pewaris meninggal dunia. Sedangkan 76 responden (43,93%) lainnya menyatakan bahwa harta warisan pewaris akan beralih kepada ahli waris setelah pewaris meninggal dunia dan utang pewaris sudah dibayar.

Masalah utang ini berkaitan dengan pendapat *jumbur* ulama bahwa pembayaran utang pewaris hendaklah didahulukan daripada pembagian warisannya. Utang itu ada 2 (dua), yaitu utang kepada Allah dan utang kepada manusia. Utang kepada Allah seperti zakat, kaffarah dan nadzar, menurut madzhab Hanafi akan gugur jika ada kematian kecuali ahli warisnya secara sukarela untuk membayar. Sedangkan *jumbur* ulama berpendapat, utang tersebut wajib dibayar dari harta peninggalan pewaris sebelum harta peninggalan tersebut dibagi, demikian juga utang kepada manusia merupakan hal yang sama. Semua ini memperlihatkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

23. Prosedur Pembagian Harta Warisan

Di dalam literatur hukum Islam, tidak ditemui bagaimana prosedur pembagian harta warisan apakah harus di hadapan keluarga, pengetua adat, maupun di hadapan pengadilan. Demikian juga KHI tidak mengatur hal ini.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 17 daerah penelitian hukum adat (175 responden), ternyata 103 responden (58,86%) menginginkan pembagian warisan dilakukan di depan keluarga, kemudian 27 responden (15,43%) menginginkan pembagian warisan di depan pengetua adat. Selanjutnya 27 responden (15,43%) menginginkan pembagian warisan tersebut di depan keluarga dan pengetua adat. Oleh karena di dalam literatur hukum Islam tidak ada ketentuan yang mengatur hal ini, maka pada bagian ini tidak terlihat adanya pertautan hukum adat dengan hukum Islam.

24. Jumlah Perolehan Masing-masing Ahli Waris

Di dalam hukum Islam ditentukan orang-orang yang berhak untuk menerima warisan dan tingkatan ahli waris. Di antara ahli waris tidak sama derajatnya atau tingkatannya karena ada yang didahulukan untuk mendapat bagian, mereka disebut sebagai golongan pertama. Kemudian ada lagi golongan yang kedua, mereka akan mendapat warisan apabila tidak ada golongan pertama.

Orang yang berhak menerima harta warisan pada golongan pertama disebut *Ashabul*

Furud, ialah orang-orang yang sudah ditentukan bagiannya menurut Al-Qur'an dan Sunah misalnya setengah, sepertiga, seperempat, seperenam, seperdelapan, dan dua pertiga. Kemudian ada golongan *Ashobah*, *Zawil Arham*, dan lain-lain.

Menurut hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 178 responden, ternyata 65 responden (36,51%) menyatakan bahwa jumlah perolehan masing-masing ahli waris diberikan sesuai dengan hukum Islam. Sedangkan 15 responden (8,42%) bahwa perolehan masing-masing ahli waris diberikan sesuai dengan ketentuan hukum Islam dan hukum adat. Hal tersebut menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

25. Bentuk Harta Apa Saja yang Diwariskan

Harta dalam perkawinan dapat berupa harta bawaan yaitu harta kepunyaan suami atau istri sebelum mereka melangsungkan perkawinan dan harta ini mereka bawa ke dalam perkawinan. Selama perkawinan berlangsung suami istri juga memperoleh harta yang disebut sebagai harta bersama. Kemudian adakalanya pada masa perkawinan suami atau istri mendapat harta melalui wasiat, warisan, hibah, hadiah dan sebagainya, harta ini terpisah dari harta bersama.

Pada dasarnya dalam perspektif hukum Islam tidak ada percampuran harta kekayaan suami istri, namun pada kenyataannya harta yang diperoleh suami istri selama perkawinan dalam fiqih Islam digolongkan pada *syirkah abdaan*. Di dalam KHI Pasal 96 ayat (1) ditentukan bahwa apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang masih hidup.

Pada kenyataannya tidak jarang pasangan suami istri menggabungkan harta bersama dan harta yang diperoleh dari warisan/hibah dan lainnya dengan harta yang mereka peroleh selama perkawinan, sehingga semua harta tersebut seakan-akan menjadi harta bersama. Apabila kita kaitkan dengan rukun waris yakni pewarisan akan terjadi apabila ada peristiwa kematian, adanya harta yang ditinggalkan dan adanya ahli waris yang berhak menerima harta tersebut. Di dalam fiqih Islam tidak ditentukan bentuk harta apa saja yang diwariskan, yang ada hanyalah ketentuan "adanya harta yang ditinggalkan".

Berdasarkan keterangan di atas menurut analisa peneliti harta yang diwariskan oleh pewaris adalah seluruh harta peninggalan dari pewaris tentu dengan memperhatikan adanya hak pasangan yang hidup terlama yaitu separuh dari harta bersama. Sedangkan bagi anak pewaris dia akan memperoleh harta warisan dari seluruh harta peninggalan pewaris setelah dikurangi hak bapak atau ibu mereka dari harta bersama.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 179 responden ternyata 135 responden (75,41%) menyatakan seluruh harta peninggalan pewaris akan beralih kepada ahli waris. Hal ini menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

26. Penyelesaian Waris apabila Ahli Waris Pertama Lebih Dahulu Meninggal

Menurut Hazairin, hukum kewarisan yang dikehendaki oleh Al-Qur'an adalah bersifat bilateral bukan bersifat unilateral patrilineal sebagaimana dikembangkan oleh *ablul sunah waljamaab*. Ajaran Hazairin yang bersendikan pada sistem kekeluargaan bilateral menghendaki penggantian waris manakala ahli waris utama lebih dahulu meninggal daripada pewaris, maka kedudukannya akan digantikan oleh anaknya.

Dasar hukumnya adalah surat An-Nisa ayat 7 dan ayat 33, ayat ini menggambarkan baik anak laki-laki maupun anak perempuan mempunyai kedudukan yang sama sebagai ahli waris dan apabila mereka lebih dahulu meninggal dari pewaris, kedudukannya akan digantikan oleh anak-anaknya (cucu) dari pewaris. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 185 ayat (1) KHI bahwa ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada si pewaris, maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 177 responden, ternyata 81 responden (45,76%) menyatakan bahwa kedudukan ahli waris utama yang lebih dahulu meninggal dari pewaris dapat digantikan oleh cucu dari anak laki-laki maupun cucu dari anak perempuan. Hal ini menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

27. Jumlah Harta yang Diperoleh oleh Ahli Waris Pengganti

Menurut Hazairin, bagian yang diperoleh oleh ahli waris pengganti sama jumlahnya dengan bagian yang diperoleh oleh ahli waris utama (yang digantikan). Demikian juga ketentuan yang diatur dalam Pasal 185 ayat (2) KHI bahwa bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang digantikan.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 180 responden ternyata 101 responden (56,11%) menyatakan bahwa ahli waris pengganti akan memperoleh warisan yang jumlahnya sama dengan bagian ahli waris yang digantikan. Hal ini memperlihatkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

28. Hak Anak Luar Kawin terhadap Warisan

Anak luar kawin (anak zina) ialah anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah. Sedangkan anak *li'an* ialah anak yang tidak diakui nasabnya oleh dan dari suami yang sah. Anak zina dan anak *li'an* tidak mempunyai hubungan kewarisan dengan ayah mereka karena tidak ada nasab yang sah, akan tetapi mereka mempunyai hubungan kewarisan dengan ibunya.

Dari Ibnu Umar, bahwa seorang laki-laki telah meli'an istrinya di zaman Nabi Muhammad SAW, dan dia tidak mengakui anak dari istrinya. Kemudian Nabi menceraikan suami istri tersebut dan menasabkan anak tersebut kepada istri. Dari H.R. Al-Bukhari dan

Abu Dawud menyatakan bahwa Rasulullah SAW menjadikan pewarisan anak li'an kepada ibu dan ahli waris ibu sepeninggal ibu.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 170 responden, ternyata 88 responden (51,76%) menyatakan bahwa anak luar kawin akan memperoleh warisan dari ibunya, sedangkan 25 responden (14,70%) lainnya menyatakan bahwa anak luar kawin akan memperoleh warisan dari ibu dan keluarga ibunya. Hal ini memperlihatkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

29. Penyelesaian Waris jika Tidak Ada Keluarga yang Berhak

Apabila seseorang meninggal dunia sedangkan dia tidak meninggalkan ahli waris, tidak didapati orang yang diikrarkan kepadanya nasab dan tidak pula didapati orang yang diberi wasiat melebihi sepertiga dari hartanya, maka harta tersebut disimpan di *Baitul Mal* kaum Muslimin untuk digunakan bagi kemaslahatan umat.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 168 responden ternyata 134 responden (79,76%) menyatakan bahwa apabila seseorang meninggal dunia meninggalkan harta dan tidak ada ahli waris yang berhak menerima harta tersebut dan si mati tidak pula meninggalkan surat wasiat, maka harta tersebut digunakan untuk kepentingan umum, lembaga keagamaan dan fakir miskin. Dengan demikian terlihatlah pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

30. Pengertian Wasiat

Wasiat adalah pesan seseorang secara lisan/tulisan yang disampaikan oleh yang bersangkutan pada waktu masih hidup dan harus dilaksanakan apabila yang bersangkutan sudah meninggal dunia. Pesan tersebut biasanya berhubungan dengan masalah harta kekayaan yang akan ditinggalkan pewasiat.

31. Yang Berhak Menerima Wasiat

Untuk melaksanakan wasiat salah satu syaratnya yang harus dipenuhi adalah bahwa si penerima wasiat bukanlah berkedudukan sebagai ahli waris (orang yang akan menerima harta warisan). Wasiat kepada ahli waris hanya diperbolehkan bila disetujui oleh semua ahli waris lainnya.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh dari 179 responden, ternyata 50 responden (27,93%) menyatakan bahwa wasiat yang berkaitan dengan harta hanya dapat diberikan kepada keluarga sedarah yang bukan berkedudukan sebagai ahli waris. Hal ini sesuai dengan Hadits Nabi untuk berwasiat kepada keluarga yang ditinggalkan. Kemudian 22 responden (12,29%) lainnya menyatakan bahwa wasiat itu hanya dapat diberikan kepada orang lain yang tidak mempunyai hubungan darah dengan pewasiat. Hal ini sesuai dengan ketentuan KHI Pasal 195 ayat (3) bahwa wasiat kepada ahli waris hanya

berlaku bila disetujui oleh semua ahli waris. Hal di atas menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

32. Prosedur Berwasiat

Dalam hukum Islam ditentukan bahwa salah satu hukum wasiat yaitu adanya lafadz atau ucapan perwasiat atau bukti yang menunjukkan terjadinya perwasiat. Dalam surat Al-Maidah ayat 106 disebutkan bahwa dalam berwasiat hendaklah disaksikan oleh dua orang saksi yang adil. Kemudian Anas r.a. meriwayatkan bahwa para sahabat menulis pada permohonan wasiat mereka dengan nama Allah Yang Maha Pengasih lagi Maha Pemurah. Hal ini menurut analisa peneliti, wasiat yang dikehendaki dalam hukum Islam adalah berbentuk tertulis. Demikian juga ketentuan KHI Pasal 195 ayat (1) bahwa wasiat dilakukan secara lisan di hadapan dua orang saksi atau tertulis di hadapan dua orang saksi atau di hadapan notaris.

Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh, dari 172 responden ternyata 35 responden (20,34%) menyatakan bahwa wasiat itu hendaklah dilakukan di hadapan keluarga sedarah. Kemudian 105 responden (61,04%) lainnya menyatakan bahwa wasiat hendaklah dilakukan di hadapan keluarga dan pengetua adat.

Apabila dikaitkan dengan ketentuan hukum Islam, bahwa wasiat boleh dilakukan secara lisan/tulisan dan hendaklah disaksikan oleh dua orang saksi yang adil, dan demi kemaslahatan serta untuk melindungi hak si penerima wasiat, menurut analisa penulis saksi yang dimaksudkan dalam hal ini adalah keluarga sedarah. Perlunya keluarga sedarah sebagai saksi karena dengan berwasiat tentu dapat mengurangi hak ahli waris. Sedangkan berwasiat di depan pengetua adat, hal ini diperlukan untukantisipasi terjadinya permasalahan antara penerima wasiat dengan ahli waris di kemudian hari. Hal di atas menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

33. Jumlah Harta yang Diwasiatkan

Dalam hadits riwayat Al-Bukhari dan Sa'ad Ibn Abi Waqaas dan hadits riwayat dari Imran Ibn Husain bahwa Rasulullah menetapkan jumlah wasiat tidak melebihi sepertiga dari harta si pemberi wasiat. Menurut *Jumbur* ulama berwasiat tidak boleh melebihi sepertiga harta melainkan dengan izin ahli waris. Izin ahli waris dimintakan apabila si pewasiat sudah meninggal dan orang yang memberi izin mempunyai kompetensi yang sah tidak dibatasi oleh kedunguan dan kelalaian pada waktu memberikan izin. Hal ini sesuai dengan ketentuan KHI Pasal 195 ayat (2) bahwa wasiat hanya diperbolehkan sebanyak-banyaknya sepertiga dari harta warisan kecuali apabila semua ahli waris menyetujuinya.

Berkaitan dengan ini berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh bahwa dari 167 responden ternyata 59 responden (35,32%) menginginkan bahwa jumlah harta yang

diwasiatkan tidak boleh melebihi dari sepertiga harta peninggalan si pewasiat. Hal ini menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

34. Pengaruh Pertautan Hukum Islam dengan Hukum Adat terhadap Sistem Hukum Nasional

Berdasarkan hasil penelitian hukum adat yang peneliti peroleh dari tujuh belas provinsi di Indonesia dengan jumlah responden kurang lebih 175 orang, hasil penelitian menunjukkan hampir semua ketentuan hukum adat bertautan dengan hukum Islam, dan hasil pertautan ini berpengaruh pada sistem hukum Nasional di Indonesia terutama dalam bidang hukum keluarga yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam.

Misalnya pada komponen perlunya persetujuan kedua pihak yang akan kawin. Ketentuan ini sesuai dengan Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Pasal 16 KHI yang menyatakan bahwa perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai. Begitu juga ketentuan Pasal 17 ayat (2) KHI yaitu bila ternyata perkawinan tidak disetujui oleh salah seorang calon mempelai, maka perkawinan tidak dapat dilaksanakan.

Selanjutnya pada komponen perkawinan berbeda agama hal ini sudah diatur secara implisit dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 8 F Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yaitu sah atau tidaknya perkawinan berbeda agama tergantung pada agama para pihak yang akan menikah. Kalau agamanya melarang, maka perkawinan tersebut tidak dapat dilaksanakan. Hal ini sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Pasal 40 dan Pasal 44 KHI.

Demikian juga ketentuan perlunya izin dari orang tua atau wali diatur dalam Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan ketentuan masa iddah bagi perempuan yang perkawinannya putus baik karena kematian atau perceraian diatur pada Pasal 39 PP No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, hal ini juga diatur dalam Pasal 153 s/d 154 dan Pasal 170 KHI.

Selanjutnya tentang kedudukan anak luar kawin, hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya diatur dalam Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, hal ini sesuai dengan Pasal 100 KHI bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Ketentuan mengenai anak angkat diatur dalam Pasal 209 KHI akan tetapi hanya terbatas pada definisi anak angkat dan ketentuan *wasiat wajibah* untuk anak angkat dan orang tua angkat. Demikian juga ketentuan tentang harta yang diperoleh suami istri dalam perkawinan diatur dalam Pasal 35 dan 36 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Pasal 85 s/d 87 KHI yang pada hakekatnya menyatakan bahwa harta bawaan dikuasai masing-masing pihak, sedangkan harta yang diperoleh selama perkawinan merupakan harta bersama tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapa.

Demikian juga tentang kewajiban orang tua untuk memelihara anak yang belum

dewasa apabila orang tua mereka bercerai diatur dalam Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Pasal 156 KHI bahwa anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *badhonab* dari ibunya namun ayahnya tetap bertanggung jawab terhadap biaya anak-anaknya.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak mengatur tentang kewarisan, namun khusus bagi masyarakat beragama Islam ketentuan tentang waris, wasiat dan hibah diatur pada buku II tentang hukum Kewarisan dari Pasal 171 s/d Pasal 214 KHI, yang semua materinya bersumber Al-Qur'an, Hadist dan Ijtihad para *Fukaha*.

Beberapa hal tersebut menunjukkan indikator telah terjadi beberapa pertautan antara hukum Islam dengan Hukum Adat dan komponen pertautan tersebut merupakan sumber dari hukum Nasional.

IV. SIMPULAN DAN SARAN

1. SIMPULAN

Di Indonesia sampai saat ini berlaku beberapa sistem hukum yakni hukum adat, hukum Islam dan hukum barat. Dilihat dari segi umurnya yang tertua adalah hukum adat. Hukum adat lahir bersamaan dengan lahirnya bangsa Indonesia. Hukum adat adalah hukum asli yang tidak tertulis, yang berdasarkan kebudayaan dan pandangan hidup bangsa Indonesia yang memberi pedoman dalam kehidupan sehari-hari terutama bagi masyarakat di desa.

Hukum adat adalah hukum yang menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat dan sebagai hukum rakyat. Hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup rakyat itu sendiri. Hukum adat adalah hukum yang berurat berakar pada nilai-nilai budaya maupun bangsa Indonesia yang sepanjang perjalanan sejarah selalu mengalami penyesuaian dengan keadaan.

Selain hukum adat di Indonesia juga berlaku hukum Islam. Ada pendapat yang menyatakan bahwa Islam masuk ke Indonesia pada abad ke VII atau ke VIII Masehi atau tahun pertama Hijriah. Pendapat lain menyatakan Islam masuk ke Indonesia pada abad ke XIII Masehi, yang jelas hukum Islam telah berlaku di Indonesia sejak beberapa abad yang lalu.

Aktualisasi hukum Islam dalam hukum nasional mengalami perkembangan dengan lahirnya UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Keadaan ini berlanjut terus dengan lahirnya UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama kemudian UU ini diamandemen menjadi UU No. 3 Tahun 2006. Kemudian pada tahun 1991 berdasarkan Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 lahirlah Kompilasi Hukum Islam. Menyusul UU No. 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji, UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat, UU No. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, UU No. 2 Tahun 2004 tentang Sistem Pendidikan Tinggi, dan sebagainya. Semua ini menunjukkan pada kita bagaimana peranan Hukum

Islam dalam pembentukan Hukum nasional.

Selain hukum Islam, peranan hukum adat pun tidak kalah pentingnya dalam pembentukan hukum nasional. Hukum adat merupakan hukum yang hidup di tengah masyarakat, walaupun demikian perubahan dalam hukum adat bisa terjadi. Berdirinya negara Republik Indonesia sekaligus juga menandakan lahirnya tata hukum baru yakni tata hukum nasional. Kedudukan hukum adat pada masa sebelum kemerdekaan pada hakekatnya terjadi dalam wilayah yang terbatas, masing-masing dengan kekuasaannya sendiri, namun apabila berhadapan dengan suasana pada masa sekarang ini dalam sistem negara nasional maka titik berat kehidupan sosial politik lebih mengarah pada model hukum yang bersifat unifikasi.

Sistem hukum Indonesia yang bersifat pluralistik dan adanya keinginan baik dari masyarakat maupun pemerintah untuk membentuk hukum nasional yang bersifat unifikasi akan menimbulkan fenomena yang perlu ditindaklanjuti. Produk hukum yang dibuat oleh pemerintah baik berupa UU atau peraturan lain di bawah UU harus memenuhi tiga aspek yakni aspek filosofis, yuridis, dan sosiologis.

Secara sosiologis materi suatu UU tidak boleh bertentangan dengan norma-norma agama dan nilai-nilai budaya suatu masyarakat. Dalam membuat suatu UU kedua unsur tersebut tidak boleh diabaikan. Norma agama berlaku secara universal sedangkan aturan hukum adat berbeda corak dan bentuknya pada masing-masing daerah. Untuk membuat peraturan perundang-undangan yang tidak bertentangan dengan norma agama perlu diadakan penelitian terhadap kaedah-kaedah hukum Islam yang bertautan dengan asas-asas hukum adat.

Berdasarkan hasil penelitian hukum adat yang peneliti peroleh dari tujuh belas provinsi di Indonesia (Sumatera Barat, Sumatera Selatan, Sumatera Utara, Pekanbaru, Jambi, Lampung, Kalimantan Barat, Sulawesi Utara, Sulawesi Selatan (Makasar dan Toraja), Mataram, Bengkulu, Lombok, Jawa Barat, Jawa Tengah, Jawa Timur, Banten dan DKI Jakarta) dengan jumlah responden kurang lebih 175 orang hasil penelitian menunjukkan hampir semua ketentuan hukum adat bertautan dengan hukum Islam. Dari 44 komponen yang diteliti hanya dua komponen yang memperlihatkan pertautan secara implisit. Misalnya komponen akibat hukum perkawinan terhadap harta. Pada umumnya responden menyatakan bahwa harta yang diperoleh suami istri selama perkawinan menjadi harta bersama, sehingga kalau terjadi perceraian atau kematian maka harta itu akan dibagi dua.

Dalam perspektif hukum Islam sebenarnya tidak mengenal adanya percampuran harta kekayaan suami istri baik harta bawaan maupun harta yang mereka peroleh selama perkawinan termasuk harta yang didapat karena hibah, hadiah, warisan setelah perkawinan berlangsung. Hal ini sesuai dengan ketentuan surat An-Nisa ayat 32 bahwa laki-laki ada harta kekayaan perolehan dari hasil usahanya sendiri dan bagi wanita dari harta kekayaan

perolehan dari hasil usahanya sendiri.

Namun pada kenyataannya secara diam-diam telah terjadi *syirkab* antara suami istri menyangkut harta bersama. Suami istri bersama mencari uang/harta untuk membiayai kehidupan keluarga mereka. *Syirkab* seperti ini oleh *fuqaha* digolongkan pada *syirkab abdaan*. Kalau dikaitkan harta gono gini dalam istilah hukum adat dengan *syirkab abdaan* hal ini tentu menunjukkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

Demikian juga akibat perceraian terhadap harta. Apabila dianalogkan *syirkab abdaan* dengan harta gono gini, maka apabila terjadi perceraian baik cerai hidup maupun cerai mati maka suami maupun istri mempunyai hak separuh dari harta bersama. Berbeda halnya pada komponen dampak sosial pada perceraian. Hukum Islam tidak mengatur secara terperinci masalah ini. Hukum Islam hanya menentukan bahwa seorang suami yang menjatuhkan talak kepada istrinya maka wajib bagi suami tersebut untuk memberi uang *mut'ab* yakni pemberian sesuatu untuk menggembirakan hati, di samping itu suami harus melunasi uang mahar jika masih terhutang dan memberi nafkah iddah kepada istri.

Menurut hasil penelitian yang peneliti peroleh dari beberapa daerah hukum adat, akibat dari perceraian misalnya di Minangkabau pada perkawinan sumendo maka suami harus meninggalkan rumah istri sedangkan di Jambi akibat perceraian istri harus meninggalkan rumah suami hanya dengan membawa perlengkapan dirinya saja. Kemudian beberapa responden yang diteliti juga menyatakan bahwa perceraian akan berdampak retaknya hubungan keluarga antara kedua belah pihak, anak akan terlantar, mereka akan kehilangan kasih sayang ke dua orang tuanya. Dan perceraian juga mempunyai dampak pada bidang ekonomi, pengasuhan dan pendidikan anak serta perasaan malu pasangan tersebut karena bercerai.

Hal di atas belum memperlihatkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat. Demikian juga pada prosedur pembagian warisan. Di dalam literatur hukum Islam hal ini tidak ditentukan secara terperinci. Berdasarkan hasil penelitian yang peneliti peroleh, beberapa responden menyatakan bahwa pembagian warisan dilakukan di hadapan keluarga, pengetua adat maupun di hadapan keluarga dan pengetua adat. Hal ini belum memperlihatkan adanya pertautan antara hukum Islam dengan hukum adat.

2. SARAN

Mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam, maka seyogyanya nilai-nilai dan norma hukum Islam berlaku secara penuh bagi umat Islam di Indonesia terutama yang menyangkut hukum keluarga. Implementasi Undang-undang hukum keluarga yang sesuai dengan syariat Islam melalui tulisan ini disarankan sudah saatnya dikemas dalam bentuk Undang-undang yang berlaku secara unifikasi bagi umat Islam di Indonesia.

Kepada umat Islam di Indonesia disarankan untuk mengutamakan menggunakan hukum Islam dalam kehidupan mereka sehari-hari, sehingga eksistensi hukum adat yang

sudah tidak sesuai lagi dengan aturan hukum Islam secara berangsur harus ditinggalkan. Namun nilai tersebut merupakan sejarah dari kekayaan budaya bangsa Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad, Rofiq, 1995, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta, PT. Rasja Grafindo Persada.
- Ali, Muhammad Daud, 1984, *Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Indonesia*, Jakarta, Yayasan Risalah.
- Ali, Muhammad Daud, 1990, *Azas-azas Hukum Islam*, Jakarta, Rajawali Press.
- Hazairin, 1990, *Demokrasi Pancasila*, Jakarta, PT. Rineka Cipta.
- Hazairin, 1992, *Hukum Kewarisan Bilateral menurut Qur'an dan Hadits*, Jakarta, Tinta Emas.
- Koesnoe, Moh, 1992, *Hukum Adat sebagai suatu Model Hukum*, Bandung, Bandar Maju.
- Maggalatung, A. Salman, 2009, Dinamika Perkembangan Hukum Islam dalam Perundang-undangan di Indonesia, *Jurnal Reformasi Hukum*, Vol. XI No. 2.
- Muhammad, Bushar, 1991, *Azas-azas Hukum Adat suatu Pengantar*, Jakarta, Pradnya Paramita.
- Raharjo, Satjipto, 1975, "Pengertian Hukum Adat, Hukum dalam Masyarakat (*Living Law*) dalam Hukum Nasional", Makalah pada Seminar Hukum Adat Nasional di Yogyakarta.
- Susilawetty, 2008, Implementasi Ketentuan Ahli Waris Pengganti di Lingkungan Pengadilan Agama Sumatera Barat dan Mahkamah Syariah di Malaysia Kajian pada Mahkamah Syariah Negeri Sembilan, Selangor dan Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur, *Disertasi*, Universitas Kebangsaan Malaysia, Kualalumpur.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang *Perkawinan*.
- Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1976 tentang *Peradilan Agama*.
- Kompilasi Hukum Islam

THE IMPLEMENTATION OF SHARI'AH IN NANGGROE ACEH DARUSSALAM IN THE INDONESIAN LEGISLATION SYSTEM

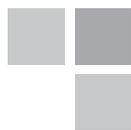
IWAN SATRIAWAN AND NANIK PRASETYONINGSIH

Faculty of Law, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta, Indonesia Email: satria@justice.com | nanikprasetyo@yahoo.com

ABSTRACT

The implementation of Shari'ah in Nanggroe Aceh Darussalam (NAD) has prompted controversy among legal scholars. Even though, the implementation of Shari'ah in NAD has been legally authorized by Dewan Perwakilan Rakyat (Parliament) and President through some legislations, debate on the issue has not finished yet. The issues rooted on whether the implementation of Shari'ah in NAD is contradict to Pancasila and UUD 1945 or not. Another question arises is whether the implementation of Shari'ah in NAD in line with the legislation system or not. The research shows that basically the implementation of Shari'ah in NAD is not contradict to the principle lies in the Pancasila as fundamental norm of the state and UUD 1945 as the supreme law. In term of legislation, the DPR and President has enacted some legislation that legalized it namely NAD Special Territory Act, 1999 (Law No 44 of 1999, NAD Special Autonomy Act, 2001 (Law No 18 of 2001), NAD Government Act, 2006 (Law No 11 of 2006). By enacting these legislations, legally, the implementation of Shari'ah in NAD is clearly adopted as part of Indonesian legislation system. In this sense, the legislation system implements the principle of "*lex specialis derogat legi generali*".

Key words: shari'ah, implementation, Indonesian legislation system



I. INTRODUCTION

The development of Islamic law implementation in Indonesia, is interesting to be observed. It is signified by the legalization of Act No. 44 in the year of 1999 about Specialty of the Administration of Aceh Special Territory Province. Afterward, to follow up the Act, Act no. 18, 2001 is imposed. This Act regulates special autonomy for Aceh as Nanggroe Aceh Darussalam. Some *Qanun* (similar to Local Acts) have been enacted as the following up of both Acts, such as, *Qanun* no. 10, 2002 about Islamic Shari'ah Court, *Qanun* no. 11, 2002 about Islamic Shari'ah Implementation in the fields of *Aqidah*, *Ibadah* and *Islamic* propagation. *Qanun* no. 12, 2003 about Drug and the like, *Qanun* no. 13, 2003 about *Maisir*, *Qanun* no. 14, 2003 about *Khalwat*, *Qanun* No. 7 about alms (zakat) management.

The experiences of Aceh as elaborated above inspire other provinces in which the people historically and sociologically are

similar to those in Aceh like West Sumatra, West Java, East Java, Banten, and South Sulawesi.

The debate on the implementation of Islamic Shari'ah in Indonesia has been historically unfinished and it may latently appear in certain period of time. The debate leaves a kind of barriers between the pro and contra groups. An open and clear dialog, therefore, is needed to solve the problems between the pro and the contra towards the ideas of Shari'ah implementation in Indonesia.

Some historical reports mention that Islam had entered in Indonesia since the first year of Hijriyah. This is signified by the finding of Islamic cemetery in Palembang, the capital city of Sriwijaya Kingdom, a Buddhist kingdom in Sumatra. However, the more established reports mention that Islam arrived firstly in Indonesia in the mid of 12th Century. This is characterized by the establishment of Islamic Kingdom, Samudera Pasai in Sumatra. This fact was written by famous Muslim traveler, Ibnu Batutah in 1345. Islamic teachings then spread to other areas like in the Islamic Kingdom of Demak, Jepara, Kudus, Banjar, Mataram Islam, Banten, Ternate, Tidore, and so on.

Historical facts on the implementation of Islamic law in Indonesia societies all over Nusantara has been admitted by legal scholar for Netherland, L.W. Christian Van Den Berg that has popularized his theory of *'receptie in complexu'*. This theory states that the law implemented in Indonesia is the law that is in line with the law for the religions the people embrace. It means that Muslims who lived in the most Muslims Kingdoms in Nusantara had implemented Islamic law (Arifin, 1996).

But, after the Dutch colonialists realized that Islamic law was one of the strong Islamic society pillars to fight against them, they then imposed new legal politic policies in Indonesia. With adequate researches, the Dutch law scholars like C. Van Vollenhoven and Snouck Hourgronje gave advices to the Dutch colonial government to make changes in the legal political policies of the Dutch colonialists in Nusantara. Through this new theory *"receptie"* the legal scholars stated that Islamic law might be imposed if only it had been adopted in the customary law. This theory aimed at limiting the scope of Islamic law by clashing it with customary law. With the basis of this theory, the Dutch colonialists then localized the implementation of Islamic Law limited in the personal aspects such as marriage, divorce and inheritance. This theory was also strengthened by the entrance of Dutch colonial law, Indische Staatsregeling article 134: 2. In such conditions, Islamic law is like put in the prisons.

Referring to the historical facts, it can be concluded that every effort to marginalize the role and position of Islamic law have been started since the Dutch colonial administration. It was carried out because they were fully aware that Islamic law is one of the significant pillars in an Islamic society and therefore, to weaken the strength of the Islamic society, Islamic law must be set far from Islamic society. This kind of colonial politic then

became global scenario to prevent the emergence of Islamic movement in the rests of the globe.

After Indonesian independence, there were no serious attempts to regulate the above mentioned legal policies. As a newborn nation, the state leaders remained dealing much with more concrete political and economical agenda. In 1970, it was enacted Act No. 14, 1970. The Act deals with Legal Authority in terms of public law, religion law, administration law, and military law. In this regard, the regulation of religious law was still very limited since there was no guideline to administer the law and consequently it could not run effectively. Some years later through Act No. 7, 1989 about Religion Law, the weaknesses of the Act No. 14 were tried to be solved by completing the jurisdiction and trial procedure in the religion law. Nevertheless, the religion law jurisdiction was confined in the issues of civil problems such as family, inheritance, *hibah*, *wasiat*, and endowment. Further betterment took place as Act No. 1, 1974 about marriage that accommodates Muslim Marriage that is inline with the Shari'ah.

At the beginning of 1990s Soeharto regime ran accommodative politics to Muslims as the effect of strengthening Muslims intellectual movement signified by the establishment of ICMI (Association of Muslim Intellectuals) led by Prof. Dr. BJ. Habibie. ICMI was regarded as logical consequence from what is called *intellectual booming* among the Muslim Scholars at the end of 1980s. Since then, many acts were passed implementing shari'ah in the state and nation life such as Presidential Instruction No. 1991 about the Compilation of Islamic Law (It covers Marriage law, Inheritance law, Endowment including *shadaqah*, *hibah*, *hadanah* and *baitul mal*).

The year of 1992 comprises an important year for the development of shari'ah economy because through Act No. 7 1992, the concept of bank without interest which is a part of shari'ah banking concept was accommodated. The development of shari'ah banking was then getting faster by the enactment of Act No. 10, 1998 on Banking that replaced the previous Act. In this new act, it is firmly admitted "*a dual system of bank*" in Indonesia: conventional banking system and shari'ah system.

The year of 1999 constitutes an important year in the development of shari'ah economy since in this year there were two Acts passed: Act No. 38 about Zakat and Act No. 17, 1999 about Hajj. Both Acts indicate that the state is getting more accommodative toward the interest of Muslim ummah and simultaneously as a sign of recognition of the Islamic law in the Indonesian national legal system. In this year, Act No. 14, 1999 about the Special Administration of Aceh Special Province was also ratified. The Article 4 part 1 of this Act stated that religious lives in Aceh are subjected to Islamic law. In addition, Act No. 18, 2001 about Special Autonomy of Aceh Special province as Nanggroe Aceh Darrussalam was enacted

The development of Islamic law in the national legal system keeps growing the

following years, as in the year of 2003 Shari'ah Stock Exchange was introduced in Jakarta (Satriawan and Zuhuda, 2003). The last interesting development that is worth to discern is the emergence of the local autonomy spirit. Some provinces initiated Local Regulations that are claimed by people as shari'ah Local Regulations as those in West Sumatra, South Sulawesi, East Java, West Java and Banten. The emergence of these Local Regulations with Islamic nuances generate controversies started with petition 56 of House Representative members to the President through the Chairman of the House of Representative to revoke these Local Regulation they were regarded as things that are in contradictory with Pancasila dan National Constitution, UUD 45.

Before discussing further the implementation of Islamic shari'ah in Nanggroe Aceh Darussalam in relation to Pancasila and National Constitution, UUD 45, there are things that must be noted from the previous description of the Islamic law development in Indonesian Legal system. It seems that the scope of implementation of Islamic law in private or civil areas is relatively easy to be accepted and does not prompt any controversies in Indonesia societies and even in non-Muslim ones. According to some trainers of shari'ah banking in Jakarta, the concepts of shari'ah banking draw much attention of the Chinese ethnic businessmen to learn and join training and seminars on this matter. More surprisingly, many Chinese businessmen feel more secure to save their money in a well-known shari'ah bank in Jakarta. Evidently, a testimony from a Chinese non-muslim businessman, the writer witnessed in the private TV program named "Bincang-Bincang Syari'ah" hosted by Reza Syarif 2 years ago, mentioned that he saved his money in Bank Mandiri Syari'ah. He said that he had been for long time dealing with conventional banks and from his opinion conventional banks system was unfair. Moreover, after getting acquainted with shari'ah bankings, he stated that shari'ah banking system was fairer.

Controversies and resistances seem to appear if Islamic law begins to deal with the matters in public areas like the ones that are regulated through Qanun-Qanun in Aceh and some shari'ah Local Regulations in some province and other districts/cities such those in West Sumatra, West Java, South Sulawesi and so forth.

II. RESEARCH METHOD

This research is a library-based research which focused the study on the implementation of Shariah in Nanggroe Aceh Darussalam in the context of Indonesian legislation system. In line with the nature and the objective of the study, the normative approach was used in this research. In addition, descriptive analytic approach is employed in describing the implementation of Shariah in Nanggroe Aceh Darussalam.

A. DATA COLLECTION

In terms of library research, data was collected from journals, books, newspapers and

legislation. The internet and other assorted secondary materials regarding the implementation of Shariah in Nanggroe Aceh Darussalam were also conducted.

In addition, in order to deepen the analysis, interviews was also conducted with some constitutional law experts such as Denny Indrayana, Ph.D from Gadjah Mada University, Dr. Aidul Fitriadi from Muhammadiyah University of Surakarta and Dr. Saefuddin from Indonesian Islamic University Yogyakarta.

B. DATA ANALYSIS

The collected data analyzed by descriptive qualitative means. At this stage, some activities conducted such as synchronization of legislation regarding the implementation of Shariah in Nanggroe Aceh Darusslam, implementation of constitutional law theory into the problem and found out the important elements to answer the questions.

III. RESULT OF RESEARCH AND ANALYSIS

A. THE IMPLEMENTATION OF SHARI'AH IN THE THEORETICAL PERSPECTIVE

Islamic law in terms of shari'ah basically is various provisions from Allah that regulate the lives of individual, family, society and state, in which then are developed through systematic frame of thought called it *ijtihad*. *Ijtihad* can cope with law pertaining to religious problems in more specific or to law problems concerning with wider public interests in general (Ka'bah, 1999).

Islamic law since the first arrival in the Nusantara land, Indonesia, comprises a living law in the society not only because the Islamic laws constitute religious entities embraced by majority of Indonesian people, but in more practical dimension, the laws in some places have also become parts of tradition (custom) of the societies, even considered sacred (Wahid and Rumadi, 2001: 80).

Socio-culturally, Islamic laws are laws that flow and root in society's culture. Such conditions happen because of the flexibility and elasticity of Islamic laws that are applicable and acceptable in the implementation.

According to Rifyal Ka'bah, Islamic laws as embraced norms in the society in some parts require the state authority to implement them, and some other parts do not require or are in between, depending on the situations (Ka'bah, 1999: 58-59). Rifyal Ka'bah referring to Hart theory (in the book entitled *the Concept of Law*) mentions that laws requiring the state authority to implement them are called primary rules of obligation or primary rules strengthened by secondary rules. The primary rules are norms embraced by the society and secondary rules which support the enforcement of certain norms become law norms that bind the members of society within a legal system (Ka'bah, 1999: 58-59).

Islamic laws entails the state authority, for instance, dealing with marriage, inheritance, waqaf, private, criminal, economy, trade, banking, international relations, health

and so on. Without any regulations in administering the norms of Islamic laws in the national legal system, they will not get reliable and effective acceptance in the society. Meanwhile, some parts of Islamic law do not need any state interference, for example, laws concerning with *akblaq* or pure praying like *shalat* and the like. Still, some parts of Islamic laws may be accomplished with or without state authorities, such as, laws dealing with *zakat* and Hajj (Ka'bah, 1999: 60). The ideas of Rifyal Ka'bah are based on the characteristic of Islamic law i.e. *diyani and qadha'i*. *Diyani* demands individual obedience as the subject of the laws and all of Islamic laws basically have *diyani* characteristic due to the obedience to Islamic laws is based on the awareness of society individually to implement them. Furthermore, Islamic laws besides becoming laws with their own characteristics constitute laws deriving from God.

In the VOC era, Dutch had admitted Islamic laws in Indonesia indicated by *Regerings Reglemen* 1885. This was strengthened by Lodewijk Willem Chritian van den Berg (1845 -1927) who proposed theory of *Receptie in Complexu*. This theory stated that Muslims imposed Islamic laws. Then, under recommendation of Christian Snouck Hougronje (1857 – 1936), the Dutch colonial government enforced the theory *Receptie*, confirming that Islamic laws only could be enacted for Indonesians if they had been accepted as *adat recht* (customary laws). The terms of *adat recht* was mentioned in the book of Snouck Hougronje entitled *De Atchebers* referring to laws that controlled the lives of Acehnese, that is, *adat (custom)* that had legal consequences (in case Islamic laws)(Ka'bah, 1999: 73). The famous Article *receptie* was Article 134 Indische Staatsregeling (IS) stating that “of indigenous people, if their law wish to implement Islamic laws, the laws might be enforced as far as being accepted by customary law societies”. The enforcement of Islamic Shari'ah in Aceh had been done since VI century A.D. and became the first place in Nusantara accepting Islam. Regardless of the theories established by the Dutch colonial government, Islamic laws historically had integrated with law culture of Aceh society.

The politic of Islamic laws in Indonesia after independence is very much influenced by at least three theories counteracting the theories in the colonial periods (theory of *Receptie in Complexu* by Prof. Mr. L. W. Christian van den Berg, 1845 -1927 and theory of *Receptie* by Snouck Hougronje) in implementing Islamic law. The three theories are among others: (1) *Receptie Exit theory* by Hazairin; (2) *receptie a contrario theory* by H. Sayuti Thalib; and *existence theory* by H. Ichijanta SA (Wahid and Rumadi, 2001: 83-84).

Receptie exit theory proposed by Hazairin states that *receptie* theory must *exit* from the Indonesia National Legal theory because it is in contradictory with Indonesia national constitution, UUD 45 as well as conflicting with Al Quran and *Sunnab*. Hazairin called *receptie* theory as devil theory. According to him, after independence of Indonesia, exactly after the proclamation of Indonesia Independence on 17 August 1945, all kinds of the Dutch colonial laws and Acts, based on the *receptie exit* theory, must be ended in

implementation (Wahid and Rumadi, 2001: 83-84).

The *receptie exit* theory is further developed by Sayuti Thalib with a name of *receptie a contrario*. In line with its name, this is in opposite to the *receptie* theory. The theory states that the laws implemented for the people are their religious laws and customary laws may be enforced as far as they are not in contrary to the religious laws (Wahid and Rumadi, 2001: 83-84). The cores of this theory are: (1) for Muslims, Islamic laws must be enforced; (2) the enforcement of Islamic laws is in line with their faith and laws ideals, spiritual aspiration and morality; (3) customary laws must be put into effects if they are not conflicting with Islam and Islamic law. The *receptie a contrario* theory determines that the laws that are enforced first should be Islamic laws and then customary laws can be enacted if they are not inconsistent with Islamic laws.

H. Ichtijanto clarifies and explicitly gives meanings of *receptie a contrario* in terms of its relationship with the national legal system. He articulates the relationship in the form of theory called *existence* theory (Wahid and Rumadi, 2001). In his opinions, Islamic laws (Ichtijanto, 1985: 262-263):

- a. exist as an integral part of National legal system.
- b. exist in terms of their independence and power, admitted by the national legal system, and are given status as National laws.
- c. exist in Islamic legal norms that function as national legal filters; and
- d. exist as main materials and main sources of National laws.

Political conditions lately have given benefits to the development of Islamic laws whether they are structurally, culturally, and formal and informal legally. However, the challenge is how to make every effort in order that the emergence of Islamic laws in Indonesian positive laws lives is not politicized to legitimate the willingness of the authority and is not also as political accessories to maintain one authoritative regime (Wahid and Rumadi, 2001).

After proclamation of Indonesian independence, August 17, 1945, Indonesian national legal system put Pancasila and Indonesian Constitution, UUD 45, as sources of all legal sources in Indonesia. However, based on the transitional provision Article II UUD 45, it is mentioned that some colonial laws are still valid i.e. customary law system, western laws system, and Islamic law systems. GBHN (National Development Guidelines) have determined the laws unification, and that in all in Indonesian Archipelago there is only one legal system, that is, National Legal System. The National Legal System that is based on Pancasila and UUD 45 obliges all parts of Indonesian laws putting Pancasila and UUD 45 as the main laws sources. Further sources as the law bases are Acts, jurisprudence, or customary laws in related laws fields.

According to Rifyal Ka'bah, Indonesian laws can be seen from some perspectives,

among others:

1. Laws that derive from customs and norms that have been passed down from the ancestors and have attached in the social awareness.
2. Laws that stem from religious teachings
3. Laws as all law regulations that are passed by the state legislators followed by certain punishment for ones who violate them and administered by the state (Ka'bah, 1999: 74-76).

Indonesian laws that were born after the Independence Proclamation of Indonesian Republic are (1) colonial-legalized products; (2) customary laws; (3) Islamic laws; and (4) national legislative products (Ka'bah, 2001: 74-76).

With the bases of the three theories above, when shari'ah is enforced in Aceh pasca laws unification, the enforcement does not disagree with existing laws since Islamic laws are integral parts of Indonesian laws. Islamic law in Aceh Nanggroe Darrussalam is laws that grow and develop in the societies in Aceh Nanggroe Darrussalam.

The implementation of Islamic shari'ah in Nanggroe Aceh Darrussalam, if seen from perspectives of *receptie a contrario* and *existence* theories, is not in contradiction with the national legal system. The *ratio legis* of this statement is as follows:

Theory of *receptie a contrario* states that the enforced laws for the people are their religious laws and customary laws that are not in contradictory to the religious laws. In this regard, the legal cultural conditions of societies in Nanggroe Aceh Darrussalam have been very much influenced by laws and have been controlled by shari'ah for long periods of times. The societies in Aceh have imposed shari'ah as manifestation of their faith to God that for Muslims Islamic laws must take place. However, to enforce Islamic laws as the norms embraced by the societies needs state authority to implement them. As a result, the societies of Nanggroe Aceh Darrussalam see the importance of legislation or Islamic law institutions under the state authority in order to implement the laws effectively in the lives of Nanggroe Aceh Darrussalam.

In the perspective of *existence* theory, the reason behind the implementation of Islamic shari'ah is by considering the conformity between *das sein* (law awareness and understanding in the societies) and *das sollen* (the ideal things in laws). The *das sein* are the four values under the *existence* theory: (1) exist as an integral part of national legal system; (2) exist in terms of their independence and power, admitted by the national legal system, and are given status as National laws; (3) exist in Islamic legal norms that function as national legal filters; and (4) exist as main materials and main sources of National laws. Meanwhile, the *das sollen* is willingness and laws ideals in the Islamic lives of Nanggroe Aceh Darrussalam societies and holding the Islamic teachings in the utmost position is the basis to bring spiritual and physical prosperities of the individual, family, and societies

into realization. By taking into consideration that shari'ah has become an integral part of the national legal system, has been admitted its independence and its prominent power by the national laws, has functioned as the filter of national law materials, and has grown to be the source of national laws, the societies in Nanggroe Aceh Darussalam have got adequate reasons to impose shari'ah that is clearly not in contrary to the national legal system and in line with the legal ideals and legal cultures in Nanggroe Aceh Darussalam.

B. THE IMPLEMENTATION OF SHARI'AH IN NANGGROE ACEH DARUSSALAM AND IN CONSTITUTION

Every emergence of shari'ah regulations in the Indonesian legal system must be followed by a tendency of accusing that the regulations are not inline with Pancasila and State Constitution, UUD 45. Towards such a tendency, there are at least some arguments to refute it. *Firstly*, there is no single word in Pancasila and the State Constitution that obviously prohibit the implementation of shari'ah in Indonesia (Susila and Gunawan, 2006). It seems impossible that prohibition may exist there as even in secular countries like USA, UK, the independence to embrace certain religion is guaranteed by the government in which it is commonly called *freedom of religion*. On the other hand, with a close look, Pancasila and UUD 45 in fact provide spaces for the citizens to perform the religious worships in accordance with their own faith and belief. KH. Ma'ruf Amin stated that as the state vision, Pancasila gives guarantees to the religion existence as reflected in one of the principle of Pancasila admitting "the Oneness of God". With the value and vision of this divinity, Indonesia is not a secular country that refuses the religious roles in the state lives, but the state will guarantee the survival of the religions embraced by its citizens. This state vision is subsequently restated in the article 29, UUD 45 confirming that Indonesia is (1) a state that is based on the principle of the Oneness of God, (2) a state that guarantees the independence of its citizens to embrace and perform the religious services in accordance with their own faith and belief. In light of this article, consequently, there is no single article in UUD 45 that denies the religion as the source of laws (Amin, 2006) and it has become a public acclaim that sources of national laws are three: western laws, Islamic laws and customary laws. Hartono Marjono further affirms that Article 29, UUD 45 can means that (1). the state cannot make any acts or regulations that are in contradictory to the principle of "the Oneness of God". (2) The state is mandated to formulate suitable acts suitable for the principle of the Oneness of God. (3) The state is bound to enforce laws to prevent and punish people who violate the religious norms and principles (Ka'bah, 1999: 77). Taking the above amplifications as the bases, the accusation that *Perda Shari'ah (local regulation)* is in contradiction to Pancasila and UUD 45 is groundless. Factually, in converse, Pancasila and UUD 45 guarantee the implementation of religious obligations for the citizens.

Secondly, the rejection toward the emergence of Islamic law in the national legal system is because according to some historical observers, it was in agreement that the obligation to implement Islamic shari'ah for its followers had been erased in the first principle of Pancasila and in the Introduction of UUD 45 (Indrayana, 2006). With respect to this view, it can be clarified that historically the proclamation of Indonesia independence on 17 August 1945 was based on the Jakarta Charter within which the first principle of Pancasila stated "The Oneness of God and the obligation to implement Islamic shari'ah for the followers (Ketuhanan Yang Maha Esa dan Kewajiban menjalankan syari'at Islam bagi para pemeluknya)". The Jakarta Charter was the result of long debate and discussion in the meeting sessions of BPUPKI (Board for Indonesian Independence Preparation) and the board then came to an agreement that the text of Jakarta Charter became a part of Indonesia Independence Declaration on 17 August 1945. One day, afterwards, on 18 August 1945, 7 words after the statement of "Ketuhanan Yang Maha Esa" were erased owing to the lobby of some people to Bung Hatta (Husaini, *Mempersoalkan Perda Syari'at*, [http: www.hidayatullah.com/mambots/editors/index.php](http://www.hidayatullah.com/mambots/editors/index.php)

The giving away attitudes of the Islamic figures at that time towards the deletion of 7 words in the Jakarta Charter was basically based on the consideration to keep the nation interests because Indonesia had just declared its independence and the colonialists did not yet fully leave Indonesia. So the giving-in attitudes at that time did not mean that the Islamic figures accepted the deletion of "the willingness to implement shari'ah in Indonesia" because if they did so, it had been conflicting with Islamic *Aqidah*. Even, Soekarno, in the speech of his Presidential Decree repeated that the Jakarta Charter 22 June 1945 inspired and constituted one unity with the Constitution (Husaini, *Mempersoalkan Perda Syari'at*, [http:www.hidayatullah.com/mambots/editors/index.php](http://www.hidayatullah.com/mambots/editors/index.php)

Unfortunately in its development, there is every effort to interpret the history and the contents of Pancasila and UUD 45 that is "trapped" in secularism paradigm that reject religious interference in the state lives in which the rejection is obviously in opposite to the Pancasila and UUD 45 themselves. The secularism paradigm seems referring to Harvey Cox who wrote *desacralisation of politics* in which it gets a rid of religion and spiritual matters from political arena.

In addition, Jimly Asshiddiqie argues that the state laws with UUD 45 as the top source of law may not be in opposite to the law beliefs or religious beliefs of the Indonesian citizens as the legal subjects who are then regulated by the Indonesian legal system based on Pancasila. In accordance with the first principle of Pancasila "The Oneness of God", automatically, there is no Indonesian state law that is in contradiction to the religious norms embraced by the Indonesian citizens themselves (Asshiddiqie, 2006).

Furthermore, Jimly discusses in details that the Article 18 B clause 1 and 2 UUD 45 admit and respect law pluralism in society. Although the national court is structural in

nature, the law materials as the bases for the judges can be developed variously. Similarly, the local autonomy policy gives space for the local administrations to formulate local regulations inline with their respective needs and even some province have special autonomy status such as Nanggroe Aceh Darussalam and Papua (Asshiddiqie, 2006).

Satjipto Raharjo also argues that the actual law characters needed by Indonesians to reach national objectives are the laws that can accommodate the nature of the nation pluralities spreading from Sabang to Merauke with various ethnics that have autonomous traditional local authorities. Therefore, according to Satjipto the main steps to do in the law development is the harmonization of laws, not unification or codification (Raharjo, 2007.: 187).

So, based on the historical facts and legal scholars' arguments above, it can be concluded that Pancasila and UUD 45 does not contain historically and substantively any single article that prohibit Islamic believers to implement shari'ah. In contrary, they accommodate the interests of any existing religious followers in Indonesia to perform their own religious belief. In other words, the enforcement of shari'ah in Nanggroe Aceh Darussalam does not constitute a contradictory to those Pancasila and UUD 45. Even if discerned deeply from the history of the birth and the texts of Pancasila and UUD 45 themselves, it can be inferred that the enforcement of special laws, *Perda Shari'ah* in Nanggroe Aceh Darussalam, is something guaranteed by the Indonesian State Constitution.

C. THE IMPLEMENTATION OF ISLAMIC SHARI'AH IN NANGGROE ACEH DARUSSALAM AND INDONESIAN LEGISLATION SYSTEM

The following debate deals with the enforcement of Islamic laws (read: Public laws like Criminal Laws) that is regarded to be in contradiction to the paradigm of public laws that have to be in unification and imposed nationally. This argument is very apparent rejecting the shari'ah models that exists the local provinces including Aceh although they have already had a law umbrella in the form of Act. Towards this rejection, some other views may be presented as follows: *firstly*, laws nationalization view sees that laws are products of nationalism that have been strengthening in line with the emergence of the concept of nations states. This view assumes that social homogeneities that happen in Europe like in Germany or the birth of secularism spirit reject the religious interventions in the state political affairs. In this respect, the nationalism spirit in a certain level is considered to be something that has to be the same so that it marginalizes the heterogeneities of a nation that constitutes sociological facts in the societies.

For Indonesian cases, nationalism discourse, unity and integrity had ever become a dominant ideology in the beginning of Indonesia independence and have ever been relatively forced under Soeharto regime. That is why the spirit of "centralization" including

in laws fields was very dominant. In Soeharto era, there had been a strong centralization and homogenization process in the law fields, for instance, the uniformity of the village concept in all over Indonesia, whereas every province has different characteristics regarding to the village social organization. Such a case became one of the disaster causes of cultural bases that actually sustain the lives of the society.

In other words, Indonesia had so far subscribed to the law centralism philosophy where the state (central government) acted as the only agent to create the laws. Any kind laws outside this mechanism were considered invalid and therefore had to be null and void. The history noted that the use of this paradigm in the era of 1950s by the central government had paralyzed the customary institutions in the local areas (Lukito, Syari'at Islam and Polisentrisitas Hukum, http://www.syari'at-islam_ACEH/syari'at/syar29/htm).

Secondly, as the results of the hegemony of the above view, on behalf of law nationalism, the religious aspirations of the Muslim society tended to be put aside, and not accommodated. In contrary, the laws inherited by the Dutch colonialist and some foreign values that were in opposite to the religious foundations in Indonesia were accepted without any complaint. The Indonesian vision that is religious in nature is reconfirmed by TAP MPR No. VII/MPR/2001 about the Indonesia Vision 2020 within which the first indicator of the success of development is religious, i.e. the people have a good faith, are pious, and have a good of conduct.

In this case, democracy in practice becomes a betrayal to the majority aspiration and privilege to the minority. Meanwhile, ideally, democracy should appreciate the aspiration of the majority and simultaneously guarantee the rights of the minorities.

Thirdly, if Islamic law is rejected with the reasons of contradicting to the national laws, the question may be raised: which laws will Indonesia use? From where are the laws taken? Should our laws be taken or imported from other countries that ideologically and sociologically are different from Indonesia?

Fourthly, local autonomy actually is a new way for Indonesians to return back to the state platform "Bhinneka Tunggal Ika" (Unity in Diversity). The diversities and local aspirations should be understood in the context of Indonesia as a heterogeneous country extending from Sabang to Merauke, but remains in the frame of the unitary state of Indonesian Republic. Nevertheless, it is necessary to formulate how to make a legal formulation that, in one side, appreciate local society aspirations, but in the same time, it remains in the corridor of Indonesia Republic. For this purpose, it is necessary to make more serious research to formulate this formulation.

Fifthly, in context of law sciences, it must be admitted that Nanggroe Aceh Darussalam has special characteristics compared to other provinces. These special characteristics were born from a long history of political conflicts between the central government and Aceh people that were organized by Gerakan Aceh Merdeka (GAM). The acknowledgment of

the special characteristics in the regulations of Nanggroe Aceh Darussalam can be understood from the following legal argumentations:

Legalities of the Shari'ah implementation in Nanggroe Aceh Darussalam are through a series of General Assembly meeting session, as follows:

1. Plenary meeting of General Assembly 1999 had mandated in the provision of the General Assembly No IV/MPR/1999 to give special autonomy in the Province of Aceh Special Territory.
2. Annual Meeting of General Assembly of Indonesian Republic in the year of 2000 had made second changes towards the State Constitution of Indonesian Republic.
3. Plenary Session of General Assembly in 1999 had mandated in the provision of the General Assembly of Indonesian Republic No. IV/MPR/2000 about Policy Recommendation in order that The Act on Special Autonomy for Aceh Special Province should be issued by May 2001 at the latest. The essence of Tap MPR No. IV/MPR/1999 deals with the implementation of Islamic shari'ah in Nanggroe Aceh Darussalam by paying attention to the aspiration of the Societies in Nanggroe Aceh Darussalam.
4. Article 18B UUD 45 provides opportunities towards the emergence of law pluralities in Indonesia. Article 18B verse (1) states: "State admits and respects the units of the specific or special local government that are regulated by legal Act". This view is supported by the arguments delivered by Prof. Jimly Asshiddiqie and Prof. Satjipto Raharjo. In the other words, the existence of *Perda Shari'ah* in Nanggroe Aceh Darussalam can be accommodated by legal poly-centricity proposed by Hanne Petersen and Hendrik Zahle as quoted by Ratno Lukito previously. Prof. Daud Bakar in Malaysia quoting Iqbal had also introduced terms *territorial approach* in the implementation of shari'ah in non-Islamic States but the Muslims are the majority citizens, like Indonesia and Malaysia. In terms of laws science, as introduced previously by Alija Izetbegovic, ideal laws are laws that are in a balance position between socio-political aspiration and socio-religious aspiration. Based on the above scholar arguments, *Perda Shari'ah* enacted in Aceh has strong bases in terms of scientific law theories. So it is not baseless as what has been argued by some observers who subscribe to legal centralism paradigm.
5. The enforcement of *Shari'ah* in Nanggroe Aceh Darussalam can be viewed in terms of the law principle of "*lex specialis derogate legi generalis*" meaning that special laws put aside general laws. The implementation of Shari'ah in Aceh in specific has clear law foundations i.e. Article 18B UUD 45, Act No. 44 in the year of 1999 about the administration of the specialty of Aceh special Province (Article 4 clause (1)), Act No. 18 in the year of 2001 about special autonomy for Aceh Special Province as Nanggroe Aceh Darussalam Province (Article 23) and Act No. 11, 2006 about the Aceh local Government (Chapter XII and XIII).

- a. Article 4 clause (1) Act No. 44, 1999 states that:
“the implementation of religious lives in local societies is realized in the form of implementation Shari’ah for the followers in the society”.

- b. Article 23 clause (1) Act No. 18, 2001 states that:
“Islamic Shari’ah Court in the Province of Nanggroe Aceh Darussalam as a part of National legal system is conducted by *Mahkamah Shari’ah* that is free from all kinds of influences”

In the Article 23 clause (3) also states that:

“The Authority of *Mahkamah Shari’ah* as mentioned in the clause (1) is based on Islamic Shari’ah in the National Legal Systems that is further regulated by *Qanun* in the Province of Nanggroe Aceh Darussalam.

- c. Chapter XII and XIII, Act No. 11 2006 regulate the implementation of Islamic Shari’ah in Nanggroe Aceh Darussalam (NAD) and the existence of *Mahkamah Syari’ah* that constitutes a special legal institution in NAD.

Based on the above legal provisions, it can be inferred that the existence of *Perda Shari’ah* in NAD has already had clear juridical foundations because the above Acts have given authorities to NAD to create its own *Perda* called *Qanun* of the Province of Nanggroe Aceh Darussalam. The objections by some parties towards term *Qanun* (the same level as *Perda*) used in NAD judicially can be explained by referring the provision in Article 7 point 4 Act No. 10, 2004 about the Formulation of Legal Act which states that:

“The types of legal acts other than mentioned in the clause (1) are admitted their existence have legal power to be imposed as long as authorized by higher level legal acts”.

Based on the above legal bases, in terms of state administration laws in general and law sciences in specific, the implementation of shari’ah in NAD has very strong judicial foundations.

D. ALTERNATIVE SOLUTIONS TO THE IMPLEMENTATION OF ISLAMIC SHARI’AH IN INDONESIAN LEGAL SYSTEM

Alija Izetbegovic, a legal scholar who had ever been a president of Bosnia Herzegovina, in his book “*Building a Midway*” argues that laws are mature cultural phenomena. Ideal laws are laws that are in accordance with the socio-political and religious aspirations of the societies. In regard with this theory, the emergence of *Perda Shari’ah* in NAD is natural, not fabricated, because the *Perda* are religious and socio-political aspirations of the societies in NAD that have been approved by The House of Representatives and President through the existing Acts. This proves that the formulation of those *Perda* has gone through legislation processes valid in NAD.

Empirically, the implementation of *Perda Shari'ah* has endowed with positive contributions in the lives of the societies in NAD. Mustafa mentions that by the implementation of *Perda Shari'ah* in Bireun, the violence towards the Islamic shari'ah reduces up to 50%. Bulukumba, a District in South Sulawesi, can also be an example in the success of *Perda Shari'ah* in reducing the criminality numbers. The ex-regent of Bulukumba states that after the enforcement of *Perda Shari'ah* in 2001 the criminality number declined drastically (85%) because there was no store selling drug and liquor and there was no more student fights. He adds that after imposing *Perda Shari'ah*, the rate of murder and rape declined drastically as well. Because of that, according to him, non-muslim groups also support the implementation of those *Perda*. Similarly, it had happened in Kelantan State, Malaysia. Groups of Non-Muslim Chinese visited the parliament of Kelantan State delivering petition to support *Hudud* in Kelantan. This was based on their experiences that under the existing laws they felt unsecured with regard to their properties. They believed that *Hudud* would be able to make them secure in their businesses and their belongings.

The implementation of Islamic laws through *territorial approach* as what happens in Kelantan and at present in Aceh, Indonesia is a formula that has ever been proposed by Prof. Dr. Mohammad Daud Bakar in a lecture at Ahmad Ibrahim Kulliyah of Laws, International Islamic University Malaysia. He states that the implementation of Islamic laws in non-Islamic state can be conducted through territorial approach, especially dealing with public laws like criminal law, as in respect to the private laws area there seems no significant resistance. This thing may bridge the trap of Islamic State or secular state discourse.

CONCLUSION

The implementation of Shari'ah in NAD if seen from constitutional perspective and positive law principles is not in contradiction to the existing laws. In the constitutional legitimacy, the implementation of Islamic Shari'ah in NAD can be firmly stated in the Article 18B that is follow up by a series of organic legal acts that legalize the implementation of *Shari'ah* in NAD, among others: Act No. 44, 1999; Act No. 18, 1999; and Act No. 11, 2006. Meanwhile, in light of the theoretical perspectives, referring to *receptie a contrario* and *existence* theories, the existence of shari'ah that has become an integral part of the social lives in NAD meaning that has become *primary rules of obligation* where the societies in NAD have been very much influenced and controlled by Shari'ah for a long period of time, is ancestry traditions and derives for Islamic teaching and also has law consequences, it is very important then to fulfill the constitutional rights aspirations of the societies in NAD to unearth shari'ah in NAD through the state authority (*secondary rules*).

National and Local Legislation Programs should be able to synergize in order not to generate law problems in formulating law products in national level by creating law

products in local level first, for instance, the tolerance in the implementation of personification principle in the local legal acts. In this matter, it is necessary to make technical policies in formulating law products whether they are in central or local level, so that the law harmonization can be brought into realization well.

REFERENCES

- Arifin, Bustanul, 1996, *Pelebagaan Hukum Indonesia-Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Jakarta, Gema Insani Press.
- Asshiddiqie, Jimly, 2004, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta, Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI.
- Attamimi, Hamid S., 1990, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Disertasi, Program Pascasarjana Jakarta, Universitas Indonesia.
- Azhary, Muhammad Tahir, 2003, *Negara Hukum - suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilibat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Madinah dan Masa Kini*, Jakarta, Penerbit Prenada Media.
- Doi, Abdur Rahman I., 1998, *Shari'ah: The Islamic Law*, Kuala Lumpur, Penerbit A.S. Noordeen.
- Dutton, Yasin, 2003, *Asal Mula Hukum Islam – Al-Qur'an, Muwatta' dan Praktik Madinah*, London, Curzon Press.
- Jazuni, 2005, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia*, Bandung, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti.
- Ka'bah, Rifyal, 1999, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta, Penerbit Universitas Yarsi.
- Kamali, Mohammad Hashim, 2000, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Kuala Lumpur, Second Revised Edition, Ilmiah Publishers.
- Munir, Ernawati, 2000, *Eksistensi Undang-Undang Dasar dan Ketetapan MPR dalam Sistem Perundang-undangan dan dalam Mekanisme Ketatanegaraan Indonesia 1960-2000*, Disertasi, Program Pascasarjana, Jakarta, Universitas Indonesia.
- Praja, Juhaya S., tt., Bandung, *Filsafat Hukum Islam*, LPPM UNISBA.
- Qardhawi, Yusuf, 1995, *Karakteristik Islam-Kajian Analitik*, Surabaya, Penerbit Risalah Gusti.
- Qardhawi, Yusuf, 1995, *Fatwa-fatwa Kontemporer*, Jakarta, Jilid 2, Gema Insani Press.
- Raharjo, Satjipto, tt., *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas.
- Suherman, Ade Maman, 2004, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.

Suryanegara, Ahmad Mansur, 1996, *Meneruskan Sejarah – Wacana Pergerakan Islam di Indonesia*, Jakarta, Mizan.

Wahid, Marzuki dan Rumadi, 2001, *Fiqh Madzhab Negara*, Jakarta, Lkis.

ARTICLES, WEBSITES, MASS MEDIA, JOURNALS

Armas, Adnin, “Membedah Sekulerisme”, Makalah diskusi di forum diskusi teman-teman INSIST di ISTAC, IIU Malaysia.

Asshiddiqie, Jimly, 2006, “Islam dan Pembangunan Hukum Nasional”, Makalah pada Ceramah Buka Puasa dan Tarawih, Surabaya, Oktober.

Husaini, Adian, “Mempersoalkan Perda Syari’at”, <http://hidayatullah.com/mambots/editors/index.php>.

Indrayana, Denny, “Syari’at Islam No, Syari’at Islam Yes”, Majalah Gatra, 29 Juni 2006.

Lukito, Ratno, “Syari’at Islam dalam Ruang Polisentrisitas Hukum”, <http://syari'at.islam.Aceh/syari'at/Syar29.htm>.

M.A., Zaki Badawi, 2000, Harmonisation of The Syari’ah and Civil Law, *IIUM Law Journal*, Volume 8 Nomor 1.

Republika, Rabu, 14 Juni 2006.

S.A., Ichtijanto, 1985, *Pengadilan Agama sebagai Wadah Perjuangan Mengisi Kemerdekaan Bangsa*, Jakarta, dalam kenang-kenangan Seabad Peradilan Agama, Dirbinbapera Departemen Agama RI.

REGULATIONS

R.I., Undang-Undang Dasar 1945.

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor IV/MPR/1999 tentang Garis-garis Besar Haluan Negara.

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor IV/MPR/2000 tentang Rekomendasi Kebijakan Penyelenggaraan Otonomi Daerah.

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VIII/MPR/2000 tentang Laporan Tahunan Lembaga-lembaga Tinggi Negara pada Siang Tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Tahun 2000.

R.I., Undang-Undang Nomor 24 Tahun 1956 tentang Pembentukan Propinsi Atjeh dan Perubahan Peraturan Propinsi Sumatera Utara.

R.I., Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

R.I., Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

R.I., Undang-Undang Nomor 33 Tahun 2004 tentang Perimbangan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Daerah.

R.I., Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh.

R.I., Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam.

R.I., Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

R.I., Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.

PERLINDUNGAN HAKIM TERHADAP HAK-HAK ISTERI DALAM HAL SUAMI BERPOLIGAMI DI KOTA YOGYAKARTA

PRIHATI YUNIARLIN

Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta 55183, Indonesia.

ABSTRACT

The research was aimed at identifying the protection for wives' rights provided by judges in granting the permit for husbands' polygamy and the effort done by wives in terms of unfulfilling their rights by husbands committing polygamy. This research was a normative law research which studied the law materials using the library research. The authoritative law sources were Koran and Hadits. The main resources were judges of religious courts. The results showed that: (1) the efforts attempted by the judges to protect the wives' rights in terms of husbands wanting to do polygamy, that is: (a) the judges invited the wives or future wives to be asked about the statement on the willingness to become first and second wives and asked to give description about the risks of having husbands doing polygamy. Then, the statements were done in the written form; (b) the judges asked the wives' brothers and sisters to be present in courts to provide a statement saying that the wives are suffered from mental disorders and unable to be present in the courts; (c) judges asked the husbands to provide written statements stating that they are willing to behave fairly and able to provide guarantee for the wives and children's daily life needs. (2) wives' efforts to defend their rights which are not fulfilled by their husbands doing polygamy were wives putting forward the sue for their rights to the religious courts for Muslims, and to the State Courts for non-Muslims.

Key words: Wives' Rights, Protection, Judges

I. PENDAHULUAN

Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya ditulis UUP) menentukan bahwa pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri, seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami. Asas tersebut dinamakan asas monogami. Hal tersebut ditegaskan lagi dalam Penjelasan Umum UUP yang menyatakan bahwa "Undang-Undang ini menganut asas monogami. Hanya apabila dikehendaki oleh yang bersangkutan, karena hukum dan agama dari yang bersangkutan mengijinkannya, seorang suami dapat beristeri lebih dari seorang". Adapun maksud anjuran monogami ini adalah untuk menghindarkan seseorang berbuat sewenang-wenang dan membuat orang lain sengsara apabila seorang laki-

laki beristeri lebih dari seorang (Basyir, 1977: 12). Dengan demikian UUP menganut asas monogami tidak mutlak artinya asas ini masih dapat disimpangi. Hal ini ditentukan dalam Pasal 3 ayat (2) UUP yang menentukan “Pengadilan dapat memberi ijin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan”.

Namun demikian, pada umumnya seorang isteri dimanapun tidak menghendaki suaminya beristeri lagi. Seorang isteri tetap menginginkan segenap kasih sayang suami untuk dirinya beserta anak-anaknya. Banyak kekhawatiran dalam benak seorang isteri apabila suaminya akan menikah lagi, misalnya; suami tidak akan dapat berlaku adil, suami lebih mencintai isteri muda, dan pemberian nafkah dari suami akan menjadi berkurang.

Hasrat untuk melangsungkan perkawinan telah diberikan oleh Allah SWT kepada manusia untuk melangsungkan kehidupan manusia di dunia. Pada umumnya secara naluriah setiap laki-laki menginginkan isteri lebih dari satu. Hal ini terjadi apabila setelah perkawinan berlangsung beberapa tahun kemudian kedudukan ekonomi keluarga menunjukkan peningkatan yang diperoleh dari penghasilan suami. Dengan harta yang berlebih kadang-kadang suami tergoda untuk berpoligami. Selain itu keinginan berpoligami dari pihak suami juga dapat dipicu dari pihak isteri. Isteri yang terlalu sibuk mengurus keluarga, ataupun sibuk bekerja di luar rumah sehingga kurang memberikan perhatian terhadap suaminya.

Yusuf Qardhawi (2007: 68) membantah pernyataan yang dinyatakan oleh banyak orang yang mengatakan bahwa Islam yang pertama kali mengijinkan poligami. Sayyid Sabiq (2006: 9) menuliskan bahwa sebenarnya poligami sudah meluas dipraktikkan oleh banyak bangsa sebelum kedatangan Islam, yaitu Bangsa Ibrani, Arab Jahiliyah dan Cisilia, bangsa-bangsa inilah yang kemudian melahirkan sebagian besar penduduk yang menghuni Negara Rusia, Lithuania, Estonia, Polandia, Cekoslowakia dan Yugoslavia.

Praktek poligami pada jaman tersebut memang tidak tepat dalam pandangan syariat Islam (Naqiyya, 2005: 6). Poligami dalam Islam diperbolehkan dengan tujuan kemashlahatan. Ketentuan poligami terdapat dalam firman Allah dalam Surat An-Nisaa ayat 3:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ
مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ
مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾

Artinya: “Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yang yatim (bilamana kamu mengawininya), Maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi: dua, tiga atau empat.

Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya.”

Ayat ini diturunkan kepada Nabi Muhammad SAW pada tahun kedelapan Hijriyah, ayat ini diturunkan untuk membatasi jumlah isteri pada batas maksimal empat orang saja, sebelum ayat ini diturunkan, jumlah isteri bagi seorang pria tidak ada batasannya (an-Nabhani, 2007: 212). Jadi ketentuan poligami dalam Islam memperbaiki praktek poligami yang sudah ada sebelumnya.

Sampai saat ini poligami masih menjadi kontroversi. Ada yang berpandangan bahwa poligami pada saat sekarang akan mendatangkan *mudharat*, poligami dapat menjadi sumber konflik dalam keluarga, karena isteri pertama yang merasa rendah diri, cemburu, mudah tersinggung, sehingga dapat mengganggu ketenangan keluarga yang dapat membahayakan keutuhan keluarga (Ghazaly, 2006: 131). Di samping itu, ada pandangan lain bahwa lebih baik berpoligami daripada terjerumus dalam perselingkuhan dengan melakukan perbuatan zina. Pandangan ini didasarkan pemahaman bahwa secara *fitriah*, umumnya kebutuhan *sexual/biologis* pria memang lebih tinggi dari wanita, dan secara *faal* kemampuan *sexual* pria lebih besar daripada wanita (Naqiyya, 2005: 5).

Islam memperbolehkan poligami dengan syarat-syarat tertentu seperti yang termaktub di dalam Surat An Nisaa ayat 3 dan ayat 129. Dalam hukum Indonesia, suami yang hendak berpoligami harus memenuhi syarat yang ditentukan dalam Pasal 4 ayat (2) UUP jo. Pasal 57 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang bersifat alternatif yaitu:

1. Isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri;
2. Isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan; dan
3. Isteri tidak dapat melahirkan keturunan.

Seorang isteri yang sudah memenuhi salah satu dari alasan alternatif di atas, sudah dapat dijadikan alasan oleh suami untuk berpoligami. Namun dalam praktek seorang isteri yang tunduk patuh menjalankan kewajiban terhadap suami, dalam keadaan sehat lahir batin dan juga dapat melahirkan keturunan ada juga yang dipoligami oleh suaminya. Beberapa contohnya adalah perkawinan poligami yang dilakukan oleh K.H. Abdullah Gymnastiar dan K.H. Puspowardoyo (seorang pengusaha rumah makan ‘Wong Solo’).

Selain syarat-syarat tersebut di atas, untuk berpoligami menurut Pasal 5 ayat (1) UUP jo. Pasal 58 ayat (1) KHI adalah suami harus meminta persetujuan isteri terlebih dahulu, dan suami mampu menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka serta adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak mereka.

Berdasarkan Pasal 4 ayat (2) jo. Pasal 5 ayat (1) UUP jo. Pasal 58 ayat (1) KHI dapat diketahui hak-hak yang seharusnya diperoleh isteri yang suaminya poligami adalah

mendapatkan jaminan keperluan hidup dan diperlakukan adil dengan isteri yang baru dari suaminya. Adil dapat ditafsirkan bahwa suami harus memberikan kesamaan, tidak membeda-bedakan perlakuan terhadap isteri-isteri dalam hal pemberian nafkah, tempat tinggal, giliran berada di tempat isterinya masing-masing, perlindungan yang sama, yang semuanya merupakan kewajiban suami kepada keluarganya. Tafsir Surat An Nisaa ayat 3, berlaku adil ialah perlakuan yang adil dalam meladeni isteri seperti pakaian, tempat, giliran dan lain-lain yang bersifat lahiriyah (Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Pentafsir Al-Qur'an, 1993: 115). Berlaku adil dalam bermuamalah dengan istri-istrinya, yaitu dengan memberikan kepada masing-masing isteri hak-haknya. Adil disini lawan dari curang, yaitu memberikan kepada seseorang kekurangan hak yang dipunyainya dan mengambil dari yang lain kelebihan hak yang dimilikinya. Jadi, adil dapat diartikan persamaan. Berdasarkan hal ini, maka adil antar para isteri adalah menyamakan hak yang ada pada para isteri dalam perkara-perkara yang memungkinkan untuk disamakan di dalamnya. Adil adalah memberikan sesuatu kepada seseorang sesuai dengan haknya (www.perpustakaan-islam.com/mod.php?mod=publisher&op=viewarticle&artid=113-25k -).

Syarat adil ini merupakan syarat yang tidak mudah untuk dipenuhi, jadi jika tidak dapat berlaku adil, maka seharusnya cukup satu isteri saja. Hal ini sesuai dengan ketentuan Surat An Nisaa ayat 3 dan Surat An Nisaa ayat 129 sebagai berikut:

Surat An Nisaa ayat 3:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ
مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثَلَاثَ وَرُبْعَ ۗ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ
مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ ۗ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾

Artinya: "Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yang yatim (bilamana kamu mengawininya), maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi: dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. Yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya."

Surat An Nisaa ayat 129:

وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ
الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا
رَّحِيمًا ﴿١٢٩﴾

Artinya: “Dan kamu sekali-kali tidak akan dapat berlaku adil di antara isteri-isteri(mu), walaupun kamu sangat ingin berbuat demikian, karena itu janganlah kamu terlalu cenderung (kepada yang kamu cintai), sehingga kamu biarkan yang lain terkatung-katung. Dan jika kamu mengadakan perbaikan dan memelihara diri (dari kecurangan), maka sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.”

Berdasarkan uraian yang telah disebutkan di atas, maka perumusan masalahnya adalah:

1. Bagaimanakah perlindungan hak-hak isteri yang diberikan oleh hakim dalam mengabulkan ijin poligami suami?
2. Upaya apakah yang dapat dilakukan oleh isteri dalam hal tidak dipenuhi hak-haknya oleh suami yang berpoligami?

II. METODE PENELITIAN

A. TIPE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan pendekatan konseptual yaitu mencari asas-asas, norma-norma, peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, doktrin-doktrin dan sumber hukum dalam arti filosofis, sosiologis dan yuridis (Marzuki, 2005: 137-139), yang terkait dengan permasalahan poligami.

B. BAHAN PENELITIAN

Dalam rangka mendapatkan bahan penelitian tersebut, maka penelitian ini akan dilakukan dengan studi pustaka yang mengkaji bahan hukum, yang diambil dari bahan kepustakaan yang berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, bahan hukum tersier dan bahan non hukum (Marzuki, 2005: 137-139).

1. Bahan hukum primer, merupakan bahan pustaka yang berisikan sumber-sumber otoritatif dan peraturan perundangan yang terkait dengan obyek penelitian. Sumber hukum otoritatif terdiri atas: Al Qur'an dan Hadits yang terkait dengan obyek penelitian. Selanjutnya peraturan perundangannya dan yurisprudensinya meliputi:
 - a. UU Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama;
 - b. UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan;
 - c. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan;
 - d. Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil;
 - e. Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Pemasarakatan Kompilasi Hukum Islam;
 - f. Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta Nomor 116/ Pdt.G/2006/PA.Yk;

- g. Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta Nomor 342/Pdt.G/2006/PA.Yk.
2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat kaitannya dengan bahan hukum primer, dan dapat membantu untuk proses analisis, yaitu buku-buku, hasil penelitian, jurnal, makalah-makalah, dan pendapat pakar (narasumber) yang berkaitan dengan obyek penelitian.
3. Bahan hukum tersier, yaitu kamus istilah hukum dan kamus bahasa Arab.
4. Bahan non-hukum, misalnya buku-buku, hasil-hasil penelitian dan jurnal yang berkaitan dengan pelaksanaan poligami.

C. TEMPAT PENGAMBILAN BAHAN

Bahan hukum primer, sekunder dan tersier dalam penelitian ini akan diambil di berbagai perpustakaan baik lokal maupun nasional dan situs-situs internet.

D. NARASUMBER,

Terdiri atas Pakar Hukum Islam dan hakim Pengadilan Agama yang pernah menangani perkara poligami.

E. ALAT DAN CARA PENGAMBILAN BAHAN

1. Bahan hukum primer dan sekunder diperoleh melalui studi kepustakaan dengan cara menghimpun sumber hukum otoritatif dalam hal ini Al Qur'an dan Hadist, semua peraturan perundangan dan putusan hakim, buku-buku, hasil-hasil penelitian serta jurnal ilmiah yang berkaitan dengan permasalahan. Selanjutnya dari sumber otoritatif dan peraturan perundangan akan diambil pengertian pokok atau kaidah hukumnya dari masing-masing isi pasalnya dan nash yang terkait dengan permasalahan. Sementara untuk buku, hasil penelitian, makalah dan jurnal ilmiah akan diambil teori, maupun pernyataan yang terkait, dan akhirnya semua bahan tersebut di atas akan disusun secara sistematis agar memudahkan proses analisis.
2. Bahan hukum sekunder yang merupakan pendapat dari pakar terkait dan hakim Pengadilan Agama, cara pengambilannya dengan menggunakan metode wawancara secara tertulis.
3. Bahan non-hukum yang berupa buku-buku, hasil-hasil penelitian dan jurnal yang berkaitan dengan pelaksanaan poligami yang diperoleh melalui studi kepustakaan untuk dipahami dan selanjutnya digunakan sebagai pelengkap bagi bahan hukum lainnya.

F. TEKNIK ANALISIS DATA

Bahan hukum dan bahan non-hukum yang diperoleh dalam penelitian ini akan dianalisis secara deskriptif kualitatif yaitu dengan memaparkan secara lengkap hasil kajian

terhadap putusan hakim yang mengabulkan permohonan untuk berpoligami, dengan mendasarkan pada Al Qur'an dan hadits, peraturan perundang-undangan, asas-asas dan norma dan upaya isteri mempertahankan hak-haknya dari suami yang berpoligami.

IV. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. PERLINDUNGAN HAK-HAK ISTERI OLEH HAKIM DALAM MENGABULKAN IJIN POLIGAMI SUAMI

Poligami terdiri dari kata '*poli*' dan '*gami*', secara etimologi '*poli*' artinya banyak, '*gami*' artinya isteri, jadi poligami artinya beristeri banyak. Secara terminologi poligami yaitu seorang laki-laki beristeri lebih dari satu isteri (Daradjat dalam Ghazaly, 2006: 129). Pengertian poligami menurut Soemiyati (1986: 74) adalah perkawinan antara seorang laki-laki dengan lebih dari seorang wanita dalam waktu yang sama.

Menurut hukum Islam perkawinan poligami ini diperbolehkan. Hal ini sesuai dengan Surat An Nisaa ayat 3 dan ayat 129. Pembolehan berpoligami ini merupakan suatu pengecualian dengan adanya pembatasan-pembatasan yang berat, berupa syarat-syarat dan tujuan yang mendesak. Menurut Soemiyati (1986: 75-76) pembatasan-pembatasan itu adalah:

1. Jumlah wanita yang boleh dikawini tidak boleh lebih dari empat orang, seperti yang tersebut di dalam Surat An Nisaa ayat 3;
2. Suami akan sanggup berlaku adil terhadap semua isteri-isterinya;
3. Wanita yang akan dikawini lagi seyogyanya adalah wanita yang mempunyai anak yatim, dengan maksud anak yatim itu berada di bawah pengawasan laki-laki yang akan berpoligami tersebut dan supaya ia dapat berlaku adil terhadap anak yatim dan harta anak yatim. Hal ini bisa dilihat dalam Surat An Nisaa ayat 3, dan dihubungkan dengan Surat An Nisaa ayat 129;
4. Wanita-wanita yang hendak dikawini itu tidak boleh ada hubungan saudara, baik sedarah ataupun sesusuan. Hal ini sesuai dengan Surat An Nisaa ayat 23.

Di Indonesia ketentuan tentang kebolehan seorang suami berpoligami diatur dalam Pasal 3 ayat (2) sampai dengan Pasal 5 UUP. Pengaturannya lebih lanjut terdapat dalam Bab VIII Pasal 40 sampai dengan Pasal 44 dan Pasal 45 Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Poligami bagi orang yang beragama Islam lebih lanjut diatur dalam Bab IX Pasal 55 sampai dengan Pasal 59 Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 mengenai KHI (selanjutnya ditulis KHI). Poligami bagi Pegawai Negeri Sipil diatur lebih lanjut di dalam Pasal 4, 5, 9,10 dan Pasal 12 Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 tentang Ijin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil.

Semua ketentuan yang mengatur tentang poligami tersebut bertujuan untuk melindungi hak-hak isteri yang suaminya akan melakukan poligami. Namun demikian hakim pada

saat melakukan pemeriksaan penetapan ijin poligami, juga melakukan beberapa upaya yang bertujuan untuk memberi perlindungan hak-hak isteri yang suaminya akan berpoligami, sehingga nantinya isteri-isteri dan anak-anak yang ayahnya berpoligami tidak terlantar dan tetap diperlakukan secara adil.

Hakim dalam melindungi hak-hak isteri yang suaminya akan berpoligami dapat dilihat dari Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta Nomor 116/ Pdt.G/2006/PA.Yk. dan Putusan Nomor 342/Pdt.G/2006/PA.Yk. Kedua putusan Pengadilan Agama tersebut, merupakan putusan yang mengabulkan permohonan Pemohon untuk melakukan poligami, karena alasan yang berbeda.

Dalam Putusan Nomor 116/Pdt.G/2006/PA.Yk, Pemohon adalah Sagi Bin Karyo, umur, 57 tahun, agama Islam, Pekerjaan Swasta, sedangkan Termohon adalah Imah Binti Darmo, umur 57 tahun, agama Islam, pekerjaan ibu rumah tangga. Pemohon dan Termohon telah melangsungkan perkawinan sejak tanggal 5 Januari 1975 dan telah dikaruniai 3 (tiga) orang anak, yaitu: Trisno, lahir 31 Oktober 1975; Sumaryadi, lahir tanggal 10 Agustus 1977 dan Tri, lahir 27 Februari 1990. Pemohon mengajukan permohonan ijin poligami, dengan seorang wanita bernama Tini Binti Tawiro (alm), umur 37 tahun, agama Islam, pekerjaan buruh.

Hakim dalam mengabulkan ijin poligami telah melakukan upaya untuk melindungi hak kepada Termohon (isteri yang akan dimadu). Hal ini dapat diketahui dari pertimbangan hakim ketika mengabulkan permohonan suami untuk berpoligami. Untuk menetapkan bahwa suami diijinkan poligami, terlebih dahulu hakim telah berusaha menasihati dan memberi pandangan pada Pemohon tentang risiko berpoligami, tetapi Pemohon tetap pada pendiriannya. Dalam pemeriksaan di pengadilan terbukti bahwa Termohon telah memberikan ijin suami untuk berpoligami yang dibuat secara tertulis dengan alasan Termohon tidak mau lagi melayani hubungan suami isteri karena sudah tua dan ada pemeriksaan klinik dimana Termohon tidak boleh berhubungan intim lagi. Meskipun dalam persidangan Termohon tidak pernah hadir sehingga majelis hakim tidak dapat mendengarkan pernyataan Termohon secara langsung, namun surat pernyataan tersebut dipandang oleh majelis hakim telah cukup.

Dalam mengabulkan permohonan ijin poligami, hakim berpedoman pada syarat yang harus dipenuhi Pemohon, baik syarat alternatif maupun syarat kumulatif sebagaimana yang ditentukan pada Pasal 4 dan Pasal 5 UUP jo. Pasal 41 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, jo. Pasal 57-Pasal 58 KHI. Dalam persidangan terbukti bahwa Pasal 3 ayat (2) UUP Jo. Pasal 40 PP Nomor 9 Tahun 1975 dan Pasal 56 KHI telah dipenuhi oleh Pemohon berdasarkan bukti-bukti foto copy akta nikah dan sebagainya, sedangkan syarat alternatif sebagaimana yang diatur dalam Pasal 4 ayat (2) UUP jo. Pasal 41 huruf a PP Nomor 9 Tahun 1975 dan Pasal 57 KHI juga telah dipenuhi yaitu istri (Termohon)

tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri (yang merupakan satu dari tiga syarat alternatif yang harus dipenuhi sebagai alasan berpoligami). Bukti dan saksi-saksi dalam persidangan telah membuktikan hal tersebut. Syarat kumulatif yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UUP jo. Pasal 41 huruf b, c dan d PP Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 58 KHI ada 3 (tiga) syarat yaitu:

1. Adanya persetujuan dari isteri/isteri-isteri;
2. Adanya kepastian suami mampu menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak;
3. Adanya jaminan suami akan berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak.

Tiga syarat tersebut semuanya telah dipenuhi oleh Pemohon, yaitu syarat pertama adanya persetujuan isteri (Termohon) meskipun hakim tidak dapat mendengar persetujuan Termohon secara langsung karena Termohon tidak pernah hadir dalam persidangan dan tidak mewakilkan kepada orang lain serta tidak ada alasan yang jelas. Syarat kedua dipenuhi Pemohon dengan menyerahkan surat keterangan penghasilan perbulan yang membuktikan bahwa Pemohon mampu menjamin keperluan isteri-isteri dan anak-anaknya, sedangkan syarat yang ketiga juga sudah dipenuhi Pemohon dengan dibuatnya surat pernyataan berlaku adil yang ditandatangani oleh Pemohon.

Selain pertimbangan tersebut di atas, hakim juga mengemukakan dalil dari Al-Qur'an Surat An Nisaa ayat 3:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ
مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ
مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾

Artinya: "Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yang yatim (bilamana kamu mengawininya), maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi: dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, maka (kawinilah) seorang saja atau budak-budak yang kamu miliki. Demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya.

Pemohon sebagai suami yang akan berpoligami telah menyatakan akan berlaku adil baik kepada isteri-isterinya maupun pada anak-anaknya, hal ini dibuktikan dengan pernyataan tertulis, dan pernyataan lisan yang diucapkan di muka persidangan.

Dalam Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta No. 342/Pdt.G/2006/PA.Yk. Pemohonnya adalah XR Bin Str, umur 43 tahun, agama Islam, pendidikan SMA, pekerjaan buruh, tempat kediaman di Jgkryn, Kec. Mantrijeron Kota Yogyakarta dan Termohon adalah Y.Z. Binti Atmojo. Umur 42 tahun, agama Islam, Pendidikan SMA, pekerjaan, tempat kediaman di Jgkryn Kec. Mantrijeron Kota Yogyakarta. Pemohon dan Termohon

telah melangsungkan perkawinan sejak tanggal 09 April 1988, yang dicatat oleh Pegawai Kantor Catatan Sipil Kota Yogyakarta (Kutipan Akta Nikah Nomor 204/K/1988, tanggal 09 Mei 1988).

Selama dalam pernikahan tersebut Pemohon dan Termohon telah dikaruniai 4 (empat) orang anak masing-masing bernama Yohana A.I., lahir tanggal 22 September tahun 1988, C.I. Ariani, lahir tanggal 19 Oktober tahun 1990, A.S. Yani, lahir tanggal 19 Mei tahun 1995 dan A. Lelia K., lahir tanggal 24 April 1996.

Pemohon hendak menikah lagi dengan seorang perempuan bernama Sri Binti Jakir, umur 28 tahun, agama Islam, Pendidikan SD, pekerjaan Buruh, tempat tinggal Dusun Dkr/ Dk Glh, Kabupaten Bantul.

Pemohon mempunyai keinginan menikah lagi, sebab isteri Pemohon menderita depresi dan Pemohon merasa mampu memenuhi kebutuhan hidup isteri-isteri Pemohon beserta anak-anaknya, karena Pemohon bekerja sebagai Buruh dan mempunyai penghasilan Rp. 500.000/bulan serta Pemohon sanggup berlaku adil terhadap isteri-isteri Pemohon. Termohon sebagai isteri yang akan dimadu sudah menyatakan rela dan tidak keberatan apabila Pemohon menikah lagi dengan calon isteri kedua Pemohon. Calon isteri kedua Pemohon menyatakan tidak akan mengganggu harta benda yang ada selama ini, melainkan tetap utuh sebagai harta bersama antara Pemohon dan Termohon.

Orang tua dan para keluarga Termohon dan calon isteri kedua Pemohon menyatakan rela atau tidak keberatan apabila Pemohon menikah dengan calon isteri kedua Pemohon. Pemohon dengan calon isteri kedua Pemohon tidak ada larangan melakukan perkawinan, baik menurut syariat Islam maupun peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Berdasarkan keadaan tersebut di atas, Pemohon mengajukan permohonan kepada Ketua Pengadilan Agama Yogyakarta yang memeriksa dan mengadili perkaranya untuk memberi ijin kepada Pemohon menikah lagi (poligami) dengan calon isteri kedua Pemohon.

Hakim dalam menjatuhkan putusan yang mengabulkan permohonan Pemohon untuk berpoligami telah berupaya memberi perlindungan hak-hak isteri Pemohon, hal itu dapat diketahui dari pertimbangan hakim ketika menjatuhkan putusan yang memberi ijin suami untuk berpoligami. Untuk mengabulkan permohonan suami berpoligami, terlebih dahulu hakim mempertimbangkan beberapa hal antara lain: hakim telah berusaha menasehati Pemohon agar mengurungkan niatnya untuk berpoligami dan terus berusaha mengobati Termohon agar sembuh, selain itu untuk melindungi kepentingan Termohon dan menjamin ketertiban maka untuk mendapat ijin beristeri lebih dari seorang harus dipenuhi ketentuan-ketentuan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 3, 4 dan 5 UUP jo. Pasal 41 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 55-59 KHI, yang menentukan syarat-syarat seorang suami yang akan berpoligami harus dipenuhi syarat-syarat, yaitu:

1. Bahwa hal tersebut telah dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan, yaitu

- Pemohon, Termohon dan calon isteri kedua Pemohon;
2. Bahwa suami harus mampu berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anaknya;
 3. Bahwa telah mendapat persetujuan dari isteri (Termohon);
 4. Bahwa Pemohon mempunyai alasan yang cukup untuk itu;
 5. Bahwa Pemohon mampu untuk menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anaknya dikemudian hari.

Berkaitan dengan syarat-syarat tersebut di atas, dalam kasus ini semua syarat telah terpenuhi, syarat alternatif sebagaimana yang diatur dalam Pasal 4 ayat (2) UUP jo. Pasal 41 huruf a PP Nomor 9 Tahun 1975 dan Pasal 57 KHI juga telah dipenuhi yaitu isteri (Termohon) terbukti menderita depresi (penyakit jiwa) yang sulit untuk disembuhkan, dan karena penyakit yang dideritanya mengakibatkan Termohon tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri, sehingga antara Pemohon dan Termohon telah lebih dari 10 tahun tidak pernah berhubungan suami isteri. Keadaan Termohon dalam keadaan depresi tidak dapat dibuktikan dengan surat keterangan dokter jiwa, namun dari keterangan adik kandung Termohon yang sengaja dihadirkan untuk dimintai keterangan dan berdasarkan saksi-saksi, terbukti bahwa Termohon dalam keadaan depresi.

Syarat kumulatif yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UUP jo. Pasal 41 huruf b, c dan d PP Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 58 KHI juga telah terpenuhi, yaitu para pihak-pihak yang bersangkutan menghendaki adanya poligami, ini terbukti dalam pemeriksaan adanya persetujuan baik dari Termohon maupun dari calon isteri kedua Pemohon. Bahkan dalam pertimbangan hakim terlihat bahwa hakim telah memanggil Termohon untuk dimintai keterangan dan kerelaannya untuk dimadu, meskipun Termohon telah memberikan pernyataan tertulis tentang kerelaannya suami berpoligami. Tetapi selama persidangan Termohon tidak datang menghadap karena penyakitnya, namun demikian hakim tetap berupaya memberi perlindungan dengan jalan menetapkan adik kandung Termohon bernama Y. Astuti Binti Admojo untuk mewakili Termohon menghadap persidangan. Pernyataan kerelaan untuk dimadu telah diberikan oleh Termohon secara tertulis yang dibuat pada waktu Termohon tidak depresi (tidak terganggu jiwanya), hal tersebut dituangkan dalam surat pernyataan tidak keberatan untuk dimadu tanggal 21-11-2006. Sebenarnya dalam kasus ini pernyataan kerelaan isteri (Termohon) tidak harus ada, apalagi kehadirannya di muka persidangan guna didengarkan pernyataannya secara langsung. Hal ini sesuai dengan Pasal 5 ayat (2) UUP yang menyebutkan bahwa, persetujuan si isteri tidak diperlukan bagi seorang suami apabila isteri/isteri-isterinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian. Tetapi dalam Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta No. 342/Pdt.G/2006/PA, demi melindungi hak isteri, hakim memanggil adik kandung Termohon guna mewakilinya. Sedang syarat kumulatif yang kedua yaitu kepastian suami mampu menjamin keperluan isteri-isteri dan

anak-anaknya juga sudah dipenuhi dengan dibuatnya surat pernyataan yang ditandatangani Pemohon, yang menyatakan bahwa sebagai suami/kepala keluarga Pemohon mampu menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anaknya nanti dengan penghasilan Pemohon sebagai buruh (usaha kerajinan) minimal Rp. 500.000,-. Syarat kumulatif yang selanjutnya yaitu jaminan bahwa suami sanggup berlaku adil juga telah terpenuhi. Hal ini terbukti di persidangan bahwa Pemohon menyatakan sanggup berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anaknya, dan hal tersebut dikuatkan dengan surat pernyataan berlaku adil.

B. UPAYA-UPAYA ISTERI DALAM HAL TIDAK DIPENUHI HAK-HAKNYA OLEH SUAMI YANG BERPOLIGAMI

Perkawinan merupakan suatu perjanjian antara mempelai laki-laki dan wanita yang dilakukan oleh walinya sebagai pasangan suami isteri, sehingga timbul hak dan kewajiban masing-masing pihak secara timbal balik. Hak ialah suatu yang merupakan milik atau dapat dimiliki oleh suami atau isteri yang diperolehnya dari hasil perkawinan. Kewajiban adalah hal-hal yang wajib dilakukan atau diadakan oleh salah seorang dari suami-isteri untuk memenuhi hak dari pihak lain (Soemiyati, 1986: 87).

Hak-hak isteri menurut hukum Islam terdiri atas hak isteri yang bersifat kebendaan dan hak isteri yang bersifat non-kebendaan (Soemiyati, 1986: 89). Hak isteri yang bersifat kebendaan maksudnya adalah hak-hak isteri yang harus ditunaikan oleh suami yang dapat dinilai dengan uang. Hak-hak tersebut adalah:

1. Mahar (Q.S. An Nisaa ayat 4, 20, 21, 24 dan Q.S. Al Baqarah 236, 237);
2. Nafkah, ialah mencukupkan segala keperluan isteri, meliputi makanan, pakaian tempat tinggal, pembantu rumah tangga dan pengobatan, dan sebagainya yang dapat dinilai dengan uang. Adapun kadarnya adalah ma'ruf yaitu sewajarnya tidak kurang dan tidak berlebih (Q.S. Al Baqarah ayat 233 dan Q.S. At Thalaq ayat 6, dan 7).

Selain itu, kebutuhan rumah tangga yang wajib dipenuhi oleh suami meliputi:

1. Belanja dan keperluan rumah tangga sehari-hari;
2. Belanja pemeliharaan kehidupan anak-anak;
3. Belanja sekolah dan pendidikan anak-anak.

Adapun hak-hak isteri yang bersifat non-kebendaan adalah hak untuk digauli oleh suami dengan ma'ruf, yaitu meliputi:

1. Sikap menghargai, menghormati dan perlakuan-perlakuan yang baik, serta meningkatkan taraf hidupnya dalam bidang--bidang agama, akhlak dan ilmu pengetahuan dan teknologi yang dibutuhkannya;
2. Melindungi dan menjaga nama baik;
3. Memenuhi kebutuhan kodrat biologisnya (Q.S. An Nisaa ayat 19, 34).

Hak-hak isteri yang bersifat kebendaan maupun yang bersifat non-kebendaan tersebut,

oleh UUP dirumuskan dalam Pasal 30, 31, 32, 33, 34 jo. Pasal 77, 78, 79, 81 KHI. Bahkan KHI mengatur lebih spesifik kewajiban suami yang merupakan hak isteri yang bersifat kebendaan dalam hal suami berpoligami. Kewajiban suami yang berpoligami tersebut ditentukan di dalam Pasal 82 ayat (1) dan ayat (2) KHI, yaitu:

Pasal 82 ayat (1) KHI: Suami yang mempunyai isteri lebih dari seorang berkewajiban memberi tempat tinggal dan biaya hidup kepada masing-masing isteri secara berimbang menurut besar kecilnya jumlah keluarga yang ditanggung masing-masing isteri, kecuali jika ada perjanjian perkawinan.

Pasal 82 ayat (2) KHI: Dalam hal para isteri rela dan ikhlas, suami dapat menempatkan isterinya dalam satu tempat kediaman.

Berdasarkan uraian tersebut di atas dapat diperoleh kesimpulan mengenai hak-hak isteri dalam hal suaminya berpoligami (www.perpustakaan-islam.com/mod.php?mod=-publisher&op=viewarticle&artid=113-25k-), yaitu:

1. Dibuatkan rumah sendiri. Setiap istri memiliki hak untuk mempunyai rumah sendiri (Surat Al-Ahzab ayat 33):

وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ
وَأَتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ
الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا ﴿٣٣﴾

Artinya: "Dan hendaklah kamu tetap di rumahmu dan janganlah kamu berhias dan bertingkah laku seperti orang-orang Jahiliyah yang dahulu dan dirikanlah shalat, tunaikanlah zakat dan taatilah Allah dan Rasul-Nya. Sesungguhnya Allah bermaksud hendak menghilangkan dosa dari kamu, Hai ahlul bait dan membersihkan kamu sebersih-bersihnya."

Dalam hal ini Ibnu Qudamah menjelaskan dalam Al-Mughni, bahwa tidak pantas seorang suami mengumpulkan 2 (dua) orang istri dalam satu rumah tanpa ridha dari keduanya. Hal ini dikarenakan dapat menjadikan sebab kecemburuan dan permusuhan di antara keduanya. Masing-masing istri dimungkinkan dapat mendengar desahan suami yang sedang menggauli istri lainnya.

2. Disamakan dalam masalah giliran. Setiap istri harus mendapatkan jatah giliran yang sama. Hal ini telah dicontohkan oleh Rasulullah SAW, sebagaimana diriwayatkan oleh Imam Muslim.
3. Seorang suami tidak boleh ke luar dari rumah istri yang mendapat giliran menuju rumah yang lain pada waktu malam hari kecuali dalam keadaan darurat, misalnya istri yang lain mendapat musibah atau dalam keadaan sakit yang sangat membutuhkan pertolongan suaminya.
4. Disamakan dalam nafkah. Setiap istri memiliki hak untuk mempunyai rumah sendiri-

sendiri. Hal ini mengandung konsekuensi bahwa mereka makan sendiri-sendiri dalam rumah masing-masing.

5. Undian ketika akan bepergian. Apabila seorang suami yang berpoligami hendak melakukan bepergian dan tidak membawa semua istrinya, maka ia harus mengundi untuk menentukan siapa yang akan menyertainya dalam bepergian tersebut.
6. Tidak wajib menyamakan cinta dan jima di antara para istri. Seorang suami tidak dibebankan kewajiban untuk menyamakan cinta dan jima' di antara para istrinya. Yang wajib bagi suami adalah memberikan giliran kepada istri-istrinya secara adil. Ibnul Qoyyim rahimahullah menyatakan bahwa tidak wajib bagi suami untuk menyamakan cinta di antara istri-istrinya, karena cinta merupakan perkara yang tidak dapat dikuasai. Aisyah Radhiyallahu 'Anha merupakan isteri yang paling dicintai Rasulullah SAW. Dari sini dapat diambil pemahaman bahwa suami tidak wajib menyamakan para isteri dalam masalah jima' karena jima' terjadi oleh adanya cinta dan kecondongan. Penulis Fiqh Sunnah menyarankan meskipun demikian, hendaknya seorang suami memenuhi kebutuhan jima' istrinya sesuai kadar kemampuannya. (www.perpustakaanislam.com/mod.php?mod=publisher&op=viewarticle&artid=113-25k-).

Hak-hak isteri seperti tersebut di atas harus ditunaikan oleh suami yang berpoligami secara adil. Adapun upaya yang dapat dilakukan oleh isteri dalam hal tidak dipenuhi hak-haknya seperti tersebut di atas adalah dengan mengajukan tuntutan pemenuhan hak lewat Pengadilan. Apabila para pihak beragama Islam, maka tuntutan diajukan di Pengadilan Agama di wilayah hukumnya. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 49 UU Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, yang menyatakan bahwa: "Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: **perkawinan**, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah dan ekonomi syariah." Selanjutnya jika para pihak beragama non-Islam, maka tuntutan diajukan di Pengadilan Negeri.

V. SIMPULAN DAN SARAN

A. SIMPULAN

Berdasarkan hasil penelitian dan analisis terhadap Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta No. 116/Pdt.G/2006/PA.Yk. dan Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta No. 342/Pdt.G/2006/PA.Yk. dapat diambil kesimpulan sebagai berikut:

1. Upaya hakim untuk melindungi hak-hak isteri ketika mengabulkan permohonan ijin untuk berpoligami, yaitu:
 - a. Menasehati suami agar mengurungkan niatnya dan memberikan gambaran tentang

- kemungkinan risiko yang akan dihadapi jika berpoligami, bahkan dalam Putusan Pengadilan Agama Nomor 342/Pdt.G/2006/PA.Yk., hakim meminta untuk Pemohon membawa Termohon ke rumah sakit jiwa agar penyakitnya dapat disembuhkan.
- b. Memanggil isteri yang akan dimadu (Termohon) untuk didengarkan kerelaannya suami berpoligami dan memberikan pengertian tentang risiko yang akan dihadapi bila suami berpoligami, sehingga isteri yang akan dimadu mengerti betul akibat poligami terhadap dirinya. Sebagai upaya melindungi isteri yang suaminya akan berpoligami, dalam Putusan Pengadilan Agama No. 342/Pdt.G/2006/PA.Yk. terlihat bahwa hakim berusaha menghadirkan adik kandung Termohon, karena isteri (Termohon) tidak dapat hadir di Pengadilan karena Termohon sakit jiwa (depresi).
 - c. Menghadirkan calon isteri kedua pemohon, untuk didengarkan kesediaannya menjadi isteri kedua dan hakim juga memberikan masukan kepada calon isteri kedua bagaimana risiko suami berpoligami. Dalam Putusan Pengadilan Agama Nomor 342/Pdt.G/2006/PA.Yk., selain pernyataan secara langsung di muka pengadilan calon isteri kedua Pemohon juga membuat surat pernyataan yang isinya bahwa calon isteri kedua tidak akan mengganggu gugat harta benda yang sudah ada selama ini melainkan dibiarkan tetap utuh sebagai harta bersama Pemohon dan Termohon, dengan demikian hak isteri terhadap harta perkawinan akan terlindungi.
 - d. Hakim mengabulkan permohonan suami untuk berpoligami setelah terbukti semua persyaratan yang diatur dalam Pasal 3 ayat (2), Pasal 4 dan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 40-Pasal 45 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Pasal 55-Pasal 59 KHI.
2. Upaya yang dapat dilakukan oleh isteri dalam hal tidak dipenuhi hak-haknya oleh suami yang berpoligami adalah dengan mengajukan tuntutan pemenuhan hak lewat Pengadilan, apabila para pihak beragama Islam, maka tuntutan diajukan di Pengadilan Agama di wilayah hukumnya dan jika para pihak beragama non-Islam, maka tuntutan diajukan di Pengadilan Negeri.

B. SARAN

Hakim seyogyanya dalam memberikan ijin poligami menambahkan syarat tentang pernyataan bersama antara suami isteri yang akan dimadu berisi harta bersama yang telah dimiliki sebelum poligami berjalan, sehingga akan lebih mudah bagi isteri untuk menuntut pemenuhan hak-hak berkaitan dengan jaminan hidup, jika di kemudian hari suami ternyata melanggar hak isterinya.

DAFTAR PUSTAKA**BUKU**

- al-Qaradhawi, Yusuf, 2007, *Fiqih Wanita*, Bandung, Jabal.
- an-Nabhani, Taqiyuddin, 2007, *Sistem Pergaulan Islam (Judul Asli An-Nizham Al-Ijtima'i fi Al-Islam*, diterjemahkan oleh M. Nashir dkk), Jakarta, HTI Press.
- Basyir, Ahmad Azhar, 1977, *Hukum Perkawinan Islam*, Yogyakarta, FH UII.
- Ghazaly, Abd. Rahman, 2006, *Fiqh Munakabat*, Jakarta, Kencana.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana.
- Naqiyya, Abu, 2005, Poligami Baik & (Mungkin) Perlu, *Majalah Nikah Volume 4 Nomor 7*, Oktober-Nopember, Solo.
- Soemiyati, 1986, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan (UU Nomor 1 Tahun 1974)*, Yogyakarta, Liberty.
- Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Pentafsir Al Qur'an, 1993, *Al Qur'an dan Terjemahannya*, Jakarta, PT Intermasa.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
- Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.
- Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
- Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil.
- Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Pemasarakatan Kompilasi Hukum Islam.

SUMBER HUKUM OTORITATIF

Al-Qur'an

Hadits

INTERNET

www.perpustakaanislam.com/mod.php?mod=publisher&op=viewarticle&artid=113 - 25k

PENANGANAN PEMBIAYAAN BERMASALAH DALAM PELAKSANAAN AKAD DENGAN PRINSIP MURABAHAH DI BANK MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA

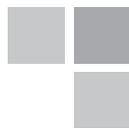
WIRATMANTO

Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta, 55183 Indonesia.

ABSTRACT

The aim of this research is to understand the aspect of settlement law of financial problem, handling of financial problem and law attainment used for the solution of financial problem within the implementation of principally murabahah covenant in Indonesian Muamalat Bank, particularly in Yogyakarta. The final conclusion for this research is the handling of financial problem within the implementation of principally murabahah covenant in Indonesian Muamalat Bank through redemption and settlements acts of financial problem. The redemption act is done by rescheduling. Besides that, reconditioning and restructuring are also conducted. Law attainment used in the settlement of financial problem within the implementation of principally murabahah covenant in Indonesian Muamalat Bank is by conducting bank internal settlement that is discussion to reach common agreement. Other than that, the settlement phases that can be done are denunciation to Bank of Indonesia, mediation even though for the settlement through that bank, arbitration, of which it is bonding and last, through BASYARNAS so that if there is an in-obedient side, they can demand for flat execution to Religious Court, litigation (Religious Court). The prosecution can be directly filed to Religious Court based on Act Number. 3 of The Year 2006.

Key words: Handling of Financial Problem, Murabahah Covenant, Indonesian Muamalat Bank



I. PENDAHULUAN

Perkembangan dan pertumbuhan perbankan dan lembaga keuangan serta bisnis Syariah di Indonesia dari tahun ke tahun semakin memperlihatkan kinerja yang membaik. Demikian pula kontribusinya terhadap perekonomian Nasional beranjak naik secara signifikan. Hal ini merupakan fakta diterimanya konsep Syariah bagi masyarakat Indonesia. Respon masyarakat khususnya pemerhati Ekonomi Syariah sangat positif dengan hadirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (selanjutnya ditulis dengan UU Peradilan Agama) yang telah diundangkan pada tanggal 20 Maret 2006. Keberadaan UU Peradilan Agama tersebut semakin memberikan keyakinan sehingga dapat lebih memberikan kepastian hukum.

Esti Sasanti (Kepala Divisi Perbankan Syariah Bank Indonesia Cabang Yogyakarta) dalam Seminar: “Mengupas Tuntas Perbankan Syariah” yang diselenggarakan oleh IMM Komisariat Fakultas Hukum dan Fakultas Agama Islam UMY menyebutkan bahwa Perbankan Syariah merupakan solusi perekonomian bangsa mengingat perekonomian merupakan tulang-punggung penggerak stabilitas Nasional. Perbaikan segala permasalahan bangsa yang dihadapi saat ini harus mulai dari kegiatan perekonomian Nasional yang bergerak menuju perekonomian berbasis Syariah.

Pengembangan lembaga-lembaga pendukung di dalam menopang perkembangan perbankan dan lembaga keuangan Syariah, saat ini semakin dirasakan kepentingannya. Salah satu hal yang *urgent* saat ini adalah, aplikasi yang dituangkan dalam berbagai akad dan aspek legalnya perlu diketahui dan disosialisasikan kepada pelaku bisnis yang menggunakan jasa perbankan Syariah.

Aplikasi akad dan aspek legalnya, sangat diperlukan dalam mendukung kelancaran transaksi muamalah yang melibatkan lembaga perbankan dan keuangan Syariah. Sesuai dengan kebutuhan dalam praktek saat ini, sudah ada beberapa aplikasi seperti yang dimaksud di atas, namun keberadaannya belum terdapat keseragaman atau standarisasi dalam pembuatan draft akad.

Untuk memberikan payung hukum dalam operasional Bank Syariah, maka Bank Indonesia mengeluarkan Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah, namun keberadaannya belum dikenal oleh khalayak ramai, termasuk para praktisi perbankan dan keuangan Syariah, Akademisi, Notaris maupun Advokat.

Di dalam pelaksanaan operasional bank, salah satu produk *financing* yang banyak digemari masyarakat adalah Akad Murabahah. Berdasarkan data dari Bank Indonesia diketahui bahwa pembiayaan murabahah di Bank Syariah hingga akhir Desember 2005 adalah 62,299 % dan merupakan prosentase terbesar. Akad Murabahah digunakan oleh para nasabah Bank Syariah pada saat memerlukan barang-barang kebutuhan yang tidak dapat dipenuhi secara tunai (*cash*), seperti pembelian rumah, mobil, perabot rumah tangga, pembelian barang-barang materiil dan lain sebagainya. Dalam hal ini prinsip yang digunakan adalah jual-beli.

Di dalam praktik sudah mulai muncul beberapa permasalahan yang timbul antara nasabah dan bank dalam pelaksanaan Akad Murabahah, dimana kewajiban yang seharusnya dibayarkan oleh nasabah, tidak dipenuhi sesuai dengan akad yang disepakati antara nasabah dan bank. Dalam hal ini nasabah melakukan keterlambatan pembayaran.

Keterlambatan pembayaran di dalam hukum perjanjian dikategorikan sebagai salah satu unsur wanprestasi. Jika keterlambatan itu berlanjut sampai tiga bulan berturut-turut, maka kualifikasi nasabah debitur tersebut mulai masuk kategori bermasalah.

Pengertian pembiayaan bermasalah belum dikenal dalam literatur perbankan Syariah, oleh karena itu peneliti dengan merujuk salah satu pendapat pakar hukum perbankan konvensional, yaitu Mahmoeddin yang menggunakan istilah kredit bermasalah. Kredit bermasalah adalah kredit yang sudah diragukan penyelesaiannya, karena pembayaran bagi hasil dan angsurannya sudah mulai menunggak (Mahmoeddin, 2002: 9). Jika jumlah kredit bermasalah yang terjadi di suatu bank, dalam hal ini Bank Muamalat Indonesia jumlahnya banyak, tentunya akan mempengaruhi likuiditas usaha dan *loan to deposit finance (LDF)* yang dijalankan. Agar hal tersebut tidak mengganggu kinerja yang nantinya akan mempengaruhi likuiditas banknya, maka upaya penanganan pembiayaan bermasalah harus ditangani secara serius.

Untuk melakukan upaya penanganan permasalahan yang timbul dalam praktek, maka diperlukan data mengenai identifikasi permasalahan yang muncul dalam pelaksanaan akad murabahah di Bank Muamalat Indonesia. Data terkait dengan hal tersebut sangat diperlukan dalam melakukan klasifikasi permasalahan yang terjadi dan menemukan cara penanganan pembiayaan bermasalah dan menemukan cara penyelesaiannya. Berdasarkan uraian yang telah disebutkan di atas, maka perumusan masalahnya adalah bagaimanakah penanganan pembiayaan bermasalah dalam pelaksanaan akad dengan prinsip murabahah dan upaya hukum apakah yang digunakan dalam penyelesaian pembiayaan bermasalah dalam pelaksanaan akad dengan prinsip murabahah di Bank Muamalat Indonesia. Tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah untuk mengetahui penanganan pembiayaan bermasalah dan untuk mengetahui upaya hukum yang digunakan dalam penyelesaian pembiayaan bermasalah di Bank Muamalat Indonesia.

Hasil penelitian ini diharapkan mampu memberikan manfaat kepada pengembangan muamalah khususnya dalam pelaksanaan akad dengan prinsip murabahah di Bank Muamalat Indonesia serta pengembangan ilmu hukum khususnya Hukum Perdata Islam.

II. METODE PENELITIAN

Di dalam penelitian ini metode penelitiannya dilakukan baik dengan penelitian kepustakaan dan penelitian lapangan. Di dalam penelitian kepustakaan ini akan diperoleh data sekunder. Penelitian kepustakaan adalah penelitian yang dilakukan dengan jalan mempelajari peraturan perundang-undangan, buku-buku dan makalah-makalah yang berkaitan dengan masalah yang diteliti. Dari data sekunder ini diklasifikasikan menjadi 3 (tiga) bahan hukum, yaitu bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Penelitian Lapangan, adalah penelitian yang dilakukan untuk mendapatkan data primer, yaitu data yang didapatkan dengan jalan terjun langsung ke lokasi penelitian. Di dalam penelitian lapangan ini meliputi:

1. Lokasi penelitian di DIY;
2. Responden: Pimpinan dan Nasabah Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta,

Ketua Pengadilan Agama Kota Yogyakarta, Ketua BASYARNAS DIY, Notaris Nukman Muhammad, S.H., M.M.;

3. Narasumber: Pimpinan Bank Indonesia, Prof. Dr. Abdul Ghofur (FH UGM), Dr. Muhammad (STEI Yogyakarta), Dr. Dadan Muttaqien (Fakultas Agama Islam Universitas Islam Indonesia dan Pengurus BASYARNAS DIY).

Di dalam penelitian ini, teknik pengumpulan datanya menggunakan wawancara. Di dalam melakukan wawancara digunakan pedoman wawancara agar proses wawancara dapat berjalan secara teratur dan sistematis. Pedoman wawancara yang dipergunakan adalah pedoman terstruktur yakni pedoman tersebut disusun secara rinci agar tidak ada hal-hal yang terlewat. Pedoman wawancara dibuat oleh peneliti yang nantinya akan digunakan dalam melakukan wawancara untuk menggali pendapat dari beberapa narasumber dan pengalaman responden sehingga diperoleh data yang nantinya akan dipergunakan untuk menjawab perumusan masalah dalam penelitian ini.

Data yang diperoleh baik dari penelitian kepustakaan maupun dari penelitian lapangan akan diolah berdasarkan analisis deskriptif kualitatif. Adapun yang dimaksud dengan deskriptif adalah menggambarkan secara jelas keadaan-keadaan senyatanya dan kualitatif adalah analisis terhadap data yang dinyatakan oleh narasumber dan responden, kemudian diuraikan sehingga diperoleh suatu pengertian. Jadi deskriptif kualitatif adalah analisis yang menggambarkan penanganan pembiayaan bermasalah dalam pelaksanaan akad dengan prinsip murabahah di Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. PENANGANAN PEMBIAYAAN BERMASALAH DALAM PELAKSANAAN AKAD DENGAN PRINSIP MURABAHAH

Penanganan pembiayaan bermasalah meliputi 2 (dua) hal, yaitu upaya penyelamatan yang didahului dengan penerapan upaya pencegahan dan penyelesaian pembiayaan bermasalah. Dalam hal terdapat pembiayaan bermasalah, maka langkah yang dilakukan bank adalah penyehatan dan restrukturisasi bank dalam arti luas. Di dalam melakukan restrukturisasi dalam arti luas terdapat 3 (tiga) bentuk, yaitu: (a) Restrukturisasi dalam arti sempit; (b) *Rescheduling*; dan (c) *Reconditioning*.

Langkah yang harus dilakukan dalam menangani piutang macet adalah tindakan administratif dengan melakukan *write off* sementara dan *write off final*. Selanjutnya dilakukan penyelesaian baik secara non-litigasi maupun secara litigasi. Seperti yang diuraikan pada tinjauan pustaka di muka, penyelesaian secara non litigasi antara lain dengan musyawarah mufakat, menjual jaminan, *offset* atau pengambilalihan jaminan maupun melalui arbitrase. Penyelesaian secara litigasi dapat dilakukan dengan menempuh arbitrase, lelang eksekusi, gugat perdata, tuntutan pidana dan kepailitan.

Dalam pemberian pembiayaan kepada nasabah, bank sebelumnya telah menguji

berbagai hal terkait nasabah yang akan mendapatkan pembiayaan tersebut. Hasil pengujian ini sebagai dasar kebijakan bank apakah pembiayaan tersebut dapat dilakukan, serta layak tidaknya nasabah untuk mendapatkan pembiayaan tersebut.

Hal ini merupakan tindakan pertama bank dalam penggunaan prinsip kehati-hatian agar bank sebagai pemberi dana tidak mendapatkan kendala atau meminimalisasi adanya pembiayaan bermasalah yang mungkin terjadi. Di BMI dilakukan pengujian berdasarkan pada 6C Kredit, yaitu:

1. *Character*, artinya bank melihat bagaimana sifat/karakter dari nasabah. Hal ini biasanya menentukan apakah nasabah tersebut dapat dipercaya atau tidak. Dalam praktek hal ini banyak menyebabkan adanya pembiayaan bermasalah;
2. *Capacity*, artinya adalah bank melihat bagaimana kemampuan dari nasabah tersebut untuk menjalankan usaha dan mengembalikan pinjaman pembiayaan yang diberikan;
3. *Capital*, artinya bank melihat berapa besar modal yang diperlukan nasabah untuk menjalankan usahanya;
4. *Colateral*, artinya adalah jaminan yang diberikan nasabah kepada bank. Hal ini di Bank Muamalat Indonesia hanya digunakan sebagai langkah antisipasi saja. Dalam penggunaannya pun juga menggunakan akad yang berbeda;
5. *Condition*, (kondisi ekonomi nasabah), artinya bank menentukan berdasarkan keadaan usaha yang dimiliki/dijalankan oleh nasabah, apakah memiliki prospek atau tidak;
6. *Competence*, artinya bahwa apakah nasabah dalam hal ini telah memiliki kompetensi atau kewenangan secara penuh untuk mengajukan pembiayaan kepada bank. Misalnya, harusnya ada persetujuan Istri/Suami bagi yang sudah memiliki pasangan.

Meskipun telah dilakukan pencegahannya dengan menerapkan 6C seperti di atas kadang berbagai faktor dapat menyebabkan tetap terjadinya pembiayaan bermasalah, antara lain di BMI Cabang Yogyakarta. Faktor yang menjadi kendala adalah:

1. Faktor dari nasabah:
Pertama, terjadinya pembiayaan bermasalah disebabkan karena karakter nasabah yang memang tidak dapat bertanggung jawab atas apa yang telah disepakatinya, meskipun hal ini belum terjadi di BMI Cabang Yogyakarta, namun faktor ini dapat menjadi pertimbangan dalam melakukan tindakan preventif. *Kedua*, adalah kondisi usaha nasabah mengalami kesulitan dalam perputaran usaha sehingga menyebabkan keuntungan menurun yang berdampak pada terjadinya pembiayaan bermasalah.
2. Faktor dari BMI:
Meskipun faktor dari BMI ini belum pernah menyebabkan terjadi pembiayaan bermasalah, namun dalam pengaturannya pihak bank telah melakukan antisipasi, yaitu dimungkinkan karena adanya kontrol dan pengawasan dari *marketing* yang kurang

intens, analisis *marketing* terhadap nasabah yang kurang akurat, serta ada hal-hal yang memang disembunyikan oleh *marketing*.

Menurut pendapat Dr. Muhammad, seorang pakar Perbankan Syariah, pembiayaan bermasalah bisa disebabkan karena:

1. Faktor ekonomi (usaha tidak prospektif);
2. Faktor perilaku nasabah (*self-management* nasabah yang tidak baik), contoh: memaksakan diri sebagai nasabah padahal tidak mampu membayar angsuran dari pendapatannya.

Menurut Prof. Dr. Abdul Ghofur, seorang pakar Perbankan Syariah dan Guru Besar bagian Hukum Islam di UGM mempertajam bahwa seringkali pembiayaan bermasalah disebabkan karena nasabah tidak komitmen terhadap apa yang diperjanjikannya dalam akad.

Berdasarkan hasil wawancara dengan staf bagian legal BMI Cabang Yogyakarta, kolektibilitas pembiayaan bermasalah di Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta antara lain:

1. Lancar–tidak menunggak angsuran pokok maupun margin tertentu;
2. DPK–jatuh tempo 3 bulan tidak membayar;
3. Kurang lancar–jatuh tempo 6 bulan tidak membayar;
4. Diragukan–jatuh tempo 9 bulan tidak membayar;
5. Macet–jatuh tempo lebih dari 9 bulan tidak membayar.

Proses Restrukturisasi Pembiayaan Bermasalah dalam pelaksanaan Akad dengan Prinsip Murabahah di Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta, yaitu dengan *rescheduling* atau penjadwalan kembali. Berdasarkan Ketentuan Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 48/DSN-MUI/II/2005 tentang Penjadwalan Kembali Tagihan Murabahah, Lembaga Keuangan Syariah boleh melakukan penjadwalan kembali (*rescheduling*) tagihan murabahah bagi nasabah yang tidak bisa menyelesaikan/melunasi pembiayaannya sesuai jumlah dan waktu yang telah disepakati, dengan ketentuan:

1. Tidak menambah jumlah tagihan yang tersisa;
2. Pembebanan biaya dalam proses penjadwalan kembali adalah biaya riil;
3. Perpanjangan masa pembayaran harus berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak.

Tahapan proses penjadwalan kembali (*rescheduling*) di Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta:

1. Ketika jatuh tempo perkolektibilitas telah habis, misal: dikategorikan kurang lancar karena 6 bulan tidak membayar. Dilakukan pemeriksaan dokumen-dokumen;
2. Diberikan surat peringatan;
3. Dibatasi penarikan pembiayaannya (dengan pembatasan/toleransi wajar);

4. Nasabah dipanggil untuk melakukan musyawarah dengan Bank (paling diutamakan Bank);
5. Pembuatan *addendum (rescheduling)*;
Misal: perpanjangan jangka waktu pembiayaan, perubahan jadwal angsuran;
6. Jika diketahui bahwa pemberian pembiayaan didasarkan pada informasi debitur yang tidak benar dan dapat menimbulkan kerugian bank, untuk mengurangi terjadinya kerugian yang lebih besar, bank dapat menghentikan dan menyatakan pembiayaan harus dibayar lunas.

Selain 6C di atas, Dr. Muhammad sebagai pakar Ekonomi Syariah menyatakan bahwa dalam proses pembiayaan bank harus tetap dalam penerapan prinsip kehati-hatian karena perilaku manusia yang dapat sewaktu-waktu berubah, serta perlunya edukasi akhlaq.

B. UPAYA HUKUM PENYELESAIAN PEMBIAYAAN BERMASALAH DALAM PELAKSANAAN AKAD DENGAN PRINSIP MURABAHAH DI BANK MUAMALAT INDONESIA

Penyelesaian perselisihan atau permasalahan dalam pelaksanaan akad dengan prinsip murabahah terjadi karena adanya pembiayaan non lancar atau tidak lancar. Jika pembiayaan non lancar yang terjadi dalam praktik jumlahnya banyak, maka pembiayaan non lancar tersebut kemudian menjadi piutang bank yang harus dicarikan jalan keluarnya untuk menjaga likuiditas dan kesehatan bank.

Dalam hal terdapat pembiayaan non lancar tersebut, maka bank harus melakukan evaluasi ulang terhadap pembiayaan yang ada. Lazimnya ada 6 (enam) aspek yang harus diperhatikan antara lain: aspek manajemen, aspek pemasaran, aspek produksi, aspek keuangan, aspek hukum, aspek jaminan.

Dalam penyelesaian pembiayaan bermasalah, harus menggunakan ketentuan syariat. Dalam praktik yang menjadi tujuan utama adalah pembayaran kembali pembiayaan yang dikeluarkan oleh Bank Muamalat Indonesia untuk nasabah dengan cara *collection* di luar pengadilan seperti penagihan langsung, pengambilalihan agunan oleh bank sendiri, penjualan agunan secara sukarela maupun penjualan agunan melalui lelang, mengeksekusi agunan, atau penagihan terhadap penjamin.

Jika kebijakan manajemen bank memutuskan untuk melakukan penyitaan terhadap barang jaminan yang diberikan nasabah kepada Bank Syariah, biasanya hal ini dilakukan karena adanya kenakalan dari nasabah yang tidak ingin mengembalikan pembiayaan yang diterimanya. Namun untuk pelaksanaannya bank harus sesuai dengan Syariat Islam, seperti:

1. Simpati: sopan, menghargai, dan fokus pada tujuan penyitaan;
2. Empati: menyelami keadaan nasabah, bicara seakan untuk kepentingan nasabah, menyadarkan nasabah untuk mengembalikan utangnya;

3. Menekan: tindakan ini dilakukan jika dua tindakan sebelumnya tidak diperhatikan.

Namun jika cara di atas masih diacuhkan oleh nasabah, maka Bank Syariah melakukan:

1. Menjual barang jaminan;
2. Menyita barang yang senilai dengan nilai pinjaman.

Keduanya dapat dilakukan jika sebelumnya telah ada akad secara tertulis untuk menjual barang jaminan maupun untuk menyita barang yang senilai dengan nilai pinjaman.

Jika cara yang ditempuh dengan *collection* di luar pengadilan belum mendapatkan respon atau hasil yang baik, maka bank dapat menempuh dengan upaya alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (*out-of-court dispute settlement*) yaitu melalui arbitrase. Arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa dengan cara menyerahkan kewenangan kepada pihak ketiga yang netral dan independen, yang disebut Arbiter, untuk memeriksa dan mengadili sengketa pada tingkat pertama dan terakhir. Arbitrase mirip dengan pengadilan, dan Arbiter mirip dengan hakim pada proses pengadilan.

Namun hal pertama yang sebaiknya dilakukan oleh Bank Syariah dalam penyelesaian pembiayaan bermasalah adalah dengan proses musyawarah. Hal ini didasarkan pada Pasal 4 ayat (1) Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 yang menyatakan dalam hal salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya sebagaimana tertuang dalam akad antara bank dan nasabah, atau jika terjadi sengketa antara bank dan nasabah, penyelesaiannya melalui musyawarah. Pasal 4 ayat (2): Dalam hal musyawarah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mencapai kesepakatan, maka penyelesaian sengketa dapat dilakukan antara lain melalui mediasi termasuk mediasi perbankan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pasal 4 ayat (3): Dalam hal penyelesaian sengketa dimaksud pada ayat (2) tidak mencapai kesepakatan, maka penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui mekanisme arbitrase syariah atau melalui lembaga peradilan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam penyelesaian melalui musyawarah mufakat dan melalui BASYARNAS belum dapat memberikan jalan keluar kepada para pihak, maka penyelesaian dilakukan melalui Pengadilan Agama. Hal ini disebabkan karena dalam proses penyelesaian sengketa ekonomi yang sifatnya Syariah juga harus diselesaikan berdasar Syariat. Hal ini mendasarkan pada Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Di dalam Undang-Undang ini juga secara jelas telah disebutkan bahwa Pengadilan Agama merupakan lembaga yang paling berwenang untuk menyelesaikan masalah Ekonomi Syariah yang terjadi karena lembaga Pengadilan Agama lebih mempunyai kekuatan hukum yang harus dipatuhi sebagai lembaga bentukan dari pemerintah. Perkembangan baru terdapat pada Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Peraturan tersebut mengatur mengenai

penyelesaian sengketa ekonomi syariah dimana salah satunya adalah sengketa yang terjadi dalam perbankan syariah dan lembaga yang berwenang menyelesaikannya. Pasal 55 tersebut berbunyi:

- (1) Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama;
- (2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad;
- (3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan Prinsip Syariah.

Dalam penjelasan dari pasal tersebut, yang dimaksud dengan “penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad” adalah upaya sebagai berikut:

1. Musyawarah;
2. Mediasi perbankan;
3. Melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain; dan/atau
4. Melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.

Dalam hal pihak-pihak yang bersengketa adalah orang yang berbeda agama, muslim dan non muslim, maka Undang-Undang ini mengizinkan untuk menyelesaikan sengketa di Peradilan Umum, kecuali para pihak menentukan lain dalam akadnya. Jadi adanya alternatif Peradilan Umum untuk menyelesaikan sengketa didasarkan pada kemungkinan adanya nasabah bank syariah yang non muslim, mengingat bank syariah bukan saja milik umat muslim yang nasabahnya haruslah umat muslim, tetapi bank syariah adalah bank milik bersama tanpa harus mendiskriminasikan suku, agama dan ras.

Berdasarkan pemaparan di atas dapat kita lihat bahwa terhadap sengketa yang potensial muncul antara nasabah dan bank syariah bentuknya macam-macam. Pilihan hukum dan forum sengketa sepenuhnya diserahkan pada para pihak yang terkait. Apabila kita urutkan rangkaian penyelesaian sengketa yang dapat ditempuh oleh para pihak terdiri dari musyawarah mufakat, melalui mediasi perbankan, forum arbitrase, dan apabila belum terselesaikan juga, para pihak dapat menempuh upaya litigasi yaitu penyelesaian di Pengadilan Agama sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Pengadilan Agama dan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang selain memberi kewenangan pada Pengadilan Agama juga memberi kewenangan pada Peradilan Umum.

Hasil wawancara dengan Dr. Muhammad menyatakan bahwa pada standar akad yang dikeluarkan Bank Indonesia maka penyelesaian pembiayaan bermasalah dilakukan melalui musyawarah, BASYARNAS atau Pengadilan Agama. Berdasarkan hasil wawancara dengan Prof. Dr. Abdul Ghofur yang juga salah satu pakar Ekonomi Syariah menyatakan

bahwa proses penyelesaian sengketa pembiayaan bermasalah harus dikembalikan berdasarkan atas klausul akad yang dibuat oleh para pihak, yang isinya dapat menyatakan bila terjadi sengketa dapat dilakukan upaya:

1. Pengaduan ke Bank Indonesia;
2. Mediasi, meski untuk penyelesaiannya melalui Bank Indonesia;
3. Arbitrase, yang sifatnya mengikat dan terakhir, sehingga jika ada pihak yang tidak melaksanakan, maka dapat meminta fiat eksekusi dari Pengadilan Agama;
4. Litigasi (Pengadilan Agama), tuntutan dapat langsung diajukan ke Pengadilan Agama dengan berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006.

Dalam hal penyelesaian melalui Pengadilan Agama, maka menggunakan Hukum Acara Perdata berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Perdata (HIR/RBg). Selain itu juga mendasarkan pada Hukum Acara Perdata Islam yang mengacu pada Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006.

Khususnya mengenai proses beracara hampir sama dengan pengajuan Perkara Perdata yang selama ini diberlakukan di Pengadilan Agama namun terdapat beberapa tahapan yang berbeda. Terkait dengan proses pembuktian dalam penyelesaian sengketa pembiayaan bermasalah dalam pelaksanaan akad dengan prinsip murabahah di Pengadilan Agama, menurut Hakim Pengadilan Agama Sleman Noor Emy Rohbiyati, hukum acara yang digunakan dalam mengadili perkara Ekonomi Syariah khususnya Perbankan Syariah adalah hukum acara yang berlaku di Lingkungan Peradilan Umum karena memang belum ada peraturan yang mengatur secara konkrit dan spesifik. Hal tersebut sesuai dengan Pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Jo. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama. Oleh karena itu seluruh proses beracara mulai dari pengajuan gugatan sampai putusan sama dengan proses beracara di Lingkungan Peradilan Umum. Begitu juga dengan proses pembuktiannya.

Prosedur awal dalam proses penyelesaian sengketa Perbankan Syariah di Pengadilan Agama adalah pihak yang berperkara atau penggugat atau kreditur mengajukan gugatannya kepada Pengadilan Agama baik secara lisan maupun tertulis. Dalam proses beracara di Pengadilan Agama pihak-pihak yang berperkara tidak lagi dipandang dari sudut agama apakah dia Muslim atau non Muslim. Hal terpenting yang diperhatikan adalah penundukan para pihak terhadap akad-akad yang berprinsip Syariah.

Dalam hal pihak-pihak yang bersengketa adalah orang yang berbeda agama, yaitu muslim dan non muslim, maka berdasarkan Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 seperti yang telah disebutkan di atas, mengizinkan untuk menyelesaikan sengketa di Peradilan Umum, kecuali para pihak menentukan lain dalam akadnya. Jadi adanya alternatif Peradilan Umum untuk menyelesaikan sengketa didasarkan pada kemungkinan

adanya nasabah bank syariah yang non muslim, mengingat bank syariah bukan saja milik umat muslim yang nasabahnya haruslah umat muslim, tetapi bank syariah adalah bank milik bersama tanpa harus mendiskriminasikan suku, agama dan ras.

Di dalam praktik berdasarkan hasil penelitian di lapangan, untuk proses penyelesaian sengketa melalui Pengadilan Agama, setelah gugatan tersebut terdaftar maka Pengadilan Agama menyampaikan gugatan kepada tergugat, sekaligus memanggil tergugat guna dilakukannya pemeriksaan. Kemudian Pengadilan melakukan penjadwalan agenda persidangan. Pengadilan Agama memanggil para pihak yaitu penggugat dan tergugat atau penerima kuasa dari mereka.

Dalam persidangan hari pertama, hakim menawarkan mediasi kepada kedua belah pihak. Apabila dalam mediasi dicapai suatu kesepakatan, maka proses persidangan tidak perlu diteruskan, namun apabila tidak juga diperoleh kesepakatan maka proses persidangan dilanjutkan. Tahap selanjutnya apabila kesepakatan tidak dicapai dalam mediasi adalah pembacaan gugatan, penyampaian jawaban atas gugatan oleh tergugat, replik, duplik atau jawaban tergugat atas replik penggugat, pemeriksaan, pembuktian, penyampaian kesimpulan, putusan.

Waktu antara tahap yang satu dengan tahap yang berikutnya biasanya dilakukan dalam waktu yang berlainan. Setelah dilakukannya replik dan duplik, maka hakim membebaskan pembuktian kepada para pihak. Biasanya, beban pembuktian pertama kali diberikan kepada penggugat atau tergugat apabila ada pembuktian terbalik. Kegiatan pembuktian itu disebut juga sebagai proses pembuktian.

Proses pembuktian adalah proses untuk menyajikan alat-alat bukti yang sah menurut hukum kepada hakim yang memeriksa suatu perkara, yang dilakukan untuk meyakinkan hakim memberikan kepastian tentang kebenaran peristiwa atau dalil atau dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan. Proses pembuktian dilakukan setelah proses replik duplik. Pembuktian dilakukan apabila terjadi perselisihan. Hakim wajib memutuskan atau menetapkan hubungan hukum antara kedua belah pihak yang berselisih dengan mengindahkan hukum pembuktian, karena kalau tidak, putusan hakim akan menimbulkan ketidakpastian hukum dan kesewenang-wenangan.

IV. SIMPULAN

A. SIMPULAN

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat diambil kesimpulan yaitu:

1. Penanganan pembiayaan bermasalah dalam pelaksanaan akad dengan prinsip murabahah di Bank Muamalat Indonesia adalah dilakukan baik melalui tindakan penyelamatan dan tindakan penyelesaian pembiayaan bermasalah. Tindakan penyelamatan dilakukan dengan melakukan penjadwalan kembali (*rescheduling*). Adapun tahapan yang dilakukan adalah:

- a. Ketika jatuh tempo perkolektibilitas telah habis, misal pembiayaan: dikategorikan kurang lancar karena 6 (enam) bulan tidak membayar, maka dilakukan pemeriksaan dokumen-dokumen;
- b. Diberikan surat peringatan;
- c. Dibatasi penarikan pembiayaannya (dengan pembatasan/toleransi wajar);
- d. Nasabah dipanggil untuk melakukan musyawarah dengan bank (hal ini yang paling diutamakan pihak bank);
- e. Pembuatan *addendum (rescheduling)*, misal: perpanjangan jangka waktu pembiayaan, perubahan jadwal angsuran;
- f. Jika diketahui bahwa pemberian pembiayaan didasarkan pada informasi debitur yang tidak benar dan dapat menimbulkan kerugian bank, untuk mengurangi terjadinya kerugian yang lebih besar, bank dapat menghentikan dan menyatakan pembiayaan harus dibayar lunas.

Selain hal tersebut di atas juga dilakukan *reconditioning* dan *restructuring*.

2. Upaya hukum yang digunakan dalam penyelesaian pembiayaan bermasalah dalam pelaksanaan akad dengan prinsip murabahah di Bank Muamalat Indonesia adalah dengan melakukan penyelesaian secara internal bank dengan musyawarah mufakat. Selain hal tersebut tahapan penyelesaian yang dapat dilakukan adalah:
 - a. Pengaduan ke Bank Indonesia;
 - b. Mediasi, meski untuk penyelesaiannya melalui Bank Indonesia;
 - c. Arbitrase, yang sifatnya mengikat dan terakhir melalui BASYARNAS, sehingga jika ada pihak yang tidak melaksanakan maka dapat meminta fiat eksekusi ke Pengadilan Agama;
 - d. Litigasi, melalui Pengadilan Agama atau Pengadilan Negeri. Tuntutan atau gugatan dapat diajukan ke Pengadilan Agama dengan mendasarkan pada UU Nomor 3 Tahun 2006 atau ke Pengadilan Negeri berdasarkan Pasal 55 UU Nomor 21 Tahun 2008.

B. SARAN

Seyogyanya penanganan pembiayaan bermasalah lebih ditekankan pada penerapan asas kehati-hatian dan kejujuran dari ke dua belah pihak dengan memberikan edukasi akhlaq, agar baik pihak nasabah maupun bank dalam melaksanakan akad dengan prinsip murabahah dilandasi oleh suatu kebutuhan yang penting dan prioritas untuk dilakukan, sehingga tidak mendasarkan pada kebutuhan hidup yang mendatangkan madharat tetapi sebaliknya akan mendatangkan manfaat. Dalam hal pembiayaan yang menerapkan adanya jaminan, maka upaya penyelesaian secara internal dengan mengoptimalkan bagian remedial atau *account officer* atau *collection* akan dapat memberikan kepastian hukum

bagi ke dua belah pihak dengan penyelesaian secara damai.

DAFTAR PUSTAKA

- Anonimus, 2001, *Aspek Hukum Penyelamatan dan Penyelesaian Kredit*, Jakarta, Sub Divisi Bidang Hukum PT. Bank Danamon Indonesia, Tbk., Danamon Remedial Advance Training.
- Kamil, Ahmad dan M. Fauzan, 2007, *Kitab Undang-Undang Hukum Perbankan dan Ekonomi Syariah*, Jakarta, Kencana, Prenada Media Group.
- Mahmoeddin, 2004, *Melacak Kredit Bermasalah*, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan.
- Muhamad, 2000, *Sistem dan Prosedur Operasional Bank Syariah*, Yogyakarta, UII Press.
- Perwataatmadja, Karnaen dan Muhammad Syafi'i Antonio, 1992, *Apa dan Bagaimana Bank Islam?*, Yogyakarta, Dana Bhakti Wakaf.
- Sumitro, Warkum, 2004, *Asas-asas Perbankan Islam dan Lembaga-Lembaga Terkait*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.

DAFTAR PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- R.I., Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang *Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan*.
- R.I., Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang *Jaminan Fidusia*.
- R.I., Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang *Perbankan Syariah*.
- R.I., Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah.

PELAKSANAAN PRIVATISASI BUMD DI ERA OTONOMI DAERAH DALAM SISTEM HUKUM DI INDONESIA

RHIDO JUSMADI

Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo, Jalan Raya Telang PO. BOX. 2 Kamal, Telp. 031-3012390, Bangkalan-Madura, Indonesia. E-mail: piliang_rido@yahoo.com

ABSTRACT

Generally, the existing of Local Own Enterprise (LOE) was based on the willing of local government to intervene the economic life in that region. LOE as business instrumen of the local government is valuable enough and gives benefits to the local development as part of the efforts to increase prosperous life in this era of regional autonomy. As stated in Indonesian Constitution 1945 Article 33, the local government (as representation of the state) has right to own LOE as company business. The need of owning this LOE by the local government is embodied in the Article 173 and 177 of the Law No. 32 of 2004. Privatisation now becomes an alternative that should be done by State Own Enterprise (SOE) but not by the LOE. It is because of there is, until now, no Law that regulates the privatisation in LOE. Now, the effort for privatisation still becomes the local policy of each local government. The policy of privatization, then, becomes the important need if it is based on the need to increase local government in the form of public services quality as well as increase its local budget development.

Key words: Privatisation, Local Own Enterprise (LOE), Regional Outonomy.

I. PENDAHULUAN

Otonomi daerah saat ini menjadi sebuah doktrin dalam penyelenggaraan pemerintah di daerah untuk dapat mengatur beberapa aspek kehidupan di daerahnya seperti: ekonomi, pendidikan, kesehatan, sosial serta budaya secara mandiri. Pelimpahan kewenangan yang dibungkus dalam bentuk kebijakan desentralisasi ini di era reformasi menjadi sebuah kabar baik dalam rangka komitmen pemberdayaan daerah untuk dapat berkembang secara merata dan meraih tujuan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat.

Pelaksanaan otonomi daerah diharapkan mampu untuk meningkatkan kesejahteraan ekonomi dan kemandirian serta stabilitas sosial daerah untuk mencapai cita-cita kemakmuran. Pencapaian cita-cita kemakmuran tersebut dilakukan daerah dengan cara meningkatkan pemasukan daerah. Adapun upaya yang dilakukan untuk meningkatkan pemasukan daerah tersebut diantaranya dalam bentuk peningkatan pendapatan asli daerah (PAD) melalui beberapa

instrumen seperti, peningkatan pajak daerah, retribusi, serta sumber-sumber pendapatan potensial yang secara faktual memberikan pemasukan bagi daerah yang implementasinya diwadahi dalam Anggaran Pendapatan Belanja Daerah (APBD).

Beberapa sumber pendapatan potensial tersebut salah satunya adalah keberadaan Perusahaan Daerah (PD) atau yang lebih dikenal dengan Badan Usaha Milik Daerah (BUMD). Keberadaan BUMD pada umumnya dilandasi oleh keinginan campur tangan pemerintah daerah dalam kehidupan ekonomi daerah, sehingga dapat memudahkan memasukkan misi-misi ekonomis yang tidak lain adalah kebijakan pemerintah daerah dalam rangka pengembangan ekonomi di daerah, oleh karena itu misi yang diemban BUMD pada dasarnya adalah tugas-tugas untuk meningkatkan pertumbuhan perekonomian di daerah.

Dalam praktek sehari-hari keberadaan BUMD membawa peran penting dalam rangka mendukung program pembangunan daerah, ibarat sebuah perusahaan, BUMD dijadikan sebuah instrumen untuk mengelola suatu bisnis yang memiliki prospek keuntungan, dimana dengan adanya keuntungan tersebut akan menjadi pemasukan bagi daerah untuk membiayai pembangunan daerahnya melalui basis penganggaran yang terdapat dalam APBD.

Pasca implementasi otonomi daerah (yang ditandai dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah atau dikenal dengan istilah Undang-Undang Pemerintahan Daerah) eksistensi yuridis BUMD menjadi sebuah permasalahan hukum yang hendak dikaji lebih lanjut. Pasal 177 Undang-Undang Pemerintahan Daerah mengatur bahwa daerah dapat memiliki BUMD yang pembentukan, penggabungan, pelepasan kepemilikan, dan/atau pembubarannya ditetapkan dengan Peraturan Daerah (Perda) yang berpedoman kepada peraturan perundang-undangan.

Keberadaan pasal ini tidak menegaskan secara pasti bentuk hukum dari BUMD tersebut, sehingga istilah BUMD yang selama ini dikenal secara luas di masyarakat apakah merupakan istilah hukum yang memiliki pengaturan secara khusus di dalam peraturan perundang-undangan atau hanya istilah politis/ekonomis yang tidak memiliki dasar yuridis. Konsekuensi yuridisnya adalah kedudukan BUMD di dalam kerangka peraturan perundang-undangan menjadi tidak jelas. Ketidakjelasan tersebut akan menimbulkan permasalahan kendala upaya-upaya secara struktural dan sistematis pembenahan keberadaan BUMD di era otonomi daerah.

Sistem pengelolaan BUMD masih mengandalkan subsidi yang dialokasikan dalam APBD, padahal tujuan utama dari pembentukannya untuk mendapatkan keuntungan bagi daerah, namun pada kenyataan banyak BUMD yang mengalami in-efisiensi dan in-efektifitas dalam pengelolaannya. Kondisi semacam ini akan mengakibatkan kemerosotan perekonomian daerah, dan pemerintah daerah terbebani untuk menganggarkan subsidi demi mempertahankan kelangsungan BUMD (Andriyani, 2000: 301).

Pelaksanaan reposisi peran dan fungsi BUMD sebagai sebuah entitas bisnis yang dimiliki oleh Pemerintah Daerah sangat dibutuhkan, salah satu pilihan (opsi) adalah upaya untuk melakukan privatisasi sebagaimana juga sudah diterapkan dalam Badan Usaha Milik Negara (BUMN). Akan tetapi kenyataannya upaya tersebut tidak dapat dilakukan dalam BUMD, hal ini mengingat keberadaan BUMN dan BUMD diatur secara terpisah oleh rezim peraturan perundang-undangan yang berbeda.

Berdasarkan penjabaran latar belakang permasalahan di atas, maka dapat dikemukakan beberapa rumusan permasalahan yang hendak diteliti, yaitu:

1. Bagaimana kedudukan BUMD dalam sistem hukum di Indonesia?
2. Bagaimana peran dan fungsi BUMD dalam kerangka pelaksanaan otonomi daerah?
3. Bagaimana ketentuan hukum pelaksanaan privatisasi terhadap BUMD sebagai upaya untuk peningkatan peran dan fungsi BUMD di era otonomi daerah?

II. METODE PENELITIAN

Penelitian hukum ini dilakukan sesuai karakter yang khas dari ilmu hukum (*jurisprudence*) yang berbeda dengan ilmu sosial (*social science*) atau ilmu alam (*natural science*). Sebagai ilmu normatif, ilmu hukum memiliki cara kerja yang khas dalam membantu memecahkan persoalan-persoalan hukum yang dihadapi masyarakat. Dalam hal ini ilmu hukum dipahami sebagai ilmu tentang kaidah (norma) yang merupakan ilmu yang menelaah hukum sebagai kaidah atau sistem kaidah-kaidah, dengan dogmatik hukum atau sistematik hukum sedemikian rupa sehingga dapat dipahami dengan jelas hukum sebagai kaidah (Dirdjosisworo, 1994: 82).

A. PENDEKATAN MASALAH

Adapun pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah:

1. Pendekatan Konsep (*Conceptual Approach*)

Konsep dalam pengertian yang relevan adalah unsur-unsur abstrak yang mewakili kelas-kelas fenomena dalam suatu bidang studi yang kadangkala menunjuk pada hal-hal universal yang diabstraksikan dari hal-hal yang partikular. Salah satu fungsi logis dari konsep adalah memunculkan objek-objek yang menarik perhatian dari sudut pandang praktis dan sudut pengetahuan dalam pikiran dan atribut-atribut tertentu (Bagus, 1996: 481).

Dalam pendekatan ini mencoba untuk melihat BUMD sebagai sebuah konsep badan hukum yang eksistensinya diatur dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962 dan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007. Keberadaan ketiga Undang-Undang tersebut akan menjadi fokus analisis untuk menguraikan secara sistematis bentuk/konsep kedudukan yang mengatur tentang BUMD dalam sistem hukum di Indonesia. Dari kedudukan tersebut selanjutnya akan dianalisis peran dan fungsi BUMD berdasarkan konsep-konsep pembentukan BUMD

dalam tataran peraturan perundang-undangan di Indonesia, teori-teori pembentukan BUMD dan hasil penelitian tentang BUMD yang sudah dilakukan sebelumnya.

Analisis konsep privatisasi dalam BUMD akan dilakukan berdasarkan sistem peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang privatisasi di Indonesia dan teori-teori tentang privatisasi. Keberadaan konsep privatisasi tersebut akan dianalisis secara sistematis untuk melihat model/konsep mana yang cocok untuk diterapkan dalam usaha untuk memprivatisasi BUMD di Indonesia.

2. Pendekatan analitis (*Analytical Approach*)

Pendekatan ini ingin mengetahui makna yang dikandung oleh istilah-istilah yang digunakan dalam aturan perundang-undangan secara konseptual, sekaligus mengetahui penerapannya dalam praktik. Hal itu dilakukan melalui 2 (dua) pemeriksaan, *pertama* peneliti berusaha memperoleh makna baru yang terkandung dalam aturan hukum yang bersangkutan. *Kedua*, menguji istilah-istilah hukum tersebut dalam praktik (Ibrahim, 2004: 256).

Dalam pendekatan ini nantinya akan menganalisis beberapa istilah-istilah yang terkandung dalam beberapa peraturan perundang-undangan seperti istilah BUMD, otonomi daerah dan privatisasi. Setelah dianalisis secara sistematis pembahasannya dikomparasikan dengan teori-teori dari para ahli dan hasil-hasil penelitian yang telah dipublikasikan.

B. BAHAN HUKUM

Uraian tentang bahan hukum yang dikaji meliputi beberapa hal, yaitu: (Ibrahim, 2004:241)

1. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum yang terdiri dari peraturan perundang-undangan yang diurut berdasarkan hierarki tata urutan peraturan perundangan, yaitu, Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang, Peraturan Pengganti Undang-Undang (Perpu), Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden (Perpres), dan Peraturan Daerah (Perda).

2. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum yang terdiri dari buku-buku teks (*text book*) yang ditulis oleh para ahli hukum yang berpengaruh (*deberseende leer*), jurnal hukum, pendapat para sarjana, kasus hukum dan jurisprudensi.

a. Metode Pengumpulan Bahan Hukum

Pengumpulan bahan hukum dalam penelitian ini menggunakan cara, yaitu:

1) Studi Peraturan Perundang-undangan

Metode pengumpulan bahan hukum ini dilakukan melalui penelusuran terhadap peraturan perundang-undangan (bahan hukum primer) yang berlaku sebagai hukum positif di Indonesia serta disesuaikan dengan permasalahan

yang sedang dianalisis.

2) Studi Dokumen atau Bahan Pustaka

Metode pengumpulan bahan hukum ini melalui penelusuran atas dokumen atau bahan pustaka (bahan hukum sekunder) yang nantinya akan disesuaikan dengan permasalahan yang sedang dianalisis.

3) Wawancara

Wawancara dilakukan untuk memperoleh informasi yang dilakukan untuk melengkapi bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang terkait dengan permasalahan yang sedang dicari terhadap pihak yang diwawancarai melalui: wawancara langsung dengan menggunakan perekam (*tape recorder*), wawancara melalui telepon atau surat elektronik (*e-mail*).

b. Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder dikumpulkan berdasarkan topik permasalahan yang telah dirumuskan kemudian diinventarisasi dan diklasifikasikan dengan menyesuaikan permasalahan yang dibahas serta bahan-bahan hukum yang saling berhubungan dengan masalah yang sedang dibahas, dipaparkan, disistematiskan dan kemudian dianalisis untuk menginterpretasikan hukum yang berlaku (Ibrahim, 2004: 242).

c. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Adapun bahan hukum yang diperoleh dalam studi peraturan perundang-undangan, studi dokumen atau bahan pustaka serta wawancara diuraikan dan dihubungkan sedemikian rupa, sehingga disajikan dalam penulisan yang lebih sistematis guna menjawab permasalahan yang telah dirumuskan. Pengolahannya dilakukan dengan cara deduktif, yaitu menarik kesimpulan dari suatu permasalahan yang bersifat umum terhadap permasalahan yang konkret yang dihadapi (Ibrahim, 2004: 242).

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. KEDUDUKAN BUMD DALAM SISTEM HUKUM DI INDONESIA

Pemahaman atas Pasal 33 UUD 1945 di Indonesia dikenal 3 (tiga) jenis lembaga bisnis, yaitu: swasta, usaha milik negara dan koperasi. Pembagian lembaga bisnis dalam ketiga jenis di atas didasari atas perbedaan dari sisi “kepemilikannya”, yaitu lembaga bisnis yang dimiliki oleh swasta (individu), Negara/daerah dan koperasi. Konteks ini menjadi penting karena perbedaan lembaga bisnis berdasarkan “pengelolaan” tidak menjadi pembeda dalam pemilahan kelembagaan bisnis (Joedo & Nugroho, 2006: 5).

Lembaga bisnis swasta adalah lembaga bisnis yang kepemilikannya dikuasai oleh masyarakat umum, baik secara individu maupun kelompok. Bentuk hukum dari lembaga bisnis swasta ini ada yang berstatus non badan hukum dan ada yang berbadan hukum.

Pengelompokan lembaga bisnis swasta yang non badan hukum terdiri dari:

1. Usaha Dagang (UD);
2. *Maatschap* (Pasal 1653-1665 BW/KUHPerdata);
3. Firma/Fa (Pasal 15-35 KUHD);
4. *Commanditer Venootschap*/CV (Pasal 15-35 KUHD).

Sementara itu, pengelompokan lembaga bisnis swasta yang berbadan hukum terdiri dari:

1. Perseroan Terbatas/PT (Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas);
2. Koperasi (Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Koperasi).

Untuk lembaga bisnis yang dimiliki oleh negara/daerah adalah Badan Usaha Milik Negara (BUMN) dan Perusahaan Daerah (PD). BUMN diatur dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara, sementara PD diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962 tentang Perusahaan Daerah. Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 memuat definisi tentang BUMN, yaitu:

Badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan. Sedangkan definisi PD menurut Pasal 2 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962 adalah:

Semua perusahaan yang didirikan berdasarkan Undang-Undang ini yang modalnya untuk seluruhnya atau untuk sebagian merupakan kekayaan daerah yang dipisahkan, kecuali jika ditentukan lain dengan atau berdasarkan Undang-Undang.

Definisi PD juga diatur dalam Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, yaitu:

Perusahaan Daerah adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian modalnya dimiliki oleh Pemerintah Daerah.

Eksistensi BUMD dapat ditemukan pada Pasal 177 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, yang menyebutkan bahwa:

Pemerintah daerah dapat memiliki BUMD yang pembentukan, penggabungan, pelepasan kepemilikan, dan/atau pembubarannya ditetapkan dengan Perda yang berpedoman pada peraturan perundang-undangan.

Dan selanjutnya pada Pasal 173 ayat (1), (2) dan (3) menyebutkan bahwa:

1. Pemerintah daerah dapat melakukan penyertaan modal pada suatu Badan Usaha Milik Pemerintah dan/atau milik swasta;
2. Penyertaan modal sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat ditambah, dikurangi, dijual kepada pihak lain, dan/atau dapat dialihkan kepada badan usaha milik daerah;
3. Penyertaan modal sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Fakta yang terjadi adalah keberadaan BUMD merupakan sebuah istilah politis-ekonomis yang merujuk pada sebuah wadah usaha yang bergerak di bidang bisnis pelayanan publik yang keseluruhan maupun separuh modalnya dimiliki oleh Pemerintah Daerah. Untuk eksistensinya sebagai sebuah entitas hukum yang memiliki kedudukan sebagai subyek hukum, maka BUMD masih terdiri dari beberapa bentuk hukum sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang mengaturnya, yaitu Perusahaan Daerah/PD (Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962) dan Perseroan Terbatas/PT (Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007).

Pengaturan bentuk badan hukum Perusahaan Daerah dan Perseroan Terbatas yang terdapat dalam BUMD juga ditegaskan pada Pasal 2 Peraturan Menteri Dalam Negeri (Permendagri) Nomor 3 Tahun 1998 tentang Bentuk Hukum Badan Usaha Milik Daerah, yaitu:

Bentuk Hukum Badan Usaha Milik Daerah dapat berupa Perusahaan Daerah (PD) atau Perseroan Terbatas (PT).

Keberadaan bentuk hukum BUMD yang dapat berupa Perusahaan Daerah atau Perseroan Terbatas tersebut (vide Pasal 2 Permendagri Nomor 3 Tahun 1998) membawa konsekuensi logis bahwa segala ketentuan tentang Perusahaan Daerah tunduk pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962 dan segala ketentuan tentang Perseroan Terbatas tunduk pada Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007. Hal ini ditegaskan pada ketentuan Pasal 3 Permendagri Nomor 3 Tahun 1998, yaitu:

1. Badan Usaha Milik Daerah yang bentuk hukumnya berupa Perusahaan Daerah, tunduk pada Peraturan Perundang-undangan yang berlaku yang mengatur Perusahaan Daerah;
2. Badan Usaha Milik Daerah yang bentuk hukumnya berupa Perseroan Terbatas tunduk pada Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas dan peraturan pelaksanaannya (dalam hal ini sudah diganti dengan Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007).

Penjelasan di atas akan tergambar pada Gambar :

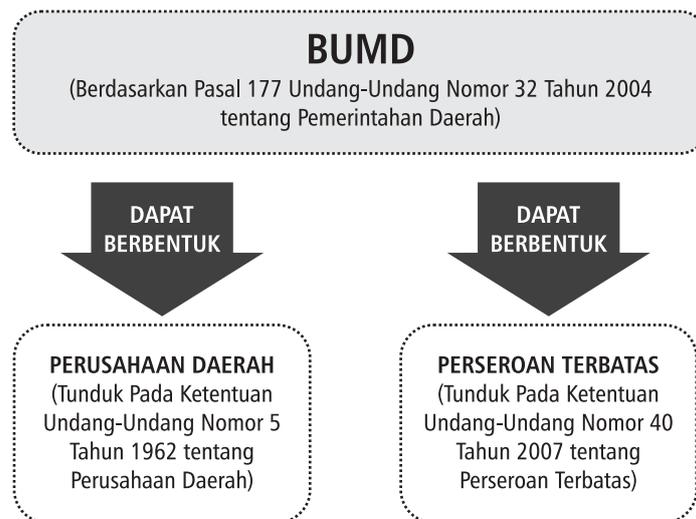
(lihat Gambar Di Halaman 121)

B. PERAN DAN FUNGSI BUMD DI ERA OTONOMI DAERAH

Pembentukan BUMD pada umumnya dilandasi oleh keinginan campur tangan Pemerintah Daerah dalam kehidupan ekonomi, sehingga mudah memasukan misi-misi ekonomis yang tidak lain sejalan dengan kebijakan Pemerintah Daerah yang berlandaskan pada Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945), yaitu:

1. Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan;
2. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;

3. Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat;
4. Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.



Gambar 1

Dengan landasan Pasal 33 UUD 1945 dan melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962, BUMD mempunyai peranan penting dalam kaitannya dengan menjalankan usaha perekonomian di daerah. Sebab dengan landasan hukum tersebut BUMD mendapat justifikasi untuk mendapatkan hak untuk mengelola sumber-sumber perekonomian yang dinilai strategis, vital dan yang menguasai hajat hidup orang banyak di daerah.

Menurut Muhammad Hatta, teori tentang “dikuasai negara” pada Pasal 33 UUD 1945 tersebut tidak berarti bahwa negara/pemerintah sendiri yang menjadi pengusaha, usahawan atau *ondernemer*. Persoalannya tidak terletak pada penguasaan melainkan pada “pelaksanaannya” harus sesuai dengan tujuannya. Fungsi kekuasaan negara/pemerintah dalam hal ini adalah pengatur (*regulator*), yaitu membuat peraturan guna melancarkan jalannya perekonomian. Jadi pada hakekatnya negara/pemerintah hanyalah sebagai “pengatur” atau “pengontrol” bukan “pemilik” dimana negara/pemerintah tidak harus menjadi pelaku ekonomi (Gunadi, 1985: 148).

Teori tentang “dikuasai negara” juga dikembangkan sebagai “dimiliki oleh negara” dimana dalam hal ini negara berkedudukan sebagai “pemilik” atau *eigenaar*” dan arti “dikuasai negara” dapat juga dimaknai negara sebagai “pengelola”. Dalam konteks ini makna “dikuasai negara” diartikan bahwa negara sebagai pemilik dan pengelola aset-aset yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945 (Sastrawidjadja, 2007: 1).

Sebagai pembanding dari teori-teori di atas adalah teori yang mengajarkan tentang monopoli. Dalam ilmu ekonomi, monopoli sangat mungkin diberikan pada suatu perusahaan sebab masih ada persepsi dalam keadaan tertentu monopoli tidak dapat dihindari tetapi justru menguntungkan masyarakat, karena diharapkan dapat mendorong pertumbuhan ekonomi. Ada 3 (tiga) faktor monopoli yang dibedakan menurut sebab yang menimbulkan monopoli tersebut (Wie, 1992), yaitu:

1. Faktor adanya skala ekonomi (*economic scale*), yaitu jika skala ekonomi perusahaan sama besarnya dengan luas pasaran, maka industri tersebut adalah suatu monopoli alamiah (*natural monopoly*), dan karena produksi barang atau jasa bisa lebih efisien jika hanya diproduksi oleh satu atau beberapa produsen saja (*natural oligopoly*);
2. Faktor adanya penguasaan (kontrol) satu perusahaan atas pengadaan suatu sumber daya alam tertentu atau atas suatu teknologi tertentu yang dilindungi oleh hak atas kekayaan intelektual (HAKI);
3. Faktor adanya hak yang diberikan kepada perusahaan swasta atau BUMN/BUMD oleh pemerintah untuk bertindak sebagai penjual tunggal bagi suatu barang atau jasa tertentu.

Dalam pada itu, kehendak campur tangan pemerintah diperkuat dengan adanya pendapat umum yang menyatakan bahwa selalu ada sektor yang tidak dapat diserahkan begitu saja kepada perseorangan ataupun swasta. Peran dan campur tangan pemerintah justru diperlukan dalam pembangunan ekonomi, walaupun kegiatan ekonomi sejauh mungkin diserahkan pada mekanisme pasar. Dapat dikatakan bahwa campur tangan pemerintah hanya merupakan tindakan politis untuk menjaga keseimbangan struktur perekonomian, sebab pemerintah ingin mempertahankan sistem perekonomian agar tetap berada di bawah kendalinya, sehingga tidak dapat dikuasai oleh *interest* perorangan maupun swasta.

Gagasan ini semula dipakai untuk mengatasi krisis ekonomi (kekurangan modal) di Amerika dan Eropa pasca Perang Dunia II, dimana masyarakat tidak sanggup memecahkan problem tersebut. Dari gagasan tersebut kemudian dibuat suatu sistem perencanaan ekonomi yang kemudian dikenal dengan *planned economy* atau *verwaltungswirtschaft* (Azis, 1992: 145).

Dalam kepustakaan ditemukan 3 (tiga) macam sistem mengenai *planned economy* (Lubis, 1987: 59), yaitu:

1. Sistem Kapitalisme, yang juga dikenal dengan *free fight liberalism* atau *laissez faire*, yaitu suatu sistem yang memberikan kesempatan yang besar kepada swasta dan individu tanpa adanya campur tangan negara/pemerintah;
2. Sistem Perencanaan Pusat atau *central planned economy*, dimana dalam sistem ini negara melakukan campur tangan pada hampir semua kegiatan perekonomian yang diatur secara sentral/terpusat;

3. Sistem *Mixed Planned Economy*, yaitu sistem perekonomian campuran yang mana dalam sistem ini diberikan kebebasan kepada swasta untuk bergerak dalam bidang ekonomi, tetapi tidak semua bidang ekonomi diserahkan kepada swasta, sementara bidang ekonomi yang menyangkut hajat hidup orang banyak masih dikuasai negara/pemerintah.

Melihat konteks yang telah ditentukan dalam Pasal 33 UUD 1945 bahwa sistem perekonomian yang terjadi di Indonesia adalah lebih condong pada sistem ekonomi campuran (*mixed planned economy*). Hal ini terlihat dari beberapa indikator, yaitu:

1. Adanya peran negara untuk bergerak di bidang ekonomi yang khususnya terkait dengan cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak (Pasal 33 ayat (2) UUD 1945);
2. Adanya penguasaan mutlak oleh negara terhadap bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya (Pasal 33 ayat (3) UUD 1945);
3. Eksistensi koperasi sebagai peran serta masyarakat/warga negara dalam perwujudan dari sistem perekonomian yang disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan (Pasal 33 ayat (1) UUD 1945);
4. Diberikannya peluang partisipasi/peran serta masyarakat secara luas dalam penyelenggaraan perekonomian nasional yang berdasarkan pada sistem demokrasi ekonomi (Pasal 33 ayat (4) UUD 1945).

Keberadaan point 1 dan 2 pada ketentuan di atas yang sebagaimana juga telah diatur dalam Pasal 33 ayat (2) dan (3) dapat ditarik korelasinya dengan kebutuhan akan keberadaan suatu badan usaha yang bertugas untuk “menguasai” cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak serta badan usaha yang “menguasai dan mengelola” bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Ini adalah dasar konstitusional di Indonesia untuk menjustifikasi keberadaan badan usaha tersebut yang selama ini dikenal dengan Badan Usaha Milik Negara (BUMN) dan Badan Usaha Milik Daerah (BUMD).

Apabila pembentukan BUMD dikatakan sebagai penerapan sistem perekonomian campuran sebagaimana dijelaskan di atas, maka BUMD dibentuk sebagai instrumen yang diarahkan selalu mematuhi petunjuk-petunjuk dan perencanaan dari Pemerintah Daerah. Pemerintah Daerah selalu dapat melakukan pengawasan sesuai kepentingannya, dan dapat lebih mengetatkan pengawasannya apabila BUMD bersangkutan memegang sektor vital, strategis atau menguasai hajat hidup orang banyak.

Menurut Fabrikant, BUMD hanyalah merupakan suatu alat yang diciptakan dengan motif-motif tertentu (Fabrikant, 1976: 198), yaitu:

“... state enterprise constitute a necessary means that form part of the end; ... state enterprises are usually viewed as a (temporary) institutional means of compensating for indigenous deficiencies of capital and

entrepreneurial skills and opportunities”.

“The use of state enterprise may also motivated by the absence of an effective tax collecting apparatus, or they may be employed as a means of generating state revenues, ...may be designed to “create” local partners for foreign investors, ...the use of state enterprise include the desire to escape from bureaucratic controls...”.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa BUMD adalah merupakan bukti nyata keterlibatan Pemerintah Daerah pada kehidupan ekonomi di daerah. Hal ini dapat terlihat juga dari beberapa indikator, yaitu:

1. Jumlah BUMD di masing-masing daerah yang tidak sedikit jumlahnya;
2. Jumlah penyertaan modal yang ditempatkan pada BUMD;
3. Jumlah setoran keuntungan BUMD yang disetorkan melalui Pendapatan Asli Daerah (PAD) melalui APBD;
4. Cakupan penguasaan terhadap bidang bisnis yang strategis, vital dan menguasai hajat hidup orang banyak.

Keterlibatan peran serta Pemerintah Daerah dalam bidang perekonomian menjadi sangat penting seiring dengan menguatnya tuntutan akan peran daerah yang kuat dalam pelaksanaan otonomi daerah. Euforia otonomi daerah yang saat ini sudah berlangsung selama satu dasawarsa terakhir membawa imbas yang cukup kuat pada bidang BUMD. Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Pemerintahan Daerah memberikan definisi tentang otonomi daerah, yaitu:

Adalah hak, wewenang dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Selanjutnya dalam penjelasan umum Undang-Undang Pemerintah Daerah dijelaskan bahwa prinsip otonomi daerah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam arti daerah diberikan kewenangan mengurus dan mengatur semua urusan pemerintahan di luar yang menjadi urusan pemerintah yang ditetapkan dalam Undang-Undang tersebut. Daerah memiliki kewenangan membuat kebijakan daerah untuk memberikan pelayanan, peningkatan peran serta, prakarsa, dan pemberdayaan masyarakat yang bertujuan pada peningkatan kesejahteraan masyarakat dengan selalu memperhatikan kepentingan dan aspirasi yang tumbuh dalam masyarakat.

Atas dasar konstruksi hukum ini, yang kemudian pada Pasal 177 Undang-Undang Pemerintahan Daerah, menyebutkan bahwa pemerintah daerah dapat memiliki BUMD. Keberadaan BUMD dalam era otonomi daerah memiliki beberapa alasan (Joedo & Nugroho D., 2006: 13), yaitu:

1. Alasan ekonomis, yaitu mengoptimalisasikan potensi ekonomi di daerah dalam upaya menggali dan mengembangkan sumber daya daerah, memberikan pelayanan masyarakat (*public service*), dan mencari keuntungan (*profit motive*);

2. Alasan strategis, yaitu mendirikan lembaga usaha yang melayani kepentingan publik, namun masyarakat atau swasta tidak mampu/belum mampu melakukannya, baik karena investasi yang sangat besar, resiko usaha yang sangat besar, maupun karena eksternalitasnya sangat besar dan luas;
3. Alasan politis, yaitu upaya untuk mempertahankan potensi ekonomi yang mempunyai daya dukung politis bagi Pemerintah Daerah;
4. Alasan *budget*, yaitu bahwa Pemerintah Daerah perlu mempunyai sumber pendapatan lain di luar pajak dan retribusi serta alokasi dana dari pemerintah untuk mendukung anggaran belanja dan pembangunan daerah.

Dari Alasan-alasan tersebut di atas dapat ditarik kesimpulan yang kuat bahwa BUMD dalam menjalankan peran dan fungsi yang diamanatkan, dilandaskan pada beberapa hal, yaitu:

1. Sebagai pendorong pertumbuhan ekonomi daerah (*agent of development*)
Dalam hal ini BUMD diposisikan sebagai aparat perekonomian daerah dalam rangka mengimplementasikan otonomi daerah secara nyata yang bertujuan untuk membantu kelancaran perkembangan dan pembangunan daerah;
2. Sebagai institusi pelayanan publik (*public servant*)
Dalam hal ini BUMD diposisikan sebagai salah satu unit perekonomian daerah yang harus mampu berfungsi sebagai aparat pengembangan dan pembangunan ekonomi daerah yang secara aktif dan langsung melakukan usaha-usaha diberbagai sektor industri dan menyelenggarakan usaha-usaha pelayanan bagi masyarakat dan kemanfaatan umum, yang sekaligus sebagai penyedia lapangan kerja;
3. Sebagai salah satu sumber pendapatan asli daerah
Dalam hal ini BUMD diposisikan sebagai salah satu instrumen untuk menggali sumber keuangan daerah yang nantinya akan disetor ke dalam APBD guna meningkatkan kemampuan dan kekuatan daerah dalam menyelenggarakan pembangunan.

C. PRIVATISASI BUMD DALAM SISTEM HUKUM DI INDONESIA

Beesly dan Littlechild mengungkapkan bahwa privatisasi merupakan pembentukan perusahaan dan pengalihan kepemilikan perusahaan dari pemerintah kepada pihak swasta. Dapat juga diartikan sebagai penjualan secara berkelanjutan sekurang-kurangnya 50% saham milik pemerintah kepada swasta (Beesly & Littlechild, 1984). Sementara itu Savas mengartikan privatisasi sebagai tindakan mengurangi kegiatan atau peran pemerintah atau meningkatkan peran swasta, khususnya dalam aktivitas yang menyangkut kepemilikan atas asset-asset (Savas, 1987: 8).

Pengertian privatisasi menurut ketentuan Pasal 1 angka 12 Undang-Undang BUMN adalah:

Penjualan saham perseroan, baik sebagian maupun seluruhnya, kepada pihak lain dalam rangka meningkatkan kinerja dan nilai perusahaan, memperbesar manfaat bagi negara dan masyarakat, serta memperluas kepemilikan saham oleh masyarakat.

Dalam soal istilah privatisasi menyimpan beberapa pengertian, *pertama* adalah kehendak pemerintah untuk mengurangi campur tangan dalam kehidupan ekonomi dan memberikan kesempatan lebih banyak kepada peranan swasta. *Kedua*, penjualan sebagian atau semua saham pemerintah di BUMN/BUMD kepada sektor swasta. *Ketiga*, perubahan gaya manajemen BUMN/BUMD dari model *ambtarnaar* menjadi lebih *business-like* seperti halnya perusahaan swasta murni yang benar-benar profesional (Rustanto, 2002).

Dalam perspektif kebijakan publik, maksud dilakukannya privatisasi (Nugroho & Wrihatnolo, 2008: 69) adalah untuk:

1. Kebijakan fiskal, pemerintah mengalami kesulitan untuk merencanakan anggaran belanja dan pendapatan masing-masing BUMN/BUMD yang selama ini dibiayai pemerintah. Arus transaksi antar BUMN/BUMD yang dipengaruhi pemerintah dipandang terlalu rumit dan tidak efisien;
2. Demokrasi kepemilikan; untuk membangun perekonomian yang ekonomis pemerintah dapat melibatkan swasta untuk secara aktif turut serta dalam pembangunan;
3. Mengurangi dominasi kelompok pengusaha; privatisasi yang dilakukan pemerintah diharapkan dapat mengurangi dominasi pasar yang selama ini dikuasai oleh pengusaha atau beberapa lembaga yang ditunjuk oleh pemerintah;
4. Menghapuskan sosialisme dan kolektivisme; privatisasi yang dilakukan pemerintah adalah merupakan kebijakan publik yang ditujukan untuk mengurangi dominasi negara terhadap publik.

Ditinjau dari sisi historis, privatisasi berangkat dari konsep yang dikembangkan aliran ekonomi klasik Adam Smith (1776) dalam bukunya "*an enquiry into the nature and causes the wealth of nation*" yang mengemukakan:

The Natural Effort of every individual to better of his own condition, when suffered to exert itself with freedom and security, is so powerfull a principle, that it is alone, and withouth any assistance, not only capable of carrying of the society to wealth an prosperity, but of surmounting a houndred impertinent obstructions with which the folly of human lawa to often encumbers its operations... (Smith, 1981: 508).

Ide awal privatisasi di Indonesia berasal dari *International Monetary Fund* (IMF) dan Bank Dunia (*World Bank*) untuk memulihkan perekonomian Indonesia. Privatisasi disyaratkan oleh IMF dan World Bank karena memberikan peluang pada pemodal asing untuk masuk menanamkan investasinya, sehingga diharapkan bisa memberikan pengaruh positif terhadap pertumbuhan ekonomi. Partisipasi pihak swasta/asing dianggap perlu sebagai penetrasi pasar dan mengubah kultur korup dikalangan pengelola BUMN/BUMD. IMF berkeyakinan bahwa privatisasi akan berhasil memulihkan perekonomian Indonesia jika dilakukan dengan bersih dan benar serta dilengkapi dengan aturan yang mendukung

untuk melindungi kepentingan masyarakat (Indrawati, 2003: 87).

Pengikutsertaan pihak swasta dalam pengelolaan dan aktivitas ekonomi dianggap memberikan berbagai manfaat dan keuntungan, seperti modal baru untuk pengembangan usaha, perbaikan atau peningkatan teknologi, penetrasi pasar, perbaikan *governance* (tata kelola perusahaan), dan mengubah kultur perusahaan yang buruk (Indrawati, 2003: 88).

Pilihan swastanisasi (privatisasi) menjadi salah satu opsi yang saat ini banyak didesak oleh beberapa kalangan, karena beberapa hal berikut ini: (Prasetyo, 2003: 17)

1. Menurunnya harga minyak dan gas bumi serta menipisnya cadangan minyak, mengurangi *economic rent* yang selama ini dinikmati pemerintah. Padahal pemerintah menanggung biaya yang membengkak dalam perekonomian. Beban itu harus diringankan dengan cara pemerintah melepaskan kendali perekonomian kepada sektor swasta;
2. Perubahan ekonomi ke arah globalisasi akan menyebabkan peningkatan kompetisi. Kompetisi menuntut adanya unit ekonomi yang bergerak secara fleksibel, tanggap secara cepat terhadap perubahan;
3. Defisit anggaran dan utang pemerintah yang besar mengakibatkan diperlukannya perubahan mendasar dalam pengeluaran pemerintah. Berbagai subsidi, baik eksplisit maupun implisit harus diturunkan untuk mengurangi beban anggaran;
4. Intervensi pemerintah seringkali mendistorsi cara kerja pasar yang sesungguhnya bisa berlangsung efisien.

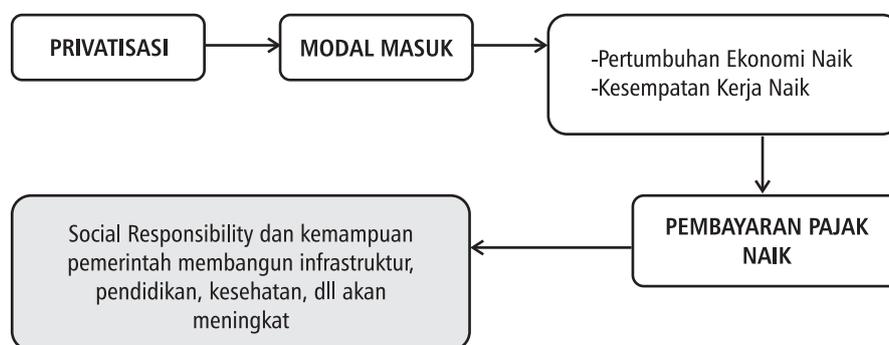
Selain itu desakan untuk melaksanakan privatisasi didasari pada tujuan mulia untuk mencegah atau setidaknya mengurangi korupsi oleh aparat/pengelola BUMD yang sering didominasi oleh tujuan hanya ingin melayani pemerintah dan tidak terlalu peduli dengan kinerja perusahaan. Kondisi ini terkait dengan fakta bahwa BUMD memiliki kelemahan inheren, yaitu dalam hubungan antara *principal* (pemilik/Pemerintah Daerah) dengan pengelola/manajemen BUMD. Pihak *principal* sering sekali tidak mempunyai visi, misi, keahlian/kapasitas, dan *insting* pengelolaan usaha yang memadai, sehingga sering membebani BUMD dengan berbagai misi dan tujuan yang sering sekali berlawanan.

Privatisasi yang dilakukan secara cermat dan bersih, menghasilkan pemenang privatisasi benar-benar pihak yang memiliki modal, teknologi, dan kompetensi yang lebih baik. Dari sisi pemerintah sebagai pemilik, jika privatisasi dilakukan dengan rencana dan tahapan serta aturan-aturan yang baik, prosesnya bersih, kredibel, dan eksekusi proses secara kompeten, maka akan memberikan manfaat (*multi player effect*) yang sangat banyak, yaitu: (Indrawati, 2003: 88)

1. Pemerintah akan diuntungkan dari segi pendapatan privatisasi yang berguna untuk mendukung APBD;

2. Beban dan resiko pemerintah akan berkurang karena BUMD telah memiliki pemilik lainnya yaitu pihak swasta yang akan turut bertanggungjawab dari segi permodalan, teknologi, perbaikan *governance*, dan kinerja lainnya dari perusahaan;
3. BUMD akan menjadi lebih efisien dan *profitable*, sehingga bukan lagi sebagai institusi yang mengurus duit pemerintah yang ada di APBD tetapi justru menjadi penyeter pajak/retribusi dalam pendapatan asli daerah;
4. Perusahaan yang baik akan menciptakan kesempatan kerja dan pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan, serta akan mengundang kepercayaan investor internasional.

MULTI PLAYER EFFECT PRIVATISASI:



Gambar: 2

Pelaksanaan privatisasi BUMD di Indonesia belum menjadi pilihan bagi banyak pemerintah daerah. Selama ini pelaksanaan privatisasi BUMD terjadi hanya pada Perusahaan Air Minum Jakarta (PAM Jaya) yang bergerak dalam bidang pengelolaan air minum yang dibeli oleh *Thames* dan *Suez*. BUMD yang terdapat di Jawa Timur saat ini sepenuhnya di bawah kendali pemerintah daerah yang menguasai mayoritas kepemilikan modalnya dan belum ada satu pun BUMD yang telah melaksanakan privatisasi.

Privatisasi jika dilihat pada konteks BUMN tentu saja sudah memiliki beberapa dasar hukum sebagai landasan pelaksanaannya. Privatisasi di BUMN didasari pada Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara dan Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 33 Tahun 2005 tentang Tata Cara Privatisasi Perusahaan Perseroan. Sekarang, bagaimana halnya dengan pelaksanaan privatisasi yang akan dilakukan pada BUMD, apakah dasar hukum yang digunakan pada privatisasi BUMN dapat diterapkan pada BUMD? Jika tidak, apakah proses privatisasi BUMD memiliki instrumen hukum sendiri?

BUMD, seperti yang telah diuraikan pada sub bab sebelumnya merupakan sebuah wadah yang terdiri dari 2 (dua) bentuk hukum, yaitu Perusahaan Daerah (PD) yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962 dan Perseroan Terbatas (PT) yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007. Pengaturan privatisasi di dalam Perusahaan Daerah tidak didefinisikan dengan jelas, hal ini terlihat dari ketentuan Pasal 28 ayat (5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962, yaitu:

Pemerintah Daerah dapat mengikutsertakan perkumpulan koperasi dan atau perusahaan swasta di daerahnya dalam pembinaan dan penyelenggaraan Perusahaan Daerah. Konteks keikutsertaan perkumpulan koperasi dan atau perusahaan swasta pada bunyi pasal tersebut di atas menjadi dasar pelaksanaan privatisasi pada Perusahaan Daerah.

Keberadaan privatisasi di Perusahaan Daerah sebenarnya sudah terjadi secara sektoral di Indonesia, khususnya terkait dengan pengaturan bentuk kerjasama Perusahaan Daerah Air Minum dengan pihak ketiga. Hal ini ditandai dengan keluarnya ketentuan Peraturan Menteri Dalam Negeri (Permendagri) Nomor 4 Tahun 1990 tentang Bentuk dan Tata Cara Kerjasama Perusahaan Daerah dengan Pihak Ketiga *juncto* Instruksi Mendagri Nomor 21 Tahun 1996 tentang Petunjuk Kerjasama PDAM dengan Pihak Swasta.

Melalui peraturan ini Perusahaan Daerah diberi kesempatan melakukan kerjasama untuk meningkatkan efisiensi, produktifitas dan efektifitasnya dalam upaya melanjutkan dan mengembangkan kelangsungan hidup perusahaan dan mempercepat mobilisasi usaha dengan cara mengembangkan usaha yang sudah ada atau sedang berjalan, atau membentuk usaha-usaha baru atas dasar pertimbangan mempunyai prospek yang baik dan saling menguntungkan. Dalam Pasal 5 Permendagri Nomor 5 Tahun 1990 diatur mengenai ketentuan bentuk kerjasama, yaitu:

1. Pemilihan kerjasama ditentukan oleh sifat dan tujuan usaha Perusahaan Daerah dan jenis modal yang disertakan pada usaha kerjasama;
2. Kerjasama dapat dilakukan dalam bidang manajemen, operasional, pembagian keuntungan, patungan (*joint venture*);
3. Kontrak manajemen, produksi, bagi hasil dan kontrak bagi tempat usaha;
4. Pembelian saham, obligasi dari Perseroan Terbatas (PT) yang telah berbadan hukum dan berprospek baik;
5. Keagenan, pemakaian dan penyaluran;
6. Penjualan saham, obligasi dan memasyarakatkan saham, obligasi (*go public*);
7. Kerjasama bantuan teknik dalam dan luar negeri;
8. Gabungan dua/lebih bentuk-bentuk kerjasama termasuk pada point 1, 2, 3 dan 6.

Untuk BUMD yang berbentuk Perseroan Terbatas (PT) pengaturan tata cara privatisasi juga tidak memiliki landasan hukum yang jelas, karena ketentuan privatisasi untuk Perseroan Terbatas yang terdapat pada Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 adalah Perseroan Terbatas dalam lingkup BUMN. Namun sebagai tawaran konsep setidaknya pengaturan ketentuan privatisasi pada BUMN setidaknya dapat dijadikan model untuk dilakukan pada BUMD yang berbentuk Perseroan Terbatas. Adapun ketentuan privatisasi yang dapat dilakukan adalah:

1. Privatisasi merupakan penjualan sebagian saham Perseroan Terbatas dalam rangka meningkatkan kinerja dan nilai perusahaan, memperbesar manfaat bagi daerah dan

- masyarakat, serta memperluas pemilikan saham oleh masyarakat daerah;
2. Pelaksanaan privatisasi dilakukan berdasarkan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD);
 3. Dasar pelaksanaan privatisasi BUMD melalui Peraturan Daerah yang memperhatikan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi;
 4. Privatisasi dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip transparansi, kemandirian, akuntabilitas, pertanggungjawaban, kewajaran, dan prinsip harga terbaik dengan memperhatikan kondisi pasar;
 5. Privatisasi dilakukan dengan cara:
 - a. Penjualan saham berdasarkan ketentuan pasar modal;
 - b. Penjualan saham secara langsung kepada investor;
 - c. Penjualan saham kepada manajemen dan/atau karyawan Persero yang bersangkutan.
 6. BUMD yang dapat diprivatisasi harus sekurang-kurangnya memenuhi kriteria:
 - a. Industri/sector usahanya kompetitif; atau
 - b. Industri/sector usahanya terkait dengan teknologi yang cepat berubah.
 7. BUMD yang tidak dapat diprivatisasi adalah:
 - a. BUMD yang bidang usahanya berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan hanya boleh dikelola oleh BUMD;
 - b. BUMD yang bergerak di sector usaha yang berkaitan dengan pertahanan dan keamanan negara;
 - c. BUMD yang bergerak di sector tertentu yang oleh Pemerintah Daerah diberikan tugas khusus untuk melaksanakan kegiatan tertentu yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat;
 - d. BUMD yang bergerak di bidang usaha sumber daya alam yang secara tegas berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dilarang untuk diprivatisasi.

Keberadaan aturan hukum yang tidak mengatur secara tegas tentu tidak akan menghalangi pelaksanaan privatisasi pada BUMD. Pelaksanaan privatisasi yang dapat dijadikan alternatif solusi saat ini adalah privatisasi yang berpola pada “kemitraan” yang lazim disebut sebagai *private sector participation*. Adapun bentuk-bentuk *private sector participation* adalah sebagai berikut: (Joedo & Nugroho, 2006: 73)

1. Pemberian konsesi secara terbatas, baik waktu dan/atau lingkup kerja. Disini pihak swasta hanya mengoperasikan infrastruktur yang dimiliki BUMD untuk lingkup dan waktu tertentu;
2. Kerjasama Operasi (KSO), disini pihak BUMD melakukan kerjasama manajemen untuk mengelola unit bisnis tertentu;

3. *Built Operate and Transfer* (BOT), disini pihak swasta membangun sebuah infrastruktur mulai dari awal, untuk kemudian dikelola, dan pada kurun waktu tertentu diserahkan kepada BUMD;
4. *Operate Develop and Transfer* (ODT), disini BUMD memberikan konsesi kepada swasta untuk mengelola bisnisnya, mengembangkan dan pada kurun waktu tertentu mengembalikannya kepada BUMD.

IV. SIMPULAN DAN SARAN

A. SIMPULAN

Eksistensi BUMD dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 sebagai perusahaan yang dimiliki oleh pemerintah daerah merupakan sebuah wadah usaha yang terdiri dari 2 (dua) bentuk badan hukum, yaitu Perusahaan Daerah (PD) dan Perseroan Terbatas (PT). Kedua peraturan perundang-undangan tersebut membawa sistem dan kedudukan yang masing-masing memiliki konsekuensi yuridis yang berbeda, sehingga BUMD yang berbentuk hukum Perusahaan Daerah tunduk pada ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962 sementara BUMD yang berbentuk Perseroan Terbatas (PT) tunduk pada ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007.

Pembentukan BUMD pada umumnya dilandasi oleh keinginan campur tangan Pemerintah Daerah dalam kehidupan ekonomi, sehingga mudah memasukan misi-misi ekonomis yang tidak lain sejalan dengan kebijakan Pemerintah Daerah. Berdasarkan hal tersebut peran dan fungsi BUMD sebagai perusahaan daerah dalam era otonomi daerah di Indonesia merupakan sebuah wadah usaha yang dimiliki oleh pemerintah daerah yang digunakan sebagai instrumen untuk menguasai sumber-sumber strategis daerah yang berkaitan dengan hajat hidup rakyat di daerah, memberikan pelayanan publik dan sebagai media untuk meningkatkan sumber pendapatan daerah.

Privatisasi sebagai sebuah upaya yang selama ini telah dilakukan pada Badan Usaha Milik Negara (BUMN) menjadi sebuah alternatif strategis yang setidaknya dapat ditawarkan pada BUMD. Pelaksanaan privatisasi BUMD dilakukan sebagai sebuah wujud perluasan partisipasi masyarakat dan pihak swasta untuk berperan aktif dalam mengembangkan BUMD agar peran dan kinerja BUMD dapat optimal dalam memberikan kontribusi bagi pendapatan daerah. Pelaksanaan privatisasi di BUMD saat terhalangi oleh ketiadaan aturan hukum yang mengaturnya, hal ini penting mengingat ketentuan hukum yang ada hanya dapat dipergunakan untuk privatisasi pada BUMN. Pilihan-pilihan model privatisasi yang ada setidaknya dapat menjadi pertimbangan di samping menjual saham BUMD secara mayoritas kepada pihak swasta.

B. SARAN

Aturan hukum yang selama ini mengatur BUMD hanya aturan yang mengatur mengenai bentuk hukumnya saja, yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962 tentang

Perusahaan Daerah (PD) dan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (PT). Perlu adanya aturan hukum yang tegas untuk mengatur keberadaan BUMD di Indonesia, sehingga keberadaan BUMD dapat membawa peran yang jelas dalam sistem pemerintahan di daerah khususnya di era otonomi daerah. Keberadaan peraturan perundang-undangan setingkat Undang-Undang setidaknya akan menjadi sebuah solusi untuk memperkuat eksistensi BUMD.

Privatisasi merupakan salah satu alternatif untuk meningkatkan peran dan kapasitas BUMD agar dapat menjalankan fungsinya sebagai perusahaan yang berorientasi bisnis dapat memberikan keuntungan yang maksimal bagi daerah, namun kebijakan privatisasi BUMD setidaknya harus memperhatikan kepentingan masyarakat daerah dan tidak mengurangi eksistensinya sebagai perusahaan yang dimiliki dan dikuasai oleh Pemerintah Daerah.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU-BUKU:

- Ali, Chidir, 1999, *Badan Hukum*, Bandung, Penerbit Alumni.
- Arief, Sidharta, Bernard, 1996, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung, Mandar Maju.
- Aziz, Sri Wulan, 1992, *Aspek-Aspek Hukum Ekonomi Pembangunan di Indonesia*, Surabaya, Diktat pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga.
- Bagus, Lorens, 1996, *Kamus Filsafat*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama.
- Bastian, Indra, 2002, *Privatisasi di Indonesia*, Jakarta, Salemba Empat.
- Dirdjosisworo, Soedjono, 1994, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Raja Grafindo Persada.
- Fabrikant, Robert, 1976, *Pertamina: A National Company in a Developing Country*, dalam *Law and Public Enterprise in Asia*, International Legal Center, New York, Preager Publishers.
- Gunadi, Tom, 1985, *Sistem Perekonomian Menurut Pancasila dan UUD 1945*, Bandung, Angkasa.
- Ibrahim, Johny, 2005, *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif*, Malang, Bayumedia.
- Joedo, Hari S. Malang, Riant Nugroho D., 2006, *Reinventing BUMD; Kunci Sukses Mengembangkan BUMD Produktif dan Profesional*, Jakarta, PT. Elex Media Komputindo.
- Lubis, Mulya, 1987, *Hukum dan Ekonomi; Beberapa Pilihan Masalah*, Jakarta, Pustaka Binar Harapan.
- Mertokusumo, Sudikno, 2002, *Mengenal Hukum*, Yogyakarta, Liberty.
- Nugroho, Riant, Randy R. Wrihatnolo, 2008, *Manajemen Privatisasi BUMN*, Jakarta, Elex Media Komputindo.
- Rustanto, *Privatisasi Vs Kepentingan Kelompok*, Majalah Tempo, 13 Januari 2002.

Sastrawidjadja, Man S., 2007, *Makalah Seminar Nasional: Implikasi Berlakunya Ketentuan Keuangan Negara Terhadap Pengelolaan Aset BUMN*, Bandung, Kelompok Studi Hukum Bisnis Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran.

Savas, E.S., 1987, *Privatization: the Key to Better Government*, New Jersey, Chatam House Publisher, Inc.

Smith, Adam, 1776, *An Enquiry Into The Nature and Causes The Wealth Of Nation*.

Wie, Thee Kian, 1992, *Biaya Sosial Monopoli*, Jakarta, Harian KOMPAS Jakarta.

JURNAL:

Andriyani, Wuri, 2000, *Jurnal Hukum Yuridika*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Vol. 15, No. 4.

Beesly, Micheal dan Stephan Littlechild, 1983, Privatization: Principles, Problems and Priorities, *Lloyds Bank Review*, Vol. 149.

Kay, J.A. dan D.J. Thampson, 1986, *Privatization: A Policy in Search of A Rationale*, The Economic Journal, Vol. 96.

Indrawati, Sri Mulyani, 2003, *Jurnal Hukum Jantera*, Pusat Studi Hukum & Kebijakan (PSHK), Jakarta, Edisi 3.

Prasetyo, Eko, 2003, *Jurnal Hukum Jantera*, Pusat Studi Hukum & Kebijakan (PSHK), Jakarta, Edisi 3.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN:

Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1962 tentang Perusahaan Daerah.

Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1969 tentang Pernyataan Tidak Berlakunya Berbagai Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Koperasi.

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2000 tentang Pajak Penghasilan.

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Peraturan Menteri Dalam Negeri (Permendagri) Nomor 3 Tahun 1998 tentang Bentuk Hukum Badan Usaha Milik Daerah.

Peraturan Pemerintah Nomor 33 Tahun 2005 tentang Tata Cara Privatisasi Perusahaan Perseroan.

PERLINDUNGAN HUKUM BAGI INVESTOR DALAM INVESTASI REKSA DANA

YULIA QAMARIYANTI

Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat, Jalan Brigjend H.Hasan Basry, Pangeran, Banjarmasin Utara, Banjarmasin 70123, Kalimantan Selatan, Indonesia.

ABSTRACT

The aim of this research is to find out: legal protection for investor in mutual fund investment. The research method used is normative legal research methodology, which is included librarian research using 3 (three) legal source, such as primer legal source, secondary legal source and last but not least ultimate legal source. The result of research are: Legal protection for investor in corporate mutual fund and collective contract investment is stated in multi fund management contract, the state regulation of capital market, and its executor regulations such as Securities Exchange (BAPEPAM) regulation and fiduciary duty.

Key words: Legal Protection, Investor, Mutual Fund.



I. PENDAHULUAN

Pasar Modal sebagaimana pasar pada umumnya adalah suatu tempat untuk mempertemukan penjual dan pembeli. Yang membedakannya dengan pasar lainnya adalah pada obyek yang diperjualbelikan. Kalau pada pasar lainnya yang diperdagangkan adalah sesuatu yang sifatnya konkrit seperti kebutuhan sehari-hari, tetapi yang diperjualbelikan di Pasar Modal adalah modal atau dana dalam bentuk efek (surat berharga) (Tavinayati dan Qamariyanti, 2007: 4). Pasar Modal/ *Capital Market/Stock Exchange/Stock Market* dalam pengertian klasik diartikan sebagai suatu bidang usaha perdagangan surat-surat berharga seperti saham, sertifikat saham, dan obligasi atau efek-efek pada umumnya (Gysmar, 1999:10). Sementara itu, Pasar Modal menurut Kamus Hukum Ekonomi diartikan sebagai pasar atau tempat bertemunya penjual dan pembeli yang memperdagangkan surat-surat berharga jangka panjang, misal saham dan obligasi (Erawaty dan Badudu, 1996: 14).

Dalam menjalankan kegiatannya sehari-hari ataupun untuk pengembangan ke depan perusahaan membutuhkan dana dalam bentuk uang tunai. Dalam situasi demikian ada beberapa alternatif

pendanaan yang menjadi pilihan bagi perusahaan:

1. Mencari pinjaman/tambahan pinjaman;
2. Partner untuk merger;
3. Menjual perusahaan/menutup perusahaan; atau
4. Mencari tambahan modal dengan mencari pihak lain yang mau ikut menanam modal pada perusahaan (Sitompul, 1996: 11).

Apabila pilihan ke-4 yang dipilih, maka perusahaan memutuskan untuk menjual sebagian saham dalam bentuk efek ke masyarakat luas. Dengan demikian, perusahaan mulai memasuki tahap *go public* yakni dengan melakukan penawaran umum ke masyarakat dalam rangka memenuhi kebutuhan dana perusahaan.

Investasi di pasar modal mempunyai risiko yang lebih tinggi dibandingkan dengan investasi di bidang yang lain karena sangat terpengaruh: (1) tergantung dari bunga bank, bila tingkat bunga deposito lebih tinggi dari bunga obligasi keinginan berinvestasi di pasar modal akan menurun.; (2) keadaan ekonomi keseluruhan apakah sedang resesi, berkembang atau stabil. Ekonomi resesi, daya beli masyarakat turun, keadaan ini berpengaruh pada faktor lain seperti produksi, keuangan dan keuntungan perusahaan (Tavinayati dan Qamariyanti, 2007: 7-8).; (3) faktor politis sebagai faktor yang menentukan, mempengaruhi rencana dan keputusan investasi para Investor (Safitri, 1998:17); (4) faktor hukum, kepatuhan hukum pelaku pasar untuk menjalankan segala ketentuan hukum yang tercantum dalam berbagai peraturan Badan Pengawas Pasar Modal akan menjadi tolok ukur sejauh mana pelaku pasar dapat menjaga instrumen ekonomi ini menjadi wadah yang dapat dipercaya. Praktik curang dan kejahatan di Pasar Modal akan menjadi sasaran dari upaya penegakan hukum oleh para penyidik Badan Pengawas Pasar Modal sehingga Biro Pemeriksaan dan Penyidikan akan menjadi alat ampuh dalam mengaktifkan kepatuhan hukum para pelaku pasar. Oleh karena itu, keputusan untuk memilih investasi di pasar modal harus melewati pertimbangan yang matang. Nasihat yang paling sering diucapkan sebelum berinvestasi di Pasar Modal adalah “jangan menaruh telur dalam satu keranjang tetapi dalam sepuluh keranjang. Kalau satu keranjang pecah maka anda masih memiliki telur sembilan keranjang”. Artinya kalau anda memiliki dana jangan semuanya diinvestasikan di Pasar Modal tetapi sebarlah dalam beberapa pilihan investasi sehingga kalau anda mengalami kerugian akibat investasi di Pasar Modal anda masih memiliki investasi yang lain (Tavinayati dan Qamariyanti, 2007: 8-9).

Pasar Modal mempunyai peranan penting di sektor keuangan karena Pasar Modal memberikan alternatif baru bagi dunia usaha untuk memperoleh sumber pembiayaan di samping alternatif baru bagi masyarakat investor untuk melakukan investasi. Dalam Pasar Modal sekarang ada alternatif baru investasi yaitu Reksa Dana.

Menurut UU No. 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal pada Pasal 1 angka 27 bahwa

Reksa Dana adalah wadah yang dipergunakan untuk menghimpun dana dari masyarakat pemodal untuk selanjutnya diinvestasikan dalam portofolio Efek oleh Manajer Investasi. Reksa Dana merupakan suatu bentuk pemberian jasa yang didirikan untuk membantu investor yang ingin berpartisipasi dalam Pasar Modal tanpa adanya keterlibatan secara langsung dalam prosedur, administrasi dan analisis dalam sebuah Pasar Modal. Hal ini dikarenakan Reksa Dana, termasuk yang dikenal di Indonesia baik yang berbentuk Kontrak Investasi Kolektif (KIK) maupun Reksa Dana berbentuk perseroan dikelola oleh Manajer Investasi yang mewakili para Investor yang berpartisipasi dalam Reksa Dana (Wijaya & Ramaniya, 2006: 7). Reksa Dana merupakan suatu alternatif baru bagi para Investor dalam berinvestasi. Reksa Dana yang di Indonesia berbentuk Reksa Dana PT dan Kontrak Investasi Kolektif (KIK) diatur dalam UU No. 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal (UUPM) mulai Pasal 18 sampai dengan Pasal 29 (Wijaya dan Ramaniya, 2006: 7).

Reksa Dana dapat berfungsi sebagai salah satu alternatif investasi bagi masyarakat pemodal dan distribusi kepemilikan saham akan sangat luas di tengah-tengah masyarakat dan membantu pemodal yang tidak berani menghadapi risiko tinggi. Berbagai jenis Reksa Dana yang dibedakan dari komposisi investasinya yang dapat memberikan pilihan yang fleksibel bagi pemodal, karena masing-masing mempunyai risiko yang berbeda-beda dan tingkat keuntungan yang berbeda-beda pula (Nasarudin dan Surya, 2004: 161).

Reksa Dana dikelola oleh Manajer Investasi yang memperoleh izin Badan Pengawas Pasar Modal dengan memiliki keahlian dalam mengelola dana dan melakukan pemantauan dan pengawasan secara intensif. Maka sejatinya dalam pelaksanaannya kontrak yang akan terjadi dalam investasi Reksa Dana terjadi antara Manajer Investasi dengan Investor Reksa Dana. Karena nanti Manajer Investasi akan melaksanakan tugasnya sebagai Manajer Investasi untuk kepentingan Investor Reksa Dana. Dana Investor dihimpun secara kolektif dengan cara menerbitkan saham atau unit penyertaan kepada individu atau lembaga yang kemudian diinvestasikan ke dalam bentuk portofolio yang terdiri dari efek Pasar Modal atau efek pasar uang. Efek itu dipilih dan dikelola oleh Manajer Investasi secara profesional.

Lembaga keuangan yang mengeluarkan Reksa Dana antara lain: perusahaan efek, bank dan perusahaan asuransi (Nasarudin dan Surya, 2004: 161). Pilihan berinvestasi di Reksa Dana adalah dapat dilakukan dengan mudah di Pasar Modal. Dan banyak bermunculan Reksa Dana yang dibentuk oleh bank baik oleh Bank Pemerintah maupun Bank Swasta seperti Bank Bukopin dan Bank Mandiri. Reksa Dana ini terutama menawarkan suatu bentuk investasi baru terutama bagi nasabah banknya yang memiliki dana tabungan lebih besar. Bagi masyarakat yang ingin menambah pendapatannya, Reksa Dana merupakan salah satu pilihan yang tepat.

Dalam Reksa Dana ada beberapa kontrak yang dibuat yaitu Kontrak Investasi Kolektif merupakan kontrak antara Manajer Investasi dengan Bank Kustodian, Kontrak Pengelolaan

Reksa Dana (*Fund Management Agreement*) merupakan kontrak antara Manajer Investasi dengan Direksi dari Perusahaan Reksa Dana (jika Reksa Dana berbentuk perseroan) atau dengan Bank Kustodian (jika Reksa Dana berbentuk KIK), Kontrak Penyimpanan Kekayaan Reksa Dana (*Custodian Agreement*) merupakan kontrak yang dibuat antara Bank Kustodian dengan Direksi Perusahaan Reksa Dana (jika Reksa Dana berbentuk perseroan) atau dengan Manajer Investasi (jika Reksa Dana berbentuk KIK), dan *Distribution Agreement* merupakan kontrak dengan agen atau broker penjual ataupun dealer.

Dalam investasi Reksa Dana, selain kontrak yang terjadi antara pihak-pihak yang ada di dalamnya juga perlu diketahui adalah apakah ada perlindungan terhadap Investor. Perlindungan Investor sangat penting bagi pengembangan Pasar Modal, kepatuhan pada peraturan dan kontrol internal, dan perlindungan juga menjadi sangat penting karena integritas dari pasar modal akan terjaga dengan baik sehingga pada saat bersamaan merangsang minat investor untuk berinvestasi dalam Pasar Modal. Sehingga apabila tidak terdapat perlindungan terhadap Investor, maka tidak akan ada minat investasi yang cukup sehingga mengakibatkan tertekannya harga saham dan tidak optimalnya alokasi sumber daya.

Dari uraian di atas yang ingin diteliti lebih lanjut adalah bagaimana perlindungan hukum bagi Investor dalam Investasi Reksa Dana?

II. METODE PENELITIAN

A. JENIS PENELITIAN

Penelitian ini dilakukan dengan jenis penelitian hukum normatif berupa penelitian kepustakaan yang menggunakan 3 (tiga) bahan hukum yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Penelitian hukum ini menitikberatkan pada studi kepustakaan yang berarti akan lebih banyak menelaah dan mengkaji aturan-aturan hukum yang berlaku. Dalam penelitian ini memerlukan bahan-bahan non hukum karena akan berfungsi untuk melengkapi dan menunjang bahan hukum dalam penelitian kepustakaan (*library research*).

B. BAHAN HUKUM

Jenis bahan hukum yang digunakan Peneliti dalam penelitian ini merupakan hasil penelitian kepustakaan sebagai berikut:

1. Bahan hukum primer, terdiri dari peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur mengenai Pasar Modal dan Reksa Dana;
2. Bahan hukum sekunder, terdiri dari: berbagai bahan kepustakaan seperti buku-buku literatur, buku ajar, makalah, majalah hukum, jurnal ilmiah, kliping, artikel surat kabar, artikel di internet yang berkaitan dengan Hukum Pasar Modal dan Reksa Dana;

3. Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasannya terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus hukum, kamus bahasa Inggris, kamus bahasa Indonesia.

C. TEKNIK PENGUMPULAN, PENGOLAHAN DAN ANALISIS BAHAN HUKUM

Peneliti melakukan pengumpulan bahan hukum melalui studi dokumen (studi kepustakaan) meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier yakni dengan cara melakukan inventarisasi dan identifikasi terhadap sejumlah peraturan perundang-undangan, dokumen hukum, catatan hukum, hasil-hasil karya ilmiah dan bahan bacaan/literatur yang berasal dari ilmu pengetahuan hukum dalam bentuk buku, buku ajar, artikel di koran dan internet, makalah. Majalah hukum yang ada kaitannya dengan Hukum Pasar Modal dan Reksa Dana. Bahan hukum yang terkumpul kemudian diolah. Pengolahan bahan hukum dilakukan dengan cara: (a) Pemeriksaan bahan hukum (*screening*), yaitu mengoreksi apakah bahan hukum yang terkumpul sudah cukup lengkap, sudah benar, dan sudah relevan dengan masalah; (b) Penandaan bahan hukum (*coding*), yaitu memberi catatan atau tanda yang menyatakan sumber bahan hukum; (c) Rekonstruksi bahan hukum (*reconstruction*), yaitu menyusun ulang bahan hukum secara teratur, logis sehingga mudah dipahami dan diinterpretasikan; (d) Sistematisasi bahan hukum (*systematizing*), yaitu menempatkan bahan hukum dalam kerangka sistematisasi bahasan berdasarkan urutan masalah.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

Kepercayaan dan kredibilitas pasar merupakan hal utama yang harus tercermin dari keberpihakan sistem hukum Pasar Modal pada kepentingan Investor dari perbuatan-perbuatan yang dapat menghancurkan kepercayaan Investor. Selain itu, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995 memberdayakan pemegang saham minoritas untuk tidak diabaikan kepentingan oleh siapa saja termasuk pemegang saham mayoritas. Keberpihakan hukum kepada pemegang saham dan Investor dapat dilihat dari penegakan hukum pasar modal oleh otoritas pasar modal, yaitu Badan Pengawas Pasar Modal di dalam menangani kasus pelanggaran dan kejahatan. Dengan adanya penegakan hukum kepastian hukum akan terjamin. Penegakan hukum tidak semata-mata bermakna secara yuridis, tetapi juga mengandung maksud pembinaan (Nasarudin dan Surya, 2004: 278-279).

Selain itu Badan Pengawas Pasar Modal secara tidak langsung berupaya agar pemegang saham mengetahui dan mempergunakan hak di dalam melindungi kepentingannya menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Undang-Undang Perseroan Terbatas mendorong pemegang saham dan Investor untuk aktif memantau perkembangan dan kegiatan perseroan (Nasarudin dan Surya, 2004: 278-279).

Reksa Dana merupakan suatu bentuk pemberian jasa yang didirikan untuk membantu

Investor yang ingin berpartisipasi dalam Pasar Modal tanpa adanya keterlibatan secara langsung dalam prosedur, administrasi dan analisis dalam sebuah pasar modal. Hal ini dikarenakan Reksa Dana termasuk yang dikenal di Indonesia baik yang berbentuk Kontrak Investasi Kolektif (KIK) maupun Reksa Dana berbentuk Perseroan dikelola oleh Manajer Investasi yang mewakili para Investor yang berpartisipasi dalam Reksa Dana (Widjaja dan Ramaniya, 2006: 7).

Dalam membeli produk Reksa Dana, setiap Investor akan mendapatkan bukti satuan kepemilikan Reksa Dana yang dinamakan dengan Unit Penyertaan atau saham. Dengan bukti Unit Penyertaan atau saham ini, Investor dalam Reksa Dana dapat dengan mudah menjual kembali Reksa Dana tersebut atau dapat meminta laporan hasil pendapatan atas investasi portofolio Reksa Dana yang dilakukan oleh Manajer Investasi (Widjaja dan Ramaniya, 2006: 9).

Dalam melakukan investasi di Reksa Dana yang sangat diperlukan oleh Investor adalah apabila ia berkecimpung dalam investasi Reksa Dana mereka akan mengharapkan mendapatkan perlindungan, kepastian dan penegakan hukum. Penegakan hukum di pasar modal merupakan bagian terpenting dalam rangka melahirkan industri pasar modal yang efisien, transparan dan terpercaya bagi setiap pihak yang melakukan kegiatan investasi di dalamnya. Penegakan hukum merupakan alat untuk menghasilkan kepastian dan perlindungan hukum bagi Investor, pemodal atau pihak-pihak lain di pasar modal secara umum. Kepastian dan perlindungan hukum menjadi barometer untuk menghasilkan kepercayaan pasar (*market confidence*), sehingga dapat membangun *public trust* yang menjadi ukuran hidup atau matinya pasar itu sendiri (Safitri, 2006: 7).

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal dari sasaran pembentukannya, maka ada beberapa hal yang ingin dicapai dalam pelaksanaannya, yaitu: (Anwar, 2005: 207-211)

1. Menciptakan kerangka hukum yang kokoh;
2. Meningkatkan transparansi dan menjamin perlindungan terhadap masyarakat pemodal;
3. Meningkatkan profesionalisme pelaku pasar modal sehingga dapat meningkatkan obyektivitas, kewajaran dan efisiensi serta keterbukaan di pasar modal;
4. Menciptakan sistem perdagangan yang aman, efisien dan likuid;
5. Penegakan hukum dengan memberikan sanksi yang tegas terhadap pelanggaran rambu-rambu hukum di bidang pasar modal yang dilakukan oleh para pelaku pasar modal terkait, baik berupa sanksi administratif, perdata maupun pidana yang berkualifikasi pelanggaran atau kejahatan;
6. Penyediaan kesempatan berinvestasi bagi pemodal kecil.

Tuntutan publik terhadap dunia Pasar Modal pada era globalisasi ini makin tinggi pada aspek transparansi. Dengan transparansi yang akurat dan tepat waktu, diharapkan

ada keterjaminan perlindungan bagi para Investor Pasar Modal. Aspek transparansi ini juga tidak berdiri sendirian, diperlukan pula adanya proses penegakan hukum. Dalam proses ini, aspek pengawasan akan menjadi bagian penting dari penegakan hukum yang efektif. Perlindungan hukum bagi Investor merupakan janji yang harus dipenuhi oleh lembaga pasar modal. Untuk terwujudnya hal ini tentunya perlu dukungan dari berbagai aspek, selain kerangka hukum yang kokoh dan kesiapan aparat penegak hukumnya itu sendiri (Anwar, 2005: 219-220).

Reksa Dana mempunyai 2 (dua) bentuk yaitu Reksa Dana berbentuk Perseroan dan Reksa Dana Kontrak Investasi Kolektif, karena ada 2 (dua) bentuk berdasarkan kontrak pengelolaannya, maka ketika bicara mengenai aspek perlindungan hukumnya, juga akan bicara mengenai hal yang agak berbeda.

Pertama, perlindungan hukum terhadap Investor dalam Reksa Dana Perseroan diatur dalam Perjanjian Pengelolaan Reksa Dana antara perseoran dengan Manajer Investasi dan Perjanjian Penitipan dengan Bank Kustodian. Investor juga mendapat perlindungan hukum dari Undang-Undang Pasar Modal dan peraturan pelaksanaannya khususnya Peraturan Bapepam dan *fiduciary duty*.

Bentuk-bentuk perlindungan hukum terhadap Investor yang terdapat dalam perjanjian, Peraturan Bapepam dan *fiduciary duty*, berkaitan dengan tugas Manajer Investasi dalam mengelola Reksa Dana untuk kepentingan Investor, adalah: (Widjaja dan Ramaniya, 2006: 86-88)

1. Manajer Investasi mengelola investasi Reksa Dana berdasarkan syarat yang tercantum dalam perjanjian Manajer Investasi dengan Direksi Perseroan yaitu Perjanjian (Kontrak) Pengelolaan Harta dan perjanjian antara Direksi Perseroan dengan Bank Kustodian yaitu Perjanjian (kontrak) Penitipan Harta yang dilaksanakan dengan penuh tanggung jawab dan bekerja sebaik-baiknya, bertindak secara bijaksana, teliti dan efisien untuk kepentingan Reksa Dana dan para pemegang saham Reksa Dana;
2. Manajer Investasi mengelola portofolio Efek Reksa Dana semata-mata demi kepentingan Direksi Reksa Dana dan para pemegang saham Reksa Dana;
3. Manajer Investasi melakukan tugasnya yang berkaitan dengan kepentingan Reksa Dana dalam mengelola investasi Reksa Dana yang meliputi:
 - a. mengadakan, menyimpan dan memelihara pembukuan/catatan-catatan secara terpisah, benar dan mutakhir;
 - b. menyampaikan semua laporan, catatan, informasi yang penting dan relevan lainnya termasuk perhitungan Nilai Aktiva Bersih (NAB), laporan mingguan NAB dan rencana investasi untuk minggu berikutnya;
 - c. menyampaikan laporan tertulis mengenai pengelolaan investasi minimal sebulan sekali;
 - d. menyusun dan menyampaikan laporan keuangan sesuai peraturan yang berlaku.

4. Manajer Investasi untuk kepentingan pemegang saham dan Reksa Dana menyimpan atau menitipkan pada Tempat Penitipan Harta yang ditunjuk oleh Reksa Dana, semua efek, uang, dan instrumen pasar uang serta kekayaan lainnya yang dimiliki dan/atau menjadi hak Reksa Dana yang dikelola oleh Manajer Investasi;
5. Manajer Investasi memberi informasi lain yang berhubungan dengan pengelolaan investasi Reksa Dana serta memberikan semua keterangan yang sewaktu-waktu diminta oleh Direksi Reksa Dana dan Badan Pengawas Pasar Modal mengenai pelaksanaan tugasnya, sesuai dengan ketentuan yang terdapat pada Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal masing-masing Nomor Kep-40/PM/1991 dan Nomor Kep-41/PM/1991, serta peraturan-peraturan lainnya yang berlaku;
6. Manajer Investasi bertanggung jawab kepada Reksa Dana untuk setiap kerugian yang diderita akibat kelalaian, kecerobohannya atau tindakan yang disebabkan dengan adanya pertentangan kepentingan dalam hubungannya dengan tugas sebagai Manajer Investasi;
7. Manajer Investasi menjamin bahwa harta kekayaan Reksa Dana telah diasuransikan oleh Tempat Penitipan Harta pada perusahaan asuransi yang telah disepakati oleh Tempat Penitipan Harta dan Direksi Reksa Dana;
8. Manajer Investasi segera memberitahukan secara tertulis kepada Reksa Dana tentang setiap perubahan dalam sifat dan/atau lingkup perusahaan Manajer Investasi dan tentang setiap kejadian dan keadaan yang dapat mendatangkan pengaruh penting atau buruk atas usaha-usaha atau operasi perusahaan Manajer Investasi yang ada kaitannya dengan pelaksanaan kewajiban Manajer Investasi berdasarkan perjanjian;
9. Manajer Investasi memberitahukan secara tertulis kepada Reksa Dana dan Badan Pengawas Pasar Modal setiap perubahan susunan anggota direksi dan dewan komisaris serta susunan pemegang saham Manajer Investasi atau bilamana Manajer Investasi dilikuidasi sebelum perjanjian berakhir, maka Manajer Investasi wajib menunjuk Manajer Investasi lainnya dengan persetujuan terlebih dahulu dari Reksa Dana, setelah Manajer Investasi terlebih dahulu menyelesaikan pertanggungjawabannya kepada Reksa Dana.

Perlindungan hukum yang diberikan untuk Investor Reksa Dana Perseroan menurut ketentuan peraturan perundang-undangan, yang ada dalam: (Widjaja dan Ramaniya, 2006: 94)

1. Peraturan Bapepam No. IV.A.3 butir 1 huruf (g) menyatakan:
Reksa Dana berbentuk perseroan yang telah mendapat izin usaha wajib memenuhi ketentuan sebagai berikut: yaitu Manajer Investasi wajib menyampaikan kepada direksi semua laporan, catatan dan informasi material dan relevan lainnya, serta wajib memberikan informasi lain yang berhubungan dengan pengelolaan Reksa Dana yang diminta oleh direksi untuk menilai Kontrak Pengelolaan Reksa Dana;

2. Peraturan Bapepam No. IV.A.3 butir 11 menyatakan:
Manajer Investasi wajib memelihara semua catatan penting yang berkaitan dengan laporan keuangan dan pengelolaan Reksa Dana sebagaimana ditetapkan oleh Badan Pengawas Pasar Modal;
3. Peraturan Bapepam No. IV.A.5 butir 4 menyatakan:
Bank Kustodian wajib mengadministrasikan Efek dan dana dari Reksa Dana, memberikan jasa penitipan efek dan harta lain yang berkaitan dengan efek serta jasa lain, termasuk menerima dividen, bunga, hak-hak lain dan menyelesaikan transaksi Efek;
4. Peraturan Bapepam No. IV.A.5 butir 7 menyatakan:
Bank Kustodian wajib melaksanakan pencatatan, balik nama dalam pemilikan efek, pembagian hak yang berkaitan dengan saham Reksa Dana.

Perlindungan hukum yang merupakan *fiduciary duty* Manajer Investasi disebutkan dalam Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Pasar Modal, yaitu wajib dengan iktikad baik dan penuh tanggung jawab menjalankan tugas sebaik mungkin semata-mata untuk kepentingan Reksa Dana (Widjaja & Ramaniya, 2006: 95). *Fiduciary duty* tersebut merupakan *duty of care and diligence* dari Manajer Investasi. Dalam hal ini Manajer Investasi yang dipercaya untuk mengelola Reksa Dana Perseroan diharapkan dapat mengelola Reksa Dana hingga memberikan keuntungan bagi para pemegang saham Reksa Dana tersebut. Apabila Manajer Investasi melakukan tindakan yang dilarang seperti yang disebutkan dalam Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal Nomor IV.A.4 butir 12, maka Manajer Investasi tidak melakukan *fiduciary duty*-nya. Hal ini membawa akibat hukum bahwa Manajer Investasi bertanggung jawab atas kerugian yang diderita Investor sebagai akibat pelanggaran tersebut (Widjaja dan Ramaniya, 2006: 97).

Kedua, perlindungan hukum terhadap investor dalam Reksa Dana KIK atau Kontrak Investasi Kolektif yang dibuat dan ditandatangani oleh Manajer Investasi dan Bank Kustodian. Investor juga mendapat perlindungan hukum dari Undang-Undang Pasar Modal dan peraturan pelaksanaannya, khususnya Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal, dan *fiduciary duty* yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku di bidang Pasar Modal (Widjaja dan Ramaniya, 2006: 122).

Bentuk-bentuk perlindungan hukum yang terdapat dalam perjanjian (KIK), Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal dan *fiduciary duty* adalah: (Widjaja dan Ramaniya, 2006: 122-123)

1. Manajer Investasi melakukan penghitungan Nilai Aktiva Bersih Reksa Dana KIK setiap hari dan kemudian mengumumkannya kepada Investor atau pemegang Unit Penyertaan;
2. Manajer Investasi wajib menyampaikan laporan secara rutin kepada Badan Pengawas

- Pasar Modal dan Investor atau pemegang Unit Penyertaan. Dengan demikian, Badan Pengawas Pasar Modal dapat mengawasi kegiatan Reksa Dana KIK secara rutin, dan Investor atau pemegang Unit Penyertaan mendapat keterbukaan informasi;
3. Manajer Investasi memiliki harta kekayaan yang terpisah dari harta kekayaan dalam Reksa Dana KIK. Manajer Investasi tersebut disimpan oleh Bank Kustodian. Dalam hal ini Bank Kustodian berhak untuk tidak mengeluarkan dana apabila tidak sesuai dengan ketentuan dalam perjanjian pendirian Reksa Dana KIK;
 4. Manajer Investasi tidak boleh terafiliasi dengan Bank Kustodian. Hal tersebut dapat menghapuskan risiko manipulasi oleh Manajer Investasi dan Bank Kustodian;
 5. Peraturan Bapepam mengatur mengenai tindakan-tindakan yang tidak boleh dilakukan oleh Manajer Investasi. Apabila Reksa Dana KIK, dalam hal ini diwakili oleh Manajer Investasi melakukan tindakan yang tidak boleh dilakukan dan merugikan Investor atau pemegang Unit Penyertaan, maka Badan Pengawas Pasar Modal dapat membekukan atau membubarkan Reksa Dana KIK tersebut;
 6. Manajer Investasi wajib membagikan dana likuidasi secara proporsional kepada Investor atau pemegang Unit Penyertaan dalam hal Reksa Dana KIK mengalami likuidasi.

Sebagai upaya perlindungan terhadap Investor dan memenuhi prinsip-prinsip keterbukaan (*full and fair disclosure*), maka Manajer Investasi dan Bank Kustodian perlu diberlakukan pemeriksaan hukum (*legal audit*) yang menyangkut keabsahan dokumen-dokumen seperti Anggaran Dasar, Izin Usaha, dan perkara-perkara baik perdata maupun pidana yang menyangkut Manajer Investasi dan Bank Kustodian. Hasil pemeriksaan hukum tersebut akan dijadikan dasar untuk memberikan pendapat hukum (*legal opinion*) tentang kondisi Manajer Investasi dan Bank Kustodian dapat bertindak sesuai dengan fungsinya masing-masing untuk menjamin kepentingan Unit Penyertaan (Nasarudin dan Indra Surya, 2004: 161).

Kedewasaan dan kematangan para Investor dalam melakukan aktivitas di bidang Pasar Modal terus-menerus dituntut, jangan terlalu rentan terhadap rumor dan isu yang diciptakan oleh pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab, serta semakin terlatih dalam menganalisis risiko investasi dan membaca hal-hal yang semula tidak dapat diprediksi menjadi sesuatu yang dapat diolah dan mampu mengambil keputusan yang tepat dan aman (Nasarudin dan Indra Surya, 2004: 280).

IV. SIMPULAN DAN SARAN

A. SIMPULAN

Kepastian dan perlindungan hukum menjadi barometer untuk menghasilkan kepercayaan pasar (*market confidence*) sehingga dapat membangun *public trust* yang menjadi ukuran hidup atau matinya pasar itu sendiri. Perlindungan hukum terhadap Investor

dalam Reksa Dana Perseroan dan Reksa Dana KIK atau Kontrak Investasi Kolektif ada dalam Kontrak Pengelolaan Reksa Dana, Investor juga mendapat perlindungan hukum dari Undang-Undang Pasar Modal dan peraturan pelaksanaannya, khususnya Peraturan Bapepam, dan *fiduciary duty* yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku di bidang Pasar Modal.

B. SARAN

Perlindungan hukum terhadap Investor Pasar Modal secara umum dan investor Reksa Dana secara khusus perlu diatur secara tegas dalam Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal.

DAFTAR PUSTAKA

- Anwar, Jusuf, 2005, *Pasar Modal sebagai Sarana Pembiayaan dan Investasi*, Bandung, Alumni.
- Erawaty, A.F. Elly dan J.S.Badudu,1996, *Kamus Hukum Ekonomi*, Jakarta, Proyek ELIPS.
- Gysmar, Najib A., 1999, *Insider Trading dalam Transaksi Efek*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti.
- Hadjon, Phillipus M., 1994, "Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)", dalam *Yuridika*, No. 6 Th. IX November-Desember, Surabaya, Universitas Airlangga.
- Nasarudin, M. Irsan dan Indra Surya, 2004, *Aspek Hukum Pasar Modal Indonesia*, Jakarta, Prenada Media.
- Safitri, Indra,1998, *Catatan Hukum Pasar Modal*, Jakarta, Go Global Book.
- _____, 2006, Penegakan Hukum Katalisator Perkembangan Pasar Modal Indonesia, *Jurnal Hukum dan Pasar Modal*, Volume II/Edisi 3 April-Juli 2006.
- Sitompul, Asril, 1996, *Pasar Modal Penawaran Umum dan Permasalahannya*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti.
- Tavinayati & Yulia Qamariyanti, 2007, *Buku Ajar Hukum Pasar Modal*, Banjarmasin, Fakultas Hukum Unlam.
- Widjaya, Gunawan dan Almira Prajna Ramaniya, 2006, *Reksa Dana dan Peran Serta Tanggung Jawab Manajer Investasi dalam Pasar Modal Seri Pengetahuan Pasar Modal*, Jakarta, Prenada Media Group.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 tentang *Pasar Modal* (Lembaran Negara RI 1995 No. 64 berlaku tanggal 1 Januari 1996).

Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal Nomor: KEP-13/PM/2002 tanggal 14

Agustus 2002, Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal Nomor: IV.A.3 tentang *Pedoman Pengelolaan Reksa Dana Berbentuk Perseroan*.

Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal Nomor: KEP-14/PM/2002 tanggal 14 Agustus 2002, Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal Nomor: IV.A.4. tentang *Pedoman Kontrak Pengelolaan Reksa Dana Berbentuk Perseroan*.

Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal, Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal Nomor IV.A.5.

Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal Nomor: KEP-16/PM/2002 tanggal: 14 Agustus 2002 Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal Nomor: IV.B.2 tentang *Pedoman Kontrak Reksa Dana Berbentuk Kontrak Investasi Kolektif*.

Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal Nomor: KEP-03/PM/2004, Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal Nomor: IV.B.1 tentang *Pedoman Pengelolaan Reksa Dana Berbentuk Kontrak Investasi Kolektif*.

KONSTRUKSI HUKUM MALPRAKTIK MEDIK DALAM PERSPEKTIF HUKUM ISLAM

AHDIANA YUNI LESTARI

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Yogyakarta 55183, Indonesia. Email: ahdiana_y@yahoo.com.

MUHAMMAD ENDRIYO SUSILA

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Yogyakarta 55183, Indonesia. Email: endrio_lycos@yahoo.com

ABSTRACT

In the last several years, medical malpractice has become an actual issue in Indonesia. As a legal construction, medical malpractice is not known in Indonesia. The concept of medical malpractice is still unclear for many people, including those who run the machinery of law. There is no specific regulation on medical malpractice in Indonesia therefore the cases were to be approached with the existing laws. It seems that developing what so-called the law of medical malpractice is urgent for Indonesia. It is interesting to know the concept of medical malpractice under Islamic perspective for the sake of legal development. It is believed that Islam is very much concerned with the issue of justice. In order to realise justice in the relationship between physician and patient, referring to the regulation provided in Islam is a smart choice. As we know that Islam is a religion of perfection. The teaching of Islam embraces all aspects of life. It is true that Islam provides all provisions needed by human being including medical malpractice issue. This paper tries to find out the concept of medical malpractice under Islamic perspective in order to know how liability upon the physicians may run.

Key words: Medical Malpractice, Jarimah Qisas, Diyat, Jarimah Ta'zir



I. PENDAHULUAN

Beberapa tahun terakhir ini, dugaan malpraktik medik (selanjutnya ditulis DMM) menjadi isu aktual di Indonesia (Purwodianto, 2007: 7). Pengaturan tentang malpraktik medik masih bersifat parsial, yaitu disisipkan di dalam Pasal 54-55 UU Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan (selanjutnya ditulis UU Kesehatan) dan Pasal 1 angka 14 jo. Pasal 64, Pasal 66 UU Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran (selanjutnya ditulis UU Pradok). Bahkan karena kekurangan instrumen hukum yang terkait dengan isu DMM, ada kecenderungan untuk memaksakan berlakunya peraturan-peraturan yang terdapat dalam hukum umum, yaitu KUHP maupun KUH-Perdata.

Kajian terhadap isu DMM dari sudut pandang hukum positif, yang dipengaruhi oleh sistem *Civil Law* dan *Common Law* sudah

banyak dilakukan, tetapi kajian dari perspektif hukum Islam termasuk masih langka. Oleh karena itu kajian semacam itu akan sangat bernilai bagi pengembangan keilmuan.

Di Indonesia, DMM seolah-olah lebih bersifat pidana daripada perdata. Kemungkinan hal ini disebabkan oleh banyaknya ketentuan hukum dalam KUHP yang relevan dengan beberapa kasus DMM, terutama jika DMM mengakibatkan luka atau kematian, baik yang terjadi karena kesengajaan (*intentionally*) maupun yang terjadi karena kelalaian (*negligently*). Kelalaian yang menimbulkan luka atau kematian merupakan delik menurut KUHP. Pasal 359 dan Pasal 360 KUHP memungkinkan dilakukannya tuntutan hukum kepada dokter secara pidana bila dokter yang bersangkutan baik karena kesengajaannya atau kelalaiannya telah menyebabkan luka atau kematian kepada pasiennya.

Berdasarkan ketentuan Pasal 54-55 UU Kesehatan jo. Pasal 66 ayat (3) UU Pradok, perkara DMM dapat diselesaikan melalui 2 (dua) jalur, yaitu jalur hukum dan jalur etika. Dari jalur hukum, pasien bisa menuntut atau menggugat ke pengadilan berdasarkan ketentuan Pasal 1239 jo. Pasal 1365-1367 KUHP perdata atau Pasal 351, 359-361, 346, 344 KUHP. Dari jalur etik, pasien bisa mengadukan dokter ke MKEK dan P3EK dan melalui MKDKI. Dengan dimasukkannya penerima layanan kesehatan (pasien) sebagai konsumen, sengketa antara dokter dan pasien juga dapat dilakukan berdasarkan ketentuan Pasal 19 UU Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK). Berdasarkan seperangkat peraturan seperti tersebut di atas, di Indonesia pada saat ini, sedikitnya terdapat 5 (lima) macam lembaga yang memiliki kompetensi untuk menyelesaikan sengketa DMM, dimana masing-masing lembaga tersebut mempunyai keuntungan dan kerugian bagi pasien ataupun dokter (Hariyani, 2005: 84-107).

Islam adalah agama yang *syumul* (sempurna) berarti lengkap, menyeluruh dan mencakupi segala-galanya yang diperlukan bagi panduan hidup manusia (Prayitno, 2002: 59). Karena ajaran Islam meliputi seluruh aspek kehidupan, maka tidak berlebihan untuk mengatakan bahwa aturan tentang malpraktik medik pun dapat ditemukan. Sudah barang tentu karena DMM adalah isu baru, aturan hukum Islam tentang malpraktik medik tidak dalam bentuk aturan hukum yang sudah definitif, melainkan masih dalam bentuk prinsip-prinsip umum yang dengan metode qiyas dapat diuraikan untuk dapat diterapkan dalam kasus DMM. Berdasarkan uraian tersebut, maka permasalahannya adalah bagaimanakah konstruksi hukum malpraktik medik dalam perspektif hukum Islam?

II. METODE PENELITIAN

A. TIPE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan pendekatan konseptual yaitu mencari asas-asas, doktrin-doktrin dan sumber hukum dalam arti filosofis, sosiologis dan yuridis (Marzuki, 2005: 137-139), untuk menemukan konstruksi hukum malpraktik medik dalam perspektif Islam.

B. BAHAN PENELITIAN

Dalam rangka mendapatkan bahan penelitian tersebut, maka penelitian ini akan dilakukan dengan studi pustaka yang mengkaji bahan hukum, yang diambil dari bahan kepustakaan yang berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, bahan hukum tersier dan bahan non hukum (Marzuki, 2005: 137-139).

1. Bahan Hukum Primer, merupakan bahan pustaka yang berisikan peraturan perundangan dan sumber-sumber otoritatif lainnya yang terkait dengan obyek penelitian;
2. Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat kaitannya dengan bahan hukum primer, dan dapat membantu untuk proses analisis, yaitu buku-buku, hasil penelitian, jurnal, makalah-makalah, dan pendapat pakar (narasumber) yang berkaitan dengan obyek penelitian;
3. Bahan Hukum Tersier, yaitu kamus istilah hukum, *Black Law Dictionary*, kamus bahasa Arab, dan kamus Inggris-Indonesia;
4. Bahan Non Hukum, misalnya buku-buku, hasil-hasil penelitian dan jurnal yang berkaitan dengan pelayanan kesehatan.

C. TEMPAT PENGAMBILAN BAHAN

Bahan hukum primer, sekunder dan tersier dalam penelitian ini akan diambil di berbagai perpustakaan baik lokal maupun nasional dan situs-situs internet.

D. NARASUMBER

Narasumber terdiri atas Pakar Hukum Islam, Pakar Hukum Kedokteran dan Hakim yang pernah menangani perkara dugaan malpraktik medik.

E. ALAT DAN CARA PENGAMBILAN BAHAN

1. Bahan hukum primer dan sekunder diperoleh melalui studi kepustakaan dengan cara menghimpun semua peraturan perundangan, sumber otoritatif, buku-buku, hasil-hasil penelitian serta jurnal ilmiah yang berkaitan dengan permasalahan. Selanjutnya dari peraturan perundangan dan sumber otoritatif akan diambil pengertian pokok atau kaidah hukumnya dari masing-masing isi pasalnya dan nash yang terkait dengan permasalahan. Sementara untuk buku, hasil penelitian, makalah dan jurnal ilmiah akan diambil teori, maupun pernyataan yang terkait, dan akhirnya semua bahan tersebut di atas akan disusun secara sistematis agar memudahkan proses analisis;
2. Bahan hukum sekunder yang merupakan pendapat dari pakar terkait cara pengambilannya dengan menggunakan metode wawancara secara tertulis;
3. Bahan non hukum yang berupa buku-buku, hasil-hasil penelitian dan jurnal yang berkaitan dengan pelayanan kesehatan yang diperoleh melalui studi kepustakaan untuk dipahami dan selanjutnya digunakan sebagai pelengkap bagi bahan hukum lainnya.

F. TEKNIK ANALISIS DATA

Bahan hukum dan bahan non hukum yang diperoleh dalam penelitian ini akan dianalisis secara preskriptif dengan menggunakan metode deduktif yaitu data umum tentang konsepsi hukum baik berupa asas-asas hukum, postulat serta ajaran-ajaran (doktrin) dan pendapat para ahli yang dirangkai secara sistematis sebagai susunan fakta-fakta hukum untuk mengkaji tentang konstruksi hukum malpraktik medik dalam perspektif hukum Islam.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. KONSEP MALPRAKTIK MEDIK PERSPEKTIF HUKUM ISLAM

Istilah malpraktik medik tidak dikenal di dalam hukum Islam. Namun demikian isu tersebut telah lama didiskusikan oleh para ulama pada masa lampau. Hal ini seperti yang dikemukakan oleh Zainal Azam Abdul Rahman (Kassim and Abdullah, 2003: 119) sebagai berikut:

“It is interesting to note that from the very beginning, Muslim jurists have discussed the need to regulate medical practice. It was held that doctor must get permission or license from the government before being allowed to practice medicine as medicine involves people’s lives and well being, hence the need for proper regulation is understandable to ensure that only qualified and skilfull doctors can practice.”

Berdasarkan metode qiyas, istilah malpraktik medik dapat dipersamakan dengan istilah perbuatan melanggar hukum yang merugikan orang lain. Hal ini di dalam khasanah hukum Islam dinamakan dengan istilah *jarimah*. Secara bahasa *jarimah* bermakna larangan-larangan Syara’ yang diancam Allah dengan hukuman *hadd* atau *ta’zir* (Basyir, 2001: 1). Hukuman *hadd* adalah hukuman yang telah dipastikan ketentuannya dalam nash Al-Qur’an atau Sunnah Rasul. Hukuman *ta’zir* adalah hukuman yang tidak dipastikan ketentuannya dalam nash Al-Qur’an atau Sunnah Rasul. Hukuman *ta’zir* menjadi wewenang penguasa untuk menentukannya (Basyir, 2001: 1).

Ada 3 (tiga) macam unsur *jarimah*, yaitu unsur *syar’i*, unsur *maddi* dan unsur *adabi* (Ichsan dan Susila, 2006: 73). Unsur *syar’i* atau unsur formal ialah adanya *nash* yang menyatakan bahwa sesuatu perbuatan itu adalah salah dan dapat dihukum atau diancam dengan hukuman. Nash tersebut sudah harus ada sebelum perbuatan itu dilakukan, dan bukan sebaliknya. Hal ini karena sebelum datangnya ayat atau hadits, perbuatan tersebut tidak dianggap sebagai *jarimah*. Seandainya ketentuan dari Allah atau Rasul-Nya itu datang setelah perbuatan itu terjadi, maka ketentuan tersebut tidak dapat diterapkan. Unsur formal ini disebut dalam hukum positif sebagai asas legalitas.

Unsur *maddi* atau unsur material dalam hukum positif disebut unsur objektif, yaitu perilaku yang bersifat melawan hukum. Maksudnya, adanya perbuatan yang membentuk *jarimah*, baik secara aktif maupun pasif, yakni dengan cara melakukan atau membiarkan.

Unsur *adabi* atau unsur moral adalah adanya tanggung jawab pidana dari pelaku jarimah. Dengan kata lain, si pelaku jarimah itu harus orang yang dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya (*mukallaf*).

B. JENIS-JENIS JARIMAH

Dilihat dari berat-ringannya hukuman, ada 3 (tiga) macam jarimah yaitu *jarimah hudud*, *jarimah qisas wa diyat* dan *jarimah ta'zir* (Ichsan dan Susila, 2006: 81).

1. *Jarimah Hudud*

Jarimah hudud adalah jarimah yang dikenakan hukuman yang telah ditentukan dan merupakan hak Allah. Seorang hakim hanya berhak menjatuhkan hukuman tersebut kepada pelakunya. Hakim tidak berwenang untuk mengurangi atau menambahkan atau menggugurkan hukuman tersebut.

2. *Jarimah Qisas wa Diyat*

Jarimah qisas wa diyat adalah jarimah yang dikenakan sanksi hukum qisas atau diyat. Arti *qisas* ialah si pelaku jarimah itu dihukum seperti perbuatan jahatnya itu. Ia dihukum bunuh jika membunuh dan dicerderakan (dilukai) jika mencederakan (melukai) orang lain. Arti *diyat* ialah pembayaran sejumlah harta karena sesuatu tindak pidana terhadap jiwa atau anggota badan.

Jarimah qisas wa diyat ini juga telah ditentukan jumlah atau bentuk dan juga hukuman yang dikenakan atasnya. Dalam jarimah qisas wa diyat itu hukumannya merupakan hak korban atau ahli warisnya, sehingga mereka berhak untuk menuntut hukuman atas si pelaku atau memaafkannya dengan membayar diyat atau bahkan memaafkannya secara gratis. Adapun yang termasuk dalam jarimah qisas wa diyat ini ada 2 (dua) yaitu kejahatan terhadap nyawa (*crime against life*) dan kejahatan terhadap tubuh (*crime against body*). Jenis-jenis jarimah qisas wa diyat itu secara garis besarnya ada 5 (lima), yaitu: Pembunuhan Sengaja, Pembunuhan Serupa Sengaja, Pembunuhan Tidak Sengaja (Pembunuhan Salah), Pencederaan Sengaja dan Pencederaan Salah.

3. *Jarimah Ta'zir*

Jarimah Ta'zir ialah jarimah yang dikenakan satu hukuman atau lebih dari hukuman-hukuman *ta'zir* yang ditetapkan oleh kebijaksanaan hakim. *Ta'zir* ialah pengajaran atas dosa-dosa yang tidak disyariatkan hukuman hudud atasnya, atau hukuman atas jarimah-jarimah yang belum ditentukan oleh syariat hukumannya. Jarimah *ta'zir* ini tidak ditentukan oleh syariat sebagaimana dalam hudud dan qisas wa diyat. Syariat hanya menetapkan sebagiannya saja, yaitu seperti riba, mengkhianati amanah, mencela orang lain dan korupsi. Ini karena jarimah-jarimah tersebut mempunyai sifat berbahaya yang terus-menerus bagi masyarakat dan tata tertib umum. Sedang sebagian besar lainnya diserahkan kepada yang berwenang untuk menetapkannya sendiri dengan syarat harus diperlukan oleh masyarakat, demi memelihara kemaslahatan dan

peraturan umumnya dan dengan syarat tidak menyalahi nash-nash syariat dan prinsip-prinsipnya. Perbedaannya ialah, yang ditetapkan oleh syariat itu keharamannya terus-menerus, sedang yang ditetapkan oleh pemerintah itu tidak demikian.

Demikian pula hukuman *ta'zir*, tidak semuanya ditentukan oleh syariat. Yang ditentukannya hanya sebagian saja, seperti hukuman mati, cambuk, penjara, celaan, nasehat dan lainnya. Selebihnya, kekuasaan diberikan kepada hakim untuk menentukan hukuman bagi jarimah *ta'zir* sesuai dengan bobot jarimah dan kondisi si pelaku jarimah. Para ulama membagi *ta'zir* menjadi 3 (tiga) macam, yaitu: *ta'zir* atas maksiat; *ta'zir* demi maslahat umum; dan *ta'zir* atas pelanggaran.

C. JENIS-JENIS SANKSI HUKUM ('UQUBAH)

1. Pengertian 'Uqubah

'*Uqubah* dalam bahasa Indonesia berarti sanksi hukum atau hukuman, yaitu siksaan dan lain sebagainya yang diletakkan kepada orang yang melanggar undang-undang dan lain sebagainya (Poerwadarminta, 1982: 364). Menurut istilah para fuqaha, '*uqubah* itu ialah:

“Hukuman adalah pembalasan yang telah ditetapkan demi kemaslahatan masyarakat atas pelanggaran perintah Pembuat syariat (Allah dan Rasul-Nya) (Audah, 1992: 609).

Dari definisi di atas dapat dikemukakan bahwa hukuman itu merupakan balasan yang ditentukan oleh syariat Islam terhadap perbuatan yang dianggap melanggar perintah Allah. Hukuman tersebut ditetapkan demi menjaga maslahat atau kepentingan banyak orang, baik si korban kejahatan, keluarganya, si pelaku itu sendiri, atau masyarakat pada umumnya.

2. Macam-macam Hukuman

Ada beberapa macam hukuman (Ichsan dan Susila, 2006: 94). Ditinjau dari segi hubungan di antara hukuman-hukuman tersebut, hukuman dapat dikategorikan menjadi 4 (empat), yakni:

a. Hukuman pokok:

Hukuman pokok adalah hukuman asal yang telah ditetapkan untuk suatu jarimah, seperti hukuman qisas untuk pembunuhan, rajam untuk perzinaan dan potong tangan untuk pencurian.

b. Hukuman pengganti:

Hukuman pengganti adalah hukuman yang menggantikan hukuman pokok jika hukuman pokok tersebut tidak bisa dilaksanakan karena suatu sebab yang diakui syarat, seperti hukuman membayar diyat jika hukuman qisas dihindarkan, dan hukuman *ta'zir* jika hukuman hudud atau qisas dihindarkan. Hukuman

pengganti ini sebenarnya adalah hukuman pokok sebelum menjadi hukuman pengganti, jadi maksud pengganti di sini adalah pengganti terhadap yang lebih berat jika hukuman yang lebih berat tersebut tidak bisa dilaksanakan. Dibatasi umpamanya adalah hukuman pokok bagi pembunuhan serupa sengaja, akan tetapi ia adalah hukuman pengganti bagi qisas. *Ta'zir* juga hukuman pokok bagi jarimah *ta'zir*, akan tetapi ia dikenakan sebagai pengganti hukuman qisas atau hudud jika keduanya tidak bisa dilaksanakan karena suatu sebab yang syar'i.

c. Hukuman tambahan:

Hukuman tambahan adalah hukuman yang menimpa pelaku jarimah atas dasar penjatuhan hukuman pokok, meskipun tanpa penjatuhan hukuman tambahan ini. Contohnya, pelarangan pembunuh memperoleh harta warisan dari orang yang dibunuhnya. Demikian pula seperti hilangnya kelayakan *qadzif* (orang yang menuduh orang lain berzina) untuk memberikan kesaksian. Kelayakan ini hilang dari *qadzif* meskipun tidak dijatuhi hukuman demikian, tapi cukup dengan jatuhnya hukuman *qadzaf* atasnya.

d. Hukuman pelengkap:

Hukuman pelengkap adalah hukuman yang menimpa si pelaku jarimah atas dasar penjatuhan hukuman pokok atasnya dengan syarat ia juga dijatuhi hukuman pelengkap ini. Contohnya, penggantungan tangan pencuri yang telah dipotong di lehernya.

Manfaat pembagian hukuman dari sudut pandang hubungan di antara hukuman-hukuman tersebut adalah jelas sekali, yaitu untuk mengetahui mana hukuman yang pokok bagi suatu jarimah, dan mana hukuman yang bersifat sebagai pengganti, tambahan dan pelengkap saja. Hal ini karena suatu jarimah itu seringkali dikenakan lebih dari satu hukuman, jadi perlu diketahui mana yang pokok dan mana yang bukan.

Jika dipandang dari sisi kekuasaan hakim dalam menentukannya, hukuman bisa dibagi menjadi 2 (dua) macam:

a. Hukuman yang mempunyai satu batas:

Yaitu hukuman yang hakim tidak boleh menambah atau menguranginya meskipun bisa ditambah atau dikurangi. Contohnya seperti hukuman celaan dan nasehat, dan seperti hukuman cambukan yang telah ditetapkan dalam hukuman hudud.

b. Hukuman yang mempunyai dua batas:

Yaitu hukuman yang mempunyai batas terendah dan batas tertinggi dan hakim diberi kekuasaan untuk memilih kadar yang sesuai menurutnya, seperti hukuman kurungan dan pencambukan dalam hukuman *ta'zir*.

Manfaat pembagian hukuman dilihat dari sudut ini adalah untuk membantu para hakim dalam menentukan kadar hukuman. Ini karena hukuman itu ada yang kadarnya

telah ditetapkan oleh syariat (mempunyai satu batas) dan ada hukuman yang kadarnya belum ditetapkan sehingga hakimlah yang berhak menentukannya sesuai dengan kondisi jarimah dan pelaku jarimah.

Jika dilihat dari segi kewajiban menghukum dengannya, hukuman dapat dikelaskan menjadi 2 (dua) macam:

a. Hukuman yang telah ditetapkan:

Ialah hukuman yang telah ditetapkan oleh syariat macam dan kadarnya dan hakim wajib menjatuhkannya tanpa mengurangi atau menambahi atau menukarnya. Hukuman ini juga disebut hukuman *Lazimah* (mengikat), karena penguasa tidak bisa menggugurkannya atau memaafkannya.

b. Hukuman yang tidak ditetapkan:

Ialah hukuman yang diserahkan kepada hakim untuk memilih macam dan kadarnya menurut kebijaksanaannya sesuai dengan situasi jarimah dan kondisi si pelaku jarimah. Hukuman ini disebut hukuman *Mukbayyarah* (pilihan), karena hakim bisa memilih salah satu di antaranya.

Manfaat pembagian ini juga untuk membantu para hakim di dalam menentukan suatu hukuman. Yang demikian itu karena di antara hukuman itu ada yang telah ditentukan sendiri bentuk atau macamnya oleh syariat dan ada pula yang belum dan hakimlah yang menentukan dengan kebijaksanaannya sesuai dengan situasi dan kondisi jarimah dan pelakunya. Jika dilihat dari sudut pandang sarannya, hukuman bisa dikelaskan menjadi 3 (tiga) macam:

a. Hukuman badan:

Hukuman dengan sasaran badan atau mengenai badan manusia, seperti hukuman mati, cambukan dan kurungan.

b. Hukuman jiwa:

Hukuman jiwa adalah hukuman yang mengenai jiwa manusia, bukan badannya seperti hukuman nasehat, celaan dan ancaman.

c. Hukuman harta:

Hukuman harta adalah hukuman yang menimpa harta seseorang, seperti hukuman diyat, denda dan perampasan harta.

Manfaat pembagian hukuman berdasarkan sarannya adalah untuk mengetahui bahwa sasaran hukuman itu bervariasi, ada kalanya berupa badan, dan ada kalanya berupa jiwa atau harta. Ini semua tentu sesuai dan berdasarkan atas jarimah yang telah menyebabkan hukuman-hukuman tersebut.

Jika dilihat dari segi jarimahnya, hukuman bisa dibagi menjadi 4 (empat) macam:

a. Hukuman hudud:

Hukuman hudud adalah hukuman yang telah ditetapkan untuk jarimah hudud. Penetapan hukuman untuk jarimah-jarimah tersebut dilakukan oleh Allah SWT sendiri

di dalam Al-Qur'an. Menetapkan hukuman untuk jarimah hudud adalah hak prerogatif Allah, oleh karena itu hakim hanya menjalankan saja apa yang sudah ditetapkan oleh Allah, tidak boleh menambah atau mengurangnya. Oleh karena itu hukuman hudud ini dalam literatur barat dikategorikan sebagai *fixed punishment*.

b. Hukuman qisas wa diyat:

Hukuman qisas wa diyat adalah hukuman yang telah ditetapkan oleh Allah dan Rasul-Nya untuk jarimah qisas wa diyat. Qisas wa diyat adalah nama untuk 2 (dua) macam hukuman, yakni hukuman qisas dan hukuman diyat. Hukuman qisas wujudnya adalah pembalasan yang serupa (*retaliation*), sedangkan hukuman diyat wujudnya berupa pembayaran ganti rugi (*compensation*) oleh pelaku jarimah kepada korban atau keluarganya. Hukuman diyat bersifat alternatif terhadap hukuman qisas, maksudnya hukuman yang dijatuhkan untuk jarimah qisas wa diyat mungkin berupa qisas atau mungkin juga berupa diyat. Oleh karena itu istilah qisas dan diyat dirangkai menjadi satu dalam penamaan jarimah maupun 'uqubahnya. Pilihan atas macam hukuman yang akan dijatuhkan kepada pelaku jarimah apakah qisas atau diyat diserahkan kepada pihak korban atau keluarganya.

c. Hukuman kaffarat:

Yaitu hukuman yang telah ditentukan untuk sebagian jarimah qisas wa diyat dan sebagian jarimah *ta'zir*. Wujud kaffarat adalah mengerjakan perbuatan-perbuatan tertentu yang bernilai kebaikan (*amal shalih*). Contoh dari kaffarat adalah mengerjakan puasa selama waktu tertentu, memerdekakan budak atau memberi makan orang miskin.

d. Hukuman ta'zir:

Hukuman ta'zir adalah hukuman yang telah ditentukan untuk jarimah ta'zir. Bentuk hukuman ta'zir bermacam-macam tetapi penentuannya untuk tiap-tiap jarimah atau tiap-tiap kasus diserahkan kepada pihak yang berwenang, yakni lembaga legislatif ataupun hakim. Karena bentuk hukumannya tergantung pada kebijakan aparat yang berwenang, maka hukuman ta'zir dalam literatur barat dikategorikan sebagai *discretionary punishment*.

Pembagian hukuman berdasarkan jarimahnya ini sangat penting dan banyak manfaatnya. Kepentingan dan manfaatnya kembali kepada kepentingan dan manfaat pembagian jarimah menjadi jarimah-jarimah hudud, qisas wa diyat dan ta'zir sebagaimana telah dibentangkan pada bab mengenai jarimah-jarimah tersebut.

3. Pelaksanaan Hukuman

Pada umumnya, yang berhak melaksanakan hukuman itu adalah penguasa atau wakilnya. Namun dalam kasus-kasus tertentu si korban atau walinya juga mempunyai

hak untuk melaksanakan hukuman itu sendiri terhadap si pelaku jarimah. Dalam jarimah hudud dan jarimah ta'zir misalnya, hukuman tidak boleh dilaksanakan kecuali oleh penguasa atau wakilnya, namun dalam jarimah qisas pembunuhan, wali korban yang mati boleh melaksanakannya sendiri jika mampu. Dan dalam qisas pencederaaan anggota badan, si korban boleh mengqisas sendiri jika mampu menurut madzhab Hanafi, dan menurut madzhab Maliki dan Syafi'i, ia tidak boleh mengqisas sendiri, baik mampu atau tidak (Muhammad, tt: 399).

Menurut Abu Hanifah dan salah satu riwayat Ahmad, pelaksanaan hukuman qisas pembunuhan itu adalah dengan pedang, tidak boleh dengan selainnya, meskipun pembunuhan tersebut dilakukan dengan cara apapun. Namun menurut Malik, Syafi'i dan salah satu riwayat Ahmad, pelaksanaan hukuman adalah dengan cara bagaimana pembunuh itu membunuh, jadi serupa dengan perbuatannya (Ichsan dan Susila, 2006: 117).

Para fuqaha sepakat bahwa pelaksanaan hukuman qisas, hudud dan yang semacamnya dari hukuman ta'zir harus ditunda jika orang yang dijatuhi hukuman tersebut sakit, lemah atau mabuk, atau waktunya tidak sesuai, yaitu seperti dalam keadaan cuaca yang sangat dingin atau sangat panas. Mereka tidak mengecualikan hal tersebut selain hukuman mati, karena ia memang ditujukan supaya si pelaku kejahatan mati, jadi tidak perlu menunggu kondisi sehat, kuat dan seterusnya. Sedang hukuman lain itu bukan dimaksudkan untuk membunuh si pelaku, maka ia tidak boleh dilaksanakan pada situasi dan kondisi yang bisa membunuhnya. Kemudian pelaksanaan hukuman itu harus secara terang-terangan di depan publik sesuai dengan firman Allah:

وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢٠٠﴾

Artinya:

“dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman.”

(Q.S. An-Nuur: 2).

Hal ini sesuai dengan sunnah Rasulullah SAW yang selalu melaksanakan hukuman di khalayak ramai, baik hukuman mati maupun hukuman lainnya. Pelaksanaan hukuman di depan umum memberikan jaminan akan lebih kuatnya efek jera (*deterent effect*) kepada masyarakat. Kengerian yang timbul akibat menyaksikan eksekusi si terpidana memberikan dampak psikologis yang hebat bagi masyarakat yakni berupa ketakutan untuk melakukan jarimah. Kadang-kala mungkin saja terjadi kuantitas ketakutan sebagai dampak eksekusi di depan umum semacam ini tidak seperti yang diharapkan, dalam arti eksekusi tersebut tidak cukup mampu menciptakan kengerian masyarakat yang menyaksikannya, akan tetapi itu masih lebih baik daripada pelaksanaan eksekusi secara rahasia sebagaimana dipraktikkan dalam sistem pemidanaan di Indonesia. Bila eksekusi yang dipersaksikan kepada masyarakat umum saja mungkin tidak cukup menimbulkan efek jera, lantas bagaimana dengan eksekusi yang dilakukan secara rahasia?

4. Gugurnya 'Uqubah

Menurut syariat Islam, hukuman itu bisa gugur dengan beberapa sebab. Namun di antara sebab-sebab tersebut tidak ada yang menjadi sebab umum yang bisa menggugurkan semua hukuman. Jadi sebab-sebab itu bertingkat-tingkat dampaknya terhadap hukuman. Ada yang menggugurkan kebanyakan hukuman dan ada yang menggugurkan sedikit saja dan ada pula yang khusus untuk hukuman-hukuman tertentu.

Sebab-sebab yang bisa menggugurkan hukuman adalah: (Ichsan dan M. Endriyo Susila, 2006: 119)

- a. Matinya si pelaku jarimah;
- b. Hilangnya objek qisas;
- c. Taubatnya si pelaku jarimah;
- d. Perdamaian;
- e. Pemaafan;
- f. Pewarisan qisas;
- g. Kadaluwarsa.

D. KONSEP PENYELESAIAN SENGKETA DAN PERTANGGUNGJAWABAN MENURUT HUKUM ISLAM

Menurut para fuqaha, jika seorang dokter membuat kekeliruan dalam mengobati pasien, sedangkan ia adalah orang yang mengetahui ilmu medis, maka dokter tersebut harus membayar diyat yang dibebankan kepada 'aqilahnya. Jika pasien sampai meninggal dunia, dokter tersebut tidak terkena qisas, tetapi hanya diyat saja. Hal ini disebabkan pengobatan tersebut sudah berdasarkan ijin dari pasien yang bersangkutan (Sabiq, 1987: 138). Diyat tersebut diambilkan langsung dari harta kekayaan dokter tersebut.

Adanya keharusan bertanggung jawab adalah untuk melindungi jiwa (manusia) dan mengingatkan kepada dokter agar dalam melaksanakan pekerjaan mereka harus hati-hati sebagaimana mestinya, karena pekerjaan ini berkaitan dengan kehidupan manusia. Namun, menurut Imam Malik, bahwa dalam keadaan seperti tersebut di atas, seorang dokter tidak dibebani tanggung jawab apapun (Sabiq, 1987: 138).

Berdasarkan pembagian jarimah tersebut, maka yang paling mendekati konsep malpraktik medik adalah jarimah qisas wa diyat dan jarimah ta'zir. Meskipun ada kemungkinan seorang dokter didakwa karena melakukan jarimah qisas, namun hukuman qisas nampaknya sulit diterapkan mengingat pada umumnya tindakan dokter yang mengakibatkan luka atau cacat bagi pasiennya terjadi karena faktor ketidaksengajaan, dengan demikian hukuman berupa pembayaran ganti rugi (*diyat*) akan lebih tepat.

Selain pembayaran diyat, hukuman ta'zir juga dapat diterapkan untuk bentuk-bentuk malpraktik yang masuk kategori jarimah ta'zir. Hukuman ta'zir dapat dijatuhkan dalam hal-hal antara lain sebagai mana dijelaskan berikut ini:

"It is, thus, decided that a doctor who, despite being a qualified and skilfull person, performs a medi-

cation or surgery by deception (ghurra nafish) or by putting the patient under some kind of undue influence is to be liable for ta'zir punishment for such behavior. As a general rule a doctor or physician is at fault and thus liable if:

- he is not knowledgeable or qualified in medicine. The basis for this rule is the well-know hadith 'man tatabba walam yulam min-hu-al-tibb fahuwa damin' (whoever, being not known to have medical skill, give treatment to others will be strictly liable if anything happens to the treated person;
- he is not skilfull person (ghayr haziq); or
- he has been negligent in the course of the treatment (qassara fi tarbih); or
- he has conducted the treatment or surgery without a valid consent from the patient; or
- he has conducted such treatment or surgery with invalid consent or permission from the patient (idn ghayr al-mu'tabari)" (Zainal Azam Abdul Rahman dalam Kassim and Abu Haniffa Mohamed Abdullah, 2003: 123).

Meskipun telah mendapatkan persetujuan dari si pasien untuk melakukan tindakan medik, dokter yang bersangkutan tetap dapat dipertanggungjawabkan apabila terbukti telah melakukan tindakan yang merugikan pasien (Zainal Azam Abdul Rahman dalam Kassim and Abdullah, 2003: 119).

"If the medical treatment is conducted by a skillful doctor after obtaining a valid consent from the patient, the doctor shall not be liable unless proved to be at fault (idha ta'adda). Therefore, if as a result of the treatment or surgery, certain complication (sirayah) is caused to the patient, the doctor or surgeon is not held strictly liable."

Sistem pertanggungjawaban hukum yang dikenal dalam hukum Islam adalah pertanggungjawaban berdasarkan kerugian (*damage-based liability*), bukan pertanggungjawaban hukum yang didasarkan pada unsur kesalahan (*fault-based liability*) semata maupun pertanggungjawaban hukum tanpa kesalahan (*strict liability*). Hal ini sejalan dengan pendapat Musleh-ud-Din:

Civil liability in Islam is neither 'fault liability' nor 'strict liability' but may be described as 'damage liability'. Thus general principle of liability in Islam is 'no liability without damage' which repudiates the idea of both 'strict liability' and 'fault liability'... (Muslehud-Din, 1982: 3).

Berbeda dengan yang dikenal dalam sistem hukum Indonesia, dalam hukum Islam tidak dikenal pembagian hukum menjadi hukum privat atau hukum publik. Dengan demikian maka tidak dikenal pembagian peradilan menjadi peradilan pidana dan perdata. Bila kasus malpraktik medik diajukan ke pengadilan, hakim boleh menjatuhkan sanksi yang bersifat pidana misalnya penjara, maupun sanksi yang bersifat perdata berupa pembayaran ganti rugi (*diyat*) kepada korban atau keluarganya.

Sistem pertanggungjawaban hukum yang ditawarkan dalam Islam mengakomodasi kebutuhan untuk memberikan efek jera (*deterrent effect*) yang menjadi ciri pertanggungjawaban pidana (*criminal liability*) maupun ganti rugi kepada pihak korban atau keluarganya yang menjadi ciri pertanggungjawaban perdata (*civil liability*). Dengan demikian sistem pertanggungjawaban hukum menurut perspektif Islam menawarkan baik efektifitas penegakan hukum dan keadilan sekaligus.

IV. SIMPULAN

Berdasarkan hasil penelitian dan analisis yang telah diuraikan pada bab-bab sebelumnya dapat disimpulkan bahwa:

1. Konsep malpraktik medik dalam perspektif hukum Islam dapat dikonstruksikan sebagai *jarimah qisas wa diyat* dan *jarimah ta'zir*;
2. Hukuman yang dapat dijatuhkan kepada dokter yang terbukti melakukan malpraktik medik adalah diyat dan ta'zir;
3. Sistem pertanggungjawaban hukum yang ditawarkan dalam Islam mengakomodasi kebutuhan untuk memberikan efek jera (*deterrent effect*) yang menjadi ciri pertanggungjawaban pidana (*criminal liability*) maupun ganti rugi kepada pihak korban atau keluarganya yang menjadi ciri pertanggungjawaban perdata (*civil liability*). Dengan demikian sistem pertanggungjawaban hukum menurut perspektif Islam menawarkan baik efektifitas penegakan hukum dan keadilan sekaligus.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU-BUKU

- Ali, Muhammad Daud, 1998, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Ash Shieddieqy, Hasbi, 1975, *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta, Bulan Bintang.
- Basyir, Ahmad Azhar, 2001, *Iktisar Fiqih Jinayat*, Yogyakarta, UII Press.
- Berkhouwer, C., dan L.D. Vorstman, 1950, *De Aansprakelijkheid van de Medius voor Beroepsfouten door hem of zijn helpers gemaakt*, Zwolle: Tjeenk-Wilink.
- Blum, John D., 1977, *PSRO's and the Law*, Aspen System Corporation, Germantown, Maryland.
- Dahlan, Sofwan, 2003, *Hukum Kesehatan*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- Fiscina, Sal, dkk., 1991, *Medical Liability*, St. Paul, West Publishing Co.
- Freeman, M.D.A. dan Lord Lloyd, 2001, *Introduction to Jurisprudence*, Seventh edition, London, Sweet & Maxwell LTD.
- Garner, Bryan A. (eds), 2001, *Black's Law Dictionary*, Second Edition, West Group, St. Paul, Minnesota.
- Guwandi, J, 1991, *Dokter dan Rumah Sakit*, Jakarta, FK UI.
- _____, 1993, *Malpraktik Medik*, Jakarta, FK UI.
- _____, 2006, *Dugaan Malpraktik Medik & Draft RPP: "Perjanjian Terapeutik antara Dokter dan Pasien"*, Jakarta, FKUI.
- Hadisoeperto, Hartono, 1996, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Yogyakarta, Liberty.
- Hariyani, Safitri, 2005, *Sengketa Medik, Alternatif Penyelesaian Perselisihan antara Dokter dengan Pasien*, Jakarta, Diadit Media.

- Ichsan, Muchammad dan Muh. Endriyo Susila, 2006, *Hukum Pidana Islam Sebuah Alternatif*, Yogyakarta, Lab. Hukum UMY.
- Kassim, Puteri Nemie Jahn and Abu Haniffa Mohamed Abdullah (ed), 2003, *Issues in Medical Law and Ethics*, Law Center, Ahmad Ibrahim Kuliyyah of Law, International Islamic University Malaysia.
- Koeswadji, Hermien Hadiati, 1999, *Beberapa Permasalahan Hukum dan Medik*, Bandung, Citra Aditya.
- Komalawati, Veronica, 1989, *Hukum dan Etika dalam Praktik Kedokteran*, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan.
- Komalawati, Veronica, 1999, *Peranan Informed Consent dalam Transaksi Terapeutik, suatu Tinjauan Yuridis Persetujuan dalam Hubungan Dokter dan Pasien*, Bandung, Citra Aditya Bakti.
- Komariah, 2002, *Hukum Perdata*, Malang, Universitas Muhammadiyah Malang.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana.
- Mertokusumo, Sudikno, 1996, *Penemuan Hukum*, Yogyakarta, Liberty.
- Nemie, Puteri, 2003, *Medical Negligence in Malaysia*, Kuala Lumpur, International Law Book Services.
- Poernomo, Bambang, 1995, *Hukum Kesehatan*, Yogyakarta, Gadjah Mada University.
- Poerwadarminta, W.J.S., 1982, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta, PN. Balai Pustaka.
- Prayitno, Irwan, 2002, *Makrifatul Islam*, Bekasi, Pustaka Tarbiyatuna.
- Sabiq, Sayyid, 1987, *Fiqih Sunah Jilid 10*, Bandung, PT. Al Ma'arif.
- Setiawan, Rachmad, 1981, *Perbuatan Melawan Hukum*, Bandung, Bina Cipta.
- Soekanto, Soerjono, 1984, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI Press.
- Soekanto, Soerjono dan S. Mamudji, 1985, *Penelitian Hukum Normatif, suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta, Raja Grafindo Persada.
- Soewono, Hendrojono, 2007, *Batas Pertanggungjawaban Hukum Malpraktik Medik dalam Transaksi Terapeutik*, Surabaya, Srikandi.
- Syah, Ismail Muhammad, 1992, *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta, Bumi Aksara.
- Wiener, Jarrod, 1999, *Globalization and the Harmonization of Law*, London & New York, Pinter.

HASIL PENELITIAN DAN THESIS

- Fahmi, 2003, *Malpraktik Kedokteran dalam Perspektif Hukum Pidana*, Hasil Penelitian.
- Lestari, Ahdiana Yuni, 1997, *Informed Consent dan Hak Menuntut Ganti Kerugian bagi Pasien dalam Keadaan Gawat Darurat*, Hasil Penelitian.
- Lestari, Ahdiana Yuni, 2003, *Aspek Hukum Kewajiban Menyimpan Rahasia Kedokteran*, Hasil Penelitian.

- Lestari, Ahdiana Yuni, 2005, *Pelaksanaan Tanggung Gugat RSUD Muhammadiyah Yogyakarta atas Kesalahan Profesional Tenaga Kesehatan dalam Pelayanan Kesehatan (Studi Kasus Putusan No. 41/Pdt.G/2001/PN YK dan Putusan No. 87/Pdt/20002/PTY)*, Hasil Penelitian.
- Lestari, Ahdiana Yuni dan Muh. Endriyo Susila, 2007, *Konstruksi Hukum Malpraktik Medik dalam Perspektif Hukum Islam*.
- Lestari, Ahdiana Yuni dan Muh. Endriyo Susila, 2007, *Penerapan Asas Res Ipsa Loquitur dalam Perkara Dugaan Malpraktik Medik*, Hasil Penelitian.
- Susila, Muh. Endriyo, 2005, *Law Relating to Medical Malpractice: a Comparative Study between Indonesia and Malaysia*, Thesis.

MAKALAH

- Harkrisnowo, Harkristuti, 2001, *Hukum Pidana dan Hukum Acara Pidana dalam Penanganan Tindak Pidana Medis*, Makalah disampaikan pada Kursus Singkat Tenaga Penanganan Dini Konflik Etikolegal dan Sengketa Medik di Rumah Sakit, yang diselenggarakan oleh Perhimpunan Rumah Sakit Seluruh Indonesia, di Jakarta, 16-19 April 2001.
- Jenie, Siti Ismijati, 1-13 Agustus 1994, *Berbagai Aspek Keperdataan di dalam Hukum Kesehatan*, Makalah Penataran Dosen Hukum Perdata, diselenggarakan oleh FH UGM, Yogyakarta.
- Purwodianto, Agus, 16 Juni 2007, *Strategi dan Antisipasi Pelanggaran Bioetika dan Hukum dalam Praktik Kedokteran*, Makalah Simposium Sehari FK-UII, Yogyakarta.
- Susila, Muh. Endriyo, 1 September 2005, "*Medical Malpractice Under Indonesian and Malaysian Law*," makalah telah dipresentasikan dalam forum diskusi akademik yang diselenggarakan oleh Bagian Pidana-FH UMY.

INTERNET

- Anonim, 2004, What is Medical Malpractice? Diakses dari <http://www.medicalmalpractice.com>, pada 12 Maret 2004, jam 10.00.

MEDIA CETAK

Harian Umum Republika, 5 Oktober 2004.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
- Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1989 tentang Perlindungan Konsumen.
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan.
- Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran.
- Keputusan KKI Nomor 17/KKI/Kep/VIII/2006.

KEDUDUKAN PEMEGANG HAK JAMINAN DAN KOMPETENSI PERADILAN PAJAK DALAM PENAGIHAN PAJAK

AHMAD RIZKI SRIDADI

Fakultas Ekonomi Universitas Airlangga, Jalan Airlangga 4, Telp. (031) 5033642, 5036584, 60286, Surabaya, Indonesia. E-mail: ars@unair.ac.id,
ahmadrizkisridadi@yahoo.com

ABSTRACT

This research paper is aimed to examine legal problems arising out of conflicting rights concerning private rights owned by holders of security rights and public rights owned by state through Directorate General of Tax under the Ministry of Finance of Republic of Indonesia. This kind of legal problems occurred due to the tax (payable tax) collectivity conducted by Indonesia Directorate General of Tax against goods secured by guarantee rights (mortgage right, hypothecation, fiduciary right, and pawn). First chapter elaborated on legal matters which could be imposed by tax collectivity. Research continued to which of the two (private rights and public rights) would obtain priority right satisfaction of the secured goods if such goods are sold caused by bankruptcy or default by debtor. Another problem was whether Directorate General of Tax could be included as creditor or not. Further problem continued to the competency of the court which stood for different legal authority to examine and to settle this kind of case. According to this research tax obligation had highest position in all legal obligations hierarchy. Thereafter, settlement of this dispute lied on tax court. Role of tax court depended on whether or not process server of tax has implemented immediate and whole collectivity at time of obtaining two matters namely seizure of goods of tax payer by third parties or indications of bankruptcy.

Key words: Tax collectivity, creditor-debtor, priority right, legal authority.

I. PENDAHULUAN

Pemerintah Indonesia semakin lama semakin banyak membutuhkan dana untuk memenuhi pembiayaan birokrasi dan aktifitas pembangunannya. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2006 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) tahun 2007, tercatat jumlah penerimaan Negara yang berasal dari pajak adalah sebesar Rp. 509.462,0 Milyar. Sedangkan pada tahun 2006, besarnya penerimaan pajak sejumlah Rp. 416.313,2 Milyar (Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2005 tentang APBN 2006). Terdapat kenaikan sejumlah Rp. 89.564,5 Milyar. Kenaikan ini diperkirakan meningkat. Sedangkan dari penerimaan non pajak berdasarkan APBN tahun 2007 adalah sebesar Rp. 229.829,3 Milyar dan penerimaan non pajak menurut APBN tahun 2006 adalah sebesar

Rp. 205.292,3 Milyar. Penerimaan non pajak pada dua tahun terakhir ini menurun. Berdasarkan data penerimaan negara dari pajak pada dua tahun terakhir tersebut terdapat fakta bahwa pemerintah, dari tahun 2006 ke tahun 2007, sangat tergantung dari penerimaan pajak. Adapun besarnya penerimaan pajak juga tergantung pada kepatuhan masyarakat sebagai wajib pajak. Adapun wajib pajak terdaftar di Indonesia pada tahun 2005 berjumlah 9 juta (Purnomo, "Jumlah Wajib Pajak Capai 9 Juta", <http://www.suaramerdeka.com/cybernews/harian/0510/11/nas11.htm>, 11 Oktober 2005, diunduh tanggal 4 Juni 2008). Karenanya, upaya dari pemerintah Indonesia untuk terus menambah jumlah wajib pajak terdaftar sebagai bagian dari upaya meningkatkan penerimaan negara dari sektor pajak adalah hal penting. Meskipun demikian, pemerintah perlu memperhatikan aspek kepastian hukum dan keadilan terutama dari sisi penagihan pajak. Penagihan pajak merupakan salah satu tahap dari rangkaian tahapan yang dilakukan pemerintah Indonesia dalam rangka memelihara ketertiban administrasi perpajakan pada umumnya dan penegakan hukum pajak pada khususnya.

Penagihan pajak dilakukan oleh pemerintah melalui Kantor Pelayanan Pajak (KPP) terhadap para wajib pajak dan para penanggung pajak yang pembayaran pajaknya tidak atau kurang dibayar (utang pajak). Apabila dalam waktu yang disediakan, pembayaran pajak yang tidak atau kurang dibayar masih belum dilakukan, maka harta kekayaan dari para wajib pajak dan para penanggung pajak menjadi tanggungan (jaminan) pelunasan utang pajak. Dari aspek aksesibilitas menjadi suatu hal yang mudah apabila harta kekayaan para wajib pajak atau para penanggung pajak tersebut masih dihaki dan dikuasai secara langsung oleh para wajib pajak dan para penanggung pajak, namun persoalannya akan berbeda apabila harta kekayaan tersebut dibebani dengan hak kebendaan lain dan dikuasai oleh pihak ketiga (pihak di luar pemilik harta kekayaan/wajib pajak/penanggung pajak dan pemerintah). Dalam hal harta kekayaan dari wajib pajak atau penanggung pajak dibebani hak kebendaan yang dalam hal ini adalah hak jaminan dan/atau dikuasai pihak ketiga, maka timbul persoalan hukum. Persoalan hukum itu adalah adanya pertentangan antara hak preferen dari pihak ketiga sebagai kreditur preferen (termasuk hak yang dimiliki kreditur separatis dalam hal kepailitan). Dalam pengertian yang lebih luas terdapat pertentangan hak privat pada satu pihak dengan hak publik pada sisi yang lain. Misalnya pada saat diadakan penagihan pajak atas suatu harta kekayaan dari wajib pajak atau penanggung pajak, ternyata harta kekayaan tersebut telah diterima sebagai jaminan oleh dan/atau dikuasai oleh bank (sebagai pemegang hak jaminan).

Persoalan hukum lanjutan adalah mengenai lembaga yang berwenang menyelesaikan sengketa yang timbul dari permasalahan pelunasan harta kekayaan melalui penagihan pajak, yaitu harta kekayaan yang sebelum diadakan penagihan pajak menjadi jaminan pelunasan utang pihak ketiga atau sedang dikuasai oleh pihak ketiga dan akan digunakan untuk melunasi utang pajak. Persoalan tentang lembaga yang berwenang menyelesaikan

sengketa ini menyangkut suatu kompetensi absolut. Mengingat terhadap suatu sengketa pajak seharusnya diperiksa dan diputus oleh peradilan pajak. Namun demikian dalam kasus pelunasan utang pajak PT. Inti Mutiara Kimindo dan PT. Liman International Bank, pelunasan utang pajak masih juga diperiksa dan diputus oleh peradilan selain peradilan pajak. Demikian juga dalam perkara kepailitan antara PT. Wahana Pandugraha (Debitor-Termohon Pailit) dengan PT. Liman International Bank (Kreditor-Pemohon Pailit) yang melibatkan KPP Jakarta Gambir I dan KPPBB Kabupaten Pandeglang dalam urusan utang pajak yang sengketanya diselesaikan melalui pengadilan niaga (Burton, <http://www.klikpajak.com>, hari Rabu, tanggal 14 Maret 2007, jam 11.48 WIB).

Perumusan masalah yang akan dikaji dalam tulisan ini adalah:

1. Apakah pemegang hak jaminan memiliki hak yang diutamakan dalam proses penagihan pajak?
2. Apakah proses penagihan pajak terhadap obyek barang jaminan dapat diselesaikan oleh pengadilan selain pengadilan pajak?

II. PEMBAHASAN

A. KEDUDUKAN PEMEGANG HAK JAMINAN DALAM PENAGIHAN PAJAK

Dari 6 (enam) ketetapan pajak berupa: (1) Surat Tagihan Pajak (STP); (2) Surat Ketetapan Pajak Kurang Bayar (SKPKB); (3) Surat Ketetapan Pajak Kurang Bayar Tambahan (SKPKBT); (4) Surat Ketetapan Pajak Lebih Bayar (SKPLB); (5) Surat Ketetapan Pajak Nihil (SKPN); (6) Surat Pemberitahuan Pajak Terutang (SPPT), hanya SKPN yang merupakan perkecualian dari surat ketetapan pajak yang dapat dijadikan dasar penagihan pajak. Perkecualian ini dikarenakan SKPN hanya menegaskan kepada wajib pajak bahwa jumlah pokok pajak sama dengan jumlah kredit pajak atau pajak yang tidak terutang dan tidak ada kredit pajak. Dengan kata lain wajib pajak tidak memiliki utang pajak dan karenanya tidak dapat dikenakan penagihan pajak. Dalam pelaksanaan peraturan perundang-undangan perpajakan, sering terdapat utang pajak yang tidak dilunasi oleh wajib pajak sebagaimana mestinya sehingga memerlukan tindakan penagihan yang mempunyai kekuatan hukum yang memaksa (Rusjdi, 2005: 1). Penagihan pajak itu sendiri merupakan bagian dari proses penegakan hukum pajak untuk memastikan bahwa pemerintah memperoleh dana (yang masuk ke dalam kas Negara) dalam rangka pembiayaan pengeluaran negara dan pelaksanaan pembangunan. Penagihan pajak juga merupakan konsekuensi hukum untuk menguji penerapan sistem *self assessment* yang memberikan kepercayaan kepada masyarakat untuk menghitung, memperhitungkan, menyetorkan, dan melaporkan pajak yang terutang melalui SPT. Selain itu, penagihan pajak harus memiliki dasar hukum yang benar agar tidak disamakan antara proses penagihan pajak dengan perampokan kepada masyarakat (sebagaimana makna yang tersirat dari adagium *taxation without representation is robbery*). Karenanya penagihan

pajak dilakukan dalam suatu kerangka hukum yang valid dan jelas, sehingga proses penagihan pajak memberikan rasa kepastian hukum bagi masyarakat dan masyarakat sendiri tidak dirugikan. Tidak adanya dasar berupa Undang-Undang mengakibatkan penagihan pajak menjadi suatu perbuatan yang dilarang hukum. Undang-Undang yang dimaksud yang digunakan sebagai dasar penagihan pajak adalah Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2000 tentang Penagihan Pajak dengan Surat Paksa (selanjutnya disebut dengan UU PPSP). Secara konsep, penagihan pajak digolongkan ke dalam penagihan pajak pasif dan penagihan pajak aktif. Untuk kepentingan studi ini pembahasan akan dilakukan pada penagihan pajak pasif dan penagihan pajak aktif dengan 2 (dua) alasan, *pertama*, penagihan pajak pasif meliputi surat ketetapan yang menjadi dasar penagihan pajak. *Kedua*, penagihan pajak aktif merupakan tindakan penagihan yang meliputi dan mengarah pada harta kekayaan/barang milik wajib pajak/penanggung pajak. Dalam rangka mempermudah dan memperjelas pemahaman terhadap pengertian dari penagihan pajak, maka penting dikemukakan maksud dari penagihan pajak dan pihak yang melakukan penagihan pajak.

Berdasarkan UU PPSP, yang dimaksud dengan penagihan pajak adalah serangkaian tindakan agar Penanggung Pajak melunasi utang pajak dan biaya penagihan pajak dengan menegur atau memperingatkan, melaksanakan penagihan seketika dan sekaligus, memberitahukan Surat Paksa, mengusulkan pencegahan, melaksanakan penyitaan, melaksanakan penyanderaan, menjual barang yang telah disita (Pasal 1 angka 9 UU PPSP). Dengan demikian pengertian penagihan pajak memberikan petunjuk mengenai utang pajak sebagai obyek penagihan pajak, cara penagihan pajak, dan sasaran penagihan pajak, yakni penanggung pajak. Persoalan selanjutnya adalah mengenai pengertian utang pajak. Ini penting agar terdapat kepastian bahwa utang pajak yang ditagih merupakan utang pajak yang menurut hukum memang sah dijadikan obyek penagihan. Menurut Pasal 1 angka 8 UU PPSP, yang dimaksud dengan utang pajak adalah pajak yang masih harus dibayar termasuk sanksi administrasi berupa bunga, denda atau kenaikan yang tercantum dalam surat ketetapan pajak atau surat sejenisnya berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan perpajakan. Pengertian utang pajak yang dimaksud dalam Pasal 1 angka 8 UU PPSP adalah utang pajak yang terdapat dalam surat ketetapan pajak atau sejenisnya. Adapun surat sejenisnya yang bukan ketetapan namun digolongkan sebagai dasar penagihan pajak adalah Surat Keputusan Pembetulan, Surat Keputusan Keberatan, Putusan Banding, yang menyebabkan jumlah pajak yang harus dibayar bertambah sebagaimana ditentukan dalam Pasal 18 ayat (1) UU KUP. Surat ketetapan dan surat sejenisnya ini berlaku untuk Pajak Penghasilan (PPh), Pajak Pertambahan Nilai dan Pajak Penjualan atas Barang Mewah (PPN dan PPnBM).

Pengertian penagihan pajak juga mencakup pihak yang melakukan penagihan yakni juru sita pajak. Juru sita pajak adalah pelaksana penagihan pajak yang diangkat oleh

pejabat termasuk untuk melakukan penagihan seketika dan sekaligus, pemberitahuan surat paksa, penyitaan, dan penyanderaan sebagaimana dimaksud Pasal 1 angka 5 dan angka 6 UU PPSP. Unsur penting lain dalam penagihan pajak adalah penanggung pajak. Sebagai pihak yang menjadi sasaran penagihan pajak, penting dipahami tentang maksud dari penanggung pajak. Menurut Pasal 1 angka 3 UU PPSP, yang dimaksud penanggung pajak adalah orang pribadi atau badan yang bertanggung jawab atas pembayaran pajak, termasuk wakil yang menjalankan hak dan memenuhi kewajiban Wajib Pajak menurut ketentuan peraturan perundang-undangan perpajakan. Ternyata pengertian dari penanggung pajak adalah bukan atau tidak sama dengan wajib pajak. Padahal dalam UU KUP, dikenal pula istilah wajib pajak yaitu orang pribadi atau badan yang menurut ketentuan peraturan perundang-undangan perpajakan ditentukan untuk melakukan kewajiban perpajakan, termasuk pemungut pajak atau pemotong pajak tertentu. Perbedaan antara keduanya terletak pada bahwa: (1) penanggung pajak ditentukan hanya bertanggung jawab atas pembayaran pajak, dan (2) mewakili wajib pajak. Sedangkan pengertian wajib pajak meliputi orang atau badan yang memikul kewajiban perpajakan, termasuk pemotong dan pemungut pajak. Adapun wajib pajak yang dapat diwakili oleh penanggung pajak adalah wajib pajak yang berada dalam kedudukan sebagai: (1) anak yang belum dewasa dan belum nikah diwakili oleh walinya; (2) orang tidak sehat (gila atau pemabuk) berada dalam pengampuan diwakili oleh pengampunya; (3) orang berada dalam kuratele diwakili oleh kuratornya; (4) badan diwakili oleh direksi atau pengurusnya, termasuk dalam pengertian pengurus adalah orang yang secara nyata memiliki wewenang ikut menentukan kebijaksanaan dan atau mengambil keputusan dalam menjalankan perusahaan; (5) badan yang dinyatakan pailit, badan dalam pembubaran atau likuidasi, oleh kurator atau likuidator, atau orang atau badan yang dibebani untuk melakukan pemberesan; (6) suatu warisan yang belum terbagi oleh salah seorang ahli warisnya, pelaksana wasiatnya atau yang mengurus harta peninggalannya (Saidi, 2007: 88). Perbedaan pengertian antara penanggung pajak dengan wajib pajak membawa implikasi hukum berupa terbatasnya atau selektifnya pihak-pihak yang dapat dikenakan penagihan pajak. Selain itu, eksistensi wajib pajak diletakkan di luar dan terpisah dengan penanggung pajak. Hal ini beresiko dalam konteks pencairan tunggakan pajak karena wajib pajak dapat menghindar dari kewajiban perpajakan yang dibebankan secara langsung kepadanya.

Tahap yang menentukan dalam penagihan pajak aktif adalah saat diterbitkannya surat sita. Surat sita dilakukan oleh jurusita pajak berdasarkan Surat Perintah Melaksanakan Penyitaan (SPMP) yang diterbitkan oleh pejabat pajak. Tanpa dokumen ini juru sita pajak tidak berwenang melakukan tindakan penyitaan. Pada tahap penyitaan inilah, UU PPSP menemukan hubungannya yakni untuk memberikan kepastian hukum dan keadilan bagi para pihak dalam hal pelunasan utang pajak melalui tindakan penagihan pajak yang mempunyai kekuatan hukum memaksa dalam rangka menguji kepatuhan penang-

gung pajak. Pada tahap ini pelunasan utang pajak dilakukan dengan menyita barang-barang milik penanggung pajak atau disebut juga obyek sita. Adapun yang dimaksud dengan barang adalah tiap benda atau hak yang dapat dijadikan obyek sita menurut Pasal 1 angka 16 UU PPSP.

Persoalan hukumnya adalah apabila barang milik penanggung pajak berada dalam kekuasaan hukum pihak lain dikarenakan terdapat pembebanan hak jaminan. Adanya pembebanan hak jaminan atas barang milik penanggung pajak disebabkan telah terjadi hubungan hukum misalnya utang-piutang antara penanggung pajak dengan pihak ketiga. Timbulnya peristiwa utang-piutang itu memberikan kedudukan kreditur dan debitur. Kedudukan kreditur dan debitur ini dikarenakan utang-piutang merupakan sebuah perjanjian yang meletakkan kewajiban bagi penanggung untuk membayar utangnya (dalam hal ini penanggung kemudian berposisi sebagai debitur) dan memberikan hak bagi pihak ketiga untuk menerima pelunasan piutangnya (dalam hal ini pihak ketiga kemudian berkedudukan sebagai kreditur). Meskipun hubungan utang-piutang tidak hanya lahir karena perjanjian utang-piutang saja, namun dapat timbul karena perjanjian non utang-piutang lainnya dan karena Undang-Undang (Sastrawidjaja, 2006: 83). Lazimnya, pihak ketiga sebagai kreditur meminta jaminan kepada debitur untuk memberikan kepastian hukum bahwa apabila debitur wanprestasi (*default*), maka pihak ketiga dapat memperoleh pelunasan utangnya melalui penjualan barang milik penanggung pajak sebagai debitur. Jaminan yang diberikan debitur harus dibuat perjanjian antara kreditur dan pemilik jaminan (bisa debitur atau pihak lain bukan debitur) yang disebut perjanjian pengikatan jaminan (Sutarno, 2003: 142). Dalam hal ini perjanjian utang-piutang merupakan perjanjian pokok, sedangkan perjanjian jaminan merupakan perjanjian *accessoir* (perjanjian ikutan, yang lahir sebagai akibat lahirnya perjanjian pokok). Konsekuensi hukum selanjutnya dari adanya perjanjian utang-piutang dan perjanjian jaminan adalah bahwa perjanjian utang-piutang menciptakan hak perorangan, yakni semua hak yang timbul karena adanya hubungan perutusan, sedangkan perutusan itu timbul dari perjanjian, Undang-Undang, dan lain-lain. Sedangkan perjanjian jaminan menciptakan hak kebendaan, yakni hak mutlak atas sesuatu benda dimana hak itu memberikan kekuasaan langsung atas sesuatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga (Sofwan, 2000: 24). Sebagai hak kebendaan, hak jaminan menimbulkan ikatan hukum antara benda jaminan dengan pemegang hak jaminan. Dengan hak jaminan, pemegang hak jaminan dapat mempertahankan haknya kepada siapapun termasuk kepada pemberi hak jaminan dalam rangka pelunasan piutang kreditur pemegang hak jaminan (bersifat mutlak). Dalam konstruksi hukum fidusia, jaminan fidusia memberikan kedudukan yang diutamakan kepada penerima fidusia terhadap kreditur lainnya (Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Fidusia (UUF)). Adapun Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan (UUHT) melalui Pasal 1 memberikan kedudukan yang

diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur lainnya. Menjadi jelas bahwa para pemegang hak jaminan. Sementara itu, gadai memberikan wewenang atas pelunasan piutang kepada kreditur dengan mendahului kreditur-kreditur lainnya (Pasal 1150 KUHPerdara). Demikian pula dengan hipotik yang memberikan jaminan pelunasan suatu perikatan (Pasal 1162 KUHPerdara). Dengan demikian hukum jaminan baik berupa fidusia, hak tanggungan, gadai, dan hipotik memberikan kepada kreditur pemegang hak jaminan untuk memperoleh pelunasannya lebih dulu daripada yang lain.

Dalam kaitannya dengan pajak, negara juga memiliki kewenangan untuk memperoleh pelunasan utang pajak dari masyarakat (wajib pajak). Kewenangan itu diperoleh dari pengaturan Undang-Undang perpajakan. Melalui Undang-Undang perpajakan, para wajib pajak terikat untuk melaksanakan seluruh kewajiban perpajakannya. Permasalahan muncul ketika kewajiban wajib pajak untuk melunasi pajak berbenturan dengan hak kreditur yang memiliki hak jaminan. Timbul permasalahan hukum mengenai prioritas pembayaran utang tentang apakah pelunasan utang diberikan lebih dulu kepada negara atau kepada kreditur pemegang hak jaminan. Apabila dicermati dari istilah kreditur dalam Pasal 1 angka 8 UUF adalah pihak yang mempunyai piutang karena perjanjian atau karena Undang-Undang. Adapun pengertian kreditur menurut Pasal 1 UUHT adalah pihak yang berpiutang akibat hubungan utang piutang tertentu.

Menjadi jelas bahwa pengertian kreditur menurut UUF dapat terjadi karena perjanjian atau Undang-Undang, sedangkan pengertian kreditur menurut Undang-Undang hak tanggungan lebih sempit, yakni hanya dapat lahir karena perjanjian utang-piutang. Artinya, negara dapat disebut sebagai kreditur dalam pengertiannya menurut UUF, sedangkan negara dikecualikan sebagai kreditur dalam UUHT. Masuknya negara menjadi bagian dari sebutan kreditur adalah karena pengertian yang luas dari pengertian utang yang mana utang tidak hanya lahir dari perjanjian, namun dapat juga timbul dari Undang-Undang (dalam hal ini Undang-Undang perpajakan). Menurut Pasal 1135 KUHPerdara, antara pihak-pihak kreditur yang mempunyai hak didahulukan, tingkatannya diatur menurut sifat hak didahulukan mereka. Terlebih Pasal 1137 KUHPerdara menyatakan bahwa hak didahulukan milik negara, kantor lelang dan badan umum lain yang diadakan oleh penguasa, tata tertib pelaksanaannya, dan lama jangka waktunya, diatur dalam berbagai Undang-Undang khusus yang berhubungan dengan hal-hal itu. Dengan demikian dari kedua pasal dalam KUHPerdara tersebut (Pasal 1135 dan Pasal 1137) menyatakan bahwa: (1) Setiap kreditur yang didahulukan pelunasan utangnya selanjutnya ditentukan menurut sifat hak didahulukannya; (2) Negara memiliki hak didahulukan; (3) Sifat didahulukan oleh negara, dalam hal ini selanjutnya diatur dalam Undang-Undang perpajakan; (4) Negara berdasarkan hak didahulukannya itu dikategorikan sebagai kreditur terhadap utang pajaknya. Pengertian utang secara luas pun sebagaimana disebutkan di atas mengakibatkan pajak menjadi cakupan dari pengertian utang tersebut. Hal tersebut dapat

dicermati dari definisi pajak yakni kontribusi wajib kepada negara yang terutang oleh orang pribadi atau badan yang bersifat memaksa berdasarkan Undang-Undang, dengan tidak mendapatkan imbalan secara langsung dan digunakan untuk keperluan negara bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat (Pasal 1 angka 1 UU KUP).

Untuk mengukur kekuatan hak mendahului negara sebagai kreditur terhadap utang pajaknya dibandingkan dengan hak mendahului dari kreditur pemegang hak jaminan, maka Pasal 21 UU KUP menyatakan bahwa negara memiliki hak mendahului terhadap utang pajak atas barang-barang milik penanggung pajak. Hak mendahului atas utang pajak tersebut melebihi segala hak mendahului lainnya. Dalam praktiknya, Wajib Pajak yang dinyatakan pailit, bubar, atau dilikuidasi, maka kurator, likuidator, atau orang atau badan yang ditugasi untuk melakukan pemberesan dilarang membagikan harta Wajib Pajak dalam pailit, pembubaran atau likuidasi kepada pemegang saham atau kreditur lainnya sebelum menggunakan harta tersebut untuk membayar utang pajak Wajib Pajak tersebut. Jadi kreditur lainnya (termasuk kreditur pemegang hak-hak jaminan) dapat memperoleh pelunasan utang debitur apabila utang pajak telah dilunasi kepada negara.

Demikian juga pada saat terjadi pencocokan piutang, maka Hakim Pengawas dalam waktu 14 (empat belas) hari setelah putusan pernyataan pailit diucapkan harus menetapkan batas akhir pengajuan tagihan dan batas akhir verifikasi pajak untuk menentukan besarnya kewajiban pajak sesuai dengan peraturan perundang-undangan di bidang perpajakan (Pasal 113 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (UU KPKPU)). Dengan adanya verifikasi pajak tersebut secara langsung UU KPKPU mengakui, bahwa penentuan besarnya utang pajak harus ditetapkan untuk kemudian dilakukan pelunasannya di samping tagihan-tagihan yang dituntut kreditur lainnya. Apalagi kreditur menurut Pasal 1 angka 2 UU KPKPU adalah orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau Undang-Undang yang dapat ditagih di muka pengadilan, dan pengertian utang adalah kewajiban yang dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik dalam mata uang Indonesia maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul di kemudian hari atau kontinjen, yang timbul karena perjanjian atau undang-undang dan yang wajib dipenuhi oleh debitur dan bila tidak dipenuhi memberi hak kepada kreditur untuk mendapat pemenuhannya dari harta kekayaan debitur (Pasal 1 angka 6 UU KPKPU). Jadi Kantor Pelayanan Pajak dan instansi pajak lainnya merupakan bagian dari istilah kreditur dan utang pajak merupakan bagian dari utang (dalam pengertiannya yang luas), meskipun lahir dari Undang-Undang.

Bahkan UUHT mengakui preferensi negara atas utang pajak terhadap prioritas pelunasan utang dari penjualan barang jaminan. Dalam bagian penjelasan dari Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Hak Tanggungan ditentukan bahwa meskipun kreditur pemegang hak tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum terhadap tanah milik

debitur yang cidera janji disertai dengan hak mendahului namun hal tersebut tidak mengurangi preferensi piutang-piutang negara menurut ketentuan hukum yang berlaku. Yang dimaksud piutang-piutang negara dalam hal ini adalah utang pajak menurut Undang-Undang perpajakan.

Dengan demikian, negara sebagai kreditur memiliki hak yang didahulukan dibandingkan hak-hak didahulukan lainnya yang dimiliki para pemegang hak jaminan terhadap barang-barang jaminan utang debitur termasuk hasil penjualannya manakala debitur wanprestasi. Meskipun negara memiliki hak mendahului yang paling tinggi, namun menjadi persoalan berikutnya adalah mengenai pengadilan yang berwenang memeriksa dan memutus serta menyelesaikan sengketa penagihan pajak terhadap barang-barang jaminan saat debitur wanprestasi.

B. PENGADILAN YANG BERWENANG MENGADILI SENGKETA PENAGIHAN PAJAK TERKAIT BARANG JAMINAN

Sengketa pajak bermula dari keberatan yang diajukan wajib pajak terhadap Surat Ketetapan Pajak Kurang Bayar, Surat Ketetapan Pajak Kurang Bayar Tambahan, Surat Ketetapan Pajak Nihil, Surat Ketetapan Pajak Lebih Bayar, pemotongan atau pemungutan pajak oleh pihak ketiga berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan perpajakan. Selanjutnya, hasil dari keberatan tersebut adalah surat keputusan terhadap keberatan yang diputuskan oleh Direktorat Jenderal Pajak yang menyatakan penolakan baik sebagian atau seluruhnya terhadap keberatan yang diajukan Wajib Pajak, maka Wajib Pajak dapat mengajukan banding terhadap surat keputusan keberatan. Banding dimaksud hanya dapat diajukan kepada pengadilan pajak (Pasal 27 UU KUP).

Demikian pula ketika sengketa berawal gugatan penanggung pajak terhadap pelaksanaan surat paksa, surat perintah pelaksanaan penyitaan, dan pengumuman lelang, keputusan pencegahan dalam rangka penagihan pajak, keputusan yang berkaitan dengan pelaksanaan keputusan perpajakan, selain yang ditetapkan dalam Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 26 UU KUP, atau penerbitan surat ketetapan pajak atau surat keputusan keberatan yang dalam penerbitannya tidak sesuai dengan prosedur atau tata cara yang telah diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan perpajakan, maka sengketa tersebut merupakan *domain* dari pengadilan pajak (Pasal 23 UU KUP). Sengketa yang demikian dikenal dengan sengketa pajak yaitu sengketa yang timbul dalam bidang perpajakan antara Wajib Pajak atau penanggung pajak dengan pejabat yang berwenang sebagai akibat dikeluarkannya keputusan yang dapat diajukan banding atau gugatan kepada Pengadilan Pajak berdasarkan peraturan perundang-undangan perpajakan, termasuk gugatan atas pelaksanaan penagihan berdasarkan UU PPSP (Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak yang selanjutnya disebut UU Pengadilan Pajak).

Dalam keadaan yang mana debitur yang berutang (baik dengan menyerahkan barang

jaminan maupun tidak) tidak sanggup melunasi utangnya, kemudian barang-barang milik debitur tersebut disita oleh pihak ketiga, maka jurusita pajak melakukan penagihan pajak seketika dan sekaligus tanpa menunggu tanggal jatuh tempo pembayaran berdasarkan surat perintah penagihan seketika dan sekaligus. Penagihan pajak seketika dan sekaligus ini dapat pula dilakukan oleh jurusita, ketika terdapat tanda-tanda debitur akan dipailitkan. Gugatan terhadap pelaksanaan penagihan pajak seketika dan sekaligus ini harus ditujukan kepada pengadilan pajak (Pasal 37 UU PPSP).

Adanya debitur yang wanprestasi dalam perjanjian utang-piutang paling tidak dapat mengakibatkan 2 (dua) hal yakni: *pertama*, barang-barang debitur secara umum disita dan dijual dan untuk barang-barang debitur yang telah dijadikan jaminan dijual oleh kreditur pemegang hak jaminan. *Kedua*, debitur tersebut digugat pailit, yang selanjutnya apabila dinyatakan pailit barang-barang debitur diinventarisir dan dicocokkan dengan piutang para kreditur dan akhirnya dijual untuk melunasi utang debitur. Dalam keadaan yang demikian, pengadilan niaga akan berwenang mengadili dan memutuskan sengketa, jika sengketa tersebut menyangkut kepailitan sedangkan Pengadilan Negeri berwenang untuk memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa apabila sengketa tersebut menyangkut gugatan kreditur agar barang-barang jaminan dijual baik di muka umum (lelang) maupun di bawah tangan. Adapun Pengadilan Pajak berwenang mengadili sengketa pada saat terjadinya gugatan terhadap pelaksanaan penagihan pajak seketika dan sekaligus yang mana penagihan jenis ini dilakukan ketika barang-barang debitur disita oleh kreditur atau terjadi tanda-tanda kepailitan. Sengketa tersebut adalah sengketa pajak dan karenanya putusan Pengadilan Pajak tidak dapat diajukan gugatan ke Peradilan Umum, Peradilan Tata Usaha Negara, atau Badan Peradilan lain, kecuali putusan berupa “tidak dapat diterima” yang menyangkut kewenangan/kompetensi (penjelasan Pasal 33 UU Pengadilan Pajak).

Jadi peran pengadilan pajak ini dapat dimulai lebih awal daripada peran Pengadilan Niaga maupun Pengadilan Negeri. Dengan demikian, peran Pengadilan Pajak tergantung pada apakah juru sita pajak telah melakukan penagihan seketika dan sekaligus pada saat menemukan 2 (dua) hal yakni penyitaan barang penanggung pajak oleh pihak ketiga atau tanda-tanda kepailitan. Apabila dalam hal jurusita telah melakukan penagihan pajak seketika dan sekaligus kemudian terdapat gugatan, maka kewenangan absolut terdapat pada Pengadilan Pajak. Selanjutnya, pada saat barang-barang penanggung pajak telah disita oleh pihak ketiga, maka juru sita menyampaikan surat paksa kepada Pengadilan Negeri atau instansi lain yang berwenang, kemudian Pengadilan Negeri tersebut dalam sidang berikutnya menetapkan barang yang telah disita dimaksud sebagai jaminan pelunasan utang pajak (Pasal 19 UU PPSP). Bagian penjelasan dari Pasal 19 UU PPSP menyatakan bahwa kedudukan negara sebagai kreditur preferen yang dinyatakan mempunyai hak mendahului atas barang-barang milik Penanggung Pajak yang akan

dijual kecuali terhadap biaya perkara yang semata-mata disebabkan oleh suatu penghukuman untuk melelang suatu barang bergerak dan atau barang tidak bergerak, biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkan barang dimaksud, atau biaya perkara yang semata-mata disebabkan oleh pelelangan dan penyelesaian suatu warisan. Hasil penjualan barang-barang milik Penanggung Pajak terlebih dahulu untuk membayar biaya-biaya tersebut di atas dan sisanya dipergunakan untuk melunasi utang pajak. Apabila melalui surat paksa, Penanggung Pajak masih juga belum melunasi utang pajaknya, maka diterbitkanlah Surat Perintah Melaksanakan Penyitaan. Menurut Pasal 14 UU PPSP, penyitaan dilaksanakan terhadap barang milik Penanggung Pajak yang berada di tempat tinggal, tempat usaha, tempat kedudukan, atau di tempat lain termasuk yang penguasaannya berada di tangan pihak lain atau yang dijamin sebagai pelunasan utang tertentu yang dapat berupa: (a) barang bergerak termasuk mobil, perhiasan, uang tunai, dan deposito berjangka, tabungan, saldo rekening koran, giro, atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu, obligasi saham, atau surat berharga lainnya, piutang, dan penyertaan modal pada perusahaan lain; dan atau (b) barang tidak bergerak termasuk tanah, bangunan, dan kapal dengan isi kotor tertentu.

Adapun yang dimaksud dengan penguasaan berada di tangan pihak lain, misalnya, disewakan atau dipinjamkan, sedangkan yang dimaksud dengan dibebani dengan hak tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, misalnya, barang yang dihipotikkan, digadaikan, atau diagunkan (Penjelasan Pasal 14 UU PPSP).

Pada dasarnya penyitaan dilaksanakan dengan mendahulukan barang bergerak, namun dalam keadaan tertentu penyitaan dapat dilaksanakan langsung terhadap barang tidak bergerak tanpa melaksanakan penyitaan terhadap barang bergerak. Keadaan tertentu, misalnya, juru sita pajak tidak menjumpai barang bergerak yang dapat dijadikan obyek sita, atau barang bergerak yang dijumpainya tidak mempunyai nilai, atau harganya tidak memadai, jika dibandingkan dengan utang pajaknya (Pasal 14 ayat (1) Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 135 Tahun 2000 tentang Tata Cara Penyitaan dalam Rangka Penagihan Pajak dengan Surat Paksa).

Namun apabila juru sita pajak tidak melakukan penagihan pajak seketika dan sekaligus, maka Pengadilan Negeri melakukan kewenangannya memproses pelaksanaan hak kreditur untuk menjual barang-barang jaminan debitur guna pelunasan utangnya atau justru Pengadilan Niaga yang berwenang menyelesaikan sengketa apabila kreditur mengajukan gugatan pailit kepada debitur dalam rangka memperoleh pelunasan utang debitur. Hanya saja pelunasan utang pajak merupakan hak mendahulu yang dimiliki Negara, sehingga baik Pengadilan Negeri maupun Pengadilan Niaga harus mengalokasikan dan mengutamakan utang pajak sebagai kewajiban yang harus dipenuhi lebih dulu sebelum hasil penjualan barang-barang jaminan dibagikan kepada kreditur preferen lainnya selain Negara.

Dalam kasus PT. Liman International Bank (Kreditur-Pemohon Pailit) yang melibatkan KPP Jakarta Gambir I dan KPPBB Kabupaten Pandeglang dalam urusan utang pajak. Melalui putusan Mahkamah Agung No. 015 K/N/1999, 14 Juli 1999, dinyatakan bahwa KPP (Kantor Pelayanan Pajak) tidak termasuk kreditur dalam ruang lingkup pailit, karena bentuk utang pajak adalah tagihan yang lahir dari Undang-Undang (UU KUP No.6/83 jo No. 9/94), bukan karena hubungan hutang-piutang. UU KUP memberikan kewenangan khusus kepada pejabat pajak untuk melakukan eksekusi langsung terhadap utang pajak di luar campur tangan kewenangan peradilan. Menurut pendapat kami, berdasarkan Pasal 1135 KUHPdata, Pasal 1137 KUHPdata, penjelasan Pasal 19 UU PPSP, Pasal 1 angka 2 UU KPKPU, KPP adalah termasuk kategori kreditur dan utang pajaknya termasuk utang dalam arti luas (Pasal 1 angka 6 UU KPKPU), sehingga perkara tersebut merupakan kewenangan Pengadilan Niaga, namun kurator untuk perhitungan dan pelunasan pajaknya tetap harus mengutamakan Negara. Lagipula dapat dimaklumi apabila Mahkamah Agung dalam perkara tersebut menggunakan pengertian yang sempit tentang utang, sehingga menempatkan KPP pada golongan selain kreditur. Hal tersebut dikarenakan pada saat itu, tahun 1999, masih berlaku Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang tentang Kepailitan menjadi Undang-Undang (UUK) yang tidak memberikan pengertian utang secara jelas. Dalam penjelasan Pasal 1 ayat (1) UUK hanya dinyatakan bahwa utang yang tidak dibayar oleh debitur sebagaimana dimaksud dalam ketentuan ini adalah utang pokok atau bunganya. Karenanya, terdapat banyak pengertian mengenai utang yang membawa akibat biasanya pengertian debitur dan kreditur. Pengertian sempit mengenai utang ini juga dianut oleh putusan Peninjauan Kembali Mahkamah Agung RI dalam perkara kepailitan antara PT. Jawa Barat Indah (Termohon Pailit) dengan Sumeini Omar Sandjaya dan Widiastuti (Pemohon Pailit), oleh putusan Mahkamah Agung pada saat membatalkan putusan Pengadilan Niaga dalam perkara kepailitan antara Helena Melindo Sujotomo (Termohon Pailit) dengan PT. Intercon Interprises (Pemohon Pailit), oleh putusan Pengadilan Niaga dalam perkara kepailitan antara Sangyong Engineering dan Construction Co. Ltd. (Pemohon Pailit) dengan PT. Citra Jimbaran Indah Hotel (Termohon Pailit).

III. SIMPULAN DAN SARAN

A. SIMPULAN

1. Penagihan pajak oleh Direktorat Jenderal Pajak (sebagai fiskus) menemui masalah hukum apabila pelunasan utang pajak dihadapkan pada aset-aset debitur yang sedang dibebani jaminan. Dalam hal demikian meskipun UUHT dan UUF serta karakteristik hak jaminan memberikan sifat yang mendahulukan (prioritas) kepada kreditur pemegang hak jaminan, namun sejumlah ketentuan menyatakan sebaliknya yakni

Negara memiliki hak mendahului terhadap benda-benda yang dibebani hak jaminan. Ketentuan-ketentuan tersebut adalah Pasal 1135 dan Pasal 1137 KUHPerdara, Pasal 1 dan Pasal 21 UU KUP, dan Pasal 113 ayat (1) UU KPKPU.

2. Terhadap permasalahan kompetensi absolut pengadilan terhadap perkara penagihan pajak yang melibatkan adanya hak preferensi dari kreditur pemegang hak jaminan, maka menurut ketentuan Pasal 23 UU KUP dan Pasal 37 UU PPSP, domain terhadap perkara semacam ini berada pada Pengadilan Pajak. Peran Pengadilan Pajak tergantung pada apakah jurusita pajak telah melakukan penagihan seketika dan sekaligus pada saat menemukan 2 (dua) hal yakni penyitaan barang penanggung pajak oleh pihak ketiga atau tanda-tanda kepailitan. Dalam hal juru sita pajak telah melakukan penagihan pajak seketika dan sekaligus, lantas terdapat gugatan maka kewenangan absolut terdapat pada Pengadilan Pajak.

B. SARAN

1. Pemerintah melalui Direktorat Jenderal Pajak sepatutnya lebih mencermati esensi perkara berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum di luar Undang-Undang pajak khususnya antara KUHPerdara, UUF, dan UUHT dengan UU PPSP yang merupakan cerminan hubungan hukum privat dengan hukum publik.
2. Peradilan pajak memiliki kompetensi absolut untuk mengadili perkara perpajakan, sehingga tidak perlu ragu untuk menerima, memeriksa, dan memutuskannya. Di lain pihak, peradilan selain Peradilan Pajak hendaknya tidak akan menerima dan memutus perkara pajak yang dihadapinya karena tidak memiliki kompetensi absolut di bidang perpajakan.

DAFTAR PUSTAKA

- Purnomo, Hadi, 2008, *Jumlah Wajib Pajak Capai 9Juta*, <http://www.suaramerdeka.com/cybernews/harian/0510/11/nas11.htm>, 11 Oktober 2005, diunduh tanggal 4 Juni 2008, jam 14.32 WIB.
- Rusjdi, Muhammad, 2005, *PPSP Penagihan Pajak dengan Surat Paksa*, Jakarta, PT. Indeks, Cetakan 1.
- Sastrawidjaja, Man S., 2006, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Bandung, PT. Alumni, Cetakan ke-1.
- Saidi, Muhammad Djafar, 2007, *Pembaruan Hukum Pajak*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Burton, Richard, 2007, *Rumitnya Menagih Utang Pajak*, <http://www.klikpajak.com>, diunduh pada hari Rabu, tanggal 14 Maret 2007, jam 11.48 WIB.
- Sutarno, 2003, *Aspek-Aspek Hukum Perkreditan pada Bank*, Bandung, Alfabeta.

Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen, 2000, *Hukum Perdata: Hukum Benda*, Yogyakarta, Liberty, Cetakan ke-5.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1997 tentang Bea Perolehan Hak atas Tanah dan Bangunan.

Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Fidusia.

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2000 tentang Penagihan Pajak dengan Surat Paksa.

Undang-Undang Nomor 20 tahun 2000 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1997 tentang Bea Perolehan Hak Atas Tanah dan Bangunan.

Undang-Undang Nomor 34 Tahun 2000 tentang Perubahan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 18 Tahun 1997 tentang Pajak dan Retribusi Daerah.

Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak.

Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2005 tentang APBN 2006.

Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2006 tentang APBN 2007.

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2007 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1983 tentang Ketentuan Umum dan Tata Cara Perpajakan.

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 135 Tahun 2000 tentang Tata Cara Penyitaan dalam Rangka Penagihan Pajak dengan Surat Paksa.

MEMBERANTAS TINDAK PIDANA KORUPSI DI INDONESIA DENGAN MENATA BIROKRASI DALAM KERANGKA *GOOD GOVERNANCE*

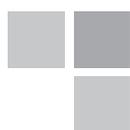
SJAHRUDDIN RASUL

Fakultas Hukum, Universitas Bung Hatta, Jalan Gajah Mada Gunung Panggilung Padang 25143, telepon (0751) 705 1341, 705 4257, Indonesia. Email: sjahrudin.rasul@taspen.com

ABSTRACT

Considering the severe corruption in Indonesia, its eradication then could not be conducted partially. It needs a holistic eradication corruption which involves the whole aspect, including Indonesian people and government institutions. Particularly from the side of government institution, it needs harder effort, related with the existence of bureaucracy obstacle and a poor good governance system inside the government organization. inline with that, one of the strategy that has to be used is to manage bureaucracy in accordance with the principle of good governance. Good governance consists of three principles. i.e: transparency, participative and accountability. in addition to implement the good governance principle, job assesment on the bureaucracy has to be implemented

Key words: corruption, eradication, bureaucracy, good governance.



I. PENDAHULUAN

Tindak pidana korupsi di Indonesia sudah meluas ke dalam berbagai lapisan masyarakat. Bahkan tindak pidana korupsi telah menghambat pembangunan berkelanjutan, menurunkan legitimasi pemerintah, mendorong berkembangnya budaya ketidakpatuhan terhadap hukum, dan semakin menambah jumlah angka kemiskinan absolut. Akibat dari praktek korupsi ini diperparah dengan tindak pidana lintas-negara lainnya seperti pencucian uang, perdagangan gelap narkoba, pencurian sumberdaya alam (misalnya pencurian kayu dan perdagangan manusia).

Berbagai kalangan berpendapat bahwa tindak pidana korupsi di Indonesia sudah melembaga dan sistematis di seluruh lapisan masyarakat serta lembaga-lembaga negara baik eksekutif, legislatif maupun yudikatif. Masyarakat dapat melihat dengan kasat mata dan merasakan praktik tindak pidana korupsi yang semakin marak

dan meluas. Hal ini menunjukkan bahwa lembaga pemerintah yang menangani perkara tindak pidana korupsi belum berfungsi secara optimal dalam memberantas tindak pidana korupsi sesuai dengan harapan masyarakat. Korupsi yang terjadi secara sistematis dan meluas merupakan pelanggaran terhadap hak-hak sosial dan hak-hak ekonomi masyarakat luas, sehingga korupsi tidak lagi dapat digolongkan sebagai kejahatan biasa melainkan sebagai kejahatan luar biasa (*extraordinary crime*), sehingga upaya pemberantasannya tidak lagi dapat dilakukan secara biasa, tetapi dituntut cara-cara yang luar biasa (Konsideran Undang-Undang (UU) No. 30/2002 tentang *Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*).

II. PEMBAHASAN

A. FAKTA KORUPSI DI INDONESIA

Di mata internasional, tidak dapat dipungkiri bahwa Indonesia dipandang sebagai salah satu negara terkorup di dunia. Pandangan ini diperkuat dengan beberapa hasil penelitian oleh berbagai entitas asing seperti, *Political of Economic Risk Consultancy* (PERC) yang diumumkan bulan Maret tahun 2002, menempatkan Indonesia dengan tingkat skor 9.92 berdasarkan skala tertinggi 10. Sedangkan dari sumber *Transparency International* (TI) Indonesia, Indeks Persepsi Korupsi (IPK) untuk Indonesia pada tahun 2003 menempati posisi yang cukup memprihatinkan, yaitu 1,9 dari peringkat 122 dari 133 negara dari negara yang disurvei pada tahun 2004 IPK Indonesia menjadi 2.0 dan menduduki urutan 137 dari 146 negara yang disurvei, dimana makin rendah IPK makin parah tingkat korupsinya. Menurut data tahun 2007 yang dikeluarkan oleh PERC pada bulan Maret 2007, Indonesia masih belum juga beranjak dari posisi negara yang dinilai terkorup di Asia dengan nilai 8.03 sejajar dengan posisi Thailand dan berada satu tingkat lebih baik dari Filipina yang kali ini dinilai menjadi negara yang tertinggi tingkat korupsinya. Meskipun Indonesia mengalami sedikit perbaikan dari tahun-tahun sebelumnya, tetapi masih tetap berada pada posisi kelompok negara terkorup. Skor tingkat korupsi negara-negara di Asia tahun 2006 dan 2007 selengkapnya dapat dilihat pada Tabel I.

Keadaan ini mempersulit kinerja hubungan luar negeri Indonesia, terutama dalam kaitan menjaga kepercayaan dunia internasional kepada Indonesia. Kepercayaan dunia internasional sangat dibutuhkan dalam rangka menjaga, melindungi dan memajukan kepentingan nasional.

Dari sisi normatif, sejak tahun 1957 upaya pemerintah untuk memberantas korupsi sebenarnya telah banyak dilakukan dengan ditetapkannya berbagai peraturan perundang-undangan untuk mendukung pemberantasan korupsi di Indonesia. Berbagai peraturan perundang-undangan tersebut antara lain peraturan perundang-undangan untuk memberantas korupsi dimulai dengan menggunakan KUHP (Pidana); Keppres No. 40/1957 jo. *Regeling opde Staat van Orlog envan Beleg* (Stb. 39-582 jo. 40-79 Tahun 1939) tentang Keadaan Darurat Perang; Keppres No. 225/1957 jo. UU No. 74/1957 jo. UU No.

79/1957 tentang Keadaan Bahaya; Perpu No. 24/160 tentang Pengusutan, Penuntutan, dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi; UU No. 3/1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Upaya pemberantasan korupsi di Indonesia sesungguhnya sudah mencapai lebih dari setengah abad sejak kemerdekaan republik ini diproklamasikan oleh para tokoh pendiri bangsa. Perjuangan dalam memberantas korupsi tidaklah mengenal orde, dimulai sejak tahun 1950-an dan sudah melalui (5) lima kali perubahan peraturan perundang-undangan yang dibentuk khusus untuk pemberantasan korupsi. Di samping itu, dari sisi komitmen politik nasional untuk memberantas korupsi termasuk untuk menciptakan pemerintahan yang bersih dan berwibawa, sebenarnya telah dimiliki bangsa Indonesia. Hal ini didasarkan pada ketetapan-ketetapan MPR-RI tahun 1998, yaitu pada Ketetapan MPR Nomor X/MPR/1998, dimana keinginan untuk memberantas korupsi telah dinyatakan sebagai berikut: *Meningkatkan keterbukaan pemerintahan dalam pengelolaan usaha untuk menghilangkan korupsi, kolusi, dan nepotisme serta praktek-praktek ekonomi lainnya yang merugikan negara dan rakyat. Menumbuhkan pemerintah yang bersih sebagai pelayan masyarakat dan bertindak berdasarkan undang-undang dalam rangka lebih meningkatkan kredibilitas pemerintah di mata rakyat. Menyiapkan sarana dan prasarana serta program aksi bagi tumbuhnya suasana yang sehat bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme* (Ketetapan MPR Nomor X/MPR/1998).

TABEL I. SKOR TINGKAT KORUPSI NEGARA-NEGARA DI ASIA

NO.	NAMA NEGARA	TH. 2007	TH. 2006
1.	Singapura	1,20	1,30
2.	Hongkong	1,87	3,13
3.	Jepang	2,10	3,01
4.	Makau	5,11	4,78
5.	Taiwan	6,23	5,91
6.	Malaysia	6,25	6,13
7.	China	6,29	7,58
8.	Korea Selatan	6,3	5,44
9.	India	6,67	6,76
10.	Vietnam	7,54	7,91
11.	Indonesia	8,03	8,16
12.	Thailand	8,03	7,64
13.	Filipina	9,40	7,80

Sumber: Perc 2007; Skala 0 – 10, 10 adalah nilai terkorup.

Selanjutnya dalam Ketetapan MPR Nomor XI/MPR/1998 keinginan untuk memberantas korupsi kembali dinyatakan, sebagai berikut: *Untuk menjalankan fungsi dan tugasnya tersebut, penyelenggara negara harus jujur, adil, terbuka, dan terpercaya serta mampu*

membebasakan diri dari praktek korupsi, kolusi dan nepotisme (Ketetapan MPR Nomor XI/MPR/1998). Atas dasar Ketetapan-ketetapan MPR yang secara tegas untuk memberantas korupsi dan menciptakan penyelenggaraan pemerintahan yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme sebagaimana tersebut di atas, maka pada hakekatnya persyaratan mutlak yang harus dimiliki bangsa Indonesia agar ada komitmen politik nasional yang resmi untuk melakukan pemberantasan korupsi telah terpenuhi.

Bergulirnya era reformasi semenjak tahun 1998 membuahkan berbagai harapan besar terhadap pola dan cara pemberantasan tindak pidana korupsi. Sejumlah langkah dilakukan melalui pembenahan peraturan perundang-undangan tentang pemberantasan tindak pidana korupsi yang meliputi antara lain: Ketetapan MPR-RI No. XI/MPR/1998 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bebas dan Bersih dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme, UU No. 28/1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, UU No. 31/1999 tentang Pembentasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20/2001, UU No. 15/2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang sebagaimana telah diubah dengan UU No. 25/2003, Pembentukan Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dengan UU No. 30/2002, dan Komisi Ombudsman Nasional melalui Keputusan Presiden No. 44/2000.

Upaya pembenahan terhadap peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan pemberantasan tindak pidana korupsi tersebut, menunjukkan bahwa pemerintah Indonesia telah menempatkan pemberantasan tindak pidana korupsi sebagai salah satu prioritas dalam kebijakan nasional, dan sebagai bagian dari komitmen untuk secara berkesinambungan mewujudkan tata pemerintahan yang baik dan bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme. Komitmen tersebut juga merupakan cerminan upaya pemerintah untuk memenuhi aspirasi masyarakat luas agar Pemerintah Indonesia melakukan tindakan-tindakan konkrit terhadap perilaku dan tindak koruptif di segala tingkatan kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Pada gilirannya penegakan terhadap perilaku dan tindak koruptif akan mendorong negara Indonesia yang kuat dan kokoh, dengan masyarakat yang adil dan makmur.

Permasalahan korupsi tidak hanya terkait dengan aturan normatif saja, tetapi juga terkait dengan aspek-aspek di luar aspek aturan normatif. Dalam Rapat Koordinasi Pengawasan Tingkat Nasional di Bali pada bulan Desember 2002 disepakati bahwa penanganan tindak pidana korupsi selama ini menghadapi berbagai hambatan serius yang dikelompokkan menjadi (Kesepakatan Rapat Koordinasi Pengawasan Tingkat Nasional di Bali pada bulan Desember 2002):

1. *Hambatan struktural*, yaitu hambatan yang telah berlangsung lama yang bersumber dari praktik-praktik penyelenggaraan negara dan pemerintahan yang membuat penanganan tindak pidana korupsi tidak berjalan sebagaimana mestinya. Yang termasuk dalam kelompok ini diantaranya meliputi: rendahnya "gaji formal" PNS; egoisme sektoral dan institusional yang menjurus pada pengajuan dana sebanyak-banyaknya

untuk sektor dan instansinya tanpa memperhatikan kebutuhan nasional secara keseluruhan serta berupaya menutup-nutupi penyimpangan-penyimpangan yang terdapat di sektor dan instansi yang bersangkutan; belum berfungsinya fungsi pengawasan secara efektif; lemahnya koordinasi antara aparat pengawasan dan aparat penegak hukum; serta lemahnya sistem pengendalian intern yang memiliki korelasi positif dengan berbagai penyimpangan dan in-efisiensi dalam pengelolaan kekayaan negara dan rendahnya kualitas pelayanan publik;

2. *Hambatan kultural*, yaitu hambatan yang bersumber dari kebiasaan negatif yang berkembang di masyarakat yang membuat penanganan tindak pidana korupsi tidak berjalan sebagaimana mestinya. Yang termasuk dalam kelompok ini diantaranya meliputi: masih adanya “sikap sungkan” diantara aparat pemerintah yang dapat menghambat penanganan tindak pidana korupsi; kurang terbukanya pimpinan instansi sehingga sering terkesan melindungi pelaku korupsi, campur tangan eksekutif, legislatif dan yudikatif dalam penanganan korupsi, rendahnya komitmen untuk menangani korupsi secara tegas dan tuntas, serta sikap permisif (masa bodoh) sebagian besar masyarakat terhadap upaya pemberantasan korupsi;
3. *Hambatan instrumental*, yaitu hambatan yang bersumber dari kurangnya instrumen pendukung dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang membuat penanganan tindak pidana korupsi tidak berjalan sebagaimana mestinya. Yang termasuk dalam kelompok ini diantaranya meliputi: masih banyaknya peraturan perundang-undangan yang tumpang tindih sehingga menimbulkan tindakan koruptif berupa penggelembungan dana di lingkungan instansi pemerintah; belum adanya *single identification number* atau suatu identifikasi yang berlaku untuk keperluan masyarakat (SIM, pajak, bank, dan lain-lain) yang mampu mengurangi peluang penyalahgunaan oleh setiap anggota masyarakat; lemahnya penegakan hukum penanganan korupsi; belum adanya sanksi yang tegas bagi aparat pengawasan dan aparat penegakan hukum; sulitnya pembuktian terhadap tindak pidana korupsi, serta lambatnya proses penanganan korupsi sampai dengan penjatuhan hukuman;
4. *Hambatan manajemen*, yaitu hambatan yang bersumber dari diabaikannya atau tidak diterapkannya prinsip-prinsip manajemen yang baik yang membuat penanganan tindak pidana korupsi tidak berjalan sebagaimana mestinya. Yang termasuk dalam kelompok ini diantaranya meliputi: kurang komitmennya manajemen (Pemerintah) dalam menindaklanjuti hasil pengawasan; lemahnya koordinasi baik diantara aparat pengawasan maupun antara aparat pengawasan dan aparat penegak hukum; kurangnya dukungan teknologi informasi dalam penyelenggaraan pemerintahan; tidak independennya organisasi pengawasan; kurang profesionalnya sebagian besar aparat pengawasan; serta kurang adanya dukungan sistem dan prosedur pengawasan dalam penanganan korupsi.

Upaya pemberantasan korupsi pada kenyataannya tidaklah semudah membalikkan telapak tangan. Komitmen bangsa dan negara Indonesia dalam memberantas tindak pidana korupsi memerlukan kerjasama yang erat dan berkesinambungan antara lembaga Eksekutif, Legislatif dan Yudikatif, dan semua elemen masyarakat. Bahkan pemerintahan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono pada tahun 2004 mengeluarkan Instruksi Presiden Nomor 5 Tahun 2004 tentang Percepatan Pemberantasan Korupsi, yang berisi 12 (dua belas) butir instruksi yang harus dilaksanakan, antara lain: menginstruksikan kepada Para Menteri Kabinet Indonesia Bersatu; Jaksa Agung RI; Panglima Tentara Nasional Indonesia; Kepala Kepolisian Negara RI; Kepala LPND, Para Gubernur; Para Bupati dan Walikota; untuk melaksanakan instruksi percepatan pemberantasan korupsi dengan penuh tanggung jawab dan melaporkan hasilnya kepada Presiden. Sedangkan 1 (satu) butir lainnya bersifat khusus (ditujukan kepada pejabat negara tertentu) sebagaimana disebutkan dalam butir ke-11. Sedangkan kepada Gubernur dan Bupati/Walikota diinstruksikan untuk: (a) menerapkan prinsip-prinsip tata pemerintahan yang baik di lingkungan pemerintah daerah; (b) meningkatkan pelayanan publik dan meniadakan pungutan liar dalam pelaksanaannya; (c) bersama-sama dengan DPRD melakukan pencegahan terhadap kemungkinan terjadi kebocoran keuangan negara baik yang bersumber dari APBN maupun APBD.

Meskipun langkah-langkah pemberantasan tindak pidana korupsi telah dilakukan melalui berbagai kebijakan dan metode, namun hasilnya sampai saat ini belum memperoleh hasil yang optimal. Hal ini disebabkan antara lain karena masih adanya hambatan birokrasi dan belum terbangunnya *good governance* dalam penyelenggara pemerintahan negara.

B. PENGERTIAN KORUPSI

Istilah korupsi berasal dari Bahasa Latin, *corruptio, corruptus*. Kata tersebut mengandung arti suatu perbuatan buruk, busuk, bejat, dapat disuap, tidak bermoral, dan pasti tidak suci. Sedangkan korupsi dalam Bahasa Arab dikenal istilah *riswab*, artinya penggelapan, kerakusan, amoralitas, dan segala penyimpangan kebenaran.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1990: 281), "*Korup*" berarti buruk, rusak, busuk, suka menerima uang sogok, dapat disogok (memakai kekuasaannya untuk kepentingan pribadi). Sedangkan "mengorup" artinya merusak, menyelewengkan (menggelapkan) barang (uang) milik perusahaan (negara) tempat kerjanya. "Korupsi" penyelewengan atau penggelapan (uang negara atau perusahaan dan sebagainya) untuk keuntungan pribadi atau orang lain, penggunaan waktu dinas (bekerja) untuk urusan pribadi.

Selanjutnya Syeid Hussain Alatas yang dikutip Syahrul Mustofa (Mustofa, dkk., 2003), membedakan jenis-jenis korupsi menurut tipologinya sebagai berikut:

1. *Korupsi transaktif*; yaitu adanya kesepakatan timbal balik antara pihak pemberi dan

pihak penerima demi keuntungan kedua belah pihak dan dengan aktif diusahakan tercapainya keuntungan ini oleh kedua-duanya. Korupsi jenis ini biasanya melibatkan dunia usaha dan pemerintah atau masyarakat dan pemerintah;

2. *Korupsi ekstraktif*; merupakan jenis korupsi dimana pihak pemberi dipaksa untuk menyuap guna mencegah kerugian yang sedang mengancam dirinya, kepentingannya, atau orang-orang dan hal-hal yang dihargainya;
3. *Korupsi investif*; yaitu pemberian barang atau jasa tanpa ada pertalian langsung dengan keuntungan tertentu, selain keuntungan yang dibayangkan akan diperoleh di masa yang akan datang;
4. *Korupsi nepotistik*; adalah penunjukkan yang tidak sah terhadap teman atau sanak saudara untuk memegang jabatan dalam pemerintahan, atau tindakan yang memberikan perlakuan yang mengutamakan, dalam bentuk uang atau bentuk-bentuk lain, kepada mereka secara bertentangan dengan norma dan peraturan yang berlaku;
5. *Korupsi autogenik*; Perilaku korupsi dengan pemerasan, korupsinya adalah dalam rangka mempertahankan diri;
6. *Korupsi suportif*; Perbuatan korupsi yang tidak melibatkan orang lain dan pelakunya hanya seorang diri. Misalnya dalam hal pembuatan laporan keuangan yang tidak benar;
7. *Korupsi defensif*; Tindakan-tindakan yang dilakukan untuk melindungi atau memperkuat korupsi yang sudah ada. Misalnya menyewa preman untuk berbuat jahat, menghambat pejabat yang jujur dan cakap agar tidak menduduki jabatan tertentu dan sebagainya.

Untuk menentukan perbuatan seseorang atau korporasi melakukan suatu tindak pidana korupsi, secara sederhana dapat dilihat dari unsur-unsur pada Tabel 2 sebagai berikut:

TABEL 2 INDIKATOR TINDAK PIDANA KORUPSI

UNSUR	INDIKATOR	KETERANGAN
Perbuatan	Perbuatan melawan hukum	Maksudnya adalah melawan peraturan perundang-undangan yang sah dan berlaku seperti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, UU No. 3 Tahun 1971, UU No. 31 Tahun 1999, UU No. 20 Tahun 2001.
Tujuan Perbuatan	Memperkaya diri sendiri, orang lain atau korporasi	Maksudnya niat dan tujuan yang dilakukan oleh seseorang atau korporasi.
Akibat Perbuatan	Dapat merugikan Negara atau perekonomian Negara	-
Instrumen yang digunakan	Penyalahgunaan kewenangan, kesempatan, atau sarana karena jabatan atau kedudukan.	Merupakan modus atau cara yang biasanya digunakan.

Selanjutnya terkait dengan tindak pidana korupsi, Baharuddin Lopa (Lopa, 1997), berpendapat bahwa pengertian umum tentang tindak pidana korupsi adalah *“suatu tindak pidana penyyuapan dan perbuatan melawan hukum yang merugikan/dapat merugikan keuangan atau perekonomian negara, merugikan kesejahteraan atau kepentingan rakyat. Perbuatan yang merugikan keuangan atau perekonomian negara adalah korupsi di bidang materiil, sedangkan korupsi di bidang politik dapat berwujud memanipulasi pemungutan suara dengan cara penyyuapan, intimidasi, paksaan dan atau campur tangan yang dapat mempengaruhi kebebasan memilih, komersialisasi pemungutan suara pada lembaga legislatif atau pada keputusan yang bersifat administratif di bidang pelaksanaan pemerintahan”*.

Lebih lanjut Baharuddin Lopa menyatakan bahwa terdapat 11 (sebelas) faktor penyebab korupsi di Indonesia, yaitu: (1) kerusakan moral; (2) kelemahan sistem; (3) kerawanan sosial ekonomi; (4) tindakan hukum yang belum tegas; (5) seringnya pejabat minta sumbangan; (6) pungli; (7) kurangnya pengertian tentang tindak pidana korupsi; (8) penyelenggaraan pemerintahan dan pembangunan yang serba tertutup; (9) lemahnya kontrol DPR; (10) lemahnya perundang-undangan dan (11) gabungan dari sejumlah faktor yang menyebabkan terjadinya korupsi.

Berdasarkan Pasal 1 butir (3) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, disebutkan bahwa pemberantasan tindak pidana korupsi adalah serangkaian tindakan untuk mencegah dan memberantas tindak pidana korupsi melalui upaya koordinasi, supervisi, monitor, penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di sidang pengadilan, dengan peran serta masyarakat berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Definisi korupsi secara spesifik memang tidak muncul secara eksplisit dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang korupsi. Begitu pula dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, disahkan, diundangkan, dan mulai berlaku pada tanggal 16 Agustus 1999 melalui Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 140, dan Penjelasannya dimuat di dalam Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3874; dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, disahkan, diundangkan, dan mulai berlaku pada tanggal 21 Nopember 2001 melalui Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 134 dan Penjelasannya dimuat di dalam Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4150, juga tidak memberikan rumusan tegas tentang korupsi. Namun demikian berdasarkan rumusan pasal-pasal yang ada dalam undang-undang tersebut, maka korupsi itu adalah perbuatan:

1. Melawan hukum yang merugikan keuangan negara dan atau perekonomian negara (Pasal 2 ayat (1)) dipidana penjara 4-20 tahun dan denda Rp. 200 juta-Rp. 1 milyar; atau dapat juga dihukum mati; atau
2. Menyalahgunakan kewenangan karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara (Pasal 3) dipidana penjara seumur hidup dan/atau 1 tahun denda Rp. 50 juta-Rp. 1 milyar; atau
3. Pemberian suap kepada Pegawai Negeri termasuk Hakim maupun Advokad (Pasal 5, 6, 11, 12 huruf a, b, c, d dan Pasal 13) dipidana penjara 1-5 tahun dan denda Rp. 50 juta-Rp. 250 juta; penjara 3-15 tahun dan/atau denda Rp. 150 juta-Rp. 750 juta; penjara seumur hidup-20 tahun dan denda Rp. 200 juta-Rp. 1 milyar; penjara paling lama 3 tahun dan/atau denda Rp. 150 juta; atau
4. Penggelapan dalam jabatan dan pemalsuan atau penghancuran atau penghilangan dokumen (Pasal 8, 9 dan 10) dipidana penjara 3-15 tahun dan denda Rp. 150 juta-Rp. 750 juta; penjara 1-5 tahun dan denda Rp. 50 juta-Rp. 250 juta; penjara 2-7 tahun dan denda Rp. 100 juta-Rp. 250 juta; atau
5. Pemerasan dalam jabatan (Pasal 12 huruf e, f, dan g) dipidana penjara seumur hidup-20 tahun dan denda Rp. 200 juta-Rp. 1 milyar; atau
6. Pemborongan yang melakukan perbuatan curang (Pasal 7, 12i) dipidana penjara 2-7 tahun dan denda Rp. 100 juta-Rp. 350 juta; penjara seumur hidup-20 tahun dan denda Rp. 200 juta-Rp. 1 milyar; atau
7. Gratifikasi yaitu Pasal 12B dipidana penjara seumur hidup-4 tahun dan denda Rp. 200 juta-Rp. 1 milyar; dan
8. Percobaan, pembantuan atau pemufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana korupsi (Pasal 15) dipidana mati atau penjara 1 tahun dan denda Rp.100 juta-Rp. 1 milyar.

Di samping jenis-jenis tindak pidana korupsi sebagaimana tersebut di atas, ada jenis-jenis tindak pidana korupsi lain sebagaimana diatur dalam *United Nation Convention Against Corruption*, 2003. Konvensi ini telah disepakati antara Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Indonesia untuk disahkan menjadi Undang-Undang tentang Pengesahan *United Nation Convention Against Corruption*, 2003 (Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi, 2003) (Kesepakatan untuk mengesahkan Rancangan Undang-Undang tentang Pengesahan *United Nation Convention Against Corruption*, 2003, menjadi Undang-Undang dilakukan dalam Rapat Paripurna DPR-RI tanggal 21 Maret 2006. Adapun salah satu isu yang diatur dalam *United Nation Convention Against Corruption*, 2003 itu adalah jenis-jenis korupsi yang bisa diatur oleh Undang-Undang Nasional masing-masing Negara penandatanganan (Pasal 16 s/d 22 dan Pasal 27 UNCAC 2003), yaitu:

1. Penyuapan Pejabat Publik Nasional (*Bribery of National Public Officials*);
2. Penyuapan Pejabat Publik Asing dan Pejabat Organisasi Internasional Publik (*Bribery of Foreign Public Officials and Officials of International Organization*);
3. Penggelapan, Penyalahgunaan, Penyimpangan Lain Kekayaan Oleh Pejabat Publik (*Embezzlement, Misappropriation or other Reversion of Property by a Public Officials*);
4. Memperdagangkan Pengaruh (*Trading in Influence*);
5. Penyalahgunaan Fungsi (*Abuse of Functions*);
6. Memperkaya Diri secara Tidak Sah (*Illicit Enrichment*);
7. Penyuapan di Sektor Swasta (*Bribery in the Private Sector*);
8. Penggelapan Kekayaan di Sektor Swasta (*Embezzlement of Property in the Private Sector*); dan
9. Turutserta dan Percobaan (*Participation and Attempt*).

Lalu mengapa orang melakukan korupsi? Korupsi bagaikan penyakit kronis yang sulit disembuhkan, tindak pidana korupsi menjadi fenomena di setiap organ-organ pemerintah dan menjalar ke semua aspek-aspek kehidupan. Tak ayal lagi, pemberantasan korupsi akan menjadi tugas yang berat untuk jangka waktu yang panjang. Apakah yang menjadi akar terjadinya korupsi dan mengapa orang melakukan korupsi?

Banyak orang tabu bahwa Lord Acton pernah mengatakan: “*power tends to corrupt, absolute power corrupts absolutely*”. Melalui ungkapan itu kita dapat mengambil suatu gambaran, bahwa terjadinya tindak pidana korupsi itu adalah adanya penyalahgunaan kekuasaan atau *abuse of power*.

Kekuasaan ini di Indonesia seringkali dilakukan oleh pejabat pemerintah yang nota bene adalah sebagai birokrat, bekerjasama dengan swasta atau pihak lain untuk melakukan korupsi; yang biasanya dilakukan dalam pengadaan barang dan jasa dengan cara *mark up* atau juga bisa *mark down*; korupsi dilakukan karena sifat serakah atau karena kebutuhan; korupsi dilakukan karena adanya kesempatan; dan korupsi dilakukan karena integritas atau moral pelaku tipis. Hal lain yang mendorong terjadinya tindak pidana korupsi yang sifatnya “integral” dengan kekuasaan adalah adanya budaya permisif dan faktor seperti kurangnya pengawasan, reformasi kehidupan negara yang tidak diikuti perubahan infrastruktur tatanan kehidupan berbangsa dan bernegara, serta tingkat kemiskinan dan keterbelakangan suatu masyarakat. Apa sebab banyak tindak pidana korupsi terjadi di Indonesia? Apakah karena *good governance* dan birokrasi yang tidak baik?

C. KONSEPSI GOOD GOVERNANCE

Istilah “*governance*” sebenarnya sudah dikenal dalam literatur kira-kira 125 tahun sejak *Woodrow Wilson* memperkenalkan studi administrasi dan ilmu politik. Tetapi saat

itu hanya digunakan dalam konteks pengelolaan organisasi korporat dan lembaga pendidikan tinggi. Sekarang mencuat kembali dengan mengaitkannya dengan pemerintahan atau *governance* dalam pengertian sekarang diterjemahkan dengan tata pemerintahan atau penyelenggaraan pemerintahan (Efendi, 2003: 1). Dikembangkannya konsep *good governance* maka penyelenggaraan pemerintah telah bergeser dari "*rule government*" menjadi "*good governance*" (Widodo, 2001: 1).

Dalam menyelenggarakan pemerintahan maka menurut konsep *rule government* pembangunan dan pelayanan publik senantiasa lebih didasarkan pada peraturan perundang-undangan. Sedangkan menurut konsep "*good governance*", dalam menyelenggarakan pemerintahan, pembangunan dan pelayanan publik tidak semata-mata dilakukan oleh pemerintah saja, tetapi juga melibatkan berbagai elemen baik dari intern, birokrasi maupun luar birokrasi publik. Oleh karenanya konsep *governance* tidak sama dengan konsep *government*. Konsep *government* hanya menunjuk pada suatu organisasi pengelolaan berdasarkan kewenangan tertinggi, yaitu negara dan pemerintahan. Sementara konsep *governance* tidak hanya melibatkan negara dan pemerintahan, tapi juga melibatkan peran berbagai aktor di luar pemerintahan dan negara, sehingga pihak-pihak yang terlibat juga sangat luas (Ganie-Rochman (2000:141) dikutip oleh Widodo, 2001: 15).

Perbedaan pokok antara konsep *government* dan *governance* terletak pada bagaimana cara penyelenggaraan otoritas politik, ekonomi dan administrasi dalam pengelolaan urusan suatu bangsa. Konsep "pemerintahan" berkonotasi bahwa peranan pemerintah yang lebih dominan dalam penyelenggaraan berbagai otoritas tadi. Sedangkan dalam *governance* mengandung makna bagaimana cara suatu bangsa mendistribusikan kekuasaan dan mengelola sumber daya dan berbagai masalah yang dihadapi rakyat. Dengan kata lain dalam *governance*, terkandung unsur demokratis, adil, transparan, *rule of law*, partisipatif dan kemitraan (Widodo, 2001: 1). *United Nations Development Programme* (UNDP) menentukan, bahwa: pemerintahan diartikan sebagai pelaksanaan kewenangan politik, ekonomi dan administratif untuk mengatur urusan-urusan bangsa ("*governance is defined as the exercise of political, economic, and administrative authority to manage a nation's affairs*"). Sementara Lembaga Administrasi Negara mengatakan, *governance* adalah proses penyelenggaraan kekuasaan negara dalam penyedia *public goods and services*. Praktek terbaiknya disebut *good governance* (Lembaga Administrasi Negara dan Badan Pengawas Keuangan dan Pembangunan, 2000: 1).

Good governance menurut UNDP mempunyai karakteristik: (i) mengikutsertakan semua pihak (*participation*); (ii) transparansi dan pertanggungjawaban (*transparency and accountability*); (iii) efektifitas dan keadilan (*effectiveness and efficiency*); (iv) adanya jaminan supremasi hukum (*rule of law*); (v) jaminan proses politik sosial dan ekonomi didasarkan pada konsensus masyarakat (*consensus orientation*); (vi) memperhatikan kepentingan mereka yang paling miskin dan lemah dalam proses pengambilan keputusan

menyangkut alokasi sumberdaya pembangunan (*equity*); dan (vii) visi strategis pemimpin serta masyarakat yang mampu melihat jauh ke depan atas pemerintahan yang baik dan pembangunan manusia (*strategic vision*).

Ada 3 (tiga) pilar pokok yang mendukung kemampuan suatu bangsa untuk melaksanakan *good governance*, yaitu pilar negara (*state*), pilar masyarakat madani (*civil society*), dan pilar sektor swasta (*private sector*). Pemerintahan yang baik dan bertanggung jawab baru tercapai bila dalam penerapan otoritas politik, ekonomi dan administrasi ketiga unsur tersebut memiliki jaringan dan interaksi yang sinergis dan setara.

Pilar Negara atau *state* secara terus menerus: (1) menciptakan kondisi politik, ekonomi, dan sosial yang stabil; (2) membuat peraturan yang efektif dan berkeadilan; (3) menyediakan *public services* yang efektif dan *accountable*; (4) menegakkan hak asasi manusia; (5) melindungi lingkungan hidup; dan (6) mengurus standar kesehatan dan standar keselamatan publik.

Usaha yang dilakukan dalam pilar masyarakat madani (*civil society*) adalah secara terus menerus berupaya: (1) menjaga agar hak-hak masyarakat terlindungi; (2) mempengaruhi kebijakan publik; (3) berfungsi sebagai sarana *checks and balances* pemerintah; (4) mengawasi penyalahgunaan kewenangan sosial pemerintah; (5) mengembangkan sumber daya manusia; (6) berfungsi sebagai sarana berkomunikasi antar anggota masyarakat.

Sedangkan pada pilar sektor swasta (*private sector*) secara terus menerus: (1) menjalankan industri; (2) menciptakan lapangan kerja; (3) menyediakan insentif bagi karyawan; (4) meningkatkan standar hidup masyarakat; (5) memelihara lingkungan hidup; (6) mentaati peraturan; (7) melakukan transfer ilmu pengetahuan dan teknologi pada masyarakat; (8) menyediakan kredit bagi usaha kecil dan menengah (Hardjasoemantri, 2003: 2).

D. PENGERTIAN BIROKRASI

Dalam bahasa Indonesia, istilah “birokrasi” mengandung 2 (dua) arti: (1) sistem pemerintahan yang dijalankan oleh pegawai pemerintah karena telah berpegang kepada hirarki dan jenjang jabatan; (2) cara bekerja atau susunan pekerjaan yang serba lamban, serta menurut tata aturan yang banyak liku-likunya (Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1990: 120).

Dalam perspektif administrasi dan hukum administrasi negara, pengertian pertama seharusnya dirumuskan dengan sistem administrasi karena yang dimaksud adalah birokrat sebagai pelaksana kebijaksanaan dan tugas-tugas pemerintah. Pengertian kedua tentunya berkaitan dengan konsep birokrasi sebagai inefisiensi organisasi (Tjakranegara, 1992: 13). Literatur lain mengatakan bahwa birokrasi dapat didefinisikan sebagai organisasi yang didirikan secara resmi yang dibentuk untuk memaksimalkan efisiensi administratif (Blau dan Marshall W. Meyer, 1987: 83).

Pada umumnya organisasi negara dibentuk dengan tujuan tertentu seperti mencerdaskan bangsa, menjamin keamanan dan ketertiban, melindungi dan mensejahterakan rakyat. Dalam upaya pencapaian tujuan negara dibentuk pemerintahan. Untuk menyelenggarakan pemerintahan dengan mengupayakan tercapainya tujuan negara, pemerintah menyusun program sebagai kebijaksanaan publik (*public policy*). Kebijakan publik atau *public policy* ini tidak dilaksanakan langsung oleh pemerintah tetapi dilaksanakan oleh birokrasi negara.

Oleh sebab itu birokrasi berfungsi untuk menghubungkan pemerintah dengan kepentingan rakyat dan eksistensi birokrasi sangat dibutuhkan agar kebijakan publik dapat dilaksanakan sampai ke tingkat paling bawah (Sunggono, 1994: 109). Atau kebijakan publik yang dibuat pemerintah itu didefinisikan dengan serangkaian tindakan yang ditetapkan dan dilaksanakan atau tidak dilaksanakan oleh pemerintah yang mempunyai tujuan atau berorientasi pada tujuan tertentu demi kepentingan seluruh masyarakat (Islamy, 2000: 20). Dengan demikian birokrasi merupakan suatu alat untuk merealisasi pembangunan sosial ekonomi.

Oleh sebab itu agar pelayanan masyarakat berjalan sesuai dengan wewenang, tugas, dan fungsi pelayanan publik, maka diperlukan aparatur birokrat dan pejabat administrasi harus akuntabel, bertanggung jawab sehingga pelayanan masyarakat berjalan dengan tertib, sopan, obyektif, jujur, efektif, efisien dan adil. Karena warga masyarakat pada umumnya menghendaki untuk dilayani dengan baik, mendapatkan dan mempertahankan hidup yang layak, hak asasinya dihormati dan aman dalam melaksanakan segala aktivitasnya. Sementara pemerintah dalam hal ini dilakukan oleh aparatur birokrat dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya: (1) harus mengenai sasaran yang telah ditetapkan; (2) jangan sampai menimbulkan keresahan, karena tidak diterima masyarakat setempat; (3) tidak boleh melawan hukum; (4) dalam membuat suatu keputusan birokrasi harus mempunyai dasar hukum tertulis; (5) harus bermoralitas dan etika umum kedinasan wajib dijunjung tinggi; (6) menghemat biaya dan produktivitas; dan (7) teknik dan teknologi wajib digunakan untuk mengembangkan atau mempertahankan mutu prestasi.

E. MEMBERANTAS TINDAK PIDANA KORUPSI DENGAN MENATA BIROKRASI DALAM KERANGKA *GOOD GOVERNANCE*

Upaya pemberantasan tindak pidana korupsi dengan menata birokrasi antara lain melalui penciptaan penyelenggaraan pemerintahan yang baik, yang antara lain ditandai dengan dipenuhinya persyaratan, transparansi, partisipasi dan akuntabilitas. Penyelenggaraan pemerintah yang baik ini diupayakan dengan menciptakan aparatur yang efisien, efektif, berwibawa dan bertanggung jawab, dengan dilandasi sikap pengabdian pada masyarakat, bangsa dan negara.

Di samping itu, memberantas tindak pidana korupsi dapat dilakukan melalui penataan

birokrasi pemerintahan, antara lain dengan cara restrukturisasi kelembagaan pemerintah, reposisi dan relokasi personil yang cermat, penataan manajemen keuangan, penerapan manajemen kinerja dan perbaikan manajemen pelayanan. Jika hal-hal tersebut dilakukan, maka diyakini pemerintahan yang baik dan bersih akan dapat terwujud dan sekaligus diharapkan tindak pidana korupsi juga akan berkurang secara signifikan.

Untuk menjamin adanya pemerintahan yang baik dan bersih terdapat beberapa asas, yang terdiri dari 2 (dua) kategori: (Islamy, 2000: 90-91)

1. Asas-asas mengenai prosedur dan atau proses pengambilan keputusan, yang apabila dilanggar secara otomatis, membuat keputusan yang bersangkutan batal demi hukum, yaitu: (a) orang yang ikut menentukan atau dapat mempengaruhi terjadinya keputusan, tidak boleh mempunyai kepentingan pribadi dalam keputusan tersebut, langsung ataupun tidak langsung; (b) keputusan yang merugikan atau mengurangi hak warga tidak boleh diambil sebelum warga diberi kesempatan mempertahankan haknya; dan (c) konsiderans keputusan wajib sesuai dengan diktum keputusan dan merujuk pada fakta-fakta yang benar;
2. Asas-asas mengenai kebenaran fakta-fakta yang dijadikan dasar membuat keputusan, yaitu: (a) asas larangan kesewenang-wenangan; (b) asas larangan *detournement de pouvoir*; (c) asas kepastian hukum; (d) asas larangan melakukan diskriminasi hukum; dan (e) asas batal karena kecerobohan pejabat yang bersangkutan.

Dengan melaksanakan fungsi-fungsi birokrasi seperti tersebut di atas dalam kerangka *good governance*, diharapkan akan berkembang *civil society* dalam kehidupan berbangsa, bernegara dan bermasyarakat dengan pemerintahan yang mengabdikan kepada rakyat.

III. SIMPULAN DAN SARAN

Upaya pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia sudah dilaksanakan lebih dari setengah abad sejak kemerdekaan Republik ini diproklamasikan oleh para tokoh pendiri bangsa, baik melalui berbagai peraturan perundang-undangan maupun upaya penciptaan pemerintahan yang bersih dan berwibawa.

Agar upaya pemberantasan tindak pidana korupsi dapat mencapai hasil optimal, salah satu strategi yang perlu dilaksanakan adalah dengan menata birokrasi yang bermuara pada pencapaian penyelenggaraan pemerintahan yang baik (*good governance*). Pemerintahan yang baik haruslah melaksanakan prinsip-prinsip dasar pemerintahan yang baik yang meliputi: (a) **Transparancy**, yang mengandung pengertian perlunya suatu keterbukaan dalam pengelolaan pemerintahan; (b) **Participative**, yang bermakna adanya penerapan pengambilan keputusan yang demokratis, adanya pengakuan atas hak asasi manusia, kebebasan pers dan kebebasan ekspresi masyarakat; dan (c) **Accountability**, yang mengandung pengertian adanya pertanggungjawaban atas amanat yang diberikan.

Di samping itu, upaya mewujudkan penyelenggaraan pemerintahan yang baik tersebut, diperlukan suatu sistem manajemen kinerja yang mampu mengukur kinerja dan keberhasilan instansi pemerintah. Dengan demikian akan tercipta legitimasi dan dukungan publik terhadap penyelenggaraan pemerintahan. Tanpa adanya sistem manajemen kinerja yang baik niscaya akan dapat menumbuhkan kepercayaan masyarakat terhadap penyelenggaraan pemerintahan, yang pada gilirannya juga akan menghambat terwujudnya pemerintahan yang baik (*good governance*).

DAFTAR PUSTAKA

- Blau, Peter M. dan Marshall W. Meyer, 1987, *Birokrasi dalam Masyarakat Modern*, Jakarta, UI-Press.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1990, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta, Balai Pustaka.
- Efendi, Sofian, 2003, "Membangun Good Governance Tugas Kita Bersama", Seminar Nasional Meluruskan Jalan Reformasi, diselenggarakan Universitas Gajah Mada, 25-27 September 2003.
- Hardjosoemantri, Koesnadi, 2003, "Good Governance dalam Pembangunan Berkelanjutan di Indonesia", Bali, Makalah dalam Seminar Hukum Nasional ke VIII, diselenggarakan oleh BPHN, 15 Juli 2003.
- Islamy, M. Irfan, 2000, *Prinsip-prinsip Perumusan Kebijakan Negara*, Jakarta, Bumi Aksara.
- Keputusan Rapat Koordinasi Pengawasan Tingkat Nasional di Bali pada bulan Desember 2002.
- Lopa, Baharuddin, 1997, *Masalah Korupsi dan Pemecabannya*, Jakarta, PT. Kipas Putih Aksara.
- Mustofa, Syahrul, dkk., 2003, *Mencabut Akar Korupsi*, Solidaritas Masyarakat Transparansi NTB, bekerjasama dengan The Asia Foundation dan USAID.
- Sunggono, Bambang, 1994, *Hukum Kebijakan Publik*, Jakarta, Sinar Grafika.
- Tjakranegara, R. Soegijatno, 1992, *Hukum Tata Usaha dan Birokrasi Negara*, Jakarta, Rineka Cipta.
- Transparency International Indonesia, Indeks Persepsi Korupsi Indonesia 2006, (Peneliti Anung Karyadi, dkk.).

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- Tap MPR Nomor XI/MPR/1998 tentang *Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme*.

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang *Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme*.

Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang *Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*.

Instruksi Presiden Nomor 5 Tahun 2004 tentang *Percepatan Pemberantasan Korupsi*.

KEWENANGAN PENGADILAN AGAMA DALAM PENYELESAIAN SENGKETA PERBANKAN SYARIAH

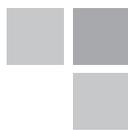
A.A. OKA DHERMAWAN

Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Palembang, Jalan Ahmad Yani, Ulu Plaju, Palembang, Indonesia dan Fakultas Hukum Universitas Bhayangkara Jaya, Jalan Dharmawangsa I, No. 1, Jakarta, Indonesia. Email: dhermawan_oka@yahoo.com.

ABSTRACT

The authority of Religion Court in resolving the Shariah Banking disputes regulated in article 55, verse (1) of Sharia Banking Regulation. There are two types of dispute resolution methods, namely non litigation (out of court) and litigation (through the court). The resolution procedure using non litigation method basically uses the agreement from all parties. If the resolution is made through arbitrate institution, the procedure of the dispute resolution is regulated in Regulation No. 30 the year of 1999, about Arbitration and the Alternative of Dispute Resolution. The procedure of the resolution of the Shariah banking dispute which proposed by the law abider, an Islamic person or legal institution and/or they who abide the Islamic law can be done in two ways. First is special judicial procedure when the case is dismissed, canceled and verstek by the verdict of dismissal, cancelation and verstek. When the case is dismissed, and canceled, there will not be any legal action, but the related parties can reapply the case. When the case is on verstek verdict, the legal action will be in the form of verzet. The second is the regular case, it is applied when all the trial procedures are fulfilled perfectly and the granted or denied with appeal as the law action.

Key words: The Authority of Religion Court, Methods and Procedures of the Resolution of Shariah Banking disputes.



I. PENDAHULUAN

Peranan perbankan sangat diperlukan untuk menunjang kehidupan ekonomi di masyarakat, karena perbankan dapat membantu masyarakat baik yang akan mengamankan uangnya dengan cara menabung, maupun bagi masyarakat yang akan mengembangkan usaha. Dengan demikian perbankan mempunyai fungsi sosial (*social function*) bagi yang membutuhkan pertolongan. Diantaranya adalah untuk meningkatkan taraf hidup masyarakat dan juga dapat menjadi penopang bagi pengusaha-pengusaha, baik taraf tinggi, menengah dan lebih-lebih pengusaha kecil untuk meningkatkan produktifitas usahanya.

Dalam perkembangannya, kegiatan perbankan yang selama ini kita kenal dengan menggunakan sistem bunga yang diterapkan

oleh perbankan konvensional ternyata dipengaruhi oleh laju tingkat perekonomian nasional, misalnya dengan terjadinya krisis ekonomi yang telah dialami oleh bangsa ini pada tahun 1997 sampai tahun 1998-an.

Ketika Indonesia mengalami masa krisis ekonomi pada tahun 1997 dan 1998, tingkat bunga simpanan berkisar antara 50% sampai dengan 65%, dimana waktu itu bank mendapat kesulitan menyalurkan dananya pada tingkat bunga pinjaman di atas tingkat bunga simpanan. Bank konvensional yang mengalami tekor, *mismatch*, dan *negative spread* pada waktu itu adalah merupakan gejala umum (Wirduyaningsih, dkk., 2006: 159). Pada saat itulah perbankan menjadi lembaga yang lumpuh bahkan tak berdaya menghadapi *spread* yang terjadi karena perubahan kurs dollar terhadap rupiah, sedangkan bank syariah (pada saat itu adalah Bank Muamalah Indonesia) tidak terkena goncangan kurs (Djamil, 2007: 113). Hal itu disebabkan karena profil perbankan syariah dengan sistem *mudlarabah* dan *musyarakah* yang tidak mengenal adanya pembebanan apapun kepada nasabah, kecuali berbagi hasil sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati, sehingga jumlah bagi hasil yang diserahkan bank, kecil pada waktu usahanya lesu, dan besar pada waktu usahanya bergairah. (Wirduyaningsih, dkk., 2006: 59-160) Dengan kata lain adanya krisis moneter yang terjadi di Indonesia pada saat itu tidak membuat kekacauan pada sistem perbankan syariah, karena perbankan syariah tidak menerapkan sistem perhitungan bunga, akan tetapi menggunakan prinsip bagi hasil.

Eksistensi perbankan syariah sebagai salah satu bentuk praktik ekonomi Islam ini pada dasarnya mengajarkan bahwa perbuatan riba (melebih-lebihkan) itu adalah perbuatan dosa besar yang sangat dibenci oleh Allah SWT dan juga menyerukan untuk menjauhi perbuatan tersebut. Selain itu ekonomi Islam juga sebagai wadah menyimpan dan meminjam uang secara halal dan diridhoi oleh Allah SWT (<http://mhugm.wikidot.com/artikel:012>). Keberadaan perbankan syariah di Indonesia memberikan solusi terhadap masyarakat Islam di Indonesia yang berpendapat bahwa sistem bunga bank yang diterapkan pada bank-bank konvensional adalah salah satu bentuk praktek riba yang diharamkan dalam Islam.

Hukum ekonomi dalam Islam (*muamalah*) merupakan tuntunan praktek-praktek berbisnis yang diridhoi oleh Allah SWT. Dimana dalam ajaran ekonomi Islam (*muamalah*) menghindari dan menghilangkan adanya unsur-unsur bisnis yang telah diharamkan Allah SWT, yaitu *riba (interest)*, *gharar (uncertainty)*, dan *maysir (speculation)*. Salah satu bentuk prakteknya adalah melalui praktek perbankan syariah.

Ekonomi Islam dengan menawarkan konsep perbankan syariah terbukti dapat membawa lembaga perbankan ini sebagai lembaga keuangan yang eksis dan tidak terpengaruh oleh laju tingkat perekonomian dan krisis ekonomi. Bank syariah di tengah krisis moneter tersebut terbukti tetap sehat. Hal inilah yang kemudian mengarahkan pemerintah untuk melirik sistem perbankan syariah yang memberi alternatif jalan keluar dari krisis moneter

ini dan membuka peluang seluas-luasnya bagi pelaksanaan sistem perbankan syariah di Indonesia dengan mengadakan perubahan atas kebijakan dunia perbankan melalui perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 pada tahun 1998 (Dewi, 2007: 192).

Diberlakukannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan tanggal 25 Maret 1992, menandai adanya kesepakatan rakyat dan bangsa Indonesia untuk menerapkan *Dual Banking System*, atau sistem perbankan ganda di Indonesia (Wirdyaningsih, et.al., 2005: 1). *Dual Banking System* yang ada di Indonesia setelah adanya Undang-Undang tersebut adalah sistem perbankan konvensional (perbankan umum) dan sistem perbankan Islam (perbankan syariah).

Pengertian prinsip syariah secara umum dapat dilihat dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 yang menjelaskan bahwa prinsip syariah adalah aturan perjanjian berdasarkan Islam antara bank dan pihak lain untuk penyimpanan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha, atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan syariah, antara lain pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudharabah*), pembiayaan berdasarkan prinsip penyertaan modal (*musyarakah*), prinsip jual beli barang dengan memperoleh keuntungan (*murabahah*), atau pembiayaan barang modal berdasarkan prinsip sewa murni tanpa pilihan (*ijarah*), atau dengan adanya pilihan pemindahan kepemilikan atas barang yang disewanya dari pihak bank oleh pihak lain (*ijarah wa iqtina*) (Kasmir, 2002: 247), dengan kata lain bahwa prinsip syariah adalah aturan perjanjian berdasarkan hukum Islam.

Selain sebagai lembaga perbankan yang eksis ketika terjadi krisis ekonomi, perbankan syariah juga mempunyai tujuan utama untuk mendorong dan mempercepat kemajuan ekonomi suatu masyarakat dengan melakukan kegiatan perbankan, finansial, komersial, dan investasi sesuai dengan prinsip Islam (*muamalah*). Prinsip Islam (*muamalah*) yang dimaksudkan tersebut adalah halal, baik halal dari segi objeknya (*halal lizatibi*) maupun halal dari segi prosesnya (*halal lighoirihi*) (Mubarok, 2008: 24).

Prakarsa untuk mendirikan bank syariah (atau sering disebut dengan Bank Islam) baru dilakukan di Indonesia pada tahun 1990 (Nasution, dkk., 2006: 294). Munculnya bank Islam dengan berdirinya Bank Muamalah Indonesia (BMI) pada saat itu jika dari namanya sepertinya bank Islam tersebut dikhususkan bagi umat Islam, akan tetapi berdasarkan realita, ternyata bank Islam yang ada tersebut diminati oleh orang-orang selain Islam (warga non Muslim), hal ini berarti munculnya perbankan syariah tersebut ikut menarik perhatian masyarakat secara umum dan secara langsung juga berperan sebagai penopang perbaikan dan peningkatan perekonomian di Indonesia.

Islam sebagai agama mayoritas yang dipeluk oleh penduduk Indonesia yang mengembangkan prinsip ekonomi Islam (*muamalah*) salah satunya dalam bidang perbankan syariah, dengan segala kekurangan dan kelebihan ternyata telah ikut

andil dalam menumbuhkembangkan roda perekonomian bangsa dan negara. Selain itu, sejalan dengan pertumbuhan dan perkembangan perbankan syariah tersebut, ternyata keberadaan perbankan syariah di Indonesia tidak mengesampingkan dan masih tetap menjaga eksistensi perbankan konvensional yang telah ada di Indonesia.

Pertumbuhan dan perkembangan perbankan syariah di Indonesia telah memasuki babak baru, dimana perbankan syariah telah bertransformasi dari hanya sekedar memperkenalkan suatu alternatif praktik perbankan syariah meningkat menjadi bagaimana bank syariah menempatkan posisinya sebagai pemain utama dalam percaturan ekonomi di tanah air. Bank syariah memiliki potensi besar untuk menjadi pilihan utama dan pertama bagi nasabah dalam pilihan transaksi mereka. Hal itu ditunjukkan dengan akselerasi pertumbuhan dan perkembangan perbankan syariah di Indonesia.

Perkembangan perbankan syariah di Indonesia yang pesat tersebut hendaklah diiringi dengan perhatian dari lembaga legislatif dengan mengeluarkan Peraturan perundang-undangan yang dapat menunjukkan dan menerangkan secara legitimasi kepada pelaku (subyek hukum) perbankan syariah untuk menyelenggarakan sistem perbankan syariah dan bentuk penyelesaian sengketa. Selain itu peranan lembaga eksekutif (pemerintah) juga diperlukan dalam hal memberikan *support* dan *stimulan* terhadap pelaksanaan perbankan syariah. Kedua perhatian tersebut dimaksudkan untuk mengantisipasi terjadinya berbagai macam persoalan yang muncul dalam praktik perbankan syariah di Indonesia.

Persoalan mendasar yang muncul dan perlu diantisipasi dalam praktik perbankan syariah diantaranya adalah sengketa (*wanprestasi*), baik yang terjadi antara perbankan syariah sebagai lembaga keuangan syariah dengan lembaga keuangan syariah lainnya, maupun lembaga keuangan syariah dengan nasabah atau kliennya.

Penyelesaian sengketa perbankan syariah pada awalnya banyak diselesaikan melalui Badan Arbitrase Muamalah Indonesia (BAMUI) sebagai salah satu lembaga arbitrase di Indonesia yang menurut ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa merupakan salah satu lembaga yang dapat menyelesaikan sengketa di Indonesia. Sehingga dapat dikatakan bahwa penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui BAMUI pada saat itu merupakan salah satu bentuk penyelesaian sengketa non litigasi (tanpa melalui lembaga peradilan).

Akan tetapi persoalan yang muncul pada saat itu adalah belum ada pengaturan mengenai penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui lembaga penegak hukum sebagai *judicial power*. Sehingga pada saat itu belum diketahui pengadilan mana yang mempunyai kewenangan absolut dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah sebagai bentuk praktek ekonomi Islam yang baru muncul di Indonesia.

Pengadilan Negeri (Pengadilan Umum) sebagai lembaga peradilan yang menyelesaikan sengketa perdata di Indonesia tidak berpedoman pada hukum Islam. Sehingga tidak ada keserasian hukum materiil, apabila sengketa perbankan syariah yang

menggunakan dasar hukum Islam diselesaikan dalam lingkungan Peradilan Umum. Akan tetapi kewenangan Peradilan Agama pada saat itu masih terbatas pada perkara perkawinan, kewarisan, wasiat, wakaf, hibah dan shadaqah (Kewenangan Pengadilan Agama sebelum diundangkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tersebut dapat dilihat dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, 2006: 71).

Bentuk penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui lembaga peradilan pada awalnya muncul dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, dimana penyelesaian sengketa ekonomi syariah yang termasuk di dalamnya adalah perbankan syariah menjadi kewenangan Pengadilan Agama.

Kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah diperkuat dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang tersebut menjelaskan bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama, walaupun dalam penjelasan ayat (2) dari Pasal 55 tersebut masih memberikan alternatif lain terhadap penyelesaian sengketa perbankan syariah yang disesuaikan dengan isi akad atau perjanjiannya bahkan dalam penjelasan pasal tersebut masih memberikan peluang terhadap penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui Peradilan Umum.

Akan tetapi seluruh bentuk penyelesaian sengketa perbankan syariah yang dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama dan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tersebut tidak diiringi dengan adanya ketentuan prosedur penyelesaiannya. Bahkan dalam penjelasan ayat (2) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tersebut juga memberikan alternatif penyelesaian sengketa yang memberikan peluang bagi dua lembaga peradilan (Pengadilan Agama dan Pengadilan Negeri) untuk menyelesaikan sengketa dalam bidang yang sama, yaitu sengketa di bidang perbankan syariah.

Munculnya ketentuan terhadap adanya peluang Peradilan Umum untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tersebut memunculkan kebingungan bagi kedua lembaga peradilan tersebut (Peradilan Agama dan Peradilan Umum), lebih-lebih menimbulkan kebingungan bagi Pengadilan Agama untuk menjalankan amanat Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama, serta menjadi kebingungan bagi para pihak yang terkait dengan usaha perbankan syariah ketika melakukan akad yaitu dalam hal mencantumkan klausula penyelesaian sengketa perbankan syariah.

Kompetensi Pengadilan Agama dan peluang dari Peradilan Umum untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah, bentuk dan prosedur penyelesaian sengketa perbankan syariah yang ditawarkan oleh Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008, merupakan kajian

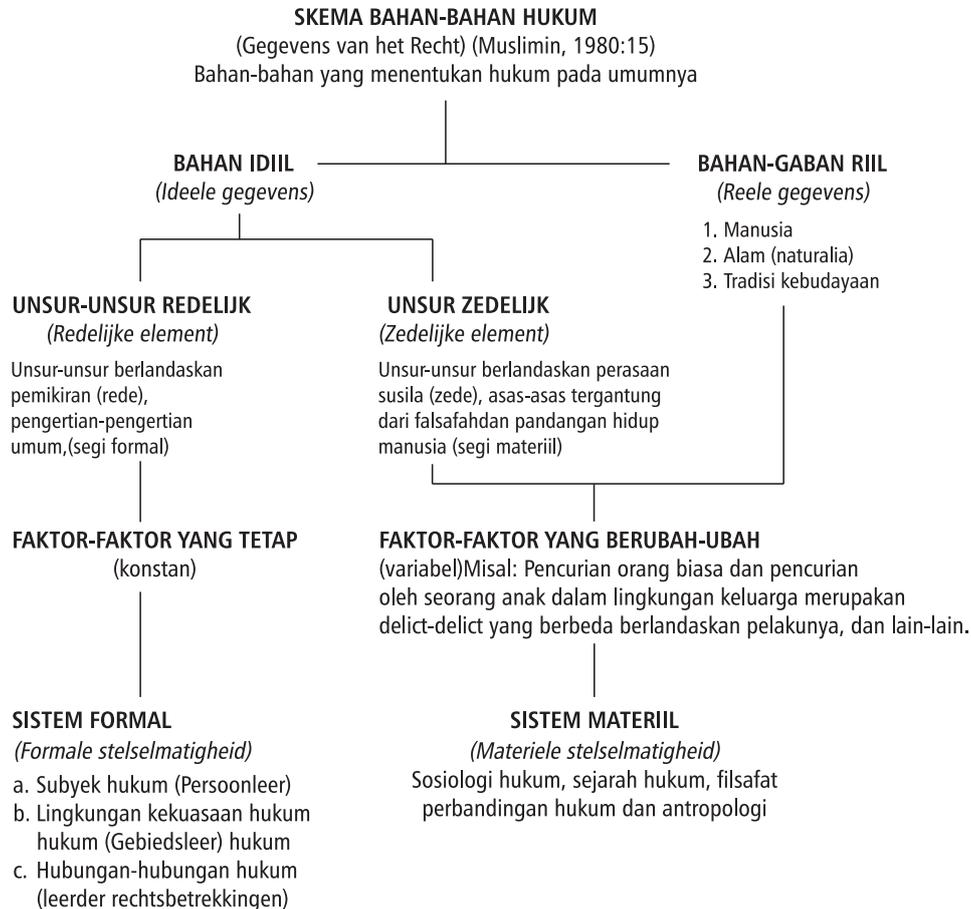
sangat menarik bagi penulis, karena itu permasalahan yang mengemuka adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana kewenangan Pengadilan Agama dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah?
2. Bagaimana cara dan prosedur penyelesaian sengketa perbankan syariah dalam ketentuan Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah?

II. PEMBAHASAN

Kewenangan suatu lembaga yang diberikan oleh Undang-Undang dapat dianalisis dengan menggunakan ajaran subyek hukum (*persoonleer*), lingkungan kekuasaan hukum (*gebiedsleer*), dan hubungan-hubungan hukum (*leerder rechtsbetrekkingen*) yang ada pada Undang-Undang tersebut dengan Undang-Undang lain yang berkaitan.

Dalam teori J.H.A. Logemann mengenai bahan-bahan hukum yang dikutip oleh H. Amrah Muslimin menyatakan bahwa bahan-bahan hukum yaitu *formele* dan *materiele stelselmatigheid* (sistem formal dan materil dari hukum) (Muslimin, 1980: 14). Lebih rinci mengenai Teori Logemann tersebut dapat dilihat dalam skema di bawah ini:



Sistem formal dari hukum pada umumnya dapat diterapkan dalam bidang hukum

apapun juga (Muslimin, 1980:16). Oleh karena itu sistem formal inipun dapat diterapkan dalam bidang hukum bisnis, termasuk di dalamnya adalah mengenai kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah.

1. KEWENANGAN PENGADILAN AGAMA DALAM MENYELESAIKAN SENGKETA PERBANKAN SYARIAH

Ligitimasi dari Pengadilan Agama sebagai salah satu lembaga negara pelaksana kekuasaan kehakiman dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 yang menjelaskan bahwa: "*Peradilan Agama adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang ini*" (Lihat Pasal 2 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dalam *Undang-Undang Peradilan Agama*, 2006: 9).

Dari sisi kewenangan Pengadilan Agama dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, dapat dianalisis sebagai berikut:

- a. Jika ditinjau dari waktu (*Tijds Gebied*) Pengadilan Agama berwenang menyelesaikan sengketa perbankan syariah pada saat/waktu yang bagaimanapun, dengan syarat sengketa tersebut diajukan ke Pengadilan Agama walaupun dalam isi akad perbankan syariah yang mereka buat tidak mencantumkan klausula penyelesaian sengketa melalui cara-cara yang telah diatur dalam ketentuan Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Akan tetapi ketika isi kontrak perbankan syariah yang dibuat terdapat klausula yang menyatakan bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah tersebut dilakukan melalui lembaga atau cara lain selain melalui Pengadilan Agama misalnya melalui lembaga arbitrase atau Pengadilan Umum, maka Pengadilan Agama tidak berwenang untuk menyelesaikan sengketa tersebut.
- b. Jika ditinjau dari ruang/tempat (*Ruimte Gebied*), ruang kewenangan Pengadilan Agama sebagai salah satu lembaga peradilan di Indonesia yang diakui keberadaannya oleh Undang-Undang dengan batasan ruang/tempat khusus dalam bidang "*perkara tertentu*" dan "*untuk rakyat pencari keadilan yang beragama Islam dan atau yang menundukkan diri dengan hukum Islam*" (dalam Pasal 2 UUPA), maka kewenangan Pengadilan Agama dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah seperti yang tercantum dalam Pasal 55 ayat (1) UUPS telah memenuhi ruang/tempat.
- c. Jika ditinjau dari soal-soal atau materinya (*Zaken Gebied*), maka terdapat kesesuaian antara materi perbankan syariah yang menggunakan hukum Islam dengan Pengadilan Agama sebagai lembaga peradilan yang menggunakan sumber hukum materi berupa hukum Islam. Berbeda dengan lembaga peradilan lain khususnya dalam pembahasan ini adalah Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum yang notabene dalam menyelesaikan sengketa bukan berdasarkan hukum Islam.

Kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah juga dapat dianalisis dengan menggunakan teori bahan hukum dari *Logemann* berupa materi formal (*Formale stelselmatigheid*), sebagai berikut:

- a. Ditinjau dari ajaran subyek hukum (*persoonleer*), kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah sangat tepat, karena subjek hukum dari perbankan syariah yang saat ini telah ada dan berkembang pesat, baik berupa person maupun lembaga hukum Islam atau yang menundukkan diri terhadap hukum Islam. Sehingga Pengadilan Agama yang notabene adalah lembaga peradilan khusus bagi orang Islam sangat tepat apabila sengketa perbankan syariah tersebut diselesaikan oleh Pengadilan Agama.
- b. Ditinjau dari lingkungan kekuasaan hukum (*gebiedsleer*), maka kewenangan Pengadilan Agama sebagai lembaga Peradilan yang menangani perkara tertentu bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam atau yang menundukkan diri, sangat tepat apabila ia juga menyelesaikan sengketa perbankan syariah, dimana perbankan syariah termasuk dalam kekuasaan hukum Islam sebagaimana berlaku di lingkungan Pengadilan Agama.
- c. Ditinjau hubungan-hubungan hukum (*leerder rechtsbetrekkingen*) yang ada pada Undang-Undang tersebut dengan Undang-Undang lain yang berkaitan, maka terdapat kesesuaian dan ada hubungan yang berkesinambungan antara tujuan dan amanat dari Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 dengan Pasal 49 poin (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama.

Disamping menggunakan dua teori di atas, maka Kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah juga dapat dianalisis dengan menggunakan teori kekuatan berlakunya hukum dari Sudikno Mertokusumo, yaitu sebagai berikut:

- a. Secara yuridis (*juristische geltung*), kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah merupakan kewenangan yang sah dan tepat, karena kewenangan tersebut diberikan oleh dua buah Undang-Undang yang mempunyai kekuatan yuridis dengan memenuhi syarat formal terbentuknya Undang-Undang tersebut. Syarat formal tersebut adalah Undang-Undang tersebut dibuat oleh lembaga legislatif (pembuat undang-undang) yang sah yaitu Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagai lembaga legislatif (lembaga pembuat Undang-Undang).
- b. Secara sosiologis (*soziologische geltung*) kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah telah mempunyai kekuatan memaksa dan diterima oleh masyarakat. Hal itu dapat dilihat dengan adanya contoh kasus penyelesaian sengketa perbankan syariah di Pengadilan Agama Purbalingga.
- c. Secara filosofis (*filosofische geltung*) kaidah hukum yang termuat dalam Pasal 49 poin (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama dan Pasal

55 ayat (1) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah mengenai penyelesaian sengketa perbankan syariah sesuai dengan cita-cita hukum (*Rechtsidee*) sebagai nilai positif tertinggi diantaranya adalah adanya nilai keadilan, kepastian hukum dan kemakmuran masyarakat Indonesia, terutama bagi rakyat pencari keadilan yang menggunakan dasar hukum Islam dalam aktifitas perekonomiannya.

Di samping itu, kekuasaan atau kewenangan Pengadilan Agama dalam hal menyelesaikan sengketa didasarkan pada hukum Islam juga diperkuat dengan adanya Teori Eksistensi Hukum Islam yang dikutip oleh Said Agil Husin Al-Munawar menjelaskan bahwa:

Keberadaan hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia meliputi: (1) Ada, dalam arti sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia, (2) Ada, dalam arti kemandiriannya yang diakui, adanya kekuatan dan wibawanya, dan diberi status sebagai hukum nasional; (3) Ada, dalam arti hukum nasional dan norma hukum Islam yang berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional di Indonesia; (4), Ada, dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama (Al-Munawar, 2004: 14).

Oleh karena itu, keberadaan dan keberlakuan Hukum Islam dalam tatanan hukum Nasional menjadikan salah satu faktor penyebab muncul dan berkembangnya Pengadilan Agama beserta kewenangan mengadili dan menyelesaikan sengketa. Sehingga timbul pula perbedaan kompetensi atau kewenangan Pengadilan Agama dengan kewenangan lembaga peradilan yang lain sekaligus memperkuat eksistensi kewenangan Pengadilan Agama sebagai salah satu lembaga peradilan di Indonesia.

Menurut analisis penulis, adanya pemberian alternatif penyelesaian sengketa melalui Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum tersebut didasarkan pada teori akad/perjanjian yang menyatakan bahwa sebuah akad/perjanjian yang sah menjadi undang-undang yang mengikat kedua belah pihak yang membuat akad atau perjanjian tersebut. Oleh sebab itu, apabila dalam isi akad perbankan syariah yang telah dibuat dicantumkan klausula penyelesaian sengketanya dilakukan melalui Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, maka barulah Pengadilan Umum tersebut berwenang untuk menyelesaikannya. Sebaliknya, apabila dalam isi akad/perjanjian yang dibuat tidak mencantumkan klausula penyelesaian sengketanya dilakukan melalui Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, maka Pengadilan Umum pun tidak berwenang untuk menyelesaikan sengketa tersebut.

2. BENTUK DAN PROSEDUR PENYELESAIAN SENGKETA PERBANKAN SYARIAH SESUAI KETENTUAN PASAL 55 UNDANG-UNDANG NOMOR 21 TAHUN 2008

Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah merupakan bahan hukum primer seperti Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Undang-Undang

Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa merupakan bahan hukum sekunder terhadap pembahasan mengenai bentuk penyelesaian sengketa perbankan syariah.

Teori-teori kewenangan (kompetensi) lembaga peradilan, teori akad dan sengketa serta penyelesaiannya digunakan sebagai pisau analisis dalam pembahasan pokok permasalahan bentuk penyelesaian sengketa perbankan syariah ini. Berdasarkan kajian dan analisis dari ketentuan peraturan perundang-undangan di atas serta berdasarkan cara penyelesaian sengketa bisnis, maka dapat diketahui bahwa bentuk penyelesaian sengketa perbankan syariah dapat dikategorikan menjadi 2 (dua), yaitu: penyelesaian sengketa perbankan syariah dengan cara non litigasi dan penyelesaian sengketa perbankan syariah dengan cara litigasi. Bentuk penyelesaian sengketa perbankan syariah tersebut juga didasarkan pada teori penyelesaian sengketa bisnis yang menyatakan bahwa bentuk-bentuk penyelesaian sengketa dapat melalui lembaga peradilan dan lembaga-lembaga di luar pengadilan yang berkembang saat ini, misalnya negosiasi, mediasi, konsiliasi, dan arbitrase (Emirzon, 2001: 416).

Walaupun dalam ketentuan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dicantumkan penyelesaian sengketa melalui Pengadilan Agama yang notabene adalah bentuk penyelesaian sengketa litigasi sebagai cara atau bentuk yang pertama, akan tetapi dalam pembahasan tersebut penulis meletakkan penyelesaian sengketa dengan cara non litigasi sebagai urutan yang pertama dengan alasan bahwa pada dasarnya penyelesaian sengketa non litigasi adalah cara yang dapat ditempuh oleh kedua belah pihak atas dasar kesepakatan sebelum sengketa mereka tersebut diselesaikan melalui cara litigasi. Selain itu penulis berpendapat bahwa dicantumkannya kategori penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 merupakan cara terakhir (*pamungkas*) yang digunakan apabila cara penyelesaian sengketa non litigasi tidak dapat atau tidak maksimal dilakukan.

Uraian dari bentuk-bentuk penyelesaian sengketa tersebut adalah sebagai berikut:

a. **Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah dengan Cara Non Litigasi**

Tujuan utama dari penyelesaian sengketa adalah mencari *win-win solution* antara kedua belah pihak. Oleh karena itu kesepakatan kedua belah pihak adalah kunci utama dari penyelesaian sengketa tersebut. Tata cara dan sistem yang ditempuh dalam rangka mencari jalan keluar terhadap mereka melalui jalur ini pun sangat tergantung dengan kesepakatan kedua belah pihak.

Ketentuan mengenai penyelesaian sengketa perbankan syariah yang termaktub dalam penjelasan ayat (2) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah memberikan kebebasan kepada kedua belah pihak yang melakukan akad (perjanjian) untuk mencantumkan dalam klausula kontraknya mengenai cara dan lembaga penyelesaian sengketa yang disepakati. Hal itu sesuai dengan asas kebebasan berkontrak.

Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 memberikan beberapa pilihan terhadap alternatif penyelesaian sengketa perbankan syariah yang dapat dipilih oleh para pihak yang bersengketa. Pilihan alternatif penyelesaian sengketa yang diberikan oleh penjelasan pasal tersebut adalah melalui musyawarah, mediasi perbankan, dan Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain.

Selain dilakukan dengan cara-cara tersebut di atas, ayat (3) dari Pasal 55 tersebut masih membuka peluang penyelesaian sengketa dengan cara-cara lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah. Oleh karena itu menurut penulis penyelesaian sengketa perbankan syariah juga dapat dilakukan melalui alternatif penyelesaian sengketa yang diatur dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang diatur dalam Ketentuan Umum Pasal 1 yaitu dengan cara konsultasi, negosiasi, konsolidasi, atau penilaian ahli. Seluruh cara penyelesaian tersebut di atas merupakan bentuk-bentuk dari Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) atau disebut juga dengan *Alternative Dispute Resolution (ADR)* yang dilakukan di luar pengadilan atau disebut dengan penyelesaian sengketa dengan cara non litigasi.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tersebut walaupun keluar sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama dan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, namun tidak menjadikan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 ini kemudian menjadi dikesampingkan atau tidak berlaku dengan adanya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 (tidak berlaku asas *lex specialis derogat legi generalis*). Karena pada dasarnya bidang yang diatur dalam ketiga Undang-Undang tersebut berbeda. Sehingga menurut penulis ketentuan mengenai penyelesaian sengketa dengan Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 masih relevan dan dapat dijadikan sebagai pedoman bagi pelaku perbankan syariah dalam memilih alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (non litigasi).

Sifat tertutup untuk umum ini dilakukan untuk menjaga kredibilitas dan nama baik masing-masing pihak yang bersengketa, terutama adalah pihak lembaga perbankan syariah. Penjelasan lebih lanjut mengenai proses penyelesaian sengketa non litigasi dan akibat hukumnya dapat diuraikan sebagai berikut:

- Musyawarah;
- Mediasi;
- Konsultasi;
- Negosiasi;
- Konsiliasi; dan
- Penilaian Ahli.

b. Penyelesaian Sengketa melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau Lembaga Arbitrase

lainnya

Ketentuan mengenai penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau Lembaga Arbitrase lainnya diatur dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Sedangkan ketentuan mengenai pelaksanaan dan tata caranya dapat dilihat dalam Pasal 52 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Kewenangan Basyarnas yang diatur dalam penjelasan Pasal 55 ayat (2) UUPS sesuai dengan Ketentuan Pasal 34 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa penyelesaian sengketa melalui arbitrase dapat dilakukan dengan menggunakan lembaga arbitrase nasional maupun internasional berdasarkan kesepakatan para pihak, oleh karena itu Basyarnas sebagai salah satu lembaga arbitrase nasional mempunyai hak dan wewenang untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah.

c. Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah dengan Cara Litigasi

1) Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah di Pengadilan Agama

Pada saat terjadi sengketa diantara pelaku perbankan syariah, maka para pihak dapat menyelesaikan sengketanya melalui lembaga peradilan. Pengajuan penyelesaian sengketa perbankan syariah di Pengadilan Agama tersebut didasarkan pada Penjelasan poin (i) Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (UUPA) serta ditegaskan kembali dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (UUPS) yang menyatakan apabila terjadi sengketa di bidang perbankan syariah, maka penyelesaian sengketa diajukan ke Pengadilan di lingkungan Peradilan Agama.

Seperti yang telah tertuang dalam pembahasan sebelumnya bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah merupakan kompetensi atau kewenangan Pengadilan Agama yang tepat ditinjau dari segi manapun dibandingkan dengan lembaga peradilan lainnya (dalam pembahasan ini yang dimaksud adalah Peradilan Umum), oleh karena itu dalam hal terjadi sengketa perbankan syariah, Pengadilan Agama mempunyai hak dan wewenang untuk menerima, mengadili dan menyelesaikannya.

Akhir dari acara pemeriksaan di Pengadilan Agama dengan diberikannya kesempatan yang sama kepada kedua belah pihak untuk memberikan kesimpulan (*conclusion*) dan pendapat akhir sesuai dengan pandangan masing-masing para pihak mengenai pokok-pokok perkara yang telah diperiksa dalam tuntutan atau permohonan yang diajukan.

Mengenai apakah para pihak diwajibkan memberi kesimpulan atau tidak dalam HIR/RBg, tidak dijelaskan. Akan tetapi proses dari kesimpulan ini diatur dalam Pasal 28 Rv yang menegaskan bahwa memberikan kesimpulan (*conclusion*) ini merupakan kewajiban para pihak. Berdasarkan pasal tersebut, maka pemberian kesimpulan oleh

para pihak kemudian menjadi salah satu proses yang dipakai dalam acara pemeriksaan di Pengadilan Agama dan juga berlaku untuk penyelesaian sengketa perbankan syariah.

Dalam hal acara pemberian kesimpulan oleh para pihak hakim memberikan kebebasan yang luas kepada para pihak, baik berkenaan dengan tata cara penyampaian kesimpulannya (baik secara lisan maupun tertulis) atau pun dalam hal para pihak tidak akan memberikan kesimpulan apapun.

2) Produk hukum yang di keluarkan oleh Pengadilan Agama terhadap sengketa perbankan syariah di Pengadilan Agama

Sesuai dengan ketentuan Pasal 178 HIR/Pasal 189 RBg, apabila pemeriksaan perkara selesai, Majelis Hakim karena jabatannya melakukan musyawarah untuk mengambil putusan yang akan dijatuhkan. Tanpa bermaksud mengesampingkan adanya berbagai jenis pembagian putusan pengadilan, diantaranya adalah adanya jenis putusan deklarator, konstitutif, komdenator, putusan sela, putusan akhir, dan lain-lain., untuk lebih memudahkan pemahaman terhadap alur dan prosedur penyelesaian sengketa perbankan syariah di Pengadilan Agama ini, maka penulis membagi kategori putusan ke dalam 3 (tiga) kategori, yaitu:

3) Putusan dalam hal tercapai perdamaian

Ketika terjadi perdamaian dalam upaya damai melalui mediasi dalam sidang pertama, maka para pihak membuat kesepakatan perdamaian secara tertulis yang ditandatangani oleh para pihak dan Hakim Mediator. Oleh karena perdamaian tersebut terwujud, maka atas kesepakatan dan permohonan para pihak kemudian Majelis Hakim mengeluarkan putusan yang berbentuk akta perdamaian dengan menghukum kedua belah pihak untuk mematuhi dan melaksanakan isi perdamaian tersebut. Putusan perdamaian ini kedudukannya mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan dapat dilakukan eksekusi.

4) Penyelesaian sengketa perbankan syariah di Pengadilan Umum

Pembahasan mengenai penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui Pengadilan dalam lingkup Peradilan Umum ini didasarkan pada ketentuan penjelasan ayat (2) Pasal 49 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Walaupun dalam Pasal 1 telah ditunjuk Pengadilan Agama sebagai lembaga litigasi untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah, akan tetapi masih terdapat kemungkinan upaya penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui lembaga litigasi lain, yaitu Pengadilan Umum dengan ketentuan apabila dalam isi akad/perjanjian para pihak telah memperjanjikan upaya penyelesaian sengketa melalui Pengadilan di lingkungan peradilan umum.

Sejalan dengan uraian pembahasan sebelumnya, maka menurut penulis posisi kewenangan Pengadilan Umum dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah tersebut hanya dapat dilakukan apabila para pihak dalam isi akad sudah memilih Pengadilan Umum sebagai lembaga litigasi yang menyelesaikan sengketa. Hal itu dapat disebabkan

karena pembuatan isi perjanjian atau akad tersebut adalah sebelum munculnya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Argumentasi pendapat penulis tersebut didasarkan pada salah satu asas dari akad/perjanjian yang menyatakan bahwa suatu akad yang telah dibuat oleh kedua belah pihak bersifat mengikat seperti Undang-Undang karenanya dalam hal isi perjanjian tentang klausula penyelesaian sengketa perbankan syariah telah dibuat (disepakati kedua belah pihak) dengan menentukan Peradilan Umum sebagai lembaga penyelesaian sengketa mereka, maka ketentuan klausula akad yang sudah mengikat para pihak tersebut kemudian diakomodir dengan ketentuan penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008, sehingga Pengadilan Umum adalah lembaga yang berhak menyelesaikan sengketa mereka, terkecuali apabila para pihak sama-sama menyepakati untuk merubah klausula penyelesaian sengketa mereka tersebut dengan memilih alternatif atau lembaga lain untuk menyelesaikan sengketa mereka tersebut.

Sedangkan pembahasan mengenai prosedur atau tata cara penyelesaian sengketa perbankan syariah di Pengadilan Umum sama halnya dengan pembahasan prosedur penyelesaian sengketa di Pengadilan Agama. Hal itu disebabkan karena hukum acara yang dipakai oleh Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah adalah hukum acara yang berlaku di Pengadilan Umum. Sehingga dapat disimpulkan bahwa baik pembahasan mengenai pembuatan gugatan/permohonan, tahap pengajuan, pemeriksaan persidangan, pembuktian, putusan, maupun upaya hukum atas putusan di Pengadilan Umum adalah sama dengan pembahasan mengenai pembuatan gugatan/permohonan, tahap pengajuan, pemeriksaan persidangan, pembuktian, putusan, maupun upaya hukum atas putusan yang ada di Pengadilan Agama.

5) Bentuk penyelesaian sengketa non litigasi

Pertama; dengan cara musyawarah (*sulh*) yaitu dengan cara mediasi, konsultasi, negosiasi, konsiliasi dan penilaian ahli. *Kedua;* dengan jalan melalui lembaga arbitrase, yaitu melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau melalui lembaga arbitrase lain. Prosedur penyelesaian sengketa perbankan syariah dengan bentuk non litigasi pada dasarnya adalah tergantung dari kesepakatan para pihak. Kedua belah pihak secara penuh diberikan kebebasan dalam menentukan cara apa dan bagaimana langkah yang tepat dalam menentukan keberhasilan penyelesaian sengketa mereka melalui jalan non litigasi ini. Sifat dari pelaksanaan pemeriksaan dan penyelesaian sengketa perbankan dengan bentuk non litigasi ini dilakukan dengan sifat tertutup. Sifat penyelesaian sengketa secara tertutup ini memberikan nilai positif kepada para pihak yang sedang bersengketa. Nilai positif tersebut adalah nama baik dan prestasi (*performance*) dari para pihak yang bersengketa akan tetap terjaga. Hasil dari penyelesaian sengketa dengan non litigasi ini diperoleh atas dasar kesepakatan para pihak (*win-win solution*). Kecuali penyelesaian

sengketa melalui lembaga arbitrase, karena penyelesaian sengketa melalui arbitrase ini prosedur dan tata caranya telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa serta putusan yang dikeluarkan dari lembaga arbitrase ini bukan merupakan kesepakatan kedua belah pihak, akan tetapi berupa keputusan yang dikeluarkan oleh hakim arbiter. Ketika prosedur non litigasi telah dicapai kesepakatan dan putusan, maka kesepakatan atau putusan tersebut lebih lanjut diajukan ke Pengadilan untuk dikeluarkan akta perdamaian.

Berdasarkan keunggulan dan kelebihan tersebut, maka menurut penulis penyelesaian sengketa dengan jalan non litigasi ini harusnya menjadi penyelesaian pertama yang dipilih dan maksimal diupayakan oleh para pelaku perbankan syariah.

Bentuk penyelesaian sengketa perbankan syariah dengan cara litigasi ada 2 (dua), yaitu: *Pertama*; melalui Pengadilan Agama yang merupakan lembaga peradilan yang mempunyai kewenangan absolut dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah. *Kedua*; Pengadilan Umum (Pengadilan Negeri) sebagai salah satu bentuk penyelesaian sengketa litigasi yang dapat dilaksanakan apabila para pihak yang bersengketa dalam isi kontrak/akad perbankan syariahnya sudah memuat klausula penyelesaian sengketa di Pengadilan Negeri.

Pada prinsipnya prosedur dan tata cara penyelesaian sengketa perbankan syariah di Pengadilan Agama sama dengan prosedur dan tata cara penyelesaian perbankan syariah di Pengadilan Umum. Hal itu disebabkan karena belum adanya sumber hukum formil (hukum acara) khusus yang berlaku di Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah, sehingga dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah Pengadilan Agama juga memakai dan menerapkan hukum acara yang berlaku di lingkungan Peradilan Umum. Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah tidak terbatas pada subyek hukum yang secara formalitasnya beragama Islam, akan tetapi juga kepada subyek hukum yang bukan beragama Islam tetapi ia telah tunduk atau menundukkan diri dengan hukum Islam dengan melakukan praktik dan transaksi di bidang perbankan syariah. Prosedur atau tata cara pemeriksaan yang dilakukan oleh Pengadilan Agama meliputi 2 (dua) acara, yaitu: menggunakan acara istimewa dan menggunakan acara biasa.

Pertama; Pemeriksaan sengketa perbankan syariah dengan acara istimewa dilakukan dalam 3 (tiga) hal, yaitu: dalam hal perkara tersebut digugurkan dengan keluarnya putusan gugur, dalam hal perkara tersebut dibatalkan dengan keluarnya putusan batal, dan dalam hal perkara verstek dengan keluarnya putusan verstek. Atas putusan gugur dan batal tidak ada upaya hukum yang dapat dilakukan oleh para pihak, akan tetapi para pihak diberikan kesempatan untuk mengajukan ulang perkara tersebut ke Pengadilan Agama. Sedangkan atas putusan verstek dapat dilakukan upaya hukum berupa verzet dengan tenggang waktu 14 (empat belas) hari terhitung setelah hari pemberitahuan isi putusan

verstek itu disampaikan kepada pihak tergugat.

Kedua; pemeriksaan sengketa perbankan syariah dilakukan dengan acara biasa, yaitu acara pemeriksaan perkara sesuai dengan urutan yang ada dalam ketentuan hukum acara. Urutan acara tersebut dibagi menjadi 3 (tiga) tahapan, yaitu Pra Persidangan yang meliputi pendaftaran perkara, Penetapan Majelis Hakim (PMH), Penetapan Penunjukkan Panitera Pengganti/Panitera Sidang, Penetapan Hari Sidang (PHS) dan pemanggilan para pihak. Setelah tahap pra sidang tersebut dijalankan, maka tahap selanjutnya adalah masuk pada Tahap Persidangan, dengan urutan acara upaya perdamaian melalui Mediasi pada sidang pertama. Jika pada tahap pertama tersebut dicapai kesepakatan perdamaian, maka dibuat kesepakatan perdamaian secara tertulis yang ditandatangani oleh kedua belah pihak dan oleh mediatornya. Atas kesepakatan perdamaian tersebut berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak dapat diajukan pengukuhanannya ke pengadilan dengan diterbitkannya sebuah penetapan berupa akta perdamaian yang sifatnya final dan banding. Akta perdamaian tersebut tidak dapat dilakukan upaya hukum, baik Banding, Kasasi, ataupun Peninjauan Kembali (PK) dan Akta Perdamaian tersebut dapat diajukan eksekusi ke pengadilan apabila ada pihak yang tidak menjalankan isi akta tersebut. Sedangkan bila dalam sidang perdamaian melalui mediasi tersebut gagal, maka acara dilanjutkan dengan pemeriksaan pokok perkara dan kesempatan jawab menjawab antara para pihak, setelah itu dilanjutkan dengan acara pembuktian, dan dilanjutkan dengan kesimpulan (*conclusion*) para pihak.

Setelah acara kesimpulan tersebut, maka Majelis Hakim melakukan musyawarah yang sifatnya tertutup untuk umum dalam mengeluarkan sebuah putusan. Putusan atas acara pemeriksaan biasa ini dapat berupa putusan yang menyatakan gugatan dari penggugat dikabulkan, baik dikabulkan secara keseluruhan atau pun dikabulkan sebagian. Atau putusan tersebut dapat berupa putusan yang menyatakan gugatan penggugat ditolak.

III. SIMPULAN DAN SARAN

A. SIMPULAN

Berdasarkan uraian di atas, maka penulis menarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Jika ditinjau dan dianalisis mengenai batasan kewenangan lembaga negara, bahan hukum dari Logemann berupa materi formal (*Formale Stelselmatigheid*), dan teori kekuatan berlakunya hukum dan teori kewenangan lembaga peradilan, maka kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah sebagaimana diatur dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah sangat tepat dan kuat walaupun dalam isi akad/perjanjian perbankan syariah yang dibuat oleh para pihak tidak mencantumkan klausula penyelesaian sengketa melalui Pengadilan Agama atau melalui cara-cara yang telah diatur dalam ketentuan Pasal 55 tersebut. Kecuali para pihak telah menyepakati

penyelesaian sengketa tersebut dilakukan di luar Pengadilan misalnya melalui lembaga arbitrase atau Pengadilan Umum, maka Pengadilan Agama tidak berwenang untuk menyelesaikan sengketa tersebut. Di samping itu kewenangan dalam pasal tersebut sejalan dan berkesinambungan dengan ketentuan Pasal 49 poin (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama.

2. Berdasarkan ketentuan Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah serta didukung dengan ketentuan Pasal 49 butir (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama dan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, maka bentuk penyelesaian sengketa perbankan syariah ada 2 (dua), yaitu: *pertama*; bentuk penyelesaian sengketa non litigasi (melalui lembaga di luar Pengadilan) yang menurut analisis penulis merupakan bentuk penyelesaian pertama dan utama yang harus dilakukan dengan maksimal, *kedua*; bentuk penyelesaian sengketa litigasi (melalui pengadilan) sebagai bentuk penyelesaian sengketa akhir apabila penyelesaian dengan bentuk non litigasi tidak bisa dicapai.

B. SARAN

Berdasarkan pembahasan dan kesimpulan di atas, maka penulis memberikan saran sebagai berikut:

1. Kepada para pihak pelaku perbankan syariah hendaknya dalam membuat akad/perjanjian selalu mencantumkan klausula penyelesaian sengketa. Pada saat terjadi sengketa perbankan syariah hendaknya prosedur non litigasi (terutama dengan musyawarah melalui jalan negosiasi, mediasi, konsiliasi, dan lain-lain) lebih diutamakan dan semaksimal mungkin diupayakan untuk mencari jalan terhadap penyelesaian sengketa. Karena dalam bentuk penyelesaian sengketa non litigasi ini memiliki berbagai nilai positif, diantaranya adalah hasil yang diperoleh kedua belah pihak merupakan hasil kesepakatan (*win-win solution*) bukan sebuah paksaan yang berupa putusan atau penetapan pihak ketiga, di samping itu sifat pemeriksaan yang tertutup akan menjaga nama baik dan prestasi (*performance*) dari para pihak yang bersengketa.
2. Kepada para pihak yang terkait dengan prosedur penyelesaian sengketa perbankan syariah dengan jalan non litigasi hendaknya mengindahkan ketentuan yang ada dalam Pasal 6 ayat (6) dan (7) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa serta Pasal 23 Perma Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan untuk memohonkan pengukuhan atas kesepakatan perdamaian yang telah mereka capai dengan jalur non litigasi tersebut dengan jalan dikeluarkannya akta perdamaian oleh Pengadilan. Serta dalam hal penyelesaian sengketa melalui Basyarnas atau lembaga arbitrase lainnya agar mendaftarkan putusan arbitrase tersebut ke Pengadilan. Hal itu penting untuk dilakukan

karena mengantisipasi terjadinya pelanggaran terhadap kesepakatan yang telah dicapai sehingga atas akta perdamaian tersebut dapat langsung dimohonkan eksekusinya di Pengadilan dan untuk mengantisipasi terjadi penyelesaian sengketa yang berlarut-larut dan merasa ragu-ragu untuk melaksanakannya. Di samping itu dalam Undang-Undang tersebut seharusnya diatur lagi lebih rinci mengenai syarat-syarat orang atau badan hukum yang dapat menjadi negosiator, mediator, konsiliator dan ahli dengan tujuan agar terjadi kemudahan bagi subyek hukum untuk memilih dan mengetahui apakah orang atau badan hukum tersebut sudah bisa dijadikan sebagai pihak ketiga dalam pilihan alternatif penyelesaian sengketa tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

A. BUKU-BUKU

- Al-Munawar, Said Agil Husin, 2004, *Hukum Islam dan Pluralitas Sosial*, Jakarta, Penamadani.
- Anshori, Abdul Ghofur, 2006, *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Jogjakarta, Citra Media.
- Antonio, Muhammad Syafi'i, 2001, *Bank Syari'ah dari Teori ke Praktek*, Jakarta, Gema Insani.
- Arto, Mukti, 2001, *Mencari Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Arto, Mukti, 2005, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, Cetakan VI, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Ash Shiddieqie, Teungku Muhammad Hasbi, 1997, *Pengantar Fiqih Muamalat*, Cetakan Pertama Edisi Kedua, Semarang, Pustaka Rizki Putra.
- Azwar, Saifudin, 2003, *Metode Penelitian*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Badruzaman, Mariam Darus, 1996, *KUHPerdata Buku III Hukum Perikatan dengan Penjelasan*, Bandung, Alumni.
- Badruzaman, Mariam Darus, 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung, Citra Aditya Bhakti.
- Basyir, Ahmad Azhar, 2000, *Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, Yogyakarta, UII Press.
- _____, 2004, *Azas-azas Hukum Muamalah*, Cetakan Kedua, Yogyakarta, UII Press.
- Departemen Agama RI, *Peradilan Agama di Indonesia; Sejarah Perkembangan Lembaga dan Proses Pembentukan Undang-Undangnyanya*, Jakarta, Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam, 2000.
- Dewi, Gemala, 2007, *Aspek-Aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syari'ah di Indonesia*, Jakarta, Kencana.
- Dewi, Gemala, dkk., 2006, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Jakarta, Kencana.

- Djamil, Fathurrahman, 2001, *Hukum Perjanjian Syariah*, dalam *Kompilasi Hukum Perikatan* oleh Mariam Darus Badruzaman, Bandung, Citra Aditya Bakti.
- Djazuli A., 2006, *Kaidah-kaidah Fiqh, Kaidah-kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-masalah yang Praktis*, Jakarta, Prenada Media Group.
- Emirzon, Joni, 2001, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsultasi dan Arbitrase)*, Jakarta, PT Gramedia Pustaka Utama.
- Emirzon, Joni, 2008, *Hukum Bisnis Indonesia*, Jakarta, CV. Literata Lintas Media.
- Fuady, Munir, 2001, *Hukum Kontrak dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, Bandung, Citra Aditya Bakti.
- Harahap, M. Yahya, 2007, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, Jakarta, Sinar Grafika.
- Harahap, M. Yahya, 2008, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, Cetakan Ke-9, Jakarta, Sinar Grafika.
- Hartono, C.F.G. Sunaryati, 1999, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*, Cetakan Ketiga, Bandung, Trimitra Mandiri.
- Ka'bah, Rifyal, 2004, *Penegakan Syariah Islam di Indonesia*, Jakarta, Khairul Bayan.
- Kadir, Muhammad Abdul dan Rilda Murniati, 2000, *Segi Hukum Lembaga Keuangan dan Pembiayaan*, Bandung, Citra Aditya.
- Kamil, Ahmad dan M. Fauzan, 2004, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Jakarta, Kencana.
- Kamil, Ahmad dan M. Fauzan, 2007, *Kitab Undang-Undang Hukum Perbankan dan Ekonomi Syariah*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group.
- Karim, Adiwarmen A., 2008, *Bank Islam Analisis Fiqih dan Keuangan*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Kasmir, 2002, *Manajemen Perbankan*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Mahkamah Agung RI, 1995, *Pustaka Peradilan*, Jilid VIII, Jakarta, Proyek Pembinaan Teknis Yustisial Mahkamah Agung RI.
- Manan, Bagir, 2007, *Sistem Peradilan Berwibawa (Suatu Pencarian)*, Jakarta, Mahkamah Agung RI.
- Manan, Bagir, 2007, *Menjadi Hakim yang Baik*, Jakarta, Mahkamah Agung RI.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, cet. ke-2, Jakarta, Kencana.
- Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Yogyakarta, Liberty, 1991.
- Munawwir, Ahmad Warson, 1996, *al-Munawwir (Kamus Arab-Indonesia)*, Jakarta.
- Muslimin, Amrah, 1980, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*, Bandung, Alumni.

- Nasution, Mustafa Edwin, dkk., 2006, *Pengenalan Eksklusif Ekonomi Islam*, Jakarta, Kencana.
- Nazir, Habib dan Muhammad Hasanuddin, 2008, *Ensiklopedi Ekonomi dan Perbankan Syariat*, Bandung, Kafa Publishing.
- Nuh, Zaini Ahmad, 1983, *Sejarah Peradilan Agama*, dalam Laporan Hasil Simposium Sejarah Peradilan Agama, Proyek Pembinaan Administrasi Hukum dan Peradilan.
- Puslitbang Diklat Mahkamah Agung RI, 2002, *Kapita Selekta Hukum Perbankan*, Jakarta, Mahkamah Agung RI.
- Pound, Roscoe, 1982, *Filsafat Hukum; Suatu Pengantar*, Terjemahan Mohamad Radjab, Jakarta, Bharatara Karya Aksara.
- Ritonga, A. Rahman, et.al., 2000, *Ensiklopedi Hukum Islam*, cet. 4, Jakarta, PT Ichtiar Baru van Hoeve.
- Sabiq, Sayyid, 1993, *Fiqh al-Sunnah*, di-Indonesiakan oleh Drs. Mudzakir AS dengan judul *Fikih Sunnah*, Jilid X IV, Bandung, Al Ma'arif.
- Sabiq, Sayyid, 1988, *Fiqh Sunnah (12) & (13)*, Bandung, Al Ma'arif.
- Saliman, Abdul R., et.al., 2005, *Hukum Bisnis untuk Perusabaan; Teori dan Contoh Kasus*, Jakarta, Kencana.
- Sekarwati, Supraba, 2001, *Perancangan Kontrak*, Bandung, Iblam.
- Setiadi, Wicipto, 2001, *Hukum Acara Pengadilan Tata Usaha Negara: Suatu Perbandingan*, Ctk. Ketiga., Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Simatupang, Richard Burton, 2003, *Aspek Hukum dalam Bisnis*, Jakarta, PT. Asdi Mahasatya.
- Soehino, 2000, *Ilmu Negara*, Yogyakarta, Penerbit Liberty.
- Subekti, R., 1987, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Jakarta, Pradanza Paramita.
- Subekti, R., 2003, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta, Intermasa.
- Subekti, R. dan R. Tjitrosudibio (penterjemah), 1996, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek)*, cet. 8, Jakarta, Pradnya Paramita.
- Sumitro, Warkum, 1997, *Asas-Asas Perbankan Islam dan Lembaga-Lembaga Terkait (BAMUI dan Takaful) di Indonesia*, Cetakan Kedua, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada.
- Tutik, Titik Triwulan, 2005, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara*, Jakarta, Prestasi Pustaka Publisher.
- Waluyo, Bambang, 1991, *Penelitian Hukum dalam Praktik*, Jakarta, Sinar Grafika.
- Widjaya, I.G. Ray, 2004, *Merancang Suatu Kontrak Teori dan Praktek*, Bekasi, Kesaint Blanc.
- Wirnyaningsih, et.al., 2005, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Cetakan ke-I, Jakarta, Kencana Prenada Media.

Wirduyaningsih, et.al., 2006, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Cetakan ke-II, Jakarta, Kencana Prenada Media.

Zulkifli dan Sunarto, 2003, *Panduan Praktis Transaksi, Perbankan Syariah*, Jakarta, Zikrul Hakim.

B. PERATURAN PERUNDANGAN-UNDANGAN

Undang-Undang Dasar 1945.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

HIR dan RBg, dalam Direktorat Badan Pembinaan Peradilan Agama Islam, Himpunan Peraturan Perundang-undangan dalam Lingkungan Peradilan Agama, Jakarta, Direktorat Jenderal Pembinaan dan Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama RI, 2001.

C. PUTUSAN PENGADILAN

Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, yang termuat dan hasi download pada situs resmi Badan Peradilan Agama RI dengan [http; www.badilag.net](http://www.badilag.net), tanggal 02 Januari 2009.

Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, Pengadilan Tinggi Agama Palembang, Palembang, 2008.

Putusan Pengadilan Agama Purbalingga dengan Register Perkara Nomor 1047/Pdt.G/2006/PA.Pbg., tertanggal 29 Nopember 2006.

C. JURNAL DAN MAKALAH

Abdurrahman, Peranan Hukum dalam Penanggulangan Konflik Sosial, Artikel dalam Syari'ah (*Jurnal Hukum dan Pemikiran*, Nomor 1 tahun 2, Januari-Juni 2002), Banjarmasin, 2002.

Adam, Siti Megadianty dan Takdir Rahmadi, 1997, Sengketa dan Penyelesaiannya, *Buletin Musyawarah* Nomor 1 Tahun I, Jakarta, Indonesian Center for Environmental Law.

Alam, Andi Syamsu, "Kewenangan Baru Peradilan Agama Pasca Lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006", Makalah, disampaikan dalam acara Rapat Kerja Nasional

- Mahkamah Agung RI di Batam pada tanggal 10-14 September 2006.
- Antonio, Muhammad Syafii, "Membangun Ekonomi Islam di Indonesia sebagai Post Capitalist Economy", Makalah, disampaikan dalam rangka Dies Natalis Universitas YARSI XXXIX dan Wisuda Sarjana dan Ahli Madya pada hari Senin tanggal 17 April 2006, dan dimuat dalam Majalah Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun Ke XXI No. 245 April 2006, Jakarta, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), 2006.
- Artikel, "Hukum Acara Peradilan Agama", download pada situs <http://kabarbebas.wordpress.com/hukum/hukum-waris-islam/hukum-acara-peradilan-agama/>, tanggal 25 Februari 2009.
- Artikel, "Sejarah Hukum Perbankan Syari'ah di Indonesia", download pada <http://mhugm.wikidot.com/artikel:012>., hari Rabu, tanggal 06 Agustus 2008.
- Asshiddiqie, Jimly, 2009, "Hubungan Antar Lembaga Negara Pasca Perubahan Undang-Undang Dasar 1945", Artikel, download pada situs <http://jimly.com/pemikiran/getbuku/4>, pada tanggal 18 Mei 2009.
- Djamil, Fathurrahman, 2007, "Lembaga Keuangan Syari'ah", Makalah, dalam buku Kapita Selekta Perbankan Syari'ah, Jakarta, Mahkamah Agung RI.
- Hutapea, Hotman Paris, "Penyelesaian Sengketa Dagang di Luar Pengadilan", Makalah yang dipresentasikan pada Penataran Hukum Ekonomi, Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, tanggal 19-25.
- Jurnal Mimbar Hukum*, Edisi No. 66 bulan Desember 2008, Jakarta, Pusat Pengembangan Hukum Islam dan Masyarakat Madani (PPHI2M).
- Merza, Gamal, 2006, "Tantangan Bank Syariah ke Depan", Makalah, Penulis: (Pengkaji Sosial Ekonomi Islami).
- Mubarok, Jaih, 2008, Prospek Ekonomi Syari'ah di Indonesia, artikel pada *Jurnal Mimbar Hukum*, Edisi No.66 bulan Desember 2008, Jakarta, Pusat Pengembangan Hukum Islam dan Masyarakat Madani (PPHI2M).
- Suma, Amin, 2007, "Seputar Ekonomi Syari'ah Studi tentang Prinsip-Prinsip Ekonomi Syari'ah di Indonesia", Makalah, dalam buku, Kapita Selekta Perbankan Syari'ah, Jakarta, Mahkamah Agung RI.
- Taufiq, "Nadhariyyatu Al-Uqud Al-Syar'iyah", Makalah disampaikan pada acara Pelatihan Teknis Fungsional Peningkatan Profesionalisme bagi Para Ketua Pengadilan Agama se-Jawa di Malang pada tanggal 2 Mei 2006, Jakarta, Pusdiklat Mahkamah Agung RI.
- Zaida, Yusna dalam artikelnya yang berjudul "Kewenangan Peradilan Agama Terhadap Sengketa Ekonomi Syari'ah".

BIODATA PENULIS

Dr. Suteki, S.H., M.Hum., adalah dosen Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, Indonesia. Memperoleh gelar sarjana hukum (SH) dari Fakultas Hukum UNDIP pada 1989-1993, Magister Humaniora (M.Hum) dari Program Pascasarjana UNDIP, Semarang pada 1996-2000, dan doktor (Dr) dari PDIH UNDIP pada tahun 2005-2008.

Dr. Kurnia Warman, S.H., M.Hum., adalah dosen Hukum Agraria pada Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang. Memperoleh gelar sarjana hukum (SH) dari Fakultas Hukum Universitas Andalas pada 1995, Magister Humaniora (M.Hum) dari Program Pascasarjana Ilmu Hukum (Agraria) Universitas Gadjah Mada (UGM), Yogyakarta pada 1998, dan doktor (Dr) dari Fakultas Hukum UGM pada awal 2009.

Dr. Susilawetty, S.H., M.H., Dosen di Fakultas Hukum dan Program Magister Ilmu Hukum di Universitas Muhammadiyah Jakarta, selain itu menjadi Ketua Program Magister Ilmu Hukum PPs di Universitas Muhammadiyah Jakarta. Menyelesaikan S1 (SH) di Fakultas Hukum Universitas Andalas Padang, S2 (MH) di Program Magister Ilmu Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta, dan menyelesaikan S3 Doktor Falsafah Fakultas Undang-Undang Universitas Kebangsaan Malaysia.

Iwan Satriawan, S.H., MCL., Dosen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Dan S2 di Program Master of Comparative Laws, International Islamic University Malaysia. Pernah mengikuti *Human Rights Course* di Strasbourg, Perancis tahun 2000, dan *International Seminar on Access to Justice* di London tahun 2004.

Nanik Prasetyoningsih, S.H., M.H., Dosen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta dan S2 di Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran, Bandung.

Prihati Yuniarlin S.H., M.Hum., Staf Pengajar di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta dan S2 di Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

Wiratmanto, S.H., M.Hum., Staf Pengajar di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta. Dan S2 di Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

Rhido Jusmadi, S.H. Staf Pengajar Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo. Menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo. Pengalaman mengajar di Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo (pada Tahun 2005-sekarang), dan di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surabaya (pada Tahun 2004-sekarang).

Yulia Qamariyanti, S.H., M.Hum., Staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Lambung

Mangkurat Banjarmasin, Indonesia, juga mengajar pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin dan Program Magister Kenotariatan Kerjasama Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta dan Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat Banjarmasin. Menyelesaikan S-1 (SH) di Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin (1993) dan S-2 (M.Hum.) di Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta Program Studi Ilmu Hukum (2002).

Ahdiana Yuni Lestari, S.H., M.Hum. Staf Pengajar FH UMY. Menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, dan S2 di Magister Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.

Muhammad Endriyo Susila, S.H., MCL. Staf Pengajar Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Menyelesaikan pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, dan S2 di International Islamic University of Malaysia. Pernah mengikuti Course of Islamization of Legal Knowledge, Malaysia, Oktober 2002.

Ahmad Rizki Sridadi, S.H., M.M., M.H. Dosen Pengajar di Fakultas Ekonomi Universitas Airlangga (UNAIR), Surabaya. Menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Airlangga pada tahun 1998, S2 di Program Pascasarjana Universitas Wijaya Putra, Surabaya pada tahun 2000 dan di Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya pada tahun 2004. Pernah mengikuti *Association for Overseas Training Scholarship*, Hukum Persaingan Usaha untuk Negara-Negara Asia Timur, di Tokyo, Jepang, pada tahun 2008. Mengikuti *Teaching Development Program*, Macquarie University, Sydney, pada tahun 2006, serta mengikuti *Research, Institution and Entrepreneurship*, Monash University, Virginia, Australia, pada tahun 2004.

Dr. Sjahrudin Rasul, Dosen Pasca Sarjana Universitas Bung Hatta, Universitas Riau, dan Dosen Luar Biasa Universitas Padjajaran. Lulus Fakultas Hukum Universitas Padjajaran Bandung, tahun 1966. Lulus Program Doktor Bidang Hukum pada Program Pasca Sarjana Universitas Padjajaran Bandung, tahun 2000. Menjabat sebagai Komisaris Independen PT. Taspen (Persero), Jakarta pada tahun 2009 sampai sekarang. Tahun 2003-2007 menjabat sebagai Wakil Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi Republik Indonesia, Jakarta. Pernah mengikuti pendidikan atau kursus *Urban Finance Management Training Program in RTI North Carolina*, USA, 1990; *Course on Methods and Techniques Project Management in Berlin (West) and Feldafing*, Germany, 1987; dan *Development Finance Course* in Birmingham, United Kingdom, 1982.

Dr. Drs. A.A. Oka Dhermawan, S.H., M.Hum., M.Si. Dosen S2 Hukum pada Universitas Muhammadiyah Palembang. Menyelesaikan S-1 Bidang Hukum di Universitas 17 Agustus 1945, Jakarta, serta Bidang Ilmu Sosial Politik (Pemerintahan) di Universitas 17 Agustus 1945, Jakarta. Dan S-2 Magister Ilmu Hukum (Hukum Bisnis Sosiologi Hukum Perburuhan) di Universitas 17 Agustus 1945, Jakarta, dan Magister Ilmu Sosial Politik (Pemerintahan) di Universitas Yapan, Jakarta. Serta S-3 Program Doktor Ilmu Hukum (Pidana) di Universitas Jayabaya, Jakarta, dan Doktor Ilmu Manajemen (Pemerintahan) di Universitas Satyagama, Jakarta.