



# **BERBAGAI PERSPEKTIF HARMONISASI HUKUM NASIONAL DAN HUKUM INTERNASIONAL**



**Prof. Dr. Ida Bagus Rahmadi Supancana**

**Berbagai Perspektif  
Harmonisasi Hukum Nasional  
dan  
Hukum Internasional**

## **Undang-undang Republik Indonesia**

Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta

### Lingkup Hak Cipta

#### Pasal 2:

1. Hak Cipta merupakan hak eksklusif bagi Pencipta atau Pemegang Hak Cipta untuk mengumumkan atau memperbanyak, ciptaannya, yang timbul secara otomatis setelah suatu ciptaan dilahirkan tanpa mengurangi pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

### Ketentuan Pidana

#### Pasal 72:

1. Barangsiapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam pasal 2 ayat (1) atau pasal 49 ayat (1) dan ayat (2) dipidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp. 1.000.000,- (satu juta rupiah) atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,- (lima milyar rupiah).

2. Barangsiapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah).

# **Berbagai Perspektif Harmonisasi Hukum Nasional dan Hukum Internasional**

**Prof. Dr. Ida Bagus Rahmadi Supancana**



**Penerbit Universitas Atma Jaya Jakarta  
2012**

Berbagai Perspektif Harmonisasi Hukum Nasional dan  
Hukum Internasional  
©Penerbit Universitas Atma Jaya, Jakarta

Penerbit Universitas Atma Jaya  
Jl. Jend. Sudirman Kav. 51  
Jakarta 12930 Indonesia  
Phone : (021) 5703306 psw. 631  
E-mail : penerbit@atmajaya.ac.id  
Website : <http://www.atmajaya.ac.id>

Cetakan Pertama, Desember 2012

Layout naskah : Grafindo  
Desain sampul : Grafindo

Perpustakaan Nasional RI: ISBN/Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Prof. Dr. Ida Bagus Rahmadi Supancana  
Berbagai Perspektif Harmonisasi Hukum Nasional dan  
Hukum Internasional  
Jakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2012  
xiv + 264 hlm.; 15,5 x 23,5 cm  
ISBN 978-602-8904-38-4

Hak cipta dilindungi Undang-Undang  
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini tanpa izin  
tertulis dari Penerbit.

Dicetak oleh Grafindo  
Jl. Cipinang Muara I/22, Jakarta 13430  
Telp.: 021-8607610

## PENGANTAR

Tanggal 12 Desember tahun 2012 adalah hari yang sangat istimewa bagi penulis secara pribadi, tidak hanya tanggal tersebut adalah hari kelahiran penulis, tetapi juga merupakan kombinasi angka yang sangat langka yang mungkin hanya terjadi sekali dalam seumur hidup, yaitu 12-12-12.

Bagi seorang akademisi, memperingati hari yang sangat istimewa ini tentu saja tidak patut dilakukan dengan cara pesta pora, sebaliknya harus menjadi bahan renungan, apa kontribusi yang telah diberikan bagi dunia ilmu maupun kemaslahatan masyarakat dan kemanusiaan?

Atas dasar hasil renungan itu, dengan segala kerendahan hati penulis ingin mendedikasikan buku ini ke hadapan dunia ilmu dan masyarakat luas. Buku ini berisi kumpulan, yaitu 12 (dua belas) makalah atau artikel yang pernah disajikan oleh penulis dalam 12 kesempatan yang berbeda, yang terdiri dari 12 bidang hukum yang benang merahnya adalah persoalan Harmonisasi antara Hukum Nasional dengan Hukum Internasional. Oleh karena itu penulis memberanikan diri untuk memberi judul: “Berbagai Perspektif Harmonisasi Hukum Nasional dan Hukum Internasional”.

Buku ini berisi berbagai gagasan yang pernah penulis lontarkan terkait dengan berbagai isu, seperti: Reformasi Regulasi; *ASEAN Security Community*; Legislasi Keantariksaan; Keselamatan Penerbangan; Manajemen Bencana; Perlindungan Data Pribadi; *Cyberpornography*; Perdagangan Internasional; Investasi; Hukum Jaminan; dan Akta Elektronik. Berbagai gagasan yang penulis lontarkan tersebut berlangsung dalam kurun waktu antara tahun 2003 sampai 2012.

Tulisan pertama dengan judul ”Regulatory Reform: Challenges and Prospects of Implementing Regulatory Impact Analysis (RIA) in Indonesia”

yang penulis presentasikan pada Workshop APEC di Wahington DC pada tahun 2011, menggambarkan tentang berbagai tantangan dan prospek yang dihadapi dalam mengimplementasikan suatu model analisis yang dikenal dengan *Regulatory Impact Analysis* (RIA) yang sudah dikenal luas di berbagai negara sebagai sarana dalam melakukan reformasi regulasi secara sistematis di Indonesia. Reformasi regulasi yang sistematis tersebut sangat dibutuhkan oleh Indonesia untuk meningkatkan kualitas regulasi agar mampu mendukung program dan pencapaian pembangunan nasional, terutama pembangunan ekonomi.

Tulisan kedua dengan judul “The Roadmap toward the Creation of ASEAN Security Community in 2015: Legal Perspectives” dipersiapkan sebagai artikel pada *Journal of East Asia and International Law* di Korea pada tahun 2008. Tujuan penulisan ini adalah untuk mengantisipasi terbentuknya Masyarakat ASEAN (*ASEAN Community*) pada tahun 2015 yang terdiri dari 3 pilar, yaitu: *ASEAN Economic Community*; *ASEAN Security Community*; dan *ASEAN Social-Cultural Community*. Fokus penulisan adalah pada perspektif hukum dari *ASEAN Security Community* yang mencakup: konsep, tujuan dan komponen-komponennya; tantangan keamanan ASEAN sebagai *common grounds*; dasar hukum pembentukan; prinsip-kemungkinan transformasi bagian dan Hukum ASEAN sebagai hukum yang bersifat supra-nasional.

Tulisan ketiga dengan judul “Transforming the Standards of International Space Law into National Space Legislation: Indonesia’s Experience” penulis presentasikan pada *International Space Law Conference* yang diselenggarakan oleh *International Institute of Space Law* (IISL) bekerjasama dengan *Indonesian Society of International Law* pada tahun 2011. Inti dari tulisan tersebut mengeksplorasi penerapan standar internasional di bidang pengaturan kegiatan keantariksaan dalam pelebagaan legislasi nasional di bidang keantariksaan di Indonesia. Standar internasional tersebut tercermin dalam berbagai instrumen internasional, maupun praktek negara-negara yang merupakan *common practices* dan *best practices* di dunia internasional. Dari tulisan tersebut

diharapkan RUU Keantariksaan yang saat ini dibahas di DPR akan menjadi UU Keantariksaan yang tidak saja visioner dan berdasarkan kepentingan nasional, namun juga berstandar internasional, hal mana sesuai dengan karakteristik dari kegiatan keantariksaan itu sendiri.

Tulisan keempat dengan judul “Larangan Terbang Uni Eropa: Suatu Pembelajaran” berisi paparan yang disampaikan penulis pada Panel Diskusi tentang Larangan Terbang Uni Eropa pada tahun 2009. Paparan tersebut membedah latar belakang larangan terbang Uni Eropa terhadap maskapai penerbangan Indonesia yang disebabkan oleh kegagalan Indonesia, baik regulator maupun operator dalam mematuhi berbagai standar keselamatan penerbangan internasional. Standar keselamatan penerbangan tersebut ditetapkan oleh *International Civil Aviation Organization* (ICAO), Standar Eropa, maupun standar *Federal Aviation Administration* (FAA). Pelajaran yang dapat dipetik dari larangan terbang tersebut adalah perubahan paradigma dan budaya keselamatan penerbangan agar sesuai dengan standar keselamatan penerbangan internasional. Hal itu mutlak perlu dilakukan atas nama keselamatan manusia dan kemanusiaan.

Tulisan kelima dengan judul “Harmonisasi Hukum Nasional dan Hukum Internasional dalam rangka Disaster Management” merupakan orasi ilmiah yang penulis sampaikan pada HUT ke 43 Fakultas Hukum Unika Atma Jaya pada tahun 2008. Inti tulisan tersebut mengemukakan berbagai instrumen dan standar internasional dalam manajemen bencana, baik dalam bentuk *hard laws* maupun *soft laws* serta implikasinya dalam pengaturan nasional. Instrumen dan standar internasional tersebut mencakup: kondisi ideal kesiapan menghadapi dan menangani bencana; mencegah hambatan hukum, kebijakan dan kelembagaan yang tidak perlu; mengatasi problema dalam penanganan bencana; serta pentingnya harmonisasi kerangka hukum nasional dan internasional dalam penanganan bencana.

Tulisan keenam dengan judul “Space Contribution for Disaster Management: Legal Framework” penulis presentasikan pada *International Space Law Conference* di Bangkok pada tahun 2006 pasca Tsunami di Aceh.



Inti tulisan tersebut adalah untuk merumuskan kerangka hukum yang ideal dalam rangka kontribusi ilmu pengetahuan dan teknologi antariksa dalam upaya-upaya manajemen bencana. Sebagaimana diketahui, ilmu pengetahuan dan teknologi antariksa dapat dimanfaatkan untuk penanganan bencana guna mengurangi kerugian harta maupun jiwa. Hal itu dilakukan melalui pemanfaatan satelit observasi Bumi untuk memantau pola cuaca, mendeteksi badai, memonitor banjir; sistem navigasi satelit global (GNSS) yang mampu menyajikan informasi posisi, ketinggian serta informasi waktu yang akurat; serta sistem komunikasi satelit untuk kepentingan komunikasi darat manakala semua infrastruktur komunikasi tidak berfungsi.

Tulisan ketujuh dengan judul “Instrumen Internasional Perlindungan Privasi (atas Data Pribadi) dan Praktek Beberapa Negara (*Lesson Learned* bagi Pengaturannya di Indonesia)” dipresentasikan penulis Seminar Perlindungan Privasi: Pengaturan dan Praktiknya di Indonesia di Bandung tahun 2011. Dalam tulisan tersebut dikemukakan berbagai konsep dan pengaturan tentang perlindungan Privasi (atas Data Pribadi) terkait dengan *Transboundary Flow of Personal Data* yang bersifat transnasional. Pengaturan internasional dalam skala global, regional dan nasional dari beberapa negara dalam perlindungan data pribadi, apalagi data pribadi yang sensitif, harus menjadi pelajaran dan pertimbangan bagi pengaturannya di Indonesia.

Tulisan kedelapan dengan judul “Peran Kerjasama Internasional dalam Pencegahan dan Penanggulangan *Cybercrime*, khususnya *Cyber-pornography*” penulis sajikan sebagai makalah dalam Seminar tentang *Cybercrime* pada tahun 2007 di Semarang. Penyampaian materi ini dilatarbelakangi oleh keresahan penulis terhadap bentuk-bentuk kejahatan di dunia maya yang menjadikan anak sebagai sasaran materi pornografi dan bahkan objek pornografi melalui internet. Untuk memberikan perlindungan terhadap anak-anak dari kejahatan pornografi di dunia maya, maka diperlukan mekanisme kerjasama yang efektif berdasarkan berbagai instrumen internasional maupun nasional yang tersedia, seperti:

ekstradisi; bantuan timbal balik dalam masalah pidana; serta ratifikasi berbagai konvensi internasional yang relevan, termasuk *Convention on Cybercrime* dan *Convention against Transnational Organized Crime*.

Tulisan kesembilan dengan judul “Harmonisasi Regulasi Internasional dan Hukum Nasional di Bidang Perdagangan Internasional” penulis sampaikan sebagai makalah pada Seminar Perspektif Hukum Kerjasama Internasional di Bidang Perdagangan dalam rangka Memperkuat Posisi Ekonomi Indonesia, di Yogyakarta pada tahun 2012. Inti dari tulisan tersebut adalah untuk menggali strategi dalam meningkatkan kinerja perdagangan internasional Indonesia dengan memahami secara komprehensif serta memanfaatkan regulasi internasional di bidang perdagangan. Sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip pokok di bidang perdagangan internasional, maka suatu negara dapat menerapkan instrumen hukum dan kebijakan nasionalnya untuk meningkatkan daya saing perdagangan internasionalnya, misalnya regulasi atau kebijakan yang bersifat: melindungi kesehatan publik; mengatur standar industri; pengendalian harga; kepemilikan publik; dan lain-lain.

Tulisan kesepuluh dengan judul “Legal Issues regarding Foreign Investment and the Implementation of Japan- Indonesia Economic Partnership Agreement” penulis persiapkan sebagai artikel pada *Journal of East Asia and International Law* (Korea) untuk edisi Spring 2011. Inti dari tulisan tersebut adalah untuk menggali: kemungkinan kendala hukum dalam implementasi *Japan-Indonesia Economic Partnership Agreement* (JIEPA); melakukan perbandingan terhadap aturan dan praktek perlindungan terhadap investor asing; menguraikan mekanisme penyelesaian sengketa, baik melalui proses adjudikasi maupun non-adjudikasi; permasalahan resiko komersial dan non-komersial dalam kegiatan investasi; serta beberapa rekomendasi untuk meningkatkan efektivitas JIEPA.

Tulisan kesebelas dengan judul “Kemungkinan Meratifikasi *Protocol of Space Asset*: Pertimbangan dan Implikasinya bagi Kepentingan Nasional” penulis kontribusikan bagi buku *Refleksi Dinamika Hukum: Rangkaian Pemikiran dalam Dekade Terakhir*, tahun 2008. Tulisan ini dipersiapkan

untuk mengantisipasi pembahasan *Protocol of Space Asset* yang pada saat itu dibahas pada UNIDROIT dan UNCOPUOS. Sebagaimana dipahami, *Protocol of Space Asset* adalah salah satu protokol dari *Capetown Convention on International Interest in Mobile Equipment*. Konvensi dan protokol yang disponsori oleh negara-negara maju ini dimaksudkan untuk memberikan perlindungan terhadap *international interest* dari berbagai kontrak yang terkait dengan pengadaan dan pembiayaan terhadap aset antariksa (*space asset*). Tulisan ini menekankan kepada pentingnya kehati-hatian sebelum Indonesia memutuskan untuk meratifikasi *Protocol of Space Asset*, terutama dilihat dari sisi kepentingan nasional.

Tulisan keduabelas dengan judul “Kekuatan Akta Elektronik sebagai Alat Bukti pada Transaksi *E-Commerce* dalam Sistem Hukum Indonesia” penulis sampaikan dihadapan peserta Kongres Ikatan Notaris Indonesia pada tahun 2003 di Bandung. Tulisan tersebut mengeksplorasi sejauh mana kedudukan dan kekuatan akta elektronik, baik sebagai akta otentik maupun akta dibawah tangan. Demikian pula dalam konteks pembuktiannya. Sebagai informasi, pada saat materi tersebut disampaikan, Indonesia belum memiliki UU tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Makalah-makalah tersebut sengaja penulis sajikan apa adanya, artinya tetap dalam kondisi aslinya dan tidak dimutakhirkan dengan keadaan sekarang. Maksudnya agar memberi gambaran tentang perkembangan dan persoalan yang dihadapi pada saat itu, sehingga mudah bagi kita untuk menelusuri dan memahami berbagai perkembangan hukum dari topik-topik yang berbeda tersebut, sekaligus untuk menguji apakah gagasan-gagasan tersebut masih relevan untuk kondisi saat ini dan masa mendatang.

Buku yang kami sajikan ini tentu saja jauh dari sempurna, namun setidak-tidaknya dapat menjadi bahan diskusi selanjutnya, baik pada tataran akademik maupun implementasinya dalam dunia nyata.

Akhirnya penulis ingin mengucapkan terimakasih kepada berbagai pihak yang tidak dapat disebut satu persatu atas bantuannya, khususnya

Penerbit Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya Jakarta, yang memungkinkan buku ini diterbitkan dan disajikan kepada khalayak ramai.

Jakarta, 12 Desember 2012

I.B.R. Supancana



## DAFTAR ISI

PENGANTAR .....	v
DAFTAR ISI.....	xiii
Regulatory Reform: Challenges and Prospects of Implementing Regulatory Impact Analysis (RIA) in Indonesia. ....	1
The Roadmap Toward the Creation of ASEAN Security Community in 2015: Legal Perspectives.....	23
Transforming The Standards of International Space Law into National Space Legislation: Indonesia's Experience.....	43
Larangan Terbang Uni Eropa: Suatu Pembelajaran .....	61
Harmonisasi Hukum Nasional dan Hukum Internasional Dalam Rangka <i>Disaster Management</i> .....	81
Space Contribution for Disaster Management: Legal Framework.....	101
Instrumen Internasional Perlindungan Privasi (atas Data Pribadi) dan Praktek Beberapa Negara ( <i>Lesson-learned</i> bagi Pengaturannya di Indonesia) .....	121
Peran Kerjasama Internasional dalam Pencegahan dan Penanggulangan <i>Cybercrime</i> , khususnya <i>Cyberpornography</i> .....	145

Harmonisasi Regulasi Internasional dan Hukum Nasional  
di Bidang Perdagangan Internasional..... 173

Legal Issues Regarding Foreign Investment and  
the Implementation of the Japan-Indonesia Economic  
Partnership Agreement ..... 193

Kemungkinan Meratifikasi *Protocol of Space Asset*:  
Pertimbangan dan Implikasinya kepada  
Kepentingan Nasional ..... 225

Kekuatan Akta Elektronik sebagai Alat Bukti pada Transaksi  
*E-Commerce* dalam Sistem Hukum Indonesia ..... 245

# REGULATORY REFORM: CHALLENGES AND PROSPECTS OF IMPLEMENTING REGULATORY IMPACT ANALYSIS (RIA) IN INDONESIA<sup>1</sup>

## I. INTRODUCTION

### A. Reformation Era as New Era in Regulatory Reform in Indonesia

Reformation movement since late of 1990's promote and speed-up democratization marks a new era in regulatory reform in Indonesia. Public participation in legislation process is guaranteed both under Constitution and other laws and regulations. Nevertheless such regulatory reform has not been conducted in systematic ways and lacks of consistency, especially in implementing available tools for regulatory reform.

### B. Existing Regulatory Conditions

As the results of the above mentioned situations, existing regulatory conditions can be described as: hyper-regulated; overlapping; contradicting; inconsistent; unsynchronous and not harmonious; sectoral; and creating multi-interpretation.

**Hyper-regulated** or overregulated can be seen in the fact that at national level only, the number of regulations covering from constitution, laws, government regulations, and presidential regulations have reach almost 20.000 regulations. That number exclude implementing

---

<sup>1</sup> Paper Presented at APEC Workshop: Using Regulatory Impact Analysis to Improve Transparency and Effectiveness in the Rulemaking Process, Washington, March 3-4, 2011



regulations at ministerial or sectoral level. In addition, the number of regulations from 33 provincial governments and 491 regency/mayorality reach about 18.000 regulations. Such number is constantly growing as both national and local governments level is entitled to produce laws/by laws and other regulations. Consequently, none can have accurate data on the exact number of regulations both at national and regional/local level.

In many ways/occasions those regulations are **overlapping**. Sometimes the similar issues are regulated by many different regulations. This is sometimes caused by unclear division of main functions of governmental institutions and also conflict of interest, as regulations create certain authority and competences which can generate income, both to such institution and individuals.

**Contradiction** among regulations also happens, both vertically and horizontally. Vertically very often happen between central regulations and local regulations because some local regulations were formulated without paying attention nor comply with higher level of regulations. Contradiction also happens horizontally among different sectors.

As the results of conflicting regulations, it creates **inconsistencies** both in its interpretation and implementation. Such inconsistencies will create **unharmonious** and **unsynchronous** conditions.

### **C. The Impact of Existing Regulatory Conditions toward Business Environment and Investment Climate**

The overall deficiencies in the existing regulatory conditions faced by Indonesia have impacted toward business environment and investment climate. As generally recognized, a conducive business environment requires legal certainty, more over it also requires business-friendly regulations which prevent high-cost economy. The problematic regulations may cause less competitive investment climate. Investor

will be reluctant to invest due to legal uncertainty and high cost-economy created by problematic or low quality of regulations.

#### **D. Systematic Regulatory Reform as an Imperatives**

It is therefore imperative to conduct a systematic regulatory reform in order to improve the quality of regulations and consequently to improve business environment and investment climate for further national economic empowerment.

The importance to conduct systematic regulatory reform to achieve the following goals: to prevent problematic regulations; to review existing problematic regulations; to have some objective assessment parameters; to designate institution with the responsibility to revoke or revise problematic regulations; to implement/use systemic, wholistic, comprehensive and integrated approaches; to use simple, accountable and user-friendly tools; and to create regulatory order<sup>2</sup>.

## **II. BRIEF OVERVIEW OF THE REGULATORY REFORM PROCESS IN INDONESIA**

### **A. Some Initiatives of Regulatory Reform in Indonesia**

#### *1. Government's Initiatives*

There are initiatives conducted by some governmental institutions by using different tools (model of analysis). The Ministry of National Development Plan, for example, conducting regulatory reform both at national and domestic level by developing and implementing a model of analysis so called MAPP (Laws and Regulations Analytical Model) to analyze existing regulations, and

---

<sup>2</sup> See, Bappenas (National Development Plan Body) in Cooperation with Center for Regulatory Research, *Laporan Akhir Kajian Diagnostik Peraturan Daerah di Bidang Perijinan Investasi (Final Report of Diagnostic Study concerning Local Government Regulations /Bylaws on Investment Licenses)*, Jakarta, 2010, page 13.

MAKARA (Framework Analytical Model) to analyze new/proposed regulations. The main objectives of using these models are to overcome regulatory constraints in attaining national development plan.

Concurrently the Ministry of Trade for example, have implemented RIA as their tools to consider and analyze regulations related to certain aspects of exports and imports in order to facilitate trade activities.

The Ministry of Law and Human Rights as well as some academicians from law faculty are mostly influenced by ROCCIPI in conducting regulatory reform.

## 2. *Non-Government's Initiatives*

There are some initiatives conducted by non-governmental agencies, some of them supported by donor countries/organizations such USAID, JICA, Asia Foundation, World Bank, etc.

In the USAID supported project SENADA, RegMap was used as a tool to mapp and review regulations related to industries involving small and medium enterprises (SME's). Asia Foundation using RIA in supporting their activities related to regulatory reform.

## **B. The Approaches for Regulatory Reform**

### 1. *Existing and Future*

The existing regulatory reform process tend to be uncoordinated, sectoral, and unintegrated, therefore the result of which is not satisfying. The different approach toward regulatory reform for the future must be conducted in a way to improve coordination process; apply cros sectoral approaches; and must be well integrated.

## 2. *Simplifying Regulations*

Ideally, the over-regulated and even hyper-regulated condition must be lifted and replaced by more proportional but effective numbers of regulations. This can be done by simplifying the number of regulations. The problem is, simplifying regulations is not an easy task. There must be a reasonable, justifiable and accountable tools to do it.

### **C. Existing Regulatory Reform Tools**

#### 1. *Regulatory Impact Analysis (RIA)*

RIA encompasses a range of methods aimed at systematically assessing the negative and positive impacts of proposed and existing regulations.

RIA is a decision tool, a method of systematically and consistently examining selected potential impacts arising from government action and of communicating the information to decision makers. Both the analysis and communication aspects are crucial. It is a flexible tool. Its objectives, design and role in administrative processes differ among countries and even among regulatory policy areas<sup>3</sup>.

RIA provides decision makers with detailed information about the potential effects regulatory measures may have, it contributes to accountability, transparency and consistency, and can be useful in promoting economic and social welfare<sup>4</sup>. RIA then is an adjunct to good decision-making<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Scot H Jacobs, "An Overview of Regulatory Impact Analysis in OECD Countries", in OECD, *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*, 1997, page 14

<sup>4</sup> Della Rodrigo, "Regulatory Impact Analysis in OECD Countries, Challenges for Developing Countries", presented at South Asian Third High Level Investment Roundtable, Dhaka, Bangladesh, June, 2006, page 3.

<sup>5</sup> Scot H Jacobs, Loc.Cit.

There are 4 (four) main objectives of using RIA, namely:

- a. Improve understanding of real world impacts of government action, including both benefit and cost of action.
- b. Integrate multiple policy objectives.
- c. Improve transparency and consultation.
- d. Improve government accountability<sup>6</sup>.

OECD ten criterias for RIA best practices consist of:

- a. Maximise political commitment to RIA
- b. Allocate responsibilities for RIA programme elements carefully
- c. Use a consistent but flexible analytical method
- d. Develop and implement data collection strategies
- e. Target RIA efforts
- f. Integrate RIA with the policy making process and begin as early as possible
- g. Involve the public extensively
- h. Communicate the results
- i. Train the regulators
- j. Apply RIA to existing as well as new regulations<sup>7</sup>.

For a succesful RI, it should be supported by 7 (seven) conditions:

- a. Political support at ministerial parliamentary level.
- b. Establishment of clear quality standards for regulations that can be measured by RIA.

---

<sup>6</sup> Ibid, page 16-18.

<sup>7</sup> Read Cesar Cordova-Novion, "Best Practices on Regulatory Impact Analysis in OECD Countries", paper presented at *Seminar on Regulatory Governance: The Use of Regulatory Impact Analysis to Foster Economic Efficiency and Policy Coherence*, Sofia, Bulgaria, 23 January of 2003. For introduction and guidelines for undertaking RIA, see, OECD, *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis*, Version 1.0, October 2008.

- c. Selection of a methodology that is flexible and administratively feasible.
- d. Development of an institutional structure for RIA programme that charges regulators with primary responsibility for RIA.
- e. Testing of assumptions through public consultation.
- f. Integration of analysis into administrative and political decision processes, including communication of information in a coherent and systematic manner.
- g. Development of a programme to build expertise and skills among regulators<sup>8</sup>.

From another sources, there are preconditions for introducing RIA, namely:

- a. Ensure political commitment, which include stakeholding and its legal mandate.
- b. Integrate RIA timely in the decision making process.
- c. Build a RIA team inside the administration<sup>9</sup>.

2. *ROCCIPI (Rule, Opportunity, Capacity, Communication, Interest, Process and Ideology)*

ROCCIPI is a method which reflects the experience-base thought. This method is developed based on problem-solving philosophy within the scope of pragmatism. Based on this philosophical thought, our knowledge are solely based on real experience. We can only determine the best and expected good conduct solely based on our knowledge from real experience. Not only based on

---

<sup>8</sup> Scot H Jacobs, Op.Cit, page 22.

<sup>9</sup> OECD, *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)*, 2008, page 31-37.

intellectual but a combination between experience and thinking which reflecting the ways and means to solve it<sup>10</sup>.

There are 4 steps in problem-based method<sup>11</sup>:

- a. Identifying the problems.
- b. Proposing and guaranteeing its explanation.
- c. Proposing solution.
- d. Monitoring and assessing its implementaion.

Criterion and steps in designing problem solution on laws and regulations<sup>12</sup>:

- a. The best problem solving criteria.
- b. Making preliminary choices.
- c. Developing choices or alternatives solution to the problems.
- d. Some measures directed toward adjustment.
- e. Explain the proposed problem solution.
- f. Consider the possible cost and benefit of a draft regulation.
- g. Monitoring system and feed-back.

There are some benefits of using ROCCIPI as it is more rational, factual and proven from experience and knowledge. Meanwhile although this method is more effective in the process of formulating new regulations, but it is not yet proven on its effectiveness in the process of reviewing existing regulation.

So far, ROCCIPI have been implemented in the legislative process in Indonesia. Some governmental institution in charge of regulatory reform such as the Ministry of Law and Human

---

<sup>10</sup> Bappenas and Center for regulatory Research, op.cit, page 20, as quoted from Ann Seidman, Robert B Seidman and Nalin Abeysekere, *Penyusunan Rancangan Undang-Undang dalam Perubahan Masyarakat yang Demokratis* (Translation Edition), ELIPS, 2001.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid, page 21.

Rights have been implementing ROCCIPI as a tool. Among academicians, especially from Law Faculty, they are quite familiar with ROCCIPI as it was introduced during the ELIPS Program, an economic law cooperation between the USA and the Republic of Indonesia in the late 90's up to the early 2000's.

### 3. *REGMAP*

REGMAP is an analytical tool to map and review regulations covering the activities of making inventory on laws and regulations and identify the most problematic regulations which need further analysis for the possibility to be revoked or revised or to be strengthened in its implementation. There are 3 (three) main processes of REGMAP namely: inventory, review and analysis<sup>13</sup>.

The main objectives of REGMAP are to simplify or revoke problematic regulations, though the more fundamental aspect is toward institutionalizing technique and process of regulatory review both at governmental institution as well as private sector<sup>14</sup>. The government may act as a better regulator and facilitator of economic growth by reducing the burden of regulation, while the private sector will become more effective and act as the knowledgeable driver in the process of regulatory reform in order to improve international competitiveness of the country.

Basically REGMAP adopts the RIA process and therefore the main elements of RIA are applied to develop filtering methods. Such methods cover<sup>15</sup>:

- a. Application of certain RIA based statements such as: objectives, substances and impacts predictions of a regulation.

---

<sup>13</sup> For further elaboration on REGMAP and its application, Read, Senada-USAID, *Advancing Regulatory Reform in Indonesia: Opportunities & Challenges*, August, 2009, page 3.

<sup>14</sup> See, Senada-USAID, *Regmap, Institutionalizing Regulatory Reform in Indonesia*, Summary Report, March 2009.

<sup>15</sup> *Ibid*, page 9.



- b. The use of consultation methods (focus group discussion, surveys, interview with experts) to assist in identifying and reviewing problematic regulation.

There are 5 (five) stages in REGMAP activities, covering: planning, mapping, reviewing, reporting and institutionalizing<sup>16</sup>. The success of conducting REGMAP is dependent to a good planning process of all aspects and stages of the activities. At the mapping stage, consultation activity should be conducted in addition to collection and construction of regulations' data bank. The consultation process is conducted through focus group discussion with stakeholders, while collection and construction of regulations' data bank is conducted on certain sector both at vertical as well as horizontal level.

The review process is conducted by using several filters. Such filters are formulated based on information classification resulted from consultation with stakeholders which produce several thematic categories. Filters are used to review and select regulations by using RIA based questions where each question have its own weigh (in percentage) and supporting statement<sup>17</sup>. Some standard questions of the first filter cover, including but not limited to: reference of such regulation; effectiveness of its implementation; clarity of objectives to be achieved; identified impacts of the regulation; priority of regulations from the perspective of stakeholders; etc<sup>18</sup>. Meanwhile the second filter is focused on questions related to the quality of regulations such as: the objectives of the intervention (clarity of the objectives, justification from the perspective of public interest, proportionality); alterna-

---

<sup>16</sup> Senada-USAID, "Regmap, Mapping and Reviewing Regulations Impacting Light Manufacturing Industries in Indonesia", An Introduction to AED-RIA Training Participants, Jakarta December 4, 2008, page 5.

<sup>17</sup> Senada-USAID, *Regmap: Institutionalizing Regulatory Reform in Indonesia*, Op.cit, page 14.

<sup>18</sup> Ibid, page 14-16.

tive to regulation (available alternatives to regulation, minimum cost-compliance); communication (clarity of language, accessibility); compliance (relevant parties, implementation feasibility); and impacts to business<sup>19</sup>. The results of reviewing process by using such filters is used to select small numbers of regulations that need further analysis, the results of which is reported by drawing some general issues found from such regulation and some challenges it may face to take some lesson-learned from it. What is important from such regulatory mapping and review is a systematic institutionalization of regulatory reform process.

The advantage of using REGMAP is the fact that it is systematic, it may convert something qualitative into quantitative, and it is flexible and tailor made to adjust certain needs. The only identified shortcomings of REGMAP are, among others: it is dependent on the quality of the reviewer; it is proven on limited sector, and it is not user-friendly as it requires certain skills to operate the tool.

#### 4. *Fishbone*

Fishbone is also known as Cause and Effect analytical methods or Ishikawa method<sup>20</sup>. This method was introduced by Ishikawa. This simple method can be used to identify the cause of a problem. To implement this method require involvement of all related parties as it is based on assumption that the thought of many is better than one. There are several categories of cause of problems (effect). Each categories consist of several elements. Some examples of categories and its elements, among others: man, machine, methode, material and environmental as one category. Goal, leadership, reward, supporting mechanism,

---

<sup>19</sup> Ibid, page 16-19.

<sup>20</sup> Ishikawa Method or known as Fishbone Method was initially developed as a part of management process to identify the main cause of certain problems in management.

attitude toward change is another category. Input, proses, output, category, place, procedure, people, policy is another category. Surrounding, supplier, system and skill is also an example of different category<sup>21</sup>.

By using Ishikawa diagram then the participants reach an agreement of the main core of problems to be further discussed to find a solution<sup>22</sup>. The Ishikawa Diagram or also Fishbone Diagram which is normally used in management can also be used in improving regulations, especially to identify the main factors of regulations which cause certain effects.

5. *Model Analisis Peraturan Perundang-undangan (MAPP)*

MAPP or Laws and Regulations Model of Analysis is a tool that can be used to map, review and provide recommendation on problematic laws and regulation that become constraints to development<sup>23</sup>. Such problematic regulation contain some deficiencies such as: conflicting with other laws and regulations; inconsistent; multi interpretation and inoperational.

MAPP is developed by the Directorate of Analysis of Laws and Regulations (DAPP) of the State Ministry of National Development Plan/ Bappenas based on the assumptions that any government and/or development activities must be based on the rule of law. The government and development policy as formulated in the forms of laws and regulations should be taken care of and guarded. To identify problematic regulations, focus group discussions (FGD) is applied as a form of public participation, where relevant stakeholders such as academician, non-governmental organization as well as governmental institution partici-

---

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Anonim, "Metode Analisis Sumber Masalah (Cause and Effect Analytical Method)", Pertemuan ke-5 Organization Development.

<sup>23</sup> See Bappenas in Cooperation with Center for Regulatory Research, Supra Note 1.

pate in discussing problems of certain regulations. The results of FGD will be followed up by formulating regulatory action plan. The sequential stages of MAPP activities are the following<sup>24</sup>:

- a. Make an inventory on priority of development.
- b. Formulating strategic issues of regulations.
- c. Make an inventory of relevant laws and regulations.
- d. Analyses the selected laws and regulations.
- e. Regulatory reform action plan to support national development priorities.

Regulatory action plan is an action plan comprising concrete steps to overcome identified or indicated problematic regulations regarded as constraining development.

### **III. SOME REASONS WHY INDONESIA HAVE SO FAR BEEN USING ONLY PART OF RIA**

#### **A. Lacks of Understanding About RIA and Its Interdisciplinary Approach**

So far in Indonesia, there is a general understanding among the community that laws and regulation are the products of legislative bodies/institutions supported by lawyers or individuals with legal backgrounds. Thus laws and regulations are merely legal products and do not require supports from other disciplines. Such narrow understanding is not in line with the fact that based on RIA, laws and regulations, both in its formulations and review shall take into considerations other disciplines, such as: economic considerations; environmental considerations; public policy considerations; social and cultural considerations; health considerations; security considerations; technical considerations; etc. The lacks of understanding on

---

<sup>24</sup> Ibid.

the broad scope of laws and regulations as applied in RIA have caused some reluctance to apply RIA. In addition, RIA is deemed as a very difficult and time consuming tools to be implemented in the regulatory reform process. Such perception still exist, at least up to now, since only few among the community who have been trained about RIA.

### **B. Though Partial, but RIA has been Implemented in Certain Governmental Agencies**

From the observation, It is found out that although limited in scope and fields, RIA have been implemented by several governmental agencies, among others: the Ministry of Trade. Within the Ministry of Trade, RIA has been applied in the process of formulating certain regulations related to export-import, etc. Public consultation process and cost and benefit analysis as some elements of RIA has been implemented both in reviewing the existing regulations and formulation of new regulation.

### **C. Perception that RIA is Very Complicated**

There are also some perception that implementing RIA (full RIA) in regulatory reform process create complications considering the fact that by using RIA as a tool to review or formulate one regulations, many processes must be conducted in order to achieve the expected results and outcomes. This may cause more time and resources. In the situation where Indonesia is over-regulated and with lacks of resources (both human resources and financial resources), the application of RIA (full RIA) as a tool in the regulatory reform process is deemed as impracticable.

### **D. Institutional Issue**

Another issue that should be settled as basic requirements to implement RIA is institutional issue. It is understood that in implementing

RIA as a tool in the regulatory reform process, there must be a strong political will and should be lead by the Head of Government. In the context of Indonesian Constitution, the President of the Republic of Indonesia is both the Head of State and the Head of Government. Thus ideally, the regulatory reform process must be lead by the office of President. In fact, there are several ministries are in charged when it deals with laws and regulations. Ministry of Law and Human Rights is in charge of coordinating the national legislative process (Prolegnas) through BPHN (the Indonesian Law Development Agency), and harmonization process through the Directorate General of Laws and Regulations (Ditjen PP). The Ministry of National Development Plan/ Bappenas is also in charge of coordinating national and regional development plan by ascertaining that laws and regulations must not become constraints in implementing national development plan. The State Secretariate and Cabinet Secretariate (Sekretariat Negara and Sekretariat Kabinet) are in charge of preparing Presidential Regulations and Presidential Decrees. The Coordinating Ministry for Economic Affairs is in charge of regulatory reform in economic affairs in order to facilitate business and investment.

Among the above mentioned governmental agencies, the coordination process is relatively weak as there is no clear instruction from the President which agency/ministry should be in charge of coordinating regulatory reform process. This is a very important issue that should be settled by the president as an important requirement to implement RIA.

#### **E. Political Process is More Dominant in Legislation Process**

When we talk about legislative process in Indonesia, both at Central Government and Local Government level, it seems that political process is more dominant. Thus, in its process, political considerations and compromise among the interest of political parties or the individual interest of member of parliament are often become determin-

ing factors than principles of good regulations. By system, during the legislative process in discussing the draft laws/by laws only the executive (the government) and the legislative (the parliament) are in charge. There is no system that other parties (beyond government and parliament) can guard the legislative process, especially to make sure that previous consensus or issues during the public consultation process have been properly taken into consideration and accommodated. As the results, there are some defective products of legislative process, meaning that the quality of some regulations are low.

#### **F. The Low Level Quality of Legislators**

As a new democratic country, democratic process in Indonesia is still in transitional process, it is marked by the fact that only very few of political parties can be deemed as modern political parties, while the majority of political parties are deemed only as a vehicle for certain figures to get an access to power. As a result, the recruitment and kaderization process at major political parties are not going well of which in return it cause relatively poor quality of legislators (when they elected). The low level of legislators contributes significantly to the low quality of regulations.

#### **G. Lacks of Strong Commitment**

While Indonesia is trying hard to promote trade and investment to speed up its development process by providing some incentives, there are little commitments have been paid to systematiccally conducting regulatory reform process. This lacks of commitments are reflected in the facts that there is no clear strategy and consistency on how the systematic regulatory reform process should be conducted. The above mentioned analysis on different issues have shown such lacks of commitments.

## VI. CONSIDERATIONS FOR IMPLEMENTING RIA IN INDONESIA

### A. Challenges

#### 1. *Mindset About Interdisciplinary Approach on Regulation*

In the process of considering the implementation of RIA in Indonesia, there is a need for shifting the old paradigm from merely legal approach to interdisciplinary approach. Up to the moment, the legislation and regulatory formulation are mostly conducted by legal bureau or legal section or personnels with legal background. in the future such paradigm should shifted toward interdisciplinary approach with a balance between legal approach and other approaches.

#### 2. *The Quality And Quantity Of Human Resource*

Improving the quality of regulations requires support from sufficient human resources, both in terms of quality and quantity. In order to fulfill the needs, a continues capacity building programme must be conducted, both to improve the quality of human resources and to add more human resources with a clear carrier development plan.

#### 3. *Lacks of Facilities and Financial Supports*

Improving the quality of regulations also requires strong political will and commitments, including commitment to support the required facilities and the sufficient fund to finance relevant activities.

#### 4. *Conflicts of Authority in Regulatory Formulation Process*

The problems of conflict of authority in regulatory formulation process must be resolved through clear division of power and competences among relevant governmental agencies. Such clear



division apply both to vertical and horizontal level. The clarity of duties, functions and responsibilities among different governmental institutions shall minimize conflicts of authority.

5. *Regulatory Databases*

Under the current situation there is no such an integrated database on regulations both at the national and regional level. Regulatory databases are scattered among governmental institutions at national level and at regional level. There are also some non-governmental organizations and even individuals who manage regulatory database either for commercial or non-commercial bases. Some problems exists as to such regulatory databases, such as: inaccurate, not systematic, not up-to-date, overlapping, etc.

6. *Time Constraints in Reviewing the Quality of Regulations*

Considering thef over-regulated and even hyper-regulated conditions, it would be very time consuming to conduct RIA to each single regulation. Thus, before a full RIA can be implemented there is a need to use another tool to map regulations and then to conduct RIA (in depth analysis) to those regulations indicated as problematic regulations. In this case another tool such as RegMap can be used as a transitional tool.

7. *Common Problems of Transition Countries*

Similar to the situation in other Transition Countries, Indonesia is also facing the same problems, such as:

- a. Under estimation of modern management method.
- b. Lack of horizontal cooperation, resortism, lack of coordination.
- c. Preference of legal solutions.
- d. Concentration on legal problems.

e. Lack of public involvement. Lack of impact assessment<sup>25</sup>.

## **B. Prospects**

### 1. *Political will*

There is a good prospects of implementing RIA as a tool in conducting systematic regulatory reform in Indonesia. Such good prospects subject to a strong political will from the ead of Government, in this case from The President of The Republic of Indonesia. So far, regulatory reform have been conducted in certain sectors, especially economic sectors, although such regulatory refom is still not systematic nor integrated.

### 2. *On-Going Initiatives*

There are several initiatives can be mentioned on the on- going initiatives regarding regulatory reform in Indonesia, but it is not clear which tools are used. Different institutions have different approaches and using different model of analysis. Some initiatives have been taken by Coordinating Minister for Economic Affairs, Ministry of National Development Plan, Ministry of Trade, and Ministry of Law and Human Rights, among others.

### 3. *Public Participation*

So far public participation in regulatory formulation process through public consultations meeting are conducted only as formal-procedural process, not substantive one, consequently it does not have any good impact toward improvement of quality of regulations. Ideally, public participation are accommodated both formally and especially substantively in almost every steps of regulatory formulation process, since planning to evaluation of implementation.

---

<sup>25</sup> Daniel Trnka, "RIA: Why ist Useful for Countries in Transition", presented at the Seminar in Sofia, Bulgaria, 2003.

#### 4. *Benchmark on Principles of Good Regulations*

There are some General Set of Principles, such as: transparency, accountability, targeting, consistency and predictability, proportionality, a clear legislative mandate, expertise and efficiency<sup>26</sup>. According to OECD, good regulation should be: be needed to serve clearly identified policy goals (and effective in achieving those goals); have a sound legal basis; produce benefit that justify cost, considering the distribution of effect across the society; minimize costs and market distortions; promote innovation through market incentives and goal-based approaches; be simple, clear, and practical for user; be consistent with other regulations and policies; be compatible as far as possible with competition, trade and investments facilitating principles at domestic and international level<sup>27</sup>.

In addition to general principles, there are Specific Principles of Good Regulations, such as: reproducibility, non-prejudicial, non-retrospection, timeliness, and flexibility<sup>28</sup>.

#### 5. *Benchmark on Regulatory Reform*

As a benchmark in conducting regulatory reform, there is an APEC-OECD Checklist on regulatory reform that can be used, consisting of basic questions such as<sup>29</sup>:

---

<sup>26</sup> For further elaboration, read, Baldwin R and Cave, *Understanding Regulation- Theory, Strategy & Practice*, Oxford University Press, 1999. The UK Cabinet Office of Better Regulation task force divide the general principles into: transparency, accountability, targeting, consistency, and proportionality. For further detail, read, Better Regulation Task Force, *Principles of Good Regulations*, Cabinet Office, 1998. Compare also to other which elaborate good regulation in terms of principles, process and organization into: communication, consultation, consistency, predictability, independency, effectiveness and efficiency, accountability and , transparency. For further analysis, read, The Office of Water Regulation, Perth-Australia, *Best Practice Utility Regulation*, 1999.

<sup>27</sup> See OECD, *The OECD Report on Regulatory Reform*, 1997.

<sup>28</sup> See, Better Regulation Task Force, **Principles of Good Regulations**, Cabinet Office, 1998.

<sup>29</sup> OECD, *APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform*, Paris, 2005. See also Ibid, Box 6, page 28.

- a. To what extent are capacities created that ensure consistent and coherent applications of principles of quality regulations?
- b. Are the legal basis and the economic and social impacts of the drafts of new regulation reviewed? What performance measurements are being envisaged for reviewing the economic and social impacts of new regulations?
- c. Are the legal basis and the economic and social impacts of existing regulations reviewed, and if so, what use is made of performance measurements?
- d. To what extent are rules, regulatory institutions, and the regulatory management process itself transparent, clear and predictable to users both inside and outside the government?
- e. Are the effective public consultation mechanism and procedures including prior notification open to regulated parties and other stakeholders, non-governmental organization, the private sector, advisory bodies, accreditation bodies, standards-development organizations and other governments?
- f. To what extent are clear and transparent methodologies and criteria used to analyse the regulatory impact when developing new regulations and reviewing existing regulations?
- g. How are alternative to regulations assessed?
- h. To what extent have measures been taken to assure compliance with and enforcement of regulations?

## **V. THE WAY FORWARD**

- A. Strong commitments, political will and understanding from the Head of Government on the benefit of RIA to create a better quality of regulation and to support economic development is absolutely crucial and becomes basic requirements.
- B. The needs for highest institutional level to lead and coordinate the transitional period toward implementing RIA

- C. Promoting and implementing continues/sustainable capacity building programmes
- D. Required financial/budget supports
- E. Incentives scheme to implement RIA

# THE ROADMAP TOWARD THE CREATION OF ASEAN SECURITY COMMUNITY IN 2015: LEGAL PERSPECTIVES<sup>1</sup>

## INTRODUCTION

The first idea of establishing ASEAN Security Community was first raised by Indonesia in mid of 2003 in a seminar in New York sponsored by the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Indonesia<sup>2</sup>. During the 9th ASEAN Summit in Bali IN 2003, the ASEAN Concord II was declared in which member states form consensus that future ASEAN cooperation in the realm of security relies "exclusively on peaceful processes in the settlement of intra regional differences", that their security is "fundamentally linked to one another and bound by geographic location, common vision and objectives...."<sup>3</sup>. Since then the idea has been exercised to materialize ASC. ASC is designed as one of the three pillars of ASEAN Community, together with ASEAN Economic Community (AEC) and ASEAN Social-Cultural Community (ASCC). The idea of ASC also reflects paradigmatic changes in the organization of ASEAN, from bureaucratic approach to people's approach.

---

<sup>1</sup> *Journal East Asia and International Law* Vol 1 No 2, October 2008

<sup>2</sup> For further detail read Rizal Sukma, "*The Future of ASEAN: Toward a Security Community*", Paper presented at a Seminar on ASEAN Cooperation: Challenges and Prospects in the Current International Situation, New York, 3 June 2003. Compare the concept of Security Community with other concepts such as: Defense Pact, Military Alliance, and Security Regime. The Idea of ASC was also reflected in another presentation made by former Minister of Foreign Affairs of Republic of Indonesia with the title *US-Indonesian Relations: Toward a New Era of Partnership*, USINDO Tenth Lecture Series, Washington, D.C, March 23, 2004.

<sup>3</sup> For further detail, see Kwei-Bo Huang, "Managing Southeast Asian Security: The ASEAN Security Community and Institutional Change in ASEAN", Paper presented at the 46th Annual Convention of the International Studies Association, March 1-5, 2005, Honolulu-Hawaii, USA, page 4.

In addition to the many approaches from perspectives of international politics/relations, it is important to see the issue of ASC formation from legal perspectives, particularly in the framework international law. It is understood that legal approach would be a very important approach to secure that once it is established ASC would be effective and have strong legal basis for its implementations. This paper is aimed at exploring some legal aspects of ASC, like it legal basis; basic principles; and the relation between national law of individual member countries and ASEAN Law.

## **THE CONCEPT, AIM AND COMPONENTS OF ASEAN SECURITY COMMUNITY**

The concept of Security Community is often defined as a group of states that has achieved a condition, as a result of flow of communication and the habit of cooperation, where members share “expectations of peaceful change” and rule out “the use of force as a means of problem solving “. State that belong to a Security Community come to see their security as fundamentally linked to other states and then destiny bound by common norms, history, political experience, and regional location. A Security Community exists when states reach the level of confidence that security can only be attained if they cooperate with each other<sup>4</sup>.

Almost five decades ago Karl Deutsch defined a Security Community as a group that has “become integrated”, where integration is defined as the attainment of a sense of community, accompanied by formal or informal institutions or practices, sufficiently strong and widespread to assure peaceful change among members of a group with “reasonable” certainty over along period of time”. Such communities could either be “amalgamated” through the formal political merger of the participating units, or remain “pluralistic”, in which case the members retain their independence and sovereignty<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> See Ibid, page 2.

<sup>5</sup> Karl W Deutsch, *Security Communities*. In James Rosenau, ed. *International Politics and Foreign*

A Security Community is also characterized by<sup>6</sup>:

1. The absence of a competitive military build-up among the regional actors;
2. Total absence of armed inter-state conflict;
3. The presence of formal and informal institutions and practices which serve to reduce, prevent, manage, and resolve conflict and disorder;
4. High degree of economic integration; and
5. The absence of territorial dispute among member states.

An ASEAN Security Community (ASC) designed both to enhance the cooperative and comprehensive security of all Southeast Asian countries and to be open to all extra-regional countries probably best meets ASEAN and its member states' need<sup>7</sup>.

The ASC shall aim to ensure that countries in the region live at peace with one another and with the world in a just, democratic and harmonious environment<sup>8</sup>.

ASC has the following components<sup>9</sup>:

1. Political development;
2. Shaping and sharing of norms;
3. Conflict prevention;
4. Conflict resolution;
5. Post-conflict peace building; and
6. Implementing mechanisms.

The above components will be built on the strong foundation of ASEAN processes, principles, agreements and structures.

---

*Policy*, New York, Free Press as cited by Acharya Amitav, *Constructing a Security Community in Southeast Asia: ASEAN and the Problem of Regional Order*, London, Routledge, 2001 as further cited by Donald K. Emmerson, *Will the Real ASEAN Please Stand Up? Security, Community, and Democracy in Southeast Asia*, Southeast Asia Forum, Stanford University, March, 2005.

<sup>6</sup> Rizal Sukma, op.cit.

<sup>7</sup> Kwei-Bo Huang, op.cit, page 8.

<sup>8</sup> ASEAN Secretariat, *ASEAN Security Community*.

<sup>9</sup> See, annex of ASEAN Security Community Plan of Action



## **SECURITY CHALLENGES AS COMMON GROUNDS FOR ESTABLISHING ASC**

The ASC plays extremely important role in the current stage as ASEAN is now facing many opportunities and at the same time confronting lots of new challenges such as international terrorism, trans-national crimes, and epidemic outbreaks during its process of development and cooperation for peace, stability, wealth and prosperity of the entire region.

There are some other structural challenges that confront ASEAN internationally and internally among the member states. Internationally the collapse of bipolar international system and the downfall of the Soviet Union and a seemingly “power vacuum” in the region of Southeast Asia after the cold war era even brought more attention to the development of the security device that can result in a peaceful and prosperous environment for ASEAN countries<sup>10</sup>. In addition, the setback of the financial crisis in 1997 awakens some Southeast Asian countries’ desire for rejuvenating ASEAN<sup>11</sup>.

Internally there are some factors that can be viewed as driving force for the establishment of ASC, among others: past effort of ASEAN to maintain peace and stability; domestic political development and leadership change in several ASEAN countries; the admission of the new ASEAN member countries; and familiarization and enhance mutual understanding of the “ASEAN Way<sup>12</sup>” among its member countries<sup>13</sup>. Some non-traditional

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> See Amitav Acharya, *The Role of Regional Organizations: Are Views Changing?*, Paper presented for the Pacific Symposium, 2004, National Defense University, Washington, D.C., April 22-23, 2004 as cited by Kwei-Bo Huang, Ibid.

<sup>12</sup> “ASEAN Way” is the core of the ASEAN security culture which consists of the following elements: Sovereign Equality; Non-Recourse to the Use of Force; Non-Interference and Non-Intervention; Non-Involvement of ASEAN in Bilateral Conflict; Quiet Diplomacy; and Mutual Respect and Tolerance. For more analysis on the “ASEAN Way” read Johan Saravanamuttu, *Wither the ASEAN Security Community? Some Reflections*, *IJAPS*, Vol. 1, 2005, page 46-47.

<sup>13</sup> For further elaboration read Kwei-Bo Huang, op.cit, page 3-8.

challenges also confront ASEAN, such as: terrorism, illicit drug, piracy, people smuggling and human trafficking, HIV/AIDS and cyber crime<sup>14</sup>.

## **LEGAL BASIS FOR ESTABLISHING ASEAN SECURITY COMMUNITY**

Legal basis for the establishment are ranging from Hard Laws and Soft Laws. These legal instruments have laid down some important principles in the formation process of ASC and would eventually be used to make ASC effective. Below are some of those instruments:

### **A. ASEAN Declaration, Bangkok, 8 August 1967**

The text of the Bangkok Declaration that founded ASEAN places heavy emphasis on economic, social and cultural cooperation. The only item in the Bangkok's Declaration "aims and purposes" that refers to regional security calls for the promotion of "regional peace and stability", not through any kind of cooperation or joint action but "through abiding respect for justice and the rule of law in the relationship among countries of the region and adherence to the principles of the United Nations Charter"<sup>15</sup>.

### **B. Zone of Peace, Freedom and Neutrality (ZOPFAN), Kuala Lumpur, 27 November 1971**

The ZOPFAN Declaration explicitly pledged ASEAN, for the first time, to cooperate in security matters, specifically to keep the region insulated, to the extent possible, from big power conflicts<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> See 2004-2005 ASEAN Annual Report, page 15.

<sup>15</sup> For further analysis and elaboration about the contribution of Bangkok Declaration toward ASEAN Security Community, see Rudolfo C. Severino, *Toward an ASEAN Security Community*, ISEAS, Singapore, 2004, page 2-3.

<sup>16</sup> *Ibid*, page 5.

**C. Declaration of ASEAN Concord, Bali, 24 February 1976**

The Declaration of ASEAN Concord had only one phrase reference to security cooperation, mentioning, with exceeding caution, “continuation of cooperation on a non-ASEAN basis between the member states in security matters in accordance with their mutual needs and interests<sup>17</sup>.”

**D. Treaty of Amity and Cooperation (TAC) in Southeast Asia, Bali, 24 February 1976**

The 1976 Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia is a legally binding instrument to promote perpetual peace, everlasting amity and cooperation in the region. This Treaty has been accepted by a growing number of countries outside Southeast Asia. Japan, Pakistan, Republic of Korea, Russia, Papua New Guinea, China and India have acceded the Treaty. These accessions are a show of political support for ASEAN’s principles of peaceful coexistence, friendly consultation and resolution of conflict, and goodwill cooperation.

**E. ASEAN Declaration on the South China Sea, Manila, 22 July 1992**

The Declaration on the South China Sea gave notice of ASEAN’s solidarity behind peaceful and constructive approaches to the problem of the South China Sea despite the conflicting territorial and jurisdictional claims of some of its members. The ASEAN stands in the Declaration lead to the conclusion of ASEAN-China code of conduct for the South China Sea<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Ibid, page 6.

<sup>18</sup> See ibid, page 7.

**F. Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone, Bangkok, 15 December 1997**

The Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone (SEANWFZ) is crucial to both confidence building in Southeast Asia and to worldwide nuclear disarmament. The ten ASEAN member countries have continued to seek ways and means of enhancing the importance of SEANWFZ, and to secure the support of all nuclear weapon states (NWS) for the SEANWFZ Treaty through their signing of the protocol of the Treaty.

**G. ASEAN Vision 2020, Kuala Lumpur, 15 December 1997**

ASEAN Vision 2020 clearly states that ASEAN shall have, by the year 2020, established a peaceful and stable Southeast Asia where each nation is at peace with itself and where the causes for conflict have been eliminated, through abiding respect for justice and the rule of law and through the strengthening of national and regional resilience<sup>19</sup>.

**H. Declaration of ASEAN Concord II, Bali, 7 October 2003**

The ASEAN Concord II stipulates the establishment of an ASEAN Community resting on three pillars: an ASEAN Security Community, an ASEAN Economic Community and an ASEAN Socio-Cultural Community. The ASEAN Concord II further states that the ASEAN Security Community is envisaged to bring ASEAN's political and security cooperation to a higher plane to ensure that countries in the region live at peace with one another and with the world at large in a just, democratic and harmonious environment<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Cited from 2004-2005 ASEAN Annual Report, page 13. Also read Brian L Job, *The ASEAN Security Community: Processes of Institutional Socialization in a Contested Context*, Paper presented at 48th Annual Convention of the International Studies Association, Chicago, USA, March 2007, Appendix A.

<sup>20</sup> Brian L Jobs, *Ibid.*

**I. The ASC Plan of Action, Vientiane Summit of 2004**

This document set out five “strategic thrusts”: political development<sup>21</sup>, shaping and sharing of norms<sup>22</sup>, conflict prevention<sup>23</sup>, conflict resolution<sup>24</sup>, and post-conflict peace-building<sup>25</sup>.

**J. “One Vision, One Identity, One Community” Statement, 11<sup>th</sup> ASEAN Summit, Kuala Lumpur, December 2005**

In the Statement it was stated that head of member states’ governments noted the steady progress made in the implementation of the ASEAN Security Community (ASC) related activities through the Vientiane Action Program (VAP) and the ASC Plan of Action (PoA).

**K. Declaration on the Establishment of the ASEAN Charter, 11<sup>th</sup> ASEAN Summit, Kuala Lumpur, December 2005**

The Declaration among other states that the ASEAN Charter will reaffirm principles, goals and ideals contained in ASEAN’s Milestone Agreements.... as well as the principles of inter-state relations in accordance with the UN Charter and established international law

---

<sup>21</sup> Promotion of a just, democratic and harmonious environment; promotion of human rights and obligations; and promotion of people-to-people contacts.

<sup>22</sup> Strengthening the TAC regime; working toward development of an ASEAN Charter; resolving all outstanding issues; ASEAN Treaty on Mutual Legal Assistance (MLA) Agreement; ASEAN Extradition Treaty as envisaged by the 1976 Declaration of ASEAN Concord; Ensuring the implementation of the Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea (DOC); ASEAN Convention on Counter Terrorism.

<sup>23</sup> Strengthening confidence building measures; strengthening preventive measures; strengthening the ARF process in support of the ASEAN Security Community; enhancing cooperation on non-traditional security issues; strengthening efforts in maintaining respect for territorial integrity, sovereignty and unity of member countries; strengthening cooperation to address threats and challenges posed by separatism.

<sup>24</sup> Strengthening dispute resolution mechanism; developing regional cooperation for maintenance of peace and stability; developing supporting initiatives.

<sup>25</sup> Strengthening ASEAN Humanitarian assistance; developing cooperation in post-conflict reconstruction and rehabilitation in affected; establishing a mechanism to mobilise necessary resources to facilitate post-conflict peace building.

that promote and protect ASEAN Community interests as well as inter-state relations and the national interests of the individual ASEAN Member Countries. .... The ASEAN Charter will confer a legal personality to ASEAN and determine the functions, develop areas of competence of key ASEAN bodies and their relationship with one another in the overall ASEAN structure.

**L. Report of the Eminent Person Group on the ASEAN Charter, December 2006**

In their report the EPG endorsed 28 “bold and visionary” recommendations for the proposed ASEAN Charter. The recommendation include promotion of ASEAN’s peace and stability through the active strengthening of democratic values, good governance, rejection of unconstitutional and undemocratic changes of government, respect of the rule of law, including international humanitarian law, human rights and fundamental freedoms.

**M. Joint Declaration of The ASEAN Defense Ministers (ADMM) on Enhancing Regional Peace and Stability, Singapore 2007**

The joint declaration among others reaffirms ADMM’s commitment to contribute to the establishment of an ASEAN Security Community (ASC) and to promote the implementation of Vientiane Action Program on the ASC. It also reaffirm that the ASC embodies ASEAN’s aspirations to bring ASEAN’s political and security cooperation to a higher plane to ensure ASEAN member countries live at peace with one another and with the world at large. Commit to contribute to the realization of an ASEAN Security Community that is open, dynamic, and Resilient by 2015.

**N. The ASEAN Charter, December 2007**

The ASEAN Charter was signed on 20th November 2007 at ASEAN Summit Meeting in Singapore. When it enters into force, the ASEAN

Charter will create ASEAN as an International Legal personality. With such legal status, ASEAN will have more freedoms to cooperate with their counterparts, particularly from the business sectors. ASEAN may also have its own assets and instruments to materialize its vision and mission<sup>26</sup>.

## **BASIC PRINCIPLES OF ASEAN TO DEAL WITH REGIONAL SECURITY ISSUES**

The above ASEAN Legal instruments in the form of Hard Laws and Soft Laws have laid down core principles of ASEAN as its approach to deal with issues on regional security. Some of the core principles were also taken from relevant international legal instruments as formulated in both The UN Charter, Dasa Sila Bandung (Ten Principles of Bandung)<sup>27</sup> and UNGA Resolutions No. 2625 of 1970 concerning Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations<sup>28</sup>. Some of the core principles cover, among others<sup>29</sup>:

---

<sup>26</sup> For further detail about ASEAN Charter, see I.B.R. Supancana, Charter of the Association of Southeast Asian Nations, treaty report at Journal of East Asia and International Law, Vol. 1, Spring 2008, No. 1, page 188-190.

<sup>27</sup> These ten principles were agreed during Asia-Africa Conference in Bandung in 1955.

<sup>28</sup> The UNGA Declaration consist of 7 principles, namely: principle of prohibition of the threat or use of force; principle that state shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security and justice are not endangered; the principle of sovereign equality of states; the principle of non-intervention in the internal affairs of other states; the principle of the duty of states to cooperate with one another in accordance with the charter; the principle of equal rights and self-determination of peoples; and the principle of fulfilment in good faith of obligation assumed in accordance with the Charter. For further analysis of the above principles read, Milan Sahovic (ed), *Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation*, New York, 1972.

<sup>29</sup> To get more insight information about ASEAN Basic Principles and Policies relevant to ASC, read Rodolfo C. Severino, op.cit, page 9-10.

### **A. The Peaceful Settlement of Disputes**

Under the framework of Public International Law, particularly as stated in the Charter of the United Nations, dispute settlement mechanism can be divided into: peaceful settlement and settlement of the disputes by the use of force<sup>30</sup>. Peaceful settlement of international disputes covers several procedures, such as: negotiation; enquiry; mediation; conciliation; good offices, arbitration and judicial settlement<sup>31</sup>. Since its establishment, ASEAN has incorporated the principle of peaceful settlement of disputes into their various instruments, particularly in TAC and instrument on Settlement of Disputes. In order to secure peaceful settlement of disputes some specific mechanism is applies such as through High Council of TAC; through ASEAN Regional Forum (ARF) and ASEAN summit meeting.

### **B. The Renunciation of the Use or Threat of Force in Resolving Differences**

As a logical consequence of implementing the principle of peaceful settlement of disputes, member states shall refrain from using threat or force in resolving differences and/or disputes among them. Article 2 (4) of Charter of the United Nations clearly states that all members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations. During the discussion on the formulation of UNGA Resolution No. 2625 of 1970, there were 2 (two) different interpretations concerning the phrase “the use of force”. One<sup>32</sup> was of the opinion that the word “force” referred to the use of “arm forces”

---

<sup>30</sup> For further information and analysis about dispute settlement mechanism under the framework of international law, read J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Second Edition, Cambridge University Press, 1993.

<sup>31</sup> Article 33 of Charter of the United Nations

<sup>32</sup> Mostly from Developed and Western Countries



while another<sup>33</sup> was of the opinion that the word “force” is not confined to the use of force, but cover all kinds of pressure, including political and economic pressure which would eventually threat the territorial integrity and political independence of a country.

In the formulation of UNGA Resolution No. 2625 of 1970, the word “threat” covers certain acts such as: aggression, war propaganda, violation to the borderline of other country or international borderline, reprisals, occupation, etc. The ASEAN member countries are committed to refrain from applying/ implementing/executing the use of force and threat in settling any possible disputes among them.

### **C. Respect for the Sovereign Equality of States**

It is a very basic principle that sovereignty of a nation/country shall be respected in a proper manner. This principle has so far been respected by ASEAN member countries. This principle also reflects equality among the ASEAN member countries. Charter of the United Nations has clearly elaborates elements of sovereign equality of state, namely: the state is juridical equal; each state enjoys the rights inherent in full sovereignty; the personality of state is respected as well as its territorial integrity and political independence<sup>34</sup>. The principle of sovereign equality of states was more elaborated in the UNGA Resolution No. 2625 of 1970 in the formulation that each state has the rights freely to choose and develop its principle to respect sovereign equality of states among ASEAN members shall be guided by and in line with elements and interpretation of such principle as formulated both in the UN Charter and in UGA Resolution No. 2625 of 1970.

In the ASEAN Charter the principle of respect for the sovereign equality of states was emphasized together with the principles of inter-state relations in accordance with the UN Charter. In another

---

<sup>33</sup> Mostly from Developing Countries. For further detail, see Milan Shaovic (ed), op.cit.

<sup>34</sup> Article 2 (1) of Charter of the United Nations.

world, the interpretation and implementation of this principle shall comply with existing general public international law.

#### **D. Non-interference in the Internal Affairs of other Countries**

The study on the principle of non interference in the internal affairs of other countries can be perceived as having more theoretical focus as it is based on the fact that international law theories concerning such principle are not uniform. In general such theories can be divided into two (2) concepts. The first concept reflects a narrow interpretation over this principle, while the second concept reflects a broader interpretation.

The main distinction between the 2 (two) concepts lies on the meaning of “intervention”. The first concept always correlate the word “intervention” with the use of armed forces, while the second concept interprets “intervention” not only to the use of armed forces, but also include other activities both in the field of politic, economy and culture that can be deemed as a form of intervention. The broader concept also closely related to other principles such as: respect of sovereignty, territorial integrity, political independence and self determination.

Under existing international law, some restrictions are applied to non-interference principle, particularly to certain situations like: collective intervention; protection of rights, interests and personal security of its nationals; self defense; act of reprisals, etc.

The principle of non-interference in the internal affairs of other countries has so far been respected by ASEAN member countries. Nevertheless, in the context of formation of ASEAN Security Community (ASC) this principle might be applied in a more flexible way since there will be made possible for a limited intervention from member countries in the case of human rights violations, and in the

case that the idea of having a regional (ASEAN) peace-keeping forces can be agreed by member countries<sup>35</sup>.

### **E. Consensus-based Decision Making**

The principle of consensus-based decision making is one of very important principles among the core principles under what is called as “ASEAN Way”. With the addition of some new member countries of ASEAN, it seems that this principle in certain situation can no longer be effective. It is therefore important to consider the application of voting system to different situations when it is deemed fit to do that. For the above purpose, there is a need to draw some parameters that can be used as guidelines on the application consensus-based or voting-based on the decision making process for the sake of practicality or for certain objectives.

## **THE POSSIBILITY OF TRANSFORMING PARTS OF ASEAN LAW INTO SUPRA-NATIONAL LAW**

The question of relations between national law and international has been a hot and continuing debate in the modern international law. One characteristic of modern international law of the post World War II is the international law regime based on coordination. Coordination among existing and new independent countries. This characteristic implies that international law is not based on supra-national law, but based on the willingness of sovereign countries to comply with international law, rules and principles in order to accommodate their national interest. Thus, sovereign countries voluntarily comply with international law rules and principles.

---

<sup>35</sup> See ASEAN Charter which reaffirms some important principles, goals and ideals of ASEAN, including promotion of human rights by establishing a regional human rights body.

In the globalization era where the degree of interdependency among countries is quite high, there is an evolution toward possible application of supra-national law. Some field of international law has moved toward such direction, such as in the field of human rights and international criminal law.

In the context of anticipating the entry into force of ASEAN Charter by the end of this year and in the process of establishing ASEAN Security Community (ASC) in 2015, it is important to explore the possibility of transforming a part of existing ASEAN Law into Supra-national law. When we refer to traditional security issues, for example, it seems that the existing system known as “ASEAN Way” shall still be preserved, for certain period of time, that is based on coordination. Meanwhile for some non-traditional issues such as terrorism, drug-trafficking, human rights, corporate crime and other issues, it should be made possible for the application of parts of ASEAN Law as supra-national law to its member countries.

Intensive discussion, consultation, negotiation, and considerations among member countries both at governmental level as well as non-governmental level (such as ASEAN People’s Assembly/APA) will contribute to find a comprehensive solution to this question.

## **CONCLUDING REMARKS**

- A. As the establishment of ASEAN Security Community (ASC) in 2015 should be materialized, it is important to consider such establishment from both political and security perspectives as well as legal perspectives.
- B. Proper legal considerations to the establishment of ASC will provide substantial contribution to the effectiveness of ASC to deal with both traditional and non-traditional security issues.
- C. There are at least three legal issues that should be dealt with, namely its legal basis, its core principles, and the possibility transform parts of ASEAN Law into Supra-national Law while preserving other parts of ASEAN Law based on coordination rather than subordination.

## REFERENCES

- Abanes, Menandro S, “ASEAN peoples, Key to Integration Bid”, Jakarta Post, August 4, 2008,
- AFP, “UNSC to discuss Thai-Cambodia row”, Jakarta Post, July 24, 2008,
- ASEAN Secretariat, “ASEAN Security Community Plan of Action”,
- ASEAN Secretariat, “ASEAN Security Community”,
- ASEAN Secretariat, “Joint Declaration of the ASEAN Defense Ministers on Enhancing Regional Peace and Stability”, August 2007,
- Desker, Barry, “Regional Summit: Where the ASEAN Charter Comes Up Short”, *The Jakarta Post*, July 23, 2008,
- Emmerson, Donald K, “Will the Real ASEAN Please Stand Up? Security, Community, and Democracy in Southeast Asia”, Southeast Asia Forum Stanford University, USA, 2005,
- Gutierrez, Jason, “Scuffles at ASEAN as Singapore Begg Media To Show Restraint”, *The Jakarta Post*, July 24, 2008,
- Handoyo, Stefan S, “Unleashing Business Opportunities in An AEC”, *The Jakarta Post*, July 31, 2008,
- Heng, Russel HK & Rahul Sen (eds), *Regional Outlook: Southeast Asia 2006-2007*, ISEAS, Singapore, 2006,
- Hotland, Tony & Kornelius Purba, “ASEAN Hosts Largest Asia-Pacific Security Talks”, *The Jakarta Post*, July 25, 2008,
- Hotland, Tony, “US says Military-Ruled Myanmar a Problem for ASEAN in the Future”, *The Jakarta Post*, July 25, 2008,

- Hotland, Tony & Kornelius Purba, “Major Partners Vow to Send Senior Envoys to ASEAN”, *The Jakarta Post*, July 24, 2008,
- Hotland, Tony & Kornelius Purba, “ASEAN States Still Debate How to Monitor Elections”, *The Jakarta Post*, July 23, 2008,
- Hotland, Tony & Kornelius Purba, “Singapore Turn ASEAN into All Work, No Play”, *The Jakarta Post*, July 23, 2008,
- Huang, Kwei-Bo, “Managing Southeast Asian Security: The ASEAN Security Community and Institutional Change in ASEAN”, Paper presented at the 46th Annual Convention of the International Studies Association, Honolulu, Hawaii, March 1-5, 2005,
- Job, Brian L, “The ASEAN Security Community: Processes of Institutional Socialization in a Contested Context’, paper presented at the 48th Annual Convention of the International Studies Association, Chicago, March 3, 2007,
- Koh, Tommy, ASEAN Charter, a Welcome Start”, *The Jakarta Post*, July 24, 2008,
- Koh, Tommy, *The Quest for World Order (Perspectives of a Pragmatic Idealist)*, The Institute of Policy Studies, Times Academic Press, Singapore, 1998,
- Kuah, Adrian, “The ASEAN Security Community: Struggling with Details”, Institute of Defense and Strategic Studies (IDSS), NTU Nanyang, Singapore, June 15, 2004,
- Luhulima, CPF (et. al), *Masyarakat Asia Tenggara Menuju Komunitas ASEAN 2015*, P2P-LIPI, Jakarta 2008,
- Merills, J.G, *International Dispute Settlement*, Second Edition, Cambridge University Press, 1993,
- Nichols, Michelle, “UN Security Council Split On How to Deal with Myanmar”, *Reuters*, July 26, 2008,

- Nagara, Bunn, "Mixed Results at Regional Talks", *The Jakarta Post*, June 18, 2008,
- Nagara, Bunn, "ASEAN: Evolution, Not Revolution", *The Jakarta Post*, July 24, 2008,
- Pitsuwan, Surin, "World is Taking ASEAN Seriously", *The Jakarta Post*, July 24, 2008,
- Prawindarti, Lianita, "The ASEAN Security Community: Reconciling Traditional and Non-Traditional Security Issues", Ph.D. Proposal, School of International Studies, University of Trento, Italy, December 2005,
- Saravanamuttu, Johan, "Wither the ASEAN Security Community? Some Reflections", *IJAPS*, Vol 1, 2005 (inaugural issues), page 44-61,
- Sen, Rahul, *Free Trade Agreements in Southeast Asia*, ISEAS, Singapore, 2004,
- Severino, Rudolfo, "Toward an ASEAN Security Community", ISEAS, Singapore, 2004,
- Smith, Stephen, "Australia's future in the Asia Pacific", speech delivered at Lowy Institute in Sydney as summarized by Jakarta Post, July 25, 2008,
- Soesastro Hadi & Clara Joewono (eds), *The Inclusive Journalist*, A Festschrift dedicated to Jusuf Wanandi, Centre for Strategic and International Studies, Jakarta, 2007,
- Sukma, Rizal, "The Future of ASEAN: Towards a Security Community", Paper presented at a Seminar on ASEAN Cooperation: Challenges and Prospects in the Current International Situation, New York, June 3, 2003,
- Terriff, Terry (et.al), *Security Studies Today*, Polity Press, 1999,
- Thayer, Carlyle A, "China's International Security Cooperation Diplomacy and Southeast Asia", Paper to Panel on Southeast Asia and China: A

North-South Relationship of a New Kind, 47th International Studies Association Annual Convention, San Diego, California, March 25, 2006,

Yaqing, Qin, “East Asian Security Community and Multilateral Institution Building”, Paper for CSCAP 6th General Conference, December 7-8, 2007.





# TRANSFORMING THE STANDARDS OF INTERNATIONAL SPACE LAW INTO NATIONAL SPACE LEGISLATION: INDONESIA'S EXPERIENCE<sup>1</sup>

## I. INTRODUCTION

### A. Characteristic of Space Activities and the Needs for International Standards of Regulations Governing Space Activities

Since the first human venture into outer space, marking the fourth dimension of human activities, space activities have been dedicated to various military, civil and even commercial purposes. Space activities range from remote sensing, global positioning, broadcasting, communication, construction of space stations, to myriad other forms of scientific research. Some applications of space science and technology include, but are not limited to, global communication systems, navigation, tele-education, development planning, environmental monitoring, weather forecasting, and disaster management.

Space activities have certain inherent characteristics: they are transnational; they use areas beyond the subject of a particular national jurisdiction; they are relatively expensive to conduct; they involve high-technology and dual-use (civil-military) technology; they are extra-hazardous/ultra-hazardous in nature; and they are high risk. Such characteristics require special treatment, in particular when dealing with issues of safety, security, environmental protection, and the protection of the interests of humanity and of potential victims. To deal with the

---

<sup>1</sup> Paper presented at International Space Law Conference jointly held by International Institute of Space Law (IISL) and Indonesia Society of International Law, Jakarta, 6-7 May 2011

aforementioned issues, it is important to develop international regulatory standards to govern space activities, both conducted by states, organizations, the private sector and even by natural persons acting in their individual capacity.

## **B. The Importance of Adopting Standards of International Space Law into National Space Legislation**

The existing space law has been developed through the decades out of a mix of state practices, meeting of minds among space powers, bilateral, regional and multilateral space cooperation agreements, cooperation among members of international organizations (both inter-governmental and non-governmental organizations), practices among private entities, and public-private initiatives.

As an archipelagic state with specific geographical situation, Indonesia has a strong interest in mastering and applying space science and technology to fulfill the needs of its national development. It is a recognized fact that Indonesia has benefitted from human achievements in space science and technology and its applications. In 1976, Indonesia became the first developing country to own and operate a satellite, called “Palapa”, as an element of its domestic communications system.<sup>2</sup> The contribution of the “Palapa” satellite for preserving the unitary state of Indonesia has been very much felt by the country and its citizens. In addition to this contribution, the existence of the national communication infrastructure continues to encourage further economic growth.

To accommodate the national interest relevant to space, there is a requirement to develop the components of the national legal system relevant to space activities by formulating national space legislation, which guarantees that space-related activities are conducted in an orderly

---

<sup>2</sup> Since then more satellites have been launched and operated both by State Owned Enterprise and Private Entities, such as mobile satellite (MSS) “Garuda”, broadcasting satellite “Cakrawarta”, satellite “Telkom” series, and recently a Joint Indonesian (LAPAN) and Technical University of Berlin (TUB) micro satellite “Lapan-Tubsat”.

manner and that they promote prosperity and the betterment of society. In formulating national space laws and regulations, there must be a balance between national interests on the one hand, and international obligations based on international space law and legal principles on the other hand.

## **II. STANDARDS OF INTERNATIONAL SPACE LAW**

Standards of international space law can be found in the form of hard law, soft law, and from other new developments. This section surveys the relevant sources and standards of international space law.

### **A. Hards Law**

The relevant hard law consists of the following space treaties and other treaties relevant to space activities.

#### *1. The Space Treaties*

Space treaties are the various formal agreements specifically designed and formulated to govern space activities. The main space treaties are:

- a. Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (hereinafter the “Space Treaty of 1967”). Known as the “Magna Charta” of space law, the Space Treaty of 1967 contains the basic principles for conducting space activities, namely: the freedom of exploration and use of outer space;<sup>3</sup> that outer space, including the Moon and other Celestial Bodies, remains non-appropriable;<sup>4</sup> the applicability of international law to space activities;<sup>5</sup> that outer

---

<sup>3</sup> See, Article I of the Space Treaty of 1967

<sup>4</sup> Ibid, Article II.

<sup>5</sup> Ibid, Article III.

space be used for peaceful purposes;<sup>6</sup> that astronauts shall enjoy the privileges of envoys of mankind;<sup>7</sup> that particular states remain responsible and internationally liable for the conduct of space activities;<sup>8</sup> requirements for the registration of space object and its jurisdiction and control;<sup>9</sup> the preservation and protection of the space environment;<sup>10</sup> and issues related to international cooperation in outer space.<sup>11</sup>

- b. Considering the universal character of the above principles, it is no wonder that more than one hundred countries have ratified the Space Treaty of 1967. Furthermore, in practice even the non-contracting parties to the Space Treaty of 1967 respect and comply with the provisions of the Space Treaty in conducting their space activities. In this context, the Space Treaty of 1967 has become a principal “law-making treaty” instead of merely representing a “treaty contract”.
- c. Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space (hereinafter the “Rescue Agreement of 1968”). The provisions of the Rescue Agreement of 1968 elaborate the provisions contained in Article V of the Space Treaty of 1967. These provisions relate to the status of astronaut as envoys of mankind. As the logical consequence of the status of astronaut as envoy of mankind, contracting parties to this agreement are obliged to take all necessary measures and to render assistance to astronauts in case of accident, emergency landing, or distress, and to return the space object itself to the launching state.

---

<sup>6</sup> Ibid, Article IV.

<sup>7</sup> Ibid, Article V.

<sup>8</sup> Ibid, Article VI and VII.

<sup>9</sup> Ibid, Article VIII.

<sup>10</sup> Ibid, Article IX.

<sup>11</sup> Ibid, Article XI.

- d. Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (hereinafter the “Liability Convention of 1972”). The Liability Convention of 1972 elaborates upon the principles of international liability as formulated in article VII of the Space Treaty of 1967. The main characteristics of Liability Convention is “victim oriented”, as it is designed to protect the interest of the third party (country), which is not involved in conducting space activities but could nevertheless become “potential victims” of such activities. The essence of this convention is to provide procedures and mechanisms for international liability for damage caused by space objects.
- e. Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (hereinafter the “Registration Convention of 1975”). The Registration Convention of 1968 elaborates upon the provisions of article VIII of the Space Treaty of 1967. It obliges the the launching state to register an object launched into outer space in an appropriate registry which it shall maintain, and shall inform the Secretary General of the United Nations of the establishment of such a registry. Information to be furnished by the state of registry shall include: the name of the launching state; the appropriate designator of the space object or its registration number; the date and territory or location of launch; the basic orbital parameters including nodal period, apogee and perigee; the general function of the space object; the periodical information concerning the object; and any information regarding inactive satellites.
- f. Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (hereinafter the “Moon Agreement of 1979”). One of the most important provisions in the Moon Agreement of 1979 relates to the establishment of an international regime for exploitation of natural resources on the Moon and other Celestial Bodies as formulated in article

XI (5).<sup>12</sup> Such international regime, serving as the basis for further exploitation, could in principle be developed through international consent, either multilaterally, bilaterally or regionally. The purposes of such international regime are: to maintain the orderly and safe development of the natural resources of the Moon; to ensure the rational management of those resources; to provide for the expansion of opportunities in the use of those resources; and to ensure an equitable sharing by all states of the benefits derived from those resources.<sup>13</sup>

2. *Other Relevant International Treaties*

Apart from the existing international space treaties, there are relevant international treaties that must be taken into account in formulating the draft of national space act. These include: the ITU Constitution and Convention and its Amendments, including Administrative Regulations; the Treaty Banning Nuclear Weapons Test on the Surface of the Earth, in the Atmosphere or in Outer Space of 1963; the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapon of 1968. The arrangement among the group of several developed countries regarding “Missile Technology Control Regime”.

**B. Soft Law**

In addition to the above mentioned space treaties and other international treaties relevant to space activities, some other UNGA Resolutions containing principles governing certain space activities must be taken into consideration when formulating national space legislation. These include, among others, Resolutions pertaining to:

---

<sup>12</sup> Article XI (5) of the Moon Agreement states: “State Parties to this agreement hereby undertake to establish an international regime, including appropriate procedures to govern the exploitation of the natural resources of the moon as such exploitation is about to become feasible”.

<sup>13</sup> See Article XI (7) of the Moon Agreement.

Legal Principles Governing Direct Television Broadcasting;<sup>14</sup> Principles on Remote Sensing from Outer Space;<sup>15</sup> and Principles on Nuclear Power Sources in Outer Space.<sup>16</sup> In addition to these Resolutions, states must also consider the Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit of all Countries, especially those of Developing Countries.<sup>17</sup>

### **C. New Developments**

New developments in international space law emerge from practices both in the form of national space legislations promulgated by different countries and from a number of commercial practices within the business community. Although different countries have different approaches in developing their national space legislation, some common elements can be found in the provisions of their regulations. These common elements extend to the following issues: the status of outer space; the security issue; the safety of a mission as it is related to a national licensing system; state responsibility and international liability; jurisdictional issues; institutional issues; the preservation and protection of the environment; the protection of intellectual property rights; and the participation of the private sector in space activities.<sup>18</sup>

## **III. HOW TO TRANSFORM STANDARDS OF INTERNATIONAL SPACE LAW INTO NATIONAL SPACE LEGISLATION**

In discussing the drafting of the Indonesian draft national space act, we should bear in mind that in an interdependent world, there is a trend

---

<sup>14</sup> UNGA Resolution No 37/92 of 1982.

<sup>15</sup> UNGA Resolution No 41/65 of 1986.

<sup>16</sup> UNGA Resolution No 47/68 of 1992.

<sup>17</sup> UNGA Resolution No 51/122 of 1996.

<sup>18</sup> For further reading on comparative analysis on national space legislations of different countries, see I.B.R. Supancana, *Peranan Hukum dalam Pembangunan Kedirgantaraan* (The Role of Law in Aerospace Development), Mitra Karya Publisher, Jakarta, 2003, at pp 19-32.



toward internationalization of regulation on certain activities. Such trends also apply to space activities. In this regard national space legislation shall fulfill international standards of legislation in order to guarantee its effectiveness both at the national and international level.

### **A. What Provisions Have Been Standardized?**

Regarding standards of international space law to be adopted as considerations for formulating national space legislation, a number of opinions have been expressed. One such opinion is that, in general, such international standards would consist of several principles, such as: the use of international treaties and existing national space legislation as a basis and guidelines; the need to balance between international obligation and national interest; the promotion of international cooperation; the need to maintain flexibility and constant evolution; and the gradualness of the process, with ordering of priorities.<sup>19</sup>

Another is of the opinion that a comprehensive national space legislation need cover the following issues: international legal responsibility for national activities; governmental and private liability; governmental safety requirements for commercial space vehicles; the economic stability of the launch business; compliance with environmental laws; national security considerations; the protection of space investments; the promotion of national space commerce; the definition of the boundaries of outer space in order to ascertain the scope of national legislation; and the continuous oversight of commercial space activities after launch.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> For further elaboration and analysis of these principles, see Zhao Yun, "National Space Legislation, with Reference to China's Practice", paper presented at Space Law Conference 2006, 2-3 August 2006, Bangkok, Thailand, pp 8-11.

<sup>20</sup> See Paul B Larsen, "Is National Legislation on Commercial Space Needed?", comments to the Paper of Zhao Yun at Space Law Conference 2006, 2-3 August 2006, Bangkok, Thailand, pp 15-19.

## B. The Problems of Interpretation and Implementation

### 1. *The Space Treaty of 1967*

Despite the universal character of the Space Treaty's provisions, there are countries and even experts who have different interpretations of the Space Treaty. For example, some experts disagree as to whether the "province of mankind"<sup>21</sup> has the same meaning as "common heritage of mankind".<sup>22</sup> Although the two terminologies have similarities as it belongs to area beyond national jurisdiction, different interpretation may lead to different implementation. Somewhat related to these issues is a concern over the "non-appropriation" principle.

On the one hand it has been interpreted as restricting only national (sovereign) ownership, while leaving private ownership open, depending upon national law of each country.<sup>23</sup> On the other hand, there has been another opinion that "non-appropriation" shall apply not only to State, but also to other legal entities, including private interests.<sup>24</sup>

Another issue relates to the meaning of "peaceful" uses. The formulation of the Space Treaty of 1967 is in line with interpretation made by the US Government which refers to "partial demilitarization" (*i.e.*, as long as such use is not aggressive)<sup>25</sup>,

---

<sup>21</sup> The word "province" refers to "sphere of works" or "benefit" while the word "mankind" refers to "the society of States". For further analysis see, H A Wassenbergh, *Principles of Outer Space Law in Hindsight*, Martinus Nijhoff Publisher, 1991, pp 57.

<sup>22</sup> For further analysis of the Common Heritage of Mankind (CHM) concept, see Carl Q Christol, *Space Law: Past, Present and Future*, Kluwer Taxation Publisher, 1991, pp 382. See also, Bess CM Rijnen, *The United Nations Space Treaties Analyzed*, Edition Frontieres, 1992, pp 3-4.

<sup>23</sup> The interpretation addressed by one of the US Delegate during UN /Korea Workshop on Space Law, Daejeon, Republic of Korea, 3-6 November 2003.

<sup>24</sup> The interpretation addressed by delegates from Italy, France and the Netherlands during UN/ Korea Workshop on Space Law , Daejeon, Republic of Korea, 3-6 November 2003.

<sup>25</sup> For further elaboration of the interpretation of "peaceful", see Ivan A Vlasic, "The Legal Aspects of Peaceful and non-Peaceful of Outer Space", in *Peaceful and Non-Peaceful Uses of Outer Space*, Bhupendra Jasani (ed), Taylor and Francis, New York 1991, pp 40.

while other countries (for example, Iran) still question such an interpretation, especially in relation to another interpretation made by the former USSR, which interpreted “peaceful” as “non-military”.<sup>26</sup>

There are still some countries which fail to make a clear distinction between “state responsibility” and “international liability” although legally, a distinction should be made between the two. Responsibility is a legal obligation that should be exercised by one party vis-à-vis another.<sup>27</sup> Responsibility is primarily conceived as meaning answerability for the conformity of conduct with norms in general, whether legal, moral or other. It is a much broader notion than liability, which constitutes the legal obligation to make integral reparation for the damage resulting from unlawful conduct.<sup>28</sup>

Regarding the obligation to conduct “international consultation”, different interpretation still exist, mainly in the event that such consultation is requested by country which potentially would suffer from the impact of space activities conducted by other countries. In case such consultation fails to resolve the disputes, there are no (legal) procedures available to impose obligation to the launching state to stop its activities.

There is also a general lack of clear criterion regarding qualification of which “space crew” can be categorized as “astronauts” and consequently can be regarded as “envoys of mankind”. This ambiguity is extremely important considering the future trends

---

<sup>26</sup> Such statement was addressed by the delegate from Iran at the UN/Korea Workshop on Space Law, Daejeon, Republic of Korea, 3-6 November 2003.

<sup>27</sup> On etymological analysis regarding the distinction between “responsibility” and “liability”, see Nathalie L J T Horbach, *Liability versus Responsibility under International Law*, Ph.D Thesis at Leiden University, The Netherlands, 1996, at pp 21, as quoted by I B R Supancana in *The International Regulatory Regime Governing the Utilization of Earth-Orbits*, Ph.D Thesis at Leyden University, The Netherlands, 1998, at pp 145-146.. See also, Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, at pp 603.

<sup>28</sup> See, Bin Cheng, “Space Activities, Responsibility and Liability”, 11 EPIL, 1989, at pp 299

of sending more personnel (including space tourists) to outer space, who it seems should not properly be treated as “envoys of mankind”.

Finally, there is a failure to make clear which country shall be qualified as the “appropriate state”. More specifically, it is unclear whether the term only includes the “launching state”, and “state of registry”, or whether it also includes “the state which issues a license” for conducting space activities.

## 2. *The Rescue Agreement of 1968*

Ideally, provisions of the Rescue Agreement of 1968 should not raise any problems since it stresses the humanitarian aspects of space activities. Nevertheless, in its implementation some practical problems may arise. For example, with respect to the recent development of space activities which involve personnel such as “payload specialist”, “researcher”, “scientist”, and even “military personnel”, and “space tourist”, the question may arise whether any or all of these personnel can be properly classified as an “astronaut” meriting the status of “envoys of mankind”. Also, there is a question as to whether a contracting party is still under an obligation to render assistance and to rescue an astronaut of other country even if they conduct unfriendly military (reconnaissance) mission against their territory.

Assuming that the obligation applies, there are still issues of compliance. For example, what is the law enforcement mechanism in case of a contracting party refuse to render assistance in accordance with the Rescue Agreement? There is also a question of whether the term “launching authority” applies only to states and inter-governmental organizations or if a private entity can also be considered as a “launching authority”.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> For further analysis on the problems of interpretation of the Rescue Agreement, read I.B.R.

3. *The Liability Convention of 1972*

Based on observations on the provisions of Liability Convention, there are some issues that need to be scrutinized. One such issue relates to the different interpretations given article XXI of the Liability Convention in case the re-entry of a space object causes large scale danger, whether the launching state or the victim state have the rights to determine or to conduct search and recovery and clean up operations, including its implication to the rights of the victim state to get compensation from the launching state.

Other issues include whether the term recoverable damages was designed and understood to only cover “physical” and “direct” damages. In fact space activities may cause “non-physical”, “indirect”, and even “moral damages”. Finally, as the Liability Convention relies on a government-to-government mechanism for settling claims for compensation, there is no guarantee for a prompt and adequate payment of compensation to the victim. This is ultimately against the victim-oriented character of the Liability Convention itself.<sup>30</sup>

4. *The Registration Convention of 1975*

In the process of creating a national registration system for space activities, it should take into consideration the contents as interpreted by contracting parties. Such an interpretation can be described as follows:

- a. The fact that registration marking is not obligatory under the Registration Convention should raise difficulties in identifying the space object;

---

Supancana, *Space Law Development in Retro and Prospect*, Mitra Karya Publisher, Jakarta, 2006, at pp 61-62.

<sup>30</sup> See Supancana, *Ibid*, pp 66-67.

- b. In general, states do not register their space object if it is launched for military missions or classified as a sensitive satellite;
- c. so far, no law enforcement mechanism exists for the issues of non-compliance with the Registration Convention;
- d. To prevent double registration, certain countries determine not to register foreign satellites; and
- e. Unless its provisions are flexibly interpreted, the continued commercialization and privatization of space activities are not entirely accommodated by the Registration Convention.

#### **IV. THE DRAFTING PROCESS AND CURRENT STATUS OF THE DRAFT NATIONAL SPACE ACT**

##### **A. The Drafting Process**

1. *Indonesia and the Ratification of The International Space Treaties and Further Implementing Legislations*

As far as international legal instruments related to space activities are concerned, Indonesia has ratified four of the five space treaties, the exception being the Moon Agreement of 1979.<sup>31</sup> By ratifying the above international space treaties, Indonesia has transformed the provisions of those treaties from international legal norms into a part of national law. Consequently, every effort to formulate national space legislation must take into consideration and subject itself to existing international space law. The problem is that in further development of space activities, some states tend to make different interpretations of and take different position on some provisions of international space trea-

---

<sup>31</sup> Space Treaty of 1967 was ratified by Law No 16 of 1992; Rescue Agreement of 1968 was ratified by Presidential Decree No 4 of 1999; Liability Convention of 1972 was ratified by Presidential Decree No 20 of 1996; while Registration Convention was ratified by Presidential Decree No 5 of 1997.

ties in the process of formulating their national space legislation. In this respect, Indonesia also has its own interpretation of certain terminologies and provisions of the space treaties, to be implemented into its national laws and regulations.

## 2. *Academic Draft and Initial Draft of National Space Act*

It was the intention of the drafter that a national space act should not only accommodate national interest and fulfill its international obligations, but shall also anticipate current and future developments in space activities which would affect national interest. Thus, prior to a legislative draft, an academic draft was prepared as the basis for drafting a National Space Act. The academic draft was to provide academic background and justification to the draft of the National Space Act. The first academic draft was finalized by the end of 2003,<sup>32</sup> and was designed to be comprehensive, taking into consideration both the present and potential future development of space activities that could possibly involve the “national activities” of Indonesia, including formulating rules governing private entities’ participation in space commercialization ventures.

Prior to formulating the academic draft of the National Space Act, officials conducted a comparative analysis of the national space legislation of several space faring nations, such as the United States, Russia, the United Kingdom, France, Sweden, and Australia. The objective of such analysis was to comprehend the different models of national space legislations in order to select a model which fit to the Indonesian situation, and also to draw “common elements” of provisions in different national

---

<sup>32</sup> For more elaboration of the first Academic Draft of National Space Act, see I.B.R. Supancana, *Pelebagaan Undang-Undang Keantariksaan Nasional (Institutionalizing National Space Act)*, Mitra Karya Publisher, Jakarta, 2006, at pp 123-201.

space legislations to be incorporated into the Draft National Space Act.

In general, the academic draft was a valid basis to be used as the basis in formulating the content of the Draft National Space Act as it ensured the Draft National Space Act satisfied all the relevant parameters and met all international standards.

3. *The Process of Harmonizing with Existing National Laws and Regulations*

The process of harmonizing any draft of the National Space Act with other existing relevant national laws and regulations is mandatory under Law No. 10 of 2004 on the Formulating of National Laws and Regulations. It is understood that a National Space Act would be a part of the national legal system and therefore it must be formulated in such a way that it is not contrary to or conflict with, but rather is complementary to, existing laws and regulations.

To do this, the drafters needed to harmonize the draft with, among others: Law No. 30 of 1999 on Telecommunication; Law No. 3 of 2002 on National Defence; Law No. 18 of 2002 on National System on Science and Technology; Law No. 16 of 2002 on Ratification of the Space Treaty of 1967; Law No. 32 of 2002 on Broadcasting; Law No. 30 of 1999 on Arbitration and Alternative Dispute Resolution; Law No. 1 of 2009 on Aviation; Law No. 37 of 1999 on Foreign Relations; Law No. 24 of 2000 on International Treaties.

4. *The Process of Harmonizing with International Space Laws and Principles*

In addition to the process of harmonizing the draft with existing national laws and regulations, the Draft National Space Act



must also be harmonized with international space laws and principles and other relevant international instruments, especially those treaties that have been ratified by Indonesia.

## **B. The Current Status of the Draft National Space Act**

### *1. Main Provisions of the Draft National Space Act that Reflect the Incorporation of Standards of International Space Law*

The Draft National Space Act consists of XXV Chapters and its elucidation within the following main provisions: general provisions; principles, objectives and scope; supervision; space management system; space research; mastering of technology; launching of space object; application of technology; space activities for defence and security; international cooperation; safety and security; registration system; licensing system; responsibility and liability; insurance; protection of property rights, including intellectual property rights; environmental protection and preservation; financing and incentives; community participation; disputes settlement mechanism; criminal investigation; sanction; transitional provisions; and concluding provisions.

The above main provisions of the Draft National Space Act have incorporated common elements from the provisions of national legislations as identified by Working Group on National Legislation Relevant to the Peaceful Uses of Outer Space, namely: scope of application; authorization and licensing; continuing supervision of activities of non-governmental entities; registration; liability and insurance; safety; and transfer of ownership or control of space objects in orbit.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> See UNGA Doc no A/AC.105/C.2/2010/LEG/L.1 Draft Report of the Working Group on National Legislation Relevant to the Peaceful Exploration and Use of Outer Space, dated 31 March 2010.

Some important principles that reflect the incorporation of standards of international space law into the main provisions of the Draft National Space Act can be described as follows:

- *Article 2, paragraphs (1) and (2) of the Draft states that Outer Space shall be the province of mankind and exploration and use of outer space shall be in accordance with existing (international) space law. Outer Space shall be free for exploration and use by all states without discrimination of any kind on the basis of equality and in accordance with international law;*<sup>34</sup>
- *Article 3 of the Draft states that the Government of the Republic of Indonesia shall retain jurisdiction and control over objects launched into outer space as long as it is registered by and in the name of Indonesia;*<sup>35</sup>
- *Article 7, paragraph (1) of the Draft states that national space activities shall be the responsibility of and managed by the Government of Republic of Indonesia, and that such management includes the authorization and supervision of that activity;*<sup>36</sup>
- *Article 39, paragraph (2) of the Draft states that LAPAN (National Aeronautic and Space Institute) shall, in case of the accidental or emergency landing of a foreign space object in the territory of Indonesia, conduct a rescue of any astronaut and return any astronaut(s) and space object to the launching State;*<sup>37</sup> and
- *Article 49, paragraph (7) states that LAPAN shall register any Indonesian space object (and vehicle) with the Secretary General of the United Nations.*<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Compare with the provision of Article I of the Space Treaty of 1967.

<sup>35</sup> Compare with Article VIII of the Outer Space Treaty of 1967.

<sup>36</sup> Compare with Article VI of the Space Treaty.

<sup>37</sup> Compare with Article 2 of Rescue Agreement of 1968.

<sup>38</sup> Compare with Article II Paragraph 1 of Registration Convention of 1975.

2. *Further Processes Until Enactment*

The current Draft of May 2011 is the latest. The harmonization process has been conducted by an inter-departmental working group, coordinated by The Ministry of Law and Human Rights in accordance with the procedures as stipulated by Presidential Regulation No 68 of 2005. The next process will be to obtain the approval of the relevant ministry for its submission to the President of the Republic of Indonesia. The President then must submit the Draft and its elucidation (including its academic draft) to the Parliament to be discussed within this year's Parliamentary Session. It is expected that by the end of this year the draft will be agreed to and enacted as a law.

## **V. CONCLUDING REMARKS**

Some final conclusions can be drawn from the above elaboration and analysis of the process of transforming standards of international space law into national space legislation based on Indonesia's experience. First, in formulating national space legislation, in this case the Draft National Space Act, Indonesia has taken into consideration standards of international space law by adopting its laws and principles as promulgated both under the space treaties (hard law), relevant UNGA Resolutions (soft law) and new developments based on commonly recognized best practices. Second, in formulating its national space legislation, Indonesia has taken a balanced approach between national interest and its international obligations. Finally, by incorporating the standards of international space law into its national space legislation, it will make an important contribution to facilitating international relations and cooperation in the further development of space science and technology, and in its application to fulfill the needs of national development.

# LARANGAN TERBANG UNI EROPA: SUATU PEMBELAJARAN<sup>1</sup>

## I. LATAR BELAKANG LARANGAN TERBANG

### A. Kategori Tingkat Keselamatan Penerbangan menurut *Federal Aviation Administration (FAA) Safety Assessment*

Hasil dari *Federal Aviation Administration (FAA) Safety Assessment*, tingkat kepatuhan negara-negara atas standard keselamatan penerbangan dibagi atas 2 (dua) kategori. Kategori Pertama, adalah negara-negara yang dianggap mematuhi standar Organisasi Penerbangan Sipil Internasional (*International Civil Aviation Organization*) atau disingkat ICAO (*Does comply with ICAO Standard*). Kepatuhan atas standar keselamatan penerbangan ICAO tersebut meliputi baik dari aspek lisensi maupun aspek pengawasan terhadap operator (maskapai) penerbangan. Sedangkan yang termasuk negara-negara dengan Kategori Kedua, adalah negara-negara yang tidak mematuhi standar keselamatan ICAO, dalam hal ini negara-negara tersebut tidak melakukan pengawasan secara memadai terhadap maskapai-maskapai penerbangannya sesuai dengan standar pengawasan yang ditetapkan oleh ICAO<sup>2</sup>.

Dari 120 negara yang dinilai, terdapat 18 negara yang termasuk dalam Kategori Kedua, yaitu Indonesia, Aruba, Bangladesh, Belize, Bulgaria, Cote D'Ivoire, Democratic Republic of Congo, Gambia, Guyana, Haiti, Honduras, Kiribati, Nauru, Nicaragua, Paraguay, Ser-

---

<sup>1</sup> Makalah disampaikan pada Diskusi Panel mengenai Larangan Terbang Maskapai Penerbangan Indonesia ke Uni Eropa Diselenggarakan oleh Bagian Hukum Internasional, Fakultas Hukum, Universitas Padjadjaran, Bandung, 22 Januari 2009.

<sup>2</sup> Baca *Kompas*, "Mengapa Uni Eropa Mengeluarkan Larangan Terbang", 28 Juli 2008.

bia, Swaziland, Ukraina dan Zimbabwe. Sementara itu sisanya termasuk dalam Kategori Pertama.

## **B. Hasil Audit Standar Keselamatan Penerbangan ICAO**

Pada tahap awal, yaitu sebelum Januari 2005, ICAO juga melakukan audit standar keselamatan penerbangan melalui *Universal Safety Oversight Program (USOAP)* yang difokuskan pada 3 (tiga) aspek, yaitu: lisensi personel (*personnel licensing*); operasi dan kelaikan pesawat udara (*airworthiness of aircraft*). Setelah 1 Januari 2005 dilakukan audit terhadap semua aspek keselamatan penerbangan ICAO, termasuk *Air Traffic Controller (ATC)*, bandara (*airports*) dan komponen lain dari sistem transportasi udara.

Hasil USOAP terhadap Indonesia yang dilakukan antara 6-15 Februari 2007 menunjukkan bahwa otoritas penerbangan sipil dan maskapai penerbangan di Indonesia tidak mematuhi (*non-compliance*) terhadap ICAO *Safety Standards*.

## **C. Upaya Uni Eropa untuk Memperoleh Klarifikasi**

Terhadap hasil audit dari ICAO dan FAA, dalam pertemuan bilateral antara pihak Uni Eropa dengan Direktorat Jenderal Perhubungan Udara yang dilakukan pada tanggal 22-23 Maret 2007, pihak Uni Eropa menyampaikan keinginan untuk berdialog terkait dengan keselamatan penerbangan sipil di Indonesia.

Pada tanggal 12 April 2007 Komisi Eropa mengirim surat kepada Menteri Perhubungan untuk mendiskusikan hasil audit dan soal kecelakaan pesawat, namun tidak ada jawaban. Pada pertemuan antara negara-negara ASEAN dengan EU *Directorate General for External Relations* pada tanggal 4 Mei 2007, pihak Komisi Eropa kembali mengajukan usulan untuk membahas masalah yang sama, namun sampai selesai pertemuan Pihak Indonesia tidak menjadwalkannya.

Pada tanggal 16 Mei 2007 pihak Uni Eropa mengirim kembali surat kepada Menteri Perhubungan, yang disampaikan ulang pada tanggal 21 Mei 2007 untuk minta penjelasan Indonesia sehubungan dengan rencana Uni Eropa mengup-date *Community List*. Pada tanggal 30 Mei 2007 Pemerintah Indonesia mengirim surat (meski terlambat) dan bersedia memberikan penjelasan lisan, namun tidak memasukkan dokumen yang diminta Uni Eropa.

Uni Eropa tetap mencoba menjadwalkan pertemuan tanggal 15 Juni 2007, namun gagal karena tidak ada konfirmasi dari Pemerintah Indonesia. Pada tanggal 22 Juni 2007 dilakukan pertemuan, meskipun dokumen yang diserahkan Indonesia tidak lengkap, namun tetap diterima.

#### **D. Putusan Larangan Terbang**

Pada tanggal 25 Juni 2007 *The European Commission Air Safety Committee* mengadakan pertemuan membahas *Community List* sesuai dengan ketentuan *European Commission No. 2111/2005*. Dalam pertemuan tersebut delegasi Indonesia diundang, namun tidak hadir.

Pada *Air Safety Meeting* Uni Eropa pada tanggal 28 Juni 2007 secara bulat 27 negara anggota Uni Eropa memutuskan melarang maskapai penerbangan sipil Indonesia terbang di atas wilayah udara Uni Eropa. Keputusan larangan tersebut disampaikan secara resmi dalam surat pemberitahuan tertanggal 4 Juli 2007.

## **II. STANDAR INTERNASIONAL KESELAMATAN PENERBANGAN DAN UPAYA PENEGAKANNYA**

### **A. *Standard and Recommended Practices* (SARP) dari ICAO**

#### **1. *Pengertian SARP***

Standard didefinisikan sebagai:

*“Any specifications for physical characteristics, configuration, materials, performance, personnel and procedure, the uniform application of which is recognized as necessary for the safety or regulatory of air navigation and to which Contracting States will conform in accordance with the Convention; in the even of impossibility of compliance, notification to the Council is compulsory under article 38 of the Convention.”<sup>3</sup>*

Sementara itu *Recommended Practices* didefinisikan sebagai:

*“Any specifications for physical characteristics, configuration, material, performance, personnel or procedure, the uniform application of which is recognized as desirable in the interest of safety, regularity or efficiency of international air navigation and to which Contracting States will endeavour to conform in accordance with the Convention”<sup>4</sup>.*

## 2. Pengaturan SARP dalam Konvensi Chicago 1944

Pengaturan SARP dalam Konvensi Chicago terdapat pada Pasal 37, 38 dan 39. Pasal 37 mengatur tentang Penetapan Standar dan Prosedur Internasional (*Adoption of International Standard and Procedure*). Pasal 38 mengatur tentang kemungkinan penyimpangan terhadap standar dan prosedur internasional (*departure from international standard and procedure*). Pasal 39 berisi ketentuan tentang lampiran Konvensi Chicago (*annexes of the Chicago Convention*).

## 3. Kedudukan SARP terhadap Konvensi Chicago

Kedudukan SARP terhadap Konvensi Chicago dapat ditafsirkan dari ketentuan Pasal 39 Konvensi Chicago yang intinya menyatakan bahwa ketentuan-ketentuan Konvensi Chicago dilengkapi dengan lampiran-lampirannya, dimana tunduk kepada

---

<sup>3</sup> Lihat ICAO Assembly Resolution A 36-13, Appendix A.

<sup>4</sup> Ibid.

ketentuan pasal 34 (c) Konvensi Chicago mempunyai efek yang sama dan berlaku pada saat yang bersamaan dengan Konvensi Chicago itu sendiri<sup>5</sup>.

#### 4. *Ketentuan-Ketentuan Pokok SARP*

Ketentuan-ketentuan pokok SARP mengatur tentang:

a. *Lisensi Personil (Personnel Licensing)*<sup>6</sup>

Ketentuan tentang lisensi personil diarahkan mengembangkan kemampuan personil yang mampu (*able*), trampil (*skillfull*), mahir (*proficient*), serta kompeten (*competent*).

b. *Rules of the Air*<sup>7</sup>

*Rules of the Air* terdiri dari ketentuan umum (*general rules*), ketentuan tentang visual penerbangan (*visual flight rules*), ketentuan tentang instrumen penerbangan (*instrument flight rules*).

c. *Meteorological Services for International Air Navigation*<sup>8</sup>

Terdiri dari ketentuan-ketentuan tentang keselamatan (*safety*), efisiensi (*efficiency*) dan keteraturan (*regularity*).

d. *Aeronautical Chart*<sup>9</sup>

Mengatur tentang peta bagi informasi navigasi (*map for navigation information*).

---

<sup>5</sup> Rumusan dari Pasal 39 Konvensi Chicago, antara lain menyatakan :

“ The provision of the present Convention are completed by the Annexes.....which, subject to article 34 (c) , shall have the same effect and shall come into force at the same time as the Convention itself”.

<sup>6</sup> Annex I Chicago Convention on International Civil Aviation, tahun 1944. Ketentuan mengenai Personnel Licensing juga diatur dalam, pasal 32 tentang Licenses of Personnel, pasal 39 (b) tentang Endorsement of Certificates and Licenses, Pasal 40 tentang Validity of Endorsed Certificates and License, dan pasal 42 tentang Recognition of Existing Standards and Competency of Personnel.

<sup>7</sup> Ibid, Annex 2. Ketentuan tentang Rules of The Air juga terdapat pada pasal 12 Chicago Convention 1944.

<sup>8</sup> Ibid, Annex 3.

<sup>9</sup> Ibid, Annex 4.



- e. *Units of Measurement to be Used in Air and Ground Operation*<sup>10</sup>  
Menerapkan sistem metrik sebagai standar internasional (*metric system as international standard*).
- f. *Operation of Aircraft*<sup>11</sup>  
Pengoperasian pesawat udara menetapkan standard keselamatan dan efisiensi yang tertinggi (*standard at highest level of safety and efficiency*).
- g. *Aircraft Nationality and Registration Mark*<sup>12</sup>  
Mengatur tentang kebangsaan dan tanda pendaftaran pesawat.
- h. *Airworthiness of Aircraft*<sup>13</sup>  
Mengatur tentang kelayakan pesawat udara melalui sistem serifikasi yang menyatakan pesawat udara tersebut laik terbang (*certificate declaring fit to fly*).
- i. *Facilitation*<sup>14</sup>  
Ketentuan tentang *facilitation* ini mengacu pada beberapa Pasal dari *Chicago Convention 1944* yaitu Pasal 37 tentang *Adoption of International Standards and Procedures*, Pasal 22 tentang *Facilitation of Formalities*, Pasal 23 tentang *Customs and Immigration Procedures*.
- j. *Aeronautical Communication*<sup>15</sup>  
Ketentuan tentang telekomunikasi dalam kegiatan penerbangan mengatur tentang bantuan navigasi dengan radio

---

<sup>10</sup> Ibid, Annex 5.

<sup>11</sup> Ibid, Annex 6.

<sup>12</sup> Ibid, Annex 7. Ketentuan tentang Aircraft Nationality and Registration Mark juga diatur pada pasal 17, 18, 19, 20 dan 21 dari Chicago Convention 1944

<sup>13</sup> Ibid, Annex 8. Ketentuan tentang Certification of Airworthiness diatur dalam Pasal 31 Chicago Convention 1944

<sup>14</sup> Ibid, Annex 9.

<sup>15</sup> Ibid, Annex 10. Ketentuan yang terkait dengan Annex 10 adalah Pasal 30 tentang Aircraft Radio Equipment

(*radio navigation aids*), tata cara komunikasi (*communication procedure*) serta sistem komunikasi (*communication system*), radar pengamatan dan sistem penghindaran tabrakan (*surveillance radar and collision avoidance systems*), serta pemanfaatan spektrum frekuensi radio untuk penerbangan (*aeronautical radio frequency spectrum utilization*).

k. *Air Traffic Service*<sup>16</sup>

Jasa trafik udara yang meliputi baik *Air Traffic Controller* (ATC) maupun *Flight Information Region* (FIR).

l. *Search and Rescue*<sup>17</sup>

Mengatur tentang kegiatan pencarian dan penyelamatan dalam keadaan *distress* maupun butuh bantuan (*for distress and in need help*).

m. *Aircraft Accident and Incident Investigation*<sup>18</sup>

Kegiatan investigasi terkait kecelakaan dan insiden penerbangan dilakukan untuk mengidentifikasi faktor-faktor penyebab (*identify causal factor*).

n. *Aerodromes*<sup>19</sup>

Ketentuan tentang *aerodrome* mempunyai cakupan pengaturan yang sangat luas. Terdiri dari 2 volume, volume 1 berkaitan dengan perancangan dan pengoperasian *aerodrome* (*aerodrome design and operations*), sementara volume 2 tentang perancangan *heliport* (*heliport design*).

o. *Aeronautical Information Services*<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Ibid, Annex 11.

<sup>17</sup> Ibid, Annex 12. Ketentuan yang terkait dengan Annex 12 adalah Pasal 16 tentang Search of Aircraft dan Pasal 25 tentang Aircraft in Distress.

<sup>18</sup> Ibid, Annex 13. Ketentuan yang terkait adalah pasal 26 Chicago Convention 1944 tentang Investigation of Accidents.

<sup>19</sup> Ibid, Annex 14. Ketenuan yang terkait adalah pasal 15 tentang Airport and Similar Charges

<sup>20</sup> Ibid, Annex 15. Ketentuan yang terkait adalah pasal 28 tentang Air Navigation Facilities and Standard Systems.

Jasa-jasa informasi aeronautikal dilakukan untuk menjamin arus informasi yang diperlukan untuk keselamatan, keteraturan dan efisiensi navigasi udara internasional.

p. *Environmental Protection*<sup>21</sup>

Ketentuan perlindungan lingkungan perlu diterapkan untuk mengatasi masalah kebisingan penerbangan (*airport noise*) dan dalam hal dilakukan dumping. Terdiri dari 2 volume, volume 1 berisi ketentuan tentang *Aircraft Noise*, volume 2 tentang *Aircraft Engine Emissions*,

q. *Security: Safeguarding International Civil Aviation Against Acts of Unlawful Interference*<sup>22</sup>

Merupakan ketentuan terbaru terutama setelah kasus 911 yang menimpa Gedung Kembar WTC di New York. Ketentuan ini menjadi dasar bagi ICAO *Civil Aviation Safety Program* yang berupaya untuk mengamankan penerbangan sipil berikut berbagai fasilitasnya dari tindakan/gangguan yang bersifat melawan hukum. Hal yang sangat penting bagi masa depan penerbangan sipil dan masyarakat internasional yang dilakukan ICAO adalah untuk mencegah dan menanggulangi semua tindakan dan gangguan yang bersifat melawan terhadap penerbangan sipil di seluruh dunia. Sejak akhir 2002 ICAO telah menerapkan ICAO *Universal Security Audit Programme (USAP)*.

r. *The Safe Transport of Dangerous Goods by Air*<sup>23</sup>

Mengatur ketentuan terkait dengan transportasi bahan-bahan berbahaya seperti bahan peledak (*explosive*), bahan yang mudah berkarat (*corrosive*), bahan yang mudah terbakar

---

<sup>21</sup> Ibid, Annex 16.

<sup>22</sup> Ibid, Annex 17.

<sup>23</sup> Ibid, Annex 18.

(*flamable*), bahan beracun (*toxic*) serta bahan mengandung radio aktif (*radioactive*).

##### 5. *Upaya Penegakan SARP melalui USOAP*

Sejak tahun 1995 Sekretariat *ICAO* beranggapan bahwa kepatuhan terhadap keselamatan penerbangan merupakan hal yang sangat serius dan karenanya perlu ada upaya penegakannya. Upaya *ICAO* didukung oleh *FAA* dengan membentuk *International Aviation Safety Assessment (IASA)* yang menilai kepatuhan negara melaksanakan SARP.

Uni Eropa juga menempuh langkah serupa dengan menerapkan tindakan unilateral untuk melarang maskapai penerbangan yang dianggap tidak memenuhi standar keselamatan.

Atas dasar Resolusi A 32-11 pada Sidang ke 32 *ICAO Assembly*, ditetapkanlah *ICAO Universal Safety Oversight Audit Program (USOAP)*. USOAP terdiri dari audit pengawasan keselamatan penerbangan yang dilakukan oleh *ICAO* secara rutin, wajib, sistematis dan harmonis untuk menilai tingkat implementasi negara anggotanya dalam melaksanakan SARP *ICAO*. Selanjutnya kegiatan tersebut juga melakukan identifikasi atas permasalahan keselamatan penerbangan dan berbagai kekurangannya serta memberikan rekomendasi dalam upaya perbaikannya<sup>24</sup>.

Sejak USOAP diluncurkan pada tahun 1999 sampai dengan akhir 2004, sekitar 181 negara telah diaudit dan 163 negara diantaranya menerima untuk melakukan audit lebih lanjut guna perbaikan. Pada tahun 2005 kegiatan USOAP diperluas, sejumlah auditor dilatih dan memperoleh sertifikasi untuk

---

<sup>24</sup> [http://www.icao.int/cgi/goto\\_m.pl/icao/en/nr/2006/pio200604\\_e.pdf](http://www.icao.int/cgi/goto_m.pl/icao/en/nr/2006/pio200604_e.pdf). Baca juga ICAO News release 8 Oktober 2004 tentang Global Aviation Safety and Security Strengthened as 35<sup>th</sup> ICAO Assembly Adopts Long-Term Plans of Action.

menjamin pelaksanaan audit keselamatan dengan tingkat yang paling tinggi. Pada akhir 2007 sekitar 189 negara telah diaudit.

Terdapat beberapa unsur yang kritis dari USOAP, yaitu:

- a. Legislasi penerbangan yang utama (*primary aviation legislation*)
- b. Peraturan operasional tertentu (*specific operating regulations*)
- c. Struktur institusi penerbangan sipil dan fungsi pengawasan keselamatan (*civil aviation authority structure and safety oversight function*)
- d. Pedoman teknis (*technical guidance*)
- e. Personil yang handal (*qualified personnel*)
- f. Lisensi dan sertifikasi (*licensing and certification*)
- g. Kewajiban pengawasan yang terus-menerus (*continued oversight obligations*)
- h. Penyelesaian masalah-masalah keselamatan (*resolution of safety issues*)

## **B. IATA Standard**

Antara ICAO dan IATA terdapat kesepakatan untuk saling membagi informasi yang terkait dengan keselamatan penerbangan, terutama yang dihasilkan dari program audit masing-masing. Hal itu dilakukan untuk memperbaiki kemampuan mengidentifikasi resiko keselamatan dan guna mencegah kecelakaan penerbangan. Atas dasar MOU yang dilakukan antara ICAO dan IATA kedua organisasi sepakat untuk memberikan informasi yang terkait dengan hasil pemeriksaan keselamatan (*oversight audit*) masing-masing, demikian pula yang terkait dengan pemantauan atas kecelakaan dan insiden penerbangan<sup>25</sup>. Berdasarkan permintaan, para ahli dari kedua organisasi dapat diijinkan menjadi pengamat dalam misi audit yang dilaku-

---

<sup>25</sup> MOU yang ditandatangani pada bulan Maret 2006, sebagaimana dikutip oleh Doo Hwan Kim dalam bukunya, *Essays for the Study of the International Air and Space Law*, Korea Studies Information Co.Ltd, 2008, halaman 65-66.

kan satu sama lain. Dalam prakteknya persetujuan dari anggota ICAO dan maskapai penerbangan anggota IATA diperlukan untuk melaksanakan kerjasama tersebut.

IATA *Operational Safety Audit Programme (IOSA)* merupakan standard global pertama bagi pengelolaan keselamatan maskapai penerbangan (*airline safety management*). Sejak diluncurkan pada tahun 2003 telah lebih dari 150 maskapai penerbangan yang mewakili 70% penerbangan berjadwal internasional telah melaksanakan program IOSA, sementara 100 maskapai penerbangan lainnya telah mendaftar untuk mengikuti program tersebut. Pendaftaran IOSA tersebut bersifat terbuka dan dapat diakses pada situs IATA. IOSA yang dilakukan oleh IATA bersifat melengkapi USOAP yang dilakukan oleh ICAO. Hal itu telah mendapatkan pengakuan luas di antara negara-negara dan telah menjadi persyaratan keanggotaan IATA sejak akhir 2007.

Kerjasama antara ICAO dan IATA sungguh-sungguh menunjukkan bahwa keselamatan penerbangan merupakan komitmen dan prioritas utama dalam industri penerbangan. Peran pemerintah dan standar keselamatan global untuk mendukungnya menjadi suatu keharusan. Kemitraan antara pemerintah masing-masing negara dengan ICAO dan IATA dalam meningkatkan keselamatan penerbangan akan menciptakan industri penerbangan yang lebih terjamin keselamatannya.

### C. *Global Aviation Safety Plan (GASP)*

Unsur dari kegiatan GASP meliputi:

1. Melakukan *review* tahunan terhadap faktor-faktor penyebab dari kecelakaan atau insiden penerbangan dengan menggunakan semua sumber informasi yang tersedia.
2. Merekomendasikan tindakan-tindakan bagi perbaikan keselamatan penerbangan serta memberikan bantuan untuk menanggapi temuan-temuan USOAP ICAO.

3. Meningkatkan kapasitas identifikasi serta mengungkap kekurangan-kekurangan dalam bidang navigasi udara dengan menggunakan semua sumber yang tersedia, termasuk dari ICAO *Planning and Implement Regional Group*.
4. *Mereview* dan memperbaiki sistem basis data keselamatan penerbangan yang tersedia untuk memfasilitasi penyebaran informasi yang terkait dengan keselamatan.
5. Bekerjasama dengan negara-negara dan industri penerbangan untuk mengidentifikasi tindakan-tindakan keselamatan tambahan.
6. Mengembangkan solusi atas permasalahan-permasalahan keselamatan penerbangan yang teridentifikasi.

#### **D. FAA Standard**

FAA sangat *concern* dan ingin menjadi *leader* dalam implementasi aturan-aturan keselamatan penerbangan sesuai dengan SARP ICAO. Untuk itu membentuk IASA yang bertugas melakukan audit terhadap kepatuhan keselamatan penerbangan dari berbagai negara sebagai dasar pemberian hak untuk terbang dari dan/ke Amerika Serikat.

Di samping itu, FAA juga mengembangkan standar regulasi keselamatan penerbangan sebagai suatu *Model Law*.

#### **E. European Standard**

Sejak semula Uni Eropa menerapkan standar keselamatan yang sangat tinggi yang mengacu pada ICAO *Safety Standards (SARP)*. Untuk itu dalam rangka menilai kepatuhan atas SARP menggunakan 4 (empat) kriteria utama, yaitu:

1. Tingkat keselamatan maskapai yang ditemukan, baik oleh organisasi internasional maupun otoritas penerbangan sipil negara lain.

2. Kemampuan atau kemauan maskapai untuk mengambil langkah-langkah guna memperbaiki tingkat keselamatan.
3. Kemampuan dan kemauan otoritas penerbangan sipil untuk melaksanakan pengawasan dan penegakan aturan agar langkah-langkah perbaikan tersebut diimplementasikan oleh maskapai penerbangan.
4. Kemampuan dan kemauan otoritas penerbangan sipil dan maskapai untuk mengambil langkah tepat apabila terjadi kecelakaan.

### III. RESPONS INDONESIA DAN UPAYA PERBAIKAN

#### A. Respons Awal

Semula Indonesia menanggapi larangan terbang tersebut secara agak emosional dan mengaitkannya dengan persoalan politis atau persaingan dagang. Reaksi tersebut tampak dari pernyataan-pernyataan pejabat-pejabat yang terkait, baik Menteri Perhubungan, Menteri Luar Negeri, Juru Bicara Kepresidenan, Juru Bicara Departemen Luar Negeri. Menteri Perhubungan Jusman Syafii Djamal mengatakan Uni Eropa tidak layak melakukan intervensi terhadap negara-negara anggota ICAO dengan menjadikan aturan-aturan ICAO sebagai landasan, mengingat Uni Eropa sebagai kesatuan bukanlah anggota ICAO. Menteri Luar Negeri Hasan Wirayudha menyampaikan kekecewaan perihal perpanjangan larangan terbang Uni Eropa ke ranah politis dalam pertemuan dengan beberapa Duta Besar Negara-negara Uni Eropa pada tanggal 2 Juli 2008 di Jakarta. Juru Bicara Kepresidenan Dino Patti Jalal bahkan menyatakan, dengan mengutip pernyataan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono memandang penilaian Uni Eropa terhadap maskapai penerbangan Indonesia tidak *fair*, Presiden sangat kecewa, karena itu tidak akan merencanakan kunjungan kenegaraan ke Eropa. Juru Bicara Departemen Luar Negeri Teuku Faizyah menilai perpanjangan pelarangan terbang oleh Uni Eropa tidak memberikan respons yang sepadan terhadap serangkaian usaha



dan langkah-langkah yang telah dilakukan Pemerintah Indonesia dalam meningkatkan kualitas maskapai penerbangan Indonesia<sup>26</sup>.

Pandangan yang realistis justru datang dari Wakil Presiden Jusuf Kalla yang menyatakan bahwa larangan terbang Uni Eropa terhadap seluruh maskapai penerbangan di Indonesia justru baik untuk memperbaiki penerbangan dalam negeri. Selanjutnya dikatakan bahwa sisi positifnya, ini baik karena kita dipaksa memperbaiki penerbangan kita sesuai standar internasional sehingga ada pembenahan-pembenahan. Jadi justru memperbaiki penerbangan dalam negeri<sup>27</sup>.

Menanggapi reaksi awal yang dilakukan oleh Pemerintah Indonesia terhadap larangan maupun perpanjangan larangan terbang oleh Uni Eropa, dalam pertemuan dengan Menteri Perhubungan Republik Indonesia, pihak Perwakilan dari Uni Eropa menekankan bahwa penilaian Uni Eropa terhadap masalah penerbangan bersifat objektif dan tidak ada kaitannya dengan motif komersial ataupun bisnis. Ada 2 (dua) masalah yang dihadapi Indonesia, yaitu masalah maskapai penerbangan dan masalah regulator (Pemerintah). Jika maskapai penerbangan sudah menunjukkan perbaikan, menampakkan kemajuan, maka larangan terbangnya dapat dicabut, namun tetap harus menunggu perbaikan oleh regulator (Pemerintah) untuk memenuhi hasil audit ICAO<sup>28</sup>.

Setelah memahami bahwa pertimbangan putusan tersebut murni berdasarkan temuan teknis, serta mengetahui bahwa sikap Uni Eropa tidak akan berubah sepanjang tidak dilakukan perubahan yang konkrit, baik dari aspek regulasi, regulator, maupun maskapai

---

<sup>26</sup> Mengenai pandangan para pejabat Indonesia terkait larangan terbang Uni Eropa, baca: Release dari pandangan R.B. Suryama M Sastra, anggota Komisi I DPR dari Fraksi PKS dengan judul "Larangan Terbang Maskapai Indonesia ke Eropa" yang dirilis pada tanggal 30 Juli 2008. Dalam naskah tersebut dikemukakan secara kronologis perihal larangan terbang, perpanjangan larangan terbang berikut reaksinya.

<sup>27</sup> Baca Ibid, halaman 4.

<sup>28</sup> [http://www.detiknews.com/read/2008/07/24/191729/977446/10/ue-masih\\_tetap\\_larang\\_maskapai\\_penerbangan\\_indonesia](http://www.detiknews.com/read/2008/07/24/191729/977446/10/ue-masih_tetap_larang_maskapai_penerbangan_indonesia)

penerbangan, maka Indonesia mulai melakukan langkah-langkah perbaikan.

## B. Upaya Perbaikan

Langkah-langkah perbaikan yang telah ditempuh, meliputi namun tidak terbatas pada:

### 1. *Memperbaiki Undang-Undang Penerbangan*

Sebenarnya aturan terkait keamanan dan keselamatan penerbangan berdasarkan UU No. 15 tahun 1992 tentang Penerbangan telah dijabarkan dalam Peraturan Pemerintah (PP) No. 3 tahun 2001 tentang Keamanan dan Keselamatan Penerbangan. Di dalamnya terdapat pengaturan atas keamanan dan keselamatan pesawat udara<sup>29</sup>, penggunaan dan pengoperasian pesawat udara<sup>30</sup> serta keamanan dan keselamatan bandar udara<sup>31</sup>.

Dalam upaya untuk memuaskan pihak Uni Eropa agar mencabut larangan terbang bagi Maskapai Penerbangan Indonesia, maka disahkanlah UU baru di bidang Penerbangan yaitu UU No. 1 tahun 2009 tentang Penerbangan. Dalam UU No. 1 tahun 2009 tentang Penerbangan tersebut ketentuan tentang Keselamatan dan Keamanan Penerbangan antara lain diatur dalam Bab VI tentang Rancang Bangun dan Produksi Pesawat Udara<sup>32</sup>, Bab VIII tentang Kelaikan Udara dan Pengoperasian

---

<sup>29</sup> Meliputi standar kelaikan udara; rancang bangun pesawat udara, mesin pesawat udara, baling-baling pesawat udara dan komponen-komponennya; pembuatan pesawat, mesin, baling-baling, komponen pesawat udara; perawatan; sertifikat pesawat udara.

<sup>30</sup> Meliputi penggunaan; pengoperasian; pemeriksaan keandalan operasional pesawat udara; serta tanda pendaftaran dan kebangsaan.

<sup>31</sup> Meliputi sertifikat operasi bandar udara; sisi darat dan sisi udara dalam wilayah bandara; peralatan penunjang fasilitas penerbangan dan operasi bandar udara; penanggulangan gawat darurat; rambu, marka dan isyarat; pelayanan pergerakan pesawat.

<sup>32</sup> Terdiri dari 2 bagian, yaitu bagian 1 tentang rancang bangun pesawat udara (pasal 13-18) dan bagian 2 tentang produksi pesawat udara (pasal 19-23).

Pesawat Udara<sup>33</sup>, Bab XIII tentang Keselamatan Penerbangan<sup>34</sup>, serta Bab XIV tentang Keamanan Penerbangan<sup>35</sup>.

2. *Memperbaiki kekurangan yang yang dikemukakan dalam hasil audit ICAO*

Sebagaimana diketahui hasil USOAP atau audit yang dilakukan oleh ICAO pada tahun 2000, 2004, dan 2007 menunjukkan adanya 121 temuan, dimana 69 diantaranya adalah masalah keamanan penerbangan yang menjadi dasar bagi UE melakukan pelarangan terbang<sup>36</sup>. Perbaikan tersebut mutlak harus dilakukan tanpa terkecuali, termasuk dengan pembentukan *Civil Aviation Transformation Team (CATT)* atas dasar *Management Service Agreement* dengan ICAO<sup>37</sup>.

3. *Menambah jumlah inspektur penerbangan agar sesuai dengan rasio jumlah pesawat yang dioperasikan*

Jumlah Inspektur Kelaikan Udara pada Direktorat Jenderal Perhubungan Udara yang pada saat larangan terbang hanya berjumlah 30 orang dengan wilayah tugas mengawasi 230 unit

---

<sup>33</sup> Terdiri dari 8 bagian, yaitu: bagian 1 tentang kelaikudaraan pesawat udara (34-40); bagian 2 tentang operasi pesawat udara (pasal 41-45); bagian 3 tentang perawatan pesawat udara (pasal 46-51); bagian 4 tentang keselamatan dan keamanan dalam pesawat udara selama penerbangan (pasal 52-57); bagian 5 tentang personel pesawat udara (pasal 58-61); bagian 6 tentang asuransi dalam pengoperasian pesawat udara (pasal 62); bagian 7 tentang pengoperasian pesawat udara (pasal 63-66); bagian 8 tentang pesawat udara negara (pasal 67-70).

<sup>34</sup> Terdiri dari 5 bagian, mulai pasal 308 sampai pasal 322. 5 bagian tersebut, yaitu: program keselamatan penerbangan nasional; pengawasan keselamatan penerbangan; penegakan hukum keselamatan penerbangan; system manajemen keselamatan penyedia jasa penerbangan; dan budaya keselamatan penerbangan.

<sup>35</sup> Terdiri dari 6 bagian, mulai pasal 323 sampai pasal 351.

<sup>36</sup> Sebagaimana diketahui, Indonesia dinilai setaraf dengan negara-negara yang dianggap tidak becus mengelola keselamatan penerbangan seperti: Kongo, Rwanda, Angola, Sierra Leone, Kirgistan, Ukraina, Iran, Korea Utara, Swaziland, dan Guinea Ekuatorial. Untuk selengkapnya lihat <http://ec.europa.eu/transport/airban/>.

<sup>37</sup> Kerjasama dilakukan untuk jangka waktu 3 tahun dari tahun 2008 sampai 2010 dengan biaya US \$ 7 juta.

pesawat yang dioperasikan oleh 47 maskapai penerbangan, akan ditingkatkan minimal mencapai 100 orang.

4. *Meningkatkan pemeriksaan pesawat di area ramp (ramp check)*  
Minimnya pemeriksaan pesawat di area ramp (*ramp check*) oleh otoritas penerbangan harus ditingkatkan untuk lebih menjamin keselamatan penerbangan. Sebagai acuan, Perancis misalnya, melakukan *ramp check* 25 kali perhari.

5. *Meningkatkan pengawasan (oversight) keselamatan maskapai penerbangan Indonesia*

Peningkatan pengawasan keselamatan maskapai penerbangan menjadi tugas otoritas penerbangan untuk memastikan keselamatan penerbangan. Pengawasan secara *strict* terhadap implementasi regulasi nasional yang berstandar internasional mutlak perlu dilakukan, meliputi aspek sarana, prasarana, sertifikasi pesawat maupun personil, dan lain-lain.

Secara terpisah maskapai penerbangan Garuda Indonesia mengupayakan peningkatan keselamatan penerbangan, termasuk memenuhi standar *International Air Transport Association (IATA)*, yaitu dengan memperoleh sertifikat *IATA Operational Safety Audit (IOSA)*.

#### **IV. PELAJARAN YANG DAPAT DIPETIK DAN ARAH KE DEPAN**

- A. Dalam dunia penerbangan, keselamatan (*safety*) dan keamanan (*security*) adalah merupakan aspek yang tidak dapat ditawar-tawar karena menyangkut manusia dan kemanusiaan. Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh *Michael Milde*, pakar Hukum Udara Internasional yang menyatakan:

*“Aviation is probably the most extensively and strictly regulated human activity. The technical and operational complexity and the concern*

*of safety and security in operation of the aircraft are reflected in detailed legal regulation that is enforced by national and international mechanism*<sup>38</sup>.

- B. Selama ini kita cenderung memandang aspek *safety* dan *security* dengan setengah hati, sehingga tingkat kecelakaan transportasi relatif tetap tinggi dengan korban yang cukup besar. Menarik juga untuk mengutip pandangan *Assad Kotaite*, Presiden Dewan ICAO yang menyatakan bahwa pada dasarnya penerbangan sipil sangat aman, jika terjadi kecelakaan seringkali diakibatkan oleh pelanggaran terhadap aturan dan prosedur pada SARP serta materi pedoman lain terkait yang dikembangkan oleh ICAO<sup>39</sup>.
- C. Larangan terbang Uni Eropa perlu disikapi Indonesia secara bijak dan proporsional sebagai langkah koreksi dan introspeksi  
Sebagai bangsa pembelajar, Indonesia harus mengambil hikmah positif atas larangan terbang Uni Eropa sebagai cara kita untuk secara bijak dan proporsional melakukan koreksi dan introspeksi atas kondisi objektif penanganan masalah penerbangan di Indonesia. Hasil dari introspeksi tersebut harus ditindaklanjuti dengan langkah-langkah korektif (perbaikan) secara sistematis dan konsisten. Yang lebih penting, terjadi perubahan paradigmatik dari budaya yang kurang peduli terhadap keselamatan menjadi budaya yang peduli keselamatan, termasuk keselamatan penerbangan. Ini semua atas nama manusia dan kemanusiaan.
- D. Pembenahan aspek keselamatan penerbangan harus dilakukan secara komprehensif (konsepsi, regulasi, institusi, penegakan hukum, partisipasi masyarakat) dan konsisten (berkelanjutan, perbaikan terus

---

<sup>38</sup> Baca Michael Milde, *Essential Air and Space Law: International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, Utrecht, the Netherlands, 2008, dalam Pengantar (Forward), halaman xi.

<sup>39</sup> Pandangan yang dikemukakan oleh *Assad Kotaite* pada peringatan International Aviation Day pada tanggal 7 Desember 2000.

menerus) yang menuntut komitmen (sikap, mentalitas) yang tinggi pada semua pihak yang terkait.

- E. Perlunya penyesuaian tingkat dan standar keselamatan penerbangan dengan standar internasional yang mencerminkan kemajuan, *common practices dan best practices*

Penyesuaian standar keselamatan penerbangan, dari standar nasional ke standar internasional merupakan keharusan untuk perbaikan sekaligus mengatasi semua masalah dan kendala di bidang peningkatan keselamatan penerbangan.



# HARMONISASI HUKUM NASIONAL DAN HUKUM INTERNASIONAL DALAM RANGKA *DISASTER MANAGEMENT*<sup>1</sup>

## I. PENGANTAR

### A. Fakta dan Data Tentang Berbagai Bencana Besar Serta Dampak yang Ditimbulkan

Masih segar dalam ingatan kita, dalam tahun ini saja, dan bahkan beberapa bulan terakhir, berbagai bencana besar telah melanda kawasan Asia. Dimulai dengan Badai *Nargis* di Kawasan Delta Irawadi di Myanmar pada tanggal 3-4 Mei 2008 yang telah menimbulkan kerugian besar dan mengakibatkan tewas dan hilangnya lebih dari 133.000 orang dan rusaknya infrastruktur serta penderitaan yang ditimbulkan pasca bencana, serta lebih dari 500.000 orang kehilangan rumah<sup>2</sup>, belum lagi persoalan politik yang menjadi kendala bagi pemberian bantuan internasional terhadap para korban<sup>3</sup>. Pekerja bantuan kemanusiaan bahkan tidak mampu menjangkau sekitar 1,3 juta orang dari 2,4 juta orang yang selamat<sup>4</sup>. Tak lama setelah bencana di Myanmar, pada tanggal 12 Mei 2008 terjadi bencana gempa bumi dengan

---

<sup>1</sup> Orasi Ilmiah disampaikan pada HUT ke 43 Fakultas Hukum, Universitas Atma Jaya, Jakarta, 8 Juli 2008

<sup>2</sup> Teofisto Guingona, *the ASEAN Coalition of Mercy, From Aceh to Myanmar*, Jakarta Post, 23 May 2008.

<sup>3</sup> Mengenai kesulitan yang dihadapi masyarakat internasional dalam pemberian bantuan kepada korban badai *Nargis* di Myanmar, baca: AFP, *Myanmar Junta Should Be Tried for Humanity Crime: EU Parliament*, Jakarta Post, 23 Mei 2008. Baca juga AFP, *Myanmar Tightens Security, Denies Evictions*, Jakarta Post, 9 Juni 2008. Lihat Jared Genser, *RI Running Out of Time to Play Key Role in Myanmar*, Jakarta Post, 12 June 2008.

<sup>4</sup> Baca: Apriadi Gunawan, *US, RI Military Send Aid to Nargis Cyclone Survivor*, Jakarta Post, 7 June 2008.



skala 7,9 skala Richter yang berpusat di provinsi Sichuan, Republik Rakyat Cina, yang memporakporandakan provinsi Sichuan dan sekitarnya serta mengakibatkan kerugian yang tak kalah besarnya (katastropik), baik terhadap harta benda, jiwa (sekitar 88.000 orang tewas atau hilang dan 5,5 juta pengungsi) serta hancurnya berbagai fasilitas umum yang ada<sup>5</sup>. Terakhir, pada bulan Juni, badai *Fengshen* (angin dewa) dengan kecepatan 180 km/jam melanda Filipina, Hongkong dan Provinsi Guangdong di Cina Selatan. Badai *Fengshen* di Filipina menewaskan lebih dari 1000 orang, di mana sebagian besar adalah penumpang kapal ferry *Princess of Stars*<sup>6</sup>.

Fakta-fakta di atas menunjukkan bahwa setiap tahun berjuta-juta manusia telah menderita karena bencana, baik bencana alam maupun bencana kemanusiaan. Setiap tahun masyarakat internasional dihadapkan pada tantangan merespons krisis yang melebihi kapasitas infrastruktur nasional yang ada. Selama ini tidak terdapat instrumen hukum yang komprehensif yang terdiri dari kaidah, prinsip dan standard bagi perlindungan dan upaya bantuan terhadap korban bencana tersebut. Seringkali terjadi operasi penanggulangan dilakukan berdasarkan sistem dan aturan yang bersifat temporer dan instan yang menunjukkan disparitas antara satu Negara dengan Negara yang lain sehingga tidak menjamin pemberian bantuan bagi korban secara cepat dan efektif, yang pada akhirnya meletakkan kehidupan dan martabat manusia pada resiko yang besar.

### 1. *Kondisi Ideal Kesiapan Menghadapi dan Menangani Bencana*

Kondisi ideal menyangkut kesiapan terhadap bencana seharusnya meliputi:

- a. Menjamin kesiapsiagaan baik pada tingkat lokal, nasional dan internasional;

---

<sup>5</sup> Lindsay Beck, *Parent's Protests Shadow Chinese Post-Quake Plans*, Jakarta Post, 4 June 2008

<sup>6</sup> Kompas, *Fengshen Mengamuk*, 23 Juni 2008. Baca juga Kompas, *Hongkong Lumpuh: Topan Fengshen menewaskan 1000 orang di Philipina*.

- b. Bersifat antisipatif terhadap kebutuhan yang mungkin dihadapi;
- c. Kemampuan untuk mengidentifikasi potensi tantangan hukum dan administrasi bagi masuknya bantuan serta aspek koordinasinya;
- d. Mencegah hambatan-hambatan yang tidak perlu, baik yang menyangkut masalah hukum, kebijakan maupun kelembagaan. Agar dipahami bahwa penanganan bencana (*disaster management*) mencakup namun tidak terbatas pada kegiatan-kegiatan seperti: pencegahan (*prevention*), kesiapsiagaan (*preparedness*), peringatan dini (*early warning*), tanggap darurat (*emergency response*), relief, evakuasi, mitigasi, *recovery*, rehabilitasi dan rekonstruksi.

## 2. *Problematika Dalam Penanganan Bencana*

Pada bencana yang berskala sangat besar yang melampaui kapasitas infrastruktur nasional dalam menanganinya, pada umumnya kita dihadapkan pada situasi seperti:

- a. Kelambanan dan/atau bahkan kegagalan untuk menanganinya. Dalam kasus Tsunami pada akhir tahun 2004 misalnya, saat itu Negara-negara yang terkena dampak tidak memiliki sistem peringatan dini, kesiagaan serta kesiapan yang memadai<sup>7</sup>.
- b. Sistem hukum dan regulasi nasional yang lemah untuk menangani kebutuhan masyarakat internasional yang ingin memberikan bantuan. Dalam kasus Indonesia, kita baru memiliki suatu Undang-Undang yang komprehensif dalam penanganan bencana pada tahun 2007<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Lihat David P Fidler, *The Indian Ocean Tsunami and International Law*, ASIL Insight, 2005, halaman 1-2.

<sup>8</sup> Undang Undang No. 24 tahun 2007 tentang Penanggulangan Bencana

- c. Kurangnya kesadaran di antara Pemerintah/Negara perihal pentingnya kerjasama internasional yang seharusnya mengatasi perbedaan ideologi, politik dan hambatan administrasi/hukum dalam hal terjadinya bencana (baik bencana alam maupun bencana teknologi).
- d. Tidak terdapatnya kerangka hukum yang komprehensif, beberapa perjanjian internasional multilateral bahkan belum diratifikasi secara luas<sup>9</sup>.
- e. Kerjasama internasional lebih dititikberatkan pada kerjasama bilateral dan regional.

## **B. Pentingnya Kerangka Hukum Nasional dan Internasional Dalam Penanganan Bencana**

Guna mengatasi berbagai problematika yang timbul dalam penanganan bencana, salah satu aspek yang perlu menjadi perhatian adalah mengembangkan landasan dan kerangka hukum bagi pemberian bantuan pada fase pra, selama dan pasca bencana secara cepat dan efektif atas nama kemanusiaan. Pada beberapa tahun terakhir ini perkembangan *human security* telah meluas cakupannya sehingga meliputi pula aspek-aspek mitigasi dan penanganan bencana<sup>10</sup>.

Bagi pengembangan kerangka hukum nasional dan internasional dalam penanganan bencana, beberapa pertanyaan berikut kiranya perlu dijawab:

1. Sejauhmana ketentuan-ketentuan Hukum Internasional yang berlaku telah cukup memadai sebagai dasar bagi penanganan bencana?

---

<sup>9</sup> Baca: Peter Malanczuk, *The General International Legal Framework for Disaster Management*, Makalah dipresentasikan pada *Conference on Space Law and Applications for Disaster Management in the Asia Pacific Region*, Chiang Mai, 2007, halaman 24.

<sup>10</sup> Lihat Mahbub Ul-Haq, *Global Governance for Human Security*, dalam Buku *Worlds Apart: Human Security and Global Governance*, Majid Tehranian (Ed), I.B.Tauris & Co Ltd, London, 1999, halaman 79-94.

2. Apakah ketentuan-ketentuan Hukum Nasional mengenai penanganan bencana telah memadai serta sesuai dengan standard internasional yang berlaku?
3. Bagaimana menciptakan keselarasan/keharmonisan antara ketentuan Hukum Nasional dan Internasional dalam mendukung upaya penanganan dan mitigasi bencana yang efektif?

## **II. KETENTUAN-KETENTUAN HUKUM INTERNASIONAL YANG TERKAIT DENGAN PENGELOLAAN BENCANA**

Selama ini disadari bahwa ketentuan-ketentuan Hukum Internasional yang terkait dengan bencana kemanusiaan yang ditimbulkan oleh perang dan berbagai konflik bersenjata telah cukup berkembang. Berbagai instrumen Hukum Internasional di bidang Hukum Humaniter telah menjadi landasan hukum yang memadai untuk menangani bencana tersebut. Keadaan yang sebaliknya justru terjadi pada aturan hukum internasional dalam penanganan bencana pada masa damai (*in peace time*), baik yang berupa bencana alam maupun bencana teknologi, dianggap kurang memadai.

Untuk memperoleh gambaran tentang kerangka hukum internasional dalam penanganan bencana pada masa damai tersebut, dapat diuraikan berbagai instrumen hukum yang ada, baik yang berupa *Hard Laws* maupun *Soft Laws*.

### **A. *HARD LAWS***

Pada umumnya *hard laws* sebagai sumber hukum berupa perjanjian internasional, yang meliputi: *treaties*, *conventions*, *agreements*, dan lain-lain. Terdapat beberapa hal yang menjadi karakteristik dan sekaligus pembeda dari *hard laws* dibandingkan dengan *Soft Laws*, yang meliputi namun tidak terbatas pada:

1. Penyusunannya biasanya memakan waktu yang cukup panjang karena memerlukan proses perundingan, penyusunan naskah,

penetapan, penandatanganan, pengesahan, hingga mulai berlakunya. Pada proses penyusunan yang berdasarkan pada prinsip konsensus, proses penyusunannya bisa menjadi lebih kompleks.

2. Terdapat berbagai kesulitan untuk melakukan perubahan/amandemen.
3. Bersifat mengikat dan dapat dipaksakan pelaksanaannya, karenanya setiap bentuk pelanggaran terhadapnya akan berkonsekuensi terhadap tanggung jawab Negara yang bersangkutan.

Beberapa perjanjian internasional yang relevan dengan upaya penanganan bencana pada masa damai, antara lain:

1. *Convention Establishing an International Relief Union of 1927*
2. *Convention concerning Assistance in the Case of Nuclear Accident or Radiological Emergency of 1986*
3. *Convention on Early Notification of a Nuclear Accident of 1986*
4. *Council's of Europe Agreement on the Prevention of, Protection against, and Organization of Relief in Major Natural and Technological Disaster of 1987*
5. *Convention on Temporary Admission of 1990 (in particular annex B.9 concerning goods imported for humanitarian purposes)*
6. *Inter-American Convention to Facilitate Disaster Assistance of 1991*
7. *The Tampere Convention on the Provisions of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations of 1998 (entry into force 8 January, 2005)*
8. *The International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedure as amended in 1999*
9. *Framework Convention on Civil Defence Assistance*
10. *Etc.*

Salah satu konvensi internasional yang penting untuk dikemukakan adalah *Tampere Convention on the Provisions of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations of 1998* atau yang dikenal sebagai *Tampere Convention*. Konvensi yang digagas oleh ITU ini mulai berlaku pada tanggal 8 Januari 2005 setelah diratifikasi oleh 30 negara. Tampere Convention dirumuskan guna mempermudah importasi dan penggunaan peralatan telekomunikasi dalam hal terjadi kedaruratan karena bencana. Kemudahan yang diberikan meliputi pemanfaatan alokasi frekuensi; kemudahan prosedural dan biaya; kemudahan dari pembatasan atas pergerakan persoril, dan lain-lain.

Beberapa ketentuan pokok dari *Tampere Convention*, antara lain:

1. Dirancang untuk mempermudah penggunaan sarana telekomunikasi untuk kepentingan bantuan kemanusiaan internasional;
2. Negara dan subjek hukum bukan Negara didesak untuk menggelar satelit dan sarana terrestrial untuk: meramalkan dan memantau bahaya (*hazard*) dan bencana; membagi informasi tentang bahaya (*hazard*) dan bencana; memasang dan mengoperasikan peralatan telekomunikasi secara tepat dan fleksibel untuk mendukung bantuan kemanusiaan dan kegiatan organisasi-organisasi kemanusiaan.
3. Mengurangi dan/atau menghilangkan hambatan regulasi dalam pelaksanaan kegiatan kemanusiaan untuk kepentingan mitigasi dan penanganan bencana.
4. Dan lain-lain<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Untuk analisis selengkapnya mengenai Tampere Convention, baca: Zao Yun, *Tampere Convention*, dalam *East Asia and International Law Journal*, Vol. 1 tahun 2008.

## **B. SOFT LAWS**

Meskipun pada prinsipnya perjanjian-perjanjian internasional sebagai *hard laws* merupakan sumber utama hukum internasional (*primary sources of International Law*), namun karena berbagai karakteristik, termasuk kelemahan yang melekat kepadanya, dalam beberapa hal tidak berkembang secara optimal dalam penanganan dan penyelesaian masalah-masalah internasional, khususnya dalam penanganan dan mitigasi bencana. Untuk melengkapi kaidah-kaidah hukum internasional dalam menunjang kegiatan penanganan dan mitigasi bencana, dalam beberapa tahun terakhir ini telah dihasilkan berbagai instrumen hukum internasional berbentuk *soft laws*, seperti Resolusi-Resolusi Majelis Umum PBB (*UNGA Resolutions*), prinsip-prinsip dan kaidah (*principles and rules*), pedoman (*guidelines*), aturan perilaku (*code of conduct*), *model laws*, dan lain-lain yang dihasilkan oleh berbagai lembaga internasional. Dalam prakteknya, meskipun instrumen-instrumen internasional tersebut bersifat sukarela (*voluntary*) dan tidak mengikat (*non-binding*), namun terbukti efektif. *Soft laws* terbukti efektif karena mudah menyesuaikan diri dengan perubahan dan perkembangan yang cepat serta merupakan respons yang cocok dan cepat sesuai kebutuhan. Di samping itu, perumusan dan pencapaian kesepakatannyapun relatif lebih mudah<sup>12</sup>. Pelaksanaan *soft laws* lebih berdasar kepada itikad baik dan upaya maksimal (*best endeavor*).

Beberapa instrumen internasional yang merupakan *soft laws* terkait dengan penanganan dan mitigasi bencana, antara lain:

1. *Charter on Cooperation to Achieve the Coordinated Use of Space Facilities in the Event of Natural or Technological Disaster of 2000*  
Dokumen yang dikenal dengan *Charter on Space and Major Disaster* ini merupakan kesepakatan internasional diantara beberapa

---

<sup>12</sup> Setsuko Aoki, *Emerging International Space Law on Disaster Management with Special Emphasis on Data Policy*, makalah disampaikan pada *Conference on Space Law and Space Application for Disaster Management in Asia Pacific*, 21 Nopember 2007, halaman 4.

badan antariksa negara-negara maju<sup>13</sup> guna mendukung upaya mitigasi dan bantuan terhadap bencana dengan menggunakan data dan informasi keantariksaan. Kurangnya kerangka hukum dalam penanganan bencana dalam skala global telah mendorong kesepakatan ini pada tahun 2000. Tujuan *Charter on Space and Major Disaster* adalah untuk kepentingan unifikasi sistem perolehan dan penyerahan data keantariksaan terhadap wilayah/pihak/Negara yang terkena dampak bencana alam atau bencana teknologi. Sejak diberlakukan, sistem ini telah lebih dari 100 kali membantu mengatasi keadaan darurat yang ditimbulkan oleh banjir, kebakaran (hutan), tanah longsor, topan, letusan gunung berapi, limbah minyak di laut, tsunami, hurricane, gempa bumi yang terjadi di berbagai belahan bumi<sup>14</sup>.

2. *Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance of 2007* Merupakan *Guidelines* yang disepakati dalam sidang ICRC akhir 2007. Semula merupakan program dari *International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC)* yang disebut *International Disaster Response Law, Rules and Principles (IDRL)* yang bertujuan untuk memberi kontribusi bagi kesiapan hukum nasional dengan cara memberikan pedoman/petunjuk bagi negara-negara yang berminta untuk menyempurnakan kerangka hukum, kebijakan dan kelembagaannya berkaitan dengan *international disaster relief and initial recovery assistance*.

---

<sup>13</sup> Badan-badan Antariksa yang terlibat dalam kesepakatan pada *Charter Space and Major Disaster* sebagai inisiator utama adalah *National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA)* dari AS; *Canadian Space Agency (CSA)*; *France Space Agency (CNES)*; *Indian Space Research Organization (ISRO)*; *JAXA (Japan)*.

<sup>14</sup> Bagi uraian selengkapnya mengenai *Charter Space and Major Disaster*, baca: Joanne Gabrynowics, *Comments on the Discussion Paper: Space Contribution to Disaster management, Legal Framework*, disampaikan pada *Space law Conference 2006*. Baca juga V. Balakista Reddy, *The International Charter Space and Major Disasters*, disampaikan pada *Space Law Conference*, Chiang Mai, Thailand, 2007.



Beberapa ketentuan pokok yang diatur dalam Guidelines meliputi<sup>15</sup>:

- a. Tanggung jawab berbagai pihak dalam rangka *disaster relief and initial recovery assistance* (baik *affected States, assisting actors, and all States*);
  - b. Sistem peringatan dini dan kesiagaan (peringatan dini, hukum, kebijakan, kelembagaan, dukungan internasional dan regional terhadap kapasitas domestik);
  - c. *Initiation and termination of international disaster relief and initial recovery assistance* (termasuk bagi bantuan militer, fasilitas yang diberikan kepada Negara atau pihak yang membantu lainnya);
  - d. *Legal facilities for entry operations* (kemudahan bagi masuk beroperasinya personil, barang, peralatan, barang dan peralatan khusus, transportasi, status hukum domestic sementara, perpajakan, keamanan, perpanjangan waktu kerja, biaya, dan lain-lain).
3. *The Humanitarian Charter and Minimum Standard in Disaster Response (The Sphere Project)*

Proyek ini diluncurkan pada tahun 1997 oleh sekelompok LSM dan Gerakan Palang Merah dan Bulan Sabit. Sepenuhnya merupakan inisiatif berdasarkan atas prinsip sukarela serta mencerminkan kehendak kolektif dan saling membagi pengalaman diantara aktor-aktor yang berkecimpung dalam bidang kemanusiaan. Proyek ini juga bertujuan untuk memberikan kontribusi

---

<sup>15</sup> Bagi analisis selengkapnya mengenai dokumen ini, baca: I.B.R Supancana: *The International Legal Framework to Support Space Activities in Disaster Management*; makalah dipresentasikan pada *UN/Indonesia Regional Workshop on Integrated Space Technology Applications to Water Resources Management, Environmental Protection and Disaster Vulnerability Mitigation*, Jakarta, 7-11 July 2008. Baca juga: I.B.R. Supancana, *International Disaster Response Law, Rules and Principles (IDRL) Program of the International Federation of Red Cross and Red Crescent (IFRC)*, Chiang Mai, 21 November, 2007.

terhadap kerangka operasional dan upaya bantuan yang bertanggung jawab terhadap bencana.

Keyakinan utama yang mendasari gerakan ini adalah melakukan semua langkah yang dimungkinkan untuk mengurangi penderitaan manusia yang ditimbulkan oleh bencana dan konflik. Dengan demikian diharapkan mereka yang terkena dampak bencana tetap memiliki hak hidup yang bermartabat serta hak untuk memperoleh bantuan. Nilai dan prinsip yang menjadi pedoman dari kegiatan ini adalah Hukum Humaniter, Hukum HAM dan Hukum Pengungsi<sup>16</sup>. Gerakan ini menghasilkan semacam *Code of Conduct* (aturan perilaku), yaitu *Principles of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and NGO's in Disaster Programs*.

Prinsip-prinsip yang diletakkan dalam *Code of Conduct* tersebut, adalah:

- a. Prinsip kemanusiaan harus didahulukan;
- b. Bantuan diberikan tanpa mempersoalkan ras, kebangsaan, prioritas yang diperhitungkan atas dasar kebutuhan;
- c. Bantuan tidak digunakan untuk memperoleh manfaat politik atau keagamaan;
- d. Berupaya untuk bertindak tidak atas dasar politik luar negeri Negara tertentu;
- e. Menghormati budaya dan kebiasaan setempat;
- f. Membangun kemampuan tanggap bencana berdasarkan kemampuan lokal;
- g. Terlibat dalam program pengembangan manajemen bagi mereka yang memperoleh manfaat dari bantuan tersebut;

---

<sup>16</sup> Bagi uraian selengkapnya mengenai the Sphere Project ini, baca: T. Masson Zwaan, *The Humanitarian Charter and Minimum Standards in Disaster Response (The Sphere Project)*, makalah disampaikan pada *Conference on Space Law and Space Application for Disaster Management in Asia Pacific Region*, Chiang Mai, 2007.

- h. Berupaya untuk mengurangi kerentanan dimasa depan memenuhi kebutuhan dasar;
  - i. Akuntabel terhadap mereka yang dibantu dan terhadap para donor;
  - j. Mengakui dan memberlakukan korban bencana sebagai manusia yang bermartabat dan bukan objek yang tanpa harapan.
4. *UNGA Resolution on Remote Sensing*  
Resolusi Majelis Umum tentang Prinsip-prinsip Penginderaan Jauh dari Antariksa (*The Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space*) ditetapkan oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 3 Desember 1986 setelah pembahasan selama 12 tahun pada UNCOPUOS, khususnya *Legal Sub Committee*.
- Beberapa prinsip yang penting dari resolusi ini yang relevan dengan penanganan dan mitigasi bencana adalah prinsip X dan prinsip XI. Prinsip X meletakkan kewajiban kepada Negara Pengindera (*Sensing State*) untuk mengungkap informasi kritis tentang lingkungan alamiah Negara tersebut. Sementara Prinsip XI meletakkan kewajiban kepada Negara yang memiliki data dan informasi tentang bencana alam untuk mentransmisikannya kepada Negara yang terkena dampak (*affected State*) atau kemungkinan terkena dampak<sup>17</sup>.
5. *The UN Platform for Space-Based Information for Disaster Management and Emergency Resposns (UN-SPIDER)*  
UN-SPIDER dibentuk oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 14 Desember 2006. Pembentukannya dimaksudkan untuk menjamin agar semua Negara memiliki akses kepada dan dapat

---

<sup>17</sup> Untuk analisis selengkapnya mengenai *UNGA Resolution on Remote Sensing* ini dikaitkan dengan penanganan dan mitigasi bencana, lihat: Ricky J Lee, *The Remote Sensing Principles and Natural Disaster Management*, makalah dipresentasikan pada *IISL Conference on Space Law and Disaster Management*, Chiang Mai, 2007.

membangun kemampuan untuk menggunakan semua informasi yang berbasis keantariksaan untuk mendukung siklus penanganan bencana secara penuh. Di samping itu diharapkan mampu berperan sebagai jembatan yang menghubungkan antara aktivitas penanganan bencana dengan masyarakat keantariksaan. Tujuan lain yang ingin dicapai adalah untuk memfasilitasi pengembangan kapasitas dan penguatan kelembagaan, khususnya bagi Negara-negara berkembang<sup>18</sup>.

SPIDER merepresentasikan suatu proyek ambisius untuk melakukan koordinasi pada tingkat global kegiatan penanganan bencana dan tanggap darurat dengan memanfaatkan teknologi keantariksaan. Bahwa hanya dengan dukungan dan partisipasi semua pemangku kepentingan, baik masyarakat keantariksaan maupun masyarakat peduli bencana maka tujuan SPIDER akan dapat dicapai.

### **III. KETENTUAN-KETENTUAN HUKUM NASIONAL DALAM PENGELOLAAN BENCANA**

#### **A. Undang-Undang No. 24 Tahun 2007 Tentang Penanggulangan Bencana**

Undang-Undang No. 24 tahun 2007 tentang Penanggulangan bencana dapat dianggap merupakan undang-undang pertama yang secara komprehensif mengatur segala aspek yang berkaitan dengan penanggulangan bencana. Kehadirannya dapat dianggap agak terlambat, yaitu sangat diwarnai oleh pengalaman pahit ketika terjadi bencana Tsunami pada akhir tahun 2004 yang menimbulkan kerugian jiwa dan harta benda yang sangat besar.

---

<sup>18</sup> Mengenai langkah-langkah yang telah ditempuh ke arah pembentukan UN-SPIDER, lihat: I.B.R Supancana, *Space Contribution to Disaster Management: Legal Framework*, dalam *Proceedings of The Space Law Conference 2006: Asian Cooperation in Space Activities, A Common Approach to Legal Matters*, diterbitkan oleh *Institute and Center for Research of Air and Space Law, Mc Gill University, Canada, 2007*.

Pengertian bencana dalam undang-undang ini cukup luas karena meliputi tidak saja bencana alam, tetapi juga mencakup bencana non alam (termasuk bencana teknologi, gagal modernisasi, epidemik dan wabah penyakit) dan bencana sosial (konflik sosial antar kelompok, antar komunitas masyarakat dan teror). Sementara itu penyelenggaraan penanggulangan bencana adalah serangkaian upaya yang meliputi penetapan kebijakan pembangunan yang beresiko timbulnya bencana, kegiatan pencegahan bencana, tanggap darurat dan rehabilitasi.

Ketentuan-ketentuan pokok yang diatur undang-undang tentang Penanggulangan bencana, yaitu:

1. Ketentuan Umum
2. Landasan, asas dan tujuan
3. Tanggung jawab dan wewenang
4. Kelembagaan
5. Hak dan kewajiban masyarakat
6. Peran Lembaga Usaha dan Lembaga Internasional
7. Penyelenggaraan Penanggulangan Bencana
8. Pendanaan dan Pengelolaan Bantuan Bencana
9. Pengawasan
10. Penyelesaian Sengketa
11. Ketentuan Pidana
12. Ketentuan Peralihan
13. Ketentuan Penutup

Melalui undang-undang ini dibentuk suatu lembaga pemerintah non-departemen yaitu Badan Nasional Penanggulangan Bencana

(BNPB)<sup>19</sup> yang terdiri dari unsur pengarah penanggulangan bencana dan pelaksana penanggulangan bencana<sup>20</sup>. Pada intinya fungsi BNPB adalah merumuskan dan menetapkan kebijakan serta mengkoordinasikan semua langkah-langkah dalam penanggulangan bencana<sup>21</sup>. Tugas-tugas yang harus dilaksanakan BNPB adalah: memberikan pedoman dan pengarahan; menetapkan standarisasi dan kebutuhan; menyampaikan informasi; melaporkan penyelenggaraan; menggunakan dan mempertanggungjawabkan anggaran; menyusun pedoman pembentukan BNPB Daerah; serta melaksanakan kewajiban sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku<sup>22</sup>.

Peran lembaga internasional dan lembaga asing non-pemerintah dalam penanggulangan bencana dibuka kemungkinannya pada undang-undang ini, namun baru dalam bentuk aturan umum, sementara aturan rincinya baru akan dirumuskan lebih lanjut dalam suatu peraturan pemerintah<sup>23</sup>.

Meskipun dikatakan bahwa perumusan Undang-Undang No. 24 tahun 2007 tentang Penanggulangan Bencana telah memperhatikan dan sesuai dengan standard internasional yang berlaku, namun secara umum dapat dikatakan hal itu tidak tercermin dalam ketentuan pasal-pasal dari undang-undang ini. Dalam menghadapi bencana dengan skala yang sangat besar yang melebihi kapasitas infrastruktur nasional untuk mengatasinya, tidak terdapat ketentuan-ketentuan yang secara praktis mampu memfasilitasi arus bantuan internasional kepada korban secara cepat untuk melindungi dan mengurangi penderitaan para korban. Aturan-aturan praktis semacam itu sangat diperlukan semata-mata untuk kepentingan kemanusiaan dengan tidak mengorbankan kedaulatan Negara.

---

<sup>19</sup> Undang-undang No. 24 tahun 2007 tentang Penanggulangan Bencana, Pasal 10.

<sup>20</sup> Ibid, Pasal 11.

<sup>21</sup> Lihat Ibid, Pasal 13.

<sup>22</sup> Ibid, Pasal 12.

<sup>23</sup> Ibid, Pasal 30.

**B. Peraturan Presiden No. 83 Tahun 2005 Tentang Badan Koordinasi Nasional Penanganan Bencana (Bakornas PB) Sebagaimana Telah Diubah dengan Peraturan Presiden No. 3 Tahun 2007 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden No. 83 Tahun 2005**

Peraturan Presiden ini pada intinya mengatur tentang kedudukan, tugas, fungsi, organisasi dan tata kerja dari Bakornas PB yang dibentuk sebelum berlakunya Undang-Undang No. 24 tahun 2007. Setelah berlakunya Undang-Undang No. 24 tahun 2007, maka dilakukan penyesuaian dan peranannya diganti oleh BNPB. Untuk alasan itulah maka peraturan presiden ini diubah dengan Peraturan Presiden No. 3 tahun 2007.

**C. Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 27 Tahun 2007 Tentang Pedoman Penyiapan Sarana Dan Prasarana Dalam Penanggulangan Bencana**

Peraturan Menteri Dalam Negeri yang dibuat sebagai pelaksanaan dari Undang-Undang No. 24 tahun 2007 ini pada intinya mengatur tentang koordinasi dengan daerah dalam menyiapkan sarana dan prasarana dalam penanggulangan bencana di daerah. Sarana dan prasarana yang dimaksud mencakup baik sarana dan prasarana umum maupun sarana dan prasarana khusus.

Peraturan ini juga mengatur kewajiban Gubernur dan Bupati/Walikota untuk menunjuk instansi/perangkat daerah yang bertanggung jawab untuk mengoperasionalkan penggunaan dan pemeliharaan sarana dan prasarana bencana di wilayahnya. Gubernur, Bupati/Walikota juga bertanggung jawab menerima dan mengendalikan segala bentuk/jenis bantuan sarana dan prasarana yang diserahkan kepada pemerintah setempat. Kewajiban lain yang ditetapkan adalah melaporkan, melakukan pembinaan serta menyediakan anggaran

yang diperlukan yang bersumber dari APBN, APBD Provinsi, maupun APBD Kabupaten/Kota.

#### **D. Peraturan Menteri Dalam Negeri No.33 Tahun 2006 Tentang Pedoman Umum Mitigasi Bencana**

Peraturan Menteri Dalam Negeri ini mengatur tentang segala sesuatu yang terkait dengan mitigasi bencana, terutama untuk mengetahui potensi bencana yang ada di daerah dan melakukan upaya antisipasi penanganannya.

Lampiran dari Peraturan Menteri Dalam Negeri ini berisi Pedoman Umum Mitigasi Bencana yang dimaksudkan untuk memberikan pedoman atau arahan umum mengenai upaya-upaya mitigasi bencana di Indonesia. Tujuan dari pedoman umum ini adalah untuk memberikan pemahaman mengenai upaya-upaya mitigasi bencana serta upaya meningkatkan mitigasi bencana secara maksimal. Ruang lingkup dari pedoman umum tersebut meliputi: kebijakan, strategi, manajemen, upaya-upaya dan aspek-aspek koordinasi mitigasi bencana.

Aspek manajemen mitigasi bencana juga dirumuskan secara lengkap dalam pedoman ini yang meliputi: penguatan institusi penanganan bencana; meningkatkan kemampuan tanggap darurat; meningkatkan kepedulian dan kesiapan masyarakat pada masalah-masalah yang berhubungan dengan resiko bencana; meningkatkan keamanan terhadap bencana pada sitem infrastruktur dan utilitas; meningkatkan keamanan terhadap bencana pada bangunan strategis dan penting; meningkatkan keamanan terhadap bencana daerah perumahan dan fasilitas umum; meningkatkan keamanan terhadap bencana pada bangunan industri dan kawasan industri; meningkatkan keamanan terhadap bencana pada bangunan sekolah dan anak-anak sekolah; memperhatikan keamanan terhadap bencanadan kaidah-kaidah bangunan tahan gempa dan Tsunami serta banjir dalam proses



pembuatan konstruksi baru; meningkatkan pengetahuan para ahli mengenai fenomena bencana, kerentanan terhadap bencana dan teknik-teknik mitigasi; memasukkan prosedur kajian resiko bencana ke dalam perencanaan tata ruang/tata guna lahan; serta meningkatkan kemampuan pemulihan masyarakat dalam jangka panjang setelah terjadi bencana.

#### **IV. KEBUTUHAN HARMONISASI**

Dari ketentuan-ketentuan Hukum Internasional dan Hukum Nasional sebagaimana yang telah diuraikan di atas dapat dicermati hal-hal sebagai berikut:

- A. Dalam tataran internasional, perkembangan pengaturan tentang *disaster management* merupakan kombinasi dan konvergensi antara ketentuan Hukum Humaniter, Hukum Pengungsi, Hukum HAM, Hukum Antariksa, Hukum Telekomunikasi, dan lain-lain. Masing-masing bidang hukum tersebut bersifat saling melengkapi (*complementary*) dan saling mendukung, serta tidak menunjukkan adanya kontroversi maupun tumpang tindih;
- B. Ketentuan-ketentuan Hukum Internasional yang berkaitan dengan *disaster management* bersumber baik dari *hard laws* maupun *soft laws*. Dalam perkembangan beberapa tahun terakhir peranan *soft laws* menunjukkan kecenderungan meningkat karena dianggap lebih cocok dan tanggap terhadap kebutuhan yang selalu berubah;
- C. Terdapat kecenderungan ke arah standarisasi dalam pengaturan maupun tata cara pemberian bantuan terhadap korban bencana, yang meliputi baik aspek regulasi, kebijakan serta kelembagaan;
- D. Semakin besarnya peranan *non-State Actors* dalam kegiatan *Disaster Management* yang perlu diakomodasikan dalam berbagai instrument hukum internasional yang berlaku maupun yang akan diberlakukan;

- E. Untuk mendukung setiap aktivitas yang terkait dengan *Disaster Management*, beberapa prinsip dan kaidah Hukum Internasional memerlukan pendalaman dan pemahaman yang lebih seragam seperti: prinsip kerjasama internasional; aspek *State Responsibility* dalam rangka *Disaster Management*; masalah kedaulatan negara dikaitkan dengan pemberian bantuan internasional; kemungkinan intervensi internasional atas nama kemanusiaan di negara yang terkena bencana; dan lain-lain;
- F. Ketentuan Hukum Nasional Indonesia dalam penanggulangan bencana meskipun lebih luas cakupan pengertian bencananya, namun belum mengakomodasi serta memfasilitasi kegiatan bantuan internasional maupun kerjasama internasional dalam penanganan bencana yang berskala besar;
- G. Ketentuan Hukum Nasional Indonesia di bidang penanggulangan bencana belum memenuhi standard internasional yang berlaku karena terlalu bersifat nasional sentris;
- H. Untuk mengurangi diskrepansi dalam pengaturan dan pelaksanaan *Disaster Management* baik dalam lingkup nasional maupun internasional terdapat kebutuhan mendesak untuk melakukan harmonisasi antara ketentuan-ketentuan Hukum Nasional dengan Hukum Internasional.

## **V. HARAPAN KE DEPAN**

- A. Bahwa setiap upaya untuk mengoptimalkan *Disaster Management* semata-mata dilakukan untuk mengabdikan kepada kepentingan kemanusiaan, terutama untuk melindungi jiwa, harta benda dan martabat kemanusiaan korban bencana;
- B. Bahwa tujuan mulia kemanusiaan sepatutnya: tidak lagi mengenal batas-batas negara; membedakan kepentingan politik-ideologis;

membedakan keyakinan agama; membedakan ras; membedakan gender; dan lain-lain;

- C. Bahwa untuk menunjang kegiatan *Disaster Management* yang diabdikan kepada kepentingan kemanusiaan diperlukan harmonisasi antara ketentuan-ketentuan Hukum Nasional dan Hukum Internasional terutama dalam *hal initial operations and recovery assistance* dengan cara memfasilitasi arus bantuan; aliran barang dan peralatan yang diperlukan; aliran personil; kemudahan bergerak; fleksibilitas regulasi; dan lain-lain. Semua itu agar dapat dilakukan tanpa melanggar kedaulatan Negara dan dengan tetap menghormati peraturan perundangan serta budaya setempat dan dilakukan tidak untuk tujuan-tujuan politis tertentu;
- D. Bahwa kebijakan, hukum dan kelembagaan di Indonesia yang terkait dengan *Disaster Management* perlu disesuaikan dengan standard internasional yang berlaku untuk mempermudah kerjasama dan pergaulan internasional yang diperlukan;
- E. Bahwa kunci keberhasilan bagi harmonisasi antara ketentuan-ketentuan Hukum Nasional dengan Ketentuan-ketentuan Hukum Internasional di bidang *Disaster Management* adalah kesadaran akan tujuan mulia kegiatan kemanusiaan tersebut, keterbukaan dan kerjasama internasional.

# SPACE CONTRIBUTION FOR DISASTER MANAGEMENT: LEGAL FRAMEWORK<sup>1</sup>

## I. GENERAL

### A. Background

In the period of less than a decade (from November 2000 to May 2005) we could observe of more than 66 major disasters all over the world, from Earth Quake and Tsunami in Southern Asia<sup>2</sup>; Mount Etna Volcano Eruptions in Italy<sup>3</sup>; Floods in Argentina<sup>4</sup>; Forest Fires in British Columbia (Canada)<sup>5</sup>; Hurricane in Cook Island<sup>6</sup>; Typhoon in Philippines<sup>7</sup>; Floods and Landslides in Haiti and Dominican Republic<sup>8</sup>; Landslides in North Ossetia (Russia)<sup>9</sup>; to the Oil Spill and Marine pollution in Galapagos<sup>10</sup>; and even Train Explosion in Ryongchon, North Korea<sup>11</sup>. From 1994 to 2003 there were more than 300 natural disasters on average every year, impacting more than 100 countries, killing over 50,000 people, affecting nearly 260 million people and causing economic damage to US\$ 55 billion each year<sup>12</sup>. The economic cost associated with natural disasters has increased 14-fold since the 1950's.

---

<sup>1</sup> Paper Presented at International Space Law Conference, Bangkok, 1- 4 August 2006.

<sup>2</sup> 26 December 2004.

<sup>3</sup> 26 July 2001.

<sup>4</sup> 30 April 2003.

<sup>5</sup> 07 August 2003.

<sup>6</sup> 05 February 2005.

<sup>7</sup> 01 December 2004.

<sup>8</sup> 26 May 2004.

<sup>9</sup> 27 September 2002.

<sup>10</sup> 26 January 2001.

<sup>11</sup> 23 April 2004.

<sup>12</sup> UNGA Doc A/AC.105/C.1/L.285

In a way to anticipate and reduce the risk from future major disasters, there is a need to develop a better response and disaster management both at the domestic, national, regional and global level through effective coordination mechanism. All resources and parties must be involved in such efforts in the name of humanity and sustainable development. Those resources will include not only fund, organization, but also technology. In this case space technology could play important role.

## **B. Purpose and Objectives**

The purpose of this paper is to explore ways and means to formulate and implement effective legal framework to support disaster management efforts by using and implementing space technology and organizations, while the objectives would be to contribute to humanity through better approach in disaster management.

## **II. NATURAL DISASTER, DISASTER MANAGEMENT AND SPACE TECHNOLOGY CONTRIBUTION TO DISASTER MANAGEMENT**

### **A. Indonesia Experience**

Indonesia is a prone natural disaster country. Within the last 2 (two) years Indonesia has been streaked by several major disasters, such as: Tsunami in Aceh and in North Sumatra by the end of 2004; Earth Quake in Jogyakarta in May 2006; Mount Merapi Eruption in Jogyakarta and Central Java in May-June 2006; Floods and Mudslide in West Java, East Java and South Sulawesi in 2005 and 2006. The Tsunami has taken the lives of more than 200.000 people while Earth Quake took the lives of more than 6000 people. Most of the infrastructure in the affected area is totally destroyed. It needs quite sometime in the rehabilitation and reconstruction process which will absorb huge amount of sources. Not mentioning the efforts to heal/cure the people who suffer from such disasters.

In Indonesia The National Disaster and Refugee Coordination Board (Bakornas PBP) is in charge as coordination body for national disaster at national level<sup>13</sup>, while at Provincial level is Satkorlak (the coordinating task forces at the provincial level)<sup>14</sup>, and at Satlak is Task Forces at Regency/City level<sup>15</sup>.

Bakornas PBP's main tasks are:

- a. Helping the President plan for natural disaster;
- b. Handling natural disasters, establishing early warning systems, dealing with emergency situations and disaster rehabilitation through to the recovery phase;
- c. Creating policy and guidelines;
- d. Coordinating other aid groups;
- e. Coordinating provincial and regional task forces;
- f. Providing humanitarian aid, transportation and medical assistance, information and security.

Bakornas PBP's structure consists of Health Ministry, Public Works Ministry, Social Welfares Ministry, The Arm Forces (TNI), Red Cross, Transportation Ministry, Mining and Energy Ministry and Information Ministry. Similar structure applies to both at Satkorlak (provincial level) and Satlak (regency/city level).

During the operation and relief efforts in the above natural disasters, the international communities, both countries, inter-governmental organization and non-governmental organizations, have shown their sympathy and empathy by providing aids in almost every aspects. The contributions from the international community are ranging from: search and recovery and clean up operation, providing foods and the daily needs, medical aids, to rehabilitation and reconstruction process. An international summit for coordinating the relief efforts and international aids were also held in Ja-

---

<sup>13</sup> Bakornas PBP is chaired by Vice President.

<sup>14</sup> Satkorlak is chaired by Governor of the Province.

<sup>15</sup> Satlak is chaired by Regent or Mayor.

karta just a month after the Tsunami. Participation and contribution from the international community have shown that “humanity” is the main consideration for providing aid relief without considering the distinction of race, religion, nationalities and even ideologies.

During relief and rehabilitation efforts of the Tsunami in Aceh; Volcanic Eruption in Jogjakarta; Earth Quake in Nabire and Jogjakarta; Flood and Mudslide in West Java and East Java, some difficulties were faced. They criticized Bakornas PBP for being too bureaucratic which in some ways hampering the speedy process in disaster relief and operation to help disaster victims. They claim that Bakornas PBP and its subsystems were no longer effective because they were unprofessional and too bureaucratic and therefore need to be reformed<sup>16</sup>. Reform would mean replacing untrained bureaucrat with paid professionals, who were given the authority to coordinate with government agencies. The European Union’s team and Saudi Arabian rescue workers have also noted coordination difficulties in aid and relief efforts<sup>17</sup>.

As disaster requires an immediate response, not bureaucratic or formal time consuming procedures, there is a need for better approach to disaster relief efforts, so called, organizational network. In the context of a disaster, a network is a form of governance that refers to multi organizational arrangements for solving problems that cannot be fixed or fixed easily, by single organizations. In network, coordination is important to minimize redundant task, incoherence, incompatibilities, tensions and conflicts among organizations<sup>18</sup>.

By learning from two (major) disasters which have streaked the country within two (2) years, the government needs to open up for resources from various organizations, be they non-profit, for profit, civilian and military. Yet, the government is not without an essential role to play. The government

---

<sup>16</sup> See Ridwan Max Sidjabat, “Disaster Agency’s Role in Spotlight”, *The Jakarta Post*, 1 June 2006.

<sup>17</sup> See, *Ibid*.

<sup>18</sup> See, Adi Kusuma, “Role of Bureaucracy in Disaster Relief”, *The Jakarta Post*, 8 June 2006.

needs to be the “center” of operation, not necessary the resources. It needs to coordinate the relief efforts to go on.

## **B. The Tsunami Experience in the Region**

The tsunami disaster in December of 2004 not only hit Indonesia but also its neighboring countries in the region, such as: India; Thailand; Malaysia, Madagascar, Ceylon, etc. International sympathy, empathy, aids and attention have been given to the Tsunami considering the magnitude of such disaster. The contribution of the international community is not only confined to countries, but also involve international organizations (both governmental and non-governmental), and even individuals.

The main important issue during the relief operation, rehabilitation and reconstruction of the affected area caused by Tsunami is coordination issue. None of the affected countries in the region have experiences in handling such scale of disaster. On the one hand none of these countries have any reference how to deal with coordination issues which could satisfy the interest of all relevant parties such as victims, donors, volunteers, local government, etc. On the other hand there was the need for speed response for disaster mitigation and risk reduction.

The affected countries and international community have learned a lot from the tsunami how to cope with similar scale of disaster which would possibly happen in the future through improvement of disaster management. It should be understood that in the broadest sense, disaster management shall cover activities, including but not limited to: prevention<sup>19</sup>, preparedness<sup>20</sup>, early warning<sup>21</sup>, emergency response, relief, evacuation, mitigation, recovery, rehabilitation and reconstruction.

---

<sup>19</sup> Prevention is any efforts which are taken to prevent disaster or risk that may be arisen from it by eliminating the danger through certain preparation measures, such as: regulatory framework, setting up procedures and socialization activities by learning and training.

<sup>20</sup> Preparedness is the condition of which certain anticipation has been made to face the disaster by organizing and implementing effective and efficient measures.

<sup>21</sup> Early warning is any efforts to provide warning signals that a disaster might possibly occur. Such early warning should be accessible, immediate, coherent and official.



### **C. Contribution of Space Technology**

Space-based technologies, such as meteorological and Earth observation satellites, communication satellites and satellite-based positioning technologies offer the potential for improved risk reduction, accurate prediction, early warning and monitoring of the impact of disasters for enhanced relief and rehabilitation operations, use of which would lead to major reductions in loss of life and property. Here are some of the details:

1. Earth observation satellite have demonstrated their utility in providing data for a wide range of applications in disaster management<sup>22</sup>;
2. Meteorological satellite can monitor weather patterns, detect and track storms, and monitor frost and floods<sup>23</sup>;
3. Global navigation satellite system (GNSS). Such the Global Positioning System (GPS) of the USA and GLONASS of the Russian Federation, provide accurate position, velocity and time information that is readily accessible at ground level to anyone with a receiver<sup>24</sup>;

---

<sup>22</sup> Pre-disaster uses include risk analysis and mapping; disaster warning, such as cyclone tracking, drought monitoring, the extent of damage due to volcanic eruptions; and disaster assessment, including flood monitoring and assessment, estimation of crops and forestry damages, and monitoring of land use/change in the aftermath of disasters. Remotely sensed data also provide a historical database from which hazard maps can be compiled, indicating which area are potentially vulnerable. Information from satellites is often combined with other relevant data in geographic information system (GIS) in order to carry out risk analysis and assessment. GIS can be used to model various hazard and risk scenarios for planning the future development of an area. See *Ibid*, paragraph 9.

<sup>23</sup> Derived products are produced routinely several times per day; many of them focused on particular hazard events. Tracking sequences of tropical cyclone images from geostationary satellites as well as storm intensities and atmospheric winds derived from these images provides vital information for forecasting landfall contributing to saving lives. Additionally, the integration of experimental products, such as ocean surface winds from scatterometer instruments and moisture or rainfall from microwave instruments, has improves these forecasts.

<sup>24</sup> The reduction in size and cost of receivers is contributing to widening the number of users that are now using such technological solutions to collect data to support risk reduction and emergency response activities.

4. Communication satellites enable the setting up of emergency communication channels and increasingly being used by all those responding to emergency<sup>25</sup>.

### **III. LEGAL FRAMEWORK FOR DISASTER MANAGEMENT**

#### **A. Past and Current Initiatives**

1. *World Conference on Disaster Reduction, Kobe, Japan, 18-22 January 2005*

The conference recognized the contribution of space technology to disaster reduction and emphasized the need to incorporate space-based services routinely to support risk reduction. A list of commitments is set out in the Hyogo Framework of action 2005-2015 which will contribute to substantially reduce the losses in lives and social, economic and environmental assets of communities and countries<sup>26</sup>. Some other documents were resulted, such as: Review of the Yokohama Strategy and Plan-of Action for a safer World; The Hyogo Declaration; and Common Statement of the Special Session on the Indian Ocean Disaster. Risk Reduction for a Safer Future<sup>27</sup>.

2. *UN/Algeria/European Space Agency International Seminar on the Use of Space Technology for Disaster Management: Prevention and Management of Natural Disaster, Algiers 22-26 May 2005*

---

<sup>25</sup> Additionally, there is the need to receive information from and send information to the various emergency response teams working in the field, including large data files such as maps and satellite images.

<sup>26</sup> UNGA, "Draft study on the possibility of creating an international entity to provide for coordination and means realistically optimizing the effectiveness of space-based services for use in disaster management", 5 October 2005.

<sup>27</sup> These documents can be found on the UNISDR website: <http://www.unisdr.org/wcdr>.

During the seminar, the key issues on disaster management and the contribution of space technology were presented and discussed, covering issues, such as:<sup>28</sup>

- a. How space technology could best be applied to disaster management in the Northern Africa Region;
- b. An overview of current best practice in the use of space technology for disaster management;
- c. International cooperation in disaster management;
- d. The Case study of Ceylon's experienced in relation to the Tsunami in the Indian Ocean in 2004.

Some important recommendations from the seminar are among others<sup>29</sup>:

- a. Identification of the need for a regional task force that would bring together civil protection and space technology institutions;
  - b. The need for capacity building at the national level for the integration of space technology into prevention and management of national disasters, in particular through training based on existing regional and national structures and specialized centers;
  - c. The proposal for the implementation of a regional task force for the North African Region for coordination between civil protection agencies and space technology institutions.
3. *Munich International Workshop on Disaster Management of October 2004*

The workshop organized by OOSA discussed a global strategy that would contribute to helping developing countries have ac-

---

<sup>28</sup> See UNGA Doc no A/AC.105/852 of 28 September 2005. For further detail on the presentation during the seminar, visit the website [www.asal-dz.org](http://www.asal-dz.org).

<sup>29</sup> See *Ibid*, paragraph 34-36.

cess to and be able to use space technology for disaster management. The participants recognized that space-based technologies such as Earth observation satellite, communications satellite, meteorological satellites and global navigation satellite systems, play an important role in risk reduction and disaster management. A strategy was put forward as “The Munich Vision: A Global Strategy for Improved Risk Reduction and Disaster Management Using Space Technologies”. A number of recommendations were also put forward, namely<sup>30</sup>:

- a. Capacity development and knowledge building;
  - b. Data access, data availability and information extraction;
  - c. Enhancing awareness;
  - d. National, regional and global coordination.
4. *UN Regional Workshop on the Use of Space Technology for Disaster Management for Western Asia, Riyadh, 2-6 October 2004*

The presentations at the seminar covered the following issues<sup>31</sup>:

- a. The application of space technology in the management of a wide variety of disasters and the current status of the use of space technology in disaster management;
- b. The existing constraints in applying space technology;
- c. Case studies on the use of space technology for various forms of disaster management;
- d. The need of the end-user, and examples on the use of space technology in various phase of disaster management- the disaster itself, response, recovery, reconstruction, mitigation and preparedness;

---

<sup>30</sup> UNGA, “Draft study on the possibility of creating international entity to provide for coordination and the means of realistically optimizing the effectiveness of space-based services for use in disaster management”, 5 October 2005, paragraph 41.

<sup>31</sup> See UNGA Doc no A/AC.105/836 of 13 December 2004, paragraph 13-20. For further detail of the presentations, visit the website [www.oosa.unvienna.org/SAP/stdm](http://www.oosa.unvienna.org/SAP/stdm).

- e. Examples of integrated solutions for space technology and disaster management;
- f. Innovative developments and initiatives.

Some important recommendations from the workshop are<sup>32</sup>:

- a. Capacity building and knowledge-building;
- b. Networking and coordination mechanisms;
- c. Data availability and data access;
- d. Space technology infrastructure;
- e. Awareness raising;
- f. A common regional plan of action and commitments;
- g. Demonstrating the use of space technology.

5. *World Conference on Natural Disaster Reduction, Yokohama, 23-27 May of 1994*

The important results of this conference are: the Yokohama Message and Yokohama Strategy and Plan of Action. The Yokohama Message affirms that<sup>33</sup>:

- a. The impact of natural disaster in terms of human and economic losses has risen in recent years, and society in general has become more<sup>34</sup> vulnerable to natural disaster;
- b. Disaster prevention, mitigation, preparedness and relief are four elements which contribute to and gain from the implementation of sustainable development policies;
- c. Disaster prevention, mitigation and preparedness are better than disaster response in achieving the goals and objectives of the decade;
- d. The world is increasingly interdependent. All countries shall act in a new spirit of partnership to build a safer world based

---

<sup>32</sup> Ibid, paragraph 26-42.

<sup>33</sup> See OOSA Doc, "Space Technology and Disaster Management", 2005, page 5-6.

<sup>34</sup> Ibid, page 7-15.

on common interests and shared responsibility to save human lives, since natural disaster do not respect borders;

- e. The information, knowledge and some of the technology necessary to reduce the effect of natural disasters can be available in many cases at low cost and should be applied;
- f. Community involvement and their active participation should be encouraged in order to gain greater insight into the individual and collective perception of development and risk, and to have a clear understanding of the cultural and organizational characteristics of each society as well as of its behaviors and interactions.

The Yokohama Strategy and Plan of Action contain:

- a. Principles; basis for the strategy; assessment of the status of disaster reduction midway into the Decade; and strategy for the year 2000 and beyond;
- b. Plan of action; activities at regional and sub-regional level; activities at the international level, in particular through bilateral arrangements and multilateral cooperation;
- c. Follow-up of action.

## **B. Existing International Institution Dealing with Disaster Management**

### **1. UNOOSA**

UNOOSA has played a very important role in coordinating and facilitating activities in the framework of Space Technology and Disaster Management. The main goal of this initiative is that in order for developing countries to be able to incorporate the use of space-based technology as their solutions to deal with natural disaster, there is a need to increase awareness, build national capacity and develop solutions that are customized and appropri-

ate to the needs of developing countries. To achieve the above goal UNOOSA has facilitated a series of regional workshops from 2000 to 2005 in order to better use space technology for disaster management, and also to strengthen cooperation of the task force at the regional level.

2. *UNCOPUOS*

As a political forum where space issues are discussed through its Scientific and Technical Sub-Committee, Legal Sub-Committee and Parent Committee, UNCOPUOS have played very important role, including in the efforts to utilize space science and technology as a way to deal with natural and technological disaster for the purpose of disaster mitigation, risk reduction, disaster management, etc.

3. *The International Telecommunication Union (ITU)*

ITU Contribution to disaster management includes<sup>35</sup>:

- a. In 1998 involved in the drafting of Tampere Convention;
- b. In 2002 the World Telecommunication Development Conference adopted Resolution no 34 (telecommunication resources in the service of humanitarian assistance) and Recommendation 12 (consideration of disaster telecommunication needs in telecommunication development activities);
- c. In 2002 ITU Plenipotentiary Conference adopted Resolution 36 (telecommunication in the service of humanitarian assistance);
- d. In 2003 World Radio-communication Conference (WRC) adopted Resolution No. 646 (definition of reserved spectrum for emergency communication).

---

<sup>35</sup> See 43<sup>rd</sup> session of Scientific and Technical Sub Committee of UNCOPUOS 2006. UN Doc A/AC.105/C.1/2006/CRp.13 on "Activities of Specialized Agencies in the UN System on the Subject of Space-Based –System Disaster Management Support, paragraph 1-3.

Some of the works of ITU Sectors have also been dedicated to disaster management, for example:

- a. ITU-D (the Telecommunication Development Sector) considers disaster as parts of its mandate. The four (4) main principles of ITU-D in dealing with disaster management are: multi hazard; multi technology; multi phased; and multi shareholder<sup>36</sup>. During the Tsunami ITU-D established a Tsunami emergency team that worked with the effected countries to assess their immediate needs<sup>37</sup>;
- b. ITU-R (the Radio Communication Sector) dealing with aspects of radio-communication services associated with disaster include, inter-alia, disaster prediction, detection, alerting and disaster relief<sup>38</sup>;
- c. ITU-T (the Telecommunication Standardization Sector). Though ITU-T is not involved in emergency and disaster relief operation, per se, however it develops recommendation that are fundamental for the implementation of interoperable systems and telecommunication facilities that will allow relief workers to smoothly deploy telecommunication equipment<sup>39</sup>;

Since January 2005, ITU has participated in a series of high-level international meetings seeking to enhance preparedness through early warning system, response, relief and reconstruction<sup>40</sup>.

4. *ESCAP (The UN Economic and Social Commission for Asia and the Pacific) and its RESAP (The Regional Space Application Program for Sustainable Development)*

---

<sup>36</sup> Ibid, paragraph 4-9.

<sup>37</sup> Ibid, paragraph 21.

<sup>38</sup> Ibid, paragraph 11.

<sup>39</sup> Ibid, paragraph 16.

<sup>40</sup> Ibid, paragraph 23.



ESCAP place an emphasis on increased contribution of space technology for sustainable development and improved quality of life in Asia and the Pacific, and disaster management has been one of its priorities.

Space applications for disaster management are a topic addressed by ESCAP using both sectoral and multi sectoral approaches. In addition to the major contributory fields of earth-observations and satellite communications, the issue of disaster management is also addressed through the application of space-based distance education, tele-health and the empowerment of community through community e-centers.

Since 2002, a series of activities have been organized by the ESCAP secretariat on the use of space technology for disaster management under RESAP. Those activities are parts of the goal of ESCAP to help prepare the region for pursuing the development of improved regional cooperative mechanism for disaster management, but not limiting to space technology. Some partnership cooperation with other organizations such as ITU and Asia-Pacific Satellite Communication Council (APSCC) has been planned to organize meetings on disaster management. ESCAP also promoting and supporting the implementation of the Tampere Convention for the development of an affordable/sustainable implementation of deployable satellite-communication-enriched disaster response capabilities.

As part of the ESCAP regional strategy on disaster reduction, RESAP intends to place more emphasis on disaster management and on developing national and regional capacity in the coming years in order to:

- a. Assess hazard risk;
- b. Promote preparedness and risk reduction;
- c. Establish multi-task national/regional warning and response system;

- d. Facilitate community-based disaster reduction; and
- e. Develop linkages to other UN and regional initiatives related to disaster management using space technology.

ESCAP also support the Scientific and Technical Sub-Committee's works on the establishment of a global system to manage natural disaster mitigation, relief and prevention as recommended in Vienna Declaration.

### C. International Legal Instruments

1. *Charter on Cooperation to Achieve the Coordinated Use of Space Facilities in the Event of Natural or Technological Disasters*

The Charter, known as International Charter "Space and Major Disaster" was initiated by the European Space Agency (ESA) and the France Space Agencies (CNES) which was declared formally operational on November 1 of 2000. Some major space agencies from space faring nations such as: The United States National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA), Canadian Space Agency (CSA), the Indian Space Research Organization (ISRO), the Japan Agency for Aerospace Exploration Agency (JAXA) have also become members.

The Charter consist of 6 articles, namely: definitions; purpose of the Charter; overall organization of cooperation; contributions by the parties; associated bodies; accession; entry into force, expiry and withdrawal; and implementation.

The purpose of the Charter is to promote cooperation between space agencies and space system operators in the use of space facilities as a contribution to the management of crisis arising from natural or technological disasters. While the objectives are: to provide data as a basis for critical information for the anticipation and management of potential crisis; and to participate

in the organization of emergency assistance or reconstruction and subsequent operations<sup>41</sup>.

A board on which each party is represented and executive Secretariat will be in charge of administrative, operational and technical coordination for implementation of the Charter. A mechanism of cooperation and coordination among Beneficiary Bodies<sup>42</sup>, Associated Bodies<sup>43</sup> and Cooperating Bodies<sup>44</sup> is also served under this Charter<sup>45</sup>.

The contribution of the parties includes, among others<sup>46</sup>:

- a. Space facilities available for use;
- b. Analyze recent crises for which space facilities could have provided or did provide effective assistance to the authorities and rescue services concerned;
- c. Identifying of a crisis situation for which it requires intervention of the parties;
- d. Planning of space facility availability in the event of a crisis;
- e. Supply associated bodies and, where appropriate, beneficiary bodies with data, and if necessary associated information and services, gathered by the space facilities;

## 2. *The Tampere Convention on the Provision of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations*

---

<sup>41</sup> See, Charter on Cooperation to Achieve the Coordinated Use of Space Facilities in The Event of Natural or Technological Disasters of 2000, article II.

<sup>42</sup> The authorities and bodies concerned in a country affected by a disaster.

<sup>43</sup> An institution or service responsible for rescue and civil protection, defense and security under the authority of a State whose jurisdiction covers an agency or operator that is a party to the Charter, or of a Member State of ESA or of an international organization that is a party to the Charter (see the Charter, op.cit Article V para 5.2).

<sup>44</sup> The European Union, The UN Bureau for the Coordination of Humanitarian Affairs and other recognized national or international organizations, whether governmental or non-governmental.

<sup>45</sup> See, Ibid, article III.

<sup>46</sup> For further detail, read Article III of the Charter.

The Convention that entered into force on 8 January 2005 following the ratification by the 30<sup>th</sup> country, will contribute to the greater availability of telecommunication equipment for disaster mitigation and relief. The Tampere Convention is a legally binding international instrument aimed at helping relief workers bring telecommunication equipment across borders during and after an emergency, with a minimum difficulty.

#### **D. The Possibility of Establishing Coordinating Body on International Space Cooperation and Disaster Management**

As a part of implementing the recommendation of the Third United Nations Conference on the Exploration and Use of Outer Space (UNISPACE III)<sup>47</sup> an action team (known as Action Team 7) was established by focusing on “studying and recommending the implementation of integrated operational global system, especially through international cooperation, to manage natural disaster mitigation, relief and prevention efforts through earth observation, communication and other space-related services, making maximum use of existing capabilities and filling gaps in worldwide coverage”<sup>48</sup>. Through a comprehensive process of consultation, surveys, analysis of gaps and needs, the team submitted its finding and recommendations to the forty-first session of the Scientific and Technical Sub Committee of the UNCOPUOS<sup>49</sup>. One of its recommendations is to implement an international space coordination body for disaster management, nominally identified as the “Disaster Management International Space

---

<sup>47</sup> UNISPACE III Recommendation (1999).

“recommending the implementation of an integrated operational global system.....to manage natural disaster mitigation....through earth observation, communications and other space related services, making maximum use of existing capabilities and filling gaps in worldwide coverage.”

<sup>48</sup> See UNGA, “Draft Study on the Possibility of Creating an International Entity to Provide for Coordination and the Means of Realistically Optimizing the Effectiveness of Space-Based Services for use in Disaster Management”, 5 October 2005, paragraph 1.

<sup>49</sup> In 2004.

Coordination Organization (DMISCO)”<sup>50</sup>. Such a body would have the mandate to provide the necessary means to optimize the access to and use of current and future space-based services for disaster management.

The recommendation on establishment of DMISCO was further submitted to the General Assembly at its 59<sup>th</sup> session in 2004. During the session, General Assembly agreed “that a study should be conducted on the possibility of creating an international entity to provide for coordination and the means of realistically optimizing the effectiveness of space-based services for use in disaster management and that the study should be prepared by an ad-hoc expert group, with expert to be provided by interested Member States and relevant international organizations”. The ad hoc Expert Group agreed that the international space coordination body recommended by Action Team 7, DMISCO, would provide such a coordinating mechanism<sup>51</sup>. The key aspects that the expert emphasized was that DMISCO has to be identified as a platform for fostering alliances of international initiatives and mechanisms (space technology and disaster management). The initial emphasis of its activities and services should lie in the coordination and interaction with relevant national authorities, scientific institutions, organizations implementing and/or providing space-based solutions, humanitarian, environmental and civil protection actors, and the space community<sup>52</sup>. The experts also further defined the key informational, coordination and operational function of the proposed entity<sup>53</sup>. Some possible benefit from the implementation of the Coordination Entity would cover the following area: capacity development and knowledge building; data access, data availability and information extraction; and enhancing awareness<sup>54</sup>. Other relevant aspects to be considered toward the establishment of DMISCO would include: organizational scope and

---

<sup>50</sup> Op.cit, paragraph 2.

<sup>51</sup> Ibid, paragraph 42.

<sup>52</sup> Ibid, paragraph 45.

<sup>53</sup> Ibid, paragraph 46-48.

<sup>54</sup> See Ibid, paragraph 50-61.

nature; relationship with existing and planned international organizations and initiatives; mobilization of resources (fund); and implementation plan.

During the 43<sup>rd</sup> session of the Scientific and Technical Subcommittee in 2006, the Group of expert presented the study on the possibility of Creating a Disaster Management International Space Coordination Entity<sup>55</sup>. The focus of DMISCO would be<sup>56</sup>:

1. “One stop shop” and a platform for fostering alliances;
2. It should be user driven;
3. Bridge the gap between the disaster management organizations, creating a forum where both can meet;
4. Contribute to making optimal use of the existing available resources;
5. It should interact with other relevant initiatives and organizations;
6. Focus on existing gaps that are limiting the use of space technology;
7. It should have informational, coordination and operation function.

The UNCOPUOS during its 49<sup>th</sup> Session in 2006 (Vienna, 7-16 June of 2006) have agreed in endorsing the Report of the Ad Hoc Group of Experts. Regarding the host of DMISCO, there was a compromise to select Beijing and Bonn to be the co-hosts. The selections of the two (2) cities were based on the fact that the People Republic of China and the Federal Republic of Germany have been most active and offered the best condition.

Considering the importance of having a global coordinating body which would coordinate the efforts of international community in all stages of disaster management, the idea of establishing DMISCO should be welcomed. The establishment of DMISCO can be initiated with implementation of certain UN Program in order to convince relevant

---

<sup>55</sup> See UN Doc A/AC.105/C.1/L.285 concerning “Study on the possibility of creating an international entity to provide for coordination and the means of realistically optimizing the effectiveness of space-based services for use in disaster management”.

<sup>56</sup> Ibid.

stakeholders within the international community on the importance of such organization in the name of humanity.

#### **IV. CONCLUDING REMARKS**

- A. The lesson that we should learn from the impact of the past disasters, both natural disasters and technology disasters is the need to have a better management in dealing with the future disasters both in prevention, preparedness, early warning, emergency response, relief, evacuation, mitigation, recovery, reconstruction and rehabilitation processes.
- B. The past experiences have shown that participation, support and active involvement of the international community in the name of humanity (irrespective of their nationality, race, religion, ideologies) has played substantial role in improving disaster management and disaster mitigation;
- C. In the process of improvement in disaster management it is proven that the application of space technology contribute substantially to such efforts;
- D. A better coordination mechanism in dealing with disaster is a real need that should be accommodated by a better legal framework through binding legal instruments and the existence of effective special international organization dealing with it.

# INSTRUMEN INTERNASIONAL PERLINDUNGAN PRIVASI (ATAS DATA PRIBADI) DAN PRAKTEK BEBERAPA NEGARA (*LESSON LEARNED* BAGI PENGATURANNYA DI INDONESIA)<sup>1</sup>

## I. PENGANTAR

### A. Konsep Privasi

Secara umum pengertian *privacy* meliputi: *information privacy*, *bodily privacy*, *privacy of communication* dan *territorial privacy*. *Information privacy* biasanya berkaitan dengan cara pengumpulan dan pengelolaan data. *Bodily privacy* berkaitan dengan perlindungan yang bersifat fisik. *Privacy of communication* berkaitan dengan keamanan dan *privacy* atas bentuk-bentuk komunikasi yang dilakukan. Sementara *territorial privacy* berkaitan dengan batas atas intrusi ke masalah dan lingkungan domestik seperti tempat kerja, tempat terbuka, dan lain-lain<sup>2</sup>.

### B. Akibat Kurangnya Perlindungan Privasi

Adanya perlindungan yang memadai terhadap privasi seseorang sangat diperlukan dalam dunia bisnis yang bersifat lintas batas nasional maupun yang berlingkup nasional. Kurangnya perlindungan privasi terhadap data dan informasi pribadi, misalnya akan membawa aki-

---

<sup>1</sup> Makalah Disampaikan pada Seminar “Perlindungan Privasi: Pengaturan dan Praktiknya di Indonesia”, Bagian Hukum Teknologi Informasi dan Komunikasi, Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, 13 September 2011

<sup>2</sup> Lihat Abu Bakar Munir dan Siti Hajar Mohd Yasin, *Privacy and Data Protection*, Sweet and Maxwell Asia, Hongkong, 2002, halaman 2.



bat-akibat seperti: penyalahgunaan data dan informasi pribadi konsumen secara melawan hukum; pencurian data dan informasi pribadi untuk melakukan kejahatan lain; pemalsuan dalam berbagai dimensinya; kesulitan dalam pelacakan, penyelidikan, penyidikan, penuntutan dan pembuktian kejahatan.

### **C. Manfaat Perlindungan Privasi**

Terdapat beberapa manfaat nyata yang teridentifikasi menyangkut manfaat dari perlindungan privasi, antara lain: perlindungan privasi sebagai bagian dari perlindungan atas hak-hak asasi manusia; karena informasi pribadi (*personal information*) telah menjadi komoditas dan darah kehidupan (*life blood*) dalam perekonomian yang berbasis informasi.

### **D. Privasi dan HAM**

Dalam konteks perlindungan privasi sebagai bagian dari perlindungan hak-hak asasi manusia dapat digambarkan dalam Konstitusi kita yang menyatakan: “Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”<sup>3</sup>.

Dalam dokumen lain juga dinyatakan:

*“No one should be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence or to attack on his honor and reputation”*<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Pasal 28 G (1) Undang-Undang dasar 1945 sebagaimana yang telah Diamandemen.

<sup>4</sup> Pasal 12 Universal Declaration of Human Rights, dibandingkan dengan instrumen lainnya seperti International Covenant on Civil and Political Rights, UN Convention on Migrant Workers, UN Convention on the Right of the Child, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, American Convention on Human Rights.

## **II. OECD GUIDELINES 1980 ON THE PROTECTION OF PRIVACY AND TRANSBORDER FLOW OF PERSONAL DATA**

Salah satu pertimbangan yang mendasari penyusunan OECD *Guidelines* adalah adanya kekhawatiran akan timbul kesenjangan di antara hukum nasional negara-negara anggota yang dapat menghambat atau membatasi arus informasi yang bersifat lintas batas nasional, dan pembatasan tersebut dapat menimbulkan kekacauan pada sektor-sektor ekonomi yang penting. Untuk menghindari resiko tersebut OECD memutuskan untuk menyusun prinsip-prinsip dasar yang dapat berfungsi sebagai dasar bagi pengaturan di negara-negara anggotanya, khususnya bagi negara-negara yang tidak memiliki aturan nasional mengenai masalah privasi<sup>5</sup>.

### **A. Sistematika OECD *Guidelines***

Sistematika OECD *Guidelines* terdiri dari 5 (lima) bagian. Bagian Pertama berisi ketentuan-ketentuan umum; Bagian Kedua memuat prinsip-prinsip dasar bagi penerapan secara nasional; Bagian Ketiga merumuskan ketentuan tentang prinsip-prinsip dasar bagi penerapan secara internasional; Bagian Keempat tentang implementasi nasional; sedangkan Bagian Kelima mengatur tentang Kerjasama Internasional.

### **B. Prinsip-prinsip Dasar bagi Penerapan Secara Nasional**

Prinsip-prinsip dasar bagi penerapan secara nasional ini, meliputi:

1. Pembatasan dalam pengumpulan data pribadi (*collection limitation*)
2. Kewajiban menjamin kualitas data (*data quality*)

---

<sup>5</sup> Mengenai uraian atas latar belakang OECD Guidelines, periksa: Yee Fen Lim, *Cyberspace Law: Commentaries and Materials*, Oxford University Press, Melbourne, 2003, halaman 132.

3. Prinsip bahwa pengumpulan dan pengelolaan data hanya untuk tujuan tertentu serta atas dasar kewajiban menyampaikan pemberitahuan (*purpose specification and notice*)
4. Pembatasan penggunaan data pribadi (*use limitation*).
5. Keamanan data (*security*)
6. Keterbukaan dalam pengelolaan (*openness*)
7. Akses atas data pribadi oleh subjek data (*access*)
8. Akuntabilitas dalam pengelolaan data (*accountability*)

### **C. Prinsip Dasar bagi Penerapan Secara Internasional**

Terdapat beberapa prinsip dasar bagi penerapan secara internasional yang perlu diperhatikan, yaitu:

1. Kewajiban mempertimbangkan implikasi terhadap negara lain atas pemrosesan data secara domestik serta re-ekspor atas data pribadi.
2. Kewajiban mengambil langkah-langkah yang diperlukan untuk menjamin bahwa arus data pribadi, termasuk kemungkinan transit melalui suatu negara anggota, berlangsung secara tidak terputus dan aman.
3. Larangan membatasi arus data pribadi yang bersifat lintas batas ke negara anggota lainnya, kecuali kepada negara yang tidak memiliki aturan nasional tentang privasi atau tidak menghormati *Guidelines*, demikian pula terhadap negara yang tidak memberikan perlindungan yang memadai.
4. Negara anggota wajib menghindari pelembagaan hukum nasional, kebijakan maupun praktek yang mengatasnamakan privasi dan kebebasan individu yang dapat menghambat arus data pribadi yang bersifat lintas batas secara melebihi apa yang diperlukan bagi perlindungan tersebut.

#### D. Langkah-langkah Bagi Implementasi *Guidelines*

Dalam rangka mengimplementasikan *Guidelines*, ada beberapa langkah yang dapat ditempuh, yaitu: merumuskan legislasi nasional yang memadai; mendorong dan mendukung upaya self regulation, baik dalam bentuk *code of conduct* atau lainnya; menerapkan cara-cara yang layak/pantas bagi individu untuk melaksanakan hak-haknya; menerapkan sanksi yang memadai serta upaya pemulihan dalam hal kegagalan mematuhi prinsip-prinsip dasar bagi penerapan secara nasional maupun internasional; serta menjamin tidak terjadinya perlakuan diskriminatif yang tidak adil terhadap subjek data.

#### E. Kerjasama Internasional

Kerangka kewajiban dalam rangka kerjasama internasional juga telah diletakkan dalam *Guidelines* ini, meliputi: kewajiban memberi informasi mengenai kepatuhan terhadap prinsip-prinsip *Guidelines*, serta menerapkan tata cara arus lintas batas data pribadi yang *compatible* dengan negara lainnya yang mematuhi *Guidelines*; menetapkan tata cara guna memfasilitasi pertukaran informasi yang terkait dengan *Guidelines* serta memberikan bantuan timbal balik berkaitan dengan masalah-masalah prosedural dan investasi; serta kewajiban untuk bekerja ke arah pengembangan prinsip-prinsip, baik dalam tataran domestik maupun internasional yang mengatur hukum yang berlaku (*applicable law*) yang terkait dengan arus lintas batas data pribadi.

### III. EU DATA PROTECTION DIRECTIVES

#### A. *EC Directives 95/46 of 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data*

Instrumen ini memuat ketentuan yang lebih rinci dibandingkan dengan OECD *Guidelines*, misalnya: keabsahan tujuan (*legitimate*

*purpose*); mempersyaratkan adanya sistem pendaftaran nasional atas *data bases* dan pengendali data (*data controller*); tidak melakukan transfer data apabila tidak ada perlindungan yang memadai (*no transfer data if there is no adequate protection*); mendorong penggunaan aturan perilaku bagi dunia industri (*encourage use of code of conduct for industries*).

EC *Data Protection Directives* 95/46 terdiri dari Preambul dengan 72 butir dan 7 Bab yang terdiri dari: ketentuan umum; kaidah umum keabsahan pemrosesan data pribadi; upaya pemulihan hukum; tanggung jawab dan sanksi; transfer data pribadi ke negara ketiga; aturan perilaku (*code of conduct*); lembaga pengawas (*supervisory authority*); *working party* mengenai perlindungan individu berkaitan dengan pemrosesan data pribadi; serta *community implementing measures*. *Directives* ini terdiri dari 34 Pasal.

#### **B. EC Directives 97/66 concerning the Proccession of Personal Data on the Protection of Privacy in Telecommunication Sector**

*Directives* ini dirumuskan dengan memperhatikan dan melengkapi *Directive* 95/46, terutama berkaitan dengan jaminan kerahasiaan atas komunikasi sebagaimana tercantum dalam berbagai instrumen internasional yang berkaitan dengan hak-hak asasi manusia, demikian pula jaminan kerahasiaan informasi sebagaimana dirumuskan dalam konstitusi negara-negara anggota.

Seiring dengan kemajuan teknologi digital yang diintrodusir oleh jaringan telekomunikasi publik beserta jasa-jasa baru yang ditawarkannya, memunculkan kebutuhan khusus berkaitan dengan perlindungan terhadap data pribadi dan privasi penggunanya. EC *Directives* ini berusaha untuk menjawab persoalan tersebut. *EC Directive* 97/66 terdiri dari 18 pasal serta sebuah *annex* tentang *list of data*.

#### IV. APEC PRIVACY FRAMEWORK 2004

APEC *Privacy Framework 2004* menunjukkan bahwa masyarakat Asia Pasifik telah memiliki kesadaran untuk memperluas kesempatan bisnis, mengurangi biaya, meningkatkan efisiensi, meningkatkan kualitas kehidupan, dan memfasilitasi partisipasi yang lebih besar dari usaha kecil dalam perdagangan global. APEC menganggap penting perlindungan privasi yang efektif yang dapat mengatasi hambatan dalam penyebaran informasi, menjamin kelangsungan perdagangan dan pertumbuhan di kawasan APEC.

APEC *Privacy Framework* bertujuan untuk meningkatkan e-commerce di kawasan Asia Pasifik, dirumuskan sejalan dengan nilai-nilai utama yang diletakkan oleh OECD *Guidelines 1980 on the Protection of Privacy and Transborder Flow of Personal Data*. APEC *Privacy Framework* juga meneguhkan nilai privasi bagi individu serta kepada masyarakat informasi<sup>6</sup>. APEC *Privacy Framework* secara khusus menata konsep-konsep dasar yang berkaitan dengan perlindungan privasi dalam masyarakat informasi, demikian pula persoalan yang sangat relevan kepada perekonomian negara-negara anggota APEC. Perbedaannya dibandingkan dengan OECD *Guidelines* terletak pada pendekatannya yang lebih menitikberatkan perhatiannya pada perlindungan yang praktis dan konsisten atas privasi informasi. Di dalamnya terdapat keseimbangan antara privasi atas informasi dengan kebutuhan usaha dan kepentingan komersial, dan pada saat yang sama mengakui keragaman kultural di antara negara-negara anggotanya<sup>7</sup>.

Perumusan APEC *Privacy Framework* dimaksudkan untuk memberikan pedoman dan arah yang lebih jelas kepada dunia usaha di lingkungan APEC atas permasalahan-permasalahan umum dan dampak isu privasi terhadap cara berusaha yang sah. Hal ini dilakukan dengan memberikan *highlight* terhadap harapan-harapan yang wajar dari konsumen modern

---

<sup>6</sup> APEC Privacy Framework 2004, Preambul angka 5.

<sup>7</sup> Ibid, Preambul, angka 6.

atas kepentingan privasinya yang harus diakui oleh dunia usaha sesuai dengan prinsip-prinsip yang diletakkan dalam dokumen ini<sup>8</sup>.

Meskipun APEC merupakan suatu bentuk kerjasama ekonomi yang bersifat longgar dan hanya menghasilkan prinsip-prinsip yang merupakan *soft laws*, namun apa yang dihasilkan tidak dapat diabaikan arti pentingnya. Dalam konteks perlindungan *privacy*, penting untuk diperhatikan ketentuan-ketentuan yang tertuang dalam *APEC Privacy Framework* yang intinya adalah sebagai berikut:

- A. Mengakui pentingnya *privacy* dengan memberi penekanan kepada manfaat yang dapat diperoleh dalam keikutsertaan pada perekonomian yang bersandar pada informasi global;
- B. Mendorong terciptanya prinsip proporsionalitas dalam pengaturan nasional;
- C. Memfokuskan pada penerapan prinsip-prinsip dasar dari *OECD Guidelines*;
- D. Menekankan pada prinsip pembatasan pengumpulan data, kualitas data serta keamanan data;
- E. Menekankan pada manfaat memberikan hak kepada subjek data dalam mengendalikan data pribadinya melalui mekanisme *opt-in* dan *opt-out*;
- F. Mendorong kombinasi antara *legislative, administrative and industry self regulatory measures* serta upaya melalui pendidikan (sosialisasi).

## **V. PRIVACY PROTECTION IN UK**

### **A. Peraturan yang Terkait**

Beberapa peraturan di Inggris yang terkait dengan perlindungan data pribadi mencakup: *Data Protection Act of 1984*; *Data Protection Act of*

---

<sup>8</sup> Ibid, Preambul, angka 7.

1998<sup>9</sup>; serta *The Telecommunications (Data Protection and Privacy) Regulations of 1999*.

## B. Pengertian *Personal Data* dan *Sensitive Personal Data*

Personal Data atau Data Pribadi diartikan sebagai:

*“Data which relate to a living individual who can be identified: (a) from those data, or (b) from those data or other information which is in the possession of, the data controller, and includes any expression of opinion about the individual and any indication of the intentions of the data controller or any other person in respect of the individual”*<sup>10</sup>.

Sementara itu *Sensitive Personal Data* diartikan sebagai:

*“...personal data consisting of information as to: (a) the racial or ethnic origin of the data subject; (b) his political opinions; (c) his religious belief or other beliefs of similar nature; (d) whether he is a member of a trade union; (e) his physical or mental health condition; (f) his sexual life; (g) the commission or alleged commission by him of any offence; (h) any proceedings or any offence committed or alleged to have been committed by him, the disposal of such proceedings or the sentence of any court in such proceedings”*<sup>11</sup>.

## C. Pengertian Pemrosesan Data (*Data Processing*)

Pemrosesan data diartikan sebagai:

*“Processing, in relation to information or data, means obtaining, recording or holding the information or data or carrying out any operation or set of operations on the information or data, including:*

---

<sup>9</sup> Mengenai analisis rinci terhadap Data Protection Act 1998, baca: Piers Leigh-Pollit & James Mullock, *The Point of Law Data Protection Act Explained*, The Stationary Office, The Official Publisher of the Acts, Third Edition, 2001. Baca juga: Susan Singleon, *Data Protection: The New Law*, Jordans, 1998.

<sup>10</sup> UK Data Protection Act of 1998, Part I: Preliminary, 1. Basic Interpretation Provisions.

<sup>11</sup> Ibid, Part I, Preliminary, 2. Sensitive Personal Data.



1. *Organization, adaptation or alteration of the information or data.*
2. *Retrieval, consultation or use of the information or data,*
3. *Disclosure of the information or data by transmission, dissemination or otherwise making available, or*
4. *Alignment, combination, blocking, erasure or destruction of the information or data.”*

Rumusan di atas mempunyai pengertian yang luas, oleh karenanya sulit untuk membayangkan ada kegiatan yang terkait dengan data yang tidak tercakup dalam pengertian tersebut<sup>12</sup>.

#### **D. Prinsip-Prinsip Perlindungan Data Pribadi (*Personal Data Protection Principles*)**

Aturan mengenai perlindungan data pribadi di Inggris memuat prinsip-prinsip umum perlindungan data pribadi, yang meliputi<sup>13</sup>:

1. Data pribadi harus diproses secara *fair* dan berdasarkan aturan hukum (*personal data shall be processed fairly and lawfully*).
2. Data pribadi hanya diperoleh untuk satu atau lebih tujuan yang khusus dan sah dan tidak boleh diproses lebih lanjut dengan cara apapun yang tidak sesuai dengan maksudnya (*Personal data shall be obtained only for one or more specified and lawful purposes, and shall not be further processed in any manner incompatible with that purpose or other purposes*)
3. Data pribadi harus layak/memadai, relevan dan tidak berlebihan dikaitkan dengan maksud pemrosesannya (*Personal data shall be adequate, relevant and not excessive in relation to the purpose or purposes for which they are processed*).

---

<sup>12</sup> Ibid, halaman 37.

<sup>13</sup> Mengenai penafsiran atas prinsip-prinsip ini, Lihat Data Protection Act 1998, Schedule 1 Part II, Interpretation of the Principles.

4. Data pribadi harus akurat dan sejauh mungkin mutakhir (*Personal data shall be accurate and, where necessary, kept up-to-date*).
5. Pemrosesan data pribadi untuk maksud-maksud tertentu tidak boleh ditahan lebih dari jangka waktu yang diperlukan untuk maksud tersebut (*Personal data process for any purpose or purposes shall not be kept for longer than is necessary for that purpose or purposes*).
6. Data pribadi harus diproses berdasarkan persetujuan subjek data sesuai dengan undang-undang ini (*Personal data shall be processed in accordance with the consent of data subject under this act*).
7. Tindakan teknis dan organisasi yang wajar patut ditempuh terhadap pemrosesan yang tidak sah atau melawan hukum atas data pribadi, termasuk atas kejadian yang menimbulkan hilangnya atau rusaknya atau kerugian atas data pribadi (*Appropriate technical and organizational measures shall be taken against unauthorized or unlawful processing of personal data and against accidental loss or destruction or damage to personal data*).
8. Data pribadi tidak boleh ditransfer ke negara di luar Kawasan Ekonomi Eropa kecuali negara tersebut menjamin tingkat perlindungan yang memadai atas hak-hak dan kebebasan subjek data dalam kaitan dengan pemrosesan data (*Personal data shall not be transferred to a country outside the European Economic Area unless that country or territory ensures adequate level of protection for the rights and freedoms of data subjects in relation to the processing of personal data*).

## E. Kelembagaan

Di Inggris ada 2 (dua) lembaga utama terkait dengan perlindungan data pribadi, yaitu *Data Protection Commissioner (Commissioner)* dan *Data Protection Tribunal (Tribunal)*.

*Data Protection Commissioner (Commissioner)* mempunyai fungsi<sup>14</sup>:

1. Untuk meningkatkan praktek yang baik oleh pengendali data (*data controller*), terutama menyangkut kepatuhan mereka terhadap ketentuan undang-undang.
2. Melakukan diseminasi informasi kepada publik tentang praktek yang baik.
3. Menyebarkan *code of practice* sebagai pedoman bagi kalangan asosiasi dagang.
4. Melakukan penilaian atas pemrosesan data yang dilakukan oleh *data controller*.

Sementara itu *Data Protection Tribunal (Tribunal)* merupakan semacam lembaga banding yang berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara yang diajukan sehubungan dengan pelaksanaan *Data Protection Act of 1998*, terutama dalam kaitan dengan hubungan antara *Data Controller* dengan pengawasnya, yaitu *Commissioner*.

## VI. PERLINDUNGAN PRIVASI DI AMERIKA SERIKAT

### A. Peraturan Perundang-undangan yang Melindungi Privasi di Amerika Serikat

Di Amerika Serikat, lembaga legislatif tidak akan mengesahkan undang-undang yang membatasi kebebasan pribadi sebagaimana dijamin oleh Konstitusi. Pemerintah dan para Legislatornya lebih memilih pendekatan *selfregulatory* tanpa campur tangan negara sepanjang tidak diperlukan. Untuk memahaminya dapat dilakukan dengan mencermati Kongres AS, Pemerintah Federal, demikian pula sikap badan-badan publik dan privat atas permasalahan ini<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Lihat *Data Protection Act 1998*, Schedules 5 Part I. Untuk analisis selengkapnya, lihat Piers Leigh-Pollit & James Mullock, op.cit, halaman 169-170.

<sup>15</sup> Untuk analisis selengkapnya mengenai hal ini, Baca: Sonny Zulhuda, *Personal Data Protection in*

Legislasi di Amerika Serikat melalui Kongres pada umumnya bersifat sporadik dan parsial dan tidak secara khusus dan komprehensif mengatur perlindungan terhadap privasi, apalagi privasi yang bersifat *on-line*. Tidak ada Statuta Federal di AS yang dibuat secara khusus untuk melindungi privasi di AS, baik yang berkaitan dengan data atau informasi pribadi. Sebaliknya terdapat beberapa undang-undang yang ditetapkan menyangkut isu-isu privasi yang bersifat khusus, antara lain<sup>16</sup>:

1. *Fair Credit reporting Act of 1970.*
2. *Privacy Act 1974.*
3. *Right to Financial Privacy Act 1978.*
4. *Electronic Freedom of Information Act (EFOIA) 1986.*
5. *Video Privacy Protection Act 1988.*
6. *Telephone Consumer Protection Act of 1991.*
7. *Driver's Privacy Protection Act 1994.*
8. *Children's On-line Privacy Protection Act 1998.*
9. *Financial Modernization Act 1999.*

Selain beberapa peraturan perundangan di atas, terdapat pula beberapa draft undang-undang, seperti: *Student Privacy Protection Bill; The Spyware Control and Privacy Protection Bill; Electronic Privacy Protection Bill; The Unsolicited Commercial E Mail Bill; The Consumer Internet Privacy Enhancement Bill.*

Di samping berbagai peraturan perundang-undangan tentang perlindungan privasi, di Amerika Serikat juga terdapat peraturan perundang-undangan yang membatasi privasi warganegaranya untuk kepentingan tertentu seperti untuk pemberantasan terorisme dan tin-

---

*the Cyberspace: A Comparative Study between the American Self-Regulatory Approach and the European Legislative Approach: The Position in Malaysia*, LLM Thesis, International Islamic University, Malaysia, 2002, halaman 45-75.

<sup>16</sup> Bagi uraian selengkapnya mengenai berbagai undang-undang yang terkait dengan perlindungan privasi di AS, baca: Jonathan Rosenoer, *Cyber Law: The Law of the Internet*, Springer Publication, San Fransisco, 1996, halaman 129-139. Baca juga Sonny Zuhuda, *Ibid*, halaman 46-48.

dak pidana korporasi. Contohnya: *USA Patriot Act of 2001 (United and Strengthening America by Providing Appropriate Tools required to Intercept and Obstruct Terrorism*<sup>17</sup>; *Sarbane Oxley Corporate reform Law of 2002*<sup>18</sup>; *Domestic Security Enhancement Act of 2003*; *terrorism Information Awareness (TIA)*<sup>19</sup>; *Government into Awareness (GIA)*<sup>20</sup>.

## B. Sikap Amerika Serikat terkait Perlindungan Data Pribadi

Sehubungan dengan berlakunya *EC Directives* mengenai perlindungan privasi atas data dan informasi pribadi, Amerika Serikat menerapkan apa yang disebut sebaga *Safe Harbour Principles*. *Safe Harbour Principles* dirancang untuk melindungi privasi atas data dan informasi pribadi guna memenuhi persyaratan *EC Directives* yang mulai berlaku tahun 1998. Sebagaimana diketahui, menurut *EC Directives* transfer atas data pribadi keluar wilayah Eropa hanya dapat dilakukan hanya jika negara tersebut menjamin suatu tingkat perlindungan yang memadai (*adequate*). Bagi AS, tidak ada jalan lain kecuali mengambil langkah-langkah yang diperlukan melalui *Safe Harbour Principles* tersebut. Untuk memenuhi persyaratan-persyaratan dari *EC Directives*, perusahaan-perusahaan di AS memilih untuk mengadopsi ketentuan-ketentuan dari *EC Directives* agar tetap dapat melaksanakan prinsip *self regulatory* yang berkaitan dengan kebijakan privasinya.

*Presumption of adequacy* tersebut diterapkan kepada organisasi atau perusahaan yang mengadopsi *Safe Harbour Principles*, atau

---

<sup>17</sup> Bagi analisis selengkapnya, baca: Halbert dan Inguli, *Cyber Ethics*, Thomson Publisher, 2005.

<sup>18</sup> Merupakan undang-undang untuk memberantas tindak pidana korporasi, terutama setelah merebaknya kasus-kasus kejahatan korporasi seperti: Enron, Worldcom, Walt Disney, dll.

<sup>19</sup> Merupakan program yang dirancang oleh Departemen Pertahanan AS untuk memerangi terorisme baik yang berskala domestik maupun internasional dengan melakukan monitoring terhadap e-mail, data keuangan maupun data perjalanan seseorang yang dicurigai.

<sup>20</sup> Dimaksudkan untuk memberdayakan masyarakat dengan memberikan data tunggal yang bersifat komprehensif dan mudah digunakan menyangkut individu dan korporasi yang berkaitan dengan Pemerintah AS.

menundukkan diri kepada seluruh ketentuan yang terdapat pada *EC Directives*, dengan demikian maka negara-negara anggota Uni Eropa dapat melakukan transfer data ke AS<sup>21</sup>.

## **VII. PRIVACY (PERSONAL DATA) PROTECTION IN MALAYSIA**

Malaysia membutuhkan waktu sekitar satu dekade untuk menghasilkan suatu undang-undang perlindungan data pribadi, yaitu dengan pengesahan *Personal Data Protection Bill* pada bulan Mei 2010, yang dilanjutkan dengan persetujuan Raja pada tanggal 2 Juni 2010. Tujuan dari pelebagaan undang-undang ini, yang dikenal dengan nama *Personal Data Protection Act 2010* adalah untuk melindungi dan mengamankan data pribadi. Undang-undang ini mencoba untuk menciptakan suatu keseimbangan antara kebutuhan yang sah organisasi-organisasi untuk mengumpulkan dan memproses data dengan kebutuhan untuk menghargai hak-hak individual terkait dengan data pribadinya<sup>22</sup>.

### **A. Sistematika *Personal Data Protection Act 2010***

Undang-Undang Perlindungan Data Pribadi di Malaysia, yaitu *Personal Data Protection Act 2010*, mempunyai sistematika yang terdiri dari 11 (sebelas) bagian (*parts*), masing-masing:

1. *Preliminary*<sup>23</sup>.
2. *Personal Data Protection*<sup>24</sup>.
3. *Exemption*<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Uraian selengkapnya mengenai penerapan Safe Harbour Principles, baca: Yee Fen Lim, *Cyberspace Law: Commentaries and Materials*, Oxford University Press, Melbourne, 2003, halaman 158-159.

<sup>22</sup> Bagi analisis selengkapnya tentang isi dari *Personal Data Protection Act 2010*, baca : Abu Bakar Munir dan Siti Hajar Mohd Yasin, *Personal Data Protection in Malaysia: Law and Practice*, Sweet and Maxwell Asia, 2010, Preface.

<sup>23</sup> *Personal Data Protection Act 2010*, Part I.

<sup>24</sup> *Ibid*, Part II.

<sup>25</sup> *Ibid*, Part III.

4. *Appointment, Functions and Powers of Commissioner*<sup>26</sup>.
5. *Personal Data Protection Fund*<sup>27</sup>.
6. *Personal Data Protection Advisory Committee*<sup>28</sup>.
7. *Appeal Tribunal*<sup>29</sup>.
8. *Inspection, Complaint and Investigation*<sup>30</sup>.
9. *Enforcement*<sup>31</sup>.
10. *Miscellaneous*<sup>32</sup>.
11. *Savings and Transitional Provisions*<sup>33</sup>.

## B. Prinsip-prinsip Perlindungan Data Pribadi

Prinsip-prinsip pokok perlindungan data pribadi yang diatur dalam *Personal Data Protection Act 2010* meliputi: prinsip umum (*general principle*); prinsip pemberitahuan dan pilihan (*the notice and choice principle*); prinsip keterbukaan (*the disclosure principle*); prinsip keamanan (*the security principle*); prinsip retensi (*the retention principle*); prinsip integritas data (*data integrity principle*); serta prinsip akses (*the access principle*)<sup>34</sup>.

## C. Sistem Pendaftaran

Pada sistem pendaftaran diatur bahwa Menteri atas rekomendasi Komisioner menetapkan kelompok pengguna data yang harus melakukan pendaftaran<sup>35</sup>. Untuk melakukan pendaftaran pengguna

---

<sup>26</sup> Ibid, Part IV.

<sup>27</sup> Ibid, Part V.

<sup>28</sup> Ibid, Part VI.

<sup>29</sup> Ibid Part VII.

<sup>30</sup> Ibid, Part VIII.

<sup>31</sup> Ibid, Part X.

<sup>32</sup> Ibid, Part XI.

<sup>33</sup> Ibid, Part XII.

<sup>34</sup> Sebagaimana diatur dalam *Personal Data Protection Act 2010*, Part II, Division 1, Section 5 (1). Selanjutnya masing-masing prinsip diatur dalam section 6, 7, 8, 9, 10, 11, dan 12.

<sup>35</sup> Ibid, Part II, Division II, Section 14 (1).

data wajib mengajukan permohonan pendaftaran<sup>36</sup>. Jika permohonan dikabulkan, maka akan diterbitkan sertifikat pendaftaran<sup>37</sup>. Sertifikat pendaftaran dapat diperbarui dengan mengajukan permohonan sebelum habis masa berlakunya<sup>38</sup>. Pendaftaran dapat dicabut jika memenuhi keadaan-keadaan tertentu<sup>39</sup>. Dalam hal pendaftaran dicabut, maka sertifikat pendaftaran harus dikembalikan<sup>40</sup>. Komisioner berkewajiban memelihara catatan pendaftaran dari pengguna data<sup>41</sup>.

#### D. Hak-hak Subjek Data

Subjek Data memiliki beberapa hak yang dilindungi oleh *Personal data Protection Act*, meliputi:

1. Hak atas akses terhadap data pribadinya (*right of access to personal data*)<sup>42</sup>.
2. Hak untuk memperbaiki data pribadi (*right to correct personal data*)<sup>43</sup>.
3. Hak untuk menarik persetujuan untuk memproses data pribadi (*withdrawal of consent to process personal data*)<sup>44</sup>.
4. Hak untuk mencegah pemrosesan data pribadi yang dapat menimbulkan kerugian atau distress (*right to prevent processing likely to cause damage or distress*)<sup>45</sup>.
5. Hak untuk mencegah pemrosesan data pribadi dengan maksud untuk pemasaran langsung (*right to prevent processing likely to cause damage or distress*)<sup>46</sup>.

---

<sup>36</sup> Ibid, Section 15 (1).

<sup>37</sup> Ibid, Section 16 (1) (a).

<sup>38</sup> Ibid, Section 17 (1) dan (2).

<sup>39</sup> Ibid, Section 18 (1).

<sup>40</sup> Ibid, Section 19 (1).

<sup>41</sup> Ibid, Section 19 (1) dan (2).

<sup>42</sup> Part II, Division 4, Section 30.

<sup>43</sup> Ibid, Section 34.

<sup>44</sup> Ibid, Section 38.

<sup>45</sup> Ibid, Section 42.

<sup>46</sup> Ibid, Section 43.



## **E. Ketentuan Pengecualian (*Exemption*)**

*Part III* dari *Personal Data Protection Act 2010* mengatur tentang ketentuan pengecualian (*exemption*) dalam hal dan/atau dengan persyaratan-persyaratan sebagai berikut:

1. Dalam hal pemrosesan data oleh individual untuk kepentingan pribadi, keluarga, rumah tangga atau rekreasi<sup>47</sup>.
2. Untuk mencegah dan mendeteksi tindak pidana atau untuk maksud penyelidikan<sup>48</sup>.
3. Untuk kepentingan penuntutan kepada pelaku tindak pidana<sup>49</sup>.
4. Untuk kepentingan perpajakan atau yang serupa<sup>50</sup>.
5. Pemrosesan data pribadi untuk kepentingan statistik atau riset<sup>51</sup>.
6. Hal-hal yang berkaitan dengan putusan pengadilan<sup>52</sup>.
7. Pemrosesan untuk kepentingan *discharging regulatory functions*<sup>53</sup>.
8. Pemrosesan untuk kepentingan jurnalistik, sastra atau seni<sup>54</sup>.

## **F. Kelembagaan**

*Personal Data Protection Act 2010* mengatur secara rinci berbagai kelembagaan yang terkait dengan perlindungan data pribadi. Lembaga-lembaga yang terkait terdiri dari: *Committee*, dan Majelis Banding (*Appeal Tribunal*).

Komisioner mempunyai fungsi untuk: memberi saran kepada Menteri tentang kebijakan perlindungan data pribadi dan hal-hal lain yang terkait; melaksanakan dan menegakkan aturan hukum di bidang perlindungan data pribadi; mendorong asosiasi atau lembaga-lembaga

---

<sup>47</sup> Ibid, Section 45 (1).

<sup>48</sup> Ibid, Section 45 (2) (a).

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid, Section 45 (2) (c).

<sup>52</sup> Ibid, Section 45 (2) (d).

<sup>53</sup> Ibid, Section 45 (2) (e).

<sup>54</sup> Ibid, Section 45 (2) (f).

yang menjadi pengguna data untuk mengembangkan *code of conduct* diantara mereka; serta bekerjasama dengan korporasi dan badan-badan pemerintah untuk melaksanakan fungsinya<sup>55</sup>.

Komisi Penasehat mempunyai fungsi: memberi nasehat kepada Komisioner mengenai segala hal yang terkait dengan perlindungan data pribadi, termasuk aspek administrasi dan penegakan undang-undang; memberi nasehat kepada Komisioner tentang masalah-masalah yang diajukan oleh Komisi Penasehat<sup>56</sup>.

Majelis Banding memiliki kewenangan untuk memanggil; menyediakan, menerima atau menolak alat bukti; serta melakukan pemeriksaan dan memutus<sup>57</sup>.

## **VIII. LESSON LEARNED**

### **A. Arah Kecenderungan Dalam Pengaturan Nasional Tentang Perlindungan *Privacy* (Data Pribadi)**

Dengan mencermati ketentuan-ketentuan tentang perlindungan *privacy* (data pribadi) pada berbagai instrumen internasional dan praktek negara-negara tertentu, maka hal itu akan mempengaruhi arah kecenderungan dalam pengaturan nasional (Indonesia) tentang perlindungan *privacy* (data pribadi). Adapun kecenderungan-kecenderungannya adalah sebagai berikut:

1. Terdapat kecenderungan yang sangat kuat adanya upaya standardisasi pengaturan nasional yang berkaitan dengan *privacy* atas data pribadi.
2. Terdapat kesamaan pengertian atas istilah-istilah kunci yang digunakan seperti: data, data pribadi sensitif, pemroses data, pengelola data, dan lain-lain.

---

<sup>55</sup> Ibid, Part IV, Section 48.

<sup>56</sup> Ibid, Part VI, Section 71.

<sup>57</sup> Ibid, Part VII, Section 84.

3. Terdapat kesamaan prinsip-prinsip umum yang mengatur mengenai masalah *privacy*.
4. Pengaturan *privacy* tidak hanya terbatas berlaku untuk sektor publik, namun juga diberlakukan untuk sektor privat, baik melalui pendekatan legislatif, *selfregulatory* maupun *co-regulatory*.
5. Untuk memperlancar kegiatan perdagangan internasional, maka perlindungan yang memadai atas *privacy* (atas data pribadi), khususnya bagi kepentingan *transboundary flow of data* menjadi persyaratan yang harus diperhatikan.

## **B. Prinsip-Prinsip Pokok tentang Perlindungan Privasi (Atas Data Pribadi)**

Dari berbagai instrumen internasional, baik yang bersifat multilateral, regional maupun instrumen hukum nasional negara-negara tertentu yang mengatur tentang perlindungan data pribadi, terdapat beberapa kesamaan tentang prinsip-prinsip pokok perlindungan data pribadi, yaitu:

1. *Prinsip pembatasan dalam pengumpulan data*  
Data tersebut diperoleh dengan cara-cara yang legal dan adil, dan bila perlu atas pengetahuan dan persetujuan dari subjek data.
2. *Prinsip menyangkut kualitas data*  
Data pribadi tersebut haruslah relevan dengan maksud untuk mana data tersebut akan digunakan, dan sejauh mungkin data tersebut lengkap dan mutakhir.
3. *Prinsip adanya tujuan khusus mengenai pengumpulan data pribadi*  
Maksud dari pengumpulan data pribadi tersebut haruslah bersifat tertentu/khusus dimana penggunaannya juga terbatas sesuai dengan maksudnya.

4. *Prinsip pembatasan dalam penggunaan data pribadi*  
Data pribadi tidak dapat dibuka, disajikan atau digunakan untuk keperluan yang tidak sesuai dengan peruntukannya, kecuali atas dasar persetujuan dari subjek data serta atas perintah/ kewenangan hukum/undang-undang.
5. *Prinsip pengamanan maksimal terhadap data pribadi*  
Data pribadi harus dilindungi dengan sistem pengamanan yang memadai agar terhindar dari resiko kehilangan atau tindakan melawan hukum berupa akses, kerusakan, penggunaan, modifikasi atau terbukanya data tersebut.
6. *Prinsip keterbukaan tentang praktek dan kebijakan menyangkut data pribadi*  
Diarahkan pada adanya kebijakan umum dan keterbukaan tentang perkembangan, praktek dan kebijakan menyangkut data pribadi.
7. *Prinsip partisipasi individual dari subjek data*  
Partisipasi subjek data berkaitan dengan perolehan, keberadaan, kelengkapan, penyempurnaan, perubahan data, dan lain-lain.
8. *Prinsip akuntabilitas*  
Tanggung jawab dari pengelola data untuk mematuhi prinsip-prinsip yang lain.

### **C. Pengaturan tentang Hak dan Kewajiban Para Pihak yang Terkait, Termasuk Aspek Kewenangan Kelembagaannya**

Pengaturan tentang hak, kewajiban dan tanggung jawab dari berbagai pihak yang terkait dengan pengumpulan, pemrosesan, pengendalian serta penggunaan data perlu diatur secara rinci. Di samping itu yang tidak kalah pentingnya adalah pengaturan aspek kelembagaan seperti Lembaga Pengawas (Komisioner) serta Lembaga Penyelesaian Sengketa (semacam Tribunal).

## **IX. PROSPEK LEGISLASI NASIONAL TENTANG PERLINDUNGAN PRIVASI DAN DATA PRIBADI DI INDONESIA**

### **A. Ketentuan-ketentuan Pokok yang Perlu Diatur**

Atas dasar hasil analisis perbandingan terhadap berbagai instrumen internasional serta praktek negara-negara tertentu terkait perlindungan privasi (atas data pribadi), maka dapatlah ditarik berbagai unsur bersama (*common elements*) yang dapat menjadi ketentuan-ketentuan pokok yang perlu diatur secara nasional. Adapun ketentuan-ketentuan pokok yang perlu diatur meliputi:

1. Peristilahan dan Batasan
2. Landasan dan Asas
3. Prinsip-prinsip Perlindungan *Privacy* Atas Data Pribadi
4. Hak-hak Subjek Data
5. Hak dan Kewajiban Pengelola/Pengendali Data
6. Komisi Pengawas
7. Lembaga Penyelesaian Sengketa
8. Perbuatan yang Dilarang
9. Sanksi dan Mekanisme Penegakan Hukum
10. Transfer data yang Bersifat Lintas Batas nasional
11. Kerjasama Internasional
12. Ketentuan Penutup

### **B. Langkah-Langkah yang Dapat Ditempuh Dalam Merealisasikan Legislasi Nasional tentang Perlindungan Data Pribadi**

1. Keberadaan legislasi/aturan tentang perlindungan Privasi atas data pribadi sudah merupakan kebutuhan yang mendesak bagi kepentingan nasional untuk memperlancar kegiatan ekonomi transnasional berbasis informasi global serta penciptaan tata kelola pemerintahan yang baik dan bersih.

2. Sebagai langkah awal perlu dilakukan studi yang mendalam mengenai substansi dan berbagai kepentingan yang perlu diakomodasikan, serta melakukan harmonisasi dengan berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku.
3. Selanjutnya perlu dibentuk tim interdepartmen untuk mematangkannya guna memperoleh kebulatan substansi.
4. Sejak awal perlu dipikirkan aspek kelembagaan yang akan terkait dengan perberlakuan legislasi/aturan perlindungan *privacy*, baik dari aspek tugas pokok dan fungsi (tupoksi), koordinasi, penegakan hukum, dan lain-lain.



# PERAN KERJASAMA INTERNASIONAL DALAM PENCEGAHAN DAN PENANGGULANGAN *CYBERCRIME*, KHUSUSNYA *CYBERPORNOGRAPHY*<sup>1</sup>

## I. PENGANTAR

Sebelum membahas peran kerjasama internasional dalam pencegahan dan penanggulangan *cybercrime*, termasuk *cyberpornography*, pertama-tama perlu dikemukakan fakta dan data tentang perkembangan *cybercrime* dalam tataran global, setelah itu dirumuskan lingkup *cybercrime* yang memerlukan perhatian dalam pengembangan kerjasama internasional. Selanjutnya diperjelas beberapa hal yang terkait dengan *cyberpornography*, baik batasannya, pemahaman tentang pornografi di internet, perbedaan antara pornografi dengan pornografi di internet (*cyberpornography*), serta tantangan yang dihadapi dalam persoalan *cyberpornography*.

### A. Fakta dan Data tentang Perkembangan *Cybercrime*

1. Perusahaan teknologi informasi *Computer Associate* (CA) memetakan adanya 7 (tujuh) pola serangan yang berpotensi mengancam internet pada tahun 2007 dengan intensitas yang meningkat. Setidaknya ada sejumlah pola serangan yang mengancam internet. Serangan tersebut dinilai lebih canggih dalam mencuri hak kekayaan intelektual, identitas pribadi, isi dan laporan keuangan secara lintas batas nasional, dalam organisasi maupun jaringan sosial. Banyaknya *malware* yang merusak ja-

---

<sup>1</sup> Materi disampaikan pada seminar tentang *Cybercrime* kerjasama Badan Pembinaan Hukum Nasional dengan Universitas Diponegoro, Semarang, 6-7 Juni 2007.



ringan dengan *Trojan*, *worm*, *virus* dan *spyware*. Pelaku *phising* juga semakin pintar dengan taktik rekayasa sosial. *Spamming* juga meningkat akibat “*spam image based*” yang dapat menembus semua *filter anti spam*. Murahannya biaya menyebar *spam* melalui *botnet*, maka penjahat internet menggunakan medium menyebar Trojan. Sementara itu virus komputer buatan lokal dengan sebutan “Pacaran” kini mulai menyebar dengan mengandalkan format untuk menyerang data di jaringan komputer lokal<sup>2</sup>.

2. *Federal Trade Commission* (FTC) di AS mencatat adanya laporan konsumen atas 670.000 kasus penipuan (*fraud*) dan pencurian identitas (*identity theft*) pada tahun 2006 yang merugikan sebesar US\$ 1.2 milyar. Selama 7 tahun berturut-turut pencurian identitas merupakan yang terbanyak dengan jumlah 36% atau 2466.035, Bentuk kejahatan pencurian identitas yang paling umum adalah *credit card fraud* (*carding*) sebesar 25%, selanjutnya diikuti dengan *phone or utilities fraud* dan *bank fraud*. Setelah pencurian identitas, pencurian lainnya adalah *shop at-home*, *catalog fraud*, *fraud in prices*, *sweepstakes and lottery*, *fraud at internet auction web sites*<sup>3</sup>.
3. Laporan tengah tahunan dari *Internet Security Threat Report* dari vendor piranti lunak Symantec menyatakan bahwa sebanyak 157.000 pesan “*phising*” unik dikirimkan ke seluruh dunia pada paruh pertama 2006, suatu pertumbuhan sebesar 81% dibandingkan dengan periode yang sama tahun 2005<sup>4</sup>.
4. AT&T Inc. melaporkan bahwa karena ulah *hacker* yang mengakses sistem computer dan mencuri informasi kartu kredit dan data pribadi dari ribuan konsumen yang membeli peralatan

---

<sup>2</sup> Roni Yudianto, “CA: Serangan ke Internet Makin Canggih”, *Bisnis Indonesia*, 13 Februari 2007.

<sup>3</sup> Christopher S Rugaber, “Identity Theft Tops Consumer Complaints in 2006: FTC Report”, *The Jakarta Post*, 9 Februari 2007.

<sup>4</sup> Reuters, “Criminal Flock to the Internet, Survey Finds”, 23 September 2006.

DSL dari AT&T *online store*. Data hampir mencapai 19.000 konsumen telah terkena serangan *hacker* tersebut. Pada kesempatan lain sebuah NGO yang bernama *Privacy Rights Clearing House* menghitung lebih dari 170 pelanggaran *internet security* yang diungkap secara terbuka yang berkaitan dengan informasi sensitif pribadi<sup>5</sup>.

Angka dan data di atas menunjukkan peningkatan yang signifikan dari *cybercrime*, baik dari aspek kuantitas, kualitas, frekuensi dan modus operandinya. Fakta-fakta tersebut tentu saja mencemaskan semua pihak karena *cybercrime* tersebut dapat menimpa siapa saja dan pihak mana saja, apakah individu, konsumen, korporasi, pemerintah, serta badan hukum lainnya dengan cara dan modus yang sangat tak terduga namun dengan kemungkinan akibat yang fatal. Sementara itu cakupan kegiatan *cybercriminals* tidak lagi mengenal batas-batas wilayah dan yurisdiksi, hal mana menambah kompleksitas yang dihadapi dalam pengungkapan, penuntutan, peradilan dan penegakan hukumnya. Untuk mencegah, meminimalisasi dan menanggulangnya membutuhkan kerjasama internasional, lintas sektoral, publik-privat dan partisipasi seluruh anggota masyarakat.

## B. Ruang Lingkup *Cybercrime*

Uraian atas fakta-fakta tentang *cybercrime* di atas memberikan gambaran kepada kita betapa luasnya spektrum dan cakupan *cybercrime* yang dapat merambah ke berbagai ranah kegiatan, antara lain:

### 1. *Penyiaran*

Bentuk-bentuk tindak pidana yang dapat dilakukan meliputi: memperolok (*mockering*), merendahkan (*humiliating*), fitnah (*slandering*), pencemaran nama baik (*defamation*), penyesatan

---

<sup>5</sup> Associated Press, "Hackers Took Credit Card Customer Info, Says AT&T", sebagaimana dikutip oleh *The Jakarta Post*, 31 Agustus 2006.

(*mislead*), kebohongan (*lie*), menghasut (*incite*), melecehkan (*insulting*), kekerasan (*violence*), pornografi, perjudian (*gambling*), penyalahgunaan narkoba, pengabaian nilai-nilai agama (*neglecting religious value*), martabat manusia (*human dignity*), serta membahayakan hubungan internasional (*jeopardizing international relations*).

2. *Kesusilaan*

Variasi tindak pidana kesusilaan mencakup: pedopoli (*paedophilia*), eksploitasi seksual terhadap anak-anak (*sexual exploitation of children*), pertunjukan sex secara live (*live sex shows*), *obscene and indecent transmission*, *obscene and indecent telephone calls*.

3. *Telematika*

Akses ilegal (*hacking*), *cracking*, *intersepsi ilegal*, gangguan data (*data interference*), *gangguan sistem* (*system interference*), penyalahgunaan peralatan, pemalsuan yang berkaitan dengan komputer, penipuan yang menggunakan internet.

4. *Hak Kekayaan Intelektual*

Pelanggaran atas hak kekayaan intelektual dapat berupa: pelanggaran hak cipta (*copyrights infringement*), *cybersquatting*, *cyberparasites*, *typosquatting*, *domain hijacking*.

5. *Perpajakan*

Dalam bidang perpajakan bentuk tindak pidana yang dilakukan biasanya berupa penghindaran pajak (*tax evasion*) atau penggelapan pajak (*tax embezzlement*) terhadap objek pajak yang dilakukan melalui transaksi internet.

6. *Privasi*

Menyangkut privasi, terutama atas data dan informasi pribadi, bentuk tindak pidana yang sering dilakukan, misalnya: pencurian identitas (*identity theft*), akses ilegal serta diseminasi terhadap

privasi dan data pribadi yang bersifat sensitif (*illegal access and dissemination of privacy and sensitive personal data*).

7. *Perdagangan dan Keuangan*

Pada kegiatan perdagangan dan keuangan, bentuk-bentuk tindak pidana yang dilakukan meliputi: *spamming, internet scam, carding, page jacking, phishing, security fraud, cyberlaundering, illegal trafficking of alcohol and drug*.

8. *Terorisme*

9. Dan lain-lain.

### C. *Cyberpornography* sebagai Bagian dari *Cybercrime*

1. *Batasan Pornografi*

Menurut kata-kata dalam bahasa Yunani, pornografi diartikan sebagai:

*“Porno, meaning prostitutes and graphos, meaning writing ....(it) include (s) the depiction of actual sexual content .... and depiction of ... nudity or lascivious exhibition”*

2. *Pornografi di Internet*

Pornografi meliputi: gambar, film animasi singkat, file suara dan cerita (baik menggunakan *Web* atau *Usenet*). Juga kemungkinan untuk menyaksikan *live sex shows* dengan menghubungkan ke beberapa *World Wide Web* ..... juga situs-situs yang menggunakan *software* khusus yang dapat di *download* dari web.

3. *Perbedaan antara cyberpornography dengan pornografi lainnya*

a. Pada *cyberpornography* isinya dapat diperbanyak dan didistribusikan dengan biaya yang sangat minim. Sementara itu kualitas gambarnya tidak berkurang meskipun diperbanyak berkali-kali;

- b. Terhadap *cyberpornography*, untuk kepentingan penegakan hukumnya sulit untuk mendeteksi karena ukuran dan struktur internet serta penggunaan *encryption*.
- 4. *Tantangan yang dihadapi dalam permasalahan cyberpornography, khususnya child pornography*<sup>6</sup>:
  - a. Sejauh mana kemampuan untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan dalam memperoleh bukti yang diperlukan guna mengidentifikasi *childpornographers*;
  - b. Bagaimana pengungkapan *childpornography* dapat dilakukan dengan tetap menghormati hak privasi serta aturan hukum yang melindunginya serta menempuh proses hukum yang wajar guna memperoleh data;
  - c. Bagaimana diwujudkan kerjasama antar berbagai pihak yang terkait, baik penegak hukum, kalangan industri serta berbagai *hotlines* yang tersedia untuk membantu pengungkapan *childpornography*;
  - d. Sejauh mana kita mampu bekerjasama untuk mendidik warganegara dan masyarakat serta memiliki pemahaman mengenai berbagai sumber daya yang tersedia, seperti *software* untuk menyaring dan memblok konten tertentu guna melindungi anak-anak dari isi/materi yang membahayakan mereka.

## II. KARAKTERISTIK *CYBERCRIME* DAN TANTANGAN PENGATURAN SERTA PENEGAKAN HUKUMNYA

### A. Karakteristik *Cybercrime*

1. *Bersifat Lintas Batas Nasional (Transnasional)*

---

<sup>6</sup> Pandangan yang disampaikan Eric Holder, Deputi Jaksa Agung AS Dalam Konverensi Internasional Bertema "Combating Childpornography on the Internet", Vienna, Austria, 29 September 1999.

Karakteristik dari *transnational crime* adalah<sup>7</sup>:

- a. Dilakukan di lebih dari satu negara;
- b. dilakukan di satu Negara, namun sebagian besar persiapan, perencanaan, arahan dan kendalinya berlangsung di Negara lain;
- c. dilakukan di suatu Negara namun melibatkan kelompok kriminal terorganisir yang terkait dengan kegiatan kriminal di lebih dari satu Negara;
- d. dilakukan di suatu Negara namun mempunyai efek yang substansial di Negara lain.

## 2. *Sifat Anonymity*

Dalam dunia internet, sangat memungkinkan dan mudah bagi seseorang untuk tetap *anonymus*, yaitu tetap menyembunyikan identitasnya sementara tetap berkomunikasi secara *on-line*. Hal ini dimungkinkan karena komunikasi berlangsung lebih dalam bentuk *bytes* dan *text* lebih daripada dalam bentuk gambar atau suara seseorang. Alamat secara fisik dari mana seseorang berinteraksi mungkin tidak dapat diketahui. Jadi setiap orang dapat mengakses komputer melalui komputer bersama atau komputer publik, berkomunikasi dengan orang lain tanpa harus mengungkapkan identitasnya. Meskipun orang tersebut dapat ditelusuri melalui *User Internet Protocol (IP) Address* dari komputer yang digunakan, namun sangat sulit untuk mengidentifikasinya dalam hal peralatan tersebut tidak terkait dengan seseorang atau badan hukum yang dikenal<sup>8</sup>. Dalam konteks upaya pencegahan dan penanggulangan *cybercrime*, sifat *anonymity* tersebut pada akhirnya menciptakan hambatan teknis dalam penelusuran pelaku *cybercrime*.

---

<sup>7</sup> Lihat Pasal 3 ayat 2 “Palermo Convention against Transnational Organized Crime”, yang mulai berlaku pada tanggal 29 September 2003.

<sup>8</sup> Sonny Zuhuda, “Copyright Law in the Cyberspace”, tidak diterbitkan, halaman 2.

## B. Tantangan Pengaturan dan Penegakan Hukumnya

### 1. *Permasalahan yurisdiksi*

Permasalahan yurisdiksi termasuk persoalan yang sangat pelik dalam pengungkapan, pencegahan dan penanggulangan *cyber-crime*. Kepelikan itu berkaitan dengan adanya berbagai konsep sekitar permasalahan yurisdiksi, seperti: kewenangan legislasi (*power to legislate*), kewenangan memeriksa dan memutus (*power to hear and adjudicate*), yurisdiksi yang berkaitan dengan materi persoalan (*subject matter jurisdiction*), yurisdiksi personal (*personal jurisdiction*), *forum convenience* serta *forum non-convenience*, hukum yang berlaku serta pilihan hukum (*overning law or choice of law*), dan pelaksanaan putusan (*enforcement of judgements*).

Kepelikan atas masalah yurisdiksi akan bertambah manakala terjadi situasi di mana lebih dari satu Negara saling mengklaim memiliki yurisdiksi untuk memeriksa dan memutus perkara di bidang *cybercrime* atas dasar berbagai pertimbangan dan kepentingan masing-masing. Dalam situasi tersebut, maka untuk menetapkan yurisdiksi yang berlaku dapat dilakukan penelaahan terhadap aspek-aspek yurisdiksi seperti: yurisdiksi personal, yurisdiksi atas materi perkara, yurisdiksi berdasarkan tempat maupun pilihan hukum, serta yurisdiksi dalam hal pelaksanaan putusan.

Dalam persoalan yurisdiksi personal, pengadilan tidak dapat secara sah memeriksa perkara apabila tidak memiliki kompetensi untuk mengadili mereka. Hal ini disebabkan oleh adanya berbagai pembatasan yang diterapkan menyangkut kewenangan pengadilan.

Dalam persoalan yurisdiksi atas materi perkara (*subject matter jurisdiction*), terdapat pembatasan terhadap kewenangan peradilan dalam hal jenis sengketa atau kasus yang dihadapi, oleh karenanya pengadilan harus hati-hati dan hanya memeriksa

perkara yang secara sah menjadi wewenangnya atas pokok perkara tersebut.

Ketentuan mengenai tempat (*venue*) juga sangat penting dalam konteks yurisdiksi untuk melindungi kepentingan terdakwa yang dituntut di tempat yang dapat merugikan (*inconvenient places*). Namun demikian ketentuan tentang *venue* tersebut dari sisi fundamentalnya tidak sama dengan yurisdiksi personal dan yurisdiksi atas materi perkara.

Persoalan lain dalam konteks yurisdiksi yang juga perlu diselesaikan adalah persoalan pilihan hukum (*choice of law*). Dalam hal para pihak telah menetapkan pilihan hukum, maka pilihan hukum tersebut berlaku. Sementara itu jika tidak ada perjanjian/aturan tentang pilihan hukum diantara para pihak, maka pilihan hukum dapat ditetapkan atas dasar: domisili penggugat, domisili tergugat, tempat keberadaan lembaga peradilan serta tempat transaksi dilakukan.

Persoalan yurisdiksi lainnya juga timbul berkaitan dengan pelaksanaan putusan, misalnya dalam hal terpidana dan asset-assetnya yang harus disita berada pada Negara yang berbeda.

Persoalan-persoalan yurisdiksi sebagaimana tersebut di atas akan dapat terselesaikan apabila terjalin hubungan baik antar Negara, baik melalui kerjasama bidang hukum, perjanjian ekstradisi, perjanjian bantuan hukum dalam masalah pidana secara timbal balik, dan lain-lain, yang akan dibahas dalam uraian selanjutnya.

2. *Permasalahan Penetapan Lokasi dan Identifikasi Cybercriminals*  
Kesulitan dalam penetapan lokasi dan identifikasi *cybercriminals* disebabkan oleh beberapa hal:
  - a. Lingkungan yang terpencil dan beragam (*divested and diverse environment*)



Pada lingkungan komunikasi masa kini, di mana jasa telekomunikasi tidak hanya dilakukan oleh satu operator secara monopoli, suatu hubungan komunikasi biasanya berlangsung melalui beberapa operator. Sebagai akibatnya, komunikasi antar seorang *hacker* dengan pelaku kriminal lainnya bisa saja melalui banyak operator yang berbeda, menggunakan teknologi yang berbeda, ISP yang berbeda, serta jaringan satelit dan nirkabel yang berbeda. Komunikasi tersebut juga mungkin melalui Negara yang berbeda dengan zona waktu yang berbeda serta sistem hukum yang berbeda pula. Fenomena di atas menambah kesulitan dalam upaya menelusuri serta mengungkap pelaku *cybercrime* yang secara cerdas dapat menghilangkan jejak lokasinya serta identitasnya.

b. Perkembangan komunikasi nirkabel dan komunikasi satelit (*wireless and satellite communication*)

Jaringan telekomunikasi berbasis selular dan satelit memungkinkan penggunaannya menjelajah (*roaming*) ke hampir seluruh pelosok bumi dengan menggunakan telepon. Meskipun manfaat sosial dan komersial jaringan komunikasi tersebut nyata, namun jaringan tersebut juga menyediakan sarana komunikasi yang berharga bagi *cybercriminals* dalam melakukan aksinya, sementara makin sulit bagi penegak hukum untuk menelusurinya.

c. Kesulitan dalam melakukan penelusuran pada saat yang bersamaan (*real time tracing*)

Menelusuri suatu komunikasi antara korban *cybercrime* dengan penyerangnya hanya mungkin apabila pelakunya masih *on-line*. Seorang pelaku kriminalitas yang canggih dapat mengubah data yang berkaitan dengan sumber dan tujuan komunikasinya, atau bahkan mereka dapat menggunakan *internet account* orang lain. Konsekuensinya, makin sulit bagi aparat

penegak hukum untuk menelusurinya, apalagi penelusuran secara *on line*.

d. Infrastruktur teknis dan retensi data (*technical infrastructure and data retention*)

Pada umumnya jaringan komunikasi beserta komputer dan peranti lunak yang menjalankannya tidak dirancang dan dikonfigurasi untuk menghasilkan dan memelihara lalu lintas data kritical berkaitan dengan sumber dan tujuan komunikasi. Bahkan jika infrastruktur teknis jaringan komunikasi memiliki kapasitas seperti itu, namun hal itu akan tidak bermanfaat apabila data-data tersebut tidak dikumpulkan dan dipelihara. Keadaan ini tentu saja berkontribusi terhadap kesulitan yang dihadapi untuk menelusuri pelakunya.

e. Sifat anonimitas dalam komunikasi internet

Komunikasi anonim dalam dunia maya di satu sisi dapat melindungi privasi seseorang, namun pada sisi lain menambah kompleksitas pengungkapan para pelaku kriminalitas di dunia maya, misalnya saja pelaku yang mengirim *child-pornography*, ancaman pembunuhan, virus komputer, dan lain-lain.

3. *Permasalahan Pengumpulan Alat Bukti*

Perkembangan komputer yang memungkinkan penyimpanan data yang sangat besar pada dasarnya sangat bermanfaat untuk menyimpan informasi, termasuk informasi yang berkaitan dengan alat bukti. Namun sebaliknya, besarnya jumlah data yang dapat disimpan kadang-kadang justru menyulitkan penelusurannya, hal mana dapat memperlambat upaya menemukan kembali berkas yang dicari. Tantangan ini baru dapat diatasi jika dilakukan peningkatan kapasitas personil melalui pelatihan dan keahlian untuk menemukan informasi yang dicari. Kemampuan untuk segera menemukan informasi yang diperlukan tergantung kepada pemahaman ahli forensik terhadap konfigurasi *hardware*

dan *software* komputer dimaksud. Jika komputer tersebut dienkripsi, maka akan mempersulit akses terhadap alat bukti yang diperlukan.

4. *Permasalahan Perlindungan Infrastruktur*

Perlindungan atas infrastruktur informasi merupakan suatu keharusan namun sulit untuk dilaksanakan karena berbagai alasan<sup>9</sup>:

- a. jumlah sistem yang berbeda-beda yang terlibat di dalamnya;
- b. adanya saling ketergantungan diantara sistem-sistem tersebut;
- c. keragaman sifat ancaman yang dihadapi (misalnya ancaman fisik, maya, militer, intelejen, kriminal, dan lain-lain);
- d. kenyataan bahwa banyak infrastruktur yang dikelola oleh sektor komersial.

Untuk merenspons ancaman terhadap infrastruktur juga menghadapi berbagai kesulitan karena berbagai hal seperti:

- a. adanya pandangan yang berbeda-beda mengenai tingkat kerentanannya;
- b. kebutuhan untuk menyeimbangkan berbagai kepentingan seperti privasi, daya saing ekonomi, resiko komersial, keamanan nasional dan masalah penegakan hukum;
- c. kemungkinan tumpang tindihnya kewenangan di antara instansi yang terkait dengan infrastruktur informasi.

Bagaimanapun kesulitan yang dihadapi, namun pemahaman akan kompleksitas persoalan yang dihadapi merupakan kunci untuk memahami kebutuhan penegakan hukum dalam melawan tindakan melawan hukum yang melibatkan internet.

---

<sup>9</sup> Lihat Yee Fen Lim, *Cyberspace Law, Commentaries and Materials*, Oxford University Press, Australia, 2003, halaman 260.

### III. KERJASAMA INTERNASIONAL DALAM PENCEGAHAN DAN PENANGGULANGAN CYBERCRIME

#### A. Harmonisasi Ketentuan Hukum Nasional dengan Instrumen Hukum Internasional Terkait

##### 1. *Instrumen Internasional Terkait*

Dalam upaya pencegahan dan penanggulangan *cybercrime*, maka dalam rangka meningkatkan kerjasama internasional perlu diperhatikan beberapa instrumen internasional terkait, baik yang merupakan *hard law* maupun *soft law*. Instrumen internasional yang di dalamnya terdapat berbagai ketentuan mengenai kerjasama internasional, termasuk dalam pencegahan dan penanggulangan *cybercrime* meliputi, antara lain:

##### a. *Council of Europe Convention on Cybercrime of 2001*

Mengingat komputer sifatnya internasional, maka langkah-langkah pencegahan dan penanggulangan *cybercrime* perlu dilengkapi dengan kerjasama internasional. Oleh karena itu konvensi ini mensyaratkan Negara pihak secara timbal balik memberikan berbagai bentuk bantuan, misalnya dengan memelihara/menjaga barang bukti dan melokalisir tersangka *on-line*. Perjanjian ini juga mengakomodasikan upaya kerjasama dalam melakukan *transborder computer search*. Bentuk-bentuk bantuan hukum timbal balik yang bersifat tradisional serta ekstradisi juga diakomodasikan oleh perjanjian ini. Suatu jaringan kerja yang beroperasi selama 24 jam sehari dan 7 hari seminggu serta *national contact point* akan segera dibentuk untuk mempercepat investigasi secara internasional terhadap *cybercrime*<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Abubakar Munir, "Cyberterrorism: The National and International Legal Initiatives", tidak diterbitkan, halaman 7.

Mengenai masalah kerjasama ini konvensi merumuskannya secara tepat sebagai berikut:

*“The parties shall cooperate with each other ..... to the widest extent possible for the purpose of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of criminal offence”<sup>11</sup>.*

Dengan demikian kerjasama internasional tersebut mencakup lingkup yang sangat luas baik menyangkut investigasi atau proceedings atas tindak pidana yang berkaitan dengan sistem dan data komputer, namun juga mencakup pengumpulan barang bukti tindak pidana dalam bentuk elektronik.

b. OECD

Dalam lingkup OECD, terdapat beberapa dokumen menyangkut kerjasama internasional, antara lain:

- *Guidelines for the Security of Information System and Networks Toward a Culture of Society*, 7 Agustus 2002;
- *OECD-APEC Global Forum: Policy Framework for the Digital Economy*, 15 Januari 2003;
- *OECD Guidelines for Cryptography Policy*, tahun 1996.

c. G-8

Dalam lingkup Negara-negara anggota G-8 (AS, Kanada, Perancis, Jerman Itali, Jepang, Rusia dan Inggris) terdapat beberapa dokumen dan inisiatif penting berkaitan dengan kerjasama internasional dalam pencegahan dan penanggulangan *cybercrime*, antara lain:

- *Principles and Action Plan to Combat Computer Related Crime* 1998, yang terdiri dari 10 prinsip dan 10 rencana

---

<sup>11</sup> Pasal 23 Budapest Convention on Cybercrime of 2001.

aksi dalam upaya untuk mengidentifikasi perilaku kriminal di internet, demikian pula untuk menelusuri pihak yang bertanggungjawab melakukan tindak pidana melalui internet;

- G-8 *Sub Group on High-Tech Crime* bersama-sama dengan Komisioner EU pada tanggal 10 - 11 Mei 2004 membahas 4 topik utama, salah satunya adalah tentang *combating cybercrime and enhancing cyber investigation*<sup>12</sup>;
- G-8 *24/7 Networks*, yang mewajibkan kepada 20 Negara pihaknya untuk menunjuk *point of contact* yang bekerja selama 24 jam sehari dan 7 hari seminggu dengan maksud untuk memberikan bantuan investigasi terhadap *cyber-crime*<sup>13</sup>.

d. *United Nations Convention against Transnational Organized Crime of 2000*

Mengingat sifat dan karakteristik dari teknologi telematika yang bersifat transnasional, maka bentuk dan tindak pidana yang berkaitan dengan kegiatan telematika juga semakin bersifat trans nasional. Dalam upaya pencegahan, minimalisasi dan penanggulangan kejahatan transnasional di bidang telematika, pembahasan tentang perjanjian ini sangatlah tepat karena di dalamnya juga mengatur mengenai aspek kerjasama internasional. Aspek kerjasama internasional ini menjadi amat penting mengingat pesatnya kejahatan transnasional yang terorganisir yang melibatkan kelompok penjahat internasional yang terorganisir.

---

<sup>12</sup> Masalah lain yang dibahas, antara lain: Prevention of Terrorism and Serious Criminal Act; Border and Transportation Security; Fighting Foreign Official Corruption and Recovering Stolen National Asset. Untuk penjabarannya, lihat <http://www.cybercrime.gov.htm>.

<sup>13</sup> Untuk uraian selengkapnya mengenai hal ini, lihat James K Robinson, "Internet as the Scene of Crime", Makalah yang disampaikan pada International Computer Crime Conference, Oslo-Norwegia, 29-31 Mei 2000, halaman 9.

Adapun ketentuan-ketentuan yang penting dalam konteks kerjasama internasional meliputi:

- prinsip-prinsip kerjasama internasional, yaitu prinsip *sovereign equality* dan *territorial integrity*<sup>14</sup>;
- kriminalisasi terhadap tindak pidana yang melibatkan *organized criminal group*<sup>15</sup>;
- kriminalisasi tindak pidana pencucian uang, termasuk *cyberlaundering*<sup>16</sup>;
- kriminalisasi tindak pidana korupsi<sup>17</sup>;
- kerjasama internasional dalam melakukan penyitaan<sup>18</sup>;
- pelaksanaan yurisdiksi oleh Negara pihak<sup>19</sup>;
- masalah ekstradisi<sup>20</sup>;
- penyerahan terpidana<sup>21</sup>;
- bantuan timbal balik dalam masalah pidana<sup>22</sup>;
- langkah-langkah peningkatan kerjasama internasional di antara lembaga-lembaga penegak hukum (*law enforcement authorities*)<sup>23</sup>;
- dan lain-lain.

## 2. Pengembangan Hukum Nasional yang Berstandar Internasional

Dalam dunia pergaulan internasional global yang interdependen, pengembangan ketentuan-ketentuan hukum nasional yang berstandar internasional, atau setidaknya mengikuti *common practices* dan *best practices* yang berlangsung secara

---

<sup>14</sup> Lihat United Nations Convention against International Organized Crime of 2000, pasal 4.

<sup>15</sup> Ibid, pasal 5.

<sup>16</sup> Ibid, pasal 6 dan 7.

<sup>17</sup> Ibid, pasal 8 dan 9.

<sup>18</sup> Ibid, pasal 13.

<sup>19</sup> Ibid, pasal 15.

<sup>20</sup> Ibid, pasal 16.

<sup>21</sup> Ibid, pasal 17.

<sup>22</sup> Ibid, pasal 18.

<sup>23</sup> Ibid, halaman 26.

internasional, adalah merupakan suatu tuntutan yang tidak dapat diabaikan. Apabila secara substansi, pelebagaan ketentuan-ketentuan hukum nasional memenuhi standard internasional yang berlaku, hal itu akan memudahkan pergaulan internasional Negara yang bersangkutan, yang pada akhirnya juga akan mempermudah pergaulan dari warganegara maupun badan hukum dari Negara yang bersangkutan dalam pergaulan maupun transaksi internasionalnya.

Upaya untuk melakukan standardisasi kaidah-kaidah hukum nasional dalam rangka pencegahan, minimalisasi dan penanggulangan *cybercrime* dapat dilakukan dengan cara, antara lain:

- a. Mengadopsi ketentuan-ketentuan internasional yang relevan dan dianggap mampu mengakomodasikan kepentingan nasional melalui cara ratifikasi dan/atau akses;
- b. Merumuskan legislasi nasional dengan memperhatikan substansi dari berbagai instrumen internasional yang ada, baik yang berupa *soft law* maupun *hard law*.

## **B. Aspek-aspek Kerjasama dalam Penegakan Hukum**

### *1. Masalah Ekstradisi*

Masalah ekstradisi terhadap berbagai bentuk tindak pidana internasional merupakan persoalan yang cukup rumit tidak hanya dari kenyataan bahwa ragam tindak pidana terus berkembang dari masa ke-masa, namun juga adanya berbagai pembatasan terhadap berlangsungnya proses ekstradisi, meskipun telah ada berbagai instrumen hukum internasional, baik yang berlingkup bilateral, regional maupun multilateral. Dalam rangka kerjasama internasional di bidang ekstradisi, maka pertama-tama perlu diidentifikasi secara akurat apa yang menjadi kepentingan nasional yang perlu diakomodasikan, kemudian sejauhmana ketentuan-



ketentuan hukum nasional yang berlaku memberikan pembatasan terhadap upaya finalisasi kerjasama di bidang ekstradisi, selain itu juga perlu dicermati berbagai perkembangan internasional yang berlangsung, termasuk perkembangan di bidang *cybercrime*, agar tindak pidana yang dapat diekstradisikan dapat dirumuskan sekomprensif dan serinci mungkin.

Untuk melangkah kepada upaya kerjasama internasional menyangkut ekstradisi bagi pelaku *cybercrime*, maka perlu ditinjau sejenak aturan-aturan nasional menyangkut ekstradisi, demikian pula pengalaman Indonesia dalam merumuskan perjanjian ekstradisi dengan beberapa Negara sahabat. Undang-Undang mengenai ekstradisi yang hingga kini masih berlaku yang melandasi perjanjian-perjanjian ekstradisi Indonesia adalah Undang-Undang No. 1 tahun 1979 tentang Ekstradisi. Undang-Undang tentang Ekstradisi ini mengatur beberapa ketentuan pokok, seperti: Ketentuan Umum<sup>24</sup>; Asas-asas Ekstradisi<sup>25</sup>; Prosedur Ekstradisi, baik Indonesia sebagai Negara Peminta atau yang Diminta<sup>26</sup>; Ketentuan Peralihan<sup>27</sup> dan Ketentuan Penutup<sup>28</sup>; yang juga dilengkapi dengan Lampiran yang berisi daftar kejahatan yang pelakunya dapat diekstradisikan<sup>29</sup>.

Apabila diperhatikan daftar kejahatan yang dapat diekstradisikan atas dasar UU No. 1 tahun 1979 tentang Ekstradisi, maka hal itu tidak mencakup bentuk-bentuk kejahatan baru

---

<sup>24</sup> Antara lain tentang Batasan Ekstradisi, untuk selengkapnya lihat UU No 1 tahun 1979 tentang Ekstradisi, Bab I pasal 1.

<sup>25</sup> Lihat Ibid, pasal 2-17. Asas-asas yang penting, antara lain: ekstradisi hanya dilakukan berdasarkan perjanjian; ekstradisi dilakukan terhadap kejahatan yang tersebut dalam daftar kejahatan yang terlampir dalam UU Ekstradisi; pada prinsipnya kejahatan politik tidak dapat diekstradisikan kecuali pembunuhan atau percobaan pembunuhan terhadap Kepala Negara dan atau keluarganya; pada dasarnya tidak dapat dilakukan permintaan Ekstradisi menyangkut WNRI, dan lain-lain.

<sup>26</sup> Ibid, Bab III-X, pasal 18-46.

<sup>27</sup> Ibid, Bab XI, pasal 47.

<sup>28</sup> Ibid, Bab XII, pasal 48.

<sup>29</sup> Lihat lampiran UU No 1 tahun 1979. Dalam lampiran tersebut terdapat 32 kejahatan yang pelakunya dapat diekstradisikan.

yang berkembang dalam beberapa tahun terakhir, termasuk *cybercrime*. Pada beberapa perjanjian ekstradisi yang dilakukan Indonesia dengan beberapa Negara sahabat seperti Australia, jumlah kejahatan yang dapat diekstradisikan bertambah menjadi 33 kejahatan<sup>30</sup>, meskipun tetap belum menyentuh bentuk-bentuk kejahatan baru. Oleh karena itu, dalam upaya untuk meningkatkan kerjasama internasional, khususnya di bidang Ekstradisi bagi pelaku *Cybercrime*, kiranya UU No. 1 tahun 1979 tentang Ekstradisi sudah saatnya direvisi dengan memperhatikan perkembangan kejahatan internasional yang berlangsung dan berbagai perjanjian internasional yang relevan, termasuk kemungkinan ratifikasi *Convention on Cybercrime dan Convention on International Organized Crime*.

## 2. *Masalah Bantuan Hukum Timbal Balik dalam Bidang Pidana*

Dalam upaya pencegahan dan penanggulangan *cybercrime*, terutama yang menyangkut masalah kerjasama internasional, keberadaan perjanjian bilateral mengenai bantuan timbal balik dalam bidang pidana serta undang-undang nasional di bidang itu sangatlah penting.

Undang-undang No. 1 tahun 2006 tentang Bantuan Timbal Balik dalam Masalah Pidana yang merupakan landasan hukum dalam penanganan tindak pidana transnasional menekankan kepada pentingnya kerjasama antar Negara dalam bentuk bantuan timbal balik dalam masalah pidana<sup>31</sup>. Dalam kerangka bantuan timbal balik dalam masalah pidana. Oleh UU ini telah secara resmi diberi pengakuan hukum terhadap pernyataan

---

<sup>30</sup> Untuk elaborasi selengkapnya, lihat pasal 2 Extradition Treaty between The Republic of Indonesia and Australia 22 April 1992 yang telah diratifikasi dengan UU No 8 tahun 1994 tentang Pengesahan Perjanjian Ekstradisi antara Republik Indonesia dengan Australia.

<sup>31</sup> Lihat considerans menimbang UU No 1 tahun 2006 tentang Bantuan Timbal Balik dalam Masalah Pidana.

dan dokumen yang berwujud rekaman elektronik<sup>32</sup>, sehingga dapat digunakan dalam pengungkapan kasus-kasus di bidang *cybercrime*. Bantuan timbal balik yang diberikan melalui seluruh proses dari penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di sidang pengadilan<sup>33</sup>.

### C. Kerjasama dalam Pencegahan dan Penanggulangan *Cyberpornography*

Masalah pornografi, khususnya *cyberpornography* yang menggunakan media *cyber* kiranya memerlukan perhatian khusus, terutama untuk melindungi anak-anak. Di Negara-negara besar seperti Amerika Serikat, Inggris, dan lain-lain, perangkat hukum yang dilembagakan untuk melindungi anak-anak dari kegiatan yang termasuk *child pornography*, termasuk yang menggunakan media *cyber* cukup banyak, hal itu menunjukkan perhatian yang serius dari pemerintahnya untuk mencegah dan menanggulangi *cyberpornography*, khususnya *child pornography* yang menggunakan media *cyber*.

Pada tataran internasional, kerjasama ke arah itu mutlak untuk ditingkatkan, terutama untuk mencegah perusakan terhadap generasi muda oleh pelakunya secara tidak bertanggung jawab. Dengan demikian kerjasama internasional untuk memberantasnya merupakan suatu keharusan mutlak yang tak dapat diganggu gugat. Dalam kaitan dengan hal itu, menarik untuk menyimak apa yang disampaikan *Eric Holder, US Deputy Attorney General*, dalam *International Conference Combating Child Pornography on the Internet* yang menyatakan:

*“Child pornography on the internet must be issue of international concern, it must be at the forefront of the global agenda. Children are our most precious and fragile resource, they are our future, this is true regardless of*

---

<sup>32</sup> Lihat pasal 1 ayat 2 dan 3 Undang-Undang No 1 tahun 2006 tentang Bantuan Timbal Balik dalam Masalah Pidana.

<sup>33</sup> *Ibid*, pasal 3.

*what nation they come from. Their protection must be an International priority*<sup>34</sup>.

Beberapa langkah kerjasama internasional yang direkomendasikan, meliputi namun tidak terbatas pada:

1. Upaya kriminalisasi terhadap *cyberpornography*;
2. Perlunya pemahaman yang sama mengenai pengertian dan cakupan *cyberpornography*;
3. Fasilitasi upaya penegak hukum, termasuk melalui Interpol;
4. Standardisasi upaya-upaya pencegahan;
5. Interaksi lebih intens diantara *central authority* dalam rangka pencegahan dan penanggulangan *cyberpornography*;
6. Mengefektifkan proses ekstradisi bagi *cyberpornography criminals*;
7. Mengembangkan tata cara *discovery* dan investigasi;
8. Mengoptimalkan bantuan timbal balik dalam masalah pidana, khususnya *cyberpornography*;
9. Upaya mengatasi *conflict of laws*

#### IV. PENUTUP

Dari uraian di atas, ada beberapa simpulan rekomendasi yang dapat dikemukakan, yaitu:

- A. Peningkatan kuantitas, intensitas, kualitas dan modus operandi *cybercrime* menimbulkan berbagai persoalan baru dalam upaya pencegahan dan penanggulangannya.
- B. *Cyberpornography* sebagai salah satu bentuk *cybercrime* dan terutama *child-pornography* memerlukan perhatian khusus guna melindungi akhlak masyarakat pada umumnya dan khususnya masa depan anak-anak sebagai generasi penerus bangsa.

---

<sup>34</sup> Eric Holder, menyampaikan pandangan ini di "International Conference on Combating Child Pornography on the Internet", Vienna-Austria, 29 September 1999.

- C. Dengan memperhatikan karakteristik serta perkembangan *cybercrime* yang berlangsung, maka kerjasama internasional dalam upaya pencegahan dan penanggulangannya merupakan suatu keharusan mutlak.
- D. Peningkatan kerjasama internasional dalam pencegahan dan penanggulangan *cybercrime* serta *cyberpornography* dilaksanakan berdasarkan mekanisme dan *best practices* yang berlaku dalam tataran internasional, regional dan bilateral dengan memperhatikan sumber-sumber hukum yang terkait.
- E. Dalam upaya meningkatkan efektivitas kerjasama internasional, maka bagi Indonesia diperlukan upaya pelebagaan legislasi nasional yang memenuhi standar internasional, baik dari segi cakupan materinya maupun tatacaranya guna mempermudah kerjasama yang dilakukan.
- F. Perlu dilakukan harmonisasi antara legislasi nasional yang berkaitan dengan *cybercrime* dan *cyberpornography* dengan aturan-aturan yang berlaku, baik pada tataran nasional maupun internasional.

## DAFTAR BAHAN BACAAN

### **Buku dan Artikel:**

- Akdeniz, Yaman (ed), *The Internet, Law and Society*, Pearson Education Ltd, Essex, UK, 2000.
- Arief, Barda Nawawi, *Tindak Pidana Mayantara: Perkembangan Kajian Cyber Crime di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Atmasasmita, Romli, "International Cooperation on Combating Human Trafficking Especially Women and Children: A View from Indonesia", *Indonesian Journal of International Law*, Vol 1 nomor 4 Juli 2004.
- Atmasasmita, Romli, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2000.
- Atmasasmita, Romli, *Pengantar Hukum Kejahatan Bisnis*, Kencana, Bogor, 2003.
- Bowrey, Kathy, *Law and Internet Culture*, Cambridge University Press, 2005.
- Evans, Malcolm D, *International Law Document*, Oxford University Press, Seventh Edition, 2005.
- Gregory, Kevin D, "Fighting Cybercrime-What are the Challenges Facing Europe", Pandangan yang Disampaikan di Depan Parlemen Eropa, 19 September 2000.
- Gringas, Clive, *The Laws of the Internet*, Butterworth, London, 1997.
- Halbert Terry & Elaine Ingulli, *Cyber Ethics*, Second Edition, Thomson Corporation, USA, 2005.

- Indradi, Ade Ary Sam, *Carding, Modus Operandi, Penyidikan dan Penindakan*, Grafika Indah, Jakarta, 2006.
- Irsan, Koesparmono, dkk., *Pengkajian Hukum tentang Masalah Kekuatan Hukum Alat Bukti Elektronik*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta, 1996/1997.
- Lim, Yee Fen, *Cyberspace Law, Commentaries and Materials*, Oxford University Press, 2002.
- Makarim, Edmon, *Kompilasi Hukum Telematika*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Mares, Radu (ed), *Business and Human Rights, A Compilation of Documents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2004.
- Mubarak, Ali, "Urgensi Cyberlaw vs Cybercrime", *Bisnis Indonesia*, 26 Agustus, 2006.
- Munir, Abu Bakar, "Cyber Terrorism: The National and International Legal Initiatives".
- Reksodiputro, Mardjono, "Kejahatan Korporasi Suatu Fenomena Lama dalam Bentuk Baru", *Indonesian Journal of International Law*, Volume 1 Nomor 4, 2004.
- Robinson, James K, "Internet as the Scene of Crime", Makalah disampaikan pada Konperensi tentang International Computer Crime, Oslo, 29-31 Mei 2000.
- Rosenoer, Jonathan, *CyberLaw, The Law of the Internet*, Springer-Verlag, New York Inc., 1997.
- Rowland, Diane & Elizabeth MacDonald, *Information Technology Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1997.
- Sitompul, Asriel, *Hukum Internet: Pengenalan Mengenai Masalah Hukum di Cyberspace*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.

- Supancana, I.B.R, "Cybercrime: Law and Regulatory Issues", Bahan Kuliah, Magister Teknologi Industri, Universitas Pelita Harapan, 2005, tidak diterbitkan.
- Supancana, I.B.R, *Law and Regulatory Aspects of Multimedia*, Reading Materials, Magister Teknologi Industri, Universitas Pelita Harapan, Jakarta, 2005, tidak diterbitkan.
- Supancana, I.B.R, *Cyberlaw and Cyberethics: Kontribusinya bagi Dunia Bisnis*, Program Magister Manajemen Universitas Airlangga, Surabaya, 2005.
- Wallace, Jonathan, *Sex, Laws and Cyberspace*, Henry Holt and Company, New York, 1996.
- Watni, Syaiful, dkk., *Analisis dan Evaluasi Hukum tentang Pemanfaatan Media Elektronika (Teleconference) untuk Pembuktian dalam Hukum Acara Pidana*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta, 2003.
- Widyopramono, *Kejahatan di Bidang Komputer*, Pustaka Sinar harapan, Jakarta, 1994.
- Yuhassarie, Emmy (Ed), *Tindak Pidana Pencucian Uang*, Prosiding Lokakarya, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2004.
- Zulhuda, Sonny, "Cyberlaw and Enforcement".
- Zulhuda, Sonny, "Computer Crimes in Malaysia".
- Zulhuda, Sonny, "Information Security Law".
- Zulhuda, Sonny, "Keadilan dibalik Telekonferensi".

### **Daftar Peraturan Perundangan Nasional Terkait**

- Undang-Undang No. 1 tahun 1979 tentang Ekstradisi.
- Undang-Undang No. 1 tahun 1999 tentang Pengesahan Perjanjian antara Republik Indonesia dan Australia mengenai Bantuan Timbal



- Balik dalam Masalah Pidana (Treaty Between the Republic of Indonesia and Australia on Mutual Assistance in Criminal Matters).
- Undang-Undang No. 36 tahun 1999 tentang Telekomunikasi.
  - Undang-Undang No. 37 tahun 1999 tentang Hubungan Internasional.
  - Undang-Undang No. 5 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.
  - Undang-Undang No. 8 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
  - Undang-Undang No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (Lembaran Negara tahun 2000 No. 185, Tambahan Lembaran Negara No. 4012).
  - Undang-Undang No. 1 tahun 2001 tentang Pengesahan Persetujuan antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Pemerintah Hongkong untuk Penyerahan Pelanggar Hukum yang Melarikan Diri (Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of Hongkong for the Surrender of Fugitive Offenders).
  - Undang-Undang No. 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta.
  - Undang-Undang No. 15 tahun 2002 sebagaimana diubah dengan Undang-Undang No. 25 tahun 2003 tentang Tidak Pidana Pencucian Uang.
  - Undang-Undang No. 1 tahun 2006 tentang Bantuan Timbal Balik dalam Masalah Pidana.

### **Daftar Instrumen Hukum Internasional Terkait**

United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989 dengan Protokolnya, yaitu Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography of 2000.

UNCITRAL Model Laws on E-Commerce with Guide to Enactment 1996 with Additional article 5 bis as adopted in 1998.

International Convention for the Supression of the Financing of Terrorism of 1999.

Elements of Crime of 2000.

Council of Europe Convention on Cybercrime, Budapest, 2001, European Treaty Series No 185.

The Palermo Convention against Transnational Organized Crime of 2000.

Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism of 2005.



# HARMONISASI REGULASI INTERNASIONAL DAN HUKUM NASIONAL DI BIDANG PERDAGANGAN INTERNASIONAL<sup>1</sup>

## I. LATAR BELAKANG

### A. Data dan Fakta Perkembangan Tren Perdagangan Internasional Indonesia

Volume perdagangan internasional dalam satu tahun berkisar sekitar US\$ 11 trilyun, di mana seperempat diantaranya adalah perdagangan jasa (*trade in services*), meskipun sebagian besar masih didominasi oleh perdagangan barang (*trade in goods*). Angka di atas menunjukkan betapa besar volume perdagangan internasional secara keseluruhan yang dapat dimanfaatkan oleh masing-masing negara untuk kepentingan perekonomiannya.

Dalam konteks kinerja Indonesia di bidang perdagangan internasional, data menunjukkan bahwa defisit perdagangan Indonesia dalam beberapa waktu terakhir menunjukkan kecenderungan membesar, khususnya atas produk industri fabrikasi terhadap mitra dagang utamanya. Sebagai gambaran, laju import tumbuh dengan angka 31%-39%, sementara laju ekspornya hanya tumbuh 7%-10%. Sebagai contoh, dengan RRC sebagai salah satu mitra dagang Indonesia, hanya dalam kurun waktu antara Februari dan Maret 2012 kita mengalami defisit sebesar US\$ 1,47 milyar. Krisis yang terjadi di Eropa juga semakin menggerus pertumbuhan ekspor

---

<sup>1</sup> Makalah disampaikan pada Seminar Perspektif Hukum Kerjasama Internasional di Bidang Perdagangan dalam Rangka Memperkuat Posisi Ekonomi Indonesia, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Yogyakarta, 11 Juli 2012.

Indonesia, sebagai akibat dari menurunnya daya beli yang berdampak terhadap menurunnya permintaan impor.

Lemahnya daya saing perdagangan internasional Indonesia terutama disebabkan oleh masalah internal seperti: diversifikasi produk yang rendah, ketergantungan pada bahan baku impor, infrastruktur dan logistik yang buruk serta kebijakan Pemerintah<sup>2</sup>.

Kecenderungan defisit perdagangan internasional Indonesia sebagaimana tersebut di atas tentu perlu diwaspadai dalam perspektif kepentingan untuk memperkuat kinerja ekonomi nasional.

## **B. Peran Kinerja Perdagangan Internasional Terhadap Penguatan Ekonomi Nasional**

Kinerja perdagangan internasional membawa pengaruh terhadap pertumbuhan industri. Makin besar tingkat ekspor akan makin mendorong pertumbuhan industri, yang kemudian diikuti dengan peningkatan investasi. Peningkatan investasi pada sektor riil akan meningkatkan pertumbuhan ekonomi, menciptakan lapangan kerja, mengurangi angka pengangguran, yang pada akhirnya akan mampu mengurangi angka kemiskinan. Sebaliknya, penurunan ekspor dan peningkatan impor akan mempengaruhi secara negatif pertumbuhan industri, menurunkan angka investasi, memperlemah pertumbuhan ekonomi, meningkatkan pengangguran dan angka kemiskinan yang dapat memperburuk stabilitas politik dan keamanan, yang jika tidak dikelola dengan baik akan berujung kepada keadaan menjadi negara gagal.

Atas dasar pertimbangan di atas, dalam upaya meningkatkan kinerja perdagangan internasional, terutama meningkatkan daya saing ekspor serta mengurangi angka impor, maka perlu ditempuh serangkaian kebijakan perdagangan yang perlu didukung oleh pendekatan hukum dan regulasi yang tepat.

---

<sup>2</sup> *Bisnis Indonesia*, "Lemahnya daya saing produk pengaruhi ekspor, Indonesia terancam menjadi pengalihan pasar", 31 Mei 2012.

### C. Kaitan Regulasi Internasional dan Hukum Nasional Terhadap Kinerja Perdagangan Internasional Indonesia

Sebagaimana diketahui, kegiatan perdagangan internasional diatur oleh prinsip-prinsip dan norma-norma yang mengikat negara sebagai anggota masyarakat internasional. Regulasi internasional tersebut dapat berupa *hard laws* maupun *soft laws*. *Hard Laws* pada umumnya berwujud perjanjian-perjanjian internasional (seperti *treaties, conventions, agreements*), sementara *soft laws* dapat berwujud prinsip-prinsip (*principles*), pedoman (*guidelines*), aturan perilaku (*code of conducts*), *model laws*, dan lain-lain.

Sebagai anggota masyarakat internasional, Indonesia terikat dengan prinsip-prinsip dan norma-norma perdagangan internasional dalam rangka memperlancar pergaulan internasionalnya dan meningkatkan kinerja perdagangan internasional.

### D. Kebutuhan Harmonisasi Hukum

Kebutuhan harmonisasi antara regulasi internasional dengan hukum nasional dimaksudkan untuk memperlancar dan meningkatkan kinerja perdagangan internasional serta untuk mencegah dan menanggulangi benturan hukum yang dapat menjadi kendala perdagangan internasional.

Harmonisasi antara regulasi dengan hukum nasional merupakan salah satu kunci sukses bagi peningkatan daya saing perdagangan internasional yang pada akhirnya akan memperkuat ekonomi nasional.

## II. REGULASI INTERNASIONAL DI BIDANG PERDAGANGAN

### A. Perjanjian Perdagangan Internasional

Secara umum perjanjian perdagangan internasional dapat dibedakan, baik dari segi jenisnya maupun lingkungannya.

1. *Menurut Jenisnya*

Menurut jenisnya, terutama dikaitkan dengan tingkat integrasinya, perjanjian perdagangan internasional dapat dibagi ke dalam: perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement*); kesatuan kepabeanan (*customs union*); pasar bersama (*common market*); dan uni ekonomi dan moneter (*economic and monetary union*)<sup>3</sup>.

*Free Trade Agreement* (FTA) didefinisikan sebagai:

*“Two or more economies eliminate tariffs against goods originating from these countries. Each economy retains its own tariff and the right to conduct its own policy”*<sup>4</sup>.

Dari batasan tersebut dapat dipahami bahwa para pihak dalam perjanjian tersebut berupaya menghapuskan tarif atas barang-barang yang berasal dari negara-negara anggotanya. Namun demikian masing-masing negara anggotanya tetap dapat mempertahankan tarif serta hak untuk memiliki kebijakannya sendiri.

Sementara itu *Customs Union* didefinisikan sebagai:

*“Two or more economies eliminate all tariffs against goods originating within these economies. They negotiate a common external tariff and conduct a common commercial policy. Integration is deeper than free trade agreement”*<sup>5</sup>.

Seperti halnya FTA, pada *customs union* berupaya menghapus semua tarif atas barang yang berasal dari negara-negara anggotanya. Di samping itu mereka merundingkan tarif eksternal bersama dan melakukan kebijakan komersial bersama.

---

<sup>3</sup> Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, *Negotiating Free Trade Agreements: A Guide*, 2005, halaman 1-2.

<sup>4</sup> *Ibid*, halaman 1.

<sup>5</sup> *Ibid*.

Dari tingkat integrasinya, *customs union* lebih dalam daripada FTA.

*Common market* didefinisikan sebagai:

*Two or more economies apply common economic, monetary and commercial policies and create a single market for goods and services. Integration is deeper than customs union*<sup>6</sup>.

Dibandingkan dengan *customs union*, tingkat integrasi pada *common market* lebih dalam lagi karena negara-negara anggotanya sepakat untuk menerapkan kebijakan bersama di bidang ekonomi, moneter dan perdagangan serta menciptakan pasar bersama bagi barang (*goods*) dan jasa (*services*).

Tingkat integrasi yang tertinggi adalah *economic and monetary union*, sebagaimana didefinisikan sebagai berikut:

*“Members adopt a common currency and pursue common macro economic policies in addition to unrestricted flows of goods, services and investment”*<sup>7</sup>.

Pada *economic and monetary union* negara-negara anggotanya sepakat membentuk mata uang bersama dan mengejar kebijakan makro ekonomi bersama, di samping kebebasan arus barang, jasa dan investasi diantara negara-negara anggotanya.

## 2. Menurut Lingkupnya

Dari segi lingkupnya, perjanjian perdagangan internasional dapat dibagi atas: perjanjian multilateral/global; perjanjian regional; perjanjian bilateral; dan perjanjian plurilateral.

Perjanjian multilateral/global biasanya disepakati oleh lebih dari 2 (dua) negara dan dalam banyak hal bersifat global. Salah satu contoh terpenting dari perjanjian multilateral di bidang perdagangan internasional adalah *World Trade Organization*

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.



(WTO) *Agreements*. *WTO Agreements* terdiri dari *Marrakesh Agreement*, yaitu perjanjian pembentukan WTO, serta 4 annexes, masing-masing: *Annex 1 A: Multilateral Agreements on Trade in Goods*; *Annex 1 B: General Agreement on Trade in Services*; *Annex 1 C: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*; *Annex 2: Understanding Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes*; *Annex 3: Trade Policy Review Mechanism*; *Annex 4: Plurilateral Trade Agreements*<sup>8</sup>.

Perjanjian regional mengacu pada kawasan tertentu, misalnya *ASEAN Free Trade Agreement (AFTA)*, *ASEAN Framework Agreement in Services (AFAS)*, *ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)*, *North Amerika Free Trade Agreement (NAFTA)*, dan lain-lain. AFTA, misalnya merupakan kesepakatan kerjasama untuk mengurangi tarif maupun hambatan non tarif (*Non Tariff Barrier/NTB*). Pengurangan tarif diformulasikan dalam suatu skema *Common Effective Preferential Tariff (CEPT)*, di mana setiap negara anggotanya mengalokasikan barang-barang yang tunduk pada tarif tersebut dalam suatu daftar<sup>9</sup>.

AFAS merupakan kerjasama ASEAN di bidang perdagangan jasa, yang tujuannya adalah untuk meningkatkan kerjasama di sektor jasa diantara negara-negara anggota ASEAN dengan menghapus pembatasan atas perdagangan jasa secara intra regional serta mencakup perluasan liberalisasi di luar *General Agreement on Trade in Services (GATS)*<sup>10</sup>. Sementara itu ACIA merupakan hasil konsolidasi dan revisi terhadap 2 (dua) instrumen, yaitu: *ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investment 1987*, dan *Framework Agreement on the ASEAN*

---

<sup>8</sup> Untuk selengkapnya mengenai WTO Agreements, baca WTO, *Legal Texts: The Result of The Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge University Press, 1999.

<sup>9</sup> Tubagus Ferydhanusetyawan, "Preferential Trade Agreements in the Asia-Pacific Region", IMF Working Paper WP/05/149, Juli 2005, halaman 8.

<sup>10</sup> Untuk selengkapnya, baca *Ibid*, halaman 24.

*Investment Area 1998*<sup>11</sup>. Sedangkan NAFTA adalah perjanjian perdagangan bebas bagi negara-negara Amerika Utara, khususnya Kanada, Amerika Serikat dan Meksiko<sup>12</sup>.

Perjanjian bilateral di bidang perdagangan, antara lain: *Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement (IJEPA)*, *US-Korea Free Trade Agreement*, dan lain-lain. IJEPA merupakan suatu perjanjian bilateral di bidang ekonomi yang paling komprehensif yang pernah dilakukan oleh Indonesia yang meliputi: pajak, perdagangan barang dan jasa, pergerakan orang, pengadaan pemerintah, investasi, hak kekayaan intelektual, dan lain-lain<sup>13</sup>.

Contoh perjanjian plurilateral adalah sebagaimana terdapat pada Annex 4 dari WTO Agreements dengan judul *Plurilateral Trade Agreements*, yang meliputi: *Agreement on Trade in Civil Aircraft*; *Agreement on Government Procurement*; *International Dairy Agreement*; dan *International Bovine Meat Agreement*<sup>14</sup>.

## B. Instrumen Berupa *Soft Laws*

Di samping regulasi internasional yang berupa *hard laws*, hal yang semakin penting peranannya sebagai acuan dalam perkembangan hukum internasional adalah *soft laws*. Meskipun secara hukum *soft laws* tidak mempunyai kekuatan mengikat yang sama dengan *hard laws*, namun perannya dari waktu ke waktu semakin penting karena meru-

---

<sup>11</sup> Untuk analisis selengkapnya mengenai ACIA, baca: I B R Supancana, "Ratification of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: Implication and Challenges for Indonesia", Paper presented at Conference of International Law jointly held by CILS University of Indonesia and UGM, Yogyakarta, 21 November 2011.

<sup>12</sup> Mengenai uraian selengkapnya tentang NAFTA, periksa: Gary Clyde Hufbauer & Jeffrey J Schott, *NAFTA: An Assessment, Revised Edition*, Institute for International Economics, Washington DC, 1993.

<sup>13</sup> IJEPA sudah diratifikasi oleh Indonesia dengan Peraturan Presiden No 36 tahun 2008. Untuk analisis selengkapnya tentang IJEPA, baca: I B R Supancana, "Legal Issues Regarding Foreign Investment and the Implementation of the Japan-Indonesia Economic Partnership Agreement", *Journal of East Asia and International Law*, Korea, Volume 4 no 1, 2011.

<sup>14</sup> Untuk selengkapnya, baca: WTO, *The Legal Text: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge University Press, 1999, halaman 383 dst.

pakan cermin dari kesadaran hukum masyarakat internasional serta hasil harmonisasi hukum yang dilakukan dari berbagai sistem hukum yang ada.

Salah satu contoh *soft laws* di bidang perdagangan internasional adalah *APEC Basic Principles* yang terdiri dari: *comprehensiveness* (menyeluruh); *WTO consistency* (konsisten dengan prinsip-prinsip WTO); *comparability* (dapat diperbandingkan); *non-discriminations* (bersifat tanpa diskriminasi); *transparency* (transparan); *stand-still; simultaneous start, continues process, and differentiated time tables; flexibility* (keluwesan); serta *cooperation* (kerjasama)<sup>15</sup>. Prinsip-prinsip tersebut meskipun merupakan *soft laws*, namun sangat diperhatikan oleh para anggota APEC dalam melakukan kesepakatan-kesepakatan di bidang perdagangan.

### **C. Prinsip-Prinsip Pokok Perdagangan Internasional**

Dalam kegiatan perdagangan internasional, hal yang perlu sangat diperhatikan adalah prinsip-prinsip pokoknya (*core principles*). Ada yang menyatakan bahwa terdapat 2 (dua) prinsip pokok perdagangan internasional, yaitu: prinsip non diskriminasi (*non-discrimination*) serta prinsip akses pasar (*market access*)<sup>16</sup>. Prinsip non diskriminasi terdiri dari *National Treatment*<sup>17</sup> dan *MFN (Most Favored Nation) Treatment*<sup>18</sup>, sedangkan prinsip akses pasar terdiri dari tarif mengikat (*tariff binding*)<sup>19</sup> dan penghapusan kuota (*prohibition of quantitative restrictions*)<sup>20</sup>. Ada juga yang membagi prinsip-prinsip pokok perdagangan internasional atas dengan menambahkan prinsip transparansi dan prinsip resiprositas<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup> Tubagus Feridhanu Setiawan, op.cit, appendix 1.

<sup>16</sup> Untuk selengkapnya, baca: Andrew Mitchell and Tania Voon, "Overview of WTO Agreements", diunduh pada tanggal 15 Maret 2012.

<sup>17</sup> Lihat pasal III ayat 2 dan 4 GATT.

<sup>18</sup> Ibid, GATT, pasal I ayat 1.

<sup>19</sup> Ibid, pasal II ayat 1.

<sup>20</sup> Ibid, pasal XI ayat 1.

<sup>21</sup> Perhatikan Sjamsul Arifin, Dian Ediana Rae dan Charles P R Joseph (eds), *Kerjasama Perdagangan*

Prinsip-prinsip pokok perdagangan internasional sebagaimana tersebut di atas bersifat mengikat dan menjadi dasar dari berbagai kesepakatan yang dibuat, baik yang bersifat bilateral, regional maupun multilateral.

#### **D. Syarat Penyimpangan terhadap Prinsip-Prinsip Pokok Perdagangan Internasional**

Meskipun prinsip-prinsip pokok perdagangan internasional secara umum bersifat mengikat, namun dalam hal-hal tertentu dimungkinkan untuk disimpangi (*deviation*) apabila dipenuhi persyaratan-persyaratan tertentu. Pengecualian ini cukup beralasan terutama untuk memfasilitasi kepentingan negara-negara berkembang yang secara faktual tidak mungkin bersaing secara bebas dengan negara-negara maju, sehingga perlu diberi semacam kemudahan dalam melakukan kerjasama internasionalnya di bidang perdagangan.

Pengecualian tersebut baru dapat dilaksanakan hanya jika didasarkan atas ketentuan Pasal XXIV GATT, ketentuan Pasal V GATS dan atas dasar *Enabling Clause*<sup>22</sup>. Dalam ketentuan pasal V GATS antara lain dikatakan:

*“When developing countries enter into agreements with developed countries, they have more flexibilities in terms of substantial coverage and the extent to which they must eliminate discriminatory measures; and*

*Agreement consisting entirely of developing countries may grant more favourable treatment to firms owned or controlled by natural persons from the parties”.*

Sementara itu atas dasar *enabling clauses* dikatakan:

*“Developing economies can also negotiate preferential trade arrangements among themselves under the more flexible rules”.*

---

*Internasional: Peluang dan Tantangan bagi Indonesia*, Elex Media Komputindo, Jakarta, 2004, halaman 83-90.

<sup>22</sup> Australian Government, *op.cit*, halaman 24.

Ketentuan di atas memberikan fleksibilitas bagi negara-negara berkembang terhadap penerapan prinsip-prinsip pokok perdagangan internasional.

### **III. HARMONISASI DAN IMPLEMENTASI DALAM HUKUM NASIONAL**

#### **A. Proses Harmonisasi melalui Keikutsertaan dalam Berbagai Perjanjian Internasional di Bidang Perdagangan**

##### *1. Dasar Hukum*

Terkait dengan keikutsertaan Indonesia dalam perjanjian perdagangan internasional, pertama-tama yang perlu diperhatikan adalah dasar hukumnya. Dasar hukum itu bersumber, baik kepada aturan hukum nasional maupun aturan hukum internasional.

Aturan hukum nasional dalam rangka keikutsertaan Indonesia dalam perjanjian internasional adalah terutama Undang-Undang No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, serta Undang-Undang No. 37 tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri.

Sementara itu aturan internasional yang menjadi dasar hukum adalah *Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*, bagi keikutsertaan perjanjian internasional antar negara, sedangkan terkait perjanjian internasional antara negara dengan organisasi internasional atau antar organisasi internasional, yang berlaku adalah *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations of 1986*.

##### *2. Kedudukan Perjanjian Internasional dalam Hukum Nasional*

Salah satu persoalan klasik dalam Hukum Internasional adalah terkait hubungan antara Hukum Nasional dengan Hukum Internasional. Dalam hal terjadi konflik antara Hukum Nasional

dengan Hukum Internasional, apakah Hukum Nasional atau Hukum Internasional bersifat supremasi terhadap yang lainnya?

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, secara teoritis terdapat 2 (dua) teori, yaitu Teori Monisme dan Teori Dualisme<sup>23</sup>. Pada Teori Dualisme, dipahami bahwa Hukum Nasional dan Hukum Internasional adalah merupakan 2 (dua) tertib hukum yang berbeda yang bersifat koordinatif, oleh karena itu, maka tidak ada pertentangan antara Hukum Nasional dengan Internasional<sup>24</sup>. Pada Teori Monisme dipahami bahwa antara Hukum Nasional dan Hukum Internasional bersifat Sub-Ordinatif<sup>25</sup>. Teori Monisme dibagi atas Monisme dengan Primat Hukum Nasional dengan Primat Hukum Internasional. Pada Monisme dengan Primat Hukum Nasional, jika ada konflik antara aturan Hukum Nasional dengan aturan Hukum Internasional, maka aturan Hukum Nasional yang berlaku. Sebaliknya pada Monisme dengan Primat Hukum Internasional, jika ada konflik antara Hukum Nasional dengan Hukum Internasional maka aturan Hukum Internasional yang berlaku.

Sebelum menjawab persoalan apakah Indonesia menganut Monisme atau Dualisme, demikian pula apakah jika menganut Monisme kita akan cenderung kepada Monisme dengan Primat Hukum Nasional karena pertimbangan kuatnya nasionalisme ataukah Monisme dengan Primat Hukum Internasional dengan pertimbangan menghormati kesepakatan-kesepakatan internasional dalam kapasitas sebagai anggota masyarakat internasional,

---

<sup>23</sup> Mengenai Perbandingan antara Teori Monisme dan Teori Dualisme, baca: Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional*, Kajian Teori dan Praktek Indonesia, Refika Aditama, Bandung, 2010, halaman 97-98.

<sup>24</sup> Teori Dualisme dianut oleh para sarjana yang termasuk Positivist seperti Triepel dan Strupp. Unuk uraian selengkapnya, baca: M N Shaw, *International Law*, Second Edition, Grotius Publication Limited, Cambridge, 1986, halaman 98-100.

<sup>25</sup> Teori Monisme dianut oleh para Naturalist seperti Lauterpacht, Kelsen dan Kant. Bagi uraian selanjutnya, baca: M N Shaw, *Ibid*.

maka pertama-tama perlu dipahami mengapa dan apa yang mendorong Indonesia menjadi pihak (*contracting parties*) dari suatu perjanjian internasional. Sebelum ikut serta dalam suatu perjanjian internasional tentu saja telah dipertimbangkan secara matang hal-hal seperti: urgensi, manfaat yang akan diperoleh, implikasi dari keikutsertaan, dan lain-lain. Singkatnya, kepentingan nasional-lah yang menjadi alasan keikutsertaan dalam suatu perjanjian internasional. Oleh karena itu, logikanya jika Indonesia memutuskan menjadi anggota dari suatu perjanjian internasional, maka dengan keikutsertaan tersebut akan membawa manfaat yang lebih besar dalam konteks kepentingan nasional dan pergaulan internasional Indonesia. Konsekuensi logisnya tentu saja, aturan nasional tidak boleh bertentangan dengan kesepakatan-kesepakatan internasional dimana Indonesia menjadi anggotanya. Namun demikian, jika perjanjian internasional tersebut pada suatu saat bertentangan dengan Konstitusi kita, maka ketentuan Konstitusi kitalah yang berlaku.

Bagi negara-negara yang melakukan perjanjian internasional dengan Indonesia, termasuk di bidang perdagangan internasional, kejelasan sikap Indonesia tentang hubungan antara Hukum Nasional dengan Hukum Internasional itu menjadi sangat penting karena terkait dengan kepastian hukum atas perjanjian internasional di mana baik Indonesia maupun negara lain menjadi anggotanya.

Dalam konteks *IJEPA (Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement)* misalnya, pihak Jepang mempertanyakan posisi Indonesia terkait dengan hubungan antara Hukum Nasional dengan Hukum Internasional. Dari perspektif Jepang sendiri, mereka secara umum menganut Monisme dengan Primat Hukum Internasional, dengan demikian, maka Jepang akan menghormati semua perjanjian internasional di mana mereka menjadi anggota, dan dalam hal terjadi pertentangan antara Hukum Na-

sional dengan Hukum Internasional, maka ketentuan Hukum Internasional-lah yang berlaku. Satu-satunya pembatasan adalah hanya jika ketentuan perjanjian internasional bertentangan dengan konstitusi Jepang, maka ketentuan Konstitusi Jepang yang diberlakukan.

3. *Prosedur Penyusunan, Pemberlakuan dan Pelaksanaan*

Penyusunan perjanjian internasional biasanya melalui tahapan negosiasi, setelah dalam proses negosiasi dicapai kesepakatan-kesepakatan, maka naskah/teks perjanjian tersebut ditetapkan (*adoption of the text*)<sup>26</sup>, disusul dengan otentifikasi naskah (*authentication of the text*)<sup>27</sup> dan diikuti persetujuan untuk mengikatkan diri (*consent to be bound*), baik melalui penandatanganan (*by signature*)<sup>28</sup>, pertukaran naskah perjanjian (*exchange of instrument constituting a treaty*)<sup>29</sup> serta dinyatakan melalui pengesahan (*ratification, acceptance or approval*)<sup>30</sup>.

Terkait dengan pemberlakuan perjanjian internasional, biasanya dalam naskah perjanjian tersebut ditetapkan persyaratan tentang saat berlakunya (*entry into force*) dari perjanjian tersebut, yang pada umumnya dikaitkan dengan jumlah negara yang meratifikasinya. Tidak jarang juga terdapat ketentuan mengenai pemberlakuan sementara (*provisional application*).

Pada tahap pelaksanaan, negara anggota (*contracting parties*) dari perjanjian tersebut dituntut untuk menghormati dan mematuhi (*observance*) terhadap ketentuan-ketentuan dalam perjanjian serta menerapkan (*application*) isi perjanjian. Di samping itu juga dapat dirumuskan ketentuan-ketentuan yang ter-

---

<sup>26</sup> Baca: Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Pasal 9.

<sup>27</sup> Ibid, Pasal 10.

<sup>28</sup> Ibid, Pasal 12.

<sup>29</sup> Ibid, pasal 13.

<sup>30</sup> Ibid, Pasal 14.



kait dengan penafsiran (*interpretation*) atas ketentuan-ketentuan dalam perjanjian.

4. *Pengesahan Perjanjian Internasional (Ratifikasi, Akseptasi, Approval, Aksesi)*

Atas suatu perjanjian internasional, terdapat beberapa cara untuk melakukan pengesahan, yaitu ratifikasi (*pengesahan*); penerimaan (*acceptance*); persetujuan (*approval*)<sup>31</sup> dan aksesi (*accession*)<sup>32</sup>. Pengesahan dilakukan melalui ratifikasi, dalam hal Indonesia ikut serta dalam proses perundingan serta menandatangani perjanjian internasional tersebut. Dalam hal Indonesia tidak ikut serta dalam penyusunan perjanjian, serta tidak menandatangani perjanjian tersebut, maka pengesahan dapat dilakukan dengan cara akses (*accession*).

Instrumen pengesahan Perjanjian Internasional dapat dilakukan baik melalui Undang-Undang maupun melalui Peraturan Presiden. Pengesahan dilakukan dengan Undang-Undang dalam hal berkaitan dengan: masalah politik, perdamaian, pertahanan dan keamanan negara; perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara Republik Indonesia; kedaulatan atau hak berdaulat negara; hak asasi manusia dan lingkungan hidup; pembentukan kaidah hukum baru; dan pinjaman dan/atau hibah luar negeri<sup>33</sup>. Sementara perjanjian-perjanjian internasional yang tidak berkaitan dengan hal-hal sebagaimana tersebut di atas pengesahannya dilakukan melalui Peraturan Presiden<sup>34</sup>.

Sebagai akibat dari pengesahan perjanjian internasional, maka Indonesia sebagai negara anggota wajib melaksanakan kewajiban-kewajiban sebagaimana yang dirumuskan dalam per-

---

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid, Pasal 15.

<sup>33</sup> Pasal 10 Undang-Undang No 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.

<sup>34</sup> Ibid, Pasal 11 ayat (1).

janjian tersebut, demikian pula Indonesia akan memperoleh manfaat dari hak-hak yang dirumuskan dalam perjanjian tersebut.

Hingga saat ini Indonesia telah mengesahkan banyak sekali perjanjian internasional di bidang perdagangan, dari yang berlingkup multilateral (global) seperti *WTO Agreements*; yang berlingkup regional seperti ACIA; sampai dengan yang berlingkup bilateral seperti IJEPA. Sebagai contoh: *WTO Agreements* disahkan dengan UU No. 7 tahun 1994; ACIA diratifikasi dengan Peraturan Presiden No. 49 tahun 2011; dan IJEPA diratifikasi dengan Peraturan Presiden No. 36 tahun 2008. Di samping perjanjian-perjanjian tersebut, masih sangat banyak perjanjian internasional di bidang perdagangan yang telah diratifikasi/disahkan oleh Indonesia.

## **B. Implementasi Perjanjian Internasional di Bidang Perdagangan ke Dalam Hukum Nasional**

1. *Implikasi Ratifikasi Perjanjian Internasional di Bidang Perdagangan*  
Implikasi atas pengesahan perjanjian internasional di bidang perdagangan, yang juga berlaku bagi Indonesia, adalah kepatuhan terhadap prinsip-prinsip dan norma-norma yang terdapat di dalamnya. Kepatuhan tersebut ditunjukkan dengan cara memenuhi kewajiban-kewajiban yang diletakkan, termasuk kewajiban finansial, pelaporan, dan lain-lain. Hal-hal yang dikecualikan adalah terhadap pasal-pasal dimana Indonesia melakukan reservasi sebagaimana yang diatur dalam perjanjian tersebut.

Pengesahan perjanjian internasional meskipun secara teoritis adalah cara mentransformasikan ketentuan Hukum Internasional ke dalam Hukum Nasional, namun tidak berlaku secara otomatis, sehingga dalam hal-hal tertentu memerlukan pengaturan dan/atau penyesuaian khusus secara nasional.

2. *Implementasi dalam Bentuk Inkorporasi ke Dalam Aturan Hukum Nasional*

Prinsip-prinsip dan norma-norma yang terdapat dalam perjanjian internasional yang telah disahkan akan menjadi dasar dalam perumusan legislasi nasional. Oleh karena itu pengesahan perjanjian internasional perlu ditindaklanjuti dengan legislasi nasional sebagai bentuk aturan pelaksanaannya (*implementing legislation*). Di samping itu, atas dasar pengesahan tersebut, maka perlu dilakukan penyesuaian atas regulasi nasional yang tidak sesuai dan/atau bertentangan dengan isi perjanjian internasional yang telah disahkan.

#### **IV. UPAYA PENINGKATAN DAYA SAING PERDAGANGAN UNTUK MEMPERKUAT POSISI EKONOMI INDONESIA**

##### **A. Elemen yang Berpengaruh Terhadap Daya Saing Perdagangan Internasional**

Dalam upaya untuk meningkatkan daya saing perdagangan internasional, maka perlu diperhatikan faktor-faktor yang berpengaruh, seperti: efisiensi (biaya logistik, biaya listrik, bunga bank); kerangka hukum dan regulasi yang bersahabat; diversifikasi produk; strategi perdagangan yang maksimal terhadap pasar ekspor; pengembangan pasar potensial baru (melalui mitra dagang non-tradisional); serta penghapusan segala bentuk pungutan liar (*illegal levies*).

##### **B. Strategi untuk Penguatan Daya Saing**

Cara dan upaya untuk penguatan daya saing (ekspor) di bidang perdagangan internasional harus didasarkan pada kemampuan merumuskan kepentingan nasional dalam bidang perdagangan internasional. Untuk itu, maka semua instrumen yang terkait, baik

kebijakan, hukum dan regulasi harus didayagunakan untuk melayani kepentingan nasional yang perlu diakomodasikan.

Pemanfaatan beberapa kebijakan perdagangan untuk penguatan daya saing, meliputi namun tidak terbatas pada: tarif impor, kuota impor, pajak ekspor, subsidi ekspor, anti dumping, kebijakan pengadaan oleh Pemerintah, standar kesehatan dan keselamatan serta lingkungan, hambatan birokrasi, dan lain-lain. Kebijakan-kebijakan tersebut adalah sah untuk diterapkan sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip pokok dan aturan perdagangan internasional.

Dalam menyikapi pelemahan ekspor yang terjadi akhir-akhir ini, beberapa strategi telah ditempuh oleh Pemerintah, yaitu: memaksimalkan kegiatan promosi melalui kegiatan pameran di luar negeri dan dalam negeri; memprioritaskan pendekatan ekspor dengan mengedepankan nilai tambah dibandingkan dengan volume; terus melakukan ekspansi ke pasar non-tradisional melalui kegiatan misi dagang; serta penguatan pasar domestik dengan memaksimalkan konsumsi produk dalam negeri.

Dalam salah studinya, Bank Dunia mengusulkan beberapa strategi untuk mengatasi pelemahan ekspor dengan cara mencari inovasi, yaitu negara baru tujuan ekspor; memelihara stabilitas ke pasar yang lebih mapan; serta menahan suku bunga<sup>35</sup>.

### **C. Pentingnya Pendekatan Hukum dan Regulasi untuk Penguatan Daya Saing**

Strategi penguatan daya saing harus memanfaatkan pendekatan hukum dan regulasi untuk mendukung kebijakan-kebijakan yang ditempuh agar lebih aman, karena dirumuskan sedemikian rupa tanpa melanggar aturan-aturan internasional yang berlaku. Pada umumnya pendekatan hukum dan regulasi akan mampu memberikan

---

<sup>35</sup> *Bisnis Indonesia*, "Pelemahan Ekspor Berlanjut, Bank Dunia: lakukan pengetatan pada kondisi tertentu", 24 Mei 2012.

justifikasi terhadap kebijakan yang ditempuh, sehingga sulit untuk ditampik/ditolak. Dengan demikian, maka resiko timbulnya tindakan pembalasan oleh negara lain yang terkena dampak dari kebijakan tersebut akan mampu diminimalisasikan.

#### **D. Pendekatan Hukum dan Regulasi yang Dapat Ditempuh**

Beberapa pendekatan hukum yang dapat ditempuh, antara lain: memanfaatkan dasar hukum yang kuat untuk melindungi kepentingan nasional; memiliki pemahaman yang komprehensif dan mendalam atas semua aturan internasional yang berlaku untuk dimanfaatkan dalam rangka memperkuat posisi; memanfaatkan wilayah abu-abu (*grey area*) sebagai pembenaran dalam perumusan kebijakan yang melindungi kepentingan nasional.

Sementara itu pendekatan regulasi yang dapat ditempuh meliputi: regulasi berbasis kepentingan publik atas dasar tujuan ekonomi tertentu, misalnya karena kegagalan pasar (*market failure*), baik yang disebabkan oleh *natural monopoly* (*excessive competition*) dan sebab-sebab eksternal seperti polusi; maupun kurangnya informasi bagi konsumen menyangkut kesehatan, resiko keselamatan atas produk tertentu<sup>36</sup>. Regulasi juga dapat berbasis kepentingan publik atas dasar tujuan-tujuan non-ekonomis seperti menyangkut keadilan dalam distribusi sosial, masalah kemasyarakatan atau etika<sup>37</sup>. Di samping itu juga ada regulasi untuk kepentingan kelompok tertentu untuk memperoleh *surplus rent* bagi pelakunya dalam suatu *regulated industry*<sup>38</sup>.

Tipe dan instrumen regulasi yang dapat diterapkan dapat berwujud ketentuan mengenai: standar (*standard*), pengendalian harga (*price control*), pengendalian masuknya barang atau jasa (*entry*

---

<sup>36</sup> Untuk uraian selengkapnya, baca: Markus Krejewski, *National Regulation and Trade Liberalization in Services (The Legal Impact of GATS on National Regional Autonomy)*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, halaman 12-18.

<sup>37</sup> Ibid, halaman 18-20.

<sup>38</sup> Ibid, halaman 20-21.

*control*), kepemilikan publik dan monopoli publik serta tindakan regulasi lainnya.

Ketentuan tentang standar misalnya, merupakan instrumen regulasi untuk mengendalikan operasi bisnis. Bentuk-bentuk standar, antara lain: target standar, seperti regulasi terkait keselamatan (misalnya mainan anak-anak); *performance standard (output control)* misalnya ketentuan tentang polusi, *noise*, materi beracun; *specification standard* (mengatur metode produksi dan material), misalnya aturan tentang kandungan lokal (*local content*) dan alih teknologi (*transfer of technology*)<sup>39</sup>.

Regulasi tentang pengendalian harga dapat dilakukan baik dengan pendekatan atas harga yang sebenarnya (*actual price approach*) maupun atas dasar pendekatan pembatasan kenaikan harga (*limit price increase approach*)<sup>40</sup>.

Regulasi pengendalian atas masuknya barang dan jasa (*entry control*) dapat berbentuk *qualitative entry control* melalui persetujuan terlebih dahulu, misalnya melalui sertifikasi profesi, proses, dan lain-lain. Selain itu pengendalian dapat berbentuk *quantitative entry*, misalnya melalui sistem lisensi untuk membatasi jumlah pelaku (*player*)<sup>41</sup>.

Regulasi tentang kepemilikan publik atau monopoli publik juga dapat berbentuk pengaturan tentang pengadaan rumah bersubsidi. Sementara itu tindakan regulasi lainnya dapat berbentuk *mandatory info control* seperti sertifikasi (halal) atau ketentuan tentang label<sup>42</sup>.

## V. PROSPEK KE DEPAN

A. Keikutsertaan Indonesia dalam berbagai perjanjian internasional di bidang perdagangan internasional mempunyai implikasi terhadap perkembangan Hukum Nasional.

<sup>39</sup> Ibid, halaman 22-25.

<sup>40</sup> Ibid, halaman 25-27.

<sup>41</sup> Ibid, halaman 27-31.

<sup>42</sup> Ibid, halaman 31-34.

- B. Langkah harmonisasi hukum perlu dilakukan antara regulasi internasional dengan hukum nasional dalam rangka memperlancar pergaulan dan kinerja perdagangan internasional Indonesia.
- C. Pendekatan hukum dan regulasi perlu dimanfaatkan sebagai penunjang strategi dan kebijakan peningkatan daya saing perdagangan internasional Indonesia untuk penguatan posisi ekonomi Indonesia.

# LEGAL ISSUES REGARDING FOREIGN INVESTMENT AND THE IMPLEMENTATION OF THE JAPAN-INDONESIA ECONOMIC PARTNERSHIP AGREEMENT<sup>1</sup>

## I. BACKGROUND

The signing of the historic Japan-Indonesia Economic Partnership Agreement (JIEPA) marks a new era of economic cooperation between the two countries. JIEPA is the most comprehensive bilateral agreement consisting of 15 chapters with 154 articles. It covers most areas of economic cooperation including foreign investment. JIEPA is equipped with Implementation Agreement and a “Strategic Investment Action Plan.”<sup>2</sup>

With the ratification by the two countries, JIEPA effectively entered into force on July 1, 2008. Although there is a high expectation that JIEPA would boost Japan’s investment in Indonesia, it is also concerned that there might be some constraints on its implementation due to some differences between the JIEPA and Indonesian laws.

This article explores and analyzes foreign investment laws related to the implementation of the JIEPA. The main topics of this paper are as follows:

---

<sup>1</sup> Paper for Journal of East Asia and International Law, Korea, Vol 4, No. 1, Spring 2011.

<sup>2</sup> See Implementing Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of Japan pursuant to the Article 13 of the Agreement between Republic of Indonesia and Japan the for an Economic Partnership, Japan-Indonesia., Aug. 20, 2007, available at [http://dirjenkpi.depdag.go.id/Website\\_tr/PreferentialTariff/IJ-EPA/ImplementingAgreement\(ID\).pdf](http://dirjenkpi.depdag.go.id/Website_tr/PreferentialTariff/IJ-EPA/ImplementingAgreement(ID).pdf) (last visited on April. 4, 2011). The implementing Agreement with Annexes on Strategic Investment Plan covers: taxation, customs, labor, infrastructure and competitiveness. For a full reference and elaboration, see the Gaikindo website, available at [www.gaikindo.or.id](http://www.gaikindo.or.id) (last visited on Apr.4, 2011).



- A. Possible legal constraints on the implementation of JIEPA in relations with existing national laws on investment and other relevant laws;
- B. A comparative analysis between existing laws and practice on standards of treatment to investors (both local and foreign), the JIEPA and in relation to International Standard of Treatment;
- C. Investment related dispute settlement mechanism in general and as it relates to Foreign Direct Investment (FDI) in Indonesia, both through adjudication and non adjudication process, including its law enforcement mechanism;
- D. Possible commercial and non-commercial risk on FDI in Indonesia; and
- E. Some recommendations for implementing the JIEPA.

## **II. AN OVERVIEW OF INDONESIAN INVESTMENT LAWS AND JIEPA'S PROVISIONS AND IMPLEMENTING AGREEMENT RELATED TO FOREIGN INVESTMENT**

### **A. The Existing Conditions of Investment Laws and Policies in Indonesia**

Despite that the Indonesian Government has been working very hard to improve the investment climate through a series of policies and regulatory reforms,<sup>3</sup> little progress has been made in terms of investment attractiveness and competitiveness compared to other neighboring countries. This condition is partially caused by the poor

---

<sup>3</sup> Some policies and regulations reflecting the Government's efforts to improve investment climates are, among others: Presidential Instruction No. 6 Year 2007 concerning Policies on the Acceleration of the Real Sector Development and Empowerment of Micro, Small and Medium-Scale Enterprises; also Presidential Instruction No.3 Year 2006 concerning Package of Policy for Investment Climate Improvement. The latest is Presidential Regulation No. 27 Year 2009 concerning Integrated One-Stop Services in the Investment Field.

legal system, high rate of corruption, legal uncertainty and lack of consistency in law enforcement.

Although consistent implementation of JIEPA is a basic requirement for mutual benefits of both Japan and Indonesia, some gaps or constraints are anticipated between provisions of JIEPA and the Indonesian legal system. Foreign investment cases in Indonesia just show the weaknesses on dispute resolution mechanism and its enforcement.<sup>4</sup> Therefore, Japanese investment in Indonesia will only be improved if the Indonesian Government and stakeholders make a serious commitment to fix these deficiencies.

## **B. Main Principles and Provisions of JIEPA**

As the most comprehensive bilateral economic agreement between Indonesia and Japan, JIEPA covers very broad aspects of economic ties, including taxation, trade in goods and services, rules of origins, investment, energy and mineral resources, intellectual property rights, government procurement, improvement of business environment and promotion of business confidence, cooperation, and dispute settlement, among others. In addition, there are 12 annexes referring to certain chapters and articles. For the implementation of JIEPA, an implementing agreement was concluded with a similar scope of issues. The implementing agreement consists of 8 Chapters and 44 articles with 5 annexes on strategic investment action plan covering tax, customs, labor, infrastructure and competitiveness.

## **C. Provisions of JIEPA Related to Foreign Investment**

Specific provisions on investment can be found at Chapter 5 of JIEPA. Basic principles of investment are laid down such as national treat-

---

<sup>4</sup> Noticable cases are as follows: Cement Exports from Mexico ("Cemex Case"); Karaha Bodas Corporation Case; Newmont Minahasa Raya case; Aria-West case; Chung Hwa case. For further analysis of Cemex Case, Karaha Bodas Corporation Case and Newmont Minahasa Raya Case, see I.B.R. Supancana, *KERANGKA HUKUM DAN KEBIJAKAN INVESTASI LANGSUNG DI INDONESIA* (Legal and Policy Framework of Direct Investment in Indonesia) at 144-157, (2006).

ment, most favored nation treatment, general treatment, access to the court of justice, prohibition of performance requirements, expropriation and compensation, protection from strife, transfers, settlement of investment disputes between a party and other party, temporary safeguard measures, etc.

#### **D. Main Principles and Provisions of JIEPA's Implementing Agreement concerning Investment**

Provisions on investment in the implementation agreement of JIEPA are mainly laid down at its 8 annexes concerning the Strategic Investment Action Plan. The Strategic Investment Action Plan covers some important aspects such as tax, customs, labor, infrastructure, competitiveness, etc.<sup>5</sup>

On tax issues, it covers the action plans, establishing and strengthening self-assessment system; reforming VAT for export promotion; protecting taxpayer rights; promoting transparency and disclosure; reducing real business cost; promoting human exchange; and continuing dialogue on tax.<sup>6</sup>

With respect to customs, some action plan has been adopted for the purpose of reducing administrative obstacles to speed up the following: customs clearance; improving work ethic; socializing new regulations/laws and their interpretations; implementing an Electronic Data Interchange (EDI) system and on-line official website of Directorate General of Customs and Excise (DGCE); enhancing the effectiveness of bonded warehouse; enhancing transparency and fairness; handling other issues indirectly related to custom activities; enhancing transparency and fairness; and increasing.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> The Implementing Agreement, *supra* note 1.

<sup>6</sup> *Ibid*, at Strategic Investment Plan, *supra* note 1, annex 1 (Tax).

<sup>7</sup> *Ibid*, annex 2 (Customs)

The labor related provisions address the following issues: reviewing the related supplementary regulation of the labor law to ensure competitiveness of private companies; enforcing dispute settlement regulation on industrial relations properly to solve disputes quickly and fairly; promoting social systems (vocational training, job placement and a national certification system) to create a fair, flexible and productive labor market; simplifying the procedure to obtain business visas for expatriates to facilitate business activities; and establishing a practical social security program.<sup>8</sup>

The infrastructure related section covers the following: enacting a regulatory and policy reform to encourage private investment; making a concrete national plan; having an intensive communication with investors and other stakeholders; improving the infrastructure to promote investment; facilitating the implementation of existing power plant projects; completing the Jakarta outer ring road; rebuilding roads and highways.<sup>9</sup>

The strategic investment action plan on Competitiveness of Small and Medium Enterprises (SMEs) focused on strengthening the investment agency's role of providing service to investors; protecting the intellectual property rights in the domestic market; introduce and adopt of international industrial standard; and internalizing the understanding of EPA by the public.

## **E. Some Anticipated Issues Constraining the Implementation of JIEPA**

### *1. Ratification*

The different ratification instrument applied by two countries is a critical issue regarding the implementation of JIEPA. Indonesia ratified JIEPA with Presidential Regulation No. 36 Year 2008

---

<sup>8</sup> Ibid, annex 3 (Labour).

<sup>9</sup> Ibid, annex 4 (Infrastructure).

without prior approval from the Parliament, while, Japan ratified it through its parliament's approval. The question is whether the different of ratification instrument may affect the domestic implementation of JIEPA.

In article 9, paragraph 2 of Law No. 24 Year 2000 concerning the international agreement states that the ratification of international agreements can be conducted by Law or Presidential Decree. Furthermore, Article 10 of the law states that the ratification of international agreements shall be conducted by law when dealing with strategic and very important affairs as follows: political issues; peace; defense and security of the state; change of region or change of the determination of boundaries of the Republic of Indonesia; sovereignty or sovereign state rights; human rights and environment; formation of new regulation, loan and or foreign grants. Meanwhile, ratification of agreements beyond the scope as referred to in this article can be conducted by a Presidential Decree. A copy of the Presidential Decree ratifying an international agreement shall be submitted to the House of Representatives to be evaluated.<sup>10</sup>

Pursuant to Articles 9, 10 and 11 of the same law, there is no distinction regarding the legal consequences or validity between international agreements ratified by Law and those ratified by Presidential Decree. Although JIEPA was ratified by Indonesia in the form of a Presidential Decree, the validity as well as its legal force is the same as agreements ratified by law – the only difference being the ratification procedure.

## 2. *Reviewing Mechanism through the Constitutional Court*

If a law violates the 1945 Constitution (as amended four times),<sup>11</sup> it is open to review or even revoke by submitting a petition to

---

<sup>10</sup> Law No. 24 Year 2000 on International Agreement art. 10.

<sup>11</sup> The 1945 Constitution was formalized one day after Declaration of Independence on August 17th of 1945. Since President Suharto stepped down from power in 1998, the 1945 Constitution

the Constitutional Court.<sup>12</sup> The Constitutional Court, based on majority vote, shall decide whether certain laws violate provisions of the Constitution. If the Court finds any violation, such law shall be revoked or revised.

In accordance with Article 10, paragraph 1 of Law No. 24 Year 2003, the Constitutional Court shall have the authority to: adjudicate whether certain provisions are unconstitutional; settle conflicts between competences of state institutions; dissolve political parties; and resolve general election disputes.

With respect to investment, the mechanism used to review the law could create legal uncertainty. Some incentives offered investors in accordance with the investment law can be revoked in case such provisions are found unconstitutional. A noticeable example is a decision where the Constitutional Court revoked provision granting automatic extensions to investor's land titles per Law No. 25 Year 2007 concerning Capital Investment.<sup>13</sup> Other examples are the cancellation of Law on Electricity and cancellation provisions of certain articles of Law No. 22 Year 2001 concerning Oil and Gas.<sup>14</sup>

### 3. *Legal Certainty for Investors*

Legal certainty is very crucial in every investment as it creates business certainty. Investors can carefully calculate investment benefits and risks before investing. Without legal certainty, investment risks will be higher and not predictable.

In order to promote legal certainty, it is important for the capital importing country (i.e. the host country) to have a

---

has been amended four (4) times by The Peoples Consultative Assembly in order to accommodate the protection of human rights, to limit Presidential terms, to decentralize the government and to increase the budget for education spending, among others.

<sup>12</sup> Law No. 24 Year 2003 on Constitutional Court art 10 (1).

<sup>13</sup> Law No. 25 Year 2007 concerning Automatic Extension of Land Rights art. 22. See also Decision of Constitutional Court No. 21-22/PUU/V/2007, (Mar. 17, 2008).

<sup>14</sup> *E.g.* Law No. 22 Year 2001 arts. 12 (3), 22 (1) and 28 (2) & (3).

strong commitment and consistency based on an effective legal system. The legal certainty for investment may create a more stable environment suitable to different situations, such as contract enforcement, acquired rights of the aliens, continuation of business activities, a dispute resolution mechanism, and law enforcement.

4. *Continuation of Business Activities*

The continuation of business activities should be absolutely guaranteed for investors. Frequent changes of national laws and regulations have detrimental effects on the legitimate rights of investors, both foreign and domestic.

5. *Pharmaceutical Business*

Another regulatory problem for foreign investment is the Decree of Ministry of Health No. 1010 Year 2008 concerning Drug Registration. This ministerial decree has a negative impact toward the continuation of business activities currently conducted by both domestic and foreign-based pharmaceutical companies. Under the new regulation, only pharmaceutical companies operating production facilities in Indonesia may acquire drug registration. It means that only such a company may sell its products in Indonesia. Existing pharmaceutical companies which do not have any such facilities could neither register, nor sell the products of the company. Such a regulation clearly creates a disastrous situation to pharmaceutical companies without production facilities in Indonesia, even though these companies have already existed and invested substantial amounts of money in research, facilities, and human capital. This regulation creates a bad precedent for the investment climate in Indonesia; consequently, it may cause the relocation of business, termination of activities, and capital outflow to other importing countries offering better treatment of pharmaceutical companies.

6. *Termination of Business Activities*

Capital will flow to countries offering the best investment climates. Today, nationalism is not a fundamental barrier to capital investment. There are many factors that contribute to a better investment climate, among others: tax and non-tax incentives, land titles, labor productivity, legal certainty, and ease of forming and terminating business entities.

The facts have shown that foreign investors have to spend more time and initial costs to open and terminate businesses in Indonesia. This issue should be properly addressed by Indonesia as a way to support the implementation of JIEPA. The approach shall be both from the level of law and policy making to its implementation.

### **III. SOME CRITICAL ANYALYSIS TO THE EXISTING FOREIGN INVESMENT RELATED LAWS IN INDONESIA**

#### **A. Law No. 25 of 2007 Concernig Capital Investment**

1. *The Underlying Policies*

Some policies underlying Law No. 25 Year 2007 are reflected in the Presidential Instruction No. 3 Year 2006 concerning Policy Package on Improvement Investment Climate which emphasizes the need to improve the investment climate in order to enhance economic growth. The appendix of this instruction elaborates five aspects, 19 policies, 85 action plans, which are equipped with outputs, a time frame, and the individual responsibility.<sup>15</sup>

This Presidential Instruction, of course, signified the seriousness

---

<sup>15</sup> For further analysis of Presidential Instruction No. 3 Year 2006, see Tulus Tambunan, *Investment Climate in Indonesia: Issues, Challenges and Potential*, Kadin Indonesiam-JETRO (2006); See also M. Ichsan Modjo, *Implementation Package of Investment Policy*, Jawa Pos Newspaper, Mar. 13, 2006.



of the Indonesian Government to improve the investment climate in Indonesia.

Furthermore, in order to support the implementation of Law No. 25 Year 2007, the President issued Presidential Instruction No. 5 Year 2008 concerning the Focus of Economic Program for the year of 2008-2009. This Instruction is essentially seeking to increase national economic growth, preserve natural resources, increase energy efficiency, and improve environmental standards. The dictum in the Presidential Instruction has also emphasized that these steps are to be guided by the program covering improvements of the investment climate, macro-economic, infrastructure, and empowerment of small and medium-sized businesses.

## 2. *Main Provisions*

Law No. 25 Year 2007 concerning Capital Investment mainly provides the same treatment to both Foreign Capital Investment (Penanaman Modal Asing/PMA) and Domestic Capital Investment (Penanaman Modal Dalam Negeri/PMDN) by taking into account national interest. The government can nationalize or expropriate capital and/or property ownership of investors, only in accordance with law.<sup>16</sup> The rights of investors to transfer their assets to any party or to repatriate in foreign currency their capital, profits, royalties or dividends shall be guaranteed. All fields of business are basically open for investment. In some businesses meeting certain conditions are expected; the government provides title of rights with a longer period of validity. Provide immigration services, licenses, and/or facilities following the recommendation of the Investment from Investment Coordinating Board (Badan Koordinasi Penanaman

---

<sup>16</sup> Law No. 25 Year 2007 art 7 (1).

Modal/BKPM); BKPM is chaired by a head directly responsible to the President.<sup>17</sup>

3. *New Provisions to Attract Capital Investment*

Law No. 25 Year 2007 offers some new provisions to attract investment. The period given to the rights of the land has been extended. Regulations regarding the use of foreign employees have become more flexible. Special incentives for certain investment activities, including for 'pioneer statuses' and special economic regions are provided.<sup>18</sup>

4. *Promoting Small and Medium Enterprise and Pioneer Industry*

Law No. 25 Year 2007 offers some incentives to investment that involve participation of Small and Medium Enterprises (SMEs). There are also some incentives for specific investments, such as investment for emerging industries and industries in need of labor.<sup>19</sup>

5. *Deficiencies and Shortcomings*

Some provisions on land rights like automatic extension of land rights are not applicable as they are not synchronous with other laws like Law No. 5 Year 1960 on Agrarian Law. There are perceptions that Law No. 25 Year 2007 provides more protection and accommodates the interest of the foreign investor without proper protection to local corporate investors. In some cases, Law No. 25 Year 2007 would reflect a setback akin to previous investment laws, especially on the provisions related to transfer of technology, the use of foreign employees, obligations on divestment, etc.

---

<sup>17</sup> Law No. 25 of 2007 on Capital Investment art. 27, para. 4.

<sup>18</sup> For further analysis of the Law No. 25 of 2007 concerning Capital Investment, see, I.B.R. Supancana, *The Implementation of Investment Law: Prospects and Challenges*, in Center for Regulatory Research (Apr. 2007).

<sup>19</sup> Law No. 25 Year 2007 on Capital Investment art.18 (3), (j).

6. *Implementing Regulations*

Law No. 25 Year 2007 is elaborated into several implementing and operational regulations such as: Presidential Regulation No. 76 Year 2007 on Criteria and Requirements of Field of Business that is Closed for Investment and Open for Investment subject to certain conditions; Presidential Regulation No. 77 Year 2007 on List of Field of Business that is Closed and Open for Investment subject to certain Conditions as modified by Presidential Regulation No. 111 Year 2007 and later on amended by Presidential Regulation No. 36 Year 2010; and Presidential Regulation No. 90 Year 2007 on the Investment Coordinating Board.

In addition, there are some other regulations promoting investment climate, including Government Regulation No. 1 Year 2007 as amended by Government Regulation No. 62 Year 2008 concerning Income Tax Facilities for Investment in the Field of Specific Business and/at the Specific Region or Area; Government Regulation No. 45 Year 2008 concerning the Guidelines of Granting Incentive and Facilitate Investment Activities in the Region.

**B. Law No. 13 Year 2003 on Manpower**

Law No. 13 Year 2003 on Manpower was adopted in order to create working convenience and industrial peace in the workplace. A conducive and peaceful working environment can only be achieved when it is assured by three conditions: (1) labor protection through insurance; (2) the insurance business tranquility; and (3) the implementation of security and democracy in the workplace.<sup>20</sup>

Law No. 13 Year 2003 was designed to accommodate the interest of both employer and employee. From the standpoint of investor

---

<sup>20</sup> Aloysius Uwiyono, *the Implications of Manpower Law No. 13 of 2003 on Investment Climate*, 22 Bus. L. J. 5, 9-16 (2003).

(employer), however, this law provides too much protection to labor interests while putting onerous obligations on the employer. Meanwhile, from the perspective of labor (the employees) this law is perceived as providing more benefits to employers that would become disadvantages for labor, e.g., issues relating to outsourcing and the use of subcontractors.<sup>21</sup>

The revision of Law No. 13 Year 2003 on Manpower is deemed as urgent due to the following reasons. *First*, some legal provisions are inconsistent. *Second*, some articles are found incorrect and confusing in their formulation. *Third*, the law is still based on the paradigm of employer-employee conflict and not based on principle of partnership between employer and employee.<sup>22</sup>

### **C. Law No. 40 Year 2007 concerning Limited Liability Companies**

Law No. 40 Year 2007 concerning Limited Liability Companies creates some controversy, especially provision concerning legal obligations for Corporate Social Responsibility (CSR). In addition, this law requires such a high minimum capital that the costs of doing business may increase. Consequently, the initial start-up cost becomes higher.<sup>23</sup>

### **D. Law No. 37 Year 2004 concerning Bankruptcy and Suspensions of Debt Payment Obligations**

Law No. 37 Year 2004 does not provide for a simple evidentiary system. Petition of bankruptcy declaration is not effective as means for foreign creditor to recover its claim from debtor. Suspension of

---

<sup>21</sup> The issue of outsourcing and subcontracting works has become hot and sensitive issues for the revision of Law No. 13 on Manpower.

<sup>22</sup> Uwiyono, *supra* note 19.

<sup>23</sup> In previous Company Law (Law No. 1 of 1995) the minimum cost for establishing a company is only Rp 20 million which is equal with US\$ 200,000 while under the new Company Law (Law No. 40 of 2007) the minimum cost has been raised to Rp 50 million or equal with US \$ 500,000.

debt payment obligations is not yet the effective tool for corporate solvency.<sup>24</sup>

#### **E. Law No. 32 Year 2004 concerning Regional Administration**

Law No. 32 Year 2004 as the amended version of the previous Law, namely Law No. 22 Year 1999 still contains some confusing provisions. One example is a provision jurisdiction of state affairs between the Central Government and Regional/Local Government,<sup>25</sup> which are still not clear and may cause legal uncertainty to investors.

### **IV. COMPARATIVE ANALYSIS AMONG JIEPA PROVISIONS, FOREIGN INVESTMENT LAWS IN INDONESIA AND INTERNATIONAL STANDARDS**

#### **A. Protection and Guarantee on Foreign Investment**

1. Under the framework of JIEPA, provisions on protection and guarantee on foreign investment can be found at Chapter 5, particularly in the following provisions: (q) National Treatment;<sup>26</sup> (b) Most Favored Nation Treatment;<sup>27</sup> (c) General Treatment;<sup>28</sup> (d) Prohibition of Performance Requirements;<sup>29</sup> (e) Expropriation and Compensation;<sup>30</sup> (f) Protection from Strife;<sup>31</sup> and (g) Transfers.<sup>32</sup>

---

<sup>24</sup> Lastuti Abubakar, *Some Legal Issues concerning Bankruptcy Law in the Context of Direct Investment in Indonesia* (2009) (Joint research between JICA-Indonesia and Center for Regulatory Research)

<sup>25</sup> Government Regulation No. 38 Year 2007 concerning Division of Administrative Affairs between Central Government and Local Government.

<sup>26</sup> JIEPA art. 59, para. 1.

<sup>27</sup> *Ibid*, art. 60

<sup>28</sup> *Ibid*, art. 61

<sup>29</sup> *Ibid*, art. 63

<sup>30</sup> *Ibid*, art. 65

<sup>31</sup> *Ibid*, art. 66

<sup>32</sup> *Ibid*, art. 67

2. Law No. 25 Year 2007 concerning Capital Investment offers certain protection and guarantees to investment, such as: (a) Equal Treatment to Investors;<sup>33</sup> (b) Protection from Nationalization and Expropriation;<sup>34</sup> (c) Transfers of Capital and Profit Remittance;<sup>35</sup> and (d) Protect and Guarantee the Rights of Investors.<sup>36</sup>
3. International Standards on Protection of Foreign Investment against Expropriation and Nationalization are as follows. *First*, nationalization and expropriations are traditionally based upon the physical taking of property.<sup>37</sup> *Second*, an important development has been the extension of the concept of protected property to contractual rights.<sup>38</sup> *Third*, more recent developments have shifted the focus from direct takings to individual takings of foreign property. *Fourth*, some cases are qualified as ‘creeping expropriation’ or disguised expropriation involving, e.g, the forced divestment of shares of a company, interference with the rights of management, appointment of managers, refusal to grant access to labor or raw materials, and excessive or arbitrary taxation.<sup>39</sup> *Fifth*, regulatory taking (in grey areas) is to take property falling within the police powers of the host country or the regulations concerning the environment, public health, morals, culture or the economy of the host-country. The problem is how to distinguish ‘justified’ and ‘unjustified’ regulatory takings.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> Law No. 25 of 2007 on Capital Investment, Ch. III, Basic Policy, and Ch., Treatment of Investments, arts. 4 (2) & arts 6.

<sup>34</sup> *Ibid*, art. 7.

<sup>35</sup> *Ibid*, art. 8.

<sup>36</sup> *Ibid*, art. 14.

<sup>37</sup> Peter Malanczuk, Akehurst’s Modern Introduction to International Law 238 (7th ed. 1997).

<sup>38</sup> *Ibid*.

<sup>39</sup> Peter Malanczuk, *International Law Provisions for the Protection of Foreign Investment* 94, in R. Dolzer, M. Herdegen & B. Vogel (eds.), *Foreign Investment – Its Significance in Relation to the Fight against Poverty, Economic Growth and Legal Culture* (2006).

<sup>40</sup> For more clarification, see R. Dolzer, *Indirect Expropriations: New Developments*, 11 N.Y.U. Envtl.

## **B. Protection of Acquired Rights of Investors**

### 1. *JIEPA*

Within the framework of JIEPA, protection of the acquired rights of aliens shall cover certain possible situations caused by a host country's act such as expropriation, nationalization, and confiscation, prohibition of transfer of capital and/or profits, revocation of certain licenses, or property/assets.<sup>41</sup>

### 2. *Indonesian Domestic Law*

Basically, Law No. 25 Year 2007 concerning Capital Investment provides some protections to the acquired rights of aliens as long as they are not against Indonesia's supreme national interest.<sup>42</sup>

### 3. *International Concerns*

Most capital exporting countries are concerned about measures taken by host states that would be seriously harmful to the foreign investor's interests such as tax discrimination, abuse of Intellectual Property Rights, arbitrary refusal to grant licenses, bars to the transfer abroad of funds (capital, royalty, profits, etc.) by the investor, bars to the option of investor to employ foreign managerial or specialized staff from abroad.

## **V. IMPLEMENTATION OF MINIMUM STANDARDS OF TREATMENT TO FOREIGN INVESTORS**

### **A. National Standards**

Many developing countries have maintained a traditional approach that employee compensation should be determined by domestic law.<sup>43</sup>

The position of developing countries is based on two main documents:

---

L.J. 64 (2002).

<sup>41</sup> JIEPA on Investment ch. 5, arts. 65- 67.

<sup>42</sup> Law No. 25 of 2007 on Capital Investment arts. 7-8.

<sup>43</sup> See Dolzer/Stevens, *supra* note 39, at 108. See also FV Garcia-Amador, *Calvo Doctrine, Calvo Clause*, I EPIL I 521 (1992).

the UN General Assembly Resolution No. 1803 Year 1962 on the Permanent Sovereignty over Natural Resources,<sup>44</sup> and the 1974 Charter of Economic Rights and Duties of States.<sup>45</sup>

The former Soviet Union maintained the principle of national treatment to justify the refusal to compensate aliens. The term 'nationalization' was introduced to emphasize the role of taking property in the interest of the community, instead of focusing on the effect of the expropriation for the owner of the property.<sup>46</sup>

## **B. International Minimum Standard**

Most capital exporting countries are in favor of establishing international minimum standards for the protection of investors. The minimum standards shall cover the following sources:<sup>47</sup>

1. Measures for the protection of foreigners and their property;
2. Rules of international responsibility of the host state for internationally wrongful acts;
3. Diplomatic protection by the home state of the foreign's nationality;
4. Lawful taking of foreign property for a public purpose with non-discriminatory compensation;<sup>48</sup>
5. Some terminologies commonly used with those meaning as market value, fair market value, just compensation, effectively

---

<sup>44</sup> G.A. Res. 1803(XVII), U.N. GAOR Supp. (No. 17) at 15, U.N. Doc. A/5217 (Dec. 14, 1962)

<sup>45</sup> G.A. Res. 3281, U.N. GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (Dec. 12, 1974)

<sup>46</sup> Malanczuk, *supra* note 39, art 98.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Formula Hull refers to a declaration made by the Minister of Foreign Affairs U.S. Codell Hull in 1930 in his correspondent with the Government of Mexico after the Mexican's expropriation to US's oil interests. According to Hull Formula "[n]o government is entitled to expropriate private property for whatever purpose without provision for prompt, adequate and effective payment therefore." For more analysis, see Peter Malanczuk, *supra* note 39, at 96-98.



realizable, without unreasonably delay, the value immediately before the compensation, full compensation; and

6. The NAFTA provisions on expropriation and compensation<sup>49</sup> paraphrase the Hull standard while referring to fair market value.

## **VI. INVESTMENT RISKS IN INDONESIA**

### **A. Investment Risk Classification**

Each investment activity always poses potential risk. The problem lies in to what extent the ability to identify and manage the risk, so that risks may be more predictable.

In general, the risk in investment activities such as infrastructure-setting can be divided into *Typical Global Risk* and *Typical Elemental Risk*.<sup>50</sup> There are also commercial risks and non-commercial risks. *Non-commercial risks* are generally regarded as: currency transfer, expropriation, breach of contract, war and civil disturbances.<sup>51</sup>

In addition, the parties can extend the scope of *non-commercial risks* based on mutual consent. The *typical global risk* includes political,

---

<sup>49</sup> The following are legal measures related to the Hull Formula: Article 1110 of NAFTA provisions on expropriation and compensation; the Energy Charter Treaty; and the APEC Non-Binding Investment Principles of 1994. Also the World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Investment refer to the term 'appropriate compensation,' but define this standard in a manner that is equivalent to the Hull formula.

<sup>50</sup> On the various risks, see A. Merna N.J. & Smith, *Guide to the Preparation and Evaluation of Build, Own, Operate, Transfer Project Tenders* (2nd ed. 1996).

<sup>51</sup> For more commentary on the "non-commercial risks," see *The Convention: Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency ("MIGA")*, Oct. 11, 1985, available at [http://www.miga.org/documents/miga\\_convention\\_november\\_2010.pdf](http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf) (last visited on Apr. 4, 2011). See also, I.B.R. Supancana, *Research Report Aspect-Aspect Transnational Dispute on Foreign Investment in Indonesia* 45-46 (BPHN & Center for Regulatory Research, 2007). See also, Erman Rajagukguk, *Various Aspects in International Law Investment* 28-36 (Seminar and Discussion on the Development Agreement of the International Investment, Dec. 22, 2008).

legal, commercial, and environmental risks. The *typical elemental risk* includes construction, operating, financial, and revenue risk.<sup>52</sup>

Political risks are normally associated with the conditions, policies and/or action of the host country such as stability, expropriation, nationalization, forced sales of assets, the price/tariff, and changes in the agreement, increase tax and royalty, the addition of duties, repatriation dividends, change of government, external stability, changes in fiscal policy, debt ratings of the State, and infrastructure improvement.<sup>53</sup> Risk aspects related to the concession can occur in various situations such as delays in the provision of concessions, the concession period, the determination of tariff by principal, the questions by public, related legislation, commitment to the concession contract, concession exclusivity and competition from existing facilities.<sup>54</sup>

Legal risks are usually associated with conditions in the host country such as legal framework, changes in laws during the concessions period, conflict with local community, changes in import-export laws and regulations changes of corporate law, changes to the standard and specification, applicable law on trade, liability issues, ownership, etc. Legal risk may also arise from such situations as the concession contract type, the change of the rights and obligations on the basis of the applicable legal framework, changes in contract provisions, and the imposition of certain laws on the concessions and the settlement of disputes. Market aspects may also raise the legal risk in cases such as changing the facility, or the price escalation of raw materials and consumables, economic downturns, product quality, competition, receiving the public on payment system policy, consumer resistance and the like.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Merna & N.J. Smith, *supra* note, art 49-54.

<sup>53</sup> For more commentary on the political risk, see theodore h moran (eds.), *international political risk management: exploring new frontiers* (MIGA & World Bank Group, 2001).

<sup>54</sup> Merna & N.J. Smith, *supra* note 50, art 49.

<sup>55</sup> *Ibid.*

Commercial risks are often in line with the availability of raw materials, currency exchange rates, interest rate fluctuations, and currency devaluation.<sup>56</sup> Environmental risks would maintain several aspects such as project location, existing environmental constraints, and the impending environmental changes. The influence of environmental risks can be divided into those categories as the press re-groups the external factors toward the operation, environmental impact, and the influence of environmental regulatory approval. Environmental risk may be also caused by the occurrence of ecological changes during the period of concession.<sup>57</sup>

Aspects of *typical elemental risk* will not be elaborated as it is specifically related to the development and operation of infrastructure projects. In general, the amount of risk would be described as construction risks influenced by physical aspects, construction, design and technology. These operations are strongly influenced by conditions, maintenance and training. Financial risk is usually related to the interest rate, repayment, loans, and equity, while the revenue risk is involved in the needs, the price/tariff, and current development of the country.<sup>58</sup>

## **B. Protection on *Non-Commercial Risks* under International Law**

The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) plays a very important role in encouraging and protecting foreign investment with the non-commercial risks.<sup>59</sup> Other activities conducted by MIGA include research, investment promotion, information, investment opportunities, assistance provision and technical advice.<sup>60</sup> The MIGA also encourages member countries to conclude agreements on

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid, art 50.

<sup>58</sup> Ibid, art 51-52.

<sup>59</sup> MIGA Convention, supra note 50, art. 11.

<sup>60</sup> Ibid, art. 23.

the protection and guarantee of investment. The MIGA Convention provides dispute resolution mechanisms such as negotiation, conciliation and arbitration.<sup>61</sup> When one of those mechanisms fails to resolve the dispute, the dispute can be submitted to the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Investors from the MIGA member countries shall acquire protection and guarantee for their *non-commercial risk*. Investment protection and guarantee on currency transfer may usually arise along with the policies or the determination of the host country to limit the transfer of currency to other countries or to be received by other insured parties. The currency transfer risk includes the failure of local government to act within a reasonable time.<sup>62</sup>

The risk of *expropriation and similar measures* may be due to an action by the lawmaker or the host-country's administrative action. When the host country does not undertake the obligation, it would cause loss to securities holders.<sup>63</sup>

Contract risks occur when the government violates an agreement with the investor and the investor cannot seek recourse in courts or arbitration. Such a risk may be also caused by lack of decision concerning the settlement of disputes. Additionally, sometimes decisions can not be implemented. Meanwhile, there is a risk due to military actions or civil unrest.<sup>64</sup>

The risk of *eligible investments* means equity interest including loans and long-term or medium-term guarantee for equity holders in the company, and forms of direct investment as determined by the MIGA Board. In the majority decision of the MIGA Board, the eligible investment may be expanded.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Ibid, arts. 56-58. & annex II.

<sup>62</sup> Rajagukguk, supra note 50, art 29.

<sup>63</sup> Achmad Yulianto, *The Role of Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) in Investment Activities*, 22 Bus. L. J. 5, 42 (2003).

<sup>64</sup> Ibid,

<sup>65</sup> Ibid, art 30

### **C. Protection and Guarantee of ‘Non-Commercial Risks’ Investment Activities in Indonesia**

As a member State of the MIGA Convention, Indonesia is observing the provisions of investment guarantee and protection, especially concerning *non-commercial risks*. However, Indonesia should try to develop principles and mechanisms concerning guarantees and protection for non-commercial risks at the global level.

## **VII. DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM**

### **A. Sources of Disputes**

Foreign direct investment activities require effective, efficient, fair and impartial dispute resolution mechanisms. Such an ideal condition may promote legal certainty and predictability of foreign direct investment. It would also reduce country risk. An ideal dispute resolution mechanism shall be developed both at the international and national level.<sup>66</sup>

The FDI disputes may be caused by those sources as policy of the host country, violation of obligations by the host-country (capital importing State) or home-country (capital exporting State), the foreign investor or counter-part in the host-country, the local community, or weaknesses in law enforcement.<sup>67</sup>

Some policies of host countries may cause investment related disputes such as fiscal, foreign debt, currency, agrarian, ownership, state’s asset management, labor, trade and industry, state administration, SMEs, and public service. The host country sometimes fails to pro-

---

<sup>66</sup> The author is of the opinion that an ideal dispute resolution mechanism on direct investment related cases shall be developed based on harmonization between national law and international law, especially to guarantee its enforcement.

<sup>67</sup> For further exploration of the dispute settlement mechanism in the foreign direct investment (“FDI”) in Indonesia, see IBR Supancana, *Dispute Settlement Mechanism on Foreign Direct Investment in Indonesia*, (The international seminar on FDI from the Perspective of International Investment Law, Jakarta, Indonesia, April 1, 2008).

vide equal treatment with an effective and fair dispute resolution mechanism, protect acquired rights of aliens, contractual rights of investors, and investors against expropriation and confiscation. The home country also fails to respect human rights, environment and democracy of the host-country. In some cases, the foreign investor fails to comply with laws and regulations of the host country as well as international legal instruments, which may lead to disputes. Breach of contract, expropriation of assets, and forced take-over of shares conducted by counter-part of host country or local communities may potentially cause disputes. Furthermore, weaknesses in contract enforcement, ineffective and unfair dispute settlement mechanism and complicated law enforcement mechanism may also lead to disputes.<sup>68</sup>

## **B. Parties to the Disputes**

Parties to the disputes may be as follows: (1) State-State; (2) Investor-State; (3) Foreign Investor-Counterpart from Host-Country; and (4) Investor- Local Community.

## **C. Dispute Resolution Mechanism under International Investment Law**

### *1. State-State Disputes*

The disputes between States concerning investment under JIEPA can alternatively be settled by diplomatic channels (negotiation, consultation enquiries, good offices, mediation, Conciliation),<sup>69</sup> the Permanent Court of Arbitration, the International Court of Justice, and the WTO Dispute Settlement Understanding.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> For further information, see M. SORNARAJAH, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 344-366 (2d ed. 2004).

<sup>69</sup> U.N. Charter, Art. 33, para.1.

<sup>70</sup> See UNCTAD, *DISPUTE SETTLEMENT: STATE-STATE*, UNCTAD SERIES ON ISSUES IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2003). See also Provisions on Settlement of Disputes under the Framework of JIEPA, arts. 138-146.

2. *Investor-State Disputes*

Disputes between the host state and foreign investors can be settled through amicable settlement, ICSID, MIGA, and in national courts.<sup>71</sup>

3. *Investor-Investor Disputes*

Disputes between investors can be resolved through amicable settlement, the International Chamber of Commerce (ICC), Alternative Dispute Resolution (ADR), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), a national arbitration body, or the national courts.

4. *Investor-Local Community Disputes*

Disputes between investors and local companies can be resolved through amicable settlement, arbitration, or the national courts.

## **D. Legal Framework of Investment Related Dispute Settlement Mechanism under Indonesian Law**

1. *Law No. 25 Year 2007 concerning Capital Investment*

Article 32 of Law No. 25 Year 2007 provides for a dispute settlement mechanism. The investment dispute settlement provision in this article is very general and only covers disputes between the government and investors. Under Article 32 of Law No. 25 Year 2007, disputes can be settled through negotiation to reach an acceptable solution, arbitration, available ADR, or courts in accordance with relevant laws and regulations. Disputes between the government and local investors shall be settled through arbitration if the parties so agreed. In the case when the parties do not agree to settle the dispute via arbitration, the disputes shall be transferred to court proceedings.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> For further detail, *see* UNCTAD, *Ibid*.

<sup>72</sup> Law No. 25 of 2007 on Capital Investment art. 32.

2. *Law No. 30 Year 1999 concerning Arbitration and ADR*  
Law No. 30 Year 1999 contains comprehensive regulations on dispute settlement through arbitration. This law does not, however, have ADR provisions except for Article 6 which merely mentions mediation. Some important provisions on arbitration are appointment of arbiters, rules and procedures on arbitration, opinion and decision by arbitration tribunals, and annulment of arbitration awards. Other important provisions include recognition and enforcement of both foreign and domestic arbitral award.<sup>73</sup>
3. *Law No. 7 Year 1994 concerning Ratification of the WTO Agreement of 1994*  
Law No. 7 Year 1994 includes Annex on Trade Related Investment Measures (TRIMS) and Dispute Settlement Understanding (DSU). By ratifying the WTO Agreement, Indonesia is also bound by provisions on settlement of disputes as formulated in DSU through its Disputes Settlement Body (DSB). The provisions shall also apply to TRIMS.
4. *Law No. 5 Year 1968 concerning Ratification of Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States*  
The Convention on the Settlement of Disputes between State and Nations of Other States was initiated by executive directors of the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD). Until 2002, 136 States ratified it. Under the framework of the Convention, the ICSID has been established. The ICSID provides facilities and a mechanism for settlement of investment disputes between States and nationals of other States via the process of arbitration or conciliation.<sup>74</sup> The provisions

---

<sup>73</sup> Law No. 30 Year 1999 on Arbitration and ADR arts. 59-69.

<sup>74</sup> For Arbitration Process, see ICSID Convention arts. 36-55. For Conciliation, see ICSID Convention arts. 28-35.



of the ICSID include administrative and financial regulations, institutional rules, conciliation rules and arbitration rules. The decision of the ICSID shall be final and binding upon the parties and all contracting parties to the Convention shall recognize and enforce the ICSID's decision with good faith.<sup>75</sup>

5. *Law No. 4 Year 2004 concerning Judiciary Power*

Law No. 4 of 2004 provides independency to judicial authority for administrating judiciary power for purposes of upholding law and justice.<sup>76</sup>

6. *Law No. 14 Year 1985 as Amended by Law No. 5 Year 2004 concerning the Supreme Court*

The Supreme Court is the highest judicial body for all matters decided by adjudicative process except for matters decided by the Constitutional Court, certain disputes decided by the Industrial Relation Court, and disputes over jurisdiction to adjudicate between District Courts in jurisdictional territory of one High Court.<sup>77</sup>

7. *Law No. 8 Year 2004 concerning the General Judicial System*

National courts are divided into District Courts, High Courts, and the Supreme Court. District Court is empowered to examine, decide and settle criminal and civil cases in first instance. High Courts are civil and criminal courts of first appeal.

Special court are as follows: the Constitutional Court (Law No. 24 Year 2003); the Administrative Court (Law No. 5 Year 1986 as amended by Law No. 9 Year 2004); the Commercial Court (Law No. 37 Year 2004); the Tax Court (Law No. 14 Year 2002); the Religious Court (Law No. 7 Year 1989 as amended

---

<sup>75</sup> ICSID Convention arts. 53-55.

<sup>76</sup> Independency of Judiciary Power is guaranted by Article 24 (1) of 1945 Constitution.

<sup>77</sup> Article 24 C of the 1945 Constitution as has been amended, and Article 2 of Law No. 14 Year 1985 as amended by Law No. 5 Year 2004 concerning Supreme Court.

by Law No. 3 Year 2006); the Children's Court (Law No. 3 Year 1997); the Military Court (Law No. 31 Year 1997); the Industrial Relations Court (Law No. 2 Year 2004); the Court of Fishery Affairs (Law No. 31 Year 2004); the Criminal Corruption Court (Law No. 30 Year 2002); the Human Rights Court (Law No. 26 Year 2000); and the Islamic Syariah Court (Law No. 11 Year 2006).

8. *Presidential Decree No. 31 Year 1986 concerning Ratification of the Convention Establishing the MIGA*

In accordance with The MIGA Convention of 1985, MIGA acts as mediator offering several services such as guaranteeing the project against non-commercial risk, providing good offices, and helping the host country to promote its investment climate. The MIGA guarantees non-commercial risk such as prohibition or limitation of transfer (currency measures), expropriation and similar measures, war and civil disturbances, breach of contracts, etc.<sup>78</sup> When conducting its functions, MIGA considers not only country risk, but also project risk. MIGA also encourages its member countries to conclude agreements regarding the protection and guarantee of investment. Other activities of MIGA include research, investment promotion, information provision on investment opportunities, and technical advice and assistance.<sup>79</sup>

9. *Presidential Decree No. 34 Year 1981 concerning Ratification of The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign arbitral awards shall apply to foreign arbitral awards by arbitration panels outside the country where the decision will be recognized and enforced. It covers decisions by both permanent

---

<sup>78</sup> On Covered Risk, see MIGA Convention, supra note 50, art. 11.

<sup>79</sup> Ibid, art. 23.

and ad-hoc arbitration tribunals.<sup>80</sup> The scope of decision shall be in commercial field. A state may refuse to recognize and enforce foreign arbitral award as long as the following conditions are met: invalid or illegitimate arbitration agreement; improper notification regarding the appointment of arbiters; the tribunal exceeds its power; corruption and serious violations of existing laws; and lacks of goods consideration as a legal basis for the award.<sup>81</sup>

10. *The Regulation of the Supreme Court No. 1 Year 1990 concerning Procedures for the Enforcement of Foreign Arbitral Awards*

The Regulation of Supreme Court No. 1 Year 1990 was issued as the consequence of ratification of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Regulation provides the courts with competence to enforce foreign arbitral awards, criteria of foreign arbitral awards, foreign arbitral award that can be recognized and enforced, the Supreme Court's competences to issue *execuatur*, required procedures for *exequatur*'s application, confiscation procedures, and cost.

11. *The Regulation of the Supreme Court No. 1 Year 2008 concerning Court-Annex Mediation Procedures*

The Regulation of the Supreme Court No. 1 Year 2008 was adopted to integrate mediation with court proceedings, which would be effective in reducing the number of cases at the Supreme Court and to provide a quicker and cheaper dispute settlement mechanism to the parties.<sup>82</sup> This regulation contains important mediation procedures for courts including general guidelines, pre-mediation and mediation-stage rules, venue, cost and the

---

<sup>80</sup> Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award arts.I, para 2 & III (1958).

<sup>81</sup> Ibid, art. v, paras 1 (a)-(e).

<sup>82</sup> Consideration b of Regulation of Supreme Court No.1 Year 2008 concerning Court-Annexed Mediation Procedures.

like.<sup>83</sup> One of the important provisions in this regulation is the obligation that all cases in the district court should be first settled amicably through the assistance of mediator(s). Mediators can be appointed from professional mediators or judges at relevant courts in a neutral and impartial manner.<sup>84</sup>

## **VIII. CONCLUDING REMARKS AND SUGGESTIONS**

### **A. Concluding Remarks**

Comparing JIEPA with Indonesian foreign investment laws and principles of international law, some conclusions can be drawn:

The JIEPA is one of the most comprehensive bilateral economic cooperation agreements covering a wide range of economic cooperation. The JIEPA is elaborative and even complemented with strategic investment action plans having clear targets. The principles as contained in the agreement are reflective of existing international standards.

The Indonesian laws related to foreign investment cover not only the direct investment, but also other relevant aspects of investment such as labor, corporate law, regional autonomy, bankruptcy, etc. The government is also trying to improve the investment climate through its policies. Nonetheless, some investment provisions still contain deficiencies and shortcomings.

There are some unfavorable situations of the Indonesian legal system for the implementation of JIEPA. Among others the different ratification instruments between Indonesia and Japan may create uncertainty on the implementation of JIEPA; the frequent changes in regulation in Indonesia will lead to business uncertainty and be harmful its sustainability; the relative difficult in terminating a business under Indonesian law.

---

<sup>83</sup> Regulation of Supreme Court No. 1 Year 2008 concerning Court-Annexed Mediation Procedures arts. 7-23.

<sup>84</sup> *Ibid.*, arts. 8-9.

Regarding the protection of investor rights, there are some discrepancies on the following subjects. *First*, JIEPA contains a wider range of protection regulations compared to Indonesian investment laws. *Second*, the acquired rights under JIEPA are more elaborate than Indonesian investment law. *Third*, JIEPA is based on minimum international standards, while the Indonesian investment law (Law No. 25 Year 2007) is mostly influenced by domestic standards.

There are some potential risks associated with investing in Indonesia, both typical global risk and elemental risk. The typical global risks include political, legal, commercial and environmental risk, while typical elemental risks include construction, operating, financial and revenue risk. As a contracting party to the MIGA Convention, Indonesia is observing the provision of guaranteeing non-commercial risk.

Compared to international standards, several observations can be made with regards to the dispute settlement mechanism. *First*, the investment dispute settlement mechanism has not been fully developed in Indonesia except in litigation, arbitration and mediation. *Second*, there are some procedural laws to settle each field of dispute. *Third*, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards should be considered.

## **B. Suggestions for the JIEPA and Its Implementation**

In order to improve the Indonesian investment climate and to support effective implementation of JIEPA, the following measures shall be taken. *First*, an in-depth study on JIEPA's provisions is necessary so that Indonesian laws and regulations can be adjusted to the JIEPA. *Second*, certain deficiencies and shortcomings should be followed-up and fixed. *Third*, potential constraints of the JIEPA should be scrutinized and considered in the implementation stages by its stakeholders. *Fourth*, some adjustment for relevant domestic laws and regulations should be carried out mainly concerning legal rights of investors such as application of minimum standards of treatment based on international practices, maximum

protection to the acquired rights of investor, and extension of investment guarantee and protection. *Fifth*, investment dispute settlement mechanism must be improved for legal certainty for concluding its enforcement mechanism. *Sixth*, the Indonesian government should be more committed to remedy deficiencies and shortcomings to foster a better investment environment. Such attitude not only contributes to the improvement of Indonesian legal system, but also its global competitiveness.



# KEMUNGKINAN MERATIFIKASI *PROTOCOL OF SPACE ASSET*: PERTIMBANGAN DAN IMPLIKASINYA KEPADA KEPENTINGAN NASIONAL<sup>1</sup>

## I. LATAR BELAKANG

Di Cape Town pada tahun 2001 telah ditandatangani *Convention on International Interest in Mobile Equipment*. Konvensi ini mengatur ketentuan-ketentuan umum yang berhubungan dengan pembuatan, pendaftaran, penetapan prioritas dan penegakan jaminan (*security interest*) dalam wujud benda bergerak yang bernilai tinggi seperti: *air frames, engines and helicopter, railway rolling stock, and space object*. Ketentuan-ketentuan tersebut menjamin permasalahan seperti: menjamin kepastian hukum bagi pembiayaan peralatan bergerak bernilai tinggi; memperjelas hukum yang berlaku; memberi pengakuan atas eksistensi dan perlindungan terhadap hak-hak yang terkait. Konvensi ini diberlakukan dalam satu paket dengan protokol-protokolnya, yaitu *Aircraft Protocol; The Railway Protocol for Railway Rolling Stock*; serta *Draft Space Protocol of Space Asset*.

Sejalan dengan perkembangan komersialisasi antariksa, khususnya menyangkut pembiayaan bagi kegiatan keantariksaan, terdapat kebutuhan untuk menyelesaikan dan menerapkan sistem pendaftaran yang terkait dengan jaminan pada pembiayaan tersebut. Wujudnya adalah dalam bentuk draft *Protocol of Space Asset* yang saat ini masih dalam pembahasan intensif baik pada forum UNIDROIT maupun UNCOPUOS untuk selanjutnya disahkan dalam suatu *Diplomatic Conference*.

---

<sup>1</sup> Makalah dikontribusikan dalam rangka Peringatan 10 Tahun Wafatnya Prof. Komar Kantaatmaja, dalam buku *Refleksi Dinamika Hukum Rangkaian Pemikiran dalam Dekade Terakhir*, Jakarta, Juni 2008.



Dalam mengantisipasi kemungkinan berlakunya *Protocol of Space Asset*, khususnya dalam hal Indonesia akan meratifikasinya, kiranya diperlukan suatu pengkajian yang komprehensif terutama dari sisi kepentingan nasional serta menyangkut implikasinya terhadap sistem hukum nasional.

## **II. KETENTUAN-KETENTUAN POKOK *CONVENTION ON INTERNATIONAL INTEREST IN MOBILE EQUIPMENT* DAN IMPLIKASINYA BAGI INDONESIA**

Untuk mengetahui garis besar ketentuan konvensi yang juga dikenal sebagai *Cape Town Convention*, dapat dikaitkan kepada beberapa pertanyaan pokok, seperti<sup>2</sup>:

1. Problema apa yang ingin diakomodasikan?
2. Apa isi Konvensi ini?
3. Bagaimana cara bekerjanya Konvensi?
4. Prinsip-prinsip apa yang diletakkan?
5. Apa pengertian *international interest*?
6. Bagaimana persyaratan yang harus dipenuhi untuk menciptakan *international interest*?
7. Faktor penghubung (*the connecting factor*)
8. *Registrar dan Supervisory Authority*
9. Sistem Pendaftaran
10. Prioritas
11. Hak-hak yang tidak terdaftar dan hak-hak non-konsensual;
12. Pemulihan (*remedies*)

---

<sup>2</sup> Untuk analisis terhadap ketentuan “Cape Town Convention”, baca Bryan Welch, “The Cape Town Convention”, makalah yang dipresentasikan pada Colloquium on Preliminary Draft of Space Protocol, Kuala Lumpur, 22-23 April 2004. Bandingkan dengan I.B.R Supancana, “Preliminary Draft of Space Protocol: Commercial Opportunities and Challenges for Developing Countries”, dalam *Satellite Communication Letter*, Vol. III, No 1, June 2004.

### **A. Problema yang Ingin Diakomodasikan/Diselesaikan**

1. Kebutuhan untuk menjamin pembiayaan wahana bergerak yang bernilai tinggi seperti: pesawat udara, kereta api dan benda-benda angkasa;
2. Penetapan hukum yang berlaku yang biasanya terkait dengan keberadaan wahana tersebut;
3. Eksistensi dan daya berlaku dari hak-hak tersebut yang tergantung kepada ketentuan hukum nasional;
4. Ketidakpastian mengenai kaidah hukum yang menimbulkan kesulitan dalam pembiayaan dan menjadikan biaya tinggi.

### **B. Isi dari Konvensi**

Memuat kaidah-kaidah tentang saat terjadinya/pembentukan, pendaftaran, prioritas dan penegakan hukum atas *security interest* yang meliputi, antara lain: *air frame, engines and helicopter; railway rolling stock; serta space object.*

### **C. Bekerjanya Konvensi**

1. Sebuah protokol dari konvensi ini akan mendefinisikan wahana (*equipment*) dan menyesuaikan penerapan konvensi kepada jenis spesifik dari *equipment* tersebut;
2. Konvensi dan Protokol-nya akan memberikan fleksibilitas kepada Negara pihak melalui ketentuan *opt in/opt out*;
3. Ketentuan-ketentuan hukum kontrak dari negara yang bersangkutan dalam hal ketentuan konvensi tidak mengaturnya tetap berlaku, seperti tentang keabsahan kontrak, kapasitas para pihak, dan lain-lain.

### **D. Prinsip-prinsip yang Diletakkan**

1. *Party Autonomy*, para pihak pada transaksi ini diharapkan memiliki pengetahuan dan berpengalaman serta memiliki penasehat ahli;
2. *Transparency*, terdapat sistem pendaftaran elektronik yang terbuka dan internasional terhadap *international interest* dan deklarasi yang dibuat oleh negara pihak;

3. Ketentuan mengenai interpretasi pada Konvensi mendorong penafsiran yang *uniform* dan *predictable*, baik terhadap Ketentuan Konvensi maupun protokol-protokolnya.

#### **E. Pengertian *International Interests***

Di dalamnya terdapat 3 (tiga) tipe kontrak:

1. Jaminan (*interest*) yang diberikan oleh seseorang (pihak tertentu) atas objek tertentu sebagai jaminan pemenuhan kewajiban dari orang (pihak) tersebut kepada orang (pihak) lainnya;
2. Interest dari *conditional seller* atas suatu *title reservation agreement*;
3. *Interest* dari *lessor* atas dasar suatu *leasing agreement*.

#### **F. Persyaratan Dalam Membuat suatu *International Interest***

1. Kontrak harus tertulis;
2. Atas objek tertentu yang secara unik dapat diidentifikasi (sesuai dengan kriteria dalam protokolnya);
3. Pihak yang membuatnya memiliki kemampuan/kewenangan untuk *dispose* objek tersebut;
4. Tidak perlu menyatakan jumlah maksimum yang dijamin.

#### **G. Faktor Penghubung (*The Connecting Factor*)**

1. Konvensi berlaku bagi transaksi yang para pihaknya berasal dari negara yang berbeda.
2. Penerapannya atas transaksi tertentu ditetapkan atas dasar: ketentuan dasar, yaitu lokasi dari debitur; tempat kedudukan perusahaan, *registered office*, pusat administrasi.

#### **H. Lembaga Pendaftar dan Badan Pengawas (*Registrar and Supervisory Authority*)**

1. *Supervisory Authority*

- a. Bertugas menetapkan sistem pendaftaran dan menunjuk dan memberhentikan registrar;
  - b. Menyetujui kaidah-kaidah yang akan diberlakukan;
  - c. Menetapkan *fee*
2. *Registrar* berfungsi menjalankan sistem pendaftaran
- a. Berbasis pada ketentuan konvensi beserta protokolnya;
  - b. Dilengkapi dengan kaidah yang dibuat oleh *supervisory authority*;
  - c. *Registrar* bertanggung jawab untuk memberikan kompensasi atas kerugian ditimbulkan karena kesalahan atau kelalaian *registrar* dan stafnya dengan pengecualian yang sangat terbatas;
  - d. *Registrar* harus menggunakan sistem elektronik yang terbaik termasuk *back-up* dan pengamanannya.

## I. Sistem Pendaftaran

1. Bersifat elektronik, terbuka dan dilakukan pelayanan 24 jam
2. Pendaftaran *confers* prioritas dan bukan validitasnya
3. Interest yang dapat diregistrasikan meliputi:
  - a. *International interest and prospective international interest*;
  - b. Pengalihan (*assignment*) atas *international interest*;
  - c. Subordinasi atas *international interest*;
  - d. Deklarasi negara pihak atas ketentuan *opt in/opt out*;
  - e. Deklarasi atas hak-hak dan interest non-konsensual dan interest lain yang dapat didaftarkan.

## J. Hak Prioritas

1. Suatu *interest* yang telah didaftarkan bersifat prioritas terhadap interest lain yang didaftarkan kemudian serta terhadap *interest* yang tidak didaftarkan
2. Suatu *interest* yang terdaftar bersifat mengatasi (*overmdes*) terhadap *interest* lainnya, bahkan apabila pemegang *interest* yang terdaftar mengetahui pemegang *interest* lainnya

3. Pihak pembeli atas objek tertentu tunduk pada *interest* yang terdaftar dan bebas dari *interest* yang tidak terdaftar.

#### **K. Hak-hak yang Tidak Terdaftar dan Non-Konsensual**

1. Negara dapat menyatakan bahwa sekuritas tertentu memiliki prioritas tanpa registrasi, misalnya hak atas pembayaran *landing fee* atau biaya perbaikan pesawat;
2. Negara dapat menyatakan bahwa hak-hak non-konsensual lain dapat didaftarkan dan karenanya memiliki hak prioritas, misalnya sekuritas atas *judgment debt*.

#### **L. Upaya Pemulihan (*Remedies*)**

1. Konvensi mengatur hak pemulihan dasar dalam hal terjadinya wanprestasi, yang meliputi: hak untuk mengambil alih penguasaan atau pengendalian atas objek tersebut, hak untuk menjual atau menyewakan, serta hak untuk menerima pendapatan atau keuntungan dari penggunaan objek tersebut;
2. *Remedies* haruslah *commercially reasonable* sebagaimana didefinisikan di dalam kontrak, jika tidak maka akan dianggap sebagai *Manifestly Unreasonable*;
3. Negara dapat menetapkan apakah diperlukan permohonan kepada pengadilan untuk melaksanakan hak pemulihan (*remedies*) tersebut.

### **III. KETENTUAN-KETENTUAN DRAFT *PROTOCOL OF SPACE ASSET* MENYANGKUT PENDAFTARAN ATAS KEPEMILIKAN *SPACE OBJECT***

Paralel dengan upaya perumusan *Aircraft Protocol* untuk mendukung Cape Town Convention, maka atas undangan Presiden dari UNIDROIT kepada *Space Working Group (SWG)* sejak Juli 1997 dilakukan persiapan perumusan *Preliminary Draft Protocol on Matters Specific to Space Asset (the*

*Space Asset Protocol*)<sup>3</sup>. Atas draft pertama yang diselesaikan oleh SWG pada tahun 2002 telah dilakukan *review* oleh berbagai pihak yang berkepentingan, baik dalam lingkungan UNIDROIT maupun *Stakeholders* dalam bidang kegiatan keantariksaan, seperti: fabrikasi satelit, penyedia jasa peluncuran, operator satelit<sup>4</sup>, lembaga keuangan/pembiayaan, broker dan penjamin asuransi, pemerintah, dan lain-lain.

Untuk memahami ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Draft *Protocol of Space Asset*, berikut diuraikan secara singkat mengenai<sup>5</sup>:

#### A. Keterkaitan antara *Cape Town Convention dengan (Draft) Protocol of Space Asset*

Sebagaimana telah diuraikan di atas, ketentuan dalam *Cape Town Convention* memberikan kerangka umum mengenai *high value mobile equipment*, sementara rinciannya dirumuskan dalam beberapa protokol. Masing-masing protokol mengatur tentang kategori khusus *mobile equipment*. Dengan demikian pemberlakuan *Cape Town Convention* adalah dalam satu paket dengan masing-masing protokol. Keanggotaan Negara pihak juga terbatas pada protokol (*Cape Town Convention*) di mana Negara tersebut menjadi Negara pihak. Struktur protokol memberikan keluwesan dalam penerapan *Cape Town Convention* yang disesuaikan dengan kelas aset yang bersifat unik dan mengakomodasikan proses musyawarah dan pembentukan *consensus*.

---

<sup>3</sup> Ketentuan selengkapnya mengenai Preliminary Draft Protocol on Matters Specific to Space Assets terdapat pada UNIDROIT Doc 2004 Study LXXIII-Doc 13, Rome, February 2004.

<sup>4</sup> Untuk memahami perspektif operator satelit terhadap keberadaan Draft of Space Protocol, baca: Binariang Satellite System Sdn.Bhd, "The Protocol in Practice: Perspective of the Satellite Operator", Kuala Lumpur, 2004.

<sup>5</sup> Untuk uraian tentang Preliminary Draft of Space Protocol, baca I.B.R Supancana, "Beberapa Aspek yang perlu dipertimbangkan dalam meratifikasi Protocol of Space Asset serta implikasinya kepada sistem hukum nasional", pandangan disampaikan pada forum RUKK LAPAN, 4 Oktober 2007. Bandingkan Rajeev Lochan, "The relevance of the proposed preliminary draft Space Protocol: The Indian Perspective", disampaikan pada colloquium on preliminary draft of space protocol, Kuala Lumpur, 2004. Analisis tentang draft ini juga dikemukakan oleh Catherine Chang dalam makalahnya "Preliminary Draft Protocol to the Convention on Matters Specific to Space Asset", Kuala Lumpur, 2004.

*Cape Town Convention* dengan masing-masing Protokolnya harus dilihat sebagai suatu instrumen tunggal<sup>6</sup>.

## B. Tujuan dari *Protocol of Space Asset*

*Protocol of Space Asset* sangat relevan bagi pembiayaan yang berbasis asset (*asset-based financing*) mengingat sifat dan isu yurisdiksi yang terkait dengan space asset berbeda dan cukup unik dalam berbagai hal dibandingkan dengan kategori *mobile equipment* lainnya. Contohnya, *space asset* setelah diluncurkan dan ditempatkan di antariksa tidak berada di dalam wilayah Negara manapun. Hal itu ditambah dengan kecenderungan ke depan bahwa *space asset* mungkin dibuat di antariksa. Akibatnya, metode dari pencatatan dan penegakan atas *space asset* akan berbeda sebagaimana dijabarkan dalam *Protocol of Space Asset*.

Alasan lain dari penyusunan *Protocol of Space Asset* ini adalah berbagai sistem hukum yang ada tidak secara memadai mengatur pendaftaran *and perfection* atas *security interest of space asset*. Penerapan dari masing-masing sistem hukumnya pun berbeda. APT Hongkong misalnya, sebagai debitur, sesuai dengan Hukum di Hong Kong dapat menyediakan *a first priority of security interest* atas satelit, termasuk *associated rights*-nya<sup>7</sup>. PT. Aces dari Indonesia memilih menggunakan metode penjaminan berdasarkan atas *fiduciary transfer agreement*.

Perlunya *Protocol of Space Asset* sangat terkait dengan perkembangan komersialisasi antariksa yang bergerak ke arah privatisasi. Debitur tidak lagi badan-badan pemerintah atau swasta tertentu yang didukung jaminan pemerintah, tetapi murni merupakan hubungan bisnis yang bersifat *private to private*. Oleh karena itu bagi kepentingan Kreditur

---

<sup>6</sup> Untuk uraian tentang keterkaitan antara Cape Town Convention dengan Preliminary Draft of Space Protocol, baca: Dara A Panahy, "The Preliminary Draft Protocol on Matters Specific to Space Asset: An Overview of its Objectives and Key Provisions", UNIDROIT CGE Space Pr/1/W.P.5, Rome, July 2003.

<sup>7</sup> Lihat Catherine Chang, loc.cit.

perlu ada perlindungan dan jaminan-jaminan bagi pengembalian atas pinjaman yang diberikan kepada debitur. Aset debitur meliputi tidak hanya satelit dan transpondernya, tetapi mencakup juga *associated right*-nya, yaitu *contractual and licensing rights, authorization for use of radio frequency spectrum* dan slot orbitnya<sup>8</sup>.

### C. Ciri-ciri Utama *Cape Town Convention* dan *Protocol of Space Asset*

#### 1. Mendefinisikan *Space Asset*

Dalam draft *Protocol of Space Asset*, kata *Space Asset* didefinisikan sebagai:

- a. Any separately identifiable asset that is in space or that is intended to be launched in space or has been returned to space;
- b. Any separately identifiable components forming a part of a space asset referred to in;
- c. Any separately identifiable asset assembled or manufactured in space and;
- d. Any launch vehicle that is expendable or can be reused to transport persons or goods to and from space”<sup>9</sup>.

Mengingat dari sisi kepentingan kreditur, apabila debitur wanprestasi (*default*), satelit secara fisik tidak berarti, maka kreditur menginginkan jaminan tersebut juga dalam bentuk *associated rights* yang berkaitan dengan pengoperasian satelit yang mencakup:

---

<sup>8</sup> Untuk uraian tentang pengembangan pengertian tentang “related rights/associated rights”, periksa UNIDROIT’s Space Working Group, “Proposal for the Application of the Convention and the Space Asset Protocol to Debtor’s Rights and related Rights”, UNIDROIT CGE/Space Pr./1/W.P.13, Rome, December 2003.

<sup>9</sup> Lihat ketentuan Pasal 1 (2) (g). Untuk analisis lengkap mengenai definisi space asset tersebut, lihat Souichirou Kozuka, “Summary of the First Meeting of CGE”, disampaikan pada Colloquium on preliminary draft of Space Protocol, Kuala Lumpur, 2004.



- a. *Any permit, license, authorization or equipment instruments that is granted or issues by a national or intergovernmental or other international body or authority to control, use or operate a space asset, relating to the use of orbital positions and the transmission, emission or reception of radio signals to and from a space asset, which may be transferred or assigned, to the extent permissible and assignable under the laws concerned;*
- b. *All rights to payment or other performance due to a debtor by any person with respect to space asset; and*
- c. *All contractual rights held by the debtor that are secured by or associated with the space asset.*

Dari rumusan di atas, maka *space asset* dimaknakan secara luas, yaitu mencakup, baik *tangible* maupun *intangible asset*<sup>10</sup>.

## 2. *Bentuk dan Pelaksanaan atas International Interest (Forms and Constitution of International Interest)*

*International Interest* secara sederhana diartikan sebagai *Proprietary Interest in Mobile Equipment Created by Virtue of The Provisions of the Convention and Its Relevant Protocol*. Untuk mengakomodir berbagai sistem hukum yang membedakan antara *security* dengan *title type interest*<sup>11</sup>, maka mengakui adanya 3 (tiga) jenis transaksi yang menciptakan *international interest*.

Suatu *international interest* terbentuk apabila dipenuhi 4 (empat) persyaratan:

---

<sup>10</sup> Perluasan pengertian *associated rights* hingga meliputi *intangible asset* tentu akan menguntungkan kepentingan Financer/Lender dalam *space asset's financing*. Untuk memahami kepentingan financer/lender terhadap draft protocol ini, baca: David Koay dan Sandeep Agarwal, "Financiers' Point of View on the Future Protocol", disampaikan pada Colloquium on Preliminary Draft of Space Protocol, Kuala Lumpur, 2004. Hal serupa disampaikan oleh Robert W Gordon dalam makalahnya "UNIDOIT Space Protocol". Bandingkan juga dengan Liu Xiaohong, "International Financial Leasing on Space Assets in China", 2004. Khusus mengenai kriteria yang dapat dibangun dalam rangka identifikasi *Space Assets*, baca, Michael Gerhard, "Identification of Space Assets (Article VII)", Kuala Lumpur, 2004.

- a. *The agreement must be in writing;*
  - b. *The agreement must relate to an object in respect of which the charger, the conditional seller or lessor has power to enter into the agreement;*
  - c. *The agreement must uniquely and sufficiently describe the object with reference to, among other things, the manufacturer's name, manufacturer's serial number and its model designation;*
  - d. *In the case of a security agreement, the agreement must enable the secured obligations to be identified.*
3. *Sistem Registrasi Internasional*<sup>11</sup>
- a. Umum  
Salah satu karakteristik utama dari *Cape Town Covention* beserta *Protocol of Space Asset* adalah dikembangkannya sistem registrasi internasional bagi *International Interest* yang dikelola oleh Registrar yang memiliki semacam *International Legal Personality* untuk menjalankan fungsinya, tidak tunduk pada hukum nasional Negara tertentu serta memiliki imunitas dari suatu proses hukum. Untuk mencegah terjadinya benturan kepentingan (*conflict of interest*) maka satu-satunya kriteria hak prioritas yang digunakan adalah *first to file*, jadi yang mendaftar terlebih dahulu akan memiliki hak didahulukan.
  - b. Perlakuan terhadap *non-consensual and prospective interests*  
Mengenai *non-consensual rights and interest* juga diatur, di mana Negara pihak memiliki opsi untuk menetapkan kategorisasi dari *non-consensual rights and interests*. Atas dasar kategorisasi tersebut rights and interests tersebut dapat didaftarkan sebagai *international interests*. *Cape Town Covention* dan *Protocol of Space Asset* juga membolehkan pendaftaran

---

<sup>11</sup> Uraian selengkapnya mengenai sistem registrasi internasional dalam kaitan dengan transaksi menyangkut pengadaan *space asset*, baca I.B.R Supancana, dkk, *Laporan Tim Penyusunan Naskah Akademis RPP Sistem Registrasi Nasional di Bidang Keantariksaan*, BPHN, 2006.

atas *prospective interest*. Pendaftaran tersebut memiliki dua maksud: pertama, sebagai informasi bagi pihak lain atas *prospective interest*; kedua, untuk menjamin prioritas atas *prospective interests* jika telah memenuhi persyaratan pendaftaran.

- c. Modalitas, pertanggungjawaban (*liability*) dan kekebalan dari registrasi internasional

Setelah dipenuhinya syarat-syarat pendaftaran, maka registrasi akan efektif setelah dimasukkannya informasi yang diperlukan ke dalam data base pendaftaran sehingga perihal pendaftaran tersebut dapat ditelusuri dengan mudah. *Registrar* kemudian akan mengeluarkan sertifikat yang merupakan bukti atas keabsahan data-data yang terkandung di dalamnya. Apabila pendaftaran telah efektif maka registrar akan bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan atas kesalahan atau tidak berfungsinya pendaftaran. Lembaga peradilan dari Negara dimana registrar tersebut berkedudukan akan memiliki yurisdiksi untuk menyelesaikan sengketa yang timbul berkaitan dengan ketentuan tentang pertanggungjawaban (*liability*).

4. *Upaya pemulihan (remedies) yang tersedia dalam hal terjadinya wanprestasi (default)*

Salah satu ketentuan kunci dari teks *Cape Town Convention* dan *Protocol of Space Asset* adalah adanya upaya pemulihan (*remedy*) dalam hal adanya wanprestasi (*default*) pada debitur, dimana pemegang *international interest* berhak untuk mengambil langkah-langkah tertentu di manapun asset tersebut berada. Langkah-langkah yang dapat ditempuh, meliputi:

- a. *Take possession or control of any object charged to it;*
- b. *Sell or grant a lease of any such object;*
- c. *Collect or receive any income or profits arising from the management or use of any such object;*

*d. Apply for a court order authorizing or directing any of the above acts.*

Pemegang *international interest* tersebut dapat mengakhiri kontrak secara sepihak. Dalam konteks kegiatan keantariksaan, khususnya terhadap satelit yang berada di orbit, cara paling efektif yang dapat dilakukan oleh pemegang internasional interest adalah mengambil alih kendali satelit melalui fasilitas TT & C. Namun hal ini akan menghadapi kesulitan praktis maupun yuridis.

5. *Expedited remedies*

Mengingat kecepatan mengambil tindakan merupakan hal yang sangat penting dalam hal terjadinya *default*, maka untuk melindungi kepentingan *obligee (creditor)*, mereka diberi hak untuk mempercepat proses hukum dalam berbagai bentuk perintah pengadilan. Hak tersebut tidak menghilangkan hak untuk menyelesaikan persoalan melalui proses litigasi.

#### **IV. IMPLIKASI BERLAKUNYA CAPE TOWN CONVENTION DAN PROTOCOL OF SPACE ASSET TERHADAP KEPENTINGAN NASIONAL**

Dari sisi kepentingan nasional, ada beberapa hal yang perlu dicermati dari ketentuan *Cape Town Convention* dan *Protocol of Space Asset*, antara lain:

- A. Di satu sisi batasan *space asset* menjadi terlalu luas, yang mencakup baik *tangible asset* maupun *intangable asset* (termasuk *associated right*, pada sisi lain menjadi sangat sempit karena hanya mencakup *space segment* saja dan tidak mencakup *ground segment*nya, padahal pada *space financing* pembiayaan atas *ground segment* biasanya menjadi bagian dari paket pembiayaan. Di sini terlihat adanya inkonsistensi dari aspek definisi. Inkonsistensi ini juga dapat menimbulkan persoalan, khususnya hak-hak publik (seperti lisensi, TT & C, frekuensi, orbital

slot, data dan informasi yang diambil alih oleh kreditur), tanpa memperhatikan kedaulatan dari negara yang bersangkutan. Hal ini akan menimbulkan persoalan yang rumit dikemudian hari.

- B. Pelaksanaan hak pemulihan (*the exercise of remedies*) yang meliputi *intangible asset* sebagaimana dirumuskan di atas pasti akan menimbulkan persoalan baru, dan tidak tertutup kemungkinan menimbulkan persengketaan antar Negara. Di samping itu ketentuan tersebut akan dapat disalahgunakan sebagai cara Negara-negara maju (melalui perusahaan pembiayaannya) untuk mengontrol kegiatan keantariksaan negara berkembang.
- C. Masalah *Registrar* dan *Supervisory Authority* juga belum memperoleh kesepakatan internasional, masalah ini boleh dikata masih menjadi perdebatan, terutama mengenai *Supervisory Authority*, apakah di bawah PBB (melalui *OOSA/Office for Outer Space Affairs*) ataukah melalui *International Telecommunication Union (ITU)*<sup>12</sup>.

Mengingat masih terdapatnya masalah-masalah kontroversial di atas yang dapat mempunyai implikasi kepada kepentingan nasional, maka sebelum ratifikasi dilakukan perlu ditelaah sejauh mana manfaat yang akan diperoleh dari ratifikasi tersebut, sebaliknya kerugian apa yang mungkin timbul perlu diantisipasi dan dicarikan jalan keluarnya.

Selain itu, sebelum Indonesia meratifikasi *Protocol of Space Asset*, sebaiknya perlu dilakukan pengkajian yang mendalam tidak hanya dari sisi kepentingan nasional sebagaimana dijelaskan di atas, namun

---

<sup>12</sup> Mengenai pembahasan menyangkut Supervisory Authority, lihat UNCOPUOS, Report of the Legal Committee on its Forty-Sixth Session Held in Wina, 26 March-5 April 2007, Doc.A/AC.105/891, 2 May 2007. Baca juga Mardianis, "Perserikatan Bangsa-Bangsa sebagai Supervisory Authority dalam Protokol UNIDROIT tentang Space Assets (Suatu Analisis Normatif)", dalam *Jurnal Analisis dan Informasi Kedirgantaraan*, Vol 2 No 2, Desember 2004. Bandingkan dengan Alfons A.E Noll, "The definition of associated rights in the Preliminary Draft Space Asset Protocol and Their Application to Licenses and Authorizations, especially in the light of the relevant ITU rules and practice", disampaikan pada UNIDROIT's Paris Colloquium on its Preliminary Draft Space Asset Protocol, Geneva, August 2003. Baca juga: Setsuo Aoki, "The Relevance of the Preliminary Draft Protocol from the Perspective of Japan", Kuala Lumpur, 2004.

juga dari sisi pengembangan Sistem Hukum Indonesia, terutama menyangkut masalah Hukum Jaminan. Selain itu, jika diratifikasi, maka konsekuensinya adalah perlu dikembangkan sistem pendaftaran nasional atas internasional interest, termasuk persyaratan-persyaratan yang perlu dipenuhi oleh perusahaan Indonesia yang akan menjadi calon debitur, agar jangan terjadi transaksi yang murni *business to business* berakibat merugikan Negara. Hal lain yang perlu diantisipasi adalah tentang sistem peradilan kita dalam kaitan dengan masalah *exercise of remedies*. Aspek lain yang perlu dipikirkan adalah mengenai kelembagaan nasional yang terkait dengan sistem pendaftaran tersebut, demikian pula sejauh mana urgensi untuk segera meratifikasinya serta harmonisasinya dengan ketentuan-ketentuan hukum nasional yang berlaku, termasuk sistem hukum antariksa nasional.

## V. PENUTUP

Atas dasar uraian di atas, dapat disampaikan hal-hal sebagai berikut:

- A. Bahwa Cape Town Convention on International Interest in Mobile Equipment beserta protokolnya, khususnya *Draft Protocol of Space Asset* merupakan salah satu perkembangan baru dalam bidang Hukum Antariksa, khususnya seiring dengan perkembangan komersialisasi antariksa, lebih khusus lagi menyangkut perkembangan pembiayaan bagi kegiatan keantariksaan.
- B. Ketentuan *Cape Town Convention* beserta Protokolnya, dalam hal ini draft *Protocol of Space Assets* di satu sisi hendak menjamin perlindungan dan kepastian hukum atas hak-hak dari pemegang *international interest* dalam bidang pembiayaan bagi kegiatan keantariksaan, namun pada sisi lain dapat memiliki implikasi terhadap kepentingan dan kedaulatan Negara-negara berkembang, termasuk terhadap kepentingan nasional Indonesia.

- C. Untuk mengantisipasi finalisasi draft tersebut menjadi *Protocol of Space Asset* serta kemungkinan Indonesia meratifikasinya, maka pemahaman secara menyeluruh terhadap isi dari *Cape Town Convention* dan *draft Protocol of Space Asset* serta pemahaman tentang manfaat dan implikasi yang ditimbulkan dari sisi kepentingan nasional harus menjadi dasar pertimbangan utama. Antisipasi yang dilakukan harus meliputi pula aspek implementasinya dan pengaruhnya terhadap sistem hukum nasional (misal Hukum Jaminan Nasional).
- D. Bahwa disatu sisi ketentuan *Cape Town Convention on International Interest in Mobile Equipment* beserta *Draft Protocol of Space Asset* membuka peluang bagi akses terhadap pembiayaan dari kegiatan keantariksaan, namun pada sisi lain dapat berdampak negatif terhadap pelaksanaan kedaulatan negara.

## DAFTAR PUSTAKA

- Aoki, Setsuko, "The Relevance of the Preliminary Draft Protocol from the Perspective of Japan". Presented at UNIDROIT Colloquium, Kuala Lumpur, 2004.
- Binariang Satellite System Sdn.Bhd., "The Protocol in Practice Perspective of the Satellite Operator", presented at UNIDROIT Colloquium, Kuala Lumpur, 2004.
- Chang, Catherine, "Preliminary Draft Protocol to the Convention on Matters Specific to Space Asset", presented at UNIDROPIT Colloquium, Kuala Lumpur, 2004.
- Gerhard, Michael, "Identification of Space Asset (Article VII)", presented at UNIDROIT Colloquium The Preliminary Draft Protocol to the Cape Town Convention on International Interest in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Asset", Kuala Lumpur 22-23 April 2004.
- Gordon, Robert W, "UNIDROIT Space Protocol", presented at UNIDROIT Colloquium, Kuala Lumpur, 2004.
- Kozouka, Souichirou, "Summary of the First Meeting of CGE", presented at UNIDROIT Colloquium, Kuala Lumpur, 2004.
- Lochan, Rajeev, "The Relevance of the Proposed Preliminary Draft Space Protocol: The India Perspective", paper presented at UNIDROIT Colloquium on The Preliminary Draft Protocol to the Cape Town Convention on International Interest in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Asset, Kuala Lumpur 22-23 April 2004;



- Mardianis, “Perserikatan Bangsa-Bangsa sebagai Supervisory Authority dalam Protokol UNIDROIT tentang Space Asset (Suatu Analisis Normatif)”, *dalam Jurnal Analisis dan Informasi Kedirgantaraan*, Vol 2, No 2, Desember 2004.
- Noll, Alfons AE, “The Definition of Associated Rights in the Preliminary Draft Space Asset Protocol and their Application to Licenses and Authorizations, especially in the light of the relevant ITU Rules and Practice”, presented at UNIDROIT’s Paris 2003 Colloquium on Preliminary Draft Space Asset Protocol, Paris, 2003.
- Panahy, Dara A, “The Preliminary Draft Protocol on Matters Specific to Space Assets: An Overview of Its Objectives and Key Provisions”, UNIDROIT CGE Space Pr./1/W.P.5, Rome, 2003.
- Supancana, I.B.R, “Preliminary Draft of Space Protocol: Commercial Opportunities and Challenges for Developing Countries”, *dalam Satellite Communication Letter*, Vol III, No 1, June 2004.
- Supancana, I.B.R, “Beberapa Aspek yang Perlu Dipertimbangkan dalam Meratifikasi Protocol of Space Asset serta Implikasinya kepada Sistem Hukum Nasional”, pandangan disampaikan pada tim RUKK LAPAN, 4 Oktober 2007.
- Supancana, I.B.R dan Tim, *Laporan Tim Penyusunan Naskah Akademis RPP Sistem Registrasi Nasional di Bidang Keantarikaan*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2006.
- UNIDROIT, “Preliminary Draft Protocol on Matters Specific to Space Assets”, Study LXXIIJ-Doc.13, Rome, 2004.
- UNIDROIT, “Proposal for the Application of the Convention and Space Assets Protocol to Debtor’s Rights and Related Rights”, Prepared by the Space Working Group, UNIDROIT C.G.E/Space Pr/1/W.P.13, 19 December 2003.

UNCOPUOS, Report of the Legal Subcommittee on its Forty-Sixth Session held in Vienna, 26 March-5 April 2007, Doc.A/AC.105/891, 2 May 2007.

Welch, Bryan, “The Cape Town Convention”, presented at UNIDROIT Colloquium, Kuala Lumpur, 2004.

Xiauhong, Liu, “International Financial Leasing on Space Asset in China”, presented at UNIDROIT Colloquium, Kuala Lumpur, 2004.



# KEKUATAN AKTA ELEKTRONIS SEBAGAI ALAT BUKTI PADA TRANSAKSI *E-COMMERCE* DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA<sup>1</sup>

## A. PENDAHULUAN

Kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi yang sangat pesat di bidang telekomunikasi, informasi dan komputer telah menghasilkan konvergensi dalam aplikasinya. Konsekuensinya, terjadi pula konvergensi dalam peri kehidupan manusia, termasuk dalam kegiatan industri dan perdagangan. Perubahan yang terjadi mencakup baik dari sisi lingkup jasanya, pelakunya, maupun konsumennya. Dalam perkembangan selanjutnya melahirkan paradigma, tatanan sosial serta sistem nilai baru<sup>2</sup>.

Dari sisi teknologi, paradigma lama yang berbasis teknologi jaringan pita sempit (yaitu *Public Switch Telephone Network/PSTN*, *Narrow Band Integrated Services Digital Network*, sambungan kawat/*land line*, sirkuit sistem analog dan sirkuit) telah bergerak ke arah jaringan pita lebar (*broadband*), nir kawat (*wireless*), sistem digital dan internet.

Aplikasi internet khususnya, telah melahirkan masyarakat informasi global (*global information society*) yang merupakan suatu tatanan sosial dengan karakteristik sebagai berikut:

1. Memiliki tingkat skala komunikasi dan transaksi global
2. Kaya akan informasi
3. *Less "atoms", more "bits"*
4. *Virtual and free mode*

---

<sup>1</sup> Materi disampaikan pada Seminar Ikatan Notaris Indonesia, Bandung, 23 Januari 2003.

<sup>2</sup> Lihat I.B.R Supancana, dkk., *Laporan Akhir Tim Penelitian Hukum tentang Aspek Hukum Konvergensi Telekomunikasi, Informasi dan Komputer dalam Pembangunan Nasional*, BPHN, Jakarta, 2000, halaman 18.

5. Kompetensi terhadap teknologi informasi sebagai dasar bagi kompetensi pokok dalam masyarakat<sup>3</sup>.

Sementara itu sistem nilai yang berkembang pada masyarakat informasi global juga memiliki ciri-ciri tersendiri, yaitu:

1. Sarat informasi dan mampu berkomunikasi dengan baik
2. Peka dan sangat penuntut
3. Memiliki produktivitas yang relatif lebih tinggi
4. Kemampuan penyebaran dan pertukaran informasi yang lebih baik
5. Memiliki kehidupan sosial yang lebih baik<sup>4</sup>.

Perubahan tatanan sosial dan sistem sosial dalam masyarakat akan membawa pengaruh yang sangat berarti bagi perkembangan hukum. Hal yang tak dapat disangkal, tantangan hukum yang dihadapi juga berkembang.

Selama ini terdapat pandangan yang konservatif yang mengatakan bahwa hukum senantiasa mengikuti di belakang kegiatan manusia pada setiap dimensinya. Pandangan tersebut kini tidak sepenuhnya benar. Hukum yang baik tidak hanya mengikuti kegiatan manusia, namun bahkan harus mampu mengidentifikasi dan mengantisipasi permasalahan-permasalahan hukum yang mungkin timbul di masa-masa yang akan datang, termasuk masalah-masalah yang mungkin timbul sehubungan dengan kegiatan perniagaan elektronik (*e-commerce*).

Dari berbagai permasalahan hukum yang timbul dalam bidang *e-commerce*, salah satunya adalah masalah kekuatan akta elektronis sebagai alat bukti pada transaksi *e-commerce* dalam Sistem Hukum Indonesia. Permasalahan akta elektronis ini sangat relevan untuk dikedepankan pada forum Kongres Ikatan Notaris Indonesia, mengingat bukan tidak mungkin di masa yang akan datang bentuk akta-akta tertentu akan dapat

---

<sup>3</sup> Lihat I.B.R Supancana, "Aspek Regulasi Jaringan Informasi Global", Ceramah pada *Forum Continuing Legal Education* (CLE), BPHN, 1998.

<sup>4</sup> Ibid.

dibuat secara elektronik. Dalam kaitan itu persoalan-persoalan pokok yang mungkin timbul adalah:

1. Apakah terhadap semua akta dapat dibuat secara elektronik?
2. Jika tidak, akta mana saja yang mungkin dapat dibuat secara elektronik? Apa parameteranya?
3. Dalam pembuatan akta elektronik, sejauh mana peran Notaris sebagai Pejabat Umum?
4. Sejauh mana kekuatan pembuktian akta elektronik dalam *e-commerce*?
5. Bagaimanakah ketentuan hukum yang berlaku (*existing law*) menyikapi fenomena akta elektronik tersebut?
6. Bagaimanakah prospek pengaturan di masa yang akan datang?

Dalam makalah ini, penulis mencoba untuk memecahkan persoalan-persoalan di atas, baik dalam tataran teori maupun praktis. Di dalam pembahasannya akan terkait berbagai bidang ilmu hukum seperti hukum kontrak, hukum pembuktian, hukum dagang, hukum perdata internasional dan tentunya juga hukum telematika (*cyber law*). Penulis tentu saja tidak mempunyai pretensi untuk memecahkan persoalan-persoalan di atas secara tuntas, namun hanya melemparkan beberapa gagasan dan pemikiran yang perlu dikaji dan diuji kembali oleh kalangan Notaris untuk menentukan sikapnya, baik yang bersifat intern maupun ekstern.

## **B. AKTA ELEKTRONIS, TRANSAKSI ELEKTRONIS DAN PERNIAGAAN ELEKTRONIS**

Sebelum membicarakan tentang akta elektronik, terlebih dahulu kita perlu menyegarkan kembali pemahaman kita mengenai akta, baik dari segi pengertian, pembagian maupun fungsinya.

Menurut *Negens-Oppenheim-Polak*, akta diartikan sebagai suatu tulisan yang dibuat dan ditandatangani untuk dipergunakan sebagai bukti<sup>5</sup>. Pengertian di atas belumlah lengkap karena masih dapat menimbulkan

---

<sup>5</sup> Mengenai hal ini, lihat Tan Thong Kie, *Studi Notariat*, Buku I, Penerbit Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 2000, halaman 154.

perbedaan penafsiran mengenai, misalnya: apakah surat biasa yang ditandatangani (dalam korespondensi) adalah juga akta? Oleh karena itu perlu redefinisi yang mampu membedakannya, karena memang berbeda terutama dalam konteks penggunaannya sebagai alat bukti.

Secara umum akta dapat dibagi menjadi akta di bawah tangan dan akta otentik. Akta di bawah tangan adalah akta yang dibuat tanpa perantaraan pejabat umum<sup>6</sup>. Sementara akta otentik adalah suatu akta yang di buat dalam bentuk (format) yang ditentukan oleh undang-undang oleh atau dihadapan pejabat umum yang berwenang untuk maksud itu, di tempat di mana akta dibuat<sup>7</sup>. Dari pengertian akta otentik, maka syarat dari suatu akta otentik adalah:

1. Dibuat oleh atau dihadapan pejabat umum (*openbaar ambtenaar*) yang berwenang dan cakap
2. Menggunakan format tertentu yang ditetapkan oleh undang-undang;
3. Dihadiri saksi-saksi
4. Disertai pembacaan oleh notaris
5. Sesudahnya langsung ditandatangani<sup>8</sup>.

Dalam kaitan dengan akta otentik tersebut, timbul pertanyaan, apakah perbedaan antara akta otentik yang dibuat “oleh” notaris dengan akta otentik yang dibuat “di hadapan” notaris? Ada yang mengatakan bahwa akta otentik yang dibuat “oleh” notaris adalah akta yang dibuat notaris karena adanya suatu kejadian, pemeriksaan, keputusan. Sedangkan akta otentik yang dibuat “di hadapan” notaris adalah apabila akta tersebut dibuat atas permintaan seseorang atau lebih, artinya draft akta dipersiapkan oleh pihak yang mengajukan permintaan, tetapi dibacakan dan ditandatangani di hadapan notaris<sup>9</sup>.

Masih berkaitan dengan akta, apakah akta di bawah tangan yang telah “disahkan” oleh notaris dapat berlaku sebagai akta otentik? Mengenai hal

---

<sup>6</sup> Ibid, halaman 155.

<sup>7</sup> Lihat pasal 1868 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

<sup>8</sup> Tan Thong Kie, loc.cit.

<sup>9</sup> Selengkapya mengenai hal ini lihat TanThong Kie, Ibid.

ini biasanya dikaitkan dengan kegiatan “*waarmerking*” yang dilakukan oleh notaris yang sebenarnya mempunyai dua (2) pengertian, yaitu:

1. Hanya sebagai *verklaring van visum* (hanya memberi tanggal yang pasti); atau
2. Akta di bawah tangan yang belum ditandatangani diberikan kepada notaris dan dihadapan notaris ditandatangani oleh para pihak setelah dibacakan/ dijelaskan isinya oleh notaris<sup>10</sup>.

Dalam pengertian yang pertama, maka akta tersebut harus dianggap sebagai akta di bawah tangan, sedangkan pengertian yang kedua dapat dianggap sebagai akta otentik.

Setelah memperoleh gambaran mengenai pengertian akta, maka selanjutnya kita akan membicarakan mengenai akta elektronis. Sebelum sampai pada uraian tersebut, sekedar sebagai ilustrasi dapat dikemukakan bagaimana proses berlangsungnya transaksi elektronis (*e-transaction*) sederhana, sebagai berikut:

1. Perusahaan A memiliki situs yang di dalamnya terdapat segala informasi produk, termasuk harga satuan, tata cara pembayaran dan penyerahan dan lain-lain yang dapat diakses oleh siapa saja melalui internet
2. Perusahaan B yang berminat atas produk perusahaan A tersebut mengisi *order form* yang tersedia serta memberikan tanda tangannya dengan diikuti tindakan melakukan pembayaran
3. Atas dasar isian dan pembayaran dari perusahaan B, maka perusahaan A menyetujuinya dan ditindaklanjuti dengan melakukan pengiriman atas produk yang di pesan.

Sebagian besar proses dalam transaksi elektronis tersebut berlangsung secara maya (*virtual*) dan elektronis kecuali penyerahan barang dan (mungkin) pembayaran.

---

<sup>10</sup> Lihat Ibid, halaman 239.



Dari gambaran di atas, maka apabila dikaitkan dengan batasan akta sebagai suatu tulisan yang dibuat dan ditandatangani untuk dipergunakan sebagai bukti, maka meskipun komunikasi di antara ke dua belah pihak (penjual dan pembeli) dilakukan melalui pesan data (*data message*) namun tetap dapat dianggap sebagai “akta elektronik” atau tepatnya “akta di bawah tangan elektronik”.

Pertanyaan selanjutnya yang perlu dijawab adalah, mungkinkah dapat dibuat “akta otentik elektronik”? Secara hipotetis jawabannya adalah “mungkin” namun realisasinya secara teknis harus dipikirkan, terutama menyangkut “kehadiran” notaris secara *virtual* dalam mengesahkan transaksi tersebut sesuai dengan syarat-syarat akta otentik itu sendiri. Dalam Rancangan Undang-Undang tentang Pemanfaatan Teknologi Informasi yang dipersiapkan oleh Direktorat Jendral Pos dan Telekomunikasi bekerjasama dengan Fakultas Hukum UNPAD, dikemukakan bahwa dokumen elektronik dan dan tandatangan digital (*digital signature*) tidak berlaku untuk pembuatan dan pelaksanaan surat wasiat, surat-surat berharga selain saham yang diperdagangkan di bursa efek, perjanjian yang berkaitan dengan barang yang tidak bergerak, dokumen-dokumen lain yang menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku mengharuskan adanya pengesahan notaris atau pejabat yang berwenang<sup>11</sup>. Ketentuan ini mengandung penafsiran bahwa “akta otentik” tertentu tidak dapat dibuat dalam bentuk elektronik. Pandangan mana tentu saja tidak mutlak benar.

Secara umum pemasalahan-permasalahan yang timbul pada transaksi elektronik mencakup:

1. Keabsahannya
2. Saat terjadinya kontrak
3. Syarat “tertulis”
4. Syarat tanda tangan

---

<sup>11</sup> Lihat pasal 8 ayat 3 a,b,c,d, e RUU tentang Pemanfaatan Teknologi Informasi, 2002.

5. Masalah pembuktian.<sup>12</sup>

Sama seperti halnya perjanjian/kontrak pada umumnya, keabsahan suatu transaksi elektronik sebenarnya tidak perlu diragukan lagi sepanjang terpenuhinya syarat-syarat kontrak. Dalam sistem hukum Indonesia, sepanjang terdapat kesepakatan diantara para pihak; cakap mereka yang membuatnya; atas suatu hal tertentu; dan berdasarkan suatu sebab yang halal, maka transaksi tersebut seharusnya sah, meskipun melalui proses elektronik. Untuk mendukung pandangan tersebut, dalam lingkup internasional terdapat beberapa ketentuan yang dapat menjadi acuan, antara lain:

1. *The United Nations Conference on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on E-Commerce of 1996*, yang merumuskan bahwa akibat, keabsahan atau dapat ditegakkannya suatu informasi tidak dapat disangkal semata-mata karena formatnya sebagai pesan data (*data message*)<sup>13</sup>
2. *The European Union (EU) Directive on E-Commerce of 2000*: menegaskan bahwa negara anggotanya wajib menjamin bahwa sistem hukum mereka memungkinkan kontrak dibuat dengan sarana elektronik<sup>14</sup>
3. *Singapore's E-Transaction Act of 1998*: merumuskan bahwa untuk menghindari keraguan, dinyatakan bahwa informasi tidak dapat disangkal akibat hukumnya, keabsahannya maupun kemampuan untuk ditegakkannya semata-mata dengan alasan bahwa informasi tersebut dalam bentuk rekaman elektronik<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Lihat Abu Bakar Munir, "Introduction to Legal Issues in the E-Commerce", paparan pada Workshop Internet Banking, Jakarta, 18 September 2002, halaman 9.

<sup>13</sup> Ketentuan Pasal 5 dari UNCITRAL Model Law on E-Commerce.

<sup>14</sup> Ketentuan Pasal EU Directive on E-Commerce of 2000.

<sup>15</sup> Ketentuan Section 6 dari Singapore's E Transaction Act 1998.

Mengenai saat terjadinya “kontrak” dalam transaksi elektronik, maka untuk menetapkan dapat dikaitkan dengan teori-teori dalam hukum perjanjian, seperti<sup>16</sup>:

1. Teori Kehendak (*wilstheorie*):  
Dikaitkan dengan teori ini, maka terjadinya kontrak adalah ketika pihak penerima menyatakan penerimaannya dengan menulis e-mail
2. Teori Pengiriman (*verzendentheorie*):  
Bila menggunakan teori ini maka terjadinya kontrak adalah pada saat penerima mengirim e-mail tersebut
3. Teori Pengetahuan (*vernemingstheorie*):  
Menurut teori ini terjadinya kontrak adalah sejak diketahuinya e-mail dari penerima oleh penawar
4. Teori Kepercayaan (*vertrowentheorie*):  
Menurut teori ini kontrak terjadi pada saat pernyataan penerimaan tersebut selayaknya telah diterima oleh penawar.

Banyak pihak yang meragukan apakah “akta elektronik” dapat dianggap sebagai suatu “tulisan”. Mengenai hal ini Prof Abu Bakar Munir mengemukakan bahwa suatu pesan data (*data message*) dianggap sebagai suatu informasi tertulis apabila informasi tersebut dapat “diakses” dan dapat “dipergunakan sebagai acuan selanjutnya”<sup>17</sup>. Bila tanda tangan diperlukan oleh aturan hukum, maka hal itu dipenuhi jika digunakan metode identifikasi yang dapat dipercaya (*reliable*) seperti tanda tangan elektronik (*e-signature*)<sup>18</sup>.

Menyangkut tanda tangan elektronik dalam akta elektronik pada transaksi elektronik, pertama-tama perlu dibedakan antara tanda tangan

---

<sup>16</sup> Lihat Mariam Darus Badruzaman, “Kerangka Dasar Hukum Perjanjian” dalam buku *Hukum Kontrak di Indonesia*, ELIPS, 1998, halaman 20. Ada juga teori-teori lain seperti “expedition theory”, “transmission theory”, “reception theory” serta “information theory”. Untuk penjabarannya, lihat Mieke Komar Kantaatmadja, “Pengaturan Kontrak untuk Perdagangan Elektronik”, dalam *buku Cyber Law: Suatu Pengantar*, ELIPS II, 2002, halaman 6.

<sup>17</sup> Abu Bakar Munir, op.cit, halaman 17.

<sup>18</sup> Ibid.

elektronis (*e-signature*) dengan tanda tangan digital (*digital signature*). Tanda tangan elektronik (*e-signature*) adalah data dalam bentuk elektronik yang melekat atau secara logika dapat diasosiasikan sebagai suatu pesan data (*data message*) yang dapat digunakan untuk mengidentifikasi penandatanganan pesan data tersebut untuk menunjukkan persetujuannya terhadap informasi yang terdapat dalam pesan data tersebut<sup>19</sup>. Sedangkan tanda tangan digital (*digital signature*) merupakan suatu istilah dari suatu teknologi tertentu dari *e-signature*. *Digital Signature* melibatkan penggunaan infrastruktur kunci publik (*public key infrastructure*) atau *cryptography* untuk menandatangani suatu pesan. Dalam legislasi Malaysia, *digital signature* diartikan sebagai suatu transformasi pesan dengan menggunakan suatu *cryptosystem assymmetric* sehingga orang yang memiliki pesan awal dan penandatanganan kunci publik dapat secara akurat ditetapkan<sup>20</sup>. Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa *e-signature* mempunyai pengertian yang lebih luas dari digital signature.

Suatu *e-signature* adalah sah apabila terdapat suatu metode yang digunakan untuk mengidentifikasi orang serta menunjukkan persetujuan<sup>21</sup>. Demikian pula apabila metode yang digunakan dapat dipercaya dan memadai untuk maksud pesan data yang disepakati dihasilkan atau dikomunikasikan<sup>22</sup>.

Perkembangan yang paling menonjol dalam transaksi elektronik adalah pada kegiatan perniagaan elektronik (*e-commerce*). Mengingat akta elektronik akan banyak diterapkan pada *e-commerce*, maka perlu diteliti secara mendalam mengenai keterkaitan antara “akta elektronik”, “transaksi elektronik” dan “perniagaan elektronik” (*e-commerce*).

*E-commerce* mengacu pada semua bentuk transaksi komersial yang melibatkan baik organisasi maupun individu yang didasarkan atas proses

---

<sup>19</sup> Mengenai batasan ini, lihat pasal 2 UNCITRAL Model Law on E-Signature of 2001.

<sup>20</sup> Lihat Digital Signature Act Malaysia of 1997. Untuk analisis selengkapnya lihat Abu Bakar Munir, op.cit, halaman 19.

<sup>21</sup> Abu Bakar Munir, Ibid, halaman 20.

<sup>22</sup> Lihat pasal 7 UNCITRAL Model Law on E-Signature of 2001, bandingkan dengan Section 62 dari Malaysian Digital Signature Act.

elektronis dan transmisi data, termasuk teks, suara dan citra visual<sup>23</sup>. Keberhasilan *e-commerce* tergantung sejauh mana faktor-faktor keamanan dalam transaksi elektronik dapat dijamin, yang mencakup aspek-aspek: *confidentiality, integrity, authorization, availability, authenticity, non-repudiability* dan *auditability*<sup>24</sup>. Di samping itu pengakuan terhadap eksistensi akta elektronik juga akan sangat mendukung keberhasilan tersebut.

### **C. KEKUATAN AKTA ELEKTRONIS SEBAGAI ALAT BUKTI**

Dalam uraian terdahulu telah diperoleh kejelasan mengenai beberapa pemahaman dasar akta elektronik beserta persoalan-persoalan yang terkait. Selanjutnya akan kita teliti sejauh mana kekuatan akta elektronik sebagai alat bukti pada transaksi *e-commerce* menurut sistem hukum Indonesia.

Untuk menjawab pertanyaan di atas, ada baiknya dikemukakan terlebih dahulu ketentuan-ketentuan hukum nasional Indonesia perihal pembuktian. Dalam pasal 164 HIR disebutkan 5 macam alat bukti, masing-masing:

1. Bukti surat
2. Bukti saksi
3. Persangkaan
4. Pengakuan
5. Sumpah.

---

<sup>23</sup> Batasan ini dirumuskan dalam dokumen OECD Report. Mengenai batasan e-commerce, bandingkan juga dengan Julian Ding dalam *E-Commerce: Law and Practice*, Sweet and Maxwell Asia, 1999, halaman 25 sebagaimana dikutip oleh Sutan Remi Sjahdeini, “*E-Commerce*, Tinjauan dari Perspektif Hukum”, makalah pada Seminar *E-Commerce* dan Mekanisme Penyelesaian Masalahnya Melalui Arbitrase/Alternatif Penyelesaian Sengketa, Jakarta 3 Oktober 2000, halaman 1. Bandingkan juga dengan batasan LKHT UI, “Kerangka Hukum dan Regulasi untk Perniagaan Elektronik dalam Bidang Minyak dan Gas Bumi”, makalah pada workshop *E-Commerce* Migas, Bandung 13-14 Nopember 2001, haaman 1.

<sup>24</sup> Uraian selengkapnya mengenai hal ini, lihat Sutan Remy Sjahdeini, “Sistem Pengamanan *E-Commerce*”, maalah disampaikan pada Seminar *Cyber Law: Antisipasi Hukum terhadap Transaksi Bisnis melalui Cyber Network*, Medan, 30 Januari 2001, halaman 3-6.

Dari ke lima (5) macam alat bukti tersebut, yang sangat terkait adalah bukti surat. Hukum Acara Perdata mengenal 3 macam surat, yaitu: surat biasa, akta di bawah tangan dan akta otentik<sup>25</sup>. Dibandingkan dengan surat biasa dan akta di bawah tangan, akta otentik merupakan bukti yang cukup atau bukti yang sempurna, artinya bahwa isi fakta tersebut oleh hakim dianggap benar, kecuali apabila diajukan bukti lawan yang kuat. Hal mana berarti bahwa hakim harus mempercayai apa yang tertulis dalam akta tersebut, dengan perkataan lain apa yang termuat dalam akta tersebut harus dianggap benar selama ketidakbenarannya tidak dibuktikan<sup>26</sup>. Terhadap pihak ketiga akta otentik berkekuatan hanya sebagai bukti bebas, artinya penilaiannya diserahkan kepada kebijaksanaan hakim<sup>27</sup>.

Akta otentik mempunyai 3 (tiga) macam kekuatan pembuktian, yaitu: kekuatan pembuktian formal; kekuatan pembuktian material; dan kekuatan mengikat. Sementara itu kekuatan pembuktian akta di bawah tangan dinyatakan dalam Ordonansi tahun 1867 No 29 yang intinya menyatakan bahwa barang siapa yang kepadanya diajukan suatu tulisan di bawah tangan, diwajibkan secara tegas mengakui atau menyangkal tanda tangannya; tetapi bagi para ahli warisnya atau orang-orang yang mendapat hak daripadanya, cukuplah jika mereka menerangkan tidak mengakui tulisan atau tanda tangan itu sebagai tulisan atau tanda tangan orang yang mereka wakili<sup>28</sup>. Akta di bawah tangan yang diakui isi dan tandatangannya, dalam kekuatan pembuktian hampir sama dengan akta otentik, bedanya terletak pada kekuatan bukti keluar, yang tidak dimiliki oleh akta di bawah

---

<sup>25</sup> Untuk uraian selengkapnya, baca Retnowulan Sutanto dan Iskandar Oeripkartawinata, *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek*, Mandar Madju Bandung, 1997, halaman 64-65. Pitlo membaginya atas akta otentik, akta bawah tangan dan bukan akta. Pasal 1904 KUH Perdata membagi kategori tertulis atas otentik dan bawah tangan, pasal 1905-1920 KUH Perdata membaginya atas akta dan bukan akta. Untuk selengkapnya, baca Riyeye Ustadianto, *Framework E-Commerce*, Penerbit Andi, Yogyakarta, 2001, halaman 126.

<sup>26</sup> Ibid, halaman 66.

<sup>27</sup> Ibid, halaman 67.

<sup>28</sup> Pasal 2 Ordonansi 1867 no 29, sebagaimana dikutip oleh Retnowulan Sutanto dan Iskandar Oeripkartawinata, Ibid, halaman 68.

tangan<sup>29</sup>. Surat-surat lain selain akta mempunyai nilai pembuktian sebagai bukti bebas<sup>30</sup>.

Setelah ada kejelasan mengenai kekuatan pembuktian dari surat, baik surat biasa, akta di bawah tangan maupun akta otentik, selanjutnya kita coba mengkaji apakah “akta elektronik” mempunyai kekuatan pembuktian yang sama dengan “akta” yang lajim kita kenal selama ini sebagaimana tersebut di atas? Suatu hal yang dapat kita simpulkan dari uraian terdahulu adalah:

- keabsahan dari suatu akta elektronik merupakan sesuatu yang tidak perlu diragukan lagi;
- sifat “tertulis” dari akta elektronik juga terpenuhi;
- keabsahan tanda tangan elektronik maupun tandatangan digital-pun teruji.

Dari kesimpulan-kesimpulan di atas, maka seharusnya kekuatan pembuktian dari “akta elektronik” diperlakukan sama dengan “akta yang non elektronik” sepanjang dipenuhinya syarat-syarat tertentu, hal itupun masih disertai dengan beberapa catatan<sup>31</sup>.

Kekuatan akta elektronik sebagai alat bukti sebenarnya juga didukung (melalui penafsiran) oleh berbagai peraturan perundangan nasional, antara lain:

1. Undang-Undang No. 8 tahun 1997 tentang Dokumen Perusahaan, yang secara tegas menyebutkan bahwa dokumen perusahaan yang telah dimuat dalam microfilm atau media lainnya dan atau hasil cetaknya merupakan alat bukti yang sah<sup>32</sup>
2. Undang-Undang No. 8 tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, di mana surat termasuk dalam salah satu alat bukti<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Misalnya sebagaimana yang dirumuskan dalam pasal 8 RUU Pemanfaatan Teknologi Informasi

<sup>32</sup> Pasal 15 ayat 1. Dalam penjelasannya juga disebutkan bahwa yang dimaksud dengan media lainnya termasuk CD-ROM atau CD WORM.

<sup>33</sup> Ketentuan pasal 184 ayat (1) huruf c. Untuk analisis lebih jauh, lihat Abdul Gani Abdullah,

3. Undang-Undang No. 15 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang yang menegaskan bahwa alat bukti pemeriksaan tindak pidana pencucian uang berupa informasi yang disimpan secara elektronik atau yang terekam secara elektronik<sup>34</sup>
4. Undang-Undang No. 20 tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yang menyatakan bahwa alat bukti yang sah dalam bentuk petunjuk, khusus untuk tindak pidana korupsi juga dapat berupa alat bukti lain yang berupa informasi yang diucapkan, dikirim, diterima atau disimpan secara elektronik<sup>35</sup>
5. Dan lain-lain.

Dalam hal hakim masih ragu-ragu dalam mengambil keputusan sehubungan dengan tidak adanya UU khusus di bidang *Cyber Law* yang mengatur mengenai alat bukti “akta elektronik”, sudah selayaknya apabila hal itu dapat diatasi hakim dengan melakukan penemuan hukum atau melakukan penafsiran secara analogis atau ekstensif dari ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku (*existing laws*). Dengan demikian atas permasalahan-permasalahan hukum yang timbul tetap dapat diambil keputusan yang adil dan dapat dipertanggungjawabkan, tanpa harus menunggu lahirnya UU di bidang *Cyber Law*.

#### **D. AKTA ELEKTRONIS, PELUANG DAN TANTANGAN BAGI PARA NOTARIS**

Setiap kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi selalu bagaikan pedang bermata dua. Di satu sisi dapat menawarkan berbagai kemudahan serta meningkatkan kesejahteraan manusia, namun di sisi lain senantiasa menciptakan persoalan-persoalan baru. Hal yang sama berlaku bagi

---

“Aspek Hukum Pembuktian terhadap Data Elektronik”, Makalah pada Seminar Kekuatan Hukum Alat Bukti Elektronik, Jakarta, 10 Juli 2002, halaman 3-8.

<sup>34</sup> Pasal 38 huruf b dan c.

<sup>35</sup> Lihat Pasal 26 A dan Pasal 188 ayat 2.



kemajuan dibidang teknologi informasi yang memungkinkan dibuatnya akta elektronik. Dilihat dari aspek efisiensi, transaksi perniagaan elektronik yang menggunakan akta elektronik akan dapat mengurangi biaya secara substansial bagi para pihak. Namun perkembangan itu dapat menimbulkan persoalan bagi notaris karena dianggap sangat potensial mengurangi pendapatan notaris jika para pihak tidak lagi menggunakan jasa notaris. Lalu, bagaimanakah jalan keluarnya?

Mengenai hal ini sebenarnya para notaris tidak perlu khawatir, mengingat satu hal yang tidak tergantikan dari fungsi Notaris adalah kapasitasnya sebagai pejabat umum khususnya dalam pembuatan akta otentik. *Certification Authority* sebagai lembaga yang memfasilitasi para pihak dalam transaksi perniagaan elektronik (*e-commerce*) tetap tidak dapat menggantikan fungsi notaris dalam pembuatan akta otentik, meskipun secara elektronik. Dengan demikian berarti perkembangan akta elektronik justru membawa peluang baru bagi para notaris untuk dapat lebih efisien dalam melayani kepentingan masyarakat. Tinggal bagaimana kehadiran notaris dalam pembuatan “akta otentik elektronik” dapat dimungkinkan secara teknologi dan dirumuskan konsekuensi hukumnya. Hal ini merupakan tantangan sendiri bagi para notaris, khususnya Ikatan Notaris Indonesia untuk merumuskan aturan-aturan, baik yang bersifat intern maupun ekstern.

## **E. PENUTUP**

Untuk mengakhiri makalah ini, dapat dikemukakan hal-hal, sebagai berikut:

1. Bahwa kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi beserta segenap aplikasinya membuka kemungkinan dibuatnya akta elektronik sebagai sarana untuk memperlancar kegiatan perniagaan elektronik
2. Secara teoritis dimungkinkan dibuatnya semua jenis akta, baik di bawah tangan maupun otentik dalam bentuk akta elektronik

3. Dalam pembuatan akta elektronik, notaris dalam kapasitasnya sebagai pejabat umum tetap dapat berperan, tinggal bagaimana hal itu diwujudkan secara teknis dan hukum
4. Pada dasarnya akta elektronik mempunyai kedudukan yang sama sebagai alat bukti sebagaimana akta yang lazim kita kenal selama ini
5. Penafsiran atas ketentuan hukum yang ada mendukung kekuatan pembuktian akta elektronik
6. Perlu dipikirkan bentuk pengaturan yang ideal bagi penggunaan akta elektronik dalam transaksi e-commerce
7. Bagi para notaris, fenomena akta elektronik merupakan peluang sekaligus tantangan.

## DAFTAR ACUAN

- Abdullah, Abdul Gani, “Aspek Hukum Pembuktian terhadap Data Elektronik”, Makalah dalam Seminar Kekuatan Pembuktian Alat Bukti Elektronik, Jakarta, Juli, 2002.
- Badruzaman, Mariam Darus, “Kerangka Dasar Hukum Perjanjian (Kontrak)”, dalam Buku *Hukum Kontrak di Indonesia*, ELIPS, 1998, halaman 1-30.
- Ditjen Postel, Dephub, *RUU tentang Pemanfaatan Teknologi Informasi*, versi November 2001.
- Endeshaw, *Internet and E-Commerce Law with a Focus on Asia-Pacific*, Prentice Hall, 2001.
- Indrajit, Richardus Eko, *E-Commerce, Kiat dan Strategi Bisnis di Dunia Maya*, Elex Media Komputindo, 2001.
- Kantaatmadja, Mieke Komar, “Pengaturan Kontrak untuk Perdagangan Elektronik”, dalam Buku *Cyber Law: Suatu Pengantar*, ELIPS II, 2002, halaman 1-13.
- Khairandy, Ridwan, “Pengakuan dan Keabsahan Digital Signature dalam Perspektif Hukum Pembuktian”, *Jurnal Hukum Bisnis*, volume 18, Maret 2002, halaman 31-39.
- Kie, Tan Thong, *Studi Notariat*, Buku I, Penerbit Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 2000.
- LKHT-UI, “Kerangka Hukum dan Regulasi untuk Perniagaan Elektronik dalam bidang Minyak dan Gas Bumi”, makalah pada Workshop E-Commerce Sektor Migas, Bandung, 13-14 November, 2001.

- LKHT-UI, *RUU Informasi Elektronik dan Transaksi Elektronik*, Versi 2.1 sosialisasi, Maret, 2002.
- LKHT-UI, Tim Peneliti ESET, “Kerangka Hukum Indonesia untuk Transaksi Elektronik dan Tanda Tangan Elektronik”, *Jurnal Hukum dan Teknologi*, Edisi I, tahun I, 2001, halaman 63-90.
- Mulyadi, Lilik, *Hukum Acara Perdata, Menurut Teori dan Praktek Peradilan Indonesia*, Penerbit Djambatan, 1999.
- Munir, Abu Bakar, “Introduction to Legal Issues in E-Commerce”, bahan paparan pada Internet Banking Workshop, Jakarta, 18 September 2002.
- Ramli, Ahmad M, “Kekuatan Pembuktian pada Transaksi Elektronik”, makalah pada Seminar Kekuatan Hukum Alat Bukti Elektronik, Jakarta, Juli 2002.
- Sitompul, Asril, *Hukum Internet, Pengenalan Mengenai Masalah Hukum di Cyberspace*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Sjahdeini, Sutan Remy, “E-Commerce, Tinjauan dari Perspektif Hukum”, makalah pada Seminar tentang E-Commerce dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa melalui Arbitrase/Alternatif Penyelesaian Sengketa, Jakarta, 2000.
- Sjahdeini, Sutan Remy, “Sistem Pengamanan E-Commerce”, Makalah disajikan pada Seminar tentang Cyber Law: Antisipasi Hukum Terhadap Transaksi Bisnis melalui Cyber Network, Medan, 30 Januari 2001.
- Sjahputra, Iman, *Problematika Hukum Internet Indonesia*, Prenhallindo, Jakarta, 2001.
- Supancana, I.B.R, “Cyber Law: Tantangan Regulasi pada Era Cyberspace”, bahan kuliah umum pada Program Magister Teknologi Informasi UI, Jakarta, 16 - 17 April, 2002.

- Supancana, I.B.R, “Identifikasi dan Antisipasi Hukum Terhadap Berbagai Permasalahan Aktual di Bidang Telematika”, bahan kuliah umum pada Program Magister Teknologi Informasi, Universitas Indonesia, 17 dan 20 April 2001.
- Supancana, I.B.R, dkk., *Laporan Akhir Tim Penelitian Hukum tentang Aspek Hukum Konvergensi Telekomunikasi, Informasi & Komputer dalam Pembangunan Nasional*, BPHN, 2000.
- Supancana, I.B.R, “Aspek Regulasi dari Infrastruktur Informasi Global”, bahan ceramah pada Forum Continuing Legal Education (CLE), BPHN, 1998.
- Sutanto, Retnowulan dan Iskandar Oeripkartawinata, *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek*, Penerbit Mandar Madju, Bandung, 1997.
- Ustadiyanto, Riyeke, *Framework E-Commerce*, Penerbit Andi, Jogjakarta, 2001.

## BIOGRAFI SINGKAT



Penulis lahir di Bandung, pada tanggal 12 Desember 1958. Menempuh pendidikan Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, Jurusan Hukum Internasional. Gelar Sarjana Hukum diraih pada tahun 1983. Gelar Magister Ilmu Hukum dalam bidang Hukum dan Ekonomi diperoleh dari Universitas Indonesia pada tahun 1990, dan Gelar Doktor Ilmu Hukum di bidang Hukum Internasional diraih dari Universitas Leiden, Belanda, pada tahun

1998. Di samping itu penulis mengikuti berbagai pelatihan, seperti: pelatihan tentang *Regulatory Impact Analysis* (RIA) di AS; pelatihan tentang Governance dari *the European Institute of Public Administration* (EIPA), *the Netherlands School of Public Administration* (NSOB), *Civil Service College* (Singapura); pelatihan Mediasi dari Pusat Mediasi Nasional (PMN); pelatihan Hukum dan Ekonomi (Kerjasama Indonesia-Belanda).

Penulis adalah Guru Besar Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Katolik Atma Jaya, Jakarta. Disamping itu juga mengajar pada Program Pasca Sarjana dan/atau membimbing thesis dan disertasi pada beberapa Universitas dan Lembaga Pendidikan Tinggi Negeri dan Swasta di Jakarta, Surabaya dan Bandung. Sejak tahun 1995 menjadi *Chairman/Founder* pada Pusat Kajian Regulasi (*Center for Regulatory Research*). Banyak membantu Kementerian dan Lembaga dalam berbagai kajian dan penelitian di bidang hukum serta perundangan internasional, antara lain: LAPAN, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bappenas, BKPM, Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara, Kementerian Koinfo,

Kementerian Luar Negeri, dan lain-lain. Menjadi Konsultan dan/atau Koordinator Konsultan pada kegiatan beberapa Lembaga Internasional seperti: *World Bank*, JICA (Jepang), GIZ (Jerman), *National Law Reform Program* (Kerjasama IMF dengan Pemerintah Belanda).

Dalam pengembangan Jurnal Ilmiah, penulis juga aktif sebagai Editor pada berbagai jurnal ilmiah, seperti: *Journal of East Asia and International Law* (Korea); *Indonesian Law Journal* (BPHN); *Jurnal Analisis dan Informasi Kedirgantaraan* (LAPAN).

Penulis juga aktif dalam keanggotaan dan/atau penasehat pada organisasi ilmiah maupun profesi, seperti: *International Institute of Space Law* (IISL); *Indonesian Center for Air and Space Law*, Universitas Padjadjaran Bandung; Masyarakat Hukum Udara (MHU); Asosiasi Satelit Indonesia (ASSI); Pusat Mediasi Nasional (PMN); Mastel.

Karya ilmiah penulis tersebar dalam berbagai buku, hasil penelitian, dan makalah yang dipublikasikan dan dipresentasikan dalam berbagai pertemuan ilmiah, baik dalam lingkup nasional maupun internasional.

# BERBAGAI PERSPEKTIF HARMONISASI HUKUM NASIONAL DAN HUKUM INTERNASIONAL

Perkembangan Ilmu Pengetahuan dan Teknologi dewasa ini begitu pesat. Tidak bisa dimungkiri, perkembangan demikian membawa dampak positif, seperti memungkinkan terjadinya komunikasi yang efektif dalam masyarakat global, peningkatan kesejahteraan ekonomi, pendidikan yang semakin maju, hubungan antarnegara yang semakin intensif.

Tetapi tidak bisa disangkal pula bahwa sejumlah persoalan baik bersifat lokal maupun global muncul dan berkembang, seiring dengan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi itu antara lain: privasi individu semakin terkikis, kejahatan kemanusiaan berbentuk penipuan melalui jaringan internet semakin bertambah, dan pornografi yang merusak mentalitas generasi muda semakin mudah diakses. Selain itu kecanggihan teknologi telah mempermudah terjadinya pengingkaran kedaulatan sebuah negara, di samping munculnya dominasi ekonomi oleh negara maju.

Melihat fenomena buruk demikian dan demi terjadinya relasi sosial yang baik diperlukan pengaturan. Dalam hal inilah hukum sangat penting. Hukum, sebagaimana ditegaskan oleh Immanuel Kant, filsuf tenar dari Jerman dalam *Perpetual Peace* (1795) merupakan syarat utama bagi tercapainya perdamaian abadi di muka bumi, karena *in se* hukum memuat dua esensi mendasar manusia sebagai syarat dasar perdamaian, yakni *veritas* (kebenaran) dan *iustitia* (keadilan).

Pertanyaannya, bagaimana *veritas* dan *iustitia* itu bisa dimuat dalam hukum baik berskala nasional maupun internasional sehingga perdamaian abadi itu tercapai? Inilah yang digulirkan oleh Prof. Dr. Ida Bagus Rahmadi Supancana dalam buku *Berbagai Perspektif Harmonisasi Hukum Nasional dan Hukum Internasional* ini.

Buku ini memberi pemahaman yang komprehensif tentang bagaimana hukum nasional dan internasional harus ditata agar tidak saling bertentangan, namun mengakomodir hak-hak dasar dan hak-hak sosial setiap pribadi.

Buku ini sangat tepat dibaca oleh aparat penegak hukum, para pengambil kebijakan publik, politisi, serta para mahasiswa Fakultas Hukum.

