

**TANGGUNG JAWAB PENYELENGGARA TERHADAP TATA
KELOLA YANG BAIK DALAM PENYELENGGARAAN
SISTEM ELEKTRONIK (*GOOD ELECTRONIC GOVERNANCE*)**

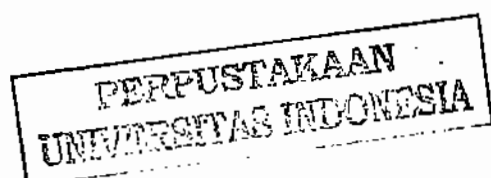
DISERTASI

Oleh:

**EDMON MAKARIM
NPM. 850400006X**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
Depok
Juli, 2009**



HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Disertasi ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Edmon Makarim

NPM : 850400006X

Tanda Tangan



Tanggal : 11 Juli 2009


LEMBAR PERSETUJUAN DISERTASI

**TANGGUNG JAWAB PENYELENGGARA TERHADAP TATA KELOLA
YANG BAIK DALAM PENYELENGGARAAN SISTEM ELEKTRONIK
(GOOD ELECTRONIC GOVERNANCE)**

Disetujui oleh:

PROMOTOR

Prof. Safri Nugraha, S.H., LL.M., Ph.D



(.....)

KO-PROMOTOR 1

Prof. Dr. Ahmad Ramli, S.H.,M.H.

(.....)

KO- PROMOTOR II

Prof. Dr.Ir. Aniati Murni, Msc.

(.....)

HALAMAN PENGESAHAN

Disertasi ini diajukan oleh :

Nama : Edmon Makarim
 NPM : 850400006X
 Program Studi : Ilmu Hukum
 Judul Skripsi : Tanggung Jawab Penyelenggara Terhadap Tata Kelola Yang Baik Dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik (*Good Electronic Governance*)

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Doktor pada Program Studi Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Promotor : Prof. Safri Nugraha, S.H., LL.M., Ph.D (.....)

Kopromotor: Prof. Dr. Ahmad Ramli, S.H.,M.H. (.....)

Kopromotor: Prof. Dr.Ir. Aniati Murni, Msc. (.....)

Penguji : Prof. Erman Radjagukguk, S.H., LL.M, Ph.D (.....)

Penguji : Prof. Dr. Maria Farida I Soeprapto, SH., MH. (.....)

Penguji : Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H., M.H. (.....)

Penguji : Dr. Jufrina Rizal, S.H., M.A. (.....)

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 11 Juli 2009

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur penulis panjatkan kehadiran Allah SWT atas segala karunia, berkat dan rahmat serta hidayah yang telah diberikanNya, sehingga penulis dapat menyelesaikan disertasi yang berjudul: "Tanggung Jawab Penyelenggara Terhadap Tata Kelola Yang Baik Dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik (*Good Electronic Governance*).". Meskipun penulis telah berupaya semaksimal mungkin untuk menyelesaikan disertasi ini, namun penulis menyadari sepenuhnya bahwa disertasi ini masih belum sempurna. Selaku insan wajib hukumnya berikhtiar dan melakukan sebaik mungkin, namun kesempurnaan tetap hanya milik sang Pencipta. Oleh karena itu, dengan segala kerendahan hati, penulis mengharapkan masukan atau saran dari Bapak/Ibu sekalian untuk penyempurnaan disertasi ini.

Bersama ini, perkenankan penulis menyampaikan rasa hormat dan terima kasih yang tak terhingga atas segala bantuan, perhatian, bimbingan dan arahan dari berbagai pihak, sehingga disertasi ini dapat diselesaikan tepat pada waktunya.

Terima kasih yang tak terhingga, penulis haturkan kepada yang sangat terpelajar para Promotor dan Ko-promotor dan juga segenap anggota tim penguji; (i) Prof. Safri Nugraha, SH, LLM, PhD., selaku Promotor yang juga merupakan pembimbing akademis penulis semasa mahasiswa S1 dahulu; (ii) Prof. Dr. Ahmad Ramli SH, MH., selaku Ko-promotor yang merupakan pembimbing dan senior penulis dalam menekuni bidang hukum telematika; (iii) Prof. Ir. Aniasi Murni MsC Ph.D., selaku Ko-promotor yang telah memberikan bimbingan dan arahan dalam menekuni bidang Teknologi Informasi; (iv) Prof. Erman Radjagukguk SH LLM PhD selaku penguji dan senior yang sangat berjasa bagi penulis dalam mengarungi pendidikan S2 di University of Washington Seattle School of Law, jika bukan karena beliau dan Abang Kurnia Toha SH LLM PhD mungkin penulis terpaksa harus meninggalkan Amerika dengan suatu urusan administratif yang tersisa; (v) Prof. Dr. Rosa Agustina SH, MH., selaku ketua tim penguji dan sekaligus senior bagi penulis yang memberikan perhatian dan dukungan serta

arahan kepada penulis; (vi) Dr. Jufrina Rizal SH, MA., selaku penguji dan senior atas segala perhatian, dukungan dan arahannya selama ini; dan (vii) Prof. Dr. Maria Farida SH, MH., selaku penguji dan senior atas segala perhatian dan masukannya sehingga membuat disertasi ini menjadi lebih baik. Terima kasih Ibu atas berkenannya meluangkan waktu ditengah jadwal yang begitu padat.

Terima kasih juga tak lupa penulis sampaikan kepada segenap jajaran pimpinan Fakultas; Prof Safri selaku Dekan, Dr Siti Hajati Hosein selaku Wakil Dekan, bang Kurnia Toha selaku Sekretaris Fakultas; dan juga pimpinan Fakultas periode yang lalu (Prof Hikmahanto Juwana, Achyar Salmi dan Adijaya Yusuf), serta segenap karyawan dan civitas academica FHUI yang telah banyak memberikan perhatian dan dukungan kepada penulis untuk selalu giat menyelesaikan program pendidikan ini sebaik mungkin.

Terima kasih yang sebesar-besarnya juga kepada Prof. Muhammad Nuh, DEA selaku Menteri Komunikasi Informatika yang telah memberikan kepercayaan dan peluang bagi penulis untuk mengembangkan dan mengamalkan bidang hukum telematika, berikut segenap jajaran Departemen Komunikasi dan Informatika, khususnya para staf khusus menteri; Prof Alkaff, Prof Suhono, pak Sukemi, pak Son Kiswandi, Virano; para staf ahli menteri; Prof Musa Asy'ari, Dr Mudjiono, Henri Subiakto; para dirjen dan kepala badan serta jajarannya; Cahyana Ahmajayadi, Basuki, Farida, Ketut Prihadi, Santoso Sierad, Freddy Tulung, Aizirman Djuzan, Amsal Asagiri, Djoko Agung, Yappie Manafie, Gati Gayatri, Loly Amalia, Selliana Ishak, Aidil, Neil, Anton Malau, Fitri, Nando dan segenap rekan sejawat di departemen komunikasi dan informatika lainnya. Terima kasih atas kerjasama yang baik selama ini berikut bantuan datanya. Tak lupa juga kepada para asisten staf ahli menteri bidang hukum Departemen Komunikasi dan Informatika; Joshua, Dela, Sari, Abi dan khususnya Dimas serta Dodid, terima kasih banyak atas bantuan dan kerjasamanya;

Terima kasih kepada para informan dan sumber data, pak Teddy Sukardi (FTII), Bobby Nazief, Budi Yuwono, Harry Nugroho, Djatmiko, Sulistyono (INSW), Prof Hendrik Kaspersen, Christina Schulman, Alex Seger (Convention on Cybercrime), tim Maxwell konsultan INSW, terima kasih atas diskusi dan pendapatnya yang telah memberikan masukan dan inspirasi bagi penulis.

Terima kasih kepada para senior pengajar FHUI yang telah banyak memberikan pengajaran kepada penulis, khususnya senior dan rekan-rekan tim pengajar HKI; Prof Dr Agus Sardjono SH MH, Suharnoko dan Parulian serta kepada kolega dan asisten pengajar Hukum Telematika, Brian Ami Prastyo dan Abdul Salam serta Henny Marlina yang berkenan menjadi mitra diskusi dan menggantikan penulis dalam mengajar pada masa-masa penulis sibuk menyelesaikan disertasi ini.

Terima kasih kepada rekan-rekan peneliti LKHT-FHUI baik yang sudah eksodus maupun yang masih aktif; bang Freddy, Arianto Mukti Wibowo (cepat sembuh semoga bisa aktif kembali), Ira, Wenny, Dedi, Rendy, Ocha, Parulian, Berlianana, Bono, Rapin, Mukhlis, Ika, Dian, Stephanie, Witjaksono, Eko, Reydinal, Puspa Kriselina, Catur, pak Yon dan rekan-rekan lainnya yang membantu penulis dalam mengembangkan LKHT-FHUI; serta para kontributor penulis buku kompilasi kajian hukum telematika; khususnya Nurul D Irawati, Juni Rahardjo, dan para kontributor lainnya, terima kasih atas sumbangsih dan kerjasamanya.

Kepada teman-teman Angkatan 89 FHUI, Ganjar, Supardjo, Heru, Yetti, Narendra, Dodi MA, Raizon, Fadriyadi, dan teman-teman seangkatan lainnya yang tak mungkin saya tuliskan satu persatu; terima kasih saya ucapkan karena telah memberikan cambuk semangat untuk mengembangkan bidang hukum telematika di belakang hari, karena pada masa lalu banyak yang menyangsikan perkembangan bidang hukum ini. Demikian pula kepada teman-teman Angkatan 88 Universitas Gunadarma kelas malam, Yosrizal, Indra, Nasrun, dan teman seangkatan lainnya, terima kasih karena telah menjadi inspirator bagaimana harus berjuang hidup dan menyelesaikan pendidikan.

Terima kasih juga kepada kolega penulis para senior dan asisten pengacara semasa bekerja di Kantor Pengacara Soemarjono, Herman dan Rekan ("SHR"); opa Soemarjono, Herman Zakaria, Sampoerno, Siti Bakhriatin, Sorta, Frans, Dondi, Danny, Sri, Icha, Putu, Avi dan segenap jajaran kantor pengacara SHR lainnya;

Terima kasih kepada rekan-rekan sejawat semasa penulis bekerja di perusahaan telematika nasional pertama PT Sisindosat Lintasbuana; bapak AM

Suseto, Johnny Swandi Syam, Emil Soedarmo, ibu Miranda, Andri Aslan, dan rekan sejawat lainnya;

Terima kasih juga kepada rekan-rekan sejawat semasa penulis masih aktif dalam organisasi kemasyarakatan seperti Asosiasi Piranti Lunak Komputer Indonesia (ASPILUKI), KADIN dan Masyarakat Telekomunikasi Indonesia; Rio Pancaputra, Koesmartono, Teddy Sukardi, Renne F. Menembu, Djarot Subianto, Richard Kartawijaya, Hilman Sulaiman, Rudy Chatab, Soekarno Abdurahman, Giri Sucahyo, Nies Purwanti, Juni Rahardjo, dan segenap jajarannya;

Terima kasih kepada pak Haji Soekarno dan keluarga besar Sambilata, khususnya Rifdi yang memberikan banyak kontribusi bagi penulis dalam membina kesehatan untuk menghadapi disertasi ini.

Terima kasih kepada rekan-rekan yang dulu pernah tergabung dalam tim interdep pembahasan RUU ITE; Iwan Setiawan, Arief Mulyawan, Petrus Golose, Arief Indra, Iwan Setiawan, Diah, Gagas Nugraha, Eddy Hartono, Feisal, Dicky, Saiful, Yunan dan rekan-rekan lainnya;

Terima kasih juga kepada lingkungan silaturahmi RW-29, para bapak yang dahulu sangat aktif bermain Volley; pak Dono, Nur, Yuni, Kris, Tio, Eddy, Faisal, Firdaus, Samsun Hadi, Agus, Fatah, Iwan, dan saudaraku lainnya. Mohon maaf beberapa tahun belakangan ini penulis kurang aktif menjalin silaturahmi bola volley. Terima kasih juga kepada Pak Kasman dan keluarga tetangga sebelah rumah yang berkenan memberikan pinjaman ruang untuk belajar dan mencetak disertasi ini.

Kepada keluarga besar tercinta, Papa dan Mama (Mawardi Karim dan Salma Jamaah), kakak-kakak (Salviena Makarim, Edwin Makarim, Edson Makarim) dan Adik-adik yang tengah belajar dan merantau di Belanda, Amerika dan Belgia (Salvienti Makarim, Salvieda Makarim, Edrian Makarim) semoga dapat meraih apa yang dicita-citakan, keluarga besar Papa dan Mama mertua di Cilandak (Budiman dan Fatmawati), Desi, Inal dan Ai, serta keluarga besar opa Wildan dan juga keluarga besar Uwa pejabat, tak lupa penulis sampaikan terima kasih yang mendalam atas segala perhatian dan doanya.

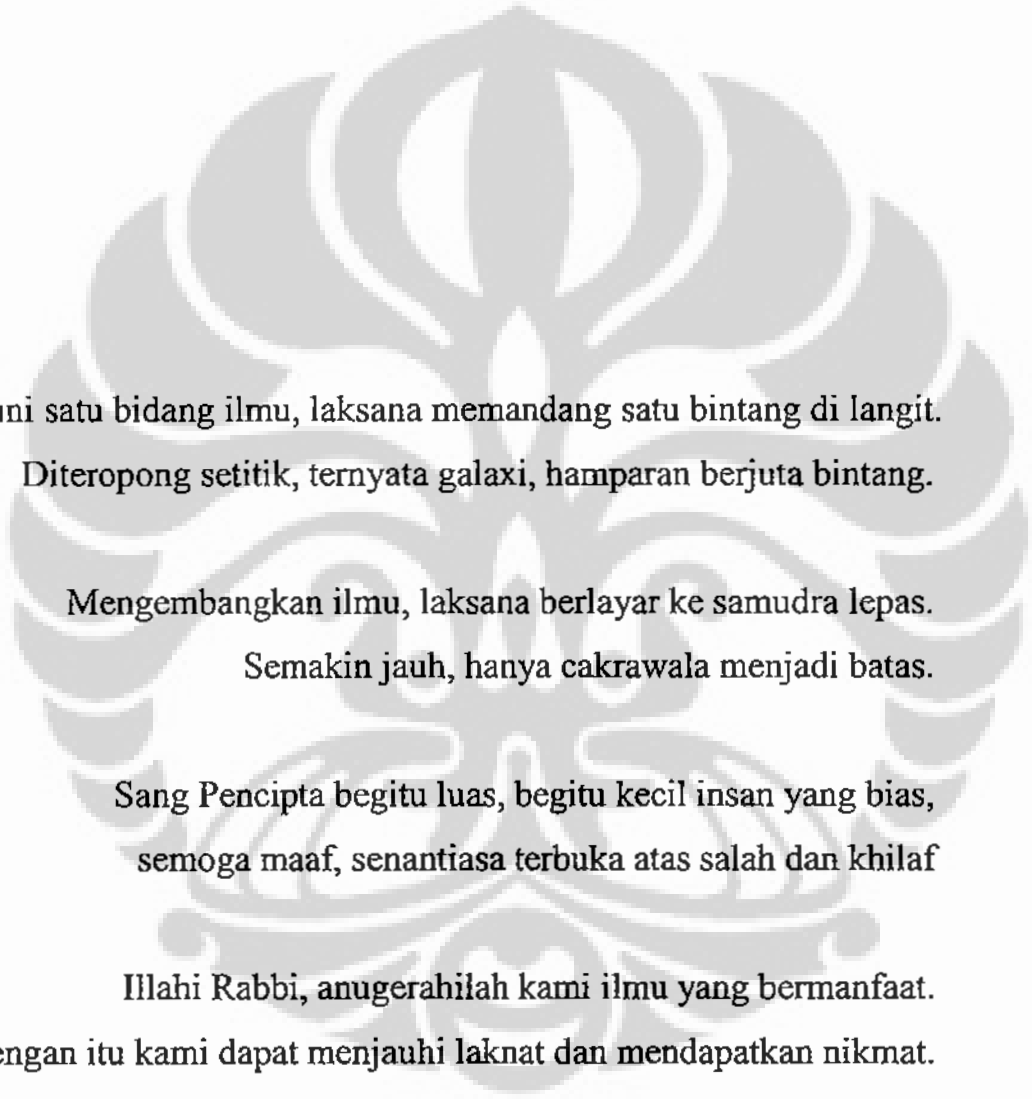
Khusus kepada yang tercinta dan tersayang istriku Ira Anggraini dan ananda Edgar Danish Makarim yang terpaksa harus mengungsi pada saat penulis

membutuhkan ruang dan ketenangan di rumah yang begitu mungil. Mohon maaf yang sebesar-besarnya, sekiranya papa belum dapat meluangkan banyak waktu untuk bermain bersama, terima kasih banyak atas pengertian dan kesabarannya. Semoga kelak ananda menjadi anak yang saleh dan bermanfaat bagi keluarga, umat, bangsa dan negara. Amin.

Akhirnya, terima kasih juga kami ucapkan kepada pihak-pihak yang mungkin terlalaikan disebutkan dalam halaman ini, namun sumbangsih Bapak/Ibu dan saudaraku sekalian sesungguhnya tak akan terlupakan. Besar harapan penulis, semoga jerih payah ini dapat menjadi ibadah dan memberikan manfaat bagi kita semua. Disertasi ini baru awal bagi satu langkah besar untuk terus mengembangkan bidang hukum telematika nasional.

Jakarta, Juli 2009

Penulis



Menekuni satu bidang ilmu, laksana memandang satu bintang di langit.
Diteropong setitik, ternyata galaksi, hamparan berjuta bintang.

Mengembangkan ilmu, laksana berlayar ke samudra lepas.
Semakin jauh, hanya cakrawala menjadi batas.

Sang Pencipta begitu luas, begitu kecil insan yang bias,
semoga maaf, senantiasa terbuka atas salah dan khilaf

Illahi Rabbi, anugerahilah kami ilmu yang bermanfaat.
Dengan itu kami dapat menjauhi laknat dan mendapatkan nikmat.

Amin.

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS
AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Edmon Makarim
NPM : 850400006X
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Disertasi

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif** (*Non-exclusive Royalty Free Right*) atas karya ilmiah saya berjudul :

**Tanggung Jawab Penyelenggara Terhadap Tata Kelola Yang Baik Dalam
Penyelenggaraan Sistem Elektronik** (*Good Electronic Governance*)


Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok

Pada Tanggal : 11 Juli 2009

Yang Menyatakan



(Edmon Makarim)

ABSTRAK

Nama : Edmon Makarim, S.Kom., S.H., LL.M.
Program Studi : Doktoral Ilmu Hukum
Judul : Tanggung Jawab Penyelenggara terhadap Tata Kelola Yang Baik dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik

Disertasi ini membahas bagaimana tanggungjawab hukum penyelenggara sistem elektronik terhadap penerapan prinsip tata kelola yang baik dalam pemanfaatan teknologi informasi menjadi suatu sistem elektronik. Penelitian ini adalah penelitian yuridis normatif dengan pendekatan kualitatif yang melakukan analisis deskriptif. Penelitian ini menerapkan teori keadilan interaktif (*interactive justice*) yang mengamanatkan setiap orang untuk bertanggungjawab terhadap setiap resiko yang berpotensi merugikan pihak lain. Penelitian ini menemukan bahwa penerapan tata kelola yang baik, yang didasarkan atas prinsip *best practices* atau *good practice*, dalam pemanfaatan Teknologi Informasi (*Information Technology Governance*) adalah suatu kebutuhan dan keniscayaan. Hal tersebut menjadi ukuran untuk menentukan bagaimana pertanggungjawaban hukum penyelenggara terhadap kerugian yang diderita oleh pihak lain. Meskipun pada dasarnya prinsip pertanggungjawaban hukum yang berlaku adalah prinsip praduga bersalah (*presumed liability*) atau pertanggungjawaban atas dasar kelalaian (*negligence*), namun tetap terbuka kemungkinan memberlakukan prinsip pertanggungjawaban hukum secara ketat (*strict liability*) atau secara mutlak (*absolute liability*), demi keadilan untuk melindungi kepentingan umum. Oleh karena itu, diusulkan suatu formulasi standar pemeriksaan hukum untuk memeriksa penerapan tata kelola yang baik, kemudian dilakukan ujicoba penerapannya dalam proyek pengembangan *Indonesian National Single Windows* (INSW). Penelitian ini menyarankan perbaikan peraturan menteri tentang pedoman tata kelola teknologi informasi nasional yang belum memuat aspek kepatuhan hukum (*legal compliance*). Pemerintah perlu melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap kompetensi dan kinerja profesional hukum dalam bidang teknologi informasi dan komunikasi agar dapat menjalankan standar pemeriksaan hukum tersebut sebagaimana mestinya.

Kata Kunci: Hukum Informasi dan Komunikasi, Hukum Telematika, Hukum Komputer, Hukum Teknologi Informasi, Hukum Media, Hukum Telekomunikasi.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	ii
HALAMAN PERSETUJUAN	iii
LEMBAR PENGESAHAN.....	iv
KATA PENGANTAR	v
HALAMAN KUTIPAN	x
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH.....	xi
ABSTRAK.....	xii
DAFTAR ISI.....	xiii
DAFTAR GAMBAR DAN TABEL.....	xviii
BAB I	
PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Perumusan Permasalahan.....	12
C. Tujuan dan Manfaat Penelitian.....	12
D. Kerangka Teori dan Konsep.....	14
D.1. Kerangka Teori.....	14
D.1.a. Teori Keadilan Interaktif (<i>Interactive Justice</i>).....	15
D.1.b. Teori Hukum Tentang Peran dan Tanggung Jawab Administrasi Negara dan Kesejahteraan.....	21
D.1.c. Teori <i>Good Governance</i> dalam hukum korporasi (<i>Good Corporate Governance</i>) dan hukum administrasi (<i>Good governance</i>).....	25
D.2. Kerangka Konseptual.....	29
D.2.a. Sistem Elektronik.....	31
D.2.b. Tata Kelola Yang Baik Dalam Penyelenggaraan Sistem Informasi.....	33
D.2.c. Kepentingan Umum.....	35
D.2.d. Komunikasi Elektronik.....	37
D.2.e. Pelayanan Publik (<i>public service</i>).....	38
D.2.f. Kerjasama Pemerintah Dan Swasta (<i>public private partnership</i>).....	39
E. Ruang Lingkup Penelitian.....	40
F. Metodologi Penelitian.....	41

	G. Sistematika Penulisan.....	44
BAB II	PERKEMBANGAN TEORI TATA KELOLA YANG BAIK (GOOD GOVERNANCE) DAN PENERAPANNYA DALAM PENYELENGGARAAN SISTEM ELEKTRONIK	46
	A. Prinsip-prinsip <i>Good Governance</i> dalam Hukum Administrasi Negara.....	46
	1. Layanan Publik	72
	2. Kerjasama Pemerintah dan Swasta dalam Pembangunan Infrastruktur untuk Layanan Publik.....	83
	3. Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.....	91
	B. Perkembangan Teori <i>Good Governance</i> dalam Hukum Korporasi.....	107
	C. Pengertian dan Prinsip-prinsip Tata Kelola Yang Baik Dalam Penerapan Teknologi Informasi (<i>IT Governance</i>) Dalam suatu Organisasi dan Manajemen.....	120
	D. Implementasi Prinsip-prinsip <i>Good Governance</i> dalam Pengembangan dan Penyelenggaraan Sistem Elektronik.....	128
	D.1. Pengertian Sistem Elektronik dan Eksistensinya dalam Perspektif Hukum Kebendaan	128
	D.2. Proses Pengembangan dan Penyelenggaraan Sistem Elektronik.....	132
	D.3. Perbedaan Kaedah <i>Best Practices</i> dan <i>Good Practice</i> dalam Penerapan Teknologi Informasi.....	137
	E. Penerapan <i>Good Governance</i> berdasarkan Pedoman Tata Kelola TIK Nasional.....	142
	F. Kode Etik dan Piagam Evaluasi TIK (“Eva-TIK”).....	145
BAB III.	PERKEMBANGAN TEORI PERTANGGUNGJAWABAN HUKUM DAN BENTURAN KEPENTINGAN DALAM PENGEMBANGAN SISTEM INFORMASI ELEKTRONIK UNTUK LAYANAN PUBLIK	156
	A. Perkembangan Teori Perbuatan Melawan Hukum dan Tanggung Jawab Hukum.....	156
	A.1. Perbuatan Melawan Hukum oleh Administrasi Negara...	156
	A.2. Perbuatan Melawan Hukum Dalam Konteks Hukum Perdata.....	163
	A.3. Sejarah Prinsip <i>Strict Liability</i> dan Penerapannya.....	190
	B. Penerapan Perbuatan Melawan Hukum Dalam Teknologi	

Informasi.....	205
B.1. Tanggung Jawab terhadap Perangkat Keras.....	213
B.2. Tanggung Jawab atas <i>Software</i> dan Data.....	221
B.2.a. Penerapan Tanggung Jawab Vendor Atas Dasar Kelalaian.....	227
B.2.b. Permasalahan Penerapan Tanggung Jawab Vendor atas Kelalaian	229
B.2.c. Penerapan Tanggung Jawab Produk (<i>Product Liability</i>) terhadap <i>Software</i>	234
B.3. Tanggung Jawab Professional (<i>Malpractice</i>).....	245
B.4. Tanggung Jawab Penyelenggara Jasa Perantara (<i>Intermediary Services Provider</i>).....	254
C. Penerapan PMH Dalam Bidang TI di Indonesia.....	264
D. Analisis Benturan Kepentingan Pribadi dan Kepentingan Publik terhadap Penyelenggaraan Sistem Informasi.....	271
D.1. Karakteristik Kepentingan Pribadi (<i>Private</i>) dengan Kepentingan Umum (<i>Public Interest</i>).....	272
D.2. Benturan Kepentingan Pribadi dan Kepentingan Umum Terhadap Informasi sebagai Karya Intelektual dalam Perspektif Hak Cipta.....	286
D.3. Benturan Kepentingan Harkat Pribadi (<i>Privacy</i>) dan Kepentingan Umum dalam Sistem Komunikasi.	293
D.4. Benturan Kepentingan Pelaku Usaha (Pengembang dan Penyelenggara) dengan Kepentingan Konsumen/Pengguna	307
D.5. Benturan Kepentingan Nasional dengan Kepentingan Global dan Peranan Pemerintah.....	308
E. Peran dan Tanggung Jawab Para Pihak dalam Pembangunan dan Penyelenggaraan Sistem Informasi Elektronik.....	312
E.1. Tanggung Jawab Produsen dan Pemasok Produk Perangkat Keras dan/atau Perangkat lunak dalam Sistem Informasi (<i>Vendor</i>).....	312
E.2. Tanggung Jawab Konsultan Perancang dan/atau Pengembang (<i>Developer</i>).....	314
E.3. Tanggung Jawab Pelaksana (<i>Contractor</i>).....	315
E.4. Tanggung Jawab Penyelenggara (<i>Operator/ Provider</i>)...	317
E.5. Tanggung Jawab Pengguna (<i>User</i>).....	317
E.6. Tanggung Jawab Administrasi Negara dan Profesional	

	Penunjang (<i>Regulator & Auditor</i>).....	318
F.	Tanggung Jawab Penyelenggara Negara Terhadap Sistem Informasi Elektronik Untuk Layanan Publik dengan PPP.....	319
BAB IV	STANDAR PEMERIKSAAN HUKUM (<i>LEGAL AUDIT</i>) DALAM PEMBANGUNAN DAN PENYELENGGARAAN SISTEM ELEKTRONIK	326
A.	Urgensi Pemeriksaan Hukum Terhadap Sistem.....	326
B.	Pengertian Audit.....	327
C.	Prinsip-prinsip <i>Legal Audit</i>	332
D.	Fungsi <i>Legal Audit</i>	333
E.	Tujuan <i>Legal Audit</i>	334
F.	Waktu Pelaksanaan <i>Legal Audit</i>	336
G.	Subyek <i>Legal Audit</i>	337
H.	Obyek <i>Legal Audit</i>	338
	H.1. Obyek <i>Legal Audit</i> Berdasarkan Standar Pemeriksaan Hukum Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal.....	339
	H.2. Obyek <i>Legal Audit</i> Berdasarkan COBIT.....	344
	H.3. Obyek <i>Legal Audit</i> Berdasarkan Etika Sistem Informasi.....	346
	H.4. Obyek <i>Legal Audit</i> Berdasarkan Kombinasi BS 7799 dan ISO 17799 atau ISO 27002 Tentang Code of Practice for Information Security Management.....	347
	H.5. Obyek <i>Legal Audit</i> Berdasarkan UNCITRAL Model Law dan EU Directive.....	356
	H.6. Obyek <i>Legal Audit</i> Untuk Memperoleh Tanda Keandalan (<i>Trustmark</i>)	357
	H.7. Obyek <i>Legal Audit</i> Untuk Evaluasi Layanan Publik.....	358
	H.8. Obyek <i>Legal Audit</i> Berdasarkan UU-ITE dan UU-KIP.....	359
I.	<i>Legal Audit</i> Terhadap Sistem Informasi Untuk Layanan Publik...	360
	I.1. Prinsip-prinsip <i>Legal Audit</i>	360
	I.2. Fungsi dan Tujuan <i>Legal Audit</i>	360
	I.3. Waktu Pelaksanaan <i>Legal Audit</i>	362
	I.4. Subyek <i>Legal Audit</i>	363
	I.5. Obyek <i>Legal Audit</i>	364

BAB V	PENERAPAN FORMULASI STANDAR PEMERIKSAAN HUKUM DALAM PENGEMBANGAN SISTEM INFORMASI ELEKTRONIK DENGAN POLA PENYELENGGARAAN <i>PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP</i> (STUDI KASUS: INDONESIA NATIONAL SINGLE WINDOWS)	376
	A. Urgensi dan Legalitas INSW.....	376
	B. Strategi Perencanaan dan Penerapan INSW.....	387
	C. Pertanggungjawaban Penyelenggara INSW.....	398
	D. Pemeriksaan dan Pendapat Hukum Terhadap Proyek Pengembangan dan Penyelenggaraan INSW.....	402
	1. Aspek Legalitas INSW.....	402
	2. Aspek Pembangunan, Pengembangan, dan Penyelenggaraan INSW.....	410
	3. Aspek Keandalan dan Keamanan Sistem.....	410
	4. Aspek Konten.....	413
	5. Aspek Perlindungan Data.....	414
	6. Aspek Akuntabilitas Sistem.....	416
	7. Aspek Pertanggungjawaban Hukum.....	418
BAB VI	PENUTUP	421
	A. Kesimpulan	421
	B. Saran.....	426
	Daftar Pustaka	427
	Daftar Lampiran	

DAFTAR GAMBAR DAN TABEL

I. Gambar

Gambar I.1. <i>Interactive Justice</i>	16
Gambar II.1. Diagram Pemangku Kepentingan Dalam Negara Hukum Modern	48
Gambar II.2. Spektrum Kerjasama Pemerintah dan Swasta.	78
Gambar II.3. <i>Public Private Partnership</i> .	80
Gambar III.1. Pendekatan Terhadap Pertanggungjawaban Dan Keadilan Interaktif	165
Gambar III.2. Teori dan Spektrum Tanggung Jawab.	166

II. Tabel

Tabel II.1. Perbandingan Kontrak dan Izin Pengusahaan Kerjasama Pemerintah dan Swasta.	81
Tabel III.1 Perbandingan PMH dan <i>Tort</i> .	175
Tabel III.2 Kwalifikasi <i>Tort</i> .	178
Tabel III.3 Perbandingan <i>Civil Liability</i> .	193
Tabel III.4 Tabel Perbedaan Prinsip Pertanggungjawaban.	201



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Lahirnya teknologi digital telah mengakibatkan terjadinya keterpaduan ataupun konvergensi dalam perkembangan Teknologi Informasi, Media dan Telekomunikasi (*Information, Media and Communication Technology*). Semula masing-masing teknologi tersebut seakan berjalan terpisah atau linear antara yang satu dengan yang lainnya, namun kini semua teknologi tersebut semakin menyatu. Wujud konvergensi teknologi Telekomunikasi, Media dan Informatika (selanjutnya disingkat "Telematika") tersebut adalah lahirnya produk-produk teknologi baru yang memadukan kemampuan sistem informasi dan sistem komunikasi yang berbasis sistem komputer yang selanjutnya terangkai dalam suatu jaringan (*network*) sistem informasi dan/atau sistem komunikasi secara elektronik (selanjutnya disebut, "sistem elektronik") baik dalam lingkup lokal, regional maupun global. Kehadiran sistem elektronik tersebut seakan-akan telah membuat suatu ruang baru dalam dunia ini yang populer dengan istilah *cyberspace*.¹

Kini sistem informasi dan komunikasi elektronik tersebut telah diimplementasikan pada hampir semua sektor kehidupan dalam masyarakat yang akhirnya juga mengakibatkan terciptanya suatu pasar baru yang telah mendorong perkembangan sistem ekonomi masyarakat dari *traditional economy* yang berbasis industri manufaktur ke arah *digital economy* yang berbasis

¹ Istilah *cyberspace* awalnya digulirkan oleh seorang novelis *science fiction* bernama William Gibson dalam karyanya *Neuromancer* (1984) yang sebenarnya dimaksudkan untuk memperlihatkan suatu bentuk halusinasi virtual. Ia menguraikan seakan-akan adanya suatu ruang baru (*space*) yang lahir akibat terhubungnya medium kawat penghantar listrik (*cyber*) yang mempertemukan sistem komputer dengan sistem telekomunikasi dalam suatu penyelenggaraan sistem elektronik. Istilah tersebut bergulir terus sebagai istilah populer dari keberadaan suatu komunikasi virtual melalui jaringan komputer (*the net*), yang selanjutnya berwujud menjadi jaringan sistem komputer global (*internet*). Keberadaan kata 'space' dalam istilah 'cyberspace' secara teknis adalah berbeda sifatnya dengan kata 'space' dalam 'aerospace,' karena makna space pada 'aerospace' adalah ruang semesta yang tak terbatas yang diciptakan oleh sang pencipta, sementara space pada 'cyberspace' adalah ruang komunikasi ciptaan manusia yang bersifat terbatas meskipun jumlah pengunanya akan bertambah terus dari waktu ke waktu sesuai dinamika masyarakat.

informasi, kreatifitas intelektual dan ilmu pengetahuan² yang juga dikenal dengan istilah '*creative economy*'.

Seiring dengan dinamika tersebut, masing-masing bidang hukum yang terkait dengan konvergensi Telematika, yakni Hukum Telekomunikasi³, Hukum Media⁴ dan Hukum Informatika⁵ (Komputer) yang semula dikaji secara terpisah/linear, dalam perkembangannya kini juga kian menyatu menjadi Hukum terhadap Informasi dan Komunikasi itu sendiri. Jelas terlihat bahwa konvergensi hukum Telematika (hukum telekomunikasi, hukum media dan hukum informatika) sesungguhnya merupakan benturan paradigma hukum sebelumnya yang selanjutnya melahirkan suatu paradigma hukum yang baru. Benturan paradigma hukum tersebut juga membuat ketidakjelasan tentang siapa yang harus bertanggungjawab dan bagaimana pertanggungjawabannya jika terhadap penyelenggaraan sistem elektronik terjadi suatu kerusakan atau tidak bekerja sebagaimana mestinya sehingga mengakibatkan kerugian kepada pihak lain. Hal tersebut tidak dapat dengan mudah ditentukan karena begitu rumit atau kompleksnya hubungan para pihak yang mempunyai kontribusi terhadap penyelenggaraan sistem tersebut kepada publik.

Demikian pula halnya dengan keberadaan azas-azas ataupun prinsip-prinsip hukum yang berlaku, yang selama ini seolah-olah paradigma hukum dibatasi oleh batasan teritorial kini seakan semakin mengarah kepada universalitas akibat

² Stephen J. Kobrin. "Back to the Future: Neomedievalism and the Postmodern Digital World Economy", dalam buku *Globalization and Governance*, Aseem Prakash and Jeffrey A. Hart ed. (London: Routledge, 1999) 165-186.

³ Pada hukum telekomunikasi, fokus pengaturannya adalah pengaturan tentang penyelenggaraan sistem telekomunikasi yang baik yang menitik beratkan jaminan mutu pelayanan (*Quality Services*) dimana kerahasiaan berita atau informasi yang disampaikan dan diterima oleh para pihak harus dijamin oleh para pihak. Demi mencapai hal itu maka mekanisme penyelenggaraannya harus mendapatkan izin pemerintah.

⁴ Pada hukum media, fokus pengaturannya adalah penyelenggaraan media untuk demokrasi yang dijiwai dengan semangat keterbukaan informasi dan konstruksi hukumnya adalah penuangan hak azasi manusia dalam berekspresi dan menyatakan pendapat dimuka umum dengan jaminan netralitas media. Untuk mencapai hal itu mekanismenya adalah tidak diperlukan suatu izin dari pemerintah untuk penyelenggaraannya karena ia wujud dari kebebasan dan kedaulatan rakyat, kecuali untuk media elektronik penyiaran Radio dan TV yang menggunakan spektrum frekwensi.

⁵ Pada hukum informatika, fokus pengaturannya adalah sebagaimana layaknya hukum kearsipan dan dokumentasi perusahaan serta hukum konstruksi, dimana harus ada upaya untuk jaminan keakuratan dalam pengolahan dan ketersediaan informasi sebagaimana yang diharapkan dan ditentukan berdasarkan karakteristik informasi yang dibutuhkan, disertai dengan jaminan bahwa apa yang diproses, disimpan dan ditampilkan harus sebagaimana mestinya, terlepas apakah ia akan dirahasiakan atau ditampilkan. Yang jelas kaedah dasarnya adalah pertanggungjawaban terhadap penyimpanan informasi demi kepentingan pembuktian dibelakang hari.

keberadaan medium yang bersifat lintas batas (*cross border/borderless*). Seiring dengan globalisasi dan perdagangan bebas, sistem elektronik seakan telah memudarkan batasan-batasan yang ada berikut lingkup pembedaannya dimana aturan-aturan hukum itu sendiri juga seakan telah berevolusi seiring dengan arus modernisasi dan perkembangan zaman.⁶

Sesuai dengan karakteristiknya yang unik, dalam prakteknya telah berkembang beberapa istilah yang digunakan sebagai penamaan bidang hukum baru tersebut antara lain; *Lex Informatica*⁷, *Law of Cyberspace*⁸, *Cyber law*⁹, *Information and Communication Technology Law*, *Telematics Law*, *Internet Law*, *Electronics Law* dan lain sebagainya. Di Indonesia sendiri ada beberapa istilah yang sudah populer digunakan yakni Hukum Siber, Hukum Teknologi Informasi dan Hukum Telematika¹⁰. Meskipun tampaknya para ahli hukum belum sepakat untuk memilih satu istilah mana yang paling tepat dalam penamaan bidang tersebut, namun yang jelas setiap istilah tersebut tentunya adalah representasi dari suatu perspektif dalam melihat konvergensi itu sendiri. Relatif masih sedikit ahli hukum yang mengkaji dinamika hukum tersebut secara konsisten, baik epistemologi¹¹, ontology, axiology ataupun metodologinya, dalam rangka menghadirkannya sebagai suatu bidang kajian hukum yang baru. Mengingat sangat pentingnya peranan Telematika untuk peradaban manusia masa mendatang, maka mau tidak mau kajian hukum terhadap hal ini dalam konteks sistem hukum nasional Indonesia adalah suatu keharusan atau dapat dikatakan sebagai *conditio sine quanon*.

⁶ Wayne Sandholtz, "Globalization and the Evolution of Rules" dalam buku *Globalization and Governance*, Aseem Prakash and Jeffrey A. Hart, ed. (London: Routledge, 1999) 77-101.

⁷ Joel R. Reidenberg, "Lex Informatica: The formulation of Information Policy Rules Through Technology," *Texas Law Review.*, 76 *Tex. L. Rev.* 553.

⁸ Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* (New York: Basic Books, 1999) 63.

⁹ Abu Bakar Munir, *Cyber Law: Policy and Challenges*, (Singapore: Butterworths Asia., 1999) 15-33. Lihat Ahmad M. Ramli, "Pemanfaatan Teknologi Informasi Untuk Perbuatan Melawan Hukum", dalam Mieke Komar Kantaatmadja, *Cyberlaw: Suatu Pengantar*, (Jakarta: ELIPS II, 2002). lihat juga Edmon Makarim, *Kompilasi Hukum Telematika*, (Jakarta: Rajawali Pers, September 2003) 3.

¹⁰ Istilah telematika telah menjadi istilah resmi sejak dibentuknya Tim Koordinasi Telematika Indonesia sebelum era reformasi bergulir berdasarkan Keppres No.30 Tahun 1997 yang selanjutnya dengan Inpres No.6 Tahun 2001 maka istilah Hukum Telematika telah menjadi istilah resmi untuk penamaan bidang hukum baru ini selain istilah *cyberlaw*.

¹¹ "Epistemology", <www.wikipedia.com> diakses tanggal 1 Agustus 2006 pukul 15.00 [Epistemology is the branch of philosophy that studies the nature of knowledge; its pre-suppositions and foundations, and its extent and validity].

Faktanya, hampir semua bangsa dan negara telah berupaya sedapat mungkin untuk menjelmakan sistem elektronik tersebut dalam semua sektor kehidupannya. Pada masa depan nanti diharapkan semua bangsa dan negara akan dapat melakukan semua hubungan hukumnya secara elektronik, tidak hanya ditujukan untuk lingkup privat melainkan juga untuk lingkup layanan publiknya. Oleh karena itu, dewasa ini, isu tentang “*e-readiness*” menjadi suatu kunci penting bagi setiap bangsa untuk lebih memantapkan lagi eksistensi bangsa tersebut kepada peradaban manusia masa mendatang.

Untuk menjawab tantangan dan tuntutan akan terselenggaranya infrastruktur informasi global maupun nasional, bangsa Indonesia telah melalui sejarah yang cukup panjang. Awalnya, relatif Indonesia adalah negara pertama di kawasan Asia Tenggara yang telah menggunakan komputer dalam sistem transportasi perkeretaapiannya sejak zaman Hindia-Belanda dan merupakan pemilik satelit pertama dikawasan Asia Tenggara, namun belakangan Indonesia justru menjadi bangsa yang relatif terlambat mengembangkan teknologi informasi dan komunikasinya secara holistik.

Berawal dengan dibentuknya Tim Koordinasi Telematika Indonesia berdasarkan Keppres No. 30 Tahun 1997 sampai dengan tahun Keppres No.9 Tahun 2003, Pemerintah telah beberapa kali merubah kebijakannya. Dengan menggulirkan Inpres No.6 Tahun 2001 tentang Pengembangan dan Pendayagunaan Telematika, Pemerintah c.q. Bapenas sebelumnya juga pernah mencanangkan pengembangan Kerangka Teknologi Informasi Nasional (*National IT Framework*) yang menekankan pembangunan sistem informasi dalam lima pilar besar, yakni *E-Democracy*, *E-Society*, *E-Commerce*, *E-Education* dan *E-Government*. Setelah itu, Pemerintah c.q. Menteri Negara Komunikasi dan Informatika sebagai menteri yang diberikan kewenangan untuk melakukan koordinasi dalam bidang ini, juga telah mencoba lebih mengkonkritkan hal tersebut dengan mengidentifikasi keberadaannya sebagai pengembangan SISFONAS (Sistem Informasi Nasional) yang akan terkait erat dengan pengembangan sisfonas secara sektoral pada setiap kementerian dan kelembagaan negara lainnya.

Selanjutnya, pemerintah juga telah mengeluarkan Instruksi Presiden No.3 Tahun 2003 tentang Kebijakan dan Strategi Nasional Pengembangan E-government untuk mewujudkan penyelenggaraan sistem pemerintahan yang baik. Terakhir, Presiden RI langsung melibatkan diri sebagai Ketua Pengarah dari Dewan Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional ("Dewan TIK Nasional") berdasarkan Keppres No.20 Tahun 2006 tentang Dewan Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional ("Keppres DETIKNAS"), yang selanjutnya secara teknis operasional dimotori oleh Menteri Komunikasi dan Informatika selaku Ketua Hariannya.

Berdasarkan diktum ketiga Keppres DETIKNAS tersebut ditetapkan bahwa Dewan TIK Nasional mempunyai tugas:

- (a) Merumuskan kebijakan umum dan arahan strategis pembangunan nasional, melalui pendayagunaan teknologi informasi dan komunikasi;
- (b) Melakukan pengkajian dalam menetapkan langkah-langkah penyelesaian permasalahan strategis yang timbul dalam rangka pengembangan teknologi informasi dan komunikasi;
- (c) Melakukan koordinasi nasional dengan instansi Pemerintah Pusat/Daerah, Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah, Dunia Usaha, Lembaga Profesional, dan komunitas teknologi informasi dan komunikasi, serta masyarakat pada umumnya dalam rangka pengembangan teknologi informasi dan komunikasi;
- (d) Memberikan persetujuan atas pelaksanaan program teknologi informasi dan komunikasi yang bersifat lintas departemen agar efektif dan efisien.¹²

Dalam menjalankan tugas pokoknya untuk memberikan rekomendasi tentang kebijakan pengembangan TIK yang efisien dan efektif di Indonesia, DETIKNAS telah menetapkan 7 (tujuh) program utama TIK yang disebut sebagai '*Flagship Program*'. Ketujuh *Flagship Program* tersebut adalah meliputi: (i) e-Pendidikan, (ii) e-Procurement, (iii) National Single Window, (iv) e-Anggaran, (v) Nomor Identitas Nasional, (vi) Palapa Ring, dan (vii) Legalisasi Software. Masing-masing *Flagship Program* tersebut memiliki pola *owner-member* atau siapa yang akan bertanggung jawab selaku *leader* dalam mengelola pengembangan TIK tersebut. Seiring dengan itu, Pemerintah juga mengembangkan kebijakan untuk pengembangan sistem elektronik administrasi pemerintahan (*Electronic Government*) dan juga pengembangan nomenklatur

¹² Diktum Ketiga Keputusan Presiden RI No.20 Tahun 2006 tentang Dewan Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional.

jabatan *Chief Information Officer* untuk mengefektifkan kepemimpinan dalam pembangunan TI pada masing-masing instansi.

Sehubungan dengan itu, pada tanggal 21 April 2008 telah diundangkan Undang-Undang No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (“UU-ITE”), dan tak lama kemudian pada tanggal 30 April 2008 juga diundangkan Undang-Undang No.14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik (“UU-KIP”). Kedua Undang-Undang tersebut berpengaruh besar terhadap penyelenggaraan sistem elektronik dalam lingkup pemerintahan, dan merupakan langkah penting bagi bangsa Indonesia sebagai suatu negara demokrasi modern terbesar ke tiga dalam upaya menjelmakan sistem elektroniknya untuk kepentingan publik.

Pasal 7 ayat (3) UU KIP telah memberikan kewajiban bagi setiap Badan Publik untuk membangun dan mengembangkan sistem informasi dan dokumentasi untuk mengelola Informasi Publik secara baik dan efisien sehingga dapat diakses dengan mudah oleh Publik. Sementara Pasal 15 ayat (1) UU ITE, telah memberikan kewajiban bagi setiap penyelenggara untuk menyelenggarakan Sistem Elektroniknya secara andal dan aman serta bertanggung jawab terhadap beroperasinya Sistem Elektronik sebagaimana mestinya. Selanjutnya dalam ayat (2) dan (3), dinyatakan bahwa Penyelenggara Sistem Elektronik bertanggung jawab terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektroniknya, kecuali dapat dibuktikan terjadinya keadaan memaksa, kesalahan, dan/atau kelalaian pihak pengguna Sistem Elektronik.

Selanjutnya timbul pertanyaan sebagai konsekwensi dari rumusan Pasal 15 UU ITE tersebut, apakah dalam prakteknya nanti, pola pertanggungjawaban penyelenggara sistem elektronik akan didasarkan atas prinsip tanggung jawab atas kesalahan (*liability based on fault*), tanggung jawab atas kelalaian (*negligence*) ataukah prinsip tanggung jawab tanpa kesalahan (*strict liability*)? Dalam UU ITE, prinsip apa yang dianut dalam menentukan tanggung jawab tersebut, tidak dinyatakan secara tegas, oleh karena itu sangat diperlukan kajian disertasi ini untuk dapat melihat prinsip apa yang dapat diterapkan dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik tersebut.

Kebijakan dan pengaturan yang lebih holistik dan sistemik sedang terus dikembangkan oleh pemerintah yang pada hakekatnya adalah demi terciptanya suatu tata kelola yang baik dalam penyelenggaraan sistem elektronik tersebut (*good governance for electronic system*, atau menurut penulis dapat juga disingkat sebagai *good electronic governance*) untuk melindungi kepentingan publik. Pada tanggal 19 Nopember 2007 Pemerintah cq Menteri Komunikasi dan Informatika ("Menkominfo") selaku Ketua Harian Detiknas yang juga telah mengeluarkan Peraturan Menteri Kominfo No.41/PER/MEN.KOMINFO/11/2007 tentang Panduan Umum Tata Kelola Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional.¹³

Seiring dengan upaya yang telah dilakukan Pemerintah itu, dalam prakteknya telah cukup banyak pembelajaran hukum yang terjadi dalam penerapan TI, baik yang terjadi pada sistem informasi suatu korporasi, maupun pada sistem pemerintahan dalam melakukan layanan publiknya. Mulai dari kasus terhentinya layanan sistem trading di Bursa Efek Jakarta akibat jalur kabel yang tergigit tikus, pembangunan situs resmi www.indonesia.go.id yang menampilkan informasi Lembaran Negara yang tidak lengkap dan tidak terjamin keutuhan isinya, pembangunan situs Pemda yang tidak dibangun dengan baik dan cenderung menjadi ajang KKN, sampai dengan permasalahan penerapan TI oleh Komisi Pemilihan Umum ("KPU") yang tidak hanya terjadi pada periode pemilu 2004 yang lalu melainkan juga pada tahun 2009 ini.¹⁴ Baru-baru ini, juga tengah

¹³ Peraturan Menteri yang berisi Pedoman tentang *IT Governance* ini secara eksplisit menyatakan merujuk kepada dokumen standarisasi yang berlaku dalam praktek dan dilandasi oleh semangat *best practices*, namun pedoman ini tidak merujuk kepada ketentuan hukum nasional untuk melihat kepatuhan hukum dalam penerapan teknologi informasi..

¹⁴ Dalam penerapan TI di KPU pada tahun 2003, paling tidak terdapat beberapa permasalahan penting antara lain; (i) legalitas penerapan TI karena Manajemen KPU tidak membuat Surat Ketetapan Kebijakan Pengembangan Teknologi Informasi, (ii) desain sistem yang diimplementasikan ternyata tidak sebagaimana desain sistem yang direncanakan oleh konsultan sebagaimana yang dinyatakan dalam situs KPU itu sendiri, (iii) sistem yang telah dikembangkan tidak diaudit dulu oleh profesional penunjang bidang TI (IS auditor), (iv) pengembangan sistem untuk layanan publik ternyata tidak dilakukan oleh SDM yang mempunyai kompetensi yang layak sehingga ditemukan kesalahan perancangan dan kesalahan pemasukan data yang selanjutnya diperbaiki secara langsung tanpa mengindahkan historikal data yang baik. Hal ini menjadi semakin bertambah buruk akibat arogansi dan resistensi anggota KPU dalam menjawab *negative-feedback* dari komunitas TI sehingga secara tidak langsung merangsang para hacker untuk membuktikan adanya kerentanan dalam sistem tersebut. Pada kasus TI-KPU tersebut, pertanggungjawaban hukum baru hanya ditegakan kepada *hacker* yang menjebol situs, tetapi belum kepada si penyelenggara yang juga seharusnya dapat dituntut pertanggung jawaban karena tidak memperhatikan akuntabilitas sistem tersebut. Kasus pemanfaatan TI-KPU kembali merebak dalam Pemilu Legislatif 2009 dimana secara umum permasalahannya adalah hampir sama, bahkan ditambah dengan kesalahan pemilihan teknologi yang tidak sesuai dengan kompetensi

merebak kasus dugaan korupsi terkait Penyelenggaraan Sistem Elektronik untuk layanan publik yang diselenggarakan berdasarkan tugas pokok dan fungsi Departemen Hukum dan HAM, yaitu Sistem Administrasi dan Layanan Badan Hukum (SISMINBAKUM). Semua permasalahan tersebut telah memperlihatkan bahwa tanggung jawab untuk menerapkan tata kelola sistem informasi yang baik (*IT Governance*) ternyata masih menjadi pertanyaan besar di Indonesia.¹⁵

Dalam rangka menyiapkan infrastruktur informasi yang lebih efisien dan efektif, banyak negara dalam perkembangannya dewasa ini juga telah memberikan kesempatan swasta yang lebih besar dalam pembangunan infrastruktur pentingnya (*critical infrastructures*), yang dikenal dengan istilah 'Public-Private Partnership,' selanjutnya disingkat dengan 'PPP'. Disamping banyak manfaat yang dapat diperoleh oleh Pemerintah dan Swasta dari penerapan PPP ini, pola ini juga menyimpan permasalahan hukum yang cukup rumit di belakang hari, khususnya manakala penyelenggaraan sistem layanan publik tersebut ternyata tidak bekerja sebagaimana mestinya (*malfunction*) atau bahkan menimbulkan kerugian kepada publik. Menjadi pertanyaan besar, siapakah pihak yang harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut, dan sejauhmanakah tanggung jawab penyelenggara sistem elektronik tersebut kepada publik atau kepada pihak-pihak yang dirugikannya?

Penelitian hukum untuk memerinci tanggung jawab hukum dalam kaitannya dengan tata kelola teknologi informasi yang baik, sampai saat ini masih belum ada yang melakukan kajian tersebut. Penelitian-penelitian sebelumnya lebih berorientasi kepada sisi teknologi dan manajemennya, antara lain yang dilakukan oleh Fakultas Ilmu Komputer, yang lebih banyak melihat sisi penerapan teknologi informasinya dan pendekatan organisasi dan manajemen (*IT Governance*). Mereka melakukan pendekatan *bottom-up* yang berbeda dengan pemerintah yang

masyarakatnya. Sistem input yang menggunakan ICR ternyata malah menjadi tidak efektif karena banyak panitia yang tidak mengisinya dengan benar. (dirangkum dari berbagai sumber).

¹⁵ Dalam kasus SISMINBAKUM, dugaan korupsi dilayangkan karena adanya pungutan *access fee* oleh pihak swasta yang bekerjasama dengan Koperasi Depkumham untuk menyelenggarakan urusan rutin Depkumham. Dalam praktek penyelenggaraannya didapati kejanggalan, bahwa selain keberadaan backup data yang disimpan dan dikuasai oleh pihak swasta, ternyata Hak intelektual terhadap Sisminbakum pun justru dimiliki oleh swasta bukan oleh pemerintah, sementara keberadaan swasta tersebut adalah dibentuk dalam rangka menjalankan urusan tersebut (dirangkum dari berbagai sumber dan hasil wawancara dengan penuntut umum).

telah melakukannya dengan pola *top-down*. Secara bertahap mereka melakukannya dalam tiga *batch*. *Batch* Pertama mengkaji tentang *IT Balanced Scorecard* dan *IT Strategy Maps* atau dengan kata lain adalah kerangka dasar dalam *IT Governance*. *Batch* Kedua adalah mengkaji tentang dasar-dasar teori, dan selanjutnya *Batch* Ketiga tentang hubungan asosiasi atau hubungan sebab akibat yang selanjutnya akan dikonstruksikan menjadi suatu hipotesa terhadap penerapan *IT Governance* di Indonesia.¹⁶

Pada sisi lain, penelitian hukum tentang teknologi informasi dan *cyberspace* tampaknya lebih banyak melihat kepada aspek pemanfaatannya dalam konteks perdagangan (*electronic commerce*) dan sisi penyalahgunaannya (*cyber crime*). Yang cukup menarik baru-baru ini adalah penelitian untuk disertasi dari Arsyad Sanusi tentang Konvergensi Hukum dan Teknologi Informasi dalam Pembentukan Rancangan Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (RUU-ITE)¹⁷, yang lebih banyak menguraikan sisi respon hukum terhadap perkembangan Teknologi Informasi dan aspek perancangan undang-undangnya, tetapi belum kepada isu tentang pertanggung-jawaban hukum terhadap akuntabilitas sistem tersebut dan bagaimana sistem hukum nasional yang berlaku dapat menjadi pedoman dalam melihat suatu tata kelola sistem elektronik yang baik. Hal ini tentunya sangat penting untuk dikaji, karena terjadinya suatu tindak pidana *cybercrime* tidak hanya karena adanya niat si pelaku semata, melainkan juga karena terbukanya kesempatan yang luas untuk melakukan tindakan itu. Oleh karena itu diperlukan aturan tentang penerapan tata kelola yang baik bagi setiap penyelenggara guna memperkecil peluang terjadinya penyalahgunaan tersebut.

Untuk menjawab segenap permasalahan hukum yang terkait dengan pemanfaatan Teknologi Informasi dan Komunikasi, sangatlah penting untuk dikaji bagaimana sistem hukum nasional yang berlaku dapat memberikan standar penyelenggaraan untuk menjamin akuntabilitas sistem informasi dan sistem komunikasi itu sendiri demi kepentingan publik. Bagaimana kaedah hukum yang

¹⁶ "Usulan Penelitian tentang Tata Kelola Teknologi Informasi Nasional Dalam Rangka Good Public & Corporate Governance," Laboratorium IT Governance Fakultas Ilmu Komputer Universitas Indonesia, (Jakarta, Fasilkom UI, September 2007).

¹⁷ M. Arsyad Sanusi, Konvergensi Hukum dan Teknologi Informasi dalam Pembentukan Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik, Disertasi., Program Doktorat Ilmu Hukum (Pasca Sarjana FHUI, 2007).

terkait dengan penerapan sistem informasi itu dapat menjadi ukuran atau patokan adanya penerapan prinsip upaya terbaik, tidak hanya dalam hal sistem elektronik yang digunakan untuk sistem perdagangan melainkan juga terhadap sistem elektronik yang dikembangkan untuk pelayanan publik.

Seiring dengan itu, secara internasional PBB juga telah mengeluarkan resolusi untuk memerangi kejahatan yang dilakukan melalui sistem elektronik (komputer dan internet).¹⁸ Resolusi tersebut pada dasarnya meminta semua negara untuk mengkriminalisasikan segala macam tindakan penyalahgunaan teknologi informasi yang sangat membahayakan sistem elektronik global sebagai sarana komunikasi dan informasi seluruh bangsa di dunia. Konvensi tersebut secara tegas juga memperhatikan isu yang dibahas dalam konvensi masyarakat eropa tentang cybercrime yang selanjutnya dikenal sebagai Budapest Treaty 23 November 2001 tentang *Convention on Cybercrime*.¹⁹

Pada sisi yang lain, demi melancarkan perdagangan internasional, maka selain UNCITRAL telah mengeluarkan Model Law untuk *Electronic Commerce* dan *Electronic Signatures*, mereka juga pada tanggal 9 Desember 2005 telah mengeluarkan konvensi internasional tentang penggunaan komunikasi elektronik untuk perdagangan internasional (*United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*)²⁰ yang secara tidak langsung telah memaksa para negara berkembang untuk mengaksesnya dengan tanpa hak reservasi terhadap satu Pasalpun.

¹⁸ United Nations, Resolution adopted by General Assembly., Combating the criminal misuse of information technologies, (Geneva: 22 January 2001).

¹⁹ Konvensi Budapest ini membahas tidak hanya aspek pidana materil (*substantive law*) melainkan juga aspek pidana formilnya (*procedural law*). Secara substantif cybercrime dikategorikan tindakan kedalam 4 hal, yakni (1) tindakan pidana yang menyerang kerahasiaan, integritas dan ketersediaan data dan sistem komputer, mencakup; *illegal access, illegal interception, data interference, system interference*, dan *misuse of devices*; (2) tindakan pidana yang terkait dengan komputer, mencakup (i) pemalsuan dengan komputer (*computer related forger*) dan (ii) penipuan dengan computer (*computer related fraud*); (3) Tindak pidana yang terkait dengan Isi/Content, mencakup pornografi anak, (4) Tindak pidana terkait dengan Hak Cipta, dan (5) kewajiban pelayanan/*ancillary services* dan sanksinya, mencakup (i) tindakan pembantuan atau penyertaan, (ii) tanggung jawab korporasi, dan (iii) jenis-jenis pembedaan. Selanjutnya secara prosedural, negara anggota diminta untuk membuat aturan yang memungkinkan kerjasama dalam melakukan pengamanan data komputer antar negara termasuk pengeledahan, pemeriksaan dan penyitaan baik *on-line* maupun *off-line* sampai dengan penentuan yurisdiksinya.

²⁰ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, (Geneva, 2005), <<http://www.uncitral.org/index.html>>, Diakses pada tanggal 1 Oktober 2006.

Ironisnya, semua pandangan yang mendasari perumusan ketentuan hukum dalam konvensi internasional tersebut kebanyakan didominasi oleh pandangan negara maju selaku produsernya, sehingga tampaknya fokus konsentrasi pengaturannya adalah kepada pertanggungjawaban dari pihak-pihak yang menjadi pengguna bukan pertanggungjawaban pelaku usaha yang menggerakkan industrinya itu sendiri untuk mengembangkan dan menyelenggarakan sistemnya sebaik mungkin.

Prinsip penerapan yang terbaik (*best practices*) adalah hal yang sangat penting yang sering dikemukakan oleh para teknolog, terutama pada saat suatu sistem informasi dan/atau sistem komunikasi berinteraksi dengan kepentingan publik itu sendiri. Dengan kata lain, yang menjadi kata kunci dalam melihat dampak hukum dari keberadaan suatu sistem informasi seharusnya adalah sejauhmana aspek akuntabilitas sistem atau "*trustworthines*" dari sistem informasi itu sendiri.

Dalam penelitian ini promovendus memfokuskan kajian kepada sisi pertanggungjawaban hukum penyelenggara terhadap penyelenggaraan sistem elektronik, khususnya untuk melakukan penerapan prinsip tata kelola yang baik. Dengan kata lain, analisisnya adalah dalam rangka melihat sisi akuntabilitas sistem itu sendiri, khususnya terhadap penyelenggaraan sistem yang melibatkan kerjasama administrasi negara dan pihak swasta dalam suatu sektor tertentu, dengan melihat serta meletakkannya dalam wacana dan perspektif konvergensi hukum Telematika, dan memperhatikan apa yang telah terjadi dan apa yang perlu diperbaiki untuk kesempurnaannya di masa depan.

Untuk lebih memfokuskan kajian disertai, maka sektor tertentu yang dipilih adalah program pemerintah untuk mengembangkan *Indonesian National Single Windows* (INSW) berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 10 Tahun 2008 tentang Penggunaan Sistem Elektronik Dalam Kerangka *Indonesia National Single Windows*. Dalam konteks INSW, penyelenggara negara mengembangkan suatu layanan publik yang digunakan untuk kepentingan sistem perdagangan yang tidak hanya dalam lingkup lokal, melainkan juga regional dan global. Indonesia harus menjalankan komitmen untuk mengharmonisasikan hukumnya dengan hukum negara lain demi kepentingan perdagangan dan kelancaran arus barang secara

regional dalam ASEAN berdasarkan *Agreement to Establish and Implement the ASEAN Single Windows*, dan berikutnya juga dalam lingkup regional Asia Pacific (APEC), *APEC Single Windows*.

Diharapkan kajian ini akan dapat memperlihatkan bagaimana sebenarnya kerangka hukum dalam penyelenggaraan sistem informasi yang baik dan bagaimana pertanggung jawaban hukumnya kepada publik, sehingga akan terlihat adanya suatu patokan/pedoman untuk penerapan suatu tata kelola yang baik pada suatu sistem elektronik sesuai dengan sistem hukum nasional yang berlaku.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan semua uraian tersebut di atas, pokok masalah yang diteliti dapat dirumuskan sebagai berikut;

1. Bagaimanakah perkembangan teori tentang tata kelola yang baik (*good governance*) dalam penyelenggaraan sistem elektronik?
2. Bagaimanakah tanggungjawab hukum penyelenggara sistem elektronik, khususnya yang digunakan untuk pelayanan publik berdasarkan sistem hukum nasional yang berlaku?
3. Bagaimanakah formulasi standar pemeriksaan hukum untuk melihat tanggung jawab hukum penyelenggara terhadap terselenggaranya tata kelola sistem informasi yang baik dalam konteks sistem hukum nasional?
4. Bagaimanakah tanggung jawab penyelenggara berdasarkan penerapan formulasi standar pemeriksaan hukum tersebut dalam konteks Indonesian National Single Windows (INSW) ?

C. Tujuan dan Manfaat Penelitian

Secara umum, tujuan penelitian disertasi ini adalah untuk mengkaji kepentingan hukum publik, khususnya terhadap akuntabilitas terhadap sistem informasi itu sendiri, sehingga diharapkan dapat memperlihatkan secara jelas kerangka hukum yang terkait dengan penyelenggaraan suatu sistem informasi

yang ditujukan untuk pelayanan publik dan/atau sistem informasi yang ternyata berdampak kepada kepentingan publik itu sendiri.

Secara teoritis, selain untuk memperjelas kajian pembedaan hukum telematika dalam konteks penerapan sistem elektronik, penelitian ini diharapkan dapat menambah khasanah pemikiran hukum dan/atau bahkan mengembangkan sistem hukum nasional itu sendiri agar dapat mengakomodir keberadaan suatu sistem informasi dan komunikasi elektronik untuk kepentingan bangsa dan negara baik untuk masa kini maupun masa mendatang .

Secara praktis, paling tidak manfaat dari penelitian ini adalah agar seluruh masyarakat baik yang berdisiplin hukum maupun non-hukum dapat mengetahui sejauhmana konsekwensi hukum terhadap penyelenggaraan sistem informasi dan komunikasi yang dikembangkannya dalam melakukan hubungan hukum dengan pihak lain. Lebih jauh dari itu, manfaat besar yang akan dapat diambil dari disertasi bagi para praktisi adalah adanya patokan bagi mereka (yaitu standar pemeriksaan yang merupakan wujud formulasi hasil penelitian), dalam melakukan pemeriksaan hukum terhadap suatu sistem informasi dan komunikasi elektronik guna mencegah permasalahan hukum di belakang hari.

Tujuan praktis dari penelitian ini adalah ntuk menjawab pokok permasalahan, sebagai berikut;

1. Untuk mengetahui bagaimana perkembangan teori tentang tata kelola yang baik dalam penyelenggaraan sistem elektronik, baik berdasarkan doktrin maupun berdasarkan praktek bisnis yang berkembang.
2. Untuk mengetahui bagaimana pertanggungjawaban penyelenggara sistem elektronik, berikut benturan kepentingan para pihak yang terkait dengan proyek pembangunan dan penyelenggaraan sistem informasi (Pengembang, Penyelenggara, Pengguna, dan Pembina atau Pengawas) berdasarkan sistem hukum nasional yang berlaku?.
3. Untuk mengetahui bagaimana formulasi standar pemeriksaan hukum terhadap penyelenggaraan tata kelola sistem informasi yang baik dalam konteks sistem hukum nasional Indonesia.

4. Untuk mengetahui bagaimana pertanggungjawaban penyelenggara sistem elektronik dengan penerapan formulasi standar pemeriksaan hukum tersebut terhadap proyek Indonesian National Single Windows.

D. Kerangka Teori dan Konsep

D.1. Kerangka Teori

Penelitian ini menerapkan teori-teori tentang hukum untuk menganalisis data dan permasalahan yang ditemukan. Teori hukum mempunyai fungsi untuk menerangkan atau menjelaskan, menilai dan memprediksi serta mempengaruhi hukum positif, misalnya menjelaskan ketentuan yang berlaku, menilai suatu peraturan atau perbuatan hukum dan memprediksi hak dan kewajiban yang akan timbul dari suatu hubungan hukum yang terjadi. Teori hukum tersebut akan digunakan sebagai patokan untuk menguraikan analisa permasalahan dengan memperhatikan fakta-fakta dan filsafat hukum yang berkembang dengan tetap memperhatikan sifat dasar (*nature*) ataupun karakteristik khusus dari sesuatu hal yang diletakkan sebagai obyek kajiannya.

Dalam penelitian ini, untuk mengetahui penerapan *Good governance* dalam konteks pemanfaatan Teknologi Informasi ("*IT governance*"), terlebih dahulu diuraikan bagaimana paradigma hukum terhadap prinsip-prinsip tata kelola yang baik (*good-governance*) dalam lingkup korporasi maupun dalam lingkup pemerintahan. Setelah dilakukan pengkajian terhadap esensi dari *Good governance* tersebut dan dilakukan penerapannya dalam konteks penerapan TI menjadi suatu sistem elektronik, kemudian dilihat apakah tata-kelola yang akan diterapkan memang telah mengharmonisasi semua kepentingan yang ada (*stakeholders*), sehingga perlu dipahami bagaimana benturan kepentingan yang terjadi dalam penyelenggaraan sistem elektronik itu.

Berikutnya, mengingat informasi dan komunikasi merupakan barang umum (*common good*) yang dibutuhkan oleh semua orang (*social primary goods*), perlu dilihat sejauhmana pertanggungjawaban hukum penyelenggara sistem elektronik tersebut kepada publik, khususnya dalam paradigma *interactive justice*. Sekiranya terdapat sesuatu hal yang merugikan publik atau suatu pihak tertentu,

maka untuk melihat tanggungjawab hukum penyelenggara sistem elektronik tersebut, diterapkan teori-teori tentang perbuatan melawan hukum dalam konteks teknologi informasi, khususnya dalam hal penerapan tanggung jawab berdasarkan kesalahan (*liability based on fault*), kelalaian (*negligence*) atau tanggung jawab hukum tanpa kesalahan yang disebut juga sebagai tanggung jawab hukum mutlak (*strict liability*). Untuk memperjelas tanggung jawab hukum tersebut maka dibangunlah suatu usulan standar pemeriksaan hukum yang diharapkan dapat menjadi patokan untuk melakukan penilaian terhadap aspek pertanggungjawaban hukum. Akhirnya, hal tersebut secara konkrit akan diterapkan dalam mencermati proyek pengembangan sistem elektronik untuk pelayanan publik, yang dalam hal ini promovendus memilih proyek INSW karena keunikannya yang melibatkan beberapa otoritas publik selaku penyelenggaranya.

D.1.a. Teori Keadilan Interaktif (*Interactive Justice*).

Teori hukum utama yang akan digunakan adalah teori hukum tentang adanya suatu kewajiban hukum atau pertanggung jawaban hukum (*legal responsibilities*) terhadap setiap tindakan interaktif antara manusia. Dengan kata lain adalah suatu tanggung jawab setiap orang kepada orang lain sebagai konsekwensi hukum adanya penghargaan yang sama terhadap kebebasan eksternal setiap orang (*right to equal external freedom*).²¹

It is generally assumed that the basic purpose of law is or should be the implementation of justice: the creation and maintenance of those conditions that are properly specifiable by law for the flourishing and fulfillment of each person in the community as a free and equal rational being. This flourishing depends upon the promotion of each person's equal freedom, which has an internal aspect and an external aspect. The internal aspect, which law cannot and should not attempt to control, is a matter of personal virtue—one's shaping and living one's life by choosing and acting in accordance with the morally proper ends. The external aspect, which is the proper concern of justice and law, is one's practical exercise of one's freedom in the external world, which must be consistent with the equal external freedom of every other person. As Kant put it in his supreme principle of Right: "[S]o act externally that the free use of your choice can coexist with the freedom of everyone in accordance with a universal law."

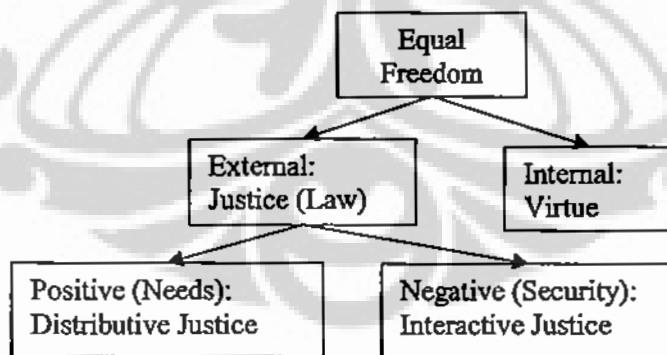
Richard Wright mengkritisi kesalahpahaman yang terjadi di kalangan para pemikir hukum sebelumnya yang lebih mempopulerkan istilah *Corrective Justice*

²¹ Richard W. Wright, "Grounds And Extent Of Legal Responsibility," *San Diego Law Review*, 2003, 40 San Diego L. Rev. 1425.

atau *Rectificatory Justice* ketimbang istilah yang semestinya yakni *Interactive Justice* yang didefinisikannya sebagai kebebasan negatif seseorang kepada orang lain dalam hubungan interaksinya satu sama lain. Alasan yang dikemukakannya adalah karena dalam pemaknaan dan penerapannya istilah "corrective justice" seakan hanya melihat kepada pemulihan hak atau hak korektif setelah kejadian saja tanpa melihat sifat dasar kejadian itu sendiri dan upaya pencegahannya, halmana seharusnya pengertian seperti itu seharusnya juga termasuk dalam lingkup penerapan *Distributive Justice*, padahal semestinya kedua hal tersebut mempunyai pengertian dan penerapan yang berbeda.²²

I use the term "interactive justice" instead of the usual term, "corrective justice," since the former term is much more informative and precise in conveying the distinct nature and domain of this type of justice, whereas the latter term almost always misleads people into one or both of two related misconceptions: (1) that "corrective" justice is concerned solely with the correction of wrongful injuries and has nothing to say about the nature of the underlying wrongs or the prevention of their occurrence, and (2) that it is merely a remedial corollary of distributive justice which corrects deviations from the distributively just distribution. Distributive justice and interactive justice separately address the two fundamental problems of human existence, and they employ quite different criteria of equality to resolve those problems. Together, they seek to assure the attainment of the common good (the full realization, to the extent practicable, of each person's humanity) by providing each person with her fair share of the social stock of instrumental goods (positive freedom via distributive justice) and by securing her person and her existing stock of instrumental goods from interactions with others that are inconsistent with her status as a rational being with equal, absolute moral worth (negative freedom via interactive justice)]

Selanjutnya, Wright menggambarannya hubungan antara *distributive justice* dengan *interactive justice* dalam diagram berikut ini.



Gambar 1.1: Interactive Justice

Wright melihat bahwa keberadaan kompensasi memainkan peranan penting dalam *interactive justice* untuk melindungi setiap orang dari interaksi

²² Richard Wright, "The Principles of Justice", 75 *Notre Dame Law Review* 1859 (2000).

yang merugikan (*harmful interaction*), yang umum diterapkan dalam Perbuatan Melawan Hukum (*Tort Law*) dan Hukum Kontrak serta Hukum Pidana. Pada esensinya, Wright berpendapat bahwa tanggung jawab hukum dalam pidana dan perdata adalah sama yakni memberikan sanksi terhadap pihak yang melakukan tindakan yang merugikan tersebut. Jika dalam perdata tindakan yang salah diistilahkan dengan "*private wrongs*" yang melanggar kontrak dan kepemilikan (*property*) seseorang, maka dalam pidana dikenal dengan istilah "*public wrongs*" yang merupakan kesalahan terhadap martabat seseorang (*dignity*), norma masyarakat dan ketertiban umum (*public peace and order*).

Wright juga berpendapat bahwa untuk mengetahui limitasi dari suatu pertanggungjawaban hukum dalam konteks perdata sangatlah ditentukan dari ada atau tidaknya suatu standar objektif tertentu (*specified standard of conduct*) untuk menjadi dasar penilaian.²³ Oleh karena itu, Wright, memformulasikan 3 (tiga) standard untuk melihat limitasi suatu pertanggungjawaban dalam konteks perbuatan melawan hukum (*tort*), yakni (i) *no-worse-off limitation*, (ii) *superseding cause limitation*, dan (iii) *risk play-out limitation*.

Dalam *no-worse-off limitation*, tidak ada pembatasan tanggung jawab terhadap suatu perbuatan melawan hukum jika jelas adanya suatu kesalahan dan yang mempunyai kontribusi langsung berdasarkan azas kausalitas terhadap suatu kerugian. Dalam hal ini, Wright mengkritisi keberadaan Restatement article 431 dan 432 tentang persyaratan "*promixate cause*" dan "*substantial factor*" yang sering banyak salah diterapkan oleh para hakim di AS karena kurang memahami sifat natura dari suatu kejadian. Ia menawarkan metode untuk mencari terlebih dahulu elemen-elemen yang ada (*using the necessary element of a sufficient set/NESS test*) kemudian melihat sejauhmana faktor signifikansi dari setiap

²³ Ibid. [Since the nondiscrete harm to everyone in society results from or is constituted by the criminal's blameworthy disregard of the rules of social order, one of the usual basic elements of a crime is the *mens rea* requirement, which focuses on the state of mind of the criminal defendant. Criminal liability generally is not imposed if the defendant did not have the required culpable state of mind. This is not true in tort law (or contract law). Unlike the typical crime, the typical tort is a "wrong" not in the sense of a morally blameworthy deed, but rather in the sense of having harmed another's person or property as a result of conduct that failed to conform with some objectively specified standard of conduct that was established to promote everyone's equal external freedom].

elemen tersebut sebagai penentu kejadian yang menimbulkan kerugian.²⁴ Jika elemen dari si tergugat memang berdiri sendiri sebagai penyebab kejadian maka ia harus bertanggungjawab.

Dalam pendekatan yang Kedua, *superseding cause limitation*, Wright mengkritisi Restatement (Second) section 441 (1) dan 442²⁵ dengan membuat sintesisnya sebagai berikut:

A superseding cause is an actual cause of the plaintiff's injury that (1) intervened between the defendant's tortious conduct and the plaintiff's injury, (2) was a necessary (but-for) cause of the plaintiff's injury, and (3) was highly unexpected.

Menurut Wright, unsur yang kedua dan ketiga sangat kritis karena terkesan membebaskan tanggung jawab tergugat, meskipun ada intervensi penggugat yang mengakibatkan kerugian tergugat hanya karena tindakan tersebut tidak diharapkan oleh si tergugat. Hal ini mengakibatkan ketidakjelasan karena seharusnya dilihat dulu mana tindakan yang *independent* dan mana yang *dependent* terhadap kerusakan/kerugian yang terjadi. Jika tindakan itu adalah *dependent* maka seharusnya si tergugat tidak dapat melepaskan tanggung jawabnya.

Dalam pendekatan yang Ketiga, *risk play-out limitation*, Wright mengkritisi pendekatan sebelumnya yakni pendekatan *harm-risk limitation* yang harus membuktikan adanya unsur kesesuaian antara kerugian dengan resiko yang telah

²⁴ "The Restatements' basic section on legal cause, section 431, states: The actor's negligent conduct is a legal cause of harm to another if: (a) his conduct is a substantial factor in bringing about the harm, and (b) there is no rule of law relieving the actor from liability because of the manner in which his negligence has resulted in the harm. Section 432 states the minimum, nonexclusive requirements for a condition to be a "substantial factor": (1) Except as stated in Subsection (2), the actor's negligent conduct is not a substantial factor in bringing about harm to another if the harm would have been sustained even if the actor had not been negligent; (2) If two forces are actively operating, one because of the actor's negligence, the other not because of any misconduct on his part, and each of itself is sufficient to bring about harm to another, the actor's negligence may be found to be a substantial factor in bringing it about."

²⁵ Restatement (Second) section 441(1) states: "An intervening force is one which actively operates in producing harm to another after the actor's negligent act or omission has been committed." Restatement section 442 states that The following considerations are of importance in determining whether an intervening force is a superseding cause of harm to another: (a) the fact that its intervention brings about harm different in kind from that which would otherwise have resulted from the actor's negligence; (b) the fact that its operation or the consequences thereof appear after the event to be extraordinary rather than normal in view of the circumstances existing at the time of its operation; (c) the fact that the intervening force is operating independently of any situation created by the actor's negligence, or, on the other hand, is or is not a normal result of such a situation; (d) the fact that the operation of the intervening force is due to a third person's act or to his failure to act; (e) the fact that the intervening force is due to an act of a third person which is wrongful toward the other and as such subjects the third person to liability to him (f) the degree of culpability of a wrongful act of a third person which sets the intervening force in motion.

diprediksi sebelumnya "*harm matches the risk*" disingkat *harm-risk limitation*. Pendekatan tersebut menurutnya kurang tepat karena ada hal-hal yang memang tidak dapat dijelaskan aktualitas kesesuaiannya antara resiko dengan kerugian yang terjadi, sehingga harus ada beberapa ketentuan pengecualian sekiranya pendekatan tersebut akan diterapkan. Menurutnya yang lebih tepat adalah "*harm results from the risk*" yang disingkatkan dengan istilah "*risk play-out rule*" karena cukup menjelaskan keterhubungan antara bagaimana suatu kerusakan yang terjadi adalah akibat adanya suatu resiko yang seharusnya dapat diprediksi sebelumnya.

Sehubungan dengan pemikiran Wright tersebut, dalam praktek pengadilan di negara-negara *common law*, khususnya dalam penerapan kasus-kasus tentang *Tort*, para hakim juga telah mempertimbangkan proporsionalitas antara resiko dengan manfaat yang diterima oleh masyarakat. Bermula dari kasus *Ryland vs Fletcher* yang menjadi perdebatan para ahli hukum tentang perbedaan penerapan prinsip *strict liability* dengan *absolute liability*, kebanyakan kasus *Tort* diselesaikan dengan penerapan *utility balance* dengan mempertimbangkan antara hubungan resiprositas (*reciprocal*) dan alasan yang wajar (*reasonableness*). Pada intinya, siapa yang harus bertanggung jawab terhadap suatu resiko adalah pihak yang menciptakan resiko itu sendiri karena yang bersangkutan mempunyai kewajiban untuk mengantisipasi atau mengatur dengan baik resiko tersebut (*risk management*) sebelum berdampak kepada pihak lain. Terhadap suatu resiko yang mempunyai peluang dan dampak yang besar diberlakukan prinsip *strict liability* demi perlindungan kepentingan umum yang lebih besar.

Teori tentang perbuatan melawan hukum tengah terus berkembang, pertanggungjawabannya tidak hanya harus berdasarkan atas kesalahan yang termuat dalam hukum positif saja melainkan juga berdasarkan atas kepatutan dalam masyarakat. Sejalan dengan itu, juga tengah berkembang reformasi hukum *Tort* di Amerika Serikat agar penerapannya tidak kontraproduktif dengan kepentingan industri, khususnya dalam menentukan sejauhmana suatu limitasi dan perluasan pertanggung jawaban (*extent legal responsibility*) terhadap timbulnya suatu kerugian. Meskipun kurang disukai oleh pelaku industri, faktanya *Tort* merupakan sarana bagi pihak yang dirugikan untuk mendapatkan keadilan diluar hubungan kontraktual.

Terkait dengan teori Wright tersebut di Indonesia, konsep perbuatan melawan hukum berdasarkan Pasal 1365 dan Pasal 1366 KUHPerd, dalam prakteknya juga tidak lagi diartikan sempit sebagai perbuatan yang melawan ketentuan hukum berdasarkan peraturan perundang-undangan saja, melainkan juga mencakup perbuatan yang melawan hukum karena bertentangan dengan kesusilaan, kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian dalam masyarakat.²⁶ Selanjutnya, dalam penerapan pemulihan hak kepada keadaan semula (*corrective justice*), Hakim akan memperhatikan hubungan antara sebab dan akibat dalam kasus tersebut. Ada tiga teori yang menjadi acuan *legal scholar* di Indonesia untuk melihat hal tersebut, yakni (i) teori *conditio sine quanon* dari Von Burie yang melihat bahwa tiap-tiap masalah yang merupakan syarat untuk timbulnya suatu akibat adalah menjadi sebab dari akibat, (ii) teori *adequat (adequat veroorzaking)* dari Von Kries yang mengajarkan bahwa perbuatan yang harus dianggap sebagai sebab dari akibat yang timbul adalah perbuatan yang seimbang dengan akibat dimana dasar untuk menentukan perbuatan yang seimbang adalah dengan perhitungan yang layak, dan (iii) teori *kausaliteit* yang menekankan kepada sisi pertanggungjawaban secara layak.²⁷

Relevansi dan penerapan teori tentang tanggungjawab hukum tersebut dalam lingkup penyelenggaraan sistem elektronik adalah untuk melihat siapa yang harus bertanggungjawab dan sejauhmana pembatasan tanggungjawab hukum para pihak terhadap akibat yang ditimbulkan oleh keberadaan sistem elektronik itu kepada penggunanya. Sesuai dengan unsur kepatutan dalam konteks TI, khususnya terhadap kewajiban untuk menerapkan *good-governance* dalam sistem elektronik, dalam prakteknya *IT Governance* telah menjadi suatu kelaziman dan keniscayaan. Jika pelaku usaha tidak memperhatikan atau menerapkan kaedah hukum tersebut dalam pembangunan dan penyelenggaraan sistemnya kepada publik, maka pelaku usaha tersebut selayaknya tidak dapat melimitasi pertanggung-jawabannya dan berlaku kaedah pertanggung jawaban secara mutlak "*strict liability*" terhadap setiap kerugian yang akan terjadi kepada publik. Sebaliknya, jika kaedah itu diperhatikan dan diterapkan dengan upaya sebaik

²⁶ Rosa Agustina, Perbuatan Melawan Hukum, disertasi., Universitas Indonesia Fakultas Hukum, (Jakarta: Pascasarjana FHUI, 2003).

²⁷ Ibid., hal 66-69.

mungkin, maka pelaku usaha menjadi berhak atas limitasi pertanggung jawabannya sesuai konteks yang menyertai perbuatan yang bersifat melawan hukum atau yang merugikan orang lain tersebut. Hal tersebut adalah konsekwensi terhadap upayanya untuk memenuhi kewajiban hukum melaksanakan prinsip kehati-hatian (*duty of care*) dengan cara mematuhi pedoman penerapan TI dengan upaya yang terbaik.

D.1.b. Teori Hukum tentang Peran dan Tanggung Jawab Administrasi Negara dalam Negara Kesejahteraan (*Welfare State*).

Sebagaimana diketahui, telah terjadi evolusi bentuk negara dari waktu ke waktu. Berawal dari bentuk Negara Sebagai Penjaga Malam (*night watcher state* atau *police state*), Negara Kesejahteraan (*welfare state*) sampai dengan bentuk Negara Yang Madani (*nation wealth creation*). Secara garis besar, karakteristik negara kesejahteraan tampaknya tidak terlalu jauh berbeda dengan konsep *National Wealth Creation*, dimana negara tetap dibenarkan untuk campur tangan mensejahterakan bangsanya. Hanya saja dalam pola yang ketiga, masyarakat dan bangsanya diharapkan lebih aktif dalam melakukan kegiatan tersebut, sementara pemerintah diharapkan sebagai fasilitator saja. Namun, dengan melihat faktanya bahwa pemerintah tetap dituntut oleh Publik untuk tidak lepas tangan dari suatu kondisi yang meskipun disukai pelaku usaha namun ternyata merugikan kepentingan umum, maka konsep *welfare state* lebih merupakan suatu kenyataan bagi bangsa ini.

Dalam wacana *welfare state* dimana negara sebagai pengurus, maka tugas pemerintah tidak hanya membuat dan mempertahankan hukum, atau hanya menjaga ketertiban dan ketentraman saja, melainkan lebih luas dari pada itu yakni menyelenggarakan kepentingan umum seperti kesehatan rakyat, pendidikan, perumahan, dan lain sebagainya. Pemerintahan diberikan kebebasan atau keleluasaan untuk dapat bertindak atas inisiatif dirinya sendiri dalam menyelesaikan segala permasalahan yang ada pada warga masyarakat demi kepentingan umum itu sendiri.

Sehubungan dengan itu, Savas melihat bahwa kepentingan umum yang dimaksudkan adalah pemenuhan kebutuhan akan barang dan jasa yang sepatutnya

disediakan oleh pemerintah kepada masyarakatnya atau warga negaranya. Savas mengusulkan suatu kriteria yang didasarkan atas dua hal, yakni (i) eksklusifitas (*exclusion*) dan (ii) konsumsi (*consumption*). Berdasarkan kriteria tersebut, Savas kemudian membedakan barang tersebut kedalam beberapa jenis, yakni (i) *private goods*, (ii) *toll goods*, (iii) *common pool goods*, dan (iv) *collective goods*.²⁸

*"Private goods (characterized by exclusion and individual consumption), toll goods (exclusion and joint consumption), common-pool goods (no exclusion and individual consumption), and collective goods (no exclusion and joint consumption); private goods and toll goods can be supplied by the market place, and collective action plays a relatively minor role with respect to such goods, primarily establishing ground rules for market transactions, ensuring the safety of private goods, and regulating the means of supplying those toll goods that are natural monopolies, and collective actions is indispensable for assuring a continued supply of common-pool and collective goods, however, and for providing those private and toll goods that society decides are to be subsidized and supplied as though they were collective goods"*²⁹

Dalam perkembangannya, seiring dengan desakan untuk mengefisienkan peranan pemerintah (*reinventing government*), berkembang juga pemikiran untuk memberikan kesempatan kepada swasta untuk bekerjasama dengan pemerintah dalam menyediakan pembangunan infrastruktur, yang lebih dikenal dengan istilah *Privately Finance Initiative (PFI)* atau *Public Private Partnership (PPP)*. Dengan pola ini diharapkan, pembelanjaan anggaran negara menjadi lebih efisien dan efektif karena merubah pembelanjaan modal (*capital expenditure*) menjadi pembelanjaan operasional (*operational expenditure*). Perkembangan tersebut juga mengakibatkan timbulnya suatu bentuk organisasi campuran pemerintah dengan swasta (*hybrid-organizations*) yang umumnya bertindak sebagai pengelola (*operator* atau *implementer*) dari urusan pekerjaan tersebut, dan berikutnya berkembang pula konsep kepemilikan benda bersama atau benda campuran (*mixing properties*) antara segitiga kepentingan; pemerintah/publik, swasta dan masyarakat. Semua perkembangan tersebut tetap tidak dapat melepaskan tanggung jawab pemerintah untuk menjadi regulator dari pelayanan publik tersebut.

²⁸ Safri Nugraha, *Privatization of State Enterprises in the 20th Century A Step Forwards or Backwards?* (Jakarta: Institute For Law and Economics Studies, 2004) 51-52.

²⁹ Ibid

Untuk menyelenggarakan kepentingan umum, secara garis besar menurut Stelinga, administrasi mempunyai kewenangan antara lain (i) melakukan penetapan kebijakan, (ii) melakukan pengaturan/*regeling*, (iii) melakukan pengamanan/*politie*, (iv) melakukan peradilan, dan (v) melakukan pelayanan kepada warga negara.³⁰ Sementara menurut Brown, kegiatan kepentingan umum dilakukan dengan melakukan layanan publik yang merupakan kegiatan yang menggunakan (i) kewenangan publik, dan (ii) dilakukan untuk memenuhi kepuasan kebutuhan publik. Lebih lanjut, otoritas publik yang melakukan hal tersebut harus memenuhi prinsip-prinsip antara lain (i) jujur atau tidak memihak, (ii) integritas, (iii) obyektif, (iv) seleksi dan promosi, dan (iv) akuntabilitas.³¹

Terkait dengan tindakan pelayanan tersebut, dikenal teori tentang *Red Light* dan *Green Light* terkait dengan hak mengatur administrasi negara. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Harlow dan Rawling, *Red light theory* berasal dari suatu tradisi politik di abad ke-19 yang menjunjung tinggi paham “laissez-faire” yang menghendaki peran pemerintah dilakukan seminim mungkin terhadap hak-hak dan kegiatan-kegiatan individu. Penganut-penganut teori ini menghendaki agar sanksi-sanksi hukum diterapkan apabila benar-benar telah terjadi penyalahgunaan kekuasaan yang tidak terkontrol lagi, dan benar-benar mengancam kebebasan semua pihak. Prinsip kebebasan pengadilan dan tidak memihak dipegang teguh. Pengadilan harus bebas (otonom) dari pengaruh politik dan moral.³²

Di pihak lain “*green light theory*” yang berasal dari tradisi utilitarian (Bentham, Mill, dan Fabian 1884) berpendapat bahwa pengaruh politik dan sosiologis terhadap hukum tidak dapat dihindari. Dalam teori ini kewenangan pemerintah diperluas untuk membuat peraturan-peraturan sendiri, maupun pengawasan-pengawasan sendiri, karena pembuat UU (parlemen) dalam kenyataannya dianggap gagal untuk itu. Paling tidak, secara substansial setiap Undang-Undang adalah produk politik yang sulit untuk menjabarkan ketentuan

³⁰ Prajudi Atmosodirjo, *Hukum Administrasi Negara*, cetakan kesepuluh (Jakarta: Ghalia Indonesia), 213.

³¹ Safri Nugraha (et. all), *Hukum Administrasi Negara*, edisi revisi (Depok: Center for Law and Good governance Studies, FHUI, 2007) 83.

³² Lintong O Siahaan, *Prospek PTUN Sebagai Pranata Penyelesaian Sengketa Administrasi Di Indonesia: Studi Tentang Keberadaan PTUN Selama Satu Dasawarsa 1991-2001*, (Jakarta: Perum Percetakan Negara RI, 2005) 59-60.

yang lebih teknis yang karenanya Pemerintah perlu mendapatkan ruang untuk melakukan pengaturan demi kepentingan umum sesuai kewenangannya.³³

Di Indonesia, sesuai dengan "green light theory" maka dengan berdasarkan UU No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Beserta Peraturan Pelaksanaannya, yang dalam ketentuannya memperkenankan Pemerintah untuk mengeluarkan Perpres mandiri, meskipun tidak diamanatkan oleh UU, sepanjang kepentingan publik menghendaki, dapat dikatakan bahwa sistem hukum nasional memperkenankan pemerintah mengisi kekosongan hukum positif yang konsistensinya adalah bersifat material terhadap kepentingan umum.

Sehubungan dengan kewenangan dalam hukum publik tersebut di atas, pada sisi yang lain setiap administrasi negara juga mempunyai tanggungjawab dalam melakukan kewenangannya. Selain harus menjalankan kewenangannya sesuai peraturan perundang-undangan, Administrasi negara juga harus menerapkan Asas Umum Pemerintahan Negara Yang Baik³⁴ atau disebut juga Azas-Azas Umum Pemerintahan Yang Baik ("AAUPB"),³⁵ dimana pelanggaran terhadap hal ini akan mendatangkan konsekwensi dapat digugatnya tindakan administrasi negara tersebut, baik dalam konteks Peradilan Tata Usaha Negara (jika menyangkut putusan yang bersifat individual, final dan konkrit) maupun dalam konteks Peradilan Umum (Perdata) akibat suatu tindakan melawan hukum yang dilakukan oleh pemerintah (*Onrechmatige Overheid Daad/OOD*) yang berakibat kerugian bagi masyarakat.

Mengingat pekerjaan layanan publik adalah kewajiban pemerintah yang tidak ditujukan untuk mencari profit, maka prinsip tanggungjawab hukum terhadap kerugian yang ditimbulkan adalah bersifat terbatas, dan didasarkan atas

³³ Ibid.

³⁴ Lihat Pasal 1 ayat (6) UU No.28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas KKN [Asas Umum Pemerintahan Negara Yang Baik adalah asas yang menjunjung tinggi norma kesusilaan, kepatutan dan norma hukum, untuk mewujudkan Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas KKN].

³⁵ Lihat Pasal 53 UU No.9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas UU No,5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara. [Pasal 53 (1) Orang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu Keputusan Tata Usaha Negara dapat mengajukan gugatan tertulis kepada pengadilan yang berwenang yang berisi tuntutan agar Keputusan Tata Usaha Negara yang disengketakan itu dinyatakan batal atau tidak sah, dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan/atau direhabilitasi; (2) Alasan-alasan yang dapat digunakan dalam gugatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah: (a). Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku; (b). Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

prinsip kesalahan ataupun kelalaian, bukan pertanggungjawaban secara mutlak. Hal tersebut akan berbeda jika yang menjalankan layanan publik tersebut adalah pihak swasta yang bekerjasama dengan pemerintah dengan tujuan untuk mendapatkan profit³⁶

D.1.c. Teori *Good governance* dalam Hukum Korporasi (*Good Corporate Governance*) dan Hukum Administrasi Negara(*Good Governance*)

Dengan melihat keberadaan prinsip-prinsip tata kelola yang baik "*good governance*" baik dalam lingkup perusahaan (*good corporate governance*) maupun dalam lingkup pemerintahan (*good governance*), maka dapat dilihat bahwa esensi dari suatu sistem yang telah dikelola dengan baik sebenarnya adalah sama, yakni adanya harmonisasi kepentingan-kepentingan para para pihak atau para pemangku kepentingan (*stake-holders*) yang terkait dengan sistem itu sendiri.

Dalam pembicaraan tentang *Good governance* dalam bidang Korporasi (*good corporate governance/GCG*), menurut Mas Achmad Daniri, dua teori utama yang terkait adalah *Stewardship Theory* dan *Agency Theory*.³⁷ *Stewardship theory* dibangun diatas filosofis mengenai sifat manusia bahwa manusia pada hakekatnya dapat dipercaya, mampu bertindak dengan penuh tanggung jawab memiliki integritas dan kejujuran terhadap pihak lain. Sedangkan *Agency Theory* yang dikembangkan oleh Michael Johnson, seorang profesor Harvard, memandang bahwa manajemen perusahaan sebagai 'agents' bagi para pemegang saham akan bertindak dengan penuh kesadaran bagi kepentingannya sendiri bukan sebagai pihak yang arif dan bijaksana serta adil terhadap pemegang saham sebagaimana diasumsikan dalam *stewardship theory*.³⁸ Dalam perkembangannya, *agency theory* mendapat respons lebih luas karena dipandang mencerminkan kenyataan yang ada. Berbagai pemikiran GCG berkembang dan bertumpu pada teori ini, dimana pengelolaan perusahaan harus diawasi dan dikendalikan untuk

³⁶ Peter Cane & Leighton McDonald., Principles of Administrative Law: Legal Regulation of Governance., (Melbourne: Oxford University Press, 2008) 286-311.

³⁷ Mas Achmad Daniri, Good Corporate Governance: Konsep dan Penerapannya Dalam Konteks Indonesia., (Jakarta: Ray Indonesia, 2005).

³⁸ *ibid*

memastikan bahwa pengelolaan dilakukan dengan penuh kepatuhan kepada berbagai peraturan dan ketentuan yang berlaku.³⁹

Sebagai sebuah konsep yang kian populer, GCG tak memiliki definisi tunggal. Menurut Komite Cadbury GCG adalah prinsip yang mengarahkan dan mengendalikan perusahaan agar mencapai keseimbangan antara kekuatan serta kewenangan perusahaan dalam memberikan pertanggungjawabannya kepada *shareholder* khususnya dan *stakeholder* pada umumnya. Sementara, menurut Center for European Policy Studies, GCG merupakan seluruh sistem yang dibentuk mulai dari hak (*rights*) – hak seluruh *stakeholder*–, proses (yakni mekanisme hak-hak) serta pengendalian baik yang ada didalam maupun di luar manajemen perusahaan.⁴⁰

Menurut OECD⁴¹, GCG adalah cara manajemen perusahaan bertanggung jawab pada *shareholder*-nya. Pengambilan keputusan haruslah dapat dipertanggungjawabkan dan mampu memberikan nilai tambah bagi *shareholder*. Fokus utamanya adalah proses pengambilan keputusan yang mengandung nilai-nilai *Transparency, Responsibility, Accountability dan Fairness*. Sementara menurut Asean Development Bank (“ADB”), GCG merupakan suatu proses serta struktur yang digunakan untuk mengarahkan sekaligus mengelola bisnis dan urusan perusahaan ke arah peningkatan pertumbuhan bisnis dan akuntabilitas perusahaan.⁴² Dengan memperhatikan pemikiran tersebut diatas, maka paling tidak ditemukan ada lima prinsip dasar, yaitu *Transparency, Accountability, Responsibility, Independency dan Fairness (TARIF)*.

³⁹ *ibid*

⁴⁰ *ibid*

⁴¹ Herbert V. Morais, "The Quest For International Standards: Global Governance Vs. Sovereignty," *University of Kansas Law Review*, May, 2002, 50 U. Kan. L. Rev. 779. [*The Principles are divided into five main categories: (i) the rights of shareholders; (ii) the equitable treatment of shareholders, including the protection of the rights of minority and foreign shareholders, with full disclosure of material information and the prohibition of insider trading and self-dealing; (iii) the role of stakeholders in corporate governance; (iv) timely and accurate disclosure and transparency on all material corporate matters including a corporation's financial situation, performance, ownership and governance; and (v) the responsibilities of the board of directors, covering both effective monitoring of management and board accountability to the company and the shareholders. The Principles are non-binding and somewhat general in formulation, and do not set out detailed prescriptions for national legislation. Indeed, the Principles explicitly recognize the right of governments and member participants to decide how to apply the Principles in developing their own frameworks for corporate governance, taking into account the costs and benefits of regulation and the special circumstances of each country or corporation*].

⁴² *ibid*

Konsep *Good governance* dalam konteks pemerintahan adalah dalam rangka interaksi suatu pemerintah dengan bangsanya.⁴³ Menurut *Good governance* merepresentasikan beberapa hal, seperti antara lain; hak-hak fundamental (*civil, political and social*), efektifitas dan transparansi serta akuntabilitas pemerintah (dalam hal masalah keuangan dan masalah lainnya), dan pengembangan aturan hukum (*rule of law*). Menurut Francis N. Botchway⁴⁴ hal yang esensial dari *Good governance* adalah mencakup konsep demokrasi, *rule of law*, birokrasi yang efektif, dikresi dan desentralisasi. Hal tersebut menurutnya dapat mengakomodir keberadaan *transparency, accountability, anti-corruption, civil society*, dan hal-hal terkait lainnya.

Selanjutnya menurut UN-ESCAP, *good governance* memiliki delapan karakteristik, yakni (i) *participatory*, (ii) *consensus oriented*, (iii) *accountable*, (iv) *transparent*, (v) *responsive*, (vi) *effective and efficient*, (vii) *equitable and inclusive*, dan (viii) *the rule of law*. Mereka menyadari bahwa *good governance* bersifat sangat ideal dan sulit pencapaiannya secara totalitas. Hanya sedikit negara dan masyarakat yang dapat mencapai hal tersebut secara totalitas. Namun, untuk menggalakkan pembangunan yang berkelanjutan maka tetap diperlukan tindakan-tindakan guna mencapai hal-hal yang ideal tersebut.

Terkait dengan isu *good governance* di Internet, ISOC (*internet society*) juga tengah mengupayakan kesepakatan tentang *internet governance*. Terkait dengan isu ini, pemerintahan AS telah mempromosikan suatu *Global Framework for E-commerce*, yakni demi kepentingan komersialisasi via internet, maka sebaiknya semua negara membatasi kewenangannya menjadi fasilitator saja dimana negara hanya perlu mengatur yang penting-penting saja dan memberikan kesempatan kepada swasta untuk memimpin perkembangan ini (*private sector should leads*) serta memberikan kesempatan kepada mereka untuk mengatur dirinya sendiri (*self regulatory society*).

Keterkaitan *good governance* dengan pengaturan dalam sistem adalah dengan melihat *self-regulatory industry* yang kebanyakan ditentukan oleh kalangan pelaku usaha itu sendiri dengan praktek bisnis yang berkembang yang

⁴³ G.H. Addink, "From Principles of Proper Administration to Principles of *Good governance*," *Diktat Good governance CLGS-FHUI* (CLGS-FHUI, 2003).

⁴⁴ Francis N. Botchway, "*Good governance: The Old, The New, The Principle and The Elements*", *Florida Journal on International Law*.

dilandasi oleh semangat melakukan upaya yang terbaik (*best practices*).⁴⁵ Namun sayangnya hal ini juga dapat disalahgunakan untuk merujuk kepada pemakaian produk teknologi terakhir yang digunakan, yang artinya bisa juga berarti merujuk kepada peranan satu kompetitor yang mempunyai peran dominan di pasar.

Berbeda dengan apa yang berkembang di Amerika Serikat, di Inggris penerapan *good governance* dalam sistem elektronik merujuk kepada teori Mayon-White dan Dyer tentang "*good practice*" yang telah dijadikan dasar dalam *British Standard Code of Practice* yang diterbitkan oleh British Standards Institute (DISC PC0008-1999 "*A Code of Practice for Legal Admissability of Information Stored on Electronic Document Management System*"). Teori mereka lebih dikenal sebagai 5 prinsip hukum dalam sistem elektronik yang baik (*five principles in good practice*), yakni;

- (i) *recognize all types of information,*
- (ii) *understand the legal issues and execute "duty of care" responsibilities,*
- (iii) *identify and specify business process and procedures,*
- (iv) *Identify enabling technologies to support business process and procedures,*
and
- (v) *monitor and audit procedures.*⁴⁶

Standard tersebut juga terkait dengan *Code of Practice for Information Security Management BS 7799*, dimana kelima prinsip ini secara tidak langsung dipakai untuk melihat sejauhmana bobot pembuktian dari dokumen elektronik yang dihasilkan dari suatu sistem elektronik. Menurut Michael Chissik dan Allistair Kelman, konsekwensi logis dari keberadaan kedua standar tersebut adalah sepanjang suatu informasi dihasilkan dari sistem yang sesuai dengan standard, maka secara *Prima Facie* informasi tersebut harus dapat diterima sebagai bukti dalam proses hukum acara (*legal proceedings*). Namun sebaliknya, jika informasi tersebut dihasilkan dari sistem yang tidak memenuhi standar maka seharusnya dianggap tidak dapat dijadikan sebagai bukti. Konsekwensi hal tersebut, membuat suatu organisasi membutuhkan suatu penetapan rantai tanggung jawab berikut akuntabilitas dalam penanganan suatu informasi pada suatu organisasi.

⁴⁵ Ronald J. Mann and Jane K. Winn, *Electronic Commerce*. (New York: Aspen Law & Business, 2002) 73.

⁴⁶ Michael Chissick dan Allistair Kelman, *Electronic Commerce Law and Practice*, 3rd ed., (London: Sweet & Maxwell, 2002) 204-207.

Dalam perkembangannya, standar ISO 17799 yang menjadi acuan dari BS 7799, belakangan telah disempurnakan menjadi ISO 27001 tentang Sistem Manajemen Keamanan Informasi dan ISO 27002 tentang Aturan Praktek untuk Manajemen Keamanan Informasi, yang didalamnya juga terdapat ketentuan tentang kepatuhan hukum (*compliance*), antara lain mencakup: (i) identifikasi atas undang-undang yang dapat diterapkan; (ii) Hak kekayaan intelektual (HAKI); (iii) perlindungan catatan organisasi; (iv) perlindungan data dan privasi dari informasi pribadi; dan (iv) pencegahan atas penyalahgunaan fasilitas pengolahan informasi.. Kedua standar tersebut juga sedang diakomodir untuk menjadi Standar Nasional Indonesia oleh Badan Standarisasi Nasional.

D.2. Kerangka Konseptual

Sebagaimana diketahui bahwa secara leksikal suatu konsep dalam bentuk kata benda diartikan sebagai suatu ide atau suatu prinsip yang terkait dengan sesuatu yang abstrak atau dalam bentuk kata kerja dikatakan sebagai pembentukan suatu ide dari suatu pemikiran.⁴⁷ Dalam penelitian ilmu-ilmu sosial, Earl Babbie menerangkan bahwa konsep adalah pengertian yang disepakati terhadap istilah-istilah yang digunakan dalam penelitian, dimana proses pembuatan konsep diartikan sebagai proses penggambaran mental atau pemikiran tentang sesuatu.⁴⁸ Oleh karena itu, suatu konsep adalah pemaparan pemikiran yang akan

⁴⁷ A.S. Hornby., *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, 5th ed., (Cambridge: Oxford University Press, 1995), 236-237. [an idea or a principle relating to something abstract; to form an idea of something in one's mind].

⁴⁸ Earl Babbie., *The Practice of Social Research*, 8th ed., (Wadsworth Publishing Co., 1998), hal.136. [Conceptions are idiosyncratic mental images we use as a summary devices for bringing together observations and experiences that seem to have something in common. We use terms or labels to reference these conceptions. Concepts are the agreed on meanings we assign to terms, thereby facilitating communication, measurement, and research. Conceptualization is the process of specifying the vague mental imagenary of our concepts, sorting out the kinds of observations and measurements that will be appropriate for our research]. Lihat juga Royce Singleton, et.all., *Approaches to Social Research*, (Oxford University Press Inc., 1988) 98. [The development and clarification of concepts is called conceptualization. Because we cannot identify observable representation of a concept unless its meaning is clear, the initial step is to clarify the mental imagery conveyed by one's concepts with words and examples, ultimately arriving at precise verbal definitions].

memperlihatkan beberapa faktor kunci ataupun variabel yang dibahas dalam suatu penelitian.⁴⁹

Untuk menentukan suatu tata kelola yang baik terhadap sistem elektronik, diperlukan pemahaman tentang prinsip-prinsip yang berlaku dalam isu *good governance*. Hal tersebut kemudian diterapkan dalam konteks sistem elektronik dengan memperhatikan dua hal, yakni (i) aspek fungsional dari sistem informasi yang mencakup masukan (*input*), pemrosesan (*process*), keluaran (*output*), penyimpanan (*storage*), dan komunikasi (*communication*), dan (ii) aspek keberadaan komponen-komponen dalam sistem elektronik itu sendiri, mencakup unsur keterpaduan (*integrity*) dari format data, perangkat keras (*hardware*), perangkat lunak (*software*), prosedur (*procedures*), dan perangkat manusia (*brainware*). Pemahaman terhadap kedua hal tersebut akan memperlihatkan empat ruang lingkup pengkajian yakni aspek konten (*content*), komputasi (*computing*), komunikasi (*communication*) serta batasan etika dan norma komunitasnya (*community*).

Hasil pengkajian pemikiran tentang penerapan prinsip tata kelola yang baik tersebut akan dijadikan sebagai dasar penilaian terhadap akuntabilitas sistem elektronik itu sendiri. Dalam perspektif hukum, hal tersebut dapat dilihat dengan cara memperhatikan keberadaan kaedah-kaedah hukum berdasarkan sistem hukum nasional yang berlaku, terkait dengan faktor kunci yang ada pada sistem informasi tersebut, yakni sifat keterpaduan dari keberadaan komponen dan fungsi-fungsinya. Ukuran kepatuhan terhadap keberadaan kaedah hukum itulah yang menjadi patokan sejauhmana para pihak yang terkait dengan proses pengembangan dan penyelenggaraan sistem elektronik telah melaksanakan upayanya sebaik mungkin berdasarkan konteks yang berlaku (*best practices*). Hal ini akan menjawab kesenjangan yang terjadi selama ini, karena para teknolog hanya berpikir bahwa prinsip *best practices* dianggap telah terpenuhi jika suatu produk teknologi telah diterapkan sesuai dengan karakteristik manajemen yang berlaku sesuai pola organisasi yang menggunakannya. Hal mana pendekatan

⁴⁹ John W. Creswell, *Research Design: Qualitative and Quantitative Approaches*, (London: Sage Publications, Inc., 1994) 97. [A conceptual framework explains, either graphically or in narrative form, the main dimensions to be studied – the key factors, or variables – and the presumed relationship among them. Frameworks come in several shapes and sizes. They can be rudimentary or elaborate, theory driven or commonsensical, descriptive or causal.]

konvensional tersebut senyatanya masih belum komperhensif dan rawan akan segala macam bentuk tuntutan dan gugatan dari pihak ketiga.

Dengan melihat keberadaan faktor-faktor kunci dan variabel-variabel tersebut di atas, yakni kajian terhadap korelasi *good governance* dengan faktor integrasi komponen dan fungsional sistem, maka ukuran *best practices* dalam suatu sistem elektronik secara hukum adalah hasil dari suatu standar pemeriksaan hukum terhadap kepatuhan proses perancangan dan pengimplementasian suatu sistem elektronik itu sendiri sesuai konteks sistem hukum nasional yang berlaku. Ringkasnya, proses pengkajian dan pemaparan disertasi ini akan melihat dan menjelaskan bagaimana seharusnya sistem informasi itu dibangun dan diterapkan dengan baik demi kepentingan publik sebagai penggunaanya. Jika para pihak telah mematuhi semua ketentuan hukum yang terkait maka konsekwensi logisnya ia mendapatkan perlindungan hukum atas upaya terbaiknya dalam bentuk terhindarnya mereka dari suatu pola pertanggung-jawabannya yang bersifat mutlak (*strict liability*). Dengan kata lain, yang bersangkutan menjadi berhak untuk melimitasi pertanggungjawabannya kepada publik sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

Selanjutnya, guna mencegah ketidakjelasan dan salah pengertian tentang berbagai terminologi dalam disertasi ini, perlu dijabarkan beberapa konsep sebagai berikut;

D.2.a. Sistem Elektronik

Perlu diketahui terlebih dahulu bahwa jika komputer dalam arti sempit adalah suatu perangkat keras elektronik yang berfungsi sebagai perangkat pengolah informasi, sementara dalam arti yang luas yang dimaksud dengan komputer adalah sistem elektronik berbasis sistem komputer sebagaimana dinyatakan dalam *article 1* dari *Convention Cybercrime*, yakni "*computer system" means any device or a group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a program, performs automatic processing of data.*

Sesuai dengan *Convention Cybercrime*, dalam sistem hukum nasional khususnya berdasarkan Pasal 1 ayat (5) UU-ITE, telah dinyatakan bahwa komputer sebagai sistem elektronik dipandang bukan dalam arti sempit melainkan

dalam arti luas. Sistem Elektronik didefinisikan sebagai serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik.

Sehubungan dengan itu, jika dikaitkan dengan organisasi dan manajemen, maka Sistem Informasi menurut Gordon B Davis adalah keterpaduan antara manusia dengan sistem komputer sesuai dengan pola organisasi dan manajemennya yang mencakup eksistensi semua komponennya antara lain; *database, hardware, software, procedures, dan brainware*. Sementara menurut Kenneth C. Laudon dan Jane P. Laudon, Sistem Informasi secara teknis dapat didefinisikan sebagai komponen-komponen yang berinterelasi dan bekerja bersama untuk menghimpun, mengolah, menyimpan dan menyebarkan informasi untuk mendukung pengambilan keputusan, koordinasi, kontrol, analysis, dan visualisasi dalam suatu organisasi.⁵⁰

David Kroenke melihat definisi Sistem Informasi dalam dua hal yakni Sistem Informasi dalam arti luas dan Sistem Informasi dalam arti sempit. Dalam arti luas Sistem Informasi adalah mencakup *Office Automotion System* atau juga dikenal sebagai *Management Information System* atau *Organizational Information System* atau juga dipopulerkan dengan istilah *Computer based Information System*. Sedangkan dalam arti sempit berdasarkan level manajemen, *Management Information System* adalah sistem informasi lapisan kedua setelah *Transactional Processing System* untuk level manajemen paling bawah, sebelum *Decision Support System* sebagai lapis ketiga dan *Executive Information System* sebagai lapisan paling puncak.⁵¹

Dari semua pendapat di atas, dapat ditarik satu konsep bahwa Sistem Informasi adalah bentuk penerapan teknologi informasi berbasiskan komputer ke dalam suatu pola organisasi dan manajemen yang berlaku. Paling tidak Sistem Informasi harus dilihat sebagai keterpaduan sistem antara manusia dengan mesin

⁵⁰ Kenneth C. Laudon dan Jane P. Laudon, *Management Information System*, 6th edition, (New Jersey: Prentice Hall International, Inc., 2000) 7. [*An Information System can be defined technically as a set of interrelated components working together to collect, process, store, and disseminate information to support decision making, coordination, control, analysis, and visualization in an organization*].

⁵¹ David Kroenke, *Management Information System*, 2nd edition, (California: Mc Graw-Hill, 1992) 6-8.

dengan memperhatikan dua aspek penting, yakni (i) aspek keberadaan komponen-komponen yang bekerja dan (ii) aspek fungsional kerja dalam sistem informasi tersebut.

Komponen-komponen penting dalam Sistem Informasi adalah meliputi (i) perangkat keras komputer, (ii) perangkat lunak program komputer, (iii) prosedur, (iv) sumber daya manusia, dan (v) komponen konten data atau informasi itu sendiri berikut sistem tatap mukanya (*interfaces*). Sedangkan keberadaan fungsi-fungsi yang mendasarinya adalah mencakup fungsi-fungsi (i) perolehan ataupun masukan (*input*), (ii) fungsi pemrosesan/pengolahan (*process*), (iii) fungsi keluaran (*output*), (iv) fungsi penyimpanan (*store*) dan (v) fungsi komunikasi (*communicate*).

Melengkapi kedua aspek tersebut di atas, hal yang penting dalam sistem informasi adalah sifat keterpaduan (*integrated*) dalam sistem yang dapat dilihat secara vertikal, horizontal dan longitudinal. Keterpaduan secara vertikal adalah keterpaduan sistem yang mengalir dari semua hierarki level manajemen, sedangkan keterpaduan horizontal adalah sistem dalam fungsional-fungsional kerja suatu organisasi, dan keterpaduan longitudinal adalah keterpaduan waktu dalam bekerjanya sistem.

D.2.b. Tata Kelola Yang Baik Dalam Penyelenggaraan Sistem Informasi

Umumnya yang disebut sebagai tata kelola adalah pengaturan terhadap elemen-elemen ataupun komponen-komponen dari suatu sistem dalam suatu organisasi dan manajemen (mencakup administratif) agar dalam penyelenggaraannya memenuhi keadilan bagi kepentingan semua pihak yang terkait dengan sistem tersebut.

Selanjutnya, jika dalam Tata Kelola Penyelenggaraan Pemerintahan yang baik yang dituju adalah sistem pemerintahan yang menerapkan azas-azas transparansi informasi, pemberdayaan partisipasi publik dan akuntabilitas sistem pemerintahan. Sementara dalam Tata Kelola Penyelenggaraan Korporasi yang baik fokusnya adalah sistem penyelenggaraan korporasi yang memperhatikan azas-azas transparansi (*transparency*), akuntabilitas (*accountability*), pertanggungjawaban (*responsibilities*), kemandirian (*independency*) dan

Kesetaraan dan Kewajaran (*fairness*). Maka, dalam konteks penyelenggaraan sistem informasi, hal yang dimaksud dengan tata kelola yang baik dalam penerapan Teknologi Informasi ("TI") adalah penerapan produk TI yang sesuai dengan kebutuhan atau kepentingan suatu bentuk informasi tertentu berdasarkan karakteristik organisasi dan manajemen yang berlaku.

Hal tersebut senada dengan pendapat Phyl Webb, Carol Pollard dan Gail Ridley dari University of Tasmania,⁵² yang menyatakan bahwa *Information Technology Governance* ("IT Governance") adalah subset dari *Corporate Governance* yang esensinya adalah gabungan penerapan *Corporate Governance* dengan Strategi Pengembangan Sistem Informasi. Mereka mendefinisikan *IT Governance* sebagai berikut:

*IT Governance is the strategic alignment of IT with the business such that maximum business value is achieved through the development and maintenance of effective IT control and accountability, performance management and risk management.*⁵³

Sesuai dengan tuntutan reformasi, penerapan *Good governance* (tata kelola yang baik) pada sektor pemerintahan, khususnya sektor layanan publik juga memiliki tingkat urgensi yang sama tinggi dengan sektor korporasi. Tuntutan akan akuntabilitas dan transparansi, baik dari stakeholder maupun masyarakat luas, membutuhkan suatu perangkat pendukung terciptanya tata kelola yang baik di dalam suatu organisasi dimana penerapan TI adalah salah satu sarana untuk menjawab tuntutan tersebut.

Penerapan *IT Governance* ke dalam suatu bentuk penyelenggaraan sistem elektronik yang baik (*electronic governance*), tentunya merupakan suatu konsep yang dapat menjadi jawaban atas kebutuhan organisasi akan jaminan kepastian penciptaan *value* dari TI serta jaminan kepastian pengembalian nilai investasi TI yang telah ditanamkan. Tanpa adanya *IT Governance*, boleh jadi yang terjadi

⁵² Phyl Webb (et. all.), *Attempting to Define IT Governance: Wisdom or Folly?*, Proceedings of the 39th (Hawaii International Conference on System Sciences, 2006). [*The definitions of corporate governance, of which IT governance is a sub-set, present a need for leadership, direction and control and situate corporate governance at the highest levels of the organisation. Therefore IT governance must be driven from the highest levels within the organisation not from the IT department or business unit levels across the organisation. In order for IT to be governed there must be recognition of the need for governance and a shift in the accountability for IT related decision to the top of the organisation or even to the board*]

⁵³ Ibid.

justu penghamburan investasi TI yang boleh jadi juga merupakan indikasi adanya korupsi, rendahnya mutu layanan publik dan bahkan ketidakpatuhan hukum yang akan bertentangan dengan kepentingan umum.

D.2.c. Kepentingan Umum

Meskipun mempunyai pengertian yang pada esensinya adalah sama, namun terdapat beberapa perumusan yang berbeda tentang Kepentingan Umum dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Dalam Penjelasan Pasal 49 UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan ‘kepentingan umum’ adalah kepentingan bangsa dan negara dan/atau kepentingan masyarakat bersama dan/atau kepentingan pembangunan, sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁵⁴ Sementara dalam Penjelasan Pasal 1 butir 5 UU No.28 Tahun 1997 tentang Kepolisian Negara RI dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan kepentingan umum adalah kepentingan bangsa dan negara dan/atau kepentingan masyarakat yang lebih luas demi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat serta tercapainya tujuan pembangunan nasional.⁵⁵

Terkait dengan itu, dalam Penjelasan Pasal 3 ayat (3) UU No.28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotismo, dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan “Asas Kepentingan Umum” adalah mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif. Hal senada juga terdapat dalam ketentuan dalam Pasal 1 angka 5 Peraturan Presiden No.36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah bagi Pelaksanaan Pembangunan untuk Kepentingan Umum yang menyatakan bahwa Kepentingan Umum adalah kepentingan sebagian besar lapisan masyarakat.

Selanjutnya menurut penelitian Universitas Gadjah Mada, kepentingan umum dapat dirinci sebagai berikut.⁵⁶

⁵⁴ Penjelasan Pasal 49 UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, LNRI Tahun 1986 No.77. dan TLNRI No.3344

⁵⁵ Penjelasan Pasal 32 huruf c Undang-undang No.5 Tahun 1991 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, LNRI Tahun 1991 No.59 dan TLNRI No.3451.

⁵⁶ Kuntjoro Purbopranoto, Beberapa Catatan Tentang Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi, (Bandung: Alumni, 1985) 39., sebagaimana dikutip dalam Prof. Safri Nugraha (et. all), Hukum Administrasi Negara, edisi revisi, (Depok: Center for Law and Good governance Studies, FHUI, 2007) 83.

- a) Memelihara kepentingan umum, yang khusus mengenai kepentingan Negara, contohnya adalah tugas pertahanan dan keamanan.
- b) Memelihara kepentingan umum dalam arti memelihara kepentingan bersama warga Negara, contohnya adalah persediaan sandang, pangan, perumahan, dan kesejahteraan social.
- c) Memelihara kepentingan bersama yang tidak seluruhnya dapat dilakukan oleh warga Negara dalam bentuk bantuan Negara, contohnya adalah pendidikan dan kesehatan.
- d) Memelihara kepentingan perseorangan yang tidak seluruhnya dapat diselenggarakan warga negara dalam bantuan Negara, contohnya adalah pemeliharaan fakir miskin dan anak terlantar.

Sehubungan dengan itu, dalam konteks hukum penyiaran, konsep kepentingan umum adalah bentuk penguasaan dan pengelolaan spektrum frekwensi sebagai sumber daya terbatas yang merupakan hajat hidup orang banyak yang harus digunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran atau kesejahteraan rakyat. Oleh karena itu, jiwa dari Undang-Undang No.32 Tahun 2002 tentang Penyiaran adalah mengupayakan terciptanya suatu sistem penyiaran nasional yang menjamin adanya keberagaman kepemilikan (*diversity of ownership*) dan keberagaman informasi (*diversity of content*) agar keberadaan media penyiaran dapat menjadi sarana untuk demokrasi.

Salam konteks sistem komunikasi global, kepentingan umum adalah kepentingan yang lebih luas dari kepentingan si penyelenggara sistem (termasuk *vendor, operator* dan/atau *provider*) yakni kepentingan dari semua pengguna sistem yang mencakup tidak hanya kebutuhan untuk ketersediaan informasi publik (*availability*) dan keutuhannya (*integrity*) saja sebagai barang umum (*common good*) melainkan juga keberadaan jasa penyelenggaraan sistem informasi dan/atau sistem komunikasi yang layak bagi seluruh masyarakat informasi (*information society*) selaku penggunanya baik lokal, regional maupun internasional.

Terkait dengan itu, dalam konteks penyelenggaraan sistem informasi yang secara naturalinya bersifat lintas batas, dalam Penjelasan Pasal 2 UU ITE

dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan “merugikan kepentingan Indonesia” adalah meliputi tetapi tidak terbatas pada merugikan kepentingan ekonomi nasional, perlindungan data strategis, harkat dan martabat bangsa, pertahanan dan keamanan negara, kedaulatan negara, warga negara, serta badan hukum Indonesia.

Barry M. Mitnick menyampaikan beberapa konsep tentang kepentingan umum, antara lain *balancing concept*, *compromising concept*, *trade-off concept*, *overriding national or social goals concept*, *particularistics*, *paternalistic or personal dicated concept*. Konsep yang dipakai dalam menyelesaikan masalah-masalah yang terjadi antara berbagai kepentingan umum adalah “konsep keseimbangan” (*balancing concept*), dimana kepentingan umum timbul dari pemenuhan beberapa kepentingan yang berbeda secara simultan.

Dengan berdasarkan semua uraian tersebut di atas, khususnya dengan memadukan konsep dalam beberapa Undang-Undang dengan konsep yang disampaikan oleh Barry M. Mitnick, maka konsep kepentingan umum dalam penyelenggaraan sistem elektronik, yang digunakan dalam disertasi ini adalah kepentingan masyarakat yang lebih luas demi kesejahteraan bersama dengan terwujudnya keseimbangan dinamis sebagai bentuk harmonisasi kepentingan semua pihak, tidak hanya antara kepentingan bangsa dan negara dengan kepentingan internasional dalam interaksi sistem elektronik, melainkan juga (i) antara kepentingan si penyelenggara dengan kepentingan masyarakat pengguna; (ii) antara kepentingan si Pelaku Usaha dengan kepentingan si Penyelenggara kepada publik, dan (iii) antara kepentingan Komunitas Pelaku Usaha dalam industri TI dengan kepentingan segenap Penyelenggara Negara dan masyarakat sebagai konsumennya.

D.2.d. Komunikasi Elektronik

Sebagaimana diketahui bahwa transaksi dalam sudut pandang komunikasi adalah kegiatan bertukar informasi melalui suatu sistem komunikasi. Transaksi dalam konteks ini tidak harus diartikan sebagai suatu hubungan hukum kontraktual dari awalnya, karena komunikasi elektronik⁵⁷ melalui jaringan

⁵⁷ Lihat European Union Directive, *the Privacy and Electronic Communications Regulation* 2003. [Communication means any information exchanged or conveyed between a finite number of parties by means of a public electronic communications service, but does not include information

komunikasi publik berupa jaringan komunikasi elektronik (*electronic communication network*)⁵⁸ dan/atau jasa komunikasi elektronik (*electronic communication services*)⁵⁹ dalam suatu masyarakat informasi, tidak selalu ditujukan sebagai kegiatan untuk berkontrak; namun kegiatan tersebut dapat dikatakan suatu hubungan kontraktual apabila hubungan komunikasi yang dilakukan didasari oleh suatu keinginan untuk berkontrak (*consent*) dan/atau telah memenuhi syarat sahnya berkontrak.

Suatu hubungan komunikasi elektronik baru dapat dikatakan sebagai suatu kontrak elektronik⁶⁰ apabila hubungan komunikasi tersebut memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian, dengan jaminan bahwa hubungan hukum yang dilakukan adalah dilakukan dengan memanfaatkan suatu sistem elektronik yang terjamin berjalan sebagaimana mestinya.

D.2.e. Pelayanan Publik (*Public Services*)

Dalam kata pelayanan publik terdapat dua kata yang harus dijelaskan terlebih dahulu yakni kata-kata 'Pelayanan' dan 'Publik'. Jika kata publik adalah bermakna kepada kepentingan publik yang merupakan kepentingan lebih luas dari sekedar kepentingan individu dan kepentingan masyarakat, maka dalam kata pelayanan adalah bermakna kepada pengertian tentang adanya suatu aktivitas atau

conveyed as part of a programme service, except to the extent that such information can be related to identifiable subscriber or user receiving the communication]. Lihat juga Pasal 1 UU ITE tentang definisi Transaksi Elektronik, yakni adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan Komputer, jaringan Komputer, dan/atau media elektronik lainnya].

⁵⁸ Lihat European Union Directive 2002 on A Common Regulatory Framework for Electronic communication networks and services [*electronic communications network means transmission systems and, where applicable, switching or routing equipment and other resources which permit the conveyance of signals by wire, by radio, by optical or by other electromagnetic means, including satellite networks, fixed (circuit- and packet-switched, including Internet) and mobile terrestrial networks, electricity cable systems, to the extent that they are used for the purpose of transmitting signals, networks used for radio and television broadcasting, and cable television networks, irrespective of the type of information conveyed*].

⁵⁹ Ibid. [*electronic communications service means a service normally provided for remuneration which consists wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, including telecommunications services and transmission services in networks used for broadcasting, but exclude services providing, or exercising editorial control over, content transmitted using electronic communications networks and services; it does not include information society services, as defined in Article 1 of Directive 98/34/EC, which do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks*].

⁶⁰ Lihat Pasal 1 butir (17) UU ITE [Kontrak Elektronik adalah perjanjian para pihak yang dibuat melalui Sistem Elektronik].

serangkaian aktivitas yang bersifat tidak kasat mata (tidak dapat diraba) yang melibatkan usaha-usaha manusia dengan menggunakan peralatan.

Menurut Groon Ross sebagaimana dikutip oleh Ratminto dan Atik Septi Winarsih dalam bukunya tentang Manajemen Pelayanan, Pelayanan adalah suatu aktivitas atau serangkaian aktivitas yang terjadi sebagai akibat adanya interaksi antara konsumen dengan karyawan atau hal-hal lain yang disediakan oleh perusahaan pemberi pelayanan yang dimaksudkan untuk memecahkan permasalahan konsumen.⁶¹

Merujuk Keputusan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara No.81 Tahun 1993 yang kemudian disempurnakan dengan Keputusan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara No.63 Tahun 2003 telah mendefinisikan pelayanan umum sebagai Segala bentuk pelayanan yang dilaksanakan oleh Instansi Pemerintah Pusat, di Daerah, dan di lingkungan Badan Usaha Milik Negara atau Badan Usaha Milik Daerah dalam bentuk barang dan atau jasa, baik dalam rangka upaya pemenuhan kebutuhan masyarakat maupun dalam rangka pelaksanaan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dengan menggabungkan unsur-unsur dalam dua pengertian tersebut dan meletakkannya dalam konteks administrasi negara, maka definisi Pelayanan Publik (untuk selanjutnya cukup disingkat dengan 'Layanan Publik') dalam disertasi ini adalah serangkaian kegiatan administrasi negara dengan menggunakan peralatan tertentu sebagai hasil interaksi administrasi negara dengan publik yang ditujukan dalam rangka memenuhi kepentingan publik dalam rangka pelaksanaan ketentuan perundang-undangan.⁶²

D.2.f. Kerjasama Pemerintah dan Swasta (*Public Private Partnership*)

Secara umum yang dimaksud dengan *Public Private Partnership* ('PPP') adalah suatu bentuk kolaborasi atau kerjasama antara Pemerintah dengan satu atau

⁶¹ Ratminto dan Atik Septi Winarsih., Manajemen Pelayanan: Pengembangan Model Konseptual, Penerapan Citizen's Charter dan Standar Pelayanan Minimal., (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005) 1-4.

⁶² Bandingkan dengan definisi dalam RUU Pelayanan Publik draft 28 November 2008. [Pelayanan publik adalah kegiatan atau rangkaian kegiatan dalam rangka pemenuhan kebutuhan pelayanan sesuai dengan peraturan perundang-undangan bagi setiap warga negara dan penduduk atas barang, jasa, dan/atau pelayanan administratif yang disediakan oleh penyelenggara pelayanan publik].

lebih pihak swasta dalam penyediaan infrastruktur atau layanan publik. Meskipun ada beberapa model kerjasama yang dapat dikatakan sebagai bentuk kolaborasi tersebut (seperti antara lain; *Design-Build* (DB), *Design-Build-Maintain* (DBM), *Design-Build-Operate* (DBO), *Design-Build-Operate-Maintain* (DBOM), *Build-Own-Operation-Transfer* (BOOT), *Build-Own-Operate* (BOO), *Build-Own-Transfer* (BOT), dan lain sebagainya), namun dalam disertasi ini pola PPP yang dikaji adalah dalam pola kerjasama antara pemerintah yang melibatkan lebih dari satu otoritas publik/administrasi negara dengan swasta yang akan menghasilkan satu bentuk usaha atau badan usaha tersendiri (*joint venture*) yang selanjutnya akan menjalankan layanan publik tersebut.

E. Ruang Lingkup Penelitian

Sebagaimana telah diuraikan sekilas di muka, kajian dalam disertasi ini dibatasi lingkungannya dalam lingkup hukum perdata yang mencakup perihal tindak administrasi negara yang bersegi keperdataan, khususnya terhadap penyelenggaraan sistem informasi yang berinteraksi dengan kepentingan publik, atau yang ditujukan untuk memberikan layanan publik. Fokus kajian disertasi ini adalah pada aspek pertanggungjawaban hukum penyelenggara terhadap akuntabilitas sistem elektronik dengan cara melihat bagaimana ketentuan hukum mengatur adanya kewajiban hukum si penyelenggara untuk melakukan tata kelola yang baik demi kepentingan publik sebagai wujud harmonisasi benturan kepentingan para pihak (Pengembang, Penyelenggara dan Pengguna). Dasar pemikirannya adalah melihat eksistensi sistem informasi yang berbasis komputer (*computer based information system*) sebagai wujud konvergensi telematika, yang dalam penyelenggaraannya akan mencakup interaksi hukum publik dan hukum privat, sehingga meskipun pertanggungjawaban hukumnya ada aspek administrasinya, namun yang menjadi fokus perhatian disertasi ini adalah aspek keperdataannya.

Untuk lebih mempersempit lingkup penelitian dan memperdalam substansi kajian maka dalam disertasi ini akan dikaji tanggung jawab hukum terhadap sistem informasi pada sektor tertentu. Sektor tertentu yang dipilih dalam disertasi

ini adalah Penyelenggaraan Indonesian National Single Windows (INSW) karena dalam penyelenggaraannya sistem tersebut melibatkan tiga keunikan; (i) INSW adalah lahir dalam rangka mengakomodir Asean National Single Windows dalam lingkup regional dan APEC National Single Windows dalam lingkup internasional, demi kompatibilitas ataupun interoperabilitas dengan sistem lalu lintas barang dalam perdagangan internasional; (ii) dalam penyelenggaraannya INSW melibatkan beberapa otoritas publik dan kerjasama dengan pihak swasta dalam pengelolaannya, dan (iii) INSW adalah perwujudan penyelenggaraan sistem elektronik untuk memberikan layanan publik, khususnya untuk melancarkan mekanisme impor ekspor.

F. Metodologi Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif⁶³ yang melakukan pendekatan kualitatif yang melihat dan menganalisis norma-norma hukum (normatif-analisis) dalam peraturan perundang-undangan yang ada berikut putusan pengadilan serta praktek bisnis yang berkembang dalam lingkup penerapan Teknologi Informasi menjadi suatu sistem elektronik. Disertasi ini difokuskan pada aspek pertanggungjawaban hukum penyelenggara sistem elektronik yang dilakukan secara deskriptif-analitis dengan pendekatan kualitatif.

Dalam upaya menjawab rumusan permasalahan, penelitian ini akan mengeksplorasi dan mendeskripsikan apa yang menjadi kepentingan hukum dalam lingkup penyelenggaraan sistem elektronik. Hal ini akan dikaji dengan berpatokan pada ketentuan-ketentuan hukum yang ada dalam mengatur pertanggungjawaban hukum terhadap sesuatu hal, baik dalam perspektif hukum perdata maupun dalam perspektif hukum administrasi negara, khususnya dalam lingkup tindakan administrasi negara dalam konteks keperdataan ataupun hukum perdata dalam konteks publik (*private law in a public context*).

Penelitian ini mengkaji suatu pemetaan ataupun suatu bentuk kerangka hukum (*existing legal framework*) berdasarkan ketentuan hukum yang ada, termasuk kaedah-kaedah hukum yang lahir berdasarkan praktek bisnis yang

⁶³ Soerjono Sukanto dan S Mamudji, Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1985) 5.

berkembang yang menekankan kepada upaya terbaik semua pihak untuk mencegah dan mengatur resiko dalam sistem elektronik (*IT Risk Management*) sesuai dengan karakteristik dan sifat dasar (*legal nature*) dari perkembangan teknologi Telematika itu sendiri. Akhirnya perumusan hukum yang ada (*law in the book*) berikut penerapannya (*law in action*) dilihat kesesuaiannya dengan norma atau kaedah hukum yang hidup sebagai suatu kebiasaan yang telah dianut oleh komunitasnya (*living law*).

Agar kajian dalam penelitian ini menjadi lebih komperhensif dan juga sesuai dengan kepentingan umum global, maka dilakukan juga catatan perbandingan dengan cara memahami substansi dan bagaimana mekanisme aturan-aturan tentang pertanggungjawaban hukum terhadap penyelenggaraan suatu sistem informasi di beberapa negara yang secara jelas memperlihatkan hal tersebut dalam produk peraturan perundang-undangannya. Perbandingan yang dilakukan diperlukan untuk melihat isu global atau pokok-pokok materi yang menjadi perhatian hukumnya dan kemudian melihatnya dalam konteks hukum nasional. Akhirnya, dengan mengolah fakta-fakta dalam permasalahan penerapan TI, dan kemudian melihatnya dalam kerangka hukum yang terkait dengan penerapan TI serta membandingkan dengan praktek bisnis yang berkembang akan ditarik beberapa hal yang umum yang dapat dirumuskan sebagai suatu pedoman hukum dalam penerapan TI tersebut.

Bahan dan Data dalam penelitian untuk disertasi ini adalah mencakup data sekunder dan data primer. Sumber data utama penelitian ini adalah data sekunder yang merupakan bahan hukum dari penelusuran literatur (studi kepustakaan) yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tertier, sedangkan data primer hanyalah berfungsi sebagai data penunjang untuk mendukung penelitian.

Data sekunder dalam penelitian ini dicari dari berbagai pustakaan baik yang lokal/nasional maupun internasional, baik yang disediakan secara online maupun yang konvensional (*off-line*) yang berupa hukum positif yang berlaku (peraturan perundang-undangan) berikut risalah rapat serta kertas kerja dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut, Rancangan peraturan perundang-undangan berikut Naskah Akademiknya, putusan-putusan pengadilan,

konvensi-konvensi internasional berikut risalah kerjanya (*working group session*), hasil-hasil penelitian (disertasi, thesis dan laporan-laporan proyek penelitian), buku-buku teks, artikel-artikel dalam jurnal-jurnal ilmiah, kamus-kamus dan ensiklopedia yang terkait dengan isu hukum Telematika. Untuk lebih memperkaya wacana maka tentunya diperlukan penelusuran terhadap literatur konvensi International yang terkait (contoh: UNCITRAL), konvensi regional (European Union Directive) dan beberapa produk legislatif negara Eropa (Inggris) dan Amerika.

Wawancara dengan beberapa narasumber/responden baik berupa pendapat para ahli maupun tanggapan ataupun pandangan dari pihak-pihak yang terlibat dengan obyek penelitian, adalah ditujukan untuk mendapatkan pemahaman yang mendalam tentang kepentingan hukum yang terkait dengan obyek penelitian. Pemilihan pihak-pihak yang diwawancarai adalah para pihak yang dipandang memiliki kapasitas tertentu dan dianggap dapat mewakili komunitas yang secara purposif terkait langsung dengan objek penelitian, yaitu antara lain; (i) Pimpinan perusahaan/korporasi yang merupakan para Pelaku Usaha yang bergerak dalam bidang TI atau setidaknya pimpinan dari himpunan pelaku usaha TI yang dalam hal ini diwadahi oleh Federasi Teknologi Informasi Indonesia, (ii) para birokrasi terkait khusus instansi yang terkait dengan telematika (Pengurus Detiknas, Departemen Komunikasi dan Informatika cq Ditjen Aplikasi Telematika, Bank Indonesia dan Tim Pelaksana INSW) serta lembaga-lembaga semi-pemerintah yang merupakan wujud peran serta masyarakat (*Self Regulatory Organization*) seperti Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia, (iii) para aktivis Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) yang bergerak dibidang telematika (ICT Watch), dan (iv) para pakar ataupun pemerhati hukum telematika baik dalam maupun luar negeri (Prof Hendrik Kaspersen dari Belanda, Christina Schulman dari Romania, dan Alexander Seger dari *Council of Europe*, ketiganya adalah personal yang membidani lahirnya *Convention on Cybercrime*). Wawancara dilakukan secara langsung melalui diskusi-diskusi yang terkait dengan obyek penelitian.

Data sekunder dan hasil wawancara yang diperoleh dalam penelitian ini disusun secara sistematis dan dianalisis secara kualitatif dengan melihat apa dan bagaimana seharusnya tanggung jawab hukum dari objek yang diteliti. Proses

analisis ini dilakukan dengan menggunakan logika deduktif yaitu berangkat dari asas-asas atau konsepsi-konsepsi hukum mengenai kemungkinan penerapan kewajiban hukum dalam penyelenggaraan sistem elektronik yang baik (*good practice*). Keberadaan data primer hanyalah merupakan pendukung yang lebih lanjut dianalisis secara kualitatif, yakni hanya disebutkan dalam pemaparan dan dijelaskan pemahaman mengapa terjadi fakta seperti itu (*verstehen*) untuk mengungkap apa yang terdapat dibalik dari peristiwa nyata dengan maksud mencari nilai-nilai yang terkandung didalamnya. Proses ini dilakukan dengan logika induktif yakni mengambil kesamaan dalam berbagai fakta yang selanjutnya ditarik normanya secara umum (*generalisasi*) tentang penerapan sistem elektronik tersebut.

G. Sistematika Penulisan

Penulisan disertasi ini terdiri dari 6 (enam) bab yang disusun dengan sistematika penulisan sebagai berikut:

Bab I merupakan pendahuluan, menguraikan tentang latar belakang masalah, perumusan permasalahan, tujuan dan manfaat penelitian, kerangka teori dan konsep, ruang lingkup penelitian, metodologi penelitian dan sistematika penulisan.

Bab II yang merupakan tinjauan kepustakaan tentang konsep *good governance*, menguraikan dengan rinci tentang perkembangan teori tata kelola yang baik (*good governance*) dan penerapannya dalam penyelenggaraan sistem elektronik. Substansinya mencakup penjabaran prinsip-prinsip *good governance* dalam penyelenggaraan administrasi negara dan penerapannya untuk pelayanan publik, prinsip-prinsip *good governance* dalam korporasi, prinsip-prinsip tata kelola yang baik dalam penerapan teknologi informasi (*IT Governance*) menurut doktrin dan praktek bisnis yang berkembang, implementasi prinsip-prinsip *good governance* dalam penyelenggaraan sistem elektronik, dan penerapan *good governance* berdasarkan Pedoman Tata Kelola Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional

Bab III yang juga merupakan tinjauan kepustakaan, membahas tentang perkembangan teori pertanggungjawaban hukum dan benturan kepentingan dalam pengembangan dan penyelenggaraan sistem elektronik untuk layanan publik, yang terdiri atas: perkembangan teori perbuatan melawan hukum dan tanggung jawab hukum, benturan kepentingan pribadi (privat) dan kepentingan publik dalam penyelenggaraan sistem elektronik, peran dan tanggung jawab para pihak dalam pengembangan dan penyelenggaraan sistem elektronik, pembangunan sistem elektronik untuk layanan publik dalam pola *public-private partnership*, dan tanggung jawab penyelenggara (administrasi negara dan pelaku usaha) terhadap penyelenggaraan sistem elektronik untuk layanan publik.

Bab IV mengemukakan standar pemeriksaan hukum (*legal audit*) dalam pembangunan dan penyelenggaraan sistem elektronik demi kepentingan publik, yang isinya akan membahas tentang urgensi pemeriksaan hukum terhadap sistem elektronik, subyek legal audit, dan obyek legal audit, serta standar legal audit terhadap sistem informasi untuk layanan publik.

Bab V menguraikan tentang penerapan standar pemeriksaan hukum dalam pengembangan sistem elektronik dengan pola penyelenggaraan *public-private partnership* pada proyek *Indonesian National Single Windows* ("INSW"), dimana didalamnya akan menguraikan pembahasan tentang: Kode Etik dan Piagam Evaluasi TIK, urgensi dan legalitas INSW, strategi perencanaan dan penerapan INSW, pertanggungjawaban penyelenggara (Pemerintah dan Swasta) dalam penyelenggaraan INSW, pemeriksaan dan pendapat hukum terhadap proyek pengembangan dan penyelenggaraan INSW.

Akhirnya pada Bab VI yang merupakan penutup, diuraikan tentang kesimpulan dan saran terhadap masalah yang telah ditetapkan dalam Disertasi ini.

--- o0o ---



BAB II

PERKEMBANGAN TEORI TATA KELOLA YANG BAIK (GOOD GOVERNANCE) DAN PENERAPANNYA DALAM PENYELENGGARAAN SISTEM ELEKTRONIK

A. Prinsip-prinsip *Good Governance* dalam Hukum Administrasi Negara

Sehubungan dengan pentingnya peran pemerintah dalam menjaga akuntabilitas penyelenggaraan sistem elektronik, baik sebagai regulator, pembina maupun pengawas. Perlu dipahami terlebih dahulu bagaimana konsepsi tentang hukum administrasi negara sesungguhnya dan bagaimana penerapannya dalam konteks sistem elektronik.

Secara umum diketahui bahwa yang dimaksud dengan negara adalah suatu organisasi bangsa (*an organized political community controlled by one government*), yang paling tidak mempunyai 4 elemen penting, yakni (i) bangsa, (ii) wilayah, (iii) pemerintahan, dan (iv) sistem hukum. Sementara yang dimaksud dengan administrasi adalah merupakan kata benda yang berasal dari kata kerja '*to administer*' yang berarti mengelola atau mengatur suatu urusan tertentu dalam suatu organisasi (*to control the affairs of a business, an organization, etc; to manage something*); dimana administrasi juga bisa berarti memberikan suatu formalisasi atau memformalkan sesuatu (*to provide or give something formally*).⁶⁴

Berdasarkan makna dalam kamus tersebut, secara umum dapat diketahui bahwa yang dimaksud dengan Administrasi Negara adalah kegiatan mengelola atau mengatur urusan-urusan suatu organisasi negara. Administrasi negara yang dimaksud adalah lembaga pemerintahan, yang dalam arti luas mencakup setiap penyelenggara negara baik eksekutif, legislatif maupun yudikatif, dan dalam arti sempit adalah penyelenggara negara eksekutif.⁶⁵ Secara organisasional, suatu

⁶⁴ A.S.Hornby, *Oxford Advanced Learners Dictionary of Current English*, 5th ed., (Cambridge: Oxford University Press, 1995) 15.

⁶⁵ Ditemui beberapa pengertian yang berbeda terhadap Penyelenggara Negara ataupun Administrasi Negara. Lihat Pasal 1 ayat 1, UU No.28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme ("UU Bebas KKN"). Penyelenggara Negara adalah Pejabat Negara yang menjalankan fungsi eksekutif, legislatif, atau yudikatif, dan

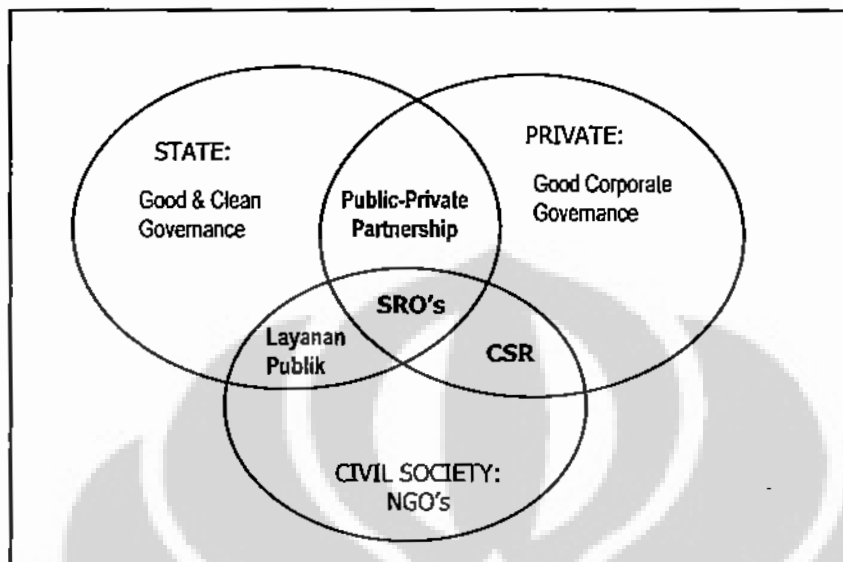
pemerintahan ataupun administrasi negara direpresentasikan dalam suatu struktur maupun fungsi dari Jabatan-jabatan maupun Badan. Oleh karena itu, berbicara tentang hukum administrasi negara, tak lain adalah berbicara tentang urusan-urusan penyelenggaraan negara dalam suatu organisasi bangsa yang direpresentasikan dengan adanya tugas dan kewenangan dari para adminisratur negara yang terlembaga dalam bentuk Jabatan maupun Badan, namun, secara keseluruhan hal tersebut sebenarnya juga tak lepas dari evolusi yang terjadi pada bangsa dan negara itu sendiri.

Dalam perkembangannya telah terjadi proses evolusi dari konsep maupun bentuk bangsa-negara dari waktu ke waktu. Berawal dari bentuk Negara Sebagai Penjaga Malam (*night watcher state* atau *police state*), berkembang menjadi bentuk Negara Kesejahteraan (*welfare state*), yang kemudian berkembang lagi menjadi bentuk Negara Yang Madani atau disebut juga *civil society*⁶⁶ yang lebih memberikan ruang bagi pelaku usaha, masyarakat dan pasar, atau pada sisi yang lain disebut juga *nation wealth creation*. Peranan tiga unsur penting tersebut yakni pemerintah, pelaku usaha dan masyarakat menjadi penentu dalam terciptanya penyelenggaraan negara yang baik dalam kerangka negara hukum modern.

pejabat lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara sesuai dengan ketentuan peraturan perUndang-Undangan yang berlaku. Bandingkan dengan Pasal ayat 1 ayat (1) UU No.5 Tahun 1986 tentang Peradilan tata Usaha Negara ("UU-PTUN"), Tata Usaha Negara adalah Administrasi Negara yang melaksanakan fungsi untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan baik di pusat maupun di daerah; Sementara Pasal 1 ayat (2) UU-PTUN, Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara adalah Badan atau Pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perUndang-Undangan yang berlaku; Bandingkan juga dengan Pasal 1 ayat (3) UU No.14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik (UU-KIP), Badan Publik adalah lembaga eksekutif, legislatif, yudikatif, dan badan lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara, yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah, atau organisasi nonpemerintah sepanjang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah, sumbangan masyarakat, dan/atau luar negeri. Bandingkan juga dengan Pasal 1 ayat (2) UU No.37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia (UU Ombudsman), Penyelenggara Negara adalah pejabat yang menjalankan fungsi pelayanan publik yang tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan. (semua garis bawah adalah dari penulis).

⁶⁶ Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, (Jakarta: Sekjen dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006) 81.

NEGARA HUKUM MODERN



Gambar II.1. Diagram Pemangku Kepentingan dalam Negara Hukum Modern
(diolah oleh penulis dari berbagai sumber)

Secara garis besar, konsep *Civil Society* ataupun *National Wealth Creation* tidak terlalu jauh berbeda dengan karakteristik Negara Kesejahteraan. Negara cq Pemerintah tetap dibenarkan atau ditugaskan untuk melakukan campur tangan atau interferensi demi mensejahterakan bangsanya namun tetap dengan memperhatikan keberadaan pasar. Dalam pola yang ketiga ini, masyarakat dan bangsanya diharapkan lebih aktif dalam melakukan kegiatan tersebut, sementara pemerintah diharapkan sebagai fasilitator saja. Namun, dengan melihat faktanya bahwa pemerintah tetap dituntut oleh Publik untuk tidak lepas tangan dari suatu kondisi yang meskipun disukai pelaku usaha namun ternyata merugikan kepentingan umum, maka konsep *welfare state* tetap tidak dapat dipisahkan bagi bangsa ini.

Dalam wacana *welfare state* dimana negara yang direpresentasikan oleh pemerintah (administrasi negara) sebagai pengurus, maka tugas pemerintah tidak hanya membuat dan mempertahankan hukum, atau hanya menjaga ketertiban dan ketentraman saja, melainkan lebih luas dari pada itu yakni menyelenggarakan kepentingan umum seperti kesehatan rakyat, pendidikan, perumahan, dan lain

sebagainya. Pemerintah juga diberikan tugas dan kewenangan untuk dapat bertindak atas inisiatif dirinya sendiri dalam menyelesaikan segala permasalahan yang ada pada warga masyarakat demi melindungi kepentingan umum itu sendiri.

Untuk menyelenggarakan kepentingan umum tersebut, secara garis besar menurut Stelinga, administrasi negara mempunyai kewenangan antara lain: (i) melakukan penetapan kebijakan, (ii) melakukan pengaturan/regeling, (iii) melakukan pengamanan, (iv) melakukan peradilan, dan (v) melakukan pelayanan kepada warga negara.⁶⁷ Sementara menurut Brown, kegiatan kepentingan umum adalah dilakukan dengan melakukan layanan publik yang merupakan kegiatan yang menggunakan (i) kewenangan publik, dan (ii) dilakukan untuk memenuhi kepuasan kebutuhan publik. Lebih lanjut, otoritas publik yang melakukan hal tersebut harus memenuhi prinsip-prinsip antara lain (i) jujur atau tidak memihak, (ii) integritas, (iii) obyektif, (iv) seleksi dan promosi, dan (iv) akuntabilitas.⁶⁸

Terkait dengan itu dikenal dua teori tentang hak mengatur administrasi negara, yakni *Red Light Theory* dan *Green Light Theory*, sebagaimana yang dikemukakan oleh Harlow dan Rawling⁶⁹, *Red light theory* berasal dari suatu tradisi politik di abad ke-19 yang menjunjung tinggi paham "*laissez-faire*" yang menghendaki peran Pemerintah dilakukan seminim mungkin terhadap hak-hak dan kegiatan-kegiatan individu. Tidak ada perbedaan status dan kedudukan hukum antara individu warga negara (*citizen*) dengan pejabat administrasi negaranya. Penganut-penganut teori ini menghendaki adanya kepastian mekanisme '*judicial review*' terhadap putusan administrasi negara sekiranya bertentangan dengan hukum dan/atau adanya mekanisme sanksi-sanksi hukum terhadap administrasi negara apabila telah terjadi penyalahgunaan kekuasaan. Prinsip kebebasan pengadilan dan prinsip tidak memihak haruslah dipegang teguh, dimana pengadilan harus bebas (otonom) dari pengaruh politik dan moral.⁷⁰

⁶⁷ Prajudi Atmosudirjo, Hukum Administrasi Negara (cetakan kesepuluh), (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983) 213.

⁶⁸ Safri Nugraha et. al., Hukum Administrasi Negara, edisi revisi., (Depok: Center for Law and Good Governance Studies FHUI, 2007) 83.

⁶⁹ Carol Harlow and Richard Rawlings., Law and Administration 2nd ed., (London: Butterworths, 1997) 29-90.

⁷⁰ Lintong O Siahaan, op.cit. 59-60.

Dalam *red light theory*, sangat terasa penerapan aliran berpikir *positivism* dan *formalism*, dimana dalam lingkup hukum publik maka seharusnya adanya keseimbangan konstitusional (*balanced constitution*) antara hak individual warga negara dengan kekuasaan birokrasinya, dimana suatu putusan administrasi negara (*administrative decision-making*) harus dilakukan sesuai dengan persyaratan prosedural yang ketat dan didasari oleh kewenangan tertentu (*formalist*) sesuai hukum yang berlaku (*lawful/intravires*) serta dilandasi oleh pertimbangan yang rasional. Di Inggris, hal tersebut digagas oleh AV Dicey (1835-1922), yang meskipun ia berpendapat bahwa tidak ada hukum administrasi negara di Inggris seperti yang dimaksud dengan *droit administratif* di Perancis, ia telah memberikan pendapat bahwa dalam penerapan *Rule of Law* di Inggris akan memuat tiga elemen, yakni (i) bahwa negara tidak ada kewenangan pengecualian (*state possesses no exceptional powers*), (ii) setiap individu pelayan publik (*public servants*) harus bertanggungjawab kepada masyarakat sehingga dapat dimungkinkan *judicial review* oleh pengadilan, dan (iii) pengadilan harus independen dalam menjalankan kewenangannya. Ia lebih menyukai *individualism* ketimbang *collectivism* yang menurutnya adalah inkonstitusional, karena *the rule of law* meminta kesetaraan yang penuh (*full equality in every respect*) antara pemerintah dengan warganegaranya.⁷¹

Di pihak lain "*green light theory*" yang berasal dari tradisi utilitarian (Bentham, Mill, dan Fabian 1884) berpendapat bahwa pengaruh politik dan sosiologis terhadap hukum tidak mungkin dapat dihindari. Dalam teori ini, sangat terasa penerapan aliran pemikiran orang-orang yang '*realist*' dan '*functionalist*' dimana hukum hidup sesuai dinamika masyarakatnya. Perbedaannya dengan *red light theory* adalah pengembangan suatu *model government* yang lebih dinamis dan bersahabat (*more congenial*). Jika dalam *red-light*, lebih memperhatikan *judicial control* dari *executive power*, pada *green-light* justru lebih dipercayakan (*incline to pin their hopes*) kepada proses politik yang mendasari perkembangan hukumnya. Dalam teori ini, dapat dikatakan bahwa kewenangan pemerintah diperluas untuk membuat peraturan-peraturan sendiri, maupun pengawasan-pengawasan sendiri, karena pembuat UU (parlemen) dalam kenyataannya

⁷¹ Harlow dan Rawlings, *op. cit.*, 44.

dianggap gagal untuk itu. Paling tidak, secara substansial setiap Undang-Undang adalah produk politik yang sulit untuk menjabarkan ketentuan yang lebih teknis yang karenanya Pemerintah perlu mendapatkan ruang untuk melakukan pengaturan demi kepentingan umum sesuai kewenangannya.

Jika diamati dan dicermati apa yang dikerjakan atau dijalankan oleh aparatur/administrasi negara, terlihat jelas apa yang menjadi hak, kewajiban dan tanggungjawab administrator negara untuk menjawab kepentingan umum tersebut. Yang menjadi hak seorang aparatur negara antara lain adalah: (i) Melaksanakan kewenangannya sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku; (ii) Membuat kebijakan sesuai dengan ruang lingkup dan kewenangan yang dimilikinya, dan (iii) Hak-hak lain sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pada sisi yang lain, kewajiban yang harus dijalankan oleh seorang aparatur administrasi negara adalah sebagai berikut: (i) Seorang aparatur negara wajib taat pada peraturan perundang-undangan yang berlaku; (ii) Seorang aparatur negara wajib membuat suatu kebijakan terhadap suatu hal walaupun tidak ada peraturan yang mengaturnya. Hal ini sesuai dengan azas *freies ermessen*; (iii) Seorang aparatur administrasi negara dalam melaksanakan tugasnya harus sesuai dengan susunan pembagian tugas (*job-description*); (iv) Seorang aparatur administrasi negara wajib melaksanakan prinsip-prinsip organisasi; (v) Seorang aparatur administrasi negara wajib melaksanakan azas-azas umum pemerintahan yang baik (*good governance*).

Sedangkan Pertanggungjawaban seorang administrator, menurut Benny M Yunus⁷², adalah bahwa seorang pejabat harus melaksanakan tanggungjawabnya yang berupa (i) tanggungjawab disiplin, (2) tanggungjawab hukum, baik pidana maupun perdata, (3) tanggungjawab keuangan, dan (4) tanggungjawab politis. Sementara menurut Joko Widodo, administrasi negara (birokrasi publik) sebagai lembaga negara yang mengemban misi pemenuhan kepentingan publik dituntut bertanggungjawab terhadap publik yang dilayaninya, dimana ada tiga konsep penting yang menyangkut tanggungjawab administrasi negara terhadap publiknya, yaitu; (i) akuntabilitas, (ii) responsibilitas, dan (iii) responsivitas.⁷³

⁷² Safri Nugraha et.al, *op.cit.*, 49.

⁷³ Joko Widodo, *Good Governance: Telaah dari Dimensi Akuntabilitas dan Kontrol Birokrasi pada Era Desentralisasi dan Otonomi Daerah*, (Surabaya: Insan Cendikia) 4.

Pada dasarnya, akuntabilitas publik merupakan landasan bagi proses penyelenggaraan pemerintahan. Ia diperlukan karena aparatur Pemerintah harus mempertanggungjawabkan tindakan dan pekerjaannya kepada publik dan organisasi tempat kerjanya. Sehubungan dengan itu, Jabra dan Dwivedi mengemukakan "*accountability is the fundamental prerequisite for preventing the abuse of delegated power and for ensuring instead the power is directed toward the achievement of broadly accepted national goals with the greatest possible degree of efficiency, effectiveness, probity, and produce*". Akuntabilitas sebagai persyaratan mendasar untuk mencegah penyalahgunaan kewenangan yang didelegasikan dan menjamin kewenangan tadi diarahkan pada pencapaian tujuan-tujuan nasional yang diterima secara luas dengan efisiensi, efektivitas, kejujuran, dan hasil yang sebesar mungkin.⁷⁴

Sesuai dengan makna dalam kamusnya, Akuntabilitas diartikan sebagai '*required or expected to give an explanation for one's action*' yang dengan kata lain dapat dikatakan bahwa akuntabilitas adalah kewajiban untuk memberikan pertanggungjawaban atau penjelasan kinerja seseorang dari apa yang telah dilakukannya. Dalam konteks administrasi negara, akuntabilitas publik menghendaki birokrasi dapat menjelaskan secara transparan (*transparency*) dan terbuka (*openness*) kepada publik mengenai tindakan apa yang telah dilakukan. Tujuannya menurut Islamy untuk menjelaskan bagaimanakah pertanggungjawaban hendak dilaksanakan, metode apa yang dipakai untuk melaksanakan tugas, bagaimana realitas pelaksanaannya dan apa dampaknya. Dengan adanya penjelasan secara transparan dan terbuka, masyarakat (publik) menjadi tahu tentang apa yang telah dilakukan birokrasi publik, berapa besarnya anggaran yang digunakan, dan bagaimana hasil tindakan itu.⁷⁵

Dalam kenyataannya, meskipun birokrasi mampu memenuhi dan mempertemukan tuntutan dan harapan publik dengan standar kerja (*standard of performance*) tertentu, tetap saja terdapat suatu ruang diskresi (pengambilan keputusan secara sepihak) yang cukup luas. Selain akan kurang memberikan kepuasan dalam penyediaan kebutuhan dan layanan publik, hal tersebut juga

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid. 5

berpotensi terbukanya peluang penyalahgunaan kekuasaan atau praktek yang menyimpang (*mal-administration*).⁷⁶ Wujud mal-administrasi yang seringkali dilakukan selain Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (KKN), adalah juga inefisiensi dan tindakan yang kurang profesional serta kurang responsif dalam menjalankan tugas dan tanggungjawabnya serta cenderung melampaui kewenangannya. Meskipun begitu administrator (Pemerintah/eksekutif) dan politisi (legislatif) berpeluang besar untuk menampik atau mengelak dari tanggungjawab tersebut, yang antara lain adalah dengan dalih ketidakjelasan instruksi atau belum mendapatkan instruksi sehingga mereka selayaknya tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban.

Selanjutnya ketidakmampuan birokrasi untuk mempertanggungjawabkan sikap, perilaku, dan kebijakannya kepada publik baik tanggungjawab secara subyektif (*responsible*) maupun tanggungjawab secara obyektif (*accountable*), dan responsifitas (*responsiveness*), menjadikan tidak saja kinerja penyelenggaraan pemerintahan dan pelayanan publik menjadi jelek, melainkan juga menjadikan masyarakat menjadi tidak puas dengan layanan yang diberikan dan tidak percaya dengan kinerja Pemerintah, meskipun pemerintahan tersebut *legitimate*. Oleh karenanya hal tersebut memerlukan kontrol administratif yang terus menerus (*perennial*) dengan baik.⁷⁷

Masalah kontrol (pengawasan) menjadi penting, bukan saja karena birokrasi publik dalam melaksanakan tugas, wewenang dan tanggung jawabnya memiliki etika dan standar profesional, tapi juga perlu adanya sarana sanksi (*punishment*) untuk hal yang menyimpang dari peraturan perundang-undangan, karena nilai-nilai etika dan standar profesional belum cukup memberikan hukuman, dan keterlibatan yang berlebihan administrator publik (birokrasi) dalam penyelenggaraan pemerintahan dimana tidak saja melaksanakan Undang-Undang, tapi juga secara sadar membuat Undang-Undang dan bahkan membuat keputusan hukum.

⁷⁶ Lihat Pasal 1 angka 3 UU No.37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia. [Maladministrasi adalah perilaku atau perbuatan melawan hukum, melampaui wewenang, menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari yang menjadi tujuan wewenang tersebut, termasuk kelalaian atau pengabaian kewajiban hukum dalam penyelenggaraan pelayanan publik yang dilakukan oleh Penyelenggara Negara dan pemerintahan yang menimbulkan kerugian materil dan/atau immateril bagi masyarakat dan orang perseorangan].

⁷⁷ Ibid.

Kontrol administratif merupakan aktivitas penting dalam manajemen pemerintahan mulai dari perencanaan, pelaksanaan dan pengawasan. Kontrol disini bukanlah untuk mencari kesalahan, tetapi untuk menemukan penyimpangan atas pelaksanaan suatu pekerjaan sehingga bisa dilakukan tindakan korektif. Dengan adanya tindakan korektif maka pekerjaan yang dilakukan akan sesuai dengan rencana. Jika tidak ada kontrol maka hasil yang diharapkan sebagaimana yang ditentukan dalam perencanaan menjadi tidak terwujud. Sementara kontrol juga tidak akan efektif jika tidak ada perencanaan karena harus ada kejelasan apa yang dijadikan standar untuk melakukan kontrol. Standar untuk melakukan kontrol adalah visi, misi, tujuan dan sasaran, serta kebijakan yang telah dituangkan sebelumnya dalam suatu perencanaan strategis. Oleh karena itu, keberadaan perencanaan yang baik (*strategic planning*), pelaksanaan (*implementation*) yang sesuai, pengawasan yang ketat adalah kata kunci mencapai akuntabilitas untuk mewujudkan pemerintahan yang baik (*good governance*).

Sehubungan dengan itu, selain kontrol internal juga terdapat kontrol eksternal, dimana terdapat berbagai strategi untuk melakukan kontrol eksternal tersebut baik dengan melibatkan peran serta masyarakat maupun dengan bantuan lembaga legislatif. Strategi pertama adalah dengan menekan birokrat untuk berbagi informasi sehingga mereka harus terbuka (*openness*) dan transparan (*transparency*). Selain itu, lembaga legislatif juga berwenang untuk meminta birokrasi melaporkan kinerja atau hasil kerja mereka secara berkala maupun sewaktu-waktu diperlukan, dan dimana perlu dapat menahan resources (anggaran) yang dibutuhkan oleh lembaga birokrasi tersebut.

Selain kontrol administratif juga dikenal kontrol lainnya, seperti kontrol politis dan kontrol yuridis terhadap Pemerintah. Kontrol politis adalah kewenangan parlemen, dan kontrol yuridis adalah kewenangan yudikatif, baik melalui peradilan administratif atau Pengadilan Tata Usaha Negara ("PTUN") maupun pengadilan umum, sedangkan hal-hal lain dilakukan oleh masing-masing lembaga (organisasi) yang ditunjuk oleh perundang-undangannya masing-masing.

Dalam perkembangannya, terhadap paradigma penyelenggaraan pemerintahan telah terjadi pergeseran dari paradigma '*rule of government*' menjadi '*good governance*.' Pemerintah dalam menyelenggarakan pemerintahan,

pembangunan, dan pelayanan publik (*public services*) menurut paradigma '*rule government*' senantiasa lebih menyandarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sementara dalam paradigma '*good governance*', dalam penyelenggaraan pemerintahan, pembangunan, dan pelayanan publik tidak semata-mata didasarkan pada Pemerintah (*government*) atau negara (*state*) saja melainkan harus melibatkan juga elemen-elemen lain baik di dalam intern birokrasi maupun juga di luar/ekstern birokrasi publik.⁷⁸

Pemerintah seakan telah mengalami transformasi paradigma yang kesemuanya dimaksudkan untuk membangun peradaban suatu bangsa. Transformasi paradigma pemerintahan meliputi beberapa aspek antara lain; (i) perubahan paradigma manajemen pemerintahan dari orientasi yang serba negara ke orientasi yang serba pasar (*market or public interest*), (ii) perubahan paradigma dari orientasi pemerintahan yang kuat, besar dan otoritarian ke orientasi pemerintahan yang *small and less government*, egalitarian dan demokratis, dan (iii) perubahan paradigma sistem pemerintahan dari yang sentralistis dalam pengelolaan pemerintahan menjadi desentralisasi dalam pengelolaan pemerintahan.⁷⁹

Sementara itu sering dijumpai kerancuan dalam pemahaman, tentang perbedaan konsep dan arti dari "government" dan "governance". Konsep "governance" lebih inklusif daripada konsep "government". Konsep 'government' hanya menunjuk pada suatu organisasi pengelolaan pemerintahan berdasarkan kewenangan tertinggi. Sementara konsep 'governance' melibatkan tidak sekedar Pemerintah dan negara, tapi juga peran berbagai aktor di luar Pemerintah dan negara, sehingga pihak yang terlibat juga sangat luas.⁸⁰

Secara umum, istilah *government* lebih mudah dipahami sebagai "Pemerintah" yaitu lembaga beserta aparatumnya yang mempunyai tanggungjawab untuk mengurus negara dan menjalankan kehendak rakyat. Sementara '*Governance*' adalah merupakan seluruh rangkaian proses pembuatan

⁷⁸ Ibid., 4.

⁷⁹ Sekretariat Tim Pengembangan Kebijakan Nasional Tata Kepemerintahan yang Baik BAPPENAS, Penerapan Tata Kepemerintahan Yang Baik (Jakarta: Sekretariat Tim Pengembangan Kebijakan Nasional Tata Kepemerintahan yang Baik BAPPENAS, 2007)

⁸⁰ Ibid. 18.

keputusan/kebijakan dan seluruh rangkaian proses dimana keputusan itu diimplementasikan atau tidak diimplementasikan.

Lebih lanjut UN *Commission on Human Settlements* (1996) menjelaskan bahwa *governance* adalah kumpulan dari berbagai cara yang diterapkan oleh individu warga negara dan para lembaga baik Pemerintah maupun swasta dalam menangani kepentingan-kepentingan umum mereka. Hal ini merupakan sebuah proses yang berkesinambungan dimana segala jenis kepentingan maupun kebutuhan dapat diakomodasikan dan tindakan korektif diterapkan. Termasuk pula didalamnya lembaga dan regim formal yang dikuasakan untuk menegakkan kepatuhan, maupun pengaturan secara informal sehingga masyarakat dan lembaga memiliki kesepakatan atau kesamaan kepentingan.

Sehubungan dengan itu, konsep *Governance* juga diungkapkan oleh Mustopadidjaja AR (2003) sebagai: (1) pemerintahan, (2) pengelolaan pemerintahan, (3) penyelenggaraan pemerintahan, (4) penyelenggaraan negara, dan (5) administrasi negara.

United Nations Development Programme (1997:9) mengemukakan "*governance is defined as the exercise of political, economic, and administrative authority to manage a nation's affairs*". (Kepemerintahan diartikan sebagai pelaksanaan kewenangan politik, ekonomi dan administratif untuk memmanage urusan-urusan dari suatu bangsa). Lebih lanjut UNDP menegaskan '*it is the complex mechanism, process, relationships and institutions through which citizens and groups articulate their interests, exercise their rights and obligations and mediate their differences*'. (Kepemerintahan adalah suatu institusi, mekanisme, proses, dan hubungan yang kompleks melalui warga negara (citizens) dan kelompok-kelompok yang mengartikulasikan kepentingannya, melaksanakan hak dan kewajibannya dan menengahi atau memfasilitasi perbedaan di antara mereka.

Pengertian '*governance*' yang dikemukakan oleh UNDP tersebut menurut Lembaga Administrasi Negara (2000:5) mempunyai tiga kaki, yaitu (i) *economic*, (ii) *politic* dan (ii) *administrative*. Dalam *economic governance* mencakup proses pembuatan keputusan yang mempengaruhi langsung atau tidak langsung aktivitas ekonomi negara atau berhubungan dengan ekonomi lainnya. Karenanya, *economic*

governance memiliki pengaruh atau implikasi terhadap *equity, poverty* dan *quality of life*.

*Economic governance includes process of decision-making that direct or indirectly affect a country's economic activities or its relationship with other economics.*⁸¹

Dalam *Political Governance*, menunjuk pada proses pembuatan keputusan dan implementasi kebijakan suatu negara yang legitimate dan otoritatif. Karenanya negara seharusnya terdiri dari tiga cabang pemerintahan yaitu executive, legislative dan judicative yang mewakili kepentingan politik pluralis dan membolehkan setiap warga negara memilih secara bebas wakil-wakil mereka.

*Political governance refer to decision making and policy implementation of a legitimate and authoritative state.*⁸²

Untuk *Administrative Governance*, adalah sistem implementasi kebijakan yang melaksanakan sektor publik secara efisien, tidak memihak, akuntabel dan terbuka.

*Administrative governance is a system of policy implementation carried out through an efficient, independent, accountable, and open public sector.*⁸³

Dalam suatu negara modern, ketiga elemen tersebut di atas melaksanakan sistem pemerintahan (*the governance system*) mencakup struktur kewenangan pembuatan keputusan (*decision making*), institusi dan organisasi formal, sesuai dengan yang telah dinyatakan oleh UNDP (1977:10):

*Systemic governance encompasses the processes and structures of society that guide political and socio-economic relationships to protect cultural and religious beliefs and values, and to create and maintain an environment of health, freedom, security, and with the opportunity to exercise personal capabilities that lead to a better life for all people.*⁸⁴

Selanjutnya, unsur utama yang dilibatkan dalam penyelenggaraan pemerintahan yang baik, menurut UNDP terdiri dari tiga macam yaitu; (i) *the state*, (ii) *the private sector*, dan (iii) *civil society organization*. Hubungan ketiganya harus dalam posisi yang seimbang dan saling kontrol (*checks and*

⁸¹ Ibid

⁸² Ibid

⁸³ Ibid

⁸⁴ Ibid.

balances), untuk menghindari penguasaan atau “eksploitasi” oleh satu komponen terhadap komponen lainnya. Bila salah satu komponen lebih tinggi daripada yang lain, yang terjadi adalah dominasi kekuasaan atas dua komponen lainnya.

Secara umum, istilah “*good public governance*” mengandung makna tata pemerintahan yang baik, pengelolaan pemerintahan yang baik, serta dapat pula diungkapkan sebagai penyelenggaraan pemerintahan yang baik, penyelenggaraan negara yang baik atau pun administrasi negara yang baik. Istilah tata pemerintahan yang baik (*good public governance*) merupakan suatu konsepsi tentang penyelenggaraan pemerintahan yang bersih, demokratis, dan efektif. Selain sebagai suatu konsepsi tentang penyelenggaraan pemerintahan, tata pemerintahan yang baik juga merupakan suatu gagasan dan nilai untuk mengatur pola hubungan antara Pemerintah, dunia usaha swasta, dan masyarakat.

Upaya untuk mewujudkan tata pemerintahan yang baik hanya dapat dilakukan apabila terjadi keseimbangan peran ketiga pilar (pemerintah, dunia usaha swasta, dan masyarakat) karena ketiganya mempunyai peran masing-masing. Pemerintahan (legislatif, eksekutif, dan yudikatif) memainkan peran menjalankan dan menciptakan lingkungan politik dan hukum yang kondusif bagi unsur-unsur lain dalam *governance*. Dunia usaha swasta berperan dalam penciptaan lapangan kerja dan pendapatan, sementara masyarakat berperan dalam penciptaan interaksi sosial, ekonomi dan politik. Ketiga unsur tersebut dalam memainkan perannya masing-masing harus sesuai dengan nilai-nilai dan prinsip-prinsip yang terkandung dalam tata pemerintahan yang baik.

Salah satu upaya untuk mewujudkan pelaksanaan pemerintahan yang baik (*good governance*) adalah reformasi birokrasi. Birokrasi sebagai organisasi formal memiliki kedudukan dan cara kerja yang terikat dengan peraturan, memiliki kompetensi sesuai jabatan dan pekerjaan, memiliki semangat pelayanan publik, pemisahan yang tegas antara milik organisasi dan individu, serta sumber daya organisasi yang tidak bebas dari pengawasan eksternal.

Agenda penciptaan tata pemerintahan yang baik setidaknya memiliki 5 (lima) sasaran yaitu:

1. Berkurangnya secara nyata praktek korupsi kolusi dan nepotisme di birokrasi, yang dimulai dari jajaran pejabat yang paling atas;

2. Terciptanya sistem kelembagaan & ketatalaksanaan pemerintah yang efisien, efektif dan profesional transparan dan akuntabel;
3. Terhapusnya peraturan dan praktek yang bersifat diskriminatif terhadap warga negara;
4. Meningkatnya partisipasi masyarakat dalam pengambilan kebijakan publik;
5. Terjaminnya konsistensi seluruh peraturan pusat dan daerah.

Penerapan tata pemerintahan yang baik di lingkungan pemerintahan tidak terlepas dari penerapan sistem manajemen pemerintahan yang merupakan rangkaian hasil dari pelaksanaan fungsi-fungsi manajemen (*planning, organizing, actuating, dan controlling*) yang dilaksanakan secara profesional dan konsisten. Penerapan sistem manajemen tersebut mampu menghasilkan kemitraan positif antara Pemerintah, dunia usaha swasta, dan masyarakat. Dengan demikian, lingkungan instansi Pemerintah diharapkan dapat memberikan pelayanan prima kepada masyarakat.

Hal tersebut dapat diperoleh dengan proses pengembangan nilai tambah berkelanjutan di antara tiga pilar tata pemerintahan yang baik tersebut (Pemerintah, dunia usaha swasta, dan masyarakat). Kepercayaan, dukungan, dan legitimasi politik dari masyarakat akan diperoleh apabila Pemerintah dapat menyediakan pelayanan publik yang memadai dan menjalankan fungsi perlindungan pada masyarakat. Di sisi lain Pemerintah juga harus mampu menciptakan stabilitas politik, hukum, pertahanan dan keamanan, ekonomi, serta sosial dan budaya untuk mendorong peran dunia usaha swasta dalam pembangunan ekonomi. Dunia usaha swasta yang sehat akan menghasilkan kualitas layanan serta memberikan nilai tambah yang positif bagi masyarakat. Hal ini tentunya juga akan menghasilkan pertumbuhan kegiatan usaha yang tinggi sehingga dapat menumbuhkan loyalitas konsumen dan kontribusi keuntungan yang lebih besar dari masyarakat sebagai target pasar. Integrasi pengelolaan ketiga rantai nilai tersebut secara selaras akan menghasilkan nilai tambah bagi masyarakat.

Menurut UN-ESCAP, konsep tentang apa itu '*governance*', sesungguhnya bukanlah hal yang baru, karena sebenarnya berbanding lurus dengan

perkembangan peradaban manusia itu sendiri. *Governance* dapat berarti adanya suatu proses pengambilan keputusan dan proses bagaimana putusan tersebut diimplementasikan. *Governance* juga dapat diaplikasikan dalam berbagai konteks, seperti; *corporate governance*, *international governance*, *national governance* dan *local governance*.

Konsep *Good Governance* dalam konteks pemerintahan adalah dalam rangka interaksi suatu Pemerintah dengan bangsanya.⁸⁵ Oleh karenanya, *Good Governance* merepresentasikan beberapa hal, seperti antara lain; hak-hak fundamental (*civil, political and social*), efektifitas dan transparansi serta akuntabilitas Pemerintah (dalam hal masalah keuangan dan masalah lainnya), dan pengembangan aturan hukum (*rule of law*).

Sesuai dengan uraian UN-ESCAP, maka paling tidak *good governance* akan memiliki delapan karakteristik, yakni (i) *participatory*, (ii) *consensus oriented*, (iii) *accountable*, (iv) *transparent*, (v) *responsive*, (vi) *effective and efficient*, (vii) *equitable and inclusive*, dan (viii) *the rule of law*. Mereka menyadari bahwa *good governance* bersifat sangat ideal dan sulit pencapaiannya secara totalitas. Hanya sedikit negara dan masyarakat yang dapat mencapai hal tersebut secara totalitas, namun, untuk menggalakkan pembangunan yang berkelanjutan maka tetap diperlukan tindakan-tindakan guna mencapai hal-hal yang ideal tersebut.

Selanjutnya secara regional, beberapa negara yang bernaung dibawah Masyarakat Eropa (European Union), juga memberikan pedoman tentang hal ini. Mereka mengenalnya dengan istilah "*the general principles of good administration*" yang jika di Indonesiakan menjadi Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik.⁸⁶ Menurut European Commission, 'Governance' adalah suatu konsep normatif (*normative concept*) yang juga merupakan pranata hukum (*legal institution*) dalam pengambilan keputusan yang ditentukan oleh '*rules, process, and behaviour*' terkait dengan '*openness, participation, accountability, effectiveness and coherence*'. Dalam beberapa kasus, hal tersebut dipandang sebagai hubungan antara subyek hukum (*personal legal relationship*), dalam arti

⁸⁵ G.H. Addink, *From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance.*, Diktat Good Governance., (Depok: CLGS-FHUI, 2003).

⁸⁶ Safri Nugraha et.al., *op. cit.*, 52.

adanya hubungan hukum antara dua atau lebih suatu rezim hukum berikut pranata hukumnya, dan boleh jadi juga berarti potensi terbentuknya suatu sistem hukum yang mengikat atau tidak mengikat, sesuai kompetensi antar mereka.

*This form of legal institution is more clearly expressed in the definition of 'governance' used by the United Nations Commission for Global Governance: 'Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interest may be accommodated and co-operative action may be taken. It include formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest.'*⁸⁷

Sebagai suatu catatan pembandingan, di Belanda, sebelum mereka sampai kepada penerapan '*good governance*', pada tahun 1995 mereka telah memiliki *General Administrative Law Act (GALA)* yang pada pokoknya adalah penerapan dari kaedah *Good Administration* berdasarkan konstitusi. Fungsi dari *GALA* adalah harmonisasi legislasi dan mengkodifikasi prinsip-prinsip hukum yang telah dikembangkan berdasarkan kasus-kasus (*case law*), maka dapat dipelajari beberapa prinsip *Good Governance (4 types of principles of Good Governance)* yang mereka anut, yakni (i) *principles of proper administration*, (ii) *principles of public participation administration*, (iii) *principles of transparent administration*, dan (iv) *principles of human rights administration*.

Selanjutnya terkait dengan *Human Rights*, menurut UNHCR, kata kunci dari *good governance* adalah; (i) *tranparency*, (ii) *responsibility*, (iii) *accountability*, (iv) *participation* dan (v) *responsiveness (to the needs of the people)*.

Dari kesemua uraian tentang *good governance* tersebut di atas, dapat ditarik beberapa prinsip dasar dalam *good governance*, yakni; (i) keterbukaan informasi, (ii) orientasi konsensus dengan memberikan kesempatan partisipasi publik yang responsif (mencakup peran pelaku usaha dan unsur swadaya masyarakat), (iii) tanggungjawab administrasi, dan (iv) kepastian aturan hukum.

Sementara pada sisi yang lain yang lebih normatif, juga dikenal istilah *Azas-asaz Umum Pemerintahan Yang Baik ("AAUPB")*, yang juga sudah cukup lama bergulir. *AAUPB* mulai dikenal di Indonesia sejak awal 1953 melalui tulisan

⁸⁷ Deirdre M Curtin and Ige F. Dekker., "Governance As A Legal Concept Within the European Union: Purposes and Principles,"(Depok : CLGS-FHUI, 2003) 1-36.

G.A. van Poeltje, walaupun pada saat itu belum mendapatkan perhatian dari kalangan pemikir Hukum Administrasi Negara.⁸⁸ AAUPB dalam kepustakaan Indonesia, secara umum bersumber pada hukum administrasi negara Belanda. Oleh karena itu, pengelompokan azas-azas yang terjadi pada umumnya sebagai berikut: (a) Kelompok AAUPB bersifat formal sehubungan dengan proses persiapan pembentukan keputusan (termasuk: asas kecermatan, *fair-play*, larangan sewenang-wenang), (b) Kelompok AAUPB bersifat formal sehubungan dengan motivasi terbitnya keputusan, dan (c) kelompok AAUPB bersifat material sehubungan dengan isi keputusan (termasuk asas kepastian hukum, asas persamaan, asas keseimbangan, asas larangan penyalahgunaan wewenang, asas *fair-play*, asas kepercayaan/pengharapan, asas larangan bertindak sewenang-wenang). Sebagai norma hukum, paling tidak AAUPB berpengaruh pada tiga bidang, yaitu: (a) penafsiran dan perapan ketentuan peraturan perundang-undangan; (b) pembentukan beleid Pemerintah dimana organ Pemerintah diberi kebebasan kebijaksanaan oleh peraturan perundang-undangan atau tidak terdapat ketentuan yang membatasi kebebasan kebijaksanaan yang akan dilakukan itu, dan (c) pelaksanaan kebijaksanaan.

Dalam perkembangan berikutnya, untuk mencegah kekuasaan yang absolut dengan berkembangnya pemikiran untuk "*check and balances*", setiap fungsi pembinaan, pengaturan dan pengawasan Pemerintah, cenderung semakin dipisahkan kewenangannya dari satu tangan institusi sehingga berkembanglah wacana membuat organ bantuan/pelengkap/penambah dari alat perlengkapan negara sebelumnya atau lebih dikenal dengan istilah lembaga negara pembantuan ("*auxiliary-states*")⁸⁹. Semula hal tersebut dibangun dengan harapan agar didalamnya tidak hanya ada unsur Pemerintah saja melainkan juga ada unsur masyarakat agar dapat memberikan ruang yang lebih besar dari tiap peran serta masyarakat itu sendiri, sehingga institusi tadi sebenarnya adalah turunan (derivatif) dari Pemerintah, yang juga dikenal dengan istilah '*Quasi Government.*'

⁸⁸ Safri Nugraha et.al., *op. cit.* 66.

⁸⁹ Jimly Asshiddiqie, *Lembaga Negara Dan Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*. (Jakarta: Konsorsium Reformasi Hukum Nasional, 2005) 42. Auxiliary States adalah lembaga negara pembantuan yang melengkapi lembaga negara utama (*main-state organ*), yang pada prinsipnya kekuasaan dan kewenangannya tidak boleh melaksanakan secara sekaligus fungsi legislatif, eksekutif, dan yustisi berdasarkan prinsip pembatasan kekuasaan negara hukum.

Lembaga Pemerintah-Swasta tersebut semakin berkembang arah kepentingannya ke arah independensi, dimana lembaga quasi tersebut yang merupakan perwujudan dari para anggotanya (umumnya pelaku usaha) diharapkan dapat mengatur dirinya sendiri (*business self regulation*) dan merupakan perantara Pemerintah untuk mengembangkan kebijakan publik, yang kemudian juga dikenal dengan istilah *Self Regulatory Organization* ('SRO').

'Self-regulation is a phenomenon of great contemporary significance in law and administration. From a political science perspective, it may be seen as an example of modern corporatism. State authority delegated to self-regulatory organizations (SROs) which perform a vital intermediary function: that of developing and furthering public policy'.⁹⁰

Untuk mengenali keberadaan SRO, Carol Harlow mengungkapkan beberapa kriteria antara lain: (i) derajat kekuasaan mengaturnya (*the degree of monopoly power*) dan relevansinya kepada pihak ketiga, (ii) derajat formalitas aturan dalam sistem (*the degree of formality in systems*), (iii) status legal setiap SRO yang bervariasi, dan (iv) derajat keterlibatan pihak eksternal (*the degree of external involvement*).

There comes a point, of course, at which the term 'self-regulation' is a misnomer, but the concept is sufficiently flexible to accommodate a considerable degree of external involvement: moreover, 'to treat it otherwise would be to ignore the interpenetration of the private and public sectors'. To put this slightly differently, there is much scope for creative blends of self regulation and government regulations, forms so called 'responsive regulation', whereby different combinations of techniques are identified and applied depending on the social, historical, constitutional and legal context.⁹¹

Dalam perkembangannya, J Black dalam artikelnya tentang '*Constitutionalising Self-Regulation*' (1960) dalam jurnal 59 MLR 24,25, menguraikan beberapa jenis dari hubungan *Self Regulatory Organization* dengan pemerintahnya, yakni;

(i) *Mandatory self-regulation*, in which a collective group, an industry or profession ...is required or designated by government to formulate and enforce norms within a framework defined by the government, usually in broad terms; (ii) *sanctioned self regulation*, in which the collective group itself formulates the regulation, which is then subjected to government approval; (iii) *coerced self*

⁹⁰ Harlow dan Rawlings, *op. cit.* 339.

⁹¹ Ibid

regulation, in which the industry itself formulates and impose regulation but in response to threats by the government that if it does not the government will impose statutory regulation; and (iv) voluntary self-regulation, where there is no active state involvement, direct or indirect, in promoting or mandating self-regulation.

Dari pemaparan Black tersebut di atas maka dapat dibedakan 4 jenis SRO, yakni;

- (1) SRO yang bersifat suatu keharusan (*Mandatory self-regulation*), dimana keberadaan suatu himpunan kelompok masyarakat, industri atau profesi telah dipersyaratkan atau ditentukan oleh Pemerintah untuk memformulasikan dan menegakan norma-norma dalam suatu kerangka yang telah didefinisikan oleh Pemerintah, umumnya dalam lingkup yang luas;
- (2) SRO yang memformulasikan aturan sendiri (*sanctioned self regulation*), dimana himpunan masyarakat itu sendiri yang memformulasikan aturannya yang kemudian baru disetujui oleh pemerintahnya,
- (3) SRO yang menegakkan aturan sendiri (*coerced self regulation*), dimana himpunan masyarakat itu sendiri yang memformulasikan dan menegakkan aturannya namun dengan kondisi dibawah ancaman Pemerintah, jika masyarakatnya tidak melakukan apa-apa maka Pemerintah dapat langsung menerapkan suatu aturan lain berdasarkan Undang-Undang, dan
- (4) SRO yang bersifat Sukarela (*voluntary self-regulation*), dimana tidak ada keterlibatan atau pengaruh dari Pemerintah baik langsung maupun tidak langsung, hal tersebut murni dari masyarakat.

Seiring dengan perkembangan *Quasi Government* dan *SRO*, berkembang juga istilah "*Public-Private Partnership*" dan istilah '*Hybrid Organizations*' yang pada pokoknya mungkin bermaksud sama yakni perwujudan dari Kerjasama Pemerintah dan Swasta untuk menyelenggarakan layanan publik.

Pada dasarnya, terdapat suatu rentang/spektrum dalam pola penyelenggaraan pelayanan publik tersebut, yakni dari (i) *full-public*, (ii) *public-private*, dan (iii) *full-private*. Dari sektor yang tertutup partisipasi swasta (*passive*

private investment) sampai dengan sektor yang sepenuhnya terbuka untuk partisipasi swasta (*privatization*).

Dalam sektor yang tertutup dari peran atau investasi swasta, pekerjaan penyediaan infrastruktur (*provider*) sepenuhnya merupakan tanggungjawab Pemerintah/otoritas publik (*fully public sector/public responsibility*) dimana semua pekerjaan; baik perencanaan (*planning*), perancangan (*design*), pembangunan (*build*), pengoperasian (*operate*), dan perawatan (*maintain*) serta kepemilikannya (*own*) sepenuhnya dipegang oleh negara. Sementara pada sektor yang sepenuhnya terbuka untuk swasta, maka semua pekerjaan tersebut di atas dipegang oleh swasta (*fully private sector/private responsibility*), dan Pemerintah hanyalah sebagai Regulator saja, sedangkan pola Public-Private adalah pola yang merupakan titik tengah antara dua kutub ekstrim tersebut yakni sebagian pekerjaan dikerjakan oleh swasta dan sebagian kegiatan dikerjakan oleh Pemerintah, atau dengan kata lain Pemerintah dan Swasta bekerjasama melakukan pekerjaan tersebut, yang umumnya dilakukan dengan cara membentuk satu wadah organisasi tertentu.

Dalam '*Hybrid Organisations*' tersebut yang merupakan gabungan dari Pemerintah dan pelaku usaha, tampaknya tetap mempunyai kelemahan karena dikotomi kepentingan yang tidak mudah untuk diselesaikan, yakni akan lebih banyak dominasi representasi kepentingan pelaku usaha (swasta) yang mencari keuntungan (*profit*) atas investasinya ketimbang konsekuensi tanggungjawab layanan publiknya. Pada sisi yang lain, meskipun terdapat kontribusi finansial oleh swasta, namun sebenarnya tetap membebankan tanggungjawab keuangan bagi Pemerintah selaku pihak yang seharusnya menyelenggarakan layanan publik tersebut. Padahal dalam konteks penyelenggaraan negara, Pemerintah tidak hanya bertindak sebagai '*implementer*' melainkan juga '*regulator*' untuk meningkatkan mutu pelayanan publik itu sendiri.

Quasi-government does not merely transfer policy responsibility from a traditional executive agency to a hybrid organization. It effectively splits responsibility between two entities: an implementer and a regulator. The implementer is the deliverer of goods and services. ... Hybrid implementers generally utilize market-oriented mechanism such as loan guarantees or direct investment to accomplish public policy goals. Unlike government agencies, many hybrid implementers also have explicit non-public objectives (e.g., profitability) and create financial liability for the government. The 'regulator' exist to

*maintain the hybrid organizations as an effective substitute for a government agency..., the regulators must ensure that implementers address the public policy needs for which they were created and guarantee that implementers do not abuse their quasi-governmental status.*⁹²

Untuk menjawab hal tersebut berkembang juga pemikiran untuk melibatkan peran serta masyarakat selaku konsumen dari pelayanan publik tersebut agar pelayanan publik tersebut menjadi lebih efektif. Karenanya berkembanglah pemikiran dari Kerjasama Pemerintah-Swasta (*public-private cooperation*) menjadi Kerjasama masyarakat-Pemerintah dan swasta (*cooperation among citizens, firms and administration*) demi mengakomodir kepentingan publik itu sendiri.⁹³ Ringkasnya, kerjasama Pemerintah dan swasta harus diimbangi dengan kontrol yang ketat dari civil society untuk menjamin efisiensi dan efektifitasnya.

Sehubungan isu *good governance* di Internet dalam konferensi WSIS di Tunisia, ISOC (*internet society*) juga tengah mengupayakan kesepakatan tentang *internet governance* yang meminta peran aktif, Pemerintah, masyarakat dan pelaku usaha. Terkait dengan isu ini, Pemerintahan AS telah mempromosikan suatu *Global Framework for E-commerce*, yakni demi kepentingan komersialisasi via internet, dimana sebaiknya semua negara untuk membatasi kewenangannya menjadi fasilitator saja. Negara hanya perlu mengatur yang penting-penting saja dan memberikan kesempatan kepada swasta untuk memimpin perkembangan ini (*private sector should leads*) serta memberikan kesempatan kepada mereka untuk mengatur dirinya sendiri (*self regulatory society*).

Keterkaitan *good governance* dengan pengaturan dalam penyelenggaraan sistem elektronik adalah dengan melihat *self-regulatory industry* yang kebanyakan ditentukan oleh kalangan pelaku usaha itu sendiri berdasarkan praktek bisnis yang berkembang yang dilandasi oleh semangat melakukan upaya yang terbaik (*best practices*)⁹⁴ yang juga harus setimbang dengan kepentingan konsumen yang

⁹² Jonathan G. S. Koppell, *The Politics of Quasi-Government: Hybrid Organizations and the Dynamics of Bureaucratic Control.*, (New York: Cambridge University Press, 2003) 142.

⁹³ Katsumi Yorimoto, *Synergistic-Role Responses To Public-Sphere Issues And Governance: Partnership Among Citizens, Private Enterprises And Government Administration.*, dalam Sadao Tamura dan Minoru Tokita (ed.), *Symbiosis of Government and Market: The private, the public and bureaucracy.*, (London & New-York: Routledge Curzon, 2005) 55-67.

⁹⁴ Ronald J. Mann and Jane K. Winn. *Electronic Commerce.* (New York: Aspen Law & Business, 2002).73.

merepresentasikan kepentingan publiknya. Kesepakatan pelaku usaha, juga dapat disalahgunakan untuk merujuk kepada pemakaian produk teknologi tertentu dengan dalih telah digunakan oleh banyak orang dan memberikan unjuk kerja yang terbaik. Hal tersebut tentunya akan merujuk kepada peranan satu pelaku usaha yang mempunyai peran dominan di pasar yang bersangkutan.

Dari semua pemaparan tersebut di atas, dalam konteks sistem hukum nasional Indonesia, dapat dilihat beberapa korelasi yang dapat ditarik sebagai pelajaran sesuai konteks keunikan Indonesia.

Di Indonesia dengan berdasarkan atas: (i) penjelasan umum dalam UUD Negara RI Tahun 1945 khususnya tentang penjelasan sistem pemerintahan negara dimana dalam butir IV dinyatakan bahwa Presiden ialah penyelenggara Pemerintah Negara yang tertinggi dibawah Majelis Permusyawaratan Rakyat dimana dalam menjalankan pemerintahan negara kekuasaan dan tanggungjawab adalah ditangan Presiden (*concentration of power and responsibility upon the President*), (ii) Pasal 5 UUD 45 serta penjelasannya dinyatakan bahwa Presiden berhak mengajukan Rancangan Undang-Undang kepada DPR dan Presiden menetapkan Peraturan Pemerintah untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya; (iii) Pasal 22 UUD 45 yang menyatakan bahwa dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa Presiden berhak menetapkan PERPU, dan (iv) berdasarkan Pasal 22A dinyatakan bahwa ketentuan lebih lanjut tentang tata cara pembentukan Undang-Undang diatur dengan Undang-Undang, dan (v) pasal 7 ayat (4) dalam UU No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Beserta Peraturan Pelaksanaannya, yang mengenal adanya peraturan perundang-undangan lain yang tetap diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, yang termasuk didalamnya Peraturan Menteri, Kepala Badan, Lembaga atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang. Maka, dapat dikatakan bahwa Pemerintah dapat mengisi kekosongan hukum positif sepanjang demi "kegentingan yang memaksa" yang berikutnya sebagai konsekuensi logis dari UU No.10 Tahun 2004 maka administrasi negara dapat membuat 'hukum' sepanjang konsistensinya adalah bersifat material terhadap perlindungan

kepentingan umum atau kepentingan publik sebagaimana yang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Sementara pembatasan definisi dari kepentingan umum itu sendiri dapat dibedakan menjadi dua hal, yakni (i) definisi kepentingan umum dari arti luas yang secara garis besarnya adalah representasi kepentingan dari masyarakat yang lebih luas dari pada kepentingan individu atau golongan, dan (ii) definisi kepentingan umum dalam arti sempit secara sektoral dimana pembatasan pengertiannya akan tergantung kepada situasi dan kondisi dalam sektor tertentu itu sendiri dengan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sebagai contohnya adalah pengertian 'kepentingan umum' dalam konteks konvergensi telematika yang juga merupakan konvergensi pengertian kepentingan umum dari masing-masing peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang telekomunikasi, media dan informatika.

Jika dalam konteks media cetak berdasarkan Undang-Undang No.40 Tahun 1999 tentang Pers, bahwa kepentingan umum yang dimaksud adalah kepentingan untuk kebebasan menyampaikan pendapat dan kepentingan untuk memenuhi hak mengetahui masyarakat (*right to know*), maka dalam konteks hukum penyiaran berdasarkan Undang-Undang No.32 Tahun 2002 tentang Penyiaran justru konsep 'kepentingan umum' menjadi diperluas kepada pemanfaatan pengelolaan spektrum frekwensi sebagai sumber daya terbatas yang harus digunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran atau kesejahteraan rakyat, dengan cara mengupayakan terciptanya suatu sistem penyiaran nasional yang menjamin adanya keberagaman kepemilikan (*diversity of ownership*) dan keberagaman informasi (*diversity of content*) agar media penyiaran dapat menjadi sarana untuk demokrasi dengan keberagaman opini yang berkembang di publik.

Dalam konteks Telekomunikasi, berdasarkan Undang-Undang No.36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi, maka konsep 'kepentingan umum' nya tidak hanya dalam bentuk 'kerahasiaan berita' yang dikomunikasikan oleh para pihak, melainkan juga kepada luasnya jangkauan infrastruktur telekomunikasi dan terciptanya mutu layanan yang baik (*quality of services*) dalam penyelenggaraan jaringan dan/atau jasa telekomunikasi itu sendiri, sedangkan dalam konteks sistem elektronik, berdasarkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi

Transaksi Elektronik kepentingan umumnya adalah terjaminnya penyelenggaraan sistem elektronik yang andal, aman dan bertanggungjawab serta terjamin beroperasi sebagaimana mestinya, demi kepentingan pembuktian secara hukum dan perlindungan kepentingan individual (*privacy*) dan kelancaran layanan publik.

Selanjutnya terkait dengan salah satu persyaratan untuk *Good Public Governance*, yaitu syarat '*transparency*', maka dengan berlakunya UU Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik, konsep kepentingan umum untuk memperoleh informasi publik oleh setiap warga negara telah dipenuhi sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam konteks sistem informasi dan/atau sistem komunikasi elektronik global, kepentingan umum adalah kepentingan yang lebih luas dari kepentingan si penyelenggara sistem (termasuk *vendor*, *operator* dan/atau *provider*), yakni kepentingan dari semua pengguna sistem yang mencakup tidak hanya kebutuhan untuk ketersediaan informasi publik (*availability*) dan keutuhannya (*integrity*) saja sebagai barang umum (*common good*), melainkan juga keberadaan jasa penyelenggaraan sistem informasi dan/atau sistem komunikasi yang layak bagi seluruh masyarakat informasi (*information society*) selaku penggunanya baik lokal, regional maupun internasional.

Selain perlindungan terhadap penyelenggaraan infrastruktur komunikasi, hal tersebut juga diperkuat dengan adanya larangan atau batasan tentang penyebaran konten yang bersifat melawan hukum (*content regulation*) yang lazim berlaku hampir di semua negara, meskipun perumusannya tentunya akan berbeda-beda sesuai kultur bangsa tersebut dan yurisdiksinya. Namun secara global, ada dua norma yang berlaku umum secara internasional berdasarkan *Convention on Cybercrime (Budapest Treaty 2001)*, yakni informasi yang menyangkut tentang pornografi anak (*child pornography*) dan informasi yang menyebarkan rasa permusuhan berdasarkan rasis dan xenophobia (*first additional protocol of Convention on Cybercrime, 2005*).

Sehubungan dengan konsep tentang kepentingan umum, Barry M. Mitnick menyampaikan beberapa konsep tentang kepentingan umum, antara lain *balancing concept*, *compromising concept*, *trade-off concept*, *overriding national or social goals concept*, *particularistics*, *paternalistic or personal dicated*

concept. Konsep yang dipakai dalam menyelesaikan masalah-masalah yang terjadi antara berbagai kepentingan umum adalah “konsep keseimbangan” (*balancing concept*), dimana kepentingan umum timbul dari pemenuhan beberapa kepentingan yang berbeda secara simultan.

Oleh karena itu, selanjutnya, dalam konteks penyelenggaraan sistem informasi, maka keseimbangan dinamis yang diharapkan tentunya adalah harmonisasi semua kepentingan para pihak, yakni; (i) antara kepentingan si penyelenggara dengan kepentingan masyarakat pengguna; (ii) antara kepentingan si Pelaku Usaha dengan kepentingan si Penyelenggara kepada publik, dan (iii) antara kepentingan Komunitas Pelaku Usaha dalam industri TI dengan kepentingan segenap Penyelenggara Negara dan masyarakat sebagai konsumennya.

Seiring dengan itu, sesuai dengan perkembangan ilmu tentang perancangan peraturan perundang-undangan, yakni sesuai dengan karakteristik bagaimana memformulasikan kebijakan dalam suatu pengaturan perundang-undangan, dalam prakteknya dikenal adanya dua jenis pengaturan (*style of regulation*), yakni; (i) *ex-ante regulation* dan (ii) *ex-post regulation*.⁹⁵

Dalam *ex-ante regulation*, pada prinsipnya ditentukan suatu pengaturan yang bersifat melakukan pencegahan/preventif, sementara dalam *ex-post regulation* pada prinsipnya adalah pengaturan yang bersifat represif. Keberadaan kedua *style regulation* tersebut adalah berbanding lurus dengan karakteristik industri yang diatur. Sebagai contohnya adalah keberadaan industri penyiaran dan telekomunikasi yang merupakan industri yang teregulasi (*highly regulated*), dimana ketertibannya tidak sepenuhnya diserahkan berdasarkan mekanisme pasar dengan Hukum Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehatnya. Namun, demi kepentingan umum dalam penggunaan spektrum frekwensi sebagai alokasi terbatas yang digunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat, maka Pemerintah berhak melakukan pengaturan dengan mekanisme perizinan. Pemerintah cq administrasi negara mempunyai kewenangan untuk menerapkan prinsip-prinsip hukum dalam Undang-Undang dalam semua peraturan pelaksanaannya, baik yang telah didelegasikan secara jelas maupun yang belum

⁹⁵ John Buckley, *Telecommunications Regulation*, (London: The Institution Of Electrical Engineers, 2003) 50.

jasas didelegasikan, sepanjang hal tersebut masih berada dalam koridor kewenangannya. Dengan kata lain, putusan administrasi negara tersebut harus dilakukan dengan memenuhi prinsip-prinsip atau asas-asas umum tentang tata kelola yang baik (*good governance*).

Dalam konteks sistem hukum nasional, setelah reformasi berkembang juga keberadaan lembaga-lembaga negara (*quasi-government*) yang bersifat independen yang pembentukannya juga berbeda-beda dasar hukumnya, seperti antara lain: (i) lembaga yang diamanatkan oleh konstitusi (contoh Komisi Yudisial, Komisi Pemilihan Umum), (ii) lembaga yang dibentuk oleh UU (contoh KPPU, Komnas HAM, KPKPN, KPK, KKR, KPI, PPATK, dsb), (iii) lembaga yang dibentuk oleh Keppres (contoh Komisi Hukum Nasional), dan (iv) lembaga yang dibentuk oleh Menteri (contoh: Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia/BRTI). Selain itu juga dibentuk lembaga independen oleh lembaga legislatif. Uniknyas, beberapa lembaga tersebut sebenarnya tidak lagi hanya *quasi government* bahkan ada juga yang menjalankan fungsi judicial oleh karena itu dapat disebut juga *quasi-judicial* (contoh KPPU, Komisi Informasi, dsb.)

Dalam lingkup hukum telematika, ternyata didapati hampir kesemua bentuk SRO tersebut, yakni (i) Dewan Pers untuk Media Cetak, (ii) Komisi Penyiaran Indonesia (KPI) untuk industri penyiaran/media elektronik (Radio dan TV), (iii) Badan Regulasi Telekomunikasi Indonesia (BRTI) untuk industri telekomunikasi, (iv) Komisi Informasi untuk Informasi Publik, dan (v) Badan Pengawas *Certification Authority* untuk penyelenggaraan sertifikasi elektronik, dan badan-badan lain yang boleh jadi dibentuk kemudian sebagai wadah peran serta masyarakat.

Kondisi banyaknya SRO dengan karakteristik pengurangan kewenangan Pemerintah untuk mengatur, mungkin pada satu sisi bermanfaat untuk mengurangi kesempatan terjadinya '*abuse of power*', namun pada sisi lain ternyata hal tersebut berkonsekuensi membengkaknya biaya penyelenggaraan negara, karena semua SRO tersebut membebani anggaran Pemerintah. Banyaknya SRO tersebut juga merupakan bukti bahwa Indonesia belum berhasil menyikapi konvergensi hukum telematika berikut konvergensi institusinya. Tampaknya setiap bidang masih berjalan sendiri-sendiri secara linear, sesuai karakteristiknya masing-masing. Hal

ini memperlihatkan kemungkinan benturan kewenangan akibat fungsi, peran dan tanggungjawab yang saling berkorelasi satu dengan yang lainnya.

A.1. Layanan Publik

Pertama-tama perlu diketahui terlebih dahulu tentang beberapa model yang dikenal dalam penyelenggaraan Layanan Publik. Menurut Ratminto dan Atik, berdasarkan organisasi yang menyelenggarakannya, dapat dibedakan secara umum dua jenis layanan publik, yaitu (a) Pelayanan publik yang diselenggarakan oleh Organisasi Publik, dan (b) Pelayanan Publik yang diselenggarakan oleh organisasi privat. Selanjutnya Pelayanan Publik yang diselenggarakan oleh organisasi publik tersebut dapat dibedakan menjadi dua, yakni (i) yang bersifat primer dan (ii) yang bersifat sekunder.⁹⁶

Lebih lanjut mereka mencontohkan perbedaan ketiga jenis layanan publik tersebut sebagai berikut:

- a) Pelayanan publik yang diselenggarakan oleh privat adalah semua penyediaan barang atau jasa publik yang diselenggarakan oleh swasta, seperti antara lain Rumah Sakit, Perguruan Tinggi, Perusahaan Transportasi dan lain sebagainya.
- b) Pelayanan Publik oleh Pemerintah yang bersifat primer, adalah semua penyediaan barang/jasa publik dimana Pemerintah adalah satu-satunya penyelenggara dan publik tidak bisa memilih yang lain, mau tidak mau mereka harus memanfaatkannya, seperti antara lain pelayanan imigrasi, KTP, SIM, dan pelayanan perizinan lainnya.
- c) Pelayanan Publik oleh Pemerintah yang bersifat sekunder, adalah semua bentuk penyediaan barang/jasa publik dimana Pemerintah bukanlah satu-satunya penyedia sehingga publik masih bisa memilih penyelenggara yang lain. Misalnya adalah program asuransi tenaga kerja, program pendidikan dan pelayanan yang diberikan oleh BUMN, dan lain sebagainya.

⁹⁶ Ratminto & Atik., *op.cit.* 8-11

Sehubungan dengan itu, menurut Raminto & Atik, paling tidak terdapat ada 5 (lima) karakteristik sebagai pembeda dari ketiga jenis layanan tersebut, yakni:⁹⁷

- a) Adaptabilitas Layanan, yakni karakteristik derajat perubahan layanan adalah tergantung dan sesuai dengan tuntutan perubahan yang diminta oleh pengguna;
- b) Posisi tawar pengguna, yakni dimana semakin tinggi posisi tawar pengguna maka akan semakin tinggi pula peluang pengguna untuk meminta mutu pelayanan yang baik;
- c) Tipe Pasar, yakni dimana banyaknya jumlah penyelenggara adalah berhubungan dengan karakteristik pengguna;
- d) Locus Kontrol, yakni karakteristik yang memperlihatkan siapa yang menjadi pemegang kendali dalam pelayanan tersebut, apakah penyelenggara ataukah penggunanya.
- e) Sifat Pelayanan, yakni karakteristik yang menunjukkan dominasi kepentingan, apakah kepentingan pengguna ataukah penyelenggara.

Berdasarkan karakteristik tersebut terlihat adanya kecenderungan bahwa pelayanan yang dilakukan oleh swasta mempunyai karakteristik yang lebih baik dibandingkan oleh pelayanan yang dilakukan oleh Pemerintah, karena mempunyai adaptabilitas yang tinggi, posisi tawar pengguna yang relatif lebih baik, tipe pasar yang kompetitif, lokus kontrol pada pengguna dan sifat pelayanan yang akomodatif berdasarkan dominan kepentingan pengguna. Berdasarkan hal tersebut berkembanglah pemikiran untuk memberikan kesempatan yang lebih besar kepada swasta untuk mengembangkan layanan publik demi kepentingan publik itu sendiri dapat memperoleh manfaat yang optimum.

Selanjutnya berdasarkan Keputusan MENPAN No.63 Tahun 2003 Tentang Pedoman Umum Penyelenggaraan Pelayanan Publik dinyatakan bahwa hakikat Pelayanan Publik dinyatakan bahwa hakikat pelayanan publik adalah pemberian pelayanan prima kepada masyarakat yang merupakan perwujudan kewajiban aparatur Pemerintah sebagai abdi masyarakat. Dalam keputusan

⁹⁷ *Ibid.*

tersebut juga dinyatakan bahwa penyelenggaraan pelayanan harus memenuhi asas-asas sebagai berikut, yakni; (i) azas transparansi; dan (ii) akuntabilitas, serta memenuhi prinsip-prinsip (a) kesederhanaan, (b) kejelasan, (c) kepastian waktu, (d) akurasi, (e) keamanan, (f) tanggungjawab, (g) kelengkapan sarana dan prasarana, (h) kemudahan akses, (i) kedisiplinan, kesopanan dan keramahan, dan (j) kenyamanan. Lebih lanjut juga diatur tentang standar layanan publik dan juga mekanisme evaluasinya.

Sehubungan dengan itu, berdasarkan Pasal 7 ayat (3) UU-KIP dinyatakan bahwa untuk melaksanakan kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Badan Publik harus membangun dan mengembangkan sistem informasi dan dokumentasi untuk mengelola Informasi Publik secara baik dan efisien sehingga dapat diakses dengan mudah. Namun dalam pelaksanaannya, Pemerintah terbentur kepada keterbatasan dana yang dimiliki, oleh karenanya terbukalah peluang kebijakan untuk bekerjasama dengan pihak swasta dalam rangka memberikan layanan publik, tidak hanya dalam kepentingan untuk menyajikan informasi publik, melainkan juga untuk sektor pelayanan lainnya.

Sementara dalam UU-ITE dinyatakan bahwa Penyelenggaraan Sistem Elektronik adalah pemanfaatan Sistem Elektronik oleh penyelenggara negara, Orang, Badan Usaha, dan/atau masyarakat. Dalam UU-ITE tidak ditentukan lebih lanjut apakah penyelenggara negara dapat bekerjasama dengan swasta mengembangkan sistem elektronik untuk melakukan layanan publik, Namun, dalam Pasal 15 secara tegas dinyatakan bahwa setiap penyelenggara harus bertanggungjawab terhadap sistemnya.

Berdasarkan perkembangannya, sesuai dengan paradigma hukum administrasi negara yang modern, telah berkembang pemikiran untuk *reinventing government* yang semangatnya adalah mengefisiensikan peranan negara dalam memajukan kesejahteraan umum demi tumbuhnya kemakmuran.⁹⁸ Pemikiran ini membawa konsekuensi bahwa sedapat mungkin untuk menekan pembelanjaan negara dengan menyertakan sebesar-besarnya partisipasi swasta untuk terlibat dalam pelayanan publik. Salah satu alasannya adalah apakah Pemerintah perlu

⁹⁸ David Osborne dan Ted Gaebler, Reinventing Government: How The Entrepreneurial Spirit Is Transforming The Public Sector From Schoolhouse, To Statehouse, City Hall To The Pentagon. (United States Of America: Addison Wesley Publishing Company, 1992) 17.

mengeluarkan anggaran negara (*capital expenditure*) yang cukup besar untuk membuat infrastruktur yang mempunyai resiko cukup besar (*critical infrastructure*) untuk menyelenggarakan layanan publik.

Meskipun secara hukum hal itu adalah tanggungjawab Pemerintah, namun jika dipandang secara ekonomi akan lebih efisien jika menyertakan pihak swasta. Selain dapat memperkecil resiko keuangan yang harus diemban Pemerintah, juga akan lebih optimal jika anggaran yang tersedia dapat dilakukan secara operasional untuk hal-hal lain yang lebih bermanfaat untuk rakyat, tambahan lagi kebijaksanaan menyertakan swasta dalam layanan publik akan lebih meningkatkan mutu layanan dan juga mendorong kelancaran aktivitas perekonomian. Dengan kata lain, paradigma '*capital expenditure*' (CAPEX) telah bergeser kepada paradigma '*operational expenditure*' (OPEX) yang secara ekonomis lebih mendorong percepatan roda perekonomian.

Paradigma kemitraan publik dengan privat tersebut selanjutnya lebih dikenal dengan istilah '*Public-Private Partnership*' atau disingkat 'PPP'. Secara umum PPP dapat didefinisikan sebagai suatu pola kolaborasi antara Pemerintah dan swasta untuk melaksanakan suatu layanan umum atau layanan publik. Dengan kata lain, juga dapat dikatakan sebagai bentuk kerjasama Pemerintah dan swasta dalam memberikan jasa layanan kepada publik.

Public-Private Partnership is a collaboration between the public & the private sector to deliver the services to the general public.

Sementara menurut Deloitte, PPP adalah perjanjian antar publik atau Pemerintah dengan swasta yang memberikan kesempatan yang lebih besar untuk partisipasi swasta dalam proyek-proyek infrastruktur.

A public-private partnership, or PPP, refers to a contractual agreement formed between a government agency and a private sector entity that allows for greater private sector participation in the delivery of public infrastructure projects. In some countries involvement of private financing is what makes a project a PPP. PPPs are used around the world to build new and upgrade existing public facilities such as schools, hospitals, roads, waste and water treatment plants and prisons, among other things. Compared with traditional procurement models, the private sector assumes a greater role in the planning, financing, design, construction, operation, and maintenance of public facilities. Risk associated with the project is transferred to the party best positioned to manage it.⁹⁹

⁹⁹ Deloitte., "Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships", (2007).

Sehubungan dengan itu perlu dikritisi bahwa selain manfaat yang dapat diperoleh oleh Pemerintah, pada sisi yang lain juga kemungkinan adanya keburukan dari suatu kebijakan PPP. Kebijakan ini akan membuat Pemerintah atau institusi publik menjadi sangat tergantung terhadap kontribusi finansial dan peranan pihak swasta. Pada sisi yang lain swasta juga menjadi terlalu luas peranannya karena telah memiliki andil penentu dalam terselenggaranya agenda publik, khususnya dalam pembangunan infrastruktur publik yang mungkin bersifat kritikal.

Kekhawatiran dari pertanyaan tersebut sebenarnya mengarah kepada aspek legitimasi dari proyek kerjasama tersebut, terutama dalam hal bentuk, substansi atau isi dan bagaimana proses penentuan kerjasama tersebut. Perlu menjadi perhatian bersama bagaimana proses komunikasi/dialog tersebut dilakukan dan bagaimana penentuan pembagian tanggungjawab para pihak (*shared responsibility*) serta bagaimana proses pembelajaran dan berbagi ilmu pengetahuan dalam kerjasama tersebut (*knowledge sharing and learning*), atau bahkan bagaimana proses transfer teknologinya.

Dalam rangka menjawab legitimasi tersebut, Stephanie von Hayek mengarahkan perhatiannya kepada pengukuran dari hasil kerjasama tersebut. Menurutnya untuk melihat legitimasi tentunya akan melihat kepada dua sudut pandang, yakni *input and output perspectives*. Dalam *output perspectives* selayaknya harus diperhatikan bagaimana Kerjasama Pemerintah dan Swasta berhasil/sukses mencapai tujuannya. Sementara dalam *input perspectives*, selayaknya akan melihat bagaimana caranya Kerjasama Pemerintah dan Swasta dapat menjawab harapan atau kebutuhan dengan menggunakan sumber daya yang ada secara efisien dan efektif.

Terkait dengan itu, secara umum terdapat banyak model dalam melakukan PPP tersebut, antara lain sebagai berikut.¹⁰⁰

1. ***Design-Build***. *Under this model, the government contracts with a private partner to design and build a facility in accordance with the requirements set by the government. After completing the facility, the government assumes responsibility*

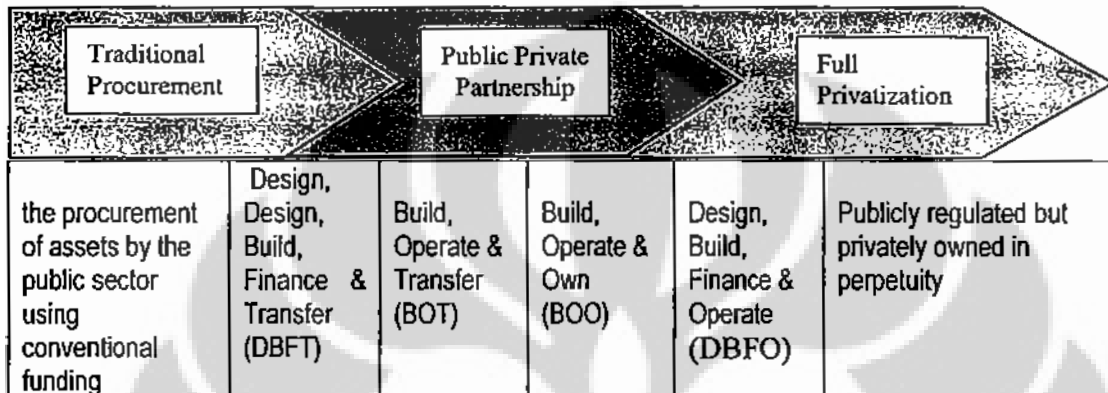
¹⁰⁰ Ibid.

for operating and maintaining the facility. This method of procurement is also referred to as Build-Transfer (BT).

2. **Design-Build-Maintain (DBM):** This model is similar to Design-Build except that the private sector also maintains the facility. The public sector retains responsibility for operations.
3. **Design-Build-Operate (DBO):** Under this model, the private sector designs and builds a facility. Once the facility is completed, the title for the new facility is transferred to the public sector, while the private sector operates the facility for a specified period. This procurement model is also referred to as Build-Transfer-Operate (BTO).
4. **Design-Build-Operate-Maintain (DBOM):** This model combines the responsibilities of design-build procurements with the operations and maintenance of a facility for a specified period by a private sector partner. At the end of that period, the operation of the facility is transferred back to the public sector. This method of procurement is also referred to as Build-Operate-Transfer (BOT).
5. **Build-Own-Operate-Transfer (BOOT):** The government grants a franchise to a private partner to finance, design, build and operate a facility for a specific period of time. Ownership of the facility is transferred back to the public sector at the end of that period.
6. **Build-Own-Operate (BOO):** The government grants the right to finance, design, build, operate and maintain a project to a private entity, which retains ownership of the project. The private entity is not required to transfer the facility back to the government.
7. **Design-Build-Finance-Operate/Maintain (DBFO, DBFM or DBFO/M):** Under this model, the private sector designs, builds, finances, operates and/or maintains a new facility under a long-term lease. At the end of the lease term, the facility is transferred to the public sector. In some countries, DBFO/M covers both BOO and BOOT. PPPs can also be used for existing services and facilities in addition to new ones. Some of these models are described below.
8. **Service Contract:** The government contracts with a private entity to provide services the government previously performed.
9. **Management Contract:** A management contract differs from a service contract in that the private entity is responsible for all aspects of operations and maintenance of the facility under contract.
10. **Lease:** The government grants a private entity a leasehold interest in an asset. The private partner operates and maintains the asset in accordance with the terms of the lease.
11. **Concession:** The government grants a private entity exclusive rights to provide operate and maintain an asset over a long period of time in accordance with performance requirements set forth by the government. The public sector retains ownership of the original asset, while the private operator retains ownership over any improvements made during the concession period.

12. *Divestiture: The government transfers an asset, either in part or in full, to the private sector. Generally the government will include certain conditions with the sale of the asset to ensure that improvements are made and citizens continue to be served.*

Sehubungan dengan berbagai varian tersebut, Uilleam Cameron melihat setidaknya dalam tiga rentang besar, yaitu:



Gambar II.1 Spektrum Kerjasama Pemerintah dan Swasta
(Telah diolah kembali dari presentasi Uilleam Cameron, KPMG-UK) ¹⁰¹

Sementara itu, UNCITRAL melihat ada beberapa kemungkinan bentuk partisipasi swasta dalam proyek-proyek infrastruktur, yakni: ¹⁰² (a) Kepemilikan oleh Publik dan Pengelolaan oleh Publik (*Public ownership and public operation*) ¹⁰³; (b) Kepemilikan oleh Publik, namun Pengelolaan oleh Swasta (*Public ownership and private operation*); ¹⁰⁴ dan (c) Kepemilikan dan Pengelolaan oleh Swasta (*private ownership and operation*). ¹⁰⁵

¹⁰¹ Uilleam Cameron., Public Private Partnership: The London Experience - Transport and Regeneration, uilleam.cameron@kpmg.co.uk.

¹⁰² UNCITRAL., Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, (New York: United Nations 2001.) 36.

¹⁰³ Ibid. [Another form of involving private participation in publicly owned and operated infrastructure may be the negotiation of "service contracts" whereby the public operator contracts out specific operation and maintenance activities to the private sector. The Government may also entrust a broad range of operation and maintenance activities to a private entity acting on behalf of the contracting authority. Under such an arrangement, which is sometimes referred to as a "management contract", the private operator's compensation may be linked to its performance, often through a profit-sharing mechanism, although compensation on the basis of a fixed fee may also be used, in particular where the parties find it difficult to establish mutually acceptable mechanisms to assess the operator's performance.]

¹⁰⁴ Ibid. [Another form of private participation in infrastructure is where a private entity is selected by the contracting authority to operate a facility that has been built by or on behalf of the Government, or whose construction has been financed with public funds. Under such an

Sehubungan dengan begitu beragamnya model-model tersebut, namun secara garis besar dijumpai tiga hal yang menjadi kelaziman, yakni: (i) Pemerintah membangun seluruhnya melalui perusahaan negara yang dibentuk untuk itu, atau Pemerintah membangun sendiri baru kemudian dialihkan pengoperasiannya kepada swasta, (ii) Pemerintah bersama-sama swasta membangun dan mengoperasikan layanan tersebut, atau (iii) Pemerintah hanya mengeluarkan izin dan regulasi, sementara swasta yang mengembangkan dan mengoperasikannya untuk waktu tertentu dan selanjutnya mengalihkan kepada Pemerintah. Dalam perkembangannya, kecenderungan yang terjadi di Indonesia adalah model yang ketiga, dimana Pemerintah berupaya sedapat mungkin mengurangi pembelanjanya dan menarik partisipasi swasta untuk melaksanakan hal tersebut.

Pada umumnya, struktur dari pola PPP adalah mencakup (i) keberadaan sektor publik yang mendefinisikan layanannya berikut standar layanan dibutuhkan, dan (ii) keberadaan sektor swasta yang merancang, membangun, membiayai dan mengoperasikan infrastuktur layanan tersebut, berikut penerimaan pembayarannya berdasarkan performansinya.

Under typical PPP structure, the Public Sector defines the services and performance standards required and the Private Sector designs, builds, finances, and operates the required infrastructure, in returns for payments based on performance.¹⁰⁶

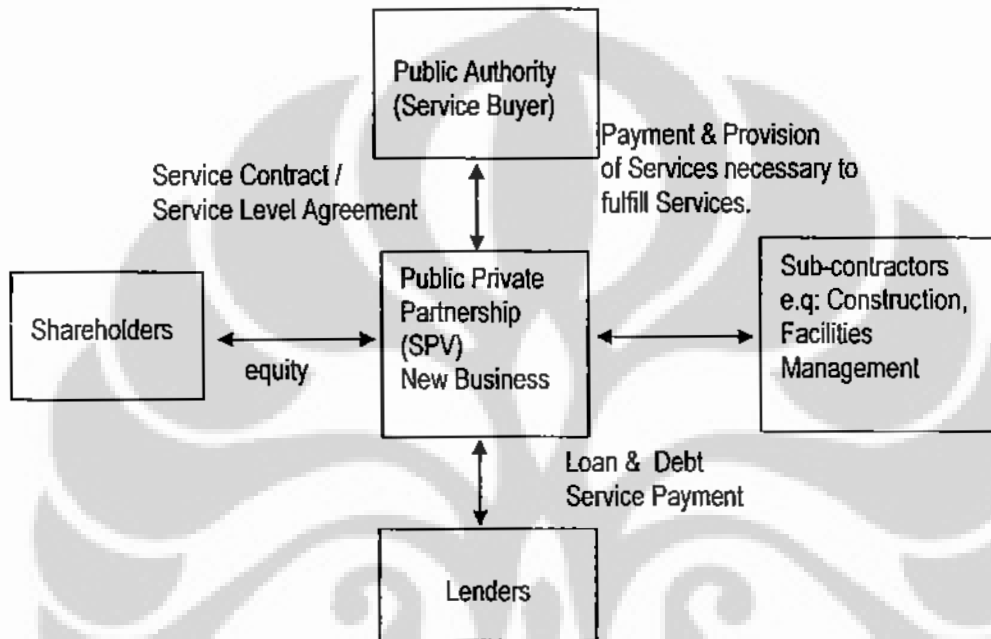
Dari pola tersebut, secara garis besar, paling tidak dapat diperinci keberadaan para pihak sebagai berikut:

arrangement, the operator assumes the obligation to operate and maintain the infrastructure and is granted the right to charge for the services it provides. In such a case, the operator assumes the obligation to pay to the contracting authority a portion of the revenue generated by the infrastructure that is used by the contracting authority to amortize the construction cost. Such arrangements are referred to in some legal systems as "lease" or "affermage".

¹⁰⁵ *Ibid.* [Under the third approach, the private entity not only operates the facility, but also owns the assets related to it. Here, too, there may be substantial differences in the treatment of such projects under domestic laws, for instance as to whether the contracting authority retains the right to reclaim title to the facility or to assume responsibility for its operation. Where the facility is operated pursuant to a governmental licence, private ownership of physical assets (e.g. a telecommunication network) is often separable from the licence to provide the service to the public (e.g. long-distance telephone services), in that the licence can be withdrawn by the competent public authority under certain circumstances. Thus, private ownership of the facility may not necessarily entail an indefinite right to provide the service.]

¹⁰⁶ *Ibid.*

- i. Otoritas Publik atau Administrasi Negara selaku pembeli sistem layanan tersebut (*buyer*);
- ii. Perusahaan bentukan PPP tersebut (*Special Purpose Vehicle*)
- iii. Perusahaan Pelaksana Pembangunan Proyek (*Sub-contractors*)
- iv. Pihak Pemberi Pinjaman Dana (*Lender*)
- v. Para Pemegang saham dari PPP tersebut (*shareholders*).



Gambar II. 2 - Public Private Partnership

Dapat dijelaskan bahwa pihak Pemerintah cq Otoritas Publik terkait yang merupakan pembeli layanan tersebut, secara kontraktual jangka panjang mengharapkan adanya perolehan asset dan sistem layanan tersebut sesuai perencanaan spesifikasi yang telah ditentukan, dengan ketentuan tidak perlu mengeluarkan pembiayaan untuk proyek tersebut melainkan langsung membukukannya sebagai suatu bentuk pendapatan. Keterlibatan swasta kontraktor pelaksana adalah melakukan perancangan, pembangunan dan pengoperasian berikut penentuan mekanisme yang paling efektif untuk memberikan pelayanan tersebut sebagaimana yang diharapkan oleh Otoritas Publik tersebut.

Keterlibatan swasta yang memberikan pembiayaan atas proyek tersebut adalah bertanggungjawab atas pendanaan dan pemantauan kinerja kontraktor.

Bagi masyarakat luas adalah mendapatkan manfaat atas layanan tersebut dan bahkan jika masyarakat dapat ikut berinvestasi untuk mengambil saham dalam perusahaan yang merupakan bentuk PPP tersebut maka mereka akan mendapatkan keuntungan (*gain*) dari proyek tersebut.

<p><i>Long Term output based contract:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>For delivering a specified asset condition & service</i> - <i>With appropriate incentives for performance over the life of the contract</i> - <i>Capital cost paid over the lifetime of the contract, revenue not capital spending</i> 	<p><i>Private Sector Involvement:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>In the design, build and operate infrastructure projects</i> - <i>To decide what is the most effective mechanism for delivering the specified outputs</i> 	<p><i>Private Sector Financing (both equity and debt)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Underpins business responsibility to deliver under contracts</i> - <i>Improve scrutiny of contractors ability to deliver contracts.</i>
--	---	---

Tabel II.1 Perbandingan Kontrak dan Izin Pengusahaan Kersajama Pemerintah dan Swasta (diolah kembali oleh penulis dari presentasi Uilleam Cameron dari KPMG)¹⁰⁷

Berkaitan dengan itu, untuk efektifnya pola PPP tersebut, UNCITRAL memberikan 71 (tujuh puluh satu) butir rekomendasi bagi semua negara¹⁰⁸, dimana 11 (sebelas) rekomendasi untuk membuat legislative product dan *legal framework* yang baik untuk memfasilitasi hal tersebut, yang pada esensinya adalah menjaga *transparency, fairness* dan *long-term sustainability*.

- 1) *The constitutional, legislative and institutional framework for the implementation of privately financed infrastructure projects should ensure transparency.*

¹⁰⁷ Uilleam Cameron., Public Private Partnership: The London Experience - Transport and Regeneration, uilleam.cameron@kpmg.co.uk.

¹⁰⁸ Rekomendasi tersebut diuraikan dalam 6 (enam) kategori, yakni: (1) *General legislative & institutional framework* (2) *Project risks & government support*; (3) *Selection of the concessionaire (including: pre-selection of bidders, procedures for requesting proposals, Concession award without competitive procedures, Unsolicited proposals)*; (4) *Construction and operation of infrastructure (including: General provisions on the project agreement, Organization of the concessionaire, The project site, assets and easements, Financial arrangements, Security interests, Assignment of the concession, Transfer of controlling interest in the project company, Construction works, Operation of infrastructure & General contractual arrangements)*; (5) *Duration, extension and termination of the project agreement (including Consequences of expiry or termination of the project agreement: Transfer of assets to the contracting authority or to a new concessionaire & Wind-up and transitional measures)*; (6) *Settlement of disputes (including: Disputes between the contracting authority and the concessionaire, Disputes between project promoters and between the concessionaire and its lenders, contractors and suppliers, Disputes involving customers or users of the infrastructure facility)*.

- fairness, and the long-term sustainability of projects. Undesirable restrictions on private sector participation in infrastructure development and operation should be eliminated.*
- 2) *The law should identify the public authorities of the host country (including, as appropriate, national, provincial and local authorities) that are empowered to award concessions and enter into agreements for the implementation of privately financed infrastructure projects.*
 - 3) *Privately financed infrastructure projects may include concessions for the construction and operation of new infrastructure facilities and systems or the maintenance, modernization, expansion and operation of existing infrastructure facilities and systems.*
 - 4) *The law should identify the sectors or types of infrastructure in respect of which concessions may be granted.*
 - 5) *The law should specify the extent to which a concession might extend to the entire region under the jurisdiction of the respective contracting authority, to a geographical subdivision thereof or to a discrete project, and whether it might be awarded with or without exclusivity, as appropriate, in accordance with rules and principles of law, statutory provisions, regulations and policies applying to the sector concerned. Contracting authorities might be jointly empowered to award concessions beyond a single jurisdiction.*
 - 6) *Institutional mechanisms should be established to coordinate the activities of the public authorities responsible for issuing approvals, licences, permits or authorizations required for the implementation of privately financed infrastructure projects in accordance with statutory or regulatory provisions on the construction and operation of infrastructure facilities of the type concerned.*
 - 7) *The authority to regulate infrastructure services should not be entrusted to entities that directly or indirectly provide infrastructure services.*
 - 8) *Regulatory competence should be entrusted to functionally independent bodies with a level of autonomy sufficient to ensure that their decisions are taken without political interference or inappropriate pressures from infrastructure operators and public service providers.*
 - 9) *The rules governing regulatory procedures should be made public. Regulatory decisions should state the reasons on which they are based and should be accessible to interested parties through publication or other means.*
 - 10) *The law should establish transparent procedures whereby the concessionaire may request a review of regulatory decisions by an independent and impartial body, which may include court review, and should set forth the grounds on which such a review may be based.*
 - 11) *Where appropriate, special procedures should be established for handling disputes among public service providers concerning alleged violations of laws and regulations governing the relevant sector.¹⁰⁹*

(garis bawah dari penulis)

Dalam perkembangannya, Pola PPP tersebut juga menstimulus terjadinya *Self Regulatory Organisation*, dimana Pemerintah meminimalkan peranannya untuk mengatur dan mengawasi, sementara pelaku usaha dan masyarakat akan

¹⁰⁹ UNCITRAL., loc. cit.

mengatur sendiri dalam wadah SRO tersebut. Sebagai contohnya adalah keberadaan BEJ yang sahamnya dapat dimiliki oleh masyarakat atau pelaku usaha pasar modal dan merupakan wadah SRO bagi mereka dalam berdagang.

Hal yang hampir serupa juga terjadi dalam proyek pengembangan telematika di Indonesia. Salah satu contohnya adalah proyek Palapa Ring, yang karena keterbatasan anggaran negara, tidak mungkin Pemerintah dapat mewujudkannya jika tidak menyertakan pihak swasta, dan pihak swasta pun tidak dapat bertindak sendiri-sendiri, sehingga umumnya mereka membentuk konsorsium untuk melaksanakan tersebut. Keuntungan Pemerintah adalah tidak harus menanggung resiko yang cukup besar atas jalannya proyek tersebut, melainkan hanya resiko atas jadwal waktu yang ditetapkan, sementara swasta dapat memperoleh keuntungan atas investasi yang ditanamkan, dan masyarakat dapat memanfaatkan layanan tersebut secara efisien.

Dalam penerapannya, kebanyakan Negara mempunyai pengaturan yang khusus tentang pembuatan kontrak Kerjasama Pemerintah dengan Swasta (KPS) tersebut, sebagai konsekuensi adanya posisi tawar yang kuat yang dimiliki oleh Pemerintah untuk melindungi kepentingan umum dan sebagai konsekuensi adanya imunitas yang dimilikinya selaku pengemban amanat publik, selanjutnya hal itu disebut dengan *government contract*.

A.2. Kerjasama Pemerintah dan Swasta dalam Pembangunan Infrastruktur

Terkait dengan perkembangan pembangunan infrastruktur dengan pola PPP, di Indonesia telah ada pengaturan tentang kerjasama Pemerintah dan Swasta sebagaimana diatur dalam Peraturan Presiden RI Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur ("Perpres KPS"), yang juga akan terkait dengan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah ("PP Barang Negara").

Sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 Perpres KPS, pada ayat (1) telah diatur bahwa Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah dapat bekerjasama dengan

Badan Usaha¹¹⁰ dalam Penyediaan Infrastruktur¹¹¹, dan pada ayat (2) dinyatakan bahwa dalam pelaksanaan kerjasama sebagaimana dimaksud pada ayat (1) maka Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah bertindak selaku penanggung jawab Proyek Kerjasama. Sedangkan definisi Proyek Kerjasama yang dimaksudkan adalah Penyediaan Infrastruktur yang dilakukan melalui Perjanjian Kerjasama¹¹² atau pemberian Izin Pengusahaan¹¹³ antara Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah dengan Badan Usaha (Pasal 1 angka (5) Perpres KPS).

Berikutnya juga ditentukan dalam Pasal 3 Perpres KPS, bahwa Proyek Kerjasama Penyediaan Infrastruktur antara Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah dengan Badan Usaha dilakukan dengan tujuan untuk:

- a. mencukupi kebutuhan pendanaan secara berkelanjutan dalam Penyediaan Infrastruktur melalui pengerahan dana swasta;
- b. meningkatkan kuantitas, kualitas dan efisiensi pelayanan melalui persaingan sehat;
- c. meningkatkan kualitas pengelolaan dan pemeliharaan dalam Penyediaan Infrastruktur;
- d. mendorong digunakannya prinsip pengguna membayar pelayanan yang diterima, atau dalam hal-hal tertentu mempertimbangkan kemampuan membayar pengguna.

Sementara terhadap infrastruktur yang dapat dikerjasamakan dengan Badan Usaha, dalam Pasal 4 Perpres KPS juga ditentukan bahwa kerjasama

¹¹⁰ Badan Usaha adalah badan usaha swasta yang berbentuk perseroan terbatas, Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Badan Usaha Milik Daerah (BUMD), dan koperasi (Pasal 1 angka (4) Perpres KPS).

¹¹¹ Penyediaan Infrastruktur adalah kegiatan yang meliputi pekerjaan konstruksi untuk membangun atau meningkatkan kemampuan infrastruktur dan/atau kegiatan pengelolaan infrastruktur dan/atau pemeliharaan infrastruktur dalam rangka meningkatkan kemanfaatan infrastruktur (Pasal 1 angka (3) Perpres KPS); Sementara definisi Pekerjaan Konstruksi adalah keseluruhan atau sebagian rangkaian kegiatan perencanaan dan/atau pelaksanaan beserta pengawasan yang mencakup pekerjaan arsitektural, sipil, mekanikal, elektrik, dan tata lingkungan masing-masing beserta kelengkapannya, untuk mewujudkan suatu bangunan atau bentuk fisik lain (Pasal 1 angka (2) UU No.18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi); Lihat juga definisi tentang Bangunan gedung, adalah wujud fisik hasil pekerjaan konstruksi yang menyatu dengan tempat kedudukannya, sebagian atau seluruhnya berada di atas dan/atau di dalam tanah dan/atau air, yang berfungsi sebagai tempat manusia melakukan kegiatannya, baik untuk hunian atau tempat tinggal, kegiatan keagamaan, kegiatan usaha, kegiatan sosial, budaya, maupun kegiatan khusus (Pasal 1 angka (1) UU No.28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung).

¹¹² Perjanjian Kerjasama adalah kesepakatan tertulis untuk Penyediaan Infrastruktur antara Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah dengan Badan Usaha yang ditetapkan melalui pelelangan umum (Pasal 1 angka (6) Perpres KPS).

¹¹³ Izin Pengusahaan adalah izin untuk Penyediaan Infrastruktur yang diberikan oleh Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah kepada Badan Usaha yang ditetapkan melalui pelelangan (Pasal 1 angka (7) Perpres KPS)

tersebut haruslah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku di sektor bersangkutan, dimana jenis-jenis infrastruktur yang dimaksud adalah mencakup:

- a. infrastruktur transportasi, meliputi pelabuhan laut, sungai atau danau, bandar udara, jaringan rel dan stasiun kereta api;
- b. infrastruktur jalan, meliputi jalan tol dan jembatan tol;
- c. infrastruktur pengairan, meliputi saluran pembawa air baku;
- d. infrastruktur air minum yang meliputi bangunan pengambilan air baku, jaringan transmisi, jaringan distribusi, instalasi pengolahan air minum;
- e. infrastruktur air limbah yang meliputi instalasi pengolah air limbah, jaringan pengumpul dan jaringan utama, dan sarana persampahan yang meliputi pengangkut dan tempat pembuangan;
- f. infrastruktur telekomunikasi, meliputi jaringan telekomunikasi;¹¹⁴
- g. infrastruktur ketenagalistrikan, meliputi pembangkit, transmisi atau distribusi tenaga listrik; dan
- h. infrastruktur minyak dan gas bumi meliputi pengolahan, penyimpanan, pengangkutan, transmisi, atau distribusi minyak dan gas bumi.

Selanjutnya dalam Pasal 6 Perpres KPS, juga terdapat pengaturan tentang prinsip-prinsip dalam melakukan Kerjasama Pemerintah-Swasta tersebut, yakni harus dilakukan berdasarkan prinsip:

- a. adil, berarti seluruh Badan Usaha yang ikut serta dalam proses pengadaan harus memperoleh perlakuan yang sama;
- b. terbuka, berarti seluruh proses pengadaan bersifat terbuka bagi Badan Usaha yang memenuhi kualifikasi yang dipersyaratkan;
- c. transparan, berarti semua ketentuan dan informasi yang berkaitan dengan Penyediaan Infrastruktur termasuk syarat teknis administrasi pemilihan, tata cara evaluasi, dan penetapan Badan Usaha bersifat terbuka bagi seluruh Badan Usaha serta masyarakat umumnya;
- d. bersaing, berarti pemilihan Badan Usaha melalui proses pelelangan;
- e. bertanggung-jugat, berarti hasil pemilihan Badan Usaha harus dapat dipertanggungjawabkan;
- f. saling menguntungkan, berarti kemitraan dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur dilakukan berdasarkan ketentuan dan persyaratan

¹¹⁴ Dalam perspektif hukum telekomunikasi, penyelenggaraan sistem elektronik dapat dikatakan termasuk dalam pengertian penyelenggaraan telekomunikasi karena definisi telekomunikasi adalah meliputi semua aktivitas pemancaran, pengiriman dan penerimaan informasi dalam semua medium komunikasi; sehubungan dengan itu, butir ini pun sedang diusulkan untuk di revisi, sehingga tidak hanya infrastruktur telekomunikasi melainkan juga infrastruktur informatika, berdasarkan rancangan revisi Perpres KPS.

yang seimbang sehingga memberi keuntungan bagi kedua belah pihak dan masyarakat dengan memperhitungkan kebutuhan dasar masyarakat;

- g. saling membutuhkan, berarti kemitraan dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur dilakukan berdasarkan ketentuan dan persyaratan yang mempertimbangkan kebutuhan kedua belah pihak;
- h. saling mendukung, berarti kemitraan dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur dilakukan dengan semangat saling mengisi dari kedua belah pihak.

Dalam hal untuk identifikasi dan penetapan proyek yang dilakukan berdasarkan perjanjian kerjasama, dalam Pasal 7 Perpres KPS diatur bahwa Menteri/ Kepala Lembaga/Kepala Daerah melakukan identifikasi proyek-proyek Penyediaan Infrastruktur yang akan dikerjasamakan dengan Badan Usaha, dengan mempertimbangkan paling kurang: (a). kesesuaian dengan rencana pembangunan jangka menengah nasional/daerah dan rencana strategis sektor infrastruktur; (b) kesesuaian lokasi proyek dengan Rencana Tata Ruang Wilayah; (c) keterkaitan antarsektor infrastruktur dan antarwilayah; dan (d) analisa biaya dan manfaat sosial.

Sementara terhadap setiap usulan proyek yang akan dikerjasamakan juga harus disertai dengan: (a). pra studi kelayakan; (b). rencana bentuk kerjasama; (c). rencana pembiayaan proyek dan sumber dananya; dan (d). rencana penawaran kerjasama yang mencakup jadwal, proses dan cara penilaian. Dalam melakukan identifikasi proyek yang akan dikerjasamakan, Menteri/Kepala Lembaga/ Kepala Daerah harus melakukan konsultasi publik. Lalu, berdasarkan hasil identifikasi proyek dan hasil konsultasi publik tersebut, Menteri/Kepala Lembaga/ Kepala Daerah menetapkan prioritas proyek-proyek yang akan dikerjasamakan dalam daftar prioritas proyek yang dinyatakan terbuka untuk umum dan disebarluaskan kepada masyarakat.

Dalam Perpres KPS juga dimungkinkan keberadaan proyek kerjasama yang didasarkan atas prakarsa badan usaha, dimana dinyatakan bahwa Badan Usaha dapat mengajukan prakarsa Proyek Kerjasama Penyediaan Infrastruktur yang mungkin saja tidak termasuk dalam daftar prioritas proyek kepada Menteri/ Kepala Lembaga/Kepala Daerah.¹¹⁵ Hal tersebut dapat dilakukan dengan syarat

¹¹⁵ Indonesia, Peraturan Presiden Tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Proyek Penyediaan Infrastruktur, Perpres no. 67 Tahun 2005, Pasal 10.

bahwa Proyek atas prakarsa Badan Usaha wajib dilengkapi dengan dokumen sebagai berikut: (a). studi kelayakan; (b). rencana bentuk kerjasama; (c). rencana pembiayaan proyek dan sumber dananya; dan (d). rencana penawaran kerjasama yang mencakup jadwal, proses dan cara penilaian.

Selanjutnya Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah mengevaluasi proyek atas prakarsa Badan Usaha tersebut, dan kemudian jika berdasarkan evaluasi proyek atas prakarsa Badan Usaha tersebut memenuhi persyaratan kelayakan, maka proyek atas prakarsa Badan Usaha tersebut diproses melalui pelelangan umum sesuai dengan ketentuan dalam Perpres KPS ini. Lalu, Badan Usaha yang prakarsa Proyek Kerjasamanya diterima oleh Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah, diberikan kompensasi yang dapat berbentuk: (a). pemberian tambahan nilai; atau (b). pembelian prakarsa proyek kerjasama termasuk Hak Kekayaan Intelektual yang menyertainya oleh Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah atau oleh pemenang tender.

Untuk Pemberian tambahan nilai tersebut telah ditentukan paling banyak 10 % (sepuluh persen) dari nilai tender pemrakarsa dan diumumkan secara terbuka sebelum proses pengadaan, sedangkan untuk pembelian prakarsa proyek kerjasama merupakan penggantian oleh Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah atau oleh pemenang tender atas biaya yang telah dikeluarkan oleh Badan Usaha pemrakarsa. Terhadap besarnya tambahan nilai dan biaya penggantian tersebut akan ditetapkan oleh Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah berdasarkan pertimbangan dari penilai independen, sebelum proses pengadaan.

Terhadap KPS juga telah diatur tentang adanya tarif awal dan penyesuaian tarif, dimana Tarif awal dan penyesuaiannya secara berkala ditetapkan untuk memastikan tingkat pengembalian investasi yang meliputi (i) penutupan biaya modal, (ii) biaya operasional dan (iii) keuntungan yang wajar dalam kurun waktu tertentu. Namun, jika penetapan tarif awal dan penyesuaiannya tidak dapat dilakukan, maka tarif ditentukan berdasarkan tingkat kemampuan pengguna. Dan, dalam hal tarif ditetapkan berdasarkan tingkat kemampuan pengguna, maka Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah akan memberikan kompensasi sehingga dapat diperoleh tingkat pengembalian investasi dan keuntungan yang wajar. Besaran kompensasi tersebut akan didasarkan pada perolehan hasil

kompetisi antar peserta lelang dan dipilih berdasarkan penawaran besaran kompensasi terendah, dengan ketentuan bahwa Kompensasi hanya diberikan pada Proyek Kerjasama Penyediaan Infrastruktur yang mempunyai kepentingan dan kemanfaatan sosial, setelah Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah melakukan kajian yang lengkap dan menyeluruh atas kemanfaatan sosial tersebut.

Perpres KPS juga telah mengatur tentang pengelolaan resiko dan adanya dukungan Pemerintah. Resiko dikelola berdasarkan prinsip alokasi resiko antara Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah dan Badan usaha secara memadai dengan mengalokasikan resiko kepada pihak yang paling mampu mengendalikan resiko dalam rangka menjamin efisiensi dan efektifitas dalam Penyediaan Infrastruktur, dengan ketentuan bahwa pengelolaan resiko tersebut harus dituangkan dalam suatu Perjanjian Kerjasama. Sedangkan untuk Dukungan Pemerintah kepada Badan Usaha hal tersebut harus dilakukan dengan memperhatikan prinsip pengelolaan dan pengendalian resiko keuangan dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) atau Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD). Terkait dengan itu, Pengendalian dan pengelolaan resiko tersebut, akan dilaksanakan oleh Menteri Keuangan atau Kepala Satuan Kerja Pengelola Keuangan Daerah dalam hal Dukungan Pemerintah diberikan oleh Pemerintah Daerah. Dalam melaksanakan tugas dan fungsi tersebut Menteri Keuangan atau Kepala Satuan Kerja Pengelola Keuangan Daerah, berwenang untuk: (a). memperoleh data dan informasi yang diperlukan dari pihak-pihak yang terkait dengan proyek kerjasama Penyediaan Infrastruktur yang memerlukan Dukungan Pemerintah; (b). menyetujui atau menolak usulan pemberian Dukungan Pemerintah kepada Badan Usaha dalam rangka Penyediaan Infrastruktur, berdasarkan kriteria yang ditetapkan oleh Menteri Keuangan dalam hal Dukungan Pemerintah diberikan oleh Pemerintah Pusat, atau Kepala Satuan Kerja Pengelola Keuangan Daerah dalam hal Dukungan Pemerintah diberikan oleh Pemerintah Daerah; (c) menetapkan tata cara pembayaran kewajiban Menteri/ Kepala Lembaga/Kepala Daerah yang timbul dari proyek Penyediaan Infrastruktur dalam hal penggantian atas hak kekayaan intelektual, pembayaran subsidi, dan kegagalan pemenuhan Perjanjian Kerjasama.

Sementara untuk tata cara pengadaan badan usaha dalam rangka perjanjian kerjasama, maka Pengadaan Badan Usaha dalam rangka Perjanjian Kerjasama tetap dilakukan melalui pelelangan umum, dimana Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah membentuk panitia pengadaan. Tata cara pengadaan tersebut, meliputi: (a). persiapan pengadaan; (b). pelaksanaan pengadaan; (c). penetapan pemenang; dan (d). penyusunan perjanjian kerjasama. Ketentuan lebih lanjut tata cara pengadaan tersebut diuraikan dalam Lampiran Pepres KPS yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Perpres ini.

Terkait dengan format perjanjian kerjasama yang akan dibuat, Perpres KPS telah membuat suatu standar perjanjian, dimana selain Perjanjian Kerjasama harus mencantumkan dengan jelas status kepemilikan aset yang diadakan selama jangka waktu perjanjian, juga diatur bahwa suatu Perjanjian Kerjasama harus paling kurang memuat ketentuan mengenai:

- a. lingkup pekerjaan;
- b. jangka waktu;
- c. jaminan pelaksanaan;
- d. tarif dan mekanisme penyesuaiannya;
- e. hak dan kewajiban, termasuk alokasi resiko;
- f. standar kinerja pelayanan;
- g. larangan pengalihan Perjanjian Kerjasama atau penyertaan saham pada Badan Usaha pemegang Perjanjian Kerjasama sebelum Penyediaan Infrastruktur beroperasi secara komersial;
- h. sanksi dalam hal para pihak tidak memenuhi ketentuan perjanjian;
- i. pemutusan atau pengakhiran perjanjian;
- j. laporan keuangan Badan Usaha dalam rangka pelaksanaan perjanjian, yang diperiksa secara tahunan oleh auditor independen, dan pengumuman nya dalam media cetak yang berskala nasional;
- k. mekanisme penyelesaian sengketa yang diatur secara berjenjang, yaitu musyawarah mufakat, mediasi, dan arbitrase/ pengadilan;
- l. mekanisme pengawasan kinerja Badan Usaha dalam pelaksanaan perjanjian;
- m. pengembalian infrastruktur dan/ atau pengelolaannya kepada Menteri/Kepala Lembaga/ Kepala Daerah;
- n. keadaan memaksa;
- o. hukum yang berlaku, yaitu hukum Indonesia.

Terkait dengan itu, sehubungan dengan pentingnya pendanaan atau pembiayaan proyek, juga ditentukan bahwa paling lama dalam jangka waktu 12 (dua belas) bulan setelah Badan Usaha menandatangani Perjanjian Kerjasama,

Badan Usaha harus telah memperoleh pembiayaan untuk Proyek Kerjasama. Jika hal tersebut tidak dapat dipenuhi oleh Badan Usaha, maka Perjanjian Kerjasama harus dinyatakan berakhir dan jaminan pelelangan dapat dicairkan.

Sementara berkenaan dengan beberapa varian dalam PKS, maka (i) dalam hal terdapat penyerahan penguasaan aset yang dimiliki atau dikuasai oleh Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah kepada Badan Usaha untuk pelaksanaan Proyek Kerjasama, maka dalam Perjanjian Kerjasama harus diatur: (a). tujuan penggunaan aset dan larangan untuk mempergunakan aset untuk tujuan selain yang telah disepakati; (b). tanggungjawab pengoperasian dan pemeliharaan termasuk pembayaran pajak dan kewajiban lain yang timbul akibat penggunaan aset; (c). hak dan kewajiban pihak yang menguasai aset untuk mengawasi dan memelihara kinerja aset selama digunakan; (d). larangan bagi Badan Usaha untuk mengagunkan aset sebagai jaminan kepada pihak ketiga; dan (e). tata cara penyerahan dan/atau pengembalian aset.

Dalam hal (ii) Perjanjian Kerjasama mengatur penyerahan penguasaan aset yang diadakan oleh Badan Usaha selama jangka waktu perjanjian, maka Perjanjian Kerjasama harus mengatur: (a). kondisi aset yang akan dialihkan; (b). tata cara pengalihan aset; (c). status aset yang bebas dari segala jaminan kebendaan atau pembebanan dalam bentuk apapun pada saat aset diserahkan kepada Menteri/ Kepala Lembaga/Kepala Daerah; (d). status aset yang bebas dari tuntutan pihak ketiga; (e). pembebasan Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah dari segala tuntutan yang timbul setelah penyerahan aset; dan (f). kompensasi kepada Badan Usaha yang melepaskan aset.

Dalam kaitannya dengan penggunaan Hak Kekayaan Intelektual, maka Perjanjian Kerjasama harus memuat jaminan dari Badan Usaha bahwa: (a) Hak Kekayaan Intelektual yang digunakan sepenuhnya terbebas dari segala bentuk pelanggaran hukum; (b). Menteri/ Kepala Lembaga/ Kepala Daerah akan dibebaskan dari segala gugatan atau tuntutan dari pihak ketiga manapun yang berkaitan dengan penggunaan Hak Kekayaan Intelektual dalam Penyediaan Infrastruktur; (c). Sementara penyelesaian perkara sedang berjalan karena adanya gugatan atau tuntutan sebagaimana dimaksud pada huruf b maka: 1). kelangsungan Penyediaan Infrastruktur tetap dapat dilaksanakan; 2).

mengusahakan lisensi sehingga penggunaan Hak Kekayaan Intelektual tetap dapat berlangsung.

A.3. Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah

Terkait dengan KPS, Penelitian ini menemukan bahwa dewasa ini tengah berkembang konsep kebendaan campuran (*mixing properties*) yang menganalisis bagaimana keberadaan hak atas benda di atasnya melekat kepentingan bersama, antara; Pemerintah, swasta dan masyarakat. Amnon Lehavi melihat bahwa secara garis besar rezim *property* akan melibatkan tiga segi yakni *private-common-public property triangle*,¹¹⁶ yakni unsur publik (*public*), (ii) unsur privat (*private*) dan (iii) unsur komunitas (*common*). Pembagian rezim properti ini dipengaruhi oleh ideologi suatu negara yang tercermin dalam hukum properti (kebendaan) sesuai keadaan masyarakatnya. Ia menyimpulkan adanya kecenderungan bahwa nilai dari properti tidak hanya ditentukan oleh atribut-atribut yang kelihatan dari benda itu (*onsite attributes*), tetapi lebih ditentukan oleh siapa subyeknya, dan layanan serta kondisi yang terkandung di dalam ruang lingkup benda itu sendiri (*property boundaries*). Dengan berkembangnya zaman, rezim-rezim murni tentang properti privat tersebut dinilai tidak lagi selalu memenuhi kebutuhan masyarakat akan arti pentingnya suatu kebendaan.

Salah satu kelemahan konsep kebendaan privat yang murni adalah bahwa dalam rezim tersebut individu diberikan hak secara formal dan juga kekuasaan yang cukup luas untuk memutuskan hak atas benda yang dimilikinya, tetapi permasalahan muncul ketika terjadi perubahan cara pandang normatif masyarakat terhadap benda tersebut, termasuk ketika ada kepentingan untuk memberikan batasan terhadap benda itu melalui suatu kebijakan. Dalam keadaan demikian, pemilik benda mempunyai *bargaining power* yang besar untuk menentukan dapat tidaknya batasan itu diterapkan terhadap benda yang merupakan harta kekayaannya. Oleh karena itu, ketika rezim properti murni memberikan hasil yang tidak maksimal, maka rezim tersebut menjadi perlu diganti, diubah, atau

¹¹⁶ Amnon Lehavi, "Mixing Property," *Seton Hall Law Review* 2008, 38 Seton Hall L. Rev. 137.

dikembangkan dengan mengkombinasi ketiga rezim yang ada itu (privat, komunitas dan publik) sehingga berkembanglah rezim yang baru untuk mencapai tujuan tertentu yang sesuai dengan konteks penerapannya. Singkatnya, rezim properti perlu menjadi lebih dinamis sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan zaman. Perubahan ini tentunya membutuhkan penyesuaian dengan sistem masyarakat dan sistem hukum nasional. Perubahan tersebut tidak perlu menghilangkan kemurnian suatu rezim, dan perubahan tersebut juga tidak perlu langsung dilakukan secara formal. Rezim baru dapat muncul dari aktivitas yang informal yang berlaku di masyarakat, kemudian dilembagakan secara formal apabila dinilai telah dipraktekkan secara luas atau memiliki kebutuhan untuk diterapkan secara luas.

Menurut analisis normatif Demsetz's (*Toward a Theory of Property Rights*), properti Privat (*private property*) memberikan insentif atau keuntungan, khususnya dalam investasi karena pemiliknya mempunyai hak yang penuh atas propertinya itu dan bertanggungjawab atas dampak positif dan negatif dari segala tindakannya. Oleh karena itu, ia berusaha untuk mengeksplorasi dan mengeksploitasi produktivitas dari sesuatu yang dimilikinya tersebut, termasuk memperhitungkan segala biaya yang terkait dengan tindakannya.

Penganut paham properti privat percaya bahwa Pemerintah tidak memiliki kemampuan untuk menurunkan biaya produksi atau meningkatkan kualitas hasil sebaik mereka. Sektor privat memang dapat melakukan keduanya dengan menggunakan sumber daya (*resource*) dengan efektif dan efisien, tetapi rezim kepemilikan ini pun memiliki kelemahan, sehingga rezim yang lain perlu dikembangkan termasuk mengkombinasikan rezim yang ada menjadi rezim yang baru.

Pertama, tujuan perubahan suatu barang menjadi properti privat sering dipengaruhi oleh proses politis, dan bukan berdasarkan tujuan pemberian properti privat itu sendiri, yaitu berdasarkan prinsip kewirausahaan untuk menggunakan semaksimal mungkin produktivitas dari properti.

Kedua, properti privat dapat menyebabkan fragmentasi hak yang berlebihan, sehingga para pemilik dapat melarang pihak lain untuk menggunakan propertinya karena alasan apapun. Dengan demikian, pelarangan itu

mengakibatkan pihak lain tidak dapat menggunakan properti tersebut. Dengan kata lain penggunaan properti privat itu menjadi tidak maksimal.

Ketiga, pendapat yang menyatakan bahwa sektor privat lebih baik dari Pemerintah dalam menggunakan sumber daya secara efektif dan efisien tampaknya valid apabila tujuan utama dari penggunaan sumber daya itu adalah keuntungan (*profit*). Selain itu asumsi tersebut itu dapat diterapkan pada ketentuan privat mengenai utilitas publik yang diatur secara ketat, atau ketentuan mengenai barang-barang yang seluruhnya publik atau sebagian barang publik yang dikelola oleh swasta (*outsourcing*), dimana pihak swasta atau pengguna akhir (*end-users*) dapat mengevaluasi dan memonitor kualitas hasil secara efektif, namun tampaknya justru Pemerintah sulit yang sulit mengevaluasi dan memonitor kualitas tersebut

Lebih lanjut, Amnon Lehari melihat adanya tiga varian dalam kebendaan campuran tersebut, yakni; (i) *public-private property*, (ii) *public-common property*, dan (iii) *private-common property*.

Dalam konteks *Public-Private Partnership*, dalam istilah lain juga dikenal sebagai *Privately Finance Initiative*, pada dasarnya pihak Privat mengelola barang Pemerintah yang didasarkan pada kontrak kerjasama, dimana ciri-ciri kontrak tersebut adalah: (i) kontrak jangka panjang yang didalamnya mengatur bagaimana rancangan, pembiayaan pembangunan, dan pengoperasian barang tersebut; (ii) Pemerintah memberikan ketentuan atau persyaratan spesifik mengenai standard dan layanan, tetapi memberikan keleluasaan (diskresi) bagi Privat untuk menentukan cara memberikan layanan tersebut; (iii) Pemerintah bertanggungjawab atas faktor-faktor eksternal yang dapat menghambat kontrak, seperti kenaikan inflasi, sedangkan Privat bertanggungjawab atas faktor internal, seperti biaya konstruksi, ketidakpastian teknologi dan jangka waktu penyelesaian; dan (iv) Para pihak mengatur kepemilikan barang Publik tersebut setelah kontrak berakhir

Yoram Barzel menjelaskan bahwa sumber daya mengandung berbagai macam atribut (*multiple attributes*) yang tidak semuanya penting untuk diambil oleh para pihak untuk diatur dalam kontrak. Atribut yang tidak diambil tersebut diserahkan kepada domain publik (*public domain*). Pihak yang dapat

menggunakan atribut sisa tersebut dapat dipandang sebagai pengguna atribut sisa (*residual claimant*), atau sebagai pemegang hak ekonomis properti. Mereka adalah pemangku kepentingan dari kebendaan (*property stakeholders*) yang dimaksud. Pengguna atribut sisa memiliki hak berdasarkan konstitusi atau peraturan perundang-undangan.

Atribut sisa ini menunjukkan adanya ketidaksempurnaan kontrak (*contract incompleteness*) atau daerah abu-abu (*grey area*) dalam pengaturan barang Publik. Di satu sisi Privat memiliki diskresi untuk menggunakan barang Pemerintah semaksimal mungkin sehingga akan mengecilkan atribut sisa. Dilain pihak, atribut sisa itu bisa digunakan oleh pribadi atau masyarakat untuk kesejahteraan mereka juga. Semakin kecil atribut sisa, semakin kecil masyarakat dapat menggunakan barang publik tersebut.

Dalam hal Properti yang melibatkan campuran Privat-Komunitas (*private-common properties*), bentuk kepemilikan barang bersama suatu komunitas (kumpulan dari individu yang memiliki properti privat) diatur oleh suatu lembaga atau institusi yang ditunjuk oleh komunitas tersebut. Sebagai contohnya adalah kepemilikan bersama atas fasilitas dan sarana dari apartemen atau rumah susun yang dikelola oleh pihak tertentu ('badan pengelola'). Dengan kata lain, komunitas mengadakan perjanjian dengan lembaga pengelola tersebut mengenai pengaturan dan pengendalian barang bersama termasuk properti pribadinya. Salah satu contohnya adalah pengaturan barang bersama suatu apartemen yang diserahkan kepada asosiasi pemilik rumah (*Common Interest Communities - CIC*). Asosiasi tersebut mengatur dan mengawasi penggunaan barang dan fasilitas bersama dalam suatu apartemen atau komunitas perumahan dengan membentuk suatu peraturan yang disepakati bersama. Tidak hanya itu, asosiasi ini juga memiliki kewenangan untuk menegakkan peraturan, termasuk mengambil keputusan-keputusan manajerial tanpa perlu ada persetujuan mutlak dari seluruh pemilik rumah yang ada di komunitas tersebut.

Kewenangan CIC ke dalam (secara internal) meliputi: (i) pembentukan/pembangunan dan pengaturan fasilitas bersama seperti jalan, taman dan olah raga, dan (ii) pengontrolan penggunaan unit yang dimiliki oleh individu yang dapat menyangkut kenyamanan komunitas. Pembangunan fasilitas bersama

bersama dikerjakan oleh CIC yang dibiayai oleh kontribusi komunitas yang bersangkutan. Dengan kontribusi tersebut, komunitas dapat menikmati fasilitas tanpa harus mengeluarkan biaya besar. Pemeliharaan fasilitas tersebut juga dibiayai oleh komunitas melalui kontribusi, yang dapat dilakukan secara reguler atau ketika dibutuhkan. Asosiasi tersebut juga berwenang untuk mengatur penggunaan properti privat sepanjang menyangkut kenyamanan bersama, seperti boleh tidaknya memelihara hewan atau pembatasan aktivitas individu, seperti pesta pribadi. Pengaturan atau pembatasan tersebut dilaksanakan untuk menjaga hak pribadi tiap pemilik rumah agar mereka dapat menikmati milik pribadinya itu secara leluasa tanpa mengganggu hak pribadi orang lain yang ada dalam satu komunitas. Pribadi dalam komunitas tersebut, oleh karena itu, dapat dipandang sebagai *residual claimant*.

Sementara dalam konsep kebendaan Publik-Komunitas (*Public-Common Property*), beberapa pandangan menyetujui bahwa ruang publik (*public spaces*) tersebut harus dimiliki oleh Pemerintah. Ruang publik tersebut adalah ruang atau barang yang tidak dimiliki oleh siapapun dengan hak milik atau hak lainnya menurut peraturan yang berlaku. Pandangan *Positive Externalities* melihat bahwa ruang publik memberikan keuntungan langsung kepada setiap orang yang mengunjungi atau menggunakannya, seperti kesenangan, kesehatan atau pengembangan anak. Oleh karena itu, pemerintahlah yang harus mengatur dan mengelolanya. Apabila hal-hal tersebut diserahkan kepada Privat, maka Privat akan mengenakan biaya untuk kenikmatan yang didapat dari ruang publik tersebut.

Pandangan Egalitarian menekankan bahwa tiap individu harus dapat menikmati sesuatu dari kebijakan sosial. Oleh karena itu mereka melihat bahwa ruang publik merupakan bukti adanya kesamaan antara para warga negara yang memiliki kelas sosial ekonomi yang berbeda. Tiap orang dari segala latar belakang dapat menggunakan ruang publik tersebut, dimana tiap mereka juga mendapatkan perlindungan yang sama.

Selain itu ada juga yang melihat bahwa ruang publik tersebut merupakan ciri dari demokrasi. Sejak zaman Roma, ruang publik digunakan untuk berdiskusi secara terbuka, berdagang atau melakukan kegiatan bersama lainnya. Pengertian

publik mengandung makna heterogenitas, perbedaan, pluralisme, dan acak, sedangkan pengertian bersama (*common*) mengandung makna keamanan, kebersamaan, kontrol, persamaan identitas. Oleh karena itu, dalam komunitas ada tindakan untuk mengeluarkan tiap orang yang "tidak sesuai". Publik dan Komunitas dapat bekerja sama untuk membuat satu bentuk manajemen ruang publik (*public space management*), yang bertujuan: (i) meningkatkan peranan kelompok lokal dan menggunakan kesamaan kedudukan (*equality*) mereka dalam hal tujuan penggunaan ruang publik, dan dilain pihak (ii) memastikan adanya prinsip publik dan demokrasi diterapkan dalam penggunaan tersebut.

Selanjutnya mengingat fasilitas yang dibahas dalam disertasi adalah sistem elektronik untuk menyelenggarakan layanan publik yang sebenarnya adalah kewajiban negara dan merupakan Barang Milik Negara/Daerah, maka perlu dilihat bagaimana ketentuan hukum yang telah ada mengaturnya, yakni PP No.6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah ("PP Barang Negara") yang merupakan pelaksanaan dari Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara ("UU Perbendaharaan Negara"),¹¹⁷ dimana Pengelola atau Penyelenggara Layanan Publik harus mematuhi ketentuan hukum yang diatur didalamnya.¹¹⁸ Secara garis besar, pokok-pokok dan mekanisme aturan tersebut dapat dilihat pada penjelasan umum dari PP Barang Negara tersebut.

Dalam rangka menjamin terlaksananya tertib administrasi dan tertib pengelolaan barang milik negara/daerah diperlukan adanya kesamaan persepsi dan langkah secara integral dan menyeluruh dari unsur-unsur yang terkait dalam pengelolaan barang milik negara/daerah. Pengelolaan barang milik negara/daerah sebagaimana diatur dalam PP ini harus dilaksanakan dengan memperhatikan asas-asas sebagai berikut:

¹¹⁷ Yang dimaksud dengan Perbendaharaan Negara adalah pengelolaan dan pertanggungjawaban keuangan negara, termasuk investasi dan kekayaan yang dipisahkan, yang ditetapkan dalam APBN dan APBD (Pasal 1 ayat (1) UU Perbendaharaan Negara)

¹¹⁸ Badan Layanan Umum adalah instansi di lingkungan Pemerintah yang dibentuk untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat berupa penyediaan barang dan/atau jasa yang dijual tanpa mengutamakan mencari keuntungan dan dalam melakukan kegiatannya didasarkan pada prinsip efisiensi dan produktivitas (Pasal 1 angka 23 UU Perbendaharaan Negara); lihat juga Perpres No.67 Tahun 2005 tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur yang telah diulas dalam sub bab sebelumnya.

- a. Asas fungsional, yaitu pengambilan keputusan dan pemecahan masalah-masalah di bidang pengelolaan barang milik negara/daerah yang dilaksanakan oleh kuasa pengguna barang, pengguna barang, pengelola barang dan gubernur/bupati/walikota sesuai fungsi, wewenang, dan tanggungjawab masing-masing;
- b. Asas kepastian hukum, yaitu pengelolaan barang milik negara/daerah harus dilaksanakan berdasarkan hukum dan peraturan perundangundangan;
- c. Asas transparansi, yaitu penyelenggaraan pengelolaan barang milik negara/daerah harus transparan terhadap hak masyarakat dalam memperoleh informasi yang benar.
- d. Asas efisiensi, yaitu pengelolaan barang milik negara/daerah diarahkan agar barang milik negara/daerah digunakan sesuai batasan-batasan standar kebutuhan yang diperlukan dalam rangka menunjang penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi pemerintahan secara optimal;
- e. Asas akuntabilitas, yaitu setiap kegiatan pengelolaan barang milik negara/daerah harus dapat dipertanggungjawabkan kepada rakyat;
- f. Asas kepastian nilai, yaitu pengelolaan barang milik negara/daerah harus didukung oleh adanya ketepatan jumlah dan nilai barang dalam rangka optimalisasi pemanfaatan dan pemindahtanganan barang milik negara/daerah serta penyusunan Neraca Pemerintah.

(garis bawah dari penulis)

Dalam PP Barang Negara dinyatakan bahwa Ruang Lingkup Barang Milik Negara/Daerah dan Pengelolaan Ruang lingkup barang milik negara/daerah dalam Peraturan Pemerintah ini mengacu pada pengertian barang milik negara/daerah berdasarkan rumusan dalam Pasal 1 angka 10 dan angka 11 UU Perbendaharaan Negara yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka (1) dan angka 2 PP Barang Negara. Atas dasar pengertian tersebut lingkup barang milik negara/daerah disamping berasal dari pembelian atau perolehan atas beban Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara/Daerah juga berasal dari perolehan lainnya yang sah. Barang milik negara/daerah yang berasal dari perolehan lainnya yang sah selanjutnya dalam Peraturan Pemerintah ini diperjelas lingkungnya yang meliputi barang yang diperoleh dari tukar menukar, hibah, sumbangan atau sejenisnya, yang diperoleh sebagai pelaksanaan perjanjian/kontrak berdasarkan ketentuan undang-undang atau diperoleh berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.

Pengaturan mengenai lingkup barang milik negara/daerah dalam PP ini dibatasi pada pengertian barang milik negara/daerah yang bersifat berwujud (tangible) sebagaimana dimaksud dalam Bab VII dalam Pasal 42 sampai dengan Pasal 49 UU Perbendaharaan Negara. Pengelolaan barang milik negara/daerah

dalam PP ini, meliputi perencanaan kebutuhan dan penganggaran, pengadaan, penggunaan, pemanfaatan, pengamanan dan pemeliharaan, penilaian, penghapusan, pemindahtanganan, penatausahaan, pembinaan, pengawasan dan pengendalian. Lingkup pengelolaan barang milik negara/daerah tersebut merupakan siklus logistik yang lebih terinci sebagai penjabaran dari siklus logistik sebagaimana yang diamanatkan dalam penjelasan Pasal 49 ayat (6) UU Perbendaharaan Negara, yang antara lain didasarkan pada pertimbangan perlunya penyesuaian terhadap siklus perbendaharaan.

Pada dasarnya barang milik negara/daerah digunakan untuk penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi kementerian negara/lembaga/satuan kerja perangkat daerah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 42 ayat (2) UU Perbendaharaan Negara. Terkait dengan hal tersebut, Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 6 ayat (1) UU Perbendaharaan Negara menetapkan bahwa menteri/pimpinan lembaga/kepala satuan kerja perangkat daerah adalah pengguna barang bagi kementerian negara/lembaga/satuan kerja perangkat daerah yang dipimpinnya.

Sebagai konsekuensi dari prinsip tersebut di atas, maka tanah dan/atau bangunan milik negara/daerah yang tidak dimanfaatkan untuk kepentingan penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi instansi yang bersangkutan wajib diserahkan pemanfaatannya kepada Menteri Keuangan/gubernur/bupati/walikota untuk kepentingan penyelenggaraan tugas pemerintahan negara/daerah sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 49 ayat (3) UU Perbendaharaan Negara dan Menteri Keuangan/gubernur/bupati/walikota melakukan pemanfaatan atas tanah dan/atau bangunan tersebut untuk:

- 1) digunakan oleh instansi lain yang memerlukan tanah/bangunan dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsinya melalui pengalihan status penggunaan;
- 2) dimanfaatkan, dalam bentuk sewa, kerja sama pemanfaatan, pinjam pakai, bangun guna serah dan bangun serah guna; atau
- 3) dipindahtanggankan, dalam bentuk penjualan, tukar menukar, hibah, penyertaan modal Pemerintah pusat/daerah.

Dalam Bab 2 PP Barang Negara ini juga diatur tentang pejabat yang melakukan pengelolaan barang milik negara/daerah. Dalam pengelolaan barang milik negara, Menteri Keuangan adalah pengelola barang, menteri/pimpinan

lembaga adalah pengguna barang, dan kepala kantor satuan kerja adalah kuasa pengguna barang (Pasal 4). Sedangkan dalam pengelolaan barang milik daerah, gubernur/bupati/walikota adalah pemegang kekuasaan pengelolaan barang milik daerah (Pasal 5), sekretaris daerah adalah pengelola barang, dan kepala satuan kerja perangkat daerah adalah pengguna barang. Dasar pengaturan mengenai wewenang dan tanggungjawab pejabat pengelolaan barang milik negara/daerah adalah sebagai berikut:

- 1) Menteri Keuangan selaku pengelola barang mempunyai fungsi yang mengacu pada ketentuan Pasal 7 ayat (2) huruf q, Pasal 42 ayat (1), Pasal 46 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004. Berdasarkan ketentuan pada pasal-pasal tersebut, fungsi Menteri Keuangan selain menyangkut fungsi pengaturan (*regelling*) juga melakukan fungsi pengelolaan atas barang milik negara khususnya tanah dan/atau bangunan, termasuk mengambil berbagai keputusan administratif (*beschikking*). Dalam kedudukannya sebagai pengelola barang, dan dihubungkan dengan amanat Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 17 tahun 2003 tentang Keuangan Negara, Menteri Keuangan juga berwenang mengajukan usul untuk memperoleh persetujuan DPR, baik dalam rangka pemindahtanganan barang milik negara berupa tanah dan/atau bangunan maupun pemindahtanganan barang milik negara selain tanah dan/atau bangunan yang nilainya di atas Rp100.000.000.000,00 (seratus miliar rupiah).
- 2) Menteri/pimpinan lembaga selaku pengguna barang mempunyai fungsi yang mengacu pada Pasal 9 huruf f Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 serta Pasal 4 huruf g dan huruf h, Pasal 42 ayat (2), dan Pasal 44 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004. Fungsi menteri/pimpinan lembaga selaku pengguna barang pada dasarnya menyangkut penggunaan barang milik negara yang ada dalam penguasaannya dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi kementerian negara/lembaga. Dalam melaksanakan fungsi dimaksud, menteri/pimpinan Lembaga berwenang menunjuk kuasa pengguna barang.
- 3) Gubernur/bupati/walikota selaku kepala Pemerintah daerah mempunyai fungsinya mengacu pada Pasal 5 huruf c, Pasal 43 ayat (1), Pasal 47 ayat (2), dan Pasal 49 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004. Gubernur/bupati/walikota selaku kepala Pemerintah daerah merupakan pemegang kekuasaan pengelolaan barang milik daerah yang teknis pengelolaannya dilaksanakan oleh:
 - a) sekretaris daerah sebagai pengelola barang atas dasar pertimbangan bahwa kepala satuan kerja pengelola keuangan daerah selaku bendahara umum daerah, fungsinya mengacu pada Pasal 9 ayat (2) huruf q dan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004, berkedudukan dibawah sekretaris daerah;
 - b) kepala satuan kerja perangkat daerah selaku pengguna barang, fungsinya mengacu pada Pasal 10 ayat (3) huruf f Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 serta Pasal 6 ayat (2) huruf f dan Pasal 43 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004.

Perencanaan kebutuhan barang milik negara/daerah harus mampu menghubungkan antara ketersediaan barang sebagai hasil dari pengadaan yang telah lalu dengan keadaan yang sedang berjalan sebagai dasar tindakan yang akan datang dalam rangka pencapaian efisiensi dan efektivitas pengelolaan barang milik negara/daerah. Hasil perencanaan kebutuhan tersebut merupakan salah satu dasar dalam penyusunan perencanaan anggaran pada kementerian/lembaga/satuan kerja perangkat daerah. Perencanaan anggaran yang mencerminkan kebutuhan riil barang milik negara/daerah pada kementerian/lembaga/satuan kerja perangkat daerah selanjutnya menentukan pencapaian tujuan pengadaan barang yang diperlukan dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi Pemerintah.

Pada dasarnya barang milik negara/daerah digunakan untuk penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi kementerian negara/lembaga/satuan kerja perangkat daerah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 42 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004. Oleh karena itu, sesuai Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 barang milik negara/daerah yang diperlukan bagi penyelenggaraan tugas pemerintahan negara/daerah tidak dapat dipindahtangankan. Dalam rangka menjamin tertib penggunaan, pengguna barang harus melaporkan kepada pengelola barang atas semua barang milik negara/daerah yang diperoleh kementerian/lembaga/satuan kerja perangkat daerah untuk ditetapkan status penggunaannya.

Penatausahaan¹¹⁹ barang milik negara/daerah meliputi pembukuan, inventarisasi,¹²⁰ dan pelaporan. barang milik negara/daerah yang berada di bawah penguasaan pengguna barang/kuasa pengguna barang harus dibukukan melalui proses pencatatan dalam (i) Daftar Barang Kuasa Pengguna oleh kuasa pengguna barang, (ii) Daftar Barang Pengguna oleh pengguna barang dan Daftar Barang Milik Negara/Daerah oleh pengelola barang. Proses inventarisasi, baik berupa pendataan, pencatatan, dan pelaporan hasil pendataan barang milik negara/daerah merupakan bagian dari penatausahaan. Hasil dari proses pembukuan dan inventarisasi diperlukan dalam melaksanakan proses pelaporan barang milik negara/daerah yang dilakukan oleh kuasa pengguna barang, pengguna barang, dan

¹¹⁹ Penatausahaan adalah rangkaian kegiatan yang meliputi pembukuan, inventarisasi, dan pelaporan barang milik negara/daerah sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

¹²⁰ Inventarisasi adalah kegiatan untuk melakukan pendataan, pencatatan, dan pelaporan hasil pendataan barang milik negara/daerah.

pengelola barang. Hasil penatausahaan barang milik negara/daerah digunakan dalam rangka: (i) penyusunan neraca Pemerintah pusat/daerah setiap tahun; (ii) perencanaan kebutuhan pengadaan dan pemeliharaan barang milik negara/daerah setiap tahun untuk digunakan sebagai bahan penyusunan rencana anggaran; dan (iii) pengamanan administratif terhadap barang milik negara/daerah.

Pengamanan administrasi yang ditunjang oleh pengamanan fisik dan pengamanan hukum atas barang milik negara/daerah merupakan bagian penting dari pengelolaan barang milik negara/daerah. Kuasa pengguna barang, pengguna barang dan pengelola barang memiliki wewenang dan tanggung jawab dalam menjamin keamanan barang milik negara/daerah yang berada di bawah penguasaannya dalam rangka menjamin pelaksanaan tugas pokok dan fungsi Pemerintah.

Penilaian barang milik negara/daerah diperlukan dalam rangka mendapatkan nilai wajar sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Nilai wajar atas barang milik negara/daerah yang diperoleh dari penilaian ini merupakan unsur penting dalam rangka penyusunan neraca Pemerintah, pemanfaatan dan pemindahtanganan barang milik negara/daerah.

Barang milik negara/daerah dapat dimanfaatkan atau dipindahtangankan apabila tidak digunakan untuk penyelenggaraan pemerintahan negara/daerah. Dalam konteks pemanfaatan tidak terjadi adanya peralihan kepemilikan dari Pemerintah kepada pihak lain. Sedangkan dalam konteks pemindahtanganan akan terjadi peralihan kepemilikan atas barang milik negara/daerah dari Pemerintah kepada pihak lain. Tanah dan/atau bangunan yang tidak dipergunakan sesuai tugas pokok dan fungsi instansi pengguna barang harus diserahkan kepada Menteri Keuangan selaku pengelola barang untuk barang milik negara, atau gubernur/bupati/walikota selaku pemegang kekuasaan pengelolaan barang milik daerah untuk barang milik daerah. Penyerahan kembali barang milik negara/daerah tersebut dilakukan dengan memperhatikan kondisi status tanah dan/atau bangunan, apakah telah bersertifikat (baik dalam kondisi bermasalah maupun tidak bermasalah) atau tidak bersertifikat (baik dalam kondisi bermasalah maupun tidak bermasalah). Barang milik negara/daerah berupa tanah dan/atau bangunan yang telah diserahkan tersebut selanjutnya didayagunakan untuk

penyelenggaraan pemerintahan negara, yang meliputi (i) Fungsi Pelayanan dan (ii) Fungsi Budgeter.

Dalam Fungsi pelayanan, fungsi ini direalisasikan melalui pengalihan status penggunaan, di mana barang milik negara/daerah dialihkan penggunaannya kepada instansi pemerintah lainnya untuk digunakan dalam rangka memenuhi kebutuhan organisasi sesuai dengan tugas pokok dan fungsinya, sedangkan dalam Fungsi budgeter, Fungsi ini direalisasikan melalui Pemanfaatan¹²¹ dan Pemindahtanganan.¹²² Pemanfaatan yang dimaksud dapat dilakukan dalam bentuk Sewa,¹²³ Kerjasama Pemanfaatan,¹²⁴ Pinjam Pakai,¹²⁵ Bangun Guna Serah¹²⁶ dan Bangun Serah Guna,¹²⁷ sedangkan Pemindahtanganan dilakukan dalam bentuk Penjualan,¹²⁸ Tukar menukar,¹²⁹ Hibah,¹³⁰ dan Penyertaan modal negara/daerah.¹³¹

¹²¹ Pemanfaatan adalah pendayagunaan barang milik negara/daerah yang tidak dipergunakan sesuai dengan tugas pokok dan fungsi kementerian/lembaga/satuan kerja perangkat daerah, dalam bentuk sewa, pinjam pakai, kerjasama pemanfaatan, dan bangun serah guna/bangun guna serah dengan tidak mengubah status kepemilikan.

¹²² Pemindah tangan adalah pengalihan kepemilikan barang milik negara/daerah sebagai tindak lanjut dari penghapusan dengan cara dijual, dipertukarkan, dihibahkan atau disertakan sebagai modal pemerintah.

¹²³ Sewa adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah oleh pihak lain dalam jangka waktu tertentu dan menerima imbalan uang tunai.

¹²⁴ Kerjasama pemanfaatan adalah pendayagunaan barang milik negara/daerah oleh pihak lain dalam jangka waktu tertentu dalam rangka peningkatan penerimaan negara bukan pajak/pendapatan daerah dan sumber pembiayaan lainnya.

¹²⁵ Pinjam pakai adalah penyerahan penggunaan barang antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah dan antar pemerintah daerah dalam jangka waktu tertentu tanpa menerima imbalan dan setelah jangka waktu tersebut berakhir diserahkan kembali kepada pengelola barang.

¹²⁶ Bangun guna serah adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.

¹²⁷ Bangun serah guna adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, dan setelah selesai pembangunannya diserahkan untuk didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang disepakati.

¹²⁸ Penjualan adalah pengalihan kepemilikan barang milik negara/daerah kepada pihak lain dengan menerima penggantian dalam bentuk uang

¹²⁹ Tukar-menukar adalah pengalihan kepemilikan barang milik negara/daerah yang dilakukan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah, antar pemerintah daerah, atau antara pemerintah pusat/pemerintah daerah dengan pihak lain, dengan menerima penggantian dalam bentuk barang, sekurang-kurangnya dengan nilai seimbang.

¹³⁰ Hibah adalah pengalihan kepemilikan barang dari pemerintah pusat kepada pemerintah daerah, dari pemerintah daerah kepada pemerintah pusat, antar pemerintah daerah, atau dari pemerintah pusat/pemerintah daerah kepada pihak lain, tanpa memperoleh penggantian.

¹³¹ Penyertaan modal pemerintah pusat/daerah adalah pengalihan kepemilikan barang milik negara/daerah yang semula merupakan kekayaan yang tidak dipisahkan menjadi kekayaan yang dipisahkan untuk diperhitungkan sebagai modal/saham negara atau daerah pada badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan hukum lainnya yang dimiliki negara.

Kewenangan pelaksanaan pemanfaatan atau pemindahtanganan tanah dan/atau bangunan pada barang milik negara prinsipnya dilakukan oleh pengelola barang, sedangkan untuk barang milik daerah dilakukan oleh gubernur/bupati/walikota, kecuali untuk hal-hal sebagai berikut: (1) Pemanfaatan tanah dan/atau bangunan untuk memperoleh fasilitas yang diperlukan dalam rangka menunjang tugas pokok dan fungsi instansi pengguna dan berada di dalam lingkungan instansi pengguna, contohnya: kantin, bank dan koperasi; (2) Pemindahtanganan dalam bentuk tukar-menukar berupa tanah dan/atau bangunan yang masih digunakan untuk tugas pokok dan fungsi namun tidak sesuai dengan tata ruang wilayah atau penataan kota; (3) Pemindahtanganan dalam bentuk penyertaan modal Pemerintah pusat/daerah berupa tanah dan/atau bangunan yang sejak awal pengadaannya sesuai dokumen penganggaran diperuntukkan bagi badan usaha milik negara/daerah atau badan hukum lainnya yang dimiliki negara. Pengecualian tersebut, untuk barang milik negara dilakukan oleh pengguna barang dengan persetujuan pengelola barang, sedangkan untuk barang milik daerah dilakukan oleh pengelola barang dengan persetujuan gubernur/bupati/walikota.

Dari pemaparan tentang Perpres KPS dan PP Barang Milik Negara tersebut di atas, maka dengan membandingkan rekomendasi dan ketentuan berdasarkan UNCITRAL tentang *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* tersebut, terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan antara lain sebagai berikut:

- a Secara umum, terkait dengan prinsip Transparansi, Keadilan atau Keseimbangan (*fairness*), Perpres KPS dan PP Barang Milik Negara telah mengakomodir hal tersebut. Namun, terhadap kerjasama jangka panjang yang saling menguntungkan dan berkelanjutan (*longterm sustainability of projects*) tampaknya hal tersebut belum terakomodir dengan baik secara detail dalam Perpres dan PP tersebut.
- b Bahwa dalam rekomendasi UNCITRAL proses perencanaan, persiapan, pelaksanaan, dan pengawasan serta pendanaan dari proyek infrastruktur antara Pemerintah dan swasta telah cukup diatur secara detail dan menyeluruh, sementara Perpres KPS belum mengakomodir seluruhnya.

- c. Bahwa perjanjian KPS dalam Perpres 67/2005 dan PP 6/2006 tidak diatur secara detail tentang kelengkapan-kelengkapan yang harus diperhatikan dalam membuat perjanjian proyek infrastruktur tersebut, antara lain :
- (i). pengaturan tentang situasi eksepsional, dimana tidak bisa dilakukan prosedur kompetitif, belum teruraikan secara jelas;
 - (ii). jika terjadi terminasi dari perjanjian, perpres 67/2005 belum mengatur secara tegas dalam hal apa pihak otoritas publik/Pemerintah dan/atau pihak swasta diperbolehkan melakukan terminasi tersebut dan apa konsekuensi hukumnya agar ada kepastian perlindungan investasi dan perlindungan kepentingan publik.
 - (iii). tentang pengaturan *setting up* konsorsium (hak untuk membuat konsorsium) bagi pihak privat yang mendapatkan hak konsesional dari otoritas publik, dalam rekomendasi UNCITRAL perlu diatur secara tegas tentang hak dari konsesional untuk mengatur (mengeluarkan aturan) penggunaan fasilitas dan subyek dari perjanjian berikut kejelasan pembentukan dan tanggungjawab masing-masing pihak dalam konsorsium serta kontribusinya dalam penawaran.
 - (iv). tentang hak dan kewenangan otoritas publik untuk meninjau kembali dan/atau menyetujui kontrak untuk dimasukkan kedalam konsesional kecuali bila berlawanan dengan kepentingan publik
 - (v). tentang kejelasan hak otoritas publik untuk mengambil alih sementara pengoperasian fasilitas untuk tujuan kepastian efektifitas pelaksanaan pelayanan publik. Khususnya, jika terjadi situasi yang serius dimana konsesional gagal untuk melaksanakan kewajibannya.
 - (vi). kejelasan aspek finansial, khususnya tentang pendanaan (apakah diperlukan jaminan obligasi Pemerintah ataukah cukup investasi swasta secara menyeluruh) dan pengelolaan penerimaan serta jaminan penyelenggaraan, berikut kejelasan kriteria untuk evaluasi dan perbandingan dari proposal finansial dan kepentingan

komersial yang harus mempertimbangkan perkembangan nilai kini dan nilai mendatang (amortisasi) yang tercermin dengan kejelasan *business plan* atau *financial plan* yang baik (antara lain mencakup; kewajiban retribusi, tahapan pembayaran, harga unit, periode konsesi yang diusulkan; biaya desain dan konstruksi, biaya biaya modal, operasi dan perawatan yang harus memperhitungkan keterbatasan keuangan Pemerintah);

- (vii). kejelasan transfer teknologi, termasuk kepemilikan hak intelektual, berikut pelatihan dan perawatan.

Ringkasnya, dari penjelasan tersebut, dapat dilihat beberapa rekomendasi pada UNCITRAL yang tampaknya cukup esensial namun belum diakomodir secara detil dalam Perpres KPS dan PP Barang Negara, yaitu:

1. Rekomendasi No.16 mengenai pemberian izin kepada penawar untuk melakukan pembentukan konsorsium;
2. Rekomendasi No.23 mengenai kriteria untuk evaluasi dan perbandingan dari proposal finansial dan komersial;
3. Rekomendasi No.42 mengenai hak yang dimiliki oleh otoritas kontrak untuk meminta penawar yang terpilih untuk membuat entitas hukum yang dengan kedudukan hukum di negara yang bersangkutan;
4. Rekomendasi No.43 mengenai mengenai modal minimum dari pihak swasta untuk dapat melakukan kerjasama dengan pihak publik atau Pemerintah;
5. Rekomendasi No.60 pengaturan hubungan proyek kerjasama Pemerintah dan swasta dengan kreditur;
6. Rekomendasi No.68 mengenai transfer teknologi dan pelatihan bagi personel yang harus dilakukan oleh pihak swasta kepada pihak publik secara keberlanjutan dan selayaknya merupakan satu kesatuan dengan *transfer of assets*.

Selanjutnya, terkait dengan mekanisme pengaturan dalam PP Barang Negara tersebut, maka dalam konteks sistem elektronik untuk layanan publik yang

sebenarnya juga mengelola barang milik negara (sarana dan segala peralatannya), maka pengelola harus memperhatikan betul bagaimana status terhadap Barang Negara tersebut berikut mekanisme pemanfaatannya serta pengalihannya, apakah dapat dipindahtangankan terlebih dahulu sebagai milik publik (contoh: *Build-Owned-Operation*) atukah baru dipindahkan kemudian setelah waktu tertentu (contoh: pola *Build-Operation-Transfer*). Meski secara naturalia siapa yang mengeluarkan uang adalah menjadi pemiliknya, namun karena dari awal sudah diperuntukkan demi kepentingan umum, maka selayaknya harus dipastikan terlebih dahulu bahwa itu adalah milik Pemerintah atau milik publik yang baru kemudian secara bersama-sama dikelola dengan pihak swasta. Secara logis hal tersebut harus dinyatakan secara jelas dalam Perjanjian Kerjasama Pemerintah-Swasta, format perjanjian tersebut adalah khusus berlaku untuk kontrak Pemerintah (*government contract*), yang sedari awal kepemilikan atas Barang Negara tersebut, adalah ditujukan untuk menjadi milik negara.

Selain konsep kepemilikan (*property*) dan pemanfaatan (*utility*) atas barang pribadi (*private property*) dan konsep kepemilikan dan pemanfaatan atas barang umum (*public property*), dalam prakteknya telah berkembang juga konsep kepemilikan secara bersama (*mixing-properties*) oleh Pemerintah dan swasta terhadap barang publik yang terwujud dalam suatu penyelenggaraan infrastruktur demi kepentingan umum atau demi hajat hidup orang banyak. Konsep kebendaan atau '*property*' yang dahulu lebih banyak ditentukan atas dasar penguasaan (*possession*) dan kepemilikan (*ownership*) serta pertanggung-jawaban (*responsibilities*) atas suatu pemanfaatan/penggunaan benda tertentu, dalam perkembangannya sekarang ini secara tidak langsung telah diperkaya dengan konsep kebendaan (terhadap suatu infrastruktur) yang harus mempertimbangkan bagaimana struktur kebendaan dan pemanfaatannya, bagaimana pengalokasiannya dan bagaimana penegakan hukumnya. Hal tersebut diwadahi dalam suatu perjanjian kerjasama pembangunan suatu konstruksi infrastruktur yang harus lebih banyak merepresentasikan kepentingan publik ketimbang kepentingan komersial dalam kelancaran penyelenggaraan infrastruktur tersebut. Selanjutnya, pola pikir itulah yang selayaknya menjadi dasar/pijakan untuk melihat tanggungjawab hukum penyelenggara (Pemerintah dan/atau swasta) dalam pembangunan dan

penyelenggaraan sistem elektronik untuk memberikan pelayanan publik dalam konteks suatu negara hukum modern.

Dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik, khususnya tentang penyelenggaraan sistem Nama Domain, konsep *mixing properties* secara tidak langsung juga masih merupakan diskusi yang belum selesai. Di Amerika Serikat, penyelenggaraan nama domain tingkat tinggi generic (*generic Top Level Domain/g-TLD*), dewasa ini tengah dikelola secara *Private-Commons*, dimana penyelenggaraan nama domain dilakukan oleh perusahaan Amerika Serikat *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) yang dibentuk untuk mengurus kepentingan komunitas Internet. Sementara di Indonesia, penyelenggaraan sistem nama domain tingkat tinggi kode negara (*country code Top Level Domain/cc-TLD*) dikelola secara *Public-Commons*, yakni dikelola oleh komunitas dibawah tanggung jawab Pemerintah, melalui perhimpunan masyarakat Pengelola Nama Domain Internet Indonesia (PANDI). Permasalahan pengelolaan nama domain cc-TLD sempat mengemuka pada saat terjadinya perselisihan antara pengelola pribadi ID.NIC yang mendapatkan kepercayaan dari *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) dengan Asosiasi Penyelenggara Jasa Internet Indonesia (APJII) yang juga merasa berhak atas pengelolaan nama domain, sehingga Pemerintah terpaksa mengambil alih pengelolaan tersebut demi kepentingan umum agar pelayanan publik pendaftaran nama domain tetap terselenggara sebagaimana mestinya.

B. Perkembangan Teori *Good Governance* dalam Hukum Korporasi.

Sehubungan dengan keikutsertaan pihak swasta yang bekerjasama dengan Pemerintah dalam penyelenggaraan pelayanan publik, maka penting untuk dilihat bagaimanakah tata kelola yang baik dalam konteks korporasi agar pelayanan publik tidak menjadi dikorbankan oleh sifat dasar perusahaan yakni mencari keuntungan semaksimal mungkin.

Dalam pembicaraan tentang *Good Governance* pada bidang Korporasi (*good corporate governance/GCG*), menurut Mas Achmad Daniri, terdapat dua

teori utama yang terkait yakni *Stewardship Theory* dan *Agency Theory*.¹³² *Stewardship Theory* dibangun di atas filosofis mengenai sifat manusia bahwa manusia pada hakekatnya dapat dipercaya, mampu bertindak dengan penuh tanggungjawab memiliki integritas dan kejujuran terhadap pihak lain, sedangkan *Agency Theory* yang dikembangkan oleh Michael Johnson, seorang profesor Harvard, memandang bahwa manajemen perusahaan sebagai 'agents' bagi para pemegang saham akan bertindak dengan penuh kesadaran bagi kepentingannya sendiri bukan sebagai pihak yang arif dan bijaksana serta adil terhadap pemegang saham sebagaimana diasumsikan dalam *stewardship theory*.¹³³

Dalam perkembangannya, *agency theory* mendapat respons lebih luas karena dipandang mencerminkan kenyataan yang ada. Berbagai pemikiran Good Corporate Governance ("GCG") berkembang dan bertumpu pada teori ini, dimana pengelolaan perusahaan harus diawasi dan dikendalikan untuk memastikan bahwa pengelolaan dilakukan dengan penuh kepatuhan kepada berbagai peraturan dan ketentuan yang berlaku.¹³⁴

Sebagai sebuah konsep yang kian populer, GCG tak memiliki definisi tunggal. Menurut Komite Cadbury, GCG adalah prinsip yang mengarahkan dan mengendalikan perusahaan agar mencapai keseimbangan antara kekuatan serta kewenangan perusahaan dalam memberikan pertanggungjawabannya kepada *shareholder* khususnya dan *stakeholder* pada umumnya. Sementara, menurut Center for European Policy Studies, GCG merupakan seluruh sistem yang dibentuk mulai dari hak (rights) -- hak seluruh stakeholder--, proses (yakni mekanisme hak-hak) serta pengendalian baik yang ada didalam maupun di luar manajemen perusahaan.¹³⁵

Selain itu, menurut OECD¹³⁶, GCG adalah cara manajemen perusahaan bertanggungjawab pada *shareholder*-nya. Pengambilan keputusan haruslah dapat

¹³² Daniri., *op.cit.*, 9.

¹³³ Ibid

¹³⁴ Ibid

¹³⁵ Ibid

¹³⁶ Herbert V. Morais, "The Quest For International Standards: Global Governance Vs. Sovereignty.," *University of Kansas Law Review*, May, 2002, 50 U. Kan. L. Rev. 779. [*The Principles are divided into five main categories: (i) the rights of shareholders; (ii) the equitable treatment of shareholders, including the protection of the rights of minority and foreign shareholders, with full disclosure of material information and the prohibition of insider trading*

dipertanggungjawabkan dan mampu memberikan nilai tambah bagi shareholder. Fokus utamanya adalah proses pengambilan keputusan yang mengandung nilai-nilai *Transparency, Responsibility, Accountability dan Fairness*. Sementara menurut Asean Development Bank (“ADB”), GCG merupakan suatu proses serta struktur yang digunakan untuk mengarahkan sekaligus mengelola bisnis dan urusan perusahaan ke arah peningkatan pertumbuhan bisnis dan akuntabilitas perusahaan.¹³⁷ Dengan memperhatikan pemikiran tersebut diatas, maka paling tidak ditemukan ada lima prinsip dasar, yaitu *Transparency, Accountability, Responsibility, Independency dan Fairness* (TARIF).

Dalam makna *Transparency* (Keterbukaan Informasi) dapat diartikan sebagai keterbukaan informasi baik dalam proses pengambilan keputusan maupun dalam mengungkapkan informasi material dan relevan mengenai perusahaan. Menurut peraturan di pasar modal Indonesia, yang dimaksud informasi material dan relevan adalah informasi yang dapat mempengaruhi secara signifikan resiko serta prospek usaha perusahaan yang bersangkutan. Dalam mewujudkan transparansi ini sendiri, perusahaan harus menyediakan informasi yang cukup, akurat dan tepat waktu kepada berbagai pihak yang berkepentingan dengan perusahaan tersebut. Beberapa manfaat dari penerapan prinsip ini adalah stakeholder dapat mengetahui resiko yang mungkin terjadi dalam melakukan transaksi dengan perusahaan. Kemudian, dengan adanya informasi kinerja perusahaan yang diungkap secara akurat, tepat waktu, jelas, konsisten, dan dapat diperbandingkan, maka dimungkinkan terjadinya efisiensi pasar. Selanjutnya, jika prinsip transparansi dilaksanakan dengan baik dan tepat, akan dimungkinkan

and self-dealing; (iii) the role of stakeholders in corporate governance; (iv) timely and accurate disclosure and transparency on all material corporate matters including a corporation's financial situation, performance, ownership and governance; and (v) the responsibilities of the board of directors, covering both effective monitoring of management and board accountability to the company and the shareholders. The Principles are non-binding and somewhat general in formulation, and do not set out detailed prescriptions for national legislation. Indeed, the Principles explicitly recognize the right of governments and member participants to decide how to apply the Principles in developing their own frameworks for corporate governance, taking into account the costs and benefits of regulation and the special circumstances of each country or corporation].

¹³⁷ Ibid.

terhindarnya benturan kepentingan (*conflict of interest*) berbagai pihak dalam manajemen.¹³⁸

Sementara dalam makna *Accountability* (Akuntabilitas) adalah mencakup kejelasan fungsi, struktur, system dan pertanggungjawaban organ perusahaan sehingga pengelolaan perusahaan terlaksana secara efektif. Adapun beberapa bentuk implementasi dari prinsip *accountability* antara lain: (i) Praktek Audit Internal yang efektif, serta (ii) Kejelasan fungsi, hak, kewajiban, wewenang, dan tanggungjawab dalam anggaran dasar perusahaan dan *Statement of Corporate Intent* (Target Pencapaian Perusahaan di masa depan). Bila prinsip *accountability* ini diterapkan secara efektif, maka ada kejelasan fungsi, hak, kewajiban, wewenang, dan tanggungjawab antara pemegang saham, dewan Komisaris dan Direksi. Dengan adanya kejelasan inilah maka perusahaan akan terhindar dari kondisi *agency problem* (benturan kepentingan peran).¹³⁹ Dalam makna *Responsibilitas* (Pertanggungjawaban), adalah kesesuaian (kepatuhan) di dalam pengelolaan perusahaan terhadap prinsip korporasi yang sehat serta peraturan perundangan yang berlaku. Peraturan yang berlaku di sini termasuk yang berkaitan dengan masalah pajak, hubungan industrial, perlindungan lingkungan hidup, kesehatan/keselamatan kerja, standar penggajian dan persaingan sehat. Contoh : Kebijakan sebuah perusahaan untuk mendapat sertifikat 'HALAL'. Penerapan prinsip ini diharapkan membuat perusahaan menyadari bahwa dalam kegiatan operasionalnya seringkali ia menghasilkan eksternalitas (dampak luar kegiatan perusahaan) negatif yang harus ditanggung oleh masyarakat. Selain itu, prinsip *responsibility* ini juga diharapkan membantu peran Pemerintah dalam mengurangi kesenjangan pendapatan dan kesempatan kerja pada segmen masyarakat yang belum mendapatkan manfaat dari mekanisme pasar.¹⁴⁰

Berikutnya, dalam makna *Independency* (Kemandirian) terkandung suatu keadaan di mana perusahaan dikelola secara profesional tanpa benturan kepentingan dan pengaruh/tekanan dari pihak manapun yang tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan prinsip-prinsip korporasi yang sehat. *Independensi* adalah penting dalam proses pengambilan keputusan, dimana

¹³⁸ Daniri, *Op.cit.*, 9

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

untuk meningkatkan independensi dalam pengambilan keputusan bisnis, perusahaan hendaknya mengembangkan beberapa aturan, pedoman, dan praktek di tingkat *corporate board*, terutama di tingkat Dewan Komisaris dan Direksi yang oleh undang-undang didaulat untuk mengurus perusahaan dengan sebaik-baiknya.¹⁴¹

Akhirnya, dalam makna *Fairness* (Kesetaraan dan Kewajaran) terkandung Kesetaraan dan kewajaran bisa didefinisikan sebagai perlakuan yang adil dan setara di dalam memenuhi hak-hak stakeholder yang timbul berdasarkan perjanjian serta peraturan perundangan yang berlaku. *Fairness* juga mencakup adanya kejelasan hak-hak pemodal, sistem hukum dan penegakan peraturan untuk melindungi hak-hak investor-khususnya pemegang saham minoritas dari berbagai bentuk kecurangan seperti *insider trading* (transaksi yang melibatkan informasi orang dalam), *fraud* (penipuan), dilusi saham (nilai perusahaan berkurang), KKN, atau keputusan-keputusan yang dapat merugikan seperti pembelian kembali saham yang telah dikeluarkan, penerbitan saham baru, merger, akuisisi, atau pengambilalihan perusahaan lain. Dengan prinsip *Fairness* diharapkan juga membuat seluruh aset perusahaan dikelola secara baik dan *prudent* (hati-hati), sehingga perlindungan kepentingan pemegang saham secara fair (jujur dan adil). *Fairness* juga diharapkan memberi perlindungan kepada perusahaan terhadap praktek korporasi yang merugikan, namun *fairness* memerlukan syarat agar bisa diberlakukan secara efektif, yaitu berupa peraturan dan perundang-undangan yang jelas, tegas, konsisten dan dapat ditegakkan secara efektif. Hal ini penting karena akan menjadi penjamin adanya perlindungan atas hak-hak pemegang saham manapun, tanpa pengecualian. Peraturan perundang-undangan ini harus dirancang sedemikian rupa sehingga dapat menghindari penyalahgunaan lembaga peradilan (*litigation abuse*).¹⁴²

Selanjutnya, prinsip-prinsip tersebut di atas diterjemahkan ke dalam enam aspek yang dijabarkan oleh OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*) sebagai pedoman pengembangan kerangka kerja legal, institusional, dan regulatori untuk *corporate governance* di suatu negara. Keenam

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

aspek itu adalah: (i) Memastikan adanya basis yang efektif untuk kerangka kerja *corporate governance*; (ii) Hak-hak pemegang saham dan fungsi kepemilikan; (iii) Perlakuan setara terhadap seluruh pemegang saham; (iv) Peran *stakeholders* dalam *corporate governance*; (v) Disklosur dan transparansi; dan (vi) Tanggungjawab pengurus perusahaan (*Corporate Boards*).¹⁴³

Dari kesemua hal itu, menurut Mas Achmad Daniri, esensi dari *corporate governance* adalah peningkatan kinerja perusahaan melalui supervisi atau pemantauan kinerja manajemen dan adanya akuntabilitas manajemen terhadap pemangku kepentingan lainnya, berdasarkan kerangka aturan dan peraturan yang berlaku. GCG memberikan kerangka acuan yang memungkinkan pengawasan berjalan efektif sehingga tercipta mekanisme *checks and balances* di perusahaan. Penerapan prinsip dan praktek GCG akan dapat meningkatkan keyakinan investor domestik terhadap perusahaan meskipun perusahaan tidak bergantung pada sumber daya dan modal asing. Selain itu, manfaat GCG lainnya antara lain: (i) Mengurangi *agency cost*, yaitu suatu biaya yang harus ditanggung pemegang saham sebagai akibat pendelegasian wewenang kepada pihak manajemen; (ii) Mengurangi biaya modal (*cost of capital*); (iii) Meningkatkan nilai saham perusahaan sekaligus dapat meningkatkan citra perusahaan di mata public dalam jangka panjang; dan (iv) Menciptakan dukungan para *stakeholder* (para pemangku kepentingan) dalam lingkungan perusahaan tersebut terhadap keberadaan perusahaan dan berbagai strategi dan kebijakan yang ditempuh perusahaan. Ringkasnya, manfaat GCG ini bukan hanya untuk saat ini, tetapi juga dalam jangka panjang dapat menjadi pilar utama pendukung tumbuh kembangnya perusahaan sekaligus pilar pemenang era persaingan global.¹⁴⁴

Terkait dengan penerapan GCG, diketahui paling tidak adanya dua faktor yang memegang peranan terhadap keberhasilan penerapan GCG, yaitu: (i) Faktor Eksternal dan (ii) faktor internal. Pada faktor eksternal adalah mencakup berbagai faktor yang berasal dari luar perusahaan yang sangat mempengaruhi keberhasilan penerapan GCG, antara lain: (i) Terdapatnya sistem hukum yang baik sehingga mampu menjamin berlakunya supremasi hukum yang konsisten dan efektif; (ii)

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

Adanya dukungan pelaksanaan GCG dari sector public/ lembaga pemerintahan yang diharapkan dapat pula melaksanakan *Good Governance* dan *Clean Government* menuju *Good Government Governance* yang sebenarnya; (iii) Terdapat *benchmark* atau acuan atas pelaksanaan GCG yang tepat (*best practises*) yang dapat menjadi standar pelaksanaan GCG yang efektif dan professional; (iv) Terbangunnya sistem tata nilai sosial yang mendukung penerapan GCG di masyarakat; dan (v) faktor yang tidak kalah pentingnya adalah adanya semangat anti korupsi yang berkembang di lingkungan publik di mana perusahaan beroperasi disertai perbaikan masalah kualitas pendidikan dan perluasan peluang kerja.

Sedangkan untuk Faktor Internal adalah pendorong keberhasilan pelaksanaan praktek GCG yang berasal dari dalam perusahaan, antara lain: (i) Terdapatnya budaya perusahaan (*corporate culture*) yang mendukung penerapan GCG dalam mekanisme serta system kerja manajemen di perusahaan; (ii) Adanya berbagai peraturan dan kebijakan yang dikeluarkan perusahaan mengacu pada penerapan nilai-nilai GCG; (iii) Adanya manajemen pengendalian resiko perusahaan juga didasarkan pada kaidah-kaidah standar GCG; (iv) Terdapatnya sistem audit yang efektif dalam perusahaan untuk menghindari setiap penyimpangan yang mungkin terjadi; dan (v) Adanya keterbukaan informasi bagi publik untuk mampu memahami setiap gerak dan langkah manajemen dalam perusahaan sehingga kalangan public dapat memahami dan mengikuti setiap derap langkah perkembangan dan dinamika perusahaan dari waktu ke waktu.

Selain dari kedua faktor di atas, aspek lain yang paling strategis dalam mendukung penerapan GCG secara efektif adalah kualitas, *skill*, kredibilitas dan integritas berbagai pihak yang menggerakkan perusahaan.

Sehubungan dengan itu patut diambil pelajaran apa yang terjadi dengan kasus skandal keuangan Enron yang mengguncang AS. Sebelumnya Enron adalah perusahaan raksasa energi yang memiliki peringkat 7 dalam *Fortune 500*. Enron dipandang sukses dari sekadar perusahaan pipanisasi gas alam di Negara bagian Texas pada tahun 1985 menjadi raksasa global dalam beberapa tahun terakhir. Dengan menggunakan internet, divisi e-commerce Enron memperluas wilayah bisnisnya. Konsep bisnisnya yang visioner dan futuristic membuatnya menjadi

bluechip di lantai bursa Wall Street. Namun pada Oktober 2001, Enron melaporkan kerugian ratusan juta dolar pada Wall Street yang mengakibatkan milyaran dolar investasi para pemegang saham menguap. Hal ini mengejutkan karena selama empat tahun berturut-turut, Enron selalu melaporkan keuntungannya. Kemudian *Securities Exchange Commission* (SEC), badan pengawas pasar modal AS mulai melakukan penyelidikan. Kemudian pada tanggal 8 November 2001, di mana Enron mengakui bahwa keuntungannya selama ini adalah fiktif belaka. Enron merevisi laporan keuangan lima tahun terakhir dan membukukan kerugian sebesar US\$ 586 juta serta tambahan catatan hutang sebesar US\$2,5 miliar. Selama empat tahun terakhir, CEO Enron, Kenneth L. Lay sendiri diperkirakan meraup untung US\$ 205 juta dari penjualan sahamnya. Dalam kurun waktu yang sama ia membujuk karyawan dan para investornya untuk membeli saham Enron. Bahkan pada 26 September 2001, ketika harga saham Enron jatuh, Ken Lay masih mencoba menghibur karyawannya untuk tidak menjual saham dan mengatakan dalam e-mailnya bahwa perusahaan dalam kondisi sehat secara keuangan. Namun hanya beberapa pekan kemudian, Enron melaporkan kerugian yang bermuara pada kebangkrutannya.¹⁴⁵

Satu catatan penting dari semua paparan tersebut di atas adalah, *Good Corporate Governance* ternyata telah menjadi sebuah istilah dan gerakan yang hangat dibicarakan dalam 10 tahun terakhir ini. Tidak dapat dipungkiri institusi-institusi seperti World bank, IMF, OECD, APEC, dan ADB turut mendorong tuntutan penerapan GCG secara konsisten dan komprehensif di berbagai perusahaan, khususnya setelah krisis Asia dan *collapsenya* beberapa perusahaan raksasa di Amerika Serikat dan Eropa di penghujung tahun 1990-an dan awal tahun 2000-an. Hingga saat ini istilah GCG itu sendiri belum mendapatkan padanan yang tepat dalam Bahasa Indonesia. Banyak perusahaan tetap menggunakan istilah GCG. Dalam buku ini promovendus setuju dengan ungkapan Mas Achmad Daniri yang menggunakan istilah GCG sebagai: Suatu pola hubungan, system, dan proses yang digunakan oleh organ perusahaan (direksi, Dewan Komisaris, dan RUPS) guna memberikan nilai tambah kepada pemegang saham secara berkesinambungan dalam jangka panjang, dengan tetap

¹⁴⁵ Ibid.

memperhatikan para stakeholder lainnya, berlandaskan peraturan perundangan dan norma yang berlaku. Penerapan GCG mengandung banyak manfaat antara lain adalah mengurangi *agency cost*, biaya yang harus ditanggung pemegang saham akibat pendelegasian wewenangnya kepada manajemen, menurunkan *cost of capital* sebagai dampak dikelolanya perusahaan secara sehat dan bertanggungjawab, meningkatkan nilai saham perusahaan dan menciptakan dukungan stakeholder terhadap perusahaan (*license to operate*).

Dengan melihat keberadaan prinsip-prinsip tata kelola yang baik “*good governance*” baik dalam perusahaan (*good corporate governance*) maupun dalam pemerintahan (*good governance*), terlihat dengan jelas bahwa esensi dari konsep tata kelola yang baik, sebenarnya adalah dengan melihat bagaimana harmonisasi kepentingan-kepentingan para pihak atau para pemangku kepentingan (*stakeholders*) yang terkait dengan sistem itu sendiri agar dapat diharmonisasikan dalam suatu proses pengambilan keputusan berikut pengimplementasiannya.

Di Indonesia, setelah dilanda krisis keuangan yang selanjutnya mengakibatkan bergelombangnya arus reformasi di tanah air, maka pemikiran tentang GCG yang semula hanya populer dalam lingkup pasar modal untuk perseroan terbuka, semakin berkembang untuk kesemua jenis perusahaan, baik terbuka maupun tertutup. Paradigma ‘kekeluargaan’ perusahaan dalam satu grup atau jalannya perusahaan yang didominasi oleh kepentingan keluarga telah ditinggalkan menjadi penyebab tumbangannya korporasi itu sendiri dan berdampak kepada sistem ekonomi nasional.

Pada tahun 1999, Komite Nasional Kebijakan Corporate Governance (KNKCG) yang dibentuk berdasarkan Keputusan Menko Ekuin Nomor: KEP/31/M.EKUIIN/08/1999 telah mengeluarkan Pedoman *Good Corporate Governance* (GCG) yang pertama. Pedoman tersebut telah beberapa kali disempurnakan, terakhir pada tahun 2001. Berdasarkan pemikiran bahwa suatu sektor ekonomi tertentu cenderung memiliki karakteristik yang sama, maka pada awal tahun 2004 dikeluarkan Pedoman GCG Perbankan Indonesia dan pada awal tahun 2006 dikeluarkan Pedoman GCG Perasuransian Indonesia. Sejak Pedoman GCG dikeluarkan pada tahun 1999 dan selama proses pembahasan pedoman GCG sektor perbankan dan sektor perasuransian, telah terjadi perubahan-perubahan

yang mendasar, baik di dalam negeri maupun di luar negeri. Walaupun peringkat penerapan GCG di dalam negeri masih sangat rendah, namun semangat menerapkan GCG di kalangan dunia usaha dirasakan ada peningkatan. Perkembangan lain yang penting dalam kaitan dengan perlunya penyempurnaan

Latar belakang dibuatnya Pedoman GCG tersebut adalah adanya krisis ekonomi dan moneter pada tahun 1997-1999 yang di Indonesia berkembang menjadi krisis multidimensi yang berkepanjangan. Krisis tersebut antara lain terjadi karena banyak perusahaan yang belum menerapkan GCG secara konsisten, khususnya belum diterapkannya etika bisnis.

Dalam perkembangan terakhirnya, dengan keberlakuan UU No.40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas ("UU-PT"), khususnya dalam penjelasan Pasal 4 Pasal 4 yang menyatakan:

"Berlakunya Undang-Undang ini, anggaran dasar Perseroan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan lain, tidak mengurangi kewajiban setiap Perseroan untuk menaati asas itikad baik, asas kepatutan, asas kepastian, dan prinsip tata kelola Perseroan yang baik (*good corporate governance*) dalam menjalankan Perseroan."

Maka dapat dikatakan, prinsip-prinsip GCG telah mendapatkan tempat dalam sistem hukum nasional yang dikatakan menjadi 'kewajiban' bagi perseroan untuk menerapkan prinsip GCG tersebut, atau paling tidak, ia dapat dianggap sebagai suatu kelaziman ataupun etika dalam berkorporasi di Indonesia. Pelanggaran terhadap hal ini akan mengakibatkan bahwa PT tersebut dapat dikatakan melakukan perbuatan melawan hukum ("PMH").

Selanjutnya sebagai catatan pembanding, bahwa terkait dengan semakin banyaknya perusahaan multinasional besar yang bangkrut di AS, kongres AS telah melengkapi ketentuan hukumnya yang terkait dengan GCG. Belum lama ini kongres AS telah mengeluarkan undang-undang baru yakni the Sarbanes-Oxley Act ("SOX") yang mewajibkan setiap perusahaan untuk melakukan sertifikasi terhadap sistem elektronik yang dimilikinya dalam rangka menjamin adanya laporan keuangan yang benar.

Terkait dengan penyelenggaraan sistem elektronik, dapat terlihat bahwa tujuan dari SOX ini pada akhirnya adalah akan berdampak pada terciptanya suatu jaringan yang aman. SOX di undangkan untuk menjamin keakuratan dan mengembalikan kepercayaan investor dalam, laporan keuangan yang diberikan

oleh korporasi kepada regulator Pemerintah, seperti Securities and Exchange Commission (SEC). Produk hukum ini diundangkan dalam rangka merespon adanya beberapa skandal accounting tingkat tinggi yang melibatkan Enron, Worldcom (MCI), Global Crossings, dan Tyco International yang menyebabkan kerugian korporat dan investor miliaran dollar.

SOX berlaku untuk dua wilayah korporasi milik publik U.S. (mencakup semua subsidiary yang dimilikinya) dan semua korporasi milik publik asing (*foreign public owned*) yang sahamnya terdaftar di SEC. Undang-undang tersebut mensyaratkan para CEO dan para CFO harus memastikan bahwa laporan korporasi secara periodik dimasukkan ke SEC yang secara fair menyajikan kondisi financial perusahaan.

SOX tidak menetapkan proses atau system yang harus dilakukan korporasi public secara spesifik agar comply terhadap Undang-undang, namun, secara umum, perusahaan/korporasi menjadi harus memberikan perhatian terhadap penyelenggaraan sistem elektroniknya dengan baik dan selalu berupaya untuk menjaga sistem keamanan elektroniknya dengan memasang (install) beberapa teknologi keamanan, termasuk firewall, intrusion detection systems, anti-virus software, dan lain-lain yang dibutuhkan. SOX “ adalah subyek dari interpretasi yang luas untuk implementasi dan penguatan dalam dunia TI.

Undang-undang tersebut mempunyai banyak seksi, namun seksi yang paling berhubungan langsung terhadap dampak software dan system keamanan adalah *section 302* yang membuat pimpinan korporasi (*corporate officers* dan *directors*) secara pribadi bertanggungjawab dalam hal terjadinya kesalahan pelaporan informasi keuangan (*misreporting*)¹⁴⁶ dan *section 404*¹⁴⁷ yang

¹⁴⁶ Section 302 dalam Undang-Undang SOX, menyatakan bahwa CEO dan CFO secara langsung bertanggungjawab dalam maintaining kontrol struktur internal perusahaan dan untuk keakuratan, dokumentasi, dan penyampaian semua laporan keuangan kepada SEC. mereka harus secara pribadi memastikan bahwa laporan keuangan akurat dan telah selesai.

¹⁴⁷ Section 404 UU SOX mensyaratkan bahwa manajemen dari perusahaan publik memperkirakan keefektifan dari internal kontrol perusahaan dari pelaporan keuangan dan memastikan dalam laporan tahunan bahwa kontrol tersebut berjalan efektif dan memenuhi ketentuan/persyaratan dari Undang-Undang dan peraturan dan Undang-Undang lainnya yang berhubungan. Perkiraan itu juga harus ditinjau (*review*) dan disetujui oleh auditor eksternal. Beberapa ahli hukum menyimpulkan bahwa ayat ini dalam konteks manajemen sangat dibutuhkan untuk dapat melihat lebih dekat semua tindakan yang diambil untuk memastikan integritas dan reliabilitas dari akun keuangan perusahaan dan dapat memberitahukan kepada public apabila ada hal yang menjadi kelemahan dalam desain atau operasi aktivitas dari tahap-tahap ini, sehingga

mensyaratkan bahwa pimpinan perusahaan (*corporate officer & director*), dan juga auditor publiknya (*independent auditor*) bertanggungjawab membuktikan laporan tahunannya secara akurat yang merupakan hasil dari kontrol keuangan internal yang baik.

Sebagai konsekuensinya, biaya untuk mematuhi undang-undang tersebut menjadi sangat besar, bahkan diperkirakan bahwa perusahaan publik US akan menghabiskan sekitar US\$ 5.5 juta pada 2004 untuk mematuhi undang-undang tersebut, yang kemudian akan bertambah menjadi US\$ 5.8 pada 2005.¹⁴⁸

Undang-undang mensyaratkan SEC untuk mengeluarkan peraturan yang mengharuskan perusahaan milik publik untuk mengikutsertakan dalam laporan tahunan mereka suatu laporan kontrol internal :

1. Laporan tanggungjawab manajemen untuk menetapkan dan menjaga kontrol internal struktur dan prosedur yang sesuai untuk laporan keuangan.
2. Perkiraan/penaksiran oleh manajemen pada akhir tahun akhir fiskal perusahaan yang merepresentasikan keefektifan kontrol struktur dan prosedur internal perusahaan untuk laporan keuangan.

SEC kemudian mengeluarkan pengaturan untuk mengimplementasikan *section 404*. Pengaturan ini mengatur bahwa subyek kontrol internal pada perkiraan oleh manajemen termasuk tetapi tidak terbatas pada :

*controls over initiating, recording, processing, and reconciling account balances, classes of transactions and disclosure and related assertions included in the financial statements; controls related to the initiation and processing of non-routine and non-systematic transactions; controls related to the selection and application of appropriate accounting policies; and controls related to the prevention, identification, and detection of fraud.*¹⁴⁹

Konsekuensi dari *Section 404* juga mensyaratkan bahwa setiap akuntan publik yang terdaftar untuk menyiapkan atau mengeluarkan laporan audit yang menunjukkan dan melaporkan, penaksiran/perkiraan yang dibuat oleh manajemen. Undang-undang tersebut mensyaratkan auditor independen yang menunjukkan integritas dari kontrol finansial dari perusahaan publik tersebut.

harapannya dapat mencegah kasus-kasus seperti Enron. Salah satu komentator menyatakan bahwa *section 404* adalah salah satu yang menyebabkan kebingungan/pusing yang besar bagi korporasi.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

Secara teknis, semua kontrol finansial yang digunakan saat ini tentunya adalah berbasis sistem komputer yang dikontrol oleh software. Pengendalian ini termasuk kontrol sistem internal, seperti penanganan transaksi dan buku besar (*accounting ledger*), dan juga sistem computer yang terhubung dengan pihak ketiga seperti bank, perusahaan perdagangan efek (*trading exchange*), dan juga *clearing houses*.

Tiap pelanggaran keamanan software dapat menimbulkan resiko pada sistem keuangan internal perusahaan, yang dapat menghambat kepatuhan terhadap section 404 tersebut. Walaupun pelanggaran keamanan tidak langsung terlibat/termasuk dalam sistem keuangan, akan tetapi tiap kerentanan (*compromise*) pada sistem TI perusahaan dapat mengakibatkan orang luar dapat mengakses dan mengubah sistem finansial mereka, sehingga keberadaan section 404 juga memaksa mereka untuk melengkapi/mencukupkan sistem keamanan mereka, terutama pada perusahaan yang berbasis luas sehingga independent auditor dan eksekutif korporasi mau tidak mau harus melaporkan sistem keamanan dari sistem komputerisasi keuangan mereka.¹⁵⁰

Dapat dipahami bahwa SOX telah membuat dilemma bagi CEO, karena SOX mensyaratkan bahwa ia harus memenuhi ketentuan dari SEC yang memastikan bahwa sistem computer perusahaan aman dan perusahaan tersebut harus menjaga sistem keamanan tersebut, dalam semua hal yang bersifat material, control internal harus efektif terlihat terhadap laporan keuangannya. Apabila mereka salah, maka mereka harus menghadapi tuntutan pelanggaran dari SOX berupa denda perorangan (*personal fines*) atau bahkan kurungan penjara.

Walaupun perusahaan meminta software vendor menyediakan sistem keamanan yang baik dimana perusahaan tentunya sangat bergantung pada sistem keamanan dan efektif control yang disediakannya guna dapat memastikan bahwa sistem mereka telah memenuhi persyaratan SOX, namun Vendor juga berada dalam kondisi yang riskan karena secara teknis semua software tidak dapat

¹⁵⁰ Terkait dengan itu, standar Kontrol Obyektif untuk Informasi dan Teknologi (COBIT) yang telah dikembangkan oleh the *Information Systems Audit Control Association* (ISACA) untuk menyediakan lebih spesifik arah (*guidance*) untuk perusahaan dalam mengembangkan dan memperkirakan control IT, dimana COBIT ditujukan untuk control internal untuk tiga puluh-empat proses IT terpisah.

terlepas dari potensi kesalahan dalam pemrograman (*bugs*) yang baru kemudian diketahui pada saat sistem software tersebut berinteraksi dengan lingkungan sistem elektronik yang lain. Vendor mau tidak mau terpaksa harus memperhitungkan kemungkinan adanya gugatan PMH resiko yang dapat terjadi akibat kerentanan sistem keamanannya yang akan dapat dimanfaatkan oleh para *cybercriminal* sehingga dapat merugikan pihak ketiga lainnya. *Cybercriminal* tersebut dapat berupa *hacker*, *cyberterrorist*, atau mungkin mantan orang dalam atau eks-pegawai yang kecewa karena perusahaan vendor itu sendiri (*disgruntled ex-employee*).

Berdasarkan perkembangan terakhir di AS tersebut dapat dilihat bahwa hampir semua pertanggungjawaban terhadap tata kelola yang baik, baik dalam lingkup organisasi publik maupun organisasi privat, maka akuntabilitas penyelenggaraan sistem elektronik menjadi kata kunci bagi jaminan adanya tata kelola yang baik, karena sistem komputer adalah infrastruktur yang memfasilitasi dan menjamin keberlangsungan hal tersebut. Oleh karenanya dapat dipahami mengapa dalam UU ITE terdapat ketentuan yang mempersyaratkan bahwa sistem elektronik harus diselenggarakan secara handal, aman, bertanggungjawab dan terjamin berjalan sebagaimana mestinya.

C. Pengertian dan Prinsip-prinsip Tata Kelola Yang Baik Dalam Penerapan Teknologi Informasi (*IT Governance*)

Untuk mencegah kesalahpahaman, perlu dibedakan terlebih dahulu antara *IT Governance* dengan *IT Management*. *IT Management* adalah berfokus kepada pasokan yang efektif terhadap lingkup internal dari jasa-jasa dan produk-produk TI dan manajemen operasi TI pada saat ini. Sementara *IT Governance* adalah mempunyai lingkup yang lebih luas yakni berkonsentrasi pada transformasi dan performansi TI untuk memenuhi kebutuhan/permintaan akan informasi baik untuk saat ini maupun masa mendatang, tidak hanya dalam lingkup internal organisasi

(kebutuhan bisnis) melainkan juga eksternal organisasi (contohnya adalah permintaan pelanggan dan/atau pemangku kepentingan lainnya).¹⁵¹

Sampai dengan saat ini, masih belum ditemukan satu pengertian yang baku dan diterima oleh kebanyakan para ahli dalam membicarakan tentang IT Governance, karenanya ada berbagai macam pengertian terhadap konsep penerapan TI yang baik tersebut yang perlu diperhatikan, antara lain sebagai berikut;

(1) Definisi menurut Weill-Ross (MIT), yaitu definisi yang dikemukakan oleh IT Governance Institute, Weill & Ross, Sloan School of Management, MIT yang menyatakan "*Specifying the decision rights and accountability framework to encourage desirable behaviour in the use of IT.*" (garis bawah dari penulis).

(2) Definisi menurut IT Governance Institute yang menyatakan:

IT governance is the responsibility of the board of directors and executive management. It is an integral part of enterprise governance and consists of the leadership and organizational structures and processes that ensure that the organization's IT sustains and extends the organization's strategy and objectives. (garis bawah dari penulis)

(3) Definisi menurut Australian Standard AS-8015:

Australian Standard for Corporate Governance of ICT: The system by which the current and future use of ICT is directed and controlled. It involves evaluating and directing the plans for the use of ICT to support the organisation and monitoring this use to achieve plans. It includes the strategy and policies for using ICT within an organisation. (garis bawah dari penulis)

(4) Definisi menurut van Grembergen: Van Grembergen (2002):

IT Governance is the organizational capacity exercised by the board, executive management, and IT management to control the formulation and implementation of IT strategy and in this way ensure the fusion of business & IT.

(5) Definisi menurut Jerry Luftman (Stevens Institute of Technology, former IBM consultant):

IT Governance is the degree to which the authority for making IT decisions is defined, and shared among management, and the process managers in both IT and business organizations apply in setting IT priorities and allocation of IT resources.

¹⁵¹ Wim Van Grembergen, *Strategies for Information Technology Governance.*, (Singapore: Idea Group Publishing, 2004) 4.

(6) Definisi menurut Henderson & Venkatraman (IBM System Journal, 1993):

"Selection and use of organizational process to make decisions about how to obtain and deploy IT resources and competencies".

Selain definisi tersebut di atas, yang paling menarik adalah pendapat dari Phyl Webb, Carol Pollard dan Gail Ridley dari University of Tasmania,¹⁵² yang menyatakan bahwa *Information Technology Governance* ("IT Governance") adalah *subset* dari *Corporate Governance* yang esensinya adalah gabungan penerapan *Corporate Governance* dengan Strategi Pengembangan Sistem Informasi. Mereka mendefinisikan *IT Governance* sebagai berikut:

*IT Governance is the strategic alignment of IT with the business such that maximum business value is achieved through the development and maintenance of effective IT control and accountability, performance management and risk management.*¹⁵³

Penerapan *IT Governance* kedalam suatu bentuk penyelenggaraan sistem elektronik yang baik (*electronic governance*), tentunya merupakan suatu konsep yang dapat menjadi jawaban atas kebutuhan organisasi akan jaminan adanya kepastian penciptaan *value* dari TI serta jaminan kepastian pengembalian nilai investasi TI yang telah ditanamkan. Tanpa adanya *IT Governance*, boleh jadi yang terjadi justru penghamburan investasi TI, dimana hal tersebut juga merupakan indikasi adanya korupsi, rendahnya mutu layanan publik dan bahkan ketidakpatuhan hukum yang akan bertentangan dengan kepentingan umum.

Dari kesemua definisi yang telah diuraikan di atas, secara garis besar *IT Governance* akan memperhatikan 3 hal besar, yakni (i) Efisiensi, (ii) Efektivitas, dan (iii) Kendali (*control*). Lebih dalam lagi, kerangka kerja *IT Governance* selanjutnya juga akan memperhatikan 3 hal penting, yakni (i) Struktur (*structures*), (ii) Proses (*process*) dan (iii) Mekanisme hubungan relasional

¹⁵² Phyl Webb et.al., Attempting to Define IT Governance: Wisdom or Folly?, (Proceedings of the 39th Hawaii International Conference on System Sciences – 2006). [*The definitions of corporate governance, of which IT governance is a sub-set, present a need for leadership, direction and control and situate corporate governance at the highest levels of the organisation. Therefore IT governance must be driven from the highest levels within the organisation not from the IT department or business unit levels across the organisation. In order for IT to be governed there must be recognition of the need for governance and a shift in the accountability for IT related decision to the top of the organisation or even to the board*]

¹⁵³ Ibid.

(*relational mechanism*). Terkait dengan ketiga hal tersebut, tentunya adalah adanya Peran dan Tanggungjawab (*Roles and Responsibilities*) yang diemban oleh pimpinan organisasi dan manajemen itu sendiri. Dengan kata lain, dalam bahasa hukum dikenal sebagai fungsi dan peran dari si pengurus organisasi, sebagai orang yang bertindak sebagai representatif organisasi atau secara hukum bertindak untuk dan atas nama organisasi tersebut.

Sebagaimana lazimnya pengurus pada suatu organisasi, selain fungsi manajemen yang dilakukannya, si pengurus juga mempunyai fungsi penjamin kepada pihak-pihak eksternal organisasi, atau dikenal sebagai *fiduciary duty* dan harus bertindak sesuai aturan dasar (anggaran dasar) organisasi tersebut sebagaimana telah disepakati oleh para pemegang sahamnya pada saat pembentukannya. Sementara itu, dalam lingkup publik, setiap pimpinan organisasi publik (Pemerintah dan birokrasinya) harus bertindak sesuai kewenangannya yang ditentukan oleh hukum administrasi negara demi menjalankan fungsi penyelenggaraan negara demi kepentingan umum.

Terkait dengan hal itu, pada dasarnya *IT Governance* dalam lingkup korporasi mempunyai beberapa prinsip dasar yang boleh jadi penerapannya akan bervariasi sesuai ukuran dan operasional bisnis dari organisasi itu sendiri, antara lain;

- a) Prinsip Kejelasan Tanggungjawab, yakni prinsip untuk memastikan bahwa setiap individu maupun kelompok dalam organisasi, secara jelas mengerti dan menerima tugas dan tanggungjawabnya untuk penerapan TI.
- b) Prinsip Rancangan TI yang terbaik sebagai pendukung organisasi, yakni prinsip untuk memastikan bahwa Rancangan Penerapan TI adalah sesuai dengan kebutuhan saat ini dan kebutuhan pada waktu yang berjalan, dan Rencana TI tersebut adalah dikembangkan dalam rangka mendukung Rencana Kerja Korporasi (*corporate plans*) itu sendiri.
- c) Prinsip Perolehan TI Secara Valid, yakni prinsip untuk memastikan bahwa perolehan TI harus dibuat atas dasar alasan yang disetujui dan dilakukan dengan cara yang disetujui pula, serta didasari oleh analisis yang patut dan berkelanjutan. Menjamin bahwa ada keseimbangan yang patut antara biaya, resiko, dan keuntungan jangka pendek dan jangka panjang.

- d) Prinsip Jaminan Bekerja dengan baik pada saat kapan saja dibutuhkan, yakni prinsip untuk dapat memastikan bahwa penerapan TI adalah sesuai dengan tujuan organisasi, bersifat responsif terhadap permintaan bisnis yang selalu berubah, dan memberikan layanan pendukung kepada bisnis, setiap saat manakala dibutuhkan oleh bisnis;
- e) Prinsip Penerapan TI Yang Sesuai dengan Aturan Formal, yakni prinsip untuk menjamin bahwa penerapan TI harus mematuhi semua ketentuan hukum yang berlaku dan sesuai dengan semua kebijakan internal dan praktek bisnis yang berkembang.
- f) Prinsip Penerapan TI yang harus menghargai Faktor Manusianya, yakni prinsip untuk menjamin bahwa penerapan TI harus memenuhi segala macam kebutuhan, baik saat ini maupun yang berkembang nantinya sesuai dengan proses yang berjalan.

Pada dasarnya prinsip-prinsip tersebut adalah berlaku secara normatif berdasarkan praktek yang bisnis berkembang. Terhadap semua prinsip yang bernuansa teknis dan manajemen, hal tersebut dalam prakteknya telah dijalankan oleh para praktisi TI, namun penerapan prinsip-prinsip yang bersifat kualitatif, khususnya prinsip kepatuhan hukum, penerapan TI harus dilakukan sesuai dengan sistem hukum yang berlaku. Dalam prakteknya hal ini masih menjadi pertanyaan besar, karena sistem hukum yang berlaku dianggap belum jelas. Padahal dalam prinsip hukum, tidak pernah dikenal adanya kevakuman dalam hukum, karena sepanjang belum ada peraturan perundang-undangan yang khusus mengatur, maka harus dilihat bagaimana kaedah hukum umum atau ketentuan-ketentuan hukum umum yang berlaku.

Esensinya, para praktisi TI dalam menerapkan *IT Governance* tidak dapat lepas dari kepatuhan untuk menerapkan sistem hukum yang berlaku sesuai dengan tujuan pemanfaatannya atau tujuan peruntukannya. Untuk melihat hal itu, praktisi TI jelas harus memperhatikan sistem hukum nasional yang berlaku, terutama hukum-hukum yang terkait dengan penerapan TI sesuai dengan penerapan sektornya. Jika mereka menerapkan untuk kepentingan perbankan, maka penerapannya harus sesuai dengan ketentuan hukum yang terkait dengan

perbankan yang dikeluarkan oleh Bank Indonesia. Demikian pula halnya jika mereka melakukannya dalam sektor keuangan, maka dengan sendirinya mereka harus memperhatikan semua ketentuan yang berlaku dalam sektor keuangan yang diatur oleh Departemen Keuangan.

Terlebih dari itu, penerapan jasa dan produk TI yang secara konkrit terwujud sebagai suatu sistem elektronik, akan melibatkan tidak hanya ketentuan hukum pada sektor tertentu itu saja, melainkan juga dengan ketentuan hukum lain yang terkait dengan segenap komponen-komponen yang disertakannya, seperti antara lain; hukum tentang kearsipan dan/atau dokumentasi perusahaan, hukum tentang kerahasiaan, hukum tentang perikatan, hukum acara untuk pembuktian, hukum pidana, hukum hak kekayaan intelektual dan hukum-hukum lainnya. Segenap sistem hukum tersebut pada dasarnya adalah terkait dengan keberadaan komponen-komponen pada sistem informasi itu sendiri.

Jelas dapat dipahami bahwa penerapan prinsip kepatuhan TI terhadap hukum yang berlaku menjadi tidak gampang, karena pendekatannya adalah berdasarkan analisis kualitatif yang harus menjelaskan analisa terhadap dampak yang ditimbulkannya berdasarkan variabel-variabel hukumnya. Para praktisi TI, tentunya tidak dapat melakukannya hanya dengan melihat *check-list* atau *score-card* untuk melakukan pemeriksaan secara formil terhadap hukum yang berlaku. Secara keilmuan, para praktisi TI juga tidak dibenarkan untuk memberikan pendapat hukum, karena hal tersebut bukan dalam kapasitas keahliannya. Tambahan lagi, berdasarkan sistem hukum yang berlaku hal tersebut hanya boleh dinyatakan oleh profesional hukum yang independen (advokat).

Untuk dapat memenuhi prinsip yang ke lima tersebut, praktisi TI haruslah bekerjasama dengan praktisi hukum yang ada, agar validitas pekerjaannya sesuai dengan sistem hukum yang berlaku. Standar pemeriksaannya harus sesuai dengan standar pemeriksaan hukum yang berlaku dikalangan profesi hukum. Sayangnya, standar pemeriksaan hukum yang dianut oleh para konsultan hukum pasar modal yang sering digunakan pada saat *due dilligence*, ternyata belum dikembangkan untuk standar pemeriksaan terhadap penerapan dan penyelenggaraan TI. Hal ini akan dijawab dengan disertasi ini, karena dengan telah disahkannya Undang-Undang No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU-

ITE), maka mau tidak mau para profesional hukum harus segera menyikapi hal tersebut.

Dasar-dasar penerapan tata kelola yang baik telah diuraikan dalam penjelasan umum UU-ITE yakni:

“Sistem elektronik juga digunakan untuk menjelaskan keberadaan sistem informasi yang merupakan penerapan teknologi informasi yang berbasis jaringan telekomunikasi dan media elektronik, yang berfungsi merancang, memproses, menganalisis, menampilkan, dan mengirimkan atau menyebarkan informasi elektronik. Sistem informasi secara teknis dan manajemen sebenarnya adalah perwujudan penerapan produk teknologi informasi ke dalam suatu bentuk organisasi dan manajemen sesuai dengan karakteristik kebutuhan pada organisasi tersebut dan sesuai dengan tujuan peruntukannya. Pada sisi yang lain, sistem informasi secara teknis dan fungsional adalah keterpaduan sistem antara manusia dan mesin yang mencakup komponen perangkat keras, perangkat lunak, prosedur, sumber daya manusia, dan substansi informasi yang dalam pemanfaatannya mencakup fungsi *input, process, output, storage, dan communication.*”

(garis bawah dari penulis)

Lebih lanjut dalam Pasal 15 ayat (1) UU-ITE juga telah dinyatakan bahwa Setiap Penyelenggara Sistem Elektronik harus menyelenggarakan Sistem Elektronik secara andal dan aman serta bertanggungjawab terhadap beroperasinya Sistem Elektronik sebagaimana mestinya.

Selanjutnya dalam penjelasan Pasal 15 tersebut telah dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan “Andal” artinya Sistem Elektronik memiliki kemampuan yang sesuai dengan kebutuhan penggunaannya. Sementara yang dimaksud dengan “Aman” artinya Sistem Elektronik terlindungi secara fisik dan nonfisik, dan yang dimaksud dengan “Beroperasi sebagaimana mestinya” artinya Sistem Elektronik memiliki kemampuan sesuai dengan spesifikasinya. Sedangkan yang dimaksud dengan “Bertanggungjawab” artinya ada subjek hukum yang bertanggungjawab secara hukum terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut.

Sehubungan dengan itu, dalam definisi pada Pasal 1 angka 6 UU-ITE juga telah diuraikan bahwa yang dimaksud dengan Penyelenggaraan Sistem Elektronik adalah pemanfaatan Sistem Elektronik oleh penyelenggara negara, Orang, Badan Usaha, dan/atau masyarakat. Oleh karena itu, kewajiban tersebut juga berlaku kepada penyelenggaraan sistem elektronik oleh penyelenggara negara dalam menjalankan pelayanan publiknya.

Lebih jauh dari pada itu, dengan juga telah disahkannya Undang-Undang No.14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik ("UU-KIP") tidak lama kemudian, maka dalam lingkup penerapan TI untuk organisasi publik (Pemerintah), pemeriksaan kepatuhan hukum terhadap penyelenggaraan sistem informasi Pemerintah menjadi lebih kompleks lagi. Penyelenggara atau Pengelola sistem elektronik yakni praktisi TI harus memperhatikan bagaimana menerapkan pembatasan terhadap "informasi yang dikecualikan" dengan cara menerapkan level kerahasiaan informasi yang pada sisi lain memastikan kewajiban membuka informasi publik menjadi terpenuhi.

Dengan berdasarkan Pasal 7 ayat (2) dan ayat (3) UU-KIP yang telah menyatakan bahwa Badan Publik wajib menyediakan Informasi Publik yang akurat, benar, dan tidak menyesatkan, sementara untuk melaksanakan kewajiban tersebut Badan Publik harus membangun dan mengembangkan sistem informasi dan dokumentasi untuk mengelola Informasi Publik secara baik dan efisien sehingga dapat diakses dengan mudah, maka, setiap organisasi yang memenuhi kriteria sebagai Badan Publik harus membangun sistem elektronik sebagai pertanggung-jawabannya kepada publik.

"Badan Publik adalah lembaga eksekutif, legislatif, yudikatif, dan badan lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara, yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah, atau organisasi nonpemerintah sepanjang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah, sumbangan masyarakat, dan/atau luar negeri."

Selanjutnya, berdasarkan Pasal 12 UU-KIP, Setiap tahun Badan Publik wajib mengumumkan layanan informasi, yang meliputi: (a) jumlah permintaan informasi yang diterima; (b) waktu yang diperlukan Badan Publik dalam memenuhi setiap permintaan informasi; (c) jumlah pemberian dan penolakan permintaan informasi; dan/atau (d) alasan penolakan permintaan informasi.

Dengan berdasarkan semua perkembangan terakhir yang telah disebutkan di atas, maka tanggungjawab untuk menerapkan Tata Kelola Yang Baik Dalam Penyelenggaraan Sistem elektronik adalah suatu keharusan yang dapat dimintakan pertanggungjawabannya setiap tahunnya kepada setiap penyelenggara dan/atau

Badan Publik demi memenuhi kewajibannya sehubungan dengan informasi publik.

D. Implementasi Prinsip-prinsip *Good Governance* dalam Pengembangan dan Penyelenggaraan Sistem Elektronik

D.1. Pengertian Sistem Elektronik dan Eksistensinya dalam Perspektif Hukum Kebendaan

Sebelum lebih jauh membicarakan hak dan kewajiban ataupun tanggungjawab hukum terhadap pengembangan dan penyelenggaraan suatu sistem elektronik, maka terlebih dahulu harus diperjelas apa yang dimaksud dengan sistem elektronik itu sebagai obyek hukum, yang sebenarnya adalah muatan kepentingan hukum itu sendiri yang mencakup segi lahiriah (fisik) maupun segi batiniah (nilai kepuasan terhadap sesuatu). Untuk mengetahui hal tersebut maka diletakkanlah sistem informasi itu dalam perspektif hukum kebendaan dan hukum perikatan. Hal ini sangat diperlukan untuk dapat melihat sejauhmana suatu informasi dan sistem informasi merupakan *private good* ataukah *public good*.

Secara umum, telah terjadi kekeliruan dalam pemahaman umum masyarakat tentang makna suatu sistem elektronik. Kebanyakan orang hanya melihat komputer dalam arti sempit¹⁵⁴ yakni hanya melihat kepada keberadaan komputer sebagai perangkat keras elektronika saja. Terkesan hak atas sistem informasi seringkali diartikan sebagai kepemilikan komputer saja, bukan dalam arti yang sesungguhnya yang seharusnya lebih luas ketimbang hanya sekedar penggunaan komputer untuk melakukan fungsi-fungsi aplikasi perkantoran semata. Pengetikan surat dan pembuatan neraca dengan komputer bukan berarti telah dilakukannya suatu komputerisasi pada organisasi tersebut. Secara konsep, sebenarnya sistem informasi tidaklah identik dengan komputer sebagai alat pengolah informasi, karena suatu sistem informasi sesungguhnya adalah suatu

¹⁵⁴ Komputer dalam arti sempit adalah perangkat elektronik untuk mengolah informasi, sedangkan dalam arti luas adalah mencakup semua perangkat-perangkat yang terkoneksi pada suatu sistem elektronik. Lihat definisi Computer System berdasarkan Convention on Cybercrime, *computer system means any device or a group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a program, performs automatic processing of data.*

rangkaian perangkat dan prosedur pengolahan informasi dari semua unit kerja yang ada sesuai dengan fungsi-fungsi organisasi manajemen dan level manajemen yang mungkin saja dapat dilakukan tanpa komputer. Keberadaan komputer hanya merupakan suatu alat untuk menjelmakan sistem tersebut agar menjadi lebih konkrit, efisien dan efektif.¹⁵⁵

Untuk melihat bagaimana eksistensi suatu sistem informasi secara hukum, maka hal tersebut tidak terlepas dari perspektif hukum kebendaan, yang membedakan konsep benda menjadi dua yakni, (i) benda berwujud ("Barang") dan (ii) benda tidak berwujud ("Hak"). Sementara pada sisi yang lain juga dikenal dua jenis objek kebendaan, yakni Obyek yang Materiil dan Obyek yang Immateril. Oleh karena itu, Hak juga dibedakan atas Hak atas Obyek Materiil (contoh; hak atas tanah) dan Hak atas Obyek yang Immateril (contoh: Hak Cipta atas Program Komputer).

Sistem Komputer sebagai suatu rangkaian sistem elektronik dapat dilihat dari dua pembedaan tersebut, yakni (i) Komputer secara fisik dan (ii) Komputer secara fungsional. Komputer secara fisik sebagai barang adalah keberadaan perangkat keras elektronik yang merupakan hasil konstruksi elektrikal dari elemen-elemen elektronik dan/atau rangkaian sirkuit elektronik didalamnya. Sementara, Komputer secara fungsional adalah suatu sistem kerja tertentu yang merupakan obyek yang immateril karena merujuk kepada (i) rangkaian insruksi-instruksi yang ditujukan kepada bekerjanya perangkat keras elektronik yang ada dalam komponen perangkat lunak atau program komputernya, dan (ii) karakteristik konten atau substansi data dan/atau informasi yang ditujunya. Dengan kata lain-fungsi-fungsi yang diharapkan dalam penggunaan komputer adalah ditentukan dalam keberadaan program komputer yang dipakai berikut format konten data atau informasi sebagai fokus tujuan yang diharapkan. Keberadaan program komputer adalah merupakan hasil suatu kreasi intelektual secara teknikal tentang suatu arsitektur kerja dari suatu sistem elektronik.

¹⁵⁵ Sesuai dengan kerangka konseptual, suatu sistem elektronik adalah penerapan suatu sistem komputerisasi kedalam suatu bentuk organisasi dan manajemen tertentu. Sistem Informasi harus dilihat pada dua hal penting, yakni (i) aspek keberadaan komponen-komponennya, dan (ii) aspek ketepatan fungsionalnya.

Keberadaan rangkaian instruksi dalam program komputer tersebut adalah berbanding lurus dengan rangkaian prosedur dalam penggunaan komputer itu sendiri, karena prosedur tersebut sesungguhnya adalah bentuk ekspresi dari program komputer yang digunakan. Demikian pula sebaliknya, kehadiran program komputer tersebut sesungguhnya adalah dalam rangka menjawab prosedur-prosedur pengolahan informasi yang berlaku pada organisasi tersebut. Kemudian, prosedur-prosedur tersebut harus ditaati dan dilakukan oleh Sumber Daya Manusia yang digunakan untuk mengoperasikan program komputer tersebut sebagaimana mestinya.

Sistem elektronik sebagai suatu sistem komputer dalam arti luas yang mencakup semua totalitas komponen tersebut, (baik perangkat keras, perangkat lunak, konten, prosedur maupun SDM), dalam konteks suatu organisasi dan manajemen, keberadaannya harus sesuai dengan totalitas fungsional pada Organisasi dan Manajemen tersebut sehingga berada dalam suatu sistem yang terpadu baik secara vertikal maupun horizontal maupun longitudinal dengan karakteristik pola organisasi dan manajemen yang berlaku.

Dalam konteks organisasi dan manajemen itulah, keberadaan suatu program komputer yang digunakan tidak lagi hanya dalam kebutuhan aplikasi yang bersifat generik (contoh aplikasi perkantoran) melainkan sudah melangkah pada level fungsional organisasi, (seperti antara lain; Sistem Aplikasi Finansial, Sistem Aplikasi SDM, dll). Dalam bentuk aplikasi-aplikasi khusus tersebut si Pengguna boleh jadi tidak menemukan aplikasi khusus tersebut yang pas dengan karakteristik organisasinya di pasaran, sehingga memutuskan untuk membuatnya sendiri baik sebahagian maupun secara keseluruhan agar lebih aman dan lebih berkelanjutan.

Dengan mencermati hal tersebut di atas, dengan melihat aspek fisik dan aspek fungsionalnya maka dapat dipahami bahwa perspektif hukum kebendaan atas hal ini adalah bukan sebagaimana layaknya pemaknaan "zaak" kepada barang melainkan lebih kepada "zaak" sebagai suatu hak atas obyek immateril, yakni Hak atas Sistem Informasi yang didalamnya terdapat Hak atas Barang dan Hak atas Obyek Yang Immateril. Jadi, eksistensi suatu sistem informasi bukanlah berarti komputer sebagai "barang" yang digunakan, melainkan lebih kepada sistem

informasi yang terkomputerisasi pada suatu organisasi dan manajemen yang merupakan suatu hasil pekerjaan (prestasi) totalitas dari efektifitas dan efisiensi fungsi-fungsi kerja yang direpresentasikan dengan bekerjanya semua komponen-komponen yang ada sesuai dengan fungsi-fungsi yang telah ditentukan, sebagaimana yang telah dirancangkan dari awalnya.

Oleh karena itu, memandang sifat kepemilikan dan penguasaan hak atas Sistem Informasi sebagai suatu "Benda" bukanlah meletakkannya sebagaimana layaknya Hak atas Obyek Yang Materil melainkan lebih sebagai Hak atas Obyek Yang Immateril. Keberadaannya sebagai obyek perikatan bukan sebagaimana layaknya barang bergerak melainkan lebih kepada obyek tertentu sebagaimana layaknya suatu bangunan yang merupakan suatu hasil konstruksi tertentu.

Konsekuensi hukumnya, karena sistem informasi merupakan suatu sistem yang terpadu maka proses pengembangan dan penyelenggaraan suatu sistem informasi adalah proses bagaimana melakukan suatu tata kelola yang baik untuk mencapai sistem yang sesuai dengan kebutuhan hukumnya. Secara hukum, maka kaedah-kaedah hukum dalam pola perikatan terhadap sistem informasi selayaknya adalah pola perikatan untuk melakukan pekerjaan dalam rangka menciptakan suatu obyek tertentu, sebagaimana layaknya dikenal dalam perikatan pemborongan kerja sesuai Pasal 1601 KUHPerduta¹⁵⁶ dan pekerjaan konstruksi berdasarkan UU No.18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi ("UUJK").¹⁵⁷

¹⁵⁶ Dalam Pasal 1601 KUHPerduta telah ditentukan bahwa terdapat 3 jenis perjanjian untuk melakukan suatu pekerjaan, yakni; (i) Perjanjian Sementara Jasa dalam hal ini adalah perjanjian konsultasi, (ii) Perjanjian Perburuhan dalam hal ini adalah penggunaan tenaga kerja, dan (iii) perjanjian pemborongan kerja, yang mempersyaratkan terjadinya suatu obyek tertentu, yang menurut hemat penulis sepatutnya mencakup semua obyek, baik fisik maupun non fisik. Dalam sudut pandang ini suatu sistem elektronik sebagai suatu obyek tertentu sepatutnya juga dapat dikatakan sebagai suatu hasil konstruksi karena fisiknya adalah keberadaan komputernya sementara konstruksi sistem informasinya adalah keberadaan sistem pemrogramannya.

¹⁵⁷ Pasal 1 UUJK menyatakan bahwa, Jasa Konstruksi adalah mencakup (i) layanan jasa konsultasi perencanaan pekerjaan konstruksi, (ii) layanan jasa pelaksanaan pekerjaan konstruksi, dan layanan jasa konsultasi pengawasan pekerjaan konstruksi. Sementara itu, yang dimaksud dengan Pekerjaan Konstruksi adalah keseluruhan atau sebagian rangkaian kegiatan perencanaan dan/atau pelaksanaan beserta pengawasan yang mencakup pekerjaan arsitektural, sipil, mekanikal, elektrik dan tata lingkungan masing-masing beserta kelengkapannya, untuk mewujudkan suatu bangunan atau bentuk fisik lain. (i) Usaha dan Tanggungjawab pihak konsultan perencanaan konstruksi adalah mulai dari studi pengembangan sampai dengan penyusunan dokumen kontrak kerja konstruksi, sehingga akan mewujudkan pekerjaan tersebut dalam bentuk dokumen perencanaan bangunan atau bentuk fisik lainnya. (ii) Usaha dan Tanggungjawab pihak pelaksana konstruksi adalah mulai dari penyiapan lapangan sampai dengan penyerahan akhir hasil pekerjaan konstruksi, yang akan mewujudkan suatu hasil perencanaan menjadi bentuk bangunan atau bentuk fisik, dan (iii) Usaha dan Tanggungjawab pihak pengawas konstruksi adalah mulai dari penyiapan

D.2. Proses Pengembangan dan Penyelenggaraan Sistem Elektronik

Sebagaimana layaknya suatu konstruksi yang merupakan penggabungan produk barang dan jasa, proses terjadinya suatu sistem informasi elektronik, setidaknya akan melibatkan dua proses, yaitu: (i) proses pengembangan (*developing/designing*) dan (ii) proses implementasi atau penyelenggaraan operasional yang mencakup juga tindakan pemeliharaan (*maintenance*) di dalamnya.

Dalam suatu proses pengembangan, terdapat beberapa teknis pendekatan yaitu antara lain;¹⁵⁸

1. Pendekatan siklus sistem tradisional (*The Traditional System Life Cycle/project life cycle*) yang merupakan metodologi pengembangan sistem yang paling lama dikenal, yang terdiri dari tahapan-tahapan antara lain; *project definition, system study, design, programming, installation* dan *post implementation*.
2. Pendekatan prototipe (*The Prototyping Alternative*), yang menggunakan sebuah eksperimen (*preliminary system*) terlebih dahulu sebagai *prototype* dan kemudian baru diuji dan dievaluasi kembali.
3. Pendekatan pengembangan dengan paket program (*Developing Solutions with Software Packages*), yaitu pengembangan sistem dengan menggunakan rekayasa terhadap software paket yang ada
4. Pendekatan pengembangan dengan bahasa generasi ke-empat *Fourth-generation Development*, yaitu pengembangan sistem dengan menggunakan pengembangan bahasa program komputer yang merupakan bentuk generasi keempat (4GL).

lapangan sampai dengan penyerahan akhir hasil pekerjaan konstruksi, yang akan mengawasi pekerjaan sejak awal pelaksanaan pekerjaan konstruksi sampai dengan selesai dan diserahkan terimakan. Secara umum semua penyedia jasa tersebut akan bertanggungjawab secara profesional terhadap semua hasil pekerjaannya yang dilandasi dengan prinsip-prinsip keahlian sesuai kaedah keilmuan, kepatutan dan kejujuran intelektual dalam menjalankan profesinya dengan tetap mengutamakan kepentingan umum. Untuk mewujudkan terpenuhinya tanggungjawab tersebut pihak penyedia jasa diperkenankan untuk menggunakan mekanisme pertanggungan (asuransi) sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

¹⁵⁸ Laudon, Kenneth C. dan Jane P. Laudon, *Management Information System (6th edition*. (New Jersey: Prentice Hall International, Inc., 2000) 346-352.

Sehubungan dengan itu, dalam melakukan pengembangan suatu sistem informasi, paling tidak ada beberapa tahapan yang umumnya dilakukan, yakni;

- (1) Tahapan Analisa Sistem, yang mencakup;
 - a. analisa dan pendefinisian masalah,
 - b. pemahaman masalah,
 - c. pengambilan keputusan untuk pemilihan satu alternatif yang meliputi; penentuan tujuan/objektivitas, penentuan kemungkinan (*feasibility study*) secara internal dan eksternal, serta proses pemilihan terhadap beberapa alternatif.
- (2) Tahapan Perancangan Sistem atau Desain Sistem, yang mencakup;
 - a. Perumusan Solusi (*solution design*) baik dengan membuat suatu rancangan desain logika atau suatu model konseptual (*logical design*) maupun membuat suatu rancangan desain fisik sistem (*physical design*) dari semua komponen-komponen sistem yang digunakan (*database, hardware, software, input, output, controls & prosedures*).
 - b. Implementasi Solusi (*implementation solution*), yang meliputi pengembangan software yang telah ditentukan berdasarkan spesifikasi kebutuhan, pemilihan *hardware*, pengujian (*testing*) dan pendidikan serta pelatihan (*training*).

Berikutnya, setelah melakukan suatu rancangan pengembangan sistem, maka rancangan tersebut harus diimplementasikan dengan baik. Sehubungan dengan tahapan implementasi, paling tidak ada 4 strategi yang perlu diketahui dalam pengimplementasian sistem, yaitu;

1. Implementasi secara paralel (*Paralell Conversion*), yaitu sistem yang baru dapat berjalan seiring dengan sistem yang lama untuk sementara waktu karena sistem lama tidak dihapus sampai sistem yang baru dapat berjalan secara efektif, dengan tujuan agar sistem dapat membuat cadangan (*back-up*) jika ada kesalahan.
2. Impelementasi seketika (*Direct Cut-over*), yaitu sistem yang lama digantikan secara keseluruhan oleh sistem yang baru;

3. Implementasi secara bertahap berdasarkan *Pilot Study*, yaitu sistem yang baru diimplementasikan terbatas bagian per bagian atau per departmen saja (*limited part*); atau
4. Implementasi per fase (*Phased Approach*), yaitu sistem yang baru diterapkan secara per fase atau diterapkan secara bertahap (*insteps*).

Pada keempat cara pengimplementasian tersebut, masing-masing alternatif akan mempunyai resiko yang berbeda-beda, hal mana terhadap setiap resiko tersebut selayaknya telah dapat diidentifikasi dan diperhitungkan dalam perjanjian pembangunan ataupun pengembangan suatu sistem informasi. Dalam perjanjian harus ditentukan dengan jelas semua lingkup dan tahapan pekerjaan tersebut (*scope of work*), berikut tahapan pembayarannya (*terms of payments*) dan serah terima pekerjaannya, serta perumusan tentang pekerjaan tambah kurang sekiranya diperlukan perubahan-perubahan sistem diluar rancangan spesifikasi yang telah disepakati.

Terkait dengan itu, perlu juga diperhatikan suatu tahapan yang boleh jadi bersifat opsional, yakni tahapan Pemeliharaan dan Perawatan (*maintenance*) demi kepastian penyelenggaraan sistem yang berkelanjutan, sehingga sistem tersebut dapat dikatakan dengan upaya terbaik (*best effort*) telah terdukung dengan baik.

Berdasarkan karakteristik pengembangan dan penyelenggaraan tersebut diatas, maka kejelasan informasi terhadap strategi pengembangan dan implementasi sistem tersebut, akan mempunyai dampak secara hukum, khususnya untuk kepentingan pembuktian di belakang hari. Secara prinsip hukum, suatu informasi baru layak dipercaya jika ia berasal dari sistem yang layak dipercaya, dan sistem tersebut baru layak dipercaya, jika sistem tersebut dikembangkan dan diimplementasikan sebagaimana mestinya. Ukuran terhadap unsur 'sebagaimana mestinya' adalah ditentukan berdasarkan kesesuaian antara spesifikasi rancangan dengan karakteristik kebutuhan sesuai tujuan peruntukannya. Dengan kata lain, apa yang diharapkan sama dengan apa yang dikonsepskan, dan selanjutnya apa yang dibangun harus sesuai dengan apa yang dikonsepskan sesuai tujuan pembangunannya. Hal ini menjadi patokan secara hukum untuk melihat akuntabilitas dalam proses pengembangan dan penyelenggaraan sistem tersebut (*trustworthy*).

Patokan-patokan tersebut di atas telah diakomodir dalam UU-ITE yang mempersyaratkan bahwa sistem harus diselenggarakan secara (i) handal, (ii) aman dan (iii) bertanggungjawab, serta (iv) harus dapat dijamin berjalan sebagaimana mestinya.

Terkait dengan unsur 'aman' maka penyelenggara harus menjaga sistem pengamanannya agar dapat dikatakan terjaga dengan baik. Dengan kata lain, perlu diketahui sejauhmana sistem pengamanannya (*security system*) karena secara teknis keutuhan informasi dan/atau sistem itu sendiri sangatlah rentan untuk tidak bekerja sebagaimana mestinya (*malfunction*), dapat diubah-ubah ataupun diterobos oleh pihak lain, baik oleh orang-orang yang tidak bermaksud jahat (*unintentional threats*) maupun orang-orang yang bermaksud jahat (*intentional threats*).

Secara naturalia, paling tidak ada 3 kerentanan dalam sistem komputer, yakni (i) kerahasiaan (*secrecy*), (ii) keutuhan data dan sistem (*integrity*), dan (iii) ketersediaan data/sistem pada saat diakses (*availability/ accessibility*).¹⁵⁹ Secara hukum hal ini pun telah diakomodir dalam UU-ITE dengan keberadaan pasal-pasal tentang Perbuatan Yang Dilarang.

Sementara itu, menurut Turban, Rainer dan Potter (2001, hal. 533), *Unintentional threats* dapat dikategorikan menjadi 3 hal yakni; (i) *human errors* yang contohnya antara lain adalah kesalahan desain dan kesalahan pemrograman, (ii) *environmental hazards* yang contohnya adalah bahaya banjir, angin topan, badai, halilintar, tegangan sumber daya listrik yang tidak stabil (*power failures or strong fluctuations*), dan (iii) *computer system failures*, yang contohnya adalah pengembangan software yang tidak kompatibel dengan sistem yang ada, sehingga terjadi kesalahan produksi terhadap material-material yang digunakan (*defective materials*). Untuk mencegah itu semua, diperlukan strategi pertahanan yang baik, yang mencakup antara lain; *Controls for prevention and deterrence, Detection, Limitation, Recovery, dan Correction*.

Sehubungan dengan itu, perlu diketahui bahwa paling tidak akses ke dalam sistem komputer dapat dilakukan dengan 3 cara, yakni (i) masuk dari dalam secara fisik (*physical access to terminal*), dan kedua masuk dari luar jaringan ke

¹⁵⁹ Charles P. Fleeger, *Security in Computing*. (New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1989) 4.

dalam sistem, yang mencakup (ii) *access to the system*, dan (iii) *access to specific commands, transactions, privileges, programs, dan data* di dalam sistem.

Oleh karena itu diperlukanlah sistem kendali ataupun kontrol terhadap akses ke dalam sistem, baik secara fisik maupun non fisik (*logical & administrative*). Umumnya terhadap sistem informasi dikenal dua jenis kendali yakni (i) *general controls* yang mencakup *physical controls* yang melindungi fasilitas komputer secara fisik, *access control* yang melindungi atau membatasi akses terhadap sistem baik perbahagian maupun secara keseluruhan, *data security controls* yang melindungi keutuhan data, *communications (networks) controls*, dan *administrative controls*, serta (ii) *application controls*, yang mencakup *input controls, process controls dan output controls*.

Selanjutnya, sistem kontrol tersebut akan menjadi dasar dalam mengukur apakah suatu sistem elektronik akan atau telah berjalan dengan sebagaimana mestinya (*working properly*). Hal ini harus dilaksanakan dalam fungsi audit secara kontinyu, baik yang dilakukan oleh pihak internal organisasi (*internal auditor*) maupun oleh pihak yang merupakan eksternal organisasi (*external/professional IS auditor*).

Satu hal yang harus disadari oleh Para Pihak bahwa *trust* tidak boleh begitu saja dilekatkan kepada suatu sistem elektronik, yang mungkin saja lahir akibat telah terbiasanya si pengguna dengan sistem tersebut, namun, seharusnya keterpercayaan tersebut dibangun atau lahir dari suatu standar sistem penyelenggaraan yang baik yang tidak hanya memperhatikan aspek teknis dan manajemennya saja, melainkan juga aspek hukumnya. Sejauh mana ia akan aman, tidak hanya tergantung kepada sejauh mana potensi resiko dapat diminimalisir (*risk management*) melainkan juga akan tergantung kepada sejauhmana hal tersebut telah memenuhi kewajiban hukum dan/atau mereduksi potensi konflik kepentingan yang akan terjadi. Oleh karena itu, pada saat suatu sistem telah diluncurkan kepada publik maka aspek pertanggungjawaban hukum harus menjadi perhatian utama. Jika tidak, maka akibatnya adalah terkurasnya waktu, pemikiran, tenaga dan modal anda untuk menghadapi sekian banyak tuntutan dan gugatan dari pihak lain yang merasa dirugikan akibat sistem tersebut.

D.3. Perbedaan Kaedah *Best Practices* dan *Good Practice* dalam Penerapan Teknologi Informasi

Sebagaimana lazimnya pekerjaan konstruksi, dalam hal pekerjaan pengembangan suatu sistem informasi, umumnya akan melalui beberapa tahapan, mencakup (i) Proses Perencanaan, atau Pengembangan Rancangan Desain, (ii) Proses Implementasi, (iii) Proses Evaluasi dan Pengawasan, (iv) Proses Perawatan dan Pemeliharaan, (v) Proses Pembinaan dan Pengawasan dari Pihak Ketiga, dan (vi) Proses Pembuatan Aturan Penggunaan dan Kebijakan Teknologi Informasi (IT Policy).

Berdasarkan praktek bisnis yang berkembang, dalam menerapkan teknologi informasi menjadi suatu sistem informasi, kalangan profesional Teknologi Informasi dan Manajemen Informasi sering menggunakan istilah prinsip-prinsip Tata Kelola Yang Baik yang dibangun berdasarkan *best practices* untuk dijadikan sebagai patokan atau pedoman adanya perwujudan iktikad baik untuk menerapkan teknologi sebaik mungkin agar tidak merugikan orang lain. Menurut asumsi mereka, konsekuensi terhadap penerapan prinsip tersebut adalah pihak penyelenggara sepatutnya tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban hukum karena sebenarnya tidak ada teknologi yang sempurna, jadi sepanjang si pembuat teknologi dan pihak-pihak yang menerapkan telah bertindak sebaik mungkin maka sepatutnya mereka tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban hukum sama sekali karena hal tersebut tentunya sudah diluar prediksi mereka.

Baik berdasarkan kamus umum maupun berdasarkan kamus hukum, istilah "best"¹⁶⁰ adalah berarti "yang terbaik", dimana konsekuensi dalam pemakaian kata ini adalah adanya hasil terbaik dari suatu bentuk komparasi. Dengan kata lain, hal tersebut hanya dapat dinyatakan setelah adalah adanya suatu proses perbandingan dari hal-hal yang sejenis dengan kriteria-kriteria tertentu, dan kemudian setelah diperbandingkan diketahui adanya sesuatu hal yang telah

¹⁶⁰ Henry Campbell Black. *Black Law Dictionary*, (ST Paul: West Publishing Co, 1990)160. *Best: of the highest quality; of the greatest usefulness for the prupose intended. Most desirable, suitable, useful, or satisfactory.*

terbukti menjadi yang terbaik. Selanjutnya hal tersebut secara praktek dijadikan sebagai bentuk standar oleh komunitas yang mengetahuinya dan menggunakannya.

Penekanan 'best practices' tidaklah membuat masyarakat atau perusahaan dalam suatu kondisi yg tidak flexible atau praktek yang tak akan berubah (*unchanging practice*) karena pendekatan *Best practice* adalah suatu pendekatan filosofis berdasarkan atas pembelajaran berkelanjutan (*continuous learning*) dan pengembangan yang berkelanjutan (*continous improvement*).¹⁶¹ Sebagai contoh adalah apa yang telah dilakukan oleh American Productivity and Quality Centre (APQC) yang merekomendasikan tentang *three themes resonate through successful benchmarking and best-practice transfer efforts*.¹⁶²

- a. *Transfer is a people-to-people process; meaningful relationships precede sharing and transfer.*
- b. *Learning and transfer is an interactive, ongoing, and dynamic process that cannot rest on a static body of knowledge. Employees are inventing, improvising, and learning something new every day.*
- c. *Benchmarking stems from a personal and organizational willingness to learn. A vibrant sense of curiosity and a deep respect and desire for learning are the keys to success.*

Prinsip *Best practices* juga tidak berarti adanya satu model atau format dasar (template) untuk setiap orang guna menjadi suatu keharusan untuk diikuti. Dalam konteks manajemen bisnis, *Best Practice* adalah suatu konsep tentang suatu proses yang baik, dan perancang yang diikuti dalam manajemen pelaksanaan dari suatu Rancangan Proyek, dan berikut perubahan-perubahan dari Rancangan Awal, ketergantungannya dan tujuan-tujuannya agar dapat ditelusuri (*tracked*) dan didokumentasikan (*documented*).¹⁶³ Oleh karenanya, tren yang tengah berkembang sekarang ini adalah beberapa organisasi internasional lebih menyukai penggunaan istilah '*best practices*' sebagai suatu metodologi untuk

¹⁶¹ "Best practices," <<http://www.wikipedia.org>> diakses 1 February 2008, pk.16.00.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid. [*Best Practice do not have one template or form for everyone to follow. In the context of business management, Best Practice is the concept that a good process, and planning, is being followed in the execution management of a project plan, and that changes to the initial plan, dependencies, and goals are being tracked and documented*].

mengembangkan suatu sistem yang baik, prosedur-prosedur dari suatu negara yang dapat dirujuk oleh negara lain selaku para anggotanya.

Selain sisi baik dari penggunaan istilah *best practices*, juga terdapat sisi yang boleh jadi kurang baik karena penggunaan istilah *best practices* secara tidak langsung akan merujuk kepada eksistensi suatu produk tertentu yang telah dibuat oleh suatu pihak kepada para pelanggannya. Hal tersebut akan merujuk kepada eksistensi suatu sistem yang boleh jadi dianggap terbaik hanya karena adanya pengakuan dari komunitas yang mungkin saja mayoritasnya adalah konsumennya. Dengan kata lain, akibat penerapan azas *best practices* dapat saja merupakan suatu kepentingan yang tersembunyi dari suatu bentuk penyalahgunaan dari suatu posisi dominan atas suatu pasar. Hal ini dapat diminimalisir peluangnya, jika semua pemangku kepentingan telah sepakat terlebih dahulu apa yang sebenarnya menjadi suatu batasan secara normatif terhadap sesuatu hal yang dikatakan sebagai *best practices*. Sementara istilah tersebut sering kali digulirkan oleh para praktisi teknologi sebagai suatu istilah sebagaimana layaknya kata-kata ‘dalam prakteknya’ tanpa dibarengi dengan penjelasan sejauhmana hal tersebut berlaku secara normatif sebagai praktek yang berkembang dan diterima oleh masyarakat. Istilah ‘*best practices*’ seakan telah menjadi jargon bahwa sesuatu tehnik atau teknologi telah diterima dalam prakteknya, padahal sebutan tersebut tidak ada dasar hukumnya.

Dari semua pemaparan tersebut, dengan berpijak bahwa suatu praktek bisnis yang berkembang selayaknya diterima sebagaimana layaknya suatu kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat, maka paling tidak terhadap istilah ‘*best practices*’ secara konotatif ada beberapa hal penting yang perlu digarisbawahi sebagai unsur-unsurnya, yakni;

1. adanya suatu mekanisme perbandingan antara sistem yang telah berlaku dengan kejelasan variabel-variabel apa yang diperbandingkan baik secara tekstual maupun secara kontekstual,
2. adanya suatu mekanisme pembuktian yang dengan ditunjang suatu proses pengujian bahwa suatu sistem telah terbukti menjadi yang terbaik dibidangnya;

3. adanya suatu bentuk pengakuan dari para pemangku kepentingan, tidak hanya komunitas penggunanya melainkan masyarakat profesional penunjang juga dari Pemerintah, dan
4. adanya suatu mekanisme evaluasi dan perbaikan yang berkesinambungan atau berkelanjutan agar dapat senantiasa menjadikannya sebagai suatu referensi sebagai yang terbaik.

Dalam kalangan TI, *best practices* lebih banyak ditujukan dalam konteks penyelenggaraan sistem pengamanan terhadap suatu sistem informasi, dimana akibat suatu kelalaian (*negligence*) adalah bentuk suatu pelanggaran dari suatu kewajiban hukum untuk bertindak hati-hati (*duty of care*) yang berarti merupakan suatu bentuk Perbuatan Melawan Hukum (*tort*).¹⁶⁴ Hal ini tidak hanya berlaku untuk konteks keperdataan melainkan juga dalam konteks penyelenggaraan negara oleh administrasi negara.

Lebih lanjut, prinsip *best practices* kemudian dijadikan sebagai dasar untuk membuat suatu patokan terhadap apa yang dinyatakan sebagai suatu Tata Kelola Yang Baik. Terhadap hal ini, meskipun para ahli tampaknya belum sepakat untuk menentukan satu definisi yang seragam terhadap prinsip tata kelola yang baik tersebut., namun, pada dasarnya kesemuanya mempunyai arah yang sama yakni bagaimana secara strategis suatu sistem informasi harus berdaya guna dan tepat guna serta mampu menciptakan nilai yang sesuai dengan karakteristik suatu organisasi dan manajemen itu sendiri.

Selain istilah '*best practices*' juga berkembang istilah '*good practice*' dalam penerapan teknologi informasi. Berbeda dengan AS yang lebih mempopulerkan istilah '*best practices*', kebanyakan negara Eropa tampaknya lebih suka menggunakan istilah '*good practice*'. Kedua istilah tersebut tentunya

¹⁶⁴ Mann dan Winn., *Op. Cit.* 75. [*The problem is complicated by the difficulty business face in developing "reasonable" security systems that would not be found negligent by a factfinder evaluating the system's security after a serious breach of security already has occurred. As discussed above, computer security standards are developing so rapidly that there is no reliable, standard metric against which business can compare their system. The most that business can do is try to identify the "best practices" in their respective industries and do their best to conform to those practices. For example, the federal government has created a Web site posting best practices developed by different government agencies, together with feedback from users that have tried to implement those best practices. Each best-practice document describes the legal and technical standards upon which it is based and explanation of how to implement the best practice in another organization*].

akan mempunyai dampak hukum yang berbeda, dimana yang satu berindikasi empiris karena merupakan hasil dari suatu proses komparasi, sedangkan yang satunya lagi berindikasi normatif karena merupakan pedoman umum berdasarkan *general principles*.

Di Inggris, istilah *good governance* dalam sistem elektronik, akan merujuk kepada teori Mayon-White dan Dyer tentang "*good practice*" yang telah dijadikan dasar dalam *British Standard Code of Practice* yang diterbitkan oleh British Standards Institute (DISC PC0008-1999 "*A Code of Practice for Legal Admissibility of Information Stored on Electronic Document Management System*"). Teori mereka lebih dikenal sebagai 5 prinsip hukum dalam sistem elektronik yang baik (*five principles in good practice*), yakni;

- (i) *recognize all types of information,*
- (ii) *understand the legal issues and execute "duty of care" responsibilities,*
- (iii) *identify and specify business process and procedures,*
- (iv) *Identify enabling technologies to support business process and procedures,*
and
- (v) *monitor and audit procedures.*¹⁶⁵

Standard tersebut juga terkait dengan *Code of Practice for Information Security Management BS 7799*. Kelima prinsip tersebut dipakai untuk melihat sejauh mana bobot pembuktian dari dokumen elektronik yang dihasilkan dari suatu sistem elektronik.

Menurut Michael Chissick dan Alistair Kelman, konsekuensi logis dari keberadaan kedua standar tersebut adalah sepanjang suatu informasi dihasilkan dari sistem yang sesuai dengan standard, maka secara *Prima Facie* informasi tersebut harus dapat diterima sebagai bukti dalam proses hukum acara (*legal proceedings*). Namun sebaliknya, jika informasi tersebut dihasilkan dari sistem yang tidak memenuhi standar maka seharusnya dianggap tidak dapat dijadikan sebagai bukti. Konsekuensi hal tersebut, membuat suatu organisasi membutuhkan suatu penetapan rantai tanggungjawab berikut akuntabilitas dalam penanganan suatu informasi pada suatu organisasi agar bernilai secara hukum nantinya.

¹⁶⁵ Michael Chissick dan Alistair Kelman., Electronic Commerce Law and Practice (3rd edition), (London: Sweet & Maxwell, 2002) 204-207.

E. Penerapan *Good Governance* berdasarkan Pedoman Tata Kelola TIK Nasional.

Sehubungan dengan hal-hal tersebut di atas, telah dikeluarkan Peraturan Menteri Nomor 41/PER/MEN.KOM.INFO/11/2007 tentang Panduan Umum Tata Kelola Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional (“Permen Tata Kelola TIK Nasional”), yang menyatakan bahwa latar belakang perlunya Tata Kelola TIK Nasional, adalah karena:

- a) Perlunya rencana TIK Nasional yang lebih harmonis karena hampir semua institusi memiliki Rencana TIK, tetapi integrasi dan sinkronisasi di level nasional masih lemah;
- b) Perlunya pengelolaan yang lebih baik untuk merealisasikan *flagship* nasional, yang merupakan inisiatif TIK strategis yang memerlukan pendekatan yang lebih baik, khususnya dalam hubungan antar lembaga dan hubungan penyedia layanan;
- c) Perlunya peningkatan efisiensi dan efektivitas belanja/investasi TIK, yang memerlukan mekanisme untuk menghindari kemungkinan terjadinya redundansi inisiatif TIK, sehingga meningkatkan efisiensi dan efektivitas belanja/investasi TIK Nasional; dan
- d) Perlunya pendekatan yang meningkatkan pencapaian *value* dari Implementasi TIK Nasional, dimana *value* yang dapat diciptakan dengan implementasi TIK, khususnya yang dapat dirasakan langsung oleh publik.

Berikutnya dalam pedoman TIK Nasional telah dinyatakan bahwa Model tata kelola TIK Nasional difokuskan pada pengelolaan proses-proses TIK melalui mekanisme pengarah dan monitoring serta evaluasi, yang secara keseluruhan mencakup sebagai berikut:

- 1) Struktur & Peran Tata Kelola
- 2) Proses Tata Kelola
 - a) Lingkup Proses Tata Kelola
 - i) Perencanaan Sistem

- ii) Manajemen Belanja/Investasi
- iii) Realisasi Sistem
- iv) Pengoperasian Sistem
- v) Pemeliharaan Sistem
- b) Mekanisme Proses Tata Kelola
 - i) Kebijakan Umum
 - ii) Monitoring dan Evaluasi

Selanjutnya juga dinyatakan bahwa panduan umum ini akan digunakan sebagai prinsip dan panduan bagi setiap institusi pemerintahan dalam penggunaan sumber daya TIK di institusi masing-masing, sehingga memenuhi asas: (i) efektifitas, (ii) efisiensi, dan (iii) akseptabilitas. Sementara tujuan panduan ini adalah memberikan batasan dan panduan bagi institusi pemerintahan dan entitas pengambil keputusan didalamnya dalam pengelolaan sumber daya TIK. Uniknya, dalam pedoman Tata Kelola TIK Nasional ini, telah dinyatakan bahwa ada lima prinsip dasar yang menjadi pondasi bangunan untuk melihat hal tersebut, yakni:

- (1) Prinsip 1 – Perencanaan TIK yang sinergis dan konvergen di level internal institusi dan nasional. Prinsip ini adalah untuk memastikan bahwa setiap inisiatif selalu didasarkan pada rencana yang telah disusun sebelumnya; dan memastikan bahwa rencana-rencana institusi di semua level pemerintahan, sinergis dan konvergen dengan rencana nasional.
- (2) Prinsip 2 - Penetapan kepemimpinan dan tanggungjawab TIK yang jelas di level internal institusi dan nasional. Prinsip ini adalah untuk memastikan bahwa setiap institusi memahami secara umum dan memastikan bahwa seluruh entitas fungsional di setiap institusi memahami dan menerima perannya dalam pengelolaan TIK di institusinya masing-masing.
- (3) Prinsip 3 – Pengembangan dan/atau akuisisi TIK secara valid. Prinsip ini adalah untuk memastikan bahwa setiap pengembangan dan/atau akuisisi TIK didasarkan pada alasan yang tepat dan dilakukan dengan cara yang tepat; berdasarkan analisis yang tepat dan terus menerus. Memastikan bahwa dalam setiap pengembangan dan/atau akuisisi TIK selalu ada

pertimbangan keseimbangan yang tepat atas manfaat jangka pendek dan jangka panjang, biaya dan risiko-risiko.

- (4) Prinsip 4 – Memastikan operasi TIK berjalan dengan baik, kapanpun dibutuhkan. Prinsip ini dibutuhkan untuk memastikan kesesuaian TIK dalam mendukung institusi, responsif atas perubahan kebutuhan kegiatan institusi, dan memberikan dukungan kepada kegiatan institusi di semua waktu yang dibutuhkan institusi.
- (5) Prinsip 5 – Memastikan terjadinya perbaikan berkesinambungan (*continuous improvement*) dengan memperhatikan faktor manajemen perubahan organisasi dan sumber daya manusia. Prinsip ini memastikan bahwa penetapan, tanggungjawab perencanaan, pengembangan dan/atau akuisisi, dan operasi TIK selalu dimonitor dan dievaluasi kinerjanya dalam rangka perbaikan berkesinambungan (*continuous improvement*). Memastikan bahwa siklus perbaikan berkesinambungan (*continuous improvement*) dilakukan dengan memperhatikan perubahan organisasi dan sumber daya manusia.

Dengan memperhatikan kelima prinsip dasar tersebut, dan membandingkannya dengan ke-enam prinsip dasar berdasarkan praktek bisnis yang berkembang, dapat dikatakan bahwa Pedoman Tata Kelola TIK Nasional, ternyata tidak memiliki satu prinsip yang paling mendasar, yakni prinsip kepatuhan hukum dalam penerapan TI. Akibat kekurangan prinsip ini, maka dapat dikatakan bahwa penerapan dan penyelenggaraan TIK berpotensi akan bertentangan dengan hukum, yang konsekuensi logisnya adalah penyelenggaraan sistem yang tidak jelas pertanggungjawaban hukumnya. Resiko terbesar yang akan dihadapi oleh praktisi TI dan penyelenggara sistem tersebut adalah akan dihadapkan pada posisi pertanggungjawaban yang bersifat mutlak (*strict liability*) serta tuduhan melakukan tindak pidana karena dengan sengaja menciptakan suatu sistem yang dapat merugikan kepentingan umum. Oleh karena itu, sangat diperlukan perbaikan terhadap pedoman itu agar penerapan TI menjadi suatu sistem informasi organisasional, tidak hanya efisien dan efektif dalam pendekatan kuantitatif, melainkan juga efektif dan valid secara hukum. Untuk melihat hal

tersebut maka pada bab berikutnya akan dikaji benturan kepentingan dan sejauhmana pertanggungjawaban hukum dari penyelenggara, yang selanjutnya akan menjadi dasar untuk memformulasikan suatu standar pemeriksaan hukum yang akan diterapkan pada bab berikutnya.

F. Kode Etik dan Piagam Evaluasi TIK (“Eva-TIK”).

Terkait dengan pedoman tata kelola TIK Nasional, perlu juga diketahui bagaimana kode etik dan patokan untuk melakukan evaluasi ataupun pemeriksaan terhadap penyelenggaraan sistem elektronik tersebut. Perlu juga dilihat bahwa, semua perkembangan TIK nasional sebenarnya tidak dapat dipisahkan dari peranan dan keberadaan Dewan Teknologi Informasi Nasional (DETIKNAS) selaku dewan yang mengembangkan dan merumuskan 7 (tujuh) program utama (*flagship*) pengembangan Teknologi Informasi dan Komunikasi nasional. Presiden RI sendiri langsung melibatkan diri sebagai Ketua Pengarah dari Dewan tersebut dan selanjutnya secara teknis operasional dimotori oleh Menteri Komunikasi dan Informatika selaku Ketua Harian.

Berdasarkan Keppres No.20 Tahun 2006 tentang Dewan Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional, telah ditetapkan bahwa Dewan TIK Nasional mempunyai tugas:

- (a) Merumuskan kebijakan umum dan arahan strategis pembangunan nasional, melalui pendayagunaan teknologi informasi dan komunikasi;
- (b) Melakukan pengkajian dalam menetapkan langkah-langkah penyelesaian permasalahan strategis yang timbul dalam rangka pengembangan teknologi informasi dan komunikasi;
- (c) Melakukan koordinasi nasional dengan instansi Pemerintah Pusat/Daerah, Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah, Dunia Usaha, Lembaga Profesional, dan komunitas teknologi informasi dan komunikasi, serta masyarakat pada umumnya dalam rangka pengembangan teknologi informasi dan komunikasi;
- (d) Memberikan persetujuan atas pelaksanaan program teknologi informasi dan komunikasi yang bersifat lintas departemen agar efektif dan efisien.

Dalam menjalankan tugas pokoknya untuk memberikan rekomendasi tentang kebijakan pengembangan TIK yang efisien dan efektif di Indonesia, DETIKNAS telah menetapkan 7 (tujuh) program utama TIK yang disebut sebagai

'*Flagship Program*', yang meliputi: (i) Palapa Ring¹⁶⁶, (ii) *e-procurement*¹⁶⁷, (iii) *National Single Window*¹⁶⁸, (iv) Nomor Identitas Nasional¹⁶⁹, (v) e-edukasi¹⁷⁰, (vi) *e-budgeting*¹⁷¹, dan (vii) Legalisasi Software¹⁷². Masing-masing *Flagship Program* tersebut memiliki pola *owner-member* atau siapa yang akan bertanggungjawab selaku *leader* dalam mengelola pengembangan TIK tersebut.¹⁷³

Selanjutnya, untuk melaksanakan tugasnya tersebut, Detiknas telah membentuk dua kelompok kerja, yakni (i) Kelompok Kerja Evaluasi TIK, dan (ii) Kelompok Kerja Tata Kelola TIK.

Dalam Kelompok Kerja Evaluasi TIK, yang anggota pokjanya berasal dari berbagai departemen yang tergabung dalam Detiknas, menghasilkan dua hal yakni (i) Kode Etik dan (ii) Piagam Evaluasi.

¹⁶⁶ *Palapa Ring Project* merupakan proyek pembangunan serta optik yang menghubungkan berbagai wilayah di Indonesia. Dalam proyek ini terdapat tujuh lingkaran kecil serat optik untuk wilayah Sumatra, Jawa, Kalimantan, Nusa Tenggara, Papua, Sulawesi, serta Maluku. Di luar itu ada satu saluran yang menghubungkan semua wilayah tersebut. Melalui pembangunan serat optik ini nantinya seluruh kabupaten/kota yang ada di Indonesia bisa terhubung satu dengan yang lainnya, dan bisa mendapatkan layanan wireless untuk jasa telephoni dan broadband.

¹⁶⁷ *E-procurement* adalah sistem pengadaan barang dan/atau jasa secara elektronik yang ditujukan agar kegiatan pengadaan barang dan jasa instansi pemerintah dapat dilakukan secara lebih cepat dan transparan. Kegiatan ini diharapkan bisa berjalan penuh di berbagai instansi pemerintah pusat maupun daerah pada tahun 2009.

¹⁶⁸ *National Single Windows* merupakan layanan terpadu lintas departemen untuk melayani kegiatan ekspor dan impor barang, yang memudahkan pelaku usaha dalam pengurusan dokumen di beberapa instansi tertentu, termasuk Badan Karantina, Badan POM, Departemen Perdagangan, Bea Cukai dan lain sebagainya.

¹⁶⁹ *National Identity Number* (Nomor Identitas Nasional/NIN) adalah sumber data nasional yang menjadi identitas tunggal bagi Warga Negara Indonesia. Melalui NIN ini nantinya kegiatan identifikasi bisa dilakukan dengan mudah, termasuk pendataan penduduk untuk perpajakan, pemilihan umum, hingga penyaluran bantuan langsung tunai.

¹⁷⁰ *E-education* merupakan pengembangan sarana pendidikan secara elektronik yang memungkinkan proses belajar mengajar secara jarak jauh (*e-learning*). Diharapkan akan terbuka kesempatan pemerataan pendidikan dengan kualitas yang sama dengan pendidikan formal.

¹⁷¹ *E-anggaran* diterapkan untuk mengefisienkan penggunaan anggaran, serta lebih menciptakan transparansi birokrasi. Dalam sistem ini nantinya penggunaan dana akan bisa dipantau secara langsung (*real-time*) dan terhubung antara satu instansi pemerintah dengan instansi pemerintah lainnya. Dengan sistem ini pula diharapkan koordinasi anggaran antara departemen dengan legislatif bisa berlangsung secara cepat, sehingga bisa menciptakan efisiensi waktu dan tenaga.

¹⁷² Dengan program Software Legal ini, setiap instansi pemerintah wajib menggunakan program komputer yang legal, dengan membayar lisensi atau menggunakan software yang gratis dan bebas (*open-source*).

¹⁷³ DETIKNAS, Persembahan Detiknas Dalam Peringatan 100 Tahun Kebangkitan Nasional Indonesia.

Dalam Kode Etik telah dirumuskan 6 (enam) prinsip dasar pokja, meliputi; (i) integritas¹⁷⁴, (ii) independensi¹⁷⁵, (iii) obyektivitas¹⁷⁶, (iv) kerahasiaan¹⁷⁷, dan (v) kompetensi¹⁷⁸. Prinsip-prinsip tersebut selanjutnya telah dituangkan dalam aturan-aturan pelaksanaan yang didukung dengan kemungkinan sanksi administratif berupa opsi pimpinan Detiknas untuk mengganti anggota tersebut.

Dalam aturan pelaksanaan tentang “Integritas”, dinyatakan bahwa Anggota Pokja EvaTIK harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Harus melaksanakan tugas evaluasi dengan kejujuran, kehati-hatian, dan penuh rasa tanggungjawab.
2. Harus memperhatikan hukum serta aturan yang berlaku.
3. Harus menghindari segala kegiatan atau aktivitas yang bertentangan dengan norma-norma umum yang berlaku.
4. Harus menghormati tujuan pembentukan Pokja EvaTIK sebagaimana tertuang dalam piagam evaluasi.
5. Harus memberikan kontribusi bagi pencapaian tujuan pembentukan Pokja EvaTIK sebagaimana tertuang dalam piagam evaluasi.
6. Harus dapat memberikan komitmen untuk dapat aktif melaksanakan tugas yang diterima dan memenuhi jadwal kegiatan yang telah disepakati bersama sebagai program kerja EvaTIK.

Sementara itu, dalam aturan pelaksanaan tentang “Independensi”, diatur bahwa Anggota Pokja EvaTIK harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Harus mempertahankan independensi secara faktual dan secara penampilan atas bidang yang dievaluasi dan personil utama yang mengelola *flagship* yang dievaluasi
2. Dalam situasi dimana independensi ini terganggu, anggota Tim harus mengungkapkannya dalam laporan hasil evaluasi atau menarik diri dari bidang

¹⁷⁴ Anggota Pokja EvaTIK memiliki integritas yang tinggi. Hasil kegiatan evaluasi akan dianggap kredibel (dapat dipercaya) dan dapat dipertanggungjawabkan secara moral dan teknis hanya jika dilakukan anggota pokja EvaTIK yang dipandang memiliki integritas.

¹⁷⁵ Anggota Pokja EvaTIK harus mempertahankan independensi, baik secara faktual maupun secara penampilan, dari bidang dan personil yang mengelola bidang yang dievaluasi.

¹⁷⁶ Anggota Pokja EvaTIK menunjukkan obyektivitas dalam keseluruhan kegiatan evaluasi mulai dari perencanaan, pengumpulan informasi, pengkajian informasi, pelaporan, dan diseminasi hasil terkait entitas yang dievaluasi. Untuk masing-masing entitas dimaksud, dalam keseluruhan kegiatan evaluasi, anggota pokja EvaTIK memperhatikan dan mempertimbangkan berbagai faktor yang relevan secara proporsional tanpa dipengaruhi oleh kepentingan pribadi, kelompok, maupun pihak lain. Obyektivitas yang dijunjung tinggi oleh anggota pokja EvaTIK selalu memperhatikan kepentingan dan keuntungan Bangsa dan Negara di atas berbagai kepentingan tersebut di atas.

¹⁷⁷ Anggota Pokja EvaTIK menghormati kepemilikan data dan informasi yang diperolehnya, menjaga kerahasiaan data dan informasi tersebut serta tidak mengungkapkannya kepada pihak yang tidak diberi atau memiliki kewenangan.

¹⁷⁸ Anggota Pokja EvaTIK menggunakan pengetahuan, kemampuan, dan pengalaman yang dimilikinya dalam pelaksanaan tugas evaluasi yang diberikan.

yang dievaluasi untuk digantikan oleh anggota tim yang lain yang tidak terganggu independensiya.

Kemudian, dalam aturan pelaksanaan tentang “Obyektivitas,” ditentukan bahwa Anggota Pokja EvaTIK harus memperhatikan hal sebagai berikut:

1. Harus menghindari segala kegiatan atau aktivitas yang dapat atau diperkirakan dapat mempengaruhi obyektivitasnya terkait penugasan evaluasi.
2. Harus secara jujur menilai obyektivitasnya terkait kegiatan evaluasi yang akan ditugaskan kepadanya dan, jika kemampuan untuk bersikap obyektif tersebut tidak diyakininya, mengungkapkan ketidakmampuannya tersebut, demi menjamin pelaksanaan evaluasi yang menjunjung tinggi obyektivitas.
3. Harus menolak pemberian dalam bentuk apapun dari pihak yang terkait dengan objek evaluasi yang dapat atau diperkirakan dapat mempengaruhi obyektivitasnya terkait penugasan evaluasi.
4. Harus mengungkapkan seluruh fakta yang ketahuinya, yang jika tidak diungkapkan, dapat mempengaruhi obyektivitas evaluasi.
5. Harus mengungkapkan seluruh fakta dengan tetap memperhatikan kepentingan dan keuntungan Bangsa dan Negara, di atas berbagai kepentingan pribadi, golongan, dan kelompok

Berikutnya, dalam aturan pelaksanaan tentang “Kerahasiaan” diuraikan bahwa Anggota Pokja EvaTIK harus memperhatikan hal sebagai berikut:

1. Harus dengan penuh kehati-hatian memanfaatkan dan menjaga informasi yang diperolehnya dalam melaksanakan tugas evaluasi.
2. Harus menghindari pemanfaatan informasi untuk kepentingan pribadi atau kelompoknya dengan cara apapun, yang akan berpotensi menimbulkan konflik dengan tujuan pembentukan Pokja EvaTIK sebagaimana tertuang dalam piagam evaluasi.

Selanjutnya, dalam aturan pelaksanaan tentang “Kompetensi” ditentukan bahwa Anggota Pokja EvaTIK harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Harus secara berkala mengevaluasi serta meningkatkan kemampuan, efektivitas, dan kualitas kerjanya.
2. Harus melaksanakan keseluruhan kegiatan evaluasi dengan berpegang pada standar, kebijakan, serta petunjuk pelaksanaan evaluasi yang berlaku.

Akhirnya, sebagai butir ke-enam dari aturan pelaksanaan diaturlah tentang ancaman terhadap penyimpangan Kode Etik, dimana anggota Pokja harus melakukan evaluasi diri terhadap pemenuhan kode etik dan segera mengajukan pengunduran diri apabila tidak mampu memenuhi segala sesuatu yang telah ditetapkan dalam Kode Etik tersebut. Dalam hal evaluasi kelompok oleh Pokja EvaTIK diketahui adanya penyimpangan terhadap Kode Etik maka wajib segera

dilaporkan kepada pimpinan Dewan TIK Nasional untuk dapat segera dilakukan penggantian anggota yang tidak mampu memenuhi Kode Etik. Dengan kata lain, Detiknas akan mengambil langkah penggantian anggota Pokja, jika yang bersangkutan tidak memiliki iktikad untuk mengundurkan diri.

Selanjutnya dalam Piagam Evaluasi¹⁷⁹ telah ditentukan Visi¹⁸⁰ dan Misi¹⁸¹, Wewenang, Kewajiban dan Tanggungjawab, serta Ruang Lingkup Pekerjaan dan Standar Pelaksanaan Pekerjaan.

Dalam piagam evaluasi tersebut, telah disebutkan bahwa wewenang dari Pokja EvaTIK adalah sebagai berikut:

1. Pokja EvaTIK memiliki wewenang untuk memperoleh informasi dari seluruh unit kerja dan staff manajemen/pelaksana di lingkungan program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional.
2. Pokja EvaTIK memiliki wewenang untuk melihat dan memeriksa semua dokumen dan catatan serta meminta keterangan dan informasi yang diperlukan dari setiap unit kerja dan staff manajemen/pelaksana dalam waktu yang ditentukan.
3. Pokja EvaTIK memiliki wewenang untuk mengalokasikan sumberdaya audit, menentukan fokus, ruang lingkup dan jadwal audit, serta menerapkan teknik yang dipandang perlu untuk mencapai tujuan evaluasi TIK.
4. Pokja EvaTIK memiliki wewenang untuk mendapatkan saran dan nasehat dari nara sumber professional dalam kaitannya dengan kegiatan assurance program unggulan (*flagship*) DewanTIK Nasional.
5. Pokja EvaTIK wajib menyampaikan laporan dan melakukan konsultasi dengan Ketua Tim Pelaksana Dewan TIK Nasional dan berkoordinasi dengan Pimpinan lainnya.

¹⁷⁹ Departemen Komunikasi dan Informatika, Kode Etik dan Piagam Evaluasi, 2007.

¹⁸⁰ Visi: Menjadi evaluator yang memiliki dedikasi dan profesionalisme tinggi, mampu memberikan nilai tambah bagi stakeholder TIK Nasional, membantu Dewan TIK Nasional menciptakan tata kelola TIK yang baik di lingkungan pemerintahan sehingga program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional menjadi wahana yang memberikan jalan tercapainya efisiensi, efektivitas, dan daya saing yang tinggi dalam pengelolaan kegiatan pelayanan pemerintahan di Indonesia.

¹⁸¹ Misi: (1) melaksanakan assurance bersama auditor internal instansi terkait kegiatan program unggulan (*flagship*) Detiknas dalam mewujudkan terselenggaranya pengawasan dan pengendalian terutama tercapainya tata kelola yang baik (*Good Governance*) dan pencapaian manfaat (*Benefit Realisation*) TIK di instansi pemerintah Indonesia; (2) melaksanakan pendampingan evaluasi terhadap tahap studi, tahap konsep, tahap realisasi, dan tahap operasi TIK program unggulan (*flagship*) Detiknas dengan acuan *best-practice* Tata Kelola TIK; (3) Melakukan assurance, konsultasi, dan memberikan rekomendasi untuk meningkatkan efisiensi dan efektivitas rencana pencapaian manfaat (*benefit realisation plan*) program unggulan (*flag-ship*) Detiknas; (4) Melaksanakan koordinasi dan pendampingan dengan auditor internal pemerintah yang terkait program unggulan Detiknas (baik di lingkungan Departemen, Lembaga Pemerintah Non Departemen, BUMN/BUMD, dan Badan Usaha lainnya) dalam mencapai akuntabilitas tata-pamong (*governance*) dan manajemen pencapaian manfaat (*benefit management*) TIK instansi pemerintah.

Berikutnya juga dijabarkan bahwa, Kewajiban dari Pokja EvaTIK adalah sebagai berikut:

1. Pokja EvaTIK berkewajiban untuk membantu Pimpinan Dewan TIK Nasional dalam memenuhi tanggungjawab pengelolaan program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional, dengan cara membentuk kerangka pemantauan kecukupan dan efektivitas sistem pengendalian manajemen program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional.
2. Pokja EvaTIK berkewajiban membantu Pimpinan Dewan TIK Nasional dalam meningkatkan upaya terwujudnya tata kelola yang baik pada program unggulan (*flagship*), terutama dengan mendorong efektivitas organisasi, efektivitas proses pengendalian manajemen, manajemen risiko, dan pencapaian Ukuran Kinerja Terpilih (*Key Performance Indicator*) dan Rencana Pencapaian Manfaat (*Benefit Realisation Plan*) program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional.
3. Pokja EvaTIK berkewajiban memberikan penilaian dan rekomendasi agar program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional mengarah pada pencapaian manfaat, tujuan dan sasaran secara efisien dan efektif.
4. Pokja EvaTIK berkewajiban untuk membantu Pimpinan Dewan TIK Nasional untuk memberikan perhatian terhadap perubahan lingkungan, risiko bisnis yang muncul, dan hal-hal lain yang mempengaruhi hasil dan kinerja *flagship* Dewan TIK Nasional.
5. Pokja EvaTIK berkewajiban untuk menciptakan nilai tambah dengan mengidentifikasi peluang-peluang yang memungkinkan upaya peningkatan efisiensi dan efektivitas pencapaian manfaat program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional.

Terkait dengan itu, juga dijelaskan tentang Ruang Lingkup Pekerjaan dari Pokja tersebut dimana untuk memenuhi kewajiban tersebut, ruang lingkup pekerjaan Pokja EvaTIK mencakup pendampingan Inspektorat Jenderal/Inspektorat Utama/ Inspektorat Departemen/LPND, Badan Pengawas Daerah Provinsi/Kabupaten/Kota, atau satuan kerja audit internal lainnya yang terkait dengan program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional untuk:

1. Membentuk kerangka evaluasi kecukupan dan efektifitas proses manajemen (*governance*) *flagship* Dewan TIK Nasional dalam mencapai manfaat yang tercantum dalam Rencana Pencapaian Manfaat (*Benefit Realisation Plan*) dan melakukan pengelolaan risiko
2. Memastikan (*assurance*) bahwa sistem tata kelola (*governance*) telah terselenggara secara baik, bekerja secara efisien dan efektif dalam mencapai manfaat, tujuan dan sasaran yang dinyatakan dalam Rencana Pencapaian Manfaat (*Benefit Realisation Plan*).
3. Mengevaluasi ketaatan terhadap Rencana Pencapaian Manfaat (*Benefit Realisation Plan*) atau dokumen sejenis yang sesuai dengan arahan program unggulan (*flagship*) Dewan TIK Nasional.
4. Mengevaluasi risiko, value, kehandalan dan integritas informasi pada *flagship* Dewan TIK Nasional.

Selain kewajiban juga diuraikan tentang Tanggungjawab dari pokja EvaTIK, dimana dalam memenuhi kewajibannya, Ketua Pokja EvaTIK bertanggungjawab kepada Ketua Dewan TIK Nasional untuk:

1. Memberikan kerangka evaluasi kecukupan dan efektifitas proses manajemen (*governance*) *flagship* Dewan TIK Nasional dalam mengendalikan kegiatannya mencapai *Benefit Realisation Plan* dan pengelolaan risiko
2. Bersama auditor internal Pemerintah, memberikan penilaian mengenai kecukupan dan efektivitas proses tata kelola (*governance*) *flagship* Dewan TIK Nasional dalam mengendalikan kegiatannya mencapai *Benefit Realisation Plan* dan pengelolaan risiko.
3. Melaporkan hal-hal penting yang berkaitan dengan proses tata kelola (*governance*), termasuk melaporkan kemungkinan peningkatan *flagship* Dewan TIK Nasional.
4. Berkoordinasi dengan institusi auditor internal Pemerintah (baik di lingkungan Departemen, Lembaga Pemerintah Non Departemen, BUMN/BUMD, dan Badan Usaha lainnya yang terkait *flagship*) dalam kaitan dengan tugas-tugas assurance *flagship* Dewan TIK Nasional.

Selanjutnya juga diuraikan tentang Standar Pelaksanaan Pekerjaan dan Pembiayaan Kegiatan. Dalam melaksanakan tugas-tugasnya, Pokja EvaTIK Dewan TIK Nasional menggunakan Standar Audit Sistem Informasi yang disusun dengan mengacu pada berbagai standar audit, antara lain (i) *IS Standards, Guidelines and Procedures for Auditing and Control Professionals* dari ISACA, (ii) *Standar Internal Audit* dari *The Institute of Internal Auditor Inc.*, (iii) Kode Etik dari *The Institute of Internal Auditor Inc.*, dan (iv) Piagam Evaluasi Kelompok Kerja Evaluasi TIK Dewan TIK Nasional. Sementara terkait dengan Pembiayaan Kegiatan, maka Untuk memastikan efektivitas pelaksanaan tugasnya, kegiatan EvaTIK dibiayai oleh anggaran Dewan TIK Nasional, sementara pelaksanaan tugas auditor internal yang didampingi menjadi kewajiban instansi bersangkutan.

Yang menarik untuk dicermati dari Piagam Evaluasi tersebut, adalah keberadaan Kelompok kerja EvaTIK yang dibentuk untuk menjadi evaluator TIK yang memiliki pengabdian dan profesional sehingga mampu memberi nilai tambah bagi pemangku kepentingan TIK, serta membantu Detiknas menciptakan tata kelola yang baik di lingkungan pemerintahan, sehingga pada gilirannya mampu menjadikan masyarakat Indonesia yang memiliki daya saing yang tinggi, dan mencapai pemerintahan yang efisien dan efektif.

Terkait dengan itu, meskipun untuk menjalankan tugasnya, Evaluator TIK telah diberikan kewenangan, kewajiban dan tanggungjawabnya, namun, hal ini menyisakan pertanyaan bagaimanakah pertanggungjawaban mereka dari sisi perdata maupun pidana. Permasalahan hukum yang ditimbulkan akibat pernyataan profesional mereka sebaiknya tidak hanya merupakan sanksi administratif belaka dengan cara mengundurkan diri dan/atau dipecat, melainkan juga dapat digugat sebagai perbuatan melawan hukum terhadap pelayanan jasa yang tidak layak (*inadequate professional services*) atau tidak profesional (*professional misconduct*).

Sementara itu, terhadap keberadaan Kelompok Kerja Tata Kelola TIK, mereka sangat diharapkan untuk dapat membuat suatu panduan Tata Kelola TIK yang menjadi pedoman bagaimana menggunakan TIK untuk mendukung penyelenggaraan pemerintahan, dengan memperhatikan efisiensi penggunaan sumber daya dan pengelolaan resiko terkait.

Model Tata Kelola TIK difokuskan kepada pengelolaan proses-proses TIK melalui mekanisme pengarah, monitoring dan evaluasi, yang meliputi: (a) Struktur dan Peran Tata Kelola, yang memperlihatkan entitas apa saja yang berperan dalam pengelolaan proses-proses TIK dan bagaimana pemetaan perannya dalam pengelolaan proses-proses TIK tersebut; dan (b) Proses Tata Kelola, yang memperlihatkan proses-proses yang ditujukan untuk memastikan bahwa tujuan-tujuan utama tata kelola dapat tercapai, terkait dengan tujuan organisasi, pengelolaan sumber daya, dan manajemen resiko.

Panduan Umum Tata Kelola TIK tersebut diharapkan akan menjadi rujukan bagi pihak-pihak di luar instansi pemerintahan seperti auditor, komunitas masyarakat dan publik dalam mewujudkan ICT governance. Selanjutnya Detiknas mengembangkan suatu solusi pengembangan dan penyelenggaraan sistem TIK untuk skala nasional, yang disebut sebagai Kerangka Arsitektur TIK

Nusantara (“KARTIKA”) dengan berpijak kepada pola *shared services*¹⁸² dan *utility model*¹⁸³.

Pada tahap awal pengembangan, dimulai dengan penyusunan suatu *Request For Proposal* (RFP) oleh para pemilik inisiatif yang akan menjadi pengguna jasa. RFP tersebut mencakup kebutuhan serta pelayanan yang diperlukan. Selanjutnya, para penyedia jasa dapat membentuk konsorsium dan kolaborasi untuk mengajukan proposal. Penyedia jasa tersebut terdiri atas *network operator* dan *service provider* sebagai penyedia berbagai macam produk dan layanan teknologi. Dengan demikian pengguna jasa dapat memilih konsorsium yang menyediakan jasa yang dibutuhkan sesuai dengan persyaratan yang telah ditentukan. Pada saat ini, perlu disusun suatu badan regulator (*regulatory board*) yang terdiri dari pihak-pihak yang berkepentingan untuk meregulasi dan mengawasi pelaksanaan operasi pengguna maupun penyedia jasa layanan TIK.

Selanjutnya, pada tahap operasional setelah arsitektur KARTIKA terbentuk, maka berbagai pengguna jasa dapat menggunakan layanan yang disediakan sesuai dengan kebutuhan. Pembayaran atas penyediaan jasa dilakukan sesuai dengan banyaknya dan jenis transaksi yang dilakukan. Pola kerjanya adalah tersedia daftar layanan yang disajikan kepada para pengguna jasa. Kemudian pengguna dapat memilih layanan yang dibutuhkannya. Penyedia jasa akan melayani kebutuhan pengguna sesuai dengan permintaan dengan biaya per transaksi sebesar yang telah disepakati oleh kedua belah pihak.

Jasa Pelayanan TIK yang disediakan dapat diperbaharui secara berkala sesuai dengan perkembangan teknologi, ekonomi, dan bisnis. Untuk itu, badan regulator harus memiliki informasi yang lengkap mengenai organisasi yang terlibat maupun jasa layanan TIK yang tersedia. Hal ini sangat kritis untuk

¹⁸² Pola *shared services* memiliki karakteristik yang berbeda dengan pola *outsourcing*. Dalam pola *shared services*, penyedia jasa bukan satu unit independen melainkan suatu jaringan penyedia jasa yang berkolaborasi. Investasi awal maupun investasi selanjutnya dibebankan kepada anggota kolaborasi yang terkait. Dengan demikian efisiensi biaya langsung dirasakan dengan adanya skala ekonomis yang didapatkan.

¹⁸³ *Utility Model* dapat didefinisikan sebagai pola penyediaan jasa sesuai dengan permintaan. Aplikasi model tersebut dalam penyediaan jasa TIK mencakup infrastruktur, aplikasi serta proses-proses terkait yang sesuai dengan kebutuhan pengguna jasa. Jenis jasa yang disediakan harus sesuai dengan definisi kebutuhan pengguna (*user requirements*), tingkat keandalan, kegunaan dan utilisasi yang dibutuhkan, serta skala dan eksklusifitas jasa yang diperlukan.

memastikan agar seluruh aktivitas operasional dan pembayaran jasa terjaga dengan baik, transparan, efisien dan efektif.

Karakteristik Utama dalam KARTIKA adalah persaingan pasar yang akan terbentuk, kepastian akan kepatuhan dan kolaborasi yang teratur. Konsep KARTIKA akan menumbuhkan pasar dimana memungkinkan terjadinya kompetisi yang bebas dan adil antara penyedia jasa TIK. Dengan demikian akan memudahkan pengguna layanan publik untuk fokus kepada penawaran produk dan jasa yang beragam serta berkualitas tanpa harus khawatir mengenai masalah infrastruktur.

KARTIKA membantu regulator dalam mengelola dan memonitor masing-masing organisasi dalam melaksanakan fungsi-fungsi kepatuhan yang telah dicanangkan melalui cara-cara yang sangat efektif dan efisien. Dengan adanya sistem yang tersentralisasi berdasarkan prinsip-prinsip regulasi yang berlaku, akan mempermudah proses audit, pengawasan dan supervisi yang biasa dilakukan oleh regulator.

Selain itu, dengan struktur pendekatan kerjasama antara berbagai organisasi yang berkolaborasi dalam KARTIKA akan memungkinkan pemakaian komponen-komponen teknologi secara bersama, sehingga implementasi teknologi terbaik dengan cara yang mudah serta terjangkau biayanya. Selanjutnya, untuk menjelmakan KARTIKA diperlukan pengaturan/regulasi terhadap beberapa aspek penting, yakni: (i) Kepastian Keamanan, (ii) Standarisasi data dan format konten informasi berikut audit trail untuk penyedia jasa, (iii) kepastian *interoperability* antar Penyedia Jasa, dan (iv) Peranan Pemerintah untuk mengatur penggunaan data bersama berikut petunjuk pelaksanaan (juklak) antar instansi pemerintahan.

Merujuk kepada uraian tersebut diatas, dapat ditarik benang merah bahwa pembangunan 7 (tujuh) proyek besar penentu (*flagship*) tersebut diarahkan untuk menarik sebesar-besarnya peranan atau partisipasi pihak swasta untuk membangun dan menyelenggarakan sistem tersebut. Kecenderungan pola tersebut adalah pola *Public Private Partnership* yang melibatkan beberapa otoritas publik dalam pemerintahan (selaku pembeli jasa layanan publik) berkolaborasi bersama swasta yang mendesain dan menyelenggarakan sistem tersebut untuk memberikan

pelayanan publik. Perwujudan usaha dari PPP tersebut adalah pembentukan *Quasi Government* yang mengarah kepada *Self Regulatory Organisation*.

Pada akhirnya, dengan melihat kembali semua uraian tersebut diatas, perlu dicatat sebagai penutup bab ini, bahwa seiring dengan perkembangan teknologi telematika dewasa ini, ternyata perkembangan teori tentang suatu tata kelola yang baik (baik dalam konteks organisasi publik maupun organisasi privat), ternyata tidak dapat dipisahkan dari keberadaan tata kelola yang baik dalam penyelenggaraan sistem elektronik, yang tidak hanya sebagai infrastruktur pendukungnya melainkan juga sebagai representasi ataupun bentuk konkrit dari penerapan konsep atau prinsip-prinsip tata kelola yang baik itu sendiri. *Good Clean Government* maupun *Good Corporate Governance* secara sistemik dapat terlihat dengan adanya suatu sistem elektronik yang pengembangan dan penyelenggaraanya sesuai dengan kebutuhan dan karakteristik organisasi manajemen itu sendiri (*IT Governance*).

Penerapan *green-light theory* dalam dinamika hukum administrasi negara di Indonesia, sesungguhnya membuka ruang gerak bagi administrasi negara untuk dapat bertindak lebih aktif dalam melindungi kepentingan umum, khususnya dalam hal penyelenggaraan sistem elektronik. Sesuai peraturan perundang-undangan, meskipun tidak ada pendelegasian dari suatu Undang-Undang kepada menteri, namun selaku administrasi negara ia berhak melakukan sesuatu demi kepentingan umum asalkan hal tersebut masih dalam lingkup kewenangannya..

Sesuai dengan dinamika negara hukum modern yang memberikan ruang bagi industri/pelaku usaha dan masyarakat untuk mengambil peran mensejahterakan bangsanya, maka dalam rangka membangun sistem elektronik untuk layanan publik dapat diterapkan pola Kerjasama Pemerintah dan Swasta yang dipantau dengan baik oleh Masyarakatnya. Kewajiban Pemerintah dalam mengeluarkan kebijakan dan regulasi (baik aturan tentang *Public-Private Partnership/Perpres KPS*, pengelolaan barang milik negara, standar penyelenggaraan sistem elektronik, dan pedoman tata kelola dan evaluasi TIK Nasional) adalah dasar legitimasi yang diperlukan oleh pelaku usaha untuk memperjelas tanggungjawabnya (*liability*) kepada Publik.

--- o0o ---

BAB III

Perkembangan Teori Pertanggung Jawaban Hukum Dan Penerapannya dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik

A. Perkembangan Teori tentang Tanggung Jawab Hukum

Terkait dengan prinsip kepatuhan hukum dalam suatu tata kelola yang baik, maka secara hukum perlu dilihat terlebih dahulu bagaimana sebenarnya perkembangan teori dan konsep tanggung jawab hukum serta perbuatan melawan hukum ("PMH") yang memberikan hak kepada pengguna sistem untuk menuntut ganti rugi terhadap penyelenggaraan sistem yang merugikan kepentingannya.

Umumnya konsep tanggung jawab hukum (*liability*) akan merujuk kepada tanggung jawab dalam bidang hukum publik (mencakup tanggung jawab hukum administrasi negara dan tanggung jawab hukum pidana), dan tanggung jawab dalam hukum privat (perdata). Mengingat fokus yang akan dibahas dalam disertasi ini adalah penyelenggaraan sistem informasi elektronik untuk layanan publik yang lahir akibat Kerjasama Pemerintah dan Swasta, maka dalam bab ini akan dibahas tanggung jawab administrasi negara (*Onrechmatige Overheid Daadzaken/OOD*) dan tanggung jawab pelaku usaha terhadap suatu perbuatan yang bersifat melawan hukum (*onrechmatige daad*).

A.1. Perbuatan Melawan Hukum oleh Administrasi Negara

Dalam konteks tanggung jawab administrasi negara, secara umum tolok ukur untuk menentukan sifat melawan hukum dari suatu tindakan Administrasi Negara, paling tidak ditentukan oleh dua hal, yakni: (i) Apakah administrasi negara tersebut telah menjalankan kewenangannya berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan (ii) Apakah administrasi negara tersebut telah menerapkan AAUPB dalam menjalankan kewenangannya tersebut.

Terkait dengan keberadaan AAUPB, menjadi suatu hal yang menarik untuk dikaji, apakah eksistensi AAUPB (Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang

Baik) sebenarnya hanyalah suatu prinsip hukum saja ataukah sudah merupakan suatu norma hukum positif karena telah jelas-jelas disebutkan dalam pasal dari beberapa Undang-Undang. Jika AAUPB hanya menjadi prinsip hukum maka seharusnya keberadaannya tidak mempunyai sanksi secara tegas berdasarkan perundang-undangan. Sementara dalam kenyataannya pelanggaran terhadap AAUPB akan berakibat kepada gugatan perbuatan melawan hukum.

Pada sisi yang lain keberadaan AAUPB tidak dirumuskan secara jelas dengan pengaturan yang lebih detail sifatnya, padahal kejelasan perumusan dengan ukuran-ukuran tertentu sebagai suatu kewajiban memerlukan keberadaan sanksi agar hal tersebut dapat menjadi perilaku atau sikap tindak administrasi negara. Hal ini membuat suatu wilayah abu-abu bagi administrasi negara, karena meskipun Azas ternyata dinyatakan secara tegas sebagai norma hukum namun ternyata tidak diatur dalam ketentuan yang lebih detil.

Sebagai salah satu contohnya adalah penerapan azas transparansi. Kelalaian administratur negara terhadap hal tersebut tidak secara tegas dinyatakan sebagai hal yang akan berdampak secara materil terhadap tindakan ataupun putusan administrasi negara. Apakah hal tersebut seharusnya berdampak akan menjadi batal demi hukum ataukah tidak? Ketidakjelasan pengaturan terhadap penerapan AAUPB tersebut hanya menjadikan begitu rentannya suatu tindakan administrasi negara dari gugatan publik yang mungkin saja beriktikad tidak baik yakni agar terganggunya roda pemerintahan dan mengakibatkan rezim pemerintahan yang berkuasa menjadi tidak mendapatkan dukungan publik. AAUPB menjadi bersifat sangat lentur yang cenderung juga mengakibatkan ketidakpastian hukum, sehingga AAUPB dapat dikatakan menjadi tidak layak untuk menjadi suatu ukuran terhadap adanya batasan kepatutan dalam konteks administrasi negara. Padahal pada sisi yang lain terdapat kepentingan umum yang lebih luas yakni demi jalannya roda pembangunan untuk memberikan kesejahteraan pada bangsanya. Jika kondisi ini berlanjut terus maka kepentingan umum yang lebih luas menjadi dikalahkan oleh sekelompok elit yang menyalahgunakan demokrasi demi kepentingan golongannya agar setidaknya rezim yang sedang berkuasa tidak akan dapat memiliki kondite yang baik di mata publik.

Dalam perkembangannya, upaya untuk lebih mengkonkritkan AAUPB telah menghasilkan suatu inisiatif untuk membuat RUU tentang Administrasi Pemerintahan,¹⁸⁴ yang pada esensinya memberikan perlindungan yang lebih kepada masyarakat dengan meminimalisir kemungkinan penyalahgunaan kewenangan dengan pengaturan tentang Penyelenggaraan Administrasi Pemerintahan, Prosedur Administrasi Pemerintahan, syarat-syarat sah-nya (formil maupun materil) suatu Keputusan Administrasi Pemerintahan, Upaya Administratif terhadap Keputusan Administrasi Pemerintahan, Tanggung Jawab Administrasi Pemerintahan serta Sanksi Administratifnya, dan memberikan kewenangan kepada PTUN (Peradilan Tata Usaha Negara) untuk menyelesaikan sengketa tersebut.

Sebelum keberadaan UU PTUN, semua tindakan administrasi negara dapat digugat secara perdata dengan dasar keberadaan Pasal 2 RO Ned jo Pasal 165 GW Ned yang berbunyi:

"Pemeriksaan dan pemutusan semua sengketa mengenai hak milik (eigendom) atau hak-hak yang lahir dari padanya, mengenai utang piutang atau hak-hak keperdataan ...adalah semata-mata diserahkan kepada Kekuasaan Kehakiman".

Penerapan Pasal 2 RO tersebut nampak dalam pertimbangan HR dalam Arrestnya tahun 1915 Guldmond/Noordwijkerhout (HR 31 Desember 1915 halaman 407), dimana HR memilih penalaran bahwa formulasi gugatan yang menentukan adanya suatu obyek yang disengketakan (*objektum litis*): asal dalam gugatan dirumuskan bahwa ada suatu hak keperdataan yang disengketakan yang dimohonkan perlindungan maka gugatannya sudah memenuhi syarat untuk menjadikan Hakim Perdata berwenang mengadilinya.

Dalam praktek dan perkembangannya, ternyata putusan Hakim Perdata seringkali dirasakan kurang adil, karena hanya melihat dari hubungan keperdataan saja (hubungan antara anggota masyarakat) atau kurang ditunjang dengan pemahaman yang baik tentang ilmu pemerintahan, sehingga seringkali

¹⁸⁴ Pasal 1 ayat (1) RUU Administrasi Pemerintahan, Administrasi Pemerintahan adalah semua tindakan hukum dan tindakan materil yang dilakukan oleh Instansi Pemerintah dan Pejabat Administrasi Pemerintahan serta badan hukum lain yang diberi wewenang untuk melaksanakan semua fungsi atau tugas pemerintahan, termasuk memberikan pelayanan Publik terhadap masyarakat berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

mengabaikan kepentingan umum yang lebih luas, yakni kepentingan bangsa untuk berjalannya pembangunan demi mensejahterakan rakyatnya.

Menurut Indroharto,¹⁸⁵ sebelum berlakunya PTUN, pada dasarnya terdapat tiga jalur prosedur penyelesaian sengketa administratif, yakni: (i) Jalur Prosedur Keberatan, (ii) Jalur Banding Administratif, dan (iii) Jalur gugatan PMH berdasarkan Pasal 1365.

Selanjutnya, setelah berlakunya PTUN, maka jalur prosedur pada butir (i) dan (ii) di atas kemudian menjadi jalur upaya administratif, dan wajib ditempuh sebelum dilakukannya gugatan PMH terhadap administrasi negara. Jika hal tersebut tidak dilakukan maka gugatan TUN selayaknya dinyatakan tidak dapat diterima.

Menurut Indroharto pula,¹⁸⁶ gugatan PMH terhadap pejabat TUN, selayaknya harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:.

- 1) Hakim Perdata bersangkutan harus berwenang memeriksa gugatannya;
- 2) Perbuatan penguasa yang digugat harus bersifat melawan hukum, artinya bertentangan dengan norma hukum (tertulis maupun tidak tertulis) yang berlaku, yaitu untuk melindungi kepentingan penggugat;
- 3) Kerugian yang diderita penggugat itu disebabkan oleh kesalahan tergugat atau menjadi resiko tergugat yang harus ditanggungnya;
- 4) Harus terbukti bahwa ada hubungan kausal antara perbuatan para pihak yang bersalah tersebut dengan kejadian yang menimbulkan kerugian yang diderita penggugat tersebut;
- 5) Harus terbukti bahwa kerugian tersebut memang terjadi.

Sehubungan dengan itu, Indroharto juga mengemukakan tentang sah atau tidaknya tindakan hukum pemerintahan, dapat didekati dengan dasar penilaian sebagai berikut, yakni:

- a) Pelanggaran hak subyektif orang lain;
- b) Bertentangan dengan kewajiban berdasarkan UU;
- c) Bertentangan dengan kecermatan;
- d) Bertentangan dengan kepatutan.

¹⁸⁵ Indroharto, Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara: Buku I Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Negara, (Jakarta: Sinar Harapan, 2000) 39.

¹⁸⁶ Ibid.

Selanjutnya untuk mencegah agar Hakim Perdata jangan terlalu jauh melakukan pengujian terhadap perbuatan pemerintahan, menurut Indroharto pula kemudian dikembangkan beberapa pendapat dan dalil yang bersifat dogmatis, yakni:¹⁸⁷

- a) Apakah perbuatan yang dilakukan oleh Penguasa yang bersangkutan adalah sebagai Penguasa atautah sebagai Pribadi;
- b) Apakah perbuatan yang dilakukan oleh Penguasa yang bersangkutan bertentangan dengan Hukum Perdata atautah Hukum Publik;
- c) Apakah merupakan suatu norma instruksi atautah merupakan norma jaminan
- d) Sampai seberapa jauhkah Hakim harus menghormati kebebasan pemerintah untuk melaksanakan tugas kewajiban pemerintahannya;
- e) Sampai seberapa jauhkah Hakim Perdata itu boleh menguji perbuatan pemerintahan yang dipersoalkan kepada AAUPB?

Dalam perkembangannya, perbuatan melawan hukum oleh Administrasi Negara tersebut dikenal juga dengan istilah mal-administrasi sebagaimana dinyatakan dalam pasal 1 butir (3) UU No.37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia., yakni:

Maladministrasi adalah perilaku atau perbuatan melawan hukum, melampaui wewenang, menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari yang menjadi tujuan wewenang tersebut, termasuk kelalaian atau pengabaian kewajiban hukum dalam penyelenggaraan pelayanan publik yang dilakukan oleh Penyelenggara Negara dan pemerintahan yang menimbulkan kerugian materil dan/atau immateril bagi masyarakat dan orang perseorangan

Definisi yang cukup luas tersebut, berpotensi menghambatnya jalannya roda pemerintahan karena banyak hal yang dapat dilaporkan sebagai tindakan maladministrasi. Mengingat kewenangan Ombudsman bukanlah untuk mengadili, melainkan memberikan rekomendasi, maka potensi tersebut menjadi tidak begitu berpengaruh. Yang akan terjadi hanya pemanggilan kepada Administrasi Negara untuk menindaklanjuti aduan masyarakat tentang tindakan maladministrasi. Hal tersebut akan menjadi lain, manakala Hakim Perdata menganut definisi maladministrasi dalam UU Ombudsman tersebut, karena roda pemerintahan akan

¹⁸⁷ Ibid.

menjadi terhambat akibat potensi gugatan yang bisa semakin liar karena menyatakan terjadi kerugian immateril.

Dalam prakteknya dewasa ini, *trend* atau kecenderungan untuk melakukan gugatan perdata ternyata masih lebih banyak jumlahnya dibanding penyelesaian melalui PTUN.¹⁸⁸ Bahkan dalam lingkup Telematika, khususnya hukum penyiaran, ditemukan sedikit keganjilan dimana terjadi gugatan perdata oleh anggota masyarakat atas nama LSM kepada Pemerintah karena tidak melakukan tindakan sesuatu (pembiaran) terhadap pengalihan saham dalam suatu perseroan yang telah memperoleh Izin Penyelenggaraan Penyiaran (IPP), dimana tindakan pengalihan saham tersebut dianggap sebagai tindakan pengalihan lisensi atau dalam bahasa media masa dinyatakan sebagai jual beli spektrum frekwensi untuk penyiaran. Pemerintah digugat karena membiarkan hal tersebut terjadi padahal seharusnya pemerintah menjalankan kekuasaannya untuk mencabut IPP dari perusahaan tersebut. Gugatan tersebut dilayangkan dengan dalil adanya kepentingan masyarakat (*class action*), khususnya dengan menggunakan keberadaan pasal tentang peran serta masyarakat dalam UU No.32 Tahun 2002 tentang Penyiaran. Sementara, tidak terjadi kerugian langsung kepada si penggugat, dimana selayaknya hakim harus memperhatikan *legal standing* tersebut. Lebih aneh lagi, meskipun dalam gugatan PMH, penggugat meminta PN untuk menghukum pemerintah mencabut izin Lembaga Penyiaran Swasta tersebut, sementara pihak yang akan dicabut izinnya tidak pernah dijadikan sebagai Pihak Tergugat, melainkan hanya turut tergugat saja. Pihak penggugat bahkan meminta sejumlah ganti rugi yang hasilnya akan dibagikan kepada Lembaga Swadaya Masyarakat yang bergerak dalam bidang Media, dan menuntut pemerintah untuk meminta maaf kepada publik melalui semua media masa yang ada, dengan tidak menyebutkan jumlah media secara limitatif.

Dari kasus tersebut, terlihat bahwa praktek gugatan PMH semacam tersebut diatas mengakibatkan tugas pemerintah untuk melaksanakan pembangunan menjadi terhambat. Apalagi jika hal tersebut terjadi karena ketidakjelasan perumusan dalam Undang-undang yang mengakibatkan pemerintah menghadapi suatu dilema. Pada satu sisi, administrasi negara akan menghadapi

¹⁸⁸ Lintong Siaahaan., *op. cit.*,8.

gugatan PTUN karena dapat dituduh bertindak sewenang-wenang dengan mencabut izin secara sepihak. Namun, pada sisi yang lain pembiaran pun dianggap sebagai suatu PMH.

Dalam perkembangannya sekarang, seiring dengan kebijakan di banyak negara untuk meningkatkan peran swasta dalam pembangunan khususnya untuk infrastruktur lewat perjanjian kerjasama (Kerjasama Pemerintah dan Swasta), maka menjadi pertanyaan penting apakah pada saat itu pemerintah berkedudukan setara dengan swasta sebagaimana layaknya perjanjian perdata pada umumnya. Padahal apa yang dituju dengan perjanjian itu bukanlah untuk mencari keuntungan melainkan demi kepentingan pelayanan umum.

Menurut Indroharto, tidak tertutup kemungkinan di kemudian hari Yurisprudensi PERATUN akan condong mengarah ke pendapat yang sekarang berlaku di Perancis yang menganggap semua perjanjian yang dilakukan dengan pihak pemerintah itu selalu merupakan *action administratif* dan tunduk kepada hukum TUN serta masuk dalam kompetensi peradilan administrasi. Namun beliau juga memberikan catatan bahwa baik di Belanda maupun di Indonesia masih berlaku anggapan yang kuat bahwa manakala suatu instansi pemerintah mengadakan perjanjian dengan warga masyarakat, maka menurut asas dalam hukum perdata, ia dianggap sejajar dengan lawan kontraknya (*staat op gelijke voet als een privaate person*), sehingga instansi pemerintah yang bersangkutan tidak dalam berkedudukan yang diistimewakan (*tidak gepreviligieerd*) baik pada waktu menyusun maupun pada waktu melaksanakan isi perjanjian. Namun, promovendus sangat setuju dengan pendapat Indroharto, bahwa anggapan tersebut sebenarnya tidaklah realistis karena dalam kenyataannya apapun yang dilakukan pemerintah adalah ditujukan untuk menjaga dan memelihara kepentingan umum, sehingga tetap tidak melupakan ketentuan-ketentuan hukum publik yang berlaku. Oleh karena itu walau bagaimanapun perjanjian dengan pemerintah (*government contracts*) tetap punya kekhususan berbeda dengan hubungan keperdataan pada umumnya.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Indroharto, Perbuatan Pemerintahan Menurut Hukum Publik dan Hukum Perdata, modul angkatan pertama Program Pendidikan Lanjutan Ilmu Hukum bidang PTUN (terbitan tanpa tahun) 105-106.

Sehubungan dengan itu, dalam melakukan tugasnya untuk melakukan layanan publik, khususnya dalam konteks *public utilities*, administrasi negara juga harus bertanggungjawab terhadap kerugian yang ditimbulkannya kepada publik dalam batasan waktu tertentu (*limitation period*) terhitung sejak tanggal terjadinya kerusakan atau terhitung sejak tanggal diketahuinya kerusakan dan identitas pelaku. Berdasarkan penelitian yang dilakukan oleh Ulrich Magnus dan Hans W. Micklitz, ditemukan bahwa beberapa negara juga menganut prinsip pertanggungjawaban yang berbeda terhadap *public utilities*, dimana sedikit negara (contoh: Italia) menerapkan prinsip *strict liability*, sedangkan beberapa negara lainnya menerapkan prinsip *presumed negligence* (contoh: Jerman dan Inggris), dan prinsip pertanggungjawaban atas kesalahan (contoh: Perancis, Spanyol dan Amerika Serikat).¹⁹⁰ Lebih lanjut perbedaan ketiga prinsip pertanggungjawaban hukum tersebut dipaparkan pada sub-bab selanjutnya.

A.2 Perbuatan Melawan Hukum Dalam Keperdataan

Secara umum dapat dibedakan adanya dua jenis tanggung jawab dalam hukum perdata berdasarkan hukum perikatan, yakni: (a) tanggung jawab hukum karena perjanjian/hubungan kontraktual (*privity of contract*),¹⁹¹ dan (b) tanggung jawab karena Undang-Undang. Berikutnya, Tanggung jawab yang lahir karena UU tersebut juga mencakup dua hal, yakni (i) tanggung jawab yang timbul karena UU saja atau (ii) tanggung jawab yang lahir sebagai akibat dari perbuatan orang, dimana perbuatan tersebut dapat bersifat sesuai hukum (perbuatan yang sah/halal) maupun perbuatan yang bersifat melawan hukum yang disebut juga dengan istilah

¹⁹⁰ Ulrich Magnus – Hans-W. Micklitz, Final Report: Comparative Analysis Of National Liability Systems For Remedying Damage Caused By Defective Consumer Services, A Study Commissioned By The European Commission.

¹⁹¹ Pasal 1338 KUHPerd: Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya; dan Pasal 1340 KUHPerd: Persetujuan-persetujuan hanya berlaku antara para pihak-pihak yang membuatnya. Persetujuan-persetujuan itu tidak dapat membawa rugi kepada pihak-pihak ketiga; tak dapat pihak-pihak ketiga mendapat manfaat karenanya, selain dalam hal yang diatur dalam Pasal 1317; lihat juga Pasal 1317 KUHPerd: Lagipun diperbolehkan juga untuk meminta ditetapkannya suatu janji guna kepentingan seorang pihak ketiga, apabila penetapan suatu janji, yang dibuat oleh seorang untuk dirinya sendiri, atau suatu pemberian yang dilakukannya kepada seorang lain, memuat suatu janji yang seperti itu. Siapa yang telah memperjanjikan seperti itu, tidak boleh menariknya kembali apabila pihak ketiga tersebut telah menyatakan hendak mempergunakannya.

Perbuatan Melawan Hukum/PMH (*tort*).¹⁹² Tanggung jawab tersebut tidak hanya akibat perbuatannya sendiri melainkan juga akibat dari perbuatan orang atau benda yang berada dibawah kekuasaannya (Pasal 1367 KUHPerd).¹⁹³

Sehubungan dengan itu, penelitian ini menemukan bahwa jika dipandang dari keberadaan suatu kewajiban baik sebelum atau setelah terjadinya suatu peristiwa tak tentu (*accident*), maka terhadap tanggung jawab hukum, sebenarnya juga dapat dibedakan dalam dua hal, yakni (i) tanggung jawab sebelum terjadinya suatu kejadian, dan (ii) tanggungjawab setelah kejadian.

Tanggung jawab sebelum sesuatu kejadian (*ex-ante liability*) adalah tanggung jawab untuk mematuhi semua UU dan/atau regulasi administrasi negara dalam rangka memberikan sesuatu yang layak kepada publik (contoh; *safety regulation, standar laik dagang/standard merchantability, standar layanan/Quality of Services*, dan penerapan prinsip tata kelola yang baik terhadap penyelenggaraan sesuatu). Sementara untuk tanggungjawab setelah kejadian (*ex-post liability*), adalah tanggungjawab untuk memulihkan keadaan bagi yang dirugikan kepada keadaan yang semula. Kepentingan tersebut direpresentasikan dengan pembayaran sejumlah ganti rugi yang sesuai dengan kerugian yang diderita, sebagai bentuk kompensasi dari perbuatan tersebut.

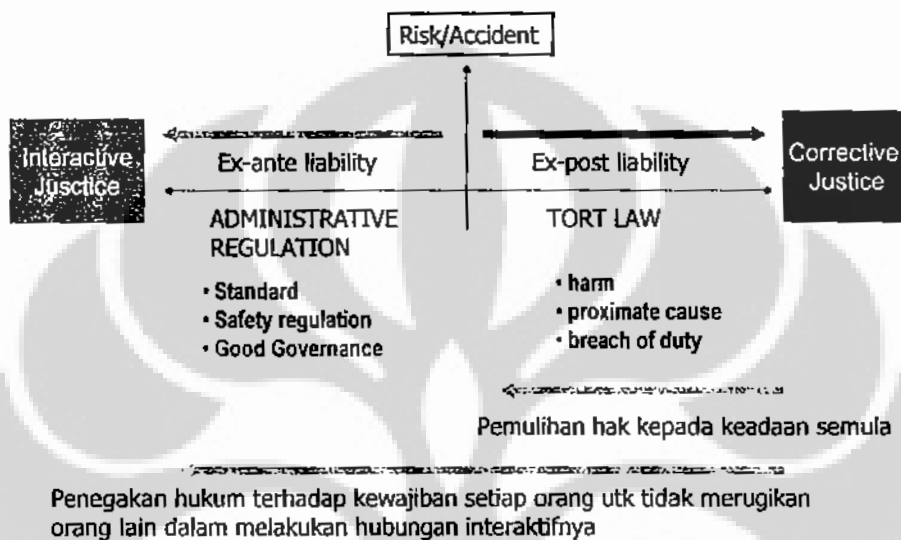
Dalam paradigma *corrective justice*, prinsip dasar keberadaan tanggung jawab adalah kewajiban untuk memulihkan kembali sehingga dasar pemikirannya adalah untuk mengganti kerugian yang ditimbulkan sebagai konsekwensi hubungan kausalitas dari tindakan tersebut. Sementara dalam paradigma *interactive justice* dasar keberadaan tanggung jawab adalah untuk menegakkan kewajiban yang seharusnya diemban oleh setiap orang dalam melakukan hubungan interaksinya kepada orang lain sehingga dasar pemikirannya adalah untuk mencegah setiap orang menyalahgunakan hak kebebasannya yang dengan

¹⁹² Pasal 1233 KUHPerd: Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang; lihat juga pasal 1352 KUHPerd: Perikatan yang lahir karena undang-undang, timbul dari undang-undang sebagai undang-undang atau dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang'; dan Pasal 1353 KUHPerd: Perikatan yang lahir dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang, muncul dari suatu perbuatan yang sah atau dari perbuatan yang melanggar hukum.[Prof R. Soebekti, SH dan R. Tjitrosudibio., Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, 269]

¹⁹³ 1367 KUHPerd: Seseorang tidak hanya bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan perbuatannya sendiri, melainkan juga atas kerugian yang disebabkan oleh perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya, atau disebabkan barang-barang yang berada di bawah pengawasannya.

sendirinya meletakkan praduga bersalah dan pembebanan pembuktian terbalik serta pembayaran sejumlah tertentu melebihi jumlah kerugian langsung sebagai bentuk penghukuman.

Pendekatan Pertanggungjawaban



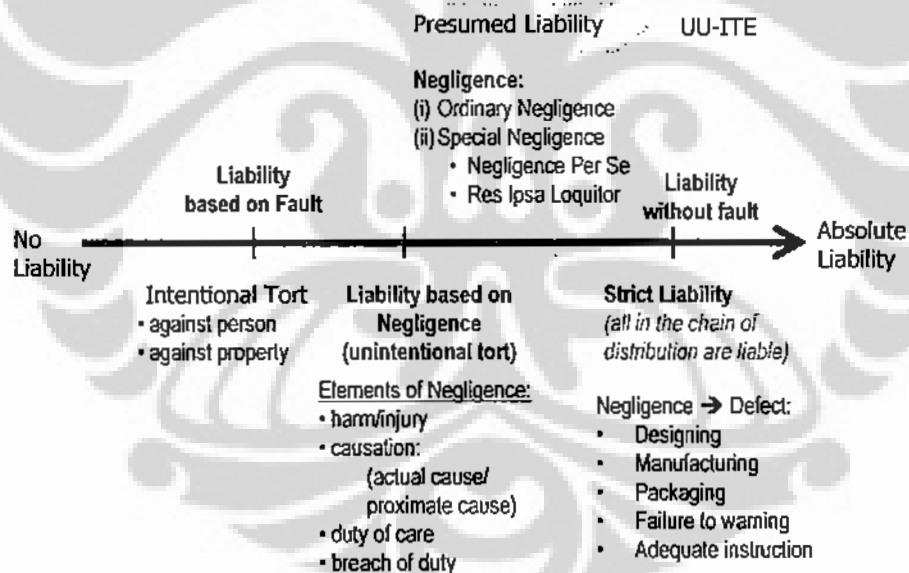
Gambar III.1 - Pendekatan terhadap Pertanggungjawaban dan Keadilan Interaktif (diolah kembali dari berbagai sumber)

Sehubungan dengan itu pula, dalam prakteknya terdapat adanya suatu rentang ataupun spektrum dalam penentuan suatu tanggung jawab hukum, yakni dari hal yang tidak dapat dipertanggungjawabkan sama sekali (karena perbuatan tersebut sesuai hukum) sampai dengan hasil perbuatan yang harus dipertanggungjawabkan secara mutlak. Diantaranya terdapat konsep pertanggungjawaban atas kesalahan, tanggung jawab atas kelalaian (baik *negligence per se* maupun *res ipsa loquitor*), dan tanggung jawab tanpa kesalahan.

Berdasarkan penelitian, promovendus juga menemukan adanya kerancuan pemahaman dalam penggunaan istilah tanggung jawab mutlak yang sering disepadankan dengan istilah *strict liability* dan *absolute liability*, yang sebenarnya baik secara leksikal maupun normatif adalah dua istilah yang berbeda. Istilah *strict* sebenarnya menjelaskan adanya karakteristik tanggung jawab yang bersifat

ketat (*strict*)¹⁹⁴ sementara tanggung jawab yang bersifat absolut (*absolute liability*) bersifat mutlak ataupun final. Sifat *ketat* sebenarnya mengarah kepada kondisi perbuatan yang sudah jelas kesalahannya namun hubungan kausalitas antara tindakan dengan akibatnya masih harus dilihat proporsionalitasnya, sehingga masih dimungkinkan perlawanan atau *defence* untuk itu, yang dengan sendirinya batasan pemulihan kerugian menjadi tidak limitatif (*consequential*) atau tidak ditentukan batas maksimumnya. Sedangkan sifat *absolute*, lebih mengarah kepada kondisi perbuatan dimana selain sudah jelas kesalahannya pun juga sudah jelas hubungan kausalitas antara perbuatan dengan akibatnya, sehingga sudah sudah tidak dimungkinkan lagi perlawanan (*defense*) untuk melihat proporsionalitasnya, yang dengan sendirinya batasan pemulihan kerugian harus telah ditentukan secara limitatif oleh Undang-Undang itu sendiri atau dapat dikatakan sudah bersifat final.

Teori dan spektrum tanggungjawab



Gambar III.2 - Teori dan Spektrum Tanggungjawab
(diolah dari berbagai sumber)

¹⁹⁴ Dalam kamus bahasa, *strict* sama pengertiannya dengan kata sifat *severe, firm, stringent, exact, precise, narrow* dan *accurate*, sedangkan *absolute* sama pengertiannya dengan *total, complete, unqualified, unconditional, supreme* dan *fixed*.

Menurut Rosa Agustina dalam disertasinya tentang Perbuatan Melawan Hukum, dinyatakan bahwa PMH lahir karena adanya prinsip bahwa barang siapa melakukan perbuatan yang membawa kerugian kepada orang lain mewajibkan orang yang karena salahnya mengganti kerugian tersebut (Pasal 1365 KUHPertd). Prinsip ini merupakan turunan dari teori *corrective justice* yang mengajarkan bahwa setiap orang harus dilindungi hak-haknya dan dipulihkan keadaannya (seperti semula sebelum PMH itu terjadi) agar ada keseimbangan antara keadilan dan kepastian hukum yang merupakan tujuan hukum.¹⁹⁵

Lebih lanjut Rosa Agustina juga menjelaskan bahwa dilihat dari wilayah hukumnya pengaturan mengenai PMH dapat dijumpai baik dalam hukum pidana maupun dalam hukum perdata. Dalam kedua wilayah ini, konsep PMH memperlihatkan adanya persamaan dan perbedaan. Perbedaan yang pokok adalah perbuatan melawan hukum dalam pidana lebih memberi perlindungan kepada *public interest*, hak obyektif dan tujuannya adalah pemidanaan terhadap pelaku. Sementara PMH dalam hukum perdata, lebih memberikan perlindungan kepada *private interest*, hak subyektif, dan tujuannya adalah pemulihan hak yang dirugikan atau dengan kata lain meniadakan kerugian yang harus dideritanya.¹⁹⁶

Kemudian dilihat dari aktornya, baik pelaku PMH dalam perdata maupun pidana, mereka sama-sama bertindak atas sesuatu yang bertentangan dengan larangan ataupun suruhan yang sudah dinormakan secara rasional ataupun positif. Oleh karena itu, dalam konsep hukum Indonesia dikatakan bahwa suatu tindak pidana adalah juga PMH, sehingga jika ingin menerapkan Pasal 1365 terhadap gugatan ganti rugi dari akibat suatu tindak pidana, maka setelah diputuskan terlebih dahulu bahwa perbuatan tersebut telah memenuhi unsur-unsur pidana sebagaimana yang didakwakan baru kemudian dilakukan gugatan perdatanya. Hal itu dilakukan dalam rangka mempermudah pembuktian untuk memperjelaskan unsur kesalahan yang seharusnya dibuktikan dalam PMH secara perdata. Dalam prakteknya hal tersebut juga dapat berjalan secara paralel, tergantung pada daluwarsanya tindakan itu sendiri.

Dalam perkembangannya konsep pidana pun juga akan berubah, hal ini terlihat dalam rumusan pada Pasal 1 Rancangan KUHP, yang menyatakan:

¹⁹⁵ Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Depok: FHUI Pascasarjana 2003) 91-96

¹⁹⁶ Ibid.

- (1) Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
- (2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi.
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang undangan.
- (4) Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Namun demikian, sebenarnya definisi PMH dalam perdata maupun pidana nantinya adalah jauh lebih luas karena juga mencakup kepada yang tertulis maupun yang tidak tertulis, seperti tata susila, kepatutan dan kehati-hatian yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan hidup dalam masyarakat atau terhadap harta benda masyarakat (Pasal 1339 KUHPerd) ¹⁹⁷. Penilaian apakah suatu perbuatan termasuk PMH atau tidak, tidak cukup apabila hanya didasarkan pada pelanggaran karena kesengajaan saja melainkan juga karena kelalaian (Pasal 1366 KUHPerd). ¹⁹⁸ Fakta bahwa seseorang telah melakukan pelanggaran terhadap suatu kaedah hukum dapat menjadi faktor pertimbangan untuk menilai apakah perbuatan yang menimbulkan kerugian tadi sesuai atau tidak sesuai dengan kepatutan yang seharusnya dimiliki setiap orang dalam pergaulan masyarakat.

Selanjutnya teori tersebut berkembang dari PMH yang berdasarkan atas kesalahan yang harus dibuktikan oleh si penggugat, menjadi PMH tanpa kesalahan (*strict liability*) dengan mekanisme pembuktian terbalik yang menjadi beban pembuktian dari yang digugat. Hal ini terjadi karena posisi yang tidak setimbang antara penggugat dengan tergugat sehingga demi kesamaan dihadapan hukum (*equality before the law*) maka beban pembuktian tersebut menjadi harus terbalik. Contohnya dapat dilihat dalam ketentuan yang terdapat dalam UU No.23

¹⁹⁷ Pasal 1339 KUHPerd: Persetujuan tidak hanya mengikat apa yang dengan tegas ditentukan di dalamnya, melainkan juga segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan dituntut berdasarkan keadilan, kebiasaan, atau undang-undang.

¹⁹⁸ Setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaian atau kurang hati-hatinya.

Tahun 1997 tentang Lingkungan Hidup ("UU Lingkungan") dan UU No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen ("UU Perlindungan Konsumen").

Pada sisi yang lain, PMH juga dapat dilakukan kepada sikap tindak administrasi negara yang merugikan individu masyarakat. Hal itu sebelum adanya UU No. 5 Tahun 1986 tentang Pengadilan Tata Usaha Negara ("UU-PTUN") adalah wilayah Hakim Perdata, namun setelah UU-PTUN maka sepanjang menyangkut penetapan TUN yang bersifat individual, final dan konkrit maka harus diputuskan terlebih dahulu bahwa putusan TUN tersebut bersifat PMH, baru kemudian diteruskan secara perdata terhadap gugatan kerugian yang dideritanya berdasarkan PMH. Selain menyangkut putusan yang individual, final dan konkrit tersebut, gugatan PMH kepada tindakan administrasi negara, dapat juga terjadi dalam bentuk gugatan terhadap tindakan kelalaian TUN untuk melakukan sesuatu kewajiban tertentu. Jika ia diwajibkan oleh UU untuk melakukan hal tertentu, namun ternyata tidak melakukan apapun, maka yang dirugikan menjadi berhak menuntut hal tersebut. Sayangnya terhadap hal ini, secara nyata tidak tegas diangkat oleh UU-PTUN dari kewenangan Hakim Perdata.

Sehubungan dengan itu, secara garis besar dapat dipahami bahwa konsep PMH adalah sebenarnya bersifat terbuka dimana hal tersebut memberikan keleluasaan kepada hakim untuk menemukan hukum sesuai dinamika masyarakatnya, dan dengan sendirinya akan berkembang secara terus menerus. Bahkan, dalam unsur 'melawan hukum' itu sendiri juga mencakup tindakan yang aktif dan juga tindakan yang pasif, dimana menurut MA Moegni, melekatnya sifat aktif pada PMH dapat dilihat apabila perbuatan tersebut dilakukan dengan sengaja mengakibatkan kerugian orang lain. Sebaliknya, jika suatu perbuatan diam atau dengan sikap pasif (mendiamkan sesuatu) yang dengan sengaja bertujuan untuk merugikan orang lain, maka ia telah melawan hukum dengan tanpa harus menggerakkan badannya.

Sebagai catatan pembandingan di Negara-negara *Common Law* khususnya Inggris dan Amerika Serikat, konsep perbuatan melawan hukum dapat dipadankan dengan istilah *Tort* yang merujuk dari bahasa Perancis yang berarti suatu kesalahan yang terhadapnya dapat dimintakan kompensasi atau pertanggungjawaban ganti rugi.

*Tort is the French word for a 'wrong'. Tort law protects a variety of injuries and provides remedies for them. Under Tort Law, an injured party can bring a civil lawsuit to seek compensation for a wrong done to the party or to the party's property. Many torts have their origin in common law. The court and legislatures have extended tort law to reflect changes in modern society.*¹⁹⁹

Sementara di Belanda sendiri, menurut Arthur S. Hartkamp dalam KUHPerd Baru Belanda (*new code*), penafsiran terhadap konsep perbuatan melawan hukum (*unlawful act*) juga sudah meluas karena merujuk tidak hanya pelanggaran hak atau pelanggaran suatu kewajiban berdasarkan undang-undang (*statutory duty*) melainkan juga terhadap aturan tak tertulis berkenaan dengan tindakan yang sesuai dengan kesusilaan masyarakat (*proper social conduct*).

The interpretation of the concept of "unlawful act" referred to above (supra, nr. 1) has been laid down in the new Code (art. 6:162 para. 2). According to that paragraph the following acts are deemed to be unlawful: the violation of a right and an act or omission violating a statutory duty or "a rule of unwritten law pertaining to proper social conduct". This is by no means the only open-ended concept in the law of tort. It is up to the courts to decide whether an act under that paragraph really constitutes an unlawful act or whether that is not the case because there is "a ground of justification" for that act. Some of these grounds are laid down in statute law, but they may also flow from unwritten law. And under the old Code an unlawful act only gave rise to an obligation to pay damages if there was "fault" on the part of its author, that is to say if the act could be reproached to him. The new Code (art. 6:162 para. 3) adds that an unlawful act may also in the absence of fault be imputed to its author if he is "answerable according to common opinion". (garis bawah dari penulis)²⁰⁰

Sehubungan dengan itu, merujuk kepada putusan Hogeraad 1919 dalam kasus Cohen vs Lidenbaum, Rosa Agustina kemudian menguraikan bahwa unsur-unsur perbuatan melawan hukum adalah: (a) perbuatan tersebut melawan hukum; (b) harus adanya kesalahan pada pelaku (*schuld*); (c) harus ada kerugian, dan (d) harus ada hubungan kausal antara perbuatan dan kerugian. Adapun terhadap unsur melawan hukum itu sendiri memerlukan empat syarat, yakni (i) bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku; (ii) bertentangan dengan hak subyektif orang lain²⁰¹; (iii) bertentangan dengan kesusilaan;²⁰² dan (iv) bertentangan dengan kepatutan²⁰³, ketelitian dan kehati-hatian.²⁰⁴

¹⁹⁹ Henry Cheeseman, *Op cit.* 91.

²⁰⁰ Arthur S. Hartkamp., *Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands.*, (Roma 1992) 11.

²⁰¹ Yang dimaksud dengan hak subyektif orang lain adalah (i) hak-hak perorangan seperti kebebasan, kehormatan, nama baik; dan (ii) hak atas harta kekayaan, hak kebendaan dan hak mutlak lainnya.

Selanjutnya, dengan berpatokan kepada unsur-unsur dalam PMH tersebut, Rosa mencatat adanya beberapa persamaan dan perbedaan terhadap konsep PMH (*unlawful act*) yang dianut oleh Indonesia yang berasal dari negara-negara Eropa Kontinental yang mewarisi sistem hukum Romawi²⁰⁵, dengan konsep *Tort* dalam negara *Common Law* yang merupakan warisan dari *Anglo-Saxon*.

Setidaknya terdapat 4 (empat) hal yang merupakan kesamaan terkait dengan unsur 'melawan hukum', pada PMH dan *Tort*, yakni: (1) sama-sama dilarang atau tidak diterima oleh masyarakat karena akan menimbulkan kerugian orang lain; (2) sama-sama dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang (a) melanggar hak orang lain; (b) sama-sama melanggar kewajiban Undang-undang; dan (c) sama-sama bertentangan dengan kesusilaan atau kepatutan dalam pergaulan masyarakat; (3) PMH dan *Tort* tidak bersumber dari perjanjian antara para pihak; dan (4) dalam beberapa hal, baik PMH maupun *Tort* meliputi juga perbuatan pidana, seperti contohnya adalah penghinaan, penganiayaan, dan kelalaian yang menyebabkan kematian atau cacat badan.

Sementara, perbedaan antara PMH dan *Tort* adalah (1) pengertian PMH bersifat lebih luas ketimbang *Tort* yang bersifat terbatas karena harus sesuai dengan kualifikasi ataupun kategorisasi tentang *Tort*; dan (2) terhadap ketentuan tentang PMH terdapat rumusnya dalam UU (KUHPerd), sementara terhadap *Tort* tidak ada rumusnya dalam UU melainkan lahir dan berkembang dari yurisprudensi.

²⁰² Yang dimaksud dengan kesusilaan adalah norma-norma moral sepanjang dalam kehidupan masyarakat diakui sebagai norma hukum.

²⁰³ Yang dimaksud dengan kepatutan adalah kesetimbangan kepentingan individual dengan kepentingan orang lain dan mengikuti apa yang menurut masyarakat patut dan layak, yakni (i) perbuatan yang merugikan orang lain tanpa kepentingan yang layak, (ii) perbuatan yang tidak berguna yang menimbulkan bahaya bagi orang lain, yang berdasarkan pemikiran yang normal perlu diperhatikan. R. Setiawan, Pokok-pokok Hukum Perikatan (Bandung: Binacipta, 1979) 82-83, dalam Agustina, *Op. cit*, 56.

²⁰⁴ *Ibid.* 51-53 [unsur melawan hukum dalam arti luas mencakup kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian lahir karena putusan/Arret Hoge Raad tanggal 31 Januari 1919, dalam kasus Cohen vs Lindenbaum 1919.

²⁰⁵ Dalam hukum Romawi pertanggungjawaban PMH mencakup *injuria*, *furtum* dan *lex aquila*. Yang dimaksud dengan *Injuria* adalah mencakup seluruh penyerangan terhadap orang dan kehormatannya, sementara *Furtum* adalah mencakup penyerangan terhadap harta kekayaan, dan *Lex Aquila* adalah pertanggung jawaban seseorang terhadap budak dan binatang piaraan. Pada saat itu pula berkembang konsep dari *actiones utiles* dan *actiones in factum*, yakni kerugian yang terjadi akibat hubungan langsung dan akibat hubungan tidak langsung.

Berikutnya, terkait dengan unsur 'kesalahan', persamaan antara PMH dengan *Tort* adalah (i) kesalahan didasarkan atas kesengajaan atau kelalaian; (ii) kesalahan mempunyai dua pengertian, yakni (a) pengertian obyektif dimana ukuran tingkah lakunya adalah umum, dan (b) pengertian subyektif dimana berkenaan dengan pelaku itu sendiri yakni apakah yang bersangkutan mempunyai kecakapan untuk mengatasi suatu kerugian yang mungkin akan timbul. Sedangkan perbedaan antara PMH dengan *Tort* adalah; terhadap PMH berdasarkan Pasal 1365 jo Pasal 1865²⁰⁶ KUHPerdT harus ada unsur kesalahan yang harus dibuktikan, sementara dalam *Tort* tidak semua kualifikasi memerlukan pembuktian atas kesalahan, khususnya *strict liability* yang tidak memerlukan pembuktian atas kesalahannya.

Sementara, Terkait dengan unsur 'kerugian,' persamaan dalam PMH dengan *Tort* adalah (i) unsur kerugian pada dasarnya harus dibuktikan, (ii) besarnya ganti rugi ditentukan oleh hakim, (iii) tujuan ganti rugi adalah untuk mengembalikan keadaan seperti semula.²⁰⁷ Sementara perbedaannya adalah (i) unsur kerugian dalam PMH tetap harus dibuktikan, sementara dalam *Tort* ada suatu kualifikasi *Tort* tertentu yang tidak harus dibuktikan (contoh: *trespass to land & libel*); (ii) kerugian yang diderita adalah harus merupakan kausalitas (dengan kata lain hanya bersifat *compensatory damages*), sedangkan dalam *Tort* selain *compensatory* juga dimungkinkan untuk melakukan *nominal damages*²⁰⁸ dan *exemplary damages/punitive damages*.²⁰⁹

Sedangkan terkait dengan unsur 'kausalitas', pada dasarnya terdapat persamaan antara PMH dengan *Tort*, yakni sama-sama memerlukan adanya

²⁰⁶ Setiap orang yang mengaku/mendalilkan bahwa ia mempunyai sesuatu hak, atau guna menunjuk suatu peristiwa untuk meneguhkan haknya itu atau untuk membantah suatu hak orang lain, wajib membuktikan adanya hak itu atau kejadian yang dikemukakan itu.

²⁰⁷ Pasal 1243 KUHPerdT: Penggantian biaya, kerugian dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan mulai diwajibkan, bila debitur, walaupun telah dinyatakan lalai, tetap lalai untuk memenuhi perikatan itu, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dilakukannya hanya dapat diberikan atau dilakukannya dalam waktu yang melampaui tenggang waktu yang telah ditentukan. Lihat juga 1248 KUHPerdT: Bahkan jika tidak terpenuhinya perikatan itu disebabkan oleh tipudaya debitur, maka penggantian biaya, kerugian dan bunga, yang menyebabkan kreditor menderita kerugian dan kehilangan keuntungan, hanya mencakup hal-hal yang menjadi akibat langsung dari tidak dilaksanakannya perikatan itu.

²⁰⁸ ganti rugi sejumlah uang ini tidak memerlukan pembuktian atau semata-mata hanya untuk menunjukkan telah terjadi *tort* terhadap penggugat.

²⁰⁹ ganti rugi yang diberikan selain kerugian yang diderita atau merupakan ganti rugi yang berfungsi sebagai penghukuman atau pencegahan agar tindakan tersebut tidak dilakukan lagi.

kesetimbangan hubungan sebab dan akibat dengan perhitungan yang layak (*adequate veroorzaking*). Sedangkan perbedaannya adalah pada unsur maksud buruk (*malice*) yang dalam konteks penghinaan menurut KUHPerdT harus dibuktikan maksud buruk penghinaannya, sementara pada umumnya kualifikasi *Tort* tidak perlu membuktikan maksud buruk tersebut (kecuali dalam hal yang bersifat *intentional tort*, khususnya yang berkaitan dengan *personal rights*, seperti *defamation*).

Melengkapi catatan perbandingan dari Rosa Agustina tersebut, penulis melihat bahwa hubungan kausalitas pada kualifikasi *Tort* tertentu (*yaitu strict liability*) tidak hanya menyangkut hubungan yang bersifat langsung (antar korban dengan tergugat) tetapi juga yang tidak langsung, terutama pada saat penerapannya dalam tanggung jawab produk (*strict product liability*). Demikian pula dengan konteks ganti rugi, yang tentunya hal yang dapat dimintakan adalah mencakup kepada tanggung jawab atas kerugian yang diakibatkan kepada pihak ketiga. Ringkasnya, bentuk ganti rugi yang dapat dimintakan adalah (i) penggantian biaya-biaya yang telah dikeluarkan; (ii) nilai kehilangan keuntungan yang seharusnya didapat (*bunga/economic loss*), dan (iii) nilai ganti rugi yang ditimbulkan kepada pihak ketiga.

Menurut Henry Cheesman, dalam *Tort*, kompensasi ganti rugi atas kerusakan atau kerugian tersebut umumnya adalah dalam bentuk uang yang dihitung berdasarkan atas segala macam biaya baik terhadap kerugian materil maupun immaterial yang harus dideritanya.

*Tort damages are monetary damages that are sought from the offending party. They are intended to compensate the injured party for the injury suffered. They may consist of past and future medical expenses, loss of wages, pain and suffering, mental distress, and other damages caused by defendant's tortious conduct. If the victim of a tort dies, his or her beneficiaries can bring a 'wrongful death action' to recover damages from the defendant. Punitive damages, which are awarded to punish the defendant, may be recovered in intentional tort and strict liability cases. Other remedies, such as injunctions, may be available, too.*²¹⁰

(garis bawah dari penulis)

Selanjutnya, terhadap sejauhmana ganti rugi yang harus dikenakan akibat PMH tersebut, berkembang juga beberapa teori, yakni (i) teori kausalitas, (ii) teori

²¹⁰ Cheesman, *Op. cit.*, 91-160.

adekuat, dan (iii) teori dapat tidaknya suatu tindakan dipertanggung jawabkan secara layak/patut.²¹¹

Dalam teori kausalitas, ditunjukkan untuk meneliti hubungan kausal antara perbuatan melawan hukum dan kerugian yang ditimbulkan, sehingga tindakan si pelaku dapat dipertanggung jawabkan. Teori yang dikenal adalah *teori conditio sine qua non* dari Von Buri. Teori ini melihat bahwa tiap-tiap masalah yang merupakan syarat untuk timbulnya suatu akibat adalah menjadi suatu sebab dari akibat yang ditimbulkannya.

Selanjutnya karena terlalu luasnya ajaran ini, menjadi kurang begitu tepat dalam konteks perdata, sehingga muncullah teori *adekuat* dari Von Kries, yang mengajarkan bahwa perbuatan yang harus dianggap sebagai akibat yang timbul adalah perbuatan yang seimbang dengan akibat. Adapun dasarnya untuk menentukan perbuatan yang seimbang adalah perhitungan yang layak.

Menurut Rosa Agustina, kekuatan teori ini dapat dipandang dari dua sisi, yakni baik secara kenyataan maupun secara normatif. Setelah perang dunia, peradilan berkembang menurut cara terakhir dimana pengertian 'menurut apa yang layak' sangat bermanfaat. Yang berlaku disini ialah semua dapat diduga apabila ini sesuai dengan kebijaksanaan hakim. Dalam teori ini Scholten juga digunakan kriterium 'kemungkinan yang terbesar' yang kemudian dilanjutkan oleh Van Schellen.

Selanjutnya, teori adekuat diluruskan kembali oleh Koster dengan saran untuk menghapuskan teori adekuat dan memasukkan sistem 'dapat dipertanggung jawabkan secara layak', dengan faktor-faktor penting yang disebut dalam pidatonya:

- a) Sifat kejadian yang menjadi dasar tanggung jawab
- b) Sifat kerugian
- c) Tingkat kemungkinan timbulnya kerugian yang dapat diduga
- d) Beban yang seimbang bagi pihak yang dibebani kewajiban untuk membayar ganti kerugian dengan memperhatikan kedudukan finansial pihak yang dirugikan.

²¹¹ Agustina, *Op. cit.*, 91-96.

Dengan memperhatikan semua persamaan dan perbedaan antara PMH dengan *Tort* serta dengan melihat perkembangan teori tentang ganti rugi dalam PMH, maka pada intinya, konsep PMH dapat dikatakan sama dengan *Tort*, sehingga untuk selanjutnya dalam penulisan ini, penulis menggunakan *Tort* sebagai padanan PMH dalam sistem hukum Indonesia, dan akan menelusuri lebih lanjut bagaimana penerapan *Tort* tersebut dalam konteks pemanfaatan TI.

Variabel	PMH (<i>unlawful act</i>)	<i>Tort</i>
• pengertian	1365: Tiap perbuatan <u>melanggar hukum</u> yang membawa <u>kerugian</u> kepada orang lain, mewajibkan orang yang <u>karena salahnya menerbitkan kerugian itu</u> , mengganti kerugian itu.	<i>Tort</i> is wrong. <i>Tort</i> law protects a variety of injuries and provide remedies for them
• Kualifikasi	secara eksplisit kualifikasinya hanya berdasarkan atas kesengajaan atau karena kelalaian, namun tidak ada perbedaan konsekwensinya secara tegas.	Kualifikasi dalam <i>tort</i> , mencakup: (i) <i>intentional tort</i> ; (ii) <i>negligence</i> ; dan (iii) <i>strict liability</i>
• Unsur/Element	Unsur-unsur 1365 PMH (a) perbuatan tersebut <u>melawan hukum</u> ; (i) bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku; (ii) bertentangan dengan hak subyektif orang lain; (iii) bertentangan dengan kesusilaan; dan (iv) bertentangan dengan kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian. (b) harus adanya kesalahan pada pelaku; (c) harus ada kerugian, dan (d) harus ada hubungan kausal antara perbuatan dan kerugian.	Element of <i>tort</i> : • <i>harmful/injuries/damages</i> • <i>causation</i> • <i>duty of care</i> • <i>breach of duty</i>
• Bentuk ganti rugi/ Jenis kompensasi	Ganti rugi (materil dan immateril), yang dapat dimintakan: (i) penggantian biaya-biaya yang telah dikeluarkan; (ii) nilai kehilangan keuntungan yang seharusnya didapat (<i>economic loss</i>), dan (iii) nilai ganti rugi yang ditimbulkan kepada pihak ketiga.	- <i>monetary damages</i> (<i>compensatory damages nominal damages</i>) - <i>punitive damages/ exemplary damages</i>
• Pembelaan	<u>Alasan pembenar</u> : • <i>Force-majeure/overmacht</i> , keadaan	<i>Force majeure contributory negligence</i>

<ul style="list-style-type: none"> • Beban Pembuktian 	<p>yang memaksa/darurat (noodtoestant)</p> <ul style="list-style-type: none"> • bela paksa • karena melaksanakan UU • karena menjalankan perintah atasan <p>Pada prinsipnya karena 1865 KUHPerd menganut prinsip <i>liability based on fault</i>, sehingga penggugat yang harus membuktikan. Kecuali dinyatakan lain oleh UU yang khusus. (contoh UU Lingkungan Hidup dan UU Perlindungan Konsumen). <i>Strict liability</i> dalam KUHPerd hanya diterapkan dalam 1367, 1368 dan 1369 KUHPerd.</p>	<p>misuse mistake</p> <p>bisa penggugat bisa tergugat tergantung kwalifikasinya.</p>
--	---	--

Tabel III.1. Perbandingan PMH dan Tort
(diolah dari berbagai sumber)

Terkait dengan itu, menurut Henry Cheeseman, secara garis besar, dapat dibedakan beberapa jenis tindakan yang dikategorikan sebagai *Tort*, yakni:

- a) *Intentional Torts*,²¹² yaitu kategori tindakan *Tort* yang mensyaratkan bahwa si tergugat mempunyai niat atau maksud untuk merusak atau merugikan hak pribadi (baik secara fisik maupun non fisik/psikis, seperti *privacy* dan reputasi) maupun terhadap harta kekayaannya. Dalam konteks ini termasuk (a) tindakan terhadap hak pribadi seseorang (*intentional torts against persons*), seperti antara lain; penganiayaan (*assault*²¹³/*battery*²¹⁴), penghinaan, pencemaran nama baik, pemfitnahan atau tindakan-tindakan yang melanggar hak privasi lainnya, seperti publikasi yang mengelirukan yang mengakibatkan keguncangan emosi korban (*false imprisonment*,²¹⁵ *defamation of character*, *invasion of the right to privacy*²¹⁶, *misappropriation of the right to publicity*²¹⁷,

²¹² *Intentional torts is a category of torts that requires that the defendant possessed the intent to the act that caused the plaintiff injuries.*

²¹³ *Assault is (1) the threat of immediate harm or offensive contact or (2) any action that arouses reasonable apprehension of imminent harm. Actual physical contact is unnecessary.*

²¹⁴ *Battery is un authorized and harmful or offensive physical contact with another person. Direct physical contact is not necessary.*

²¹⁵ *False imprisonment is the intentional confinement or restraint of another person without authority or justification and without that person's consent.*

²¹⁶ *invasion of the right to privacy is a tort that constitutes the violation of a person's right to live his or her life without being subjected to unwarranted and undesired publicity.*

*intentional infliction of emotional distress*²¹⁸), dan (b) tindakan terhadap barang atau harta kekayaan seseorang (*intentional torts against property*), seperti pelanggaran batas pekarangan atau pengalihan/pengambilan milik orang lain (e.g.: *trespass to land, trespass to personal property, conversion of personal property*);

- b) Unintentional Torts (negligence)²¹⁹ yaitu kategori *Tort* yang terjadi karena tindakan kelalaian seseorang telah mengakibatkan kerugian kepada orang lain (*foreseeable consequence*). Dalam konteks ini, sebagaimana layaknya PMH dalam KUHPPert, harus ada 4 elemen dasar untuk menyatakan kelalaian (*negligence*) tersebut, yakni; (i) adanya kewajiban hukum (*Duty of care*), (ii) pelanggaran kewajiban tersebut (*breach of duty*), (iii) kerugian yang diderita (*injury to Plaintiff*), dan (iv) hubungan kausalitas (*causation*) antara penyebab kerugian dengan perbuatan si tergugat (*proximate cause* atau *causation in fact*). Termasuk dalam lingkup kategori ini, adalah: (i) kelalaian yang dilakukan oleh profesional/tindakan karena melakukan malpraktek atau kelalaian kecermatan dalam pelaksanaan tugasnya (*professional malpractice*), (ii) kelalaian yang mengakibatkan keguncangan emosional (*negligent infliction of emotional distress*); dan (iii) kelalaian khusus yang tidak perlu pembuktian atas kesalahan penggugat (contoh: *negligence per se*²²⁰ dan *res-ipsa loquitor*²²¹), dan (iv) kesalahan dalam penggambaran (*misrepresentation*);

²¹⁷ *misappropriation of the right to publicity is an attempt by another person to appropriate a living person's name or identity for commercial purpose.*

²¹⁸ *intentional infliction of emotional distress: a tort that says a person whose extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional distress to another person is liable for that emotional distress.*

²¹⁹ *Negligence defined as the omission to do something which a reasonable man would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do.*

²²⁰ *Negligence per se is a tort where the violation of a statute or ordinance constitutes the breach of the duty of care. The plaintiff in such an action must prove that (1) a statute existed, (2) the statute was enacted to prevent the type of injury suffered, and (3) the plaintiff was within the class of persons meant to be protected by the statute.*

²²¹ *Res Ipsa Loquitor is a tort where the presumption of negligence arises because (i) the defendant was in exclusive control of the situation and (2) the plaintiff would not have suffered injury but for someone's negligence. The burden switches the defendant (s) to prove they were not negligent.*

- c) *Strict liability* yang didalamnya tercakup keberlakuan tanggung jawab atas cacat produk (*defect*) yang meliputi; (i) cacat dalam pembuatan/produksi (*defect in manufacture*)²²², (ii) cacat dalam perancangan (*defect in design*),²²³ (iii) cacat dalam pengemasan (*defect in packaging*)²²⁴ dan (iv) kegagalan dalam memberikan peringatan kehati-hatian (*failure to warn*)²²⁵.

Selaras dengan itu, John W Bagby juga mengemukakan bahwa *Tort* juga dapat dirinci menjadi empat jenis, sebagaimana diuraikan dalam tabel berikut ini:²²⁶

Type of Tort	Requirements	Examples
Intentional torts: <ul style="list-style-type: none"> interfere with personal rights interfere with property rights interfere with economic relations 	Intention to commit tortious act <i>Causation</i> Injury	<u>Interfere personal rights:</u> <ul style="list-style-type: none"> Assault: putting another person in apprehension of immediate offensive harmful touching Battery: hit another person False imprisonment Intentional infliction of emotional distress Invasion of <i>privacy</i> <u>Interfere property rights:</u> <ul style="list-style-type: none"> Trespass: unconsented to touching of land or personal property of another person: <ul style="list-style-type: none"> Trespass to land; Trespass to chattels, conversion <u>Interfere economic relations:</u> <ul style="list-style-type: none"> Disparagement: making an advertising that competitor's product are inferior Interference with contract rights or prospective business relations
Quasi-intentional tort: defamation	Defamatory (false) statement about the Plaintiff Publication by defendant Damage to plaintiff's reputation	Libel: false written statements made in newspaper Slander: false spoken statemen made on TV

²²² A defect that occurs when the manufacturer fails to (i) properly assemble the product, (ii) properly test a product, or (iii) adequately check the quality of the product.

²²³ A defect that occurs when a product is improperly designed.

²²⁴ A defect that occurs when a product has been placed in packaging that is insufficiently tamperproof.

²²⁵ A defect that occurs when the manufacturer does not place a warning on the packaging of products that could cause injury if the danger is unknown.

²²⁶ John W. Bagby., *Cyberlaw Handbook for E-commerce.*, (Ohio: Thomson-Southern-Western-West) 95.

<p><i>Negligence:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Negligence per se:</i> using the defendant's violation of a criminal statute to prove the negligent • <i>Res Ipsa Loquitur:</i> the thing speak for itself 	<p><i>Duty to act as reasonable person</i> <i>Breach of duty</i> <i>Proximate cause and actual causation</i> <i>Injury</i></p>	<p>Careless driving Unskilled professional malpractice in person or remotely (over the internet)</p>
<p><i>Strict liability</i></p>	<p>Ultrahazardous activity or inherently defective <i>product</i> that is unreasonably dangerous Defect existed while under defendant's control Defendant in business as seller <i>Causation and Injury</i></p>	<p>Use of dynamite that destroys structures on adjoining <i>property</i> <i>Product liability</i> injuries</p>

Tabel III.3. Kwalifikasi Tort

(Diolah kembali dari John Bagby, dengan sedikit penambahan penjelasan)

Lebih lanjut, Bagby menguraikan bahwa yang termasuk dalam lingkup *intentional torts* adalah mencakup tiga jenis tindakan yakni (i) *intentional tort that interfere with personal rights*, (ii) *intentional torts that interfere with property rights*, dan (iii) *intentional torts that interfere with economic relations*.

Menurut Bagby, dalam *intentional tort*, secara umum penggugat hanya membuktikan niatan si tergugat untuk melakukan sesuatu yang dapat mengakibatkan kerusakan atau derita (*injury*) kepada penggugat. Konsekwensi atas hal tersebut adalah pemulihan hak berupa pembayaran kompensasi (*compensatory damages*). Jika dilakukannya terhadap *personal rights*, maka hal tersebut tentunya akan mencakup luka fisik (*physical injury*) maupun luka non-fisik (*mental injury*) sehingga kontraprestasinya adalah juga dapat berupa *punitive damages*. Dalam konteks itu tidak perlu dibuktikan apakah si tergugat bermaksud untuk menimbulkan kerugian yang seperti itu.

Sementara terhadap gugatan kelalaian, pihak tergugat masih dimungkinkan untuk melepaskan tanggung jawab dengan cara melakukan perlawanan (*defenses*) dengan menggunakan beberapa dalih, yakni (i) bahwa tergugat sebenarnya juga berkontribusi atas kelalaian (*contributory negligence*), (ii) bahwa tergugat juga melakukan sebagian porsi kelalaian (*comparative negligence*), dan (iii) bahwa tergugat sudah tahu sedari awalnya tentang kelalaian tersebut atau sudah mengetahui sebelumnya akan kemungkinan suatu resiko

kerugian yang pasti akan terjadi (*assumption of risk*), sebagai contohnya adalah penumpang yang tetap menaiki mobil padahal pengemudinya sudah jelas terlihat sedang mabuk.

Terhadap penerapan *strict liability*, pada dasarnya perlawanan tidak dapat dilakukan, kecuali jika dapat dibuktikan bahwa si penggugat telah melakukan penyalahgunaan (*misuse*). Sebagai contohnya adalah penggunaan obat serangga untuk luar ruangan ternyata dipakai untuk dalam ruangan, atau pengkonsumsian rokok yang jelas-jelas telah memberiperingatan akan bahaya rokok yang dapat mengakibatkan kanker paru-paru.

Terkait dengan itu, Henry Cheeseman dengan merujuk pada penerapan *strict liability* dalam kasus *Greenmun vs Yuba Powe Product Inc* yang menjadi tonggak bagi *Product Liability* dan juga Section 402A Restatement (second) of *Torts*, juga menguraikan, bahwa berbeda dengan *negligence* yang fokus tanggung jawabnya adalah *manufacturer*, maka dalam *strict product liability* fokus tanggung jawabnya juga bisa menjangkau kepada setiap pihak yang terlibat dalam rangkaian jalur distribusi produk yang tersebut kepada masyarakat (*all in the chain of distribution are liable*) karena sesungguhnya mereka turut mengambil keuntungan dari hal itu.

*All parties in the chain of distribution of a defective product are strictly liable for the injuries caused by that product. Thus, all manufacturers, distributors, wholesalers, retailers, lessors, and subcomponent manufacturers may be sued under this doctrine. This view is based on public policy. Lawmakers presume that sellers and lessors will insure against the risk of strict liability lawsuit and spread the cost to their consumers by raising the price of products.*²²⁷

Henry juga menguraikan bahwa dalam *strict liability* tidak diperlukan pembuktian adanya hubungan kontraktual (*privity of contract*) dan sangat mungkin diterapkannya *punitive damages* jika penggugat dapat membuktikan bahwa tergugat dengan sengaja bermaksud untuk itu atau dengan kecerobohnya mengabaikan aspek keselamatan yang seharusnya dipatuhi.

The damages recoverable in a strict liability action vary by jurisdiction. Damages for personal injuries are recoverable in all jurisdictions that have adopted the doctrine of strict liability, although some jurisdictions limit the dollar amount of the award. Property damages is recoverable in most jurisdictions, but economic loss (e.g. loss income) is recoverable in only few jurisdiction. Punitive damages are generally allowed if the plaintiff can prove

²²⁷ Cheeseman., *Op.cit.* 118-120

that defendant either intentionally injured him or her or acted with reckless disregard for his or her safety.

Sedangkan terkait dengan penerapan *strict product liability*, Henry melihat bahwa konsep tentang *defect* juga semakin meluas, menjadi tidak hanya kepada kesalahan memberikan peringatan (*failure to warning*) melainkan juga kepada kesalahan tidak memberikan instruksi yang sepatutnya (*failure to provide adequate instruction*) untuk penggunaan produk dengan aman. Bentuk cacat produk lainnya juga mencakup kepada pengetesan produk yang tidak patut (*inadequate testing of products*), kesalahan pemilihan komponen yang sesuai dalam produk (*inadequate selection of componen parts or materials*), dan tidak adanya sertifikasi keamanan produk (*improper certification of the safety of a product*).²²⁸

Sementara untuk pembelaan terhadap *strict product liability*, Henry melihat ada kemungkinan pembelaan dari tanggung jawab produk, apabila terjadi (i) perubahan atau modifikasi dari produk tersebut, (ii) memang telah diketahui dari awalnya bahwa produk tersebut adalah produk berbahaya, (iii) dalam hal kontrak pengadaan produk dengan pemerintah, permintaan spesifikasi produk telah ditentukan sedari awalnya oleh pemerintah, (iv) produsen telah melakukan pemberitahuan kesalahan produk dan melakukan pembetulannya, (v) pengguna telah mengetahui dan bersedia menanggung resiko dari awalnya, (vi) penyalahgunaan produk atau tidak menggunakan produk tidak sebagaimana mestinya, dan (vii) sekiranya terdapat pembatasan tanggung jawab berdasarkan UU (contoh: *Y2K limited liability act*).

Dengan memperhatikan beberapa pemikiran tersebut di atas, terlihat bahwa teori tentang tanggung jawab hukum telah berkembang dari (i) tanggung jawab yang berdasarkan atas kesalahan (*fault*) yang mencakup kelalaian (*negligence*) dan ketidakpatutan (*misappropriation/ misrepresentation*), dan (ii) tanggung jawab berdasarkan wan prestasi (*breach of contract*), kemudian menjadi (iii) tanggung jawab mutlak atau tanggung jawab tanpa kesalahan (*strict liability*). Kemudian, dengan semakin berkembangnya industri yang makin menghasilkan resiko yang bertambah besar dan makin rumitnya hubungan sebab akibat dalam

²²⁸ Ibid, 126-127.

penentuan suatu resiko, maka teori hukum telah meninggalkan konsep tanggung jawab atas kesalahan menjadi konsep tanggung jawab atas resiko.²²⁹

Menurut E. Saefullah, dengan melihat kepada sejarah perkembangannya, prinsip tanggung jawab yang berdasarkan unsur kesalahan (*fault liability*) merupakan reaksi terhadap prinsip tanggung jawab mutlak (*no fault liability*) yang sudah berlaku sejak zaman dahulu. Saat itu telah berlaku suatu rumus '*a man acts at his peril*' yang maksudnya adalah setiap orang harus bertanggung jawab terhadap segala tindakannya yang merugikan orang lain. Beliau juga merujuk kepada prinsip *maxim* yang berlaku dalam hukum Anglo-Saxon kuno yang berbunyi '*buy spear from side or bear it*' yang menunjukkan dengan jelas teori tanggung jawab pada zaman primitive '*the offender must buy off the vengeance of the offended or fight it out*.'²³⁰

E Saefullah juga menguraikan bahwa dalam prinsip tanggung jawab mutlak, hal tersebut fokusnya lebih menitik beratkan pada unsur 'penyebabnya' dari pada 'kesalahannya'. Apabila perbuatan seseorang menyebabkan kerugian kepada orang lain maka si pelaku wajib memberikan santunan (kompensasi) tanpa melihat ada atau tidaknya kesalahan, kemudian, perkembangan hukum memberikan perhatian lebih besar kepada hal-hal yang bersifat pemberian maaf (*exculpatory considerations*) dan sebagai akibat pengaruh *moral philosophy* dari ajaran agama, cenderung memberikan pengakuan kepada kesalahan moral (*moral culpability*) sebagai dasar yang tepat untuk menentukan PMH.

Disamping ajaran moral tersebut, E Saefullah mengutip pendapat GW Orr, yang menguraikan bahwa ada faktor penting lainnya yang membuat perubahan sikap tersebut. Hal tersebut adalah adanya anggapan masyarakat bahwa kerugian karena "kelalaian" tidak berarti kurang penting dari pada kerugian akibat 'kesengajaan', sehingga yang termasuk dalam "kesalahan" adalah setiap perbuatan baik karena kesengajaan maupun kelalaian. Dengan demikian yang semula tanggung jawab berdasarkan secara moral (*moral responsibility*) telah berubah menjadi tanggung jawab secara hukum (*legal liability*).

²²⁹ Agustina, *Op. cit.*, 69.

²³⁰ GW Orr, *Fault as the Basis of Liability* dalam E Saefullah Wiradipradja *Hukum Transportasi Udara: Dari Warsawa 1929 ke Montreal 1999*, (Bandung: Kiblat Utama, 2008).71-72

Menurut Inosentius Samsul, prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan (*fault based liability*) dan persyaratan hubungan kontrak dalam hubungan antara produsen dan konsumen dipengaruhi oleh beberapa faktor eksternal dan internal sistem hukum, yaitu paham individualisme dalam prinsip *laissez-faire*, kuatnya kepentingan produsen yang dianggap sebagai pelaku pembangunan industri/ekonomi, teori 'kontrak sosial' dan prinsip '*legal formalism*' yang menguasai dunia peradilan. Demikian pula halnya dengan pembentukan prinsip tanggung jawab mutlak, faktor eksternal sistem hukum yang mempengaruhinya adalah pemikiran-pemikiran yang memodifikasi *laissez-faire*, seperti paham kolektivisme, konsep negara kesejahteraan, dan dukungan dunia akademisi. Sedangkan untuk faktor internal sistem hukum yang mempengaruhinya adalah sikap hakim atau pengadilan dan pembuat undang-undang yang responsif dalam membentuk hukum yang sesuai dengan tuntutan kebutuhan masyarakat.²³¹

Selanjutnya, Inosentius Samsul juga menguraikan bahwa perubahan teori tanggung jawab produk dari tanggung jawab berdasarkan kesalahan kepada prinsip tanggung jawab mutlak adalah telah melalui proses yang panjang, dari gugatan atas dasar kelalaian produsen dengan persyaratan hubungan kontrak, gugatan atas dasar kelalaian produsen dengan beberapa pengecualian terhadap persyaratan hubungan kontrak, gugatan konsumen tanpa persyaratan hubungan kontrak, modifikasi terhadap persyaratan kelalaian atau kesalahan produsen, dan akhirnya pembentukan prinsip tanggung jawab mutlak. Sedangkan tanggung jawab berdasarkan kontrak wanprestasi, perkembangan ke arah hukum yang responsif terhadap kepentingan konsumen adalah ketika konsumen dapat mengajukan gugatan tidak saja didasarkan pada apa yang tertulis, baik dalam label maupun dalam kontrak sebagai dasar wanprestasi melalui teori '*breach of implied warranty*'.

Menurut Inosentius Samsul, UU Perlindungan Konsumen di Indonesia belum menganut prinsip *strict liability* karena pertimbangan untuk melindungi industri dalam negeri. Inosentius Samsul melihat bahwa prinsip yang dianut oleh UU Perlindungan Konsumen adalah modifikasi terhadap *liability based on fault*

²³¹ Inosentius Samsul., Perlindungan Konsumen: Kemungkinan Penerapan Tanggung Jawab Mutlak., (Depok : FHUI Pascasarjana, 2004) 144.

yakni prinsip praduga bersalah (*presumed liability*). Dalam prinsip ini posisi pelaku usaha (produsen atau penyedia jasa) dibebankan tanggung jawab sebagai pihak yang dianggap bersalah terhadap produk yang diedarkannya kecuali yang bersangkutan dapat membuktikan lain (*adversial burden of proof*). Prinsip ini yang membedakan UU Perlindungan Konsumen Indonesia dibandingkan dengan kelaziman UU Perlindungan Konsumen di negara lain. Prinsip ini dipilih sebagai jalan tengah karena pembuat UU khawatir bila penerapan '*strict liability*' yang dipilih akan menjadi kontra produktif bagi perkembangan industri, karena dalam prakteknya tidak semua hal yang terkait dengan tanggung jawab terhadap konsumen dapat diasuransikan.

Hal yang berbeda justru terjadi di negara lain yang menerapkan *strict liability* dalam Perlindungan Konsumennya, seperti antara lain Inggris yang menerapkan '*strict liability*' untuk tanggung jawab produk dalam Consumer Protection Act 1987 mengikuti prinsip yang ditentukan dalam *Directive of European Economic Communities on Product Liability (85/374/EEC)*, dan Jepang dengan Product Liability Act 1994 (Act No. 85 of 1994). Bahkan di Amerika Serikat, inspirasi diperlukannya '*strict liability*' lahir karena posisi yang tidak setimbang yang dihadapi konsumen padahal sangat sulit bagi konsumen untuk menelusuri dan membuktikan kesalahan atau kelalaian produsen atas produk yang ditawarkannya kepada publik.

*The disparity in position and bargaining power which forces the consumer to depend entirely on the manufacturer and the difficulty of requiring the injured party in consumer products cases to track back along the channel of trade to the source of production in the search for the origin of the defect in order to prove negligence have been among the reasons for the emergence of the doctrine of strict liability in tort. An additional element has been the recognition that the mass producer of a product made for consumer use should as a matter of public policy bear the responsibility of an insurer against a defect in product which causes harm to the consumer.*²³²

Pemikiran yang berbeda juga dipaparkan oleh E. Saefullah, dimana dalam perkembangan yang berlaku dalam sektor hukum pengangkutan udara secara internasional, justru prinsip *presumed liability* yang dianut dalam konvensi Warsawa 1929 telah ditinggalkan dan bergeser kepada prinsip *strict liability* yang dianut dalam Konvensi Montreal 1999 agar lebih adil bagi kepentingan publik.

²³² La Rossa v. Scientific Design Co, 402 F.2d 937, 942 (3d Cir. 1968)

Kekhawatiran yang sama bahwa *strict liability* akan menghambat perkembangan industri ternyata justru tidak terbukti karena dalam prakteknya perusahaan penerbangan yang telah tumbuh menjadi perusahaan multibillioner dapat bekerjasama dengan perusahaan asuransi untuk menanggulangi resiko tanggung jawabnya kepada penggunanya.

Dalam perkembangannya, prinsip *presumed liability* yang dianut oleh UU Konsumen juga mewarnai perumusan tanggung jawab dalam UU No.36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi,²³³ yang kemudian juga mewarnai perumusan UU ITE sebagai UU berikutnya yang lahir setelah UU Perlindungan Konsumen. Terkait dengan teori tentang perbuatan melawan hukum tersebut di atas, perlu dilihat bagaimana keterkaitannya dengan teori *interactive justice* yang dikemukakan oleh Richard Wright, yakni teori tentang pertanggung jawaban hukum (*legal responsibilities*) terhadap setiap tindakan interaktif antara manusia sebagai konsekwensi hukum adanya penghargaan yang sama terhadap kebebasan eksternal (*right to equal external freedom*) setiap orang.²³⁴

Richard Wright mengkritisi kesalahpahaman yang terjadi dikalangan para pemikir hukum sebelumnya yang lebih mempopulerkan istilah *Corrective Justice* atau *Rectificatory Justice* ketimbang istilah yang semestinya yakni *Interactive Justice* yang didefinisikannya sebagai kebebasan negatif seseorang kepada orang lain dalam hubungan interaksinya satu sama lain (*right to equal external*

²³³ Pasal 15 UU Telekomunikasi: (1) Atas kesalahan dan/atau kelalaian penyelenggara telekomunikasi yang menimbulkan kerugian, maka pihak-pihak yang dirugikan berhak mengajukan tuntutan ganti rugi kepada penyelenggara telekomunikasi; (2) Penyelenggara telekomunikasi wajib memberikan ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1), kecuali penyelenggara telekomunikasi dapat membuktikan bahwa kerugian tersebut bukan diakibatkan oleh kesalahan dan/atau kelalaiannya; (3) Ketentuan mengenai tata cara pengajuan dan penyelesaian ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

²³⁴ Richard W. Wright, "Grounds And Extent Of Legal Responsibility," 40 San Diego L. Rev. 1425., *San Diego Law Review*, 2003. [*It is generally assumed that the basic purpose of law is or should be the implementation of justice: the creation and maintenance of those conditions that are properly specifiable by law for the flourishing and fulfillment of each person in the community as a free and equal rational being. This flourishing depends upon the promotion of each person's equal freedom, which has an internal aspect and an external aspect. The internal aspect, which law cannot and should not attempt to control, is a matter of personal virtue--one's shaping and living one's life by choosing and acting in accordance with the morally proper ends. The external aspect, which is the proper concern of justice and law, is one's practical exercise of one's freedom in the external world, which must be consistent with the equal external freedom of every other person. As Kant put it in his supreme principle of Right: "[S]o act externally that the free use of your choice can coexist with the freedom of everyone in accordance with a universal law."*]

freedom). Alasan yang dikemukakannya adalah karena dalam pemaknaan dan penerapannya istilah "*corrective justice*" seakan hanya melihat kepada pemulihan hak atau hak korektif setelah kejadian saja tanpa melihat sifat dasar kejadian itu sendiri dan upaya pencegahannya, halmana seharusnya pengertian seperti itu masih termasuk dalam lingkup penerapan *Distributive Justice*, padahal semestinya kedua hal tersebut mempunyai pengertian dan penerapan yang berbeda.²³⁵

Wright melihat bahwa keberadaan kompensasi memainkan peranan penting dalam *interactive justice* untuk melindungi setiap orang dari "*harmful interaction*", yang umum diterapkan dalam Perbuatan Melawan Hukum (*Tort Law*) dan Hukum Kontrak dan juga Hukum Pidana. Pada esensinya, Wright berpendapat bahwa tanggung jawab hukum dalam pidana dan perdata adalah sama yakni memberikan sanksi terhadap pihak yang melakukan "*harmful interaction*". Jika dalam perdata diistilahkan dengan "*private wrongs*" yang melanggar kontrak dan *property* seseorang, sedangkan dalam pidana "*public wrongs*" bentuknya adalah terhadap martabat (*dignity*), norma masyarakat dan ketertiban umum (*public peace and order*).

Wright juga berpendapat bahwa untuk mengetahui limitasi dari suatu pertanggungjawaban hukum dalam konteks perdata sangatlah ditentukan dari ada atau tidaknya suatu standar objektif tertentu (*specified standard of conduct*) untuk menjadi dasar penilaian.²³⁶ Oleh karena itu, Wright, memformulasikan 3 standard

²³⁵ Richard Wright, "The Principles of Justice," 75 *Notre Dame Law Review* 1859 (2000). [I use the term "*interactive justice*" instead of the usual term, "*corrective justice*," since the former term is much more informative and precise in conveying the distinct nature and domain of this type of justice, whereas the latter term almost always misleads people into one or both of two related misconceptions: (1) that "*corrective*" justice is concerned solely with the correction of wrongful injuries and has nothing to say about the nature of the underlying wrongs or the prevention of their occurrence, and (2) that it is merely a remedial corollary of distributive justice which corrects deviations from the distributively just distribution. Distributive justice and interactive justice separately address the two fundamental problems of human existence, and they employ quite different criteria of equality to resolve those problems. Together, they seek to assure the attainment of the common good (the full realization, to the extent practicable, of each person's humanity) by providing each person with her fair share of the social stock of instrumental goods (positive freedom via distributive justice) and by securing her person and her existing stock of instrumental goods from interactions with others that are inconsistent with her status as a rational being with equal, absolute moral worth (negative freedom via interactive justice)]

²³⁶ *Ibid.* [Since the nondiscrete harm to everyone in society results from or is constituted by the criminal's blameworthy disregard of the rules of social order, one of the usual basic elements of a crime is the *mens rea* requirement, which focuses on the state of mind of the criminal defendant. Criminal liability generally is not imposed if the defendant did not have the required culpable state of mind. This is not true in tort law (or contract law). Unlike the typical crime, the typical tort is a "wrong" not in the sense of a morally blameworthy deed, but rather in the sense of

untuk melihat limitasi suatu pertanggung jawaban yakni (i) *no-worse-off limitation*, (ii) *superseding cause limitation*, dan (iii) *risk play-out limitation*.

Dalam *no-worse-off limitation*, tidak ada pembatasan tanggung jawab terhadap suatu perbuatan melawan hukum jika jelas adanya suatu kesalahan dan yang mempunyai kontribusi langsung berdasarkan azas kausalitas terhadap suatu kerugian. Dalam hal ini, Wright mengkritisi keberadaan Restatement article 431 dan 432 tentang persyaratan "*promixate cause*" dan "*substantial factor*" yang sering banyak salah diterapkan oleh para hakim di AS karena kurang memahami sifat natura dari suatu kejadian. Ia menawarkan metode untuk mencari terlebih dahulu elemen-elemen yang ada (*using the necessary element of a sufficient set/NESS test*) kemudian melihat sejauhmana faktor signifikansi dari setiap elemen tersebut sebagai penentu kejadian yang menimbulkan kerugian.²³⁷ Jika elemen dari si tergugat memang berdiri sendiri sebagai penyebab kejadian maka ia harus bertanggung jawab.

Dalam pendekatan yang Kedua, *superseding cause limitation*, Wright mengkritisi Restatement (Second) section 441 (1) dan 442²³⁸ dengan membuat sintesisnya sebagai berikut:

having harmed another's person or property as a result of conduct that failed to conform with some objectively specified standard of conduct that was established to promote everyone's equal external freedom].

²³⁷ *The Restatements' basic section on legal cause, section 431, states: The actor's negligent conduct is a legal cause of harm to another if: (a) his conduct is a substantial factor in bringing about the harm, and (b) there is no rule of law relieving the actor from liability because of the manner in which his negligence has resulted in the harm. Section 432 states the minimum, nonexclusive requirements for a condition to be a "substantial factor": (1) Except as stated in Subsection (2), the actor's negligent conduct is not a substantial factor in bringing about harm to another if the harm would have been sustained even if the actor had not been negligent. (2) If two forces are actively operating, one because of the actor's negligence, the other not because of any misconduct on his part, and each of itself is sufficient to bring about harm to another, the actor's negligence may be found to be a substantial factor in bringing it about.*

²³⁸ *Restatement (Second) section 441(1) states: "An intervening force is one which actively operates in producing harm to another after the actor's negligent act or omission has been committed." Restatement section 442 states that The following considerations are of importance in determining whether an intervening force is a superseding cause of harm to another: (a) the fact that its intervention brings about harm different in kind from that which would otherwise have resulted from the actor's negligence; (b) the fact that its operation or the consequences thereof appear after the event to be extraordinary rather than normal in view of the circumstances existing at the time of its operation; (c) the fact that the intervening force is operating independently of any situation created by the actor's negligence, or, on the other hand, is or is not a normal result of such a situation; (d) the fact that the operation of the intervening force is due to a third person's act or to his failure to act; (e) the fact that the intervening force is due to an act of a third person which is wrongful toward the other and as such subjects the third person to liability*

A superseding cause is an actual cause of the plaintiff's injury that (1) intervened between the defendant's tortious conduct and the plaintiff's injury, (2) was a necessary (but-for) cause of the plaintiff's injury, and (3) was highly unexpected.

Menurut Wright, unsur yang kedua dan ketiga sangat kritis karena terkesan membebaskan tanggung jawab tergugat, meskipun ada intervensi penggugat yang mengakibatkan kerugian tergugat hanya karena tindakan tersebut tidak diharapkan oleh si tergugat. Hal ini mengakibatkan ketidakjelasan karena seharusnya dilihat dulu mana tindakan yang *independent* dan mana yang *dependent* terhadap kerusakan/kerugian yang terjadi. Jika tindakan itu adalah *dependent* maka seharusnya si tergugat tidak dapat melepaskan tanggung jawabnya.

Dalam pendekatan yang Ketiga, *risk play-out limitation*, Wright mengkritisi pendekatan sebelumnya yakni pendekatan *harm-risk limitation* yang harus membuktikan adanya unsur kesesuaian antara kerugian dengan resiko yang telah diprediksi sebelumnya "*harm matches the risk*" disingkat *harm-risk limitation*. Pendekatan tersebut menurutnya kurang tepat karena ada hal-hal yang memang tidak dapat dijelaskan aktualitas kesesuaiannya antara resiko dengan kerugian yang terjadi, sehingga harus ada beberapa ketentuan pengecualian sekiranya pendekatan tersebut akan diterapkan. Menurutnya yang lebih tepat adalah "*harm results from the risk*" yang disingkat dengan istilah "*risk play-out rule*" karena cukup menjelaskan keterhubungan antara bagaimana suatu kerusakan yang terjadi adalah akibat adanya suatu resiko yang seharusnya dapat diprediksi sebelumnya.

Sehubungan dengan pemikiran Wright, dalam prakteknya teori tentang perbuatan melawan hukum memang terus berkembang, tidak hanya harus berdasarkan atas kesalahan yang termuat dalam hukum positif saja melainkan juga atas kepatutan dalam masyarakat. Sejalan dengan itu, maka perlu ada pemikiran untuk menentukan sejauhmana suatu limitasi dan perluasan dari suatu pertanggung jawaban (*extent legal responsibility*) terhadap timbulnya suatu kerugian.

Dikaji lebih lanjut teori Wright tersebut, promovendus sangat setuju dengan pemikiran tersebut karena seharusnya keadilan dan tanggung jawab setiap manusia memang diemban sejak awal sebelum ia melakukan tindakan yang akan

to him (f) the degree of culpability of a wrongful act of a third person which sets the intervening force in motion.

berdampak sesuatu kepada orang lain. Meskipun Wright masih belum berhasil menemukan rumusan atau formulasi yang baku dalam penerapan NESS tersebut, namun dalam prakteknya justru pendekatan Wright secara tidak langsung telah dianut oleh Pengadilan, terutama pada saat menentukan pemberlakuan *strict liability* yang memberikan focus kepada tanggung jawab terhadap setiap orang yang menciptakan resiko kerugian kepada orang lain, sebagaimana dikemukakan oleh Hakim Hand bahwa sepanjang biaya mencegah resiko lebih kecil dari nilai pemanfaatannya nanti, maka selayaknya tanggung jawab berada pencipta resiko, karenanya penggugat tidak harus membuktikan lagi kesalahannya.

Terkait dengan teori Wright tersebut di Indonesia, konsep perbuatan melawan hukum berdasarkan Pasal 1365 dan Pasal 1366 KUHPerd, dalam prakteknya juga tidak lagi diartikan sempit sebagai perbuatan yang melawan ketentuan hukum berdasarkan peraturan perundang-undangan saja (Tanggung Jawab Berdasarkan Kesalahan/*liability based on fault*) melainkan juga mencakup perbuatan yang melawan hukum karena bertentangan dengan kesusilaan, kepatutan, ketelitian dan/atau kehati-hatian dalam masyarakat.

Hakim akan memperhatikan hubungan antara sebab dan akibat dalam kasus tersebut, sebagaimana tiga teori yang diuraikan diatas yang menjadi acuan *legal scholar* di Indonesia untuk melihat hal tersebut, yakni (i) teori *conditio sine quanon* dari Von Burie yang melihat bahwa tiap-tiap masalah yang merupakan syarat untuk timbulnya suatu akibat adalah menjadi sebab dari akibat, (ii) teori *adequat (adequat veroorzaking)* dari Von Kries yang mengajarkan bahwa perbuatan yang harus dianggap sebagai sebab dari akibat yang timbul adalah perbuatan yang seimbang dengan akibat dimana dasar untuk menentukan perbuatan yang seimbang adalah dengan perhitungan yang layak, dan (iii) teori *kausaliteit* yang menekankan kepada sisi pertanggung jawaban secara layak.²³⁹

Relevansi dan penerapan teori tentang tanggung jawab hukum dalam lingkup sistem informasi elektronik adalah untuk melihat sejauhmana pembatasan tanggungjawab hukum para pihak akibat keberadaan sistem elektronik, khususnya terhadap isu *good-governance* untuk sistem informasi elektronik. Jika pelaku usaha tidak memperhatikan atau menerapkan kaedah hukum tersebut dalam

²³⁹ Ibid., 66-69.

pembangunan dan penyelenggaraan sistemnya kepada publik, maka pelaku usaha tersebut tidak dapat memlimitasi pertanggung-jawabannya, dan berlakulah kaedah pertanggung jawaban secara mutlak "*strict liability*" terhadap setiap kerugian yang akan terjadi kepada publik. Namun, jika kaedah itu diperhatikan dan diterapkan dengan upaya sebaik mungkin, maka pelaku usaha menjadi berhak atas limitasi pertanggung jawabannya sesuai konteks yang menyertai perbuatan yang bersifat melawan hukum atau yang merugikan orang lain tersebut. Hal tersebut adalah konsekwensi terhadap upayanya untuk memenuhi kewajiban hukum untuk kehati-hatian dengan cara mematuhi pedoman penerapan upaya yang terbaik.

A.3 Sejarah Prinsip *Strict liability* dan Penerapannya

Menurut E. Saefullah Wiradipradja, istilah "*strict liability*" secara garis besar adalah tidak berbeda dengan "*absolute liability*" yang merujuk kepada pengertian yang sama yakni prinsip pertanggungjawaban secara mutlak.²⁴⁰ Beliau mengungkapkan bahwa frase "*absolute liability*" dikemukakan pertama kalinya oleh John Salmon, dalam bukunya "*The Law of Torts*" pada tahun 1907. Sedangkan ungkapan '*strict liability*' dikemukakan oleh WH Winfield pada tahun 1926, dalam sebuah artikel yang berjudul '*The Myth of Absolute Liability*'.

Saefullah, menggaris bawahi pernyataan Salmond yang menggunakan istilah *absolute liability* sebagai berikut:

*The rule that mens rea in one or other of its two forms wrongful intent or negligence is an essential condition of civil liability for a tort, is subject important exceptions. These exceptional cases in which liability is independent of intention or negligence may be conveniently distinguished as cases of absolute liability.*²⁴¹

Lebih lanjut, Saefullah menguraikan perbedaan pendapat antara Salmond dengan Winfield terhadap kasus yang merupakan *landmark decision* yakni *Rylands v. Fletcher*.²⁴² Dalam kasus tersebut, permasalahan pokoknya adalah

²⁴⁰ Wiradipradja, *Op. cit* 86.

²⁴¹ *Ibid*

²⁴² "Ryland vs. Fletcher", <http://www.wikipedia.org/Ryland V. Fletcher>, diakses pada tanggal 24 Februari 2009. [John Rylands consconstructed a reservoir on land he was renting to supply water to his steam-powered textile mill. Thomas Fletcher operated mines on nearby land and had tunnelled up to old disused mines which were under the land where Rylands' reservoir was located. Both parties rented land from Lord Wilton and both were engaged in lawful uses of the land. The lands were in Lancashire, in an area known for its mines. Rylands employed

adanya seseorang pengusaha yang membangun tempat penampungan air di atas tanah yang disewanya untuk pasokan tenaga uap bagi kepentingan bisnis tekstilnya. Sementara areal tanah tersebut dikenal sebagai lahan untuk usaha pertambangan, salah satunya adalah yang dikelola oleh Thomas Fletcher yang lokasi pertambangannya berada di bawah lokasi tempat penampung air Rylands. Kemudian akibat konstruksi *reservoir* tersebut ternyata mengakibatkan air mengalir dan menggenangi usaha pertambangan Fletcher karena kontraktor yang digunakan oleh Ryland tidak menutup beberapa saluran pertambangan yang tidak terpakai karena sudah tertutup lumut, sehingga terjadilah gugatan kepada Ryland karena telah membuat kerusakan kepada lokasi pertambangan Fletcher tersebut. Kemudian pengadilan memutuskan bahwa tergugat harus bertanggung jawab karena pembangunan *reservoir* adalah merupakan kegiatan pemanfaatan yang tidak alamiah (*non-natural use*) dengan kelaziman kondisi disekitarnya sehingga tindakan tersebut adalah tindakan yang menciptakan suatu resiko kepada lingkungannya, sehingga dengan sendiri Rylands harus bertanggung jawab terhadap segala konsekwensi yang ditimbulkannya kepada pihak lain.

Terhadap putusan tersebut, Salmond berpendapat bahwa hal tersebut adalah contoh penerapan *absolute liability* yang dikenal dalam sistem hukum *Anglo Saxon*. Sementara Winfield justru berpandangan lain bahwa keputusan pengadilan dalam kasus tersebut bukanlah penerapan *absolute liability* melainkan penerapan *strict liability* karena adanya setengah lusin pengecualian yang dapat

independent contractors and engineers to do the work of building the reservoir which was completed in December 1860. While excavating the construction site, the contractors came across some disused mine shafts which had been loosely filled with marl and soil. No attempt was made to seal these shafts. These shafts actually led, via a series of interconnected shafts and tunnels, into Fletcher's mines and land. Water from Rylands' reservoir flooded into Fletcher's mines on 11 December 1860, just days after completion of the reservoir and after it had been partially filled. There had been no excessive rains or local floods. Fletcher sued Rylands. For this case, Blackburn's opinion in the Exchequer Chamber focused on the defendant's bringing on to his land, for his own purposes, "something which, though harmless whilst it remain there, will naturally do mischief if it escape." meanwhile Lord Cairns, writing in the House of Lords, reasoned that the defendant's activity rendered his use of the land "non-natural"; accordingly, "that which the Defendants were doing they were doing at their own peril." Neither Blackburn's nor Cairns' account provides an adequate rationale for liability. Cairns' rationale of non-natural use, for all its metaphysical pretensions, may be closer to the policy issue at stake in the dispute The fact was that the defendant sought to use his land for a purpose at odds with the use of land then prevailing in the community. He thereby subjected the neighboring miners to a risk to which they were not accustomed and which they would not regard as a tolerable risk entailed by their way of life. Creating a risk different from the prevailing risks in the community might be what Lord Cairns had in mind in speaking of a non-natural use of the land].

membebaskan tergugat dari tanggung jawab. Pendapat Winfield ini diperkuat oleh Friedman yang juga berpendapat sama, karena ditemukan banyaknya pembatasan dalam pelaksanaannya, yang berarti lebih tepatnya adalah *strict liability*.²⁴³

Sehubungan dengan itu, Mircea Mateesco-Matte seorang sarjana Perancis membangun pemikiran yang berbeda dengan cara membedakan antara istilah *absolute liability* dengan *objective liability*. Jika dalam *absolute liability* tidak dimungkinkan tergugat membebaskan diri dari tanggung jawabnya, maka dalam *objective liability* hal tersebut sangat dimungkinkan, khususnya dalam hal keadaan kahar (*force majeure*) atau kesalahan terjadi karena kontribusi kelalaian dari pihak ketiga (*contributory negligence of third party*). Beliau berpendapat bahwa sebenarnya perbedaan tersebut benar-benar hanya bersifat teoritis.

Selanjutnya, juga mengemuka pemikiran dari Bin Cheng yang menjelaskan perbedaan pokok antara *Strict liability* dengan *Absolute liability*. Pada *strict liability*, perbuatan yang merugikan tersebut harus dilakukan oleh orang yang bertanggung jawab. Dengan kata lain harus ada hubungan kausalitas antara orang yang melakukan dengan kerugian yang terjadi. Pada *strict liability*, semua hal yang biasanya dapat membebaskan tanggung jawab (*usual defences*) tetap diakui kecuali hal-hal yang mengarah pada pernyataan tidak bersalah (*absence of fault*) karena dalam konteks ini kesalahan tidak lagi perlu dibuktikan. Sedangkan pada *absolute liability*, ada atau tidaknya hubungan kausalitas antara kerugian dan pelaku, tidak dipersyaratkan. Dalam konteks ini, faktor-faktor yang biasanya dapat digunakan sebagai alasan untuk membebaskan suatu tanggung jawab, menjadi tidak berlaku, kecuali apabila hal tersebut dinyatakan secara tegas oleh peraturan perundang-undangan. Dengan kata lain, pada *absolute liability* bukan tidak ada sama sekali hal-hal yang dapat membebaskan tanggung jawab, namun hal-hal tersebut harus dinyatakan secara khusus. Untuk memperjelas hal ini, Bin Cheng memberikan contoh beberapa konvensi baik yang secara tegas maupun diam-diam menganut penerapan prinsip *absolute liability* karena menyebutkan secara khusus hal-hal yang dapat membebaskan tanggung jawab, seperti antara

²⁴³ Ibid.

lain Konvensi Roma 1952, Konvensi Brussel 1962, Konvensi Vienna 1963 dan Montreal 1966.²⁴⁴

Berikut ini adalah gambaran skematis yang dibuat oleh Bin Cheng sebagaimana yang dikutip oleh E. Saefullah berikut ini:

CIVIL LIABILITY			
PERSON LIABLE			DEFENCES
Liability based on fault (responsible subjective)			Usual defences, e.g contributory negligence act of God, act of third party
No fault liability	Strict liability	Author of act causing damage	Usual defences except those directed to proving absence of fault
	Absolute liability	Person in prescribed relationship to specified circumstance, such causing damage	Only those provided for usual defences not available
* Absolute liability does not mean liability open Absolutely to no defence			

Tabel III.3. Tabel Perbandingan Civil Liability²⁴⁵

Dari semua uraian tersebut di atas, Saefullah berpendapat bahwa ternyata tidak ada ukuran yang pasti dalam membedakan kedua istilah tersebut, namun terdapat indikasi yang diterima oleh umum bahwa masih ada kemungkinan pembebasan tanggung jawab berdasarkan semua alasan umum yang sudah dikenal. Sementara pada *absolute liability* peluang tersebut tidak berlaku, kecuali yang secara khusus telah dinyatakan dalam instrumen-instrumen hukum tertentu (konvensi, undang-undang, dan sebagainya), dan tanggung jawab akan timbul begitu kerugian terjadi tanpa harus mempersoalkan lagi siapa penyebabnya dan bagaimana terjadinya.²⁴⁶

Terkait dengan itu, juga terdapat pemikiran seorang ahli hukum dari Harvard, George Fletcher yang melihat bahwa konfrontasi antara tanggung jawab atas kealpaan dan kesalahan pada satu sisi dengan tanggung jawab mutlak (*strict*

²⁴⁴ lihat juga article II dalam *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects: A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the Earth or to aircraft in flight.*

²⁴⁵ Saefullah, Op. cit. 232

²⁴⁶ Ibid.

liability) pada sisi yang lain, sebenarnya mengacu kepada pandangan/paradigma, tentang (1) kepatutan standar tanggung jawab, (2) kepatutan argumentasi hukum, dan (3) penyelesaian sengketa antara hubungan individual dengan kesejahteraan masyarakat. Fletcher kemudian memformulasikan adanya pertentangan dua paradigma yang terkait dengan PMH (*tort*) tersebut, yakni (i) paradigma hubungan timbal balik (*reciprocity*), dan (ii) paradigma keberadaan suatu alasan yang wajar (*reasonableness*).²⁴⁷

At the last century people think there is struggle between negligence and fault in the one hand, and strict liability on the other. The author thinks that the confrontation is between two radically different paradigms for analyzing tort liability paradigms which represent a complex of views about (1) appropriate standard of liability, (2) the appropriate style of legal reasoning and (3) the relationship between the resolution of individual disputes and community' welfare. These paradigms of liability cut across traditional doctrinal lines, creating a deep ideological cleavage between two ways of resolving tort disputes. The two paradigms are (1) the paradigm of reciprocity and (2) the paradigm of reasonableness.

Dalam paradigma resiprositas (hubungan timbal balik), Fletcher memperlihatkan bahwa penekanannya seringkali tertuju kepada hak ganti kerugian kepada si korban yang dirugikan (*the victim's right to recover*), dan bilamana si pembuat resiko (*risk-creator*) tersebut harus membayarnya. Dalam konteks ini *social cost* tidak menjadi perhatian, dengan kata lain tidak memperhatikan nilai *utility* akibat penerapan hal tersebut kepada masyarakat. Sementara, dalam paradigma alasan yang wajar (*reasonableness*), terdapat suatu penolakan terhadap nilai-nilai yang non instrumental dan komitmen kepada kesejahteraan masyarakat sebagai satu kriteria untuk menentukan siapa yang berhak menerima dan siapa yang berhak membayar kompensasi. Paradigma *reasonableness* ditentukan oleh kesetimbangan antara biaya dan manfaat (*cost and benefits*).

In the first paradigm, the two central issues of tort law (the victim is entitled to recover and whether the defendant ought to pay) are distinct issues, each resolvable without looking beyond the case at hand. The social costs and utility of the risk are irrelevant as is the impact of judgment on socially desirable forms of behavior. Further, according to this paradigm, if the victim is entitled to recover by virtue of the risk to which he was exposed there is an additional question of fairness in holding the risk-creator liable for the loss. The second paradigm represents a rejection of non-instrumentalist values and a commitment to the community's welfare as the criterion for determining both who is entitled to

²⁴⁷ George P. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory," *Harvard Law Review*, (1972).

*receive and who to pay compensation. Reasonableness is determined by a straightforward balancing of cost and benefits. If the risk yields a net social utility (benefit), the victim is not entitled to recover from the risk-creator, if the risk yields a net social disutility (cost) the victim is entitled to recover.*²⁴⁸

Fletcher berpendapat bahwa dalam kasus *Ryland v Fletcher*, hakim masih kurang menggali hubungan yang rasional dengan baik dan kurang melihat pemanfaatannya kepada masyarakat karena tidak memperhatikan faktor siapa yang menciptakan suatu resiko (*creating the risk*) dan siapa yang harus menanggung resiko itu (*prevailing the risk*) selain hanya melihatnya sebagai *non-natural use* ataupun *abnormal use* dari pemanfaatan lahan tersebut yang mengakibatkan kerugian kepada orang lain. Menurutnya, seharusnya juga diperhatikan bagaimana hubungan resiprositas dari pengembanan resiko (*risk-taking*) antara para pihak. Jika dalam hubungan tersebut tidak terdapat hubungan resiprositas penciptaan resiko (*non reciprocal risk creation*), atau jikapun ada tapi level resiko itu tidak sepadan/seimbang, maka '*strict liability*' selayaknya dapat diterapkan.

Jika ternyata para pihak bertimbal balik menciptakan resiko dan hal tersebut bersifat setimbang, maka selayaknya yang berlaku adalah konsep *negligence*. Selanjutnya dalam perkembangannya, turunan paradigma *resiprositas* yang merujuk kepada tanggung jawab berdasarkan kesalahan telah bergeser kepada paradigma *reasonableness*, atau pergeseran dari pendekatan berdasarkan pemaafan (*excusing*) kepada pendekatan penyesuaian resiko (*justifying risks*).

*That the fault requirement shifted its orientation from excusing to justifying risks had the following consequences: (1) fault became a judgment about the risk, rather than about the responsibility of the individual who created the risk; (2) fault was no longer a question of fairness to the individual, but an inquiry about the relative costs and benefits of particular risks; (3) fault became a condition for recognizing the right of the victim to recover. These three postures of the fault requirement diverged radically from the paradigm of reciprocity. Together, they provided the foundation for the paradigm of reasonableness, a way of thinking that was to become a powerful ideological force in tort thinking of the late nineteenth and twentieth centuries.*²⁴⁹

Menurut Fletcher dalam prakteknya, di negara-negara yang bercorak *common law*, benturan paradigma tersebut akan berlangsung terus dan pada

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Ibid.

akhirnya penerapannya adalah bersifat kontekstual kasus per kasus tergantung kembali pada kekuatan argumen hukum yang dikembangkan oleh para pengacara dan hakim (*metaphoric style of reasoning*).

Sehubungan dengan itu, seorang ahli hukum Thomas C Galligan Jr dari Negara Louisiana yang sistem hukumnya adalah gabungan dari *Common Law* dan *Continental Law*, berpendapat bahwa dalam kasus *Ryland vs Fletcher* yang sebenarnya berlaku adalah prinsip *absolute liability* bukan prinsip *strict liability*, karena dalam kasus ini tidak terdapat kajian terhadap unsur resiko yang dilakukan oleh si tergugat dan juga tidak ada unsur keseimbangan penggunaan (*utility balance*) dari tindakan si tergugat. Pada umumnya apabila seseorang melakukan tindakan seperti yang dilakukan oleh tergugat dalam kasus *Ryland v. Fletcher* maka selayaknya ia tetap dapat dikenakan tanggung jawab (*absolute liability*) meskipun kegunaan yang akan ditimbulkan dari kegiatan tersebut akan lebih besar dari resiko yang akan ditimbulkan. Lebih lanjut, Thomas mengemukakan rumusan yang dipakai oleh Hakim Hand dalam menerapkan prinsip *strict liability*.²⁵⁰

Menurut Thomas, banyak pihak khususnya usahawan akan sangat khawatir pada saat mendengar istilah "*strict liability*" karena berpikir bahwa *strict liability* merupakan suatu teori yang akan membuat orang bertanggung jawab terhadap semuanya, yang kemudian malahan akan menghancurkan dunia perindustrian. Namun pada faktanya penerapan *strict liability* adalah tidak seburuk dipikirkan oleh banyak orang, karena pada dasarnya prinsip *strict liability* merupakan pengembangan dari konsep pertanggungjawaban berdasarkan kelalaian (*negligence*) yang ditambah dengan adanya presumsi pengetahuan (*the presumption of knowledge*) terhadap resiko yang akan ditimbulkan.

Many courts have adopted the notion that strict liability is akin to negligence but with a presumption of knowledge of the risk. Thus, strict liability, like negligence, involves a risk utility balance but without the cost of knowledge added in. It involves a shortened version of the Learned Hand formula, subtracting the burden of discovering the risk. One is negligent, per the Hand formula, when $B < P \times L$. B is the burden of avoiding the risk; P is the ex ante probability the risk will materialize in injury; and, L is the gravity of the risk if it materializes in injury. Adjusting the Hand formula, someone is strictly liable if $B - BK < P \times L$, where BK is the burden of knowing or discovering the relevant risk. As such, strict liability is a lot like negligence.

²⁵⁰ Thomas C. Galligan, Jr., "Strict liability in Action: The Truncated Learned Hand Formula.", *Louisiana Law Review* (November, 1991)

Salah satu syarat dari suatu perbuatan yang dapat dikenakan *strict liability* adalah perbuatan tersebut mengandung suatu resiko yang tidak beralasan (*unreasonable risk*) yang menimbulkan kerugian terhadap orang lain. Selain itu dalam Restatement (second) *torts section 402A* juga mengatur bahwa *strict liability* dapat diterapkan kepada seseorang dengan syarat sebagai berikut :

- a. orang tersebut menjual suatu produk dalam keadaan yang tidak sempurna dan *unreasonably dangerous* kepada konsumen yang menyebabkan kerugian baik bagi konsumen tersebut maupun *property* dari konsumen tersebut, apabila
 - a) penjual tersebut berkecimpung dalam bisnis penjualan produk yang dijual tersebut;
 - b) telah diperkirakan kerugian yang akan diakibatkan kepada konsumen akibat ketidaksempurnaan produk tersebut namun tidak dilakukan perubahan substansial pada produk tersebut
- b. seseorang tetap dapat dikenakan *strict liability* meskipun (1) penjual telah melakukan segala upaya dalam persiapan penjualan produknya (2) si konsumen atau pembeli tidak membeli produk tersebut dari atau berdasarkan kontrak relasi dengan penjual.

Konsekuensi dari peraturan ini adalah ketika seseorang menuduhkan bahwa pihak lain harus bertanggung jawab secara *strict liability* maka pengadilan beranggapan bahwa si tergugat mengetahui bahwa karakteristik berbahaya dari produk yang dijualnya dan kemudian hakim baru menanyakan kepada tergugat apakah dia mengetahui atau tidak karakteristik berbahaya dari produk tersebut. Apabila tergugat tersebut mengetahui karakteristik berbahaya dari produk tersebut namun tetap menggunakan, menyimpan, atau menjualnya dalam kondisi demikian dan mengakibatkan kerugian kepada orang lain maka ia akan dikenai pertanggungjawaban berdasarkan kelalaian (*negligence*), namun ketika dari produk tersebut timbul resiko yang tidak beralasan dan menyebabkan kerugian kepada orang lain, maka penjualnya dapat dikenakan tanggung jawab berdasarkan *strict liability*.

Jadi pada dasarnya perbedaan antara pertanggungjawaban berdasarkan kelalaian (*negligence*) dengan *strict liability* adalah dimana dalam *strict liability* penggugat tidak perlu membuktikan adanya kewaspadaan dari pihak tergugat terhadap keadaan yang berbahaya dari produknya, karena meskipun sudah ada kewaspadaan tetap saja tergugat dapat dikenakan *strict liability* apabila produknya menimbulkan kerugian terhadap orang lain/penggugat. Dalam *strict liability*

ketidaktahuan atau ketidakwaspadaan tergugat terhadap produknya tidak dapat dijadikan pembenaran atau sebagai *defense*.

Thomas menyetir pendapat Hakim Hand yang menerapkan definisi aljabar dan ekonomi terhadap prinsip pertanggungjawaban berdasarkan kelalaian (*negligence*) pada kasus yang terjadi pada tahun 1940. menurut Hakim Hand seseorang dapat dikenakan tanggung jawab berdasarkan kelalaian apabila beban dari penghindaran atas resiko (B) kurang dari kemungkinan kerugian yang akan ditimbulkan apabila resiko terjadi ($P \times L$). Contoh dari penerapan rumus ini adalah sebagai berikut, masyarakat menginginkan seorang pengusaha untuk menghabiskan \$99 sebagai upaya untuk pencegahan (B) resiko sebesar \$100 ($P \times L$), maka pengusaha tersebut dapat dikenakan tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence*) apabila ia gagal untuk melakukannya. Lain ceritanya apabila B adalah sebesar \$101 dan $P \times L$ tetap sebesar \$100, maka pengusaha tersebut tidak dapat dikenakan tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence*) apabila membiarkan resiko tersebut terjadi.

Sedangkan dalam prinsip *strict liability*, rumus yang berlaku adalah $B - BK < P \times L$ agar seseorang dapat dikenakan pertanggungjawaban berdasarkan *strict liability*, dimana yang dimaksud dengan BK adalah beban adanya pengetahuan akan terjadinya resiko, dimana unsur ini tidak diperhitungkan apabila menggunakan rumus ini. Contoh kasus dari penerapan rumus ini adalah sebagai berikut, dalam sebuah pabrik mobil yang memproduksi secara otomatis terdapat suku cadang yang tidak terpasang, dimana suku cadang yang tidak terpasang itu adalah bagian dari rem yang mana akan berakibat tidak berfungsinya rem tersebut jika elemen tersebut tidak terpasang. Biaya terhadap pemasangan bagian dari rem tersebut sejatinya hanya memakan biaya \$1 (B), dan kemungkinan resiko yang terjadi akibat ketidakterpasangannya suku cadang tersebut adalah sebesar \$25.000 ($P \times L$), sedangkan biaya yang dikeluarkan sebagai upaya untuk mengetahui ada bagian yang kurang terpasang atau tidak, atau pencegahan adalah sebesar \$500.000 (BK) sehingga total dari beban penghindaran atas resiko adalah sebesar \$500.001 yang berarti biaya ini lebih besar dari kemungkinan biaya apabila resiko terjadi yaitu \$25.000. Namun apabila rumus $B - BK < P \times L$ diterapkan dalam kasus ini, dimana BK tidak diperhitungkan maka total B adalah \$1 yang berarti lebih

kecil dari kemungkinan biaya yang diperkirakan terjadi apabila resiko terjadi, sehingga perusahaan pembuatan mobil tersebut tetap dapat dikenakan tanggung jawab berdasarkan prinsip *strict liability*.²⁵¹ Ringkasnya, dapat dikatakan bahwa suatu kasus dapat diterapkan prinsip *strict liability* apabila dalam kasus tersebut atau tindakan tersebut risiko yang akan ditimbulkan lebih besar dari kegunaan yang akan didapatkan, sebagaimana pula hal ini berlaku dalam prinsip pertanggungjawaban berdasarkan kelalaian (*negligence*).

Secara garis besar, menurut Thomas,²⁵² prinsip-prinsip dari perbuatan melawan hukum ini pada dasarnya memiliki beberapa tujuan, antara lain:

- (a). kompensasi, dimana prinsip-prinsip seperti *strict liability*, pada dasarnya bertujuan untuk memberikan si korban kesempatan untuk mendapatkan ganti kerugian akibat dari resiko yang ditimbulkan oleh tindakan seseorang.
- (b). penyebaran penanggungan resiko (*risk spreading*), dimana tujuan atau fungsi ini biasanya berkaitan dengan resiko yang ditanggung oleh asuransi. Pihak yang menanggung akan melihat dari penyebab yang terdekat (*proximate cause*) dari kerugian yang ditimbulkan dan pihak-pihak yang dapat dikenakan tanggung jawab, dengan diterapkan hal ini maka penanggungan resiko dapat dibagi sesuai dengan besaran tanggung jawab masing-masing pihak.
- (c). moralitas, dimana pertimbangan alasan moral juga menjadi salah satu tujuan dari penerapan prinsip *strict liability*, *absolut liability*, maupun *negligence*. Masyarakat pasti akan menyimpulkan bahwa seseorang yang mengalami kerugian atau kerusakan akibat dari produk yang dibuat oleh seseorang atau perusahaan manufaktur, maka sangat adil apabila orang atau perusahaan manufaktur yang membuat produk tersebut meskipun akibat kelalaian atau tanpa kesalahan tetap bertanggung jawab terhadap kerugian yang dialami oleh si korban tersebut.
- (d). pencegahan (*deterrence*), dimana prinsip-prinsip PMH juga bertujuan agar para pembuat produk dapat lebih berhati-hati dalam membuat

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

suatu produk sehingga tidak menimbulkan kerugian atau mencelakai konsumennya. Dengan adanya prinsip PMH ini maka para pembuat akan merasa waspada ataupun takut dengan tanggung jawab yang mereka harus tanggung apabila produk mereka menimbulkan kerugian atau mencelakai seseorang akibat dari ketidak sempurnaan dari produk yang mereka buat.

Sehubungan dengan pendapat para ahli tersebut di atas, perlu juga dirujuk pengertian dalam kamus hukum *Black Law Dictionary* yang menyatakan bahwa *Absolute Liability* adalah *responsibility without fault or negligence*, dimana kasus yang dirujuk adalah *Rylands v Fletcher*, 3 H.L. 330; *Clark-Aiken Co. v. Cromwell-Wright Co., Inc. (Mass.)*, 323 N.E.2d 876.²⁵³ Sedangkan terhadap *Strict liability*, pengertian yang diberikan merujuk kepada beberapa kasus lain, antara lain sebagai berikut:

- a) *liability without fault. Goodwin vs Reilley, 1 Dist., 176 Cal.App.3d 86, 221 Cal. Rptr. 374, 376.*
- b) *A concept applied by the courts in product liability cases in which seller is liable for any and all defective or hazardous products which unduly threaten a consumer's personal safety. This doctrine poses strict liability on one who sells product on defective condition unreasonably dangerous to user or consumer for harm caused to ultimate user or consumer if seller is engaged in business of selling such product, and product is expected to and does reach user or consumer without substansial change in condition in which it is sold. Davis v. Gibson Products Co., Tex.Civ.App., 505 S.W.2d. 682, 688.*
- c) *Concept of Strtict liability in tort is founded on the premise when manufacturer presents his goods to the public for sale, he represents they are suitable for their intended use, and to invoke such doctrine it is essential to prove that the product was defective when placed in the stream of commerce. Herbstman v. Eastman Kodak Co., 68 N.J. 1., 342 A.2d 181, 184.*
- d) *Restatement, Second, Torts Sec. 402A. (1) One who sell any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold. (2) The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.*

²⁵³ Istilah "absolute" diartikan sebagai *Complete; perfect; final; without any condition or incumbrance; as an absolute bond (simplex obligation) in distinction from a conditional bond. Unconditional; complete and perfect in itself; without relation to or dependence on other things or persons. free from conditions, limitations or qualifications, not dependent, or modified or affected by circumstances; that is, without any condition or restrictive provisions.*

Setelah mencermati dan menelusuri semua pendapat para ahli tersebut di atas dan dengan melihat penguraian pengertian dalam kamus hukum, maka terlihat jelas bahwa sebenarnya pengertian *strict liability* adalah sangat berbeda dengan *absolute liability*. Kedua istilah tersebut sesungguhnya mempunyai dua esensi yang berbeda sehingga selayaknya tidak dapat diterjemahkan kedalam satu istilah umum sebagai tanggung jawab mutlak saja. Pada esensinya, dapat dikatakan bahwa prinsip *absolute liability* sesungguhnya adalah penerapan *strict liability* tanpa adanya kemungkinan pemaafan ataupun pengecualian (*strict liability without defense*).

Lebih lanjut, penelitian ini menemukan beberapa faktor pembeda dari ketiga prinsip tersebut sebagaimana terlihat pada tabel perbandingan di bawah ini.

	<i>Negligence</i>	<i>Strict liability</i>	<i>Absolute Liability</i>
Pihak Yang Harus Bertanggung Jawab	Pelaku tindakan yang bersangkutan	Pelaku tindakan yang bersangkutan, dan dimungkinkan juga pihak-pihak lain yang memberikan kontribusi terjadinya tindakan tsb	Pelaku tindakan yang bersangkutan
Unsur Yang Harus Dibuktikan	4 Unsur, yaitu: a. <i>Damage</i> (kerugian) b. Hubungan Kausalitas antara kerugian dan tindakan c. <i>Duty of care</i> (tindakan preventif untuk mencegah terjadinya kerugian) d. <i>Breach Of Duty</i>	3 Unsur, yaitu: a. <i>Damage</i> (kerugian) b. Hubungan Kausalitas antara kerugian dan tindakan c. <i>Duty of care</i> (tindakan preventif untuk mencegah terjadinya kerugian)	2 Unsur: a. <i>Damage</i> (kerugian) b. Pelanggaran peraturan perundang-undangan
<i>Defence</i> (pembelaan)	a. Pembuktian ada atau tidaknya kelalaian yang dilakukan b. Pembuktian apakah kelalaian tersebut dikarenakan tindakan dari orang yang bersangkutan	a. Masih dapat dilakukan pembelaan (<i>defence</i>) b. Pada dasarnya hanya dapat diterapkan terhadap suatu resiko atau kerugian yang	Tidak dapat dilakukan pembelaan (<i>defence</i>) karena sudah jelas kerugian atau kerusakan yang terjadi dan juga sudah jelas pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangannya.

	<p>sendiri atau ada campur tangan pihak lain (<i>contributory Negligence</i>)</p> <p>c. Ada atau tidaknya <i>best effort</i> untuk mencegah peluang terjadinya resiko yang akan ditimbulkan</p>	<p>dikategorikan sebagai <i>physical loss</i> atau <i>property damage</i> dan tidak dapat diterapkan pada bentuk kerugian <i>economic loss</i>, namun di beberapa negara bagian di AS seperti di alaska, <i>strict liability</i> juga dapat diterapkan pada suatu bentuk kerugian <i>economic loss</i> dengan beberapa persyaratan tertentu</p>	
Pemulihan Hak	<p>a. Ganti Rugi</p> <p>b. Perbaikan terhadap kerusakan yang terjadi</p> <p>c. Tidak ada jumlah maksimal pemulihan hak</p> <p>d. Pemulihan hak hanya diwajibkan kepada orang yang melakukan tindakan tersebut saja</p>	<p>a. Ganti Rugi</p> <p>b. Perbaikan terhadap kerusakan yang terjadi</p> <p>c. Pemulihan hak jumlahnya dapat lebih besar dari resiko yang ditimbulkan akibat hubungan kausalitas terjadi.</p> <p>d. Pemulihan hak tidak hanya diwajibkan kepada orang yang melakukan tindakan tersebut saja namun juga dapat diwajibkan kepada pihak-pihak lain yang berkontribusi terhadap terjadinya suatu kerugian yang ditimbulkan</p>	<p>a. Ganti rugi</p> <p>b. Perbaikan terhadap kerusakan yang terjadi</p> <p>c. Terdapat batasan maksimal sejumlah tertentu (jumlah pemulihan ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang dilanggarnya)</p>
Resiko	Diterapkan pada suatu resiko yang peluang terjadinya kecil dan dampaknya yang tidak terlalu besar	Diterapkan pada suatu resiko yang kemungkinan terjadinya kecil namun dampak yang ditimbulkan bersifat besar	Diterapkan pada suatu resiko yang peluang terjadinya besar dan dampaknya juga besar.

Tabel III.4. Tabel Perbedaan Prinsip Pertanggungjawaban
(Diolah dari berbagai sumber)

Berdasarkan tabel tersebut di atas, terlihat beberapa hal penting yang perlu diperhatikan, yakni sebagai berikut:

- a) Asumsi pihak yang harus bertanggungjawab pada ketiga prinsip pertanggungjawaban tersebut pada dasarnya adalah sama yaitu pelaku dari tindakan yang bersangkutan, namun pada prinsip pertanggung jawaban *strict liability* pihak lain yang ikut berkontribusi pada terjadinya suatu tindakan dan menimbulkan kerugian juga dapat dikenakan tanggung jawab.
- b) Unsur yang harus dibuktikan pada ketiga prinsip pertanggungjawaban diatas berbeda satu sama lainnya dimulai dari *negligence* dimana unsur yang harus dibuktikannya terdiri dari 4 (empat) unsur yaitu: (i) unsur *Damage* (kerugian), (ii) unsur hubungan kausalitas antara kerugian dan tindakan, (ii) adanya kewajiban *Duty of care* (tindakan preventif untuk mencegah terjadinya kerugian), dan (iii) tindakan melawan hukum *Breach Of Duty*. Sedangkan pada *strict liability* unsur yang dibuktikan cukup 3 (tiga) unsur yaitu: (i) *Damage* (kerugian), (ii) Hubungan Kausalitas antara kerugian dan tindakan, dan (iii) *Duty of care* (tindakan preventif untuk mencegah terjadinya kerugian). Perbedaan pada kedua unsur yang dibuktikan pada *negligence* dan *strict liability* adalah terletak pada unsur *Breach Of Duty*, dimana pada *strict liability* unsur ini tidak perlu lagi dibuktikan karena pada teori *strict liability* ada atau tidaknya pelanggaran, atau dilakukan atau tidak dilakukannya suatu tindakan pencegahan terjadinya suatu kerugian tidak berpengaruh terhadap tanggung jawab, pelaku tindakan tetap dapat dikenakan tanggung jawab. Sedangkan pada *Absolute liability* unsur yang harus dibuktikannya hanya 2 (dua) unsur yaitu: (i) *damage* dan (ii) pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan, hal ini dikarenakan karena dalam penerapan absolute liability tidak diperlukan lagi pembuktian terhadap hubungan kausalitas antara tindakan dan kerugian, sehingga hanya melihat pada kerugian yang terjadi dan adanya pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan.
- c) *Defence* atau pembelaan yang dapat dilakukan tergugat pada ketiga prinsip pertanggungjawaban ini juga berbeda-beda. Pada *negligence* pembelaan yang dapat dilakukan oleh tergugat secara umum ada tiga cara atau tiga pembelaan

yaitu: yang pertama melihat apakah pada tindakan tersebut ada tindakan kelalaian atau tidak, apabila tidak ada maka tergugat dapat terlepas dari pertanggungjawaban, yang kedua dengan melihat apakah pada tindakan kelalaian tersebut atau kerugian yang terjadi dilakukan atau ditimbulkan oleh tergugat sendiri atau ada campur tangan pihak lain, apabila ada campur tangan pihak lain maka pertanggungjawaban dari si tergugat dapat berkurang karena dibagi secara proporsional kepada pihak lain yang ikut campur tangan pada tindakan atau kerugian yang ditimbulkan. Sedangkan yang ketiga dengan melihat apakah tergugat sudah melakukan *best effort* untuk mencegah terjadi suatu kerugian atau belum, apabila tergugat telah melakukan *best effort* untuk mencegah terjadinya suatu kerugian maka si tergugat dapat terlepas dari tanggung jawab. Pada *Strict liability*, tergugat masih dapat melakukan pembelaan agar terlepas dari pertanggungjawaban namun belum terlimitasi, pembelaan yang dapat dilakukan oleh tergugat adalah dengan melihat dampak kerugian yang ditimbulkan apakah *physical loss/ property damage* atau *economic loss*, dimana apabila dampak yang ditimbulkan berupa *economic loss* maka si tergugat dapat terlepas dari pertanggungjawaban. Hal ini dikarenakan *strict liability* hanya dapat diterapkan apabila bentuk kerugian yang terjadi berupa *physical loss/ property damage* dan bukan *economic loss*, namun di beberapa negara bagian di Amerika Serikat (contoh Alaska) *strict liability* dapat juga diterapkan pada suatu tindakan yang menimbulkan kerugian berupa *economic loss* dengan beberapa persyaratan tertentu yaitu dapat dibuktikan bahwa tindakan yang dilakukan tergugat merupakan *proximate cause* dari kerugian yang terjadi. Sedangkan pada *Absolute liability* tergugat tidak dapat melakukan pembelaan apapun, karena sudah jelas kerugian atau kerusakan yang terjadi dan juga sudah jelas pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangannya.

- d) Pemulihan hak pada ketiga prinsip pertanggungjawaban diatas pada dasarnya dapat dilakukan dengan ganti rugi dan perbaikan, namun ada beberapa hal yang berbeda pada ketiga prinsip pertanggungjawaban ini yang berkaitan dengan pemulihan hak. Pada *negligence* ada jumlah maksimal yang diwajibkan kepada tergugat untuk dilakukan pemulihan hak yaitu sebatas dari

kerugian yang terjadi saja dan juga yang diwajibkan untuk melakukan pemulihan hak hanyalah orang yang melakukan tindakan kelalaian itu saja. Pada *strict liability* jumlah pemulihan hak dapat melebihi dari resiko yang ditimbulkan akibat hubungan kausalitas terjadi, jadi tidak terbatas pada resiko yang terjadi saja dan juga pada *strict liability* Pemulihan hak tidak hanya diwajibkan kepada orang yang melakukan tindakan tersebut saja namun juga dapat diwajibkan kepada pihak-pihak lain yang berkontribusi terhadap terjadinya suatu kerugian yang ditimbulkan. Pada *Absolute Liability* telah ditentukan limitasi jumlah tertentu untuk suatu pemulihan hak dimana jumlah pemulihan tersebut ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

- e) Ketiga prinsip pertanggungjawaban ini diterapkan pada jenis resiko yang berbeda-beda, *negligence* diterapkan pada suatu resiko yang peluang terjadinya kecil dan dampaknya yang tidak terlalu besar, sedangkan untuk *strict liability* tampaknya cenderung diterapkan pada suatu resiko yang kemungkinan terjadinya kecil namun dampak yang ditimbulkan bersifat besar, dan pada *absolute liability* cenderung diterapkan pada suatu resiko yang peluang terjadinya besar dan dampaknya juga besar.

Dalam sub-bab berikutnya akan diuraikan bagaimana ketiga prinsip pertanggungjawaban tersebut dilakukan dalam konteks Teknologi Informasi.

B. Perbuatan Melawan Hukum Dalam Lingkup Teknologi Informasi

Sebagaimana diketahui, jika terjadi 'kerusakan' terhadap suatu sistem informasi berbasis komputer yang mengakibatkan sistem menjadi tidak berjalan sebagaimana mestinya, maka tentunya akan terjadi suatu 'kerugian' baik materil maupun imateril yang mungkin tidak hanya diderita oleh pihak penyelenggara secara langsung melainkan juga oleh pihak lain ('pihak ketiga') sebagai penikmat manfaat atas keberadaan sistem tersebut. Sebagai konsekuensinya akan timbul suatu tanggung jawab hukum atas gugatan ganti rugi akibat kerusakan sistem tersebut.

Sebagaimana telah dinyatakan dalam Bab 1, bahwa eksistensi suatu sistem informasi berbasiskan komputer akan merujuk kepada tiga hal penting, yakni (i) keberadaan komponen-komponen yang digunakannya, (ii) keberlangsungan aktivitas-aktivitas fungsi yang telah ditentukan, dan (iii) sifat keterpaduan dari semua hal tersebut. Untuk melihat adanya kerusakan pada suatu sistem informasi elektronik tentunya juga akan melihat kepada tiga hal tersebut, yakni:

- a) Tidak bekerjanya komponen-komponen (*hardware, software, data, procedure* dan *brainware*) dalam sistem sebagaimana yang diharapkan;
- b) Tidak berfungsinya semua aktivitas fungsional (*input, proses, output, storage, communicate*) dalam sistem sebagaimana yang telah ditentukan;
- c) Tidak terjaganya sifat keterpaduan (*integrasi*) dalam sistem.

Sehubungan dengan itu, kerusakan tersebut pada dasarnya disebabkan oleh tiga hal yang menyebabkan *malfunction*, yakni:

- (a) tidak bekerjanya perangkat keras (*hardware malfunction*) sebagaimana mestinya; atau
- (b) tidak bekerjanya kode-kode instruksi dalam perangkat lunak sebagaimana yang ditentukan, mencakup (i) kesalahan pemrograman yang berdampak langsung kepada proses fisik (*software produces incorrect information which feeds directly into a physical process*), atau (ii) kesalahan program yang menghasilkan informasi yang tidak sebagaimana yang diharapkan (*software produces incorrect information which is relied on by human mind*).

Untuk menentukan tanggung jawab tersebut, maka tanggung jawab dapat ditentukan berdasarkan (i) kontrak/perjanjian para pihak, atau (ii) tanggung jawab berdasarkan ketentuan dalam undang-undang yang disebut juga sebagai perbuatan melawan hukum (PMH). Tanggung jawab berdasarkan kontrak akan melihat kepada keberadaan klausul-klausul dalam kontrak, seperti kontrak penjualan atau pemasokan perangkat, kontrak penyediaan jasa, atau kontrak lisensi penggunaan *software*. Sementara PMH, akan melihat kepada (a) tanggung jawab produk akibat

cacat produk (*defective product*), (b) tanggung jawab atas kelalaian yang berakibat kerusakan barang atau lukanya badan, atau kelalaian yang berakibat kerugian finansial (*financial loss*), mencakup kerugian konsekwensial akibat *software* yg tidak dapat digunakan atau kerugian akibat keterpercayaan terhadap informasi yang diproduksi oleh suatu *software* yang tidak benar. Kelalaian tersebut dapat terjadi karena (i) kelalaian atas perancangan/desain sistem (*negligence in designing the system*), (ii) kelalaian dalam pengoperasian sistem (*negligence in operating the system*), (iii) kelalaian dalam penentuan hasil keluaran dari sistem (*negligence in relying on the output of the system*), atau (iv) kesalahan dalam penggunaan sistem (*failure to use a computer system*).

Umumnya kontrak tentang pengembangan sistem elektronik ataupun sistem komputer (*system supply contract*) jika dilakukan dari awal, akan mencakup secara keseluruhan komponen-komponen yang dibutuhkan dalam sistem tersebut, yakni umumnya akan berbentuk *turn-key contract*, yang mencakup: (i) Pengadaan perangkat keras komputer (baik jual beli ataupun sewa menyewa); (ii) Pengadaan perangkat lunak komputer, baik sistem operasi maupun sistem aplikasinya, (iii) pengadaan perangkat tambahan (*peripherals*), seperti antara lain *cabling* dan *power supply*, dan (iv) pengadaan jasa pelayanan yang dibutuhkan (contoh: *consultancy, installation, support and maintenance*).

Dalam prakteknya, jika sistem elektronik tersebut telah ada sebelumnya dan yang dilakukan berikutnya hanyalah proses pengembangan lebih lanjut, maka kontrak tersebut tidak lagi merupakan pengadaan secara keseluruhan melainkan cukup parsial saja dengan kombinasi dari setiap komponen-komponen yang dibutuhkan tersebut.

Menurut Chris Reed, pada umumnya suatu kontrak yang baik akan memuat tiga hal:

Any well drawn contract will have provisions relating to three board categories of expectation:

- a) *Contract mechanics: for example who delivers what, and when?*
- b) *Commercial highlights: for example, what is the price, who owns IPR's, what warranties are given in respect of the system?*
- c) *Problem management: what happens if the project goes wrong, and what remedies are available?*²⁵⁴

²⁵⁴ Chris Reed et. al, *Computer Law* (4th ed.), (London: Blackstone Press Ltd ,2000) 87-88.

Untuk itu, dalam konteks pengadaan sistem computer yang baik, Chris Reed juga mengemukakan beberapa cek list untuk diperhatikan, yakni:

- e) Hak menjual si Penjual,
- f) Deskripsi yang jelas tentang spesifikasi yang dibutuhkan, mencakup; *Functionality (what the system is to do), Performance (how well it is supposed to do it), Compatibility (any software and hardware with which the system is likely to be used),*
- g) Kualitas dan kecocokan tujuan (*quality and fitness for the purpose*), mencakup kesesuaian standar, kesesuaian kebutuhan, kesesuaian profesionalitas pelayanan (*reasonable care and skill*);
- h) Pengaturan tentang Pengiriman dan Penerimaan (*Delivery and Acceptance Arrangement*);
- i) Jadwal waktu (*timetable*);
- j) Harga dan Pembayaran (*pricing and payment*)
- k) Penentuan kepemilikan dan penguasaan hak intelektual (*intellectual property*), mencakup kepemilikan hak, jaminan, kerahasiaan dan akses kepada kode sumber program computer (*source code*);
- l) Penerimaan dan Uji Coba (*acceptance & testing*)
- m) Jaminan (*warranties*);
- n) Dukungan dan Perawatan Pemeliharaan (*support & maintenance*) baik *off-line* maupun *online* sesuai *service level agreement* yang disepakati, yang mencakup upaya preventif dan represif terhadap keberlangsungan dan keterkinian sistem (*updates & upgrades*).

Sehubungan dengan kontrak, terdapat suatu kasus yang perlu dicermati terkait dengan jaminan proses pengadaan suatu sistem komputer yang harus sesuai dengan kebutuhan konsumen, yakni *Mackenzie Patten v British Olivetti* (1984 1 CL&P 92,95)²⁵⁵. Dalam kasus tersebut suatu firma hukum telah membeli computer Olivetti untuk menjalankan pekerjaannya. Mereka telah mendiskusikan kebutuhan kantornya dengan *sales person* dari Olivetti dan telah menandatangani

²⁵⁵*Mackenzie Patten v British Olivetti* (1984 1 CL&P 92,95)

kontrak standar sebagaimana yang telah diajukan Olivetti. Kemudian ternyata sistem tersebut tidak sesuai dengan apa yang dibutuhkan oleh kantor tersebut; sistem tersebut dirasakan lambat, sulit digunakan, dan tidak dapat dikembangkan lebih lanjut mengikuti perkembangan kebutuhan kantor tersebut. Hal tersebut memang tidak dinyatakan dalam perjanjian, sehingga mengakibatkan kantor tersebut harus mencari sistem pengganti dan terpaksa mengeluarkan uang untuk memperkarakannya. Dalam kasus tersebut, pengadilan menyatakan bahwa Olivetti terikat oleh pernyataan pegawai sales-nya bahwa sistem harus cocok atau sesuai dengan kebutuhan kantor hukum tersebut. Dengan kata lain, dalam kasus tersebut berlaku tanggung jawab mutlak atas kesalahan karyawan (*vicarious liability*) akibat kelalaian mengungkapkan atau menjelaskan sistem (*misrepresentation*) sebagaimana mestinya.

Dalam perkembangannya, meskipun beberapa kasus tentang penyelenggaraan sistem komputer telah diadili, namun tampaknya masih belum terlihat jelas benang merah dari putusan pengadilan bagaimana suatu kasus teknologi informasi seharusnya ditangani. Fenomena Y2K *bugs* yang telah menimbulkan kekhawatiran publik terhadap akuntabilitas penyelenggaraan sistem elektronik akibat peralihan empat digit tahun 2000, selayaknya menjadi stimulus bagi para ahli hukum untuk memperhatikan bagaimana seharusnya penyelenggaraan sistem komputer yang baik, dan mengevaluasi secara serius bagaimana dampak hukum dari fenomena tersebut.

Dalam memandang pertanggungjawaban terhadap Y2K bug tersebut, Suzanne R. Eschrich berpendapat bahwa ada 5 teori tanggungjawab yang dapat diberlakukan, yakni tanggung jawab pelaku usaha atas pelanggaran kondisi jaminan kepada konsumen (*breach of warranty*), tanggung jawab atas kelalaian (*negligence*), tanggung jawab malpraktek terhadap profesional komputer (*computer malpractice*), tanggung jawab atas *misrepresentation*, dan tanggung jawab *strict liability*.²⁵⁶

Menurut Suzanne Eschrich, tanggung jawab kontraktual berdasarkan atas adanya pelanggaran pelaku usaha dalam menjamin produknya adalah hal yang

²⁵⁶ Suzanne R. Eschrich, "The Year 2000—Delight or Disaster: Vendor Liability and the Year 2000 Bug in Computer Software," Boston University Journal of Science & Technology Law.

pertama dapat dilakukan, karena di AS terdapat ketentuan dalam UCC yang mengatur bahwa setiap pelaku usaha dalam melakukan kontrak mempunyai kewajiban untuk memberikan jaminan secara umum atas produk yang dijualnya, baik yang dinyatakan secara tegas (*expressed warranties*), contoh tidak adanya cacat produk atau telah memenuhi standar laik dagang/*merchantability*) maupun yang tidak tegas (*implied warranties*, contohnya adalah *fitness for particular purposes*). Sayangnya hal tersebut hanya dapat diterapkan jika keberadaan program komputer tersebut didasarkan atas kontrak pemesanan khusus, namun hal itu akan menghadapi kendala jika program tersebut ternyata di lisensikan secara massal karena perjanjian lisensi mereka pada umumnya adalah dalam bentuk '*shrink wrap license*' yang telah menyatakan penglepasan tanggung jawab terhadap hal tersebut (*disclaimer*) dan dilisensikan dengan kondisi sebagaimana adanya ('As Is'). Klaim dengan dasar ini hanya berhasil apabila penggugat dapat mengambil celah dalam bahasa perumusan klausula tentang jaminan khusus (*particular warranty*) dan mampu menjelaskan kekhususan fakta-fakta dan faktor-faktor yang melatarbelakangi transaksi tersebut.

Sehubungan dengan itu, umumnya produk *software* dijual dengan adanya kondisi umum *general representation* (kecuali jika ada *disclaimed*), bahwa *product* tersebut telah dijamin berfungsi dengan baik dan merupakan hasil perkembangan teknologi terakhir "*cutting edge*" abad ke 21. Hal tersebut berarti jika produk tersebut ternyata tidak siap mengantisipasi peralihan abad 21 maka hal tersebut dianggap sebagai suatu informasi yang menyesatkan (*misrepresentation*). Dengan kata lain vendor selayaknya tahu bahwa penggunaan dua digit untuk penghitungan tahun akan menimbulkan masalah dalam peralihan abad yang berjalan, itu artinya vendor telah beriktikad tidak baik karena telah menipu atau menyesatkan konsumen, sekalipun dalam kontraknya ia telah menyatakan penglepasan tanggung jawab untuk itu. Dengan tidak melakukan pembetulan terhadap kesalahan tersebut maka ia telah bertindak tidak patut sehingga karenanya ia harus bertanggung jawab.

Selanjutnya, dalam penerapan prinsip *negligence* juga akan mengalami kendala, khususnya terhadap *the economic loss doctrine* sehingga pengadilan tidak akan memperkenankan gugatan tersebut karena kerugian yang diderita tidak

mengakibatkan kerusakan fisik. Demikian pula halnya dengan penerapan *strict liability*, juga akan menghadapi kendala karena ada persyaratan bahwa harus ada kerusakan fisik pada si pengguna (*no physical harm results from the product defect*).

Meskipun kebanyakan pengadilan enggan untuk menerapkan tanggung jawab malpraktik dalam profesi komputer atau kelalaian profesi (*profesional negligence*), namun prinsip ini juga dapat menjadi alternatif karena profesi ini seharusnya meminta standar kemampuan yang lebih tinggi (*higher standard of care*) yang diterapkan. Dalam kenyataannya industri *software* komputer dan juga profesional IT telah berevolusi dan tumbuh menjadi industri yang membutuhkan pendidikan, pengetahuan dan kecakapan/keahlian yang khusus. Umumnya konsumen, khususnya perusahaan yang kurang cakap dalam TI akan mempekerjakan para profesional TI karena mereka adalah sosok yang profesional yang dibuktikan *certified engineer* yang dipercaya mampu merancang dan mengembangkan beberapa program komputer atau *software* sesuai kebutuhan.

Beberapa ahli hukum ada yang menyatakan pendapat bahwa kasus hukum tentang penerapan TI, selayaknya bukan peristiwa yang dapat dikenai Perbuatan Melawan Hukum, tapi cukup merupakan tindakan yang didasarkan pada kontrak saja (tanggung jawab kontraktual). Hal tersebut adalah karena alasan bahwa kontrak yang dibuat tentunya adalah bersifat sukarela (kesepakatan para pihak), dimana asas kebebasan berkontrak adalah kata kunci bagi para pihak yang berkontrak. Pemberlakuan Perbuatan Melawan Hukum justru dikhawatirkan akan mengakibatkan pembebanan kewajiban yang tidak perlu atau bahkan merupakan pemaksaan kewajiban bagi para pelaku usaha. Hal tersebut juga dikhawatirkan akan berpotensi banjirnya gugatan Perbuatan Melawan Hukum kepada para pelaku usaha yang boleh jadi malah akan kontra-produktif untuk pertumbuhan industri TI.

Pada sisi yang lain, konsekuensi penerapan Perbuatan Melawan Hukum dalam pemanfaatan TI, sebenarnya adalah kebutuhan masyarakat karena eksistensi kontraktual para pihak terkadang juga berpotensi memberikan masalah kerugian kepada Pihak ketiga yang terkait dengan kontrak. Sebagai contoh adalah

penyelenggaraan sistem untuk memberikan layanan publik, dimana kontrak bisnis para pihak yang terlibat dalam penyelenggara juga berakibat kepada masyarakat selaku konsumen atau penggunanya. Sementara penyelesaian kontraktual secara umum tidak memungkinkan karena konsumen selaku penggugat tidak punya hubungan kontraktual (*privity of contract*) dengan vendor sebagai tergugat serta adanya klausa pengecualian (*exculpatory clauses*) untuk penyelesaian sengketa dalam suatu perjanjian pembelian perangkat keras maupun dalam perjanjian lisensi perangkat lunak (antara vendor dengan penyelenggara). Tambahan lagi, dalam suatu gugatan Perbuatan Melawan Hukum yang berhubungan dengan pelanggaran kontrak secara umum juga dibatasi oleh doktrin kehilangan keuntungan (*economic loss*). Pengadilan akan menafsirkan kehilangan keuntungan sebagai “kerugian atas nilai yang tidak sesuai, biaya perbaikan dan penggantian produk cacat atau terjadinya kehilangan keuntungan- tanpa tuntutan atas kerusakan tubuh atau kerusakan terhadap barang.”

Pembatasan “*privity*”, klausa pengecualian, dan doktrin kehilangan keuntungan tidak terkait dengan “kerusakan tubuh” (*personal injury*) yang diderita oleh penggugat akibat komputer, namun demikian, pada kebanyakan tahapan, kerugian atas kerusakan tubuh tidak dapat dibatasi oleh klausa pengecualian. Karena komputer sangat jarang dapat mengakibatkan kerusakan tubuh, pembuat produk komputer juga umumnya terlindungi dari penanggungan kerugian dalam jumlah besar dalam kontrak melalui klausa pengecualian.

Tampaknya, baik pemberlakuan Perbuatan Melawan Hukum maupun kontraktual, tidak ada yang cukup sesuai untuk penyelesaian terhadap sedemikian banyak potensi masalah dari “permasalahan hukum terkait TI.” Isu kontraktual seperti “*privity*” dan klausa pengecualian merupakan elemen penting dalam tindakan TI, tapi elemen Perbuatan Melawan Hukum seperti keterlibatan pihak ketiga dan kerusakan tubuh juga sama pentingnya. Tindakan TI tidak dapat diputuskan terpisah dari teori kontrak. Tapi, beberapa “permasalahan hukum dalam penerapan TI” harus di pertimbangkan sebagai permasalahan Perbuatan Melawan Hukum.

Menurut Marvin L. Longabaugh, setidaknya ada empat pertanyaan yang dapat menjadi tolok ukur untuk menentukan bilamana suatu tanggung jawab tersebut adalah bersifat kontraktual ataukah Perbuatan Melawan Hukum.

- 1) Apakah Penggugat mempunyai hubungan kontraktual (*privity of contract*) dengan tergugat?
- 2) Apakah Penggugat hanya menderita kerugian ekonomis (*material*) saja ataukah juga menderita kerugian fisik ?
- 3) Apakah klausul pembatasan atau pembebasan tanggung jawab telah sesuai atau konsisten dengan kebijakan publik atau keadilan (*fairness*) ?
- 4) Apakah pemulihan hak berdasarkan kontrak sudah sepadan dengan kerugian?

Setiap jawaban yang bersifat negatif terhadap setiap pertanyaan di atas, dengan sendirinya akan membawa kasus tersebut ke ranah Perbuatan Melawan Hukum sebagai solusi pemulihan haknya, dan sebagai konsekwensinya perlu diperhatikan beberapa klasifikasi Perbuatan Melawan Hukum terhadap kasus tersebut. Dengan kata lain, perlu ditentukan jenis Perbuatan Melawan Hukum yang manakah yang dapat diterapkan dalam konteks pemanfaatan TI.

Terkait dengan hal itu, setelah ditelusuri terdapat beberapa kasus di AS yang melihat penerapan *strict liability* di lapangan TI, ternyata memperlihatkan dua hal, yakni (i) terhadap tanggung jawab produk perangkat keras karena dapat dikategorikan sebagai barang (*goods*) dapat dilakukan penerapan prinsip *strict liability (strict product liability)* dengan mudah, sedangkan (ii) terhadap tanggung jawab atas data, perangkat lunak (*software*) atau tanggung jawab terhadap jasa yang digunakan, tampaknya sulit untuk menerapkan *strict liability* meskipun kebutuhan ataupun desakan untuk menerapkan *strict liability* lebih mengemuka ketimbang penerapan *negligence*.

B.1. Tanggung Jawab terhadap Perangkat Keras

Beberapa ahli hukum telah menganjurkan penerapan teori-teori perbuatan melawan hukum pada saat terjadinya kerusakan atau tidak berfungsinya sistem atau umumnya disebut malfungsi (*malfunction*) pada sistem komputer. Beberapa

kasus telah menerapkan konsep tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence*) dan malpraktek (*professional malpractice*). Namun, beberapa ahli juga menganjurkan penerapan *strict liability* yang justru seharusnya diterapkan pada industri produk perangkat keras komputer, khususnya dalam hal perangkat yang tidak aman karena membuat penggunanya terkena setrum listrik yang dihantarkan oleh perangkat keras tersebut.²⁵⁷

Menurut Marvin, selayaknya terdapat beberapa syarat dalam penerapan prinsip *strict liability* pada suatu produk, yakni antara lain adalah:

1. Produk yang berbahaya secara tidak beralasan harus dalam keadaan tidak sempurna. Terdapat tiga unsur agar dapat dikatakan suatu produk tersebut berbahaya secara tidak beralasan dan dalam keadaan tidak sempurna, (i) yang pertama suatu produk dapat disebut berbahaya tanpa alasan ketika terdapat cacat pada produk tersebut pada saat si tergugat menjualnya, yang mana dalam konteks *software* computer hal ini terjadi ketika programmer gagal untuk memprogram secara benar dan menyebabkan error dalam program tersebut; dan (ii) unsur yang kedua adalah suatu produk dapat dikatakan berbahaya tanpa alasan ketika terjadi kegagalan pemenuhan prosedur untuk mencegah terjadinya resiko, dan (iii) unsur yang ketiga suatu produk dapat dikatakan berbahaya tanpa alasan ketika produk tersebut didesain secara tidak sempurna.
2. Produk yang tidak sempurna tersebut digunakan dengan cara yang diketahui sebelumnya. Pihak yang dirugikan harus dapat membuktikan bahwa produk tersebut digunakan dengan normal, dimana ketidaksempurnaan produk tersebut bukan dikarenakan penggunaan yang dilakukan oleh si pengguna. Dalam hal produk *software computer*, hal ini dimaksudkan bahwa si pembuat *software* tersebut tidak bertanggung jawab apabila kerusakan pada *software* tersebut dikarenakan adanya modifikasi-modifikasi yang dilakukan oleh si penggunanya.
3. Kerugian yang terjadi harus berasal dari produk yang bersangkutan bahwa proximate cause dari kerugian yang terjadi haruslah berasal dari ketidaksempurnaan produk yang bersangkutan, sehingga si pembuat baru

²⁵⁷ Collin Tapper, *Computer Law*, (New york: Longman, 1986) 255.

dapat dikenakan *strict liability* dari kerugian yang ditimbulkan dari produk tersebut.

4. Harus berbentuk produk

bahwa pada peraturan-peraturan yang ada penerapan prinsip *strict liability* hanya dapat diterapkan pada suatu produk bukan jasa. Oleh karena itu, harus dilihat secara kontekstual apakah program tersebut dikategorikan sebagai produk atautkah sebenarnya sebagai jasa yang diberikan kepada konsumennya.

Meskipun sudah bisa digunakan sebagai panduan, namun pendapat Marvin tersebut di atas tampaknya masih memiliki satu kelemahan yakni hanya memperhitungkan kemungkinan penerapan *strict liability* dalam konteks produk dan jasa-jasa yang melekat dengan produk tersebut, belum kepada sisi kemungkinan penerapannya untuk industri jasa dalam bidang TI.

Secara umum penyelesaian permasalahan hukum dalam penerapan TI mungkin dianggap dapat diselesaikan sebagai hubungan kontraktual, namun masih banyak dari permasalahan tersebut yang tampaknya hanya dapat diselesaikan dengan penerapan PMH, contohnya adalah kasus yang melibatkan kerusakan terhadap tubuh atau terhadap barang. Hal tersebut selayaknya harus dianggap sebagai kasus PMH, karena kerugian dalam tindakan kontraktual biasanya terbatas oleh "*privity*" yang telah disebutkan sebelumnya dan kemungkinan selalu ada klausa pengecualian. PMH juga dapat menjadi solusi jika terdapat prasangka terjadinya penipuan atau misrepresentasi (kesalahan penggambaran) dari produk TI yang dilakukan secara sengaja oleh si penjual.

Dalam kasus indikasi penipuan terhadap keamanan dan kemampuan produk, gugatan PMH sering digunakan sebagai cara untuk menghindari praktek pembatasan pemulihan hak berdasarkan kontraktual. Untuk membuktikan adanya kesengajaan tindakan penipuan/pengeliruan tersebut, penggugat harus membuktikan terlebih dahulu bahwa (i) penjual telah membuat penggambaran yang salah atas fakta yang seharusnya; (ii) hal tersebut dilakukan dengan tujuan untuk mempengaruhi pembeli untuk menyetujui kontrak; (iii) hal tersebut dilakukan dengan sadar bahwa kesalahan atau kecerobohan tersebut telah mengabaikan aspek kebenaran terhadap (iv) tentang aspek material yang

ditawarkan, dan (v) secara logis bergantung pada niatan dan kuasa si penjual. Kesulitan utama untuk menyelesaikan masalah penipuan tersebut adalah kesulitan pembuktian terhadap adanya pengetahuan tergugat atas pernyataan kesalahan atau kecerobohan tergugat yang telah mengabaikan kebenaran material tersebut.

Dalam kasus *Vmark Software, Inc v. EMC Corporation*,²⁵⁸ Pengadilan Tinggi Massachusetts telah memutuskan batal demi hukumnya terhadap suatu perjanjian lisensi penggunaan perangkat lunak kepada si pengguna *software* (*licensee*) sebagai akibat dari gagalnya pemberi lisensi (*licensor*) dalam menjalankan implementasi *software* mereka pada lokasi ataupun persil bisnis si *licensee*. Pengadilan di sini menyatakan bahwa tidak hanya *licensor* telah melakukan penggambaran yang salah atas fakta tentang *software* yang seharusnya telah diketahui, tetapi juga *Licensor* sebenarnya merahasiakan fakta material yang dipercaya oleh *licensee* sebagai penyebab terjadinya kerusakan tersebut. Pengadilan juga mengemukakan bahwa *licensor* harus bertanggung jawab atas biaya akibat waktu yang diperpanjang oleh *licensee* saat gagal menjalankan sistem komputer yang cacat tersebut bekerja.

Gugatan PMH atas tindakan penipuan produk TI tampaknya akan jarang terjadi, karena sebagian besar beban pembuktian berada pada penggugat, meskipun juga dimungkinkan bahwa perkembangan teknologi akan menciptakan alat baru yang mungkin membantu penggugat bahwa sebenarnya tergugat telah tahu atau seharusnya telah tahu tentang kegagalan atas produk atau jasanya.

Pada pandangan pertama dapat terlihat bahwa kelalaian memberikan gambaran ada untuk menghindari batasan kompensasi yang dipaksakan dalam tindak kontraktual. Pengadilan menemukan bahwa Restatement Section 552²⁵⁹ tidak membuka larangan/batasan gugatan (*floodgates*) terkait keuangan dan sanksi atas kerugian. Lambatnya Pengadilan untuk secara luas menerima "kelalaian memberikan gambaran" sebagai PMH dapat disebabkan oleh pertimbangan kebijakan publik. Potensi beban trilyunan dollar pada perusahaan yang secara lalai

²⁵⁸ *VMark Software, Inc. v. EMC Corporation*, 642 N.E.2d 587 (1994).

²⁵⁹ *Section 552 of the Restatement (Second) of Torts, states: One who, in the course of his business, profession or employment, or in any other transaction in which he has a pecuniary interest, supplies false information for the guidance of others in their business transactions, is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their justifiable reliance upon the information, if he fails to exercise reasonable care or competence in obtaining or communicating the information.*

mengklaim bahwa *software* mereka akurat ketika faktanya hal tersebut pasti tidak akan menghalangi perusahaan untuk mengembangkan produk baru atau menerbitkannya dalam waktu yang tepat ke pasar. Sebagai pilihan, tampaknya industri TI dapat lebih menyesuaikan diri dengan batasan dari kerugian demikian untuk mendorong inovasi dan pengambilan resiko dalam industri.

Dalam konteks perangkat keras, secara garis besar penggunaan *Strict liability* setidaknya didukung oleh empat pemikiran:

- 1) Pihak bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan sendiri oleh produk cacat adalah pihak yang berada dalam posisi terbaik untuk mendeteksi dan menghapuskan cacat tersebut.
- 2) Tanggung jawab harus diperhatikan oleh pihak yang dapat menyerap dan menyebarkan resiko melalui jalur alternatif seperti asuransi.
- 3) Beban pembuktian dari pihak yang tercederai tidak boleh berlebihan, karena pihak yang tercederai berada dalam posisi yang tepat untuk mendeteksi kecacatan.
- 4) Konsumen saat ini harus bergantung pada reputasi pembuat produk dan bukan lagi subjek dari doktrin *caveat emptor*.

Memperluas Doktrin *Strict Product Liability* dalam lingkup *hardware* tampaknya adalah hal yang sudah sepatutnya secara hukum, karena pembuatan *hardware* tentunya telah menggunakan standar teknik produksi tertentu dan menawarkan sejumlah kesempatan untuk mengukur dan menguji kontrol kualitasnya (*quality control*),²⁶⁰ namun, pada sisi yang lain, penerapan tanggung jawab produk (*Product Liability*) terhadap keberadaan *software* sangat jarang dilakukan. Dalam kasus yang terkait program komputer, kebanyakan orang seakan hanya peduli pada isu kehilangan nilai ekonomis/keuntungan (*economic loss*), bukan kepada sisi kerusakan tubuh atau barang. Meskipun demikian, sepertinya tindakan demikian akan menjadi lebih banyak terjadi karena anggota masyarakat lebih sering mempercayakan hidup mereka dan keadaan fisik mereka pada komputer. Pengembang dari sistem komputer menghadapi kemungkinan

²⁶⁰ Contoh tanggung jawab produk atas *hardware* adalah bilamana perangkat keras tersebut menyalurkan listrik berlebihan sehingga mengakibatkan injury kepada penggunanya.

gugatan tanggung jawab produk pada saat terjadinya suatu kegagalan sistem yang bersifat merusak.

Untuk perapan tanggung jawab berdasarkan kelalaian dalam permasalahan TI, secara umum terdapat tiga jenis tindak kelalaian yang dapat digunakan dalam gugatan PMH dalam bidang TI:

- (1) tuntutan malpraktek terhadap pihak yang menjual jasa terhadap program komputer;
- (2) tuntutan dari pihak ketiga yang dirugikan akibat kelalaian oleh penyelenggara sistem komputer; atau
- (3) tuntutan pihak ketiga yang dirugikan akibat kelalaian oleh pihak yang gagal menggunakan komputer

Sebagaimana umumnya gugatan PMH atas adanya suatu kelalaian/*negligence*, maka penggugat harus membuktikan adanya empat elemen yang harus dipenuhi, yakni: (1) adanya prinsip/kewajiban kehati-hatian, baik akibat perbuatan seseorang atau akibat tidak dilakukannya suatu perbuatan; (2) adanya perbuatan yang melanggar kehati-hatian tersebut; (3) pelanggaran/pencederaan tersebut merupakan penyebab langsung; dan (4) adanya kerugian atau kerusakan yang diderita oleh penggugat.

Dalam hal gugatan PMH atas tanggung jawab profesional, maka dengan dasar *malpraktek*, yang dapat didefinisikan sebagai kesalahan pelaksanaan profesional atau kekurangan kemampuan, beberapa pengadilan telah melihat bahwa kelalaian profesional adalah penyebab adanya perbuatan melawan hukum dalam komputer. Beberapa pengadilan mencoba membuka bentuk malpraktek baru seperti ketiadaan lisensi yang merupakan bentuk penipuan (*scheme*) dan secara langsung ditujukan pada industri komputer. Dalam perkembangannya, seiring dengan revolusi informasi, pengadilan harus juga memperhatikan (1) pertumbuhan secara eksponensial penerapan TI di seluruh sektor kehidupan masyarakat; (2) tumbuhnya kepercayaan terhadap teknisi komputer sebagai *professionals*; dan (3) berkembangnya program sertifikasi profesi yang telah diakui atau diterima secara umum sebagai suatu standar industri. Oleh karenanya, selayaknya bagi setiap konsultan TI harus mempunyai standar kapabilitas atau

pelayanan yang tinggi apabila ia mengiklankan dirinya dengan sertifikasi yang dimilikinya agar publik lebih mempercayai keahliannya.

Sementara untuk kelalaian dalam penggunaan komputer, dijumpai sedikit kesulitan karena sesungguhnya komputer sebenarnya tidak dapat dikatakan melakukan kelalaian dengan sendirinya. Komputer hanyalah alat yang dikendalikan oleh penggunanya. Terkait hal tersebut, penggugat yang dirugikan akan meminta penggantian kerugian pada pengguna komputer terlebih dulu (penyelenggara). Pada beberapa kejadian, justru tidak terdapat hubungan kontraktual antara yang dirugikan dengan pengguna komputer. Sementara, bagi setiap pengguna komputer sesungguhnya punya kewajiban untuk melakukan prinsip kehati-hatian. Oleh karena itu, dalam menguji kelalaian penggunaan komputer akan lebih mudah jika perbuatan tersebut dilihat berdasarkan tiga komponen yakni: (i) perangkat keras (*hardware*), (ii) perangkat lunak (*software*), dan (iii) manusia (*brainware*).

Kesalahan (*error*) pada *hardware* telah diperdebatkan dalam prinsip kelalaian *res ipsa loquitur* pada kasus *Nelson vs American Airlines*²⁶¹ dimana penggugat luka terbentur kabin akibat manufer gerakan pesawat yang sangat tiba-tiba akibat tidak berfungsinya sistem pilot otomatis (*malfunctioning automatic pilot*) pesawat, namun, pengadilan melihat bahwa tidak cukup bukti terhadap pernyataan bahwa kecelakaan terjadi akibat kelalaian kru teknisi perawatan pesawat (*maintenance crew*) *American Airlines*. Di bawah hukum negara California, tergugat yang merupakan pengangkut publik berada di bawah beban yang lebih ketat dan ternyata ditemukan adanya faktor lain yang merupakan penyebab kecelakaan tersebut. Secara umum, gugatan kelalaian dengan prinsip *res ipsa loquitur* memang tidak pernah sukses dalam lingkup pemanfaatan TI.

Sementara kelalaian program komputer ditemukan dalam kasus *Thompson v. San Antonio Merchant's Association*²⁶², dimana Pengadilan banding menguatkan temuan dari Pengadilan tingkat pertama bahwa tergugat telah lalai menjalankan kewajiban kehati-hatiannya (*exercise reasonable care*) dalam melakukan pemrograman sistem komputernya, dengan tidak memperbaharui prosedur audit untuk memastikan keakuratannya, sehingga membuat laporan

²⁶¹ *Nelson vs American Airlines*, 70 Cal. Rptr. 33 (C.A. 1st Dist. 1968).

²⁶² *Thompson v. San Antonio Merchant's Association*, 682 F.2d 509 (5th Cir. 1982)

kredit penggugat kepada kreditornya didistribusikan dengan kesalahan, kerusakan informasi tersebut disebabkan oleh sistem komputer tergugat.

Banyaknya permasalahan hukum terkait TI yang berhubungan dengan kelalaian penggunaan komputer, merupakan tugas dari hakim pengadilan untuk menentukan mana dari tiga katagori komponen (*hardware, software* dan *human errors*) yang benar-benar melakukan kesalahan. Tampaknya hakim pengadilan mungkin akan memberlakukan prinsip kelalaian komparatif (*comparative negligence*), karena mungkin saja masing-masing kategori mempunyai andil dalam kesalahan tersebut secara sistemik.

Dalam hal Kelalaian Penggunaan Komputer (*negligent failure to use computers*), terlihat dalam kasus *T. J. Hooper*²⁶³, dimana pemilik kapal tunda (*tugboat owner*) dinyatakan *negligent* karena tidak melengkapi kapalnya dengan radio untuk memantau ramalan cuaca, Hakim Learned Hand, menuliskan putusannya yang merepresentasikan mayoritas pemikiran majelis hakim, yakni dengan menerapkan formulasi pemikirannya tentang keseimbangan kepentingan untuk menentukan apakah pemilik kapal harus bertanggungjawab terhadap pemasangan radio yang belum populer pada masa itu. Hakim Hand menyatakan pemilik kapal harus bertanggungjawab karena telah lalai memasang alat radio tersebut, karena sesungguhnya biaya memasang alat adalah lebih rendah bila dibandingkan dengan keuntungan yang didapat oleh pemilik kapal.

Alasan yang serupa juga berlaku dalam kasus *Torres v. North American Van Lines, Inc.*,²⁶⁴ suami si penggugat meninggal ketika truk yang dimiliki oleh tergugat menabrak mobil suaminya yang sedang diparkir, suaminya tersebut sedang duduk di dalamnya. Pengadilan Banding Arizona memutuskan bahwa tergugat harus bertanggungjawab karena dalam truk tersebut terdapat sistem pengolahan data terkomputerisasi yang dapat memonitor keamanan si pengemudi, oleh karenanya alasan kelelahan si pengemudi sebagai penyebab kecelakaan menjadi diabaikan.

²⁶³ T.J. Hooper Case, 60 F.2d 737 (2nd Cir. 1932).

²⁶⁴ Torres v. North American Van Lines, Inc, 132 Ariz. 35, 658 P.2d 835 (1982).

B.2. Tanggung Jawab atas *Software* dan Data

Pada masa lalu data dan *software* computer tidak termasuk dalam suatu hal yang dapat diterapkan prinsip *strict liability* karena data dan *software* dikategorikan sebagai “*intangible asset*”, namun ternyata hal tersebut justru telah mengakibatkan perkembangan industrinya menjadi negatif bagi kepentingan perlindungan konsumen. Sejak terjadinya kasus *Winter v. G.P. Putnam's Sons*²⁶⁵ dimana dalam *dicta* putusan kasus tersebut disebutkan bahwa *strict liability* dapat diterapkan pada kasus malfungsi akibat *software* computer, maka kondisi pertanggungjawaban dalam perkembangannya kemudian telah menjadi berbeda.²⁶⁶

Menurut Michael R. Maule, ada beberapa hal yang dapat menjadi pendukung penerapan prinsip *strict liability* pada kasus malfungsi *software* komputer yang dikenakan pada si pembuat *software*, antara lain adalah sebagai berikut:

1. Terjadinya kerugian yang menyebar (*loss spreading*)
kerugian atau resiko yang terjadi yang dialami oleh seseorang maupun suatu *property* yang diakibatkan oleh ketidaksempurnaan suatu produk merupakan tanggung jawab dari si pembuat karena si pembuat berada di posisi yang lebih baik untuk menyerap atau mencegah terjadinya kerugian yang akan ditimbulkan oleh bisnis mereka tersebut.
2. Jaminan Keamanan Produk oleh Pabrikan (*Manufacturer's Representation of Safety*)
Dengan diterapkannya prinsip *strict liability* maka si pembuat program akan lebih merasa berhati-hati dalam melakukan pembuatan produknya sebelum dijual atau dikomersialisasikan kepada penggunanya.
3. Insentif Pengamanan (*Safety Incentive*).
Dengan diterapkannya prinsip *strict liability* maka akan membuat si pembuat akan melakukan kontrol kualitas yang lebih ketat terhadap produknya berdasarkan prinsip kehati-hatian sehingga dapat terhindar dari tanggung jawab berdasarkan prinsip *strict liability* apabila terjadi

²⁶⁵ *Winter v. G.P. Putnam's Sons*, 938 F.2d 1033 (9th Cir.1991).

²⁶⁶ Michael R. Maule, “Applying Strict Products Liability To Computer *Software*,” *Tulsa Law Journal*, Summer, 1992.

ketidaksempurnaan pada produknya yang akan mengakibatkan kerugian ataupun resiko bagi individu maupun suatu *property*.

Sehubungan dengan itu, Michael D. Scott menyoroti permasalahan hukum akibat *software* yang tidak aman di Amerika Serikat sebagai suatu kewajiban bagi vendor untuk membuat sistem yang aman kepada publik. Ia melihat bahwa pembuat *software* ("Vendor") seringkali menyatakan berdedikasi pada keamanan, akan tetapi sejarah justru menyatakan sebaliknya, karena faktanya pasar *software* telah gagal untuk menghasilkan keamanan *software*. Vendor biasanya menolak untuk bertanggung jawab terhadap pengalokasian resiko yang telah diatur dalam the Uniform Commercial Code ("UCC") kemudian justru mengalihkan resiko atas *software* yang tidak aman (*insecure software*) kepada pengguna atau penerima lisensi *software* tersebut ("Licensee"). Ia melihat telah ada beberapa kasus dalam hal penerima lisensi meminta pengadilan untuk menetapkan vendor untuk bertanggung jawab, namun sayangnya kasus tersebut tidaklah sukses.²⁶⁷

Michael mencatat bahwa sejak 11 September 2001, perhatian yang lebih telah diberikan untuk keamanan dari infrastruktur yang penting, termasuk fasilitas transportasi, *finance*, pembangkit listrik, perusahaan air bersih, dan sistem manajemen pembuangan limbah, jaringan computer, militer dan keamanan Negara, serta penanggulangan bencana. Sektor ini memiliki peningkatan ketergantungan pada perkembangan infrastruktur informasi yang berbasis komputer, sehingga dengan sendirinya juga terjadi peningkatan ketergantungan kepada aspek keamanan *software*. Perkembangan resiko yang inheren dengan

²⁶⁷ Michael D. Scott., "Tort Liability For Vendors Of Insecure Software: Has The Time Finally Come?" 67 Md. L. Rev. 425., *Maryland Law Review*, 2008. [Michael merujuk kepada kasus *Chatlos Sys., Inc. v. Nat'l Cash Register Corp.*, 479 F. Supp. 738, 740-41 & n.1 (D.N.J. 1979), dimana pengadilan menguatkan sebagian dan merubah sebagian putusan dibawahnya, 635 F.2d 1081 (3d Cir. 1980) (pengadilan menyatakan tidak ada dasar bagi penggugat untuk menerapkan PMH/ *tort liability* terhadap pelanggaran kontrak komersial dan menolak klaim penggugat untuk menerapkan jenis PMH baru (*a new tort*) yang disebutkan dengan istilah "*computer malpractice*". Lebih lanjut, Michael juga menjelaskan definisi dari '*insecure software*' yakni: (1) *The existence in shipped software of vulnerabilities, namely, "flaw[s] in an information technology product that could allow violations of security policy"; and (2) The use of patches to fix known vulnerabilities. A patch is a software module that is inserted into an existing program to fix an error or vulnerability. A patch may fix one security problem, but introduce another problem—sometimes security related, sometimes not. The term patch reflects the fact that these software updates are no more than bandages, fixing only a narrowly prescribed problem with the software, and not always satisfactorily at that.*

ketidakamanan sistem teknologi informasi, telah membuat eksekutif korporasi, ahli keamanan komputer, pengamat, pengacara, pejabat Negara harus segera bertindak untuk menyikapi hal ini.

Sebenarnya tidak memerlukan ahli untuk memahami betapa besarnya kerugian akibat ketidak-amanan (sebagai bentuk kecacatan) dalam suatu *software* yang sering membuat kerusakan *massive* pada pengguna *software* dan pihak ketiga sebagai hasil dari *hacker*, kehancuran sistem, dan manifestasi lain dari kecacatan tersebut. Bagaimana menetapkan harga pada kerusakan yang diakibatkan oleh *Hacker* yang menghentikan (*shutting down*) sistem lalu lintas udara (*air traffic control system*) pada saat terjadinya badai. Scenario *Doomsday* tersebut dan skenario pengrusakan yang tidak terhitung lainnya adalah semua hal yang sangat nyata ketika semua pihak harus mempertimbangkan berapa banyak perusahaan, lembaga pemerintahan, dan individual yang bergantung pada alat kontrol *software* untuk melindungi dan membantu mereka tugas sehari-hari mereka.

Sehubungan dengan itu, dan seiring dengan jatuhnya beberapa perusahaan-perusahaan besar seperti Enron, Worldcom, Tyco, serta beberapa perusahaan besar lainnya, pada dasarnya adalah suatu tindakan penipuan korporasi yang baru terbongkar kemudian. Hal tersebut membuat kongres AS mengeluarkan *the Sarbanes-Oxley Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*, yang mengharuskan eksekutif korporasi untuk mensertifikasi bahwa system computer mereka aman, yang dibarengi dengan ancaman pidana denda yang besar dan penjara apabila hal tersebut dilanggar, namun sayangnya, pada sisi yang lain para penyedia/vendor *software* sepertinya tidak diharuskan bertanggung jawab, atau dengan perkataan lain tidak berkewajiban untuk mensertifikasi bahwa produk *software* mereka telah aman. Yang mereka lakukan hanyalah sebatas menyediakan modul-modul perbaikan secara parsial (*patch*) terhadap kerentanan yang terjadi pada sistem tersebut.

Oleh karena itu, kemudian menjadi suatu pertanyaan penting, bagaimanakah tanggung jawab yang seharusnya terhadap bisnis *software* tersebut, apakah *software* merupakan barang ataukah jasa? Apakah *software* seharusnya termasuk dalam lingkup gugatan ('klaim') terhadap tanggung jawab produk

ataukah gugatan terhadap malpraktek dari penyedia jasa pembuat program (*professional malpractice*). Wacana ini telah menjadi perdebatan yang lama sejak tahun 1980, yakni dalam konteks penerapan Article 2 dari UCC. Dalam article 2 UCC tersebut hanya diatur tentang transaksi barang bukan jasa-jasanya, dimana terminologi barang di article tersebut adalah mencakup semua benda (termasuk *specially manufactured goods*) yang dapat dipindah-pindahkan (benda bergerak) dan yang diidentifikasi pada saat kontrak penjualan tersebut dibuat. Untuk menentukan apakah UCC. berlaku untuk transaksi computer tertentu, perlu untuk memastikan apakah terminologi barang (*goods*) tersebut ada di dalam perjanjian/ kontrak tersebut.²⁶⁸

Perangkat keras computer (*hardware*) sebagai benda bergerak, sudah jelas termasuk dalam lingkup benda dalam kategori article 2 tersebut, meskipun dalam transaksi *hardware* tersebut pada prakteknya akan sering menyertakan jasa pelayanan insidental (*incidental services*) yang diperlukan (contoh; jasa pemasangan/instalasi, jasa pelatihan penggunaan/*user's training*, dan jasa perawatan perangkat/ *maintenance*), dimana keberadaan transaksi atas jasa tersebut karena merupakan paket dengan perangkat kerasnya dianggap tidak bertentangan dengan UCC. Sementara untuk transaksi yang hanya berorientasi jasa pelayanan semata (*primarily personal services*), seperti jasa perawatan/maintenance, pelatihan, dan jasa dukungan teknis (*support*), seringkali hal tersebut tidak dianggap sebagai barang, yang karenanya menjadi tidak termasuk dalam pengertian article 2 UCC.

Walaupun begitu, dalam prakteknya beberapa pengadilan tetap berupaya untuk menerapkan UCC ketika suatu kontrak jasa juga mencakup keberadaan penjualan perangkat keras didalamnya. Pada prakteknya, kebanyakan transaksi atas *software*, juga tetap menyertakan suatu perangkat keras, contohnya adalah keberadaan barang media penyimpan *software* tersebut (CD ROM) itu sendiri

²⁶⁸ Menjawab keterbasan lingkup article 2 UCC, Komisi Hukum Nasional Amerika Serikat (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) pada tahun 2002 telah mengembangkan model law sebagai pengisi Article 2B UCC yang disebut Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA) yang mengatur transaksi terkait dengan lisensi program computer. Namun model law tersebut tidak mendapatkan tanggapan yang begitu baik dari kebanyakan Negara bagian karena dianggap hanya melindungi kepentingan pihak pelaku usaha saja. Hanya sedikit negara bagian yang mengakomodirnya (Virginia dan Marryland), sementara sebagian besar Negara bagian lainnya belum mengakomodirnya.

berikut buku dokumentasinya serta jasa-jasa untuk melakukan pengembangan/penyesuaian, pemasangan, pelatihan maupun perawatan dan dukungan teknisnya (*customization, installation, training, maintenance, support*). Pemikiran yang sama juga berlaku terhadap keberadaan program *software* yang dijual secara paket (*bundled*) dengan suatu perangkat keras, baik yang dikembangkan secara pesanan (*custom*) atau memang yang dibuat khusus untuk perangkat keras tertentu (*off the shelf*). Dengan kata lain *software* tersebut adalah melekat dengan produk barang yang ditawarkan, meskipun keberadaan perangkat keras tersebut dapat dianggap sebagai hal yang insidental dalam transaksi barang tersebut, namun secara keseluruhan kontrak tersebut dapat dikatakan termasuk dalam lingkup UCC.

Dengan kata lain, karena hasil akhirnya adalah hampir sama karena semua kontrak akan melibatkan dua aspek penting yaitu barang dan jasa, baik secara paket (*bundled*) maupun yang terpisah, baik yang diatur di awal maupun yang merupakan tambahan, selayaknya hal tersebut masih termasuk dalam pengaturan article 2 UCC tersebut. Tetap saja masih terdapat silang pendapat, terhadap transaksi *software* yang dilakukan terpisah dengan perangkat kerasnya (*unbundled*), karena unsur jasanya tampaknya lebih mengemuka ketimbang barang yang ditransaksikan.

Penerapan *article 2* UCC tersebut telah memungkinkan vendor menggunakan suatu kesempatan untuk menggunakan ketentuan dalam UCC yang memperkenankan mereka untuk menyatakan pembatasan resiko yang akan muncul dalam memasarkan produk mereka, yang mencakup penglepasan tanggung jawab jaminan (*warranty disclaimers*), pembatasan tanggung jawab (*limitation of liability*) dan pembatasan pemulihan hak kembali (*remedies*). Hal tersebut jelas tidak *fair* bagi konsumen, karena umumnya konsumen dihadapkan pada kenyataan bahwa (i) suatu kontrak yang ditawarkan adalah terpadu dengan perangkat lain (*adhesion*), (ii) konsumen berada dalam posisi yang tidak setimbang (*bargaining position*), (iii) konsumen tidak dapat mengetahui apakah rangkaian instruksi dalam program komputer tersebut telah tepat menjawab kebutuhan mereka, dan (iv) konsumen seringkali hanya langsung percaya dengan

representasi jaminan dari pelaku usaha terhadap kehandalan produk mereka dalam menjawab kebutuhan si konsumen.

Menjawab permasalahan tersebut, banyak ahli yang menyatakan sebaiknya menggunakan *tort law* (perbuatan melawan hukum teori) untuk kasus yang berhubungan dengan *software* computer (*computer related cases*). Beberapa argumen menyatakan mereka yang menjadi pengembang *software* dan sistem komputer adalah pihak yang tepat untuk melakukan tindakan pencegahan agar tidak terjadinya pelanggaran keamanan (*security breaches*). Oleh karena itu penempatan tanggung jawab kepada pengembang tersebut akan memotivasi mereka dalam membuat *software* yang lebih aman.

Sehubungan dengan itu telah ada beberapa gugatan kepada *vendor* dan *user* dalam hal pelanggaran keamanan, khususnya dalam hal pelanggaran yang telah membuat tereksposnya data personal dan data keuangan dari konsumen kepada pelaku kejahatan sehingga mereka menjadi dapat menggunakan data tersebut untuk pencurian atau kejahatan keuangan (*financial crimes*). Gugatan tersebut menunjukkan bahwa *vendor software* telah lalai dalam produksinya atau telah lalai dalam mendesain keamanan system computer, termasuk sistem keamanan kode dan sistem enkripsinya (*encryption software*).

Meskipun, pertanggungjawaban atas kelalaian merupakan teori yang dapat digunakan untuk menjerat *vendor software* dalam mendistribusikan *software* yang tidak aman (*insecure software*), namun tetap sulit untuk diterapkan karena Penggugat yang diberikan beban untuk membuktikan adanya kelalaian, dimana penggugat harus mendalilkan dan membuktikan bahwa:

- i) *vendor* masih mempunyai hutang pelaksanaan suatu tugas/kewajiban (*duty*) kepada penggugat,
- ii) *Vendor* tersebut melanggar tugas tersebut,
- iii) Pelanggaran tugas oleh *vendor* tersebut menyebabkan kerugian pada penggugat, dan Pelanggaran tersebut merupakan penyebab utama dari kerugian penggugat, serta
- iv) penggugat menderita kerugian yang dapat dikompensasi (*compensable*) dari pelanggaran tersebut.

B.2.a. Penerapan Tanggung Jawab Vendor Atas Dasar Kelalaian

1. Kewajiban Vendor

Terhadap pertanyaan apakah ada kewajiban vendor yang terhutang kepada *licensee* untuk menyediakan *secure software* adalah kewajiban untuk melakukan perawatan sistem yang seharusnya *berlaku* diantara vendor dengan *licensee* selaku pihak yang dirugikan. Hal ini sangatlah logis karena yang terjadi adalah kontrak lisensi bukan kontrak jual beli, yang dengan sendirinya tidak ada pengalihan hak kemilikan dan resiko atas barang kepada konsumen.

Kewajiban tersebut, mungkin akan terlihat dalam dua kemungkinan yakni (i) kewajiban untuk mendesain dan mengembangkan *software* yang aman dan (ii) kewajiban untuk memerintahkan *licensee* bagaimana menggunakan produk secara aman berikut peringatan tentang resiko ataupun bahaya yang tersembunyi (*hidden danger*) yang mungkin ada dalam produk tersebut.

Adanya kewajiban tersebut sebenarnya adalah ditentukan oleh adanya suatu kebijakan atau aturan tentang jaminan keamanan produk bagi konsumen (*public safety regulations*). Penentuan pelaksanaan kewajiban dari vendor membutuhkan pengadilan untuk memperhatikan kesetimbangan (*to balance*) dari beberapa faktor, yakni biaya dan kemungkinan solusi untuk melakukan pencegahan atau pengamanan yang sepatutnya (*adequate security*) dan kemungkinan resiko yang akan terjadi serta nilai pemanfaatan atau utilitas yang dapat diperoleh serta kemungkinan asuransi yang dapat diterapkan.

2. Kehati-hatian (*Standard of Care*)

Walau diasumsikan adanya kewajiban (*duty*) dari vendor telah diketemukan, pertanyaan berikutnya adalah standar kehati-hatian yang harus dapat diterapkan (*standar of care*) atau yang dapat dibebankan kepada vendor. Mekanisme perawatan/care dan tipe dari *conduct*/pelaksanaan yang dibutuhkan akan sangat bervariasi mengacu pada kondisi situasi yang berkembang, tetapi secara umum, *standard of care*, adalah hal apa yang akan dilakukan oleh seseorang secara hati-hati dalam situasi tertentu. *Standard of Care* akan

berhubungan dengan praktek sistem pengamanan (*security*) yang berkembang dengan cepat; dimana metodologi, prosedur, dan prakteknya sudah diterima oleh industri dan secara kontinyu terus diperbaiki (*best practices*). Perkembangan akan hal tersebut tentunya akan berbanding lurus dengan peluang resiko yang akan terjadi.

3. Pelanggaran Kewajiban (*Breach of duty*)

Sebagaimana telah disebutkan bahwa tergugat berhutang *duty of due care* kepada penggugat, dan selanjutnya Penggugat perlu membuktikan bahwa tergugat melanggar kewajiban tersebut (*breached that duty*) dengan kelalaian tindakannya atau pembiaran (omisi) yang menyebabkan kerugian kepada penggugat. Pelanggaran terhadap tugas/kewajiban tersebut pada dasarnya tidak menyebabkan subjek bertanggungjawab kecuali bila ada tanggung jawab untuk menjaga keamanan *software*.

4. Hubungan Kausalitas (*Causation*)

Untuk menentukan hubungan kausalitas, penyebabnya dapat ditentukan oleh dua hal, yakni hubungan yang nyata atau yang merupakan penyebab utama. Pertama kelalaian tergugat harus menjadi penyebab dari kerugian penggugat atau kelalaian tersebut menjadi faktor yang substantif (*substantial factor*) bagi kerugian penggugat. Yang kedua tindakan dari tergugat harus menjadi penyebab utama dari kerugian tersebut, bahwa, kerugian penggugat harus dapat dilihat atas tindakan kelalaian tergugat.

5. Kerugian (*Damages*)

Penggugat berhak mendapatkan kompensasi ataupun penggantian terhadap kerugian yang diakibatkan oleh kelalaian tergugat, termasuk *personal injury*, kerusakan barang, dan di beberapa negara termasuk juga kerugian ekonomi.

It is not necessary for a defendant to anticipate every possible scenario under which someone could be injured. For example, "[i]t would be totally unreasonable to require that a manufacturer warn or protect against every injury which may ensue from mishap in the use of his product." It is also not necessary for a plaintiff to show that the seller foresaw a specific injury or the amount of the loss. A plaintiff need only show that a reasonable person in the seller's

*position would have foreseen in the ordinary course of events that damages would follow from the seller's breach.*²⁶⁹

Terkait dengan beban pembuktian untuk menjelaskan adanya kelalaian tersebut, terdapat juga hambatan dalam penerapan konsep kelalaian (*Negligence Law*) tersebut, yakni (i) dalam menentukan alasan penentuan faktor-faktor yang mendahului terjadinya suatu kerugian, (ii) bagaimana menyiasati tentang syarat adanya unsure kerugian ekonomis, dan (iii) bagaimana cakupan hubungan kontraktualnya.

B.2.b. Permasalahan Penerapan Tanggung Jawab Vendor atas Kelalaian

1. Penyebab Yang Mendahului (*Intervening and superseding Causes*)

Permasalahannya adalah apakah sistem computer itu aman, ketika seseorang telah mendapatkan akses yg tidak sah (*unauthorized*) ke dalam sistem lewat kerentanan keamanan *software* yang memang rawan akan hal tersebut. Perbuatan tersebut sebagian besar termasuk kedalam lingkup tindak pidana. Sesuai dengan hukum kelalaian, ketika kerusakan disebabkan oleh tindak pidana pihak ketiga, potensi tanggung jawabnya biasanya didahului oleh tindak pidana yang dilakukan oleh pihak ketiga, kecuali jika si tergugat selayaknya dapat menduga bahwa hal tersebut kemungkinan besar pasti akan terjadi "*highly foreseeable*."

Selama vendors mengetahui dengan pasti (*certain*) kemungkinan adanya *hacker* dan *intruder* kepada sistem mereka yang akan dapat mengeksploitasi kerawanan atau kerentanan (*vulnerability*) suatu paket sistem pengamanan computer yang telah mereka kembangkan, hal itu itu tidak dengan sendirinya berarti bahwa kerugian atau kerusakan yang dialami oleh penggugat tersebut adalah sangat dapat diketahui/diduga oleh vendor. Namun demikian, dengan semakin banyaknya website dan blog yang melaporkan adanya pelanggaran keamanan (*security breaches*) dalam *software* tersebut, bagaimanapun juga akan menyebabkan adanya suatu argumentasi bahwa vendor tahu selayaknya tahu atau

²⁶⁹ Ibid.

sepatutnya mengetahui adanya suatu potensi kesalahan ataupun cacat pada produk mereka yang dapat merugikan orang lain sekiranya hal tersebut dieksploitasi oleh pihak ketiga. Hal tersebut sepatutnya melahirkan tanggung jawab bagi vendor untuk menutup celah kerawanan tersebut demi kepentingan konsumennya sebagai konsekwensi dari suatu hubungan lisensi (izin pemanfaatan/izin menggunakan program) yang tidak melakukan perpindahan hak milik dan perpindahan resiko atas program yang digunakan itu. Lain halnya jika kontrak yang dilakukan adalah jual beli, karena hal tersebut akan mengakibatkan berpindahnya hak kepemilikan berikut resikonya kepada pembelinya.

Analisis untuk menentukan adanya suatu kewajiban pada vendor juga dapat dilihat berdasarkan suatu fakta bahwa pada hakekatnya semua tindakan yang dapat menyebabkan kerugian akibat ketidakamanan suatu program computer, akan dapat dieksploitasi oleh pihak ketiga untuk melakukan tindak kejahatan/pidana. Pengadilan di AS secara umum sudah memutuskan bahwa, kecuali dalam suatu keadaan yang luar biasa (*extraordinary*), para pihak berhak berasumsi bahwa pihak ketiga tidak akan secara sengaja melakukan tindak pidana. Kemudian, menjadi pertanyaan apakah lalu distribusi dari suatu perangkat lunak program computer (*insecure software*) termasuk kedalam lingkup hal yang luar biasa (*extraordinary circumstances*) padahal vendor justru seharusnya mengantisipasi perbuatan pidana pihak ketiga tersebut?

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, ada dua situasi yang dikemukakan oleh sebagian besar pengadilan di AS sebagai kondisi *extraordinary*.

- (a) Pertama, adalah situasi dimana si tergugat (vendor) mempunyai hubungan "*special*" dengan korban yang secara kontraktual ia mempunyai kewajiban untuk menjaga korban dari kejahatan pihak ketiga. Justru yang terjadi pada umumnya, bahwa kebanyakan *vendor* yang mendistribusikan secara masal *user license-nya* tidaklah memiliki hubungan yang *special* dengan tiap pengguna (pemegang hak lisensi/ licensee) dari *software* tersebut. Umumnya hubungan kontraktual yang dilakukan tidak bersifat berdiri sendiri dan kebanyakan memuat penentuan alokasi resiko kepada konsumen. Walaupun begitu, pengadilan biasanya tidak memperkenankan para pihak yang

berkontrak untuk melakukan pelepasan atau pembatasan tanggung jawab dengan membawanya kepada konsep kelalaian (*negligence*).

- (b) Kedua, adalah situasi dimana tergugat melakukan suatu tindakan yang sebenarnya menimbulkan suatu resiko yang tinggi akan terjadinya suatu kesalahan yang disengaja. Sebagai contohnya adalah pemberian senjata api sebagai suatu benda yang berbahaya kepada anak kecil yang jelas karena ketidakdewasaannya akan berpotensi untuk disalahgunakan.

*Generally, such circumstances are limited to cases in which the defendant has given a young child access to ultra-hazardous materials such as blasting caps or firearms. Even in those cases, courts have relied on the third party's severely diminished capacity to handle the ultra-hazardous materials. With older third parties, courts have found liability only where defendants have vested a particular person, under circumstances that made his nefarious plans clear, with the tools that he then quickly used to commit the criminal act.*²⁷⁰

Kedua situasi tersebut di atas tentunya tidak timbul dalam kasus pendistribusian dan penggunaan *insecure software*, karena umumnya para pengguna adalah usahawan/pembisnis besar ataupun administrasi Negara yang didukung dengan adanya staf yang ahli computer, *software*, dan permasalahan sistem keamanan. Orang-orang ini jelas bukan anak kecil dan tidak juga merupakan orang yang mempunyai rencana jahat untuk menggunakan *software* dengan tujuan untuk memfasilitasi suatu kejahatan. Meskipun begitu, pada beberapa Negara bagian, pengadilan pernah memutuskan bahwa tetap ada suatu kewajiban (*duty*) bagi vendor, walaupun terjadi suatu tindak kejahatan yang dilakukan oleh pihak ketiga, bila ditemukan adanya suatu situasi yang bersifat khusus (*special circumstances*). Karena itu, selayaknya para vendor dari *insecure software* harus menyadari bahwa perbuatannya tetap dapat menimbulkan suatu resiko bahaya yang tidak beralasan (*reasonable*) bagi mereka yang telah menggunakan atau percaya kepada *software* tersebut, dimana konsekwensinya adalah para vendor tetap memiliki suatu kewajiban untuk melakukan tindakan kehati-hatian (*exercise reasonable care*) demi mencegah dari terjadinya resiko tersebut.

2. Persyaratan adanya Kerugian Ekonomis (*Economic loss Rule*)

²⁷⁰ Ibid.

Terkait dengan syarat adanya kerugian kehilangan nilai ekonomis, beberapa pengadilan telah berbeda pendapat dalam hal menentukan apakah suatu kerugian/kehilangan nilai ekonomis ataupun kehilangan keuntungan yang seharusnya diperoleh, dapat dimintakan pemulihannya berdasarkan klaim atas suatu kelalaian (*negligence claim*). Ada dua aspek dari penentuan suatu syarat adanya kerugian ekonomis atau kehilangan nilai ekonomis tersebut.

Pertama adalah bahwa para pihak harus mengacu pada kontrak, dimana kerugian nilai ekonomis tidak mungkin dapat dipulihkan dengan penerapan konsep tanggung jawab atas kelalaian (*negligence law*) karena tidak terkait dengan kerusakan personal (*personal injury*) ataupun kerusakan barang (*property damages*). Pemulihan akan hal itu tentunya telah ditentukan oleh para pihak dalam kontrak yang dibuatnya. Hal tersebut adalah karena perlindungan potensi kerugian/kehilangan nilai ekonomis tidak dapat dimintakan pemulihannya berdasarkan aturan-aturan tentang jaminan dalam UCC (*warranty provisions*). Dengan kata lain, “tidak ada kewajiban menjaga kehati-hatian dengan melakukan tindakan perlindungan terhadap suatu potensi kerugian yang merupakan suatu hal yang alamiah secara ekonomi, “*there is no duty to exercise reasonable care to protect against a loss that is purely economic in nature*”.²⁷¹

Sebagai contoh adalah pelanggaran kontrak (*wanprestasi*) yang dapat menyebabkan pengguna *software* menderita kerugian yang besar karena kehilangan reputasi yang secara konsep dilindungi oleh keberadaan aturan tentang PMH, sebagaimana terjadi pada tahun 2005 yang menimpa CardSystems Solutions. Perusahaan tersebut mengalami suatu pembobolan keamanan pencurian informasi identitas (*identity thieves*) yang meliputi 40 juta rekening Mastercard. Pelanggaran tersebut mengakibatkan publikasi yang merugikan CardSystems Solutions, karena kehilangan reputasi dan ketidakpercayaan sebagian besar customer, hal yang sama juga menimpa VisaUSA and American Express.

Aspek yang kedua dari aturan tentang adanya kehilangan nilai ekonomis (*economic loss*) adalah bahwa produk tersebut tidak mengakibatkan luka badan (*personal injury*) atau kerusakan barang (selain kepada produk itu sendiri), kerugian tersebut dianggap kerugian ekonomi dalam hal jika tidak ada gugatan

²⁷¹ Ibid.

kelalaian (*negligence claimi*) yang mendasarinya. Sebagai contoh adalah kasus *Transport Corp. of America v. IBM Corp.*, dimana TCA menggugat IBM, dengan klaim bahwa kesalahan/kegagalan *disk drive* menyebabkan kerusakan data, akibatnya terjadilah kehilangan pendapatan dan juga kerusakan barang berupa kehilangan data. TCA menyatakan gugatan kelalaian dan juga penerapan *strict liability*. Pengadilan membatasi pemulihan hak TCA hanya sebatas untuk kehilangan data agar sesuai dengan aturan *economic loss*, yang menyatakan bahwa “kecacatan dalam bagian komponen tersebut merusak keseluruhan produk dimana komponen tersebut dilekatkan, kerugian ekonomi hanya pada produk tersebut sebagai keseluruhan bukan kerugian pada produk yang lain. Pengadilan memutuskan bahwa data adalah efek dari komponen dari keseluruhan sistem komputer, bukan barang yang terpisah untuk penerapan PMH.

Transport Corp. secara jelas dapat dibedakan situasinya ketika data itu hilang atau rusak akibat adanya *insecure software*. Pertama, data tersebut tidak hilang atau rusak karena *software* itu sendiri, melainkan justru karena pihak ketiga yang menggunakan kerentanan dari *software* tersebut untuk mendapatkan akses ke sistem komputer dan menggunakan akses tersebut untuk merusak data tersebut. Kecacatan pada *software* tersebut hanya penyebab secara tidak langsung kepada kehilangan atau kerusakan dari data karena intervensi dari pihak ketiga.

Kedua, tidak seperti sistem totalitas yang lengkap di *Transport Corp.*, dimana data dapat dilihat sebagai komponen dari system itu sendiri. Sebenarnya vendor hanya menyediakan *software* saja, sedangkan data yang masuk kedalam sistem komputer oleh pelanggan tidak dianggap sebagai bagian dari *software*, oleh karena itu bukanlah bagian dari “produk”.

Perlu disadari bahwa Data dan *software* secara fungsional adalah dua bentuk yang berbeda meski dalam bentuk akhirnya adalah sama yakni informasi digital/elektronik yang direpresentasikan dalam bentuk kode binary digit (bit). Data dapat dibaca dan dimanipulasi oleh *software*, tetapi dibuat oleh pengguna atau pihak ketiga, bukan oleh Vendor *software*. Karenanya, kerusakan data karena *insecure software* hendaknya bukan dianggap karena kerusakan *software* tersebut, dan hendaknya tidak membatasi/menghalangi hak pemulihan atas kerusakan itu.

3. Kewajiban Antisipasi/Pencegahan secara Kontraktual

Kebanyakan pengadilan telah menetapkan bahwa ketika terjadi kontrak antara pembeli dan penjual, maka klaim atas kelalaian menjadi tidak tersedia dan pihak yang dirugikan dibatasi gugatan/klaim nya hanya sebatas pelanggaran kontrak saja yang tidak melebihi keberadaan kontrak tersebut dan tidak memberikan kewajiban dalam PMH. Umumnya, ketika pihak dalam transaksi menawarkan jasa pelayanan atau penjualan produk, maka tidak ada lagi kewajiban (*duty*) lain untuk memberikan service atau penjualan produk tersebut kecuali sebagai pelaksanaan secara sukarela terhadap kontrak tersebut; karena umumnya kontrak telah mendefinisikan lingkup kewajiban para pihak.

Pembatasan kontraktual atas tanggung jawab akan dapat diterapkan *hanya* ketika konsep kelalaian termasuk didalamnya, karena selayaknya penerapan UCC hanya diterapkan terhadap transaksi komersial yang tidak sesuai harapan atau gagal dalam memenuhi permintaan, dan jika ada kerusakan maka kerusakan tersebut terjadi bukanlah karena adanya kondisi yang berbahaya. Sebaliknya, apabila pengadilan mengizinkan penggugat untuk menghindari resiko atau membatasi alokasi resiko yang telah dinegosiasikan sebelumnya dalam kontrak tersebut dengan melakukan gugatan PMH, maka pengadilan dapat mengintervensi pihak yang berkontrak untuk mengalokasikan dan mempertimbangkan kembali tentang resiko kerugian yang mungkin terjadi. Hukum jaminan (*warranty law*) bukanlah PMH (*tort law*), karena ia melindungi ekspektasi pembeli untuk memperoleh kesesuaian dan kualitas. Pengecualian dari aturan ini hanyalah ketika perbuatan kelalaian (*negligent*) telah mengakibatkan kerusakan fisik pada seseorang, benda, atau barang berwujud lainnya (*tangible things*) selain kerugian ekonomi (*other than economic loss*)

B.2.c. Penerapan Tanggung Jawab Produk (*Product Liability*) terhadap *Software*

Di bawah rezim tanggung jawab produk, berlaku suatu teori bahwa biaya dari kerusakan (*damaging event*) akibat adanya suatu kecacatan (*defectively dangerous product*) dari produk yang berbahaya adalah beban bagi produsen yang telah membuat dan menjual produk tersebut. Dalam prakteknya, bagi penggugat

akan lebih menguntungkan bila melakukan gugatan atas tanggung jawab produk dari pada melakukan gugatan wanprestasi atas kontrak (*breach of contract claim*). Setidaknya terdapat dua keuntungan dari gugatan/klaim tanggungjawab produk tersebut, yakni (1) penggugat tidak harus membuktikan adanya hubungan tanggung jawab kontraktual (*privity of contract*) untuk meminta pemulihan hak (*recovery*), dan (2) penggugat dapat melepaskan diri atau meniadakan keberlakuan klausul pelepasan tanggung jawab (*disclaimer*) dan pembatasan (*limitations*) yang telah dicantumkan dalam kontrak standar yang dibuat oleh vendor.

Sebagaimana termuat dalam Restatement (Second) of Torts Section 402A, telah disebutkan elemen yang diperlukan untuk menggugat tanggung jawab berdasarkan *strict product liability*, yakni:

- 1) Pihak yang menjual sebuah produk dalam keadaan cacat (*defective*) yang bersifat berbahaya (*unreasonably dangerous*) bagi pengguna atau *customer* atau kepada *property*-nya adalah bertanggung jawab terhadap kerugian fisik (*physical harm*) yang terjadi kepada pengguna *ultimate* atau *consumer*, atau pada *property*-nya, jika: (a). Penjual melakukan penjualan produk tersebut, dan (b) pengguna dan *consumer* secara substansi tidak merubah kondisi produk tersebut.
- 2) Aturan ayat (1) tersebut dinyatakan tetap berlaku walaupun (a) Penjual telah menjalankan kewajibannya (*exercise*) terhadap semua kemungkinan baik sejak tahap persiapan sampai dengan penjualan produknya, dan (b) pengguna atau *consumer* tidak membeli produk secara langsung dari sipenjual secara kontraktual.

Doktrin ini berlaku kepada semua produk dalam semua kondisi, atau secara substansi memiliki kesamaan kondisi, dalam hal mencapai keinginan dari pengguna dan konsumen. Di AS, dengan keberlakuan Section 402A, penjual akan menjadi obyek dari *strict liability* meskipun ia telah melakukan semua kewajibannya dalam melakukan perawatan dalam persiapan dan penjualan dari produk tersebut. Penerapan doktrin ini bukanlah berarti suatu pertanggung jawaban yang didasarkan atas adanya suatu kesalahan, namun lebih kepada

penentuan bagaimana melindungi harapan dan kepentingan masyarakat yang akibat kompleksitas teknologi tidak dapat melindungi dirinya dalam menghadapi suatu cacat produk.

Selanjutnya juga terdapat ketentuan dalam *The Restatement (Third) of Torts* yang telah memformulasikan definisi tentang suatu cacat produk yakni;

A product: (a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product; (b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;

Pada esensinya, ketentuan tersebut telah menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan produk yang cacat adalah mencakup (a) kecacatan dalam pembuatan (*manufacturing defect*)²⁷² produk tersebut dari tujuan dasar rancangan pembuatannya (*intended design*) walaupun semua kemungkinan perawatan telah dilakukan sejak tahapan persiapan sampai dengan tahapan pemasaran dari produk tersebut, dan (b). kecacatan dalam rancangannya/kecacatan dalam proses perancangan (*defective in design*)²⁷³ yakni ketika desain lalai dalam

²⁷² Sesuai dengan Third Restatement, *strict liability* berlaku lebih lanjut dalam kasus yang melibatkan kecacatan pembuatan/manufaktur. Produsen atau pabrikan wajib untuk menjaga keamanan dari setiap penemuan ilmiah dan diasumsikan telah mengetahuinya sebelum dilakukan produksi. Produsen mempunyai kewajiban untuk menguji keseluruhan produk mereka sebelum produk tersebut dijual. Hal ini mendukung keberlakuan *strict liability* terhadap setiap kecacatan produk, sehingga selayaknya vendor seharusnya diputus bertanggung jawab karena (i) Vendor mempunyai posisi yang terbaik (*best position*) untuk mencegah kerentanan *software* (*software vulnerabilities*) agar tidak dieksploitasi pihak lain; (ii) Vendor harus termotivasi untuk mengembangkan *software* yang aman; (iii) Vendor dapat mengalokasikan biaya untuk penyediaan *software* yang aman dengan meningkatkan harga dari barang tersebut; (iv) Vendor dapat memasukkan beban biaya tanggung jawab atas kerugian sebagai biaya produksi yang akan ditutup kerugiannya kemudian oleh pihak asuransi.

²⁷³ The Third Restatement mengadopsi analisa the "*risk utility*" sebagai satu-satunya tes untuk menentukan kecacatan desain. Tes tersebut adalah berdasarkan *Learned Hand formula* ($B < PL$) sebagaimana dirumuskan dalam kasus *US v. Carroll Towing Co.* Dalam formula tersebut, pengadilan akan melihat kepada beban (biaya) kepada vendor dengan membuat produk tersebut lebih aman (*less defective*), dan menyeimbangkan kemungkinan adanya kerugian atau kerusakan (*injury*) kepada para pengguna berikut kemungkinan efek *multiplier* dari kerugian tersebut sebagai hasil dari kecacatan tersebut. Dengan memperhatikan desain produk, hukum kelalaian membutuhkan bukti bahwa manufacturer punya kewajiban untuk "*exercise reasonable care*" dalam variasi fungsi yang berbeda. Terkait keamanan *software*, tanggung jawab vendor adalah termasuk tanggung jawab kehati-hatian memformulasikan desain dari *software* untuk mencegah kerentanan yang dapat dieksploitasi oleh *hacker* dan pihak ketiga yang lain, yang dengan patut mengimplementasikan desain tersebut dalam kode-kode, dan selanjutnya melakukan pengujian kode untuk memeriksa semua kerentanan, dan segera memperbaiki kode tersebut untuk menghilangkan kerentanan sebelum melepas *software* tersebut ke publik. Sesuai dengan Third

memperhatikan resiko/bahaya yang dapat diperkirakan/diduga sebelumnya yang seharusnya dapat direduksi atau dihindari dengan mengadopsi suatu rancangan alternatif (*alternative design*) oleh si penjual ataupun distributor lainnya, atau oleh para pendahulu lainnya dalam rantai bisnis komersial distribusi produk tersebut, dan pengabaian terhadap adanya desain lain yang telah menjelaskan tidak amannya desain dalam produk tersebut.

Terlihat bahwa keberadaan unsur adanya suatu kewajiban kehati-hatian (*due care*) yang umumnya dipakai dalam menentukan adanya suatu kelalaian, secara eksplisit telah dikeluarkan dalam penentuan *strict liability analysis*. Hal tersebut digantikan dengan penentuan terhadap keberadaan rancangan yang telah ditentukan (*intended design*) kepada produk itu sendiri. Kecacatan desain, juga bisa muncul dari kegagalan mengadopsi atau mengabaikan alternatif desain lain yang dapat membuat produk tersebut secara *reasonable* menjadi lebih aman. Oleh karena itu, dalam memberlakukan hukum tanggung jawab kecacatan produk pada *insecure software*, dibutuhkan kejelasan desain terlebih dahulu untuk menentukan apakah *software* tersebut aman baik dalam proses perancangan maupun dalam proses manufaktur.

Secara umum, proses pembuatan ataupun pengembangan *software* akan melewati beberapa fase/tahap sebelum sampai pada pengguna, yakni; (i) Tahapan perancangan (*designing*), (ii) Tahapan penulisan (*coding*), (iii) Tahapan pengujian (*testing*), dan (iv) Tahapan perbanyakan dan penyebaran (*replication & distribution*).

Dalam prakteknya cukup sulit untuk menentukan bahwa kecacatan telah diketahui sebelumnya baik sejak tahapan perancangan atau desain, ataupun dalam tahapan produksi dan distribusinya, karena hal tersebut tentunya baru diketahui setelah adanya pemasangan dan pemakaian oleh konsumen (*installed*) dengan baik. Akan sulit menentukan terjadinya suatu cacat dalam rancangan atau cacat

Restatement, focus analisa terletak pada apakah ada "desain alternatif yang *reasonable*" tersedia. Dengan tidak memerlukan vendor untuk menarik kembali (rid) *software* dari setiap kerentanan. Apakah "desain alternatif yang *reasonable*" untuk setiap sistem operasi atau aplikasi keamanan yang diberikan tersedia adalah sebuah fakta spesifik dibutuhkan dan akan membedakan tiap produk *software* pada permasalahan tersebut. Prakteknya telah menunjukkan bahwa apa yang sering dibutuhkan untuk *software* yang mengandung kecacatan keamanan adalah tidak ekstensif dengan melakukan redesain dari keseluruhan *software* package, tetapi hanya sekedar *rewriting* sebagian kecil dari kode yang ada untuk menghilangkan kerentanannya.

dalam proses produksi, namun walau bagaimanapun, tahapan penting yang menjadi perlu perhatian adalah tahapan penulisan program (*coding*) dan tahapan uji coba. Apakah tahapan ini akan dianggap sebagai bagian dari proses perancangan/desain atautkah justru merupakan proses manufaktur dalam proses produk *software*?

Menjawab pertanyaan tersebut Vendor tentunya akan berargumen bahwa segala hal yang dilakukan sebelum proses tahap replikasi dan distribusi adalah bagian dari proses desain produk. Dengan dalih itu mereka akan mengatakan bahwa selayaknya standar kelalaianlah (*negligence*) yang semestinya diberlakukan pada *insecure software*, kecuali dalam kasus tertentu (jarang) dimana kecacatan muncul pada tahap proses replikasi. Namun, bagi pengguna/licensee justru akan berargumen bahwa standar kecacatan desain semestinya diberlakukan sejak tahapan desain, dan semua hal selain itu semestinya dianggap bagian dari proses manufaktur sehingga merupakan dasar untuk penerapan standar *strict liability*.

Pada masa awalnya dulu, dalam kasus *La Rossa v. Scientific Design Co.*²⁷⁴ pengadilan menolak gugatan *strict liability* atas terhadap tanggung jawab dalam pelayanan jasa profesional (*profesional service*).

Professional services do not ordinarily lend themselves to the doctrine of tort liability without fault because they lack the elements which gave rise to the doctrine. There is no mass production of goods or a large body of distant consumers whom it would be unfair to require to trace the article they used along the channels of trade to the original manufacturer and there to pinpoint an act of negligence remote from their knowledge and even from their ability to inquire. Thus, professional services form a marked contrast to consumer products cases and even in those jurisdictions which have adopted a rule of strict products liability a majority of decisions have declined to apply it to professional services.

Kasus tersebut tampaknya tidak langsung ditujukan kepada industri *software* (kasus ini terjadi pada tahun 1968), alasan/dasar dari pengadilan untuk tidak menerapkan *strict liability* pada *profesional service* adalah menjadi acuan dari putusan tentang industri *software* ketika itu. Pada waktu itu tidak ada marketing dan distribusi massal dari *software* (1968), karena produksi *personal computer* baru muncul sekitar pertengahan tahun 1970 dengan diperkenalkannya produk computer Apple I and MITS Altair 8800. Pada saat itu, industri komputer

²⁷⁴ *La Rossa v. Scientific Design Co.*, 402 F.2d 937, 942 (3d Cir. 1968).

kebanyakan didominasi oleh komputer besar dan menengah (*mainframe & mid-range computers* contoh: IBM AS 400) yang hanya dipakai oleh organisasi besar seperti pemerintah, perusahaan besar dan universitas. *Software* ketika itu dibuat berdasarkan pesanan bagi tiap instalasi, dan konsumen langsung berhubungan dengan vendor, yang menyediakan *hardware*, *software* dan semua jasa-jasa pendukung lainnya. Secara umum kontrak langsung terjadi antara vendor dengan konsumennya, tidak ada kebutuhan pada saat itu untuk memperjelas tanggung jawab hukum terhadap keberadaan *software* karena produsen *software* adalah sama dengan produsen perangkat kerasnya.

Pada saat ini, kondisi yang terjadi justru sebaliknya dimana industri *software* telah tumbuh terpisah dengan industri perangkat kerasnya. Kini *software* sistem operasi (contoh: MS-windows) dan *software* sistem keamanan (contoh; symantec's norton firewall) telah diproduksi secara massal dan didistribusikan kepada konsumen. Sementara *software* tersebut tidak didesain secara individual melainkan hasil dari suatu perancangan yang mandiri. *Software* tersebut dibuat oleh satu tim, dengan komposisi banyak orang yang sangat terlatih, khususnya para *programmer* pilihan yang telah memenuhi kualifikasi tingkatan kepakaran tertentu (*levels of expertise*), dan bekerja dibawah supervisi para manajer pengembang sistem yang juga berpengalaman.

Hampir empat dekade sejak keputusan La Rossa tersebut, industri *software* telah berkembang terus dan harus semakin dewasa dimana produsen *software* harus memperhatikan keamanan sistem operasi dan keamanan *softwaranya*, produsen *software* kini harus bertanggung jawab terhadap kecacatan yang ada di produk produsen *software*. Sebagaimana telah terjadi dalam beberapa kasus dalam lingkup sistem pemerintahan, dimana kode-kode instruksi pada suatu *software* yang tidak didesain dengan baik dalam perspektif keamanan akan berdampak luas karena akan dapat dieksploitasi oleh pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab dan pada akhirnya merugikan kepentingan publik.

Dalam kasus *America Online, Inc. v. St. Paul Mercury Insurance Co.*, AOL digugat oleh grup pengguna yang mengklaim bahwa AOL 5.0 merusak sistem komputer St. Paul Mercury Insurance Co. AOL kemudian membawa gugatan tersebut kepada pihak asuransinya agar meng-cover AOL berdasarkan

polis asuransinya. Polis Asuransi tersebut meminta St. Paul untuk menutup kerugian dan membela (*defend*) AOL dalam gugatan tersebut untuk kerusakan barang/properti pihak ketiga, yang didefinisikan dalam kontrak sebagai “kerusakan fisik pada barang (*tangible property*) orang lain, termasuk semua kerugian (*loss*) yang diderita oleh properti tersebut; atau kerugian dari penggunaan barang orang lain yang bukan merupakan kerusakan fisik.”

Terhadap gugatan atas kerusakan data, sistem komputer tersebut, kemudian AOL menyatakan bahwa *computer data, software, and sistem* adalah *tangible* properti, karenanya klaim mereka selayaknya dapat direalisasikan (*capable of being realized*), namun perusahaan asuransi St. Paul justru berargumentasi bahwa *computer data dan software* bukanlah *tangible property* karena tidak termasuk kedalam barang/properti yang dapat disentuh. Sayangnya, pengadilan justru menyetujui perusahaan asuransi, dengan menetapkan bahwa arti dasar dan asal dari kata *tangible* adalah sesuatu yang dapat disentuh atau dirasakan oleh panca indera. Karenanya, data komputer, *software* dan *systems* dianggap tidak mempunyai bentuk fisik dan oleh karena itu bukan merupakan *tangible* properti seperti pengertian dalam Polis asuransi (*policy*).

Pemikiran yang berbeda terjadi dalam kasus *Retail System, Inc. v. CNA Insurance Cos.*, dimana pengadilan negara bagian Minnesota mencapai hasil yang bertolak belakang. Dalam kasus tersebut, konsultan komputer memasukkan permohonan (*declaratory judgement action*) melawan perusahaan asuransinya untuk meminta penetapan bahwa hal tersebut secara umum merupakan hal yang termasuk dalam lingkup tanggung jawab dari polis asuransi guna menutup kerugian atas kehilangan data pada medium penyimpanannya (*computer tape and data*) dan peranan insurer dibutuhkan untuk membela AOL atas gugatan client terhadap kerusakan tersebut. Kemudian pengadilan menyatakan bahwa data merupakan hal yang termasuk ke dalam *tangible personal property* karena keberadaan data dalam medium *tape* adalah bernilai permanen dan terintegrasi seluruhnya dengan barang/properti dari *tape* itu sendiri secara fisik, seperti halnya keberadaan film (*motion picture*) dalam *tape*, dimana informasi dan media *celluloid* adalah terintegrasi, begitu juga dengan *tape* dan datanya yang telah terintegrasi pada saat *tape* tersebut hilang.

Dalam beberapa kasus, pengadilan telah memutuskan bahwa beberapa tipe informasi dianggap sebagai produk, sehingga hukum atas tanggung jawab produk akan berlaku pada saat terjadi kesalahan (*error*) pada informasi tersebut. Dalam kasus *Saloomey v. Jeppesen & Co.*,²⁷⁵ terjadi gugatan terhadap ketidakakuratan dalam informasi yang digunakan untuk membuat *aeronautical charts* yang selanjutnya menyebabkan tabrakan fatal pesawat terbang. Kemudian, pengadilan memutuskan bahwa karena *charts* tersebut diproduksi secara massal dan karena pembeli secara substansi tergantung pada hal itu tanpa melakukan perubahan apapun, maka informasi tersebut dianggap sebagai produk dan dapat diterapkan *strict liability*. Pengadilan memutuskan bahwa *publisher* memiliki tanggung jawab yang khusus/special, seperti halnya penjual yang harus memastikan bahwa konsumen tidak akan mengalami kerugian/*injury* dalam menggunakan *charts* tersebut. Tanggung jawab khusus tersebut harus ada di Jeppesen karena dalam tugasnya sebagai perancang, produsen, dan penjual sistem tersebut.

Dalam kasus *Fluor Corp. v. Jeppesen & Co.*, ini, pengadilan Negara bagian California menghadapi isu yang sama untuk menanggapi permohonan banding dari tergugat bahwa *charts* tergugat bukan merupakan produk. Pengadilan banding kemudian menjelaskan bahwa prinsip *strict liability* umumnya adalah berlaku kepada benda-benda yang secara alamiah bersifat berbahaya (*innately dangerous*), sebagai contoh alat mekanikal, bahan peledak atau bahan-bahan yang mudah terbakar, etc. Hal tersebut harus diperbaiki karena pengakuan ini juga meliputi hal-hal yang sepatutnya bersifat seperti itu, walaupun selembar kertas mungkin tidak berbahaya, secara per se, namun akan sulit diterima jika sesuatu komoditi yang bernilai jual ternyata menyimpan sesuatu yang berakibat kematian ketimbang pemanfaatan terhadap navigasi kapal terbang, bertolak belakang dengan tujuan peruntukan rancangan/desainnya itu sendiri, gagal untuk memberikan daftar dataran tinggi sesegera mungkin yang melingkupi/disekitar tempat pendaratan pesawat.

Bahwa faktanya pembuatan produk tersebut membutuhkan keahlian tertentu hal tersebut tidak berarti mengecualikan keberlakuan *strict product liability*. Apabila sesuai dengan *mass marketing*, informasi tersebut dalam

²⁷⁵ *Saloomey v. Jeppesen & Co.*, 707 F.2d 671 (2d Cir. 1983)

beberapa hal sama pengertiannya dengan barang karena diproduksi dan didistribusikan di pasar yang karenanya juga harus diasumsikan bahwa si pembuat tetap harus bertanggung jawab. Jeppesen telah memproduksi ribuan *charts* dalam pasar aviasi, secara tidak langsung keberadaannya dalam pasar adalah representasi bahwa pembeli dapat bergantung pada informasi yang ada padanya secara aman. Oleh karena itu, penerapan *strict product liability* terhadap tindakan Jeppesen's adalah suatu hal yang sudah sebagaimana mestinya.

Dengan mengacu pada beberapa putusan Jeppesen yang menyatakan bahwa penerbit/*publisher* harus bertanggung jawab terhadap kesalahan data (*erroneous data*) yang ada dalam gambar/*charts* aeronautical tersebut, maka salah satu pengadilan banding di AS (*the US Court of Appeals for the Ninth Circuit*), dalam kasus *Winter v. G.P. Putnam's Sons*, memutuskan bahwa kasus tersebut tidak dalam proposisi bahwa suatu ide dan ekspresi itu sendiri adalah suatu produk.²⁷⁶ Sebaliknya, pengadilan justru membedakan karakteristik dari *aeronautical charts* sebagai suatu produk untuk tujuan penerapan *strict liability*, yang menyatakan bahwa "*aeronautical chart*" adalah suatu alat teknik tingkat tinggi. *Chart* tersebut adalah suatu penggambaran grafis yang merepresentasikan data teknis dan mekanikal. Pengadilan lalu melanjutkan, mengakui dalam dictum, untuk menyatakan bahwa terhadap suatu *software* computer yang gagal memberikan hasil sesuai dengan peruntukkan tujuan pembuatannya maka selayaknya terhadap produk tersebut berlaku *strict liability*. Pengadilan yang mengadili *Winter* kemudian mengemukakan suatu *dicta*, yang menyatakan bahwa dalam tanggung jawab produk, kerugian tidak selalu harus terjadi sebagai akibat langsung dari produk itu sendiri melainkan juga karena suatu akibat lain yang fatal yang ditimbulkan sebagai akibat tidak bekerjanya produk itu.

*Under products liability law, the injury does not have to be caused by impact from the physical properties of the item. In other words, the injury does not have to result because a compass explodes in your hand, but can result because the compass malfunctions and leads you over a cliff.*²⁷⁷

²⁷⁶ *Winter v. G.P. Putnam's Sons*, 938 F.2d 1033, 1036 (9th Cir. 1991)

²⁷⁷ *Scott*, *Loc. cit.*

Dalam perkembangan kebijakan publik dewasa ini, diberlakukannya prinsip *strict liability* dalam kasus PMH adalah didasari oleh beberapa pertimbangan kebijakan, yakni:²⁷⁸

- a) untuk melindungi kepentingan umum terhadap kesehatan dan kehidupan;
- b) adanya upaya pabrikan untuk mempengaruhi publik agar membeli produknya;
- c) keadilan terhadap pembebanan kerugian yang ditimbulkan kepada produsen yang telah menciptakan suatu resiko dan mengambil keuntungan dari padanya;
- d) adanya kemampuan yang lebih besar (*superior ability*) dari pelaku usaha untuk mendistribusikan resiko kerugian sebagai suatu biaya untuk melakukan bisnis;
- e) adanya ketimpangan posisi dan ketidak setimbangan posisi tawar menawar yang dipaksakan kepada konsumen agar tergantung sepenuhnya kepada produsen/pelaku usaha;
- f) adanya kesulitan yang harus dihadapi oleh pihak yang dirugikan karena adanya syarat penelusuran kembali dalam semua saluran perdagangan untuk menemukan sumber kecacatan (*trace back along the channel of trade to the source of the defect*) dalam rangka menerapkan prinsip kelalaian; dan
- g) apabila keberadaan produk tersebut ternyata tidak ada alternatifnya sehingga ia merupakan arus utama di pasar (*stream of commerce*).

Meskipun faktor-faktor tersebut mungkin bukan suatu dasar yang kuat untuk menentukan apakah semua *software* adalah suatu produk, namun semua faktor tersebut jelas memperkuat alasan bahwa setiap *software* seharusnya menyediakan keamanan untuk sistem komputer pemerintah atau korporasi jika ingin dikategorikan sebagai suatu produk, khususnya agar keberlakuan *strict liability* dalam penerapan TI sesuai dengan tanggung jawab atas produknya (*product liability*).

²⁷⁸ Ibid.

Sementara itu, pendapat yang tidak setuju akan penerapan *strict liability* terhadap kerentanan (*vulnerability*) *software*, menyatakan bahwa rentang atau *spectre* tanggung jawab penggantian (*award*) dari segenap potensial kerusakan *massive* justru malahan akan menghambat inovasi dalam industri *software* karena Vendor cenderung untuk menghindari pengembangan produk di area ini. Mereka menunjukkan bahwa setiap pengguna *software* seharusnya berada dalam posisi untuk selalu mengevaluasi resiko yang akan dihadapi apabila ada interupsi di bisnis mereka yang mungkin saja terjadi karena hal lain atau karena kerentanan *software*, dan seharusnya pengguna mengasuransikan resiko tersebut. Vendor juga menunjukkan bahwa dalam prakteknya akibat kompleksitas teknologi terhadap setiap *software* pasti akan mempunyai kecacatan yang tak terhindari. dan tidak akan bisa dicegah dengan menggunakan pengembangan *software* yang ada saat ini. Hal ini dinyatakan sebagai “*best practices*.” Menurut mereka seharusnya *strictly liable* untuk kecacatan manufakturnya tidak tergantung pada argumen *public policy*, tetapi sebaliknya berdasarkan hasil analisa pengkodean vendor dan testing metodologi dan apakah mereka telah mematuhi aturan hukum secara umum yang berlaku untuk tanggung jawab produk

Pada prakteknya dalam penerapan tanggung jawab produk, juga menghadapi beberapa kesulitan. Kesulitan pertama adalah dalam rangka menjawab syarat adanya kerugian ekonomis (*Economic loss Rule*), dimana pada umumnya terdapat batasan klaim dalam *tort* untuk menentukan jumlah kerugian ekonominya, dan umumnya karena *product liability* bergantung pada batasan antara PMH dan kontrak, maka terhadap beberapa bentuk kerugian, termasuk jika hanya merupakan kerugian ekonomi, maka sepantasnya ada di dalam hukum kontrak dan pemulihan kembali (*remedy*) diatur dalam articles 2 and 2A dari UCC.

Dalam sebagian besar kasus yang melibatkan kecacatan *software*, umumnya kerugian yang diderita penggugat adalah kerugian akibat kerusakan data, hilang atau bertambahnya waktu bekerja pegawai, atau biaya-biaya lain yang diperlukan untuk melakukan perbaikan atau pemulihan kembali. Biasanya, kerugian tersebut dimasukkan dalam doktrin kerugian ekonomi dan tidak bisa dipulihkan dalam bentuk produk “*liability action*” karena mereka mendasarkan

kepada kegagalan sistem computer untuk melakukan *performa* seperti sebagaimana yang diharapkan, namun bukan kepada kerugian yang ditimbulkan kepada orang lain (pihak ketiga).

Kesulitan yang kedua adalah adanya klausula *Contractual Disclaimers and Limitations on Liability*. Pengadilan telah memutuskan bahwa keberadaan UCC pada umumnya adalah bertujuan untuk menggantikan *tort liability* dengan memperhatikan kerusakan barang, setidaknya dalam konteks komersial. Aturan ini menjadi hambatan untuk keberlakuan dari *product liability* dalam konteks keamanan *software*.

B.3. Penerapan Tanggung Jawab Professional (*Malpractice*)

Sesuai dengan doktrin professional malpraktek, seseorang yang dianggap professional akan berkewajiban kepada pihak lain suatu tugas (*duty*) untuk menjamin profesionalitasnya bahwa ia telah memenuhi standar kemampuan tertentu sesuai dengan level profesionalitas dalam lapangan tersebut. Konsep dari tanggung jawab professional secara umum diaplikasikan dengan pelatihan yang spesifik dan ijin/lisensi sebagai bukti memiliki level *skill* yang lebih tinggi dibanding dengan pihak lain yang non professional.

Dalam prakteknya, semula pengadilan masih belum yakin untuk memutuskan/menetapkan bahwa perancang (*desainer computer*) atau tenaga pemrograman (*programmer*) harus ditentukan kepada standar kemampuan professional, karena kurang jelasnya sertifikasi dan standar pendidikan yang telah ditetapkan tentang standar performa dari *software programmer* dan *developer*, karena kebanyakan mereka tidak mempunyai lisensi sebagai professional. Sebagai contoh adalah putusan dalam kasus *Hospital Computer Systems, Inc. v. Staten Island Hospital*, dimana pengadilan menolak untuk menetapkan bahwa *computer programmer* harus mengacu pada standar profesional.

A profession is not a business. It is distinguished by the requirements of extensive formal training and learning, admission to practice by a qualifying licensure, a code of ethics imposing standards qualitatively and extensively beyond those that prevail or are tolerated in the marketplace, a system for discipline of its members for violation of the code of ethics, a duty to subordinate financial reward to social responsibility, and,

*notably, an obligation on its members, even in non-professional matters, to conduct themselves as members of a learned, disciplined, and honorable occupation.*²⁷⁹

Dapat dimengerti bahwa pengadilan menolak untuk mengenal *computer programmer* dan *consultant* sebagai professional, karena fakta industri *software* pada saat itu masih dalam tahap awal perkembangan, dimana (i) *software* pada saat itu secara umum dikembangkan berdasarkan atas pesanan untuk kepentingan individual dan tidak diproduksi massal; (ii) vendor kebanyakan masih merupakan usaha kecil bukan korporasi besar; (iii) pengembangan *software* pada saat itu masih dikategorikan sebagai bidang keterampilan ilmu seni atau bukan *science*, sehingga masih sangat sedikit dalam hal pengorganisasian pendidikan untuk para *developer* dan tidak ada metode standarisasi yang dipakai dalam pengembangan *software*; (iv) semua *software* pada faktanya tetap akan memiliki “bugs” dan tidak ada cara yang efektif untuk mencegah bugs tersebut; dan (v) komputer memang sangat berguna, namun bukan hal yang penentu pada saat itu, hanya sebagai alat untuk melakukan bisnis.

Dalam perkembangannya dewasa ini, kemajuan dalam pengembangan metode *software*, pendidikan dan standard, tumbuhnya perusahaan *software* besar, (seperti Microsoft), dan kebutuhan penggunaan *software* dalam situasi kritis/penting (contoh: *network security, medical technology, nuclear reactor controls, weapon systems*) telah mengubah paradigma itu, sehingga seharusnya ada pemikiran kembali untuk mengevaluasi alasan logis dibelakang kasus-kasus tersebut. Diperlukan suatu kesamaan pemikiran bahwa vendor *software* selayaknya dapat dimintai pertanggung jawaban sebagai professional untuk pendistribusian *software* yang tidak aman. Kini, banyak *software developer*, telah menerima pelatihan yang ekstensif dalam penggunaan program tertentu dan teknik pengujian (testing) yang semakin baik. Produsen *Software* kebanyakan harus melewati tes yang ketat sebelum mendapatkan “sertifikasi”. Dalam hal ini, organisasi sertifikasi telah menetapkan bahwa programmer-programmer ini telah mencapai level keahlian tertentu tidak diputuskan sendiri oleh programmer pada umumnya, meskipun mungkin masih belum bisa disejajarkan kemampuannya dengan profesi lain seperti asosiasi advokat (*bar association*) dan asosiasi medik.

²⁷⁹ *Hosp. Computer Sys., Inc. v. Staten Island Hosp.*, 788 F. Supp. 1351, 1361 (D.N.J. 1992)

Dalam kasus *Diversified Graphics, Ltd. v. Groves*,²⁸⁰ penggugat menyewa banyak firma *accounting* untuk membantu mereka menentukan suatu bentuk sistem komputer (*turnkey computer system*). Ternyata ketika sistem yang dipilih terbukti tidak sesuai dengan kebutuhan perusahaan, maka perusahaan menggugat dan pengadilan menyatakan bahwa firma *accounting* seharusnya mengacu kepada *American Institute of Certified Public Accountants' Management Advisory Service Practice Standards*, yang mana pedoman/*guideline* akan hal itu telah digunakan untuk penggunaan internal. Meskipun pengadilan menolak untuk mengakui bahwa penyebab masalah adalah tindakan malpraktek, namun dengan memutus bahwa firma *accounting* harus mengacu pada AICPA standards, hal tersebut sebenarnya memperlihatkan esensi hasil yang sama.

Sementara dalam kasus *Data Processing Services, Inc. v. L.H. Smith Oil Corp.*, penggugat mengklaim bahwa tergugat telah lalai dalam mendesain sistem *accounting* dan sistem pemrosesan data *software*. Pengadilan banding negara bagian dalam diktumnya menyebutkan bahwa “mereka yang menyatakan dirinya memiliki keahlian (*skill*) dan kualifikasi tertentu dalam perdagangan sebagai profesional kepada masyarakat luas, maka secara tidak langsung harus menunjukkan bukti pengalaman dan keahliannya sebagai unjuk ketekunan yang pada umumnya dimiliki oleh pelaku perdagangan atau para profesional. Pengadilan berkesimpulan bahwa situasinya adalah sebagaimana layaknya klien mencari nasehat dari *lawyer* atau pasien mencari perlakuan medis untuk mengobati penyakit yang dideritanya.

Sehubungan dengan itu, sebenarnya ada rentang yang cukup luas dalam pengalaman dan keahlian yang ditunjukkan oleh desainer dan programmer dari *software* komputer. Mereka yang mengembangkan sistem operasi dan keamanan *software*, pada umumnya adalah orang yang relatif telah mempunyai pengalaman, keahlian dan pendidikan yang cukup tinggi. Walaupun hal ini bukan berarti harus adanya satu standar profesional yang dapat atau harus dianggap eksis untuk mereka yang mendesain atau membuat semua bentuk *software*, namun kriteria tersebut sangat mungkin diterapkan untuk menetapkan kwalifikasi programmer yang membuat *critical software*, seperti sistem operasi dan keamanan *software*,

²⁸⁰ *Diversified Graphics, Ltd. v. Groves*, 868 F.2d 293, 294-95 (8th Cir. 1989)

kepada standar yang lebih tinggi dibanding mereka yang membuat program yang tidak bersifat kritikal (*less critical code*), seperti contohnya adalah pembuat program *games*.

Salah satu hambatan permasalahan untuk memberlakukan prinsip malpraktek kepada developer *software* adalah adanya fakta bahwa hampir semua *software* yang hari ini dikembangkan, sebenarnya dilakukan oleh suatu tim yang biasanya terdiri dari ratusan orang, dan tidak hanya satu orang profesional. Tim ini termasuk analis *software*, *programmers*, *project managers*, *quality assurance engineers*, *technical writers*, *test engineers*, dan peran lainnya. Kebanyakan mereka telah mendapatkan pendidikan dan pelatihan yang bersertifikasi yang mengindikasikan bahwa mereka adalah profesional, meskipun boleh sebagian yang lainnya lagi tidak. Menjadi tidak mudah bagaimana penggugat melihat cacat pada *software* adalah berasal dari malpraktek para profesional yang bekerja pada suatu produk, namun bukan kepada sebagian orang yang dianggap tidak profesional.

Hambatan lain dalam untuk memberlakukan malpraktek pada pengembangan *software* adalah fakta bahwa “ketika tindakan malpraktek adalah berorientasi pada produk, penggugat tidak dapat mengajukan gugatan professional tersebut atas dasar *tort*.” Oleh karena itu, jika dalam perkembangannya suatu *software* dianggap sebagai produk, maka dengan sendiri gugatan PMH atas dasar prinsip malpraktek menjadi tidak akan berlaku lagi.

Dengan melihat penerapan PMH (*tort law*) dalam konteks TI di atas, maka terlihat bahwa penerapan PMH terhadap kerentanan keamanan sistem elektronik yang umumnya terjadi karena kerentanan pada perangkat lunak (*software vulnerabilities*) akan terus semakin meningkat. Karena pentingnya isu tersebut, tampaknya masyarakat tidak akan dapat menunggu pengadilan atau lembaga legislative untuk mengganti produk hukum yang ada saat ini. Akibatnya, banyak lembaga pemerintahan (*Government Agency*) dan organisasi privat terpaksa mencari jalan alternatif guna memaksa Vendor untuk meningkatkan keamanan pada produk mereka.

Scott mengemukakan beberapa perkembangan yang menarik terkait dengan peranan lembaga pemerintah dalam memaksa vendor untuk menyediakan sistem yang aman, antara lain sebagai berikut;²⁸¹

Pertama, Pemerintah federal yang menjadi pembeli kunci (*key buyer*) dari produk keamanan *software*, telah mengadakan sekitar 42 persen dari semua *software* dan jasa layanan computer, telah menggunakan kekuatan posisi tawarnya dalam bernegosiasi dengan para vendor yang memaksa mereka untuk menawarkan garansi khusus bahwa *software* mereka aman, yang diimbangi dengan denda (*specific monetary penalty*) apabila hal tersebut tidak terpenuhi. Pengaruh tersebut tentunya akan memberikan manfaat kepada pengguna *software* lainnya, karena jika pemerintah berhasil memaksa vendor untuk memperbaiki sistemnya maka hal tersebut dengan sendirinya juga dinikmati oleh pengguna lainnya, karena perbaikan tersebut tentunya berlaku umum.

Kedua, *The National Academy of Science* dan lembaga sejenis lainnya telah mengusulkan ke kongres untuk membuat ketentuan yang “dapat meningkatkan keterbukaan (*exposure*) dari *software*, vendor dan operator jika terjadi tanggung jawab terhadap pelanggaran sistem dan seharusnya memberikan kewajiban untuk melaporkan semua pelanggaran keamanan yang terjadi, karena hal tersebut dapat menyebabkan ancaman keamanan bagi fungsi-fungsi penting masyarakat. Meskipun belum ada legislasi yang telah dipertimbangkan untuk itu, namun paling tidak kegagalan korporasi besar karena kecacatan *software* telah menjadi penggerak adanya kebutuhan untuk legislasi tersebut.

Ketiga, *Federal Trade Commission* (FTC) belakangan ini telah memasukkan kegagalan keamanan computer dan jaringannya sebagai suatu tindakan perdagangan yang tidak *fair*. Sesuai dengan Section 5(a) dari Undang-undang FTC, *Agency* tersebut mempunyai mandat yang terbatas untuk mengambil tindakan terhadap tindakan perdagangan yang curang (*unfair/deceptive practices*). FTC telah memulai mengambil tindakan terhadap pengguna *software* yang sistemnya terkena pelanggaran keamanan sehingga para *Hacker* dapat menerobos sistem dan mengungkapkan informasi rahasia yang dimiliki oleh pihak ketiga.

²⁸¹ Scott. Loc. cit.

Kasus pertama adalah kasus yang melibatkan retailer, BJ's Wholesale Club, Inc., yang gagal mengkonfigurasi sistem komputernya dengan baik, sehingga menyebabkan ribuan data *customer* dapat diakses oleh penjahat *cyber* (*cybercriminal*) yang akibat dari hal itu mereka dalam melakukan penipuan pembelian sejumlah jutaan dollar. FTC kemudian mendakwa *retailer* sebagai tindakan *unfair* atau praktek tidak jujur karena adanya dugaan kelalaian menjaga keamanannya.

BJ kemudian menyatakan menyetujui untuk “menerapkan dan mengimplementasikan, dan selanjutnya menjaga/*maintain*, informasi program keamanan secara komprehensif yang secara wajar di desain untuk menjaga keamanan, kerahasiaan, dan integritas dari informasi personal yang dikumpulkan dari konsumen. Sejauh ini, yurisdiksi terhadap tindakan tersebut masih belum di tentang oleh masyarakat. Tidaklah sulit bagi FTC untuk berargumentasi bahwa vendor mendistribusikan *software* yang tidak aman dapat dinyatakan terkait atau terlibat dalam suatu tindakan yang tidak jujur (*unfair acts or practices*) sebagaimana telah diatur dalam Undang-undang FTC. Terkait dengan itu, pada tahun 2002, FTC juga pernah mengancam Microsoft bahwa apabila mereka tidak memperbaiki keamanan dalam sistem *passport information services*, mereka dapat terkena denda yang cukup besar. Kemudian, Microsoft mengambil langkah serius untuk menginvestasikan sekitar US\$ 100 juta dalam sistem keamanannya yang kemudian dinamakan sebagai "Trustworthy Computing" dan mengklaim telah merubah *softwarena* menjadi aman.

Mencermati pemikiran para ahli tersebut diatas, maka perlu diketahui bahwa sesungguhnya yang menjadi dasar bekerjanya sistem komputer adalah keberadaan kode-kode instruksi yang dimuatkan kedalam memori computer dengan penentuan tujuan fungsi-fungsi tertentu didalamnya. Dengan kata lain, semua kode-kode tersebut sesungguhnya adalah suatu informasi elektronik, baik kode-kode yang hanya bersifat sebagai data saja, atau kode-kode merupakan suatu rangkaian instruksi yang sistematis untuk menjalankan fungsi tertentu (program komputer). Yang membedakan suatu kode hanya bertindak sebagai data ataukah sebagai program, adalah kepada sifatnya dalam suatu register memori, yakni jika ia hanya sebagai data tentunya akan bersifat statis karena hanya merupakan suatu

kompilasi data saja, sementara jika kode tersebut adalah program computer maka keberadaannya bersifat dinamis karena merupakan rangkaian suatu instruksi kerja agar berfungsi tertentu.

Secara teknis tidak dapat ditampik bahwa sebenarnya keberadaan program komputer adalah inti dari bekerjanya sistem komputer dimana perangkat keras computer hanyalah merupakan suatu mesin pengolah terhadap keberadaan kode-kode data yang direpresentasikan kedalamnya. Program komputer yang pertama dibaca oleh sistem computer adalah program yang tertanam dalam prosesor (*microcode*) yang digunakan. Program ini adalah program awal yang menempati ruang dalam register-register pada memori utama yang bersifat permanen (*Read Only Memory/ROM*). Kemudian program yang berikutnya dibaca adalah program sistem operasi yang berfungsi mempersiapkan komponen-komponen lain pada sistem komputer untuk siap menjalankan aplikasi-aplikasi lanjutan yang diharapkan. Program operasi tersebut diambil dari memori sekunder (*secondary memory*) yang selanjutnya dimuatkan ke dalam memori akses (*Read and Acces Memory/RAM*) yang bersifat *volatile*.

Program sistem operasi, pada mulanya dahulu dibuat oleh perusahaan perangkat keras yang bersangkutan, karena pada saat itu komputer yang ada hanya yang berukuran besar (*mainframe* dan *midrange*) dan hanya digunakan oleh organisasi besar seperti korporasi dan pemerintahan. Dalam perkembangannya kemudian, seiring dengan semakin meningkatnya penggunaan komputer personal (PC), sistem operasi dapat dibuat oleh vendor *software* secara mandiri. Demikian pula dengan program-program aplikasi perkantoran yang dibutuhkan oleh korporasi atau program-program administrasi publik yang dibutuhkan oleh organisasi publik.

Program-program aplikasi tersebut dibuat dengan menggunakan suatu program komputer yang bersifat sebagai utilitas dari bahasa-bahasa pemrograman komputer tingkat tinggi tertinggi. Konsep rancangan logika (*logical design*) yang telah dibuat oleh sistem analisnya kemudian dituliskan dalam suatu kode-kode rangkaian instruksi oleh programmer dalam bentuk kode sumber (*source code*), yang selanjutnya program aplikasi tersebut dikompilasi dan dikonversi menjadi suatu bahasa tingkat rendah (bahasa mesin) yang mudah dibaca atau dalam bentuk

yang dapat dijalankan (*execute*) oleh perangkat keras yang direpresentasikan dalam bentuk kode objek (*object code*).

Untuk menentukan apakah program yang dibuat tersebut telah sesuai dengan apa yang dirancangkan, diperlukan suatu proses uji coba (*testing*) dan penelusuran kembali atas kesalahan-kesalahan yang ditemukan untuk kemudian dibetulkan (*debugging*) untuk memastikan bahwa keberadaan rangkaian instruksi tersebut menghasilkan fungsi kerja sebagaimana yang diharapkan. Meskipun pada saat itu sistem telah bekerja sebagaimana diharapkan, namun setelah program tersebut dipasangkan pada komputer dan kemudian diinteraksi dengan lingkup sistem yang lebih luas, maka ia tetap memerlukan suatu dukungan dan perawatan teknis dari kondisi-kondisi teknis yang mungkin belum dapat diperhitungkan atau tidak dapat diprediksi sebelumnya. Jika dilihat dalam bahasa tingkat rendah, maka keberadaan kode-kode yang merupakan aplikasi adalah ditentukan berdasarkan kinerja bahasa sistem operasi dan bahasa sistem utilitasnya, dimana secara teknis pemrograman, terhadap pembuatan suatu program akan selalu dijumpai kemungkinan terjadinya kesalahan pemrograman (*bug*).

Berdasarkan semua uraian tersebut di atas, jelas terlihat bahwa keberadaan data dan program adalah hal yang saling terkait. Untuk menentukan bahwa program telah bekerja sebagaimana mestinya, ukuran fungsi kerja tersebut adalah hasil pengolahan input data yang direpresentasikan kedalamnya sehingga dapat menghasilkan keluaran output data atau informasi sebagaimana yang diharapkan. Jika dicermati secara teknis, keberadaan kode-kode yang dihasilkan dari suatu program aplikasi yang dihasilkan oleh suatu bahasa utilitas (bahasa tingkat tinggi) tentunya tidak terlepas dari keberadaan kode-kode yang dikembangkan oleh sistem aplikasi, dan juga bahkan lebih jauh dari pada itu, yakni tidak terlepas dari keberadaan kode-kode dalam microprocessornya (*microcode*).

Jika ditelusuri bagaimana suatu penyelenggaraan sistem elektronik itu disampaikan kepada masyarakat, sesungguhnya hal tersebut tentunya tidak terlepas dari kontribusi pihak-pihak yang terkait terhadap keberadaan kode-kode instruksi dalam lapisan program komputer itu secara totalitas sistem. Dengan kata lain, akan melekat suatu tanggung jawab terhadap (i) keberadaan program komputer yang diciptakan oleh pengembangnya (*developer*), (ii) program

komputer sistem operasi yang dikembangkan oleh vendornya, dan juga (iii) keberadaan microcode yang ditanamkan oleh perusahaan microprocessor tersebut. Oleh karena itu, tanggung jawab terhadap adanya cacat produk (*defect*) juga akan melihat kepada keberadaan lapisan tanggung jawab terhadap program komputer tersebut sebagai konsekwensi kontribusi mereka, turut mempunyai fungsi dan peran dalam terwujudnya penyelenggaraan suatu sistem elektronik tersebut kepada publik.

Selanjutnya, dalam pembuatan program (*software development life cycle*) juga telah dikembangkan model standar manajemen yang dikembangkan untuk melakukan pengembangan dan penilaian *software* (*CMMI-Capability Maturity Model Integration*) ataupun standar teknis untuk itu (ISO-15504), sehingga cacat dalam pembuatan atau cacat dalam perancangan perangkat lunak menjadi dapat terlihat atau dapat ditelusuri dengan jelas. Demikian pula halnya dengan sistem pengamanan komputer yang juga mempunyai standar pengamanan (ISO-17799), maka cacat dalam *packaging* atau cacat dalam pendistribusian dan/atau kesalahan pengoperasian juga menjadi dapat ditelusuri dengan jelas. Dengan melihat semua kepentingan tersebut di atas, maka dapat dikatakan bahwa berdasarkan praktek '*best practices*,' konsep *strict liability* untuk produk *software* selayaknya secara teknis dan yuridis dapat diterapkan dengan baik.

Lebih lanjut, perlu dicermati bahwa semua uraian di muka umumnya masih terbatas dalam lingkup pembahasan internal suatu jaringan, belum mengeksplorasi lebih banyak kepada pertanggung jawaban bila sistem tersebut berinteraksi dengan internet atau *cyberspace* sebagai jaringan publik. Dapat dibayangkan bagaimana sekiranya virus menyebar dalam medium *cyberspace* dan membuat kerusakan sistem secara global, apakah tanggung jawab hanya terletak kepada pembuat virus saja (tanggung jawab pidana), ataukah juga menjadi bagian dari tanggung jawab penyelenggara sistem elektronik yang berfungsi sebagai perantara (*intermediary services*) dalam penyebaran itu kepada publik. Dalam hal ini sebenarnya *Internet Service Provider* ('ISP') dapat melakukan tindakan pencegahan agar hal ini tidak terjadi, sehingga selayaknya dapat dikenai tanggung jawab berdasarkan *strict liability*, khususnya sejak para *ISP* sudah dapat memperkirakan bahwa penyebaran virus melalui jaringan yang dikelolanya

(contoh: via email) dapat menyebabkan resiko yang besar kepada para pelanggannya, sehingga seharusnya sistem pengamanan oleh ISP harus diperkuat untuk mencegah penyebaran tersebut.

Untuk mengkaji hal itu maka perlu dilihat bagaimana penerapan *Tort* dalam *Cyberspace* (*Cybertort*) dalam bentuk tanggung jawab penyelenggara sistem sebagai penyedia jasa atau sebagai pihak yang memberikan jasa intermediasi jaringan internet kepada publik.

B.4. Penerapan Tanggung Jawab Penyelenggara Jasa Intermediasi

Sebagaimana diketahui bahwa Internet adalah penjumlahan jaringan komputer global (*internet is the network of the networks*)²⁸² atau merupakan totalitas keberadaan sistem komputer yang juga merupakan representasi dari totalitas kepentingan umum secara global untuk terwujudnya infrastruktur informasi global. Dengan kata lain, Internet juga merupakan totalitas penyelenggaraan sistem elektronik yang merupakan ruang publik untuk berkomunikasi. Ruang itu tidak hanya digunakan untuk publikasi informasi saja melainkan juga untuk melakukan transaksi perdagangan dan juga untuk melakukan layanan publik. Oleh karena itu, tidak mengherankan jika keberadaan sistem informasi juga dianggap sebagai media komunikasi masa, namun pada sisi lain, sistem informasi elektronik juga bisa dipandang sebagai infrastruktur pembawa informasi (*common carrier*). Karenanya, terhadap setiap penyelenggaraan sistem elektronik yang dilakukan melalui Internet sesungguhnya juga harus mengemban amanat publik untuk tidak membuat kerusakan ataupun kerugian kepada orang lain.

Chris Reed membedakan beberapa fungsi dan peranan para pihak dalam penyelenggaraan Internet sebagai suatu sistem elektronik global sebagai suatu media terdistribusi (*distributed environment*), yakni:

- a) pihak yang menjadi aktor utama dalam komunikasi via internet (*Principal Actors*) yakni setiap orang yang menggunakan internet baik yang mengirimkan maupun yang menerima informasi. Termasuk dalam kategori

²⁸² Chris Reed., *Internet Law: Text and Materials (2nd edition)*, (Cambridge: University Press, 2004)

ini adalah (i) pihak yang mengelola suatu situs informasi (*website*) atau disebut sebagai pihak *controller of the resources* yang menjadi penentu substansi informasi yang ingin ditampilkannya dan dapat menentukan pembatasan terhadap siapa saja yang diperkenankan untuk mengaksesnya; (ii) pihak yang menyediakan ruang untuk tempat penyimpanan dan penyampaian suatu informasi tersebut (*resource host*) sehingga memungkinkan para pengguna internet mengakses dan menyalin informasi tersebut, pihak ini berdasarkan permintaan akan mentransmisikan suatu informasi kepada alamat yang diminta (*requesting adress*); dan (iii) pihak pengguna (*user*) yang menggunakan informasi tersebut dengan cara meminta akses informasi kepada *resource host* dan menerima informasi tersebut dari *resource host*.

- b) pihak yang menjadi penyedia infrastruktur sistem informasi (*Infrastructure Providers*), baik para pihak yang membuat jaringan sistem telekomunikasi secara fisik maupun pihak yang membuat jaringan sistem komputer berdasarkan *protocol* TCP/IP sebagai infrastruktur komunikasi global (*internet backbone*);
- c) pihak perantara (*Intermediaries*) yang memberikan jasa perantara komunikasi dalam memfasilitasi suatu transaksi antara para pihak, termasuk dalam kategori ini adalah:
- (i) *transmission hosts*,
 - (ii) *resource hosts* (seperti antara lain; *website host*, *newsgroup host*, *FTP site host*, dan *DNS host*),
 - (iii) penyedia jasa layanan komunikasi (*communication services*), seperti penyedia layanan akses/internet *Internet Service Provider* (ISP), *Network Access Point* (NAP), penyedia jasa direktori (*directory services*) dan penyedia sistem penelusuran di Internet (*web scrawler*), seperti contohnya adalah yahoo.com dan google.com.
 - (iv) penyedia jasa layanan fasilitas untuk transaksi (*transaction facilities services*), termasuk dalam kategori ini adalah penyedia jasa pencatatan nama domain (*registry*), penyedia jasa tanda tangan

elektronik (*identity services/certification authority*), dan penyedia jasa sistem pembayaran (*payment services provider*).

- d) Perusahaan terdistribusi (*distributed enterprises*), yakni perusahaan-perusahaan yang menandakan eksistensi dan transaksinya di Internet.

Secara umum, berdasarkan praktek bisnis yang berkembang para praktisi Internet juga membedakan perkembangan industri jasa tersebut, ke dalam empat kategori besar yakni, (i) *Internet Access/Service Provider*, atau yang lebih dikenal dengan istilah ISP; (ii) *Internet Content Service Provider*, yakni pihak yang sebagaimana layaknya media masa menyajikan informasi di Internet (iii) *Internet Application Service Provider*, yakni pihak yang memberikan jasa aplikasi di Internet, (contohnya adalah penyedia aplikasi *game-online*, *online auction*, *Certification Authorities/certificaton service provider*), dan (iv) *Internet Community Service*, yakni perusahaan yang memberikan fasilitas komunikasi bagi komunitas, sebagaimana layaknya penyedia jasa *social networking*, seperti antara lain; *napster*, *kazza*, *friendster*, *facebook*, dan lain sebagainya.

Terkait dengan itu, menurut Keith N. Hylton telah terjadi perdebatan filosofis terkait penerapan *cybertort* untuk mengatasi PMH di *cyberspace*, yakni pertentangan apakah dalam medium *cyberspace* tersebut berlaku prinsip hukum tentang hak atas kekayaan/kebendaan (*property*) ataukah selayaknya juga berlaku prinsip hukum tentang tanggung jawab (*liabilities*).²⁸³ Menurut Hylton, terdapat beberapa konsekwensi dalam dua paradigma itu.

Jika memberlakukan konsep '*property rules*' maka konsepsi PMH nya adalah sebagaimana layaknya konsep *trespassing*, dimana para perusak atau *invader* yang potensial dapat melakukan tawar menawar terhadap kompensasi kerugian dengan pihak yang dirugikan. Para perusak atau *invader* juga dapat meminta izin untuk akses *property* yang dimiliki oleh pihak yang dilindungi tersebut, meskipun hal tersebut dapat merusak *property* milik orang tersebut. Namun hal ini masih dapat dibolehkan asalkan disetujui oleh pihak yang memiliki *property* tersebut karena perusak atau *invader* yang potensial tersebut memberikan kompensasi kepada si pemilik *property* tersebut.

²⁸³ Keith N. Hylton., "Property Rules, Liability Rules, And Immunity: An Application To Cyberspace.", *Boston University Law Review*., February, 2007.

Property rules are exemplified by trespass doctrine. A property rule, such as trespass, permits the party protected by the rule to enjoin the injuring party and to collect damages for any violations that occur. Property rule protection forces the potential injurer or invader to bargain with the protected party in order to gain access to the protected party's property. In order to gain access under the property rule, the invader will have to meet the demand price of the protected party, which will be set high enough to cover the protected party for all the injuries that party perceives to be associated with giving access to the invader. If, for example, the invader is incapable of doing any harm to the protected party's property, but the protected party still wants to be compensated for the mere thought that someone else will have access to his property, that perceived harm will be part of the price demanded of the potential invader.

Jika memberlakukan konsep *liability rules* maka tidak ada aturan yang memperbolehkan seseorang untuk memperbolehkan pihak lain untuk merusak segala sesuatu milik pihak yang dilindungi tersebut.

Untuk menjawab hal tersebut Hylton merujuk kepada essay yang dibuat oleh Guido Calabresi dan Douglas Melamed pada tahun 1972 dimana penerapan kedua *rules* ini bergantung pada seberapa besar biaya transaksi yang harus dikeluarkan (*transaction cost*). Konsep *property rules* dapat diterapkan apabila *transaction cost* untuk itu terbilang rendah untuk mencegah terjadinya tindakan PMH, Namun sebaliknya konsep *liability rules* dapat diterapkan apabila ternyata *transaction cost* untuk itu terbilang besar karena dampak kerusakan/kerugian yang ditimbulkan dari tindakan PMH itu kepada pihak lain. *Property rules* menjadi baik untuk diterapkan dalam hal *transaction cost* yang rendah karena dapat melindungi pemilik *property* yang bersangkutan dari peluang terjadinya perampasan atau penyitaan oleh pihak lain karena mereka akan cenderung terdorong untuk melakukan persetujuan atau transaksi, sedangkan dalam hal *transaction cost* yang besar maka tawar menawar tidak dimungkinkan untuk dilakukan, oleh karena itu lebih baik diterapkan *liability rules*.

Selanjutnya, terhadap penerapan konsep *liability rules*, akan dua pilihan tanggung jawab yang akan diterapkan, apakah (i) *strict liability* ataukah (ii) kelalaian (*negligence*). Untuk menjawab hal ini, Hylton menggunakan teori-teori yang berasal dari tulisan Guido Calabresi, Richard Posner, dan Steven Shavell, dimana dalam literatur-literatur tersebut dinyatakan bahwa pertanggungjawaban berdasarkan kelalaian/*negligence* hanya mengatur tentang tingkatan kewajiban kehati-hatian saja (*care level*), sedangkan pertanggungjawaban berdasarkan *strict*

liability dapat menjangkau lebih jauh, yakni selain tingkat kehati-hatian (*care level*) juga menjangkau tingkatan aktivitasnya (*activity level*).

Maksudnya adalah, baik *negligence* maupun *strict liability* sebenarnya sama-sama mempersyaratkan adanya tindakan pencegahan terjadinya suatu kejadian yang telah dilakukan oleh si tergugat. Khusus dalam pertanggungjawaban berdasarkan *strict liability*, meskipun si pelaku telah melaksanakan pencegahan yang optimal agar tidak terjadinya suatu kejadian, namun tetap saja si pelaku harus bertanggungjawab untuk mengganti kerugian yang ditimbulkannya kepada pihak lain. Sementara, dalam prinsip pertanggungjawaban berdasarkan kelalaian, ketika seseorang telah melakukan pencegahan yang optimal agar tidak terjadi kecelakaan maka dia tidak diwajibkan lagi untuk bertanggungjawab mengganti kerugian terhadap kejadian itu. Sebagai contoh yang paling mudah adalah pertanggung jawaban tindakan peledakan sebuah gedung yang meskipun telah melakukan kehati-hatian dapat saja berdampak kepada pemilik gedung lain atau orang lain disekitarnya. Demikian pula terhadap tindakan memelihara binatang buas sebagai peliharaan di rumah (contoh singa) oleh seseorang, yang meskipun telah hati-hati dapat saja lepas dan menyerang tetangganya.

Dengan memperhatikan paradigma tersebut di atas, maka dalam perbuatan *cyber-invasion*²⁸⁴ terhadap suatu informasi yang bersifat pribadi (contoh: *Trojan horse* yang mencuri dan menghancurkan *file-file* milik pribadi, atau pengiriman informasi komersial yang bersifat sampah/*spamming*), teori yang dapat diterapkan adalah *property rules* dengan penerapan *nuisance doctrine* atau *trespass to chattels*, sehingga korban dari tindakan-tindakan tersebut dapat menuntut ganti rugi kepada para pelakunya karena telah melakukan tindakan PMH terhadap kebendaan seseorang dengan dalih masuk tanpa izin kedalam properti yang dimilikinya. Sedangkan terhadap perbuatan yang dilakukan oleh *hacker* maka dapat diterapkan *liability rules*, dimana pada dasarnya si korban dapat meminta

²⁸⁴ *Cyber-invasions can occur in two forms. In one set of instances, the invader violates norms governing publicly accessible information portals: he sends spam email, or he collects information from a website for a purpose that breaches the terms of a "click-through" agreement, or he collects information for a purpose that the information provider would find objectionable (such as competing against the information provider). In the other set of instances, the invader goes around barriers to alter privately held records or to access information that is not publicly available.*

tanggung jawab kepada pihak terkait dengan perbuatan *hacker* tersebut, yakni; (i) pertama, adalah ISP, karena seharusnya mereka bertanggung jawab untuk mengawasi kegiatan dari penggunanya sehingga sebenarnya ia dapat mengidentifikasi identitas dari *hacker* tersebut, (ii) kedua adalah vendor pembuat perangkat lunak sistem operasi (*operating system manufacturer*) karena mereka sebenarnya dapat memperkecil celah ruang yang dapat dieksploitasi oleh para *hacker*, contohnya adalah dengan mengoptimalkan sistem pengamanan dalam pengoperasiannya secara berkelanjutan, dan (iii) ketiga, adalah pengelola/penyelenggara sistem elektronik itu yang bersangkut karena tidak menjalankan kewajibannya menjaga perlindungan data pribadi sebagaimana mestinya sehingga si *hacker* mendapatkan informasi (file) elektronik dan menyalahgunakan pemanfaatannya. Menurut Hylton, terhadap point (i) dan (ii) selayaknya yang diterapkan adalah konsep kelalaian bukan *strict liability* karena baik vendor *software* maupun ISP secara bersama-sama telah melakukan sesuatu yang bermanfaat kepada penggunanya dan prakteknya mereka tidak dapat mengawasi setiap isi paket data yang lewat. Sementara itu, untuk point (iii) tampaknya masih terbuka kemungkinan untuk penerapan *strict liability* karena si pengelola jelas telah melakukan kesalahan karena tidak menjaga sistem pengamanannya.

Sementara itu, menurut Chris Reed, paling tidak terdapat dua jenis tanggung jawab terhadap penyelenggara intermediasi tersebut, yakni:

- 1) tanggung jawab atas kegiatan penyediaan jasa akses ke internet (*service provider liability*), yang merupakan tanggung jawab terhadap kesalahan atau kegagalan komunikasi atau kesalahan penyediaan jasa terkait lainnya (*liability for communication failure & other services*); dan
- 2) tanggung jawab atas kegiatan yang terkait dengan keberadaan data/informasi yang bersifat melawan hukum (*illegal content*) yang terdistribusi di internet (*liability based on content*), yang antara lain mencakup (i) tanggung jawab terhadap ciptaan digital/*digital works* (*copyrighted materials*), (ii) tanggung jawab terhadap informasi yang

melanggar kesusilaan masyarakat (*obscenity & indecency*)²⁸⁵, dan (iii) tanggung jawab terhadap informasi yang bersifat mencemarkan reputasi atau nama baik (*defamation*).²⁸⁶

Terhadap tanggung jawab jasa layanan komunikasi tersebut, pada prinsipnya para penyelenggara harus mengikuti aturan tentang standar penyelenggaraan jaringan telekomunikasi (*electronic communication network*) dan penyelenggaraan jasa telekomunikasi (*electronic communication services*) berdasarkan Hukum Telekomunikasi, yang pada esensinya para penyedia jasa harus menjamin mutu layanannya (*Quality of Services/QoS*). Dalam prakteknya, para penyedia jasa juga menjamin hal tersebut dalam perjanjian layanannya (*service level agreement/SLA*) kepada para pelanggannya.

Terkait dengan tanggung jawab atas pendistribusian *illegal content* atau *unlawful content*, pada prinsipnya para penyedia jasa secara teknis dapat dikatakan turut serta' dalam melakukan pendistribusian informasi illegal tersebut. Para penyedia jasa pada esensinya tidak hanya menjadi perantara untuk mentransmisikan (*transmitter*) atau meneruskan (*forwarder*) suatu informasi kepada suatu alamat tertentu, melainkan juga telah menjadi '*publisher*' atau 'distributor' terhadap hal tersebut. Terhadap informasi yang terbuka untuk publik, karena secara yuridis mereka mempunyai kewajiban untuk menghargai informasi publik dan juga menghargai hak asasi manusia untuk kebebasan berekspresi dan kebebasan memperoleh informasi dari semua saluran komunikasi yang tersedia, maka mereka tidak bisa dengan serta merta secara sepihak menghilangkan atau memblokade informasi tersebut pada ruang yang dikelolanya, kecuali jika hal tersebut telah diputuskan oleh pengadilan sebagai informasi yang illegal.

²⁸⁵ Title 19 of the US Code bans the importation of: any obscene book, pamphlet, paper, writing, advertisement, circular, print, picture, drawing, or other representation, figure, or image on or of paper or other material, or ... article which is obscene or immoral. Liability under title 19 could be imposed on a service provider who had knowledge of the contents of prohibited materials originating in a foreign country yet who allowed it to be downloaded. The same liability may be imposed on a user who searches and downloads prohibited material from a foreign sources.

²⁸⁶ Terhadap hal itu, telah ada UU yang memberikan kekebalan (*immunity*) ataupun pembatasan tanggung jawab terhadap jasa intermediasi tersebut (*limitations on intermediary liability*), selain pembatasan tanggung jawab yang dinyatakan dalam kontrak standar yang mereka tawarkan kepada penggunaanya (contoh: US Digital Millenium Copyright Act).

Demikian pula halnya terhadap informasi yang melanggar kesusilaan (contoh *child pornography*), informasi yang melanggar *privacy* (pengungkapan rahasia pribadi seseorang di Internet), informasi yang menyerang reputasi orang lain (pencemaran nama baik/*defamation*), dan juga informasi yang melanggar hak cipta (distribusi ciptaan kepada publik di internet tanpa izin) yang dipertukarkan antara para pengguna (*netters*), maka sesuai kewajiban untuk menjaga kebebasan dan kerahasiaan dalam komunikasi, mereka secara yuridis juga tidak dapat melakukan pengawasan terhadap substansi informasi yang disampaikan melalui jaringannya, kecuali ada putusan pengadilan untuk itu.

Dari kedua pemikiran diatas dapat dikatakan para penyedia jasa tidak melakukan hal tersebut dengan suatu niatan atau kesengajaan. Untuk mengatasi dilema tersebut. Para jasa perantara ini membutuhkan suatu kekebalan (*immunity*) oleh karenanya dalam *Digital Millenium Copyright Act* di Amerika, mereka mendapatkan perlindungan tersebut sepanjang mereka belum mengetahui adanya permasalahan tersebut, namun sekiranya mereka mendapatkan informasi tentang hal itu maka seharusnya mereka segera melakukan kewajibannya untuk membuat informasi tersebut menjadi tidak dapat diakses oleh publik (*take down notice policy*). Jika tidak melakukan kewajibannya tersebut, maka berarti mereka telah dengan sengaja turut serta melakukan penyebaran informasi illegal tersebut.

Sehubungan dengan hal itu, terdapat beberapa kasus yang dapat menjadi pelajaran untuk melihat pertanggung jawaban penyelenggara perantara tersebut, yakni kasus *online defamation* yang dialami oleh America Online (AOL)²⁸⁷, CompuServe²⁸⁸, dan Prodigy²⁸⁹ dimana penyelenggara jasa intermediasi digugat

²⁸⁷ Sidney Blumenthal v. Matt Drudge & American OnLine (AOL), 992. F. Supp. 44 (DDC April 22, 1998). [*Matt Drudge reported in his column disseminated by America Online that Clinton White House aide Sidney Blumenthal had physically abused his wife in the past. Blumenthal filed a defamation suit against Drudge and America Online. At the time of the suit, America Online paid Drudge \$3000 per month to write the column and exercised certain editorial rights over its content, including the right to demand changes and to remove it. Still, the court found that America Online was entitled to immunity under Section 230 of the Communications Decency Act. The trial judge noted that if he were "writing on a clean slate," he would have held America Online liable in accordance with the legal standards applied to ordinary publishers.*]

²⁸⁸ Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc., 776 F. Supp. 135, 140 (S.D.N.Y. 1991). [*This is a major decision supporting the analogy of the computer information system as a republisher or disseminator of media. CompuServe was one of the first public computer information systems, founded in 1969 as a time-sharing system by H&R Block in order to make use of some of its surplus computer facilities. CompuServe is now so large that it contracts out its editorial control of various discussion groups to other companies, who maintain the forum in accordance with CompuServe's general guidelines. The groups maintaining the forums are similar to*

PMH karena turut serta melakukan pendistribusian tersebut. Pengadilan yang bersangkutan telah membuat putusan yang memperlihatkan suatu prinsip, bahwa apabila si penyelenggara hanya meneruskan suatu informasi tanpa melakukan modifikasi apapun maka dia tidak akan terkena pertanggung jawaban, karena ia dianggap tidak tahu akan substansi informasi itu. Namun, jika ia melakukan penyuntingan atau modifikasi untuk itu, maka ia harus 'dianggap tahu atau seharusnya tahu' sehingga ia bertanggung jawab untuk tindakan itu.

Dengan melihat konsep *Tort* di AS maka ringkasnya terhadap perbuatan melawan hukum dalam penyelenggaraan sistem elektronik, baik dalam konteks keberadaan komponen (*hardware, software, dan data*) yang berada dalam konteks internal jaringan atau belum terkoneksi secara online kepada *cyberspace (IT-Tort)* maupun dalam lingkup eksternal sistem yang terhubung secara online kedalam medium *cyberspace (cyber-tort)*, maka dapat terlihat bahwa penerapan *Tort* selayaknya dapat dilakukan dengan baik. Secara umum, kualifikasi yang dapat diterapkan adalah *negligence* dan *strict liability*.

print publishers - they take articles submitted by users and then publish them, exerting editorial control over the material where necessary. CompuServe works, in essence, like an electronic book store. CompuServe sells to its users the materials that the discussion groups publish. One of the forums uploaded and made available an on-line publication which defamed the plaintiff. CompuServe had no opportunity to review the periodical's contents before it was made available to CompuServe's subscribers. District Judge Leisure held that, since CompuServe had no editorial control over the periodical, and CompuServe did not know or have reason to know of the defamation contained in the periodical, CompuServe was in essence "an electronic, for-profit library." Like a bookstore or library, CompuServe had the option to carry or not to carry the periodical, but once the decision was made CompuServe had no editorial control over the periodical. The court recognized the function of technology and admitted that a computer database is the functional equivalent to a news distributor or a public library, and therefore, so as not to impede the flow of information, the same "know or have reason to know" standard should apply]

²⁸⁹ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, 23 Media L. Rep. 1794, 1797 (N.Y. Sup. Ct. 1995), available at 1995 WL 323710 [*Prodigy is an example of a service that sees itself as a publisher. In fact, Prodigy refers to the people who screen messages posted in their conferences as "editors" and not censors, and Prodigy claims all of them have journalism backgrounds. Both Prodigy and the local newspaper take "articles" by "authors" and "publish" them in their respective media for the consumption of their "subscribers." There are two types of publishers, primary and secondary. A primary publisher is presumed to play a part in the creative process of creating the message which is then disseminated. Primary publishers are what one generally thinks of when thinking of publishers. Prodigy claims to be such a publisher. While the Constitution provides some protection to the editor's judgment as to what to print, he protection is not complete. All of the restrictions on content discussed earlier apply to publishers-advocacy of lawless action, child pornography, obscenity, defamation, etc. The system operator, as an electronic publisher, shares the same liability as a print publisher would, for example, the "actual malice" standard for defamation, and a "knowing" standard as required by the statutes forbidding the transportation of material involved in child pornography. The publisher is generally held to know what is being published because he or she has editorial control over the material that is published*].

Terhadap penerapan konsep kelalaian, dalam perkembangannya dapat dibedakan atas dua hal, yakni (i) kelalaian yang bersifat umum, dan (ii) kelalaian yang bersifat khusus. Terhadap kelalaian yang bersifat umum diperlukan pembuktian terhadap 4 (empat) elemen, yakni (a) *duty of care*, (b) *breach of duty*, (c) *injury*, dan (d) *causation*. Sementara untuk *negligence* yang bersifat khusus (*special negligence*), sifat pembuktiannya sudah mengarah atau dapat dikatakan bersifat transisi ke arah penerapan prinsip *strict liability*. Sebagai contohnya adalah konsep *negligence per se* dan *res ipsa loquitor*, dimana penggugat secara teknis yuridis menjadi tidak perlu lagi membuktikan kesalahannya, karena kesalahan itu sudah terlihat jelas karena telah menyalahi kewajiban berdasarkan undang-undang.

Demikian pula dengan konsep cacat produk (*defect*) yang melakukan penerapan *strict product liability*, hal tersebut juga berawal dari penerapan konsep *negligence* yang diterapkan dalam bidang TI, yakni (i) *negligence in design*, (ii) *negligence in operation* dan (iii) *negligence in informing or warning*. Ketiga hal tersebut pada esensinya juga telah mengarah kepada pemikiran tentang tanggung prinsip *strict liability*. Meskipun para pelaku usaha kurang menyukai hal tersebut, namun dalam prakteknya di pengadilan para hakim cenderung mulai melakukan penerapan untuk hal itu. Para pengacara perusahaan melihat bahwa gugatan *Tort* seringkali dilayangkan secara tidak proporsional dengan kerugian yang terjadi dan cenderung membuat keuntungan bagi para *lawyer* yang melakukannya karena akan mendapatkan *success fee* untuk hal tersebut, sementara pada sisi lain para pebisnis menjadi harus mengeluarkan biaya yang cukup besar, hal tersebut dirasakan kurang kondusif bagi iklim industri. Oleh karena itu dalam perkembangannya, sebagai upaya menyeimbangkan hal tersebut, maka para pembisnis telah mendorong adanya program reformasi terhadap *Tort* (*Tort Reform*), yakni dengan mengemukakan beberapa usulan perubahan antara lain, mengajukan pembatasan dalam penerapan hukuman denda (*punitive damages*) dan pembatasan ganti rugi immateril (*non-economic damages*), pembatasan jumlah klaim pertanggungans asuransi (*collateral source doctrine*), penerapan tanggung jawab bersama secara proporsional (*joint or several liability*), dan pembatasan pembayaran biaya pengacara (*contingent fees*).

C. Penerapan PMH Dalam Bidang TI di Indonesia

Dengan melihat konsep PMH berdasarkan Pasal 1365 dan Pasal 1366 KUHPerdT dan kewajiban penggugat berdasarkan Pasal 1865 KUHPerdT, maka penerapan PMH secara hukum adalah menjadi beban pembuktian si penggugat, namun dengan adanya UU perlindungan konsumen yang telah mengakomodir sebagian prinsip *strict liability* dengan pembuktian terbalik²⁹⁰, maka beban pembuktian itu secara yuridis kini telah berubah menjadi beban pembuktian si penyelenggara.

Dengan melihat konsep PMH dan UU Perlindungan Konsumen, maka dalam pemanfaatan produk TI kedalam bentuk penyelenggaraan sistem elektronik baik secara *off-line* (tidak terhubung ke Internet) maupun yang *on-line* (terhubung via internet) maka pada dasarnya setiap orang yang terkoneksi ke Internet adalah konsumen dari penyelenggaraan sistem elektronik tersebut. Demikian pula, jika ia hanya bersifat sebagai system operator ('SysOp') saja dari keberadaan komponen perangkat-perangkat (*hardware, software* dan data) yang diperolehnya dari pihak lain (baik vendor maupun *supplier*), dalam perspektif perlindungan konsumen mereka harus bertanggung jawab secara tanggung renteng sesuai kontribusinya sebagai akibat total penyelenggaraan sistem elektronik tersebut kepada publik

Dengan melihat Pasal 2 dan Pasal 4 UU Perlindungan Konsumen yang menjelaskan adanya asas manfaat, keadilan, keseimbangan, keamanan dan keselamatan konsumen, serta kepastian hukum, dan adanya hak-hak konsumen lain yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya. Meskipun UU Perlindungan Konsumen tidak tegas menganut prinsip tanggung jawab mutlak (*strict liability*), namun karena sifatnya sebagai UU payung, pada prinsipnya UU Perlindungan Konsumen tetap membuka ruang untuk penerapan

²⁹⁰ Pasal 22 dan penjelasannya, UU No.8 Tahun 1999 tentang perlindungan konsumen ("UU Konsumen") yang menyatakan 'Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam kasus pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat 4, Pasal 20, dan Pasal 21 merupakan beban dari tanggung jawab pelaku usaha tanpa menutup kemungkinan bagi jaksa untuk melakukan pembuktian'. Ketentuan ini dimaksudkan untuk menerapkan sistem beban pembuktian terbalik. Lihat juga Pasal 28 UU Konsumen, 'Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 22, dan Pasal 23 merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha'.

tanggung jawab mutlak. (*strict liability*) sekiranya UU yang lain tersebut mengamanatkannya. Oleh karena itu, penulis berpendapat bahwa kemungkinan *strict liability* terhadap penerapan PMH dalam penyelenggaraan sistem elektronik (mencakup *IT Tort* dan *Cyber Tort*) selayaknya juga dapat diterapkan di Indonesia.

Sehubungan dengan itu, dengan merujuk pasal-pasal tentang kewajiban pelaku usaha, larangan pelaku usaha dan tanggung jawab pelaku usaha, maka UU Perlindungan Konsumen telah menyelesaikan beberapa isu penting tentang perdebatan penerapan kualifikasi *tort* (Perbuatan Melawan Hukum) di Amerika, antara lain:

- 1) Sebagai konsekuensi dari definisi barang yang mencakup benda materil maupun yang immateril,²⁹¹ maka dengan sendirinya data dan *software* telah termasuk dalam pengertian tersebut. Terlebih lagi, dalam UU Hak Cipta juga dinyatakan bahwa Hak Cipta dianggap sebagaimana layaknya barang bergerak. Meskipun begitu, para pihak tetap harus memperhatikan konsep kebendaan terhadap Hak Cipta tidaklah identik dengan konsep kepemilikan dan penguasaan atas barang pada umumnya. Dengan kata lain aspek 'kepemilikan' (*ownership*) dan 'penguasaan' (*possession*) adalah tetap hal yang terpisah, dimana berpindahnya objek ciptaan tidak berarti berpindahnya hak kepemilikan atas Hak Cipta, karena secara *naturalia*. hak milik intelektual selalu melekat kepada si intelektualnya kecuali jika hal tersebut diperjanjikan lain. Selain itu, dengan mengacu kepada konsepsi tentang Hak Cipta yang melindungi hak moral dan hak ekonomis si Pencipta dan Pemegang Hak Cipta, maka terhadap segala peranan para pihak yang terlibat dengan sengaja dalam pendistribusian Ciptaan tersebut

²⁹¹ Pasal 1 butir (4) dan (5) UU Perlindungan Konsumen, yakni; (i) Barang adalah setiap benda baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, dapat dihabiskan maupun tidak dihabiskan, yang dapat untuk diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh konsumen. Sedangkan (ii) Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang disediakan bagi masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen. Perhatikan pasal (1) butir (3) UU Perlindungan Konsumen, Pelaku usaha adalah setiap orang perseorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian menyelenggarakan kegiatan usaha dalam berbagai bidang ekonomi. Perhatikan juga korelasinya dengan keberlakuan pasal 2 UU ITE yang mengakibatkan Pelaku Usaha di luar negeri menjadi masuk dalam wilayah yurisdiksi Indonesia.

selayaknya dapat dimintakan pertanggung jawabannya berdasarkan PMH dalam distribusi ciptaan tanpa izin.

- 2) Produsen mempunyai kewajiban untuk menjamin mutu barang dan/atau jasa yang diproduksi dan/atau diperdagangkan berdasarkan ketentuan standar mutu barang dan/atau jasa yang berlaku (Pasal 7 butir (d) Undang-Undang Perlindungan Konsumen);
- 3) Produsen mempunyai kewajiban untuk memberi kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian atas kerugian akibat penggunaan, pemakaian dan pemanfaatan barang dan/atau jasa yang diperdagangkan (Pasal 7 butir (f) Undang-Undang Perlindungan Konsumen);
- 4) Pelaku usaha dilarang memproduksi dan/atau memperdagangkan barang dan/atau jasa yang tidak memenuhi atau tidak sesuai dengan standar yang dipersyaratkan dan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 8 ayat 1 butir (a) Undang-Undang Perlindungan Konsumen);
- 5) Pelaku usaha dilarang memperdagangkan barang yang, rusak, cacat atau bekas, dan tercemar tanpa memberikan informasi secara lengkap dan benar atas barang dimaksud (pasal 8 ayat 2 Undang-Undang Perlindungan Konsumen).
- 6) Pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan (Pasal 19 ayat (1) Undang-Undang Perlindungan Konsumen). Ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat 1 dapat berupa pengembalian uang atau penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku (Pasal 19 ayat (2) Undang-Undang Perlindungan Konsumen);
- 7) Pelaku usaha yang menjual barang dan/atau jasa kepada pelaku usaha lain bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila: (a) pelaku usaha lain menjual kepada konsumen tanpa melakukan perubahan apa pun atas barang dan/atau jasa tersebut; (b) pelaku usaha lain, di dalam transaksi jual beli tidak mengetahui adanya perubahan

barang dan/atau jasa yang dilakukan oleh pelaku usaha atau tidak sesuai dengan contoh, mutu, dan komposisi. (Pasal 24 ayat 1 Undang-Undang Perlindungan Konsumen)

- 8) Pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada pasal 24 ayat 1 di atas, dibebaskan dari tanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila pelaku usaha lain yang membeli barang dan/atau jasa menjual kembali kepada konsumen dengan melakukan perubahan atas barang dan/atau jasa tersebut (Pasal 24 ayat 2 Undang-Undang Perlindungan Konsumen).

Selanjutnya, dengan merujuk Pasal 7 UU ITE yang menyatakan:

Setiap Orang yang menyatakan hak, memperkuat hak yang telah ada, atau menolak hak Orang lain berdasarkan adanya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik harus memastikan bahwa Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang ada padanya berasal dari Sistem Elektronik yang memenuhi syarat berdasarkan Peraturan Perundang-undangan.

Tampaknya akan ada dua asumsi dalam menilai apakah UU ITE sebenarnya menganut *strict liability* ataukah *liability based on fault*. Asumsi yang pertama, akan menyatakan bahwa Pasal 7 UU ITE tersebut adalah merujuk kepada pasal 1865 KUHPerd, sehingga sepertinya UU ITE menganut prinsip *liability based on fault*, karena setiap orang yang ingin menyatakan hak mempunyai beban pembuktian untuk membuktikan hal tersebut, sehingga pasal ini akan mengakibatkan bahwa setiap orang yang menuntut hak harus dapat membuktikan kesalahan orang lain terhadap penyelenggaraan sistem elektroniknya.

Sementara, asumsi yang kedua, justru akan menyatakan sebaliknya karena keberadaan Pasal 7 sesungguhnya tidaklah sama dengan Pasal 1865 KUHPerd, karena pada esensinya pasal tersebut hanyalah untuk menjamin bahwa setiap orang yang ingin menyatakan mempunyai hak dengan berdasarkan atas eksistensi suatu informasi yang berbentuk elektronik, sesungguhnya harus menjamin bahwa informasi elektronik tersebut adalah valid karena berasal dari sistem yang layak dipercaya, jangan sampai hal tersebut adalah hasil suatu rekayasa sendiri atau terjadi karena kesalahannya sendiri. Asumsi kedua ini justru akan melihat kepada

keberadaan Pasal 15 ayat (2) UU ITE, yang secara tegas menyatakan bahwa letak dasar pertanggungjawaban adalah pada sisi penyelenggara, karena setiap penyelenggara dinyatakan harus bertanggung jawab terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektroniknya.

Perlawanan ataupun pembebasan terhadap tanggung jawab tersebut hanya dapat terjadi apabila si penyelenggara dapat membuktikan bahwa kesalahan itu terjadi bukan karena dirinya melainkan karena terjadinya keadaan memaksa (*force majeure*) atau justru terjadi karena kesalahan penggunaan, dan/atau kelalaian pihak pengguna sistem elektronik itu sendiri. Jadi secara kontekstual, ITE sesungguhnya memberikan beban pembuktian terbalik sebagaimana layaknya UU Perlindungan Konsumen. Perumusan seperti ini, umumnya dikenal sebagai penerapan dari prinsip *presumed liability* dimana si penyelenggara dianggap sebagai pihak yang bersalah kecuali dapat membuktikan sebaliknya.

Dengan memperhatikan semua penjabaran beberapa ahli tentang PMH tersebut di atas, dan dengan memperhatikan beberapa hal penting sebagai berikut:

- a) bahwa sifat keunikan ataupun karakteristik sistem elektronik yang rentan akan penyalahgunaan, sehingga jika tidak ada jaminan atas kehandalan dan keamanan oleh penyelenggara, maka dapat dikatakan tindakan tersebut adalah sebagai *ultra-hazardous activities* karena dibalik penyelenggaraan sistem tersebut terdapat kompleksitas teknologi dan hubungan para pihak yang juga mempunyai kontribusi baik secara teknis maupun manajemen terhadap penyelenggaraan sistem tersebut kepada pengguna;
- b) bahwa IT sebagai produk teknologi tinggi yang bersifat canggih/rumit yang didalamnya terdapat kompleksitas kode-kode atau instruksi-instruksi program komputer yang mencakup *micro-code*, *source-code* dan juga *object-code*, maka akan sangat sulit dibuktikan oleh pengguna, apakah sistem tersebut telah dibuat dengan layak dan telah berjalan dengan baik sehingga akan sangat sulit untuk membuktikan apakah telah ada kelalaian atautkah cacat produk yang ada didalamnya;
- c) bahwa karena lingkup dan dampak sistem elektronik tidak hanya bersifat internal melainkan juga eksternal bahkan juga dapat

melampaui batas negara (*borderless*) kepada penyelenggaraan sistem elektronik global, maka potensi dampak kerugian yang ditimbulkan bukan hanya kepada satu pihak saja melainkan juga berlipat ganda (*multiplier effect*) kepada pihak ketiga lainnya yang terhubung dengan sistem elektronik tersebut;

- d) bahwa dalam prakteknya, penerapan TI harus memperhatikan keberadaan (i) standar-standar teknis dan manajemen yang berlaku, (ii) aturan-aturan tentang standar kelaikan dan keamanan suatu produk, dan (iii) penerapan prinsip-prinsip tata kelola TI yang baik (*IT Governance*) untuk menjamin penciptaan nilai (*value*) sebagaimana yang diharapkan sehingga tercipta kesesuaiannya dengan kebutuhan dan pola organisasi dan manajemen yang berlaku (sebagaimana tercantum dalam penjelasan umum UU ITE tercantum prinsip *IT Governance*),
- e) bahwa dalam Pasal 2 UU ITE telah diamanatkan kepada semua pihak harus memperhatikan azas iktikad baik dan azas kehati-hatian (*duty of care*), dan
- f) bahwa UU ITE juga memberikan amanat dari awal bagi setiap penyelenggara untuk menjaga akuntabilitas ataupun *trustworthiness* dari sistem kepada publik (handal, aman, bertanggung jawab, dan beroperasi sebagaimana mestinya),

Penulis berpendapat bahwa meskipun UU ITE tidak mencantumkan secara tegas terminologi *strict liability* tersebut baik dalam batang tubuh maupun dalam penjelasannya, namun berdasarkan kontekstual secara sistematis dan berdasarkan sifat *nature* dari teknologi informasi itu sendiri serta berdasarkan atas kebutuhan untuk melindungi kepentingan umum yang lebih besar terhadap keamanan sistem elektronik yang bersifat lintas batas, maka selain kondisi *presumed liability* yang telah dirumuskan dalam Pasal 15, sesungguhnya UU ITE juga tetap membuka peluang kemungkinan terjadinya penerapan *strict liability*. Hal ini adalah karena pada faktanya, akan selalu ada potensi *bug* yang dapat dianggap sebagai *inherent defect* yang melekat pada suatu program komputer. Dengan sendirinya suatu

pengedaran, pemasangan atau penggunaan program komputer adalah *dangerous activities* bagi keberlangsungan sistem elektronik yang menerimanya.

Penerapan *strict liability* selayaknya tetap tidak berlaku general, karena hal itu hanya dimungkinkan untuk *software* yang diedarkan dengan model perjanjian lisensi yang bersifat *proprietary* atau dilisensikan dengan kode sumber tertutup. Dalam perjanjian lisensi sesungguhnya tidak ada peralihan hak milik atas *software* sehingga pengguna hanyalah pihak yang menggunakan 'barang' milik orang lain. Dengan sendirinya, vendor harus bertanggung jawab atas segala macam kerusakan yang ditimbulkan oleh barang yang dimilikinya kepada sistem si pengguna. Tanggung jawab tersebut adalah memberikan layanan kepada pengguna untuk memberikan *technical support* dan berkewajiban segera membetulkan programnya sendiri sekiranya dijumpai kesalahan sebagai kontraprestasi sejumlah uang yang dikeluarkan oleh pengguna untuk mendapatkan nilai manfaat atas penggunaan program komputer tersebut. Hal tersebut juga sebagai konsekwensi atas keberadaan resiko yang melekat kepada produk dan tidak diketahui oleh pengguna.

Jika dikaitkan dengan UU Hak Cipta, lisensi yang diberikan kepada pengguna juga harus dijamin tidak bertentangan dengan UU Hak Cipta khususnya tidak boleh melanggar kepentingan ekonomi nasional dan tidak bertentangan dengan persaingan usaha tidak sehat. Konsekwensinya, jika lisensi tersebut secara materil bertentangan dengan UU Hak Cipta dan UU Konsumen, maka lisensi tersebut menjadi batal demi hukum dan vendor harus bertanggung jawab secara mutlak kepada penggunanya yang telah membayar dan mempercayai kehandalan dan keamanan program tersebut.

Kondisi tersebut akan menjadi berbeda jika suatu program komputer dilisensikan dengan kode sumber yang terbuka (*open source*), dimana kepemilikan dan penguasaan serta resiko atas program komputer sudah berpindah kepada penggunanya. Pengguna mempunyai kesempatan untuk membetulkan sendiri atau memodifikasi program tersebut sesuai kebutuhannya, pihak yang memberikan program komputer tersebut hanya menjual jasa layanannya bukan menjual program komputer tersebut sebagaimana layaknya barang.

Dengan demikian, sesuai dengan konsep *interactive justice*, sekiranya pemerintah telah membuat regulasi untuk memberlakukan standar tertentu baik dalam model pengembangan maupun penyelenggaraannya. Sistem hukum Indonesia dapat dikatakan telah memenuhi prinsip *interactive justice* tersebut, karena setiap penyelenggara mempunyai tanggung jawab untuk memenuhi kewajiban berdasarkan *ex-ante regulation* maupun *ex-post regulation*.

Selanjutnya, dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik yang terhubung dengan *cyberspace* dan dilakukan untuk melakukan layanan publik (khususnya dengan pola *public-private partnership*), maka perlu dikaji terlebih dahulu bagaimana benturan kepentingan yang terjadi dalam penyelenggaraan sistem elektronik tersebut.

D. Analisis Benturan Kepentingan Pribadi dan Kepentingan Publik terhadap Penyelenggaraan Sistem Informasi

Sebagaimana dinyatakan dalam bab sebelumnya tentang *good practice* dalam penerapan TI, dimana langkah pertama adalah mengenali jenis atau tipe informasi yang akan difasilitasi oleh teknologi informasi. Langkah pertama untuk melihat karakteristik benturan kepentingan terhadap penyelenggaraan sistem informasi adalah dengan melihat kepada keberadaannya sebagai suatu benda yang melekat kepadanya suatu hak kepemilikan.

Selanjutnya, sebagai langkah kedua adalah melihat kepada muatan kepentingan hukum terhadap informasi itu sendiri. Suatu informasi yang dikomunikasikan itu bersifat personal akan melekat kepadanya sifat privat atau jika ia merupakan keunggulan kompetitif dari suatu badan usaha komersial maka ia dilindungi dengan rahasia dagang (*trade-secret*). Jika terhadap informasi tersebut bermuatan kepentingan publik, khususnya yang dalam perolehan dan pemrosesannya menggunakan anggaran negara atau anggaran bantuan asing yang ditujukan untuk negara, melekat kepadanya hak publik untuk mengetahui pertanggung jawabannya. Untuk mendalami hal ini, perlu ditelaah terlebih dahulu benturan antara kepentingan pribadi (*private*) dan kepentingan publik atau

kepentingan umum, baru kemudian memetakannya dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik.

D.1. Karakteristik Kepentingan Pribadi (*Private*) dengan Kepentingan Umum (*Public Interest*)

Sebagaimana diketahui bahwa kepentingan hukum privat adalah kepentingan yang bersifat personal/individual setiap seseorang terhadap benda atau kekayaannya (*property*) serta kehidupan pribadinya (*privacy*), sementara kepentingan umum atau kepentingan publik adalah kepentingan yang lebih luas dari kepentingan pribadi yakni kepentingan masyarakat luas itu sendiri.

Dalam konteks penyelenggaraan suatu sistem informasi, kepentingan personal adalah kepentingan untuk mendapatkan perlindungan atas haknya terhadap informasi sebagaimana layaknya *property*²⁹² yang dimilikinya. Untuk mengetahui hal ini, perlu dicermati pandangan ekonomi terhadap hukum kebendaan dengan memperhatikan aspek filosofis dari konsep tentang kebendaan itu sendiri.

Philosophers generally perceive property to be an instrument for pursuing fundamental values. Some philosophers of property have concentrated on its ability to advance values such as utility, justice, self-expression, and social evolution. These traditions of thought have influenced the law.

Classical philosophers try to resolve these deep disputes over social organization by explaining what property really is.....such as the theory that property is an expectation of utility (Bentham), the object of fair distribution (Aristotle), a means of self-expression (Hegel), or the foundation of liberty in community life (Burke).²⁹³

Robert Cooter menjelaskan bahwa dalam perspektif utilitarian, yang diukur dari suatu kebendaan adalah nilai dari benda tersebut atau nilai dari suatu tindakan terhadap benda dengan melihat nilai kesenangan atau nilai kepuasan yang diciptakannya. Bentham mendefinisikan *property* sebagai suatu harapan atas nilai kegunaan suatu benda.

²⁹² *Property is anything that can be possessed and disposed of in a legal manner.* Encyclopedia of Knowledge. Grolier.

²⁹³ Robert Cooter & Thomas Ulen., *Law & Economics (3rd ed.)*, (Massachusetts: Addison Wesley Longman Inc.)57-114.

*"Property is nothing but a basis of expectation; the expectation of deriving advantages from a thing, which are said to possess, in consequence of the relation in which we stand towards it"*²⁹⁴

Tujuan untuk memaksimalkan nilai total kegunaan tersebut akan melahirkan suatu standar dimana aturan-aturan tentang benda menjadi dapat dievaluasi kembali, dengan menetapkan suatu aturan hukum yang memaksimalkan total nilai-nilai kegunaan tersebut atau nilai kesenangan/kepuasan dari masyarakat secara keseluruhan. Pendekatan utilitarian ini membuat klaim seseorang terhadap kebendaannya menjadi bersifat tentative, karena pada prinsipnya, hal tersebut dapat diambil dari si pemiliknya jika nilai pemanfaatan untuk masyarakat lebih besar nilainya daripada kerugian yang harus diderita oleh si pemiliknya. Kritik terhadap hal ini adalah mengabaikan tujuan dari kepemilikan itu sendiri untuk memaksimalkan kesejahteraan si pemiliknya. Seharusnya sifat kepemilikan lebih merupakan suatu 'hak' ketimbang pengharapan atas suatu pendapatan/penghasilan (*income*) atau keuntungan (*gain*).

Sementara dalam pendekatan keadilan distributif (*distributive justice*) sebagaimana yang dikemukakan oleh Aristoteles adalah menekankan kepada sistem demokrasi yang akan membuat pendistribusian kesejahteraan kepada masyarakatnya melalui konstitusi dan hukumnya. Tentunya hal tersebut akan berbeda antara suatu masyarakat dengan masyarakat lainnya.

For Aristotle, the principle of justice is different for different societies, but it is appropriate for each type of society to promote its own conception of distributive of justice through its constitution and laws, including its notion of property rights. He argued that democracy will favor an equal distribution of wealth, whereas an aristocracy (the form preferred by Aristotle) will favor distribution of wealth according to the virtues of various classes. In Aristotle's conception, it is just that aristocrats receive unequal share of wealth because they use it for more worthy ends than do others.

Pendekatan tersebut juga mendapatkan kritikan karena adanya ketidaksamaan kesempatan atau ketidaksetimbangan antara kaum aristokrat dengan masyarakatnya atau antara yang kaya dengan yang miskin. Pada satu sisi seakan terjadi pendistribusian kesejahteraan dari yang kaya kepada yang miskin, namun pada sisi lain akibat ketidaksamaan kedudukan juga akan terjadi

²⁹⁴ Jeremy Bentham, *Theory of Legislation: Principles of the Code* 111-113 (Hildreth ed. 1931), sebagaimana dikutip oleh Robert Cooter.

redistribusi aset masyarakat kepada aristokrat atau yang kaya, hal ini malahan akan lebih memberatkan kepada yang miskin.

Selanjutnya selain teori Utilitarian dan Keadilan Distributif tersebut, dikenal juga teori Libertarian yang menandakan hak kebebasan individu (*liberty*) atas bendanya dimana kebebasan orang atas kebendaannya adalah suatu prakondisi untuk pasar, dan pasar adalah mekanisme desentralisasi untuk mengalokasikan sumber-sumber daya tersebut, bahkan kebanyakan pasar dapat beroperasi tanpa intereferensi atau pengawasan dari pemerintah. Pemerintah dapat mengatur hal lain dari setiap aspek kehidupan yang lain jika ingin membatasi *private property* tersebut.

Hubungan antara *property* dan *liberty* juga berfokus kepada ekspresi individual (*self individual expression*), sebagaimana dinyatakan oleh Hegel, yang menekankan bahwa masyarakat dengan karyanya telah mentransformasikan suatu keadaan alam menjadi ekspresi personalnya, yang dengan hal itu orang tersebut telah menyempurnakan keadaan alam itu sendiri. Hal ini adalah menekankan hak kebendaan atas objek immateril atau keberadaan hak milik intelektual atas kreasi intelektualnya sebagai suatu kebendaan yang juga harus dilindungi.

Hegel stressed the idea that people, through their works, transform nature into an expression of personality, and, by doing so, perfect the natural world. A painter takes materials in no particular order and rearranges them into a work of art. By investing personality in work, the artist transform natural objects and makes them the artist's own. It is difficult to imagine a system of property law that did not recognize this fact. Thus, to encourage self expression, the state needs to recognize the creators' rights of ownership over their creations.

Selain itu, juga dikenal aliran *Conservatism and The Origins of Property*, yang lebih menekankan pelebagaan suatu *property*, bukan hanya kepada tujuan penggunaannya (*purpose*) melainkan kepada asal-muasalnya (*origins*), sehingga jika sebelumnya suatu benda dapat dengan bebas diperjualbelikan, namun demi ketertiban dalam masyarakat (*social order*) hal tersebut dapat dinterfensi keberadaannya. Sebagai contohnya adalah pelebagaan atas tanah (*real property*) yang tidak lagi memiliki kebebasan penuh demi kepentingan lingkungan.

Dari ke-empat teori tersebut, dapat ditarik suatu sintesa teori, bahwa suatu kepemilikan atas benda baik materil maupun immateril meskipun terdapat nilai kebebasan terhadap hak personal untuk mengeksploitasinya sebagai bentuk

ekspektasi memaksimalkan nilai kegunaan guna mendapatkan kesejahteraan pribadi. Secara fungsional selayaknya hal tersebut tidak bersifat absolut karena dalam konteks yang lebih besar, hak atas kebendaan tetap memperhatikan kepentingan publik atau kepentingan umum terutama jika nilai kegunaan tersebut lebih besar bagi masyarakat. Dalam wacana negara demokrasi dan kesejahteraan, kepentingan umum tetap harus memperhatikan perlindungan kepentingan pribadi, sehingga benturan kepentingan tersebut dapat diselesaikan dengan suatu bentuk kompensasi yang layak terhadap kerelaan melepaskan hak pribadi tersebut.

Sehubungan dengan itu, dalam perspektif hukum keperdataan (*civil law*) berdasarkan Buku II KUHPerd, kebendaan adalah keberadaan segala sesuatu yang dapat dikenakan alas hak. Sementara dalam konsep '*property*' pada negara *common law*, diartikan sebagai serangkaian hak terhadap sesuatu (*a bundle of rights*). Selanjutnya keberadaan benda ditentukan berdasarkan atas sifat kepemilikan atau penguasaan, dengan kata lain siapa yang memiliki (*ownership*) dan siapa yang menguasai (*possession*) dan tindakan-tindakan lain yang terkait dengan hal itu. Kata kuncinya terletak pada dua elemen, yakni (i) kebebasan si pemilik untuk mengambil manfaat atas kebendaannya, dan (ii) kewajiban atau larangan bagi orang lain untuk menginterferensi hak tersebut.

*From a legal viewpoint, property is a bundle of rights. These rights describe what people may and may not do with the resources they own: the extent to which they may possess, use, develop, improve, transform, consume, deplete, destroy, sell, donate, bequeath, transfer, mortgage, lease, loan, or exclude others from their property. These rights are not immutable; they may, for example, change from one generation to another.*²⁹⁵

Selanjutnya, Benda itu sendiri dapat dibedakan atas 'barang' sebagai bentuk benda yang bertubuh dan 'hak' sebagai benda tak bertubuh. Berikutnya kedua benda tersebut juga dibedakan menjadi benda yang bergerak dan benda yang tidak bergerak. Kedua model pembedaan tersebut mempunyai konsekuensi perbedaan dalam mekanisme pengalihan atas hak kepemilikannya.

Secara ekonomi, perlindungan terhadap benda sebagai kekayaan (*property*) adalah perlindungan terhadap nilai (*value*), kegunaan (*utility*) dari sesuatu yang dapat diperoleh/dimiliki seseorang terhadap kebendaannya atau harta

²⁹⁵ Ibid.

kekayaannya secara efisien (efisiensi).²⁹⁶ Hal ini, secara ekonomi akan berujung kepada posisi tawar (*bargaining*) dan keleluasaan pengalihan hak/pertukarannya (*voluntary exchange*). Cooter menyatakan bahwa para ekonom melakukan pembedaan atas *private good* dengan *public good* berdasarkan paling tidak atas tiga komponen, yaitu; (i) dari sisi eksklusifitasnya (*exclusivity/rivalry*), *private good* hanya dikonsumsi sendiri (*there is rivalry consumption*) sementara *public good* dikonsumsi bersama secara sama rata (*no rivalry consumption*), (ii) dari sisi *cost*, *private good* relatif murah biaya penegakan haknya, sementara *public good* relatif lebih mahal dan (iii) dari kualitas kebebasan, *private good* memiliki kebebasan yang maksimal (*liberty*) sementara *public good* memiliki kebebasan yang bersifat terbatas.

Sejalan dengan pemikiran tersebut di atas, dalam lingkup teknologi informasi, suatu informasi sebagai suatu benda (*noun*), secara teknis tidak lahir secara alamiah dengan sendirinya. Informasi adalah hasil dari suatu proses (*output*) atau dari hasil suatu aktivitas pengolahan data, yang merupakan hasil kreasi intelektual seseorang. Secara naturalia terhadap informasi akan melekat padanya suatu sifat kepemilikan dari subyek si pembuat atau pengolah informasi tersebut, atau dengan kata lain merupakan *private goods*, namun sesuai dengan muatan yang terkandung didalamnya sifat kepemilikan tersebut menjadi tidak lagi mutlak/absolut manakala ada kepentingan umum atau kepentingan publik didalamnya, sehingga terdapat benturan kepentingan terhadap keberadaan informasi itu sendiri.

Dalam konteks berbangsa dan bernegara, sebagaimana dinyatakan oleh Posner, suatu suatu kebendaan baru dapat dikatakan efisien manakala benda tersebut memberikan insentif untuk memaksimalkan kemakmuran suatu bangsa. Dalam sistem hukum di Indonesia, pada dasarnya tidak ada kepemilikan yang bersifat absolut, bahkan dalam hak milik atas tanahpun dikatakan berfungsi sosial, sehingga demi kepentingan umum kepemilikan seseorang dapat saja dimintakan kerelaannya, namun tetap dengan kompensasi yang layak.

We viewed property as a bundle of rights and analyzed their incentive effects. Property rights are efficient when they create incentives to maximize a nation's

²⁹⁶ Lihat juga Richard A. Posner., *Economic Analysis of Law* (5th ed). (New York: Aspen Publisher 1998) 12.

wealth. Voluntary exchange typically moves resources from people who value them less to people who value them more. So, property rights maximize wealth by protecting and enhancing voluntary exchange. The efficiency of voluntary exchange applies to legal rights as well as material goods. Property rights also maximize wealth by making the owner internalize benefits and costs of using a resource. In brief, property rights achieve allocative efficiency by bargains and productive efficiency by internalization.

Selanjutnya, dengan mempertimbangkan keadilan pada saat terjadinya benturan kepentingan privat dengan kepentingan umum, maka agar tidak ada penyalahgunaan terhadap penafsiran kepentingan umum itu oleh administrasi negara, maka diperlukan kajian tentang kepentingan umum itu sendiri. Dalam lingkup hukum administrasi negara, terdapat beberapa teori yang dapat menjelaskan hal tersebut yakni (i) *Public Interest Theory*, (ii) *Special Interest Theory* atau *Interest Group Theory* dan (iii) *Public Choice Theory*.

Dalam kamus Black Law dinyatakan bahwa *Public Interest* adalah

something in which the public, the community at large, has some pecuniary interest, or some interest by which their legal rights or liabilities are affected. It does not mean anything so narrow as mere curiosity, or as the interests of the particular localities, which may be affected by the matters in question.

Berdasarkan definisi tersebut, secara umum diketahui bahwa *Public interest theory* adalah

an economic theory holding that regulation is supplied in response to the demand of the public for the correction of inefficient or inequitable market practices. Regulation is assumed initially to benefit society as a whole rather than particular vested interests. The regulatory body is considered to represent the interest of the society in which it operates rather than the private interests of the regulators. This theory assumes that economic markets are extremely fragile and apt to operate very inefficiently (or inequitably) if left alone. The government regulation is virtually costless. The government is assumed to be a neutral arbiter. Critics believe this will only occur when the public demands a better allocative efficiency. Most legislatures do things to benefit themselves, not the public. Therefore there must be an interest of law-makers for regulation to occur. This "theory" has no testable predictions or outcomes, therefore it is viewed by many as not a real theory.

Sementara menurut Richard Posner, '*public interest theory*, pada konsepnya adalah mencakup kedua hal yakni (i) fungsi ideal dan (ii) fungsi aktual suatu legislasi untuk mensejahterakan ekonomi dengan memperbaiki kesalahan-kesalahan dalam mekanisme pasar, contohnya adalah adanya kejahatan dan

polusi. Beberapa sistem hukum yang ditujukan untuk mentransfer kesejahteraan dari si kaya kepada si miskin adalah sesuai dengan teori ini, Namun kemungkinan kecil dapat saja terjadi perbedaan antara penerapan teori ekonomi terhadap hukum tentang kepentingan publik tersebut dengan pandangan para ahli hukum terhadap keberadaan suatu undang-undang yang juga akan melihat kepentingan umum namun dalam pandangan yang lain yakni dalam perpektif utilitarian dari Jeremy Bentham.

It conceives both the ideal and the actual function of legislation to be to increase economic welfare by correcting market failures such as crime and pollution. Some laws designed to transfer wealth from rich to poor also can be fitted into the theory. Free-rider problems might thwart private efforts to bring about the level of transfers from rich to poor that the rich would prefer; to that extent public wealth redistribution is a public good no different in kind from protection against crime or pollution.

There is little, if any, tension between the economist's public interest theory and the traditional lawyer's view of legislation. The lawyer's view is also that legislation is designed to protect the public interest, implicitly defined in utilitarian terms. If this were the only economic theory of legislation, this article would not be worth writing.

Sementara menurut Keith Werhan dalam konteks hukum administrasi di AS, menyatakan bahwa

Public interest theory which as the name suggest, posits the agencies act in order to further public values and the general good as either the legislature or agency officials have defined them. According to this view, Congress created agencies as a means of addressing public problems that existing institutions, including the economic marketplace, have been unable to resolve.²⁹⁷

Akibat pandangan skeptis (*cynical view*) terhadap kewenangan dengan harapan yang sangat ideal tersebut, dalam pelaksanaannya hal tersebut sulit dijalankan, sementara potensi penyalahgunaan dari administrasi negara sangat berpeluang besar, maka berkembanglah pemikiran kritis sebagai antitesisnya yakni teori tentang *Special Interest Theory* dan *Public Choice Theory* yang dengan tegas menolak ide *public interest theory* karena dianggap naif dan selanjutnya mempresentasikan teori mereka sendiri yang dianggap lebih realistik dalam melihat fungsi dan peran suatu administrasi pemerintahan.

²⁹⁷ Keith Werhan, *Principles of Administrative Law*, (New Orleans: Thomson-West, 2008) 6.

The other two leading theories of agency behaviour reject the public interest theory as naive and present themselves as more realistic, alternative accounts of the motivations that drive government administration. The first challenger to the public ideal is 'interested group' theory. This accounts describes agencies as political brokers. In this view, agencies make decisions by trading off claims for preferential treatment pressed on them by special interest group. According to interest group theory, the decision making process of agency does not provide a forum for public deliberation, but rather a field of competition among interested parties. Every agency selects 'winners' and 'losers' from among those competitors. Interest group theory reached its high point in the 1960s and 1970s, after the belief look hold that many agencies did not act in the public interest because they had become 'captured' by the very interests they had been created to regulate. Agency capture appeared to be the inevitable result of a rigged game in which special interests aggressively competed for agency favor, but in which the public interest, as such, lacked representation. A significant amount of administrative law that Congress and the Courts developed during the 1960s and the 1970s was a response to this diagnosis of regulatory failure.²⁹⁸

Dalam *Special Interest*, suatu administrasi negara dianggap sebagaimana layaknya *political brokers*, dimana dalam pandangan teori ini, administrasi negara (*agencies*) mengambil keputusan-keputusan dalam rangka pemenuhan harapan dari kelompok-kelompok kepentingan (*interest group*) yang saling berkompetisi, karena dalam prakteknya para administrasi negara telah terjebak pada pemahaman tentang kepentingan-kepentingan yang direpresentasikan oleh beberapa perwakilan masyarakat tersebut (*interest group*), dan *public interest* itu sendiri tidak pernah ada pihak yang merepresentasikannya. Hal ini menunjukkan bahwa regulasi itu sendiri telah gagal merepresentasikan *public interest* itu sendiri, melainkan hanya merupakan adopsi dari benturan-benturan kepentingan yang terjadi dalam perwakilan-perwakilan kepentingan di masyarakat.

Teori berikutnya yang merupakan rival dari '*public interest theory*' adalah '*public choice theory*' yang berbeda dengan sebelumnya, teori ini menggunakan model ekonomi untuk menjelaskan pembuatan kebijakan publik. Menurut teori ini, tindakan administrasi negara adalah sebagaimana layaknya barang (*good*) yang didistribusikan dalam suatu 'pasar' yang diatur berdasarkan hukum penawaran dan permintaan.

In this view, Congress creates agencies not in an effort to solve public problems, but rather in a bargained-for exchange among members of Congress and interest groups that believe the agency will operate to their mutual

²⁹⁸ Ibid. hal 6-7. [Supranote The leading exploration and critique of the interest group theory. Richard B Steward, "The Reformation of American Administrative Law," 88 *Harv. L. Rev.* 1667 (1975).

advantage. Following interest group theory, public choice adherents claim that each of the many 'market participants' in the governing process seek individual benefits, or 'rents', rather than the public interest or the interests of others. But instead of viewing agency decisionmakers as passive brokers among the competing claims of interest groups, as interest groups theory would have it, public choice theory posits that agency officials make decisions in order to maximize their own self-interest, which usually is described as enhancing their power or retaining their office.

Public choice theory depicts agency decision making processes not as a forum for public deliberation, but as an economic marketplace in which those whose interests are at stake, including agency officials themselves, rationally negotiate a 'deal' that reflects their relative power, the nature and intensity of their interests their 'transaction costs, and always, their individual assessment of how their own interest are best served.

Public choice theory thus discounts administrative agencies as public facades for the pursuit of private gain. Not surprisingly, this bleak explanation of agency behaviour has led many, but not all, adherents of public choice theory to advocate deregulation. From a public choice perspective, the regulatory markets created by administrative agencies are a poor substitute for the real thing – free economic markets.²⁹⁹

Menurut Posner, *Public Interest theory* dan *Interest Group Theory* dapat lebih diperkaya kategorisasinya ketimbang hanya menghadirkannya sebagai suatu dikotomi, dimana Posner menyarankan tipologi empat-lipatan (*four-fold typology*), yakni pendekatan yang secara ekonomis mendefinisikan tentang *public interest* dengan *narrow interest group* sebagai dua kategorisasi yang berhadapan, dan dua kategorisasi baru lainnya yang merupakan perantara dari dua kategori tersebut, yakni kategorisasi yang secara non-ekonomis menjelaskan *public interest*, dan kategorisasi yang melibatkan *public sentiment*.

But these are just polar cases. There are many intermediate cases, and to fit these into the eclectic theory we need a richer categorization than the public interest/interest group dichotomy. I suggest of four-fold typology, with the economically defined public interest theory and the narrow interest group theory as categories at opposite extremes, and two new intermediate categories: a public interest category defined in terms other than economic, and a 'public sentiment' category.

Pertama, *Public Interest* Yang Didefinisikan Secara Ekonomi. Kategorisasi ini dibatasi pada legislasi yang mengoreksi kesalahan pasar, seperti contohnya adalah kejahatan dan polusi, pola redistribusi tertentu dapat dimasukkan teori ini karena ditujukan untuk pemberian kepada masyarakat (*charitable giving*). Salah satu contoh yang penting adalah ketentuan tentang

²⁹⁹ Ibid.

pemisahan kekuasaan (*separation of power*) dan kebebasan berbicara dalam politik (*freedom of political speech*) sebagaimana dinyatakan dalam konstitusi. Kedua hal tersebut melindungi masyarakat dari biaya-biaya yang timbul karena monopoli kekuasaan.³⁰⁰

Kedua, *Public Interest Theory Dalam Pengertian Yang Lain (Public Interest in Other Senses)*. Yang dimaksud dalam kategorisasi ini adalah konsep-konsep lain yang ada setiap orang tentang apa yang dimaksudnya dengan *public interest* itu. Adalah tidak pantas jika harus *a priori* terhadap pemikiran-pemikiran lain tersebut yang sebenarnya juga telah meluas di masyarakat. Sebagai contoh, adalah kebijakan pengenaan pajak penghasilan progresif dimana kebijakan itu secara ekonomi dapat dijustifikasi atas dasar keuntungan yang diperoleh. Namun, meskipun tidak, kebijakan tersebut tetap mempunyai justifikasi *public interest* jika ia ditujukan untuk pendistribusian kesejahteraan (*distribution of wealth*). Contoh lain adalah pemikiran yang membenarkan pengenaan pajak penghasilan progresif dengan dasar bahwa hal tersebut diperlukan untuk *maximizing utility* yang sebenarnya sangat subjektif pemikirannya terhadap *economic efficiency* itu sendiri.³⁰¹

Ketiga, *Public Interest Yang Melihat Perasaan Masyarakat/Sentimen Publik (Public Sentiment)*. Beberapa kebijakan yang didasarkan atas perasaan kesusilaan masyarakat (contohnya adalah larangan pornography) yang direpresentasikan oleh sebagian anggota masyarakat (*interest group*), boleh jadi tidak akan mendapatkan justifikasi secara ekonomi jika didasarkan atas analisis biaya dan manfaat (*cost and benefit analysis*), karena tentunya akan sangat sulit

³⁰⁰ Ibid. [*This category is limited to legislation that corrects market failures such as crime and pollution, though as mentioned earlier certain redistributions could be included because they correct failures in the market for charitable giving. Important examples of laws that serve the public interest economically defined are the provisions of the Constitution that establish the separation of powers and freedom of political speech and thereby protect society against a particularly costly form of monopoly—a monopoly of political power.*]

³⁰¹ Ibid. [*Whatever one's own conception of the public interest may be, it seems inappropriate to dismiss a priori any other conception that is widely shared. For example, if the progressive income tax can be justified in terms of benefits received, it is in category (1) above; but even if it cannot be justified in those terms, it would still be public interest legislation if justifiable in terms of some widely held concept of the just distribution of wealth. This example also illustrates the equivocal nature of my classification. Many economists regard the progressive income tax either as a means of maximizing utility—which, depending on one's precise view of the meaning of 'economic efficiency,' could be part of either category (1) or category (2)—or alternatively as a means of soaking the rich—which would put it *271 into category (4) below (interest group legislation).]*

untuk dikwantifisir. Namun, hal tersebut tetap merupakan kebijakan yang didasarkan atas *public interest*, jika dilihat atas dasar pertimbangan dampaknya kepada masyarakat, seperti tingkat kejahatan, hubungan keluarga atau bahkan dampaknya kepada jumlah penduduk. Hukum atau regulasi yang didasarkan atas perasaan masyarakat seringkali tidak mendapatkan justifikasi ekonomi demi mensejahterakan masyarakat, namun hal tersebut tidak dapat diabaikan jika dilihat kepada efek atau pengaruhnya langsung kepada masyarakat.³⁰²

Keempat, Kepentingan Publik atas dasar Kepentingan Yang Lebih Sempit (*Narrow Interest Group Legislation*). Kebanyakan analisis ekonomi atas suatu legislasi difokuskan kepada perundang-undangan yang diajukan oleh kepentingan sebagian kelompok masyarakat dalam suatu industri yang saling berkompetisi. Beberapa kebijakan tersebut boleh jadi mendapatkan justifikasi ekonomi, namun beberapa hal lainnya boleh jadi tidak. Sebagai contohnya adalah *Interstate Commerce Act* dan *Civil Aeronautics Act* yang seakan campur tangan dalam kompetisi, atau contoh lain adalah perundang-undangan yang mengatur transportasi dan fasilitas umum (*utility industry*). Dalam konteks tersebut, kepentingan publik dan kepentingan sebagian kelompok masyarakat seakan menjadi sulit untuk dibedakan.³⁰³

³⁰² Ibid. [*Much legislation cannot be justified or explained on economic grounds, but perhaps only because not enough is known about the relevant costs and benefits. Legislation forbidding the sale of pornography is an example. Such legislation seems at first glance to be an interference with freedom of contract that reduces efficiency, just as a usury law does. But despite the loose use of the term 'special interests' in recent political discussion to describe people who feel strongly about an issue, the supporters of laws against pornography do not have the characteristics that make for an effective interest group. And the possible external effects of pornography (on the crime rate, relations within the family, even perhaps population) may, though they have never been quantified, justify the laws and explain the intense hostility that many people feel toward pornography... Laws based on public sentiment rather than on either an objective weighing of demonstrable pros and cons or on cartel-like pressures for redistributing wealth resemble public interest legislation in that their support seems both broadly based and not motivated by narrow self-interest. But they cannot readily be defended on economic grounds given our existing and deficient knowledge of their effects. They have largely been ignored by economists but their importance in the legislative output requires that they not be ignored in this article.*]

³⁰³ Ibid. [*Most recent economic analyses of legislation have focused on statutes that appear to promote the narrow self-interest of a particular industry or a group of firms within an industry. Yet what has occurred is less a change than a sharpening of focus, for the change in professional opinion about the economic nature of legislation has resulted largely from a reevaluation of statutes, such as the Interstate Commerce Act and the Civil Aeronautics Act of 1938, that were once regarded as legitimate responses to deficiencies or excesses of competition. The interest group theorists have had their greatest success, as one would expect, in explaining legislation applicable to a particular industry, such as the laws regulating the various transportation and utility industries, occupational licensure laws, and industry-specific tax and*

Sementara itu, menurut Bruno S. Frey dari University of Zurich yang dikutip dalam Ensiklopedi Ilmu-Ilmu Sosial, dinyatakan bahwa *Public Choice Theory* adalah aplikasi pemikiran para ahli ekonomi untuk politik. Teori ini mempelajari daerah dimana ekonomi dan politik berinteraksi dan merupakan salah satu dari beberapa topik interdisiplin yang sukses. Perilaku individu diperlakukan secara rasional (asumsi) yang juga telah membuahkan hasil dalam ilmu politik dan sosiologi. Menurutnya, ada empat bidang yang merupakan pusat dari pilihan publik tersebut.

- 1) Pertama, kesatuan pilihan (*preference aggregation*). Temuan Condorcet tentang paradoks voting digeneralisasikan untuk semua metode yang mungkin dari kumpulan pilihan individu. Kemustahilan hasil tetap berlaku, terutama ketika dimensi-dimensi isu dibiarkan begitu saja.
- 2) Kedua, persaingan antar kelompok/partai (*party competition*). Dibawah kondisi yang umum, kompetisi dari dua suara memaksimalkan partai menuju keseimbangan; kedua partai menawarkan kebijaksanaan yang sama dalam median dari distribusi suara pemilih. Program-program yang diajukan akan berbeda secara substansial ketika ada lebih dari dua partai yang bersaing dan ketika mereka dapat membentuk koalisi.
- 3) Ketiga, kelompok kepentingan (*interest group*). Produk aktivitas dari suatu kelompok penekan adalah 'barang publik' karena mereka yang tidak berpartisipasi dalam pembiayaannya juga ikut menikmati hasil/untung. Konsekwensinya, kepentingan ekonomi secara umum tidak terorganisasi. Suatu pengecualian adalah jika kelompok tersebut kecil, jika anggota hanya menerima barang pribadi dari organisasi atau jika dipaksa oleh keputusan pemerintah.
- 4) Keempat, birokrasi publik (*public bureaucracy*). Berkenaan dengan kekuatan monopolinya dalam penyediaan jasa publik, administrasi

subsidy schemes. They have been less successful in explaining economy-wide legislation such as the antitrust laws and health and safety regulations. Some of these laws may, of course, be public interest laws; others may not be. In any event, the boundary between narrow interest group legislation and public interest legislation is indistinct.]

cenderung memperluas aktivitas pemerintah di luar keinginan tingkat yang diinginkan oleh penduduk.

Ringkasnya, dapat dikatakan bahwa dalam pandangan *public choice theory*, ide tradisional tentang pemerintah yang memaksimalkan kesejahteraan masyarakat harus diganti dengan penekanan pada pilihan konsensus antara pemangku kepentingan dengan aturan dan keberadaan suatu institusi yang tepat.

Dari kesemua teori tentang kepentingan publik tersebut, maka memandang Pemerintah sebagai bagian dasar dari sistem-politik ekonomi adalah mengandung konsekuensi yang luas bagi teori kebijakan ekonomi. Jika dalam *public interest theory* dirasakan terlalu ideal dan naif, maka disisi lain dalam *interest group theory* dan *public choice theory* juga dirasakan terlalu sinis atau skeptis terhadap fungsi dan peran administrasi negara. Meskipun administrasi pemerintahan mungkin saja mengambil keputusan berdasarkan masukan atas kepentingan-kepentingan para pemangku kepentingan, namun tentunya mereka tetap berpijak kepada iktikad baik atau kejujuran pemahaman mereka tentang nilai-nilai di dimasyarakat (*public values*) atau juga dikenal sebagai '*common good*'. Peranan pemerintah dalam prakteknya tetap diperlukan manakala pendekatan pasar ternyata tidak berlaku efektif karena seringkali terganggu oleh penyalahgunaan posisi dominan dalam pasar.

Dalam konteks Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis, perlu diteliti terlebih dahulu bagaimana pemahaman ataupun penggunaan terminologi 'kepentingan publik' atau 'kepentingan umum' dalam konstitusi Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ('UUD 45'). Berdasarkan penelusuran, ternyata UUD 45 tidak menggunakan istilah 'kepentingan publik' atau 'kepentingan umum' dalam batang tubuhnya, sehingga dapat dikatakan tidak terdefiniskan secara positif dalam konstitusi. Penggunaan kata-kata 'Umum' hanya ditemukan untuk pasangan kata "kesejahteraan umum", 'pemilihan umum", 'ketertiban umum' dan 'pelayanan umum.' Demikian pula untuk kata 'publik' yang dalam konstitusi hanya ditemukan dalam kata Republik, sehingga kata-kata 'publik' pun tidak terdefiniskan. Oleh karena itu, pemahaman dan pengertian tentang apa yang dimaksud dengan 'kepentingan publik' atau 'kepentingan

umum' hanya dapat dilihat dengan melihatnya secara kontekstual dalam peraturan perundang-undang di bawahnya. Selain itu, hal tersebut dapat didekati secara doktrin (penggunaan teori-teori tentang kepentingan umum) dan interpretasi dalam Undang-undang baik secara gramatikal, sistematis, historis, teleologis, komparatif dan antisipatif.

Secara garis besar, sesuai dengan kekhususan ataupun karakteristik pada setiap sektor kehidupan berbangsa dan bernegara, maka dengan sendirinya lingkup pengertian dan implementasi dari kepentingan publik atau kepentingan umum itu, dapat dikatakan akan berbeda-beda secara kontekstual tergantung pada karakteristik dari setiap sektor kehidupan itu sendiri. Dalam lingkup penyelenggaraan sistem informasi elektronik ada beberapa peraturan perundangan-undang yang relavan untuk dikaji benturan kepentingan privat dengan kepentingan umum secara kontekstual.

Sesuai dengan konsep konvergensi telekomunikasi, media dan informatika (Telematika), yang pada esensinya akan membicarakan 4 (empat) komponen besar, yakni konten (*content*), komputasi (*computing*), komunikasi (*communication*), dan komunitas (*community*) yang dipertemukan dengan 4 (empat) prinsip etika dalam bersistem informasi yakni *Privacy*, *Accuracy*, *Property* dan *Accessibility*. Maka, perlu dikaji benturan kepentingan privat dan kepentingan umum dalam konteks tersebut, yakni:

- a) Benturan kepentingan terhadap konten informasi sebagai *private good* atau kekayaan (*property*) yang merupakan hasil kreasi intelektual seseorang yang dilindungi oleh Hukum tentang Hak Kekayaan Intelektual (*protected works*), khususnya tentang Hak Cipta;
- b) Benturan kepentingan terhadap ketersediaan (*availability/accessibility*) informasi publik sebagai *public good* atau informasi publik sebagai salah satu azas dalam terwujudnya tata kelola yang baik dalam penyelenggaraan negara hukum yang demokratis;
- c) Benturan kepentingan terhadap penyelenggaraan sistem informasi (*computatio/computing*) untuk memberikan layanan publik yang harus diselenggarakan secara handal, aman dan bertanggung jawab;

- d) Benturan kepentingan terhadap penyelenggaraan sistem komunikasi (*communication*) yang harus diselenggarakan dengan memperhatikan perlindungan *privacy* seseorang;

D.2. Benturan Kepentingan Pribadi dan Kepentingan Umum Terhadap Informasi sebagai Karya Intelektual dalam Perspektif Hak Cipta.

Berdasarkan Undang-Undang No.19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta ("UUHC"), sebenarnya suatu informasi sebagai suatu hasil kreasi intelektual, baik aspek substansi maupun format fiksasinya adalah suatu ciptaan yang harus dilindungi (*protected works*) baik hak moral maupun hak ekonomisnya.³⁰⁴ Namun pada sisi lain juga terdapat hak publik untuk mengakses ilmu pengetahuan dan meningkatkan peradaban. Jadi pada satu sisi, setiap intelektual dapat memperoleh hak eksklusif terhadap kreasi intelektualnya³⁰⁵, namun pada sisi lain hal tersebut juga tidak absolut karena tetap dibatasi dengan adanya kepentingan publik, sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku,³⁰⁶ termasuk didalamnya dari tindakan penyalahgunaan Hak Kekayaan Intelektual (*misuse of IP*).

Secara filosofis, keberadaan Undang-Undang Hak Cipta adalah ditujukan sebagai penghargaan (*reward* dan *incentives*) kepada Pencipta atas nilai manfaat yang diberikannya kepada masyarakat. Pada satu sisi si Pencipta mendapatkan perlindungan atas haknya, dan pada sisi lain, masyarakat mendapatkan nilai dan manfaat (*utility*) atas hal tersebut. Dengan kata lain perlindungan hak si pencipta tidak hanya untuk kesejahteraan individu Penciptanya melainkan juga untuk meningkatkan kesejahteraan bangsa dan negaranya.

³⁰⁴ Hak Moral adalah hak yang melekat pada penciptanya yang tidak dapat dihilangkan atau dihapus tanpa alasan apapun walaupun Hak Cipta telah dialihkan. Secara doktrinal hak moral tersebut, meliputi antara lain; (i) hak mencantumkan atau meniadakan nama (*attribution*), (ii) hak atas keutuhan ciptaan (*integrity*), (iii) hak untuk mengumumkan atau merahasiakan, atau dengan kata lain hak membuka atau menutupnya dari akses publik (*disclose*), dan (iv) hak untuk menarik kembali dari peredarannya di publik (*withdrawal*). Sedangkan hak ekonomis adalah hak mengambil nilai atau manfaat ekonomis atas ciptaannya yang mencakup segala macam bentuk tindakan yang berdasarkan undang-undang dibedakan atas kegiatan pengumuman dan perbanyakan.

³⁰⁵ Pasal 1 ayat (1) UU HC. [Hak Cipta adalah hak eksklusif bagi Pencipta atau penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak Ciptaannya atau memberikan izin untuk itu dengan tidak mengurangi pembatasan-pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku].

³⁰⁶ Pasal 2 ayat (1) UU HC [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].

Dalam UUHC tidak ditemukan kata-kata 'kepentingan umum', yang ditemukan hanyalah kata-kata 'kepentingan nasional' dan 'kepentingan publik' dalam penjelasan pasal 18 ayat (1) yang secara kontekstual menunjuk kepada pengertian kepentingan publik dalam konteks penyiaran.³⁰⁷ Oleh karena itu, pemahaman perlindungan kepentingan umum dalam Hak Cipta, harus dicermati secara kontekstual.

Secara garis besar, perlindungan kepentingan umum tersebut dapat ditemukan pada beberapa ketentuan sebagai berikut:

- 1) Ketentuan dalam pasal 1 ayat (1) dan pasal 2 (1) dari UUHC tentang Fungsi dan Sifat Hak Cipta, yang didalamnya memuat ketentuan bahwa perlindungan Hak Cipta dilakukan dengan tidak mengurangi pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- 2) Ketentuan dalam pasal 14 sampai dengan pasal 16 dari UUHC yang mengatur tentang penerapan '*fair use doctrine*' atau penggunaan tanpa izin sepanjang digunakan tanpa melanggar hak moral dan hak ekonomis atau dengan kata lain tanpa merugikan kepentingan yang wajar
- 3) Ketentuan dalam pasal 17 dari UUHC yang melarang Pengumuman setiap Ciptaan yang bertentangan dengan kebijaksanaan Pemerintah di bidang agama, pertahanan dan keamanan Negara, kesusilaan, serta ketertiban umum setelah mendengar pertimbangan Dewan Hak Cipta. Pelanggaran terhadap pasal ini diancam dengan ketentuan pidana dalam pasal 72 ayat (4) dengan ancaman pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
- 4) Ketentuan dalam pasal 18 dari UUHC tentang penggunaan Ciptaan oleh Pemerintah untuk kepentingan nasional (*compulsory licensing*) dengan memperhatikan kepentingan yang wajar atau imbalan yang layak.

³⁰⁷ Pasal 18 Ayat (1): Maksud ketentuan ini adalah Pengumuman suatu ciptaan melalui penyiaran radio, televisi dan sarana lainnya yang diselenggarakan oleh Pemerintah haruslah diutamakan untuk kepentingan publik yang secara nyata dibutuhkan oleh masyarakat umum.

- 5) Ketentuan dalam Pasal 47 ayat (1) dan (2) dari UUHC, yang menyatakan bahwa Perjanjian Lisensi dilarang memuat ketentuan yang dapat menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat ketentuan yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dan pada ayat (2) dan ayat (3) menyatakan bahwa agar dapat mempunyai akibat hukum terhadap pihak ketiga, perjanjian Lisensi wajib dicatatkan di Direktorat Jenderal, dimana Direktorat Jenderal wajib menolak pencatatan perjanjian Lisensi yang memuat ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Berdasarkan semua ketentuan tersebut diatas, secara implisit, tindakan antisipasi terhadap kemungkinan penyalahgunaan hak cipta agar tidak berfungsi absolut sehingga akan bertentangan dengan kepentingan umum, telah ada dalam UUHC, yang dapat dilihat dalam ketentuan-ketentuan (i) tentang pembatasan hak cipta, khususnya ketentuan yang membatasi keberadaan suatu lisensi, yakni; (ii) suatu lisensi tidak boleh merugikan kepentingan ekonomi nasional, dan (iii) suatu lisensi tidak boleh bertentangan dengan persaingan usaha yang sehat, (iv) ancaman pidana terhadap penyebaran ciptaan yang bertentangan dengan kepentingan umum yang dalam konteks ini dinyatakan sebagai kesusilaan dan ketertiban umum, serta (vi) pemakaian yang wajar terhadap ciptaan demi kepentingan pendidikan dan ilmu pengetahuan.

Sehubungan dengan itu, terkait dengan perkembangan teknologi digital, UUHC telah mengakomodir perkembangan terakhir berdasarkan WIPO Copyright Treaty ('WCT') yang memberikan penambahan konsepsi baru, yakni (i) perlindungan atas keberadaan informasi manajemen tentang ciptaan (*copyright information management*) dalam rangka perlindungan hak moral atau atribusi terhadap ciptaan,³⁰⁸ dan (ii) perlindungan atas keberadaan sarana kontrol

³⁰⁸ Penjelasan Pasal 25 UUHC: Yang dimaksud dengan informasi manajemen hak Pencipta adalah informasi yang melekat secara elektronik pada suatu ciptaan atau muncul dalam hubungan dengan kegiatan Pengumuman yang menerangkan tentang suatu Ciptaan, Pencipta, dan kepemilikan hak maupun informasi persyaratan penggunaan, nomor atau kode informasi. Siapa pun dilarang mendistribusikan, mengimpor, menyiarkan, mengkomunikasikan kepada publik karya-karya pertunjukan, rekaman suara atau siaran yang diketahui bahwa perangkat informasi manajemen hak Pencipta telah ditiadakan, dirusak, atau diubah tanpa izin pemegang hak.

teknologi (*techlogical protection measures*)³⁰⁹ dalam rangka pembatasan pengumuman dan/atau perbanyak jumlah ciptaan kepada publik (*making available to public*), Namun, sayang masih dijumpai kesalahan perumusan dalam UUHC, khususnya dalam pendefinisian dua kegiatan dalam perlindungan Hak Cipta, yakni 'mengumumkan'³¹⁰ dan 'memperbanyak'³¹¹ berikut penjelasannya³¹². UUHC secara teknologi kurang ternyata tepat dalam mendefinisikan kedua kegiatan tersebut, sehingga dalam perkembangannya pendistribusian ciptaan melalui sistem komunikasi elektronik yang berbasis teknologi digital menjadi suatu permasalahan.

Sehubungan dengan itu pula, dalam sudut pandang komunikasi, dikenal adanya dua jenis komunikasi yang mempunyai kaedah hukum yang sangat berbeda yakni (i) komunikasi masa (publikasi dan penyiaran), dan (ii) komunikasi privat (telekomunikasi). Dalam suatu tindakan komunikasi masa, pengungkapan isi adalah suatu tujuan karena keberadaannya adalah ruang publik (*public spheres*), sementara dalam komunikasi privat pada telekomunikasi, kerahasiaan berita adalah suatu tujuan karena keberadaannya adalah ruang privat (*private sphere*). Dengan keberadaan suatu sistem elektronik global kedua aktivitas komunikasi tersebut difasilitasi dalam suatu medium sistem elektronik yang seakan membuat kabur kedua batasan kaedah tersebut.

Jika dipertemukan dalam konteks Hak Cipta, maka sepatutnya suatu pengumuman adalah kegiatan yang berorientasi kepada pengungkapan suatu substansi informasi kepada publik sehingga terhadap setiap pengungkapan isi

³⁰⁹ Penjelasan Pasal 27 UUHC: Yang dimaksud dengan sarana kontrol teknologi adalah instrumen teknologi dalam bentuk antara lain kode rahasia, *password*, *bar code*, *serial number*, teknologi dekripsi (*decryption*) dan enkripsi (*encryption*) yang digunakan untuk melindungi Ciptaan. Semua tindakan yang dianggap pelanggaran hukum meliputi: memproduksi atau mengimpor atau menyewakan peralatan apa pun yang dirancang khusus untuk meniadakan sarana kontrol teknologi atau untuk mencegah, membatasi Perbanyak dari suatu Ciptaan

³¹⁰ Pasal 1 ayat (5) UUHC: Pengumuman adalah pembacaan, penyiaran, pameran, penjualan, pengedaran, atau penyebaran suatu Ciptaan dengan menggunakan alat apa pun, termasuk media internet, atau melakukan dengan cara apa pun sehingga suatu Ciptaan dapat dibaca, didengar, atau dilihat orang lain.

³¹¹ Pasal 1 ayat (6) UUHC: Perbanyak adalah penambahan jumlah sesuatu Ciptaan, baik secara keseluruhan maupun bagian yang sangat substansial dengan menggunakan bahan-bahan yang sama ataupun tidak sama, termasuk mengalihwujudkan secara permanen atau temporer.

³¹² Penjelasan Pasal 2 ayat (1) paragraf UUHC: Dalam pengertian "mengumumkan atau memperbanyak", termasuk kegiatan menerjemahkan, mengadaptasi, mengaransemen, mengalihwujudkan, menjual, menyewakan, meminjamkan, mengimpor, memamerkan, mempertunjukkan kepada publik, menyiarkan, merekam, dan mengomunikasikan Ciptaan kepada publik melalui sarana apa pun

kepada publik adalah suatu *performing rights*. Sementara kegiatan perbanyakkan adalah kegiatan menambah jumlah ciptaan tersebut kepada publik yang selanjutnya masyarakat akan mengakses substansi itu sendiri. Dengan kata lain orientasinya adalah perbanyakkan mediana yang merupakan hasil fiksasi dari informasi itu sendiri, sehingga setiap tindakan tersebut merupakan *mechanical rights*.

Sehubungan dengan pembedaan kegiatan 'pengumuman' dan 'perbanyakkan' tersebut, maka pola lisensi untuk melakukan pengungkapan informasi tentunya juga akan menjadi berbeda pula tergantung kepada karakteristik muatan kepentingan dari informasi itu sendiri. Setidaknya dalam prakteknya ada beberapa pola lisensi yang menjadi aliran besarnya (*main-stream*), yakni:

- a) Dilihat dari langsung tidaknya hubungan antara para pihak terdapat dua pola lisensi, yakni (i) lisensi langsung antara pencipta kepada penggunanya (*end user license*), dan (ii) lisensi tidak langsung dengan menggunakan pihak perantara (*license*) yang akan memberikan nilai tambah (*value-added*) terhadap program tersebut baru kemudian melisensikannya kembali (*sublicense*) kepada pengguna.
- b) Dilihat dari sifat dan lingkup eksklusifitas penggunaan, terdapat dua pola lisensi yakni (i) lisensi dari si pencipta kepada penggunanya secara khusus (*private license*), dan (ii) lisensi secara langsung dari si pencipta kepada publik selaku penggunanya (*public license*).
- c) Dilihat dari sifat keterbukaan kode sumber (*source code*) yang dimilikinya, ada lisensi yang dilakukan dengan pembukaan kode sumber (*open source license*) dan ada yang dilakukan secara tertutup (*proprietary license*).
- d) Dilihat dari sisi royalti, ada lisensi yang gratis (*free*) dan ada lisensi yang berbayar.
- e) Dilihat dari sisi penggalangan komunitas, terdapat lisensi yang (i) tidak mengharapkan terbentuknya suatu komunitas, dan (ii) lisensi yang mengharapkan terbentuknya satu komunitas atau dikenal dengan

model sindikasi konten (*user's syndication content*) atau *user generated content*.

Dalam aktivitas komunikasi, pola-pola lisensi tersebut diatas pada prakteknya bisa merupakan kombinasi dari beberapa model lisensi tersebut tergantung muatan kepentingan informasi itu sendiri. Lazimnya pada suatu aktivitas komunikasi masa karena tujuannya adalah mengungkapkan informasi publik, maka lisensi yang diberikan adalah lisensi publik (contoh lisensi penggunaan situs yang menyajikan berita-berita), sementara dalam konteks komunikasi privat, lisensi yang diberikan adalah bersifat privat atau terbatas (contoh: lisensi penggunaan informasi suatu produk teknologi (*know-how*) ataupun lisensi rahasia dagang).

Selanjutnya dalam konteks pendistribusian konten dalam konteks program komputer, dalam prakteknya ada dua kubu besar yang sebenarnya merupakan representasi dari *business model* yang berbeda. Ada lisensi dengan model bisnis yang tertutup dimana si Pencipta dan/atau Pemegang Hak Ciptanya tidak ingin berbagi terhadap nilai ekonomisnya sehingga si Pengguna hanya dibuat murni sebagai pengguna saja tanpa diberikan hak akses sama sekali untuk mengetahui substansi suatu ciptaan contohnya adalah *End User License Agreement* yang dilakukan oleh Microsoft. Salah satu alasan dari model lisensi ini, adalah si pencipta telah berinvestasi terlebih dahulu untuk mengembangkan riset dan penelitian dalam menciptakan program tersebut, dan kemudian melisensikannya sebagaimana layaknya suatu produk berikut semua jenis bisnis turunannya.

Selain itu, ada pula lisensi yang tidak bersifat tertutup dalam model bisnisnya, dimana si pencipta memberikan keleluasaan hak yang lebih longgar kepada penggunanya, dimana ia memperkenankan proses pengembangan selanjutnya berikut bisnis turunannya, sehingga ia tidak memposisikan ciptaannya sebagai karya akhir dan memperkenankan setiap orang untuk bertindak sesuai keinginan dan kemampuannya masing-masing, apakah mereka hanya ingin jadi pengguna akhir saja ataukah ingin mengembangkan produk tersebut lebih lanjut. Sebagai contohnya adalah *GNU Public License Agreement* yang dilakukan oleh LINUX.

Yang menarik dari perkembangannya sekarang ini, konsep Hak Cipta ternyata menjadi lebih baik dipahami oleh masyarakat, karena sebelumnya seakan-akan hanya melindungi pemegang Hak Cipta dan kurang mengindahkan Hak si Pencipta itu sendiri untuk berbagi pengetahuan dan hak masyarakat yang berkepentingan atas substansi suatu ciptaan. Gerakan ini dimotori oleh gerakan *Creative Commons License*, dimana gerakan ini menguraikan bentuk spektrum hak dalam Hak Cipta dalam tiga kategorisasi, yakni dari (i) pola dimana hak cipta dikuasai penuh seluruhnya oleh pencipta atau pemegang hak cipta (*all rights reserved*), (ii) pola dimana sebagian hak yang dikuasai pencipta dan sebagian hak lagi diberikan kepada masyarakat (*some rights reserved*), dan (iii) pola dimana seluruh hak diberikan kepada masyarakat (*public domain*). Mekanisme pemberian hak-hak tersebut menjadi diperjelas dengan penerapan lisensi yang memerinci hak-hak tersebut dalam bentuk *icon-icon* yang digunakan.

Selanjutnya sehubungan dengan adanya pembatasan tentang lisensi dan perkembangan pendistribusian ciptaan secara digital tersebut di atas, perlu dicermati bahwa penerapan ancaman pidana terhadap penggunaan ciptaan orang lain, khususnya program komputer,³¹³ seharusnya adalah dengan persyaratan untuk memeriksa terlebih dahulu keabsahan perjanjian lisensi terhadap ciptaan itu sendiri. Hal ini adalah sebagai konsekwensi adanya unsur 'dengan sengaja dan tanpa hak' yang dirumuskan dalam pasal tersebut. Sayangnya penjelasan dalam pasal tersebut secara normatif tidak tepat, karena mengacu hanya kepada perjanjian lisensi end-user dan tidak mempertimbangkan keberadaan model perjanjian lisensi lainnya.³¹⁴ Seharusnya, jika perjanjian lisensi itu ternyata bertentangan dengan prinsip-prinsip dalam UUHC itu sendiri maka selayaknya

³¹³ Pasal 72 ayat (3) UUHC: Barangsiapa dengan sengaja dan tanpa hak memperbanyak penggunaan untuk kepentingan komersial suatu Program Komputer dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

³¹⁴ Penjelasan Pasal 72 ayat (3) UUHC: Yang dimaksud dengan memperbanyak penggunaan adalah menggandakan, atau menyalin program komputer dalam bentuk kode sumber (*source code*) atau program aplikasinya. Yang dimaksud dengan kode sumber adalah sebuah arsip (*file*) program yang berisi pernyataan-pernyataan (*statements*) pemrograman, kode-kode instruksi/perintah, fungsi, prosedur dan objek yang dibuat oleh seorang pemrogram (*programmer*). Misalnya: A membeli program komputer dengan hak Lisensi untuk digunakan pada satu unit komputer, atau B mengadakan perjanjian Lisensi untuk penggunaan aplikasi program komputer pada 10 (sepuluh) unit komputer. Apabila A atau B menggandakan atau menyalin aplikasi program komputer di atas untuk lebih dari yang telah ditentukan atau diperjanjikan, tindakan itu merupakan pelanggaran, kecuali untuk arsip.

tidak ada perlindungan Hak Cipta terhadap Ciptaan itu sendiri atau setidaknya tidaknya menjadi tidak dapat ditegakkan haknya karena akan bertentangan dengan kepentingan umum itu sendiri. Ironisnya, dalam perkembangan penerapannya, ternyata pihak penegak hukum melakukan penegakan hak cipta atas program komputer dengan tidak mempertimbangkan terlebih dahulu keabsahan perjanjian lisensi tersebut. Sehingga meskipun perjanjian lisensi Microsoft bertentangan dengan larangan lisensi dalam UUHC, masyarakat tetap ditangkap dan dipenjarakan. Bahkan meskipun sudah mempunyai *End-User Licence Agreement*, publik tetap diperkarakan karena tidak membayar hak untuk mensewakan program komputer (*rental-rights*).

Berdasarkan penjelasan di atas, dicermati bahwa ternyata dalam UUHC dapat dikatakan masih terdapat kekeliruan dalam perumusan dan penerapannya yang malahan akan menjadi tidak produktif untuk kepentingan umum atau kepentingan publik, karena alasan sebagai berikut:

1. Kesalahan kategori pengumuman dan perbanyakan membuat bias pengertian sehingga mengakibatkan ketidakjelasan kepada siapa publik harus berurusan dalam rangka pembayaran royalti.
2. Penerapan pasal penggunaan komputer tanpa lisensi ternyata mengabaikan syarat terhadap keberlakuan lisensi itu sendiri, yang akibatnya penegak hukum melindungi penyalahgunaan Hak Cipta dari kepentingan privat dalam rangka mencari profit semaksimal mungkin.
3. Khusus dalam lingkup program komputer, Aparat hukum salah dalam memahami prinsip-prinsip dan unsur-unsur dalam menegakan ancaman pidana dalam UUHC karena terkunci oleh pemahaman program komputer yang bersifat proprietary, padahal terdapat model lisensi lain yang sebenarnya lebih sesuai dengan prinsip-prinsip dalam UUHC itu sendiri.

D.3. Benturan Kepentingan Harkat Pribadi (*Privacy*) dan Kepentingan Umum dalam Sistem Komunikasi.

Secara filosofis, pertama-tama perlu kiranya dibedakan terlebih dahulu antara konsep tentang privasi dan hak atas *privacy* itu sendiri. Sebagaimana dinyatakan oleh Hayman Gross dalam obersevasinya menyatakan *'the Law does*

*not determine what privacy is, but only what situations of privacy will be afforded legal protection.*³¹⁵ Hal senada juga diungkapkan oleh Olujuke Akindemowo yang pada pokoknya menyatakan bahwa konsep *privacy* sangat sulit untuk ditarik suatu definisi yang bersifat universal karena sebenarnya juga tergantung pada situasi politisnya. Pada pokoknya, Olujuke menyatakan bahwa secara literal, *privacy* adalah kebebasan dari adanya interferensi terhadap kehidupan pribadinya, ataupun dari gangguan berupa perhatian publik, atau tidak menjadi pemberitaan.

The concept of privacy is nebulous one – not only it is difficult to encapsulate in a universal definition, it has consistently proved to be a political 'hot potato'. The concept of privacy is often described in terms of rights although the legal bases of expectation of individual privacy are not entirely free from doubt. Definitions of the concept include "freedom from intrusion or public attention, avoidance of publicity," the right to be left alone, the claim not to have one's private life intruded on or unjustifiably brought into public consideration, and 'the interest of a person in sheltering his or her life from unwanted interference or public scrutiny'.³¹⁶

Secara historis, pemikiran tentang perbedaan atau benturan antara kepentingan umum dengan *privacy* sudah terjadi sejak lama, yakni dengan adanya perbedaan pemikiran terhadap ruang umum (*public spheres*) dan ruang privat (*private spheres*) itu sendiri. Menurut John B. Thompson dari University of Cambridge sebagaimana dikutip dalam Ensiklopedia Ilmu-ilmu Sosial, konsep ruang publik umumnya digunakan untuk merujuk pada diskursus dan debat umum, dimana setiap individu bisa mendiskusikan isu-isu yang menjadi perhatian bersama.³¹⁷ Ruang publik umumnya dilawankan dengan wilayah pribadi (*private sphere*) dalam hubungan personal dan aktivitas ekonomi yang sudah diswastakan. Menurutnya, Salah satu yang paling penting dari ruang publik ini dijelaskan oleh Jurgen Habermas dalam karyanya *The Structural Transformation of the Public Sphere*. Habermas menelusuri perkembangan ruang publik dari masa Yunani kuno sampai sekarang. Menurutnya, dalam Eropa abad ke 17 dan ke 18, muncul ruang publik dalam jenis yang khusus. 'Ruang Publik Borjuis' ini berisi para individu yang berkumpul bersama di tempat umum, seperti salon dan warung kopi untuk

³¹⁵ Hayman Gross, "The Concept of Privacy," 42 *N.Y.U. L. Rev.*34,36 (1967). Sebagaimana dikutip oleh Daniel J. Solove .et.al., *Privacy, Information and Technology.*, (New York: Aspen Publisher 2006) 33-34.

³¹⁶ Akindemowo, *Op. cit.*, 233.

³¹⁷ Kuper, *Op.cit.* , 880-881.

mendiskusikan isu-isu kunci hari itu. Diskusi ini dirangsang oleh munculnya pers periodik, yang berkembang di Inggris dan bagian lain Eropa di akhir abad ke 17 dan di abad ke 18. Ruang publik borjuis ini bukan merupakan bagian dari negara tapi justru merupakan tempat untuk mengkritik aktivitas pemerintah melalui debat dan adu argumentasi yang beralasan.³¹⁸

Perkembangan ruang publik borjuis ini mempunyai konsekwensi penting bagi bentuk kelembagaan negara modern. Parlemen yang sebelumnya disebut forum publik, menjadi tambah terbuka untuk dicermati; dan peran politik kebebasan berbicara secara formal diakui dalam susunan konstitusi banyak negara modern. Tapi menurut Habermas, sebagai jenis khusus wilayah umum, ruang publik borjuis secara bertahap berkurang nilainya. Banyak salon dan warung kopi akhirnya lenyap, dan pers periodik menjadi bagian institusi media yang secara cepat menjadi berkelompok komersial. Komersialisasi Pers ini telah mengubah karakternya; pers secara bertahap berhenti menjadi forum debat yang pantas dan menjadi lebih memperhatikan mengejar keuntungan dan mengelola image.³¹⁹

Sehubungan dengan itu, Alan Westin mendefinisikan privasi sebagai "*claim of individuals, groups or institution to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others.*"³²⁰ Lebih lanjut, Westin menganalisis beberapa beberapa fungsi dari privasi yang dapat dikategorikan dalam 4 hal, yakni (i) *personal autonomy*, (ii) *emotion release*, (iii) *self-evaluation*, dan (iv) *limited and protected communication*. Sementara, hampir serupa dengan pemikiran Westin, Daniel J. Solove, mengkategorikan menjadi 6 hal yakni; (i) *the right to be let alone*, (ii) *limited access to the self*, (iii) *secrecy*, (iv) *control over personal information*, (v) *personhood*, dan (vi) *intimacy*.

Berkenaan dengan itu pula, Thomas J Smedinghoff mengemukakan bahwa pada umumnya ada tiga aspek dari privasi yaitu (i) privasi mengenai pribadi seseorang (*Privacy of a Person's Persona*), (ii) privasi dari data tentang

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, (Atheneum: 1967), 7.

seseorang (*Privacy of Data About a Person*), dan (iii) privasi atas komunikasi seseorang (*Privacy of a Person's Communications*).³²¹

Smedinghoff, menguraikan bahwa dalam konteks *Privacy of a Person's Persona*, Hak atas privasi ini didasarkan pada prinsip umum bahwa setiap orang mempunyai hak untuk dibiarkan sendiri (*the right to be let alone*). Pada umumnya ada empat jenis pelanggaran terhadap privasi atas pribadi seseorang tersebut, yaitu: (i) Publikasi yang menempatkan seseorang pada tempat yang salah. Misalnya dengan menggunakan foto seorang perempuan sebagai ilustrasi suatu artikel tentang seorang ibu yang melantarkan anaknya (*false-light*); (ii) Penggunaan yang tidak tepat nama atau kesejukan seseorang untuk tujuan komersial, (iii) Pembukaan fakta-fakta pribadi yang memalukan kepada publik; atau (iv) Mengganggu kesunyian atau kesendirian seseorang.³²²

Sedangkan terhadap *Privacy of Data About a Person*, Smedinghoff, menguraikan bahwa Hak privasi dapat juga mengikat pada informasi mengenai seseorang yang dikumpulkan dan digunakan oleh orang lain. Termasuk di dalamnya sebagai contoh, informasi tentang kebiasaan seseorang, catatan medis, agama dan keanggotaan dalam partai politik, catatan pajak, data-data karyawan, catatan asuransi, catatan tindak pidana dan lain sebagainya. Penyalahgunaan informasi-informasi yang dikumpulkan atas anggota-anggota suatu organisasi/lembaga atau atas pelanggan-pelanggan dari suatu perusahaan termasuk dalam pelanggaran hak privasi seseorang.³²³

Sementara terhadap *Privacy of a Person's Communications*, ia mengemukakan bahwa dalam situasi tertentu, hak atas privasi dapat juga mencakup komunikasi secara on-line. Dalam hal-hal tertentu, pengawasan dan penyingkapan isi dari komunikasi elektronik oleh orang lain bukan oleh pengirim atau orang yang dikirim dapat merupakan pelanggaran dari privasi seseorang.³²⁴

Selain itu juga terdapat pemikiran Kenneth C. Creech,³²⁵ pelanggaran hak privasi (*invasions to privacy*) secara umum dapat dibedakan menjadi 4 bentuk

³²¹ Thomas J. Smedinghoff, ed., *Online Law – The SPA's Legal guide to oing Business on the Internet* (Canada: Addison-Wesley Developers Press, 1996) 269.

³²² *Ibid.*, 270.

³²³ *Ibid.*, 273.

³²⁴ *Ibid.*, 269.

³²⁵ Kenneth C. Creech., *Electronic Media Law and Regulation* (5th ed.), (Oxford: Focal Press 2007) 288-315.

yakni; (i) *appropriation*,³²⁶ (ii) *intrusion*,³²⁷ (iii) *embarrassing facts*,³²⁸ dan (iv) *false-light*.³²⁹ Pengecualian terhadap *privacy* hanyalah atas dasar adanya persetujuan (*consent*) dan nilai pemberitaan (*newsworthiness*).

Dari semua teori tentang klasifikasi *privacy* tersebut, paling tidak dapat ditarik beberapa prinsip penting dari *Privacy*, yakni:

- (1) hak untuk tidak diusik oleh orang lain kehidupan pribadinya;
- (2) hak untuk merahasiakan informasi-informasi yang bersifat sensitif yang menyangkut dirinya, dan
- (3) hak untuk mengontrol penggunaan data pribadinya oleh pihak-pihak lain.

Pada sisi yang lain, juga terdapat pandangan kritis terhadap *privacy*, yaitu pemikiran Richard Posner yang memandang perlindungan atas hak privasi yang bersifat sangat individual adalah terlalu berlebihan bila dibanding dengan kepentingan umum. Hal tersebut dianggapnya terlalu bersifat subyektif dimana lingkungannya dapat saja diperluas tergantung perspektif subyektif tersebut. Namun, pada sisi yang lain, Priscilla Regan, juga mengemukakan bahwa privasi adalah nilai-nilai yang umum yang dapat dipersamakan juga sebagai *common good*.

Privacy is the common value in that all individuals value some degree of privacy and have some common perceptions about privacy. Privacy is also a public value in that it has value not just to the individual as an individual or to individuals in common but also to the democratic political system ... A public value of privacy derives not only from its protection of the individual as an individual but also from its usefulness as a restraint on the government or on the use of power.

Secara garis besar, berdasarkan karakteristiknya secara personal, dapat dibedakan tiga jenis informasi, yakni (i) informasi tentang data pribadi yang bersifat faktual, contoh; nama, agama, jenis kelamin, alamat, dll., (ii) informasi tentang opini seseorang ahli berdasarkan analisis ilmu dan keahliannya terhadap seseorang, contoh: keterangan medis seseorang yang dipegang oleh Dokter,

³²⁶ Ibid. [*Appropriation involves the use of a person's name or likeness for commercial gain*].

³²⁷ Ibid. [*Intrusion involves an unreasonable intrusion by an individual on the seclusion or personal affairs of another*].

³²⁸ Ibid. [*Sometimes an invasion of privacy action can be brought against the media for the publication of truthful, nondefamatory facts that are embarrassing to an identified individual*].

³²⁹ Ibid. [*The false-light involves the publication of false information that is highly offensive to an ordinary person*].

keterangan pengakuan dosa yang dipegang oleh Pastor, keterangan psikologis seseorang yang dipegang oleh Psikiater, dll., dan (iii) informasi tentang intensional seseorang terhadap orang lain yang berpengaruh terhadap nama baiknya di masyarakat, contoh: informasi tentang sifat seseorang dan pengaruhnya dalam pergaulan atau lingkungan sosialnya. Terhadap semua informasi tersebut berlaku sifat privasi seseorang demi perlindungan harkat dan martabat dirinya sebagai manusia di dalam lingkungan sosialnya. Pada prinsipnya, terhadap setiap pengungkapan data personal yang merupakan *property* dirinya kepada pihak lain haruslah dilakukan dengan sepengetahuan dan persetujuan orang yang bersangkutan tersebut.³³⁰

Selanjutnya, berbeda dengan informasi personal, terhadap informasi yang menyangkut kepentingan publik, dianggap sebagai *public goods* yang seharusnya diposisikan selalu ada dan tersedia bagi masyarakat, kecuali informasi yang ditentukan sebagai informasi yang dikecualikan. Kepentingan umum dalam konteks negara demokratis untuk mendapatkan pemberitaan guna mengontrol jalannya pemerintahan telah menjadi *leading paradigm* dalam penyelenggaraan negara sekarang ini. Paradigma ini didasarkan atas pasal 28 E ayat (3) UUD 45 yang menjamin 'Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat', dan keberadaan pasal 28 F UUD 45 yang menjamin bahwa setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.

Pada sisi yang lain, kebebasan berbicara dan mencari informasi serta menyampaikan informasi tersebut harus memperhatikan hak azasi manusia orang lain (khususnya *privacy*) sesuai dengan article 12 dari *Universal Declaration of*

³³⁰ Pada sisi lain dari perspektif ilmu komunikasi masa, keberadaan suatu figur publik baik karena jabatan atau karena popularitas yang dibuat oleh media massa, dianggap tidak lagi mempunyai nilai privasi yang tinggi. Jika seorang awam tidak dapat diambil dan digunakan gambarnya tanpa izin meskipun dalam ruang publik, maka terhadap seorang yang merupakan figur publik, tidaklah diperlukan izin untuk diambil potretnya jika ia berada dalam ruang publik. Demikian pula dengan sisi kehidupan pribadinya, masyarakat dianggap punya hak untuk mengetahui kehidupannya sebagai figur publik.

Human Rights,³³¹ yang telah diakomodir dalam pasal 28 G ayat (1) dalam UUD 45, yang memberikan dasar-dasar tentang privasi, yakni 'Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi'.

Selanjutnya dalam Pasal 28 J ayat (1) UUD 45, dinyatakan bahwa Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Dan berikutnya pada ayat (2) dinyatakan bahwa dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Terkait dengan isu privasi khususnya dalam hal menjaga nama baik, telah terdapat ketentuan pasal 310 ayat (1) dan dari KUHP yang mengancam setiap orang yang dengan sengaja sengaja menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal, yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum, diancam karena pencemaran dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah. Selanjutnya pada ayat (2) dinyatakan bahwa Jika hal itu dilakukan dengan tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, maka diancam karena pencemaran tertulis dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah. Meskipun pasal ini seakan melindungi kepentingan privasi, namun ketentuan dalam ayat (3) menyatakan bahwa bukanlah pencemaran nama baik jika mereka melakukannya demi kepentingan umum atau untuk kepentingan membela diri. Berdasarkan pasal 310 KUHP ini, terlihat bahwa kepentingan umum mempunyai prioritas yang lebih besar ketimbang hak pribadi atas perlindungan harkat dan martabatnya. Penulis melihat bahwa Pasal 310 KUHP adalah wujud dari

³³¹ *Article 12 Universal Declaration of Fundamental Human Rights: "(1) No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. (2) Everyone has the right to protection of the law against such interference or attacks.*

interactive justice yang menjamin kesetimbangan antara hak individual dan hak masyarakat untuk mendapatkan informasi yang benar.

Selanjutnya dalam konteks komunikasi melalui sistem elektronik, dalam prakteknya setiap orang via sistem elektronik dapat menyalahgunakan kebebasannya untuk mencemarkan nama baik orang lain secara tidak bertanggung jawab. Hal tersebut sangat terbuka luas kesempatannya, karena secara sistem orang tersebut diperkenankan untuk menggunakan nama lain atau nama alias (*anonymosity*), sehingga dengan sendirinya akan menjadi sulit untuk dicari siapa pihak yang bertanggung jawab terhadap informasi tersebut. Dibanding dengan media tradisional (Pers) yang jelas siapa subyek hukum yang harus bertanggung jawab (pimpinan redaksi) dan lingkup penyebarannya sangat tergantung kepada jumlah cetakan yang diedarkan, maka lingkup penyebaran informasi via internet adalah sangat luas karena dapat diteruskan ke banyak orang dengan mudah, bahkan tanpa harus menyebutkan siapa subyek yang bertanggung jawab atas informasi itu. Oleh karena itu, efek komunikasi masa yang ditimbulkannya menjadi lebih drastis, sementara peluang pemulihan haknya tidaklah sepadan, karena pihak yang dicemarkan tidak tahu kemana dan kepada siapa ia harus mengklarifikasi informasi tersebut. Begitu informasi tersebut merebak kebanyakan orang, maka kerugian immateriil telah langsung terjadi pada saat itu juga tanpa kepastian pemulihan hak yang setimbang baik dalam ukuran ruang, waktu maupun tenaga serta biaya yang harus dikeluarkan untuk itu. Sementara jika yang bersangkutan ingin menelusuri siapa identitas pelaku sesungguhnya, maka ia sendiri telah melanggar prinsip hukum dalam komunikasi bahwa anonymous adalah hak privasi setiap orang di Internet.

Akibat ketidak setimbangan tersebut, maka demi kepentingan umum, agar sistem elektronik tidak menjadi ajang untuk saling mencemarkan nama baik, maka terdapat rumusan pidana dalam pasal 27 ayat (3) UU ITE, yang melarang Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik. Pelanggaran terhadap pasal ini dengan sendirinya memiliki ancaman pidana yang lebih tinggi ketimbang pasal 310 KUHP yang

konvensional, karena selain dampaknya yang lebih masif, pembuktiannya pun lebih sulit. Namun, karena pasal ini bersifat subyektif maka sifat delik ini adalah delik aduan, dan merupakan delik yang dikwalifisir yang merupakan turunan dari pasal 310 KUHP. Konsekwensinya, demi 'kepentingan umum' si pelaku tetap dapat lolos dari pertanggung jawaban karena ia tidak memenuhi unsur 'tanpa hak' dalam pasal 27 ayat (3) tersebut.

Terkait dengan isu transparansi demi tata kelola yang baik, khususnya untuk menjamin akses publik untuk memperoleh informasi publik, Indonesia telah memiliki dua Undang-undang yang memfasilitasi hal tersebut. Pertama, UU No.40 Tahun 1999 tentang Pers ('UU Pers') yang menjamin bahwa kemerdekaan pers³³² adalah perwujudan kedaulatan rakyat dan dijamin sebagai Hak Azasi Warga Negara untuk mencari, memperoleh, dan menyebar-luaskan gagasan dan informasi. Kedua, adalah UU No.14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik ('UU KIP') yang memberikan kewajiban bagi Badan Publik untuk memberikan informasi publik,³³³ baik secara serta merta, berkala, ataupun atas dasar suatu permohonan.

Dengan keberadaan ancaman pidana dalam pasal 18 ayat (1) UU Pers yang mengancam dengan pidana penjara dan/atau denda terhadap setiap orang yang secara melawan hukum dengan melakukan tindakan yang berakibat menghalangi pers untuk mencari informasi, ditambah dengan ancaman pasal 52 dalam UU KIP terhadap setiap Badan Publik yang dengan sengaja tidak menyediakan, tidak memberikan, dan/atau tidak menerbitkan informasi publik diancam dengan pidana kurungan dan/atau denda, maka dapat dikatakan bahwa kepentingan umum dalam rangka untuk memperoleh informasi telah dijamin oleh sistem hukum nasional. Namun, pada sisi yang lain kepentingan privasi dalam konteks komunikasi seakan menjadi pertanyaan besar.

³³² Pers adalah lembaga sosial dan wahana komunikasi massa yang melaksanakan kegiatan jurnalistik meliputi mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi baik dalam bentuk tulisan, suara, gambar, suara dan gambar, serta data dan grafik maupun dalam bentuk lainnya dengan menggunakan media cetak, media elektronik, dan segala jenis saluran yang tersedia

³³³ Informasi Publik adalah informasi yang dihasilkan, disimpan, dikelola, dikirim, dan/atau diterima oleh suatu Badan Publik yang berkaitan dengan penyelenggara dan penyelenggaraan negara dan/atau penyelenggara dan penyelenggaraan Badan Publik lainnya yang sesuai dengan Undang-Undang ini serta informasi lain yang berkaitan dengan kepentingan publik.

Dalam konteks UU Pers, tidak terdapat ketentuan yang secara tegas melindungi kepentingan privasi seseorang agar tidak dieksploitasi oleh insan pers. Berdasarkan pasal 5 UU Pers hanya berkewajiban atas 3 hal, yakni (i) Pers nasional berkewajiban memberitakan peristiwa dan opini dengan menghormati norma-norma agama dan rasa kesusilaan masyarakat serta asas praduga tak bersalah, (ii) Pers wajib melayani Hak Jawab, dan (iii) Pers wajib melayani Hak Koreksi. Sementara ancaman pidana dalam pasal 18 ayat (2) UUPers terhadap pelanggaran tersebut adalah hanya pidana denda paling banyak sebesar 500 juta rupiah. Ancaman pidana yang diatur dalam UU Pers hanya ditujukan kepada Perusahaan Pers bukan kepada wartawan, sementara wartawan berdasarkan pasal 7 UU Pers dinyatakan bahwa, (i) wartawan bebas memilih organisasi wartawan, dan (ii) wartawan memiliki dan menaati Kode Etik Jurnalistik. Jadi berdasarkan UU Pers, wartawan tidak memiliki ancaman pidana sekiranya yang bersangkutan tidak menaati kode etikanya.

Selanjutnya dengan kewenangannya dalam pasal 15 ayat (2) butir (c) UU Pers bahwa Dewan Pers melaksanakan fungsi menetapkan dan mengawasi pelaksanaan Kode Etik Jurnalistik, maka dalam Surat Keputusan Dewan Pers No.03/SK-DP/III/2006 tentang Kode Etik Jurnalistik ("KEJ") yang memuat 11 pasal tentang etika jurnalistik berikut penafsirannya. Dalam pasal 2 dinyatakan bahwa Wartawan Indonesia menempuh cara yang profesional dalam melaksanakan tugas jurnalistik, dan dalam penafsirannya dinyatakan bahwa salah satunya adalah menghormati hak privasi. Namun dalam butir (h) dinyatakan bahwa penggunaan cara-cara tertentu dapat dipertimbangkan untuk peliputan berita investigasi bagi kepentingan publik. Sementara tidak ditemukan penjelasan ataupun pembatasan pengertian apa yang dimaksud dengan kepentingan publik tersebut, baik dalam UU maupun dalam KEJ. Satu-satunya terminologi yang ditemukan dalam UUPers adalah 'kepentingan umum' yang menurut pasal 6 UU Pers merupakan pelaksanaan peran pers.

Berdasarkan ketentuan dalam UU Pers tersebut di atas, dengan tidak ada pembatasan apa yang dimaksud dengan kepentingan publik atau kepentingan umum tersebut, sementara begitu ringannya ancaman pidana terhadap perusahaan pers dan tak ada ancaman pidana bagi wartawan, maka terbuka kemungkinan

yang besar terhadap kebebasan pers itu sendiri. Perusahaan Pers dan Wartawan dapat mengatas namakan kepentingan publik atau kepentingan umum berdasarkan perspektif atau pandangan subyektif mereka semata dalam mencari informasi dan melakukan pemberitaan. Padahal pada sisi lain, terdapat nilai ekonomis terhadap suatu pemberitaan. Kebebasan tersebut tidak hanya dalam bentuk media cetak melainkan juga elektronik atau kepada seluruh jenis saluran komunikasi yang tersedia, karena definisi Pers mencakup semua hal tersebut.

Terkait dengan itu, dalam UU No.32 Tahun 2002 tentang Penyiaran³³⁴ ("UU Penyiaran"), juga tidak ditemukan secara tegas aturan tentang perlindungan privasi. Hal tersebut secara implisit termasuk dalam pasal 48 ayat (4) butir (b) yang menyatakan bahwa pedoman perilaku penyiaran (ditetapkan oleh KPI, karena berdasarkan UU dinyatakan mewakili kepentingan publik) sekurang-kurangnya berkaitan dengan rasa hormat terhadap hal pribadi. Uniknya, pelanggaran terhadap hal ini tidak ada ancaman pidananya, selain pengaruh kewenangan KPI untuk merekomendasikan pemberian izin atau pencabutan izin.

Berbeda dengan pendekatan *privacy* yang dianut oleh para ahli di AS, para ahli di Eropa melihat bahwa selain pemberitaan, salah satu perlindungan atas *privacy* adalah perlindungan hukum terhadap keberadaan data pribadi seseorang. Berkenaan dengan itu, di Eropa telah berkembang pengaturan tentang Data Protection yang menyeimbangkan antara kepentingan individu dengan kepentingan umum (antara lain; penegakan hukum, national security, *defence*, public security, dsb), dengan mengacu kepada EU Directive 95/46/EC. Dalam pasal 6 EU Directive tersebut diatur bahwa prinsip-prinsip perlindungan data terhadap data pribadi adalah sebagai berikut:

- 1) Diproses secara jujur dan sah;
- 2) Dikumpulkan untuk tujuan-tujuan yang spesifik, eksplisit dan sah dan tidak boleh diproses lebih lanjut dengan cara yang tidak sesuai dengan tujuan-tujuan tersebut. Pengolahan lebih lanjut data tersebut untuk kepentingan sejarah, statistik dan ilmiah dibolehkan dengan memberikan perlindungan-perlindungan;

³³⁴ Penyiaran adalah kegiatan pemancarluasan siaran melalui sarana pemancaran dan/atau sarana transmisi di darat, di laut atau di antariksa dengan menggunakan spektrum frekuensi radio melalui udara, kabel, dan/atau media lainnya untuk dapat diterima secara serentak dan bersamaan oleh masyarakat dengan perangkat penerima siaran

- 3) Pengumpulan data harus sesuai (cukup), relevan, dan tidak berlebihan, sesuai dengan tujuan pengumpulan dan pemrosesannya lebih lanjut;
- 4) Data harus akurat dan jika perlu harus up to-date, setiap langkah yang baik harus diambil untuk menjamin bahwa data-data yang tidak akurat atau tidak lengkap berdasarkan tujuan dari pengumpulan dan pemrosesan lebih lanjutnya dihapus atau dibatasi;
- 5) Data tidak disimpan lebih lama dari yang diperlukan sesuai dengan tujuan pengumpulan dan pemrosesannya.

Dalam konteks komunikasi melalui sistem elektronik di Indonesia, meskipun tidak diatur secara detail, namun telah terdapat ketentuan tentang *privacy* dalam hal penggunaan data pribadi dimana pemulihan haknya adalah atas mekanisme gugatan ganti rugi, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 26 UU ITE, yakni: .

- (1) Kecuali ditentukan lain oleh Peraturan Perundang-undangan, penggunaan setiap informasi melalui media elektronik yang menyangkut data pribadi seseorang harus dilakukan atas persetujuan Orang yang bersangkutan.
- (2) Setiap Orang yang melanggar haknya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat mengajukan gugatan atas kerugian yang ditimbulkan berdasarkan Undang-Undang ini.

Dalam penjelasannya dinyatakan bahwa dalam pemanfaatan Teknologi Informasi, perlindungan data pribadi merupakan salah satu bagian dari hak pribadi (*privacy rights*). Hak pribadi mengandung pengertian sebagai berikut: (a). Hak pribadi merupakan hak untuk menikmati kehidupan pribadi dan bebas dari segala macam gangguan; (b) Hak pribadi merupakan hak untuk dapat berkomunikasi dengan Orang lain tanpa tindakan memata-matai; dan (c). Hak pribadi merupakan hak untuk mengawasi akses informasi tentang kehidupan pribadi dan data seseorang.

Selain itu juga terdapat ketentuan tentang *privacy* dalam pasal 17 butir (h) dari UU-KIP, sebagai informasi yang dikecualikan untuk diberikan kepada publik. Bahwa informasi Publik yang apabila dibuka dan diberikan kepada Pemohon Informasi Publik dapat mengungkap rahasia pribadi, yaitu: (1) riwayat dan kondisi anggota keluarga; (2) riwayat, kondisi dan perawatan, pengobatan

kesehatan fisik, dan psikis seseorang; (3) kondisi keuangan, aset, pendapatan, dan rekening bank seseorang; (4) hasil-hasil evaluasi sehubungan dengan kapabilitas, intelektualitas, dan rekomendasi kemampuan seseorang; dan/atau (5) catatan yang menyangkut pribadi seseorang yang berkaitan dengan kegiatan satuan pendidikan formal dan satuan pendidikan nonformal.

Dalam pasal 42 ayat (1) UU No.36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi juga dinyatakan tentang prinsip kerahasiaan berita dalam bertelekomunikasi,³³⁵ dimana Penyelenggara jasa telekomunikasi wajib merahasiakan informasi yang dikirim dan/atau diterima oleh pelanggan jasa telekomunikasi melalui jaringan telekomunikasi dan/atau jasa telekomunikasi yang diselenggarakannya. Sementara dalam pasal 40 tegas dinyatakan bahwa setiap orang dilarang melakukan kegiatan penyadapan atas informasi yang disalurkan melalui jaringan telekomunikasi dalam bentuk apapun. Dalam penjelasannya dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan penyadapan dalam pasal ini adalah kegiatan memasang alat atau perangkat tambahan pada jaringan telekomunikasi untuk tujuan mendapatkan informasi dengan cara tidak sah karena pada dasarnya informasi yang dimiliki oleh seseorang adalah hak pribadi yang harus dilindungi sehingga penyadapan harus dilarang.

Berikutnya dalam pasal 42 ayat (2) diatur pengecualiannya, bahwa untuk keperluan proses peradilan pidana, penyelenggara jasa telekomunikasi dapat merekam informasi yang dikirim dan/atau diterima oleh penyelenggara jasa telekomunikasi serta dapat memberikan informasi yang diperlukan atas: (a). permintaan tertulis Jaksa Agung dan/atau Kepala Kepolisian Republik Indonesia untuk tindak pidana tertentu; atau (b). permintaan penyidik untuk tindak pidana tertentu sesuai dengan Undang-undang yang berlaku. Terhadap tata cara permintaan dan pemberian rekaman informasi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Terkait dengan penyadapan dan perekaman tersebut, dalam pasal 31 UU-ITE juga diatur tentang larangan melakukan intersepsi (*illegal interception*),³³⁶

³³⁵ Telekomunikasi adalah setiap pemancaran, pengiriman, dan/atau penerimaan dari setiap informasi dalam bentuk tanda-tanda, isyarat, tulisan, gambar, suara, dan bunyi melalui sistem kawat, optik, radio, atau sistem elektromagnetik lainnya.

³³⁶ Penjelasan Pasal 31 ayat (1). Yang dimaksud dengan "intersepsi atau penyadapan" adalah kegiatan untuk mendengarkan, merekam, membelokkan, mengubah, menghambat, dan/atau

Namun tetap memperkenankan intersepsi yang sesuai dengan mekanisme hukum tertentu (*lawful interception*). Tatacara terhadap hal tersebut akan diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah.

- (1) Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum melakukan intersepsi atau penyadapan atas Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dalam suatu Komputer dan/atau Sistem Elektronik tertentu milik Orang lain.
- (2) Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum melakukan intersepsi atas transmisi Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang tidak bersifat publik dari, ke, dan di dalam suatu Komputer dan/atau Sistem Elektronik tertentu milik Orang lain, baik yang tidak menyebabkan perubahan apa pun maupun yang menyebabkan adanya perubahan, penghilangan, dan/atau penghentian Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang sedang ditransmisikan.
- (3) Kecuali intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2), intersepsi yang dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang.
- (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Selain itu, kepentingan umum terhadap penyelenggaraan sistem elektronik yang layakpun menjadi perhatian dalam UU ITE. Demi mempunyai kekuatan pembuktian nantinya, maka setiap penyelenggara sistem elektronik harus menyelenggarakannya secara 'handal', 'aman' dan 'bertanggung jawab'. Demikian pula halnya, jika dijumpai suatu permasalahan hukum baik terhadap maupun terkait dengan suatu sistem elektronik. Kepentingan umum untuk tidak terganggu dalam memperoleh penyelenggaraan sistem sistem elektronik sebagaimana mestinya pun harus menjadi perhatian para penegak hukum, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 43 ayat (2) UU-ITE, yakni:

Penyidikan di bidang Teknologi Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan memperhatikan perlindungan terhadap privasi, kerahasiaan, kelancaran layanan publik, integritas data, atau keutuhan data sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan.

Berdasarkan semua ketentuan tersebut diatas, maka dapat dikatakan bahwa kepentingan pribadi (*privacy*) dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik di Indonesia, baik dalam lingkup komunikasi privat (telekomunikasi) maupun

mencatat transmisi Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang tidak bersifat publik, baik menggunakan jaringan kabel komunikasi maupun jaringan nirkabel, seperti pancaran elektromagnetis atau radio frekuensi.

komunikasi masa, secara umum telah dilindungi oleh hukum. Hal tersebut dapat dikatakan tidak bersifat mutlak manakala kepentingan publik atau kepentingan hukum menghendakinya. Sebagai contohnya adalah demi kepentingan penegakan hukum atau demi pertahanan dan keamanan nasional, sistem harus memberikan ruang kepada penegak hukum untuk melakukan investigasi, khususnya dalam mengakses, mencari dan menelusuri data pribadi tersebut. Namun, dalam melakukan hal tersebut, penegak hukum tetap harus memperhatikan kepentingan umum untuk tetap memperoleh layanan sistem elektronik sebagaimana mestinya.

D.4. Benturan Kepentingan Pelaku Usaha dengan Kepentingan Konsumen.

Sebagaimana diketahui bahwa kepentingan Pelaku Usaha adalah kepentingan untuk mencari keuntungan (profit) melalui produk barang atau jasa yang ditawarkannya kepada publik, sementara kepentingan konsumen adalah kepentingan untuk mendapatkan nilai yang sesuai dengan pembelanjaan dan ekspektasinya terhadap produk barang dan/atau jasa tersebut. Kedua pihak mengemban amanat untuk beriktikad baik dalam melakukan transaksinya. Dalam perkembangannya, mengingat konsumen selalu berada pada posisi yang lemah dan rentan untuk dieksploitasi oleh Pelaku Usaha maka dibuatlah UU Perlindungan Konsumen yang melindungi hak-hak konsumen. Kepentingan umum dalam konteks ini adalah representasi kepentingan konsumen baik secara global maupun nasional.

Dalam konteks sistem elektronik, Pelaku Usaha yang terlibat dapat terdiri dari Produsen (produk), Konsultan Pengembang, Kontraktor dan/atau Penyelenggara Sistem. Para Pelaku Usaha tersebut berkepentingan atas pembayaran terhadap segala pengeluaran biaya investasi yang dikeluarkannya berikut margin keuntungan yang telah disepakati. Sementara bagi konsumen adalah mendapatkan sesuatu yang sebagaimana yang diharapkannya sebanding dengan pengeluaran yang telah dilakukannya.

Dari sisi pengembangan teknologi, pengembang dan penyelenggara telah memberikan manfaat untuk peradaban manusia sesuai keterbatasan teknologi pada saat itu. Produk teknologi secara naturalia adalah karya manusia yang tidak

langsung sempurna pada saat pembuatannya. Ia akan menyimpan potensi kesalahan (*error*) dan/atau kerugian yang dapat terjadi kepada si pengguna akibat sistem tersebut berjalan tidak sebagaimana yang diperjanjikan. Boleh jadi hal tersebut timbul akibat ketidak sengajaan melainkan karena perjalanan penyempurnaan teknologi. Oleh karena itu mereka menghendaki adanya pembatasan tanggung jawab untuk tidak membuat disinsentif terhadap riset dan pengembangan teknologi itu sendiri.

Pertanggung jawaban mutlak seringkali dirasakan tidak adil bagi Pelaku Usaha yang telah berusaha keras untuk menerapkan sebaik kemampuan mereka (*best practices*) dimana kejadian yang bersifat *beyond expectation* semestinya bukan menjadi tanggung jawab mereka lagi. Sementara dalam lain hal justru peluang untuk menyalahgunakan seringkali terjadi bila tidak ada mekanisme ancaman yang berat bagi pengembang yang tidak secara bertanggung jawab mengembangkan produknya atau yang dengan sengaja membuat produk yang tidak laik kepada masyarakat

Seiring dengan kepentingan pengembang, penyelenggara juga berupaya untuk mendapatkan keuntungan dari sistem tersebut dengan upaya pembatasan tanggung jawab sekiranya terjadi kerugian kepada para pelanggannya. Dalih yang dikemukakannya adalah keterbatasan upayanya untuk bisa menjamin sistem yang dibuat oleh orang lain. Semestinya vendor selaku pembuat yang harus bertanggung jawab, sementara penyelenggara hanya merupakan pihak perantaranya agar produk teknologi tersebut dapat dinikmati manfaatnya oleh masyarakat.

D.5. Benturan Kepentingan Nasional dengan Kepentingan Global dan Peranan Pemerintah.

Sebagaimana diketahui bahwa dalam era globalisasi dan perdagangan bebas sekarang ini, selain isu tentang Hak Azasi Manusia dan Penyelenggaraan Negara Yang Baik (*good governance*), pendefinisian tentang kepentingan global faktanya lebih didominasi oleh kepentingan pemilik modal (*capitalist*) yang memainkan pengaruhnya melalui mekanisme pasar. Kepentingan global dalam perdagangan bebas adalah terbukanya akses pasar bagi pemodal asing untuk

mendapatkan nilai ekonomis yang maksimal pada suatu negara, dimana pada sisi lain hal tersebut dipercaya sebagai suatu bentuk kerjasama yang saling menguntungkan dan akan meningkatkan nilai ekonomis dimana kapital tersebut ditanamkan.

Sementara pada sisi yang lain, kepentingan suatu bangsa dan negara adalah diemban oleh Pemerintah untuk menjaga kepentingan ekonomi nasionalnya agar dapat menjalankan amanat Konstitusi untuk sebesar-besarnya upaya untuk mensejahterakan rakyatnya. Dengan kata lain kepentingan bangsa dan negara adalah tidak tereksplorasi segenap sumber dayanya oleh bangsa lain selayaknya yang pernah terjadi pada masa penjajahan dahulu.³³⁷

Jika dilihat kembali kepada sejarah bangsa Indonesia, harapan tersebut tidak pernah menjadi kenyataan karena pada faktanya sejak dahulu sampai dengan saat ini Indonesia masih tereksplorasi oleh negara asing tidak hanya dari sisi ekonomi melainkan juga kebudayaannya. Sebelum Indonesia merdeka, pada era *merchantilisme* dahulu dengan berbekal semangat mencari *Gold*, mencapai *Glory* dan menyebarkan *Gospel*, Bangsa Eropa datang ke Asia dan membangun kerjasama perdagangan dengan kerajaan-kerajaan yang ada pada saat itu. Diplomasi tukar menukar komoditi yang dimiliki antara dua bangsa tersebut ternyata kemudian berkembang menjadi pembangunan benteng pertahanan guna menjalankan perang untuk menguasai dan mengeksploitasi sumber daya alam yang dimiliki. Eksploitasi tersebut tidak hanya sumber daya alam melainkan juga sumber daya manusia dan budayanya. Hal tersebut tercermin dengan penggunaan SDM yang murah dengan model perbudakan dan merobaknya budaya pesta-pesta pada kalangan elite yang dekat dengan kekuasaan pada saat itu. Belakangan hal ini disadari oleh para *founding-father* dan kemudian merobaklah gerakan nasionalisme melawan penjajahan tersebut.

Setelah masa panjang perjuangan dilalui dan sukses mencapai kemerdekaan ternyata bangsa Indonesia kembali konsisten menjadi bangsa yang terjajah dalam era Globalisasi dan Perdagangan Bebas saat ini. Dengan strategi

³³⁷ Sesuai dengan paragraf ke-empat pembukaan UUD Negara RI Tahun 1945, yakni: "Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, ..dst."

rencana pembangunan lima tahun yang berorientasi kepada tiga hal yakni stabilitas, pertumbuhan ekonomi dan pemerataan ekonomi, namun akibat begitu besarnya jumlah pinjaman asing untuk konsentrasi menumbuhkan perekonomian namun lalai untuk mencerdaskan bangsa dan memandirikan semua sektor perekonomian nasional, maka Indonesia kembali terjajah secara ekonomi lewat terbelitnya hutang. Hal tersebut menjadi semakin parah dengan merebaknya kebudayaan asing di kalangan generasi muda dan gaya hidup elite bangsa yang kurang memiliki *sense of crisis*. Di tengah banyaknya anak bangsa yang miskin dan belum cukup makan, elite *middle class* bangsa justru sibuk dengan retorika politik untuk demokrasi, mendatangkan begitu banyak artis asing, franchising program-program acara asing dalam industri hiburannya, serta sangat konsumtif terhadap barang-barang dan jasa-jasa dengan merek-merek asing ternama. Secara garis besar, dalam konteks hukum ekonomi, Indonesia telah sukses melindungi kepentingan asing tidak hanya untuk melindungi arus investasinya melainkan juga produk-produk perdagangan barang dan jasanya.

Pada sisi yang lain, sistem hukum nasional, ternyata masih dikatakan tidak kondusif dalam investasi karena reformasi hukum perburuhan dan benturan kepentingan pusat dan daerah dalam penyelenggaraan otonomi daerahnya. Meningkatnya tuntutan kesejahteraan buruh yang tidak dibarengi dengan mutu SDM dan produktivitas yang baik, serta ketidakjelasan kewenangan pusat dan daerah ditambah dengan penyelenggaraan negara yang belum bersih dan bebas KKN, membuat beberapa perusahaan transnasional telah mengambil keputusan hengkang dari Indonesia. Kata kunci dari kesemua itu, adalah tidak terjaminnya kepastian keuntungan yang seharusnya dapat mereka raih untuk eksis dalam perdagangan global.

Seiring dengan kepentingan negara maju dalam globalisasi dan perdagangan bebas, pembangunan dan penataan sistem komunikasi dan sistem informasi global adalah kata kunci untuk penguasaan ekonomi tersebut. Penerapan Teknologi Informasi dan Komunikasi untuk membuat Infrastruktur Informasi Global adalah kata kunci untuk melancarkan arus keluar dan masuk barang dan jasa dalam perdagangan. Akibat konvergensi teknologi juga mengakibatkan konvergensi bisnis dan hukum terhadap market dari informasi dan

komunikasi sendiri. Market yang baru tersebut seakan mengalir dari sisi hulu sampai dengan hilir, yakni dari industri pembuatan informasi (*content*) sampai dengan infrastruktur dan sistem pendistribusiannya. Perusahaan Media dan industri hiburan sebagai pemasok konten juga mempunyai keinginan untuk mengambil keuntungan dalam penyediaan infrastruktur dan juga sistem distribusinya. Tidak heran jika Sony suatu perusahaan elektronika demi kepentingan bisnisnya juga mau berinvestasi untuk industri film. Demikian pula perusahaan telekomunikasi yang juga merambah dari perangkat *hand-set* (*Customer Premise Equipment*, selanjutnya disingkat "CPE") telekomunikasi kepada infrastruktur jaringan telekomunikasi. Demikian pula halnya dengan perusahaan telekomunikasi yang juga berfungsi sebagaimana layaknya lembaga penyiaran dengan menggandeng perusahaan rekaman untuk memasok konten yang akan didistribusikan atau disiarkannya kepada pelanggan telekomunikasi sebagai bentuk jasa nilai tambahnya.

Seiring dengan tren itu, maka kebijakan global yang dianut oleh kebanyakan negara adalah dengan melakukan pengaturan kembali terhadap sistem hukum yang terkait dengan konvergensi telematika tersebut, khususnya antara industri *Content* dengan Aplikasinya, Infrastruktur dan *Networkingnya*, dan juga *Resources* dengan Spektrum Frekwensinya.

Dalam lingkup negara yang terkena imbas globalisasi dan perdagangan bebas, kepentingan ekonomi nasional tengah berhadapan dengan kepentingan ekonomi kapitalisme global. Hal ini terlihat dengan dipaksanya semua negara berkembang untuk membuka akses pasarnya kepada negara maju. Satu hal yang paling mencolok adalah adanya inkonsistensi UU Hak Cipta dengan UU No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ('UU Pesaingan Usaha'). Pada satu sisi dalam penegakan Hak Cipta dikatakan tidak boleh merugikan kepentingan ekonomi nasional dan tidak boleh bertentangan dengan Persaingan Usaha Yang Sehat, sementara dalam UU Persaingan Usaha justru hal tersebut dikecualikan.

Mengingat bahwa keberadaan program komputer adalah infrastuktur yang cukup kritikal, maka kebijakan pemerintah untuk mendorong pengembangan dan pemakaian *Indonesia Go to Open Source* (IGOS) adalah suatu kebijakan yang

tepat. Namun, selayaknya hal tersebut tidak dilakukan dengan membayar. Seharusnya mitra-mitra pemerintah yang membuat *software* dengan dana pemerintah mau melepaskan hak ekonomis atas Hak Cipta terhadap *software* yang dikembangkannya karena dianggap sudah dibeli hak ciptanya oleh negara untuk kepentingan publik.

E. Peran dan Tanggung Jawab Para Pihak dalam Pembangunan dan Penyelenggaraan Sistem Informasi Elektronik.

Setelah mengkaji teori tentang tanggungjawab hukum dan melihat penerapannya dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik, maka dapat diringkaskan beberapa tanggungjawab dari pihak-pihak yang terkait sesuai kontribusinya dalam pembangunan dan penyelenggaraan sistem elektronik.

E.1. Tanggung Jawab Produsen atau Pemasok Produk.

Berdasarkan praktek bisnis yang berkembang, setiap Pelaku Usaha mempunyai kewajiban untuk melindungi kepentingan atau hak konsumennya, yang salah satunya adalah bertanggung jawab atas cacat produk yang ada dalam produknya. Dalam hal perangkat keras komputer, kewajiban tersebut telah cukup terlihat jelas, namun dalam hal produk program komputer hal tersebut menjadi bias dengan dalih perlindungan hak atas kekayaan intelektual yang dimilikinya.

Dalam prakteknya, setiap vendor program komputer mencantumkan klausul-klausul yang bertentangan dengan hak konsumen. Vendor menyatakan 'tidak bertanggung jawab atas kesalahan program' karena tidak ada jaminan standar laik dagang untuk hal itu (*merchantability*), tak ada jaminan kesesuaian peruntukan (*fitness for particular purpose*) dan dilisensikan dalam kondisi sebagaimana adanya ('*as is*'). Untuk program komputer yang dilisensikan secara publik dengan kode sumber (*source code*), hal tersebut cukup relevan, karena konsumen diberikan kejelasan informasi tentang program komputer itu sendiri dengan membuka kode sumbernya. Namun hal ini menjadi tidak terpenuhi manakala suatu program komputer dilisensikan dengan menutup kode sumbernya (*proprietary*), sehingga setiap pengguna dihadapkan pada suatu resiko apakah program komputer tersebut telah dibuat sebagaimana mestinya. Pengguna tidak

memperoleh jaminan dari vendor bahwa program itu terlepas dari cacat produk yang disebut dengan 'bug'. Padahal setiap program komputer mempunyai potensi *bug*³³⁸ dalam teknis pemrogramannya. Substitusi atas hal tersebut hanyalah jaminan adanya dukungan teknis (*technical support*) bagi setiap orang yang menggunakannya.

Penutupan kode sumber dilakukan dengan dalih bahwa hal tersebut adalah rahasia dagang perusahaan tersebut, yang jika terbuka kepada publik maka keunggulan metode atau teknis yang dimilikinya menjadi terbuka kepada kompetitornya dan hal ini berarti merugikan keunggulan komparatifnya. Karena itu mereka merasa bahwa penutupan kode sumber adalah *legitimate interest* dalam konteks bisnis mereka. Alasan ini tidak tepat jika kita melihat program komputer dalam konteks kebendaan.

Program komputer sebagai benda, harus dilihat pada dua hal, yakni (i) kejelasan terhadap serangkaian instruksi yang ditujukan kepada perangkat keras agar berfungsi tertentu, dan (ii) kejelasan fungsi-fungsi sebagai target kerja dari instruksi-instruksi itu sendiri. Jika kedua hal itu tidak ditemukan kejelasannya, maka selayaknya program komputer itu tidak dapat dikatakan sebagai produk. Konsekwensi dari ketidak lengkapan informasi tersebut akan mengakibatkan bahwa program komputer sebagai barang ternyata tidak memenuhi syarat 'hal tertentu' dalam syarat sahnya perjanjian. Oleh karenanya, segala macam perikatan yang dilakukan terhadapnya, seharusnya 'batal demi hukum'. Demikian pula dampak kerugian yang diakibatkan oleh penggunaan program komputer itu, seharusnya menjadi tanggung jawab penuh si pencipta program komputer.

Sayangnya hal tersebut ternyata tidak disadari oleh para praktisi TI Indonesia. Contoh yang paling umum adalah bagaimana bangsa kita menyikapi permasalahan Y2K *bug*. Kelalaian si vendor dalam memakai variabel memori untuk kalkulasi tahun, seharusnya adalah tanggung jawab terhadap cacat produk (*product liability*), sehingga seharusnya para pengguna menuntut tanggung jawab para vendor tersebut untuk memperbaikinya dengan gratis. Namun, ternyata di Indonesia, pengguna malah kembali harus membayar jasa para vendor untuk

³³⁸ *Bug* adalah kesalahan teknis pemrograman yang secara fungsional terjadi akibat keterbatasan rangkaian perintah-perintah yang dibuat oleh programmer dalam melaksanakan suatu fungsi kerja tertentu, hal tersebut terjadi bukan karena kesengajaan melainkan karena keterbatasan metode dan cara dalam teknologi pemrograman.

melakukan perbaikan terhadap kesalahan produk itu. Hal ini jauh berbeda dengan apa yang terjadi di Amerika Serikat, dimana para vendor *software* dikejar-kejar pertanggungjawabannya oleh para konsumennya, sehingga mereka meminta penyelamatan dari Kongres untuk membuat *Y2K Limited Liability Act*, dimana vendor diselamatkan untuk tidak membetulkan semua program komputer itu melainkan hanya untuk program-program komputer yang penggunaannya akan berdampak sangat strategis.³³⁹

E.2. Tanggung Jawab Konsultan Perancang dan/atau Pengembang (Developer).

Berdasarkan praktek, tanggung jawab perancang dan/atau pengembang tidak terlihat secara tegas. Kontribusi konsultan dan/atau pengembang kepada pengguna adalah pelayanan sementara jasa (*services*) terhadap penerapan ilmu untuk memilih atau mengembangkan desain sistem yang tepat dengan kondisi dan kebutuhan pengguna jasanya (pelanggan). Meskipun konsekwensi kesalahan terhadap hal tersebut seharusnya adalah berdampak besar, karena desain yang jelek tentunya juga akan menghasilkan kinerja suatu sistem yang jelek. Namun, dalam prakteknya, tanggung jawab yang diberikannya hanya sebatas pembayaran sejumlah ganti rugi yang besarnya tidak melebihi dari jumlah honor jasa yang diterimanya.

Jika memang upaya para konsultan tersebut adalah wujud nyata dari upaya yang terbaik yang mereka dapat upayakan (profesional), maka hal tersebut masih boleh dianggap seimbang. Namun, jika tidak ada satu ukuran yang dapat digunakan untuk mengukur sejauhmana upaya yang terbaik itu, maka dengan sendirinya hal tersebut menjadi jauh dari keadilan, karena setiap orang dapat saja mengaku dirinya ahli dan bertindak sesuka hatinya dan/atau menjadikan si pelanggan menjadi kelinci percobaannya. Padahal untuk menentukan desain yang terbaik, si konsultan seharusnya melihat dengan cermat terlebih dahulu sejauhmana efisiensi dan efektifitas sistem informasi yang telah berjalan, lalu kemudian menemukannya dengan ekspektasi atau kebutuhan riil pelanggan sesuai dinamika yang dialaminya. Kemampuan tersebut hanya dapat diperolehnya dari

³³⁹ Cheeseman., *Op.cit.*

jam terbang atau pengalaman kerjanya (*track record*) dalam menangani proyek-proyek sebelumnya.

Kesalahan terhadap desain tersebut berarti adalah ketidak sesuaian antara jumlah pengeluaran uang si pelanggan dengan kualitas sistem yang diharapkan atau dibutuhkannya. Hal tersebut dapat berindikasi macam-macam, mulai dari indikasi iktikad tidak baik dengan melakukan penipuan, jika tidak terjadi atas dasar kelalaian semata dari para pihak, sampai dengan adanya indikasi konspirasi dan/atau korupsi dari Pimpinan Manajemen dengan si konsultan itu sendiri. Oleh karena itu, kesalahan dalam perancangan tidaklah dapat dikatakan sebagai suatu permasalahan yang sepele, karena dampak yang ditimbulkannya di kemudian hari adalah sangat besar bagi si pelanggan tidak hanya secara internal melainkan juga secara eksternal kepada mitra-mitra si pelanggan tersebut.

E.3. Tanggung Jawab Pelaksana (*Contractor*).

Berdasarkan prakteknya, kontribusi kontraktor dalam pembangunan suatu sistem adalah sebagai pelaksana pembuatan sistem berdasarkan rancangan desain tertentu baik fisik (*physical design*) maupun logic (*logical design*), yang mana penentuan desain itu sendiri adalah merupakan hasil kesepakatan si pemilik sistem dengan konsultan perancangannya. Kontraktor selaku pemborong kerja hanya bertindak selaku pelaksana dari rancangan itu terlepas apakah sesungguhnya hal itu telah sesuai ataukah belum sesuai dengan harapan si pemilik proyek.

Kontraktor selaku pelaksana terikat dengan suatu perjanjian sebagaimana layaknya perjanjian pemborongan kerja kepada si pemilik proyek, dimana prestasinya haruslah sesuai dengan spesifikasi permintaan si pemilik proyek. Dengan kata lain, prestasi kontraktor adalah terletak pada aspek keberhasilannya dalam mewujudkan atau menjelmakan suatu obyek tertentu sebagaimana rancangan yang diperjanjikan sesuai kesanggupan waktu yang telah ditentukan.

Untuk lebih memperjelas pekerjaannya, si kontraktor akan meminta kejelasan spesifikasi rancangan yang cukup detil dan terukur dengan baik, khususnya tentang perincian lingkup pekerjaan (*scope of works*), tahapan-tahapan pelaksanaan pekerjaan (*milestones*) serta tahapan-tahapan pembayaran selaku

kontraprestasinya, dibarengi dengan jaminan pelaksanaan pekerjaan (*performance bond*) dan jaminan perawatan serta pemeliharaan (*warranty bond*).

Potensi kesalahan yang dapat dilakukan oleh Kontraktor adalah penggelembungan biaya dan mundurnya jadwal penyelesaian pekerjaan. Terhadap setiap penyimpangan desain yang diminta oleh si pemilik proyek, Kontraktor akan melihatnya secara kontekstual berdasarkan spesifikasi rancangan kerja. Selanjutnya, kontraktor harus menentukan perubahan tersebut adalah bersifat mayor atau minor terhadap sistem. Jika ia bersifat mayor maka selayaknya harus dikonsultasikan dengan konsultan pembuat desain, namun jika hal tersebut bersifat minor maka dapat dilakukannya tanpa harus meminta pertimbangan konsultan pembuat desain. Terhadap setiap perubahan tersebut, akan dikategorikan sebagai pekerjaan tambah kurang, yang konsekwensi finansialnya harus ditanggung biaya tambahannya oleh si pemilik proyek.

Terhadap setiap kesalahan Kontraktor dalam melaksanakan pekerjaan akan mengakibatkan tertundanya proyek dari jadwal waktu yang seharusnya. Hal tersebut akan mengakibatkan kerugian bagi si pemilik proyek karena akan berdampak kepada prospek bisnis yang seharusnya dapat diraih oleh si pemilik proyek. Oleh karena itu, kontraktor dapat diminta pertanggung jawaban dengan mekanisme ganti rugi akibat kesalahan atau kelalaian yang dilakukannya, bahkan meskipun pekerjaan telah dilakukan namun tidak sempurna hasilnya.

Lazimnya, terhadap setiap keterlambatan akan dikenakan denda (*penalty*) sejumlah yang disepakati oleh para pihak, dan jika denda itu mencapai besaran maksimum yang ditentukan berdasarkan kontrak (lazimnya 5 permil dari nilai kontrak), maka pemilik proyek dapat meminta pembatalan perjanjian. Demikian pula sebaliknya, jika ternyata si pemilik proyek yang tidak membayar sesuai jadwal waktu yang ditentukan dalam kontrak (*Term of Payment*), maka kontraktor dapat meminta pembatalan perjanjian. Bahkan lebih jauh dari itu, jika si pemilik proyek tidak kunjung membayar tanpa kejelasan, maka si kontraktor berhak mengajukan si pemilik proyek untuk dipailitkan dan selanjutnya meminta pengadilan untuk menyita aset-aset si pemilik proyek sebagai pelunasan hutangnya.

E.4. Tanggung Jawab Penyelenggara (*Operator/ Provider*).

Dalam praktek, jika pembuatan sistem tidak untuk digunakan sendiri, maka umumnya sistem tersebut adalah dibuat dalam rangka hubungan bisnisnya dengan pihak ketiga (konsumen). Dalam konteks ini, si pemilik proyek akan memanfaatkan sistem tersebut untuk kepentingan menyediakan jasa kepada pelanggannya. Meskipun jika sistem tersebut tidak dibuatnya sendiri, namun dalam hubungannya dengan konsumen, bukan berarti ia dapat melepas tanggung jawabnya dan/atau mengalihkan tanggung jawabnya terhadap sistem, sekiranya ditemukan kesalahan sistem sehingga tidak berjalan sebagaimana mestinya (*malfunction*). Terlepas apakah ada perjanjian untuk secara bersama-sama menanggung resiko antara mitra pembisnis, tetap saja si penyelenggara atau operator sistem harus bertanggung jawab terlebih dahulu selaku pihak yang berkontrak langsung dengan konsumen.

Oleh karena itu, dalam kelazimannya, sebaiknya si penyelenggara tidak lupa untuk mengasuransi sistem tersebut terlebih dahulu sebelumnya memutuskan untuk berhubungan dengan pelanggan. Berupaya sebaik mungkin untuk meminimalkan segala macam resiko (*risk management*) adalah kata kunci pertanggung jawaban si penyelenggara kepada publik, khususnya yang menjadi pelanggannya atau konsumennya.

Selain tanggung jawab kepada konsumen, penyelenggara juga bertanggung jawab untuk mengikuti standar yang lazim berlaku dalam komunitasnya dan/atau terhadap penerapan pedoman pemerintah sebagai patokan melakukan upaya yang terbaik dan menjaga mutu penyelenggaraan jasanya (*Quality of Services*). Pada dasarnya ia harus bertanggung jawab secara mutlak terhadap semua dampak kerugian yang ditimbulkannya kepada pihak lain, namun hal itu bisa berubah menjadi terbatas (pembatasan tanggung jawab), jika ada suatu mekanisme tertentu yang menjadi ukuran dalam '*best practices*'.

E.5. Tanggung Jawab Pengguna (*User*).

Berdasarkan praktek, yang dimaksudkan sebagai pengguna adalah pengguna akhir dari sistem. Sebagai pengguna, ia mempunyai kewajiban untuk melaksanakan semua tindakannya dengan iktikad baik dan mematuhi semua

prosedur sistem sebagaimana yang telah ditentukan.³⁴⁰ Kecuali diperjanjikan lain, maka si pengguna umumnya diminta untuk tidak melakukan upaya memodifikasi sistem, karena akan dapat mengakibatkan sistem tidak berjalan sebagaimana mestinya. Oleh karena itu, dalam prakteknya, semua sistem tersebut dapat dikatakan telah dikunci (segel) terlebih dahulu, dan jika si pengguna membongkar segel pengaman tersebut maka jaminan tanggung jawab si pembuat sistem menjadi tidak berlaku lagi karena sistem menjadi tidak sebagaimana yang ia telah berikan sedari awalnya.

Ringkasnya selain sisi hak yang harus dilindungi, maka pihak pengguna juga mempunyai tanggung jawab untuk menggunakan sistem sebagaimana mestinya, sesuai dengan karakteristik dan ketentuan penggunaannya (*in appropriate manner*). Bahasa umumnya, pengguna tidak boleh mengganggu atau merusak sistem atau menginterferensi sistem yang dapat mengakibatkan sistem menjadi tidak sebagaimana mestinya, kecuali memang diizinkan untuk itu.

E.6. Tanggung Jawab Administrasi Negara dan Profesional Pcnunjang (*Regulator & Auditor*).

Berdasarkan praktek, umumnya dalam penyelenggaraan suatu sistem yang menyangkut kepentingan publik, dalam perkembangannya diberikan kesempatan sebesar-besarnya bagi peran dan partisipasi masyarakat untuk meningkatkan akuntabilitas sistem itu sendiri di mata publik. Perkembangan evolusi bangsa dan negara, telah memposisikan pemerintah yang meskipun dapat bertindak sebagai amanat kepentingan umum, diharapkan terlebih dahulu untuk bertindak sebagai fasilitator dan sebagai pembina dan pengawas. Pemerintah sebagai pembina diharapkan dapat merumuskan kebijakan-kebijakan yang menghasilkan suatu iklim yang kondusif dan bertanggung jawab bagi semua pihak. Kecenderungan sekarang ini di banyak negara, masyarakat pelaku usaha lebih menghendaki sistem pengaturan mandiri (*self-regulation*), baik yang dibetuk oleh pemerintah

³⁴⁰ Pasal 5 UU Konsumen; Kewajiban konsumen adalah: (a) membaca atau mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan/atau jasa, demi keamanan dan keselamatan; (b) beritikad baik dalam melakukan transaksi pembelian barang dan/atau jasa; (c) membayar sesuai dengan nilai tukar yang disepakati; (d) mengikuti upaya penyelesaian hukum sengketa perlindungan konsumen secara patut.

maupun yang dibentuk bersama-sama masyarakat, agar dampak regulasi pemerintah menjadi tidak menghambat dinamika bisnis yang berkembang pesat.

Terkait dengan *ex-ante liability* yang harus dilakukan oleh pelaku usaha untuk mencegah terjadi suatu resiko, maka pemerintah juga dituntut untuk dapat membuat regulasi yang memungkinkan pelaku usaha menjalankan kewajiban tersebut. Umumnya, hal tersebut dilakukan dengan cara pengaturan tentang penentuan standar teknis, pengaturan tentang sistem pengamanan (*safety regulation*), atau pengaturan tentang keharusan penerapan prinsip-prinsip tata kelola sistem yang baik.

Selanjutnya, seiring dengan fungsi pengawasan, pemerintah juga dapat mengkomodir peran serta masyarakat yang telah terwadahi dalam lembaga-lembaga non pemerintah (*Non Governmental Organization/NGO*). Selain itu, guna obyektivitas penilaian, dalam prakteknya juga terdapat peran dan fungsi profesional penunjang yang juga dapat dikatakan berperan melakukan pengawasan. Profesional penunjang, sesuai dengan keahlian dan keilmuannya harus bertanggung jawab melaksanakan pekerjaannya sesuai ketentuan hukum yang berlaku dan berdasarkan etika profesionalismenya. Tanggung jawab atas kesalahan yang dilakukannya, adalah selain gugatan ganti rugi dari pihak-pihak yang dirugikannya, tentunya juga konsekwensi dikeluarkannya yang bersangkutan dari komunitas profesinya, yang dengan sendirinya menjadi tidak dapat lagi menjalankan bisnis profesionalnya sebagaimana sediakala.

F. Tanggung Jawab Penyelenggara Negara Terhadap Sistem Informasi Elektronik Untuk Layanan Publik dengan PPP

Secara umum dalam pola PPP, pembuatan sistem informasi elektronik adalah dilakukan oleh pihak lain (*outsourcing*). Untuk itu, lazimnya dalam melakukan *outsourcing*, menurut Chris Reed paling tidak perlu memperhatikan beberapa hal penting sebagai berikut: (i) kejelasan alasan mengapa harus dilakukannya pengembangan sistem oleh pihak eksternal (*reasons of outsourcing*); (ii) adanya legalisasi pimpinan dalam bentuk suatu surat penetapan (*board/business decision*); (iii) Perencanaan yang baik berikut kejelasan detail

spesifikasi kebutuhan berikut tingkatan layanan yang dibutuhkan (*specifying requirements/service levels*) serta kejelasan harga yang harus dibelanjakan, berikut pekerjaan tambah kurang sekiranya diperlukan; (iv) alasan preferensi pemenangnya (*choosing preferred supplier*); (v) proses pemeriksaan dokumen teknis dan harga (*due diligence*) yang ketat; (vi) kejelasan catatan/registrasi asset-asset yang dimiliki berikut bagaimana proses pengalihan haknya; (vii) kejelasan lingkup dan detil jasa layanan jasa perawatan dan pemeliharaan yang dibutuhkan dan disanggupi oleh vendor; (viii) Perencanaan penanganan *incident* yang jelas, sekiranya terjadi hal yang tak terduga berikut jalan keluar sekiranya kontrak yang dilakukan tidak mencapai hasil sebagaimana yang diharapkan (*exit plan*).

Sehubungan dengan itu, dalam konteks *Private Finance Initiative* atau *Public Private Partnership*, Chris Reed mengemukakan pada dasarnya asset yang dimiliki pada awalnya adalah milik swasta yang tidak dengan serta merta langsung menjadi milik pemerintah dan masuk dalam pembukuan negara sebagai barang negara.

It should, however, be borne in mind that, as with anything, the question of whether a particular arrangement is an IS outsourcing contract is really a question of degree. For example, most Private Finance Initiative (PFI)/Public Private Partnership (PPP) transactions are outsourcing contract in all but name. Although it may not be government policy to refer to these deals as outsourcing they typically involve a supplier building or supplying, owning and operating information systems and then providing a service to the government entity concerned using those systems. One of the principal conditions of PFI/PPP treatment is that supplier owns the IT assets so that it remains on the supplier's balance sheet and there by avoids the government taking the capital asset into its own books. So, as with IS outsourcing, assets which are owned by the supplier are used by the supplier to deliver a service back to the government customer. The structure of such PFI/PPP contract looks very sismilar to that of the IS outsourcing contract.³⁴¹

Oleh karena itu, lembaga pemerintahan semestinya bertindak sesuai hukum yang berlaku dan juga harus melihat serta menjamin bahwa nilai yang dikeluarkan adalah sebanding dengan apa yang diperoleh. Kebanyakan lembaga pemerintahan mungkin tidak

In the public sector the motivators for outsourcing are different. The nature of government bodies means that there is no need to reduce costs to increase profitability. Instead, the focus is very much on 'value for money'. This means

³⁴¹ Reed, *Op.cit.* 76.

that the public sector will typically look to increasing the quality of service for the charges paid and thereby making better use of taxpayers' money.

Ditelaah lebih lanjut, ternyata pola PPP tersebut juga menyimpan suatu permasalahan hukum yang cukup rumit jika ternyata terjadi *malfuction* terhadap sistem. Siapakah yang harus bertanggung jawab terhadap kerugian yang ditimbulkannya kepada masyarakat, terlebih apabila PPP melibatkan lebih dari satu Otorisasi Publik dan lebih dari satu pelaku usaha. Untuk menjawab hal tersebut maka perlu ditelaah bagaimanakan sinkronisasi pertanggung jawaban administrasi negara dan swasta dalam konteks itu.

Sesuai dengan pengertian umumnya bahwa Hukum Administrasi Negara adalah Hukum tentang Administrasi Negara atau Hukum tentang Administrasi Publik, maka tanggung jawab administrator negara adalah menyelenggarakan urusan penyelenggaraan negara (salah satunya adalah memberikan layanan publik) demi kepentingan bangsanya sesuai sistem hukum yang berlaku. Dalam konteks ini pemerintah tidak hanya sebagai regulator melainkan juga sebagai pemain. Secara perdata, sebenarnya administrator negara dan swasta adalah subyek penyelenggara sistem tersebut, sementara masyarakat adalah konsumen terhadap sistem tersebut yang melakukan pembayaran atas terciptanya sistem tersebut.

Dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik, UU ITE telah memberikan standar pertanggung jawaban yang bersifat '*strict liability*' karena tidak mungkin konsumen dapat membuktikan kesalahan yang terjadi pada sistem tersebut, karena sistem tersebut adalah teknologi tinggi (*high-tech*) yang tidak mungkin awam dapat dengan mudah mengakses dan mengetahui bagaimana susbtansi sistem tersebut sebenarnya.

Terhadap potensi kesalahan sistem, kemungkinan yang terjadi adalah dua hal, yakni (i) pemerintah cq otorisasi publik, ternyata lalai dalam memberikan rancangan atau lalai dalam membuat regulasi dan mekanisme pengawasannya yang diperlukan untuk menjamin mutu layanan yang baik, (ii) pihak swasta ternyata tidak mengembangkan sistem sesuai permintaan atau boleh jadi swasta yang bersangkutan ternyata dengan sengaja (tidak beriktikad baik) dalam memenuhi ekspektasi yang dimintakan oleh otoritas publik tersebut.

Terhadap pemerintah selain dapat dilakukan pemberian sanksi administratif kepada pejabat yang bersangkutan, dapat juga dilakukan tuntutan pidana jika ternyata mereka bertindak diluar kewenangannya. Sementara terhadap swasta yang terlibat, sekiranya memang telah memenuhi semua persyaratan teknis yang telah ditentukan maka mereka telah bertindak sesuai kontrak, sehingga tanggung jawab mereka selayaknya sudah dapat dikatakan terbatas. Namun, jika kesalahan terjadi karena kelalaian dalam perancangan, pengembangan dan pengoperasian sistem, maka mereka telah melanggar kewajiban 'kehatian-hatian' dan yang otomatis dapat digugat ganti rugi berdasarkan Perbuatan Melawan Hukum pasal 1366 KUHPerd.

Jika ditelaah lebih lanjut, maka kata kunci pertanggung jawaban hukum adalah terletak kepada hubungan kontraktual antara Pemerintah dan Swasta yang pada dasarnya selayaknya harus bertanggung jawab secara tanggung renteng atau pun kolegal, jika kedua-duanya adalah bertindak selaku penyelenggara. Namun jika hanya salah satu pihak yang menjadi penyelenggara, maka yang bertindak selaku penyelenggara itulah yang harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut.

Sehubungan dengan itu, terkait dalam kasus Kerjasama Pemerintah dan Swasta ditemukan adanya putusan MA No.1988 K/Pdt/2006 yang diputuskan oleh rapat majelis hakim pada tanggal 15 Maret 2007 terhadap sengketa Perbuatan Melawan Hukum yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah Kabupaten Batang karena secara sepihak menghentikan penarikan retribusi dan menghentikan perjanjian pembangunan dan pengelolaan terminal pangkalan mobil barang oleh CV Usaha Putra Indonesia ("CV UPI"), dengan dalih adanya perubahan *policy* atau regulasi dari pusat tanpa suatu kompensasi apapun kepada Pihak Swasta. Kemudian, CV UPI melakukan gugatan ganti rugi atas hal tersebut namun baik hakim PN maupun MA (membatalkan putusan Pengadilan Tinggi yang mengabulkan permohonan banding penggugat) ternyata tidak mengabulkan gugatan tersebut dengan pertimbangan bahwa kontrak yang dilakukan para pihak menjadi tidak valid lagi karena telah bertentangan dengan perundang-undangan yang berlaku. Berdasarkan semangat bahwa seharusnya kerjasama adalah untuk saling menguntungkan, maka kita dapat melihat bahwa putusan MA tersebut

ternyata tidak mengakomodir prinsip PPP yang selayaknya saling menguntungkan.

Berkeenaan dengan itu, baru-baru ini juga tengah bergulir kasus tentang penyelenggaraan sistem elektronik untuk administrasi layanan badan hukum (SISMINBAKUM). Dalam kasus ini, Kejaksaan Agung mendakwakan adanya korupsi akibat adanya pembayaran ke dua rekening terhadap penyelenggaraan layanan tersebut. Meski dalam kesatuan pemungutan, satu pembayaran untuk rekening pemerintah sebagai pembayaran PNBK dan satu pembayaran lainnya dibayarkan kepada rekening PT SRD sebagai pembayaran biaya *access fee*.

Dalam konteks ini, yang terjadi justru kebalikan dari kasus CV UPI v. Pemda Batang, karena peranan pihak swasta ternyata sangat di luar kelaziman. Kerjasama yang dibangun adalah bukan antara Pemerintah dengan Swasta melainkan Koperasi (yang memperoleh penunjukan dari Departemen Hukum dan HAM) bekerjasama dengan suatu pihak Swasta ("PT SRD"). Dalam PKS yang dibuat oleh Koperasi dan PT SRD, ternyata tidak dirumuskan dengan baik kepemilikan atas Hak Cipta yang lahir akibat pekerjaan pembangunan sistem tersebut. Perjanjian hanya menyatakan bahwa Hak Cipta adalah milik SRD, padahal dalam proses pengembangan tersebut yang melakukan identifikasi *business process* adalah Koperasi yang bersangkutan. Secara hukum, semestinya rancangan *engineering process* adalah terlahir dalam rangka menjawab *business process*, yang dengan sendirinya secara teknis berarti PKS tersebut adalah hasil pengembangan bersama (*joint development*), dan dengan sendirinya tidak dapat dikatakan sebagai milik PT SRD semata. Tambahan lagi berdasarkan UUHC seharusnya setiap Hak Cipta yang lahir dari kontrak dinas dengan pemerintah selayaknya adalah dimiliki atau dipegang oleh Pemerintah. Ironisnya keberadaan SISMINBAKUM justru diterima pendaftarannya oleh Ditjen HKI sebagai milik PT SRD.

Terkait dengan itu pemilihan nama domain yang menggunakan top level domain DOT COM juga merupakan permasalahan, karena mengapa suatu sistem yang merupakan representasi urusan pemerintah dalam melakukan layanan publiknya justru menggunakan nama domain yang komersial dan didaftarkan serta dikuasai oleh seseorang/swasta tanpa kewenangan yang jelas dari otoritas

publik yang seharusnya melakukan itu. Selayaknya nama domain tersebut menggunakan country code top level domain (.go.id) sebagai representasi dari pemerintahan di Indonesia. Hal ini juga membuka peluang bagi swasta tersebut untuk menyatakan sebagai pemegang “brands” atas keberadaan sistem tersebut, sekiranya dapat dikategorikan sebagai merek jasa ataupun *trade-dress*.

Kerancuan hak kepemilikan intelektual ini kemudian berkembang ke arah yang kontraproduktif bagi kepentingan publik, karena ternyata disalahgunakan oleh pengacara PT SRD untuk meminta penghentian pemakaian hal tersebut oleh Pemerintah cq Ditjen AHU. Mereka memandang dengan HKI yang ada pada sisi mereka seharusnya Jaksa tidak dapat menyita segala pendapatan yang masuk kedalam kantong PT SRD yang diperolehnya secara halal atas penyelenggaraan SISMINBAKUM tersebut.

Hal ini semakin tidak baik bagi masyarakat khususnya para Notaris manakala saluran sistem komunikasi yang disewa oleh PT SRD untuk menyelenggarakan SISMINBAKUM ternyata dihentikan oleh PT Lintas Arta secara sepihak akibat PT SRD tidak lagi membayar langganan layanan jasa tersebut sebagaimana mestinya. PT Lintas Arta merasa hanya punya hubungan kontraktual dengan PT SRD dan tidak punya urusan dengan Depkumham cq Ditjen AHU, sehingga tidak mengetahui bahwa hal tersebut akan berdampak kepada terhentinya layanan publik yang selayaknya juga dapat didakwakan kepada mereka sebagai sabotase kepada negara.

Terkait dengan itu pula, terkait dengan tanggung jawab atas data publik, ternyata juga tidak ditemukan ada kejelasan tentang penyimpanan data publik yang layak yang diperoleh atas penyelenggaraan sistem tersebut. Meskipun data publik mungkin saja berada di server DEPKUMHAM cq Ditjen AHU, namun kenyataannya keberadaan back-up data pada pihak swasta harus dilandasi oleh ketentuan hukum yang jelas agar tidak disalahgunakan oleh pihak swasta tersebut. Semua keanehan yang terjadi dalam permasalahan tersebut telah mengindikasikan bahwa penyelenggara negara masih belum memperhatikan dengan baik penyelenggaraan Kerjasama Pemerintah dengan Swasta pada kaedah hukum yang semestinya.

Terkait dengan rencana pembuatan Rancangan Peraturan Pemerintah untuk Penyelenggaraan Informasi dan Transaksi Elektronik (RPP-ITE), maka paling tidak sesuai dengan amanat pasal 15, pasal 16 ayat (2) maka RPP diharapkan dapat memberikan kejelasan tentang standar dalam penyelenggaraan sistem elektronik, yang paling tidak mencakup standar komponen-komponen yang digunakan (standar perangkat keras, standar perangkat lunak/*software*, standar data, standar professional dan standar prosedur pengembangan) serta standar fungsi-fungsi yang ditentukan.

Sehubungan dengan itu, sesuai ketentuan dalam ayat (1) dan ayat (2) pada pasal 40 UU ITE yang menyatakan bahwa:

- (1) Pemerintah memfasilitasi pemanfaatan Teknologi Informasi dan Transaksi Elektronik sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan.
- (2) Pemerintah melindungi kepentingan umum dari segala jenis gangguan sebagai akibat penyalahgunaan Informasi Elektronik dan Transaksi Elektronik yang mengganggu ketertiban umum, sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan.

Maka dalam rangka menjalankan tugas memfasilitasi dan melindungi kepentingan umum tersebut, pemerintah berwenang untuk melakukan pembinaan dan pengawasan yang diperlukan untuk itu. Salah satu tugas dari pembinaan dan pengawasan tersebut adalah memberikan sertifikasi suatu penyelenggaraan sistem elektronik sebagaimana layaknya Sarbane-Oxley Act, yakni memeriksa apakah sistem elektronik tersebut telah diselenggarakan secara handal, aman, bertanggung jawab dan berjalan sebagaimana mestinya. Oleh karena Peraturan Pemerintah yang terkait dengan UU ITE belum ada, maka diperlukan suatu formulasi standar pemeriksaan hukum terhadap penyelenggaraan sistem elektronik yang baik, khususnya yang digunakan untuk melakukan pelayanan publik yang akan dibahas pada bab berikutnya.

— o0o —

BAB IV

KAJIAN DAN FORMULASI STANDAR PEMERIKSAAN HUKUM UNTUK PENYELENGGARAAN SISTEM ELEKTRONIK YANG BAIK

A. Urgensi Pemeriksaan Hukum terhadap Sistem Informasi Elektronik.

Sesuai dengan amanat pasal 15 UU ITE bahwa sistem elektronik harus diselenggarakan secara andal, aman dan bertanggung jawab agar dapat terjamin berfungsi sebagaimana mestinya, dan selaras dengan salah satu prinsip dalam *IT Governance* tentang adanya elemen kepatuhan hukum, maka selayaknya sistem elektronik tersebut diaudit terlebih dahulu sebelum suatu sistem informasi diluncurkan. Kepentingan audit tersebut tidak hanya dalam konteks untuk menjamin bahwa penyelenggaraan sistem elektronik tersebut sudah sesuai dengan hukum yang berlaku, melainkan juga sebagai upaya untuk melakukan *legal risk management* terhadap potensi permasalahan hukum yang mungkin akan timbul akibat kelalaian atau kerugian yang ditimbulkannya kepada pihak ketiga. Dengan kata lain, *legal audit* sebelum sesuatu kejadian tak tentu (*incident*) sebagai konsekuensi tidak adanya suatu teknologi yang bersifat sempurna, sebenarnya adalah suatu tindakan preventif untuk melihat dan meminimalisir resiko sekecil mungkin dari potensi gugatan PMH yang mungkin akan timbul. Sekiranya sistem tersebut berdampak merugikan kepada pihak lain.

Lebih jauh lagi, jika dirinci lebih lanjut, maka terdapat beberapa alasan yang mendasari kepada pentingnya dilakukan *legal audit*, yakni:

- 1) Sebagai pemenuhan azas iktikad baik bahwa sistem telah dikembangkan dengan layak atau tidak bermaksud untuk menipu pengguna;
- 2) Sebagai pemenuhan azas legalitas atau kepastian hukum agar output dari sistem tersebut dapat mempunyai nilai pembuktian secara hukum;
- 3) Sebagai pemenuhan azas upaya yang terbaik ;
- 4) Sebagai pemenuhan azas transparansi dalam mekanisme tata kelola yang baik, agar para pemangku kepentingan dapat mengetahui hal tersebut secara obyektif dan/atau mendapatkan kejelasan informasi yang bersifat

materil secara hukum tentang hal tertentu yang menjadi obyek audit tersebut;

- 5) Sebagai pemenuhan azas akuntabilitas
- 6) Sebagai upaya untuk menyediakan informasi yang dapat ditelusuri dengan baik (*audit trail*) untuk kepentingan pembuktian sekiranya terjadi beberapa permasalahan di belakang hari

Terkait dengan itu, mengingat pedoman TIK Nasional yang ada masih belum mencakup isu tentang kepatuhan hukum, maka dapat dikatakan bahwa audit terhadap sistem informasi masih belum menyentuh kepada audit tentang kepatuhan hukum yang terkait dengan eksistensi sistem itu kepada publik. Dengan kata lain, perihal yang diaudit belum menyentuh kepada analisis terhadap dampak hukum yang ditimbulkannya. Oleh karena itu, diperlukan suatu kajian untuk memformulasikan hal itu dalam bentuk suatu standar pemeriksaan hukum. Dalam bab ini, promovendus berupaya untuk mengeksplorasi beberapa ketentuan yang substansinya sudah diulas dalam bab-bab sebelumnya, sehingga akan mendapatkan suatu patokan dalam formulasi standar pemeriksaan hukum tersebut.

B. Pengertian *Legal audit*

Sebelum sampai kepada pemaknaan terhadap kata *legal audit*, maka hal pertama yang perlu dikaji adalah pengertian tentang apa yang dimaksud dengan audit itu sendiri. Dalam kamus, 'audit' seringkali diartikan hanya dalam konteks pemeriksaan keuangan, dimana istilah tersebut adalah ditujukan untuk mencari kesalahan atau kebenaran dari suatu laporan keuangan.

*Audit. (i) an official examination of the accounts of a company; etc to see that they are true and correct; (ii) an examination of the quality, state, efficiency, etc. of something. [Oxford Dictionary]*³⁴²

Demikian pula halnya definisi dalam kamus hukum *Black Law Dictionary*, yang mendefinisikan Audit juga dalam konteks keuangan, yakni sebagai suatu sistem pemeriksaan secara sistematis terhadap dokumen-dokumen keuangan yang

³⁴² Hornby, *Op. cit.*, 67.

melibatkan proses analisis, beberapa uji coba (*tests*), berikut mekanisme pengecekannya/konfirmasinya "*Audit: Systematic inspection of accounting records involving analyses, tests, and confirmations.*"³⁴³

Dalam lingkup keuangan negara,³⁴⁴ khususnya dalam lingkup pengelolaan³⁴⁵ dan tanggung jawab keuangan negara³⁴⁶, berdasarkan pasal 1 angka (1) UU No.15 Tahun 2004 tentang Pengelolaan dan Tanggung Jawab Keuangan Negara ("UU Pengelolaan Keuangan Negara"), telah didefinisikan apa yang dimaksudkan dengan pemeriksaan.

"Pemeriksaan adalah proses identifikasi masalah, analisis, dan evaluasi yang dilakukan secara independen, obyektif, dan profesional berdasarkan standar pemeriksaan, untuk menilai kebenaran, kecermatan, kredibilitas, dan keandalan informasi mengenai pengelolaan dan tanggung jawab keuangan negara."

Dalam pasal 2 UU Pengelolaan Keuangan Negara, dinyatakan bahwa pemeriksaan dalam lingkup keuangan negara adalah meliputi (i) pemeriksaan pengelolaan keuangan negara dan (ii) pemeriksaan tanggung jawab keuangan negara, dimana BPK melakukan pemeriksaan pengelolaan dan tanggung jawab keuangan negara tersebut. Selanjutnya dalam pasal 4 UU Pengelolaan Keuangan Negara dijelaskan bahwa pemeriksaan terhadap keuangan tersebut dibedakan atas 3 (tiga) jenis, yaitu; (i) pemeriksaan keuangan, yakni pemeriksaan atas laporan keuangan, (ii) pemeriksaan kinerja, yakni pemeriksaan atas pengelolaan keuangan negara yang terdiri atas pemeriksaan aspek ekonomi dan efisiensi serta pemeriksaan aspek efektivitas yang lazim dilakukan bagi kepentingan manajemen oleh aparat pengawasan intern pemerintah, dan (iii) pemeriksaan dengan tujuan tertentu, yakni pemeriksaan di luar pemeriksaan keuangan dan pemeriksaan

³⁴³ Campbel, *Op. cit.*, 131

³⁴⁴ Pasal 1 angka (1) UU No.17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara [Keuangan Negara adalah semua hak dan kewajiban negara yang dapat dinilai dengan uang, serta segala sesuatu baik berupa uang maupun berupa barang yang dapat dijadikan milik negara berhubung dengan pelaksanaan hak dan kewajiban tersebut].

³⁴⁵ Pasal 1 angka (6) UU No.15 Tahun 2004 tentang Pengelolaan dan Tanggung Jawab Keuangan Negara [Pengelolaan Keuangan Negara adalah keseluruhan kegiatan pejabat pengelola keuangan negara sesuai dengan kedudukan dan kewenangannya, yang meliputi perencanaan, pelaksanaan, pengawasan, dan pertanggung jawaban]

³⁴⁶ Pasal 1 angka (7) UU No.15 Tahun 2004 tentang Pengelolaan dan Tanggung Jawab Keuangan Negara [Tanggung Jawab Keuangan Negara adalah kewajiban Pemerintah untuk melaksanakan pengelolaan keuangan negara secara tertib, taat pada peraturan perundang-undangan, efisien, ekonomis, efektif, dan transparan, dengan memperhatikan rasa keadilan dan kepatutan]

kinerja. Termasuk dalam pemeriksaan tujuan tertentu ini adalah pemeriksaan atas hal-hal lain yang berkaitan dengan keuangan dan pemeriksaan investigatif. Secara umum, hasil laporan pemeriksaan tersebut akan memuat suatu Opini³⁴⁷ atau Rekomendasi.³⁴⁸

Berdasarkan Pasal 16 UU Pengelolaan Keuangan Negara tersebut, dibedakan beberapa jenis laporan hasil pemeriksaan ("LHP") tersebut, yakni (i) Laporan hasil pemeriksaan atas laporan keuangan pemerintah memuat Opini, (ii) Laporan hasil pemeriksaan atas kinerja memuat temuan, kesimpulan, dan rekomendasi, dan (iii) Laporan hasil pemeriksaan dengan tujuan tertentu memuat kesimpulan. Tanggapan pejabat pemerintah yang bertanggung jawab atas temuan, kesimpulan, dan rekomendasi pemeriksa, dimuat atau dilampirkan pada laporan hasil pemeriksaan.

Untuk melakukan pemeriksaan tersebut diperlukan suatu Standar Pemeriksaan,³⁴⁹ dan selanjutnya Badan Pemeriksa Keuangan ("BPK") telah menetapkan Peraturan BPK-RI No.01 Tahun 2007 Tentang Standar Pemeriksaan Keuangan Negara ("Peraturan SPKN"), yang menjadi patokan dalam melakukan pemeriksaan pengelolaan dan tanggung jawab keuangan negara. Patokan tersebut diuraikan dalam 7 jenis Pendahuluan Standar Pemeriksaan (PSP), yakni: (i) PSP 01: Standar Umum; (ii) PSP 02: Standar Pelaksanaan Pemeriksaan Keuangan; (iii) PSP 03: Standar Pelaporan Pemeriksaan Keuangan; (iv) PSP 04: Standar Pelaksanaan Pemeriksaan Kinerja; (v) PSP 05: Standar Pelaporan Pemeriksaan Kinerja; (vi) PSP 06: Standar Pelaksanaan Pemeriksaan Dengan Tujuan Tertentu; dan (vii) PSP 07: Standar Pelaporan Pemeriksaan Dengan Tujuan Tertentu.

³⁴⁷ Opini adalah pernyataan profesional sebagai kesimpulan pemeriksa mengenai tingkat kewajaran informasi yang disajikan dalam laporan keuangan. Opini merupakan pernyataan profesional pemeriksa mengenai kewajaran informasi keuangan yang disajikan dalam laporan keuangan yang didasarkan pada kriteria (i) kesesuaian dengan standar akuntansi pemerintahan, (ii) kecukupan pengungkapan (*adequate disclosures*), (iii) kepatuhan terhadap peraturan perundang-undangan, dan (iv) efektivitas sistem pengendalian intern. Terdapat 4 (empat) jenis opini yang dapat diberikan oleh pemeriksa, yakni (i) opini wajar tanpa pengecualian (*unqualified opinion*), (ii) opini wajar dengan pengecualian (*qualified opinion*), (iii) opini tidak wajar (*adversed opinion*), dan (iv) pernyataan menolak memberikan opini (*disclaimer of opinion*).

³⁴⁸ Rekomendasi adalah saran dari pemeriksa berdasarkan hasil pemeriksaannya, yang ditujukan kepada orang dan/atau badan yang berwenang untuk melakukan tindakan dan/atau perbaikan.

³⁴⁹ Standar pemeriksaan adalah patokan untuk melakukan pemeriksaan pengelolaan dan tanggung jawab keuangan negara yang meliputi standar umum, standar pelaksanaan pemeriksaan, dan standar pelaporan yang wajib dipedomani oleh BPK dan/atau pemeriksa.

Patut dicermati bahwa dalam semua jenis pemeriksaan keuangan tersebut, unsur kepatuhan hukum merupakan bagian yang penting dari pemeriksaan. Pemeriksa dapat mengandalkan pekerjaan penasihat hukum dalam hal: (1) menentukan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berpengaruh signifikan terhadap tujuan pemeriksaan, (2) merancang pengujian untuk menilai kepatuhan terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan, dan (3) mengevaluasi hasil pengujian tersebut. Pemeriksa juga dapat mengandalkan hasil kerja penasihat hukum, apabila tujuan pemeriksaan mensyaratkan adanya pengujian untuk menilai kepatuhan terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam keadaan tertentu, pemeriksa juga dapat memperoleh informasi mengenai masalah kepatuhan dari pihak lain, seperti aparat yang melakukan investigasi, organisasi pemeriksa atau entitas pemerintah lain yang memberikan bantuan kepada entitas yang diperiksa, atau pihak yang berwenang.

Dalam hal pemeriksa menyimpulkan bahwa ketidakpatuhan atau penyimpangan dari ketentuan peraturan perundang-undangan telah terjadi atau kemungkinan telah terjadi, maka BPK harus menanyakan kepada pihak yang berwenang tersebut dan atau kepada penasehat hukum apakah laporan mengenai adanya informasi tertentu tentang penyimpangan dari ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut akan mengganggu suatu proses penyidikan atau proses peradilan. Apabila laporan hasil pemeriksaan akan mengganggu proses penyidikan atau peradilan tersebut, BPK harus membatasi laporannya, misalnya pada hal-hal yang telah diketahui oleh umum (masyarakat).

Dengan mengacu kepada beberapa hal penting dari standar pemeriksaan keuangan negara tersebut, jelas terlihat bahwa pemeriksaan hukum sangat diperlukan terkait dengan pemeriksaan keuangan. Sayangnya bila dibandingkan dengan sistem keuangan negara, definisi tentang pemeriksaan hukum berikut standar pemeriksaannya, relatif masih belum terwadahi dengan baik karena UU No.18 Tahun 2003 tentang Advokat (UU Advokat) berikut Organisasi Advokat belum membuat suatu standar pemeriksaan hukum yang berlaku secara umum. Tambahan lagi dalam UU Advokat tidak termuat satu ketentuan pun yang menyinggung tentang adanya standar pemeriksaan hukum.

Meskipun dalam prakteknya mungkin ada beberapa pengertian tentang proses pemeriksaan dari segi hukum (*legal audit*), namun secara umum dapat dipahami bahwa *legal audit* adalah sebuah mekanisme dari suatu verifikasi yang kompleks terhadap keberadaan suatu subyek hukum berikut aktivitas-aktivitas yang dilakukannya dari sudut pandang hukum, yang harus dilakukan secara obyektif dan sistematis berdasarkan sistem hukum nasional yang berlaku. Dengan mengacu kepada pengertian *legal audit* di atas, karena hasil laporan pemeriksaan hukum tersebut akan berwujud sebagai suatu Opini pernyataan hukum profesional (*legal opinion*), dapat dikatakan bahwa selayaknya *legal audit* hanya dapat dilakukan oleh pihak yang memiliki keahlian hukum tertentu yang terikat validitasnya berdasarkan etika profesional sebagai suatu profesi. Selanjutnya agar laporan tersebut tidak bersifat subyektif, maka pemeriksaan itu harus dilakukan dengan menggunakan suatu mekanisme tertentu yang menjaga obyektifitas itu secara sistematis dengan didasarkan atas sistem hukum yang berlaku.

Sehubungan dengan itu, *Legal audit* yang selama ini dikenal oleh masyarakat luas adalah *legal audit* yang dilakukan dalam lingkup pasar modal yaitu yang dilakukan dalam proses *due diligence* (pemeriksaan secara menyeluruh) terhadap perusahaan yang akan *go public* (masuk bursa). Menurut Munir Fuady yang melihat pengertian *legal audit* dari aspek pasar modal, *legal audit* merupakan pemeriksaan terhadap segala kegiatan dan dokumentasi yang berkaitan dengan hukum.³⁵⁰ Selain itu, para konsultan hukum dalam pasar modal juga memberikan pengertian dari *legal audit* yaitu proses pekerjaan konsultan hukum dalam memberikan pendapat hukum menurut hukum Indonesia mengenai emiten dalam waktu tertentu.³⁵¹

Dalam perkembangannya, Keputusan HKHPM No.01/HKH/1995 Tanggal 30 Maret 1995 yang dijadikan pedoman untuk melakukan *legal audit*, kemudian telah dicabut dan diperbaiki oleh Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal dengan Keputusan HKHPM No.KEP.01/HKHPM/2005 tentang Standar Profesi Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal tanggal 18 Pebruari 2005 ("Standar

³⁵⁰ Munir Fuady, Pasar Modal Modern (Tinjauan Hukum),(Jakarta: PT.Citra Aditya Bakti, 1996) 33.

³⁵¹ Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal, Keputusan Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal Indonesia Tentang Standar Pemeriksaan Hukum dan Standar Pendapat Hukum, Nomor 01/HKH/1995-Tanggal 30 Maret 1995,(Jakarta: 1995.)

Profesi HKHPM"), mulai berkembang istilah baru yakni Uji Tuntas Dari Segi Hukum (*Legal Due Dilligence*).

Uji Tuntas Dari Segi Hukum (*Legal Due Dilligence*), yang selanjutnya disebut Uji Tuntas adalah kegiatan pemeriksaan secara seksama dari segi hukum yang dilakukan oleh Konsultan Hukum terhadap suatu perusahaan atau obyek transaksi sesuai dengan tujuan transaksi, untuk memperoleh informasi atau fakta material yang dapat menggambarkan kondisi suatu perusahaan atau obyek transaksi.³⁵²

Dicermati lebih lanjut, terlihat jelas bahwa pada dasarnya, pengertian dari *legal audit* atau Uji Tuntas Dari Segi Hukum adalah bersifat netral. Oleh karenanya, pengertian tersebut selayaknya juga dapat diterapkan untuk semua kepentingan hukum atau terhadap berbagai subyek hukum dan obyek kegiatannya sepanjang dipandang perlu untuk dilakukan *audit*.

C. Prinsip-prinsip *Legal audit*

Dalam melakukan suatu *legal audit*, secara umum harus diperhatikan beberapa prinsip utama, yaitu :

1. Kerelaan, yaitu bahwa subyek hukum yang akan diperiksa harus secara sukarela membuka diri untuk pemeriksaan;
2. Keterbukaan, yaitu bahwa subyek hukum yang akan diperiksa harus membuka diri seluas-luasnya agar pemeriksa dapat melakukan pekerjaannya dengan baik tanpa ada yang harus ditutup-tutupi;
3. Kerahasiaan, yaitu bahwa hasil pemeriksaan merupakan kerahasiaan yang hanya akan diketahui oleh pihak pemeriksa dan pihak yang diperiksa sampai pada saat ada kewajiban atau kebutuhan untuk membuka informasi tersebut;
4. Tanggung jawab, yaitu bahwa pihak yang diperiksa bertanggungjawab penuh terhadap hasil *legal audit*.³⁵³

Sementara berdasarkan butir 130 Standar Profesi HKHPM pada angka (10) dinyatakan bahwa seluruh standar profesi konsultan hukum³⁵⁴ yang saling

³⁵² Butir 110 huruf (n) Lampiran Keputusan HKHPM No.KEP.01/HKHPM/2005

³⁵³ LKHT-FHUI, *op. cit.*, hal. 12.

³⁵⁴ Standar Profesi Konsultan Hukum terdiri dari: (a) Standar Umum yang mencakup; (i) keahlian, (ii) independensi dan (iii) obyektifitas, dan (iv) Sikap Profesional; (b) Standar Uji

berhubungan dan bergantung satu dengan lainnya, harus dilandasi oleh prinsip 'keterbukaan'³⁵⁵ dan 'materialitas,'³⁵⁶ terutama pada bagian Standar Uji Tuntas, Standar Laporan Uji Tuntas, dan Standar Pendapat Hukum.

D. Fungsi *Legal audit*.

Legal audit dikembangkan sebagai respon terhadap meningkatnya kebiasaan umum dari para pelaku bisnis dan individu sebagai usaha tindakan hukum, untuk menyelesaikan suatu sengketa sehingga dapat menghindari borosnya biaya dan proses pengadilan yang berlarut-larut, dengan menggunakan beberapa konsep atau teknik penanganan pencegahan.³⁵⁷ Bila dilihat dari awal mula timbulnya *legal audit* maka fungsi dari *legal audit* pada umumnya merupakan bahan rujukan bagi tindakan selanjutnya. Dalam perkembangannya, *legal audit* terkait dengan suatu pendapat hukum (*legal opinion*) dimana agar dapat dikeluarkan sebuah *legal opinion* maka sebelumnya harus dilaksanakan dahulu *legal audit* terhadap dokumen-dokumen hukum yang terkait dengan obyek *audit*.

Menurut Keputusan HKHPM No.01/HKH/1995 tanggal 30 Maret 1995 fungsi *legal audit* dalam pasar modal adalah untuk memenuhi salah satu persyaratan perseroan terbatas menjadi perseroan terbatas terbuka agar dapat masuk pasar modal memenuhi prinsip keterbukaan di pasar modal. Sementara

Tuntas yang mencakup (i) perencanaan, (ii) pelaksanaan, (iii) pengawasan, (iv) materi uji tuntas, dan (v) penyimpanan dokumen uji tuntas, (c) Standar Laporan Uji Tuntas, (d) Standar Pendapat Hukum, dan (d) Kode Etik.

³⁵⁵ Dalam menerapkan Prinsip Keterbukaan, uji tuntas dilakukan untuk memenuhi prinsip keterbukaan di pasar modal agar kepentingan publik terlindungi. Dalam konteks ini Konsultan Hukum harus mengungkapkan adanya pelanggaran, kelalaian, ketentuan-ketentuan yang tidak lazim dalam dokumen korporasi, informasi atau fakta material lainnya yang dapat menimbulkan resiko bagi Perusahaan (butir 130 angka 11 Standar Profesi HKHPM)

³⁵⁶ Dalam menerapkan Prinsip Materialitas, Uji Tuntas dilakukan dengan memperhatikan prinsip materialitas yaitu informasi atau fakta material yang relevan mengenai peristiwa, kejadian, atau fakta yang dapat mempengaruhi harga Efek pada Bursa Efek atau keputusan pemodal, calon pemodal atau pihak lain yang berkepentingan atas informasi atau fakta tersebut. Materialitas atas materi Uji Tuntas harus dilihat dari pengaruhnya terhadap operasional atau kelangsungan usaha dari Perusahaan. Konsekwensi logis dari prinsip itu, Konsultan Hukum harus menggunakan pertimbangan profesionalnya dalam melihat materialitas dari materi Uji Tuntas agar pelaksanaan prinsip keterbukaan di pasar modal harus dicapai. (butir 130 angka 12 Standar Profesi HKHPM)

³⁵⁷ "The *Legal audit*," <<http://www.bddc.com/lawyers/legalaudit.htm>>, diakses pada tanggal 18 Desember 2001.

dalam butir 100 angka (03) Standar Profesi HKHPM, dinyatakan bahwa Pendapat hukum diperlukan guna menjelaskan kondisi atau keadaan suatu perusahaan dilihat dari segi hukum, misalnya sejauhmana perusahaan telah menaati ketentuan anggaran dasarnya dan peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam menjalankan kegiatan usahanya, mengenai perikatan-perikatan yang material yang dilakukan oleh perusahaan, aset-aset material yang dimiliki oleh Perusahaan maupun hal-hal penting lainnya sesuai dengan transaksi yang dilakukan.

Senada dengan fungsi *legal audit* dalam pasar modal, dalam lingkup penyelenggaraan suatu sistem elektronik untuk publik, sepatutnya tidak dengan begitu saja suatu sistem elektronik dikatakan layak dipercaya untuk kepentingan publik, karena demi kepentingan publik juga sepatutnya para profesional memeriksa keberadaan sistem elektronik tersebut apakah selayaknya dapat dipercaya "*trustworthy*".

Dari sisi hukum, hal tersebut sangat diperlukan agar sebagai suatu informasi yang dihadirkan di pengadilan dapat dipertanggung jawabkan validitasnya, sebagaimana layaknya informasi dari suatu subyek hukum yang menawarkan *capital gain* kepada para investornya. Meskipun suatu sistem elektronik secara tehnik dan manajemen telah diaudit, namun bila ternyata keberadaan sistem elektronik tersebut bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku, maka sistem elektronik tersebut tentunya juga tetap tidak layak dipercaya. Selain sistem elektronik tersebut akan lemah kekuatannya, sistem tersebut juga rentan akan permasalahan hukum yang dapat menimbulkan dampak hukum yang besar kepada publik.

E. Tujuan *Legal audit*.

Tujuan *legal audit* secara umum adalah adanya keterbukaan (*disclosure*) informasi di mana hal ini dikaitkan dengan penekanan jaminan keabsahan (*legalitas*) obyek terkait, dalam hubungannya dengan pihak ketiga. Sedangkan tujuan *legal audit* dalam pasar modal menurut Standar Konsultan Hukum Pasar Modal adalah untuk menyajikan fakta-fakta hukum mengenai emiten secara utuh dan menyeluruh tanpa ada fakta yang bersifat materil yang ditutupi (*full*

disclosure), sedemikian rupa sehingga pihak investor atau *bondholders* terjamin memperoleh informasi yang akurat (tidak menyesatkan).³⁵⁸

Demikian pula halnya dengan pemeriksaan hukum terhadap sistem elektronik selain meningkatkan kekuatan pembuktian atas informasi elektronik sebagai output-nya, hal tersebut juga ditujukan untuk mengungkapkan informasi secara materiil sepatutnya diungkapkan kepada masyarakat (keterbukaan informasi) berkenaan dengan resiko atas penggunaan sistem elektronik tersebut secara materiil. Sungguh tidak adil untuk para pengguna sistem elektronik, jika mereka harus menanggung seluruh resiko yang tidak diketahui oleh mereka sebelumnya. Dari sisi perlindungan konsumen, hal itu jelas melanggar hak konsumen atas keamanan dan kenyamanan dalam mengkonsumsi suatu produk, selain hak untuk mendapatkan informasi secara jelas.

Lebih jauh lagi, dalam perspektif hukum kontrak, ketidakjelasan informasi dari suatu resiko yang melekat pada suatu produk, sesungguhnya dapat dikatakan adalah wujud dari tidak terpenuhinya syarat obyektif tentang hal tertentu, yang konsekwensinya akan mengakibatkan batalnya hubungan hukum tersebut. Sementara pada sisi yang lain, sebagaimana telah diuraikan dalam bab sebelumnya tentang penerapan PMH dalam bidang TI, khususnya tentang tanggung jawab produk (*strict product liability*) ataupun tanggung jawab atas kelalaian. Oleh karena itu, dapatlah dikatakan bahwa kesadaran akan perlunya *legal audit* sesungguhnya adalah kesadaran terhadap adanya kewajiban untuk mencegah resiko (tindakan proaktif) sebagai bentuk tanggung jawab *ex-ante liability* sebagaimana konsep keadilan *interactive justice* yang telah dikemukakan Richard Wright.

Dikaji lebih lanjut, khususnya dalam konteks pengembangan suatu *software*, meskipun telah ada model teknis dan manajemen yang dikembangkan untuk melakukan pengembangan dan penilaian (CMMI-Capability Maturity Model Integration) ataupun standar teknis untuk itu (ISO-15504), namun secara kualitatif hal tersebut tetap saja harus ditunjang oleh suatu *legal audit* untuk mencegah terjadinya klaim dari pihak ketiga atau dari administrasi negara yang menggunakan produk *software* tersebut.

³⁵⁸ Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal, *Op. cit.*

The ever increasing importance of software systems in all economic and social sectors implies an important increment of legal aspects in the software lifecycle. An adequate management of such risk can increment the possibility of failure of a project, for example, not having a clear ownership of the product when the product has been developed by a third party, other cases can related to legal claims by third-parties or even public administration

In all software projects, a proper management of legal activities is a key area for successful project. It will mitigate legal risk associated to the project and also it will increment its quality (a project with legal or potential conflicts is a serious defect in term of quality). However, the most important process improvement and assessment models such as (CMMI or ISO 15504) do not include legal audit processes to manage during the software development lifecycle legal activities. Neither, current practices in industry do manage such issues properly .³⁵⁹

F. Waktu Pelaksanaan *Legal audit*

Pada dasarnya kapan suatu *Legal audit* diperlukan atau bahkan harus dilakukan, adalah tergantung apabila timbul salah satu keadaan dari 2 (dua) hal berikut ini, yaitu :

1. Adanya kewajiban untuk melakukan suatu *legal audit*.

Dalam hal ini, tidak diperhitungkan apakah *legal audit* yang dilakukan menguntungkan atau tidak, ada manfaatnya atau tidak bagi subyek yang bersangkutan.

Contoh: dilakukannya *legal audit* terhadap perusahaan yang akan *go public* sebagaimana disyaratkan dalam pasar modal.

2. Adanya kebutuhan untuk melakukan suatu *legal audit*.

Dalam hal ini, *legal audit* yang dilakukan tidak berdasarkan pada suatu kewajiban karena telah ditetapkan dalam suatu ketentuan perundang-undangan. Kebutuhan karena suatu perjanjian ataupun kesadaran subyek hukum yang bersangkutan-lah yang menyebabkan dilakukannya *legal audit*. Biasanya subyek hukum yang bersangkutan merasa akan mendapat lebih banyak keuntungan dengan melakukan *legal audit*.

Selain itu dimungkinkan juga dilakukan *legal audit* apabila terdapat tujuan atau alasan tertentu yang mengharuskan dilakukannya suatu *legal audit*. Dalam konteks terwujudnya sistem elektronik yang layak dipercaya ditambah lagi

³⁵⁹ Ricardo Rejas .et.al., *The Legal audit Process in the Software Development Lifecycle: A Way to Manage Legal Risk in Software Projects*. (tanpa tahun).

dengan kepentingan untuk menjelmakan Infrastruktur Informasi Nasional yang baik, maka menurut hemat penulis keberadaan suatu sistem elektronik selayaknya diaudit agar informasinya dapat bernilai secara baik sebelum terjadinya suatu perkara maupun setelah terjadinya suatu perkara.

Legal audit sebelum terjadinya perkara sangat dibutuhkan untuk menentukan apakah sistem elektronik yang bersangkutan sepatutnya layak dipercaya oleh masyarakat, sedangkan *legal audit* setelah terjadinya perkara adalah untuk menentukan apakah sistem elektronik tersebut telah berjalan sebagaimana mestinya sehingga validitas informasinya tidak dapat dibantah lagi dan bernilai secara hukum untuk dijadikan barang bukti, perluasan alat bukti (Petunjuk atau Surat), atau sebagai alat bukti lain (dokumen elektronik).

G. Subyek *Legal audit* (Pemeriksaan Hukum)

Pihak yang menjadi subyek dalam *legal audit* disebut *auditor* atau pemeriksa. Subyek dalam *legal audit* adalah satu orang atau lebih yang ahli dalam bidang hukum dan terikat penyataannya sebagai suatu profesi, yang diminta dan diberikan kewenangan oleh klien (subyek hukum yang diperiksa) untuk melakukan *legal audit*.

Kewenangan tersebut termasuk wewenang untuk mengetahui dan mengakses semua dokumen perusahaan serta melakukan tindakan-tindakan yang sekiranya diperlukan sehubungan dengan dilakukannya *legal audit*. Di akhir *legal audit*, *legal auditor* akan memberikan hasil dari *legal audit* yang sudah dilaksanakan dan memberikan pernyataan hukum profesional (*legal opinion*) atau juga dapat berupa rekomendasi berdasarkan hasil dari pemeriksaan tersebut.

Umumnya, Pihak yang diperiksa dalam *legal audit* adalah subyek hukum yang berbentuk badan hukum (seperti antara lain; perseroan terbatas, koperasi dan yayasan) yang membutuhkan *legal audit*, namun semestinya dalam arti luas juga tidak menutup kemungkinan untuk subyek hukum yang berbentuk pribadi kodrati atau subyek hukum yang bersifat Quasi Pemerintah (Perusahaan Yang Merupakan Penjelmaan dari *Public Private Partnership*). Hal mana akan sangat tergantung kepada kepentingan untuk melakukan *legal audit* itu sendiri.

Menurut Keputusan Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal Indonesia No. KEP 01/HKH/1995 Tanggal 30 Maret 1995, *auditor* atau pemeriksa adalah seorang konsultan hukum atau asistennya yang memiliki wewenang untuk melakukan *legal audit*.³⁶⁰ Dengan kata lain maka *auditor* adalah seseorang atau pihak yang ahli dalam bidang hukum yang memiliki wewenang untuk melakukan *legal audit* terhadap suatu perusahaan.

Sementara itu dalam perkembangannya dewasa ini, tampaknya berkembang lagi suatu profesi baru untuk pemeriksaan khusus untuk sistem informasi yakni *IS Auditor*, dengan wadah-wadah asosiasi profesi yang mereka bentuk dan standard-standard pemeriksaan yang telah mereka kembangkan (contoh ISACA) dan telah diterima oleh komunitas TI. Berbarengan dengan itu, tumbuh juga para profesional yang menyatakan dirinya sebagai konsultan TI, dimana keberadaannya dalam Klasifikasi Lapangan Usaha dikategorikan sebagai jasa di bidang TI.

Jika dicermati lebih lanjut, keberadaan profesi baru tersebut akan sangat membingungkan bagi publik, terutama dari segi pertanggung jawabannya secara profesional. Himpunan ataupun asosiasi profesi tersebut belum terbentuk dan belum ada standar ethic (*code of conduct/practice*) dan standar kompetensi yang diakui, diterima atau disahkan oleh instansi yang berwenang untuk itu. Dari sudut pandang hukum, tidak mungkin seorang auditor yang berprofesi nonhukum meskipun ia seorang konsultan TI atau mungkin seorang konsultan manajemen, ternyata memberikan pendapat hukum tentang pernyataan bahwa sistem elektronik tertentu telah sesuai dengan hukum yang berlaku, padahal pernyataan tersebut semestinya harus dinyatakan oleh seorang profesional hukum yang *independent*.

H. Obyek *Legal audit*

Dalam melakukan suatu *legal audit*, ada hal-hal tertentu yang pada umumnya selalu di-*audit* yang dalam bahasa hukum dikenal dengan obyek *legal audit*. Obyek dari *legal audit* adalah hal-hal yang harus diperiksa dalam suatu

³⁶⁰ *Ibid.*

legal audit. Dengan melihat jenis-jenis pendekatan pemeriksaan yang diatur dalam Keputusan HKHPM No.KEP 01/HKH/1995 tanggal 30 Maret 1995 dalam Bab III mengenai Tata Cara Pemeriksaan, maka pemeriksaan tersebut akan mencakup (i) pemeriksaan fisik, (ii) pemeriksaan dokumen dan (iii) pemeriksaan penelusuran informasi.

Lebih lanjut dapat dijelaskan bahwa Pemeriksaan fisik adalah pemeriksaan langsung terhadap suatu obyek yang dilakukan secara langsung untuk meyakini kebenarannya ataupun keberadaannya. Sementara pemeriksaan terhadap dokumen dilakukan dengan berdasarkan atas dokumen yang berkaitan dengan obyek pemeriksaan tersebut yang tentunya harus diteliti dan dianalisa keabsahan dokumen untuk menentukan validitas informasinya. Demikian pula halnya terhadap pemeriksaan informasi yang dilakukan atas suatu informasi yang diperoleh oleh pemeriksa, dimana ia harus meyakini kebenaran informasi tersebut dan selayaknya melakukan penelusuran sekiranya hal tersebut diperlukan.

H.1. Obyek *Legal audit* Berdasarkan Standar Pemeriksaan Yang Dibuat oleh Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal

Pada umumnya, hal-hal yang sekurang-kurangnya menjadi obyek dalam *legal audit* berdasarkan Keputusan HKHPM No.KEP.01/HKH/1995 yang kemudian telah dicabut dan diperbaiki oleh Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal dengan Keputusan HKHPM No.KEP.01/HKHPM/2005 tentang Standar Profesi Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal tanggal 18 Pebruari 2005 ("Standar Profesi HKHPM"), mencakup antara lain :

1. Anggaran Dasar Emiten berikut segala perubahannya
 - a. Akta Pendirian Emiten
 - b. Seluruh perubahan akta pendirian
2. Permodalan dan saham.

Termasuk disini adalah jumlah modal dasar, modal ditempatkan, modal disetor, jenis saham, buku daftar saham, susunan pemilik saham pada saat dikeluarkannya laporan *legal audit*, riwayat permodalan dan kepemilikan saham serta perubahan-perubahannya, dan bukti tentang penyetoran modal, pengendalian terhadap *emiten*. Namun apabila perusahaan tersebut

merupakan perusahaan non publik, maka yang diperiksa hanya jumlah modal dan riwayat permodalan termasuk perubahan struktur dan penyeteroran modal.

3. Direksi dan Dewan Komisaris

- a. Keabsahan Direksi dan Dewan Komisaris yang sedang menjabat
- b. Status Kewarganegaraan
- c. Keterangan mengenai apakah anggota Direksi dan Dewan Komisaris tersangkut atau tidak dalam perkara:pidana, perdata, perburuhan atau *arbitrase*.

4. Izin-izin dan Persetujuan

- a. Perlu dilihat apakah izin atau persetujuan yang diberikan kepada emiten sudah lengkap atau tidak
- b. Izin-izin tersebut antara lain, izin usaha, izin undang-undang gangguan, izin lokasi, izin Mendirikan Bangunan (IMB), Izin Penggunaan Bangunan (IPB), Izin untuk pabrik, AMDAL, izin pengolahan limbah, pendaftaran tentang produk, tanda daftar perusahaan
- c. NPWP dan Nomor Pengusaha Kena Pajak

5. Aset

Pemeriksaan terhadap aset baik berwujud maupun tidak berwujud antara lain meliputi:

- a. Tanah, yang harus diperiksa adalah bukti kepemilikan, jenis hak atas tanah, letak, luas tanah dan tanggal berakhir hak tersebut.
- b. Bangunan-bangunan.
- c. Pemilikan saham pada perusahaan lain yang dibuktikan dengan sertifikat saham atau pencatatan dalam buku daftar pemegang saham perusahaan tersebut.
- d. Hak Milik Intelektual (*Intellectual Property Rights*), seperti hak merek, hak cipta, dan hak paten.
- e. Mesin-mesin dan peralatan serta kendaraan bermotor.

6. Asuransi

Untuk menjaga agar tidak terjadi kerugian dikemudian hari apabila terjadi hal-hal yang tidak diinginkan seperti kebakaran, kerusakan-kerusakan yang

berat, banjir dan lain sebagainya sesuai kesepakatan, maka biasanya perusahaan mengasuransikan aset-aset mereka yang berharga. Yang diperiksa dalam *legal audit* adalah polis asuransi dari tiap-tiap barang yang diasuransikan. Yang akan dilihat adalah:

- a. Jenis asuransi.
- b. Pihak yang mengasuransikan (tertanggung).
- c. Obyek yang diasuransikan, dengan mengetahui obyek yang diasuransikan maka dapat dengan jelas diketahui benda atau aset apa saja yang diasuransikan.
- d. Jumlah pertanggungan, dengan mengetahui jumlah pertanggungan maka dapat diketahui berapa yang harus dibayar oleh pihak asuransi apabila terjadi hal-hal yang menimbulkan kerugian yang sesuai dengan klasula dalam perjanjian asuransi antara pihak asuransi dengan pihak yang mengasuransikan.
- e. Jangka waktu asuransi dan tanggal berakhirnya, dengan diketahui tanggal berlaku serta berakhirnya asuransi maka dapat diketahui masa berlakunya asuransi tersebut.

7. Ketenagakerjaan.

Yang harus di-*audit* dalam masalah ketenagakerjaan antara lain adalah sebagai berikut:

- a. Bukti pendaftaran tenaga kerja perusahaan
- b. Kesepakatan Kerja Bersama (KKB) atau Peraturan Perusahaan
- c. Penggunaan tenaga kerja asing. Jaminan Sosial karyawan dan keikutsertaan dalam program jaminan sosial tenaga kerja (JAMSOSTEK)
- d. Unit Serikat Pekerja Seluruh Indonesia (SPSI)
- e. Koperasi Karyawan
- f. Program Pensiun
- g. Pemenuhan ketentuan Upah Minimum Regional(UMR)
- h. Izin-izin Khusus bidang ketenagakerjaan (misalnya untuk mempekerjakan karyawan dimalam hari)

8. Penyertaan pada perusahaan lain

9. Perjanjian-perjanjian.

Perjanjian-perjanjian yang harus diaudit disini antara lain:

- a. Perjanjian pinjaman
- b. Perjanjian kerjasama atau usaha patungan
- c. Perjanjian penggunaan merek
- d. Perjanjian lisensi
- e. Perjanjian distribusi atau keagenan
- f. Perjanjian bantuan teknik
- g. Perjanjian pemasokan bahan baku

10. Perjanjian-perjanjian dalam rangka emisi efek

11. Perkara

Jika ada perkara, maka harus diperiksa baik itu substansinya maupun prosedur hukumnya. Walaupun pada akhirnya subyek hukum yang bersangkutan terbukti tidak bersalah, tetap saja akan mengurangi kredibilitas dari subyek hukum tersebut. Termasuk disini yang harus diaudit adalah apakah perusahaan tersebut, anggota Direksi, atau anggota Komisaris terlibat atau tidak dalam suatu perkara atau sengketa baik perkara pidana, perdata, tata usaha negara, perburuhan, *arbitrase*, perpajakan atau perkara lainnya.

Berkenaan dengan standar tersebut di atas, ada satu catatan penting yang harus ditarik dalam penelitian ini bahwa standar tersebut belum menyentuh kepada validitas hukum terhadap eksistensi suatu sistem elektronik sebagai asset perusahaan. Dengan kata lain, jika ternyata ada suatu perusahaan yang bergerak di bidang perdagangan via internet yang telah menawarkan sahamnya pada pasar modal, sebenarnya belum dapat dikatakan telah diaudit secara sempurna oleh para profesional hukum, karena standar pemeriksaannya tidak melihat bagaimana suatu sistem informasi dapat dikatakan valid secara hukum.

Satu pertanyaan yang paling mudah adalah apakah konsultan hukum telah memeriksa apakah program komputer yang digunakan dalam sistem elektronik tersebut telah secara sah digunakan (*licensed*) ataukah tidak? Atau sekiranya dikembangkan secara swakelola oleh perusahaan itu, apakah kepemilikan hak cipta atas sistem tersebut telah sah sehingga dapat dibukukan sebagai aset

perusahaan. Sementara dalam prakteknya program yang tidak secara sah digunakan akan mempunyai resiko yang lebih besar untuk terkena virus ketimbang yang diperoleh secara sah. Demikian pula jika kepemilikan Hak Cipta atas program ternyata tidak jelas, maka program komputer yang terpasang pada sistem elektronik tersebut tidak dapat dimasukkan sebagai aset.

Selain itu, konsultan hukum kemungkinan besar juga tidak memeriksa apakah orang-orang yang bertanggung jawab terhadap Sistem Informasi adalah orang yang layak dipercaya, padahal pengrusakan sistem lebih banyak datang dari kalangan orang dalam. Sejauhmana si pengelola sistem bertanggung jawab sekiranya terjadi kegagalan sistem yang terbukti sangat merugikan bagi para pengguna sebagai konsumen sistem tersebut.

Berdasarkan beberapa contoh pertanyaan di atas dan berdasarkan point-point yang disebutkan dalam standar pemeriksaan hukum pasar modal, maka dapat disimpulkan bahwa pemeriksaan hukum terhadap sistem informasi belum dilakukan dengan semestinya.

Dalam lingkup *legal audit* terhadap sistem informasi, paling tidak hal yang harus diaudit tidak hanya terhadap status subyek hukumnya dan aktivitas pemiagaannya saja, melainkan juga sepatutnya sistem elektronik itu sendiri. Hal ini berarti bahwa audit tersebut sepatutnya mencakup (i) keberadaan semua komponen sistemnya (*hardware, software, procedures, brainware, network*, dan informasi itu sendiri), (ii) keberadaan fungsi-fungsi yang dikembangkan (yakni; fungsi input, proses, storage, communication dan output), dan (iii) bagaimana perancangan dan pengembangan desain/rancangan sistem apakah sudah sesuai dengan karakteristik organisasi dan manajemen yang berlaku sehingga dapat dikatakan bahwa penerapan teknologi informasi mampu menciptakan nilai, kegunaan dan efisiensi sebagaimana yang telah ditentukan.

Khusus terhadap aspek perancangan atau desain, konsultan hukum/*legal auditor* juga harus melihat sejauhmana sistem telah dikembangkan secara layak (baik *logical design* maupun *physical design*). Selanjutnya juga perlu dilihat apakah sistem tersebut telah diimplementasikan dan dioperasikan serta dipelihara sebagaimana mestinya. Dengan kata lain *legal audit* tersebut tetap memperhatikan juga bagaimana sisi teknis dan manajemen dari sistem elektronik itu sendiri,

selain dari sisi hukum itu sendiri tentunya. Dalam hal ini, berarti laporan pemeriksaan dari sisi teknis dan manajemen selayaknya harus dipertemukan dengan catatan hasil pemeriksaan dari sisi hukum terhadap keberadaan sistem elektronik tersebut, sehingga hal tersebut akan mencakup sejauhmana perjanjian pengembangan dan pengimplementasian sistem tersebut dilakukan dengan baik, sehingga dapat dilihat apakah pembangunan suatu sistem sesuai dengan tujuan pembangunannya, serta dapat ditemukan sejauh mana hak dan kewajiban para pihak sekiranya terjadi kegagalan sistem. Kegagalan dalam penerapan tersebut merupakan adanya penghamburan dana atau setidaknya sistem menjadi tidak sebagaimana yang diperjanjikan.

Lebih lanjut, jika hal tersebut ditemukan dengan paradigma telematika/cyberspace, maka *legal audit* terhadap sistem elektronik yang diinteraksikan dalam sistem informasi elektronik global (internet), setidaknya harus mencakup (i) *content audit*, (ii) *computing audit*, (iii) *communication audit* dan (iv) *community audit*. Artinya jika sistem informasi tersebut terkoneksi dengan jaringan sistem komputer global (inter-network) maka ia akan mencakup juga keberadaan sistem telekomunikasi itu sendiri sesuai dengan keberadaan komponen-komponennya sebagai suatu sistem komunikasi yang aman (*secured communication*) yang harus memenuhi unsur-unsur (i) *authority*, (ii) *authenticity*, (iii) *confidentiality* jika sistem informasi itu bersifat privat, atau *availability* jika sistem informasi tersebut bersifat publik, (iv) *integrity*, dan (v) tidak dapat ditampik (*non-repudiation*).

H.2. Obyek *Legal audit* Berdasarkan COBIT

Audit berdasarkan *Control Objective for Information and Related Technology* (COBIT) yang dipublikasikan oleh *Information System Audit and Control Association* (ISACA) telah mengalami tiga kali revisi 1996, 1998 dan 2000. COBIT telah menyajikan suatu kerangka kendali TI yang secara internasional dan secara umum diterima yang membuat organisasi-organisasi menjadi dapat mengimplementasikan Struktur Tata Kelola TI (*IT Governance Structure*) kedalam perusahaan, dimana COBIT mengajukan suatu fokus proses dan proses kepemilikan.

COBIT presents an international and generally accepted IT control framework enabling organisations to implement IT Governance Structure throughout the enterprise. COBIT promotes a process focus and process ownership.

Selanjutnya COBIT juga telah memperkenalkan beberapa kriteria (*COBIT'S Information Criteria*)³⁶¹ dengan mengacu kepada kualitas, penjaminan dan persyaratan sistem pengamanan, sebagaimana dinyatakan dibawah ini.

To satisfy business objectives, information needs to conform to certain control criteria, which COBIT refers to as business requirements for information. Based on the broader quality, fiduciary and security requirements, seven distinct, certainly overlapping, information criteria are defined as follows:

- *Effectiveness deals with information being relevant and pertinent to the business process as well as being delivered in a timely, correct, consistent and usable manner.*
- *Efficiency concerns the provision of information through the optimal (most productive and economical) use of resources.*
- *Confidentiality concerns the protection of sensitive information from unauthorised disclosure.*
- *Integrity relates to the accuracy and completeness of information as well as to its validity in accordance with business values and expectations.*
- *Availability relates to information being available when required by the business process now and in the future. It also concerns the safeguarding of necessary resources and associated capabilities.*
- *Compliance deals with complying with those laws, regulations and contractual arrangements to which the business process is subject, i.e., externally imposed business criteria, as well as internal policies.*
- *Reliability relates to the provision of appropriate information for management to operate the entity and exercise its fiduciary and governance responsibilities.*

Lebih lanjut, dalam sesi ME3 dari COBIT juga dikemukakan audit terhadap kepatuhan hukum atau regulasi yang ada (*ME3 Ensure Regulatory Compliance*)³⁶² sebagai berikut:

ME3.1 Identification of Laws and Regulations Having Potential Impact on IT

Define and implement a process to ensure timely identification of local and international legal, contractual, policy and regulatory requirements related to information, information service delivery—including third-party services—and the IT organisation, processes and infrastructure. Consider laws and regulations for electronic commerce, data flow, privacy, internal controls,

³⁶¹ IT Governance Institute, *COBIT 4.0.*, 12.

³⁶² Ibid

financial reporting, industry-specific regulations, intellectual property and copyright, and health and safety.

ME3.2 Optimisation of Response to Regulatory Requirements

Review and optimise IT policies, standards and procedures to ensure that legal and regulatory requirements are covered efficiently.

ME3.3 Evaluation of Compliance With Regulatory Requirements

Efficiently evaluate compliance with IT policies, standards and procedures, including legal and regulatory requirements, based on business and IT management's governance oversight and operation of internal controls.

ME3.4 Positive Assurance of Compliance

Define and implement procedures to obtain and report positive assurance of compliance and, where necessary, that corrective actions have been taken by the responsible process owner on a timely basis to address any compliance gaps. Integrate IT reporting on compliance progress and status with similar output from other business functions.

ME3.5 Integrated Reporting

Integrate IT reporting on regulatory requirements with similar output from other business functions.

(garis bawah berasal dari penulis)

H.3 Obyek Legal audit berdasarkan Etika Sistem Informasi

Sesuai dengan etika dalam Sistem Informasi, yakni *Privacy*, *Accuracy*, *Property* dan *Accessibility*, maka Pemeriksaan terhadap Sistem Informasi perlu memperhatikan bagaimana kaedah-kaedah etika tersebut diterapkan dalam penyelenggaraan suatu sistem elektronik.

Terhadap kepentingan *Privacy*, maka *legal auditor* harus memperhatikan keberlakuan hukum tentang Privasi dan Perlindungan Data berdasarkan sistem hukum Indonesia sebagaimana telah diuraikan dalam bab sebelumnya, yakni antara lain ketentuan hukum tentang Privasi yang tersebar dalam (i) UU-HAM, (ii) UU Pers cq Kode Etik Jurnalistik, (iii) UU-Penyiaran cq Standar Program Siaran, (iii) UU-Telekomunikasi, (iv) UU-ITE, dan (v) UU-KIP, serta (vii) UU Perlindungan Konsumen.

Selain itu, *legal auditor* harus memperhatikan keberlakuan hukum kontrak tentang *Privacy Agreement* berdasarkan 1320 KUHPerdara, sehingga dengan sendirinya auditor harus mencermati apakah *Privacy Statement* yang

dikemukakan telah sesuai dengan semua kaedah-kaedah hukum yang ada pada semua UU tersebut.

Berikutnya, terkait dengan *Accuracy*, *legal auditor* harus memperhatikan laporan hasil pemeriksaan auditor lain yang non-hukum, dimana mereka melakukan pengauditan dari sisi performansi teknologi dan manajemen dalam organisasi itu sendiri. Dalam konteks ini, *legal auditor* hanya menyesuaikan catatan berdasarkan temuan auditor non-hukum tersebut.

Selanjutnya, terkait dengan *Property*, *legal auditor* harus memperhatikan bagaimana perlindungan hukum terhadap isu kepemilikan terhadap keberadaan komponen-komponen yang digunakan dalam sistem informasi. Dalam konteks ini, *legal auditor* harus memperhatikan bagaimana penguasaan dan pemilikan terhadap benda yang tidak hanya materil (barang bergerak) melainkan yang immateril (hak cipta).

Akhirnya, terkait dengan *Availability*, *legal auditor* harus memperhatikan sifat dari muatan informasi itu sendiri apakah bersifat rahasia atautkah informasi publik. Jika bersifat rahasia, maka perlu diperhatikan apakah si penyelenggara telah melakukan sarana untuk perlindungan kerahasiaan tersebut. Sebaliknya jika itu merupakan informasi publik, maka penyelenggara harus menjamin bahwa informasi yang disampaikan harus jelas, lengkap dan benar atau tidak menyesatkan.

H.4. Obyek *Legal Audit* berdasarkan Kombinasi BS 7799 dan ISO 17799 atau ISO 27002 tentang *Code of Practice for Information Security Management*

Sebagaimana telah dijelaskan dalam bab-bab sebelumnya, bahwa berdasarkan *British Standard Code of Practice* yang diterbitkan oleh British Standards Institute (DISC PC0008-1999 "*A Code of Practice for Legal Admissability of Information Stored on Electronic Document Management System*") dan BS 7799, terdapat lima hal yang menjadi syarat agar suatu informasi elektronik mempunyai kekuatan pembuktian yang merupakan tolok ukur penerapan IT Governance, yakni: (i) mengenali jenis-jenis informasi apakah bersifat terbuka atau tertutup (*recognize all types of information*); (ii) memahami isu-

isu hukum penting yang terkait dengan kewajiban dan tanggung jawab untuk melakukan kehati-hatian (*understand the legal issues and execute "duty of care" responsibilities*); (iii) identifikasi dan menspesifikasikan proses bisnis dan prosedur yang diperlukan (*identify and specify business process and procedures*); (iv) identifikasi dan memberdayakan teknologi yang sesuai untuk mendukung bisnis dan prosedur tersebut (*Identify enabling technologies to support business process and procedures*), dan (v) mengembangkan prosedur untuk pengawasan dan audit (*monitor and audit procedures*).

Sementara berdasarkan dokumen standar ISO 17799 terdapat ketentuan khusus yang membahas tentang pemeriksaan terhadap sisi kepatuhan hukum (*compliance*), yang bertujuan untuk menghindari pelanggaran atas setiap hukum, undang-undang, peraturan atau kewajiban kontraktual, dan atas setiap persyaratan keamanan. Rancangan, pengoperasian, penggunaan dan pengelolaan (manajemen) suatu sistem informasi dapat menjadi subjek dari undang-undang, peraturan dan persyaratan keamanan kontraktual. Saran mengenai persyaratan hukum spesifik harus diupayakan dari penasehat resmi organisasi, atau praktisi hukum yang memenuhi syarat. Persyaratan perundang-undangan berbeda-beda dari satu negara ke negara lainnya dan dapat berbeda pula terhadap persyaratan informasi yang dapat dikirimkan dari suatu negara ke negara lainnya (*transborder data flow*).

Secara garis besar, standar ISO 17799 menguraikan beberapa hal yang diperlukan untuk melihat kepatuhan hukum tersebut, yakni: (i) identifikasi atas undang-undang yang dapat diterapkan; (ii) pengenalan dan perlindungan Hak Kekayaan Intelektual (HKI); (iii) perlindungan catatan organisasi; (iv) perlindungan data dan privasi dari informasi pribadi; dan (iv) kewajiban pencegahan penyalahgunaan fasilitas pengolahan informasi.

Dalam hal pengidentifikasian Undang-Undang, perlu dikembangkan sistem kendali yang dapat mengidentifikasi kewajiban-kewajiban yang harus dipatuhi berdasarkan peraturan perundang-undangan yang terkait serta kewajiban kontraktual yang relevan, berikut pendekatan organisasional untuk memenuhi persyaratan-persyaratan hukum tersebut yang harus ditetapkan secara eksplisit, didokumentasikan dan harus tetap *up to date* bagi setiap sistem informasi dan organisasinya.

Dalam hal Hak kekayaan intelektual (HKI), perlu dikembangkan sistem kendali yang memuat prosedur yang tepat dan harus diterapkan untuk memastikan

kesesuaiannya dengan persyaratan perundang-undangan dan kewajiban kontraktual mengenai penggunaan semua materi-materi yang berkaitan erat dengan perlindungan HKI, baik konten maupun produk perangkat lunak yang digunakan (baik yang bersifat *proprietary dengan bentuk lisensi privat yang dilakukan dengan pola kode sumber tertutup* maupun yang bersifat *open source atau kode sumber terbuka yang dilakukan dengan bentuk lisensi publik*). Kesemuanya harus digunakan sesuai dengan kondisi-kondisi yang ditetapkan dalam perjanjian lisensinya masing-masing.

Untuk menjamin hal tersebut, diperlukan suatu IT Policy yang memperlihatkan komitmen untuk menghargai HKI (mencakup hak moral dan hak ekonomis) yang dapat dibuktikan dengan sistem registrasi aset yang baik selain bukti kepemilikan atas sertifikat lisensi yang orisinal, master disk, manual dan sebagainya. Organisasi perlu menerapkan kendali-kendali untuk memastikan bahwa setiap jumlah maksimum pengguna yang diijinkan dari suatu program yang telah dipasang (*install*) tidaklah melebihi dari batasan yang ditetapkan dalam perjanjian lisensi dengan menggunakan *audit tool* yang tepat. Jika perangkat lunak yang dipergunakan dikembangkan sendiri secara *in-house*, hal tersebut harus dilakukan sesuai dengan prinsip-prinsip hukum dalam Hak Cipta (hak moral dan hak ekonomis). Selain itu, organisasi juga perlu menyadari bahwa Hak kekayaan intelektual tidak hanya hak cipta perangkat lunak atau dokumen melainkan juga ada hak desain, hak atas merk dagang, paten, dan rahasia dagang. Kesemua jenis HKI tersebut harus terjamin perlindungannya dengan baik untuk mencegah permasalahan perdata dan pidana yang mungkin akan timbul.

Dalam hal perlindungan catatan organisasi, perlu diperhatikan ketentuan hukum tentang kewajiban penyimpanan dokumen berikut masa retensinya. Oleh karena itu perlu dikembangkan sistem kendali yang dapat mengenali dan melindungi catatan-catatan penting yang secara hukum harus dilindungi dari kehilangan, kerusakan, dan pemalsuan, sesuai dengan persyaratan undang-undang, peraturan, kontraktual dan bisnis. Catatan-catatan tersebut harus dikategorikan kedalam jenis catatannya, misalnya catatan akuntansi, catatan database, pembukuan transaksi, pembukuan audit, dan prosedur operasional, masing-masing dengan rincian periode penyimpanan dan jenis media

penyimpanannya, misalnya kertas, microfiche, magnetis, optik. Setiap materi penguncian kriptografis yang terkait dan program-program yang berkaitan dengan arsip dapat dienkripsi dengan *digital signature* yang juga harus disimpan untuk memungkinkan dekripsi dari catatan tersebut selama masa retensi.

Apabila sistem penyimpanan adalah dalam bentuk media penyimpanan elektronik, maka prosedur untuk memastikan kemampuan untuk mengakses datanya (baik kemudahan membaca media dan formatnya) disepanjang periode penyimpanannya harus disertakan pula, untuk menjaga dari kehilangan yang diakibatkan oleh perubahan teknologi di masa depan. Sistem penyimpanan data harus dipilih sedemikian rupa sehingga data-data yang diperlukan dapat diperoleh kembali dalam kerangka waktu dan format yang dapat diterima, tergantung pada kebutuhan yang harus dipenuhinya. Sistem penyimpanan dan penanganan dokumen tersebut harus memastikan identifikasi catatan yang jelas dan juga periode penyimpanannya seperti yang ditentukan oleh undang-undang. Sistem juga harus membolehkan penghancuran catatan *hardcopy* yang telah melampaui masa retensi dan tidak diperlukan lagi oleh pihak organisasi.

Perlu juga diperhatikan bahwa beberapa catatan mungkin saja wajib disimpan secara aman untuk memenuhi persyaratan peraturan perundang-undangan atau kontrak, dan juga untuk mendukung aktivitas bisnis yang sangat penting. Contohnya antara lain adalah catatan yang dapat menjadi bukti bahwa suatu organisasi telah berjalan sesuai aturan hukum, atau demi kepentingan pembuktian sekiranya terjadi perkara. Informasi lebih lanjut tentang pengelolaan catatan organisasi dapat ditemukan dalam dokumen ISO 15489-1.

Dalam hal perlindungan privasi dan data pribadi, perlu dikembangkan sistem kendali bahwa perlindungan dan privasi data harus memenuhi persyaratan sebagaimana dinyatakan dalam undang-undang dan/atau kontrak yang diperjanjikan. Suatu kebijakan perlindungan dan privasi data organisasi (*Privacy Policy*) harus dikembangkan dan diterapkan. Kebijakan ini harus dikomunikasikan ke semua orang yang terlibat dalam pengolahan informasi pribadi. Kesesuaian pada kebijakan ini dan semua undang-undang dan peraturan perlindungan data yang relevan membutuhkan struktur dan kendali manajemen yang tepat. Seringkali hal ini dicapai lewat penunjukan seseorang yang

bertanggungjawab, seperti petugas perlindungan data, yang harus memberikan panduan kepada manajer, pengguna, dan penyedia layanan mengenai tanggungjawab masing-masing serta prosedur spesifik yang harus diikutinya. Tanggungjawab untuk menangani informasi pribadi dan memastikan kepedulian akan prinsip-prinsip perlindungan data tersebut harus ditangani sesuai dengan undang-undang dan peraturan yang relevan. Langkah-langkah teknis dan organisasi yang tepat untuk melindungi informasi pribadi harus diterapkan.

Beberapa negara khususnya dalam regional Eropa telah memiliki konvensi/perjanjian regional tentang proteksi data pribadi (*Data Protection*) yang mempersyaratkan perlunya sistem kendali atas pengumpulan, pengolahan dan pengiriman data pribadi (umumnya informasi mengenai individu hidup yang dapat diidentifikasi dari informasi tersebut). Sesuai karakteristik dari undang-undang nasionalnya masing-masing, sistem kendali seperti itu dapat menjadi beban tugas-tugas bagi para pihak yang mengumpulkan, mengolah, dan menyebarkan informasi pribadi, dan mentransfer data tadi ke negara lain.

Akhirnya, dalam hal kewajiban untuk melakukan pencegahan potensi penyalahgunaan fasilitas pengolahan informasi, perlu dikembangkan sistem kendali bahwa para pengguna harus dihalangi untuk tidak menggunakan fasilitas pengolahan informasi untuk tujuan yang tidak sah atau melawan hukum. Manajemen harus menyetujui penggunaan fasilitas pengolahan informasi. Setiap penggunaan atas fasilitas tersebut untuk tujuan bukan bisnis tanpa persetujuan manajemen atau untuk setiap tujuan yang tak sah, harus dianggap sebagai penggunaan fasilitas yang tidak sah. Apabila setiap aktivitas yang tak sah telah teridentifikasi melalui pengawasan ataupun cara lainnya, maka aktivitas ini harus menjadi perhatian dari masing-masing manajer yang bersangkutan untuk mempertimbangkan tindakan disipliner dan/atau tindakan hukum yang tepat. Nasehat hukum harus diambil sebelum menerapkan prosedur pengawasannya. Semua pengguna harus menyadari cakupan yang sebenarnya dari akses diperbolehkan bagi mereka serta menyadari akan pengawasan yang ada untuk mendeteksi penggunaan yang tak sah.

Hal tersebut dapat dicapai dengan memberi otorisasi tertulis kepada para pengguna dan membuat sebuah salinan perjanjian yang harus ditandatangani oleh

para pengguna dan disimpan dengan aman oleh organisasi. Para karyawan dari suatu organisasi, kontraktor, dan pengguna pihak ketiga harus dijelaskan bahwa tidak ada akses yang diijinkan kecuali yang sudah diberi otorisasi. Untuk itu, pada saat *log-on*, sebuah pesan peringatan harus disajikan untuk mengindikasikan bahwa fasilitas pengolahan informasi yang tengah dimasuki tersebut dimiliki oleh organisasi dan akses yang tak sah tidak akan diijinkan. Pengguna harus mengakui dan bereaksi dengan benar terhadap pesan pada layar tadi untuk meneruskan proses *log-on* tersebut. Fasilitas pengolahan informasi dari suatu organisasi ditujukan terutama atau khusus untuk tujuan bisnis. Deteksi gangguan, pemeriksaan isi, dan alat pengawasan lain dapat membantu mencegah dan mendeteksi penyalahgunaan dari fasilitas pengolahan informasi. Banyak negara telah memiliki undang-undang untuk melindungi penyalahgunaan komputer dimana penggunaan sebuah komputer untuk tujuan yang tak sah dapat dianggap sebagai tindak kriminal. Legalitas dari pengawasan penggunaan tersebut akan berbeda-beda dari setiap negara lain dan dapat mengharuskan manajemen untuk menganjurkan semua penggunanya untuk menghargai pengawasan tadi dan/atau untuk memperoleh persetujuan mereka. Apabila sistem yang tengah dimasuki itu digunakan untuk akses publik (misalnya sebuah *web-server* publik) dan memperoleh pengawasan keamanan, maka sebuah pesan harus ditampilkan untuk memberitahukan hal tersebut.

Terkait dengan beberapa isu hukum tersebut di atas, perlu juga diperhatikan beberapa aspek yang sangat terkait dengan hukum, yakni yang terkait dengan aspek keamanan sistem, mencakup; (i) pemanfaatan kriptografi, (ii) pemenuhan kepatuhan teknis (*technical compliance*), (iii) sistem pengamanan (*security measurement*), dan (iii) penelusuran sistem audit.

Dalam hal pemanfaatan kriptografi, perlu dikembangkan sistem kendali bahwa sistem kriptografi harus digunakan sesuai dengan hukum, baik berdasarkan peraturan perundang-undangan maupun berdasarkan hubungan kontraktual. Manajemen suatu organisasi harus memperhatikan pembatasan impor dan/atau ekspor atas perangkat keras dan perangkat lunak komputer yang menjalankan fungsi kriptografis. Pembatasan impor dan/atau ekspor perangkat keras dan perangkat lunak komputer yang dirancang telah memiliki fungsi kriptografis

didalamnya diperlukan untuk menjamin pertahanan dan keamanan negara, serta diperlukan oleh hukum untuk menjamin akses terhadap bukti digital. Pembatasan penggunaan enkripsi berikut metode akses yang diperintahkan atau yang fleksibel untuk kepentingan pihak berwenang sangat diperlukan demi kelancaran proses penegakan hukum suatu negara, sehingga terhadap informasi yang dienkripsi oleh perangkat keras atau perangkat lunak tetap harus dimungkinkan untuk menghadirkan kerahasiaan isinya, sekiranya diperlukan. Oleh karena itu, nasehat hukum sangat diperlukan atau harus diupayakan untuk memastikan kesesuaian dengan hukum dan regulasi suatu negara. Sebelum informasi yang dienkripsi atau kendali kriptografisnya dipindahkan ke negara lain, nasehat hukum dari profesional tentunya juga harus dibutuhkan.

Terhadap aspek kesesuaian atas kebijakan dan standar keamanan serta pemenuhan teknis, tujuannya adalah untuk memastikan kesesuaian dari sistem atas kebijakan dan standar keamanan organisasi. Keamanan sistem informasi harus ditinjau secara berkala. Tinjauan seperti itu harus dilakukan terhadap kebijakan keamanan yang tepat dan platform teknis serta sistem informasinya harus diaudit untuk kesesuaian atas standar penerapan keamanan yang diterapkan dan kendali keamanan yang telah didokumentasikan.

Dalam hal kebijakan dan standar keamanan, perlu dikembangkan sistem kendali bahwa para manajer harus memastikan semua prosedur keamanan didalam bidang tanggungjawab mereka telah dijalankan dengan baik dan benar untuk mencapai kesesuaian atas kebijakan dan standar keamanannya. Para manajer harus meninjau secara reguler kepatuhan dan kesesuaian dari pengolahan informasi didalam bidang tanggungjawab mereka dengan kebijakan, standar keamanan yang tepat serta persyaratan keamanan lainnya. Jika ditemukan ada ketidaksesuaian atau *non-compliance* setelah dilakukan peninjauan, maka manajer harus menentukan penyebab dari ketidaksesuaian tersebut dan mengkaji perlunya tindakan-tindakan untuk memastikan agar *non-compliance* tidak sampai terjadi; serta menentukan dan menerapkan tindakan perbaikan yang tepat. Setelah meninjau tindakan perbaikan yang diambil, hasil-hasil dari peninjauan dan tindakan perbaikan yang dilaksanakan oleh manajer harus dicatat dan catatan ini harus disimpan dengan baik. Para manajer harus melaporkan hasil-hasilnya pada

orang yang melaksanakan peninjauan independen, apabila peninjauan independen dilakukan di bidang tanggungjawab mereka.

Dalam hal pemeriksaan untuk pemenuhan teknis, perlu dikembangkan kendali bahwa suatu sistem informasi harus diperiksa secara reguler untuk melihat kepatuhannya sesuai penerapan standar keamanan. Pemeriksaan pemenuhan teknis harus dilakukan baik secara manual (didukung oleh *tool* perangkat lunak yang tepat, jika diperlukan) oleh seorang teknisi sistem berpengalaman, dan/atau dengan bantuan suatu *tool* otomatis yang dapat memunculkan laporan teknis yang dapat dilakukan interpretasi selanjutnya oleh seorang spesialis teknis. Apabila uji penetrasi atau penilaian kerawanan digunakan, maka harus ditekankan sisi kewaspadaannya karena aktivitas seperti itu dapat menuntun pada terancamnya keamanan sistem secara keseluruhan. Pengujian seperti itu harus sangat terencana, didokumentasikan dengan baik dan sifatnya dapat dipanggil atau diulangi kembali. Setiap pemeriksaan pemenuhan teknis hanya boleh dilakukan oleh orang yang mempunyai keahlian kompetensi untuk itu dan dilakukan secara sesuai hukum, atau dibawah pengawasan orang-orang yang seperti itu. Pemeriksaan kepatuhan teknis akan melibatkan pengkajian pada sistem secara operasional untuk memastikan bahwa kendali-kendali perangkat keras dan perangkat lunaknya telah diterapkan dengan benar. Jenis pemeriksaan pemenuhan seperti ini membutuhkan keahlian dari spesialis teknis tertentu.

Pemeriksaan pemenuhan juga akan mencakup, pengujian penetrasi dan penilaian kerawanan, yang dapat dilaksanakan oleh ahli independen yang khusus dikontrak untuk tujuan tersebut. Hal ini cukup bermanfaat dalam upaya untuk mendeteksi kerawanan dalam sistemnya dan untuk memeriksa efektifitas kendali tersebut dalam mencegah akses yang tak diharapkan dikarenakan oleh adanya kelemahan atau kerawanan tersebut. Pengujian penetrasi dan penilaian kerawanan dapat memberikan suatu gambaran dari suatu sistem dalam keadaan tertentu pada waktu tertentu pula. Gambaran tersebut dibatasi hanya untuk bagian-bagian sistem yang tengah diuji secara aktual selama upaya penetrasinya. Pengujian penetrasi dan penilaian kerawanan bukanlah pengganti bagi penilaian suatu risiko (*risk assesment*).

Dalam hal pertimbangan audit sistem informasi, aspek ini bertujuan untuk memaksimalkan efektivitas dari dan untuk meminimalisir adanya interferensi ataupun gangguan baik ke maupun dari pemrosesan audit sistem informasi. Diperlukan upaya untuk menjaga sistem operasi dan *audit tool* selama dilakukannya audit sistem informasi. Perlindungan juga diperlukan untuk menjaga integritas dan mencegah penyalahgunaan *audit tool* tersebut. Untuk itu diperlukan sistem kendali guna kepentingan audit sistem informasi, bahwa persyaratan audit dan aktivitas-aktivitas yang melibatkan pemeriksaan pada sistem operasionalnya harus direncanakan dengan cermat dan disepakati untuk meminimalisir risiko gangguan terhadap proses-proses bisnisnya. Diperlukan juga suatu pedoman penerapan bahwa persyaratan audit harus disepakati dengan manajemen yang tepat, cakupan dari pemeriksaannya harus disepakati dan dapat dikendalikan, pemeriksaannya pun harus dibatasi pada akses yang bersifat *read-only* terhadap perangkat lunak dan datanya. Akses selain dari *read-only* hanya dapat diperbolehkan untuk penyalinan tersendiri dari berkas-berkas (*file*) sistemnya, yang tentunya harus dihapus ketika audit tersebut selesai, atau diberi perlindungan yang baik jika tidak ada kewajiban untuk menyimpan file-file seperti itu menurut persyaratan dokumentasi auditnya. Selain itu, sumber daya untuk melaksanakan pemeriksaan itu harus diidentifikasi secara eksplisit dan disediakan, serta persyaratan untuk pengolahan khusus atau tambahan harus diidentifikasi dan disepakati. Semua akses harus diawasi dan dibukukan untuk membuat sebuah jejak referensi, penggunaan referensi waktu (*time-stamped reference trail*) harus dipertimbangkan untuk data atau sistem yang kritis, dan semua prosedur, persyaratan dan tanggungjawab harus di dokumentasikan. Perlu juga diperhatikan bahwa orang-orang yang melaksanakan audit tersebut harus bersifat independen dari aktivitas-aktivitas yang diauditnya.

Terhadap perlindungan *audit tool* untuk sistem informasi, perlu dikembangkan sistem kendali bahwa Akses ke *audit tool* sistem informasi harus dilindungi untuk mencegah setiap kemungkinan penyalahgunaan atau ancaman. Untuk itu diperlukan pedoman penerapan bahwa *Audit tool* untuk sistem informasi, misalnya perangkat lunak atau file-file data, harus dipisahkan dari sistem pengembangan dan operasional dan tidak disimpan dalam *tape libraries*

atau area pengguna, kecuali diberikan tingkat perlindungan tambahan yang tepat. Apabila pihak ketiga dilibatkan dalam suatu audit, maka bisa timbul risiko penyalahgunaan dari *audit tool* oleh pihak ketiga tersebut, serta informasi yang tengah diakses oleh organisasi pihak ketiga ini. Sehubungan dengan itu, sistem kendali-kendali yang digunakan untuk menilai risiko dan sistem kendali yang digunakan untuk membatasi akses fisik, dapat dipertimbangkan untuk mengatasi risiko tersebut. Setiap konsekuensi yang ada, seperti halnya segera mengganti password yang diperlihatkan ke auditor, harus segera dilakukan.

H.5. Obyek *Legal audit* berdasarkan UNCITRAL Model Law dan EU Directive

Merujuk kepada *article 10 UNCITRAL Model Law of Electronic Signatures*³⁶³ yang memberikan beberapa ketentuan dalam rangka menjaga ‘*trustworthiness*’ dalam sistem maka perlu diperhatikan faktor-faktor sebagai berikut:

- a. Sumber daya manusia dan finansial yang digunakan oleh penyelenggara
- b. Kualitas perangkat keras dan perangkat lunak yang digunakan
- c. Prosedur-prosedur dari sistem aplikasi yang digunakan berikut jadwal retensi datanya
- d. Ketersediaan informasi yang bersifat materil terhadap sistem
- e. Keteraturan pemeriksaan atau audit yang dilakukan oleh auditor eksternal terhadap sistem
- f. Pernyataan pemerintah atau badan akreditasi terhadap sistem
- g. Faktor-faktor lain yang dianggap relevan dengan keberadaan sistem itu sendiri.

³⁶³ *Article 10, Trustworthiness: For the purposes of article 9, paragraph 1 (f), of this Law in determining whether, or to what extent, any systems, procedures and human resources utilized by a certification service provider are trustworthy, regard may be had to the following factors: (a) Financial and human resources, including existence of assets; (b) Quality of hardware and software systems; (c) Procedures for processing of certificates and applications for certificates and retention of records; (d) Availability of information to signatories identified in certificates and to potential relying parties; (e) Regularity and extent of audit by an independent body; (f) The existence of a declaration by the State, an accreditation body or the certification service provider regarding compliance with or existence of the foregoing; or (g) any other relevant factor.*

Berdasarkan faktor-faktor yang disebutkan tersebut, maka masih dijumpai kekurangan terhadap keberadaan standar pemeriksaan hukum. Namun, hal itu dapat diakomodir dengan dibebaskannya kepada semua pihak untuk dapat menggali lebih lanjut dengan penggunaan istilah faktor-faktor lain yang dianggap relevan.

H.6. Obyek *Legal audit* untuk Memperoleh *Trustmark*

Sehubungan dengan keberadaan sertifikasi kehandalan (*trustmark*) yang telah diatur dalam UU-ITE yang selanjutnya akan diatur detail dalam suatu Peraturan Pemerintah, maka diperlukan suatu *benchmarking* terhadap ketentuan yang sudah dipakai oleh negara lain untuk penyelenggaraan *trustmark* tersebut. Berdasarkan penelusuran, penulis memilih Singapore yang telah menjalankan hal tersebut lebih dahulu, yang memuat beberapa butir-butir pemeriksaan antara lain sebagai berikut:

- a. Pemeriksaan tentang identitas subyek hukum yang melakukan penawaran (*Identity Of The Offerer*): mencakup kartu identitas, kewajiban umum penawaran, dan kejelasan sertifikasi elektroniknya.
- b. Pemeriksaan terhadap identitas server/host identity:
- c. Keunikan atau karakteristik Produk dan Layanannya (*product & services*); mencakup karakteristik teknis, kualitatif, ketersediaan, harga, dan jaminan.
- d. Kejelasan prosedur pemesanan (*order procedure*), mencakup syarat dan kondisi kontrak, pembatasan pemasokan, kondisi pengiriman, pembetulan kesalahan order, pembayaran, dan lain sebagainya.
- e. Kejelasan layanan pelanggan (*customer service*), mencakup; tanggung jawab, periode pemberhentian sementara (*Cooling off period*), kesalahan spesifikasi barang, prosedur klaim, penyelesaian sengketa.
- f. Standar Periklanan
- g. Rujukan legislasi, contoh UU Perlindungan Konsumen
- h. Sistem Pengamanan (*security*), mencakup; pengamanan web-site, sistem pembayaran, data personal, dan perlindungan minor/anak-anak.

- i. Aturan Kode Etik dalam Praktek (*code of practice*), mencakup; lingkup dan tujuan; definisi; aturan peninjauan kembali, aturan ketersediaan, dan penegakan hukum
- j. Penggunaan logo TRUSTMARK, mencakup; domisili, fasilitas pengecekan online, pembatasan, dan jangka waktu.
- k. Sistem Pengawasan (*monitoring*).

Berdasarkan hal tersebut di atas meskipun cukup detail, namun standar pemeriksaan tersebut hanya untuk lingkup *e-commerce* dalam pola perdagangan untuk retail. Terkait dengan itu, pada prakteknya penyelenggaraan Trustmark dapat juga dijalankan oleh penyelenggara sertifikat digital (*Certification Authority*) dalam beberapa level, sedangkan untuk beberapa level yang lebih tinggi diperlukan peranan yang lebih yang memerlukan peranan profesional yang terkait.

H.7. Obyek *Legal audit* untuk Evaluasi Layanan Publik

Sesuai Keputusan Menpan No.63 Tahun 2004 dinyatakan bahwa pimpinan penyelenggaraan pelayanan publik wajib secara berkala mengadakan evaluasi terhadap kinerja penyelenggaraan pelayanan di lingkungannya secara berkelanjutan dan hasilnya secara berkala harus dilaporkan kepada pimpinan tertinggi pelayanan publik. Dalam melakukan evaluasi tersebut harus menggunakan indikator yang jelas dan terukur sesuai ketentuan yang berlaku, untuk mengevaluasi kinerja penyelenggaraan pelayanan publik.

Sehubungan dengan itu ditentukan juga petunjuk pelaksanaan penyelenggaraan pelayanan publik, yang sekurang-kurangnya memuat sebagai berikut:

1. Landasan Hukum Pelayanan Publik, yakni peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar penyelenggaraan pelayanan
2. Maksud dan Tujuan Pelayanan Publik, mencakup hal-hal yang akan dicapai dari penyelenggaraan pelayanan.
3. Sistem dan Prosedur Pelayanan Publik, yang memuat sekurang-kurangnya:
 - a. Tata Cara Pengajuan Permohonan Pelayanan;

- b. Tata cara penanganan pelayanan;
 - c. Tata cara penyampaian hasil pelayanan; dan
 - d. Tata cara penyampaian pengaduan pelayanan.
4. Persyaratan Pelayanan Publik, mencakup teknis dan administratif yang harus dipenuhi oleh pengguna layanan
 5. Biaya Pelayanan Publik, mencakup besaran dan rincian biaya.
 6. Jangka Waktu Penyelesaian, mencakup waktu response terhadap permintaan dan penanganan layanan
 7. Hak dan Kewajiban, mencakup penyelenggara dan pengguna layanan.
 8. Pejabat Penerima Pengaduan Pelayanan Publik, mencakup kejelasan penunjukan pejabat sesuai tugas pokok dan fungsinya.

H.8. Obyek *Legal audit* berdasarkan UU-ITE dan UU-KIP

Berdasarkan pasal-pasal dalam UU-ITE, maka audit terhadap sistem informasi paling tidak akan mencakup hal-hal sebagai berikut:

- 1) Dalam rangka agar informasi elektronik dapat memperoleh kekuatan pembuktian maka sistem informasi elektronik harus diselenggarakan secara handal, aman, bertanggung jawab dan terjamin berjalan sebagaimana mestinya.
- 2) Dalam hal sistem elektronik tersebut ditujukan untuk melakukan perdagangan retail kepada konsumen, maka sistem informasi harus memuat informasi yang lengkap dan benar untuk memenuhi hak konsumen terhadap kejelasan informasi terhadap barang dan/atau jasa yang dibelinya.
- 3) Dalam hal sistem elektronik tersebut menggunakan *trustmark*, maka ditambah dengan kriteria-kriteria yang ditentukan dalam sub-bab *trustmark* sebelumnya;
- 4) Dalam hal sistem elektronik tersebut menggunakan jasa pengamanan transaksi dengan tanda tangan elektronik yang melibatkan pihak *Trusted Third Party*, maka harus memenuhi syarat '*trustworthiness*' sebagaimana ditentukan dalam model UNCITRAL.

- 5) Dalam hal sistem elektronik ditujukan untuk memberikan informasi publik, maka harus memenuhi prinsip murah, cepat dan aman serta akurat.

I. *Legal audit* terhadap Sistem Informasi untuk Pelayanan Publik

Berdasarkan beberapa standar pemeriksaan yang telah dikemukakan sebelumnya, maka jika diterapkan dalam Sistem Informasi Untuk Layanan Publik, dapat dijelaskan sebagai berikut:

I.1. Prinsip-prinsip *Legal audit*

Prinsip-prinsip dalam *legal audit* terhadap sistem informasi untuk *layanan publik* sama dengan prinsip-prinsip *legal audit* pada umumnya. Prinsip-prinsip tersebut antara lain:

- 1) Kerelaan, yaitu bahwa penyelenggara jasa layanan publik yang akan diperiksa harus secara sukarela membuka diri untuk pemeriksaan;
- 2) Keterbukaan, yaitu bahwa penyelenggara jasa layanan publik yang akan diperiksa harus membuka diri seluas-luasnya agar pemeriksa dapat melakukan pekerjaannya dengan baik;
- 3) Kerahasiaan, yaitu bahwa hasil pemeriksaan merupakan kerahasiaan yang hanya akan diketahui oleh pihak pemeriksa dan penyedia jasa layanan serta lembaga pembina dan pengawas, sampai dengan pada saat timbulnya kewajiban atau kebutuhan untuk membuka informasi tersebut demi kepentingan publik;
- 4) Tanggung jawab, yaitu bahwa PPP penyedia jasa layanan *layanan publik* bertanggungjawab penuh terhadap hasil *legal audit*.

I.2. Fungsi dan Tujuan *Legal audit* Pada Sistem Informasi Untuk *layanan publik*

Fungsi dilakukannya *legal audit* pada sistem informasi *layanan publik* pada dasarnya sama dengan *legal audit* yang dilakukan dalam pasar modal walaupun tidak secara tegas dinyatakan, yaitu untuk memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam peraturan yang terkait.

Sedangkan tujuan dilakukannya *legal audit* terhadap PPP yang hendak menyelenggarakan fasilitas *layanan publik* antara lain:

- a. Untuk memberikan informasi kepada publik atau pihak yang memerlukan, bahwa sistem informasi yang digunakan dalam layanan *layanan publik* tersebut sah sesuai dengan peraturan yang berlaku.
- b. Untuk memberikan informasi kepada publik atau pihak yang memerlukan bahwa sistem informasi yang digunakan tersebut dapat dipercaya.

Pada dasarnya tidak ada peraturan yang secara eksplisit mewajibkan *legal audit* terhadap suatu sistem Informasi pelayanan publik sebagaimana yang diwajibkan oleh UU tentang Pasar Modal terhadap perusahaan-perusahaan yang akan melakukan Penawaran Perdana (*Initial Public Offering*). Salah satu kewajiban pelaku usaha yang relevan dengan pembahasan dalam penelitian ini ialah ketentuan yang terdapat dalam Pasal 7 huruf b Undang-Undang tentang Perlindungan Konsumen. Bunyi ketentuan tersebut selengkapnya adalah sebagai berikut:

“memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa serta memberi penjelasan penggunaan, perbaikan, serta pemeliharaan”.³⁶⁴

PPP dalam hal ini ialah pelaku usaha yang bertujuan mendapatkan keuntungan ekonomis dari konsumen pengguna jasa layanannya oleh karenanya harus juga patuh untuk memenuhi ketentuan tersebut.

Ketentuan tersebut secara eksplisit mewajibkan penyedia jasa *layanan publik* untuk memberikan informasi sejelas-jelasnya mengenai jasa yang ditawarkan pada konsumen. Mengingat adanya aspek hukum yang terkait dengan kondisi dan jaminan jasa yang ditawarkan oleh penyedia jasa layanan publik, maka dalam konteks ini konsumen berhak untuk mendapatkan informasi tersebut. Dengan demikian secara implisit, pada dasarnya penyedia jasa *layanan publik* berkewajiban melaksanakan *legal audit* untuk memenuhi hak pengguna atas informasi berdasarkan Undang-Undang Perlindungan Konsumen dalam hal keamanan dan kenyamanan menggunakan jasa layanan publik itu sendiri.

³⁶⁴ Indonesia, Undang-Undang Tentang Perlindungan Konsumen, UU No. 8 tahun 1999, LN No. 42 tahun 1999, TLN No. 3793, ps. 7 huruf b.

PPP yang sistem informasinya telah melalui proses *legal audit* secara otomatis akan lebih dipercaya oleh calon pengguna jasa *layanan publik* dibandingkan dengan PPP yang sistem informasinya belum dilakukan *legal audit* karena tingkat kepercayaan pengguna bisa dipengaruhi oleh adanya *legal audit*.

Bila melihat dari fungsi dan tujuan serta kaitannya dengan Undang-undang Perlindungan Konsumen, maka *legal audit* perlu dilakukan terhadap sistem informasi yang ditujukan untuk memberikan layanan publik.

I.3. Waktu Pelaksanaan *Legal audit* Terhadap Sistem Informasi Untuk Layanan Publik

Berdasarkan penelitian maka pelaksanaan *legal audit* dapat dibedakan menjadi 3 tahap, yaitu :

1. *Legal audit* pada saat akan dibukanya layanan publik. Pada tahap ini, pelaksanaan *legal audit* perlu dibedakan. Perbedaan ini dapat dilihat dari kapan pelayanan *layanan publik* ini dilaksanakan. Apabila pelayanan *layanan publik* ini dilaksanakan bersamaan dengan berdirinya PPP tersebut atau bersamaan dengan akan dilakukannya *legal audit* pada keseluruhan bidang usaha dari PPP tersebut, maka *legal audit* terhadap sistem informasi ini dilakukan bersamaan dengan *legal audit* keseluruhan dari PPP tersebut. Apabila pelayanan *layanan publik* ini dilaksanakan setelah PPP tersebut berdiri, atau pada saat setelah *legal audit* terhadap PPP dilakukan, maka yang akan diadakan *legal audit* hanya *legal audit* terhadap sistem informasi terkait dengan *layanan publik*.
2. *Legal audit* pada saat PPP tersebut telah menjalankan layanan publik. *Legal audit* pada tahap ini dilakukan secara berkala. Tujuan dari *legal audit* pada tahap ini adalah untuk memeriksa apakah pada saat berlangsungnya operasi pelaksanaan *layanan publik* ini tetap memenuhi standar. Pada tahap ini maka *legal audit* yang harus dilakukan adalah *legal audit* secara keseluruhan. Jadi tidak hanya *legal audit* terhadap PPP-nya saja sebagai badan hukum, tapi *legal audit* secara keseluruhan termasuk didalamnya *legal audit* terhadap sistem informasi PPP tersebut mencakup sistem informasi yang terkait dengan *layanan publik*.

3. *Legal audit* pada saat tertentu. *Legal audit* dilakukan pada saat dibutuhkan *legal audit* terhadap PPP yang mengadakan fasilitas *layanan publik*. Misalnya dalam hal terjadi perkara, maka terhadap PPP tersebut dapat dimintakan *legal audit* untuk mengetahui apakah operasi pelaksanaan *layanan publik* dengan pola PPP tersebut telah memenuhi standar. Sebagai contoh terjadi kasus seorang pengguna merasa dirugikan oleh PPP tersebut ketika sedang melakukan transaksi melalui fasilitas *layanan publik* PPP tersebut, dan PPP tersebut ternyata salah atau lalai, maka dapat dimintakan *legal audit* terhadap PPP yang bersangkutan.

I.4. Subyek *Legal audit* Pada Sistem Informasi yang Digunakan untuk *layanan publik*

Legal audit terhadap sistem informasi yang digunakan untuk *layanan publik* dilaksanakan oleh *legal auditor* yang berkompoten dan profesional. Hasil dari *Legal audit* ini dapat dijadikan dasar opini hukum (*legal opinion*) yang merupakan opini tentang keadaan sistem informasi penyelenggara jasa *layanan publik* dari sisi hukum tidak hanya dalam bentuk pendapat tentang kepatuhan hukum, melainkan juga diperkaya dengan analisa kemungkinan dampak hukumnya

Legal audit terhadap sistem informasi *layanan publik* dimungkinkan untuk dilakukan oleh beberapa pihak, yaitu:

- 1) Pihak *internal* PPP (*auditor intern*) yang menjalankan teknologi sistem informasi itu sendiri. Kemungkinan digunakannya *auditor intern*, kecil untuk diterapkan karena dapat menimbulkan "*conflict of interest*", dimana suatu PPP diharapkan untuk secara terbuka menyatakan layak tidaknya, *legal* tidaknya sistem informasi perPPPan yang ingin dijalankan akan berhadapan dengan kepentingan PPP itu sendiri dalam pembukaan *layanan jasa layanan publik*.
- 2) Pihak instansi yang berwenang selaku pembina atau pengawas, sebagai bagian dari tugas pengawasan pelaksanaan PPP di Indonesia. Dalam hal ini mengingat sisi keuangan akan lebih menonjol karena menyangkut

pembelanjaan negara, maka kemungkinan hal tersebut merupakan kewenangan BPK.

- 3) *Auditor ekstern* yang ditunjuk oleh PPP Indonesia, Dalam prakteknya saat ini, segi hukum yang terdapat pada sistem informasi di-*audit* oleh *IS auditor (Information System Auditor)* berdasarkan standar audit yang mereka anut. *IS audit* pada intinya sebenarnya hanya meng-*audit* segi teknis dari sistem informasi tersebut namun terkadang pihak pengguna jasa *audit* meminta untuk dilakukannya *audit* secara keseluruhan terhadap suatu sistem informasi baik itu segi *legal, teknis, management, ataupun finance*. Hal ini disebabkan adanya faktor untuk menghemat biaya *audit* yang dinilai akan membutuhkan biaya yang besar jika *audit* sistem informasi dilakukan oleh masing-masing *auditor* yang ahli di bidangnya. Biaya yang dikeluarkan dianggap tidak seimbang dengan *audit* sistem informasi yang merupakan bagian dari perusahaan itu sendiri secara keseluruhan.

Namun perlu menjadi satu catatan bahwa walaupun tetap ada perbedaan antara hasil *audit* segi *legal* dalam sistem informasi yang dilakukan oleh *IS auditor* dengan *legal auditor* yang melakukan audit terhadap TI. Hasil *audit* oleh *IS auditor* tidak dapat dikatakan sebagai *legal audit* dan tidak dapat digunakan untuk menghasilkan suatu *legal opinion*, walaupun ia meminta pendapat dari professional hukum sedangkan hasil *audit* oleh *legal auditor* dikatakan sebagai *legal audit* dan digunakan dalam pembuatan *legal opinion*.

Audit terhadap sisi *legal* dari sistem informasi pelayanan publik yang dilakukan oleh *IS Auditor*, kurang efektif sehingga sebaiknya tidak perlu dilakukan karena *audit* yang paling baik itu adalah *audit* yang dilakukan oleh masing-masing pihak yang ahli di bidangnya sehingga *audit* yang dilakukan dapat memberikan hasil yang tepat dan maksimal. Sebagai contoh, terhadap sistem informasi yang menyangkut sisi *legal*, hendaknya *audit* tetap dilakukan oleh seorang atau lebih profesional hukum, sehingga dapat menghasilkan suatu pendapat yang disebut *legal opinion*.

I.5. Obyek *Legal audit* pada Sistem Informasi layanan publik.

Sebagai catatan pembandingan, maka akan lebih baik jika dapat mengacu kepada penyelenggaraan sistem informasi yang bersifat strategis bagi publik, dalam hal ini sektor yang dipilih adalah perbankan, dan pedoman dalam Tata Kelola TIK Nasional.

Mengacu kepada ketentuan pasal 2 dari peraturan BI No.9/15/PBI/2007 tentang Penerapan Manajemen Resiko Dalam Penggunaan Teknologi Informasi Oleh Bank Umum, diketahui bahwa setiap Bank wajib menerapkan manajemen resiko secara efektif dalam penggunaan teknologi informasi. Adapun penerapan manajemen resiko yang dimaksud paling kurang mencakup; (a) pengawasan aktif dewan Komisaris dan Direksi, (b) kecukupan kebijakan dan prosedur penggunaan Teknologi Informasi, (c) kecukupan proses identifikasi, pengukuran, pemantauan, dan pengendalian resiko penggunaan Teknologi Informasi, dan (d) sistem pengendalian intern atas penggunaan teknologi informasi. Selanjutnya juga dintakan bahwa penerapan manajemen resiko harus dilakukan secara terintegrasi dalam setiap tahapan penggunaan Teknologi Informasi sejak proses perencanaan, pengadaan, pengembangan, operasional, pemeliharaan hingga penghentian dan penghapusan sumber daya Teknologi Informasi. Peraturan ini dilengkapi dengan kewajiban melakukan Pelaporan dengan format laporan yang telah ditentukan dan dilengkapi dengan sanksi-sanksi sekiranya hal tersebut tidak dilakukan.

Pedoman penyelenggaraan teknologi sistem informasi dan ketentuan tentang internet banking, dimana berdasarkan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan pada pasal 31 dinyatakan bahwa Bank Indonesia melakukan pemeriksaan terhadap bank, baik secara berkala maupun setiap waktu apabila diperlukan. Pasal tersebut mengatur mengenai pemeriksaan dalam arti luas mencakup berbagai macam pemeriksaan. Hal ini juga dituangkan dalam SKDBI No 27/164/KEP/DIR pasal 3 ayat 1 poin b. Selanjutnya dalam penjelasan pasal 33 UU Nomor 10 Tahun 1998 ayat 2 menyatakan bahwa pokok-pokok ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia memuat jenis, prosedur dan ruang lingkup pemeriksaan serta jangka waktu dan pelaporan hasil pemeriksaan dan tindak lanjut hasil pemeriksaan.

Sementara dalam Panduan Umum Tata Kelola TIK Nasional, dinyatakan bahwa proses tata kelola adalah proses-proses yang ditujukan untuk memastikan bahwa tujuan-tujuan utama tata kelola dapat tercapai, terkait dengan pencapaian tujuan organisasi, pengelolaan sumber daya, dan manajemen resiko. Dinyatakan lebih lanjut bahwa lingkup tata kelola adalah mencakup Perencanaan Sistem, Manajemen Belanja/investasi, Realisasi Sistem, Pengoperasian Sistem dan Pemeliharaan Sistem. Sedangkan mekanisme tata kelola adalah mencakup dua hal yakni (i) Kebijakan Umum dan (ii) Monitoring dan Evaluasi.

Berdasarkan hal tersebut, maka promovendus memberikan masukan terhadap hal-hal yang selayaknya perlu diaudit dalam suatu *legal audit* terhadap sistem informasi *layanan publik* adalah antara lain sebagai berikut:

1. Legalitas Badan Usaha. Perlunya badan usaha diaudit dalam untuk mengetahui status hukum PPP tersebut juga untuk mengetahui siapa yang bertanggung jawab dalam PPP tersebut sesuai Perjanjian dan/atau Anggaran Dasar perusahaan tersebut. Terkait dengan hal ini perlu diperiksa sejauhmana kewenangan pengurus serta kejelasan identitas Direksi dan Komisarisnya berikut hubungan terafiliasinya dengan badan hukum atau badan usaha lain.
2. Kebijakan dan Standar Pelayanan. Tujuan pemeriksaan kebijakan dan standar pelayanan sistem informasi *layanan publik* adalah demi terciptanya suatu pelayanan yang sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku termasuk didalamnya adalah keakuratan serta integritas informasi yang digunakan. Tujuan tersebut meliputi kebijakan yang berlaku secara *eksternal* dan kebijakan yang berlaku secara *internal*. Kebijakan *eksternal* dimaksudkan sebagai kebijakan yang berlaku mengikat umum dengan berpedoman pada peraturan perundang-undangan yang ada. Sedangkan kebijakan *internal* diterapkan dalam *intern* PPP penyedia jasa layanan publik tersebut. Kebijakan *eksternal* sebagai titik tolak penerapan sistem teknologi informasi dalam penyediaan jasa layanan publik oleh PPP selayaknya diatur oleh Instansi terkait, yang mungkin tepat dalam hal ini adalah Detiknas. Selain itu juga harus diperhatikan hal-hal sebagai berikut:

- a. Adanya kebijakan bahwa manajemen harus memastikan kesesuaian dengan kerahasiaan dan HKI
- b. Adanya kebijakan bahwa pihak manajemen (bank) harus membuat kontrak formal (resmi) terhadap pihak penyelenggara/ISP (*Internet Service Provider*).
- c. Adanya kebijakan pihak PPP untuk melakukan tindakan preventif mencegah kelalaian pengguna (yang tidak disengaja). Contohnya *user ID* ditemukan secara tidak sengaja atau disalahgunakan oleh orang lain.
- d. Adanya kebijakan untuk menguji kelayakan sistem informasi sebelum dijalankan ke masyarakat luas.
- e. Adanya kebijakan penentuan pengawasan dan pembuatan laporan atas hasil yang dicapai dan semua masalah yang timbul selama proses berlangsung dan pelaporan tersebut dilakukan secara periodik. Tindakan perbaikan harus diambil dan terhadap kegagalan harus dilakukan penyelidikan.
- f. Adanya kebijakan dalam hubungan dengan pihak ketiga penyedia jasa sistem informasi dimana ada pengawas teridentifikasi yang ditunjuk untuk melakukan pengawasan atas sistem informasi yang menjadi obyek dalam perjanjian.
- g. Adanya standarisasi pelayanan dalam jaminan keamanan mengenai tampilan yang memuat mengenai klausula baku perjanjian, dan penjaminan kepastian bagi users atas sistem informasi berdasar perjanjian.
- h. Adanya kebijakan pencatatan, penganalisaan, dan pemecahan segala kegiatan operasional yang tidak sesuai dengan standar operasional termasuk di dalamnya semua masalah yang mungkin timbul.
- i. Adanya kebijakan dalam hal penyimpanan data dalam back-up data yang dapat digunakan sebagai alat bukti jika terjadi perselisihan.
- j. Kebijakan *monitoring*/pengawasan yang menjamin kesesuaian antara pelaksanaan sistem informasi melalui hasil yang diperoleh dengan hal yang ditargetkan atau berdasarkan rencana (*plan*).

- k. Adanya mekanisme penentuan *claim* oleh konsumen dalam hal ini adalah pengguna PPP dalam kaitannya dengan bentuk perlindungan konsumen.
 - l. Penentuan kontrol kebijakan *internal* mengenai prosedur pencegahan dan penanggulangan masalah yang dilakukan secara kontinu.
3. Perjanjian-Perjanjian. Tujuan utama pemeriksaan disini ialah untuk mengetahui keabsahan perjanjian-perjanjian yang dibuat dalam penyelenggaraan jasa pelayanan *layanan publik*. Pemeriksaan atas perjanjian dalam mekanisme ini dilakukan baik atas perjanjian yang dilakukan secara normal, dalam arti perjanjian yang dilakukan oleh para pihak yang bersifat langsung atau tanpa perantara dan perjanjian yang bersifat *on-line*. Mengenai perjanjian secara *konvensional* dalam transaksi *layanan publik* perlu kejelasan legal identity pengguna, sebagaimana ketentuan tentang *know your customers principles* dalam sistem perbankan.

Perjanjian dalam rangka pelaksanaan pelayanan publik paling tidak akan meliputi 2 (dua) segi yang melibatkan pihak administrasi negara/otoritas publik di satu pihak, yaitu perjanjian antara pihak penyedia jasa *layanan publik* dengan pengguna (biasanya perjanjian berbentuk klasul baku yang berupa tampilan dalam *website* terkait), dan Administrasi Negara dengan pihak ketiga penyedia jasa layanan *layanan publik (vendor)* dalam hal sistem *layanan publik* tidak disediakan oleh Administrasi Negara itu sendiri.

Secara garis besar, pedoman minimal yang harus ada dalam suatu perjanjian antara pihak Administrasi Negara dengan penyelenggara Teknologi Sistem Informasi yaitu diantaranya adalah:

- a. terjaminnya rahasia pengguna dan keamanan informasi
- b. tersedianya informasi untuk keperluan pemeriksaan
- c. *audit* dapat dilakukan oleh administrasi negara dalam hal ini auditor intern dan/atau *auditor ekstern* yang ditunjuk
- d. hasil dari audit tersebut harus disampaikan kepada lembaga pengawas melalui otoritas publik yang bersangkutan

- e. pihak penyelenggara jasa teknologi sistem informasi harus melaporkan setiap kejadian kritis yang dapat mengakibatkan kerugian keuangan dan mengganggu kelancaran layanan publik
- f. tersedianya data center dan program *disaster* dan *recovery plan* yang teruji dan memadai.

Selain itu juga harus diperhatikan beberapa perjanjian yang terkait, yakni:

- a. Perjanjian pengadaan *test* kelayakan *technology* oleh *vendor* yang digunakan dalam sistem informasi.
- b. Perjanjian antara *vendor* dengan Otoritas Publik harus menjelaskan mengenai *software*, dokumentasi dan *others deliverables* harus diuji dan dinilai sebelum adanya penerimaan (dalam arti pengujian dilakukan oleh *vendor*), setelah penerimaan akan tetapi sebelum digunakan atau diaplikasikan pada users (pengujian dilakukan oleh pihak otoritas publik), dan pengujian dilakukan pada saat sistem dijalankan.
- c. Perjanjian antara *vendor* dengan pihak Otoritas Publik harus memuat secara jelas (*eksplisit*) mengenai *security agreement*.

Apabila sistem *layanan publik* disediakan oleh pihak Otoritas Publik itu sendiri, maka perjanjian yang ada hanya antara pihak Otoritas Publik dengan pengguna, yaitu perjanjian jasa layanan antara Penyelenggara dengan pengguna yang memuat standar minimal aspek-aspek yang harus ada yang dimuat secara *eksplisit*

4. Personil atau Ketenagakerjaan. Masalah personil atau ketenagakerjaan dalam sistem dengan basis teknologi ini diindikasikan bahwa ruang lingkup pekerjaan akan banyak yang bersifat profesional atau berdasarkan keahlian tertentu. Dalam praktek penyelenggaraan kerja antar para pihak, faktor-faktor yang memiliki korelasi secara umum dapat disebutkan, yaitu antara lain menyangkut persyaratan mengenai latar belakang, kualifikasi, dan pengalaman orang yang bersangkutan, adanya pelatihan-pelatihan secara berkala, rotasi pekerjaan, serta penerapan sanksi-sanksi atas pelanggaran.

Dalam hal ini tujuan utama pemeriksaan ialah untuk mengetahui apakah prosedur ketenagakerjaan telah sesuai dengan ketentuan hukum

yang berlaku. Kaitannya dengan layanan publik adalah personil atau ketenagakerjaan khususnya pada personil yang ditugaskan dalam bidang sistem informasi yang mendukung penyelenggaraan layanan publik. Dokumen yang terkait dengan pemeriksaan ini diantaranya Peraturan Perusahaan, Perjanjian Kerja, dan Perjanjian Perburuhan.

Perlu diperhatikan, bahwa apabila penyelenggaraan *layanan publik* itu diadakan oleh swasta maka mengenai personil yang mengerjakannya menjadi tanggung jawab pihak swasta tersebut.

Untuk Otoritas Publik yang menyediakan sendiri fasilitas *layanan publik*-nya, perlu diperhatikan pula hal-hal antara lain sebagai berikut;

- a. adanya keharusan bagi pihak Otoritas Publik tersebut untuk memberikan pelatihan dari manajemen kepada pekerja sehingga sistem informasi dapat tetap aman.
- b. pihak Otoritas publik harus menjamin bahwa pekerja mereka memang ditunjuk dengan tingkat keamanan yg berbeda.
- c. adanya penunjukan staf/pekerja yang dikhususkan melakukan *monitoring* jalannya suatu sistem informasi.
- d. adanya kualifikasi *auditor independen*, yang melakukan pemeriksaan sebagaimana disebut dalam point aspek kebijakan dan standar pelayanan.

5. Hak atas Kekayaan Intelektual (HKI). Mengingat sifat kekhususannya maka keberadaan Hak Kekayaan Intelektual (HKI) selayaknya dijadikan obyek pemeriksaan tersendiri, sebab kedudukannya sangat *signifikan* dan cukup berpengaruh dalam kegiatan penyedia jasa layanan publik.

Kemajuan teknologi informasi saat ini menjadi salah satu faktor penyebab utamanya, sebab pemanfaatan teknologi informasi dalam beberapa hal memang terbukti membuat kegiatan yang bersifat pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan HKI menjadi semakin mudah dilakukan.

HKI terdiri dari beberapa hak yang memiliki karakteristik dan perlindungan hukum yang berbeda, yaitu hak cipta, hak paten, hak merek, hak desain industri, hak desain topografis sirkuit terpadu, hak rahasia dagang, hak perlindungan varietas tanaman, dan hak indikasi geografis. Ciri

utama hak dalam lingkup HKI adalah pengakuan terhadap dua jenis hak terhadap setiap karya intelektual, yaitu hak moral dan hak ekonomis. Hak moral, secara sederhana ialah hak untuk dikenal atau diakui sebagai pencipta, penemu, atau pembuat dari suatu karya intelektual; sementara hak ekonomis, ialah hak untuk mengambil keuntungan ekonomis atas karya intelektualnya dan hak untuk mendapat perlindungan atas perbuatan-perbuatan yang bersifat mengambil keuntungan ekonomis secara tidak sah atas karya intelektualnya.

Dalam kaitannya dengan penerapan *layanan publik*, atas sistem informasi yang disediakan oleh pihak ketiga penyedia jasa *layanan publik* diperlukan adanya suatu lisensi atas sistem informasi yang menjadi obyek lisensi, yaitu melalui apa yang disebut dengan perjanjian lisensi dengan pihak tersebut atau melalui penjualan secara langsung atas sistem informasi itu. Hal-hal yang terkait dengan HKI diantaranya perjanjian lisensi dan pemilikan nama *domain*, hak atas desain situs, huruf-huruf, warna-warna khas, gambar, logo, dan lain-lain, hak atas teknologi yang digunakan. Hak atas merek dagang, dan rahasia dagang. Selain itu perlu diperhatikan pula:

- a. adanya kewajiban bagi manajemen untuk memenuhi kerahasiaan, HKI, *transponder data flows*, dan kebijakan PKI dan penggunaan *kriptografi*.
 - b. adanya kebijakan atau kontrak tertulis untuk HKI terhadap *software* yang akan siap atau diminta dibuat (*unique system*).
6. Asset. Termasuk aset disini adalah segala aset milik otoritas publik yang hendak menyelenggarakan *layanan publik*. Termasuk diantaranya adalah mengenai teknologi *layanan publik* tersebut, hardware dan *software* yang dikembangkan atau digunakan untuk *layanan publik*. Apabila dalam penyelenggaraan *layanan publik*, ternyata *software* tertentu dibuat atau diadakan oleh *vendor*, maka sebaiknya apa yang diciptakan *vendor* tersebut selama masa perjanjian dengan Otoritas Publik tersebut menjadi milik Otoritas Publik tersebut. Demikian juga jika terjadi kepailitan, maka seluruh hak cipta tersebut menjadi aset milik otoritas publik.

7. Asuransi. Asuransi merupakan suatu upaya untuk mengelola resiko yang mungkin timbul di kemudian hari. Dalam kegiatan perniagaan, aspek asuransi menjadi sangat penting sebab memberi nilai tambah pada produk yang diperdagangkan. Tujuan utama dalam pemeriksaan ini ialah untuk mengetahui apa asuransi yang ditawarkan pada pengguna selaku konsumen telah sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.

Permasalahan dengan pengguna, timbul dalam hal terdapat pernyataan-pernyataan dari otoritas publik penyedia jasa layanan *layanan publik* yang tidak bertanggungjawab, dan berakibat timbulnya kerugian pada pengguna sebagai konsumen. Oleh karena itu, akurasi informasi yang disajikan harus diperiksa secara seksama, dan idealnya ada jaminan ganti kerugian jika ada kesalahan yang dilakukan oleh otoritas publik kepada pengguna.

8. Perpajakan. Salah satu kewajiban sebagai penyelenggara jasa layanan publik yang relevan dengan hal ini ialah kewajiban membayar biaya hak penyelenggaraan jasa yang diambil dari persentase pendapatan. Dalam Surat Keputusan Direktur Jendral Pajak No.122.D/PJ/2000, mengizinkan teknik-teknik baru untuk menggunakan materai dengan sistem komputer.
9. Perkara. Tujuan utama pemeriksaan disini ialah untuk mengetahui perkara-perkara apa saja yang sudah, sedang, dan akan dihadapi oleh otoritas publik penyedia jasa layanan *layanan publik*, begitu pula pengurusnya (atau Direksi, dan Komisarisnya jika dibentuk suatu badan usaha tersendiri). Pada saat *legal audit* awal maka harus diperiksa kemungkinan kelemahan-kelemahan dalam pelaksanaan *layanan publik* tersebut. Kemudian pada saat *legal audit* berkala atau *legal audit* pada saat-saat tertentu maka diperiksa perkara-perkara apa saja yang pernah atau sedang terjadi baik perkara pidana, perdata, perburuhan maupun *arbitrase*.

Berdasarkan semua pemaparan di atas, maka dapat ditarik beberapa hal penting yang harus diperhatikan dalam *legal audit* untuk sistem informasi, dengan cara mengkombinasikan beberapa standar yang telah ada, yaitu (i) standar pemeriksaan hukum pasar modal, dan (ii) standar audit sistem informasi, serta (iii)

standar evaluasi kinerja layanan publik, sehingga umum secara dapat dikategorikan sebagai berikut:

- 1) *Principles Audit*: yakni mencakup (i) audit hukum dengan memperhatikan aspek etika dalam bersistem elektronik, yaitu: *Privacy, Accuracy, Property* dan *Accessibility*, dan (ii) audit hukum dengan memperhatikan penerapan asas-asas dalam perundang-undangan yang diterapkan dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik tersebut. Khusus terhadap aspek 'accuracy,' *legal auditor* dapat menggunakan hasil audit yang dilakukan oleh IS Auditor yang telah memeriksa apakah teknologi informasi yang diterapkan telah sesuai dengan karakteristik organisasi dan manajemen si pengguna.
- 2) *Content Audit*, yakni audit hukum terhadap muatan kepentingan atau substansi informasi itu sendiri agar tidak disampaikan secara melawan hukum.
 - a. Informasi disampaikan secara jelas, benar dan lengkap serta sesuai dengan sifat dasarnya. Jika ia bermuatan *privacy* maka melekat status kerahasiaan, sementara jika merupakan informasi publik harus diperhatikan tentang mana yang terbuka dan mana yang dikecualikan
 - b. Informasi yang lengkap dan benar tentang Status Subyek Hukum yang bertanggung jawab atas sistem tersebut. Jika ia merupakan PT maka harus memenuhi semua informasi yang bersifat materil menerangkan PT sebagai badan hukum tersebut.
 - c. Informasi dalam situs harus secara *fair* memberikan kejelasan informasi bagi konsumen terhadap keberadaan sistem itu sendiri dan obyek yang diperdagangkannya, serta sejauhmana pertanggung jawaban para pihak yang terlibat dalam penyelenggaraan sistem tersebut (Kebijakan dan Standar Pelayanan)
 - d. Informasi tentang prosedural bagaimana para pihak mencapai kesepakatannya untuk menggunakan sistem elektronik tersebut.
- 3) *Computing Audit*,
 - a. Pemeriksaan apakah sistem tersebut telah dibangun, dioperasikan dan dipelihara dengan baik (IT Governance) dan mampu menciptakan nilai, kegunaan dan efisiensi sebagaimana yang telah direncanakan dan diperjanjikan.

- b. Pemeriksaan terhadap sejauhmana perikatan para pihak dan tanggung jawab antara mitra yang terlibat termasuk supporting para vendor terhadap sistem tersebut.

4) *Communication Audit*

- a. Sistem komunikasi telah diselenggarakan oleh si penyelenggara dengan baik dan dipergunakan dengan baik oleh si pengguna sistem.
- b. Sejauhmana pertanggung jawaban si penyelenggara atas kehandalan sistem komunikasi tersebut.

5) *Community Audit*

- a. Sejauhmana batas-batas kepatutan/kelaziman ataupun kaedah-kaedah atau kebiasaan-kebiasan dalam praktek yang berlaku dalam komunitas tersebut telah diabsorp atau diakomodir dalam penyelenggaraan sistem tersebut.
- b. Sejauhmana etika ataupun *code of conduct* telah dirumuskan dalam komunitas tersebut.

Untuk lebih mempermudah, juga perlu dipahami bahwa sesuai dengan aspek-aspek kajian hukum yang telah diuraikan dimuka serta dengan memperhatikan standar pemeriksaan hukum dilingkungan pasar modal, maka paling tidak standar pemeriksaan hukum yang telah ada perlu dimodifikasi agar lebih efektif sehubungan dengan sistem elektronik, yang antara lain perlu ditambah beberapa sebagai berikut;

- 1) Perjanjian-Perjanjian yang berkenaan dengan sistem tersebut baik perjanjian pengembangan sistem dan pemeliharaannya serta perjanjian penggunaan sistem oleh para penggunanya;
- 2) Kejelasan reputasi atau latar belakang Personil atau Ketenagakerjaan yang bertanggung jawab atas pengoperasian sistem elektronik tersebut untuk mencegah penyalahgunaan sistem oleh orang dalam;
- 3) Sejauhmana keberadaan Hak atas Kekayaan Intelektual (HKI) yang berkenaan dengan sistem tersebut;
- 4) Perincian dari Aset yang benar-benar merupakan milik perusahaan, karena program komputer yang digunakan seharga tertentu tidak termasuk sebagai kepemilikan dari perusahaan;

- 5) Sejauhmana asuransi dapat menanggung resiko atas sistem tersebut, karena pertanggung jawabannya akan sangat tergantung pada keberadaan *software* tersebut apakah akan dikategorikan sebagai produk barang (contoh: *proprietary software*) ataukah produk jasa (contoh: *software* yang dikembangkan dengan basis *open source*), hal tersebut akan menentukan apakah prinsip *negligence* yang nantinya akan diterapkan, ataukah justru prinsip *strict liability*;
- 6) Sejauhmana para pihak melaksanakan kewajiban pembayaran pajaknya, karena keberadaan suatu *software* seharusnya mempunyai konsekwensi dipungutnya *royalty income* oleh penggunanya; dan
- 7) Sejauhmana *potential risk* berikut kerugiannya terhadap para pihak sekiranya terjadi kegagalan sistem, serta *business continuity plan* dari si pengelola.

Dari semua pemaparan tersebut di atas, khususnya sebagai suatu upaya antisipasi untuk mencegah kemungkinan penciptaan resiko pertanggungjawaban hukum (*creating the risk*), setidaknya dapat ditarik tiga hal penting untuk diperhatikan dalam *legal risk management*, yakni (i) tentukan terlebih dahulu strategi atau perencanaan untuk meminimalkan resiko tanggungjawab hukum; (ii) lakukan identifikasi dan analisis terlebih dahulu resiko hukum tersebut, dan (iii) tentukan bagaimana menangani resiko tersebut.

Dalam bab selanjutnya akan diterapkan formulasi standar pemeriksaan tersebut dalam konteks program pembangunan sistem informasi layanan publik untuk ekspor impor, *Indonesian National Single Windows* ("INSW").

--- o0o ---

BAB V

PENERAPAN FORMULASI STÁNDAR PEMERIKSAAN HUKUM DALAM PENGEMBANGAN SISTEM INFORMASI ELEKTRONIK DENGAN POLA PENYELENGGARAAN *PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP* (STUDI KASUS: *INDONESIA NATIONAL SINGLE WINDOWS*).

A. Urgensi dan Legalitas INSW

Dalam rangka melaksanakan komitmen Indonesia di kawasan ASEAN berdasarkan *Agreement to Establish and Implement the ASEAN Single Windows* yang ditandatangani di Kuala Lumpur Malaysia pada tanggal 9 Desember 2005 (“Perjanjian ASW”), Indonesia telah berkomitmen untuk membangun sistem National Single Window (“NSW”) yang efektif, efisien dan berkelanjutan. Dengan melakukan pembangunan dan penerapan Sistem NSW, Indonesia telah mulai memasuki babak baru dalam sistem layanan publik yang menggunakan sistem elektronik yang terintegrasi antar semua instansi pemerintah atau otoritas publiknya. Indonesia National Single Window (INSW) merupakan suatu sistem layanan publik yang terintegrasi yang menyediakan fasilitas pengajuan, pertukaran dan pemrosesan informasi secara elektronik, guna menyelesaikan semua proses kegiatan dalam penanganan lalu-lintas barang ekspor dan impor untuk meningkatkan daya saing perekonomian nasional.

Dalam kerangka *good governance*, penerapan sistem NSW juga diharapkan dapat mendorong akuntabilitas administrasi pemerintahan, khususnya dalam peningkatan kinerja pelayanan dokumen kepabeanan dan perijinan terkait aktifitas ekspor dan impor, terutama dalam aspek: (i) Kecepatan pelayanan, (ii) Keakuratan dan validitas data transaksi, (iii) Kepastian waktu penanganan, (iv) Transparansi, dan (v) Kemudahan dalam penggunaan sistem pelayanan.

Sesuai dengan Pasal 1 dari Perjanjian tersebut, jelas dinyatakan bahwa *The ASEAN Single Window* (“ASW”) adalah suatu lingkungan sistem elektronik dimana *National Single Windows* (“NSW”) dari setiap negara anggota beroperasi dan terintegrasi. Dengan kata lain ASW adalah suatu lingkungan dimana sistem NSW dari negara-negara anggota ASEAN dioperasikan dan di-integrasikan sehingga mampu meningkatkan kinerja penanganan atas lalu-lintas barang, untuk

mendorong percepatan proses *custom clearance*. Dalam ayat berikutnya dinyatakan bahwa *The National Single Window* adalah suatu sistem yang merupakan penggabungan dari tiga fungsi penyatuan, yakni:

- a. *a single submission of data and information;*
- b. *a single and synchronous processing of data and information; and*
- c. *a single decision-making for customs release and clearance. A single decision-making shall be uniformly interpreted as a single point of decision for the release of cargoes by the Customs on the basis of decisions, if required, taken by line ministries and agencies and communicated in a timely manner to the Customs.*³⁶⁵

Dengan berdasarkan hal tersebut maka, didefinisikanlah INSW sebagai suatu sistem nasional yang memungkinkan dilakukannya pengiriman atau penyampaian data dan informasi secara tunggal (*single submission of data and information*), pemrosesan data dan informasi secara sinkron (*synchronous processing of data and information*), integrasi informasi dan memadukan alur proses bisnis antara sistem kepabeanan, perijinan ekspor-impor, kepelabuhanan/kebandarudaraan, pembayaran, pengangkutan barang dan logistik, serta sistem lain yang terkait dengan penanganan lalu-lintas barang ekspor-impor. Dalam pasal 1 ayat 2 Perpres No.10 Tahun 2008 Tentang Penggunaan Sistem Elektronik Dalam Kerangka Indonesia National Single Window ("Perpres INSW"), telah dicantumkan definisi INSW sebagai berikut:

Indonesia National Single Window yang selanjutnya disebut dengan INSW adalah sistem nasional Indonesia yang memungkinkan dilakukannya suatu penyampaian data dan informasi secara tunggal (single submission of data and information), pemrosesan data dan informasi secara tunggal dan sinkron (single and synchronous processing of data and information), dan pembuatan keputusan secara tunggal untuk pemberian izin kepabeanan dan pengeluaran barang (single decision-making for custom release and clearance of cargoes);

Berikutnya dalam pasal 3 Perjanjian tersebut, dinyatakan bahwa tujuan dari Perjanjian ASW tersebut adalah membuat dan mengimplementasikan *ASEAN Single Window* yang meliputi:

³⁶⁵ Bandingkan dengan definisi NSW dalam UN/CEFACT Recommendation No.33., *a Single Window is defined as a facility that allows parties involved in trade and transport to lodge standardized information and documents with a single entry point to fulfill all import, export, and transit-related regulatory requirements. If information is electronic, then individual data elements should only be submitted once.*

- a. *To provide a legal framework to establish and implement the ASEAN Single Window;*
- b. *To ensure the implementation of regional commitments by ASEAN to establish and implement the ASEAN Single Window;*
- c. *To strengthen the coordination and partnership among ASEAN Customs Administrations and relevant line ministries and agencies, and economic operators (importers, exporters, transport operators, express industries, customs brokers, forwarders, commercial banking entities and financial institutions, insurers, and those relevant to the international supply chain) to effectively and efficiently implement the ASEAN Single Window.*

Konsekwensi dari pasal tersebut, tentunya bukanlah hal yang ringan bagi negara-negara ASEAN, karena sebenarnya setiap negara mempunyai warisan sistem hukum yang berbeda-beda, dimana sebagian anggota adalah pewaris sistem *common law* dari Inggris dan sebagian lagi adalah pewaris Eropa Kontinental dari Belanda dan Perancis. Akibat dari keadaan ini, *general principles* dalam menyelenggarakan sistem elektronik perlu terlebih dahulu disepakati bersama, dan selanjutnya berdasarkan Pasal 4 Perjanjian, dinyatakan bahwa Prinsip-prinsip dalam implementasi *ASEAN Single Window* adalah Konsistensi, Kemudahan, Transparansi dan Efisiensi:

Member Countries shall ensure that transactions, processes and decisions under their National Single Windows and the ASEAN Single Window are performed, carried out or made in a manner complying with the principles of: 1. consistency; 2. simplicity; 3. transparency; and 4. efficiency.

Untuk menjalankan prinsip-prinsip tersebut, pasal 5 Perjanjian ASW, menyatakan bahwa setiap negara anggota mempunyai kewajiban sebagai berikut;

1. *Member Countries shall develop and implement their National Single Windows in a timely manner for the establishment of the ASEAN Single Window. Brunei Darussalam, Indonesia, Malaysia, Philippines, Thailand and Singapore shall operationalise their National Single Windows by 2008, at the latest. Cambodia, Lao PDR, Myanmar, and Viet Nam shall operationalise their National Single Windows no later than 2012.*
2. *Member Countries shall ensure that their line ministries and agencies cooperate with, and provide necessary information to their Lead agency in accordance with their national laws in the development and implementation of their National Single Windows.*
3. *Member Countries shall make use of information and communication technology that are in line with relevant internationally accepted standards in the development and implementation of their National Single Windows.*
4. *Member Countries shall work in partnership with industries and businesses to support the establishment of their National Single Windows.*

Selanjutnya, mengingat *NSW* tersebut adalah perwujudan sistem elektronik yang bersifat lintas negara, maka terkait dengan aspek teknis dalam pembangunan proyek tersebut, telah diatur pasal 6 Perjanjian yang menyatakan bahwa setiap anggota harus memperhatikan standar internasional yang terkait dengan sistem:

member Countries shall, by means of a Protocol to be agreed upon, adopt relevant internationally accepted standards, procedures, documents, technical details and formalities for the effective implementation of the ASEAN Single Window.

Terkait dengan itu, berkenaan dengan Komitmen RI terhadap kesepakatan di tingkat Regional Asean, dapat ditemukan pada beberapa hal sebagai berikut;

- a. Kesepakatan pemimpin negara anggota ASEAN dalam *The Declaration of Asean Concord II* (Bali Concord II), 7 Oktober 2003;
- b. Kesepakatan Menteri Ekonomi ASEAN dalam *ASEAN Agreement to Establish & Implement the ASEAN Single Window*, 9 Desember 2005;
- c. Kesepakatan Menteri Keuangan ASEAN dalam *ASEAN Protocol to Establish and Implement the ASEAN Single Window*, April 2006;
- d. Kesepakatan Pemimpin Negara Anggota ASEAN dalam *Declaration on the ASEAN Economic Community Blueprint*, 20 November 2007.

Sementara untuk memperjelas program, kebijakan dan arah pengembangan dan penerapan sistem NSW di Indonesia, Tim Persiapan NSW telah merumuskan *Blueprint Penerapan Sistem NSW di Indonesia*,³⁶⁶ dan secara formal telah ditetapkan sebagai pedoman yang mengikat, melalui Keputusan Menteri Keuangan selaku Ketua Tim Persiapan NSW dengan keputusan Nomor KEP-08/KET.T-NSW/08/2007 tanggal 14 Agustus 2007 tentang Penetapan *Blueprint Sistem National Single Window* sebagai Pedoman Dalam Pembangunan dan Pengembangan Sistem National *Single Window* di Indonesia. Pokok-pokok ataupun substansi dari *Blueprint Penerapan Sistem NSW* tersebut, mencakup hal-hal sebagai berikut:

³⁶⁶ Tim Persiapan NSW RI, Laporan Pelaksanaan Tugas Tim Persiapan NSW Tahun 2007, hal.vi [Pengertian *blue print* (Cetak Biru) Penerapan Sistem NSW adalah suatu cetak biru yang memuat mengenai kebijakan dan prinsip-prinsip dasar dalam penerapan sistem NSW di Indonesia, untuk dijadikan sebagai pedoman dan rujukan oleh semua pihak dalam melaksanakan semua kegiatan yang berkaitan dengan pembangunan, pengembangan dan penerapan sistem NSW].

- a. Deskripsi umum tentang visi,³⁶⁷ misi,³⁶⁸ tujuan penerapan sistem NSW³⁶⁹ dan prinsip-prinsip dalam pengembangan NSW
- b. Pola Pengembangan Portal, strategi implementasi, strategi transisi sistem, serta peluang dan kendala dalam pengembangan sistem NSW
- c. Arsitektur Portal NSW, meliputi topologi Portal NSW, komponen teknis, struktur komponen dan arsitektur sistem NSW, *disaster recovery planning*, dan struktur sistem keamanan jaringan.
- d. Pola pembiayaan dan model operasional, meliputi kebijakan pengaturan besaran tarif serta model operasional Portal NSW yang akan digunakan dalam tahap ujicoba dan tahap penerapan sistem NSW secara nasional paska ujicoba.

Dengan telah dibuatnya *blueprint*, dapat dilihat beberapa manfaat dari penetapan *Blueprint* Penerapan Sistem NSW bagi seluruh entitas terkait,³⁷⁰ antara lain:

- a. Memberikan kejelasan mengenai arah kebijakan dan ruang lingkup kegiatan pembangunan, pengembangan, penerapan dan pengoperasian sistem NSW sebagai *gateway/portal* utama atas layanan publik oleh Pemerintah kepada masyarakat usaha.
- b. Sebagai referensi dan pedoman bagi semua pihak dalam melakukan pembangunan, pengembangan, penerapan dan pengoperasian sistem NSW.
- c. Sebagai acuan bagi seluruh entitas yang terkait dengan sistem NSW dalam menyelesaikan friksi dan masalah yang muncul dalam pelaksanaan pembangunan, pengembangan, dan implementasi sistem NSW di Indonesia;
- d. Sebagai landasan hukum yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat untuk dilaksanakan oleh seluruh entitas yang terkait dengan sistem NSW.

³⁶⁷ Visi dari pengembangan INSW adalah terwujudnya lingkungan NSW di Indonesia, yaitu layanan tunggal elektronik untuk memfasilitasi pengajuan informasi standar guna menyelesaikan semua pemenuhan persyaratan dan ketentuan, serta semua kegiatan yang terkait dengan kelancaran arus barang ekspor, impor dan transit, dalam rangka meningkatkan daya saing nasional.

³⁶⁸ Misi pengembangan INSW adalah mewujudkan suatu sistem layanan publik yang terintegrasi dalam penanganan atas lalulintas barang ekspor dan impor.

³⁶⁹ Secara garis besar, tujuan umum Penerapan sistem NSW adalah: (a) Meningkatkan kecepatan penyelesaian proses ekspor-impor melalui peningkatan efektifitas dan kinerja sistem pelayanan yang terintegrasi antar seluruh entitas yang terkait; (b) Meminimalisasi waktu dan biaya yang diperlukan dalam penanganan lalu lintas barang ekspor-impor, terutama terkait dengan proses *customs release and clearance of cargoes*; (c) Meningkatkan validitas dan akurasi data dan informasi yang terkait dengan kegiatan ekspor dan impor; serta (d) Meningkatkan daya saing perekonomian nasional dan mendorong masuknya investasi.

³⁷⁰ Ibid

Sehubungan dengan itu, terdapat beberapa manfaat penerapan INSW bagi pemerintah maupun swasta (*private sector*). Manfaat penerapan INSW bagi pemerintah antara lain:

- a. Memfasilitasi peningkatan kecepatan dalam proses *customs release and clearance of cargoes*
- b. Menyediakan sistem pelayanan yang mudah, murah, nyaman, aman, dan memberikan kepastian usaha
- c. Menciptakan manajemen resiko yang lebih baik
- d. Menghilangkan redundansi dan duplikasi data
- e. Meningkatkan validitas dan akurasi data
- f. Memudahkan pelaksanaan penegakan hukum oleh aparat pemerintah dalam kaitan dengan kegiatan ekspor-impor
- g. Meningkatkan perlindungan atas kepentingan nasional dari ancaman yang mungkin timbul karena lalu-lintas barang ekspor-impor
- h. Mengoptimalkan penerimaan negara
- i. Mendukung penerapan prinsip-prinsip Good Public Governance dalam seluruh kegiatan pelayanan ekspor-impor.

Sementara manfaat yang dapat diambil dari penerapan INSW bagi masyarakat usaha (*private sector*) antara lain:

- a. Memberikan kepastian terhadap biaya dan waktu yang diperlukan dalam pelayanan yang terkait dengan ekspor-impor
- b. Meningkatkan daya saing produk dalam negeri
- c. Memperluas akses pasar dan sumber-sumber faktor produksi
- d. Meningkatkan efektifitas dan efisiensi dalam pemanfaatan dan pengalokasian sumber daya
- e. Mendorong tumbuh dan berkembangnya kewira-usahaan.
- f. Mendukung penerapan prinsip-prinsip Good Corporate Governance dalam penyelesaian ekspor-impor.

Sehubungan dengan itu, komponen utama Entitas Pendukung sistem NSW merupakan pihak-pihak yang sangat menentukan dalam kelangsungan operasional sistem NSW di Indonesia dan terkait dengan rencana interkoneksi dengan sistem NSW negara anggota ASEAN lainnya melalui sistem ASW. Komponen tersebut antara lain adalah:

1) **Instansi Pemerintah (Otoritas Publik) yang terkait langsung dengan kegiatan Ekspor Impor (*Related Government Agency/GA*)**. Semua Instansi Pemerintah tersebut mencakup instansi yang melakukan pelayanan kepada publik terkait dengan perdagangan internasional, mulai dari yang menerbitkan perijinan ekspor impor (*licenses*), penyelesaian kewajiban kepabeanan (*customs-clearance*), yang melayani pelayanan fisik barang di pelabuhan (*cargo handling*) dan layanan lainnya dalam rangka menjalankan fungsi pemerintah dalam melakukan pelayanan dan pengawasan lalu lintas barang ekspor-impor. Seluruh instansi pemerintah ini bertanggung jawab memasok informasi ke Portal Sistem NSW sesuai dengan tingkat pelayanan (*service level*) yang telah disepakati bersama.

2) **Pelaku Usaha di bidang Ekspor-Impor**

Para pelaku usaha yang terkait dengan kegiatan ekspor impor akan menjadi pengguna sistem dalam layanan Portal NSW, mulai dari Importir, Eksportir, PPJK, perusahaan pengangkutan (*shipping/airline*), perusahaan jasa pengiriman (*freight forwarder*), Pengusaha Transportasi, Perusahaan Logistik, pergudangan (*warehousing*), Perbankan dan sektor-sektor usaha lain yang ada keterkaitan dengan kegiatan panganan lalu-lintas barang ekspor-impor. Pelaku usaha melakukan akses langsung terhadap layanan portal NSW dalam menyelesaikan berbagai kewajiban administratif dalam kaitannya dengan kegiatan ekspor-impor

3) **Sistem NSW negara-negara ASEAN lainnya**

Sistem NSW negara lain, terutama negara-negara anggota ASEAN akan menjadi salah satu entitas utama dalam operasional sistem NSW apabila

sistem NSW Indonesia sudah dilakukan interkoneksi dengan NSW negara lain melalui Sistem *ASEAN Single Window* maupun skema kerjasama bilateral lainnya. Sistem NSW negara lain berperan dalam melakukan pertukaran data elektronik dengan indonesia NSW

4. Pihak Pengelola Sistem NSW

Pengelola sistem yang handal merupakan kunci utama keberhasilan operasional sistem NSW, dimana hal tersebut dapat dilakukan oleh instansi yang ditunjuk oleh pemerintah, atau diserahkan kepada penyelenggara jasa aplikasi (*Application Service Provider*) dengan berbagai skema kerjasama, mengelola fungsi dan fasilitas sistem NSW, serta menjadi pengendali hubungan antar muka seluruh komponen terkait, di bawah kendali pemerintah melalui Tim Nasional atau instansi yang ditunjuk

Terkait dengan itu, dalam pembahasan sidang ke 41 dalam forum UNCITRAL, khususnya dalam membahas penerapan *e-commerce* masa depan, World Custom Organization ('WCO') mengemukakan tentang pentingnya perhatian semua negara terhadap potensi permasalahan hukum sebagai konsekwensi dari penerapan sistem Single Windows ("SW") secara global. Meskipun secara teknis SW memang bukanlah hal yang baru, namun sebenarnya cukup banyak menyimpan permasalahan yang cukup pelik di belakang hari.

Dalam dokumen yang disampaikan oleh Sekretariat UNCITRAL tersebut dijelaskan bahwa terdapat paling tidak tiga model/jenis penerapan Single Windows, yakni:

1. Model SW yang dimana informasi (baik kertas maupun elektronik) dari Pelaku Usaha dan pihak2 lain yang terkait dengan perdagangan internasional, diterima oleh satu otoritas kemudian disampaikan kepada otoritas pemerintah yang lain;
2. Model SW yang lebih *advance* dimana NSW tersebut difasilitasi oleh satu sistem otomasi untuk mengoleksi dan menyebarkan informasi yang mengintegrasikan secara elektronik pengumpulan, penggunaan, penyebaran dan penyimpanan data yang terkait dengan perdagangan internasional;

3. Model SW yang melibatkan sistem otomatis transaksi elektronik (*automated information transaction system*) dimana Pelaku Usaha dapat mengirimkan deklarasi perdagangannya secara elektronik (*electronic trade declarations*) kepada beberapa otoritas untuk diproses dan disetujui dalam satu aplikasi. Dalam pendekatan ini, persetujuan ditransmisikan secara elektronik dari otoritas pemerintah kepada komputer para Pelaku Usaha.

Selanjutnya, manakala fasilitas SW dioperasikan dalam skala nasional, maka sistem tersebut juga akan dapat digunakan secara regional dan internasional, sehingga informasi yang dikirimkan pada satu NSW dapat disampaikan/diteruskan juga kepada NSW yang lain sehingga dapat mengurangi biaya administratif yang harus dikeluarkan. Di beberapa negara SW dibiayai oleh pemerintah dan di beberapa negara lain dibiayai oleh swasta yg bekerjasama dengan pemerintah (*private-public partnership*). Demikian pula penggunaannya ada yang merupakan kewajiban (*compulsory*) dan ada yang sukarela (*voluntary*), serta ada yang berbayar dan ada pula yang tidak berbayar. Secara logis, tentunya konsekwensi dari adanya pembayaran ini juga berdampak pada bagaimana seharusnya pertanggung jawaban terhadap sistem tersebut kepada publik.

Selain manfaat pengurangan biaya dalam perdagangan, SW juga menyimpan permasalahan, yakni antara lain;

1. Perlunya Penetapan atau Legalisasi SW

Mengingat SW akan melibatkan beberapa otoritas pemerintahan suatu negara, maka harus adanya kejelasan bagaimana struktur organisasinya dan otoritas mana yang harus bertanggung jawab serta harus jelas bagaimana Perjanjian Penggunaannya (*end-user agreement*). Dengan kata lain harus ada '*legal interoperability*' antara NSW tersebut.

2. Identifikasi, Otentikasi dan Otorisasi

Meskipun dalam prakteknya hampir semua negara telah menerapkan teknologi *digital signatures*, namun pada prakteknya belum ada kesatuan standar yang umum untuk *cross-border recognition* berikut metode otentikasinya. Dua

problem yang mendasar adalah pada satu sisi diperlukan *uniform international standard*, namun disisi lain akibat kekhawatiran terhadap manipulasi dan pencurian data, maka dalam beberapa yurisdiksi dijumpai adanya pengaturan yang cukup ketat, namun pada sisi yang lain justru hal tersebut malah kurang produktif untuk interoperabilitas dengan yurisdiksi negara lain.

3. Perlindungan Data

NSW mempunyai dua dimensi. Pada satu sisi menjadi Custodian informasi yang berarti harus bertanggung jawab terhadap record-keeping dan penetapan prosedur yang ketat untuk melindungi akses ilegal, namun pada sisi yang lain adalah menjadi penerima informasi (*recipient*) dari para Pelaku Usaha (*Trade Partners*) yang dapat meminta semua pihak untuk mematuhi persyaratan sesuai hukum proteksi data yang berlaku. Demi harmonisasi hukum internasional maka setiap negara dapat mempelajari *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* atau membuat perjanjian bilateral atau multilateral antar mereka.

4. Tanggung Jawab Hukum

Cukup menjadi permasalahan yang tidak mudah untuk dijelaskan siapa yang harus bertanggung jawab terhadap permasalahan kesalahan pelayanan seperti tertundanya pengiriman atau kehilangan informasi (*services failure*), atau bahkan terjadinya kerusakan pada sistem (*malfunction*). Kecenderungan untuk melepaskan dan/atau membatasi tanggung jawab oleh Operator SW melalui *standard contract* yang dibuatnya akan menimbulkan permasalahan tersendiri. Pembuat dan Penyelenggara sistem tentunya akan berupaya untuk melepaskan atau paling tidak membatasi tanggung jawab hukum tersebut dengan dalih melaksanakan hal tersebut sebagai bentuk layanan publik. Karenanya akan timbul permasalahan bagaimana melihat kepentingan umum dalam konteks penyelenggaraan sistem elektronik untuk layanan publik tersebut. Secara Yuridis keberadaan Perpres INSW yang mendahului UU ITE mempunyai permasalahan tersendiri, jika ternyata pertanggung jawaban dalam Perpes tidak jelas sementara Penyelenggara berdasarkan UU ITE adalah bertanggung

jawab secara mutlak terhadap penyelenggaraan sistemnya kecuali jika terjadi kesalahan user atau karena keadaan *force majeure*.

5. Standar Dokumen.

Mengingat salah satu tujuan dari penyelenggaraan NSW adalah pengurangan pemakaian kertas (*paperless*) atau efisiensi prosedur dengan mengurangi pengajuan dokumen yang berulang kali, maka diperlukan sistem tandatangan elektronik untuk memfasilitasi pertukaran informasi dan/atau dokumen antara GA yang terkait. Dalam hal ini, kebutuhan untuk memiliki Government CA adalah suatu hal yang tidak dapat dihindari. CA tersebut harus *inter-operable* dengan CA negara lain, yang artinya isu tentang *cross-border certification* harus dapat diselesaikan oleh sistem hukum negara yang bersangkutan..

6. Kompetisi

Selain kelima hal tersebut, Bart W. Schermer juga memperhatikan bahwa selayaknya INSW juga tidak bertentangan dengan hukum tentang *Competition*:

*The structure of single window operations may also raise antitrust and protectionism concerns which may inhibit the use of single window by those who might otherwise benefit from it. Additionally, countries should consider their obligations under the General Agreement on Trade and Tariffs when establishing and operating single window facilities.*³⁷¹

7. Hak Kekayaan Intelektual

Melengkapi isu hukum menurut UNCITRAL dan Bart Schermer tersebut di atas, promovendus melihat ada satu aspek hukum lagi yang perlu diperhatikan yakni isu keterkaitan perlindungan HKI dengan penyelenggaraan pabean. Dalam UU HKI pemegang hak kekayaan intelektual berhak untuk melarang impor ekspor atas barang yang melanggar HKI, sementara pada sisi Pabean diberikan sarana penjaminan untuk menghambat masuknya produk-produk yang melanggar HKI.

³⁷¹ Bart W. Schermer, "Legal Issues of Single Window Facilities for International Trade., Modern Law for Global Commerce.", Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL, Vienna, 9-12 July 2007

B. Strategi Perencanaan, Pengembangan dan Penerapan INSW

Sesuai dengan maksud dan tujuannya, maka visi pengembangan INSW adalah terwujudnya lingkungan NSW di Indonesia, yakni layanan tunggal secara elektronik untuk memfasilitasi pengajuan informasi standar guna menyelesaikan semua pemenuhan persyaratan dan ketentuan, serta semua kegiatan yang terkait dengan kelancaran arus barang ekspor, impor, dan transit, dalam rangka meningkatkan daya saing nasional. Sementara misinya adalah mewujudkan suatu sistem layanan publik yang terintegrasi dalam penanganan atas lalulintas barang ekspor dan impor.³⁷²

Penerapan Sistem NSW di Indonesia, dilakukan melalui penyediaan Portal INSW, yaitu suatu sistem yang mempunyai beberapa hal penting yakni; (i) yang akan melakukan integrasi informasi berkaitan dengan proses penanganan dokumen kepabeanan dan pengeluaran barang, (ii) yang menjamin keamanan data dan informasi serta memadukan alur dan proses informasi antar sistem internal secara otomatis (iii) yang meliputi sistem kepabeanan, perizinan, kepelabuhanan/kebandarudaraan, dan sistem lain yang terkait dengan proses penanganan dokumen kepabeanan dan pengeluaran barang.³⁷³ Selanjutnya hal tersebut telah dimuat dalam definisi pasal 1 butir 3 Perpres INSW.

Pada tataran ideal dalam penerapan Sistem NSW, diharapkan Portal INSW akan menjadi 'akses tunggal' bagi siapapun (seluruh entitas) yang akan melakukan kegiatan apapun yang berkaitan dengan penanganan dan pelayanan ekspor-impor. Demikian juga bagi User (Pengguna Portal INSW), cukup sekali saja melakukan akses (*single sign-on*) akan dapat memperoleh semua layanan dari semua Otoritas Publik/Instansi Pemerintah (Government Agency/'GA') dan entitas lainnya yang tergabung kedalam Portal INSW.³⁷⁴

Pada akhirnya, penggunaan Portal INSW secara 'live' dalam proses pelayanan kepabeanan dan perijinan atas barang impor dan ekspor, akan membawa Indonesia menuju otomasi secara elektronik sistem pelayanan publik

³⁷² Tim Persiapan National Single Windows RI., Pembangunan, Pengembangan Dan Penerapan Sistem National Single Window (NSW) Di Indonesia: Mewujudkan Visi Layanan Tunggal Yang Terintegrasi Menuju Reformasi Layanan Publik Di Bidang Ekspor-Impor., (2008).

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Ibid.

yang terintegrasi, sehingga diharapkan secara konkrit akan mewujudkan “Reformasi Layanan Publik di Bidang Ekspor-Impor.”

Perlu diketahui bahwa Kesepakatan Dasar dalam Pengembangan INSW adalah sebagai berikut:

- a. Kewenangan setiap Entitas/Otoritas Publik (GA) dalam proses layanan publik, dilaksanakan dan dipenuhi oleh masing-masing Entitas sesuai dengan *service level* yang disepakati;
- b. Perubahan kebijakan internal, dilaksanakan masing-masing Entitas/Otoritas Publik (GA) dan diluar koordinasi Tim Persiapan INSW, namun harus selaras dan sejalan dengan kebijakan pengembangan sistem NSW
- c. Tim Persiapan INSW akan menyiapkan aplikasi antar-muka (*interface*) antar Entitas dalam otomasi alur proses (*automated workflow*) Sistem NSW, melalui Portal NSW;
- d. Entitas yang belum memiliki system, akan disediakan fasilitas entry sesuai standar dan kebutuhan sistem NSW;
- e. Guna penerapan sistem NSW, dilakukan perubahan, penyesuaian, dan penyempurnaan ketentuan dan prosedur yang tidak sejalan;
- f. Penjadwalan dan tahapan kegiatan dalam penerapan Sistem NSW didasarkan pada jadwal integrasi dengan Sistem ASW;
- g. Tim Persiapan NSW atau badan yang akan ditunjuk, bertanggung jawab atas kebijakan standar dan prosedur pengoperasian Sistem dan Portal NSW.

Terkait dengan itu, terdapat kebijakan terhadap Data dan Informasi, dimana kebijakan atas data dan informasi yang mengalir melalui Portal INSW, diputuskan untuk tetap mendasarkan pada regulasi dan perundangan yang ada, termasuk mengenai hak penyimpanan dan pengelolaan data, publikasi data, dan hak akses atas data, sedangkan Portal INSW hanya akan menyediakan *repository data* untuk kebutuhan referensi proses. Sedangkan untuk kebijakan atas Keamanan Data, semua data dan informasi yang mengalir melalui Portal INSW adalah data yang sangat penting dan dilindungi kerahasiaannya oleh aturan

perundangan yang ada, karena itu prioritas utama pembangunan portal INSW adalah mengenai aspek keamanan atas data, informasi dan jaringan sistem yang digunakan.

Secara garis besar, kebijakan umum pembangunan INSW dapat dikelompokkan kedalam dua besaran yang sering dikenal dengan Kebijakan Dua Pilar Sistem, yaitu (i) *Trade System* dan (ii) *Port System*.

Pada *Trade-System* ('trade-net'), sistem ini ditujukan untuk mendorong percepatan dalam penyelesaian dokumen pelayanan ekspor-impor (*flow of document*) sebagaimana layaknya *custom clearance* yang melakukan pertukaran data: (i) dari *custom-system*: berupa data realisasi impor/ekspor; (ii) dari *trade-system* (GA): berupa perijinan ekspor-impor. Sedangkan pada *Port System* ('PortNet'), sistem ini ditujukan untuk mendorong percepatan dalam penanganan lalulintas fisik barang ekspor-impor (*flow of goods*) sebagaimana layaknya *Cargo-Release* yang melakukan pertukaran data: (i) dari *custom-system*: berupa *Cargo Manifest* (*inward* dan *outward*) dan *Release Approval* (SPPB/PE), (ii) dari *Port-System* (GA): berupa *Discharge List/Loading List* dan *Gate-in/Gate-out list*.

Sementara, untuk kebijakan umum dalam pengembangan dan penerapan sistem NSW, untuk memudahkan dan mendasarkan pada skala prioritas yang mempertimbangkan urgensi sistem dan keterbatasan Sumber Daya, secara umum sistem NSW dikelompokkan kedalam 4 sistem kelompok, yakni:

- a. Sistem NSW-Impor, yaitu sistem pada Portal INSW yang akan menangani proses pelayanan impor, yang akan mengintegrasikan data dan informasi dari Bea dan Cukai dengan GA Penerbit Perijinan Impor;
- b. Sistem NSW-Ekspor, yaitu sistem pada Portal INSW yang akan menangani proses pelayanan impor, yang akan mengintegrasikan data dan informasi dari Bea dan Cukai dengan GA Penerbit Perijinan Ekspor;
- c. Sistem NSW-SeaPort (kepelabuhanan), yaitu sistem pada Portal INSW yang akan menangani proses pelayanan barang dan sarana pengangkut di pelabuhan laut, yang akan mengintegrasikan data dan informasi dari Bea dan Cukai dengan semua GA yang ada di komunitas Pelabuhan Laut;
- d. Sistem NSW-AirPort (kebandarudaraan), yaitu sistem pada Portal INSW yang akan menangani proses pelayanan barang dan sarana pengangkut di

bandar udara, yang akan mengintegrasikan data dan informasi dari Bea dan Cukai dengan semua GA yang ada di komunitas Bandar Udara.

Lebih lanjut perlu diketahui bahwa Komponen teknis utama yang menjadi kebutuhan mendasar dan menjadi prasyarat minimal untuk membangun dan mengembangkan suatu sistem NSW, antara lain adalah:

- a. Gerbang Informasi (*Gateway-Portal*), yang merupakan common-portal nasional yang berfungsi sebagai portal bagi pengajuan dan proses dokumen yang diperlukan dalam proses custom-clearance dan release cargo;
- b. Perangkat tatap-muka (*Interface*), yang berupa suatu program antara (*intermediary-application*) yang diperlukan untuk mendukung inter-koneksi dan inter-operabilitas antara sistem para Pengguna Sistem NSW (baik instansi pemerintah maupun para pelaku usaha) yang terkait dalam sistem NSW;
- c. Sistem Pelayanan (*inhouse-system*) yang merupakan suatu sistem yang berada di internal masing-masing instansi pemerintah (GA), yang akan menyediakan semua layanan yang dibutuhkan oleh Portal INSW.

Sementara untuk standarisasi elemen data, telah disepakati oleh seluruh anggota Tim Persiapan NSW bahwa dalam pembangunan, pengembangan dan pengoperasian INSW, Portal INSW beserta semua sistem yang terkait dengan Portal NSW (*inhouse-system* di semua GA dan Modul Aplikasi yang ada di User), akan menggunakan acuan dan referensi standar internasional yakni WCO Data Model versi yang terakhir, disertai dengan rujukan lainnya sesuai dengan *international standard & best practices* yang lain seperti ASEAN data-set, UneDocs, UNTDED dan UN-EDIFACT.

Selain aspek teknis yang diperlukan dalam pengembangan dan penerapan INSW, untuk penerapannya agar sesuai dengan rencana dan target yang telah ditentukan, diperlukan beberapa kondisi dan prasyarat teknis, yakni: ketersediaan jaringan (*network-availability*), sistem cadangan (*redundancy system*), dan sistem penanggulangan bencana (*disaster recovery system*), ketersediaan perangkat

pengaman jaringan (*network-security*), dan jaminan atas kehandalan jaringan (*network-reliability*).

Sementara itu, mengingat suatu Sistem harus direncanakan dengan baik maka dibuatlah strategi pengembangan INSW adalah antara lain sebagai berikut:

- a. Melakukan kolaborasi sistem dari seluruh entitas (instansi pemerintah, institusi lainnya dan swasta) sebagai upaya percepatan penyelesaian proses ekspor-impor;
- b. Komitmen bersama untuk melakukan koordinasi dalam memadukan dan menyelaraskan proses bisnis antar entitas, guna meningkatkan kinerja dan efektifitas layanan yang terkait dengan ekspor-impor;
- c. Menyempurnakan dan melengkapi perangkat hukum serta kelengkapan persyaratan legal lainnya, guna mendukung terwujudnya visi Indonesia NSW.
- d. Meningkatkan kapasitas dan integritas Sumber Daya Manusia (SDM) untuk mendukung penerapan prinsip-prinsip Good-Governance dalam pelayanan ekspor-impor.

Terkait dengan itu, Model Konseptual yang digunakan di Indonesia adalah mengacu kepada model konseptual penggabungan sistem NSW kedalam ASW sebagaimana yang telah ditetapkan dalam *ASW Technical Guide*. Dalam pelaksanaannya, jadwal penggabungan tersebut dibahas dan dirumuskan bersama dalam forum *ASW Steering Committee* yang terdiri dari (i) *Technical Working Group*, dan (ii) *Legal and Regulatory Working Group*.

Selanjutnya berdasarkan "*Declaration on the ASEAN Economic Community Blueprint*," proses penggabungan tersebut dikelompokkan menjadi dua, yakni: (i) Untuk ASEAN 6 (Brunei, Indonesia, Malaysia, Philipines, Singapore dan Thailand) akan bergabung ke ASW pada tahun 2009, sementara (ii) untuk ASEAN 4 (Kamboja, Laos, Myanmar, dan Vietnam) akan bergabung ke ASW pada tahun 2012).

Sementara untuk Topologi dan Arsitektur sistem NSW, konsep yang dikembangkan dan diterapkan di Indonesia adalah konsep *Single-Integrated portal* dengan membangun *Common Portal* nasional berupa Portal INSW. Pada

tataran ideal, penerapan sistem NSW melalui Portal INSW akan menggunakan konsep *Single Sign-On* (SSO) sehingga seluruh pihak yang terkait dengan semua urusan yang berkaitan dengan masalah ekspor-impor, hanya perlu satu kali akses, cukup dengan mengakses Portal INSW akan mendapatkan semua layanan dari seluruh GA dan entitas lain yang terkoneksi kedalam Portal INSW.

Sementara terkait dengan strategi penerapan (implementasi) INSW, maka penerapan INSW dilakukan secara bertahap, sesuai dengan strategi pentahapan yang ditetapkan dalam Peraturan Menteri Keuangan selaku Ketua Tim Persiapan NSW, tentang Pedoman dan Pentahapan Dalam Rangka Pembangunan dan Penerapan INSW, dengan pokok-pokok pentahapan adalah sebagai berikut:

- a) Uji-coba Tahap Awal Sistem NSW di Indonesia
- b) Implementasi Tahap Kesatu sistem NSW
- c) Implementasi Tahap Kedua sistem NSW
- d) Implementasi Tahap Ketiga sistem NSW
- e) Implementasi Tahap Nasional sistem NSW
- f) Joint to ASEAN Single Window

Sampai dengan akhir tahun 2008, Tim Persiapan NSW akan lebih berfokus kepada upaya:

- a) Pengembangan dan penerapan Sistem NSW di tingkat nasional (sampai dengan penerapan secara mandatory)
- b) Perluasan cakupan dan coverage Sistem NSW (participating GA, User/Trader, Sistem yang diintegrasikan, dan Lokasi Penerapan)
- c) Persiapan teknis untuk bergabung ke sistem ASW melalui uji coba awal pertukaran data *Certificate of Origin* (Surat Keterangan Asal).
- d) Jadwal penerapan sistem NSW di Indonesia, secara umum mendasarkan pada strategi pentahapan yang telah ditetapkan dalam Blue Print Penerapan Sistem NSW, dengan perubahan terakhir yang telah dituangkan dalam lampiran Instruksi Presiden No.5 Tahun 2008, dengan tahapan sebagai berikut:

1. Akhir Tahun 2007, Langkah Awal Penerapan INSW

2. Akhir Tahun 2008, INSW diterapkan secara penuh dan dipersiapkan untuk joint dengan ASW
3. Akhir Tahun 2009, persiapan Joint ASW dengan uji coba Pertukaran Data CoO/SKA.
 - 3.1. Strategi pentahapan tersebut dipilih dengan mempertimbangkan beberapa faktor:
 4. Target waktu yang sangat terbatas, sehingga mengharuskan perumusan strategi yang matang dalam pembangunan dan penerapan sistem NSW dengan memperhitungkan, keterbatasan SDM dan dukungan sarana/infrastruktur yang ada, tingkat kesiapan calon pengguna sistem NSW baik GA maupun pelaku usaha ditinjau dari sisi teknis maupun non-teknis, perlunya waktu dan proses yang cukup panjang untuk melakukan 'change management' dan perubahan lain yang cukup mendasar di semua entitas sistem NSW.
 5. Sumber daya yang terbatas, sehingga untuk dapat melakukan pekerjaan secara fokus dan intensif, perlu diatur segmentasi target melalui penetapan target pada setiap tahapan;
 6. Jumlah stakeholder yang cukup besar, perlu dilakukan pentahapan untuk sebagian User terlebih dahulu, kalau sudah berjalan lancar baru kemudian diterapkan kepada seluruh user dalam jumlah yang cukup besar.
 7. Lokasi penerapan yang berbeda tempat, dengan karakteristik masing-masing yang berbeda, dengan kondisi infrastruktur dan kesiapan sistem yang berbeda-beda, diperlukan penanganan dan policy penerapan yang berbeda.

Pada tahapan uji coba awal INSW sebagai langkah pertama yang dilakukan oleh Tim Persiapan INSW untuk menguji apakah semua komponen Sistem NSW dapat berfungsi dengan baik. Peluncuran dilaksanakan pada tanggal 19 Nopember 2007 dan berlangsung sampai dengan dilakukannya implementasi Tahap Kesatu pada tanggal 17 Desember 2007. Untuk otoritas publik (GA) yang dilibatkan adalah Badan POM dan Kantor Pelayanan Utama DJBC Tanjung Priok.

Sementara Pelaku Usaha yang dilibatkan adalah Importir Jalur Prioritas (IJP) yang mengimpor komoditi MMO. Untuk sistem yang diuji-cobakan adalah (i) pengiriman data perijinan secara elektronik melalui web-service dari in-house system Badan POM (sistem e-BPOM) ke portal INSW dan dari portal INSW meneruskan ke *in-house system* KPU Tanjung Priok (SAP-Import); (ii) proses otomasi validasi dan filtering di Portal INSW untuk mengecek dokumen PIB dan dokumen perijinan; (iii) pemrosesan perijinan elektronik pada *cutom-clearance* (SAP-Import) dan pengiriman respon elektronik melalui Portal INSW.

Pada tahapan Implementasi Tahap Kesatu, INSW telah melibatkan lebih banyak GA dan mengikut sertakan seluruh Importir Jalur Utama (MITA Prioritas) sehingga diharapkan akan dapat mewakili gambaran penerapan INSW secara penuh di Indonesia. Peresmian tahapan ini dilaksanakan pada tanggal 17 Desember 2007 dan akan berlangsung sampai dengan dilakukannya Implementasi Tahap Kedua pada akhir bulan Juni 2008. Adapun untuk GA Perijinan yang dilibatkan adalah Kantor Pelayanan Utama (KPU) DJBC Tanjung Priok, dan 4 GA Perijinan (Badan POM, Ditjen Perdagangan Luar Negeri, Badan Karantina Pertanian dan Pusat Karantina Ikan). Sedangkan untuk Pelaku Usaha Yang Dilibatkan adalah seluruh Mitra Utama (MITA) Prioritas atau IJP (sebanyak 100 Perusahaan IJP). Sementara untuk Sistem Yang Diuji-cobakan, adalah: (i) pengiriman data perijinan secara elektronik melalui web-service dari in-house system 4 GA (sistem InaTrade, e-BPOM, Sikawan, Sipusra, Sister Karoline) ke portal INSW dan dari portal INSW meneruskan ke *in-house system* KPU Tanjung Priok (SAP-Import); (ii) proses otomasi validasi, *filtering* dan *analyzing point* di Portal INSW untuk mengecek dokumen PIB dan dokumen perijinan; (iii) pemrosesan perijinan elektronik pada *cutom-clearance* (SAP-Import) dan pengiriman respon elektronik melalui Portal INSW.

Berikutnya, pada tahapan Implementasi Tahap Kedua, INSW diperluas cakupannya dari Implementasi Tahap Kesatu dengan cara melibatkan secara penuh semua GA yang menerbitkan perijinan impor. Secara teknis, tahap kedua sudah mulai diterapkan pada 1 Juli 2008 di pelabuhan Tanjung Priok Jakarta, sehingga sejak saat itu Dokumen PIB yang dikirim oleh MITA Prioritas dan beberapa MITA Non-Prioritas sudah melalui Portal INSW. Adapun untuk GA

yang dilibatkan, sudah merupakan seluruh GA Perijinan Impor (15 GA) yang sudah dilibatkan dan terkoneksi dengan Portal INSW, sehingga semua perijinan impor dari kelimabelas GA tersebut sudah diteliti dan diproses melalui Portal INSW. Sementara untuk Pelaku Usaha yang dilibatkan adalah seluruh MITA Prioritas ditambah dengan beberapa Importir Non-Prioritas (46 perusahaan) yang melakukan kegiatan importasi melalui Tanjung Priok. Sedangkan untuk sistem yang diuji-cobakan adalah (i) pengiriman data perijinan secara elektronik melalui *web-service* dari *in-house system* GA dan *web-form* dari beberapa GA ke Portal INSW dan dari Portal INSW meneruskan ke *in-house system* KPU Tanjung Priok (SAP-Import); (ii) proses otomasi validasi, *filtering* dan *analyzing point* di Portal INSW untuk mengecek dokumen PIB dan dokumen perijinan dari GA; (iii) pemrosesan perijinan elektronik pada *custom-clearance* (SAP-Import) dan pengiriman respon elektronik melalui Portal INSW.

Selanjutnya, sebagai Implementasi Tahap Ketiga, untuk memenuhi jadwal penerapan sesuai dengan target yang ditetapkan pada Inpres No.5 Tahun 2008 yang telah menetapkan bahwa Implementasi Tahap Kedua harus selesai pada akhir Juni 2008, perlu dilakukan serangkaian upaya dan pekerjaan teknis dalam pengembangan Portal INSW yang telah digunakan sejak Implementasi Tahap Kesatu.

Pada tahun 2008, Tim Persiapan INSW mempunyai beban pekerjaan yang sangat berat, baik dari sisi pekerjaan teknis maupun pekerjaan lain yang sifatnya non-technical seperti aspek legal, perumusan konsep pengelolaan, masalah perumusan arsitektur pengembangan sistem, dan lain sebagainya. Secara garis besar, hal tersebut dapat dirinci antara lain sebagai berikut:

- 1) Melanjutkan pekerjaan teknis dalam pengembangan dan penerapan sistem NSW, terkait dengan pemenuhan dan penambahan fitur, function dan facility yang dipersyaratkan dan dibutuhkan dalam Portal INSW.
- 2) Melakukan perluasan cakupan sistem INSW yang sudah diimplementasikan, dengan melakukan penambahan GA yang dilibatkan (PGA dan RGA), penambahan User (Importir, Eksportir, PPJK, Shippingline, Airline) dan perluasan lokasi penerapan INSW (Tanjung Priok, Tanjung Emas, Soekarno-Hatta, dan NSW-Airport ke Portal INSW.

- 3) Melakukan pembangunan dan integrasi sistem Ekspor, SeaPort dan AirPort ke Portal INSW (NSW-Ekspor, NSW-SeaPort, dan NSW Air-Port).
- 4) Menyelesaikan pekerjaan non teknis (Legal Product, Services Level Agreement/SLA, SOP, Call-center) dengan menyelesaikan perumusan beberapa Peraturan Menteri Keuangan selaku Ketua Tim (amanat Perpres No.10 Tahun 2008), perumusan Peraturan dari Pimpinan masing-masing GA tentang SLA dan SOP dan perumusan konsep Call-Center untuk mendukung operasional Portal INSW.
- 5) Melakukan pembahasan kebijakan di tingkat regional ASEAN tentang kebijakan atas sistem NSW dan ASW (*legal & technical aspects*), melalui pembahasan di ASW Steering Committee Meeting dan Reguler Meeting pada Technical dan Legal Working Group.
- 6) Perumusan konsep pengelolaan Portal INSW dan penguangan dalam Keputusan Presiden untuk merumuskan policy mengenai model operasional dan penetapan pihak Pengelola Portal INSW, yang dituangkan dalam bentuk Keputusan Presiden.

Sepanjang tahun 2008, Tim Persiapan INSW harus membangun 4 sistem utama yang mendukung Portal INSW yang harus dibangun, dikembangkan dan diterapkan secara bersamaan, sehingga semua pekerjaan tersebut harus dilakukan secara paralel dan simultan dengan pekerjaan teknis lainnya, dimana Ke-4 sistem utama tersebut, yakni:

- 1) Sistem NSW-Impor, dimana sistem pada Portal INSW yang akan menangani proses pelayanan impor, yang akan mengintegrasikan data dan informasi antara SAP-Impor di Bea dan Cukai dengan Sistem layanan perijinan impor di 15 GA sebagai Penerbit Perijinan Impor;
- 2) Sistem NSW-Ekspor, dimana sistem pada Portal INSW yang akan menyediakan fasilitas untuk integrasi data antara SAP-Ekspor di Bea dan Cukai dengan sistem layanan perijinan di semua GA;
- 3) Sistem NSW-SeaPort (kepelabuhanan), dimana sistem pada Portal INSW yang menyiapkan fasilitas untuk menangani proses pelayanan barang dan

kapal melalui integrasi data antara *customs-clearance* di Bea dan Cukai dengan sistem pelayanan di semua GA yang ada di Pelabuhan Laut;

- 4) Sistem NSW-AirPort (kebandarudaraan), dimana sistem pada Portal INSW yang menyiapkan fasilitas untuk menangani pelayanan barang dan pesawat, melalui integrasi data antara *customs-clearance* di Bea dan Cukai dengan sistem pelayanan di semua GA yang ada di Pelabuhan Udara.

Terkait dengan itu semua, terdapat beberapa faktor kunci (*key-factors*) yang merupakan penentu keberhasilan INSW agar sesuai dengan kondisi ideal yang diharapkan, dan sejalan dengan visi, misi, strategi, tujuan dan manfaat dari penerapan INSW tersebut, yakni antara lain:

- a. Adanya komitmen nasional
- b. Adanya kepemimpinan Otoritas Publik yang kuat
- c. Kemampuan mendefinisikan kebutuhan sistem secara utuh
- d. Kesiapan Para Pihak (Entitas) yang terkait
- e. Intensitas Sosialisasi
- f. Penetapan Pengelola Portal INSW
- g. Aspek Legal
- h. Model Pembiayaan
- i. Dukungan Stakeholder.

Sebagai informasi terakhir, Instansi Pemerintah yang telah bergabung ke dalam Portal INSW pada Implementasi Tahap Kedua, adalah sebagai berikut:

1. Ditjen Bea dan Cukai
2. Ditjen Perdagangan Luar Negeri
3. Badan Pengawas Obat dan Makanan (BPOM)
4. Badan Karantina Pertanian
5. Pusat Karantina Ikan
6. Ditjen Perhubungan Laut
7. Ditjen Perhubungan Udara
8. Departemen Kesehatan
9. Departemen Perindustrian

10. Departemen Pertanian
11. Ditjen Pos dan Telekomunikasi
12. Kementerian Negara Lingkungan Hidup
13. Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral
14. Departemen Kehutanan
15. Badan Pengawas Tenaga Nuklir
16. Markas Besar Kepolisian RI
17. Departemen Pertahanan.

Pelaku usaha yang sudah tergabung menjadi Pengguna Portal INSW pada Implementasi tahap Kedua di Indonesia:

1. Seluruh importir MITA (Mitra Utama) Prioritas
2. Importir MITA (Mitra Utama) Non-Prioritas
3. Perusahaan Pelayaran (Shipping Company)
4. PT (Persero) Pelabuhan Indonesia II
5. Terminal Operator di Pelabuhan Tanjung Priok.

C. Pertanggungjawaban Penyelenggara INSW

Selanjutnya, terkait dengan urgensi dan strategi pengembangan dan implementasi INSW tersebut, sementara RUU-ITE pada saat itu masih dibahas di DPR, maka Tim Persiapan INSW telah berhasil membuat instrumen hukum dalam bentuk Peraturan Presiden Nomor 10 Tahun 2008 tentang Penggunaan Sistem Elektronik Dalam Kerangka *National Single Window* ("Perpres INSW") pada tanggal 26 Februari 2008, yang diharapkan tidak hanya melegalisasi penggunaan sistem elektronik tersebut, melainkan juga diharapkan dapat menjadi patokan bagi para pihak untuk mengetahui kewajiban dan kewenangannya masing-masing sebagaimana mestinya. Dalam Perpres INSW diatur beberapa hal, antara lain sebagai berikut:

- a. Ketentuan Umum yang memuat beberapa definisi
- b. Maksud dan Tujuan INSW,

- c. Pembangunan dan Penerapan INSW yang dilakukan sesuai pedoman yang ditetapkan oleh Menteri Keuangan;
- d. Portal INSW yang disediakan oleh Pemerintah cq Menteri Keuangan sesuai dengan peraturan perundang-undangan, dan selanjutnya Pengelola Portal INSW akan ditetapkan dalam suatu Keppres tersendiri;
- e. Penggunaan Nama Domain *www.insw.go.id*;
- f. Eksistensi Portal INSW dan Kewajiban Pengelola Portal INSW;
- g. Hubungan Pengelola Portal INSW dengan Pengguna INSW;
- h. Kewajiban dan Tanggung Jawab Pengguna Portal INSW;
- i. Jejak Audit atau *Audit Trail*
- j. Force Majeur yang mengakibatkan penggunaan prosedur keadaan darurat;
- k. Ketentuan lain-lain, yang mengatur bahwa sebelum terbentuknya Pengelola maka yang menjadi penanggung jawab adalah Tim Persiapan NSW yang ditetapkan oleh Menko Perekonomian; dan
- l. Ketentuan Penutup, yang menyatakan bahwa untuk pelaksanaan Perpres ini pada masing-masing instansi pengguna diatur secara bersama-sama atau sendiri-sendiri dengan Peraturan Menteri atau Kepala Instansi Pengguna.

Dalam perkembangannya kemudian, RUU-ITE telah disahkan di DPR pada tanggal 15 Maret 2008 dan kemudian diundangkan pada tanggal 21 April 2008 sebagai UU No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik ('UU-ITE'). Selanjutnya, dengan keberadaan Pasal 53 UU-ITE tentang Ketentuan Peralihan yang menyatakan bahwa Pada saat berlakunya Undang-Undang ini, semua Peraturan Perundang-undangan dan kelembagaan yang berhubungan dengan pemanfaatan Teknologi Informasi yang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini dinyatakan tetap berlaku. Maka, dengan sendirinya semua ketentuan dalam UU-ITE menjadi "*lex specialist derogat lex generalist*" (ketentuan lebih khusus mengesampingkan ketentuan umum) dan "*lex posterior derogat lex priori*" (ketentuan yang lahir belakangan menggantikan ketentuan yang ada terdahulu) dalam konteks pemanfaatan Teknologi Informasi. Oleh karena itu, akan menjadi suatu permasalahan hukum tersendiri jika ditemukan ketentuan dalam Perpres INSW yang meskipun lahir lebih dahulu, ternyata bertentangan dengan ketentuan dalam UU-ITE. Dengan kata lain, secara

substansiil keberadaan ketentuan dalam Perpres INSW tetap harus sinkron dengan ketentuan dalam UU-ITE.

Hal pertama menarik untuk dikritisi dari Perpres INSW adalah tidak adanya definisi tentang Pengelola dan Pengembang, sementara pada sisi lain telah ada definisi tentang Pengguna INSW. Selain itu juga belum jelas siapa yang akan bertanggung jawab sebagai pengelola portal INSW tersebut, yang dinyatakan dalam pasal 4 ayat (3) Perpres INSW akan ditetapkan lebih lanjut dengan suatu Keputusan Presiden. Terhadap isu pengelola tersebut, berdasarkan berita pada situs INSW, Deputi bidang Koordinasi Industri dan Perdagangan Kementerian Koordinator Perekonomian Edy Putra Irawady mengatakan bahwa terdapat tiga opsi; Opsi Pertama, lembaga tersebut sepenuhnya akan dikelola pemerintah dalam bentuk Badan Layanan Umum ("BLU").³⁷⁵ Opsi Kedua, pengelolaannya diserahkan ke swasta penuh. Opsi Ketiga, pemerintah menguasai penuh lembaga tersebut, tetapi pelaksanaan di lapangan diserahkan kepada swasta.

Sehubungan dengan hal tersebut, dalam pasal 6 Perpres INSW, dinyatakan bahwa Pengelola Portal INSW mempunyai kewajiban:

1. Menjamin sistem pelayanan INSW beroperasi secara terus menerus dan memenuhi standar keamanan data dan informasi.
2. Melakukan proses manajemen sistem informasi dan validasi secara elektronik terhadap para pengguna portal untuk mendapatkan legalitas akses.
3. Melakukan koordinasi dan sinkronisasi pertukaran data dan informasi secara langsung (online) diantara pengguna portal.
4. Menyiapkan akses data realisasi ekspor dan/atau impor dari instansi penerbit perizinan sebagai konfirmasi mengenai realisasi ekspor dan/atau impor atas izin yang telah diterbitkan, sesuai dengan ketentuan yang berlaku.
5. Melakukan tindakan untuk mengatasi gangguan terhadap sistem INSW.
6. Menyediakan audit trail.
7. Menjamin keamanan dan kerahasiaan data dan informasi yang disampaikan instansi melalui Portal INSW.
8. Melaksanakan kegiatan lain yang ditetapkan oleh Menteri Keuangan.

³⁷⁵ Pasal 1 angka (1) Peraturan Pemerintah No.23 Tahun 2005 tentang Badan Layanan Umum. [Badan Layanan Umum, yang selanjutnya disebut BLU, adalah instansi di lingkungan Pemerintah yang dibentuk untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat berupa penyediaan barang dan/atau jasa yang dijual tanpa mengutamakan mencari keuntungan dan dalam melakukan kegiatannya didasarkan pada prinsip efisiensi dan produktivitas].

Terkait dengan itu, dalam pasal 8 Perpres INSW juga dinyatakan bahwa Pengelola Portal INSW dan seluruh Pengguna Portal INSW wajib melakukan pengamanan atas Portal INSW melalui kebijakan manajemen dan operasional serta penyediaan infrastruktur yang diperlukan. Selanjutnya dalam pasal 11 Perpres INSW, dinyatakan bahwa Pengelola Portal INSW dan Pengguna Portal INSW wajib menyediakan audit trail atas seluruh kegiatan dalam INSW, dimana audit trail tersebut diperlukan untuk mengetahui dan menguji kebenaran proses transaksi elektronik melalui INSW. Dalam hal terjadi perbedaan data dan informasi antar Pengguna Portal INSW maka audit trail yang ada di Portal INSW menjadi dasar penelusuran.

Terkait dengan kewajiban pengelola portal INSW, dalam UU ITE juga telah diatur kewajiban penyelenggara sistem elektronik. Dalam Pasal 15 UU-ITE dinyatakan bahwa Setiap Penyelenggara Sistem Elektronik harus menyelenggarakan Sistem Elektronik secara andal dan aman serta bertanggung jawab terhadap beroperasinya Sistem Elektronik sebagaimana mestinya. Pada dasarnya Penyelenggara Sistem Elektronik harus bertanggung jawab (*presumed liability*) terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektroniknya. Hal tersebut hanya dapat dikesampingkan atau tidak berlaku bila dapat dibuktikan terjadinya keadaan memaksa, kesalahan, dan/atau kelalaian pihak pengguna Sistem Elektronik itu sendiri.

Selain itu juga ditentukan dalam Pasal 16 UU ITE bahwa, sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang tersendiri, maka setiap Penyelenggara Sistem Elektronik wajib mengoperasikan Sistem Elektronik dengan persyaratan minimum sebagai berikut:

- (a). dapat menampilkan kembali Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik secara utuh sesuai dengan masa retensi yang ditetapkan dengan Peraturan Perundang-undangan;
- (b). dapat melindungi ketersediaan, keutuhan, keotentikan, kerahasiaan, dan keteraksesan Informasi Elektronik dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut;
- (c). dapat beroperasi sesuai dengan prosedur atau petunjuk dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut;

- (d). dilengkapi dengan prosedur atau petunjuk yang diumumkan dengan bahasa, informasi, atau simbol yang dapat dipahami oleh pihak yang bersangkutan dengan Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut; dan
- (e). memiliki mekanisme yang berkelanjutan untuk menjaga kebaruan, kejelasan, dan kebertanggungjawaban prosedur atau petunjuk.

D. Pemeriksaan dan Pendapat Hukum Terhadap Proyek Pengembangan dan Penyelenggaraan INSW

Setelah kita memperbandingkan Perpres INSW dengan UU ITE, maka lebih lanjut dapat dilakukan pemeriksaan sistem INSW berdasarkan standar pemeriksaan yang telah diformulasikan pada bab IV, yakni sebagai berikut:

1. Aspek Legalitas Berdasarkan Hierarkis Peraturan Perundang-undangan

Terkait dengan aspek legalitas pembentukan INSW, terdapat beberapa peraturan perundang-undangan yang telah dikeluarkan, antara lain sebagai berikut:

- 1) KEP-03/KET.T.NSW/08/2007 tentang Salinan SK Pembentukan Satgas Bidang TI
- 2) KEP-07/KET.T.NSW/08/2007 tentang Salinan SK Pembentukan Kesekretariatan Tim NSW
- 3) KEP-01/KET.T.NSW/08/2007 tentang Salinan SK Pembentukan Kelompok Ahli
- 4) Inpres No.35 Tahun 2006 dan Inpres No.6 Tahun 2007 tentang pemberlakuan sistem aplikasi jaminan baru
- 5) Keputusan Menko Perekonomian No.22/M.Ekon/03/2006 tentang Keputusan mengenai peraturan terbaru
- 6) Inpres No.3 Tahun 2006 dan Inpres No.6 Tahun 2007 tentang Penerapan sistem NSW telah menjadi salah satu program kebijakan nasional yang

harus diterapkan di Indonesia, dengan target penyelesaian Blueprint pada Juli 2007 dan piloting NSW pada akhir Desember 2007

- 7) Keputusan Menko Perekonomian No.22/M.Ekon/03/2006 tentang Menko Perekonomian membentuk Tim Persiapan NSW, dengan menunjuk Menteri Keuangan selaku Ketua dan Menteri Perdagangan bersama Menteri Perhubungan selaku Wakil Ketua, sekaligus menetapkan 5 Satuan Tugas yang meliputi bidang Legal, Kesesuaian Prosedur, Teknologi Informasi, Kepelabuhanan dan Kebandarudaraan.
- 8) Kepres No.54 Tahun 2002 jo Kepres No.24 Tahun 2005 tentang Tim koordinasi peningkatan kelancaran arus barang impor dan ekspor
- 9) Perpres No.10 Tahun 2008 tentang INSW
- 10) Inpres No. 5 Tahun 2008 tentang Fokus Program Ekonomi Tahun 2008-2009.³⁷⁶

Berdasarkan hasil penelitian diketahui bahwa dasar hukum yang menjadi dasar keberadaan proyek INSW adalah komitmen dalam perjanjian ASEAN Single Windows yang kemudian dipayungi dengan Perpres INSW yang selanjutnya dikuatkan dengan keberadaan UU-ITE.

Pembangunan INSW yang diamanatkan kepada Tim Penyiapan INSW, yang kemudian setelah selesainya proyek tersebut baru ditunjuk siapa yang menjadi pengelolanya, sebenarnya mengakibatkan ketidak jelasan terhadap siapa yang harus bertanggung jawab sekiranya ditemukan terjadi kesalahan desain atas sistem. Sementara kehadiran semua otoritas publik yang terlibat secara bertahap dapat dikatakan sebagai Pengguna Portal INSW. Sedangkan pengelola tidak pernah dijelaskan dalam definisi meskipun deskripsi hak dan kewajibannya tercantum dalam Perpres INSW.

Sehubungan dengan itu, dengan keberlakuan ITE yang telah menjelaskan bahwa Penyelenggara Sistem Elektronik adalah penyelenggara negara dan/atau swasta maka INSW sepanjang tidak ditentukan adanya swasta yang bekerjasama maka pengelolanya adalah Otoritas Publik yang diamanatkan oleh peraturan perundang-undangan yakni Menteri Keuangan.

³⁷⁶ Termasuk dalam fokus program ini, pengundangan Rancangan Peraturan Pemerintah yang diamanatkan dalam UU-ITE.

Keberadaan Tim berdasarkan SK Menteri Keuangan tidak menjelaskan apakah kehadiran Tim INSW adalah sebagai pihak ketiga independen, yang oleh karenanya dianggap bahwa Tim INSW adalah merupakan tenaga kerja atau buruh dari Menteri Keuangan. Berdasarkan konsep *vicarious liability* maka penanggung jawab dari INSW meskipun dibuat oleh TIM, namun secara institusional adalah tanggung jawab Menteri Keuangan secara *ex officio* selaku *leader* dalam proyek ini.

Selanjutnya, sehubungan dengan keberadaan Pasal 53 UU-ITE yang menyatakan bahwa Pada saat berlakunya Undang-Undang ini, semua Peraturan Perundang-undangan dan kelembagaan yang berhubungan dengan pemanfaatan Teknologi Informasi³⁷⁷ yang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini dinyatakan tetap berlaku. Maka, perlu dilihat apakah ada benturan substansi ketentuan dalam Perpres INSW dengan UU ITE, dimana jika hal tersebut tidak bertentangan dianggap tetap berlaku, namun jika bertentangan dianggap tidak berlaku.

Diteliti lebih lanjut, ditemukan sedikit perbedaan definisi tentang 'Sistem Elektronik' antara Perpres INSW dengan UU-ITE. Dalam pasal 1 butir (1) Perpres INSW dinyatakan 'Sistem elektronik adalah sistem untuk mengumpulkan, mempersiapkan, menyimpan, memproses, menganalisis, dan menyebarkan informasi elektronik'. Sementara dalam pasal 1 butir (5) UUIE dinyatakan 'Sistem Elektronik adalah serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik. Perbedaan yang mendasarnya adalah terletak pada kata-kata 'serangkaian perangkat dan prosedur elektronik' yang tercantum lebih detil pada UU-ITE. , Perbedaan ini berdampak kepada kejelasan unsur-unsur yang harus ada dalam istilah sistem elektronik itu sendiri, dimana seharusnya definisi yang baik harus mampu memperlihatkan keberadaan komponen-komponen pada sistem elektronik itu sendiri.

³⁷⁷ Pasal 1 butir (3) UU-ITE: Teknologi Informasi adalah suatu teknik untuk mengumpulkan, menyiapkan, menyimpan, memproses, mengumumkan, menganalisis, dan/atau menyebarkan informasi.

Terkait dengan definisi itu, dalam Perpres INSW tidak mencantumkan definisi tentang apa yang dimaksud dengan informasi elektronik, yang tercantum hanyalah definisi tentang Dokumen Elektronik pada Pasal 1 butir 7, yang berbunyi:

Dokumen elektronik adalah setiap informasi elektronik yang dibuat, diteruskan, dikirim, diterima, atau disimpan dalam bentuk analog, digital, elektro-magnetik, optikal atau sejenisnya, yang dapat dilihat, ditampilkan dan/atau didengar melalui komputer atau sistem elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara atau gambar, peta, rancangan, foto atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, kode akses, simbol atau perforasi yang memiliki makna atau arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya;

Sementara dalam UU-ITE ditemukan adanya perbedaan definisi antara Informasi Elektronik dengan definisi Dokumen Elektronik yang selanjutnya dalam pasal-pasal berikutnya dapat digunakan secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama akibat keberadaan kata-kata penghubung 'dan/atau' antara dua istilah tersebut. Dalam Pasal 1 butir (1) definisi Informasi Elektronik lebih mengarah kepada aspek substansi atau konten-nya, sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:

Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, *electronic data interchange (EDI)*, surat elektronik (*electronic mail*), telegram, teleks, *teletype* atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.

Sementara dalam Pasal 1 butir (4), definisi tentang dokumen elektronik sebenarnya lebih mengarah kepada bagaimana konten (informasi elektronik) tersebut difiksasikan kedalam suatu media atau dokumen yang lazim disebut sebagai *electronic records* ("e-records").

Dokumen Elektronik adalah setiap Informasi Elektronik yang dibuat, diteruskan, dikirimkan, diterima, atau disimpan dalam bentuk analog, digital, elektromagnetik, optikal, atau sejenisnya, yang dapat dilihat, ditampilkan, dan/atau didengar melalui Komputer atau Sistem Elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol atau perforasi yang memiliki makna atau arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.

Dari pendefinisian tersebut, terlihat jelas bahwa Perpres INSW tidak menjelaskan aspek konten melainkan langsung tertuju kepada dokumen elektronik yang definisinya sama persis dengan apa yang tercantum dalam UU-ITE. Akibat

dari ketiadaan definisi tentang informasi elektronik tersebut, mempunyai konsekuensi bahwa Perpres INSW tidak memperhatikan aspek substansi/konten yang dapat saja mempunyai nilai hukum tersendiri, melainkan hanya terfokus kepada dokumen. Sehingga jika tidak terekam (record) dalam suatu dokumen, maka suatu informasi elektronik dapat dianggap tidak bernilai secara hukum.

Berikutnya juga ditemukan kemiripan definisi 'pertukaran data elektronik' dalam Perpres INSW dengan definisi 'transaksi elektronik' dalam UU-ITE. Dalam Pasal 1 butir (8) Perpres INSW, suatu pertukaran data elektronik dianggap merupakan suatu perbuatan hukum antara para pihak melalui sistem elektronik, sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:

Pertukaran data elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan melalui sistem elektronik antara para pihak yang melakukan pertukaran data;

Sementara dalam Pasal 1 butir (2) UU-ITE, dinyatakan bahwa suatu transaksi elektronik adalah perbuatan hukum yang dapat dikatakan dilakukan dengan menggunakan semua jenis sistem elektronik yang berdasarkan penjelasan umum sebenarnya mencakup juga sistem telekomunikasi yang digunakan.

Transaksi Elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan Komputer, jaringan Komputer, dan/atau media elektronik lainnya.

Dari kedua definisi tersebut, dapat terlihat bahwa sesungguhnya definisi 'pertukaran data elektronik' menjadi agak kabur karena kata-kata 'data elektronik' belum terdefiniskan dalam Perpres INSW. Sementara berdasarkan karakteristik sistem elektronik yang digunakannya, maka sesungguhnya pertukaran data elektronik (electronic data interchange/EDI) tersebut adalah melalui suatu sistem elektronik tertentu yang bersifat tertutup atau lebih dikenal dengan istilah 'proprietary' karena dilakukan hanya oleh member dalam jaringan. Hal ini adalah merupakan bentuk kelaziman teknologi EDI (berdasarkan protocol X.509) yang telah digunakan sebelumnya. Dalam praktek tersebut, para pihak sebelumnya telah mengikatkan diri pada suatu perjanjian yang disebut "*EDI Trading Partner Agreement.*"

Sementara dalam pemahaman 'transaksi elektronik' pada UUIITE sebenarnya adalah ditujukan kepada sistem elektronik yang bersifat terbuka, yakni transaksi yang dilakukan via internet (berdasarkan protocol TCP/IP) yang juga

mencakup sistem telekomunikasi yang digunakannya. Umumnya para pihak belum pernah mengikatkan diri pada suatu perjanjian sebelumnya, atau dengan kata lain perjanjian itu justru terlahir karena akibat penggunaan sistem elektronik itu sendiri.

Dengan melihat kepada perbedaan sifat sistem elektronik tersebut, maka pendefinisian 'sistem elektronik' yang bersifat sangat luas pada INSW menjadi kurang tepat, hal mana seharusnya didefinisikan lebih sempit, karena sistem EDI adalah bersifat lebih spesifik dan rigid yang didasarkan atas serangkaian perangkat dan prosedur tertentu bahkan berdasarkan atas format data tertentu pula.

Berikutnya juga ditemukan perbedaan definisi antara 'sistem keamanan' dalam Perpres INSW dengan 'sistem pengamanan' dalam UU-ITE yang sebenarnya bersifat saling melengkapi. Dalam Pasal 1 butir (5) Perpres INSW, definisi lebih mengarahkan kepada keberadaan sistem keamanan berdasarkan teknis dengan komponen-komponen yang digunakan, sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:

Sistem keamanan adalah sistem yang digunakan dalam pengamanan terhadap data dan informasi, koneksi jaringan, dan infrastruktur pendukung, yang dilakukan baik secara fisik maupun menggunakan perangkat lunak;

Sementara dalam Penjelasan Pasal 30 ayat (3) UU-ITE, definisi sistem pengamanan lebih mengarah kepada aspek fungsional dengan level kewenangannya, sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:

Sistem pengamanan adalah sistem yang membatasi akses Komputer atau melarang akses ke dalam Komputer dengan berdasarkan kategorisasi atau klasifikasi pengguna beserta tingkatan kewenangan yang ditentukan.

Dari kedua definisi tersebut, terlihat bahwa dengan kelahiran UU-ITE yang lebih belakang, maka definisi tentang sistem pengamanan menjadi lebih komperhensif karena menambahi pengertian sistem keamanan dalam Perpres INSW.

Sehubungan dengan itu, ditemukan juga adanya definisi yang hampir sama tentang 'akses', dimana dalam Pasal 1 butir (6) Perpres INSW maupun dengan Pasal 1 butir (15) UU-ITE kedua-duanya mendefinisikan bahwa Akses adalah kegiatan melakukan interaksi kepada sistem elektronik baik yang berdiri sendiri

maupun yang berada dalam suatu jaringan. Jika perpres INSW mendefinisikan bahwa “Akses adalah kegiatan melakukan interaksi dengan sistem elektronik yang berdiri sendiri atau dengan jaringan. Sementara dalam UU-ITE dinyatakan bahwa “Akses adalah kegiatan melakukan interaksi dengan Sistem Elektronik yang berdiri sendiri atau dalam jaringan”. Perbedaannya hanya terletak pada kata-kata ‘dengan’ dan ‘dalam’. Namun, jika dianalisis lebih lanjut, maka konsekwensi terhadap kata ‘dengan’ akan terlihat bahwa sistem tersebut mencakup lingkup eksternal jaringan, sementara konsekwensi terhadap kata ‘dalam’ maka hal-hal yang merupakan eksternal jaringan dianggap inklusif berada dalam lingkup kedudukan sebagaimana layaknya internal jaringan.

Selain itu, ditemukan juga perumusan penting yang boleh jadi merupakan keunggulan dalam Perpres INSW bila dibandingkan dengan UU-ITE karena telah mendefinisikan tentang apa yang dimaksud dengan ‘Jejak Audit’. Dalam Pasal 1 butir 9 Perpres INSW dinyatakan dengan tegas bahwa Jejak audit yang selanjutnya disebut dengan *audit trail* adalah hasil dari sistem pengamanan proses elektronik yang digunakan untuk menjamin dilakukannya penelusuran jejak pelaksanaan INSW.

Dari definisi tersebut, jelas terlihat adanya sedikit inkonsistensi penggunaan istilah, yakni istilah ‘sistem keamanan’ yang telah terdefiniskan dengan istilah ‘sistem pengamanan’ yang belum terdefiniskan dalam Perpres INSW. Dapat dipahami bahwa yang dimaksud dengan audit trail disini adalah out-put dari bekerjanya suatu sistem pengamanan yang telah terpasang untuk dapat mendeteksi adanya suatu kesalahan ataupun gangguan. Definisi ini sebenarnya kurang tepat karena belum mencakup kepada hal-hal keberadaan sistem elektronik itu sebelum sistem pengamanan itu sendiri terpasang. Dengan kata lain, bagaimana kejelasan audit sebelum sistem pengamanan terpasang masih belum mendapatkan perhatian dengan baik.

Pembentukan Tim Persiapan NSW yang bertugas untuk merumuskan kebijakan pemerintah dalam rangka penerapan Sistem NSW di Indonesia dan integrasi dengan Sistem ASW di tingkat regional ASEAN, mendasarkan pada :

- a. Keppres No. 545 Tahun 2002 jo. Keppres No. 24 Tahun 2005 tentang *Tim Koordinasi Peningkatan Kelancaran Arus Barang Ekspor dan Impor*

- b. Keputusan Menko Perekonomian No. KEP-05/M.EKON/02/2007 tgl. 9 Mei 2007 sebagai perubahan dari Keputusan Menko Perekonomian No. 22/M.Ekon/03/2006 tentang *Pembentukan Tim Persiapan NSW*
- c. Keputusan Menteri Keuangan RI selaku Ketua Tim Persiapan NSW nomor KEP-09/KET.T-NSW/08/2007 tgl. 14 Agustus 2007 tentang *Pembentukan Tim Kerja Pelaksanaan Uji Coba Sistem NSW di Pelabuhan Tanjung Priok*

Adapun sehubungan dengan Struktur Organisasi dari Tim Persiapan NSW yang merupakan Tim inter-departemen di tingkat nasional, dapat digambarkan sebagai berikut :

1) Satuan Tugas pada Tim Persiapan NSW

Untuk melakukan persiapan secara komprehensif penerapan Sistem NSW di Indonesia maka dalam pelaksanaan tugasnya didalam merumuskan pokok-pokok kebijakan pemerintah, Tim Persiapan NSW menetapkan 5 (lima)

Satuan Tugas :

- a. Satgas Perencanaan & Kerjasama International,
- b. Satgas Teknologi Informasi,
- c. Satgas K2PEI,
- d. Satgas Kepelabuhanan
- e. Satgas Kebandarudaraan,
- f. Sekretariat Tim Persiapan NSW,

2) Tim Kerja Pelaksanaan Ujicoba Sistem NSW

Untuk melaksanakan Ujicoba Sistem NSW di Tanjung Priok maka Menteri Keuangan selaku Ketua Tim Persiapan NSW telah membentuk Tim Kerja melalui Surat Keputusan Nomor KEP-09/KET.T-NSW/08/2007 tgl. 14 Agustus 2007 tentang Pembentukan Tim Kerja Pelaksanaan Uji Coba Sistem NSW di Pelabuhan Tanjung Priok. Tim Kerja ini terdiri dari dua tingkatan, yaitu (a) **Tim Pengarah**, yakni: Ketua Direktur Jenderal Bea dan Cukai, Anggota 9 Pejabat Eselon I dan Ketua Umum Kadin Indonesia, dan (b). **Tim Pelaksana**, yakni: Ketua Direktur Informasi Kepabeanan dan Cukai DJBC, Wakil Ketua Kasubdit Otomasi Sistem dan Prosedur DJBC, Anggota 12

Pejabat Eselon II, 4 Pimpinan UPT di Tanjung Priok, 5 Pimpinan Pengelola Pelabuhan, dan Wakil Ketua Umum Kadin Indonesia.

Selanjutnya meskipun legalitas INSW seakan telah diperjelas dengan keberadaan Perpres INSW, namun sehubungan dengan keberadaan SK Menteri yang hanya mengatur tentang keberadaan Tim Persiapan INSW dan lingkup pekerjaannya, Namun ketentuan tersebut tidak mengatur sejauhmana tanggung jawabnya terhadap pihak ketiga berikut pengaturan tentang Kebijakan Manajemen Pengembangan dan Penggunaan (*IT Policy*), maka dapat dikatakan bahwa legalitas INSW telah cukup memadai namun masih belum dapat dikatakan sempurna.

2. Aspek Pembangunan, Pengembangan dan Penyelenggaraan

Sehubungan dengan keberadaan proyek INSW adalah salah satu dari tujuh program besar (*flag-ship*) yang dicanangkan oleh Detiknas, maka seyogyanya pembangunan INSW tetap memperhatikan garis besar kebijakan yang telah diberikan oleh Detiknas sebagai panduannya termasuk pokok-pokok pikiran dalam pedoman TIK Nasional. Mengingat bahwa Detiknas telah mengarahkan kebijakan pembangunan dari model CAPEX kepada model OPEX, tampaknya hal tersebut belum dimanifestasikan dalam konteks INSW dengan baik. Pembangunan INSW masih dilakukan dengan Anggaran Negara dan belum melibatkan pihak swasta untuk turut serta dalam pembiayaan proyek tersebut, sehingga dapat dikatakan belum menerapkan pola PPP sebagaimana yang diharapkan.

Selanjutnya, sehubungan dengan kebijakan implementasi INSW yang dilakukan secara bertahap, maka kejelasan tahapan pekerjaan berikut pengeluaran anggaran untuk pembangunan INSW adalah harus berkesesuaian sebagaimana mestinya.

3. Aspek Keandalan dan Keamanan Sistem

Untuk mengetahui sejauhmana kehandalan dan keamanan sistem, maka promovendus akan mengacu kepada penemuan penelitian yang dilakukan oleh Maxwell Stamp Inc, konsultan Bank Dunia yang memenangkan tender proyek pembantuan (*technical assistance*) untuk pemerintah Indonesia dalam melakukan pengembangan dan penerapan NSW di Indonesia.

Dalam rancangan laporan penelitiannya,³⁷⁸ Maxwell, menemukan fakta sebagai berikut:

As a result, this is the conclusion that can be reached about the current NSW.

- a) *Although all the on-line facilities are accessible through a single Portal, it is necessary to log onto separate agency systems. This means that input of data and processes is duplicated.*
- b) *The process of submitting the required data to the different agencies is not automated as it requires separate inputs.*
- c) *The process still relies on submission and examination of paper documents to each agency despite the on-line entry.*
- d) *Because the data has to be entered more than once – both by traders and the agencies – transcription errors occur and therefore its integrity cannot be trusted.*
- e) *The perspective of the trade is, unanimously, that:*
 - (i) *The current INSW has increased the workload because they have to duplicate processes electronically and by hand*
 - (ii) *The current INSW has made the overall process of clearance slower and has increased the time to clear the goods*
 - (iii) *The current INSW has highlighted differences in interpretation of requirements (e.g. on the interpretation of Lartas) often creating confusion and delays*

Berdasarkan temuan penelitian Maxwell tersebut, terlihat bahwa meskipun seluruh *on-line* dapat diakses melalui satu portal, namun masih dibutuhkan waktu untuk masuk kepada sistem instansi secara terpisah, sehingga terjadi pemasukan (input) data dan pemrosesan yang bersifat berulang atau duplikasi. Proses dalam mengirimkan kebutuhan data pada GA yang terkait (instansi terpisah) ternyata masih belum bersifat otomatis karena masih membutuhkan pemasukan input yang terpisah, dan pemrosesan masih tetap bersandar pada pengiriman (submission) dan proses pengujian dokumen pada masing-masing instansi yang terkait, meskipun hal tersebut dilakukan secara *online entry*. Berikutnya, karena data harus dimasukan lebih dari sekali, maka baik pelaku dagang maupun instansi,

³⁷⁸ Disampaikan dalam rapat dengan tim ahli INSW tanggal 23 Februari 2009 di kantor menko perekonomian RI.

terbuka kemungkinan terjadinya kesalahan transkripsi, sehingga proses keterpaduannya ataupun pengintegrasian menjadi tidak layak dipercaya.

Maxwell juga mengungkapkan bahwa dalam perspektif para pengguna (importir eksportir) terlihat bahwa INSW yang berjalan saat ini ternyata malahan meningkatkan beban kerja, karena mereka harus menduplikasi proses secara elektronik dan manual. INSW yang saat ini tengah berjalan, telah menciptakan proses secara keseluruhan menjadi relatif lambat dan membutuhkan waktu lebih lama untuk melakukan proses pengeluaran barang (*clear the goods*). INSW saat ini, telah memunculkan perbedaan interpretasi dari kebutuhan sehingga sering membingungkan dan terjadi proses tunda.³⁷⁹

Sehubungan dengan itu, terkait aspek keamanan, berdasarkan wawancara dengan salah seorang tim pengembang, mengemukakan bahwa dalam konteks hubungan komunikasi perdagangan dengan pabean, relatif lebih aman dibandingkan dengan hubungan komunikasi antara pedagang dengan instansi terkait dalam proses perolehan izin impor atau ekspornya. Karena masing-masing instansi yang terkait mengembangkan sendiri sistem tatap muka kepada portal INSW, maka aspek keamanan pada sisi instansi tersebut adalah merupakan kewenangan ataupun otorisasi masing-masing instansi terkait tersebut.

Berdasarkan atas informasi tersebut di atas, jika dilihat dari aspek kehandalan yakni dilihat dari keefektifan sistem untuk memenuhi kebutuhan dan tujuan yang telah diformulasikan dalam bentuk spesifikasi rancangan sebagaimana diamanatkan dalam Blueprint, ternyata INSW yang tengah berjalan dapat dikatakan masih belum terpenuhi. Demikian pula halnya dengan aspek keamanan sistem, yang seharusnya mencakup pengamanan dari semua aspek hubungan komunikasi antara semua instansi terkait, ternyata masih berjalan parsial, sehingga dapat juga dikatakan belum memenuhi harapan sebagaimana mestinya. Oleh karena itu, sistem INSW yang sedang berjalan pada tahap ketiga

³⁷⁹ Maxwell mengajukan rekomendasi model pengembangan perbaikan yang disebutkannya sebagai *The Updated Functional and Technical Architecture* dimana INSW sebaiknya dikelola oleh dua institusi yang terpisah, yakni: (i) operator dan (ii) badan pengawas. "INSW Operator" akan menyelenggarakan pelayanan jasa baik untuk para pedagang (*external users*) maupun otoritas publik atau instansi terkait (*internal users*), dimana Operator INSW tersebut akan diawasi oleh (ii) institusi atau dinas khusus (Badan INSW) yang bertugas mengatur perizinan (*license*) untuk mengoperasikan INSW dan mengawasi kinerja atau performansi operator INSW.

saat ini, secara umum dapat dikatakan masih belum memenuhi syarat kehandalan dan keamanan sebagaimana mestinya.

4. Aspek Konten

Terkait dengan kaedah etis tentang *property* dan berkenaan dengan keberadaan Pasal 25 dalam UU ITE tentang keberlaku HKI dalam sistem elektronik yang menyatakan bahwa :

Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang disusun menjadi karya intelektual, situs internet, dan karya intelektual yang ada di dalamnya dilindungi sebagai Hak Kekayaan Intelektual berdasarkan ketentuan Peraturan Perundang-undangan.

Maka terkait dengan *template* situs berikut tampilan kontennya, maka terhadap Portal INSW perlu dikaji, apakah *template* dan kontennya telah memperhatikan syarat originalitas dari suatu Ciptaan agar belakang hari INSW tidak dikatakan melanggar HKI. Secara teknis suatu data base dan juga suatu situs informasi, eksistensi sebenarnya adalah sebagaimana layaknya suatu karya kompilasi dimana secara satuan ia tidak melepaskan hak cipta si penciptanya. Suatu situs sebenarnya adalah suatu rangkaian informasi yang dihasilkan oleh suatu utilitas program (html) yang merupakan kolaborasi ataupun kumpulan dari informasi-informasi lain, seperti antara lain; untaian kata tekstual, tampilan gambar, tampilan suara, tampilan grafis tataletak, dimana masing-masing ciptaan tersebut juga dilindungi oleh Hak Cipta.

Sekiranya model desain dasar (*template*) berikut tampilan situs dan juga himpunan databasenya adalah dibuat sendiri oleh Tim dan/atau diperoleh dengan cara yang sesuai dengan Hak Cipta (lisensi), maka dapat dikatakan bahwa keberadaan konten situs adalah sesuai dengan hukum Hak Cipta yang berlaku. Sehubungan dengan informasi yang terpampang pada situs INSW, dinyatakan bahwa Hak Cipta adalah milik Tim Pengembang maka hal tersebut menarik untuk dikaji permasalahan hukumnya.

Sebagaimana diketahui, berdasarkan pasal Pasal 8 UU Hak Cipta, pada dasarnya, segala sesuatu pekerjaan yang dilakukan dalam rangka hubungan dinas selayaknya Hak Ciptanya adalah milik pemerintah, kecuali diperjanjikan lain.

- (1) Jika suatu Ciptaan dibuat dalam hubungan dinas dengan pihak lain dalam lingkungan pekerjaannya, Pemegang Hak Cipta adalah pihak yang untuk dan dalam dinasnya Ciptaan itu dikerjakan, kecuali ada perjanjian lain antara kedua pihak dengan tidak mengurangi hak Pencipta apabila penggunaan Ciptaan itu diperluas sampai ke luar hubungan dinas.
- (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku pula bagi Ciptaan yang dibuat pihak lain berdasarkan pesanan yang dilakukan dalam hubungan dinas.
- (3) Jika suatu Ciptaan dibuat dalam hubungan kerja atau berdasarkan pesanan, pihak yang membuat karya cipta itu dianggap sebagai Pencipta dan Pemegang Hak Cipta, kecuali apabila diperjanjikan lain antara kedua pihak.

Menjadi pertanyaan besar apakah hak intelektual yang terbit dalam pengerjaan Portal INSW adalah milik tim pengembang, padahal anggaran yang digunakan adalah anggaran negara yang seyogyanya konsekwensi terhadap penggunaan keuangan negara adalah milik negara. Jika memang disepakati untuk diperjanjikan lain, maka Tim Pengembang dan Pejabat Penanggung Jawab Keuangan Negara harus dapat menjelaskan kondisi-kondisi apa sehingga mengakibatkan kepentingan hukum meminta untuk diperjanjikan lain. Mengingat INSW adalah pekerjaan pelayanan publik, kebijakan tersebut mempunyai resiko yang tinggi sekiranya Hak Cipta atas portal dimiliki oleh swasta. Jika dengan dalih kepemilikan atas Hak Cipta, ternyata Tim tidak memberikan izin pemakaian sistem portal tersebut di belakang hari, maka hal tersebut sama halnya dengan melakukan sabotase terhadap penyelenggaraan layanan publik yang juga berarti mengancam kelancaran penyelenggaraan negara. Pelanggaran terhadap hal ini adalah pertanggung jawaban secara pidana dan juga perdata.

5. Aspek Perlindungan Data

Terkait dengan kaedah etis *privacy* dan *availability* serta berhubungan dengan keberadaan Pasal 26 UU-ITE tentang Perlindungan data pribadi dan Pasal 17 butir h dalam UU-KIP maka harus diupayakan perlindungan terhadap data pribadi yang berada dalam Portal INSW.

Sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 26 UU-ITE bahwa kecuali ditentukan lain oleh suatu peraturan perundang-undangan tersendiri, penggunaan setiap informasi melalui media elektronik yang menyangkut data pribadi

seseorang harus dilakukan atas persetujuan Orang yang bersangkutan, dimana pelanggaran terhadap hal ini adalah timbulnya hak bagi orang tersebut untuk meminta ganti rugi. Maka, dapat dikatakan bahwa penegakan hukum atas hal tersebut adalah penerapan pasal perbuatan melawan hukum yang didasarkan atas kesalahan dengan mengacu kepada Pasal 1365 KUHPerdara.

Sebagaimana lebih lanjut diuraikan dalam penjelasan Pasal 26 tersebut, dikemukakan bahwa dalam pemanfaatan Teknologi Informasi, perlindungan data pribadi merupakan salah satu bagian dari hak pribadi (*privacy rights*), dimana Hak pribadi mengandung pengertian sebagai berikut: (a). Hak pribadi merupakan hak untuk menikmati kehidupan pribadi dan bebas dari segala macam gangguan; (b) Hak pribadi merupakan hak untuk dapat berkomunikasi dengan Orang lain tanpa tindakan memata-matai, dan (c). Hak pribadi merupakan hak untuk mengawasi akses informasi tentang kehidupan pribadi dan data seseorang.

Terkait dengan hal tersebut, maka dengan sendirinya penerapan pasal ini juga dapat berkonsekwensi pidana berdasarkan Pasal 47 UU-ITE dengan ancaman pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp800.000.000,00 (delapan ratus juta rupiah), sebagai akibat adanya larangan intersepsi sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 31 ayat (1) UU-ITE, yakni:

Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum melakukan intersepsi atau penyadapan atas Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dalam suatu Komputer dan/atau Sistem Elektronik tertentu milik Orang lain.

Lebih lanjut dalam penjelasan Pasal 31 tersebut juga telah dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan “intersepsi atau penyadapan” adalah kegiatan untuk mendengarkan, merekam, membelokkan, mengubah, menghambat, dan/atau mencatat transmisi Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang tidak bersifat publik, baik menggunakan jaringan kabel komunikasi maupun jaringan nirkabel, seperti pancaran elektromagnetis atau radio frekuensi.

Pada sisi yang lain, pelanggaran hal tersebut juga berkonsekwensi tanggung jawab pidana berdasarkan Pasal 54 UU-KIP bagi setiap orang yang dengan sengaja mengakses maupun yang memberikan informasi yang dikecualikan tersebut dengan ancaman pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun dan pidana denda paling banyak Rp10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah). Selain itu

juga melekat sanksi administratif karena adanya kewajiban dalam Pasal 19 UU KIP terhadap para Pejabat Pengelola Informasi dan Dokumentasi di setiap Badan Publik untuk melakukan pengujian tentang konsekuensi sebagaimana dimaksud dengan saksama dan penuh ketelitian sebelum menyatakan Informasi Publik tertentu dikecualikan untuk diakses oleh setiap Orang, sebagaimana dinyatakan kedalam pengecualian dalam Pasal 17 butir (h) UU-KIP yang menyatakan:

informasi Publik yang apabila dibuka dan diberikan kepada Pemohon Informasi Publik dapat mengungkap rahasia pribadi, yaitu:

1. riwayat dan kondisi anggota keluarga;
2. riwayat, kondisi dan perawatan, pengobatan kesehatan fisik, dan psikis seseorang;
3. kondisi keuangan, aset, pendapatan, dan rekening bank seseorang;
4. hasil-hasil evaluasi sehubungan dengan kapabilitas, intelektualitas, dan rekomendasi kemampuan seseorang; dan/atau
5. catatan yang menyangkut pribadi seseorang yang berkaitan dengan kegiatan satuan pendidikan formal dan satuan pendidikan nonformal.

Sehubungan dengan itu pula, tengah digarap pengaturan mengenai data proteksi yang mengacu kepada hukum tentang perlindungan data yang berlaku di Eropa dengan melihat kepada EU Directive. Pada pokoknya, ketentuan tersebut akan mengatur tentang kewajiban pihak-pihak yang menerima informasi (*recipient*) dan yang mengelola informasi (*processor*) untuk melindungi hak-hak pemilik informasi (*subject data*), khususnya dalam memberikan akses kepada si pemilik informasi untuk selalu dapat mengupdate keakuratan informasi tentang dirinya berikut jaminan legalitas perolehan informasi (*lawful obtained*), berikut penggunaannya yang sesuai dengan hukum yang berlaku. Mekanisme tersebut akan diawasi oleh suatu lembaga yang bersifat independent yang bertindak selaku Otoritas Publik dan bertugas khusus untuk itu (*Supervisory Authorities*). Setiap pelanggaran terhadap hal tersebut, tentunya juga akan meminta pertanggungjawaban pidana, perdata dan administratif.

6. Aspek Akuntabilitas Sistem

Sebagaimana telah dinyatakan dalam Pasal 15 UU-ITE yang menyatakan bahwa bahwa syarat akuntabilitas suatu sistem elektronik, setidaknya ditentukan

oleh 3 syarat, yakni (i) handal, (ii) aman, dan (iii) bertanggung-jawab serta terjamin bekerja sebagaimana mestinya,

- (1) Setiap Penyelenggara Sistem Elektronik harus menyelenggarakan Sistem Elektronik secara andal dan aman serta bertanggung jawab terhadap beroperasinya Sistem Elektronik sebagaimana mestinya.

Selanjutnya dalam Pasal 16 juga dinyatakan bahwa sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang tersendiri, setiap Penyelenggara Sistem Elektronik wajib mengoperasikan Sistem Elektronik yang memenuhi persyaratan minimum sebagai berikut:

- a. dapat menampilkan kembali Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik secara utuh sesuai dengan masa retensi yang ditetapkan dengan Peraturan Perundang-undangan;
- b. dapat melindungi ketersediaan, keutuhan, keotentikan, kerahasiaan, dan keteraksesan Informasi Elektronik dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut;
- c. dapat beroperasi sesuai dengan prosedur atau petunjuk dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut;
- d. dilengkapi dengan prosedur atau petunjuk yang diumumkan dengan bahasa, informasi, atau simbol yang dapat dipahami oleh pihak yang bersangkutan dengan Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut; dan
- e. memiliki mekanisme yang berkelanjutan untuk menjaga kebaruan, kejelasan, dan keberanggungan prosedur atau petunjuk.

Sehubungan dengan itu pula sebagaimana dinyatakan dalam penjelasan Pasal 17 bahwa Pemanfaatan Teknologi Informasi harus dilakukan secara baik, bijaksana, bertanggung jawab, efektif, dan efisien agar dapat diperoleh manfaat yang sebesar-besarnya bagi masyarakat. Maka, sebenarnya keberadaan ketentuan tentang *audit-trail* dalam Perpres INSW sebenarnya telah cukup melengkapi unsur-unsur untuk memenuhi kepentingan akuntabilitas itu sendiri. Namun sayangnya hal tersebut dapat dikatakan belum efektif bila belum ditentukan siapakah yang akan menjadi pengelola atau penyelenggara sistem itu. Dalam praktek, akuntabilitas secara teknis mungkin saja dapat terjawab dengan cara membuktikan bahwa sistem tersebut telah terbukti handal dan aman. Namun tentu akan menjadi pertanyaan jika tidak jelas siapa subyek penyelenggara yang harus bertanggung jawab jika sistem tidak berjalan sebagaimana mestinya (*mal-function*).

7. Aspek Pertanggungjawaban Hukum

Perpres INSW telah menguraikan kewajiban pengelola portal, namun masih belum menentukan siapa pengelolanya, hal ini mengakibatkan bahwa pertanggungjawaban masih berada dalam Tim Penyiapan INSW. Sementara kedudukan tim ini adalah bersifat *ad-hoc* sehingga selayaknya belum dapat dikatakan sebagai suatu otoritas publik.

Terhadap opsi untuk memberikan hak pengelolaan kepada pihak swasta (contoh; *management contract*) akan mempunyai dampak permasalahan hukum yang sangat strategis karena sebagai suatu sistem yang bersifat tertutup, substansi pekerjaan INSW sebenarnya adalah layanan publik dengan konsekwensi perlindungan data publik didalamnya, yang seharusnya merupakan tanggungjawab Pemerintah. Tambahan lagi, penggunaan nama domain untuk urusan pemerintah www.insw.go.id tersebut tentunya tidak akan diberikan jika pihak yang mengajukannya adalah pihak swasta.

Mencermati ketentuan Peraturan Pemerintah No,23 Tahun 2005 tentang Badan Layanan Umum ("PP BLU"), tampaknya keberadaan BLU adalah suatu alternatif yang paling tepat dalam penyelenggaraan INSW. Keberadaan suatu Badan Pengelola yang profesional dan mandiri, sangat diperlukan agar ada satu pihak yang mempunyai tanggung jawab dan kewenangan penuh untuk mensinergikan kewenangan dari semua Otoritas Publik yang terkait. Pada sisi yang lain, konsep BLU sangat memungkinkan kepentingan itu dan juga memperkenankan fleksibilitas dalam pengelolaan keuangan³⁸⁰ dan terbuka untuk diperjakannya para profesional selain PNS dalam manajemen pengelolaan tersebut.³⁸¹

Dengan berdasarkan Pasal 15 butir (2) UU ITE, yang menyatakan bahwa setiap Penyelenggara Sistem Elektronik bertanggung jawab terhadap

³⁸⁰ Pasal 1 angka (2) PP BLU [Pola Pengelolaan Keuangan Badan Layanan Umum, yang selanjutnya disebut PPK-BLU, adalah pola pengelolaan keuangan yang memberikan fleksibilitas berupa keleluasaan untuk menerapkan praktek-praktek bisnis yang sehat untuk meningkatkan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa, sebagaimana diatur dalam Peraturan Pemerintah ini, sebagai pengecualian dari ketentuan pengelolaan keuangan negara pada umumnya].

³⁸¹ Pasal 33 ayat (1) PP BLU [Pejabat pengelola BLU dan pegawai BLU dapat terdiri dari pegawai negeri sipil dan/atau tenaga profesional non pegawai negeri sipil sesuai dengan kebutuhan BLU].

Penyelenggaraan Sistem Elektroniknya, sementara dalam penjelasannya dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan “Bertanggung jawab” artinya ada subjek hukum yang bertanggung jawab secara hukum terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut. Maka, unsur keberadaan Subyek Hukum yang secara eksplisit harus ditetapkan sebagai penanggungjawab atas suatu sistem elektronik adalah kata kunci yang terkait dengan akuntabilitas suatu sistem. Apalagi jika si penyelenggara adalah merupakan kumpulan dari beberapa otoritas publik yang dalam Perpres INSW malahan justru dikatakan sebagai pengguna INSW.

Jika dilihat bagaimana strategi pengembangan sistem tersebut, maka tim INSW hanya melakukan pengembangan terhadap portal INSW, sementara sistem penunjang untuk masuk dalam portal INSW pada setiap otoritas publik yang terlibat adalah dikembangkan sendiri secara mandiri dan merupakan tanggung jawab masing-masing otoritas publik yang terlibat itu sendiri. Strategi ini mempunyai dampak bahwa semua otoritas publik akan bertanggung jawab terhadap kesalahannya masing-masing sesuai kontribusinya, namun secara totalitas karena semua sistem tersebut dianggap sebagai satu kesatuan penyelenggaraan sistem elektronik maka dapat dikatakan bahwa semua otoritas publik ternyata menjadi potensial untuk dikatakan bertanggung jawab secara kolektif atau tanggung jawab renteng.

Selanjutnya dengan berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud pada pasal 15 ayat (3) yang menyatakan bahwa tanggung jawab hukum tersebut menjadi tidak berlaku dalam hal dapat dibuktikan terjadinya keadaan memaksa, kesalahan, dan/atau kelalaian pihak pengguna Sistem Elektronik. Maka, dapat dikatakan bahwa pertanggung jawaban hukum tersebut tetap bersifat ‘*strict liability*’ karena Penyelenggara yang melakukan tindakan penciptaan resiko tersebut dan hanya penyelenggara pula yang ternyata dapat membuktikan hal tersebut, sekiranya ia mendapati suatu keadaan yang memaksa (*force-majeur*) dan ingin melepaskan tanggung jawabnya atas sistem tersebut.

Dalam UU ITE memang tidak dijelaskan lebih lanjut, lingkup apa saja yang termasuk dalam kondisi *force-majeure* karena hal tersebut harus dikembalikan kepada praktek bisnis yang berkembang. Umumnya kondisi *force-majeure* telah ditentukan oleh para pihak dalam klausul kontraknya, atau

sekiranya diperlukan akan ditentukan oleh pemerintah terhadap suatu kondisi darurat yang diluar ekspektasi semua pihak.

Selanjutnya dalam Pasal 12 Perpres INSW diatur ketentuan yang terkait dengan kondisi Force Majeur, sebagai berikut:

- (1) Dalam hal Portal INSW tidak dapat berfungsi karena force majeure, penanganan dokumen kepastian dan pengeluaran barang dilaksanakan prosedur keadaan darurat.
- (2) Prosedur keadaan darurat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Menteri Keuangan.

Jelas terlihat bahwa keberadaan Pasal 12 Perpres INSW tentang *force majeure* secara substansial tidaklah jelas karena hanya mengatur adanya fungsi manual yang akan tetap berlangsung sekiranya sistem tidak berjalan sebagaimana mestinya, dimana proseduralnya akan ditentukan lebih lanjut secara sepihak oleh Menteri Keuangan. Hal tersebut secara materil ternyata punya potensi untuk bertentangan dengan substansi yang telah ditetapkan dalam UU-ITE, khususnya jika Menteri Keuangan tidak menentukan kondisi darurat tersebut dan tidak menentukan bagaimana mekanisme pertanggungjawabannya kepada publik sekiranya hal tersebut menimbulkan kerugian.

Terkait dengan UU-ITE, perlu digaris-bawahi bahwa dengan berdasarkan Pasal 53 UU-ITE tentang aturan peralihan, dapat dikatakan bahwa ketentuan Pasal 12 Perpres INSW dinyatakan tidak berlaku. Mengingat UU-ITE mempunyai kedudukan hierarkis yang lebih tinggi dan secara waktu adalah lahir belakangan setelah Perpres INSW, maka dengan sendirinya keberadaan INSW harus mengikuti kaedah-kaedah hukum yang lebih tinggi yakni ketentuan yang telah ditetapkan oleh Undang-Undang. Berdasarkan semua hal tersebut di atas, jelas terlihat bahwa Perpres INSW selayaknya harus segera diperbaiki agar selaras dengan UU ITE dan tidak menimbulkan permasalahan hukum di belakang hari.

--- o0o ---



BAB VI PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Tata Kelola Yang Baik dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik
 - a) Prinsip “tata kelola yang baik dalam penerapan TI” seringkali mengacu kepada istilah ‘*best-practices*’ yang ternyata tidak mempunyai pengertian normatif melainkan hanya merupakan pendekatan secara teknis yang berarti mengacu kepada penerapan produk terakhir. Sementara itu, terdapat istilah lain yang ternyata bersifat lebih normatif yakni istilah ‘*good practice*’ sebagaimana yang dianut di UK (PC0008-1999 dan BS 7799) dan Australia (AS 8015) yang tidak hanya mengacu kepada aspek teknis saja melainkan juga aspek manajemen dan hukum. Hal tersebut telah diakomodasi dengan keberadaan 5 (lima) prinsip, yakni: (i) identifikasi seluruh tipe atau sifat informasi apakah bersifat terbuka atau rahasia; (ii) memahami isu hukum dan menjalankan tanggung jawab kehati-hatian “*duty of care*”, (iii) identifikasi dan spesifikasi bisnis proses dan prosedur yang sesuai; (iv) identifikasi teknologi yang dapat memberdayakan dan menunjang bisnis proses dan prosedur tersebut; dan (v) mengawasi dan memeriksa (audit) prosedur-prosedur tersebut. Dalam perkembangannya, isu kepatuhan hukum juga telah dimuat dalam ISO 17799 yang kemudian disempurnakan menjadi ISO 27002 tentang Manajemen Keamanan Informasi. Dalam sistem hukum nasional, Peraturan Menteri Nomor 41/PER/MEN.KOM.INFO/11/2007 tentang Panduan Umum Tata Kelola Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional masih belum memuat sisi kepatuhan hukum tersebut.
 - b) Berdasarkan praktek bisnis yang berkembang, tata kelola sistem elektronik yang baik (*IT Governance*), harus melihat bagaimana penerapan TI harus sesuai dengan kebutuhan dan karakteristik dari suatu organisasi dan manajemen itu sendiri, yang berarti akan melihat (i) Struktur (*structures*), (ii) Proses (*process*) dan (iii) Mekanisme

hubungan relasional (*relational mechanism*). Hal tersebut sangat diperlukan agar eksistensi sistem elektronik dapat dianggap sebagai suatu 'benda' yang karenanya harus mendapatkan perlindungan guna menjamin tercapainya *value*, *utility* dan *efficiency*. Hal tersebut hanya dapat dilakukan dengan melihat kejelasan semua tahapan kegiatan yang dilakukan, semenjak proses pengembangan sampai dengan implementasi atau penyelenggaraan sistem elektronik, yang mencakup aspek-aspek; (i) perencanaan, (ii) pengembangan atau perancangan (*design*), (iii) ujicoba (*testing*), pemasangan (*installation*) dan pengoperasian (*operation*), (iv) perawatan dan pemeliharaan (*maintenance*), dan (v) pengawasan/audit.

2. Tanggungjawab Hukum Penyelenggara Sistem Elektronik

- a) Berdasarkan praktek bisnis yang berkembang, pada dasarnya prinsip pertanggungjawaban hukum yang berlaku terhadap penyelenggara sistem elektronik adalah prinsip praduga bersalah (*presumed liability*) dan/atau prinsip pertanggungjawaban berdasarkan atas kelalaian (*negligence*). Dalam perkembangannya di negara yang mewarisi tradisi *common law*, khususnya Amerika Serikat, prinsip pertanggungjawaban tersebut mulai bergeser kepada penerapan prinsip pertanggungjawaban yang bersifat ketat (*strict liability*), khususnya terhadap penyelenggaraan sistem elektronik yang mempunyai dampak resiko yang besar dan mempunyai peluang resiko yang besar, sehingga jika hal tersebut dilakukan dengan kecerobohan (*gross negligence*) akan merugikan kepentingan umum yang lebih besar. Oleh karena itu, dengan memperhatikan doktrin keseimbangan antara resiko dan manfaat (*utility balance*), kecenderungannya pengadilan memilih untuk menerapkan prinsip *strict liability*.
- b) Dalam sistem hukum nasional, berdasarkan rumusan dalam pasal 15 UU-ITE, pertanggungjawaban hukum penyelenggara menganut prinsip *presumed liability* karena penyelenggara diposisikan dalam keadaan bersalah yang dibebankan kewajiban untuk selalu

bertanggung jawab, kecuali bila dapat dibuktikan bahwa kesalahan atas sistem elektronik bukan merupakan kesalahannya.

- c) Sebagai konsekwensi dari pasal 1367 KUHPerdT yang menyatakan bahwa setiap orang harus bertanggung jawab atas orang atau benda yang berada dibawah penguasaannya, dan berdasarkan rumusan pasal 15 UU-ITE yang mengkondisikan bahwa penyelenggara mempunyai kewajiban untuk harus memperhatikan kondisi-kondisi tertentu dalam menyelenggarakan sistemnya (yakni; harus andal, aman dan bertanggungjawab terhadap beroperasinya Sistem Elektronik sebagaimana mestinya), maka meskipun tidak dicantumkan secara tegas keberadaan prinsip *strict liability* dalam UU-ITE, namun tetap terbuka peluang bagi hakim untuk menerapkan prinsip *strict liability* demi melindungi kepentingan umum yang lebih besar. Walaupun begitu, demi keadilan Hakim tetap harus melihat secara proporsional bahwa penerapan *strict liability* selayaknya hanya untuk kasus-kasus tertentu dengan memperhatikan bagaimana penyelenggara melakukan upaya pencegahan sebaik mungkin atau melakukan manajemen resiko secara patut agar tidak terjadi kerugian kepada pihak lain. Hal tersebut tentunya menjadi tidak lagi menjadi '*strict*' manakala 'kesalahan' atau 'kegagalan' sistem adalah semata-mata karena kesalahan konsumen (contoh tidak membaca dan mengisi data dengan benar).
- d) Perlindungan bagi penyelenggara untuk mengganti kerugian adalah tergantung kepada upayanya dalam menjalankan IT Governance. Meskipun secara *naturalia* setiap produk teknologi tidaklah bersifat sempurna, namun upaya untuk meminimalkan resiko adalah kewajiban penyelenggara sebagai bentuk penerapan keadilan interaktif. Oleh karena itu, jika penyelenggara telah menjalankan kewajiban tersebut, maka penyelenggara dapat melimitasi pertanggungjawabannya terhadap kondisi-kondisi yang tidak dapat diprediksi sebelumnya (*foreseeable*). Demi keadilan, hakim harus mempertimbangkan dan perlindungan hukum bagi para pelaku usaha dari gugatan ganti rugi yang tidak proporsional demi perkembangan

ilmu pengetahuan dan teknologi itu sendiri, terutama untuk mewujudkan azas kemanfaatannya kepada publik

3. Standar Pemeriksaan Hukum terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektronik
 - a) Berdasarkan hasil penelitian, belum ditemukan adanya suatu standar pemeriksaan hukum dalam bidang TI, yang telah dikeluarkan oleh suatu instansi yang berwenang ataupun yang dikeluarkan oleh suatu organisasi advokat atau konsultan hukum. Oleh karena itu diperlukan suatu usulan standar pemeriksaan hukum agar dapat digunakan untuk memenuhi satu unsur dalam penerapan prinsip tata kelola yang baik berdasarkan standar internasional yang telah menjadi rujukan banyak negara (ISO 27002).
 - b) Berdasarkan hasil penelitian, terdapat 3 (tiga) hal yang menjadi dasar untuk formulasi standar pemeriksaan hukum, yakni (i) pemeriksaan yang berdasarkan atas kaedah etis, yakni sistem harus memenuhi aspek *Privacy, Accuracy, Property, dan Accessibility*; (ii) pemeriksaan yang berdasarkan atas performa kerja fungsional berdasarkan kaedah pemeriksaan COBIT yang dikombinasikan dengan penerapan pedoman Tata Kelola TIK Nasional serta standar ISO 27002, dan (iii) pemeriksaan yang didasarkan atas keberadaan komponen-komponen dalam cyberspace, (yakni: *content, computing, communication dan community*). Dengan mengkombinasikan hal-hal tersebut, maka standar pemeriksaan hukum harus melihat keempat aspek penting tersebut, yakni; (i) aspek hukum yang berkaitan dengan perlindungan dan pertanggungjawaban atas konten, khususnya perlindungan Hak Kekayaan Intelektual yang harus seimbang dengan kewajiban penyampaian informasi publik secara benar; (ii) aspek hukum yang terkait dengan akuntabilitas penyelenggaraan infrastruktur sistem komunikasi berikut sistem pengamanannya yang harus sesuai dengan kaedah dasar hukum komunikasinya, baik yang bersifat komunikasi masa maupun komunikasi privat, dan (iii) aspek hukum yang terkait dengan akuntabilitas penyelenggaraan sistem komputasi berikut

sistem pengamanannya untuk mencegah penyalahgunaan sistem elektronik, serta (iv) aspek hukum yang terkait dengan sistem nilai-nilai yang berlaku pada suatu sistem kemasyarakatan (komunitas).

- c) Sehubungan dengan Pasal 15 UU-ITE, maka terhadap persyaratan kehandalan dan keamanan, pemeriksaan hukum akan mengacu kepada hasil pemeriksaan yang dilakukan oleh IT auditor, sedangkan untuk pemeriksaan hukum guna mendapatkan kejelasan tanggung jawab, pemeriksaan hukum dapat bersifat mandiri. Pemeriksaan hukum untuk melihat tanggung jawab tersebut, harus meliputi aspek subyektif penyelenggara dan aspek obyektif penyelenggaraan sistem elektronik.
4. Pemeriksaan dan Pendapat Hukum terhadap Penyelenggaraan INSW
- a) Berdasarkan usulan standar pemeriksaan yang diajukan dalam disertasi ini dan berdasarkan kondisi penyelenggaraannya sampai dengan diselesaikannya disertasi ini, maka terhadap keberadaan Proyek INSW yang dilakukan secara bertahap dengan belum adanya kejelasan siapa pihak yang menjadi pengelolanya nanti, promovendus berpendapat bahwa: (i) penyelenggaraan INSW dapat dikatakan masih belum memenuhi andal, karena berdasarkan temuan konsultan dari Worldbank, sistem yang telah diimplementasikan sampai dengan Juni 2009, masih belum memenuhi rancangan dasar sebagaimana yang telah ditetapkan (*blue-print INSW*); (ii) secara keseluruhan INSW dapat dikatakan masih belum cukup aman, karena meskipun telah cukup aman dalam lingkup hubungan antara bisnis dengan Otoritas Publik Bea Cukai (*custom*) dan otoritas publik perdagangan, namun masih belum aman dalam lingkup hubungan pemberian lisensi atau perizinan impor ekspor antara Otoritas Publik sektor terkait dengan pihak bisnis; dan (iii) dalam penyelenggaraan INSW dapat dikatakan masih belum memperlihatkan kejelasan pertanggungjawab hukum penyelenggara. Meskipun INSW telah memenuhi aspek legalitas pengembangan dan originalitas konten, namun INSW masih belum jelas siapa pengelolanya dan bagaimana pertanggungjawabannya

hukumnya kepada masyarakat bisnis selaku penggunanya. Hal yang paling krusial dari INSW adalah semua otoritas publik diposisikan sebagai pengguna Portal INSW, sementara sistem tersebut sesungguhnya adalah dalam rangka mendukung penyelenggara negara untuk melaksanakan kewajiban memberikan pelayanan publiknya. Ketidak jelasan pertanggung-jawaban seluruh otoritas publik yang terlibat kepada masyarakat selaku penggunanya publiknya, secara umum dikembalikan kepada prinsip yang berlaku dalam pertanggungjawaban perdata UU-ITE yakni *presumed liability*.

- b) Pada sisi yang lain karena sistem tersebut mempunyai dampak resiko yang besar dan mempunyai peluang resiko yang besar pula, maka jika INSW dibangun tanpa proses tata kelola yang baik maka akan terbuka kemungkinan penerapan prinsip *strict liability*. Hal tersebut sangat mungkin diterapkan jika pengelola INSW adalah pihak swasta yang diperkenankan untuk mencari profit, namun hal tersebut akan menjadi sulit manakala pengelola sistem tersebut adalah badan publik yang menjalankan urusan tersebut karena kewajiban berdasarkan peraturan perundang-undangan tanpa dibenarkan untuk mencari profit. Hampir tidak ada negara yang menganut penerapan *strict liability* terhadap *public utilities* atau *public services* yang diselenggarakannya.

B. Saran

Berdasarkan temuan-temuan yang diperoleh dari penelitian, perlu diusulkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Perlu adanya revisi terhadap Peraturan Menteri Nomor 41/PER/MEN.KOM.INFO/11/2007 tentang Panduan Umum Tata Kelola Teknologi Informasi dan Komunikasi Nasional, untuk memuat satu unsur tentang kepatuhan hukum berdasarkan sistem hukum nasional yang berlaku;

2. Dalam Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Penyelenggaraan Informasi dan Transaksi Elektronik, perlu diatur lebih rinci tentang standar penyelenggaraan sistem elektronik dan definisi penyelenggara sistem elektronik. Hal ini diperlukan untuk dapat melihat lebih jelas siapa dan bagaimana pertanggungjawaban hukum para pihak yang terkait dengan penyelenggaraan sistem elektronik;
3. Departemen Komunikasi dan Informatika atau Organisasi Advokat, perlu membuat suatu standar pemeriksaan hukum yang dapat digunakan untuk menjadi pedoman bagi para konsultan hukum yang bergerak dalam bidang ini, untuk memiliki standar kompetensi atau kapasitas keahlian tertentu agar dapat menjalankan standar pemeriksaan hukum tersebut sebagaimana mestinya;
4. Terkait dengan INSW sebagai wadah terjadinya *global commerce*, Departemen Komunikasi dan Informatika, perlu segera membangun *public root CA* yang sangat dibutuhkan untuk standar pertukaran dokumen dan perlindungan data dalam transaksi lintas negara.

--- o0o ---



DAFTAR PUSTAKA

I. BUKU-BUKU

- Addink, G.H . From Principles of Proper Administration to Principles of Good Governance . Diktat Good Governance: CLGS-FHUI, 2003.
- Agustina, Rosa. Perbuatan Melawan Hukum. Depok: Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pascasarjana ,2003.
- Asshiddiqie, Jimly. Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia. Jakarta: Sekjen dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.
- Asshiddiqie, Jimly. Lembaga Negara dan Sengketa Antarlembaga Negara. Jakarta:Konsorsium Reformasi Hukum Nasional, 2005.
- Atmosodirjo, Prajudi. Hukum Administrasi Negara. Cet. kesepuluh. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Babbie, Earl. The Practice of Social Research (8th ed.). Wadsworth Publishing Co, 1998.
- Bagby, John W. Cyberlaw Handbook for E-commerce. Ohio: Thomson-Southern-Western-West. Bruxelles: Bruylant, 2005.
- Buckley, John. Telecommunications Regulation. London: The Institution Of Electrical Engineers, 2003.
- Cane, Peter dan Leighton Mcdonald. Cases And Materials For Principles Of Administrative Law: Legal Regulation Of Governance. Australia: Oxford University Press, 2009.
- Chatillon, Georges (ed). Internet International Law: International And European Studies And Comment.
- Chissick, Michael dan Allistair Kelman. Electronic Commerce Law and Practice (3rd edition). London: Sweet & Maxwell, 2002.
- Cooter, Robert dan Thomas Ulen. Law & Economics (3rd ed.). Massachuset: Addison Wesley Longman Inc.

- Creech, Kenneth C. Electronic Media Law and Regulation (5th ed.). Oxford: Focal Press, 2007.
- Creswell, John W. Research Design: Qualitative and Quantitative Approaches.
- Curtin, Deirdre M dan Ige F. Dekker. Governance As A Legal Concept Within the European Union: Purposes and Principles. Netherland: Europa Institute, Utrecht University, 21 Juni 2002.
- Daniri, Mas Achmad. Good Corporate Governance: Konsep dan Penerapannya Dalam Konteks Indonesia. Jakarta: Ray Indonesia, 2005.
- Deflem, Mathieu (ed). Habermas, Modernity and Law. London: Sage Publication, 1996.
- Departemen Komunikasi dan Informatika. Kode Etik dan Piagam Evaluasi. 2007.
- Ermann, M. David dan Richard J.Lundmann. Corporate and Governmental Deviance: Problems of Organizational Behavior in Contemporary Society. New York: University Press, 1978.
- European Union. European Directive on A Common Regulatory Framework for Electronic communication networks and services. 2002.
- European Union. European Directive: the Privacy and Electronic Communications Regulation. 2003.
- Fakultas Ilmu Komputer Universitas Indonesia. Usulan Penelitian tentang Tata Kelola Teknologi Informasi Nasional Dalam Rangka Good Public & Corporate Governance. Laboratorium IT Governance Fakultas Ilmu Komputer Universitas Indonesia, 2007.
- Fuady, Munir . Pasar Modal Modern (Tinjauan Hukum). Jakarta: PT.Citra Aditya Bakti, 1996.
- Fleeger, Charles P. Security in Computing. New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1989.
- Gaus, John M, Leonard D. White, dan Marshall E. Dimock. The Frontiers Of Public Administration. New York: Russel & Russel, 1967.
- Gibaldi, Joseph. MLA Style Manual and Guide to Scholarly Publishing. New York: The Modern Language Association Of America, 1998.

- Grembergen, Wim Van. Strategies for Information Technology Governance. Singapore: Idea Group Publishing, 2004.
- Harlow, Carol and Richard Rawlings. Law and Administration (2nd ed.). London: Butterworths, 1997.
- Hartkamp, Arthur S. Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands. Roma: 1992.
- Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal. Keputusan Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal Indonesia Tentang Standar Pemeriksaan Hukum dan Standar Pendapat Hukum Nomor 01/HKH/1995-Tanggal 30 Maret 1995. Jakarta: 1995.
- Hornby, A.S. Oxford Advanced Learner's Dictionary (5th ed.). Cambridge: Oxford University Press, 1995.
- Smedinghaff, Thomas J., ed. Online Law –The SPA's Legal guide to oing Business on the Internet. Canada: Addison-Wesley Developers Press, 1996.
- Indroharto. Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara: Buku I Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Negara. Jakarta: Sinar Harapan, 2000.
- Islamy, M. Irfan. Prinsip-Prinsip Perumusan Kebijakan Negara. Jakarta: Penerbit Bumi Aksara, 2004.
- Keraf, Gorys. Komposisi: Sebuah Pengantar Kemahiran Bahasa. Jakarta: Penerbit Nusa Indah, 2001.
- Kobrin, Stephen J. Back to the Future: Neomedievalism and the Postmodern Digital World Economy. dalam buku Globalization and Governance, Aseem Prakash and Jeffrey A. Hart (ed.). London: Routledge, 1999.
- Koppell, Jonathan G. S. The Politics of Quasi-Government: Hybrid Organizations and the Dynamics of Bureaucratic Control. New York: Cambridge University Press, 2003
- Kroenke, David . Management Information System (2nd edition). California: Mc Graw-Hill, 1992.

- Laudon, Kenneth C. dan Jane P. Laudon. Management Information System (6th edition). New Jersey: Prentice Hall International, Inc., 2000.
- Leenes, Ronald , Bert-Jaap Koops, dan Paul De Hert (ed). Constitutional Rights and New Technologies : a Comparative Study. Leiden: TMC Asser Press, 2008.
- Leiserson, Avery. Administrative Regulation: A Study In Representation Of Interest. Chicago: The University OF Chicago Press, 1942.
- Lessig, Lawrence. Code and Other Laws of Cyberspace. New York: Basic Books, 1999.
- Makarim, Edmon. Kompilasi Hukum Telematika. Jakarta: Rajawali Pers, 2003.
- . Pengantar Hukum Telematika: Suatu Kompilasi Kajian. Jakarta: Rajawali Pers dan Badan Penerbit FHUI, 2005.
- Munir, Abu Bakar. Cyber Law: Policy and Challenges. Singapore: Butterworths Asia.
- Nugraha, Safri et. al. Hukum Administrasi Negara. edisi revisi. Depok: Center for Law and Good Governance Studies, FHUI, 2007.
- Osborne, David dan Ted Gaebler. Reinventing Government: How The Entrepreneurial Spirit Is Transforming The Public Sector From Schoolhouse, To Statehouse, City Hall To The Pentagon. United States Of America: Addison Wesley Publishing Company, 1992.
- Posner, Richard A. Economic Analysis of Law (5th ed). New York: Aspen Publisher, 1998.
- Purbopranoto, Kuntjoro. Beberapa Catatan Tentang Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi. Bandung: Alumni, 1985.
- Ratminto dan Atik Septi Winarsih. Manajemen Pelayanan: Pengembangan Model Konseptual, Penerapan Citizen's Charter dan Standar Pelayanan Minimal. Yogyakarta: Pustaka Pelajar ,2005.
- Reed , Chris et. al. Computer Law (4th ed.). London: Blackstone Press Ltd ,2000.
- Reed, Chris. Internet Law: Text and Materials (2nd edition). Cambridge: University Press, 2004.

- Rejas, Ricardo., et.al. The Legal audit Process in the Software Development Lifecycle: A Way to Manage Legal Risk in Software Projects.
- Samsul, Inosentius. Perlindungan Konsumen: Kemungkinan Penerapan Tanggung Jawab Mutlak. Depok: FHUI Pascasarjana, 2004.
- Sandholtz, Wayne .Globalization and the Evolution of Rules. dalam buku Globalization and Governance, Aseem Prakash and Jeffrey A. Hart (ed.). London: Routledge, 1999.
- Singleton, Royce, et.al. Approaches to Social Research. Oxford University Press Inc, 1988.
- Soekanto, Soerjono dan S Mamudji. Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1985.
- Solove, Daniel J. , et.al. Privacy, Information and Technology. New York: Aspen Publisher, 2006.
- Tapper, Collin. Computer Law. New York: Longman, 1986.
- Tim Persiapan National Single Windows Republik Indonesia. Laporan Pelaksanaan Tugas Tim Persiapan NSW Tahun 2007. Jakarta: 2007.
- Tim Persiapan National Single Windows Republik Indonesia. Pembangunan, Pengembangan Dan Penerapan Sistem National Single Window (NSW) Di Indonesia: Mewujudkan Visi Layanan Tunggal Yang Terintegrasi Menuju Reformasi Layanan Publik Di Bidang Ekspor-Impor. 2008.
- United Nations Commission on International Trade Law. Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. New York:United Nations ,2001.
- United Nations Commission on International Trade Law . United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. Geneva: 2005.
- United Nations. Resolution adopted by General Assembly: Combating the criminal misuse of information technologies. Geneva: 22 January 2001.
- Werhan, Keith. Principles of Administrative Law. New Orleans: Thomson-West, 2008.
- Widodo, Joko. Good Governance: Telaah dari Dimensi Akuntabilitas dan Kontrol Birokrasi pada Era Desentralisasi dan Otonomi Daerah. Surabaya: Insan Cendikia. Universitas Indonesia

Wiradipradja, E. Saefullah. Hukum Transportasi Udara: Dari Warsawa 1929 ke Montreal 1999. Bandung: Kiblat Utama.

Yorimoto, Katsumi. Synergistic-Role Responses To Public-Sphere Issues And Governance: Partnership Among Citizens, Private Enterprises And Government Administration. dalam Sadao Tamura dan Minoru Tokita (ed.), Symbiosis of Government and Market: The private, the public and bureaucracy. London & New-York: Routledge Curzon, 2005.

II. ARTIKEL DAN KARYA LEPAS

Botchway, Francis N. "Good Governance: The Old, The New, The Principle and The Elements." Florida Journal on International Law.

Deloitte. "Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships". 2007.

Eschrich, Suzanne R. "The Year 2000—Delight or Disaster: Vendor Liability and the Year 2000 Bug in Computer Software." Boston : Boston University Journal of Science & Technology Law.

Fletcher, George P. "Fairness and Utility in Tort Theory." America: Harvard Law Review, 1972.

Galligan, Thomas C. "Strict liability in Action: The Truncated Learned Hand Formula." Louisiana: Louisiana Law Review, 1991.

Herbert V. Morais. "The Quest For International Standards: Global Governance Vs. Sovereignty." 50 U. Kan. L. Rev. 779. University of Kansas Law Review, May, 2002.

Hylton, Keith N. "Property Rules, Liability Rules, And Immunity: An Application To Cyberspace." Boston: Boston University Law Review, 2007.

Lehavi, Amnon. "Mixing Property." 38 Seton Hall L. Rev. 137. Seton Hall Law Review, 2008.

Mann, Ronald J. dan Jane K. Winn. "Electronic Commerce." New York: Aspen Law & Business, 2002.

- Maule, Michael R. "Applying Strict Products Liability To Computer Software." Tulsa: Tulsa Law Journal, Summer, 1992.
- Reidenberg, Joel R. "Lex Informatica: The formulation of Information Policy Rules Through Technology." Texas: Texas Law Review., 76 Tex. L. Rev. 553.
- Schermer, Bart W. "Legal Issues of Single Window Facilities for International Trade. Modern Law for Global Commerce., Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL." Vienna: 9-12 July 2007.
- Scott, Michael D. "Tort Liability For Vendors Of Insecure Software: Has The Time Finally Come?_"67 Md. L. Rev. 425. Maryland: Maryland Law Review, 2008.
- Sekretariat Tim Pengembangan Kebijakan Nasional Tata Pemerintahan yang Baik BAPPENAS. "Menumbuhkan Kesadaran Tata Pemerintahan Yang Baik (materi session ke 3)."
- Steward, Richard B . "The Reformation of American Administrative Law." 88 Harv. L. Rev. 1667 ,1975.
- Webb, Phyl et. al. "Attempting to Define IT Governance: Wisdom or Folly?." Proceedings of the 39th Hawaii International Conference on System Sciences – 2006.
- Wright , Richard W. "Grounds And Extent Of Legal Responsibility.," 40 San Diego L. Rev. 1425. San Diego Law Review ,2003.
- Wright, Richard W. "The Principles of Justice." 75 Notre Dame Law Review 1859 ,2000.

III. HASIL PENELITIAN

- Sanusi, M. Arsyad ".Konvergensi Hukum dan Teknologi Informasi dalam Pembentukan Undang-undang Informasi dan Transaksi Elektronik" (Ringkasan Disertasi Program Doktor Pasca Sarjana FHUI, 2007).
- Magnus, Ulrich dan Hans-W. Micklitz. "Final Report: Comparative Analysis Of National Liability Systems For Remediying Damage Caused By Defective Consumer Services A Study Commissioned By The European Commission. "

Badan Standar Nasional Indonesia, Rancangan Standar Nasional Indonesia (RSNI), Teknologi Informasi – Teknik Keamanan – Aturan Praktek Untuk Manajemen Keamanan Informasi, Adaptasi dari dokumen Standar Internasional ISO 17799 *Second edition*, 2005-06-15 yang kemudian diperbaiki menjadi ISO 27002.

-----, Rancangan Standar Nasional Indonesia (RSNI), Teknologi Informasi – Teknik keamanan – Sistem Manajemen Keamanan Informasi – Persyaratan, Adaptasi dari dokumen Standar Internasional ISO 27001 First edition 2005-10-15.

Rancangan Undang-Undang Pelayanan Publik, Kementerian Pendayagunaan Republik Indonesia.

IV. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Indonesia. Undang-Undang Tentang Hak Cipta. UU No. 19 Tahun 2002. LN No.85 Tahun 2002, TLN No. 3654.]

Indonesia. Undang-Undang Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. UU No. 11 Tahun 2008. LN No. 58 Tahun 2008 , TLN No. 4843.

Indonesia. Undang-Undang Tentang Jasa Konstruksi. UU No. 18 Tahun 1999. LN No. 54 Tahun 1999, TLN No. 3833.

Indonesia. Undang-Undang Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia. UU No.5 Tahun 1991. LN No.59 Tahun 1991 .TLN No.3451.

Indonesia. Undang-Undang Tentang Keterbukaan Informasi Publik. UU No. 14 Tahun 2008. LN No. 61 Tahun 2008, TLN No. 4846.

Indonesia. Undang-Undang Tentang Ombudsman. UU No. 37 Tahun 2008. LN No. 139 Tahun 2008, TLN No. 4899.

Indonesia. Undang-Undang Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, Dan Nepotisme. UU No. 28 Tahun 1999. LN No. 75 Tahun 1999, TLN No. 3851.

Indonesia. Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara. UU No.9 Tahun 2004. LN No.35 Tahun 2004, TLN No. 4380.

Indonesia. Undang-Undang Tentang Perbendaharaan Negara. UU No.1 Tahun 2004. LN No. 5 Tahun 2004 , TLN No.4355.

Indonesia. Undang-Undang Tentang Perlindungan Konsumen. UU No. 8 tahun 1999. LN No. 42 tahun 1999. TLN No. 3793

Indonesia. Undang-Undang Tentang Telekomunikasi. UU No.36 Tahun 1999. LN No. 154 Tahun 1999, TLN No.3881.

Indonesia. Peraturan Pemerintah Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah. PP No. 6 Tahun 2006. LN No. 20 Tahun 2006.

Indonesia. Peraturan Presiden Tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur. Pepres No. 67 Tahun 2005.

Indonesia. Peraturan Presiden Tentang Penggunaan Sistem Elektronik Dalam Kerangka Indonesia National Single Window. Perpres No. 10 Tahun 2008.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek). Diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjitrosudibio. Cet.8. Jakarta: Pradnya Paramita, 1976.

V. SUMBER LAIN

Cameron, Uilleam. "Public Private Partnership: The London Experience - Transport and Regeneration." uilleam.cameron@kpmg.co.uk

Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects: A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the Earth or to aircraft in flight.

Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc., 776 F. Supp. 135, 140 (S.D.N.Y. 1991).

"*Epistemology*". (<http://wikipedia.org/wiki/Epistemology>). diakses tanggal 1 Agustus 2006 pukul 15.00.

[Http://www.republika.co.id/koran_detail.asp?id=271789&kat_id=13](http://www.republika.co.id/koran_detail.asp?id=271789&kat_id=13)., diakses tanggal 14 November 2006.

IT Governance Institute. *COBIT 4.0*.

Sidney Blumenthal v. Matt Drudge & American OnLine (AOL), 992. F. Supp. 44 (DDC April 22, 1998).

Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co., 23 Media L. Rep. 1794, 1797 (N.Y. Sup. Ct. 1995), available at 1995 WL 323710

"*The Legal audit*". (<http://www.bddc.com/lawyers/legalaudit.htm>). diakses pada tanggal 18 Desember 2001.

VMark Software, Inc. v. EMC Corporation, 642 N.E.2d 587, 1994.

Winter v. G.P. Putnam's Sons, 938 F.2d 1033, 1036 (9th Cir. 1991).



**USULAN DAFTAR PEMERIKSAAN
UNTUK STANDAR PEMERIKSAAN HUKUM TERHADAP
PENYELENGGARAAN SISTEM ELEKTRONIK**

Dasar Pemeriksaan dan Referensi	Hal-Hal Yang Diperiksa	Hasil Pemeriksaan	Catatan
<p>Temuan Pemeriksaan IT Professional</p> <ul style="list-style-type: none"> Standar model pengembangan Sistem Informasi, contoh: CMMI-<i>Capability Maturity Model Integration</i> ataupun standar pengembangan software (ISO-15504) 	Apakah spesifikasi sistem elektronik yang dikembangkan telah sesuai dengan kebutuhan dan karakteristik dari organisasi dan manajemen ?	Handal	Sistem yang tidak handal dan tidak aman akan mengurangi nilai kekuatan pembuktian dan berpotensi menuai gugatan konsumen
<ul style="list-style-type: none"> Regulasi dan standar keamanan sistem elektronik 	Apakah sistem elektronik telah memenuhi standar sistem pengamanan yang baik ?	Aman	
<p>Status Subyek Hukum Pihak Penyelenggara Sistem Elektronik</p> <ul style="list-style-type: none"> UU Kewarganegaraan UU Perpajakan 	<p>Apakah diselenggarakan oleh individu, badan usaha, badan hukum atau masyarakat</p> <p>Jika individu, harus jelas status subyek hukumnya, yang dibuktikan dengan KTP, NPWP, dsb</p>	Kejelasan Siapa Subyek Hukum dan dimana domisili hukumnya	Sistem yang tidak jelas subyek hukumnya dapat dikatakan sebagai sistem yang tidak bertanggung jawab
<p>UU Wajib Daftar Perusahaan</p>	<p>Jika Badan Usaha, harus jelas bentuk perusahaannya yang dapat dibuktikan dengan Izin Usaha dan Keterangan Domisili, berikut akte notaris, jika ada.</p>		
<ul style="list-style-type: none"> UU Keterbukaan Informasi Publik UU Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas KKN UU Organisasi Masyarakat 	<p>Jika Badan Publik, harus jelas status hukum organisasinya atau instansinya.</p>		

<ul style="list-style-type: none"> UU lain yang terkait 			
<ul style="list-style-type: none"> UU Perseroan Terbatas UU Yayasan UU Koperasi UU BUMN UU BHP UU lain yang terkait 	<p>Jika Badan Hukum:</p> <p>harus jelas status badan hukumnya, kedudukan hukum, siapa pengurusnya, dan persyaratan pengurus, serta pendaftaran dan pengumuman ;</p> <p>(Perseroan Terbatas, Yayasan, Koperasi, dsb).</p>		
<p>Pihak-pihak yang punya andil atau kontribusi dengan penyelenggaraan sistem elektronik, al;</p> <p>Vendor, Konsultan, Pengembang, Kontraktor, dst</p> <ul style="list-style-type: none"> Perpres KPS jika critical infrastructure UU Hak Cipta UU Jasa Konstruksi 	<p>Hubungan kontraktual dan pertanggung jawaban hukum (koordinatif atau sub-ordinatif)</p> <ul style="list-style-type: none"> Jika swadaya, maka sebaiknya sub-ordinatif dan harus ada assignment of IP kepada owner) Jika outsourcing, dan <i>bespoke</i> atau <i>tailor-made</i>, maka seharusnya HKI milik owner/dinas, Jika outsourcing dan prototyping atau customized perlu dipertimbangkan perolehan source-code atau paling tidak escrow-account.. Jaminan maintenance atau Technical Support 	Kejelasan Tanggung Jawab atas ganti kerugian	Semua pihak harus bertanggung jawab atas kontribusinya
<p>Obyek Penyelenggaraan Sistem Elektronik</p> <ul style="list-style-type: none"> UU dari sektor terkait 	<p>Izin Penyelenggaraan, jika diwajibkan oleh sektor tertentu (contoh: Bank oleh BI, Telekomunikasi dan Penyiaran oleh Depkominfo, dsb)</p>	Legalitas usaha	usaha yang tidak legal akan berakibat penghentian operasi
<ul style="list-style-type: none"> UU ITE 	<p>Apakah telah memperoleh sertifikasi penyelenggaraan</p> <p>(contoh: trust mark)</p>	Kelaikan dan akuntabilitas sistem	Sistem yang lain akan mendapatkan kepercayaan pelanggan
<p>Infrastruktur Yang Digunakan</p>	<ul style="list-style-type: none"> nama domain: legitimate interest? Siapa yang bertanggung jawab 	akuntabilitas layanan	penguasaan dan pengelolaan dan atas sistem menentukan

<ul style="list-style-type: none"> • UU Telekomunikasi • UU ITE 	<p>atas nama domain;</p> <ul style="list-style-type: none"> o NIC handle: admin, technical dan billing contact o domain server o hosting <ul style="list-style-type: none"> • Hubungan dengan fasilitas pihak ketiga dan jaminan layanan yang diberikan 		terselenggaranya layanan dengan baik
<p>Konten</p> <ul style="list-style-type: none"> • UU KIP • UU Rahasia Dagang • UU Hak Cipta • UU ITE 	<p>Identifikasi tipe dan jenis informasi</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jenis Informasi yang ditampilkan, terbuka, terbatas atau rahasia? • Lisensi penggunaan informasi dan sistem informasi • Perlindungan Data Pribadi 	Validitas konten	konten yang bertentangan dengan hukum berpotensi atas gugatan dan pemberhentian sementara layanan
<ul style="list-style-type: none"> • UU Hak Cipta • UU Merek • UU Paten • UU Desain Industri • UU Rahasia Dagang • UU Persaingan Usaha 	<ul style="list-style-type: none"> • Originalitas ciptaan: tata letak tampilan/template (typography) dan data/informasi yang digunakan 		
<ul style="list-style-type: none"> • UU Kearsipan • UU Dokumentasi Perusahaan • UU sektor terkait 	<p>Kewajiban Penyimpanan Data (<i>data retention</i>) sesuai ketentuan sektornya</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dapat menampilkan kembali Informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik secara utuh sesuai dengan masa retensi yg ditetapkan dengan peraturan perundang-undangan • Dapat melindungi ketersediaan, keutuhan, keotentikan, kerahasiaan, dan keteraksesan informasi elektronik dalam penyelenggaraan sistem elektronik 	kepentingan pembuktian	kekuatan pembuktian menentukan legalitas transaksi dan pencegahan tindak pidana. konsekwensi data yang hilang berpotensi masalah hilangnya barang bukti.

<p>Komponen Perangkat Keras</p> <ul style="list-style-type: none"> • UU Konsumen dan tanggung jawab produk • UU ITE 	<ul style="list-style-type: none"> • Perolehan atau pengadaan barang: jual beli ataukah sewa menyewa • Produsen • Jaminan purna jual 	<p>Kejelasan Tanggung Jawab Produk</p>	<p>Kejelasan tanggung jawab atas produk baik barang atau jasa, mengurangi potensi gugatan ganti rugi</p>
<p>Komponen Perangkat Lunak</p> <ul style="list-style-type: none"> • UU Hak Cipta • UU ITE 	<ul style="list-style-type: none"> • Perolehan atau pengadaan perangkat: Customized, Assigment ataukah License: • Jika license, public license atau proprietary license; kode sumber terbuka atau tertutup? • Vendor • Jaminan vendor • maintenance 		
<p>Tenaga Kerja</p> <ul style="list-style-type: none"> • UU Ketenaga Kerjaan • UU ITE 	<ul style="list-style-type: none"> • Reputasi pengurus • Reputasi SDM • Kontrak Kerja • Sertifikasi keahlian dan kompetensi pekerja 	<p>tanggung jawab profesional</p>	<p>keberadaan tenaga yang Profesional mengurangi potensi permasalahan yang berakibat PMH</p>
<p>Hubungan Kerjasama Bisnis dengan Pihak Ketiga</p> <p>Dalam Penyelenggaraan Sistem elektronik</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Kejelasan pertanggungjawaban atas perjanjian kerjasama dalam Kemitraan Bisnis 	<p>Tanggung Jawab hukum para pihak</p>	<p>limitasi pertanggung jawaban</p>
<p>Perjanjian Kredit</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Apakah perjanjian kredit 	<p>penguasaan</p>	<p>semua harta benda</p>

	menimbulkan hak menguasai aset sebagai jaminan	atas aset	debitur adalah jaminan pelunasan hutangnya kepada kreditur, yang karenanya dapat berakibat kepada penyitaan.
Risk Management • UU ITE	mekanisme penyelenggaraan yang berkelanjutan <ul style="list-style-type: none"> • Continuity Business Plan • Disaster Recovery Center • Apakah potensi kerugian dan/atau tanggung jawab telah di asuransikan kepada pihak ketiga 	upaya terbaik untuk pencegahan resiko	kecerobohan dapat berakibat penerapan gugatan PMH. Jika berdampak besar akan berakibat penerapan tanggung jawab mutlak
Perlindungan Hak Konsumen • UU Perlindungan Konsumen	<ul style="list-style-type: none"> • Hak konsumen atas keamanan dan kenyamanan serta memperoleh nilai yg sebanding dengan pembelanjannya • Informasi yang jelas dan benar terhadap produk yang ditawarkan • letak perjanjian yang tidak tersembunyi • kondisi kontrak baku yang fair • tombol yang memberikan kejelasan niatan untuk berkontrak (intention to contract) • kesempatan konsumen untuk memikirkan dahulu dan/atau menarik diri dari perjanjian. 	jaminan perlindungan hak konsumen	informasi yang tidak sesuai berakibat gugatan konsumen dan kecenderungan penipuan.
Perlindungan Data Pelanggan • UU KIP • UU ITE	Privacy statement <ul style="list-style-type: none"> • Pemrosesan, pengelolaan, penggunaan, penyebaran data dan informasi pribadi harus dijamin keakurasiannya, kelengkapan kesesuaian dengan memperhatikan maksudnya atau 	jaminan tidak menyalahgunakan data	Penyalahgunaan data akan berakibat gugatan ganti rugi immateril.

	<p>yang terkait langsung dengan maksud perolehannya.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Terdapat sistem pemrosesan data pribadi secara legal dan sah • Terdapat suatu mekanisme agar subjek data dapat memperoleh informasi mengenai macam-macam data pribadi yang disimpan oleh pengelolaan data 		
Perpajakan	<ul style="list-style-type: none"> • pembebanan dan pemugutan pajak PPN dan Royalty income 	pembayaran pajak	sepanjang tidak ada pengecualian pajak, maka pelanggaran pajak mengakibatkan pidana
Kasus-kasus litigasi dan aspek lain-lain yang bersifat materil terhadap pertanggungjawaban hukum	<ul style="list-style-type: none"> • analisis kasus yang dihadapi terkait penyelenggaraan sistem 	dampak materil akibat kasus yang dihadapi	dampak dari kasus dapat mengakibatkan terhentinya layanan dan/atau penyitaan atas asset.