



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENERAPAN PERTANGGUNGJAWABAN PERDATA PADA
PENGUNAAN TEKNOLOGI REKAYASA GENETIKA**

SKRIPSI

SISIE ANDRISA MACALLO

0706202414

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
DEPOK
JUNI 2011**



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENERAPAN PERTANGGUNGJAWABAN PERDATA PADA
PENGUNAAN TEKNOLOGI REKAYASA GENETIKA**

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum

SISIE ANDRISA MACALLO

0706202414

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
DEPOK
JUNI 2011**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Sisie Andrisa Macallo

NPM : 0706202414

Tanda Tangan : 

Tanggal : 20 Juni 2011

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :

Nama : Sisie Andrisa Macallo
Npm : 0706202414
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Skripsi : Penerapan Pertanggungjawaban Perdata Pada
Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika

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

DEWAN PENGUJI

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

Pembimbing : M.R. Andri G. Wibisana, S.H., LL.M., Ph.D. (.....)

Penguji : Dr. Harsanto Nursadi, S.H., M.SI. (.....)

Penguji : Akhmad Budi Cahyono, S.H., M.H. (.....)

Penguji : Abdul Salam, S.H., M.H. (.....)

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 20 Juni 2011

KATA PENGANTAR

Puji Syukur saya ucapkan kepada Allah SWT, karena atas Rahmat dan KaruniaNya penulis dapat menyelesaikan skripsi ini, Penulisan skripsi ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, setelah melalui proses dalam masa perkuliahan hingga masa penyusunan skripsi ini, penulis menyadari akan sangat sulit menyelesaikan skripsi ini tanpa bantuan dari berbagai pihak, dan karenanya penulis mengucapkan terima kasih kepada:

1. Ibu Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H.,M.H, sebagai pembimbing I yang telah menyediakan waktu dan pemikirannya dalam melaksanakan bimbingan selama ini di tengah kesibukannya, buku buah pikiran beliau yaitu Perbuatan Melawan Hukum, menjadi inspirasi untuk penulisan ini.
2. Bapak M.R. Andri G. Wibisana, S.H., LL.M., Ph.D., sebagai pembimbing II yang telah sabar membimbing penulis, meluangkan waktu dan pemikirannya ditengah kesibukannya, serta memberikan bantuan berupa bahan-bahan materi yang diperlukan penulis, serta menambah wawasan penulis dalam bidang Hukum Lingkungan khususnya tentang Rekayasa Genetika.
3. Ibu Surini Ahlan Sjarif, S.H., M.H, selaku ketua Bidang Studi Hukum Keperdataan yang telah memperlancar prosedur penulisan skripsi ini. dan memberikan kesempatan kepada penulis untuk dibimbing oleh orang-orang terbaik di bidangnya.
4. Mas Gandjar L. Bonaprpta, S.H., M.H, selaku Pembimbing Akademik yang senantiasa memberikan bantuan sejak awal perkuliahan hingga penulis bisa menyelesaikan perkuliahan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
5. Papa (alm) Idris Daeng Macallo, S.H., yang sejak lama menginginkan agar penulis dapat mengikuti jejaknya sebagai Sarjana Hukum, dan baru terlaksana setelah beliau tiada. Tulisan sederhana ini penulis persembahkan untuk beliau.

6. Mama Lyna Idris Macallo yang senantiasa mendoakan dan memberikan dukungan sehingga penulis dapat menyelesaikan tulisan ini.
7. Kedua mertua penulis (alm) Papa Darwani dan Mama Rosnaeni yang senantiasa mendoakan dan memberikan semangat.
8. Suamiku tersayang Ir. Didik Metrajaya, yang dengan sabar mendampingi penulis dan memberikan semangat agar menyelesaikan perkuliahan dengan baik.
9. Ketiga buah hatiku Rizky Metrisa, Ilham Hariz Wardhana dan si mungil Amanda Trishana Mahira yang menjadikan penulis mempunyai semangat untuk terus belajar, tulisan ini mama persembahkan untuk kalian.
10. Adik-adikku Siska Dollita Macallo, S.E.Ak., Sandra Adha Triyana, S.H., dan M. Kenny Rizki Macallo, S.H., beserta adik-adik iparku Don Sunaringsuryo Basuki, Fitri Barnas, S.H., dan Tamara Satria Macallo.
11. Para keponakan Mommy tersayang Mirriam, Inez, Amirah, Adeela, Matahari Macallo dan Gemintang Macallo.
12. Sahabat-sahabat yang penulis sayangi, Mira Sri Rahayu, S.H., (thanks untuk segala dukungannya), Salomo S. Manurung, S.E., S.H., M.H., Nevita Sulisty., S.H, Dr. Rima Agristina, S.E,M.M., Hayati Diyan., S.H yang selalu menyemangati, berbagi suka dan duka selama mengikuti perkuliahan di FHUI tercinta.
13. Teman-teman angkatan 2007, Dece Wanda Sari, Asep Jumarsa, Bang Michael Hutabarat, Arief Taufani, Tasya, Naomi, Edu, Gadis Aditya Siregar dan Endru terima kasih atas dukungannya.
14. Teman-teman FHUI Amie Nasution (terima kasih Amie....atas bantuannya), Nenden, Margie, Kyla, Renol, Engkus Kuswara, Rizal, Nasta, Astrid, Thomas Hutapea, Sonny Heru Prasetyo., Veronica Situmorang...senang berbagi tawa dengan kalian.
15. Sahabatku keluarga VAN HENK, mbak Farida T. Sihite, mbak Ning, mbak Ani, mbak Lies, Lia, Ina, Dessy, Dina, Nina, dan Yus yang menjadi oasis ketika penulis memerlukan bahu untuk bersandar. terima kasih atas persahabatan yang indah yang telah terjalin belasan tahun.

16. Kak Uti yang membuka wawasan penulis untuk kembali ke bangku kuliah, terima kasih atas semangatnya.
17. Bik Mpok, “Ayah” Jaja yang telah mengabdikan puluhan tahun serta turut mendoakan keberhasilan penulis, mas Toto dan Pak Darto yang setia mengantar kemana-mana.
18. Seluruh dosen-dosen, khususnya Junaedi S.H, LL.M, M.Si., Fitriani Ahlan Sjarif S.H., M.H, Wenny Setiawati, S.H., M.LI (Wentjes), Karyawan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, staf Sekretariat yang selalu membantu dalam administrasi, staf perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, teman-teman di Pusat Dokumentasi Hukum Fakultas Hukum Universitas Indonesia khususnya Ary Irawan.
19. Serta pihak-pihak lainnya yang tidak bisa penulis sebutkan satu persatu, terima kasih atas bantuannya dan ini sangat berarti bagi saya.

Penulis menyadari bahwa dalam skripsi ini masih banyak kekurangan yang harus diperbaiki, yang disebabkan oleh keterbatasan ilmu pengetahuan yang dimiliki, untuk itu penulis sangat mengharapkan saran dan kritik sebagai masukan bagi penyempurnaan skripsi ini.

Depok, Juni 2011

Sisie Andrisa Macallo

HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

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

Nama : Sisie Andrisa Macallo
NPM : 0706202414
Program Studi : Ilmu Hukum
Program Kekhususan : PK I (Hukum Perdata)
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

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

Penerapan Pertanggungjawaban Perdata Pada Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika

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 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 : 20 Juni 2011

Yang menyatakan



(Sisie Andrisa Macallo)

ABSTRAK

Nama : Sisie Andrisa Macallo
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : Pertanggungjawaban Perdata Pada Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika

Perbuatan Melawan Hukum merupakan suatu perbuatan yang menimbulkan kerugian kepada pihak lain, dan mewajibkan kepada orang yang menimbulkan kerugian tersebut untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya, dengan memberikan kompensasi ganti kerugian kepada pihak yang dirugikannya. Pertanggungjawaban perdata merupakan lapis pertama yang bekerja apabila timbul kerugian, dan pihak yang dirugikan dapat menuntut kompensasi tetapi tentu saja terlebih dahulu harus dapat membuktikan hubungan kausalitas antara kerugian yang diderita dan perbuatan yang menyebabkan kerugian tersebut. Ini disebut pertanggungjawaban dengan kesalahan. Pada sistem Common Law (*tort*) terdapat suatu pertanggungjawaban dimana pihak yang dirugikan tidak perlu membuktikan unsur kesalahan tetapi tetap dapat menuntut ganti kerugian, dan ini disebut dengan *Strict Liability* atau *Liability without fault*, dimana pada rejim *Strict Liability* ini seseorang dapat dipersalahkan walaupun pihak yang dituntut telah melakukan prinsip kehati-hatian, apabila tergugat dapat membuktikan hubungan kausalitas antara kerugian yang timbul dengan perbuatan yang menimbulkan kerugian. Demikian juga pada penggunaan Teknologi rekayasa genetika yang banyak dipergunakan dewasa ini, yang adakalanya menimbulkan kerugian dan apabila timbul kerugian maka pihak yang dirugikan dapat meminta kompensasi atas kerugian yang ditimbulkan akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika.

Kata kunci:
PMH, Strict Liability, Tort, Rekayasa Genetika

ABSTRACT

Name: Sisie Andrisa Macallo

Program Study : Legal Studies

Title: Civil Liability damage caused by Genetically Modified Organisms

Unlawful act is an act that causes harm to other parties, and oblige the person who caused the damages for his actions, by providing compensation for damages to the aggrieved party. Civil Liability is the first layer that works when incurred losses, and the injured party may sue for compensation but of course it must first be able to prove the causal between the losses suffered and the actions that cause harm called liability based on fault. In the Common Law system (tort) liability where there is an injured party or plaintiffs no need to prove the the defendants' fault but still have to prove that the damaging activity is abnormally dangerous, and is called Strict Liability or Liability without fault, where the regime of Strict Liability is someone to blame even though the required has been committed to the precautionary principles, if the defendant can prove the causal between the losses incurred by actions that cause harm. Likewise, the use of genetically modified organisms which widely used today, which sometimes lead to losses and losses incurred when the injured party may seek compensation for losses incurred through the use of genetically modified organisms.

Key words:

PMH, Strict Liability, Tort, Genetically Modified Organisms

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
HALAMAN PERSETUJUAN PUBLIKASI ILMIAH	vii
ABSTRAK	viii
DAFTAR ISI	x
BAB 1 PENDAHULUAN	
1.1. Latar Belakang	1
1.2. Pokok Permasalahan	5
1.3. Tujuan dan Manfaat Penelitian	5
1.4. Kerangka Teori	6
1.4.1. Kerangka Teoritis	6
1.5. Metode Penelitian	7
1.6. Ruang Lingkup Penelitian	8
1.7. Sistematika Penulisan	9
BAB 2 TINJAUAN UMUM TENTANG PERTANGGUNG JAWABAN PERDATA	
2.1. Tinjauan Umum Tentang Sistem Pertanggungjawaban	10
2.1.1. Definisi Pertanggung Jawaban Perdata	10
2.1.2. Pertanggungjawaban Perdata di Indonesia	17
2.1.3. Pertanggungjawaban Pada Sistem Common Law	24
2.1.3.1. Sistem Common law	24
2.1.3.2. Tort Sebagai Bentuk Pertanggungjawaban Pada Sistem Common Law	26
2.1.3.3. Perbandingan PMH di Indonesia dan Tort pada Sistem Common law	29
2.2. Rekayasa Genetika (<i>Transgenik</i>)	36
2.2.1. Definisi Rekayasa genetika (<i>Transgenik</i>)	36
2.2.2. Kemungkinan Dampak Buruk Teknologi Transgenik	38
BAB 3 PERTANGGUNGJAWABAN TERHADAP PENGGUNAAN TEKNOLOGI REKAYASA GENETIKA	
3.1. Pertanggungjawaban Perdata Terhadap Penggunaan Rekayasa Genetika Dalam Level Internasional	41
3.1.1. Dari Cartagena Protokol sampai Nagoya Protokol	48
3.1.1.1. <i>Standard of Liability</i>	49
3.1.1.2. <i>Channeling Liability</i>	50
3.1.1.3. <i>Joint and several liability</i>	51
3.1.1.4. <i>Defences: Force Majeure</i>	52
3.1.1.5. <i>Nagoya Protokol</i>	54

3.2.	Negara-Negara Yang Memiliki Legislasi Khusus Dan Yang Tidak Memiliki Legislasi Khusus Yang Mengatur Tentang Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika	56
3.2.1.	Negara-Negara Yang Memiliki Legislasi Khusus Yang Mengatur Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika....	56
3.2.1.1.	Austria	56
3.2.1.2.	Jerman	59
3.2.2.	Negara-Negara Yang Tidak Memiliki Legislasi Khusus Pada Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika	60
3.2.2.1.	Amerika Serikat	60
3.2.2.2.	Kanada	62
3.3.	Kesulitan Yang Timbul Apabila Suatu Negara Tidak Memiliki Legislasi Khusus	65
BAB 4	SISTEM PERTANGGUNGJAWABAN DI INDONESIA TERHADAP PENGGUNAAN TEHNIK REKAYASA GENETIKA	
4.1.	Kemungkinan Penerapan Perbuatan Melawan Hukum Melalui Penerapan Pasal 1365 KUHPerdara Untuk Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika	68
4.1.1.	Konsep Ganti Rugi Dalam Menegakkan Hukum Lingkungan Melalui Hukum Perdata	70
4.1.1.1.	Pertanggungjawaban Berdasarkan Kesalahan (<i>Fault Based Liability</i>)	70
4.2.	Penerapan <i>Strict Liability</i> Pada Penggunaan Tehnik Rekayasa Genetika	74
4.3.	Pihak Yang Bertanggungjawab Apabila Timbul Dampak Kerugian Akibat Penggunaan Tehnik Rekayasa Genetika	78
4.3.1.	Pihak-Pihak Yang Dapat Dimintai Pertanggungjawaban Pada Kerugian Timbul Pada Penggunaan Teknik Rekayasa Genetika	79
BAB 5	PENUTUP	
5.1.	Kesimpulan	81
5.2.	Saran	84
	DAFTAR PUSTAKA	86
	LAMPIRAN	

BAB 1 PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Manusia yang memiliki akal pikiran senantiasa berkembang dan selalu ingin meningkatkan kualitas kehidupannya menjadi lebih baik, dengan akal pikiran yang dimilikinya manusia selalu membuat invensi-invensi baru di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi. Kemajuan di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi tentu saja membawa perubahan yang cukup signifikan dalam tata kehidupan manusia¹. Manusia yang semakin banyak jumlahnya membutuhkan sumberdaya alam yang semakin banyak dan tanpa disadari membawa kerusakan yang cukup parah bagi lingkungan.² Karena itu perlu suatu perangkat penegakan hukum yang dapat mengakomodasi pencegahan pencemaran. demikian juga dengan penemuan teknologi di berbagai bidang, salah satunya penemuan di bidang rekayasa genetika pangan.

Teknologi rekayasa genetika muncul seiring dengan keinginan manusia untuk meningkatkan produksi pangan, misalnya dengan jalan menciptakan varietas yang dapat mengurangi, memberantas atau bertahan dari salah satu penyebab kegagalan panen yaitu hama. Teknologi rekayasa genetika pada tanaman ataupun yang disebut dengan transgenik, memiliki keunggulan yang dihasilkan melalui proses rekayasa dengan melalui proses transfer gen. Berbagai gen yang memiliki keunggulan ataupun yang berperan penting pada sistem metabolisme tumbuhan telah berhasil diisolasi dalam dekade terakhir.³ Sejalan dengan kemajuan ini berbagai cara telah dilakukan untuk menemukan cara yang

¹Werner Pfennigstorf, *Environment, Damage, and Compensation*, American Bar Foundation Research Journal, Vol. 4 No.2 (Spring, 1979), pp.347-448, published by Blackwell Publishing on behalf of the American Bar Foundation, hal. 350.

²*Ibid.*, hal.352

³Michael Faure and Andri G. Wibisana, "Liability to Third Parties for Damage Caused by GMOs: An Economic Perspective", Bernhard A.Koch (ed), *Damage Cause by Genetically Modified Organisms*, Tort and Insurance Law Vol.27, hal. 862

paling efisien agar gen yang diisolasi dari suatu jenis organisme dapat dipindahkan dan digabungkan pada organisme lain. Adapun maksud dan tujuan dari teknologi transformasi genetika ini adalah untuk memungkinkan peningkatan kualitas beberapa tanaman budidaya.⁴

Sebagaimana kita ketahui kemajuan di bidang rekayasa genetika pada produk pertanian menjanjikan berbagai keuntungan, antara lain yaitu bahwa tanaman hasil dari rekayasa genetika mempunyai daya tahan terhadap hama sehingga diharapkan kegagalan panen dapat diminimalisir. Disamping itu tanaman hasil rekayasa genetika memiliki kandungan yang lebih baik dibandingkan dengan tanaman non rekayasa genetika, memberikan keuntungan bagi petani dan konsumennya, juga penggunaan bahan-bahan kimia seperti pestisida, dapat dikurangi. Selain itu gen dari sebuah tanaman dapat direkayasa sedemikian rupa sehingga kandungan nutrisi yang terdapat didalamnya lebih menjadi lebih baik, contohnya mengandung vitamin A yang lebih banyak.⁵

Meski demikian keuntungan diatas juga disertai dengan berbagai macam potensi dampak negatif yang tidak sedikit. Tanaman yang melalui proses rekayasa genetika ini dikhawatirkan mencemari lingkungan antara lain berupa pencemaran gen, meningkatnya resistensi hama terhadap pestisida atau gulma terhadap herbisida, kerusakan ekologi pada tanah dan perpindahan gen dari tanaman transgenik ke tanaman non transgenik.⁶ Selain itu terdapat pula dampak lainnya yang dapat mempengaruhi kesehatan manusia, misalnya alergi yang timbul akibat mengkonsumsi produk transgenik. Dengan demikian diperlukan suatu perangkat untuk melindungi konsumen atau pihak ketiga dari kerugian yang ditimbulkan baik untuk dirinya sendiri atau orang lain dari akibat buruk yang ditimbulkan oleh penggunaannya sendiri atau orang lain.

Suatu perbuatan yang menimbulkan kerugian kepada orang lain, dapat dimintakan pertanggungjawaban kepada orang atau pihak yang menimbulkan

⁴Nigeria Biosafety guidelines, Institutional Biosafety Committee (IBC), hal.1.

⁵Michael Faure and Andri G. Wibisana, “ *Liability for Damage Caused by GMOs: An Economic Perspective*”, The Georgetown International Law Review, Volume XXIII, fall 2010, hal.2

⁶*Ibid.*, hal.5.

suatu kerugian tersebut. Pengertian kerugian ini tidak hanya mengenai kerugian konkret dalam bidang harta kekayaan saja, tetapi juga meliputi kerugian immaterial atau “*ideele schade*”, seperti kehidupan yang tenang, kesehatan, kenikmatan udara yang bersih dan sebagainya. Lotulung mengatakan bahwa yang timbul dari pencemaran yang ditimbulkan oleh perbuatan manusia dapat dibedakan antara lain:⁷

“Perbuatan dalam bentuk membubuhkan atau mencampurkan zat-zat kimia, atau zat lain yang berasal dari luar milieu. Dalam hal ini kita berbicara tentang pencemaran lingkungan atau pengotoran lingkungan, sungai, tanah dan sebagainya. dan perbuatan yang tidak memasukkan suatu unsur luar kedalam lingkungan atau milieu, tetapi merusak lingkungan itu sendiri, misalnya pembabatan hutan, penebangan kayu, pengerukan pasir sungai, gangguan suara dan sebagainya.”

Lebih lanjut Lotulung menguraikan beberapa keadaan yang perlu diperhatikan adalah pada saat pemberian ganti rugi yaitu:⁸

- Sifat pertanggungjawaban, dimana tingkat kesalahan tidak terlalu besar.
- Kemampuan membayar dari masing-masing pihak, misalnya besarnya biaya-biaya yang harus dipikul.

Apabila kerugian telah terjadi pertanyaan yang perlu dijawab adalah, instrumen apakah yang dapat digunakan untuk meminta pertanggung jawaban kepada pihak yang menimbulkan kerugian tersebut. Pertanyaan ini yang menjadi fokus dari pertanggungjawaban perdata sebagai lawan dari pertanggungjawaban kontraktual (wanprestasi). Di Indonesia, pihak yang dirugikan oleh perbuatan orang lain tersebut dapat meminta ganti kerugian, dengan merujuk pada pertanggungjawaban perdata berdasarkan pasal 1365 KUHP. Pasal ini mengatakan bahwa untuk dimintai pertanggungjawaban, seseorang haruslah terbukti telah melakukan Perbuatan Melawan Hukum.⁹

⁷Paulus Effendi Lotulung, “*Penegakan Hukum Lingkungan oleh Hakim Perdata*”, cet. 1 (Bandung: P.T Citra Aditya Bakti, 1993), hal. 29.

⁸*Ibid.*, hal. 30.

Dalam penelitian ini penulis mencoba memaparkan aturan tentang pertanggungjawaban perdata yang berlaku pada sistem *Civil Law* dan sistem *Common law*. Sistem *Civil Law* adalah seperangkat peraturan yang dibuat oleh badan legislatif. Kemudian tugas hakim adalah untuk menafsirkan undang-undang tersebut. Apabila hakim tidak menemukan undang-undang yang relevan maka ia harus melakukan penemuan hukum (*rechvinding*).¹⁰ Sedangkan pada Sistem *Common Law*, hukum adalah keputusan-keputusan hakim, dimana hakim mengikuti keputusan-keputusan terdahulu. Oleh karena itu sistem hukum ini bersifat “*case law study*”, yaitu bahwa aturan mengenai tingkah laku manusia dalam masyarakat tidak semata-mata dirumuskan di dalam bentuk peraturan perundang-undangan.¹¹

Terkait dengan persoalan pertanggungjawaban perdata, tulisan ini juga akan memaparkan Sistem pertanggungjawaban di negara-negara yang memiliki legislasi khusus untuk penggunaan produk yang berbasis rekayasa genetika dan negara-negara yang tidak memiliki legislasi khusus. Di samping itu, penelitian ini juga akan membandingkan pertanggungjawaban perdata pada sistem Common Law dan sistem Civil Law. Perbandingan ini bermaksud untuk memaparkan juga kesulitan-kesulitan yang akan timbul apabila suatu negara tidak memiliki legislasi khusus yang mengatur tentang pertanggungjawaban pada penggunaan produk rekayasa genetika. Penulis juga berusaha menjawab pertanyaan bagaimana penerapan pertanggungjawaban perdata di Indonesia apabila terjadi kerugian akibat penggunaan produk rekayasa genetika.

⁹Unsur-unsur ini akan diterangkan pada bab 2.

¹⁰Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Jakarta: PT. Citra Aditya Bhakti, 1993), hal. 4.

¹¹H.R Sardjono dan Frieda Husni Hasbullah, *Bunga Rampai Perbandingan Hukum Perdata*, Cet. Kedua (Jakarta : IND-HILL-CO, 2003), hal. 49.

1.2 Pokok Permasalahan

Berdasarkan latar belakang yang telah dikemukakan sebelumnya dan untuk memberikan batasan permasalahan yang lebih jelas maka dirumuskan pokok permasalahan berikut ini:

1. Bagaimanakah sistem pertanggungjawaban perdata diatur oleh negara-negara yang memiliki legislasi khusus tentang pertanggungjawaban perdata dalam penggunaan teknologi rekayasa genetika?
2. Apakah kesulitan yang akan muncul ketika suatu negara tidak memiliki legislasi khusus tentang pertanggungjawaban perdata dalam penggunaan teknologi rekayasa genetika?
3. Bagaimanakah sebaiknya pertanggungjawaban perdata diatur di Indonesia?

1.3 Tujuan dan Manfaat Penelitian

Berdasarkan perumusan masalah di atas, maka tujuan dan manfaat penelitian yang dilakukan ini adalah untuk melihat apakah sistem pertanggungjawaban di Indonesia bisa diterapkan secara efektif apabila terjadi kerugian akibat penggunaan produk transgenik. Disamping itu penelitian ini bertujuan untuk memperlihatkan perbandingan dan bagaimanakah apabila dibandingkan dengan sistem pertanggungjawaban dalam konteks penggunaan teknologi rekayasa genetika yang digunakan di negara-negara yang menganut sistem *Common law*. Tulisan ini memberikan perbandingan pertanggungjawaban perdata di negara-negara yang memiliki peraturan khusus tentang pertanggungjawaban perdata pada penggunaan produk rekayasa genetika, seperti Austria dan Jerman dengan negara-negara yang tidak memiliki peraturan khusus atas penggunaan produk-produk rekayasa genetika, seperti Amerika dan Kanada.

Dengan memperbandingkan pertanggungjawaban perdata di negara-negara yang menganut sistem *Common law dan Civil Law* akan membawa kita kepada suatu pemahaman bahwa kedua sistem hukum tersebut memiliki beberapa persamaan dan perbedaan, persamaan dan perbedaan tersebut dapat dilihat misalkan dalam hal penerapannya, sanksinya dan unsur-unsur yang harus dipenuhi. Penulis akan memaparkan juga sudut pandang apa saja yang sama dan berbeda pada kedua sistem hukum tersebut.

1.4 Kerangka Teori

1.4.1 Kerangka Teoritis

Untuk menganalisa berbagai permasalahan yang diangkat dalam tulisan ini, penulis akan menggunakan teori berupa prinsip-prinsip pertanggungjawaban perdata atas akibat yang ditimbulkan atas penggunaan produk-produk transgenik yang mencemari lingkungan.

Penulis akan membahas teori pertanggungjawaban, baik pada dari sistem *Common law* maupun *Civil Law*, tidak berdasarkan kontraktual (*non contractual liability*),

Menurut Vivienne Harpwood objek dari pertanggungjawaban perdata ini adalah¹²:

1. *Compensation*

Salah satu tujuan dari sistem pertanggungjawaban ini adalah untuk mendapatkan kompensasi apabila timbul kerugian ataupun kematian, yang disebabkan oleh perbuatan seseorang.

2. *Protection of interests*

Pertanggungjawaban ini melindungi seseorang yang mempunyai hak milik dan *Tort* dibuat untuk melindungi kepentingan tersebut.

3. *Deterrence*

Ketentuan pada *tort* memiliki perbedaan pada penerapannya, dan berfungsi untuk memperkecil resiko kerugian pada kegiatan yang dilakukan, dan dapat melindungi manusia dan harta benda miliknya, contohnya perlindungan pada asuransi.

4. *Retribution*

Di dalam *Tort* seseorang terdapat perlindungan kepada pihak yang merasa khawatir atas kejahatan yang akan timbul dan mengancam keselamatan dirinya, kerugian yang timbul ini dapat memperoleh perlindungan asuransi, walaupun ada beberapa kasus yang tetap saja menimbulkan kerugian.

¹² Vivienne Harpwood, "Principles of Tort Law", Fourth Edition. London. Sidney:Cavendish Publishing Limited, 2000

1.5 Metode Penelitian

Penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematika, dan pemikiran tertentu yang bertujuan mempelajari satu hal atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya.¹³ Dan apabila ditinjau dari segi bentuknya kita mengenal penelitian empiris dan penelitian kepustakaan.

Berdasarkan ruang lingkupnya, skripsi ini pada dasarnya termasuk dalam penelitian yang bersifat Yuridis Normatif, adalah penelitian yang mengacu pada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, sedangkan alat pengumpul data yang dilakukan adalah dengan cara studi dokumen dan studi kepustakaan, dan tidak dilakukan wawancara sebagai penunjang.

Dalam penelitian ini yang digunakan adalah data sekunder, Adapun yang termasuk Data Sekunder adalah¹⁴:

1. Bahan Hukum primer yaitu bahan-bahan hukum yang terkait dan terdiri dari:
 - a. Norma kaidah dasar yaitu Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945
 - b. Peraturan Dasar.
 - c. Peraturan perundang-undangan.
 - d. Bahan hukum yang tidak dikodifikasi seperti hukum adat.
 - e. Yurisprudensi.
 - f. Traktat.
 - g. Bahan hukum dari zaman penjajahan yang hingga kini masih berlaku seperti kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Adapun bahan hukum primer yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Undang-Undang nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, dan peraturan perundang-undangan lain, yurisprudensi, protokol Cartagena,

¹³Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cet.3, (Jakarta:Penerbit Universitas Indonesia, 2006), hal 43.

¹⁴Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, ed.1, (Jakarta: Raja Grafindo, 2006) hal.12-13.

Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Protokol On Liability And Redress To The Cartagena Protokol On Biosafety

2. Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, sedangkan bahan hukum sekunder yang dipergunakan adalah hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum dan rancangan undang-undang yang terkait. Dalam penelitian ini, bahan hukum sekunder yang akan digunakan adalah tulisan para ahli dalam buku dan jurnal ilmiah, tulisan para pakar yang dipresentasikan pada seminar-seminar, rancangan atau usulan yang didiskusikan di dalam *ad hoc working group on liability on redress dalam protokol Cartagena*.
3. Bahan Hukum Tertier, yaitu bahan yang, memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder seperti kamus, ensiklopedia dan sebagainya.

Penelitian yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah penelitian deskriptif dan preskriptif. Dikatakan penelitian deskriptif karena penulis akan menggambarkan bagaimana pertanggung jawaban perdata atas kerugian yang ditimbulkan oleh penggunaan produk rekayasa genetika atau transgenik, dan membandingkan teori pertanggung jawaban sistem *Common law* dan sistem *Civil Law* terhadap persoalan yang sama. Sedangkan dikatakan sebagai penelitian preskriptif karena dari hasil perbandingan tersebut diharapkan dapat ditentukan instrumen hukum yang bagaimanakah yang dapat diterapkan ketika muncul kerugian yang ditimbulkan oleh penggunaan produk transgenik.

1.6 Ruang Lingkup Penelitian

Untuk memberikan batasan yang lebih jelas, maka ruang lingkup yang dibahas pada penulisan skripsi ini hanya dibatasi pada pertanggung jawaban perdata atas kerugian yang ditimbulkan pada penggunaan produk transgenik dan perbandingan pertanggung jawaban menurut sistem *Common law* dan sistem *Civil Law*, dan bagaimanakah penerapan sistem pertanggung jawaban yang lebih tepat untuk digunakan di Indonesia apabila terjadi kerugian akibat penggunaan produk rekayasa genetika di Indonesia.

1.7 Sistematika Penulisan

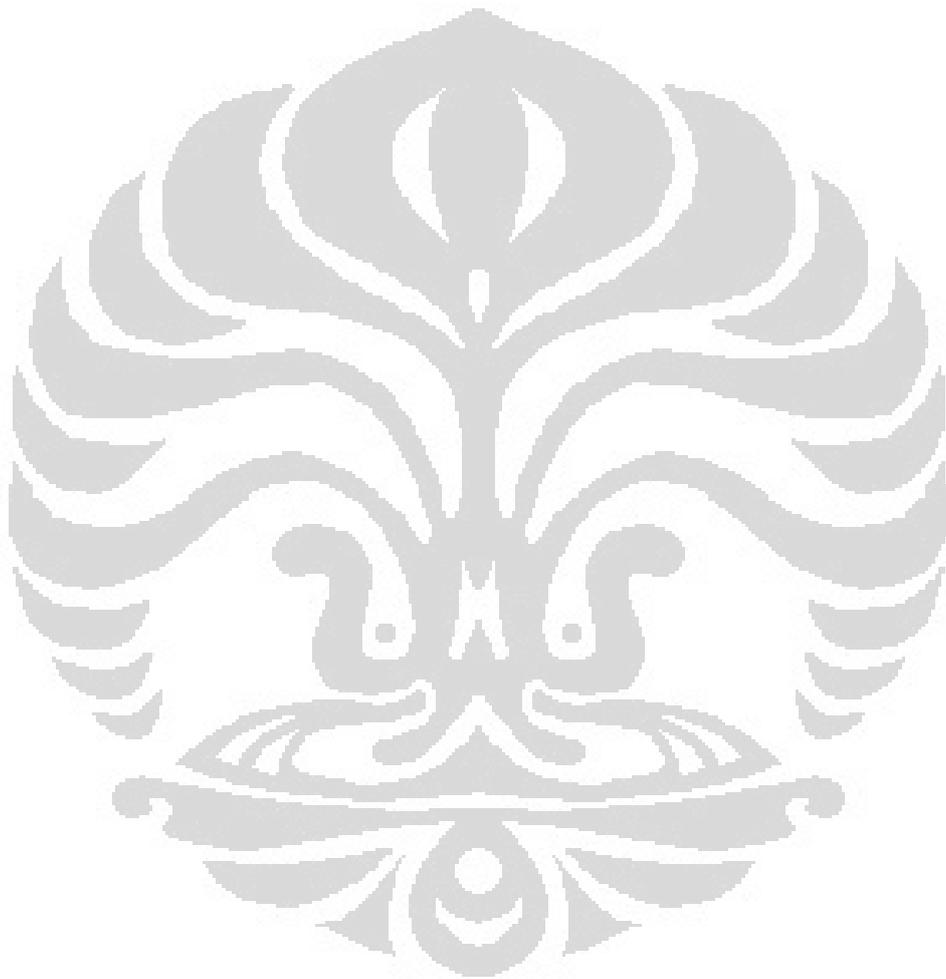
Penulisan skripsi ini dibagi ke dalam lima bab. Bab pertama adalah Pendahuluan menguraikan latar belakang permasalahan, pokok permasalahan yang akan dijabarkan dalam penelitian, tujuan penelitian, kerangka konseptual, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab dua berisi teori-teori Pertanggungjawaban Perdata, definisi pertanggungjawaban perdata, konsep ganti rugi baik menurut maupun *Civil law*, pengertian tentang rekayasa genetika (Transgenik), serta keuntungan dan kerugian penggunaan produk rekayasa genetika.

Bab tiga akan berisi uraian tentang penggunaan produk rekayasa genetika (transgenik) dan tanggung jawab hukumnya, perbandingan konsep tanggung jawab pada negara –negara yang memiliki legislasi yang mengatur tentang penggunaan teknologi rekayasa genetika dan negara-negara yang tidak memiliki legislasi khusus tentang penggunaan teknologi rekayasa genetika, dan masalah yang akan timbul apabila suatu negara tidak memiliki legislasi khusus tentang penggunaan produk transgenik

Bab empat akan berisi uraian tentang konsep ganti rugi yang dapat diterapkan pada penggunaan produk transgenik, kesulitan yang akan muncul apabila suatu negara tidak memiliki legislasi khusus tentang penggunaan teknologi rekayasa genetika, siapa yang bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan oleh penggunaan teknologi rekayasa genetika, dan pemikiran apa yang dapat diberikan pada penerapan sistem pertanggungjawaban di Indonesia tentang uraian pertanggungjawaban perdata yang akan diterapkan pada penggunaan produk transgenik yang mencemari lingkungan di Indonesia, dan rekomendasi yang dapat diberikan pada pada konsep ganti rugi di Indonesia.

Bab lima adalah bab penutup yang berisi kesimpulan dan saran.



BAB 2

TINJAUAN UMUM TENTANG PERTANGGUNGJAWABAN PERDATA

2.1 Tinjauan Umum Tentang Sistem Pertanggungjawaban

2.1.1 Definisi Pertanggung Jawaban Perdata

Pertanggungjawaban hukum bertujuan untuk menentukan pihak-pihak mana yang harus bertanggung jawab atas suatu perbuatan yang menimbulkan kerugian pada pihak lain. Di dalam konteks perdata, pertanggungjawaban perdata merupakan tindakan, biasanya dalam bentuk pembayaran ganti kerugian, yang harus dilakukan oleh seseorang atau pihak yang karena perbuatannya telah menimbulkan kerugian pada orang lain. Salah satu ukuran yang digunakan untuk menentukan pertanggungjawaban perdata ini adalah Perbuatan Melawan Hukum.

Di Indonesia untuk mengatakan bahwa seseorang telah melakukan Perbuatan Melawan Hukum, merujuk pada Pasal 1365 KUHPerdata, pasal ini menyatakan bahwa perbuatan orang tersebut haruslah memenuhi unsur-unsur berikut ini:¹⁵

1. Sifat melanggar hukumnya suatu perbuatan (*onrechtmatigheid*)
2. Kesalahan (*schuld*)
3. Kerugian (*schade*)
4. Hubungan sebab-akibat (*causal verband*)
5. *Relativiteit*

Perbuatan melawan hukum di Indonesia secara normatif selalu merujuk kepada pasal 1365 KUH Perdata yang menyatakan bahwa: “tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut.” Seperti halnya dengan kerugian karena sebab lain, ganti kerugian akibat perusakan dan atau pencemaran secara umum dapat pula menggunakan konstruksi pertanggungjawaban perdata berdasarkan pasal 1365 KUH Perdata ini.

¹⁵Paulus Effendi Lotulung, *Op.cit.*, hal. 31.

Secara teoritis, para ahli menyatakan bahwa prinsip yang digunakan pada pasal 1365 KUHPer tersebut adalah *liability based on fault* dengan beban pembuktian berada pada penderita (penggugat). Dalam hal ini, si penderita baru akan memperoleh ganti kerugian apabila ia berhasil membuktikan bahwa si pelaku (tergugat) telah bersalah melakukan perbuatan melawan hukum.¹⁶ Kesalahan dengan demikian merupakan unsur yang menentukan pertanggungjawaban, sebab bila terbukti terdapat adanya kesalahan dan menerbitkan kerugian maka pihak tergugat wajib untuk mengganti kerugian, dan apabila kesalahan tidak terbukti maka pihak tergugat bebas dari pertanggungjawaban.

Dalam kaitannya dengan pembuktian perlu dikemukakan pasal 1865 KUH Perdata, yang menyatakan bahwa barangsiapa yang mengajukan peristiwa-peristiwa atas mana ia mendasarkan suatu hak maka ia wajib membuktikan peristiwa itu.¹⁷ Secara sederhana, dapat dikatakan bahwa mereka yang mendalilkan sesuatu memiliki kewajiban untuk membuktikan kebenaran dalilnya tersebut.

Mariam Darus Badruzaman dalam Rancangan Undang-Undang (RUU) Perikatan berusaha merumuskan secara lengkap pengertian pertanggungjawaban berdasarkan perbuatan melawan hukum, sebagai berikut:¹⁸

- (1) Suatu perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahan atau kelalaiannya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut.
- (2) Melanggar hukum adalah tiap perbuatan yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan kemasyarakatan terhadap pribadi atau harta benda orang lain atau bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan kemasyarakatan terhadap pribadi atau harta benda orang lain.
- (3) Seseorang yang sengaja tidak melakukan suatu perbuatan yang wajib dilakukannya, disamakan dengan seorang yang melakukan suatu perbuatan terlarang dan karenanya melanggar hukum.

¹⁶Koesnadi Hardjasoemantri, Hukum Tata Lingkungan, Edisi kedelapan Cetakan kedelapan belas, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005), hal.411.

¹⁷Koesnadi Harjasoemantri, Loc. Cit., hal 411.

¹⁸Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, cet 1, (Jakarta, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal. 4.

Perumusan norma dalam konsep Mariam Darus Badruzaman ini telah mengabsorpsi perkembangan pemikiran mengenai perbuatan melawan hukum, sebab di dalam konsep ini pengertian melawan hukum tidak hanya diartikan sebagai melawan undang-undang (hukum tertulis) tetapi juga bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat (hukum tidak tertulis). Seperti diketahui, unsur melawan hukum dari pasal 1365 KUHPer pada awalnya lebih banyak diartikan secara sempit sebagai pengaruh dari ajaran *legisme*. Dalam hal ini, perbuatan melawan hukum dimengerti sebagai perbuatan seseorang yang bertentangan dengan hak dan kewajiban menurut undang-undang. Dengan kata lain perbuatan melawan hukum (*onrechmatigedaad*) sama dengan perbuatan melawan undang-undang (*onwetmatigedaad*).

Aliran sempit ini ditandai dengan *Arrest Hoge Raad* 6 Januari 1905¹⁹ dalam perkara *Singer Naaimachine*. Perkara bermula dari seorang pedagang yang menjual mesin jahit merk “Singer” yang telah disempurnakan padahal mesin itu sama sekali bukan produk dari Singer. Kata-kata “Singer” ditulis dengan huruf yang besar, sedangkan kata-kata lain ditulis dengan kata yang lebih kecil sehingga apabila orang membacanya sepintas yang terlihat atau terbaca adalah kata-kata Singer saja. Kemudian pedagang tersebut digugat di muka pengadilan, dan *Hoge Raad* antara lain mengatakan bahwa tindakan itu bukanlah suatu perbuatan melawan hukum²⁰. Pendapat serupa juga terlihat di dalam putusan *Hoge Raad* atas kasus *Zutphense Juffrouw*. Perkara yang diputuskan tanggal 10 Juni 1910 itu bermula dari gudang di Zutphen dimana iklim yang sangat dingin menyebabkan pipa air dalam gudang tersebut pecah, dan kran induk yang berada di atas dimana penghuninya tinggal tidak bersedia untuk menutup kran induk tersebut, sekalipun telah dijelaskan, dengan tidak ditutupnya kran induk, akan timbul kerusakan besar pada barang yang tersimpan dalam gudang yang ada dibawah akibat tergenang oleh air. Perusahaan asuransi telah membayar ganti kerugian akibat atas rusaknya barang-barang yang tersimpan di gudang tersebut dan kemudian menggugat

¹⁹*Ibid.*, hal. 5.

²⁰*Ibid.*, hal.5-6.

penghuni rumah tingkat atas tersebut di muka pengadilan. Dalam putusannya *Hoge Raad* memenangkan tergugat dengan alasan tidak terdapat suatu ketentuan undang-undang yang mewajibkan penghuni tingkat atas tersebut untuk mematikan kran induk guna kepentingan pihak ketiga. Dari dua putusan ini dapat dikatakan bahwa pada awalnya *Hoge Raad* di Belanda memandang perbuatan melawan hukum secara legistis, yaitu hanya menggunakan peraturan perundang-undangan sebagai dasar penentuan ada-tidaknya unsur melawan hukum.

Pandangan legistis itu kemudian berubah pada tahun 1919 di dalam perkara *Cohen v. Lindenbaum*, yang juga dikenal sebagai *Drukkers Arrest*. Dalam perkara ini Cohen seorang pengusaha percetakan, telah membujuk karyawan percetakan *Lindenbaum* untuk memberikan copy-copy pesanan dari para pelanggan. Cohen kemudian memanfaatkan informasi ini sehingga *Lindenbaum* mengalami kerugian yang cukup banyak karena pelanggannya berpindah ke perusahaan *Cohen*. Kemudian *Lindenbaum* menggugat *Cohen* untuk membayar ganti rugi kepadanya dan kemudian gugatan tersebut dikabulkan oleh Pengadilan Negeri (*Rechbank*). Pengadilan Tinggi (*Hof*) sebaliknya membatalkan putusan Pengadilan Negeri dengan pertimbangan bahwa sekalipun karyawan tersebut melakukan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang yakni telah melanggar suatu kewajiban hukum, namun hal ini tidak berlaku bagi *Cohen* dikarenakan undang-undang tidak menyatakan dengan tegas bahwa perbuatan mencuri informasi adalah suatu perbuatan melanggar hukum. Kemudian *Hoge Raad* membatalkan keputusan *Hof* tersebut dengan pertimbangan bahwa dalam keputusan Pengadilan Tinggi makna tentang perbuatan melawan hukum dipandang secara sempit sehingga yang termasuk di dalamnya hanyalah perbuatan yang secara langsung dilarang oleh peraturan perundang-undangan. Hal ini memperlihatkan bahwa walaupun suatu perbuatan dipandang bertentangan dengan keharusan dan kepatutan tetapi tidak dilarang dan tertera di peraturan perundang-undangan bukanlah merupakan perbuatan melawan hukum.²¹

Dengan demikian sejak *Arrest* ini maka pengertian Perbuatan Melawan Hukum lebih luas lagi, Sejak tahun 1919 tersebut di negeri Belanda, demikian

²¹*Ibid.*, hal. 11.

juga di Indonesia, Perbuatan Melawan Hukum telah diartikan secara luas, yakni mencakup salah satu perbuatan sebagai berikut:²²

1. Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain.
2. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri.
3. Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan.
4. Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik.

Penjelasannya untuk masing-masing kategori tersebut di atas dapat dilihat pada paparan berikut ini:

1. Perbuatan yang Bertentangan dengan Hak Orang Lain

Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain termasuk salah satu perbuatan yang dilarang oleh pasal 1365 KUH Perdata, karena hal-hak yang dilanggar tersebut adalah hak-hak seseorang yang diakui oleh hukum, termasuk tetapi tidak terbatas pada hak-hak sebagai berikut :

- a. Hak-hak pribadi (*persoonlijkheidsrechten*).
- b. Hak-hak kekayaan (*vermogensrecht*).
- c. Hak atas kebebasan.
- d. Hak atas kehormatan dan nama baik.

Putusan Mahkamah Agung Negeri Belanda (*Hoge Raad*) tentang perbuatan melawan hukum yang terkait dengan perbuatan yang melanggar hak orang lain, antara lain adalah putusan *Hoge Raad* tanggal 10 Maret 1972(MA. Moegni Djojodirdjo, 1982:38 dan seterusnya).²³

Persoalan utama yang dibahas dalam kasus ini adalah pertanyaan mengenai apakah tindakan penutupan tempat berair dengan sampah kota oleh *Vermeulen* dekat pertamanan dari pihak *Lekkerkerker* di Mastwijkerplas, yang menyebabkan datangnya burung-burung perusak dalam jumlah yang

²²Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum Pendekatan Kontemporer*, Cet.2,(Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005), hal. 6.

²³. Lihat MA. Moegni “Perbuatan Melawan Hukum”

besar sehingga merusak pertamanan tersebut termasuk ke dalam perbuatan melawan hukum.²⁴

Oleh Hoge Raad diputuskan bahwa tindakan Vermeulen tersebut merupakan perbuatan melawan hukum, dengan mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

- a. Mempertimbangkan sifat dan tempat perbuatan tersebut.
- b. Besarnya kerugian yang diderita.
- c. Tidak ada alasan pemaaf.
- d. Meskipun Tergugat telah berusaha mencegah kedatangan burung-burung tersebut, tetapi tidak berhasil mencegahnya.²⁵

Dalam kasus tersebut, *Hoge Raad* memutuskan pihak tergugat telah melanggar hak milik orang lain, sehingga karenanya merupakan suatu perbuatan melawan hukum. Putusan *Hoge Raad* tanggal 10 Maret 1972 tersebut merupakan salah satu dari banyak putusan *Hoge Raad* di bidang tindakan gangguan (*hinder, nuisance*) atau lingkungan, termasuk juga masalah kebisingan (suara bising) yang umumnya menganggap gangguan atau merusak lingkungan seperti itu sebagai suatu perbuatan melawan hukum, karena tindakan tersebut menyebabkan pihak lain berkurang kenikmatan atas benda seseorang, sehingga berkurang pula nilai (harga) benda tersebut.²⁶

2. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri

Pelanggaran terhadap kewajiban hukum juga termasuk ke dalam perbuatan melawan hukum. Kewajiban hukum ini dibebankan kepada seseorang, baik berdasarkan hukum tertulis maupun tidak tertulis. Dengan demikian, melawan hukum berupa pelanggaran terhadap kewajiban hukum pelaku terjadi bukan hanya ketika bertentangan dengan kewajiban hukum tertulis, melainkan juga bertentangan dengan hak orang lain.

²⁴*Ibid.*, hal. 7.

²⁵*Loc.it.* hal. 7

²⁶*Ibid.*, hal. 8.

3. Perbuatan yang bertentangan dengan Kesusilaan

Suatu perbuatan yang melanggar kesusilaan dan oleh masyarakat dianggap peraturan tidak tertulis juga dapat dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum. Apabila perbuatan yang melanggar kesusilaan tersebut menimbulkan kerugian pada pihak lain, pihak yang mengalami kerugian dapat meminta ganti rugi berdasarkan perbuatan melawan hukum pasal 1365 KUHPer. Salah satu tonggak dalam pemahaman ini adalah putusan *Lindenbaum vs Cohen*, yang dikenal telah memperluas arti perbuatan melawan hukum sehingga tidak hanya pelanggaran pada apa yang tertulis di undang-undang saja tetapi pelanggaran terhadap kepatutan, ketelitian dan kesusilaan. Dalam kasus yang diputus pada tahun 1919 ini *Hoge Raad* menganggap bahwa tindakan Cohen membocorkan rahasia perusahaan dianggap tindakan yang bertentangan dengan kesusilaan, sehingga dapat digolongkan sebagai suatu perbuatan melawan hukum. Jadi sejak tahun 1919 pengertian melawan hukum menjadi bertambah luas. Namun demikian, di dalam *arrest* yang diadakan setelah tahun 1919, *Hoge Raad* sendiri telah mengadakan pembatasan, yaitu bahwa yang dapat menuntut ganti rugi dari orang lain hanyalah orang yang kepentingannya dilindungi oleh norma yang dilanggar.²⁷ Pendapat ini dapat dilihat di dalam rumusan yang diketengahkan Vollmar yaitu bahwa ganti rugi hanya dapat dituntut oleh seseorang apabila kepentingannya telah dirugikan, dan norma yang dilanggar justru diperuntukkan bagi perlindungan tersebut.²⁸

4. Perbuatan yang bertentangan dengan Kehati-hatian atau keharusan dalam Pergaulan masyarakat yang baik.

Perbuatan yang dilakukan seseorang dan bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik, atau yang disebut

²⁷ . H.F.A VOLLMAR, *Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid II*, cet. pertama (Jakarta: CV. Rajawali, 1984), hal. 186

dengan istilah *zorgvuldigheid*, juga dapat dianggap sebagai perbuatan melawan hukum. Jadi jika seseorang melakukan suatu tindakan yang merugikan orang lain, tetapi tidak melanggar pasal-pasal di dalam hukum tertulis, orang tersebut masih dapat dijerat dengan perbuatan melawan hukum, sepanjang tindakannya itu bertentangan dengan prinsip kehati-hatian atau keharusan di dalam pergaulan masyarakat. Kehati-hatian atau keharusan ini di dalam kehidupan sehari-hari lebih banyak dijumpai dalam bentuk hukum yang tidak tertulis, tetapi keberadaannya tetap diakui oleh masyarakat yang bersangkutan.²⁹

2.1.2 Pertanggungjawaban Perdata di Indonesia

Indonesia menganut sistem *Civil Law* dan sistem hukum Eropa Kontinental,³⁰ yaitu sistem yang berpatokan pada undang-undang, yang dalam beberapa bidang hukum sering kali berupa seperangkat peraturan yang dikodifikasikan dan dikumpulkan dalam satu kitab perundang-undangan. Dalam konteks pertanggungjawaban perdata, ini berarti bahwa secara umum pertanggungjawaban berdasarkan Perbuatan Melawan Hukum selalu mengacu pada Pasal 1365 KUH Perdata. Dalam hal ini, untuk dikatakan sebagai Perbuatan Melawan Hukum, sebuah perbuatan haruslah terbukti melawan hukum, dan harus pula terbukti adanya kerugian yang ditimbulkan akibat perbuatan tersebut.

Di samping berdasarkan Perbuatan Melawan Hukum, sistem hukum Indonesia juga mengenal adanya pertanggungjawaban mutlak (*strict liability*). Sistem pertanggungjawaban ini ditujukan khusus untuk kerugian akibat dari perbuatan-perbuatan tertentu yang dianggap berbahaya atau beresiko tinggi.

Kedua bentuk pertanggungjawaban perdata ini dapat dilihat pada penjelasan berikut:

1. Pertanggungjawaban yang mensyaratkan adanya unsur kesalahan (*Fault Liability*)

Di Indonesia, pertanggungjawaban perdata yang mensyaratkan adanya unsur kesalahan adalah pertanggungjawaban berdasarkan Perbuatan Melawan

²⁹Munir Fuady, *Op.cit.*, hal 7-9

³⁰H.R Sardjono dan Frieda Husni Hasbullah, *Op.cit.*, hal. 59.

Hukum(PMH). Hal ini dapat dilihat di dalam pasal 1365 KUH Perdata, yaitu bahwa “Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.”³¹

Khusus untuk kasus lingkungan hidup, Pasal 34 ayat (1) UU No. 23 tahun 1997 menyatakan bahwa: “Setiap perbuatan melanggar hukum berupa pencemaran dan/atau perusakan lingkungan hidup yang menimbulkan kerugian pada orang lain atau lingkungan hidup, mewajibkan penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan untuk membayar ganti rugi dan/atau melakukan tindakan tertentu.” Dari rumusan pasal ini dapat disimpulkan bahwa pertanggungjawaban perdata untuk kasus lingkungan pada umumnya didasarkan pada pertanggungjawaban berdasarkan Perbuatan Melawan Hukum. Dalam hal ini, Siti Sundari Rangkuti menyatakan bahwa penerapan pasal 34 UU No. 23 tahun 1997 di atas “perlu dikaitkan dengan Pasal 1365 BW tentang perbuatan melawan hukum yang menimbulkan kerugian kepada orang lain...”³²

Hal senada juga diutarakan oleh N.H.T. Siahaan yang menyatakan bahwa “kandungan Pasal 34 ini dapat dikaitkan dengan Pasal 1365 KUH Perdata sebagai bentuk pertanggungjawaban atas perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*)”.³³ Lebih jauh lagi, N.H.T. Siahaan juga menyatakan bahwa Perbuatan Melawan Hukum dalam pasal 34 UU No. 23 tahun 1997 sebenarnya mengacu pada konsepsi pertanggungjawaban yang konvensional, yaitu pertanggungjawaban yang “didasarkan pada adanya kesalahan (*liability based on fault, schuld aansprakelijkheid*). Tanpa adanya kesalahan, maka tidak akan timbul dasar untuk menuntut kerugian.”³⁴ Dari rumusan ini, dapat disimpulkan bahwa pasal 34 UU No. 23 tahun 1997 diterapkan menurut pertanggungjawaban perdata secara umum, yaitu Perbuatan Melawan Hukum,

³¹Kitab Undang-Undang Hukum Perdata(Burgerlijk Wetboek), diterjemahkan oleh R. Soebekti dan R. Tjitrosubidjo, cet.39, (Jakarta, Pradnya Paramita,2008), ps. 1365.

³²Siti Sundari Rangkuti, *Hukum Lingkungan Dan Kebijakan Lingkungan Nasional*, Edisi Ketiga, (Surabaya: Airlangga University Press, 2005), hal. 313.

³³N.H.T. Siahaan, *Hukum Lingkungan dan Ekologi Pembangunan*, ed. 2 (Jakarta: Penerbit Erlangga, 2004), hal. 310.

³⁴.Ibid., hal 311.

yang didasarkan pada unsur kesalahan, sehingga disebut sebagai pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*liability based fault*).

Seiring dengan munculnya kehendak untuk dilakukannya revisi atas UU No. 23 tahun 1997, maka pada tahun 2009 ditandatangani undang-undang lingkungan yang baru, UU No. 32 tahun 2009. Pasal 87 ayat (1) UU No. 32 tahun 2009 menyatakan “Setiap penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan yang melakukan perbuatan melanggar hukum berupa pencemaran dan/atau perusakan lingkungan hidup yang menimbulkan kerugian pada orang lain atau lingkungan hidup wajib membayar ganti rugi dan/atau melakukan tindakan tertentu.” Rumusan pertanggungjawaban berdasarkan Perbuatan Melawan Hukum di dalam UU No. 32 tahun 2009 terlihat tidak jauh berbeda dengan perumusan dalam UU No. 23 tahun 1997, sehingga dapat dikatakan bahwa UU No. 32 tahun 2009 pun memuat pasal mengenai pertanggungjawaban atas dasar kesalahan.

Secara umum, untuk dapat mengatakan bahwa seseorang telah melakukan Perbuatan Melawan Hukum, penggugat harus dapat menunjukkan telah terpenuhinya/terbuktinya syarat-syarat berikut:³⁵

a. Perbuatan Melawan Hukum

Seperti telah dikemukakan di muka, Perbuatan Melawan Hukum terjadi tidak hanya ketika terjadi pelanggaran hukum tertulis yaitu undang-undang, tetapi juga melanggar hukum tidak tertulis berupa kepatutan, ketelitian atau kehati-hatian. Dalam hal ini, melawan hukum dianggap sebagai perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri, atau bertentangan dengan kesusilaan, dan juga bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik.

b. Adanya Kesalahan

Unsur kesalahan mencakup kealpaan yaitu kesalahan dalam arti luas dan kesalahan dalam arti sempit. Kesalahan dalam arti luas diwujudkan dalam bentuk tidak melakukan sesuatu, atau telah melakukan sesuatu, secara lain daripada yang seharusnya dilakukan oleh orang-orang umumnya dalam

³⁵Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 50.

keadaan yang sama. Dalam arti sempit, kesalahan berarti kesengajaan yaitu apabila pelaku tahu betul bahwa perbuatannya akan mengakibatkan kerugian pada pihak lain.

Selain itu, unsur kesalahan juga terdiri dari dua pengertian, pertama pengertian yang obyektif yaitu suatu ukuran tingkah laku yang ditentukan menurut ukuran yang umum untuk mencegah terjadinya kerugian. Kedua, pengertian subyektif, yaitu berkenaan dengan pelaku itu sendiri, apakah mempunyai suatu kecakapan untuk mengatasi kerugian yang mungkin timbul, hal ini akan yang akan menentukan apakah bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan.³⁶

c. Adanya Kerugian

Pada dasarnya, kerugian terbagi ke dalam dua bentuk, yaitu kerugian materiil dan kerugian immateriil. Kerugian materiil adalah kerugian yang ditimbulkan oleh pihak lain dan dapat diminta sejumlah nilai untuk ganti rugi tersebut. Sedangkan kerugian immateriil adalah kerugian yang tidak dapat dinilai dengan sejumlah pembayaran tapi menimbulkan rasa tidak tenang, rasa malu, seperti penghinaan dan pencemaran nama baik. Dimungkinkannya ganti kerugian untuk kerugian immaterial bertujuan sebagai upaya mengembalikan keadaan seperti semula, yaitu keadaan sebelum perbuatan melawan hukum terjadi.

d. Ada Hubungan Sebab Akibat (kausalitas)

Diperlukan hubungan sebab akibat untuk mengetahui bagaimanakah hubungan suatu peristiwa yang menimbulkan kerugian pada pihak lain. Dalam hal ini ada di Indonesia dikenal adanya dua bentuk teori kausalitas yaitu;³⁷

1. Teori Von Buri yang disebut “*theorie conditio sine qua non*”.

Berdasarkan teori ini, suatu perbuatan melawan hukum dikatakan sebagai

³⁶Lihat pembahasan tentang kesalahan (*fault/schuld*) di dalam sub bab 2.1.3.3.

³⁷Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum*, cet.1 (Bandung: Penerbit Mandar Maju, 2000) hal. 17.

sebuah sebab dari kerugian (akibat), jika kerugian tersebut tidak akan terjadi apabila sebab (perbuatan melawan hukum) tersebut tidak ada.

2. Teori “*adequate veroorzaking*” yang mengajarkan bahwa suatu hal baru dapat dinamakan sebagai suatu sebab dari suatu akibat, apabila menurut pengalaman manusia dapat dikira-kirakan lebih dulu, bahwa sebab itu akan diikuti oleh akibat itu.

Hubungan kausalitas ini digunakan untuk melihat dan meneliti apakah ada hubungan sebab akibat antara suatu perbuatan yang dilakukan dengan akibat yang terjadi dan yang menimbulkan kerugian.

2. Pertanggungjawaban Mutlak (*Strict liability*)

Lahirnya pertanggungjawaban mutlak atau *Strict Liability* berawal dari kasus *Rylands vs. Fletcher*³⁸ yang terjadi di Inggris pada tahun 1868. Dalam kasus ini, pihak yang melakukan perbuatan yang merugikan dinyatakan harus bertanggungjawab meskipun dia tidak memenuhi unsur kesalahan (*fault*).

Di Indonesia, *Strict Liability* pertama kali diadopsi dalam undang-undang lingkungan hidup melalui UU No. 4 tahun 1982. Pasal 21 dari undang-undang ini menyatakan bahwa “dalam beberapa kegiatan yang menyangkut jenis sumber daya tertentu tanggung jawab timbul secara mutlak pada perusak dan atau pencemar pada saat terjadinya perusakan dan atau pencemaran lingkungan hidup yang pengaturannya diatur dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.”

Dengan direvisinya UU No. 4 tahun 1982 oleh UU No. 23 tahun 1997, maka perumusan *Strict Liability* pun mengalami perubahan. Dalam Pasal 35 ayat (1) UU No. 23 tahun 1997 dinyatakan bahwa:

³⁸Kasus *Ryland vs Fletcher* adalah sengketa antara penggugat, yakni kegiatan usaha penambangan batu bara di bawah tanah yang lokasi pertambangannya berdekatan dengan tanah tergugat yang digunakan untuk membangun sebuah waduk guna menyuplai air bagi kegiatan mesin penggilingan, Pembangunan waduk ini dilakukan oleh insinyur dan kontraktor yang memiliki keahlian, kegiatan penggalian tanah ini oleh kontraktor dilakukan sampai batas tanah bagian bawah, tergugat dan kontraktor keduanya tidak menyadari bahwa batas tanah tersebut adalah bekas kawasan tambang yang sedang dikerjakan oleh penggugat, setelah waduk selesai dikerjakan dan diisi air, beberapa lama kemudian waduk tersebut jebol dan menggenangi kawasan tambang milik penggugat.

“Penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan yang usaha dan kegiatannya menimbulkan dampak besar dan penting terhadap lingkungan hidup, yang menggunakan bahan berbahaya dan beracun, dan/atau menghasilkan limbah bahan berbahaya dan beracun, bertanggung jawab secara mutlak atas kerugian yang ditimbulkan, dengan kewajiban membayar ganti rugi secara langsung dan seketika pada saat terjadinya pencemaran dan/atau perusakan lingkungan hidup.”

Selanjutnya, penjelasan Pasal 35 ayat (1) UU No. 23 tahun 1997 menyatakan bahwa “Pengertian bertanggung jawab secara mutlak atau *strict liability*, yakni unsur kesalahan tidak perlu dibuktikan oleh pihak penggugat sebagai dasar pembayaran ganti kerugian. Ketentuan ayat ini merupakan *lex specialis* dalam gugatan tentang perbuatan melanggar hukum pada umumnya.”

Dari rumusan Pasal 35 UU No. 23 tahun 1997 dan penjelasannya tersebut dapat diketahui beberapa hal. *Pertama*, bahwa istilah “tanggung jawab mutlak” di dalam undang-undang ini sebenarnya merujuk kepada *Strict Liability*, dan bukan pada *Absolute Liability*.³⁹ *Kedua*, bahwa *Strict Liability* merupakan *lex specialis* dari Perbuatan Melawan Hukum. Dalam hal ini, *Strict Liability* hanya diberlakukan untuk kegiatan/usaha yang menggunakan B3, menghasilkan limbah B3, atau berdampak besar dan penting terhadap lingkungan. *Ketiga*, bahwa yang dimaksudkan dengan *Strict Liability* adalah pertanggungjawaban perdata tanpa kesalahan (*liability without fault*).

Di samping itu, perlu pula dijelaskan di sini bahwa pertanggung jawaban mutlak menurut UU No. 23 tahun 1997 tetap memberikan dasar pembelaan bagi tergugat. Pasal 35 ayat (2) UU No. 23 tahun 1997 menyatakan bahwa tergugat dapat terlepas pertanggungjawaban apabila mampu membuktikan bahwa kerusakan/pencemaran yang terjadi diakibatkan salah satu alasan di bawah ini:

- a. Bencana alam atau peperangan.

³⁹Terkait dengan pemakaian istilah perlu diketengahkan di sini bahwa pemakaian istilah “tanggung jawab mutlak” untuk merujuk pada *Strict Liability* sebenarnya kurang tepat. Muladi dan Priyatno mencatat bahwa frasa “*absolute liability*” dipergunakan untuk pertama kalinya oleh **John Salmond** dalam bukunya yang berjudul *The Law of Tort* pada tahun 1907, sedangkan ungkapan “*Strict liability*” dikemukakan oleh **W.H Winfield** pada tahun 1926 dalam sebuah artikel yang berjudul “*The Myth of Absolute Liability*”. Lihat: Muladi dan Dwidja Priyatno, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, cet.1,(Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009), hal. 107.

Meski beberapa pengarang menyatakan bahwa istilah “*absolute liability*” dan “*strict liability*” memiliki makna yang berbeda, skripsi ini tetap akan menggunakan istilah yang dipakai oleh undang-undang, yaitu tanggung jawab mutlak, untuk merujuk pada *Strict Liability*.

- b. Adanya keadaan terpaksa di luar kemampuan manusia atau;
- c. Adanya tindakan pihak ketiga yang menyebabkan terjadinya pencemaran.

Selanjutnya, perumusan *Strict Liability* mengalami perubahan kembali dengan diberlakukannya UU No. 32 tahun 2009. Pasal 88 undang-undang ini menyatakan “Setiap orang yang tindakannya, usahanya, dan/atau kegiatannya menggunakan B3, menghasilkan dan/atau mengelola limbah B3, dan/atau yang menimbulkan ancaman serius terhadap lingkungan hidup bertanggung jawab mutlak atas kerugian yang terjadi tanpa perlu pembuktian unsur kesalahan.” Perumusan Pasal 88 UU No. 32 tahun 2009 memiliki beberapa perbedaan dengan perumusan menurut Pasal 35 UU No. 23 tahun 1997.

Perbedaan tersebut adalah: *Pertama*, dibandingkan dengan Pasal 35 UU No. 23 tahun 1997, Pasal 88 UU No. 32 tahun 2009 lebih memberikan ketegasan bahwa syarat keberlakuan untuk *Strict Liability* bersifat alternatif dan bukan kumulatif (yaitu bahwa kegiatan/usaha haruslah kegiatan/usaha yang menggunakan B3, dan/atau menghasilkan atau mengelola limbah B3, dan/atau menimbulkan ancaman serius terhadap lingkungan). *Kedua*, di dalam Pasal 88 UU No. 32 tahun 2009 dinyatakan secara tegas bahwa pertanggungjawaban ini menghilangkan unsur kesalahan sebagai unsur yang harus dibuktikan. *Ketiga*, dan terpenting, Pasal 88 UU No. 32 tahun 2009 telah menghilangkan alasan-alasan untuk lepas dari pertanggungjawaban perdata, yang sebelumnya tercantum di dalam Pasal 35 UU No. 23 tahun 1997. Hilangnya pengecualian-pengecualian ini bisa bermakna ganda. Pada satu sisi, hilangnya pengecualian ini tidak akan memiliki implikasi apa pun, apabila pengecualian tersebut dipandang sebagai sesuatu yang selalu ada di dalam pertanggungjawaban perdata, tanpa perlu dicantumkan di dalam peraturan perundang-undangan. Pada sisi lain, hilangnya pengecualian-pengecualian ini dapat pula ditafsirkan sebagai keinginan para pembuat undang-undang. Dengan hilangnya pengecualian tersebut, maka begitu sebuah kegiatan telah digolongkan sebagai kegiatan yang akan terkena Pasal 88, pelaku kegiatan akan bertanggungjawab atas kerugian yang muncul, tanpa melihat apakah kerugian tersebut terjadi karena bencana alam, peperangan, keadaan terpaksa di luar kemampuan manusia, atau tindakan pihak ketiga. Apabila

penafsiran terakhir ini yang diambil, maka dapat dikatakan bahwa pertanggungjawaban yang dianut oleh Pasal 88 UU No. 32 tahun 2009 sebenarnya telah berubah dari *strict liability* menjadi *absolute liability*, meskipun UU sendiri menyatakan bahwa konsep yang dianutnya adalah *strict liability*.⁴⁰

Selebihnya, perumusan *Strict Liability* dalam UU No. 32 tahun 2009 dapat dikatakan mirip dengan perumusan menurut UU No. 23 tahun 1997. Misalnya saja, penjelasan pasal 88 Undang-undang Nomor 32 tahun 2009 tetap menyatakan bahwa tanggung jawab mutlak merupakan *Lex Specialis* dalam gugatan tentang Perbuatan Melawan Hukum pada umumnya.

2.1.3 Pertanggungjawaban Pada Sistem Common Law

2.1.3.1 Sistem Common Law

Sistem *Common law* dimulai di Inggris, sebagai praktek peradilan di negara tersebut. Dalam perkembangannya, sistem hukum ini selain diberlakukan di Inggris juga diberlakukan di negara-negara lain yang secara politis berhubungan dengan Inggris, seperti negara-negara *Commonwealth* atau disebut dengan negara persemakmuran. Ditinjau dari struktur hukumnya, maka akan kita temui perbedaan yang prinsipial antara sistem Hukum *Civil Law* dengan sistem *Common Law*. Misalnya saja, *Common law* mempunyai struktur hukum yang berbeda dengan *Civil Law*, sebab tumbuh dan berkembangnya sistem hukum ini lebih banyak didasarkan pada praktek badan peradilan⁴¹. *Common law* dianggap berawal dari pada masa Raja Henry II (pada abad ke 13) yang menganggap hukum adalah keputusan-keputusan hakim, sehingga undang-undang belumlah menjadi “hukum”, jika belum diputus oleh hakim melalui perkara-perkara yang dihadapkan kepadanya. Pada sistem *Common law* hakim harus mengikuti putusan-putusan terdahulu yang fakta-faktanya sama (*stare decisis doctrine*).⁴²

⁴⁰Lihat: Andri G. Wibisana, “Tangan Tuhan di Pengadilan: Dalih Bencana Alam dan Pertanggungjawaban Perdata dalam Kasus Lingkungan”, *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, Vol. 41(2), 2011 (*forthcoming*),

⁴¹Wahyono Darmabrata, *Perbandingan Hukum Perdata*, Cet. Keempat (Jakarta: CV. Gitama Jaya, 2006), hal. 154.

⁴²Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 98.

Fungsi norma hukum dalam sistem *common law* dimaksudkan untuk mengakhiri benturan kepentingan atau dimaksudkan untuk menyelesaikan perselisihan. Atas dasar hal tersebut, maka norma hukum bersifat rinci dan kasuistis, sehingga mau tidak mau hakim akan memegang peranan kunci di dalam merumuskan norma hukum tersebut (*case law study*).⁴³ Dengan demikian, penerapan sistem pertanggungjawaban pada sistem *common law* berbeda dengan sistem *civil law*, sebab pada sistem *common law* hampir tidak ada sumber hukum yang terkodifikasi seperti KUHPerdota. Sumber hukum pada sistem *common law* tumbuh dan berkembang dari keputusan-keputusan hakim dan diikuti oleh para hakim sehingga membentuk suatu kaedah yang tidak disusun didalam suatu kitab atau terkodifikasi.⁴⁴

Di dalam *common law*, pertanggungjawaban perdata non-kontraktual, atau yang disebut juga dengan *the law of Torts* merupakan instrumen untuk memberikan perlindungan hukum kepada berbagai kepentingan, seperti perlindungan terhadap harta benda, keamanan pribadi dan kepentingan ekonomi. Perlindungan tersebut diberikan dalam bentuk ganti rugi secara perdata dan juga dalam bentuk pencegahan.

Berdasarkan Teori *Tort Law* Klasik, ganti rugi diberikan untuk mengembalikan posisi penggugat ketika perbuatan melawan hukum yang menimbulkan kerugian kepada penggugat belum terjadi. Hal ini berbeda dengan tuntutan ganti rugi berdasarkan hubungan kontraktual dimana ganti rugi itu bertujuan untuk menempatkan penggugat pada posisi seandainya perjanjian itu terlaksana. Teori Klasik Perbuatan Melawan Hukum dalam *Tort* juga mengalami perkembangan karena dalam *Tort Law* dapat mengajukan *pure economic lost*.⁴⁵

Meskipun *Tort* berasal dari bahasa latin yaitu "*Tortus*" yang dapat diartikan sebagai kesalahan, yang terhadapnya dapat dimintakan kompensasi atau pertanggungjawaban ganti rugi, dalam perkembangannya *Tort* memuat berbagai jenis aturan pertanggungjawaban yang salah satunya merupakan pertanggungjawaban tanpa kesalahan (yaitu *Strict Liability*). Di samping itu, *Tort*

⁴³Wahyono Darmabrata, *Op.cit.*, hal .155.

⁴⁴Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 104

⁴⁵*Ibid.*, hal. 105

bersifat lebih sempit dari pada Perbuatan Melawan Hukum, karena Tort bersifat terbatas sebab setiap upaya pertanggungjawaban harus sesuai dengan kualifikasi ataupun kategorisasi tentang *Tort*. Terakhir, dapat pula dikatakan bahwa ketentuan Perbuatan Melawan Hukum terdapat rumusannya dalam Undang-Undang KUHPerdara pasal 1365-1380 sedangkan Tort tidak ada rumusannya dalam undang-undang melainkan lahir dan berkembang dari yurisprudensi.⁴⁶

2.1.3.2 Tort Sebagai Bentuk Pertanggungjawaban Pada Sistem Common

Law

Pada sistem *Common law* kesalahan yang dilakukan oleh seseorang haruslah dipertanggungjawabkan dan kepadanya dapatlah dimintakan kompensasi atau pertanggungjawaban ganti rugi.⁴⁷ Untuk mengajukan gugatan berdasarkan *Tort Law* haruslah ada perbuatan yang pasif dan aktif dari tergugat, yang kemudian menimbulkan kerugian terhadap kepentingan penggugat yang dilindungi oleh hukum.

Tort terdiri dari beberapa kualifikasi, dimana setiap tindakan yang dianggap merugikan orang lain, dan orang yang dirugikan berhak untuk mendapatkan ganti rugi dan kembali kepada posisi semula seperti sebelum terjadinya tindakan yang menimbulkan kerugian tersebut. Sebagaimana Perbuatan Melawan Hukum, *Tort* juga mengalami perluasan dalam penerapannya. Adapun kualifikasi Tort adalah sebagai berikut:

1. *TRESPASS*

Trespass adalah bentuk *Tort* yang paling tua. Pada awalnya *trespass* ditujukan untuk membebaskan kewajiban memberi ganti rugi terhadap orang yang mengganggu kedamaian, mengganggu penguasaan secara nyata atas sebidang tanah atau benda bergerak milik orang lain atau gangguan atas badan atau fisik seseorang. Tetapi dalam *trespass* ini harus ada serangan

⁴⁶Edmon Makarim, *Tanggung Jawab Hukum Penyelenggara Sistem Elektronik*, cet. 1 (Jakarta: PT RAJAGRAFINDO PERSADA, 2010), hal. 174.

⁴⁷Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law*, fourth edition (London. Sidney: Cavendish Publishing Limited, 2000), hal. 10.

langsung terhadap seseorang atau suatu benda, dan serangan ini bertentangan dengan kehendak si korban (penggugat). Bagian terpenting dari konsep *trespass* ini adalah diwajibkannya adanya serangan langsung terhadap kepemilikan seseorang, tindakan serangan ini dilarang dan tidak diperlukannya pembuktian akan kerusakan yang ditimbulkan. Dalam hal ini, Vivienne Harpwood menyatakan: “*The Tort of trespass to Land consist of directly entering upon land in the possessionthe tort is actionable per se, without the need to prove damage.*”⁴⁸

Tanggung jawab terhadap *trespass* dibebankan pada orang yang memasuki tanah orang lain tanpa ijin tidak saja di bagian atas tanah tetapi juga gangguan terhadap segala sesuatu yang ada di dalam tanah.⁴⁹

2. NUISANCE

Kata nuisance adalah gangguan, yang dibedakan menjadi “*public nuisance*” dan “*private nuisance*”. Pada awalnya *nuisance* hanya mengatur gangguan yang secara umum dilakukan kepada publik, namun pada perkembangannya konsep *nuisance* ini juga mencakup kerugian yang ditimbulkan kepada warga secara individu.

Menurut Rosa Agustina, *Tort of nuisance of land*’ seperti halnya ‘*tort of trespass to land*’ tidak semata-mata didasarkan hak atas tanah, tapi juga terhadap penguasaan terhadapnya.⁵⁰

Vivienne Harpwood memberikan rincian secara jelas tentang perbedaan antara “*public nuisance*” dan “*private nuisance*”.⁵¹

3. NEGLIGENCE

Negligence adalah salah satu bentuk pertanggungjawaban dalam sistem *Common law*. Sebelum abad ke 19, *Negligence* tidak dianggap *Tort* yang

⁴⁸*Ibid.*, hal. 220.

⁴⁹Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal 108.

⁵⁰*Ibid.*, hal 109.

⁵¹Vivienne Harpwood, *Op.cit.*, hal 229.

berdiri sendiri. Namun demikian, dalam perkembangan selanjutnya muncul pengakuan terhadap konsep *Negligence* yang didorong oleh berkembangnya teknologi mesin di bidang industri dan transportasi sehingga jumlah kecelakaan meningkat.⁵²

Agar berhasil dalam gugatan *negligence*, penggugat haruslah membuktikan 3 unsur yaitu:⁵³

- Tergugat mempunyai *duty of care* terhadap Penggugat.
- Tergugat melanggar *duty of care*.
- Kerugian yang disebabkan oleh pelanggaran kewajiban tersebut tidak terlalu jauh hubungannya dengan kerugian yang diderita penggugat.

Pihak yang dapat menggugat melalui *negligence* adalah pihak yang dapat membuktikan bahwa tidak dilaksanakannya *duty of care* pada suatu peristiwa, dan yang digugat adalah pihak yang telah lalai dalam melaksanakan *duty of care* tersebut.⁵⁴

Unsur kesalahan sudah terpenuhi apabila Perbuatan Melawan Hukum tersebut dilakukan secara sengaja atau terdapat adanya kelalaian. *Negligence* atau kelalaian adalah kegagalan untuk bersikap hati-hati sebagaimana yang dikehendaki oleh masyarakat, yang menjadi ukuran adalah bagaimana seseorang yang memiliki kesadaran dan pertimbangan akal sehat mengambil tindakan pada situasi yang sama.⁵⁵ Jika kerugian yang ditimbulkan dalam situasi yang spesifik maka pengadilan akan mempertimbangkan apakah tergugat telah menunjukkan tingkat kehati-hatian seperti rata-rata anggota masyarakat dalam kelompok khusus tersebut.⁵⁶

⁵²Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 118.

⁵³. Vivienne Harpwood, *Op.cit.*, hal. 25-27

⁵⁴*Ibid.*, hal. 272.

⁵⁵Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 102.

⁵⁶*Ibid.*, hal.103.

2.1.3.3 Perbandingan PMH di Indonesia dan Tort pada sistem Common law

Terkait dengan kepatuhan hukum dalam suatu tata kehidupan, maka perlu dilihat bagaimana sebenarnya teori dan konsep tanggung jawab hukum serta Perbuatan Melawan Hukum (PMH) yang memberikan hak kepada seseorang untuk menuntut ganti rugi.⁵⁷ Di Indonesia, PMH diartikan sebagai suatu perbuatan yang melanggar hak orang lain dan oleh karenanya menimbulkan kerugian. Dalam hal ini, Moegni Djojodirdjo menyatakan bahwa PMH adalah suatu perbuatan atau kealpaan yang bertentangan dengan hak orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku atau bertentangan baik dengan kesusilaan, maupun dengan keharusan yang harus diindahkan dalam pergaulan hidup terhadap orang lain atau benda, sedang barang siapa karena salahnya sebagai akibat perbuatannya itu telah mendatangkan kerugian kepada orang lain, berkewajiban mengganti kerugian.⁵⁸ Sementara itu, Vollmar menulis bahwa yang dimaksud dengan Perbuatan Melawan Hukum adalah:⁵⁹

“Hal berbuat atau tidak berbuat yang, atau itu adalah melanggar hak orang lain, atau itu bertentangan dengan kewajiban Hukum dari orang yang berbuat (sampai disini adalah merupakan perumusan dalam arti yang sempit) “atau berlawanan, baik dengan kesusilaan, maupun melawan kepantasan yang seharusnya ada didalam lalu lintas masyarakat terhadap diri atau benda orang lain”

Konsep PMH secara garis besar sebenarnya bersifat terbuka, sehingga memberikan keleluasaan kepada hakim untuk menemukan hukum yang sesuai dengan dinamika masyarakatnya yang terus berkembang. Bahkan dalam unsur melawan hukum ini, M.A. Moegni mengatakan bahwa tindakan yang dilakukan bisa bersifat aktif atau pasif. Sifat aktif pada PMH dapat dilihat apabila tindakan yang dilakukan dengan sengaja menimbulkan kerugian, sebaliknya suatu

⁵⁷Lotulung, *Op.cit.*, hal 2.

⁵⁸M.A. Moegni Djojodirdjo, “*Perbuatan Melawan Hukum*” (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hal. 26.

⁵⁹H.F.A. Vollmar, *Op.cit.*, hal.185-186.

perbuatan diam atau pasif yang dengan sengaja bertujuan untuk merugikan orang lain, maka perbuatan itu akan pula dianggap telah melawan hukum.⁶⁰

Untuk menyatakan bahwa seseorang melakukan Perbuatan Melawan Hukum, perbuatan yang dilakukan haruslah memenuhi unsur-unsur yang terdapat pada Perbuatan Melawan Hukum tersebut. Merujuk pada putusan Hoge Raad 1919 pada putusan *Cohen vs Lindenbaum*, 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 diperlukan empat syarat agar perbuatan tersebut memenuhi unsur tersebut yakni:

- (i) Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku.
- (ii) Bertentangan dengan hak subyektif orang lain.
- (iii) Bertentangan dengan kesusilaan.⁶¹ Dan
- (iv) Bertentangan dengan kepatutan,⁶² ketelitian dan kehati-hatian.⁶³

Dengan berpatokan pada unsur-unsur Perbuatan Melawan Hukum, Rosa Agustina melihat adanya persamaan dan perbedaan dalam PMH yang dianut di Indonesia yang menganut sistem *civil law* yang berasal dari Eropa Kontinental dan *Tort* yang berasal dari sistem *common law* yang merupakan warisan *Anglo Saxon*. Menurutny, ada 5 hal yang merupakan kesamaan antara *Tort* dengan unsur “Melawan Hukum” yaitu:⁶⁴

⁶⁰Edmon Makarim, *Op.cit.*, hal. 172.

⁶¹Yang dimaksud dengan kesusilaan adalah norma-norma moral yang dianut oleh masyarakat dalam menjalani kehidupan bermasyarakat dan diakui sebagai norma hukum.

⁶²Yang dimaksud dengan kepatutan kesetimbangan kepentingan individual dengan kepentingan orang lain dan mengikuti apa yang menurut masyarakat patut dan layak.

⁶³Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal 51-53 unsur Melawan Hukum dalam arti yang lebih luas lahir dari putusan *Hoge Raad* tanggal 31 Januari 1919, dalam kasus *Cohen vs Lindenbaum*.

⁶⁴*Ibid.*, hal. 164-165.

- (1) Keduanya dilarang dan tidak dapat diterima oleh Masyarakat karena menimbulkan kerugian pada orang lain.
- (2) Keduanya dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang melanggar hak subyektif orang lain, melanggar kewajiban Undang-undang dan dan,
- (3) Keduanya bertentangan dengan kesusilaan atau kepatutan.
- (4) PMH dan Tort tidaklah bersumber dari perjanjian para pihak dan
- (5) Dalam beberapa hal baik PMH maupun Tort meliputi juga perbuatan pidana seperti penghinaan, penganiayaan dan kelalaian yang menyebabkan seseorang kehilangan nyawanya.

Adapun penjabaran Tort dan PMH adalah:

1. Unsur Perbuatan Melawan Hukum Dan Kesalahan

Pertama, Perbuatan Melawan Hukum memiliki pengertian yang lebih luas daripada Tort karena dirumuskan dan mencakup pelanggaran hak subyektif orang lain, Menurut Van Apeldorn dalam bukunya *Inleiding Tot De Studie Hak-hak subyektif* terbagi dalam:

- (1) Hak-hak Mutlak atau hak-hak *onpersoonlijk*,⁶⁵
- (2) Hak-hak relatif atau hak-hak *persoonlijk*.⁶⁶

Hak-hak mutlak itu dapat dibedakan dari hak-hak relatif, karena hak-hak mutlak adalah kekuasaan untuk bertindak sendiri, sedangkan hak-hak relatif menuntut orang lain untuk bertindak.⁶⁷

Selain itu PMH juga meliputi pelanggaran yang merupakan kewajiban hukum pelaku atau bertentangan dengan kesusilaan atau dengan kepatutan dalam pergaulan masyarakat, Sedangkan *Tort* dalam sistem *common law*, meliputi bentuk-bentuk yang terbatas, dalam artian telah diuji dalam praktek sidang pengadilan, karena *common law* menganut sistem *asas precedent* yang membuat

⁶⁵Hak-hak Mutlak adalah hak yang memuat kekuasaan untuk bertindak, karena dapat dilakukan terhadap tiap-tiap orang dan tidak hanya terhadap orang tertentu, dan terdapat kewajiban dari tiap-tiap orang untuk tidak melanggar hak-hak itu.

⁶⁶Hak-hak Relatif adalah hak-hak yang memuat kekuasaan untuk menuntut agar orang lain bertindak, artinya berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu, karena ia memberikan kekuasaan terhadap seseorang tertentu.

⁶⁷V. Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum* (Inleiding Tot de Studie Van Het Nederlandse Recht), cet. Ketigapuluhsatu (Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2005), hal. 199.

kedudukan hakim sebagai orang yang menciptakan kerangka hukum bagi pengaturan hukum.⁶⁸

Tort yang secara garis besar meliputi *negligence, defamation, nuisance, injurious falsehood, injurious to domestic relations, injurious to economic and contractual relations, deceit, dan malicious prosecution*.⁶⁹

Selain itu dalam KUH Perdata terdapat rumusan pengertian yang lebih luas mengenai Perbuatan Melawan Hukum sebagai negara yang menganut Sistem common law dimana pembentuk Undang-undang mempunyai tugas untuk menciptakan ketertiban di dalam masyarakat untuk mencegah agar tidak terjadi benturan kepentingan.⁷⁰ Sehingga hakim terikat pada ketentuan perundang-undangan yang dirumuskan oleh pembentuk Undang-undang, sedangkan dalam *Common law* tidak terdapat rumusan dalam Undang-undang mengenai *Tort*, karena *Tort* dirumuskan oleh para ahli dalam praktek pengadilan dan melalui putusan-putusan pengadilan.

Persamaan utama pada PMH dan TORT adalah keduanya non kontraktual. Namun demikian, ketika kita menempatkan Tort dan PMH sebagai aturan pertanggungjawaban, maka segera kita akan menemukan beberapa perbedaan. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, Tort setidaknya dapat diklasifikasikan ke dalam: *Trespass, Negligence, Nuisance, dan Strict Liability*. Masing-masing dari aturan pertanggungjawaban ini memiliki unsur yang berbeda-beda. Misalnya saja, di dalam *trespass* unsur kerugian tidak perlu dibuktikan, sedangkan dalam *Strict Liability* unsur kesalahan berupa pelanggaran *duty of care* juga tidak perlu dibuktikan.

Sementara itu, sebagai sebuah aturan pertanggungjawaban, PMH memiliki unsur:

1. Adanya perbuatan melanggar hukum.
2. Adanya Kesalahan.
3. Terdapat kerugian.

⁶⁸Wahjono Darmabrata, *Op.cit.*, hal. 147.

⁶⁹Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal 165.

⁷⁰*Op.cit.*, hal. 146.

4. Adanya hubungan kausalitas antara perbuatan dan kerugian yang ditimbulkan.

Dari uraian ini dapat kita simpulkan bahwa di PMH selalu merupakan pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*liability based on fault*), sedangkan pada *Tort* ada satu aturan yang tidak berdasarkan kesalahan yaitu *Strict Liability*. Dari perbandingan ini, terlihat pula bahwa aturan pertanggungjawaban di dalam *Tort* yang paling mirip dengan PMH adalah *Negligence*, yang memiliki unsur berupa: 1. Adanya *duty of care*; 2. Adanya pelanggaran *duty of care*; 3. Terdapat kerugian akibat dilanggarnya *duty of care*.⁷¹

Perbandingan *Tort* dengan PMH juga menunjukkan hal penting lainnya. Ketika kita menempatkan *Tort* dan PMH sebagai pertanggungjawaban non-kontraktual, maka kedua *Tort* dan PMH ini menjadi sama, yaitu pertanggungjawaban yang tidak dilahirkan dari kontrak. Tetapi ketika kita berbicara tentang *Tort* dan PMH dalam konteks aturan pertanggungjawaban perdata (*liability rules*), yang di dalamnya memuat unsur-unsur yang harus dibuktikan oleh masing-masing aturan tersebut, maka PMH dan *Tort* menjadi sangat berbeda, karena PMH merupakan sebuah bentuk aturan pertanggungjawaban, sedangkan *Tort* merupakan **kumpulan** aturan pertanggungjawaban. Dalam hal aturan pertanggungjawaban ini sebenarnya tidak tepat lagi jika kita membuat perbandingan antara PMH dan *Tort*.

2. Unsur Kerugian

Di dalam Perbuatan Melawan Hukum, unsur kerugian merupakan unsur yang harus dibuktikan. Kerugian ini dapat berupa kerugian Materiil dan Immateriil. Undang-undang memang menyatakan bahwa barang siapa melakukan Perbuatan Melawan Hukum dan menimbulkan kerugian maka dia akan bertanggungjawab. Namun demikian, undang-undang tidak berkata apa-apa tentang penggantian kerugian itu sendiri.

⁷¹Vivienne Harpwood, *Op.cit.*, hal. 25-27.

Secara teoritis, di samping berwujud uang, pengganti kerugian dapat pula berwujud lain berupa *Pemulihan dalam keadaan semula*⁷², yaitu baik pemulihan dengan jalan meniadakan apa yang telah diadakan secara Melawan Hukum, ataupun pemulihan dengan mengadakan lagi apa yang telah ditiadakan secara Melawan Hukum. Vollmar mengatakan jika seseorang menuntut kerugian karena tidak diperolehnya kenikmatan atau berupa pengurangan terhadap kenikmatan atas suatu benda, maka kerugian yang diderita ini disebut kerugian material.⁷³

Rosa Agustina mengatakan dalam perbuatan melawan hukum, kerugian materiil dapat dimintakan pertanggungjawaban yaitu ganti rugi atas sejumlah kerugian yang diderita maupun keuntungan yang diharapkan akan diperoleh, dan kerugian Idiil, seperti dalam hal penghinaan, tuntutan yang ditujukan adalah mendapatkan ganti rugi dan pemulihan nama baik.⁷⁴

Dalam Tort, kerugian dapat dibagi menjadi :

- a. *Compensatory damages*, yaitu ganti rugi yang digunakan dalam *Tort* pada umumnya. Ganti rugi ini diberikan terhadap kerugian yang diderita akibat *Tort*, berupa kerugian yang dapat dinilai dengan uang. Ganti Rugi tersebut sedapat mungkin mengembalikan keadaan seperti semula sebelum terjadinya *Tort*.
- b. *Nominal damages*, yaitu ganti rugi yang diberikan dalam hal gugatan terhadap *per se*. Dalam kasus seperti *trespass to person* atau *libel*, ternyata unsur kerugian tidak perlu dibuktikan. Ganti rugi dalam konteks ini semata-mata ditujukan untuk memperlihatkan bahwa suatu *Tort* telah terjadi terhadap penggugat. Dalam hal ini, perbuatan berdasarkan *Tort* dianggap telah menimbulkan kerugian sehingga dapat diberikan sejumlah uang, meskipun uang ini tidak berfungsi sebagai ganti rugi seperti dalam *Compensatory Damages*.
- c. *Exemplary damages*, yaitu ganti rugi yang diberikan di samping ganti rugi untuk kerugian yang diderita. Dalam hal ini, ganti rugi yang diberikan

⁷²H.F.A. Vollmar., *Op.cit.*, hal. 192.

⁷³*Ibid.*, hal. 193.

⁷⁴Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 168.

terutama berfungsi sebagai hukuman ataupun pencegahan agar *Tort* tersebut tidak dilakukan lagi. Salah satu contoh tentang konsep terkait kerugian seperti ini adalah *Trespass, defamation* dan *intimidation*.⁷⁵

Di samping itu, terdapat pula persamaan unsur kerugian dalam Perbuatan Melawan Hukum dan *Tort*:

- a. Unsur kerugian dalam Perbuatan Melawan Hukum perlu dibuktikan, hal ini penting dikarenakan untuk menentukan ganti rugi yang akan diberikan akibat dari terjadinya Perbuatan Melawan Hukum.
- b. Besarnya kerugian yang ditimbulkan tidak ditentukan oleh para pihak melainkan ditentukan oleh hakim atau pengadilan sesuai dengan keadaan masing-masing.
- c. Tujuan ganti rugi yang diberikan pada dasarnya adalah sedapat mungkin mengembalikan keadaan seperti semula sebelum terjadinya Perbuatan Melawan Hukum.

Sedangkan Perbedaan Unsur Kerugian ini adalah :

- a. Unsur kerugian dalam Perbuatan Melawan Hukum haruslah dapat dibuktikan, sedangkan dalam *Tort* tertentu, umpamanya dalam *trespass to land* dan *libel*, unsur kerugian tidak perlu dibuktikan.
- b. Kerugian dalam Perbuatan Melawan Hukum menurut KUH Perdata dapat berupa kerugian Materiil dan Immateriil atau Idiil, sedangkan dalam *Tort* kerugian dapat berupa *compensatory damages*, *nominal damages*, dan *exemplary damages*.⁷⁶

3. Unsur Kausalitas

Di dalam KUHPer terdapat ajaran *Adequate Veroorzaking* yaitu, bahwa perbuatan yang harus dianggap sebagai sebab akibat yang timbul dan seimbang dengan akibat yang timbul dan merupakan dasar dari menentukan perbuatan yang seimbang adalah perhitungan yang layak.⁷⁷

⁷⁵*Ibid.*, hal. 169.

⁷⁶*Ibid.*, hal 170.

Demikian juga dengan kausalitas dalam *Tort*, di mana suatu sebab atau perbuatan mempunyai hubungan langsung dengan akibat yang ditimbulkan yaitu kerugian, dan dapat diperkirakan bahwa kerugian yang ditimbulkan adalah akibat dari perbuatan tersebut.

Dalam *Tort*, unsur maksud buruk (*malice*) secara umum tidaklah dipertimbangkan, meskipun di dalam *Tort* tertentu unsur tersebut harus dibuktikan agar gugatan dapat berhasil. Misalnya dalam *deceit, malicious prosecution nuisance, conspiracy, dan injurious falsehood dan defamation*.⁷⁸

Dalam KUHPer, diperlukan unsur maksud yang buruk dalam hal penghinaan, seperti yang dicantumkan secara tegas dalam pasal 1376 dan 1377 ayat (2) KUHPer yang menyatakan bahwa tuntutan perdata tentang penghinaan tidak dapat dikabulkan jika tidak ada maksud menghina, yakni bila pelaku telah berbuat untuk kepentingan umum.

Dalam *Law of Tort* pada sistem *Common law* hampir tidak dapat ditemui sumber hukum tertulis sebagaimana diatur dalam KUHPer. Pengertian *Tort Of Law* tumbuh, berkembang, dan bersumber terutama dari keputusan-keputusan hakim yang wajib diikuti oleh para hakim setelahnya, sehingga membentuk suatu kaidah yang tidak dikodifikasikan secara khusus (*Judge Make Law*).⁷⁹

2.2 REKAYASA GENETIKA (*Transgenik*)

2.2.1 Definisi rekayasa genetika (*Transgenik*)

Manusia semakin banyak dan berkembang, sedangkan lahan yang tersedia tidak bertambah jumlahnya, dan untuk bertahan hidup segala macam cara dipergunakan, sebagaimana kita ketahui sandang, pangan dan papan adalah kebutuhan primer yang tidak bisa dikesampingkan, dan harus dipenuhi demi kelangsungan hidup. Berangkat dari hal itulah manusia sebagai makhluk dinamis yang selalu berubah baik dari jumlah dan pola pikir memiliki kemampuan untuk bertahan hidup. Berbagai macam upaya telah dilakukan guna mencapai tujuan keterbatasan lahan pertanian, salah satunya dengan mencoba menemukan

⁷⁷Moegni Djodirdjo, *Op.cit.*, hal. 88.

⁷⁸Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 170.

⁷⁹*Ibid.*, hal.104.

teknologi yang tepat untuk menciptakan tanaman yang memiliki kemampuan produksi tinggi, berkualitas dan tahan terhadap hama. Karena salah satu penyebab dari kegagalan panen adalah serangan hama, maka persoalan hama ini diatasi dengan proses pemilihan gen yang sesuai dengan keperluan tersebut. Cara inilah yang dilakukan oleh teknologi rekayasa genetika atau transgenik atau Recombinant DNA (rDNA).⁸⁰ Pertumbuhan tanaman yang berbasis rekayasa genetika mengalami pertumbuhan yang pesat tidak hanya di Amerika tetapi di seluruh dunia. Salah satu keunggulan dari tanaman yang menggunakan teknologi rekayasa genetika ini adalah terciptanya tanaman tahan hama, seperti *Bt crops* yang diharapkan akan mampu memberikan keuntungan bagi para petani karena mereka tidak perlu lagi memberi pestisida kepada tanaman. Tanaman transgenik dengan demikian diharapkan akan mampu meningkatkan produktifitas pertanian sehingga sangat cocok untuk digunakan di negara berkembang yang banyak penduduknya dan membutuhkan ketahanan pangan untuk memenuhi keperluan penduduknya.⁸¹ Di samping itu, pengurangan penggunaan pestisida juga memberikan dampak yang positif kepada lingkungan dan kesehatan manusia. Negara-negara berkembang mempergunakan teknologi rekayasa genetika dengan harapan teknologi ini dapat meningkatkan produktifitas pertanian.

Namun demikian, selain keuntungan di atas, penggunaan teknologi rekayasa genetika ternyata juga memiliki potensi untuk menimbulkan dampak buruk pada kesehatan manusia dan lingkungan. Salah satu konsekuensi dari penggunaan teknologi rekayasa genetika adalah tercampurnya produk pertanian yang mengandung rekayasa genetika dengan produk dari proses yang tidak melalui rekayasa genetika.⁸²

Tanaman rekayasa genetika ini memiliki daya tahan terhadap hama, sehingga secara ekonomi penggunaan teknologi ini akan sangat menguntungkan,

⁸⁰Stephanie E. Cox, "Genetically Modified Organisms; Who Should Pay The Price For The Price For Pollen Drift Contamination", *Drake Journal of Agriculture Law Summer, 2008*, hal. 2.

⁸¹Michael Faure & Andri Wibisana, *Liability for Damage by GMOs: An Economic Perspective, Volume XXIII Issue I, (The Georgetown International Environmental Law Review, fall 2010)*, hal. 2.

⁸²*Ibid.*, hal. 3.

karena mampu meningkatkan produktifitas dan mengurangi penggunaan pestisida, serta mengurangi biaya produksi. Namun demikian, beberapa kalangan mengkhawatirkan bahwa tumbuhan transgenik ini akan memiliki dampak buruk terhadap species serangga lain, yang sebenarnya bukan target (hama). Matinya serangga-serangga lain yang tidak menjadi target tentu saja membuat ketidakseimbangan pada kelestarian lingkungan. Persoalan lainnya yang sering dikemukakan adalah adanya transfer gen (yang dapat berakibat pada tercampurnya produk hasil rekayasa genetika dengan produk non-transgenik, bahkan dapat pula berakibat pada munculnya gulma super) dan semakin tingginya dorongan bagi munculnya resistensi hama terhadap pestisida. Dampak buruk ini akan dijelaskan pada bagian berikut.

2.2.2 Kemungkinan Dampak Buruk Teknologi Transgenik

Selain keuntungan yang didapat dari penggunaan transgenik ada juga dampak buruk yang didapatkan dari penggunaan transgenik ini. Dimana penggunaan teknologi rekayasa genetika ini menimbulkan resiko pada penggunaannya. Resiko yang timbul berdampak pada lingkungan dan kesehatan manusia.⁸³ Salah satu contoh dampak buruk yang pernah terjadi adalah terkontaminasinya persediaan makanan untuk manusia dengan pakan hasil rekayasa genetika, seperti terlihat dalam kasus *StarLink*. Dalam kasus ini, jagung yang dapat dijadikan makanan untuk manusia terkontaminasi oleh jagung rekayasa genetika yang hanya dapat digunakan sebagai pakan ternak, sehingga tidak layak untuk dikonsumsi oleh manusia.⁸⁴

Berdasarkan beberapa penelitian, dalam jangka panjang dikhawatirkan akan muncul efek samping dari penggunaan produk transgenik untuk konsumsi manusia. Alergi adalah salah satu dampak yang dikhawatirkan akan timbul pada manusia.⁸⁵

⁸³Stephanie E. Cox. *Ibid.* hal 2.

⁸⁴. *Loc.it.*, hal. 2.

⁸⁵Stephanie E. Cox, *Ibid.* hal 3.

Pada tahun 1996, sebuah penelitian menemukan bahwa rekayasa genetika pada kacang kedelai, memiliki protein yang sama seperti pada *Brazil Nuts* dan memiliki kesamaan sifat alergi dengan *Brazil Nuts*. Sifat ini muncul karena tanaman tersebut telah mengalami rekayasa genetika dengan menggunakan gen yang berasal dari *Brazil Nuts*⁸⁶

Penggunaan teknologi rekayasa genetika ini dapat mencemari tanaman lain yang tidak melalui proses rekayasa genetika yang berada pada satu lahan. Hal ini terjadi, karena adanya pertukaran serbuk sari dari tanaman yang berbasis rekayasa genetika dengan yang bukan melalui proses rekayasa genetika. Hal seperti ini pernah terjadi di Mexico, dimana tanaman jagung yang tidak melalui proses rekayasa genetika tercemari oleh tanaman rekayasa genetika, sehingga menimbulkan kerugian berupa tercemarnya tanaman jagung.⁸⁷

Selain itu, rekayasa genetika dapat pula menghasilkan tanaman yang memiliki daya tahan terhadap hama, karena tanaman jenis ini telah direkayasa sedemikian rupa sehingga mengandung racun (*toxins*) yang akan membunuh hama serangga pada tanaman ini. Hasil rekayasa ini menyebabkan tanaman tersebut dapat berproduksi tanpa penggunaan pestisida. Meski demikian dampak buruknya adalah serangga-serangga liar yang tidak merupakan target menjadi mati apabila memakan tanaman yang merupakan tanaman rekayasa genetika. Penelitian menunjukkan bahwa Bt crops memiliki kemampuan untuk membunuh serangga-serangga yang tidak menjadi target, seperti larva kupu-kupu, kepik.⁸⁸

Tumbuhan transgenik pun memiliki potensi untuk merusak kelestarian biota tanah.⁸⁹ Penelitian menunjukkan bahwa racun (*toxins*) *Bt crops* dapat bertahan di tanah selama 234 hari, sehingga dikhawatirkan mempengaruhi kehidupan mikroba di dalam tanah, serta menghasilkan penumpukan racun di dalam tanah.⁹⁰

⁸⁶ *Loc.it.*, hal. 3.

⁸⁷ *Ibid.*, hal. 4.

⁸⁸. Michael Faure and Andri G.Wibisana, *Op.cit.*, hal. 9.

⁸⁹ *Loc.it.*, hal 9.

⁹⁰*Ibid.*, hal 10.

Dari pemaparan di atas terlihat beberapa potensi keuntungan dan kerugian dari penerapapan teknologi rekayasa genetika. Pertanyaan hukum yang penting untuk dijawab adalah sistem pertanggungjawaban apa yang dapat diterapkan apabila terjadi kerugian dari pemakaian produk (tanaman) transgenik, serta pihak mana saja yang dapat dimintai pertanggungjawaban atas kerugian tersebut. Kerugian yang ditimbulkan tentunya harus dapat dimintai pertanggungjawaban kepada pihak yang melakukan pencemaran ataupun kerusakan sehingga, diperlukan suatu instrumen hukum tentang ganti rugi atau upaya pemulihan atas kerugian yang terjadi.⁹¹

Kerugian yang ditimbulkan tidaklah hanya kerugian yang ditimbulkan secara konkret saja, tetapi juga immateriil, yang menurut Lotulung antara lain berupa kerugian karena terganggunya kehidupan yang tenang, kesehatan, atau kenikmatan udara yang bersih.⁹²

⁹¹H.F.A. Vollmar, *Op.cit.*, hal. 192.

⁹²Paulus Effendi Lotulung, *Op.cit.*, hal. 29.



BAB 3

PERTANGGUNGJAWABAN TERHADAP PENGGUNAAN TEKNOLOGI REKAYASA GENETIKA

3.1 Pertanggungjawaban perdata terhadap penggunaan rekayasa genetika dalam level Internasional

Protokol Cartagena khususnya pasal 27 menjelaskan adanya kemungkinan penerapan pertanggungjawaban pada penggunaan dan pelepasan produk-produk yang menggunakan teknologi rekayasa genetika. Dalam Pertemuan Para Pihak ketiga di Brazil (MOP III) dijelaskan bahwa definisi kerusakan yang terjadi meliputi:⁹³

- (a) Kerusakan pada konservasi dan keberlanjutan alam lingkungan dalam penggunaan teknologi rekayasa genetika.
- (b) Kerusakan pada lingkungan;
 - (i) Kerusakan pada konservasi dan keberlanjutan alam lingkungan pada penggunaan teknologi rekayasa genetika.
 - (ii) Kerusakan pada biota tanah.
 - (iii) Kerusakan pada kualitas air.
 - (iv) Kerusakan pada kualitas udara.
- (c) Pengaruh pada kesehatan Manusia;
 - (i) Kematian atau gangguan kesehatan.
 - (ii) Kehilangan pendapatan.
 - (iii) Kesehatan Masyarakat.
 - (iv) Menurunnya kualitas kesehatan.
- (d) Pengaruh pada kehidupan sosial ekonomi;
 - (i) Kehilangan pendapatan.
 - (ii) Kehilangan kebudayaan, sosial dan kehidupan spiritual.

⁹³Convention On Biological Diversity, Third Meeting Curitiba, Brazil, 13-17 March 2006, hal. 21.

- (iii) Kehilangan ketahanan pangan.
- (iv) Kehilangan semangat.
- (e) Kerusakan Budaya tradisional;
 - (i) Kehilangan kehidupan.
 - (ii) Kerusakan pada hak milik.
 - (iii) Kehilangan pendapatan.

Pada pertemuan selanjutnya yang dilaksanakan di Montreal pada tanggal 20-24 Februari 2006, para anggota mencoba merumuskan tindakan yang akan dilakukan pada masa yang akan datang apabila terjadi kerugian yang ditimbulkan pada penggunaan teknologi rekayasa genetika. Mereka mencoba menyampaikan pula apa yang menjadi tanggungjawab para pelaku yang melepaskan produk yang menggunakan tanaman hasil rekayasa genetika.⁹⁴

Anggota negara yang hadir adalah Argentina, Kanada, Ethiopia, European Community and its member States, Indonesia, Madagaskar, Sri Lanka, United State of Amerika, beberapa organisasi internasional dan para pemegang saham seperti Global Industry Coalition(GIC), Greenpeace International, International Federation of Organic Agriculture Movements (IFOAM), Organic Agriculture Protection Fund (OAPF), Public Research and Regulation Initiative (PRRI), South African Civil Society, and Third World Network (TWN). Kesemua peserta sepakat untuk mengantisipasi kemungkinan timbulnya kerusakan dan kerugian yang ditimbulkan oleh penggunaan Teknologi rekayasa genetika.

Penerapan Pertanggungjawaban pada penggunaan rekayasa genetika telah disepakati merupakan pertanggungjawaban yang ditetapkan berdasarkan sistem pertanggungjawaban yang berlaku di tiap negara sesuai hukum nasionalnya. Persoalannya tentu saja negara-negara tersebut mempunyai kebijakan yang berbeda-beda tentang sistem pertanggungjawaban akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika ini. Negara seperti Jerman, Austria dan Swiss mempunyai legislasi khusus yang mengatur sistem pertanggungjawaban yang dibebankan kepada pihak yang menimbulkan kerugian akibat penggunaan teknologi rekayasa

⁹⁴Convension On Biological Diversity, Second Meeting, Montreal, 20-24 February 2006, hal.1.

genetika tersebut. Negara-negara dengan peraturan khusus ini menerapkan sistem pertanggungjawaban *Strict Liability* untuk kerugian yang ditimbulkan akibat penggunaan rekayasa genetika.⁹⁵ Di sisi lain, terdapat beberapa negara yang tidak memiliki regulasi khusus yang mengatur sistem pertanggungjawaban terkait penggunaan teknologi rekayasa genetika.

Ada beberapa pendapat yang mengatakan bahwa pengaturan khusus tentang sistem pertanggungjawaban tidaklah diperlukan mengingat keuntungan yang dihasilkan dari penggunaan teknologi rekayasa genetika ini akan menguntungkan bagi petani dan konsumen. Pendapat lain mengatakan bahwa kerugian yang ditimbulkan akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika dikarenakan ketidaktahuan akan dampak buruk dan resiko dari penggunaan teknologi ini, sehingga resiko pada penggunaan produk transgenik lebih merupakan rasa khawatir yang berlebihan, tanpa adanya alasan yang rasional.⁹⁶ Berangkat dari pemikiran inilah, pertanggungjawaban atas penggunaan teknologi rekayasa genetika dianggap tidak diperlukan. Dikatakan pula bahwa tidak ada alasan untuk menerapkan *Strict Liability* secara khusus bagi penggunaan teknologi rekayasa genetika. Sepanjang produk yang dihasilkan sama, misalnya jagung, tidak ada alasan untuk memperlakukan produk hasil rekayasa genetika berbeda (lebih ketat) dari produk non-transgenik.⁹⁷

Apabila legislasi khusus tidak tersedia, tidaklah berarti tidak adanya pertanggungjawaban bagi kerugian yang terjadi karena penggunaan teknologi rekayasa genetika. Dalam hal ini, pertanggungjawaban yang umum dianggap tetap dapat dipergunakan pada penggunaan teknologi rekayasa genetika. Dalam sistem *common law*, pertanggungjawaban yang umum ini adalah *negligence rule*, *strict liability*, *trespass* atau *nuisance*.

⁹⁵Vanessa Wilcox, *Op.cit.*, hal.

⁹⁶Michael Faure & Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal. 11.

⁹⁷. *Loc.it.*, hal. 11.

1. *Negligence Rule*

Gen yang direkayasa pada teknologi rekayasa genetika ini dikhawatirkan akan berpindah ke gen tanaman non-transgenik lain, meningkatkan daya tahan hama terhadap pestisida dan gulma terhadap herbisida, atau menyebabkan kematian pada serangga-serangga yang tidak menjadi target.⁹⁸ Apabila muncul kerugian maka pertanggungjawaban yang dapat diterapkan adalah bentuk pertanggungjawaban yang pertama yaitu *Negligence*.

Berdasarkan pertanggungjawaban *negligence* ini, maka apabila timbul kerugian atas pembudidayaan tumbuhan yang melalui proses rekayasa genetika pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban adalah pemilik lahan yang letaknya bersebelahan dengan lahan yang tercemar, sehingga menyebabkan matinya serangga-serangga yang tidak menjadi target.⁹⁹ Korban dapat juga meminta pertanggungjawaban kepada perusahaan penyedia benih yang harus mempertanggungjawabkan kerusakan atau pencemaran yang terjadi. Dalam hal ini pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban adalah pihak yang menyebabkan terjadinya kerugian, baik itu pemilik lahan yang ditanami tanaman yang menggunakan teknologi rekayasa genetika, maupun perusahaan penyedia benih tanaman.

Dalam kasus ini penggugat haruslah dapat membuktikan bahwa telah dilakukan *duty of care* dimana telah dilakukan suatu upaya pencegahan dari kerusakan yang menimbulkan kerugian dan mencari upaya untuk menanggulangi kerusakan yang terjadi. Dengan kata lain *duty of care* adalah tindakan preventif untuk mencegah terjadinya kerugian.¹⁰⁰ Dimana pencegahan yang dilakukan telah diupayakan semaksimal mungkin sehingga pemilik lahan haruslah dapat membuktikan penyebab dari kerusakan adalah akibat dari lahan yang ditanami oleh tanaman rekayasa genetika tersebut.

Sebagai contoh dapat dikemukakan kasus *StarLink*, di mana penggugat membuktikan bahwa tergugat, yaitu *Aventis*, telah gagal melakukan *duty of care*

⁹⁸ *Ibid*, hal. 12.

⁹⁹ *Locit.*, hal. 12.

¹⁰⁰ Edmon Makarim, *Op.cit.*, hal. 208.

atau suatu upaya pencegahan untuk menghindari kerugian.¹⁰¹ Kerugian yang ditimbulkan adalah tercampurnya bibit jagung yang seharusnya diperuntukkan untuk konsumsi makanan hewan dengan jagung yang diperuntukkan bagi konsumsi manusia. Kontaminasi yang menyebabkan tercampurnya jagung tersebut, tentu saja menimbulkan dampak kerugian yang cukup besar.

Meski demikian, tetap dapat dikatakan bahwa menerapkan pertanggungjawaban berdasarkan *Negligence* untuk pencemaran lingkungan cukup sulit karena harus terbuktinya adanya *duty of care*, pelanggaran terhadap *duty of care* tersebut, serta pihak yang telah menyebabkan pencemaran dan berkontribusi pada pencemaran yang terjadi.¹⁰²

2. *Strict liability* (Pertanggungjawaban mutlak)

Penerapan *Strict Liability* digunakan oleh korban yang mengalami kerugian akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika. Dalam kasus ini korban tidak perlu membuktikan bahwa kerugian yang dideritanya terjadi karena kesalahan (dalam hal ini adalah pelanggaran terhadap hukum, atau pelanggaran terhadap *duty of care*) tergugat.¹⁰³ Meski demikian, dalam konteks *Strict Liability*, penggugat tetap harus membuktikan bahwa pelepasan produk transgenik dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang *abnormally dangerous*.

Upaya untuk menerapkan *Strict Liability* pada penggunaan teknologi rekayasa genetika tampak pada kasus *Hoffman v. Monsanto* dan kasus *StarLink*. Di dalam kasus *Hoffman v. Monsanto*, penggugat menyatakan bahwa pelepasan produk transgenik merupakan “*non-natural use of land*”, sehingga memungkinkan “*the escape of something likely to do mischief and damage*”.¹⁰⁴

Dalam putusannya, hakim pada *Hoffman v. Monsanto* menyatakan bahwa pernyataan bahwa pelepasan produk transgenik (dalam hal ini *canola*) merupakan kegiatan yang berbahaya atau berpotensi menimbulkan bahaya, merupakan

¹⁰¹Michael Faure & Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal 12.

¹⁰²Werner Pfennigstorf, Wiley Blackwell, American Bar Foundation, *Environment Damages and Compensation*, hal. 371.

¹⁰³Michael Faure & Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal 13.

¹⁰⁴*Ibid.*, hal. 13.

pernyataan yang bertentangan dengan pandangan otoritas pertanian di Kanada yang menyatakan bahwa *canola* transgenik tidaklah lebih berbahaya dibandingkan dengan *canola* non-transgenik. Atas pendapat ini maka pengadilan kemudian menolak untuk memberlakukan *Strict Liability*.

3. *Trespass*

Trespass adalah bentuk pertanggungjawaban *Tort* yang tertua, pada *Trespass* harus ada serangan baik langsung maupun tidak langsung. Di dalam pertanggungjawaban ini tidak diperlukan bukti telah terjadi kerusakan ataupun menimbulkan kerugian. Pihak yang diserang haknya secara langsung dapat meminta ganti rugi atas masuknya pihak lain ke dalam wilayah hak milik pihak yang dimasuki.¹⁰⁵ Masuknya pihak lain ke wilayah tersebut secara aktif dapat dianalogikan dengan suatu zat ataupun teknologi rekayasa genetika yaitu dengan masuknya gen yang telah melalui proses rekayasa genetika.¹⁰⁶ Masuknya gen yang telah melalui teknologi rekayasa genetika dapat dikatakan telah memasuki wilayah lain yang tidak ditanami oleh tanaman yang mengandung gen transgenik, dan tanaman tersebut terkontaminasi oleh tanaman hasil rekayasa genetika tersebut. Dengan menganalogikan bahwa dalam *Tort* harus ada serangan secara langsung maka masuknya tanaman hasil genetika ke lahan tanaman non-transgenik dapat dikatakan telah *trespass* kepada lahan milik orang lain telah terjadi, tanpa perlu dibuktikan adanya kerusakan yang ditimbulkan akibat dari masuknya tanaman tersebut.¹⁰⁷ Kemungkinan untuk keberhasilan menggugat dengan sistem *Trespass*, lebih mudah karena penggugat cukup membuktikan bahwa ada pihak lain yang memasuki hak miliknya secara aktif dan tidak perlu menunjukkan telah terjadinya kerusakan ataupun pencemaran.¹⁰⁸

Meski demikian, dalam kasus *Hoffman v. Monsanto*, pengadilan berpendapat bahwa adanya *canola* transgenik di lahan yang ditanami dengan *canola* non-

¹⁰⁵Vivienne Harpwood, *Op.cit.*, hal 287.

¹⁰⁶Michael Faure & Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal 15.

¹⁰⁷*Ibid.*,hal. 16.

¹⁰⁸Stephanie E. Cox, *Op.cit.*, hal 5.

transgenik tidaklah merupakan *trespass*. Pengadilan berpendapat bahwa untuk dapat dikatakan *trespass*, sebuah peristiwa haruslah memenuhi kriteria “*directness*”, yaitu bahwa tindakan tergugat secara langsung merupakan bentuk penyusupan, tanpa perlu adanya bantuan faktor lain. Dalam konteks canola transgenik, hakim justru menemukan adanya faktor lain yang turut berperan dalam terjadinya penyusupan. Atas dasar ini hakim berpendapat bahwa “*much more than ‘natural and inevitable forces’ must intervene between merely marketing GM canola and its arrival on the plaintiffs’ land.*”¹⁰⁹ Dari kutipan tersebut terlihat bahwa sekedar menjual produk transgenik tidaklah akan menyebabkan *trespass*, sebab perlu ada tindakan lain untuk menjadikan gen *canola* transgenik sampai di lahan para penggugat. Meskipun hakim tidak menjelaskan apa yang dimaksud tindakan lain tersebut, dari rangkaian pertimbangan hakim dapat disimpulkan bahwa yang perlu digugat bukanlah penjual/produsen produk transgenik, tetapi petani yang menggunakan produk transgenik, sebab merekalah yang telah menanam produk tersebut dan kemudian memungkinkan terjadinya *trespass*.

4. *Nuisance*

Pertanggungjawaban lain yang dapat digunakan adalah *Nuisance*, yang terbagi menjadi *public nuisance* dan *private nuisance*.

Private nuisance merupakan invasi atas penggunaan dan kenikmatan pribadi pada kepemilikan atas tanah. Dalam kasus rekayasa genetika, petani yang menderita kerugian akibat pencemaran yang disebabkan oleh gen yang diproses melalui teknologi rekayasa genetika, dapat menyatakan bahwa pencemaran yang disebabkan oleh gen tersebut merupakan invasi atas hak privasinya untuk menggunakan dan menikmati tanahnya.¹¹⁰ Tetapi dalam hal ini penggugat harus dapat membuktikan bahwa tergugat atau pihak yang mencemari lahan tersebut tidak melakukan suatu tindakan yang ditujukan untuk mencegah kerusakan, atau bahwa tergugat telah melakukan tindakan yang tidak masuk akal sehingga mengganggu hak privasi dari penggugat.

¹⁰⁹Michael Faure & Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal 15.

¹¹⁰Michael Faure & Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal. 16.

Tetapi untuk menggunakan sistem pertanggungjawaban *Private Nuisance* untuk kontaminasi yang disebabkan oleh gen yang diproses melalui teknologi rekayasa genetika agak sulit, karena seiring dengan meningkatnya penggunaan transgenik beberapa waktu belakangan ini, penggugat akan menemui kesulitan untuk menentukan lahan mana yang ditanami oleh tanaman yang menggunakan teknologi rekayasa genetika, yang mengakibatkan pencemaran atas lahan yang ditanami tanaman yang non rekayasa genetika.¹¹¹

Tidak seperti *private nuisance*, yang mengatur tentang adanya pihak lain yang melakukan intervensi dengan masuk ke wilayah tanah orang lain, *public nuisance* merupakan pelanggaran atas hak bersama masyarakat.¹¹² Dalam konteks ini, penggugat secara individual harus mampu menunjukkan bahwa tindakan pelaku pencemaran telah melanggar ketentuan yang sudah menjadi hak-hak orang banyak contohnya:

1. Ketentuan atau peraturan yang mengatur tentang kesehatan masyarakat, keamanan, ketenangan hidup orang banyak dan kenyamanan.
2. Ketentuan yang telah diatur atau ketentuan administratif.
3. Ketentuan yang menjadi pedoman tentang keberlangsungannya sumber daya alam dan kerusakan yang permanen.¹¹³

Di samping itu, agar berhasil dalam pemakaian *public nuisance* penggugat harus pula membuktikan bahwa kerugian yang diderita karena adanya pelanggaran hak masyarakat, merupakan kerugian individual yang berbeda dari kerugian secara publik.

3.1.1 Dari Cartagena Protokol sampai Nagoya Protokol

Setelah kita mempelajari dampak buruknya penggunaan teknologi rekayasa genetika ada baiknya kita menelaah lebih jauh bagaimanakah pertanggungjawaban yang digunakan apabila timbul kerugian dari penggunaan

¹¹¹Stephanie E.Cox, *Op.cit.*, hal.5.

¹¹²Vivienne Harpwood, *Op.cit.*, hal.

¹¹³*Ibid.* hal. 17.

teknologi rekayasa genetika berdasarkan Protokol Cartagena. Protokol Cartagena telah diterima dan diratifikasi oleh 50 negara, memiliki kekuatan hukum yang mengikat dan mulai berlaku sejak tanggal 11 September 2003. Pada saat ini 59 negara telah turut serta dalam kesepakatan yang tertuang didalam kesepakatan Protokol Cartagena.¹¹⁴

Di dalam Protokol Cartagena ini, persoalan pertanggungjawaban ini diatur dalam Pasal 27, yang menyatakan bahwa para Pihak harus membuat prosedur dan jenis pertanggungjawaban perdata untuk mengantisipasi kerugian yang timbul akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika. Untuk kepentingan ini, maka pertemuan para pihak yang tunduk pada ketentuan Protocol Cartagena sepakat untuk membentuk *Ad hoc Working Group of Legal and Technical Experts on Liability and Redress in the Context of the Cartagena Protocol on Biosafety*. Beberapa usulan di dalam tim kerja ini dapat diterangkan sebagai berikut.

3.1.1.1 *Standard of Liability*

Dalam menentukan standar pertanggungjawaban dan menentukan pihak-pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban yang harus diperhatikan adalah:¹¹⁵

- (a) Jenis kerusakan.
- (b) Tempat dimana kerusakan terjadi (apakah di daerah asal ataupun di pusat pelepasan benih)
- (c) Tingkat resiko yang terdapat didalam berbagai macam jenis rekayasa genetika.
- (d) Tingkat resiko yang menjadi ciri dari rekayasa genetika yang teridentifikasi.
- (e) Efek samping yang timbul dan tidak diharapkan.
- (f) Pengawasan pada penggunaan teknologi rekayasa genetika.

¹¹⁴Vanessa Wilcox, *Tort and Insurance La, 27 Damage Cause by GMOs under International Environmental Law*.

¹¹⁵Convention On Biological Diversity, Third meeting, Montreal, 19-23 February 2007, hal. 39.

Di dalam usulan rangkuman usulan yang berhasil dikumpulkan oleh Tim Kerja, dapat diketahui bahwa sistem pertanggungjawaban yang diusulkan terdiri dari 2 (dua), yaitu pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*fault-based*) dan *strict liability*. Usulan tersebut menyatakan:¹¹⁶

“• *Fault-based liability*:

1. Any person who is in the best position to control the risk and prevent the damage;
 2. Any person who has operational control;
 3. Any person who does not comply with the provisions implementing the Biosafety Protocol;
 4. Any entity who has the responsibility to put in place the provisions for implementing the Protocol.;
 5. Any person to whom intentional, reckless or negligent acts or omissions can be attributed;
- *Strict liability*”¹¹⁷

Dengan memperhatikan paparan di atas, dapat disimpulkan bahwa standar pertanggungjawaban yang sering diusulkan adalah PMH dan *strict liability*.

3.1.1.2 *Channeling Liability*

Channeling liability adalah pertanggungjawaban yang harus dilakukan oleh pihak yang menimbulkan kerugian, dalam *channeling liability* terdapat beberapa pihak yang berpotensi untuk menimbulkan kerugian didalamnya, karena di dalam suatu kegiatan usaha ada beberapa pihak yang terlibat, pihak-pihak ini dapat dimintai pertanggungjawaban apabila timbul kerugian akibat kegiatan yang dilakukannya, pada konvensi tentang penggunaan tenaga nuklir ada beberapa pihak yang terlibat didalamnya, pertanggungjawaban juga dapat ditujukan kepada pemilik kapal tanker apabila menyangkut pencemaran laut.¹¹⁸

¹¹⁶UNEP/CBD/BS/WG-L&R/3/3, Annex IV.

¹¹⁷Dalam konteks *Strict Liability*, Tim Kerja mengusulkan agar “*The operator shall be liable for damage [under these rules and procedures][resulting from transport, transit, handling and/or use of living modified organisms that finds its origin in such movements], regardless of any fault on his part*” Lihat: UNEP/CBD/BS/WG-L&R/5/3, Annex IV.

¹¹⁸Michael Faure and Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal 39.

Di dalam *Channelling liability*, pertanggungjawaban ini dikanalisis sehingga hanya satu pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban, di dalam konteks penggunaan teknologi rekayasa genetika hanya produsen yang dapat dimintai pertanggungjawaban secara eksklusif, dimana hanya produsenlah yang dapat dituntut untuk bertanggungjawab apabila timbul kerugian atas kerusakan yang ditimbulkan akibat hasil produksi yang dipergunakan.¹¹⁹

Channeling liability ini memberi kemudahan kepada korban dalam melayangkan gugatannya, hal ini dikarenakan korban dapat menentukan siapa pihak yang dapat digugat, dan gugatan dilayangkan hanya kesatu pihak saja. korban akan menemui kesulitan apabila harus menempuh prosedur yang sulit, apabila kerugian ditimbulkan oleh beberapa pihak, hal ini juga memberi kemudahan kepada korban apabila hanya satu pihak saja yang menanggung resiko, dan ada baiknya apabila kerugian tersebut dilindungi oleh asuransi. Singkatnya *Channeling liability* ini memberi kemudahan kepada korban dalam menuntut pertanggungjawaban ganti rugi. Pada pertemuan yang dilakukan oleh tim kerja. Yang dilaksanakan di Montreal, 22-26 Oktober 2007, para pihak bersepakat untuk menentukan siapa pihak yang dapat diminta bertanggungjawab dalam *Channeling Liability* adalah pihak yang termasuk di dalam pasal 7 ayat 1 Protokol Cartagena yaitu:¹²⁰

- (a) Eksportir yang memasukkan benih rekayasa genetika dari daerah asal.
- (b) Importir, yang memasukkan benih rekayasa genetika ke wilayahnya.
- (c) Pihak yang melakukan pengawasan pada pendistribusian benih rekayasa genetika.
- (d) Distributor dan pihak pengangkutan, yang melakukan pendistribusian dan pengangkutan.

3.1.1.3 *Joint and several liability*

Joint and several liability merupakan penyimpangan dari sistem pertanggungjawaban yang hanya membebaskan tanggungjawab atas kerusakan

¹¹⁹*Loc.it.*, hal. 39.

¹²⁰. Open-Ended Ad Hoc Working Group of Legal And Technical Experts On Liability And Redress in the Context of Cartagena Protokol On Biosafety, Montreal, 22-26 October 2007.

yang ditimbulkan dan disebabkan oleh tindakan satu pihak saja.¹²¹ Dibawah sistem *join and several liability*, pertanggungjawaban atas kerusakan yang ditimbulkan dibebankan kepada beberapa pihak yang mempunyai peran dalam kegiatan yang berpotensi mengakibatkan kerusakan yang menimbulkan kerugian, tanggung jawab ini dibebankan tidak hanya kepada satu pihak saja.¹²²

Pada beberapa kasus ada yang berargumen bahwa *joint and several liability* merupakan sistem pertanggungjawaban yang tidak efisien. Dimana pertanggungjawaban tergugat tidak terbatas pada resiko yang telah dilakukannya. Dalam hal ini pihak yang mengalami kerugian dapat menuntut kepada beberapa pihak yang dianggap memiliki kontribusi dalam menimbulkan kerugian tersebut, tetapi tentu saja sesuai dengan proporsinya, sebagai gambaran adalah salah satu pihak diminta untuk mengganti kerugian kepada korban sesuai dengan kontribusi dalam kerugian yang ditimbulkan, kesulitan yang timbul dalam *join and several liability* ini adalah korban yang mengalami kerugian akan menemui kesulitan untuk menentukan hubungan atau sebab akibat antara pihak-pihak yang menyebabkan timbulnya kerugian, hal ini disebabkan sulitnya untuk menentukan tiap bagian dari tanggungjawab masing-masing pihak dalam kegiatan yang menimbulkan kerugian.¹²³ Apabila korban gagal untuk membuktikan kontribusi pihak-pihak yang dianggap menimbulkan kerugian, maka akan sulit untuk menuntutnya.

Joint and several liability ini memudahkan korban karena korban mempunyai beberapa pilihan untuk menuntut kepada pihak-pihak yang dianggap mempunyai potensi dan andil dalam menimbulkan kerugian.¹²⁴

3.1.1.4 Defences: Force Majeure

Perlawanan atas pertanggungjawaban yang dapat diterima oleh rejim pertanggungjawaban adalah *Force Majeure*, yang memiliki pengertian yang

¹²¹ Michael Faure and Andri G. Wibisana, *Op.cit.*, hal. 37.

¹²² *Loc.it.*, hal 37.

¹²³ *Ibid.*, hal. 38.

¹²⁴ Vivienne Harpwood, *Op.cit.*, hal. 334.

berbeda-beda.¹²⁵ Perkataan *Defence* disini tidaklah selalu sama di dalam semua sistem hukum, *defence* ini merupakan perlawanan yang dilakukan oleh penggugat untuk mempertahankan argumentasinya untuk mempertahankan dirinya dan membuktikan bahwa dirinya tidak bersalah dan mengurangi, bahkan menghilangkan pertanggungjawaban yang harus dipikulnya. Hal ini merupakan reaksi dari gugatan penggugat.¹²⁶

Dari sudut pandang ekonomi seseorang dapat dengan mudahnya berargumen bahwa dengan adanya *Force Majeure* menyebabkan ia dapat bebas dari pertanggungjawaban, tidak hanya pada situasi dan kondisi yang umum, dan tidak hanya berdasarkan kesalahan dan *Strict Liability* tetapi untuk semua pertanggungjawaban di dalam PMH.¹²⁷ Persyaratan untuk menilai suatu kesalahan, diperlukan oleh pihak yang dirugikan, seharusnya mempunyai kapasitas terhadap pemenuhan pertanggungjawaban pada perbuatan melawan hukum, hanya korban kerugianlah yang dapat meminta pertanggungjawaban tersebut. Dimana untuk meminta pertanggungjawaban atas kerugian yang ditimbulkan biasanya didasarkan pada konsep adanya kesalahan dan kelalaian, pada kenyataannya pada konteks *Strict Liability* diperlukan beberapa persyaratan, tetapi apabila kerugian yang timbul tidak disebabkan bencana, maka tidak dapat menggunakan pertanggungjawaban *Strict Liability*. *Force Majeure* atau keadaan Kahar yang dapat digunakan sebagai perlawanan bahkan untuk *Strict Liability*¹²⁸

Keadaan Kahar atau *Force Majeure* adalah suatu keadaan di luar kemampuan manusia yang disebabkan oleh bencana alam maupun peperangan, hal ini dapat menjadi dasar untuk membebaskan tergugat dari pertanggungjawaban.¹²⁹

Pada pertemuan tim kerja di Montreal yang dilakukan pada tanggal 20-24 Februari 2006, para pihak yang hadir yaitu Sri Lanka, Amerika Selatan, Argentina, Ethiopia, Norwegia, Global Industry Coalition (GIC), Third World

¹²⁵Michael Faure and Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal. 43.

¹²⁶Bernhard A. Koch (ed.), *Op.cit.*, hal. 923.

¹²⁷*Ibid.*, hal. 43.

¹²⁸*Loc.it.*, hal. 43

¹²⁹Manuela Weissenbacher, *Op.cit.*, hal. 23.

Network (TWN) menyepakati bahwa suatu keadaan kahar atau *Force Majeure*, yang membebaskan pihak yang melakukan kesalahan dan menimbulkan kerugian untuk bebas dari pertanggungjawaban adalah:¹³⁰

- Bencana Alam.
- Perang Saudara.
- Suatu keadaan di luar kemampuan manusia.
- Campur tangan pihak ketiga yang menyebabkan terjadinya kerugian

3.1.1.5 Nagoya Protokol

Kesepakatan ini dilakukan pada tanggal 11-15 Oktober 2010 di Nagoya Jepang. Kesepakatan ini membicarakan bagaimana pertanggungjawaban yang dapat ditegakkan pada penggunaan Teknologi rekayasa genetika sebagaimana diatur pada Cartagena Protokol Artikel 27, dimana pihak yang menimbulkan kerugian diharuskan untuk mengganti kerugian tersebut dimana ruang lingkup artikel 27 tersebut mencakupi tanggungjawab bersama antara eksportir dan importir yang menyediakan benih, peraturan-peraturan dalam negeri, dan institusi dimana pengoperasian dan pengawasan yang mengharuskan importir dan eksportir bertanggungjawab pada pelepasan teknologi rekayasa genetika.¹³¹

Pada protokol tambahan ini disepakati bahwa konservasi dan lingkungan hidup yang berkelanjutan, tetap terjaga kelestariannya dengan adanya penggunaan teknologi rekayasa genetika ini termasuk resiko yang ditimbulkan pada kesehatan manusia, yaitu dengan mempersiapkan peraturan yang berlaku secara internasional baik dalam proses produksi dan sistem pertanggungjawabannya apabila timbul kerugian.¹³²

1. Pasal 2 dan Pasal 3 pada protokol Cartagena tetap diterapkan pada tambahan protokol ini.

¹³⁰.Open- Ended Ad-Hoc Working Group Of Legal and Technical Experts On Liability and Redress in The Context of the Cartagena Protokol On Biosafety, Montreal, 22-24 February 2006.

¹³¹Convention on Biological Diversity, *Conference of the parties serving as the meeting of the parties to the Cartagena Protokol on Biosafety, fifth meeting, Nagoya Japan, 11-15 Oktober 2010.*

¹³²*Loc.it.*, hal. 5

2. Adapun tujuan dari protokol tambahan ini adalah;
 - (a) Menentukan bahwa kerugian yang ditimbulkan oleh penggunaan Teknologi rekayasa genetika dari daerah asal melalui proses rekayasa genetika adalah; penggunaan untuk bahan makanan yang melalui proses rekayasa genetika, bahan yang dikandungnya dinyatakan aman bagi lingkungan.
 - (b) Tambahan protokol ini juga menekankan akibat dari penggunaan Teknologi rekayasa genetika apabila menimbulkan kerugian mengacu pada pasal 17 dari protokol dan akibat dari penggunaan bahan-bahan yang ilegal pada produk rekayasa genetika sebagaimana tercantum pada pasal 25.
 - (c) Pada Tambahan protokol ini akibat dari kerusakan yang menimbulkan kerugian pada penggunaan teknologi rekayasa genetika ini diatur menurut hukum masing-masing yang berlaku pada negara anggota.
 - (d) Para Anggota dapat menerapkan hukum nasional yang berlaku pada negara anggota untuk menentukan kerugian yang timbul sesuai dengan hukum yang berlaku di negara para anggota.¹³³
 - (e) Hukum Domestik yang berlaku pada negara masing-masing anggota dapat diterapkan pada kerusakan yang menimbulkan kerugian pada penggunaan produk rekayasa genetika.
 - (f) Protokol tambahan ini juga mengatur bahwa hukum yang berlaku pada penggunaan Teknologi rekayasa genetika ini adalah dimana proses pemindahan gen pada Teknik rekayasa ini dibuat.

Hukum yang berlaku pada penggunaan Teknologi rekayasa genetika ini adalah hukum domestik masing-masing negara anggota. Dan tentu saja para negara anggota harus mencantumkan dalam ketentuan hukum domestik mereka suatu keadaan Kahar atau *Force Majeur* pada sistem hukum mereka untuk kondisi sebagaimana yang disebut dibawah ini.

- (1) Suatu keadaan yang diluar kehendak manusia yang merupakan kuasa Tuhan seperti bencana alam.

¹³³*Ibid.*, hal.6.

(2) Adanya perang saudara.

Selain itu masing-masing negara anggota juga harus memasukkan di dalam sistem hukum negara mereka, batas tertinggi ganti rugi yang diberikan atas kerusakan yang ditimbulkan oleh penggunaan Teknologi rekayasa genetika.

3.2 Negara-negara Yang Memiliki Legislasi Khusus dan Yang Tidak Memiliki Legislasi Khusus Yang Mengatur Tentang Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika.

Beberapa sistem hukum, memiliki sistem pertanggungjawaban atau skema untuk ganti rugi yang ditimbulkan oleh penggunaan teknologi rekayasa genetika, untuk memperluas peraturan-peraturan kearah pertanggungjawaban pada hukum lingkungan, dimana hanya mengatur penggunaan Teknologi rekayasa genetika pada pencemaran lingkungan, peraturan-peraturan ini berada di bawah hukum lingkungan.¹³⁴ Beberapa sistem hukum memiliki peraturan khusus yang memberikan ganti rugi kepada petani yang mengalami kerugian secara ekonomi akibat kehadiran teknologi rekayasa genetika pada lahan pertanian mereka.¹³⁵ Sebagaimana akan dipaparkan di bawah ini;

3.2.1. Negara-negara Yang Memiliki Legislasi Khusus Yang Mengatur Penggunaan Teknologi Rekayasa Genetika.

3.2.1.1. Austria

Austria adalah negara di Eropa yang memiliki legislasi khusus yang mengatur tentang pertanggungjawaban perdata pada penggunaan teknologi rekayasa genetika. Di Austria diatur tentang pertanggungjawaban yang digunakan apabila timbul kerugian yang diakibatkan oleh penggunaan teknologi rekayasa genetika ini.

EU Directives 90/219/EEC and 90/220/EEC telah diimplementasikan pada hukum di Austria sejak tanggal 1 Januari 1995 dan diamandemen pada tanggal 22

¹³⁴Bernhard A. Koch, hal 903.

¹³⁵*Loc.it*, hal. 903

Mei 1998, Directive ini, mengatur tentang penggunaan teknologi rekayasa genetika, dan pertanggungjawaban bagi kerugian yang muncul dari penggunaan teknologi ini. Khusus mengenai aspek pertanggungjawaban, hal-hal yang diatur antara lain:¹³⁶

1. Kerugian dan kerusakan pada kepemilikan.

Berkaitan dengan penggunaan rekayasa genetika apabila menimbulkan kerugian maka pihak yang menimbulkan kerusakan ataupun kerugian tersebut diharuskan untuk mengganti kerugian yang ditimbulkan.

2. Kerusakan pada lingkungan.

Apabila penggunaan teknologi rekayasa genetika ini menyebabkan kerusakan pada lingkungan maka pelaku yang menyebabkan timbulnya kerusakan pada lingkungan tersebut diwajibkan untuk memulihkan lingkungan tersebut dengan cara merestorasi lingkungan, bahkan apabila ganti rugi tersebut nilainya lebih besar daripada kerusakan yang ditimbulkan.

3. Pengecualian atas tanggung jawab

Pertanggungjawaban atas kerusakan tidak akan terjadi apabila kerugian timbul dari

1. Konflik Militer, perang saudara, bencana alam.
2. Perbuatan pihak ketiga yang tidak menggunakan rekayasa genetika dan menyebabkan kerusakan.
3. Peraturan, ketentuan yang tidak terikat pada penggunaan teknologi rekayasa genetika.

4. Sistem Pembuktian.

Dalam penggunaan teknologi rekayasa genetika apabila menyebabkan kerusakan atau pencemaran dikarenakan penggunaan rekayasa genetika, atau atau kerusakan yang sangat besar akibat penggunaan rekayasa genetika dan sejenisnya.

5. Kemudahan untuk memperoleh informasi.

¹³⁶Intergovernmental Committee for The Cartagena Protocol On Biosafety, Third meeting The Hague, 22-26 April 2002. Liability and Redress (article 27), hal. 3.

Pemberian informasi kepada pihak yang hendak menggunakan produk rekayasa genetika, termasuk informasi yang relevan untuk mengetahui dampak atas penggunaan rekayasa genetika, dan mengetahui akibat yang ditimbulkan atas penggunaan teknologi rekayasa genetika tersebut.

6. Perlindungan Asuransi.

Para pengguna produk rekayasa genetika dapat memperoleh kepastian untuk menuntut ganti rugi atas kerusakan yang ditimbulkan oleh penggunaan produk rekayasa genetika, melalui mekanisme ganti kerugian melalui instrumen asuransi.

7. Pemulihan Lingkungan.

Apabila menimbulkan kerusakan pada lingkungan yang disebabkan oleh penggunaan teknologi rekayasa genetika maka pihak yang berwajib dapat memaksakan kepada pihak yang menimbulkan kerusakan untuk memulihkan lingkungan ataupun melakukan tindakan pencegahan untuk memastikan agar kerusakan yang ditimbulkan dapat dicegah, adalah kewenangan pihak yang berwajib untuk melakukan perlindungan dan pencegahan dari kerusakan.¹³⁷

Di bawah hukum Austria, regulasi khusus tentang ganti rugi untuk kerugian yang ditimbulkan karena penggunaan rekayasa genetika dituangkan di dalam *Gene Technology Act* yang disahkan pada tahun 1994. Beberapa hal penting yang dapat dicatat dari undang-undang ini antara lain: adanya kewajiban bagi produk-produk yang menggunakan rekayasa genetika untuk mencantumkan label bahwa produk tersebut menggunakan teknologi rekayasa genetika, adanya kewajiban untuk menganalisa gen yang terdapat pada produk tersebut, dan kewajiban untuk memperhatikan dampak atas kesehatan manusia dari penggunaan produk yang mengandung rekayasa genetika.¹³⁸ Pada tahun 1997 peraturan tersebut diamandemen, dengan memasukkan ketentuan mengenai

¹³⁷*Ibid.*, hal.5.

¹³⁸Manuela Weissenbacher, "Damage Caused by GMOs under Austrian Law". *Damage Cause by Genetically Modified Organisms*, Bernhard A. Koch (ed.), *Damage and Insurance Law* Vol.27, hal.2

pertanggungjawaban hukum yang timbul apabila menimbulkan kerugian sebagai akibat dari penggunaan teknologi rekayasa genetika. Pada peraturan amandemen inilah dicantumkan adanya ketentuan bahwa pertanggungjawaban yang berlaku adalah *Strict Liability*. Di samping itu, amandemen terhadap GTG juga memuat *channeling of liability*, yaitu bahwa

operator atau pelaku diharuskan untuk bertanggung jawab pada akibat yang ditimbulkan pada manusia seperti kematian dan mengancam kesehatan manusia.¹³⁹

Pertanggungjawaban yang timbul menurut ketentuan GTG, pada pelepasan produk yang berbasis teknologi rekayasa genetika tidak hanya berpotensi menimbulkan kerugian yang mengancam kesehatan manusia dan kerusakan pada hak milik, tetapi juga berpotensi kehilangan keuntungan yang diharapkan karena terjadinya kerusakan.¹⁴⁰

Perlindungan yang diberikan juga meliputi jiwa manusia, hak milik termasuk juga kehilangan keuntungan yang akan diperoleh dimasa yang akan datang, serta kerugian jika pemilik lahan menggugat kehilangan keuntungan yang seharusnya diperolehnya dikarenakan ia harus memusnahkan hasil panennya yang secara tidak sengaja telah tecampur dengan produk transgenik.¹⁴¹

3.2.1.2. Jerman

Pada tahun 1990, Jerman menerapkan peraturan khusus pada penggunaan teknologi rekayasa genetika, *Gentechnikgesetz* (GenTG), yang mengakomodasi peraturan tentang penggunaan Teknologi rekayasa genetika di dalam wilayah hukum Jerman. Peraturan ini juga mengatur pertanggungjawaban apabila timbul kerusakan akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika.¹⁴²

Gentechnikgesetz menetapkan bahwa pertanggungjawaban yang berlaku adalah *Strict Liability* Dalam hukum Jerman semua kerugian yang timbul akibat penggunaan Teknologi rekayasa genetika seperti obat-obatan yang di dalam

¹³⁹*Lo.cit.*, hal. 2

¹⁴⁰*Ibid.*, hal. 5

¹⁴¹*Loc.cit.*, hal. 5

¹⁴²Jorg Fedtke, "Damage Caused by GMOs under German Law", Bernhard A.Koch (ed), *Damage Caused by Genetically Modified Organisms*, Tort and Insurance Law Vol.27.

kandungannya terdapat proses rekayasa genetika, dan kerugian lainnya yang timbul karena penggunaan Teknologi rekayasa genetika tersebut diberi perlindungan oleh Peraturan yang telah dibuat khusus untuk melindungi dari kerugian yang ditimbulkan akibat pemakaian Teknologi rekayasa genetika.¹⁴³

Di samping itu, khusus untuk kerusakan lingkungan akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika, *Umweltschadensgesetz* tahun 2007, pertanggungjawaban tanpa kesalahan untuk melindungi species, habitat, sumber air dan kehidupan biota tanah dan termasuk di dalamnya dari penggunaan Teknologi rekayasa genetika. Meski demikian, kerusakan lingkungan yang terjadi pada lingkungan tidak dapat dimintai pertanggungjawaban apabila kerusakan yang timbul diakibatkan oleh peperangan dan bencana alam di luar kemampuan manusia.¹⁴⁴

Dengan demikian, di Jerman berlaku dua undang-undang yang terkait dengan pertanggungjawaban atas penggunaan produk hasil rekayasa genetika. Ganti Kerugian yang menimbulkan kematian, cacat tetap, dan kerugian pada harta benda termasuk didalamnya gagal panen dan kerusakan yang berkepanjangan, diatur dalam pertanggungjawaban *strict liability* di bawah *Gentechnikgesetz*. Sedangkan kerusakan spesies, habitat, sumber air dilindungi oleh pertanggungjawaban *strict liability* berdasarkan *Umweltschadensgesetz*.

3.2.2 Negara-negara yang tidak memiliki legislasi khusus pada penggunaan teknologi rekayasa genetika.

3.2.2.1. Amerika Serikat

Amerika Serikat tidak memiliki legislasi khusus yang mengatur tentang pertanggungjawaban atas kerugian yang timbul akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika

Hukum perdata Amerika Serikat yang memuat ketentuan tentang pertanggungjawaban dapat dilihat di dalam berbagai doktrin dan putusan tentang

¹⁴³*Ibid.*, hal. 213.

¹⁴⁴*Loc.it.*, hal. 213.

Tort. Seperti telah dijelaskan di muka, pada dasarnya pertanggungjawaban didasarkan pada *negligence*, dengan unsur-unsur sebagai berikut:

1. Pelanggar mempunyai *duty of care*.
2. Melakukan pelanggaran terhadap *duty of care*.
3. Pelanggaran terhadap *duty of care* menimbulkan kerugian pada pihak lain.¹⁴⁵

Meskipun ketentuan ini pada prinsipnya dapat diterapkan, kesulitan yang muncul adalah adanya beban penggugat untuk membuktikan adanya “*duty of care*”, kerugian, dan adanya pelanggaran terhadap *duty of care* tersebut.

Di dalam legislasi Amerika Serikat yang menganut sistem *Common law*, Satu keputusan penting yang diambil oleh hakim, kasus *StarLink* yang berawal dari ditemukannya jagung transgenik khusus pakan di dalam jagun non-transgenik untuk pangan manusia.¹⁴⁶ Di dalam *StarLink Corn Products Liability Litigation*, petani jagung mengajukan gugatan *Class Action* melawan pihak manufaktur yang memproduksi jagung varietas *StarLink*. Penggugat menyatakan bahwa jagung yang ditujukan bagi makanan hewan, sehingga menimbulkan kerugian pada pihak penggugat karena menurunnya harga jagung. Atas dasar inilah, penggugat menuntut pertanggungjawaban tergugat berdasarkan *negligence*, *trespass*, dan *nuisance*.¹⁴⁷ Dalam kasus ini, hakim memutuskan hal-hal sebagai berikut:¹⁴⁸ *Pertama*, gugatan berdasarkan *negligence* per se ditolak¹⁴⁹; *Kedua*: gugatan berdasarkan *trespass* juga ditolak¹⁵⁰; *Ketiga*: gugatan berdasarkan *nuisance*¹⁵¹ dan *negligence*¹⁵² dapat diteruskan.

¹⁴⁵Vivienne Harpwood, *Op.cit.*, hal. 25-27.

¹⁴⁶*Ibid.*, hal. 717.

¹⁴⁷*Loc.it.*, hal.. 717

¹⁴⁸In Re Starlink Corn Products Liability Litigation, 212 F. Supp. 2d 828, hal. 829.

¹⁴⁹Dalam kasus ini, hakim menyatakan bahwa “*Although potential civil liability obviously increases the manufacturer’s incentive to comply, if the state is merely adopting as its standard Meskipun of care that which is already required under federal law, no additional obligation is imposed*”. Lihat: Re Starlink Corn Products Liability Litigation, 212 F. Supp. 2d 828, hal. 836.

¹⁵⁰Dalam konteks *trespass* (conversion), hakim menyatakan bahwa:

“*The complaint alleges that defendants did not take adequate precautions to ensure that StarLink corn was adequately segregated. Nowhere do plaintiffs claim that defendants intentionally commingled StarLink and non-StarLink corn, or deliberately contaminated the food supply. Even if defendants negligently failed to prevent cross-pollination and commingling, they would not be liable for conversion.*”

3.2.2.2 Kanada

Kanada merupakan salah satu pionir dalam menerapkan teknologi rekayasa genetika dalam bidang pertanian.¹⁵³ Penggunaan teknologi rekayasa genetika dewasa ini mencapai 80% dari canola dan 65% jagung dan kacang kedelai diproduksi di Kanada. Masyarakat Kanada telah mengkonsumsi makanan-makanan yang menggunakan rekayasa genetika dalam jumlah yang tidak diketahui lebih dari satu dekade, dimana sebagian orang menyadarinya dan sebagian lagi tidak menyadarinya.

Bagaimanakah dengan sistem pertanggungjawaban apabila timbul kerugian akibat menggunakan teknologi rekayasa genetika pada hukum Kanada?

Di Kanada tidak ada peraturan khusus yang mengatur tentang mekanisme pertanggungjawaban pada penggunaan teknologi rekayasa genetika.¹⁵⁴ Bahkan peraturan khusus tentang rekayasa genetika juga tidak ada ketika untuk pertama kalinya Kanada melepaskan *canola* transgenik. Di samping itu, pendapat negatif

Dari kutipan di atas terlihat bahwa dalam hal *trespass*, hakim menyatakan bahwa penggugat gagal untuk membuktikan unsur kesengajaan (untuk menciptakan pencampuran antara jagung StarLink dengan jagung biasa) sebagai unsur dari *trespass*. Kelalaian berupa kegagalan mencegah terjadinya perkawinan silang antara jagung StarLink dengan non-StarLink tidak cukup untuk membuktikan terjadinya *trespass*. *Ibid.*, hal. 844.

¹⁵¹*Ibid.*, hal. 845-848.

¹⁵²Dalam konteks *negligence*, penggugat menyatakan:

“that the widespread StarLink contamination of the U.S. corn supply is a result of defendants’ failure to comply with the EPA’s requirements. Aventis did not include the EPA-mandated label on some StarLink packages, did not notify, instruct and remind StarLink farmers of the restrictions on StarLink use, proper segregation methods and buffer zone requirements, and did not require StarLink farmers to sign the obligatory contracts. Prior to the 2000 growing season Aventis allegedly instructed its seed representatives that it was unnecessary for them to advise StarLink farmers to segregate their StarLink crop or create buffer zones because Aventis believed the EPA would amend the registration to permit StarLink use for human consumption.”

Ibid., hal. 835.

Kutipan di atas menunjukkan serangkaian pelanggaran *duty of care* yang dilakukan oleh tergugat berupa kegagalan untuk mengikuti aturan EPA (*environmental protection agency*), yaitu: tidak membuat label peringatan yang diwajibkan oleh EPA, tidak memberikan pemberitahuan, instruksi, atau peringatan bahwa StarLink hanya dapat digunakan secara terbatas, tidak adanya persyaratan berupa metode segregasi dan pembuatan *buffer zone*, serta adanya dugaan bahwa pegawai dari tergugat justru telah memberitahukan kepada para petani bahwa tidak perlu dilakukan segregasi.

¹⁵³Jane Matthews Glenn, *Damage Caused by GMOs under Canadian Law*, Bernard A. Koch (ed), “Damage Caused by Genetically Modified Organisms, Tort and Insurance Law Vol.27

¹⁵⁴*Loc. It.*, hal. 664.

yang diberikan oleh *Canadian Biotechnology Advisory Committee* pada saat pelepasan produk rekayasa genetika pada tahun 2002.

Penerapan pertanggungjawaban perdata untuk kasus transgenik dapat dilihat dari putusan hakim dalam kasus *Hoffman v. Monsanto*, yaitu suatu gugatan yang dilakukan oleh Larry Hoffman dan Dale Beaudoin sebagai penggugat melawan Monsanto Kanada dan Bayer Cropscience sebagai tergugat, para penggugat yaitu pemilik lahan yang menggugat Monsanto yang melepaskan canola transgenic, para tergugat yaitu distributor yang melakukan produk pertanian termasuk di dalamnya bahan kimia dan pestisida, penggugat mengatakan bahwa kerugian yang disebabkan oleh masuknya canola transgenic yang didistribusikan oleh tergugat, dimana benih canola transgenic mencemari tanaman milik penggugat yang tidak mengandung teknologi rekayasa genetika, penggugat mengklaim bahwa tindakan tergugat yang melepas canola transgenik telah mencemari lahan milik penggugat, penggugat adalah petani organik, yang menggugat bahwa akibat pelepasan canola transgenik yang dilakukan oleh tergugat mengakibatkan pencemaran pada lahan milik penggugat, penggugat gagal untuk membuktikan fakta-fakta pendukung, bahwa lahannya telah tercemar oleh canola transgenik yang dilepaskan oleh tergugat.¹⁵⁵

Dari kasus *Hoffman v. Monsanto*, terlihat beberapa hal yang bisa menjadi pelajaran berharga:

Pertama, aturan *Rylands v. Fletcher (Strict Liability)* ditolak oleh hakim karena pelepasan canola transgenik dianggap bukanlah perbuatan yang *abnormally dangerous* mengingat otoritas Kanada sebelumnya telah melakukan uji coba dan memutuskan bahwa canola transgenik tidaklah lebih berbahaya (*substantially equivalent*) dibandingkan dengan canola non-transgenik.¹⁵⁶ Di samping itu, hakim juga menyatakan bahwa seandainya pelepasan transgenik merupakan kegiatan berbahaya, *Strict Liability* tetap tidak dapat diterapkan karena berdasarkan *Rylands v. Fletcher*, pertanggungjawaban ini hanya dapat dikenakan untuk pelepasan bahan berbahaya dari properti yang dimiliki atau di bawah

¹⁵⁵. Thomson Reuters Canada Limited, Saskatchewan Court of Queen's Bench, Judgment May 11, 2005, Docket: Saskatoon Q.B.G. 67/02. 2005 SKQB 225, 15 C.E.L.R (3d)42, (2005) 7 W.W.R. 665,264 Sask. R.1.

¹⁵⁶*Hoffman v. Monsanto*, 2005 SKQB 225, 264 Sask. R. 1, par. 23.

kontrol tergugat. Dalam hal ini, hakim menyatakan pelepasan produk transgenik tidak dapat dikategorikan sebagai pelepasan bahan berbahaya menurut pengertian *Rylands v. Fletcher*, karena pelepasan tidak terjadi dari properti yang dimiliki atau di bawah kontrol tergugat.¹⁵⁷

Kedua, gugatan berdasarkan *negligence* ditolak karena hakim melihat bahwa meskipun pencampuran produk transgenik dengan non-transgenik merupakan hal yang dapat diperkirakan (*foreseeable*), tetapi hakim menganggap bahwa kerugian spesifik yang diderita oleh penggugat (yaitu berupa hilangnya pangsa pasar atas produk organik mereka atau ancaman hilangnya sertifikat organik mereka) merupakan hal yang tidak dapat diperkirakan (*unforeseeable*).¹⁵⁸

Ketiga, gugatan berdasarkan *trespass* juga ditolak karena *trespass* mensyaratkan bahwa tindakan tergugat secara langsung merupakan invasi atas pemakaian dan kenikmatan menggunakan hak milik pribadi penggugat. Dalam hal ini, perlu tindakan lain selain dari tindakan tergugat menjual produk transgenik dan faktor alam (seperti angin), untuk menyebabkan terjadi invasi produk transgenik terhadap hak milik penggugat.¹⁵⁹

Keempat, gugatan atas dasar *nuisance* juga ditolak dengan alasan bahwa menyatakan tergugat (produsen transgenik) bertanggungjawab atas dasar *nuisance* akan sama artinya dengan menyatakan bahwa produsen pestisida bertanggungjawab atas kerugian yang diderita pihak ketiga akibat dari pemakaian pestisida. Lebih jauh hakim menyatakan bahwa meskipun merupakan syarat yang perlu (*necessary*), pemasaran produk transgenik bukanlah merupakan syarat yang cukup (*sufficient*) untuk terjadi kerugian penggugat.¹⁶⁰

Dari keempat hal di atas dapat disimpulkan bahwa di satu sisi, pengadilan mungkin akan menolak penerapan *Strict Liability* untuk kasus pelepasan produk transgenik karena menganggap pelepasan bukanlah merupakan kegiatan yang berbahaya (apalagi dengan berbagai persyaratan yang ketat). Di sisi lain, kalau pun *Strict Liability* secara prinsip bisa diterapkan hakim dapat saja menganggap

¹⁵⁷*Ibid.*, par. 97. Pendapat ini menguatkan pendapat bahwa dalam konteks ini, yang bisa digugat atau terkena aturan mengenai lepasnya bahan berbahaya menurut *Rylands v. Fletcher* adalah justru petani pengguna transgenik, dan bukannya produsen.

¹⁵⁸*Ibid.*, par. 64-66.

¹⁵⁹*Ibid.*, par. 131. Dalam hal ini, dapat disimpulkan bahwa yang paling tepat untuk digugat adalah petani yang menggunakan produk transgenik dan bukannya produsen.

¹⁶⁰*Ibid.* par. 114.

bahwa hubungan antara produsen dengan korban terlalu jauh, sehingga yang paling tepat digugat adalah petani. Jika ini terjadi, maka penggugat akan mengalami kesulitan yang tidak ringan, yaitu harus menentukan mana di antara petani pengguna transgenik yang telah menyebabkan kerugian pada dirinya.

3.3. Kesulitan yang timbul apabila suatu negara tidak memiliki Legislasi khusus

Sebagaimana kita ketahui terdapat negara-negara yang tidak memiliki legislasi khusus yang mengatur tentang pertanggungjawaban yang timbul akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika yang menimbulkan kerugian. Dalam hal ini, penentuan siapa yang harus bertanggung jawab apabila timbul kerugian merupakan pertanyaan yang menarik.¹⁶¹

Setiap negara mempunyai ketentuan yang berbeda dalam menerapkan hukum. Di negara-negara *Common Law* yang tidak mempunyai legislasi khusus, pertanggungjawaban perdata akan mengikuti aturan pertanggungjawaban berdasarkan Tort secara umum. Hal ini tentu saja berbeda dengan negara-negara yang memiliki legislasi khusus, seperti Austria, Jerman, Polandia, Swiss dan Norwegia. Di negara-negara tersebut, apabila terjadi kerugian yang diakibatkan oleh pelepasan produk hasil rekayasa genetika, maka pertanggungjawaban yang digunakan adalah *Strict Liability*. Hal ini juga secara implisit menunjukkan bahwa di negara-negara yang menerapkan *Strict Liability*, pelepasan produk rekayasa genetika dianggap sebagai kegiatan yang memiliki potensi dampak yang besar bagi manusia dan lingkungan hidup.¹⁶²

Pada rejim *Strict Liability* penggugat tidak perlu menunjukkan kesalahan si tergugat atas kerugian yang ditimbulkan, hal ini lebih memudahkan penggugat karena ia terlepas dari beban pembuktian yang cukup sulit yaitu untuk membuktikan adanya kesalahan (pelanggaran hukum) sebagai penyebab dari kerugian yang diderita oleh penggugat.¹⁶³

¹⁶¹Bernhard A. Koch, *Op.cit.*, hal. 27.

¹⁶²Vannesa Wilcox., *Op.cit.*, hal. 779-780.

¹⁶³Rosa Agustina., *Op.cit.*, hal. 91.

Salah satu kekurangan dari penerapan *Tort* secara umum yang berdasarkan kesalahan adalah tidak mudah bagi penggugat atau korban untuk membuktikan kesalahan yang dibuat oleh pihak yang melakukan perbuatan yang menimbulkan kerugian, dikarenakan tidak dibedakannya antara tingkat kesalahan dan kelalaian.¹⁶⁴ Selain itu peraturan pada *Tort* juga yang tujuan utamanya adalah memperoleh ganti kerugian, pada beberapa kasus malah tidak efisien dikarenakan sulitnya untuk menentukan kesalahan.¹⁶⁵ Inilah kesulitan yang ditemui pada negara-negara yang tidak memiliki legislasi khusus pada penggunaan Teknologi rekayasa genetika, dikarenakan menggunakan *Tort* umum dalam menerapkan kompensasi ganti kerugian.

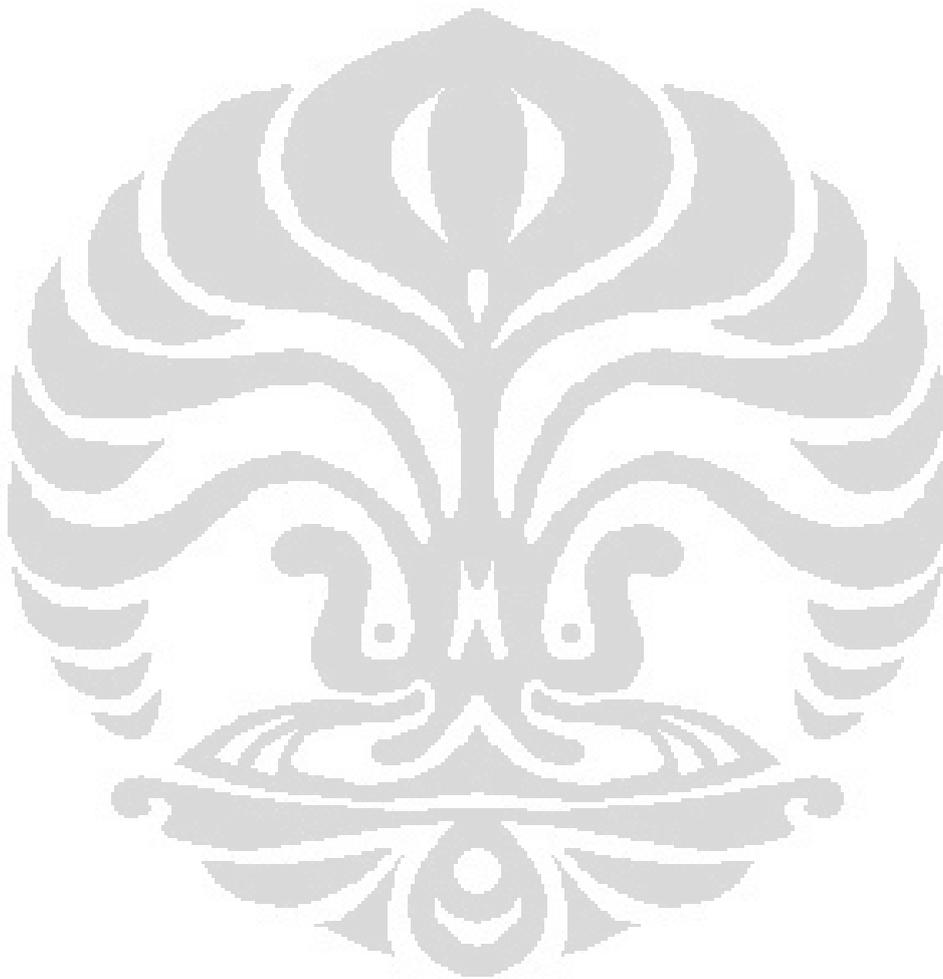
Di samping itu, seperti dikemukakan sebelumnya, apabila tidak ada legislasi khusus tentang pertanggungjawaban atas produk rekayasa genetika, maka ada kemungkinan bahwa hakim tidak akan menganggap pelepasan produk rekayasa genetika sebagai kegiatan yang berbahaya terhadap lingkungan.¹⁶⁶ Di samping itu, ketiadaan legislasi tersebut juga akan menimbulkan kesulitan bagi penggugat dalam hal penentuan tergugat. Seperti diketahui, beban penggugat akan jauh lebih mudah apabila pertanggungjawaban dikanalisis (*chanelled*) kepada produsen. Saat ini berbagai cara tersedia untuk menelusuri produk rekayasa genetika sampai kepada produsennya, karena memang setiap produsen memiliki produk yang direkayasa secara unik. Persoalannya adalah tanpa kanalisasi pertanggungjawaban, seperti telah ditunjukkan dalam *Hoffman v. Monsanto*, penggugat tidak akan berhasil meminta pertanggungjawaban produsen, karena memang hubungan antara penggugat (sebagai *bystander consumer*) dengan produsen tidaklah cukup dekat untuk dapat menarik pertanggungjawaban berdasarkan *liability rules* yang ada, baik itu PMH atau pun *strict liability*. Di antara produsen dan korban (penggugat) terdapat pihak lain, yaitu pengguna

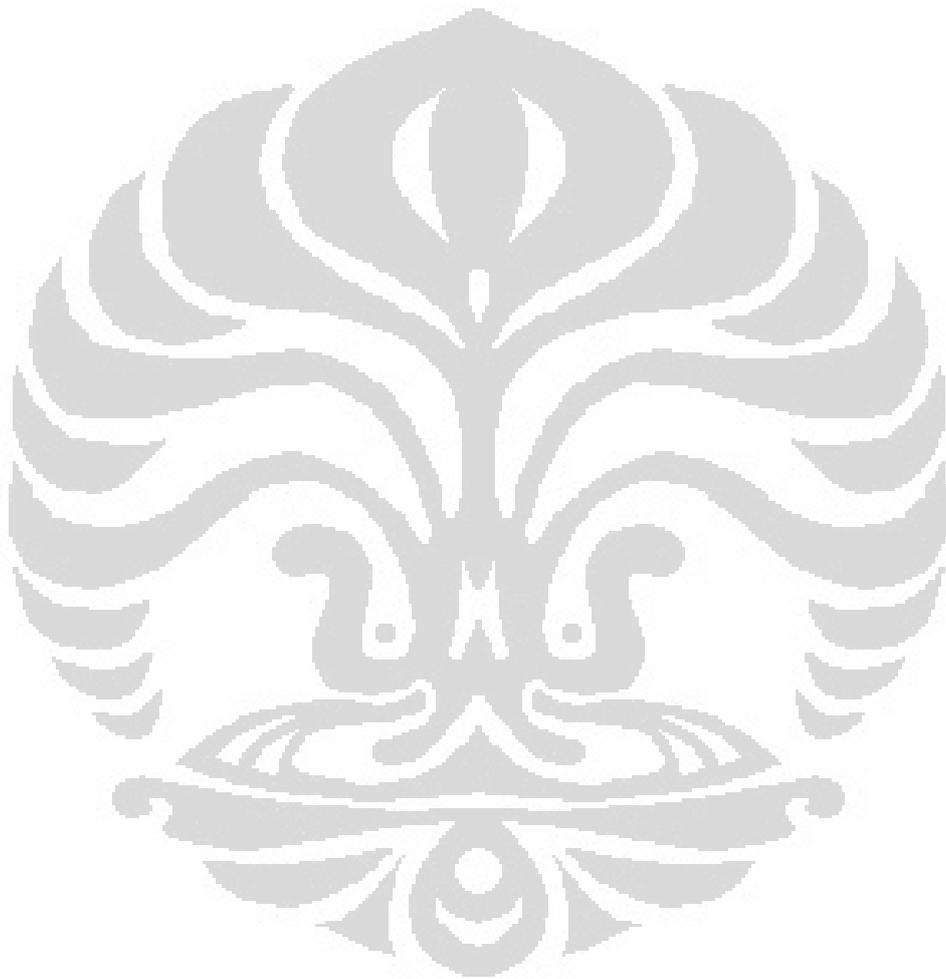
¹⁶⁴Vivienne Harpwood, *Op.cit.*, hal. 491.

¹⁶⁵*Ibid.*, hal. 492.

¹⁶⁶Di Indonesia, kemungkinan ini sangat mungkin terjadi. Dalam kasus *Kapas Transgenik*, hakim menyatakan bahwa pemberian izin pelepasan kapas secara terbatas yang diberikan tanpa didahului oleh persetujuan dokumen Amdal, bukanlah merupakan sebuah kekeliruan. Lihat: 71/G.TUN/2001/PTUN-JKT. Dengan pendapat ini, hakim sepertinya menyetujui pendapat Pemerintah bahwa pelepasan kapas transgenik secara terbatas tidak memerlukan Amdal, karena dianggap bukan kegiatan yang berbahaya.

(konsumen) produk rekayasa genetika, yang justru lebih tepat untuk ditarik sebagai tergugat. Namun demikian, menentukan siapa di antara petani konsumen tanaman transgenik jauh lebih sulit dibandingkan dengan menentukan siapa produsen yang telah menghasilkan tanaman transgenik tersebut.





BAB 4

SISTEM PERTANGGUNGJAWABAN DI INDONESIA TERHADAP PENGUNAAN TEKNOLOGI REKAYASA GENETIKA

4.1 Kemungkinan penerapan Perbuatan Melawan Hukum melalui penerapan pasal 1365 KUHPerdara untuk penggunaan teknologi rekayasa genetika.

Tujuan utama dari konsep pertanggungjawaban perdata adalah memberikan ganti rugi kepada korban, dengan cara memaksa pihak yang bertanggung jawab untuk memberikan ganti rugi atau kompensasi dalam bentuk sejumlah uang. Dengan kata lain, konsep ganti rugi dalam pertanggungjawaban perdata merupakan hal penting dalam rangka menegakkan rasa keadilan. Konsep tersebut sejalan pula dengan tujuan dan fungsi dari kaedah hukum. Dilihat dari tujuannya, hukum menghendaki adanya keseimbangan, kepentingan, ketertiban, keadilan, ketentraman dan kebahagiaan bagi setiap manusia.¹⁶⁷ Hukum merupakan sarana untuk mewujudkan sosial secara lahir bathin. Hukum yang bersifat mengikat dan dapat dipaksakan oleh negara kepada warganegaranya yang melakukan pelanggaran, sehingga timbul rasa takut untuk melakukannya karena takut akan ancaman hukuman, mereka yang melakukan kesalahan kemungkinan dapat dipenjarakan ataupun membayar ganti rugi.¹⁶⁸

Berdasarkan pemaparan di atas maka dalam kaedah hukum yang menegakkan rasa keadilan, pertanggungjawaban untuk memberikan ganti rugi kepada pihak yang dirugikan oleh tindakan seseorang merupakan suatu hak bagi pihak yang dirugikan atau penggugat. Dengan kata lain, pemberian ganti rugi merupakan kewajiban bagi pihak yang seharusnya bertanggung jawab untuk mengembalikan keadaan korban kepada keadaan seperti semula seperti sebelum terjadinya kerugian.¹⁶⁹ Penerapan kaidah hukum perdata dalam hukum

¹⁶⁷J.B Daliyo, Pengantar Ilmu Hukum, cet II. (Jakarta:Prenhallindo,1992), hal. 40.

¹⁶⁸*Ibid.*, hal 41.

¹⁶⁹H.F.A Volmar, *Op.cit.*, hal.

lingkungan, bertujuan untuk menegakkan hukum lingkungan. Dalam tulisannya, Lotulung mengutip pendapat Bocken yang berpendapat bahwa setidaknya-tidaknya ada tiga fungsi dari hukum perdata yaitu:¹⁷⁰

1. Hukum perdata dapat dipaksakan sehingga tercipta ketaatan pada norma-norma hukum lingkungan baik yang bersifat hukum privat maupun hukum publik.

Misalnya: wewenang hakim perdata untuk menjalankan putusan yang berisi perintah atau larangan (*verbod of gebod*) terhadap seseorang yang telah bertindak secara bertentangan dengan syarat-syarat yang ditentukan dalam suatu surat izin (*vergunning*) yang berkaitan dengan masalah lingkungan hidup.

2. Hukum Perdata dapat memberikan penentuan norma-norma (*normstelling*) dalam masalah lingkungan hidup. Misalnya melalui putusan hakim perdata dirumuskan norma-norma tentang tindakan yang cermat (*zorgvuldigheidsnormen*) yang seharusnya diharapkan dari seseorang dalam hubungan masyarakat.
3. Hukum perdata dapat pula memberikan kemungkinan untuk mengajukan gugatan ganti rugi atas pencemaran lingkungan terhadap pihak yang menyebabkan timbulnya pencemaran tersebut, yang biasanya dilakukan melalui gugatan Perbuatan Melawan Hukum (PMH).

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa tujuan penegakan hukum lingkungan melalui penerapan kaidah-kaidah hukum perdata dengan memberlakukan pertanggungjawaban perdata adalah untuk memberikan perlindungan kepada lingkungan dan terhadap korban yang menderita kerugian akibat dari pencemaran dan/perusakan lingkungan hidup.¹⁷¹

¹⁷⁰Lotulung, *Op.cit.*, hal. 1

¹⁷¹*Ibid.* hal.2.

4.1.1 Konsep ganti rugi dalam menegakkan Hukum Lingkungan melalui hukum Perdata.

4.1.1.1 Pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*Liability Based on Fault*)

Pertanggungjawaban yang mensyaratkan adanya unsur kesalahan adalah bentuk pertanggungjawaban yang di Indonesia disebut dengan Perbuatan Melawan Hukum (PMH), sebagaimana diatur pada pasal 1365 KUH Perdata. Menurut Pasal ini, definisi tentang PMH adalah:¹⁷² “tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.”

Berdasarkan penjabaran di atas dapat diambil kesimpulan bahwa di dalam PMH, unsur kesalahan adalah syarat terpenting yang harus dipenuhi agar dapat menentukan pihak yang bertanggung jawab atas kerusakan yang terjadi. Pengaturan tentang PMH ini di dalam UU No. 32 tahun 2009 terdapat di dalam pasal 87 yang menyebutkan:¹⁷³

- (1) Setiap penanggung jawab dan/atau kegiatan yang melakukan perbuatan melanggar hukum berupa pencemaran dan/atau perusakan lingkungan hidup yang menimbulkan kerugian pada orang lain atau lingkungan hidup wajib membayar ganti rugi dan/atau melakukan tindakan tertentu.
- (2) Setiap orang yang melakukan pemindahtanganan, perubahan sifat dan bentuk usaha, dan/atau kegiatan dari suatu badan usaha yang melanggar hukum tidak melepaskan tanggung jawab hukum dan/atau kewajiban badan usaha tersebut.
- (3) Pengadilan dapat menetapkan pembayaran uang paksa terhadap setiap hari keterlambatan atas pelaksanaan putusan pengadilan.
- (4) Besarnya uang paksa diputuskan berdasarkan keputusan perundang-undangan.

Dalam penjelasan Pasal 87 UU No. 32 tahun 2009 dikatakan bahwa ketentuan pasal ini merupakan perwujudan atau realisasi asas yang ada dalam hukum lingkungan yang disebut asas pencemar membayar. Yang dimaksud dengan pencemar membayar adalah pihak yang melakukan pencemaran dapat dimintai

¹⁷²Lihat kitab Undang-Undang Hukum Perdata pasal 1365.

¹⁷³Indonesia, Undang-Undang Tentang Perlindungan Dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, No.32 Tahun 2009, pasal 87.

pertanggungjawaban. Dalam penjelasan pasal 87 UU No. 32 tahun 2009 dapat dilihat bahwa kewajiban untuk memperoleh ganti rugi dalam konsep PMH tidak hanya terbatas pada korban pencemaran saja, tetapi juga termasuk di dalamnya berupa kewajiban untuk melakukan suatu tindakan berupa perintah hakim kepada pelaku pencemaran untuk melakukan tindakan berupa pemasangan atau perbaikan unit pengolahan limbah yang sesuai dengan baku mutu lingkungan, melakukan tindakan pemulihan atas lingkungan hidup, menghilangkan atau memusnahkan penyebab timbulnya pencemaran serta pembebanan uang paksa (*dwangsom*) setiap hari atas keterlambatan pelaksanaan perintah pengadilan untuk melaksanakan tindakan tertentu demi pelestarian fungsi lingkungan hidup.

Dalam tulisannya Andri Wibisana mengemukakan bahwa menurut *Green Paper*, lapis pertama dari sistem kompensasi yang harus bekerja ketika terjadi pencemaran adalah pertanggungjawaban perdata, baik berdasarkan Perbuatan Melawan Hukum (pertanggungjawaban atas dasar kesalahan – *liability based on fault* atau *negligence*) maupun berdasarkan pertanggungjawaban langsung (pertanggungjawaban tanpa kesalahan – *Liability without fault* atau *Strict Liability*).¹⁷⁴

Terkait dengan pertanggungjawaban atas kesalahan, *Green Paper* mengatakan bahwa pertanggungjawaban ini memerlukan bukti bahwa pihak yang melakukan pencemaran telah melakukan kelalaian atau telah melakukan pelanggaran hukum yang menimbulkan kerugian.¹⁷⁵ Lebih jauh lagi dikatakan bahwa di dalam konteks pertanggungjawaban atas dasar kesalahan pihak pencemar tersebut harus pula terbukti telah gagal melakukan suatu tindakan menurut standar tertentu.¹⁷⁶ Dalam konteks ini, penggugat harus dapat membuktikan tiga unsur yaitu:

1. Tergugat mempunyai *duty of care* terhadap penggugat.
2. Tergugat melanggar *duty of care* tersebut.

¹⁷⁴Andri Wibisana dan Pramita K.Putri, “Analisa Law And Economic atas Kompensasi dan Asuransi Lingkungan di Indonesia: Sebuah Kritik atas Kompensasi tanpa Sistem” Jurnal Hukum dan Pembangunan (Tahun ke-39 No.4/2009), hal. 535.

¹⁷⁵*Loc.cit.*, hal.535.

¹⁷⁶Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 118.

3. Kerugian yang disebabkan oleh pelanggaran kewajiban tersebut tidak terlalu jauh hubungannya dengan kerugian yang diderita penggugat.

Ketentuan Perbuatan Melawan Hukum lahir karena terdapat prinsip barang siapa yang menimbulkan kerugian kepada orang lain mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan ganti rugi diharuskan untuk menggantikan kerugian tersebut, hal ini merupakan turunan *corrective justice* yang mengajarkan bahwa setiap orang harus dilindungi hak-haknya dan dipulihkan keadaannya agar ada keseimbangan antara keadilan dan kepastian hukum yang merupakan tujuan hukum.¹⁷⁷

Sistem kompensasi berhubungan tidak hanya dengan pemenuhan hak korban pencemaran, tetapi juga dengan efek jera dan upaya pencegahan. Mengingat pentingnya sistem kompensasi ini maka **Deklarasi Rio** tahun 1992 telah mengamanatkan pada setiap negara untuk membuat perangkat hukum mengenai pertanggungjawaban perdata dan kompensasi bagi para korban pencemaran.¹⁷⁸

Perkembangan konsep Perbuatan Melawan Hukum selanjutnya berkembang secara khusus dalam pengaturan mengenai ganti rugi, terutama dengan munculnya berbagai undang-undang, yaitu UU No. 4 tahun 1982, yang diganti dengan UU No. 23 tahun 1997, dan kemudian diganti lagi dengan UU No. 32 tahun 2009). UU No. 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen yang mengatur secara khusus tentang pembuktian kesalahan dalam hal terjadinya suatu Perbuatan Melawan Hukum.¹⁷⁹

Dalam pasal 1365 KUH Perdata dikenal suatu ketentuan bahwa ganti rugi hanya dapat dikabulkan apabila si korban dapat membuktikan bahwa adanya unsur kesalahan pada pelaku.¹⁸⁰ Perbuatan Melawan Hukum pada pasal 1365 KUH Perdata merupakan rumusan yang sangat terbuka untuk dikembangkan karena pasal tersebut merupakan rumusan normatif, perumusan yang demikian

¹⁷⁷*Ibid.*, hal. 325.

¹⁷⁸Andri Wibisana dan Pramita K. Putri, *Op.cit.*, hal. 532.

¹⁷⁹Rosa Agustina *Op.cit.*, hal. 328.

¹⁸⁰*Loc.cit.* hal. 328.

akan memberikan keleluasaan pada hakim untuk menemukan hukum, terlebih 2 (dua) kriteria Perbuatan Melawan Hukum yaitu pelanggaran kaidah tata susila dan pelanggaran asas kepatutan, ketelitian serta sikap hati-hati bersumber pada ketentuan tidak tertulis.¹⁸¹

Dengan melihat konsep PMH berdasarkan pasal 1365 KUH Perdata dan pasal 1865 KUH Perdata,¹⁸² serta Pasal 87 UU No. 32 tahun 2009, maka unsur-unsur di dalam PMH sepenuhnya menjadi beban pembuktian si penggugat.

UU No. 32 tahun 2009 pasal 69 huruf g menyatakan bahwa setiap orang dilarang melepaskan produk rekayasa genetika ke media lingkungan hidup yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau izin lingkungan. Dengan demikian, apabila hendak menggunakan atau melepaskan produk yang berbasis teknologi rekayasa genetika maka pihak yang melakukan pelepasan tersebut harus mengikuti peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam hal ini, peraturan yang berlaku adalah PP No. 21 tahun 2005 tentang Keamanan Hayati Produk Rekayasa Genetik. Peraturan ini memuat berbagai ketentuan mengenai persyaratan produk rekayasa genetik dari luar negeri, sertifikasi keamanan hayati dari produk rekayasa genetik, prosedur pemberian izin pelepasan produk rekayasa genetik, sampai dengan pembentukan Komisi Keamanan Hayati.

Selain itu pelepasan produk rekayasa genetika ini telah memperoleh izin lingkungan. Di dalam Pasal 36 ayat (1) disebutkan bahwa setiap usaha dan/atau kegiatan yang wajib memiliki amdal atau UKL-UPL, wajib memiliki izin lingkungan yang diterbitkan oleh Menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya.¹⁸³

Apabila dalam penggunaan Teknologi rekayasa genetika ternyata menimbulkan kerugian, maka ganti kerugian dapat dimintakan kepada pihak yang bertanggungjawab, yaitu yang memenuhi syarat-syarat perbuatan melawan

¹⁸¹ *Ibid.* hal. 330.

¹⁸². Edmon Makarim, *Op.cit.* hal. 266.

¹⁸³Indonesia, Undang-undang no.32 tahun 2009, tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

hukum. Mariam Badruzaman menyatakan bahwa syarat-syarat tersebut terdiri dari hal-hal sebagai berikut :¹⁸⁴

- Harus ada perbuatan, baik yang bersifat positif maupun yang bersifat negatif.
- Perbuatan itu harus melawan hukum
- Adanya kerugian.
- Ada hubungan sebab akibat antara perbuatan melawan hukum itu dengan kerugian yang ditimbulkan.
- Ada kesalahan.

Dengan demikian dapat kita simpulkan bahwa apabila kita hendak menerapkan PMH pada penggunaan teknologi rekayasa genetika maka kerugian yang terjadi haruslah merupakan kerugian yang timbul dari kesalahan tergugat, sebab unsur kesalahan merupakan syarat mutlak yang harus terpenuhi untuk menentukan bertanggungjawab atau tidaknya seseorang. Unsur kesalahan ini dibuktikan dengan adanya pelanggaran terhadap ketentuan perundang-undangan maupun kepatutan dan kehati-hatian terkait dengan penggunaan/pelepasan produk rekayasa genetika.

4.2. Penerapan *Strict Liability* pada penggunaan teknologi rekayasa genetika

Pada umumnya pembuktian sangatlah diperlukan apabila penggugat akan menuntut pihak lain untuk mengganti kerugian yang ditimbulkan pada penggunaan teknologi rekayasa genetika yang menimbulkan kerusakan pada kesehatan manusia dan mencemari lingkungan. Rejim *Strict Liability* mengurangi beban penggugat (korban), karena persoalan kesalahan (pelanggaran hukum) tidak lagi dipersoalkan dalam pertanggungjawaban ini. Meski demikian, penggugat tetap harus menunjukkan adanya kerugian sebagai dasar untuk meminta pertanggungjawaban.¹⁸⁵

¹⁸⁴Rosa Agustina, *Op.cit.*, hal. 50.

¹⁸⁵Manuela Weissenbacher, *Op.cit.* hal.7.

Beberapa negara mempunyai ketentuan yang memberlakukan aturan *Strict Liability* yang diterapkan pada penggunaan teknologi rekayasa genetika yang menimbulkan kerugian pada pihak lain. Ketentuan ini ditujukan pada kegiatan yang dikategorikan “*extremely dangerous activities*”, yaitu kegiatan yang menghasilkan kerugian/kerusakan yang sangat besar. Berdasarkan *strict liability*, pelaku pencemaran akan bertanggungjawab atas pencemaran yang terjadi, tanpa melihat ada tidaknya unsur kesalahan pada diri pencemar, apakah pencemar tersebut telah melakukan perbuatan melanggar hukum (*unlawful act*) atau tidak, dalam hal ini pencemar tetap diharuskan untuk bertanggung jawab meskipun tidak adanya kesalahan berupa pelanggaran hukum (pelanggaran terhadap *duty of care*)¹⁸⁶

Siti Sundari dalam bukunya Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan mengatakan *Strict Liability* merupakan tanggungugat¹⁸⁷ yang timbul seketika pada saat terjadinya perbuatan, tanpa mempersoalkan kesalahan tergugat, yang dijelaskan oleh **Krier** sebagai berikut:¹⁸⁸

Finally, the doctrine of strict liability for abnormally dangerous activities can be of assistance in many cases of environmental damage, strict liability is, of course, more than a burden-shifting doctrine, since it not only relieves the plaintiff of the obligation to prove fault but forecloses the defendant from proving the absence of fault.

Lebih lanjut dikatakan pula oleh Kolasa dan Meyer, seperti dikutip oleh Siti Sundari Rangkuti, bahwa:¹⁸⁹

¹⁸⁶*Loc.it.*, hal. 535.

¹⁸⁷Istilah tanggungugat digunakan oleh Siti Sundari Rangkuti untuk merujuk pada tanggungjawab.

¹⁸⁸Siti Sundari, *Op.cit.*, hal. 307-308.

¹⁸⁹*Loc.cit.*, hal.308.

..... *Strict liability, in general requires the same elements as does an action under negligence with the important addition of the existence of an absolute duty to make a situation safe.*

Mengenai syarat pemberlakuan *Strict Liability*, Kolasa dan Meyer, seperti dikutip dalam Siti Sundari Rangkuti, menyatakan :

Extra Hazardous activities and dangerous animals can be the occasion for determining strict liability. The activities must be such that they are not in common usage in the community and involve a risk of serious harm to persons or property that can not be eliminated bu the use of due care.

Di dalam tanggung jawab mutlak (*Strict Liability* atau *Absolute Liability*), tergugat selalu diharuskan untuk bertanggung jawab tanpa melihat ada atau tidaknya kesalahan yang dilakukan olehnya. Dengan kata lain, di dalam tanggungjawab mutlak unsur kesalahan menjadi suatu hal yang tidak perlu dipermasalahkan. Dalam hal ini, *EC Green Paper* menyatakan bahwa “*Strict liability, or liability without fault, eases the burden of establishing liability because fault need not be established. However, the injured party must still prove that the damage was caused by someone’s act*”¹⁹⁰ Pendapat *EC Green Paper* ini sekaligus juga menunjukkan bahwa di dalam *Strict Liability* unsur melawan hukum tidaklah perlu dibuktikan. Hal yang perlu dibuktikan oleh Penggugat hanyalah kerugian yang dideritanya dan hubungan kausalitas antara perbuatan yang dilakukan oleh pencemar (tergugat) dengan kerugian yang diderita oleh korban (penggugat).

Siti Sundari Rangkuti menyatakan beberapa hal terkait dengan penerapan strict liability:¹⁹¹

- a. *Strict Liability* dikenakan secara selektif terhadap perusakan atau pencemaran lingkungan yang masuk jenis dan kategori *abnormally dangerous* atau *ultra hazardous activities*.

¹⁹⁰EC Green Paper on Remedying Environmental Damage, COM(93) 47 final, 1993, hal. 6-7.

¹⁹¹*Ibid.*, hal. 312.

- b. *Strict Liability* tidak perlu diterapkan terhadap perbuatan pencemaran mengenai perlindungan lingkungan hidup.
- c. *Strict Liability* dapat dimasukkan dalam undang-undang yang ada, tetapi perlu peraturan khusus yang mengatur implementasinya secara komprehensif. Tanggungugat pencemar dapat pula ditetapkan dengan mengubah dan melengkapi pasal 1365 KUH Perdata.
- d. Pengaturan tentang *Strict Liability* hendaknya memperhatikan ketentuan tentang batas tertinggi ganti kerugian dan kemungkinan atau kewajiban asuransi.

Di Indonesia sendiri pertanggungjawaban mutlak atau *Strict Liability* hanya dapat diterapkan untuk kegiatan/usaha tertentu yang;¹⁹²

- Usaha dan atau kegiatannya menggunakan, menghasilkan atau mengelola limbah B 3.
- Kegiatannya menimbulkan ancaman yang serius terhadap lingkungan hidup.

Dengan dapat ditentukannya kriteria usaha dan/atau kegiatan yang membahayakan lingkungan hidup, maka doktrin pertanggungjawaban mutlak atau *Strict Liability* menyatakan bahwa seseorang yang melakukan kegiatan yang dapat dimasukkan kategori *extrahazardous* atau *ultrahazardous* atau *abnormal hazardous* diwajibkan untuk memikul segala kerugian yang timbul walaupun ia telah *bertindak hati-hati* atau *utmost care* untuk mencegah bahaya atau kerugian tersebut.¹⁹³

Dalam hubungannya dengan pencemaran lingkungan akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika maka *Strict Liability* kemungkinan akan dapat dipergunakan oleh penggugat yang merasa dirugikan oleh penggunaan teknologi rekayasa genetika tersebut.¹⁹⁴ Apabila menggunakan instrumen ini maka

¹⁹²Indonesia, Undang-Undang Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup No. 32 tahun 2009 pasal 88.

¹⁹³Restatement (seconds) of Torts, §519.

¹⁹⁴Michael Faure and Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal. 13.

penggugat pertama-tama harus dapat menunjukkan bahwa kegiatan/usaha tergugat merupakan kegiatan yang menggunakan B3, atau menghasilkan/mengelola limbah B3, atau kegiatan/usaha yang dapat menimbulkan akibat serius bagi lingkungan.¹⁹⁵

Berdasarkan penjelasan tentang tanggungjawab mutlak di atas, dapat disimpulkan bahwa menurut doktrin ini, apabila seseorang menjalankan jenis kegiatan yang dapat digolongkan sebagai *extrahazardous* atau *ultrahazardous* atau *abnormally dangerous*, maka ini diwajibkan memikul segala kerugian yang ditimbulkan meskipun ia telah bertindak sangat hati-hati atau *utmost care*.¹⁹⁶

Dalam bidang pengelolaan lingkungan hidup konsep pertanggungjawaban mutlak (*Strict Liability*) telah diatur dalam Pasal 88 UU No. 32 tahun 2009, yang merupakan *lex specialis* dari Pasal 1365 KUH Perdata.¹⁹⁷ Akan tetapi pengugat tetap wajib untuk membuktikan kerugian yang dideritanya dan menunjukkan hubungan kausal antara kerugian yang diderita penggugat dan dengan kegiatan yang dilakukan tergugat.

4.3 Pihak yang bertanggungjawab apabila timbul dampak kerugian akibat Penggunaan teknologi rekayasa genetika

Pada penggunaan teknologi rekayasa genetika apabila menimbulkan kerugian dan kerusakan tentulah ada pihak yang dapat dimintai pertanggungjawabannya.

Dalam penggunaan teknologi rekayasa genetika ada beberapa pihak yang terlibat di dalam penggunaannya baik dalam pelepasan produk, pengangkutan, ekspor impor dan perdagangannya dan ini berbeda satu sama lain, ada beberapa pelaku yang terlibat di dalamnya, dan ada pula kemungkinan beberapa pelaku secara bersama-sama dapat dimintai pertanggungjawaban di dalam proses produksi.¹⁹⁸ Dan seperti masalah-masalah pada umumnya perangkat hukum

¹⁹⁵*Loc.cit.*, hal. 13.

¹⁹⁶M.A. Santosa, "Permasalahan Sekitar Penegakan Hukum Lingkungan Keperdataan Indonesia," (bahan kuliah hukum lingkungan FH-UI), hal. 15.

¹⁹⁷*Loc.it.*, hal. 15.

mempunyai beberapa macam *option* untuk menyelesaikan masalah yang timbul. Yang paling memudahkan penggugat adalah *joint and several liability*. Di sisi lain, telah pula berkembang pertanggungjawaban secara proporsional, misalnya berdasarkan apa yang disebut dengan *market share liability*.

4.3.1 Pihak-pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban pada kerugian yang timbul akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika

Dalam pelepasan produk yang menggunakan teknologi rekayasa genetika muncul pertanyaan mengenai pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban apabila dalam penggunaannya ternyata menimbulkan kerugian dan menimbulkan pencemaran. Di dalam pelepasan produk tersebut terdiri dari beberapa pihak yang turut andil di dalamnya dalam pelepasan produk tersebut.¹⁹⁹

Untuk menentukan standar pertanggungjawaban dan pihak-pihak mana saja yang dapat dimintai pertanggungjawaban sehubungan dengan pelepasan produk rekayasa genetika kita harus memperhatikan:²⁰⁰

- (a) Jenis kerusakan yang timbul;
- (b) Tempat dimana kerusakan timbul;
- (c) Tingkat kerusakan yang timbul akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika seperti yang telah diketahui akan resiko penggunaan teknologi tersebut.
- (d) Akibat-akibat yang tidak diharapkan
- (e) Pengawasan penggunaan pada produk yang menggunakan teknologi rekayasa genetika.

Dengan demikian kerugian yang timbul akibat penggunaan teknologi rekayasa genetika kemungkinan dapat menggunakan pertanggungjawaban *Strict Liability* Kepada pihak yang menimbulkan resiko kerusakan yang sangat besar, demikian juga dengan pihak-pihak yang melakukan pengawasan pada penggunaan

¹⁹⁸Michael Faure and Andri Wibisana, *Op.cit* hal.36.

¹⁹⁹Michael Faure and Andri Wibisana, "Liability to Third Parties for Damage Caused by GMOs: An Economic Perspective., hal. 851.

²⁰⁰Convention On Biological Diversity, Third Meeting Montreal, 19-23 February 2007, *Op.cit.*, hal. 39.

Teknologi rekayasa genetika dan pihak-pihak yang tidak mentaati peraturan di bawah Protokol yang mengatur tentang rekayasa genetika ini baik dikarenakan ketidak hati-hatian sudah seharusnya bertanggungjawab pada kerusakan yang timbul dari penggunaan Teknologi rekayasa genetika tersebut.²⁰¹

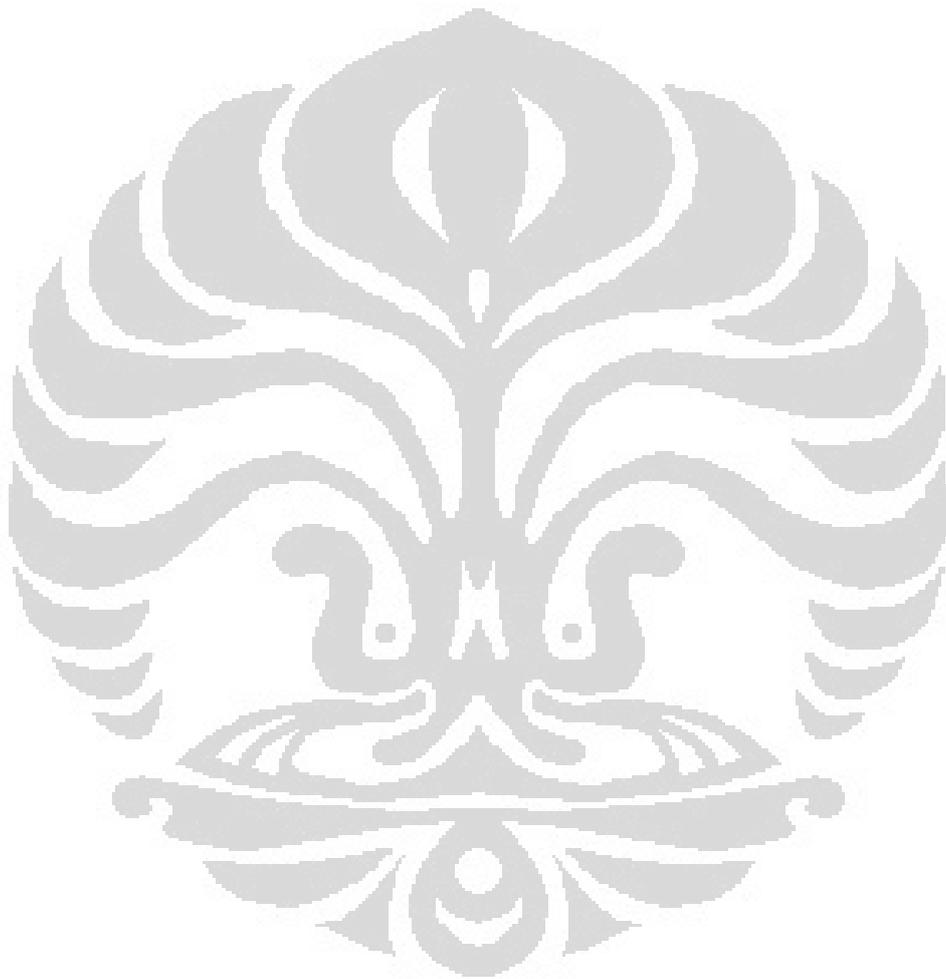
Dalam pelepasan produk-produk yang mengandung rekayasa genetika ada beberapa pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban, hal ini merupakan penerapan dari pada the *joint responsibility* yang tercantum pada pasal 27 Protokol Cartagena yang menerapkan *international rules of procedure in the field of liability and redress for damage resulting transboundary movements of LMOs*. Dalam pasal ini termasuk juga pengaturan *joint responsibility* antara importir dan exportir.²⁰²

Dalam pelepasan produk yang mengandung rekayasa genetika ada beberapa pihak yang terlibat di dalamnya, dan berasal dari sumber yang berbeda-beda²⁰³. Dalam *joint and several liability* pihak korban dapat menuntut dan meminta ganti kerugian kepada pihak-pihak yang turut serta dalam pelepasan produk tersebut yaitu produsen, penyedia benih dan pihak-pihak yang turut mengawasi pelepasan produk rekayasa genetika tersebut, tentu saja tanggungjawab terhadap kerugian yang ditimbulkan ditentukan secara proporsional.

²⁰¹*Loc.cit.*, hal. 39.

²⁰²Convention on Biological diversity, second meeting, Montreal , 20-24 February 2006

²⁰³Michael Faure and Andri Wibisana, *Op.cit.*, hal.851.



BAB 5

KESIMPULAN DAN SARAN

5.1 Kesimpulan

Dengan berbagai uraian yang telah penulis sampaikan dalam bab-bab sebelumnya penulis dapat menarik kesimpulan bahwa:

- 1 Kerugian yang ditimbulkan oleh penggunaan teknologi rekayasa genetika, yang menyebabkan pencemaran lingkungan dapat dimintakan pertanggungjawaban perdata. Di beberapa negara yang memiliki legislasi khusus, pertanggungjawaban perdata dapat dibebankan kepada pihak yang melakukan pencemaran dan menimbulkan kerugian. Di samping itu di negara-negara tersebut, seperti di Jerman dan Austria, menerapkan instrumen *Strict Liability* untuk memberikan perlindungan pada kerusakan yang ditimbulkan pada penggunaan Teknologi rekayasa genetika, pada *Strict Liability* ini tergugat diharuskan untuk selalu bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkan, dan tidak diperlukan pembuktian akan adanya unsur kesalahan oleh pihak korban, dengan kata lain unsur kesalahan tidak perlu dipermasalahkan, dalam hal penerapan *Strict Liability* ini walaupun tergugat telah bertindak sangat hati-hati, tetapi apabila akibat perbuatannya menimbulkan kerugian pada pihak lain maka pertanggungjawaban perdata dapat dibebankan kepadanya, seperti ganti kerugian. Berdasarkan prinsip ini pihak tergugat harus membayar seluruh kerugian yang disebabkan oleh tindakannya, terlepas dari bersalah atau tidaknya tergugat, hal ini dipandang lebih memudahkan bagi penggugat dikarenakan pembuktian tidaklah diperlukan bagi penggugat untuk memperoleh ganti kerugian, salah satu alasan lebih efektifnya penggunaan *Strict Liability* adalah beratnya beban pembuktian dan sulit untuk menentukan pihak-pihak mana saja yang telah melakukan pencemaran, dengan diberlakukannya instrumen *Strict Liability* ini memudahkan bagi pihak korban atau penggugat untuk memperoleh ganti kerugian. Dalam konteks perlindungan bagi korban

penerapan *Strict Liability* berguna untuk memberikan kepastian kepada pihak korban untuk memperoleh ganti kerugian hal ini dikarenakan pihak tergugat diwajibkan untuk memberikan kompensasi atas kerugian yang ditimbulkan tanpa melihat ada tidaknya unsur kesalahan pada diri tergugat

- 2 Adapun kesulitan yang timbul apabila suatu negara tidak memiliki legislasi khusus dalam penggunaan teknologi rekayasa genetika contohnya Amerika dan Kanada adalah, beratnya beban pembuktian hal ini dikarenakan untuk meminta ganti kerugian yang dideritanya maka pihak korban atau penggugat haruslah dapat membuktikan bahwa kerugian yang ditimbulkan merupakan kesalahan ataupun akibat kelalaian dari pihak tergugat. Pada negara-negara yang tidak memiliki legislasi khusus maka apabila timbul kerugian akibat penggunaan Teknologi rekayasa genetika maka mempergunakan *Tort Umum*. Kesulitan dalam hal ini adalah terkait dengan beban pembuktian dan kesulitan korban atau penggugat untuk membuktikan bahwa kerugian yang ditimbulkan adalah akibat dari perbuatan tergugat. Di samping itu, korban (penggugat) pun dihadapkan pada kesulitan untuk menentukan siapa tergugatnya, dikarenakan ada kemungkinan bahwa hakim hanya akan menerima gugatan yang diajukan bukan pada produsen, tetapi diajukan pada petani konsumen produk hasil rekayasa genetika.
- 3 Di Indonesia sendiri pertanggungjawaban perdata telah di atur di dalam perundang-undangan. Setiap perbuatan yang menimbulkan kerugian pada pihak lain, memikul tanggung jawab untuk melakukan pembayaran kompensasi atas kerugian yang ditimbulkan. Meski demikian, di dalam konteks PMH, pihak korban tetaplah haruslah dapat membuktikan adanya kesalahan pihak tergugat dalam pelepasan/pengelolaan produk rekayasa genetika. Belajar dari kasus di AS dan Kanada, kegagalan untuk mengikuti ketentuan perundang-undangan, kegagalan untuk mencegah pencemaran, atau kegagalan untuk memberikan peringatan kepada konsumen merupakan bentuk-bentuk perbuatan yang melawan hukum. Di

sisi lain, pengalaman di Kanada juga menunjukkan adanya kemungkinan hakim untuk menolak gugatan atas dasar PMH karena menganggap kerugian yang diderita oleh korban (penggugat) merupakan kerugian yang *unforeseeable*. Di samping memuat Pasal 87 tentang PMH, UU Nomor 32 tahun 2009 juga memuat Pasal 88 mengenai *Strict Liability*. Berdasarkan pertanggungjawaban *Strict Liability* ini tergugat akan bertanggungjawab atas kerugian yang muncul dari pelepasan/penggunaan produk rekayasa genetika tanpa perlu adanya unsur kesalahan. Penerapan *Strict Liability* dirasakan lebih memudahkan korban karena, berbeda dengan PMH, dalam *Strict Liability* unsur kesalahan menjadi tidak relevan, karena tergugat akan bertanggungjawab terlepas dari apakah dia melakukan kesalahan atau tidak. Persoalannya adalah, berdasarkan pengalaman di Kanada, terdapat kemungkinan bahwa hakim akan menolak untuk memasukkan pelepasan/penggunaan tanaman hasil rekayasa genetika sebagai kegiatan/usaha yang berbahaya, sehingga dapat terkena *Strict Liability*. Dengan demikian, pengalaman di negara lain memperlihatkan bahwa cara terbaik untuk mengatasi persoalan penentuan pertanggungjawaban dan pihak yang harus bertanggungjawab adalah dengan membuat peraturan perundangan-undangan khusus yang secara tegas menyebutkan bahwa pertanggungjawaban yang berlaku adalah *Strict Liability* dan bahwa pihak yang bertanggungjawab adalah produsen.

5.2 Saran

Berdasarkan hasil penelitian, penulis mencoba untuk memberikan saran sebagai bahan pertimbangan atas hal-hal yang perlu diantisipasi dalam menerapkan pertanggungjawaban perdata sebagai lapis pertama untuk memperoleh kompensasi atas kerugian yang ditimbulkan yaitu;

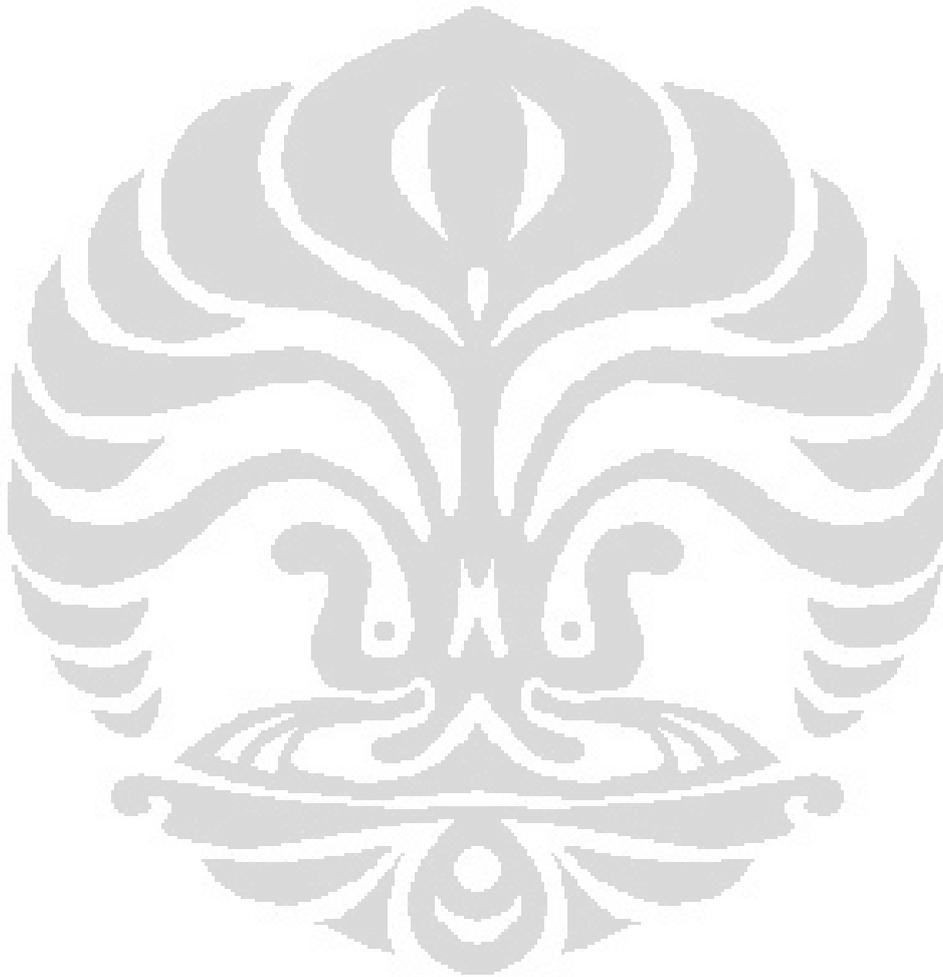
1. Dibutuhkan adanya peraturan perundang-undangan yang secara spesifik menentukan bahwa apabila pelepasan/penggunaan produk rekayasa genetika menimbulkan kerugian kepada pihak lain atau lingkungan hidup, maka produsen produk rekayasa genetika tersebut akan bertanggungjawab berdasarkan *Strict Liability*.
2. Mengingat bahwa penggunaan teknologi rekayasa genetika dewasa ini tumbuh sangat pesat dalam beberapa tahun dewasa ini, dengan berbagai kemungkinan dampak positif maupun negatif, penulis melihat Indonesia sudah sepatutnya berperan serta dalam membentuk suatu instrumen yang khusus melindungi para pengguna produk-produk yang berbasis teknologi rekayasa genetika, dan memberikan sanksi bagi pelepas produk rekayasa genetika.

Skripsi ini juga menemukan hal-hal menarik yang tidak dapat dibahas secara mendalam atau bahkan tidak disinggung sama sekali. Untuk itu, penulis menganggap perlu mengungkapkan hal-hal di bawah ini sebagai saran bagi penelitian selanjutnya:

- Perlu diteliti kaitan antara produk rekayasa genetika dalam konteks hak kekayaan intelektual dengan kemungkinan munculnya transfer gen. Kasus *Monsanto v. Schmeiser* di Kanada memperlihatkan bagaimana seorang petani (Schmeiser) dianggap telah melakukan pencurian hak kekayaan intelektual dari Monsanto, ketika Monsanto menemukan adanya tanaman hasil rekayasa genetiknya (*herbicide-resistant canola*) di lahan Schmeiser. Dalam hal ini, perlu diteliti apakah putusan tersebut dapat dibenarkan secara etika, serta apakah posisi Schmeiser di sini lebih tepat

disebut sebagai pencuri hak kekayaan intelektual ataukah sebagai korban dari pencemaran gen.

- Perlu diteliti bagaimana pula bagaimana kemungkinan penerapan sistem alternatif kompensasi selain dari pertanggungjawaban perdata, seperti asuransi atau sistem pendanaan, yang dapat digunakan untuk pemulihan lingkungan apabila terjadi kerugian akibat pelepasan produk rekayasa genetika.



DAFTAR PUSTAKA

I. BUKU

- Agustina, Rosa. *Perbuatan Melawan Hukum Cet. 1*. Jakarta, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.
- Apeldoorn, V. *Pengantar Ilmu Hukum (Inleiding Tot de Studie Van Het Nederlandse Recht)*. Cet. 31. Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2005.
- Darmabrata, Wahyono. *Perbandingan Hukum Perdata*. Cet. 4. Jakarta: CV. Gitama Jaya, 2006.
- Djojodirjo, M.A. Moegni. *Perbuatan Melawan Hukum*. Jakarta: Pradnya Paramita, 1982.
- Fuady, Munir. *Perbuatan Melawan Hukum: Pendekatan Kontemporer*. Cet.2. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 2005.
- Hardjosoemantri, Koesnadi. *Hukum Tata Lingkungan*. Ed. 8. Cet.18. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005.
- Harpwood, Vivienne. *Principles of Tort Law*. Fourth edition. London. Sidney: Cavendish Publishing Limited, 2000.
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek)*, diterjemahkan oleh R. Soebekti dan R. Tjitrosubidjo. Cet.39. Jakarta: Pradnya Paramita,2008.
- Lotulung, Paulus Effendi. *Penegakan Hukum Lingkungan oleh Hakim Perdata*. Cet.1. Bandung: P.T. Citra Aditya Bakti, 1993.
- Makarim, Edmon. *Tanggung Jawab Hukum Penyelenggara Sistem Elektronik*. Cet. 1. Jakarta: PT RAJAGRAFINDO PERSADA, 2010.
- Mertokusumo, Sudikno. *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*. Jakarta: PT. Citra Aditya Bhakti, 1993.
- Muladi dan Dwidja Priyatno. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*. Cet.1. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009.
- Prodjodikoro, Wirjono. *Perbuatan Melanggar Hukum*. Cet.1. Bandung: Penerbit Mandar Maju, 2000.

Universitas Indonesia

- Rangkuti, Siti Sundari. *Hukum Lingkungan Dan Kebijakan Lingkungan Nasional*. Ed. 3. Surabaya: Airlangga University Press, 2005.
- Sardjono, H.R. dan Frieda Husni Hasbullah. *Bunga Rampai Perbandingan Hukum Perdata*. Cet.2. Jakarta : IND-HILL-CO, 2003.
- Siahaan, N.H.T. *Hukum Lingkungan dan Ekologi Pembangunan*. Ed. 2. Jakarta: Penerbit Erlangga, 2004.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cet.3. Jakarta: Universitas Indonesia, 2006.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*. Ed.1. Jakarta: Raja Grafindo, 2006.
- Vollmar, H.F.A. *Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid II*. Cet. 1. Jakarta: CV. Rajawali, 1984.

II. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Indonesia, *Undang-Undang Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup*, UU. No. 32 Tahun 2009. LN. No. 140 Tahun 2009. TLN. No. 5059

III. ARTIKEL

Convention On Biological Diversity. Second Meeting. Montreal, 20-24 February 2006.

Convention On Biological Diversity. Third Meeting Curitiba. Brazil, 13-17 March 2006.

Convention On Biological Diversity. Third meeting. Montreal, 19-23 February 2007.

Convention on Biological Diversity. *Conference of the parties serving as the meeting of the parties to the Cartagena Protokol on Biosafety. fifth meeting. Nagoya Japan, 11-15 Oktober 2010.*

Cox, Stephanie E. "Genetically Modified Organisms: Who Should Pay The Price For The Price For Pollen Drift Contamination". *Drake Journal of Agriculture Law Summer*, 2008.

Universitas Indonesia

Endres, A. Bryan. "Damage Caused by GMOs under US Law". Bernhard A. Koch (ed). *Damage Caused by Genetically Modified Organism. Tort and Insurance Law*. Vol 27.

Faure, Michael and Andri G. Wibisana. "Liability for Damage Caused by GMOs: An Economic Perspective". *The Georgetown International Law Review*. Volume XXIII. fall 2010.

_____ "Behavioural Law and Economics: The Consequences For Economic Models of Liability and Insurance".

_____ "Liability to Third Parties for Damage Caused by GMOs: An Economic Perspective". Bernhard A. Koch (ed), *Damage Cause by Genetically Modified Organisms. Tort and Insurance Law*. Vol.27.

Fedtke, Jorg. "Damage Caused by GMOs under German Law". Bernhard A. Koch (ed). *Damage Caused by Genetically Modified Organisms. Tort and Insurance Law*. Vol.27.

Glenn, Jane Matthews. "Damage Caused by GMOs under Canadian Law". Bernard A. Koch (ed). *Damage Caused by Genetically Modified Organisms. Tort and Insurance Law*. Vol.27

Intergovernmental Committee for The Cartagena Protocol On Biosafety. Third meeting The Hague, 22-26 April 2002. Liability and Redress (article 27).

Koch, Bernhard A. "Damage Caused by GMOs Comparative Analysis". *Tort and Insurance Law*. Vol.27.

Nigeria Biosafety guidelines. Institutional Biosafety Committee (IBC).

Open- Ended Ad-Hoc Working Group Of Legal and Technical Experts On Liability and Redress in The Context of the Cartagena Protokol On Biosafety. Montreal, 22-24 February 2006.

Open-Ended Ad Hoc Working Group of Legal And Technical Experts On Liability And Redress in the Context of Cartagena Protokol On Biosafety. Montreal, 22-26 October 2007.

Santosa, M.A. "Permasalahan Sekitar Penegakan Hukum Lingkungan Keperdataan Indonesia," (bahan kuliah hukum lingkungan FH-UI).

Thomson Reuters Canada Limited, Saskatchewan Court of Queen's Bench. Judgment May 11, 2005. Docket: Saskatoon Q.B.G. 67/02. 2005 SKQB 225, 15 C.E.L.R (3d)42. (2005) 7 W.W.R. 665,264 Sask. R.1.

Weissenbacher, Manuela "Damage Caused by GMOs under Austrian Law". *Damage Cause by Genetically Modified Organisms*, Bernhard A. Koch (ed.). *Damage and Insurance Law*. Vol.27.

Werner Pfennigstorf. "Environment, Damage, and Compensation". *American Bar Foundation Research Journal*. Vol. 4 No.2 (Spring, 1979), pp.347-448, published by Blackwell Publishing on behalf of the American Bar Foundation.

Wibisana, Andri G. "Tangan Tuhan di Pengadilan: Dalih Bencana Alam dan Pertanggungjawaban Perdata dalam Kasus Lingkungan". *Jurnal Hukum dan Pembangunan*. Vol. 41(2). 2011 (*forthcoming*)

Wibisana, Andri dan Pramita K.Putri. "Analisa Law And Economic atas Kompensasi dan Asuransi Lingkungan di Indonesia: Sebuah Kritik atas Kompensasi tanpa Sistem". *Jurnal Hukum dan Pembangunan*. Tahun ke-39 No.4/2009.

Wilcox, Vanessa. "Damage Cause by GMOs under International Environmental Law". *Tort and Insurance Law*. Vol. 27.



Convention on Biological Diversity

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/BS/COP-MOP/5/11
11 October 2010

ORIGINAL: ENGLISH

CONFERENCE OF THE PARTIES SERVING AS THE MEETING OF THE PARTIES TO THE CARTAGENA PROTOCOL ON BIOSAFETY

Fifth meeting
Nagoya, Japan, 11-15 October 2010
Item 12 of the provisional agenda*

LIABILITY AND REDRESS (ARTICLE 27)

REPORT OF THE GROUP OF FRIENDS OF THE CO-CHAIRS

1. The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Cartagena Protocol on Biosafety established, at its first meeting held from 23 to 27 February 2004 in Kuala Lumpur, Malaysia, the Open-ended Ad Hoc Working Group of Legal and Technical Experts on Liability and Redress in the Context of the Cartagena Protocol on Biosafety to undertake the process referred to in Article 27 of the Protocol (decision BS-I/8). The Working Group completed its work and submitted its final report to the fourth meeting of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Cartagena Protocol that took place in Bonn, Germany from 12 to 16 May 2008.
2. After reviewing the report of the Working Group and taking into account the work undertaken during the fourth meeting, the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol decided to establish a Group of the Friends of the Co-Chairs with a mandate to further negotiate international rules and procedures in the field of liability and redress for damage resulting from transboundary movements of living modified organisms in the context of the Protocol on the basis of the text annexed to the decision (i.e. decision BS-IV/12).
3. The Group held four meetings. The first meeting was held from 23 to 27 February 2009 in Mexico City. The second and third meetings were held in Kuala Lumpur, Malaysia from 8 to 12 February 2010 and from 15 to 19 June 2010, respectively. The fourth meeting was held last week from 6 to 11 October 2010 here in Nagoya.
4. This document is the final consolidated report of the Group of Friends of the Co-Chairs on Liability and Redress.
5. At its first meeting, the Group further negotiated international rules and procedures on liability and redress for damage resulting from transboundary movements of living modified organisms based on the

* UNEP/CBD/BS/COP-MOP/5/1.

proposed operational texts contained in the Annex to decision BS-IV/12. The Group agreed to work towards a legally binding instrument in the form of a supplementary protocol with the understanding that the final decision in that regard would only be taken by the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol. It produced a draft text for a supplementary protocol on liability and redress to the Biosafety Protocol, which served as a basis for the negotiations that continued at its second meeting.

6. At the conclusion of its second meeting, the Group requested the Executive Secretary to communicate to Parties to the Protocol the text of the proposed supplementary protocol six months prior to the fifth meeting of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol pursuant to paragraph 3 of Article 28 of the Convention on Biological Diversity. Accordingly, the Executive Secretary communicated the text of the proposed supplementary protocol to Parties to the Cartagena Protocol on Biosafety through a notification issued on 6 April 2010.

7. The Group had also agreed to have a further meeting to finalize outstanding issues. Accordingly, the Group continued, at its third meeting, its negotiations on the draft text of a supplementary protocol on liability and redress. The Group also considered draft guidelines on civil liability prepared by the Co-Chairs following the Group's request made at the end of the second meeting. A consolidated text of draft guidelines on civil liability was prepared incorporating the comments and proposals made by members of the Group and observers. At the end of the third meeting the Group realized that there were still outstanding issues that needed further negotiations. It agreed to hold a fourth meeting immediately before the fifth meeting of the Parties, to tackle those outstanding issues, including a draft decision for the fifth meeting of the Parties to the Protocol.

8. The fourth and last meeting of the Group was held in Nagoya back-to-back with COP-MOP 5. The Group successfully concluded its negotiations. It agreed to submit, in accordance with paragraph 1 (h) of decision BS-IV/12, the text of the Supplementary Protocol on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety annexed to this report along with a draft decision to the fifth meeting of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol for its consideration and adoption, as appropriate. In its conclusions, the Group recommended that the fifth meeting of the Conference of the Parties serving as the meeting the Parties to the Protocol:

- (i) Adopt the draft Supplementary Protocol;
- (ii) Establish, at the earliest possibility, a legal drafting group to look into the legal consistency and accuracy of the text of the Supplementary Protocol in all the six official languages of the United Nations during the fifth meeting of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol;
- (iii) Include the following text in the report of its fifth meeting under the current agenda item:

It emerged during the negotiations of the Supplementary Protocol that Parties to the Protocol hold different understandings of the application of Article 27 of the Protocol to processed materials that are of living modified organism-origin. One such understanding is that Parties may apply the Supplementary Protocol to damage caused by such processed materials, provided that a causal link is established between the damage and the living modified organism in question.

9. The full text of the report of each meeting of the Group of Friends of the Co-Chairs on Liability and Redress can be accessed from the Secretariat's website through the following links:

- First meeting: <http://www.cbd.int/doc/?meeting=BSGFLR-01>;
- Second meeting: <http://www.cbd.int/doc/?meeting=BSGFLR-02>;
- Third meeting: <http://www.cbd.int/doc/?meeting=BSGFLR-03>; and
- Fourth meeting: <http://www.cbd.int/doc/?meeting=BSGFLR-04>.

*Annex****Draft decision BS-V/--******International rules and procedures in the field of liability and redress for damage resulting from transboundary movements of living modified organisms***

The Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity serving as the meeting of the Parties to the Cartagena Protocol on Biosafety,

Recalling Article 27 of the Cartagena Protocol on Biosafety,

Recalling its decision BS-I/8 by which it established an Open-ended Ad Hoc Working Group of Legal and Technical Experts on Liability and Redress in the Context of the Cartagena Protocol on Biosafety, with the terms of reference set out in the annex to the decision, to carry out the process pursuant to Article 27 of the Cartagena Protocol on Biosafety,

Noting with appreciation the work of the Open-ended Ad Hoc Working Group of Legal and Technical Experts on Liability and Redress in the Context of the Cartagena Protocol on Biosafety, as contained in the reports of its five meetings,

Recalling also its decision BS-IV/12 by which it established a Group of the Friends of the Co-Chairs to further negotiate international rules and procedures in the field of liability and redress for damage resulting from transboundary movements of living modified organisms in the context of the Cartagena Protocol on Biosafety on the basis of the annex to the decision,

Noting with appreciation the work of the Group of the Friends of the Co-Chairs, as contained in the reports of its meetings,

Noting the valuable work carried out by the two Co-Chairs of the Working Group, Ms. Jimena Nieto (Colombia) and Mr. René Lefeber (Netherlands), over the past six years in steering the process in the context of Article 27 of the Cartagena Protocol on Biosafety, through both formal and informal ways,

Recalling Article 22 of the Cartagena Protocol on Biosafety, which calls upon Parties to cooperate in the development and/or strengthening of human resources and institutional capacities in biosafety,

Recognizing the need to facilitate the implementation of this decision through complementary capacity building measures,

Noting initiatives by the private sector concerning recourse in the event of damage to biological diversity caused by living modified organisms,

A. NAGOYA – KUALA LUMPUR SUPPLEMENTARY PROTOCOL ON LIABILITY AND REDRESS TO THE CARTAGENA PROTOCOL ON BIOSAFETY

1. *Decides* to adopt the Nagoya – Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety, as contained in annex I to the present decision (hereinafter referred to as “the Supplementary Protocol”);

/...

2. *Requests* the Secretary-General of the United Nations to be the Depository of the Supplementary Protocol and to open it for signature at the United Nations Headquarters in New York from 7 March 2011 to 6 March 2012;

3. *Encourages* Parties to the Cartagena Protocol on Biosafety to implement the Supplementary Protocol pending its entry into force;

4. *Calls upon* the Parties to the Cartagena Protocol on Biosafety to sign the Supplementary Protocol on 7 March 2011 or at the earliest opportunity thereafter and to deposit instruments of ratification, acceptance or approval or instruments of accession, as appropriate, as soon as possible;

B. ADDITIONAL AND SUPPLEMENTARY COMPENSATION MEASURES

5. *Decides* that, where the costs of response measures as provided for in the Supplementary Protocol have not been covered, such a situation may be addressed by additional and supplementary compensation measures;

6. *Decides* that the measures referred to in paragraph 5 above may include arrangements to be addressed by the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties.

C. COMPLEMENTARY CAPACITY-BUILDING MEASURES

7. *Urges* the Parties to cooperate, taking into account the Action Plan for Building Capacities for the Effective Implementation of the Cartagena Protocol on Biosafety, as contained in the annex to decision BS-III/3, in the development and/or strengthening of human resources and institutional capacities relating to the implementation of the Supplementary Protocol, including through existing global, regional, subregional and domestic institutions and organizations and, as appropriate, through facilitating private sector involvement;

8. *Invites* Parties to take this decision into account in formulating bilateral, regional and multilateral assistance to developing country Parties that are in the process of developing their domestic law relating to the implementation of the Supplementary Protocol;

9. *Decides* to take this decision into account, as appropriate, in the next review of the Action Plan referred to in paragraph 1.

*Annex***NAGOYA – KUALA LUMPUR SUPPLEMENTARY PROTOCOL ON LIABILITY AND REDRESS TO THE CARTAGENA PROTOCOL ON BIOSAFETY**

The Parties to this Supplementary Protocol,

Being Parties to the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, hereinafter referred to as “the Protocol”,

Taking into account Principle 13 of the Rio Declaration on Environment and Development,

Reaffirming the precautionary approach contained in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development,

Recognizing the need to provide for appropriate response measures where there is damage or sufficient likelihood of damage, consistent with the Protocol,

Recalling Article 27 of the Protocol,

Have agreed as follows:

Article 1
Objective

The objective of this Supplementary Protocol is to contribute to the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health, by providing international rules and procedures in the field of liability and redress related to living modified organisms.

Article 2
Use of terms

1. The terms used in Article 2 of the Convention and Article 3 of the Protocol shall apply to this Supplementary Protocol.
2. In addition, for the purposes of this Supplementary Protocol:
 - (a) “Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol” means the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity serving as the meeting of the Parties to the Cartagena Protocol on Biosafety;
 - (b) “Convention” means the Convention on Biological Diversity;
 - (c) “Damage” means an adverse effect on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health, that:
 - (i) Is measurable or otherwise observable taking into account, wherever available, scientifically-established baselines recognized by a competent authority that takes into account any other human induced variation and natural variation; and
 - (ii) Is significant as set out in paragraph 3 below;
 - (d) “Operator” means any person in direct or indirect control of the living modified organism which could, as appropriate and as determined by domestic law, include, *inter alia*, the permit holder,

/...

person who placed the living modified organism on the market, developer, producer, notifier, exporter, importer, carrier or supplier;

(e) “Protocol” means the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity;

(f) “Response measures” means reasonable actions to:

(i) Prevent, minimize, contain, mitigate, or otherwise avoid damage, as appropriate;

(ii) Restore biological diversity through actions to be undertaken in the following order of preference:

a. Restoration of biological diversity to the condition that existed before the damage occurred, or its nearest equivalent; and where the competent authority determines this is not possible,

b. Restoration by, *inter alia*, replacing the loss of biological diversity with other components of biological diversity for the same, or for another type of use either at the same or, as appropriate, at an alternative location.

3. A “significant” adverse effect is to be determined on the basis of factors, such as:

(a) The long-term or permanent change, to be understood as change that will not be redressed through natural recovery within a reasonable period of time;

(b) The extent of the qualitative or quantitative changes that adversely affect the components of biological diversity;

(c) The reduction of the ability of components of biological diversity to provide goods and services;

(d) The extent of any adverse effects on human health in the context of the Protocol.

Article 3 Scope

1. This Supplementary Protocol applies to damage resulting from living modified organisms which find their origin in a transboundary movement. The living modified organisms referred to are those:

(a) Intended for direct use as food or feed, or for processing;

(b) Destined for contained use;

(c) Intended for intentional introduction into the environment.

2. With respect to intentional transboundary movements, this Supplementary Protocol applies to damage resulting from any authorized use of the living modified organisms referred to in paragraph 1 above.

3. This Supplementary Protocol also applies to damage resulting from unintentional transboundary movements as referred to in Article 17 of the Protocol as well as damage resulting from illegal transboundary movements as referred to in Article 25 of the Protocol.

4. This Supplementary Protocol applies to damage that occurred in areas within the limits of the national jurisdiction of Parties.

5. Parties may use criteria set out in their domestic law to address damage that occurs within the limits of their national jurisdiction.

6. Domestic law implementing this Supplementary Protocol shall also apply to damage resulting from the transboundary movements of living modified organisms from non-Parties.

7. This Supplementary Protocol applies to damage resulting from a transboundary movement of living modified organisms that started after the entry into force of this Supplementary Protocol for the Party into whose jurisdiction the transboundary movement was made.

Article 4 Causation

A causal link shall be established between the damage and the living modified organism in question in accordance with domestic law.

Article 5 Response measures

1. Parties shall require the appropriate operator or operators, in the event of damage, subject to any requirements of the competent authority, to:

- (a) Immediately inform the competent authority;
- (b) Evaluate the damage; and
- (c) Take appropriate response measures.

2. The competent authority shall:

- (a) Identify the operator which has caused the damage;
- (b) Evaluate the damage and determine which response measures should be taken by the operator.

3. Where relevant information, including available scientific information or information available in the Biosafety Clearing-House, indicates that there is a sufficient likelihood that damage will result if timely response measures are not taken, the operator shall be required to take appropriate response measures so as to avoid such damage.

4. The competent authority may implement appropriate response measures including in particular when the operator has failed to do so.

5. The competent authority has the right to recover from the operator the costs and expenses of, and incidental to, the evaluation of the damage and the implementation of any such appropriate response measures. Parties may provide, in their domestic law, for other situations in which the operator may not be required to bear the costs and expenses.

6. Decisions of the competent authority requiring the operator to take response measures should be reasoned. Such decisions should be notified to the operator. Domestic law shall provide for remedies, including the opportunity for an administrative or judicial review of such decisions. The competent authority shall, in accordance with domestic law, also inform the operator of the available remedies. Recourse to such remedies shall not impede the competent authority from taking response measures in appropriate circumstances, unless otherwise provided by domestic law.

7. In implementing this Article and with a view to defining the specific response measures to be required or taken by the competent authority, Parties may, as appropriate, assess whether response measures are already addressed by their domestic law on civil liability.

/...

8. Response measures shall be implemented in accordance with domestic law.

Article 6 Exemptions

1. Parties may provide, in their domestic law, for the following exemptions:

- (a) Act of God or *force majeure*;
- (b) Act of war or civil unrest.

2. Parties may provide, in their domestic law, for any other exemptions or mitigations as they may deem fit.

Article 7 Time limits

Parties may provide, in their domestic law, for:

- (a) Relative and/or absolute time limits including for actions related to response measures; and
- (b) The commencement of the period to which a time limit applies.

Article 8 Financial limits

Parties may provide, in their domestic law, for financial limits for the recovery of costs and expenses related to response measures.

Article 9 Right of recourse

This Supplementary Protocol shall not limit or restrict any right of recourse or indemnity that an operator may have against any other person.

Article 10 Financial security

1. Parties retain the right to provide, in their domestic law, for financial security.

2. Parties shall exercise the right referred to in paragraph 1 above in a manner consistent with their rights and obligations under international law, taking into account the final three preambular paragraphs of the Protocol.

3. The first meeting of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol after the entry into force of the Supplementary Protocol shall request the Secretariat to undertake a comprehensive study which shall address, *inter alia*:

- (a) the modalities of financial security mechanisms;
- (b) an assessment of the environmental, economic and social impacts of such mechanisms, in particular on developing countries; and
- (c) an identification of the appropriate entities to provide financial security.

Article 11**Responsibility of States for internationally wrongful acts**

This Supplementary Protocol shall not affect the rights and obligations of States under the rules of general international law with respect to the responsibility of States for internationally wrongful acts.

Article 12**Implementation and relation to civil liability**

1. Parties shall provide, in their domestic law, for rules and procedures that address damage. To implement this obligation, Parties shall provide for response measures in accordance with this Supplementary Protocol and may, as appropriate:

(a) Apply their existing domestic law, including where applicable general rules and procedures on civil liability;

(b) Apply or develop civil liability rules and procedures specifically for this purpose; or

(c) Apply or develop a combination of both.

2. Parties shall, with the aim of providing adequate rules and procedures in their domestic law on civil liability for material or personal damage associated with the damage as defined in Article 2, paragraph 2 (c):

(a) Continue to apply their existing general law on civil liability;

(b) Develop and apply or continue to apply civil liability law specifically for that purpose; or

(c) Develop and apply or continue to apply a combination of both.

3. When developing civil liability law as referred to in subparagraphs (b) or (c) of paragraphs 1 or 2 above, Parties shall, as appropriate, address, *inter alia*, the following elements:

(a) Damage;

(b) Standard of liability including strict or fault-based liability;

(c) Channelling of liability, where appropriate;

(d) Right to bring claims.

Article 13**Assessment and review**

The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol shall undertake a review of the effectiveness of this Supplementary Protocol five years after its entry into force and every five years thereafter, provided information requiring such a review has been made available by Parties. The review shall be undertaken in the context of the assessment and review of the Protocol as specified in Article 35 of the Protocol, unless otherwise decided by the Parties to this Supplementary Protocol. The first review shall include a review of the effectiveness of Articles 10 and 12.

Article 14

Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol

1. Subject to paragraph 2 of Article 32 of the Convention, the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol shall serve as the meeting of the Parties to this Supplementary Protocol.
2. The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Protocol shall keep under regular review the implementation of this Supplementary Protocol and shall make, within its mandate, the decisions necessary to promote its effective implementation. It shall perform the functions assigned to it by this Supplementary Protocol and, *mutatis mutandis*, the functions assigned to it by paragraphs 4 (a) and (f) of Article 29 of the Protocol.

Article 15

Secretariat

The Secretariat established by Article 24 of the Convention shall serve as the secretariat to this Supplementary Protocol.

Article 16

Relationship with the Convention and the Protocol

1. This Supplementary Protocol shall supplement the Protocol and shall neither modify nor amend the Protocol.
2. This Supplementary Protocol shall not affect the rights and obligations of the Parties to this Supplementary Protocol under the Convention and the Protocol.
3. Except as otherwise provided in this Supplementary Protocol, the provisions of the Convention and the Protocol shall apply, *mutatis mutandis*, to this Supplementary Protocol.
4. Without prejudice to paragraph 3 above, this Supplementary Protocol shall not affect the rights and obligations of a Party under international law.

Article 17

Signature

This Supplementary Protocol shall be open for signature by Parties to the Protocol at the United Nations Headquarters in New York from 7 March 2011 to 6 March 2012.

Article 18

Entry into force

1. This Supplementary Protocol shall enter into force on the ninetieth day after the date of deposit of the fortieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession by States or regional economic integration organizations that are Parties to the Protocol.
2. This Supplementary Protocol shall enter into force for a State or regional economic integration organization that ratifies, accepts or approves it or accedes thereto after the conditions set out in paragraph 1 above for its entry into force have been fulfilled, on the ninetieth day after the date on which that State or regional economic integration organization deposits its instrument of ratification, acceptance, approval, or accession, or the date on which the Protocol enters into force for that State or regional economic integration organization, whichever shall be the later.

3. For the purposes of paragraphs 1 and 2 above, any instrument deposited by a regional economic integration organization shall not be counted as additional to those deposited by member States of such organization.

Article 19
Reservations

No reservations may be made to this Supplementary Protocol.

Article 20
Withdrawal

1. At any time after two years from the date on which this Supplementary Protocol has entered into force for a Party, that Party may withdraw from this Supplementary Protocol by giving written notification to the Depository.

2. Any such withdrawal shall take place upon expiry of one year after the date of its receipt by the Depository, or on such later date as may be specified in the notification of the withdrawal.

3. Any Party which withdraws from the Protocol in accordance with Article 39 of the Protocol shall be considered as also having withdrawn from this Supplementary Protocol.

Article 21
Authentic texts

The original of this Supplementary Protocol, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned, being duly authorized to that effect, have signed this Supplementary Protocol.

DONE at Nagoya on this fifteenth day of October two thousand and ten.
