

EDITOR
Ismail Hasani



Dinamika Perlindungan
Hak Konstitusional
Warga

Mahkamah Konstitusi
sebagai Mekanisme Nasional Baru
Pemajuan dan Perlindungan
Hak Asasi Manusia

10 Tahun Mahkamah Konstitusi RI



pustaka
masyarakat
setara

**Dinamika Perlindungan Hak Konstitusional Warga;
Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Nasional
Baru Pemajuan dan Perlindungan HAM**

Desember, 2013

x + 444 halaman

230 mm x 155 mm

ISBN : 978-6021-8668-4-9

EDITOR Ismail Hasani

PENELITI Khairul Fahmi
Esti Nuringdyah
Ismail Hasani
Halili
Aminuddin Syarif
Abdul Khoir

TIM AHLI M. Fajrul Falaakh
Margarito Kamis
Bonar Tigor Naipospos

TATA LETAK Titikoma-Jakarta

DITERBITKAN OLEH Pustaka Masyarakat Setara
Jl. Danau Gelingsang No. 62 Blok C-III,
Bendungan Hilir, Indonesia 10210
Tel: +6221-70255123 Fax: +6221-5731462
setara@setara-institute.org
setara_institute@hotmail.com

Pengantar



SETARA Institute adalah organisasi perhimpunan yang didirikan oleh 28 pemikir, aktivis, dan tokoh nasional pada 14 Oktober 2005, yang didedikasikan untuk mewujudkan masyarakat setara dalam tata sosial politik demokratik. Kajian-kajian tentang pluralisme dan demokrasi konstitusional merupakan salah satu *core* utama riset-riset yang dikembangkan oleh SETARA Institute.

Mengapresiasi kinerja dan capaian demokrasi di Indonesia, SETARA Institute memusatkan perhatian pada Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu mekanisme pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia. Sebagai ciri dari demokrasi konstitusional keberadaan Mahkamah Konstitusi dan jaminan perlindungan hak konstitusional warga, perlu terus menerus dikawal sehingga Mahkamah Konstitusi bisa bekerja optimal sesuai mandat konstitusionalnya, mengawal, menafsir, dan menjaga konstitusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI 1945. Setelah bekerja selama 10 tahun, sejak dibentuk pada Agustus 2003, SETARA Institute meyakini pentingnya evaluasi atas kelembagaan baru produk amandemen UUD Negara RI 1945 ini.

Riset tentang Kelembagaan Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Nasional Baru Pemajuan dan Perlindungan HAM didesain sejak awal tahun 2013 dan dikerjakan secara intensif sejak

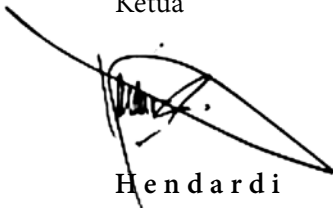
Juni 2013. SETARA Institute membangun preposisi dan hipotesa yang positif terhadap Mahkamah Konstitusi, karena fakta menunjukkan bahwa produk kinerja lembaga ini menunjukkan prestasi yang pantas diapresiasi. Bahkan prestasi itu menutup mata publik untuk memberikan kritik konstruktif terhadap Mahkamah Konstitusi. Namun demikian, SETARA Institute sejak awal meyakini tingkat keberbahayaan kewenangan kuat suatu lembaga yang tanpa kontrol. Kesadaran akan pentingnya kontrol dan pengawasan terhadap Mahkamah Konstitusi ini yang juga menjadi latar belakang riset ini.

Bahwa di tengah proses mengkaji terdapat peristiwa hukum yang membukakan mata publik atas kinerja Mahkamah Konstitusi, SETARA Institute justru semakin yakin bahwa kelembagaan ini perlu terus menerus dipantau dan dikuatkan. Karena itu, riset ini menjadi semakin relevan dan sepenuhnya didedikasikan untuk membaca Mahkamah Konstitusi secara jernih, proporsional, dan konstruktif.

Mengantarkan buku ini, SETARA Institute mendorong agar masyarakat sipil dan akademisi terus menerus memusatkan perhatian pada penguatan Mahkamah Konstitusi dengan menjadi *sparing partner* yang sehat dan konstruktif bagi pemajuan dan penguatan kelembagaan Mahkamah Konstitusi. SETARA Institute mengucapkan terima kasih kepada para pakar yang terlibat dalam riset ini. Demikian juga lembaga-lembaga negara yang memberikan akses informasi bagi tuntasnya kerja ilmiah ini. Kepada Kedutaan Besar Republik Federal Jerman dihaturkan terima kasih atas dukungannya.

Jakarta, Desember 2013

Ketua

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hendar di', written over a large, stylized, abstract graphic element that resembles a signature or a stylized letter 'H'.

Hendar di

Message of Greeting



Dear readers,

With ten years into the existence of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia - the *Mahkamah Konstitusi* - the right point in time has come to have a closer look at achievements, but also at present and future challenges facing the court. I would therefore like to highly commend SETARA Institute for initiating and conducting a research project

dealing with these important questions.

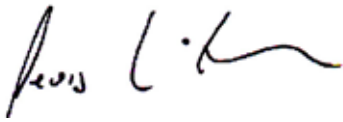
The results of this research are on display in the present volume which thus constitutes a landmark publication on nascent constitutional jurisprudence in Indonesia: Mapping the ways in which the Indonesian Constitutional Court, through its judicial review authority, has shaped the exercise of the citizens' civil and human rights was the core of the investigation, but general institutional issues as well as the scope and limits of the Court's authority are also touched upon.

I am very glad that Germany has been able to assist in these efforts. Our support for SETARA in conducting the research project ties in with an ongoing cooperation of Germany and German institutions with Indonesia's young Constitutional Court. This engagement goes right back to 1999, and it is based on our own national experience of having a strong and self-confident Federal

Constitutional Court.

As a vital democratic institution, it safeguards the Constitution by interpreting it in light of society's current needs and requirements as much as of its own history, principles and previous decisions. Therefore, a consolidated record and analysis of the first ten years of the Court's workings will be an essential reference point for the future. To have provided this reference point is SETARA Institute's lasting credit.

Jakarta, December 2013

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Georg Witschel', with a stylized flourish at the end.

Dr Georg WITSCHHEL

German Ambassador to Indonesia

Daftar Isi

Pengantar

Ketua SETARA Institute, Hendaradi iii

Message of Greeting

German Ambassador to Indonesia, Dr. Georg Witschel..... v

Daftar Isi vii

Bab I Pendahuluan.....1

A. Latar Belakang..... 1

B. Fokus Riset..... 12

C. Tujuan dan Manfaat Riset..... 14

D. Metodologi..... 15

E. Pembabakan Isi Buku..... 31

Bab II Mahkamah Konstitusi Sebagai Mekanisme Nasional Baru

Hak Asasi Manusia39

A. Hak Asasi Manusia (HAM)..... 42

B. Jaminan Hak Asasi Manusia dalam UUD Negara RI 1945..... 51

C. Kelembagaan Mahkamah Konstitusi 86

1. Sejarah kelahiran Mahkamah Konstitusi 86

2. Proses Pembentukan MK-RI 96

3. Kewenangan dan Kewajiban Mahkamah Konstitusi RI.... 98

Bab III Evaluasi Kelembagaan Mahkamah Konstitusi.....121

A. Sifat Kelembagaan dan Sumber Rekrutmen Hakim 121

B.	Kewenangan Mahkamah Konstitusi	134
C.	Kinerja Hakim Mahkamah Konstitusi.....	149
D.	Pengawasan Hakim Konstitusi	160
E.	Sifat Final dan Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi	169

Bab IV Pemajuan dan Perlindungan Hak Atas Kepastian Hukum..... 185

A.	Prinsip Kepastian Hukum dan Keadilan	185
B.	Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Atas Kepastian Hukum dan Keadilan.....	191
1.	Pembaharuan Hukum Acara Pidana	191
2.	Dukungan Penguatan Kelembagaan KPK.....	225
3.	Dukungan pada Pemberantasan Korupsi.....	243
C.	Mahkamah Konstitusi dan Peran Penguatan Kelembagaan HAM.....	249
1.	Pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc	249
2.	Kedudukan Jaksa Agung.....	252
D.	Kontribusi Nyata Mahkamah Konstitusi.....	255

Bab V Pemajuan dan Perlindungan Hak Sipil Politik269

A.	Kebebasan Berpendapat, Berekspresi, Berserikat, dan Berkumpul	269
1.	Skema Kebebasan dalam UUD Negara RI 1945 dan UU Lainnya.....	269
2.	Peran Mahkamah Konstitusi	279
B.	Kebebasan Beragama/Berkeyakinan	298
1.	Pembatasan Kebebasan Beragama/Berkeyakinan.....	302
2.	Konstitusionalitas Pembatasan Poligami	310
3.	Pidana Islam bukan Ekspresi Keagamaan	314
4.	Kajian Tiga Putusan dengan Argumentasi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan	316
C.	Hak Atas Hidup.....	319
	Pidana Mati dalam Hukum Nasional.....	326
D.	Hak untuk Bebas Dari Diskriminasi.....	339
1.	Prinsip Non Diskriminasi	339

- 2. Penggunaan Dalil Diskriminasi pada Dua Putusan 349
- 3. Kontribusi Mahkamah Konstitusi 357

Bab VI Pemajuan dan Perlindungan Hak Atas Ekonomi Sosial Budaya383

- A. Tiga Kewajiban Negara 383
- B. Tafsir MK Terhadap Pasal 33 UUD Negara RI 1945 393
- C. Mahkamah Konstitusi dan Hak Ekonomi, Sosial, Budaya 402
- D. Kontribusi Mahkamah Konstitusi 410

Bab VII Kesimpulan dan Gagasan Penguatan421

- A. Kelembagaan Mahkamah Konstitusi 421
- B. Kualitas Putusan Mahkamah Konstitusi..... 423
- C. Gagasan Penguatan Mahkamah Konstitusi..... 426

- Indeks..... 431
- Tentang Para Peneliti dan Tim Ahli..... 437
- Profile SETARA Institute for Democracy and Peace 442



Bab I

Pendahuluan

Bab I

Pendahuluan

A. Latar Belakang

Pelebagaan demokrasi di Indonesia, secara normatif telah mencapai kemajuan yang signifikan, khususnya pascamandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD Negara RI 1945). Amendemen terhadap UUD Negara RI 1945 dilakukan atas dorongan untuk menyempurnakan Undang-Undang Dasar sebelumnya, yang dianggap dibuat dalam suasana yang mendesak dan dalam keadaan yang genting. Menurut Mahfud MD, amendemen konstitusi Indonesia hanya mengalami perubahan satu kali saja.¹ Anggapan bahwa setelah terjadi empat kali amendemen UUD 1945 tidaklah benar. Karena amendemen yang dilakukan itu memang tidak bisa dilakukan satu kali dalam Sidang Tahunan MPR, melainkan sebuah rangkaian yang membutuhkan waktu selama tiga tahun. Terlepas dari setuju dan tidak setuju tentang sekali atau empat kali UUD 1945 diamandemen, yang perlu dicatat adalah peristiwa amendemen UUD 1945 merupakan bagian dari sejarah konstitusi di Indonesia.

Demokrasi benar-benar dirasakan oleh bangsa Indonesia, mutlak setelah terjadinya reformasi pada tahun 1998. Sebelumnya, Indonesia berada dalam berbagai macam bentuk pemerintahan. Mulai dari demokrasi terpimpin, demokrasi konstitusional, bahkan ada masa di mana Indonesia berada dalam sistem demokrasi Pancasila. Ini adalah demokrasi semu yang dicanangkan oleh Soeharto untuk

melanggengkan kekuasaannya. Misalnya saja keberadaan partai politik. Cara pandang pemerintahan Orde Baru yang menghendaki terciptanya stabilitas politik agar mampu mewujudkan pembangunan nasional dengan berbagai upaya seperti depolitisasi, deparpolisasi, deideologisasi, dan pembatasan partisipasi masyarakat, adalah kecenderungan perilaku yang mencerminkan dengan jelas arus peminggiran eksistensi partai-partai politik di Indonesia.²

Konstitusi dan demokrasi berjalan beriringan, karena keberadaan konstitusi dalam rangka untuk menjamin terlaksananya demokrasi dengan baik. Beberapa hal yang diperlukan agar terlaksana nilai-nilai dari demokrasi:³ (1) Pemerintahan yang bertanggung jawab, (2) Suatu dewan perwakilan yang mampu dan memiliki fungsi perwakilan (representasi) guna melakukan pengawasan terhadap pemerintah dalam oposisi yang konstruktif dan memberikan penilaian terhadap kebijaksanaan pemerintah secara kontinu, (3) Suatu organisasi politik yang mencakup satu atau lebih partai politik, (4) Pers dan media massa yang bebas untuk menyatakan pendapat, (5) Sistem peradilan yang bebas untuk menjamin hak-hak asasi dan mempertahankan keadilan.

Sebagai negara yang menganut sistem demokrasi, salah satu implikasinya adalah adanya paham konstitusionalisme. Konstitusionalisme adalah paham mengenai pelembagaan pembatasan kekuasaan pemerintahan secara sistematis dalam sebuah konstitusi, dengan demikian indikator utama konstitusionalisme adalah adanya konstitusi. Secara terminologis, Bryce menyebut konstitusionalisme sebagai paham yang menghendaki agar kehidupan negara didasarkan pada konstitusi, sebagai kerangka masyarakat politik yang diorganisir berdasarkan hukum dan membentuk lembaga-lembaga permanen dengan tugas dan wewenang tertentu. Dalam konteks modern, kebutuhan akan naskah konstitusi tertulis merupakan keniscayaan, terutama dalam organisasi yang berbentuk badan hukum (*legal entity*) sebagaimana Brian Thompson yang menyatakan bahwa konstitusi adalah aturan tertulis yang harus dimiliki oleh setiap organisasi, demikian pula negara. Dan memang tidak dapat disangkal bahwa

dewasa ini hampir semua negara memiliki naskah tertulis sebagai UUD (Kecuali Inggris, Selandia Baru dan Israel).⁴ Mark Tushnet menyebutkan bahwa fungsi konstitutif konstitusionalisme adalah keterkaitan antara konstitusi (*constitution*) ‘mati’ dengan konstituen (*constituent*) sebagai konstitusi yang ‘hidup’. Jika negara menganut kedaulatan rakyat maka sumber legitimasi konstitusi adalah rakyat. Hal inilah yang disebut *constituent power* atau kewenangan yang berada di luar sekaligus di atas sistem yang diaturnya.⁵

Dalam sebuah negara demokratis, terdapat berbagai organ pemerintahan yang memiliki peran dan fungsinya masing-masing. Organ-organ negara tersebut, dengan bahasa lain disebut lembaga atau institusi negara, hadir untuk memudahkan jalannya pemerintahan. Masing-masing lembaga pemerintahan merupakan pengejawantahan dari *trias politis* yang dikenalkan oleh Montesqueu: eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Dalam rangka mengawal dan memastikan penyelenggaraan negara dijalankan sesuai dengan prinsip-prinsip yang diatur dalam Konstitusi, maka dibentuk Mahkamah Konstitusi, atau lembaga sejenis yang memiliki fungsi menguji peraturan perundang-undangan sebagai produk dari institusi negara.

Dalam konstruksi ketatanegaraan Indonesia, kelembagaan yang bertugas mengawal dan memastikan konstitusionalitas undang-undang adalah Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI), dengan kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dan kewenangan lainnya. Sejak dibentuk pada Agustus 2003, MKRI dianggap oleh banyak kalangan telah memainkan peranan penting bagi perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia (HAM).⁶ Mahkamah Konstitusi RI, dengan kewenangan pengujian undang-undang dianggap menjadi salah satu mekanisme nasional pemajuan dan perlindungan HAM. Tidak kurang dari 40 jenis hak asasi manusia yang tertuang dalam instrumen internasional HAM telah diadopsi kedalam UUD Negara RI 1945 dan menjadi hak konstitusional warga negara yang lebih *justiciable* dan *enforceable*. Di banding lembaga-lembaga yang memiliki peran penegakan HAM, Mahkamah Konstitusi adalah kelembagaan yang

peranannya dapat terukur dan memenuhi standar penegakan HAM sebagaimana dikehendaki oleh instrumen-instrumen internasional HAM, dalam arti memeriksa kinerja negara (baca: otoritas legislasi, DPR dan Presiden) apakah bertentangan atau tidak bertentangan dengan hak asasi manusia.

Kelembagaan penegak HAM sebenarnya tersebar di banyak peran-peran lembaga negara dan/atau lembaga pemerintahan. Kelembagaan HAM melalui pengadilan di Indonesia terdiri dari beberapa lembaga, yaitu seluruh pengadilan tingkat pertama hingga kasasi dalam lingkup cabang kekuasaan yudikatif Mahkamah Agung untuk pelanggaran HAM dalam bentuk tindak pidana atau pelanggaran-pelanggaran HAM yang bisa diadili secara perdata, administratif, atau militer, serta pengadilan HAM, baik yang bersifat tetap maupun *ad hoc*, untuk kejahatan kemanusiaan yang berat. Sementara, di luar institusi peradilan, mekanisme yang dapat diidentifikasi sebagai lembaga penegak HAM adalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM), Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan (Komnas Perempuan), dan Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI). Di samping itu, perlindungan HAM dapat dilakukan melalui berbagai mekanisme yang tersedia dalam Ombudsman Republik Indonesia dan Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban.

Di samping lembaga-lembaga tersebut, jaminan dan upaya perlindungan HAM dapat dilakukan melalui mekanisme peradilan norma konstitusional di Mahkamah Konstitusi. Hak konstitusional warga negara merupakan substansi HAM yang diatur dan dijamin eksistensi, pemenuhan dan perlindungannya dalam konstitusi negara, baik konstitusi dalam arti yang sempit (tertulis) maupun maupun luas (tidak tertulis). HAM dengan demikian merupakan bagian tak terpisahkan dari Undang-Undang Dasar. Andi Gappa, seorang tokoh dalam Sidang Konstituante menegaskan bahwa jika UUD itu diibaratkan sungai, HAM adalah air yang mengalir di dalamnya. Tanpa HAM, sungai hanyalah sebetuk lika-liku yang panjang di permukaan bumi belaka, gersang tanpa makna.⁷ Maka HAM adalah substansi paling dasar dari konstitusi. Tanpa HAM, konstitusi semata

bungkus tanpa isi. Penghayatan terhadap konstitusi harus sejalan dengan pemaknaan dan penghayatan atas hak-hak dasar tiap individu dan warga negara. Menurut Soedjatmoko, konstitusi yang dimiliki dan dibuat oleh negara hanya memiliki arti, bila warga negara yang diikat oleh konstitusi itu menghayati, meyakini, menyadari, dan berani mempertahankan konstitusi itu sendiri.⁸

Sebelum Mahkamah Konstitusi RI dibentuk, Mahkamah Agung RI merupakan satu-satunya puncak kekuasaan yudikatif. Keadaan berubah setelah terjadinya amandemen ketiga UUD 1945 pada tahun 2001. Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 menegaskan bahwa: “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.” Kemudian ditegaskan dalam Pasal 24 C ayat (1) UUD bahwa, “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.”

Dengan substansi yurisdiksi kelembagaan yang demikian, sistem hukum Indonesia telah menempatkan Mahkamah Konstitusi RI sebagai lembaga puncak penafsir dan penjaga konstitusionalisme, dengan kewenangan utama menguji konstitusionalitas Undang-undang. Dengan semangat menjadikan HAM sebagai substansi pokok konstitusi sebagaimana disebut Andi Gappa tersebut, maka tafsir konstitusionalitas harus didasarkan pada penghayatan atas HAM seperti yang direfleksikan Soedjatmoko di muka. Mohammad Fajrul Falakh menyatakan bahwa amandemen UUD Negara RI 1945 telah “membagi habis” kekuasaan menguji peraturan perundang-undangan kepada tiga lembaga. Tiga lembaga tersebut yaitu Mahkamah Agung RI yang memiliki kewenangan menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU. Kemudian DPR yang menguji asumsi yang memaksa penerbitan dan materi muatannya (disebut

legislative riview), dan terakhir, Mahkamah Konstitusi, yang memiliki kewenangan menguji UU terhadap UUD.⁹

Di beberapa negara Mahkamah Konstitusi ditempatkan sebagai pelindung (*protector*) konstitusi.¹⁰ Dengan demikian, sejalan dengan dicantulkannya ketentuan-ketentuan mengenai hak asasi manusia dalam UUD Negara RI 1945, maka Mahkamah Konstitusi juga merupakan lembaga pelindung (*protector*) HAM.¹¹ Belajar dari pengalaman India, lembaga yudisial tertinggi (*supreme court*) yang memiliki kewenangan *judicial review* juga ditempatkan sebagai pelindung HAM. Dalam kasus Daryao versus Negara Bagian Uttar Pradesh, Mahkamah Agung India menyatakan pendiriannya bahwa melindungi HAM yang secara eksplisit telah tercantum dalam konstitusi Indonesia merupakan salah satu tugas pokoknya. Mahkamah Agung India menyatakan bahwa hak-hak dasar tidak saja dimaksudkan untuk melindungi hak-hak individu, namun juga berdasarkan pada kebijakan publik yang luhur. Kemerdekaan setiap orang dan perlindungan atas hak-hak dasar mereka merupakan esensi dari jalan hidup berbangsa dan bernegara yang demokratis yang telah diadopsi di dalam konstitusi. Dengan demikian Mahkamah Agung -yang memiliki kewenangan *judicial review*- harus menolak untuk melakukan pembatasan-pembatasan atas hak-hak dasar tersebut atau menolak untuk menguranginya kecuali jika hal itu memang dimungkinkan di dalam konstitusi itu sendiri.¹²

Sejak 2003-2012, Mahkamah Konstitusi RI telah menangani 532 perkara pengujian undang-undang. Dari angka tersebut 460 perkara dapat diselesaikan. Jumlah penyelesaian ini terdiri dari 414 (90%) putusan dan 46 (10%) perkara melalui ketetapan. Adapun jumlah untuk masing-masing amar putusan adalah 127 perkara (31%) dikabulkan, 154 perkara (37%) ditolak, dan 133 perkara (32%) tidak dapat diterima. Selebihnya, melalui ketetapan 45 perkara ditarik kembali dan 1 perkara tidak berwenang.

Kinerja pengujian undang-undang sesungguhnya merupakan cara Mahkamah Konstitusi, sebagai salah satu institusi negara memastikan sebuah norma dalam undang-undang tetap *compliance* dengan prinsip-prinsip yang tertuang dalam Konstitusi RI. Jika

suatu perkara dinyatakan dikabulkan, itu artinya Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa norma dalam UU tersebut dinyatakan inkonstitusional dan tidak sejalan dengan prinsip perlindungan warga negara. Sebagai *negative legislator*, Mahkamah Konstitusi kemudian menyatakan norma tersebut tidak memiliki kekuatan hukum atau tidak mengikat. Sementara, jika Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pengujian undang-undang, berarti Mahkamah Konstitusi berpendapat norma tersebut tetap sejalan dengan prinsip perlindungan hak konstitusional warga negara. Dengan demikian, kinerja Mahkamah Konstitusi terkait kewenangan pengujian undang-undang sesungguhnya adalah cara negara menjalankan kewajiban generiknya dalam bidang hak asasi manusia, yaitu dengan *to promote*, *to protect*, dan *to fulfill* jaminan-jaminan hak asasi manusia. Peran terkuat Mahkamah Konstitusi di bidang HAM adalah pada kewajiban *to promote* dan *to protect* atas potensi atau fakta pelanggaran HAM yang terjadi karena adanya norma dalam sebuah produk undang-undang (*violation by judicial*).

Dengan prestasi yang dicapai sepanjang 10 tahun terakhir, Mahkamah Konstitusi dapat dikatakan sebagai satu-satunya mekanisme pemajuan dan perlindungan HAM yang paling efektif dan terukur dibanding tugas penegakan HAM dalam konteks pemenuhan yang menjadi tugas utama badan eksekutif dan badan-badan negara lainnya. Proposisi bahwa peran pengujian UU oleh Mahkamah Konstitusi telah menjadi mekanisme baru pemajuan dan perlindungan HAM di Indonesia telah teruji setidaknya melalui putusan-putusannya yang mengikat dan final. Kinerja perlindungan dan pemajuan HAM oleh Mahkamah Konstitusi juga berkontribusi pada upaya penjernihan epistemologi HAM sebagai hukum perdata internasional yang meletakkan negara sebagai *parties* yang terikat dan berkewajiban untuk mematuhi.

Dalam konteks ketersediaan jaminan perlindungan HAM dalam sebuah konstitusi, terminologi HAM kemudian bertransformasi menjadi hak konstitusional warga negara. Bukan hanya perubahan terminologi, tetapi nilai-nilai universal HAM itu juga menjadi *constitutional and legal rights* bagi warga negara dalam *scoop*

yurisdiksi kedaulatan negara. Ada dua teori yang dapat digunakan untuk menjelaskan transferabilitas nilai dan norma HAM dari nilai-nilai dan norma-norma lintas negara-bangsa menjadi norma nasional atau negara. *Pertama*, teori ratifikasi dalam hukum internasional, *kedua* teori transplantasi hukum dalam studi perbandingan hukum. Ratifikasi sebagai salah satu prosedur dalam perjanjian internasional memungkinkan transfer norma hukum yang bersifat lintas yurisdiksi negara. Ratifikasi merupakan pintu gerbang nasionalisasi hukum internasional, khususnya yang mengikat secara hukum (*legally binding*).

Meskipun demikian, Adnan Buyung Nasution mengingatkan bahwa ada perbedaan antara hak konstitusional warga negara dengan hak asasi manusia. Perbedaan ini terletak pada subyeknya, jika hak konstitusional warga negara melekat pada setiap warga negara, maka hak asasi manusia melekat pada siapa saja, tanpa memandang status kewarganegaraannya.

Memang harus diakui secara teori, kita bedakan antara hak asasi manusia dan hak konstitusional. Tidak semua hak asasi manusia bisa dianggap atau diakui sebagai hak konstitusional. Kenapa? Hak konstitusional itu kan hak warga negara. Sedangkan hak asasi manusia itu tidak memandang warga negara atau tidak. Semua orang di sini, penduduk dan warga negara semuanya mempunyai hak asasi manusia. Jadi cakupannya lebih luas menurut saya. Walaupun di Mahkamah Konstitusi, HAM itu diakui sebagai dasar-dasar kemanusiaan yang harus dijunjung, tapi pengadilan MK bukan pengadilan HAM.¹³

Pada tahun 1970-an, seorang pakar hukum Skotlandia-Amerika, WAJ Watson memperkenalkan teori transplantasi hukum di mana hukum ditempatkan sebagai sistem yang bisa berpindah dari satu negara ke negara yang lain. Teori Watson didasarkan pada dua latar obyektif. *Pertama*, pada praktiknya transplantasi hukum merupakan sesuatu yang sangat umum. Watson berpendapat bahwa “peminjaman” sistem hukum satu negara melalui adaptasi oleh negara lain merupakan salah satu sumber utama pembangunan

hukum. *Kedua*, transplantasi aturan-aturan hukum secara sosial adalah mudah. Lebih lanjut Watson memandang, sistem hukum dapat dengan mudah berpindah dari satu negara ke negara lain. Sebuah sistem hukum dapat dengan mudah diterima oleh sistem hukum negara lain dengan konteks sosial yang berbeda. Sistem, institusi, dan struktur hukum di satu sisi tidak memiliki hubungan yang tak dapat dipisahkan dengan sistem sosial bahkan kebutuhan politik ekonomi sebuah negara di sisi yang lain.

Meminjam konsep transplantasi hukum, maka transfer norma HAM dari satu instrumen internasional HAM ke dalam sistem hukum nasional dimungkinkan. Dengan demikian, transfer dan adaptasi norma HAM yang bersumber dari berbagai perjanjian internasional pada pokoknya ditentukan oleh faktor penerimaan negara terhadap norma hukum tersebut, bukan oleh kesamaan konteks, apalagi sistem, institusi, struktur, dan pengalaman-pengalaman legal negara.¹⁴ Demikian halnya dengan instrumen yang digunakan, baik instrumen internasional maupun instrumen nasional. Kedua instrumen tersebut memiliki fungsi yang sama, yaitu menentukan batas terhadap apa yang mungkin pemerintah bisa lakukan terhadap warga negara, terkait dengan yurisdiksinya. Sebagaimana dinyatakan oleh Stephen Gardbaum, *domestic bills of rights and international human rights law per-form the same basic function of stating limits on what governments may do to people within their Jurisdiction.*¹⁵

Dalam konteks tersebut, secara informal, Indonesia telah secara informal melakukan adaptasi atau transfer norma universal HAM, meskipun tidak secara eksplisit disebutkan. Contoh yang bisa disebutkan adalah UU No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia. Hampir seluruh pasal yang mengenai substansi HAM kongruen dengan norma HAM substantif yang terkandung dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia tahun 1948. Contoh yang lain adalah Pengadilan HAM.¹⁶ Demikian juga UU No. 26 Tahun 2000 mengadaptasi struktur hukum dalam Statuta Roma terutama yang berkaitan dengan yurisdiksi Pengadilan HAM. Dua dari empat yurisdiksi mahkamah pidana internasional telah dipinjam dalam Undang-Undang Pengadilan HAM di Indonesia, yaitu Kejahatan

Kemanusiaan dan Genosida. Sekalipun model adaptasi sebagaimana terjadi pada UU 26/2000 telah mengikis pengetahuan dan mekanisme penegakan HAM, sebagai contoh, UU ini bisa disebut sebagai bentuk adaptasi.

Ratifikasi juga telah dilakukan atas berbagai instrumen internasional HAM yang secara hukum mengikat. Di antara sekian banyak instrumen HAM yang diratifikasi adalah kovenan induk HAM yaitu ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights*) dan ICESCR (*International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*). Selain dua kovenan induk tersebut, terdapat 14 konvensi lainnya yang juga telah diratifikasi oleh pemerintah Republik Indonesia.

Baik melalui model transplantasi, adaptasi, dan ratifikasi, Indonesia mutakhir telah memberikan jaminan konstitusional normatif yang kokoh terhadap perlindungan dan pemajuan HAM. Konstitusi RI juga menyediakan mekanisme untuk mendorong jaminan tersebut menjadi berdaya dan melindungi hak-hak konstitusional warga negara. Dengan posisi HAM yang sangat strategis ini, maka merupakan konsekuensi logis jika norma HAM universal menjadi acuan dalam pembangunan hukum dan kelembagaan serta mekanisme yang timbul karenanya di Indonesia. Apalagi konstitusi Indonesia secara eksplisit mengakui dan menjamin HAM sebagai bagian dari substansi pokok konstitusi sebagaimana yang juga dilakukan oleh negara-negara beradab lainnya melalui konstitusi mereka.¹⁷

Penguatan Mahkamah

Pada awalnya, sebelum peristiwa penangkapan Ketua Mahkamah Konstitusi, M. Akil Mochtar, Mahkamah Konstitusi juga merupakan satu-satunya lembaga negara yang paling sepi dari kritik akibat kinerja yang berkualitas dan kemampuan menghindari potensi *abuse of power* terkait mandat yang melekat pada institusinya. Satu-satunya kritik terhadap MK yang mengemuka adalah perihal dugaan adanya praktik korupsi dalam penanganan perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum (PHPU). Dugaan ini pun terbantahkan setelah

Komite Etik bekerja dan menjernihkannya pada tahun 2010. Akan tetapi pasca penangkapan M. Akil Mochtar pada 2 Oktober 2013, semua kepercayaan publik dan prestasi kelembagaan MK RI hancur hingga ke titik terendah.

Selain soal suap yang melilit M. Akil Mochtar, MK RI juga semestinya tetap membutuhkan penguatan dan pengawasan. Dari segi putusan misalnya, sekalipun secara normatif putusan Mahkamah Konstitusi final dan mengikat tetapi eksekusi (baca: implementasi) atas putusan tersebut tidak semuanya dipedomani secara konsisten. Norma yang dibatalkan bisa saja diadopsi lagi oleh DPR dan pemerintah saat membentuk UU serupa, atau diadopsi dalam produk perundang-undangan lain. Mahkamah Konstitusi Periode III bahkan pernah mengemukakan pendapat tentang potensi pembangkangan atas putusan-putusan Mahkamah Konstitusi.

Kritik lain yang ditujukan ke Mahkamah Konstitusi juga terkait konsistensinya dalam memutus sebuah perkara. MK bertugas menegakkan sistem keadilan tetapi sering terjadi Mahkamah Konstitusi justru menegakan keadilan itu sendiri. Mahkamah Konstitusi juga dikritik karena kebergantungannya pada dimensi sosial mutakhir di luar keyakinannya pada dimensi konstitusionalitas sebuah norma, sehingga Mahkamah Konstitusi memutus perkara justru karena 'kebaikan konstitusional' yang bergantung pada dinamika sosial aktual bukan bergantung pada kebenaran atau keadilan konstitusional.

Beberapa kritik yang dikemukakan di atas, menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi membutuhkan penguatan baik dari segi kelembagaan maupun dari segi kewenangan yang dimilikinya. Terkait dengan kewenangan, yang paling urgen adalah perlunya perluasan kewenangan MK untuk memeriksa perkara *constitutional complaint* (CC), karena kewenangan yang merupakan latar belakang historis munculnya peradilan konstitusional ini justru tidak diadopsi oleh Mahkamah Konstitusi. Sementara, tugas memeriksa konstitusionalitas sebuah produk peraturan di bawah undang-undang juga menemui jalan buntu. Sebagaimana banyak disampaikan, bahwa peraturan daerah yang diskriminatif tidak melulu mengandung cacat legal tetapi juga

cacat konstitusional. Tetapi karena batasan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan yang diatur Pasal 24, 24A, dan 24 C menegaskan pembagian kewenangan ini pada Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, peraturan daerah diskriminatif itu gagal untuk diuji kesahihan konstitusionalitasnya.

Terkait dengan aspek kelembagaan (dan kewenangan), Mahkamah Konstitusi juga tidak lagi memiliki daya jangkau untuk mempertanyakan sebuah implementasi produk putusnya. Sementara konvensi ketatanegaraan yang memungkinkan Mahkamah Konstitusi mempertanyakan atau memonitor implementasi putusan-putusnya juga belum tersedia. Memastikan adanya mekanisme kontrol pasca-putusan Mahkamah Konstitusi adalah cara memastikan keadilan bisa terlimpahkan (*delivered*) bagi warga negara. Sebaliknya, membiarkan putusan tersebut tidak *executable* sama artinya membiarkan sistem keadilan itu hanya berhenti pada putusan normatif Mahkamah Konstitusi.

Dalam rangka memotret kinerja 10 Tahun Mahkamah Konstitusi RI, SETARA Institute sejak Juli 2013 melakukan riset dengan dua pendekatan: pendekatan kuantitatif dengan melalui survei terhadap 200 ahli tata negara dan dengan pendekatan kualitatif, dalam bentuk studi hukum normatif (studi atas putusan) serta *indepth interview*.

B. Fokus Riset

Berdasarkan Pasal 24 C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Pada ranah hukum hak asasi manusia, salah satu wujud pelanggaran hak asasi manusia terjadi melalui produk undang-undang. Pembentukan undang-undang yang tidak memperhatikan hak-hak konstitusional yang dijamin dalam UUD 1945 *mutatis mutandis* merupakan pelanggaran hak asasi manusia. Dalam konteks ini, terdapat hubungan yang tidak dapat dipisah antara kewenangan pengujian undang-undang yang dimiliki Mahkamah Konstitusi dengan perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia.

Mengacu pada kewenangan utama Mahkamah Konstitusi untuk memastikan konstitusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, dan dalam rangka memperluas spektrum perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia, berbagai persoalan konstitusional baik terhadap peristiwa hukum kongkrit maupun pelanggaran hak konstitusional melalui norma peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang juga merupakan persoalan konstitusional yang diidentifikasi sebagai membutuhkan penyikapan.

Untuk menopang peranan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu mekanisme perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia, kelembagaan Mahkamah Konstitusi membutuhkan penguatan kelembagaan. Pada aspek kelembagaan, riset ini membatasi diri pada kajian tentang [1] Sifat Kelembagaan dan Sumber Rekrutmen Hakim Mahkamah Konstitusi, [2] Kewenangan Mahkamah Konstitusi, [3] Pengawasan Hakim Konstitusi dan [4] Sifat Final dan Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi. Sedangkan pada aspek kinerja dan produk putusan Mahkamah Konstitusi, riset ini membatasi diri pada 6 (enam) rumpun hak asasi manusia, yaitu [1] rumpun hak hidup, [2] rumpun hak untuk bebas beragama/berkeyakinan, [3] rumpun hak untuk bebas berekspresi, beropini, dan berserikat, [4] hak atas kepastian hukum, [5] hak untuk bebas dari diskriminasi, dan [6] hak atas ekonomi, sosial, dan budaya.

Panduan pertanyaan riset yang diajukan adalah sebagai berikut: *Pertama*, Bagaimana kewenangan dan kinerja kelembagaan Mahkamah Konstitusi dapat menjadi mekanisme nasional pemajuan dan perlindungan HAM? Termasuk pada aspek kelembagaan ini, bagaimana gagasan menata dan memperluas kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk merespons persoalan-persoalan konstitusional lainnya?

Kedua, Apakah putusan-putusan Mahkamah Konstitusi mencerminkan bahwa lembaga ini telah menjalankan peran perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia, sehingga Mahkamah Konstitusi bisa dikategorikan sebagai mekanisme nasional baru pemajuan dan perlindungan HAM?

C. Tujuan dan Manfaat Riset

Secara umum tujuan riset ini adalah untuk mengetahui Kinerja 10 Tahun Mahkamah Konstitusi melalui evaluasi kelembagaan dan kualitas putusan Mahkamah Konstitusi. Secara khusus riset ini ditujukan untuk memperoleh jawaban dan elaborasi tentang:

1. Kewenangan dan kinerja kelembagaan Mahkamah Konstitusi sebagai mekanisme nasional pemajuan dan perlindungan HAM, termasuk pada bagaimana gagasan menata dan memperluas kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk merespons persoalan-persoalan konstitusional lainnya.
2. Kualitas putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dan keterpenuhan prinsip-prinsip HAM pada setiap putusan Mahkamah Konstitusi.

Riset ini diharapkan dapat memberikan dampak bagi pemajuan hak asasi manusia, karena peranan riset ini yang akan menunjukkan dan mempromosikan posisi strategis Mahkamah Konstitusi RI dalam perlindungan dan pemajuan HAM. Paradigma yang terus berkembang dalam kajian dan advokasi HAM di Indonesia hingga kini selalu meletakkan hukum HAM sebagai kejahatan serius (*serious crimes*) yang harus diadili di Pengadilan HAM berdasarkan UU RI No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Padahal pelanggaran HAM dan mekanisme penegakannya tidak semata terbatas pada kerangka UU 26/2000. Banyak jalan menyoal kegagalan negara karena melakukan tindakan aktif (*act by commission*) dan tindakan pembiaran (*by omission*); atau juga dengan men-*challenge* berbagai produk hukum yang restriktif terhadap HAM.

Kewenangan pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi adalah salah satu mekanisme HAM yang harus diperkuat, termasuk menyusun kerangka *monitoring* untuk memastikan putusan-putusan tersebut dijalankan. Efektivitas implementasi putusan-putusan Mahkamah Konstitusi akan menjadikan mandat pemajuan dan perlindungan HAM menjadi dapat ditegakkan (*enforceable*) dan memberikan keadilan (*justiciable*).

Riset ini juga memberikan manfaat bagi kelembagaan Mahkamah Konstitusi, khususnya terkait evaluasi kinerja 2003-2012 dalam hubungannya dengan perlindungan dan pemajuan HAM melalui kewenangan pengujian undang-undang. Sementara, gagasan perluasan spektrum kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai mekanisme nasional penegakan HAM akan memberikan manfaat akademik bagi penguatan kelembagaan, baik melalui perubahan UU Mahkamah Konstitusi atau melalui Amandemen UUD Negara RI 1945.

D. Metodologi

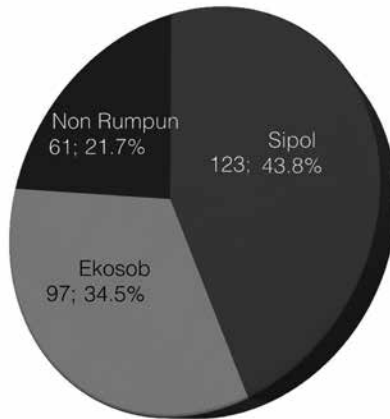
Riset tentang Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Nasional Baru Pemajuan dan Perlindungan HAM ini menggunakan dua pendekatan: Kuantitatif dan kualitatif. *Pertama*, pendekatan kuantitatif dilakukan melalui survei terhadap 200 ahli tata negara yang diselenggarakan sejak 7-15 Oktober 2013. Survei kuantitatif ini menggunakan penentuan sampel secara purposif (*purposive sampling*), dimana peneliti memilih dan menetapkan secara cermat 200 ahli yang memiliki ciri-ciri spesifik dan karakteristik tertentu sehingga relevan dengan struktur dan tujuan penelitian. Dalam *purposive sampling* ihwal *representativeness* bukanlah yang utama. *Purposive sampling* hanya digunakan untuk mengukur persepsi dengan topik-topik yang spesifik dan menuntut keahlian khusus.

Metode pengumpulan data dilakukan dengan *web-based survey*, di mana para responden mengisi kuesioner dengan masuk (*login*) ke website khusus <http://survey.setara-institute.org/>. Para responden yang terpilih, diberikan *username* dan *password* yang hanya dapat digunakan satu kali partisipasi survei. Dengan demikian, keberualangan dapat dihindari. Untuk memastikan akurasi, peneliti juga melakukan *spotcheck* terhadap 10% responden dengan menggunakan telepon.

Kedua, pendekatan kualitatif, dalam bentuk studi hukum normatif (studi atas putusan) serta *in-depth interview* terhadap 15 narasumber terpilih dengan kualifikasi pakar hukum dan hukum tata negara. Dalam menetapkan fokus kajian, riset ini pertama-tama

melakukan pembacaan terhadap 281 putusan Mahkamah Konstitusi yang terbit sejak 2003-2012 dengan amar putusan dikabulkan (127 perkara) dan dengan amar putusan ditolak (154 perkara). Jumlah 281 putusan ini merupakan bagian dari total 460 perkara pengujian undang-undang yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi selama 10 tahun. Termasuk dalam 281 putusan ini juga adalah putusan dengan status *conditionally constitutional*. Dari 281 putusan ini, peneliti menyusun tiga kategori, *pertama*, putusan bidang hak-hak sipil dan politik, putusan bidang hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya, dan *kedua*, putusan yang tidak masuk kedua kategori hak tersebut. Kategori *ketiga* ini berhubungan dengan pengujian undang-undang yang berhubungan dengan kelembagaan negara, dan lain-lain. Riset ini membatasi diri untuk tidak meneliti putusan-putusan yang termasuk dalam kategori ketiga.

Grafik 1:
Tiga Kategori 281 Putusan Mahkamah Konstitusi



Setelah melakukan kategorisasi, peneliti menetapkan pilihan 6 rumpun hak yang terdiri dari 5 rumpun hak dalam kategori hak sipil dan politik sebagai obyek riset, yaitu: [1] hak hidup, [2] hak untuk bebas beragama/berkeyakinan, [3] hak untuk bebas berekspresi, beropini, dan berserikat, [4] hak untuk bebas dari diskriminasi,

[5] hak atas kepastian hukum. Sedangkan 1 rumpun hak termasuk dalam kategori hak ekonomi, sosial, dan budaya. Jika diakumulasi, maka obyek riset putusan ini adalah berjumlah 6 rumpun hak dari dua kategori hak, sipil dan politik, dan hak ekonomi, sosial, dan budaya.

Pilihan pada 5 rumpun hak yang termasuk dalam kategori hak sipil dan politik didasarkan pada mandat kelembagaan SETARA Institute, yakni mendorong pemajuan HAM, khususnya dalam bidang hak sipil dan politik. Secara substantif, pilihan 5 rumpun ini juga mengacu pada asumsi riset ini yang ditujukan untuk menguji sejumlah isu hak yang memiliki potensi *conflicting right* dan *conflicting norm* tinggi, sehingga semakin kuat untuk mengukur integritas kelembagaan Mahkamah Konstitusi mengawal pemajuan dan perlindungan HAM. Pilihan pada putusan yang menguji norma-norma dengan tingkat kerumitan yang tinggi akan menunjukkan gambaran utuh bagaimana Mahkamah Konstitusi bersikap. Sedangkan secara pragmatis, pilihan 5 rumpun hak didasarkan pada ketersediaan hak-hak yang pernah diuji dan diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi. Sementara 1 rumpun dalam kategori hak ekonomi, sosial, dan budaya yang juga dikaji dalam riset ini, menjadi penting untuk menangkap kecenderungan umum, bagaimana Mahkamah Konstitusi bersikap terhadap dua kategori hak.

Setelah menetapkan putusan dalam 6 rumpun hak, dengan argumentasi yang sama, peneliti menetapkan perkara-perkara yang dikaji dan dijadikan obyek studi. Dasar yang penetapan pilihan putusan, yang utama adalah argumen substantif bahwa putusan yang dikaji harus benar-benar mampu menggambarkan sikap Mahkamah Konstitusi dalam pemajuan dan perlindungan HAM. Dengan demikian, putusan-putusan yang dikaji memiliki akurasi yang memadai untuk menakar kontribusi Mahkamah Konstitusi pada perlindungan dan pemajuan HAM, sehingga asumsi bahwa Mahkamah Konstitusi telah menjadi mekanisme nasional baru pemajuan dan perlindungan HAM dapat teryakinkan.

Tabel 1:
Putusan Terseleksi yang menjadi Fokus Riset

KATEGORI HAK	RUMPUN HAK DALAM RISET	NO	PUTUSAN YANG DIKAJI
HAK SIPIL DAN POLI- TIK	Kepastian Hu- kum	1	018/PUU-IV/2006 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		2	65/PUU-IX/2011 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		3	76/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		4	98/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		5	65/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		6	17/PUU-IX/2011 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		7	114/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		8	69/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana

KATEGORI HAK	RUMPUN HAK DALAM RISET	NO	PUTUSAN YANG DIKAJI
		9	78/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		10	No. 133/PUU-VII/2009 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		11	No. 5/PUU-IX/2011 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		12	016/PUU-IV/2006 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		13	006/PUU-I/2003 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		14	69/PUU-II/2004 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		15	012/PUU-IV/2006 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		16	019/PUU-IV/2006 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi

KATEGORI HAK	RUMPUN HAK DALAM RISET	NO	PUTUSAN YANG DIKAJI
		17	19/PUU-V/2007 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		18	37/PUU-VIII/2010 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		19	39/PUU-VIII/2010 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		20	16/PUU-X/2012 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		21	31/PUU-X/2012 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		22	81/PUU-X/2012 pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi
		23	003/PUU-IV/2006 Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
		24	16/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

KATEGORI HAK	RUMPUN HAK DALAM RISET	NO	PUTUSAN YANG DIKAJI
		25	3/PUU-IX/2011 Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
		26	20/PUU-VI/2008 Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
		27	18/PUU-V/2007 Pengujian Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia
		27	49/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia
	Kebebasan Berekspresi, Berpendapat dan Berorganisasi	29	013-022/PUU-IV/2006 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		30	14/PUU-VI/2008 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
		31	1/PUU-IX/2011 Pengujian Undang-Undang NO. 32 TAHUN 2004 TENTANG PEMDA
		32	7/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana

KATEGORI HAK	RUMPUN HAK DALAM RISET	NO	PUTUSAN YANG DIKAJI
		33	50/PUU-VI/2008 Pengujian Undang-Undang No. 11/2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik
		34	98/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 42/2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden
		35	99/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 42/2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden
		36	9/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 37/2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang
		37	35/PUU-IX/2011 Pengujian Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Partai Politik
		38	66/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang NO. 18 TAHUN 2003 TENTANG ADVOKAT
		39	115/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang NO. 13 TAHUN 2003 TENTANG KETENAGAKERJAAN
	Kebebasan Beragama/Berkeyakinan	40	140/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama
		41	12/PUU-V/2007 Pengujian Undang-Undang No. 1/1974 tentang Perkawinan

KATEGORI HAK	RUMPUN HAK DALAM RISET	NO	PUTUSAN YANG DIKAJI
		42	19/PUU-VI/2008 Pengujian Undang-Undang No. 7/1989 tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan UU No. 3/2006 tentang Perubahan Atas UU No. 7/1989 tentang Peradilan Agama
	Hak Hidup	43	2-3/PUU-V/2007 Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika
		44	21/PUU-VI/2008 mengenai pengujian UU No. 02/Pnps/1964 tentang Tata Cara Pelaksanaan Hukuman Mati
	Hak untuk Bebas dari Diskriminasi	45	No. 011-017/PUU-I/2003 Pengujian Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota
		46	10-17-23/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 44/2008 tentang Pornografi
		47	48/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang No. 44/2008 tentang Pornografi
HAK ATAS EKONOMI SOSIAL, DAN BUDAYA (EKOSOB)	Hak atas Ekonomi Sosial, dan Budaya (Ekosob)	48	001-021-022/PUU-I/2003 pengujian Undang-undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan
		49	002/PUU-I/2003 pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak Dan Gas Bumi

KATEGORI HAK	RUMPUN HAK DALAM RISET	NO	PUTUSAN YANG DIKAJI
		50	058-059-060-063/PUU-II/2004 Pengujian Undang-Undang No. 7/2004 Tentang Sumber Daya Air
		51	121/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang NO. 4 TAHUN 2009 TENTANG PERTAMBANGAN MNINERAL DAN BATUBARA
		52	10/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang No. 4/2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara
		53	25/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang No. 4/2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara
		54	30/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang No. 4/2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara
		55	35/PUU-X/2010
		56	36/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang NO. 22 TAHUN 2001 TENTANG MINYAK DAN GAS BUMI
		57	5/PUU-X/2012 Pengujian Undang-Undang No. 4/2012 tentang Perubahan Atas UU No. 22/2011 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2012

KATEGORI HAK	RUMPUN HAK DALAM RISET	NO	PUTUSAN YANG DIKAJI
		58	13/PUU-VI/2008 Pengujian Undang-Undang No. 16/2008 tentang Perubahan Atas UU No. 45/2007 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2008
		59	11-14-21-126-136/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional
		60	12/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang NO. 36 TAHUN 2009 TENTANG KESEHATAN
		61	19/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan
		62	27/PUU-IX/2010 Pengujian Undang- Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan
		63	37/PUU-IX/2011 Pengujian Undang- Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan

Dalam melakukan kajian atas putusan Mahkamah Konstitusi, riset ini yang utama adalah menggunakan pendekatan hak asasi manusia. Hukum HAM internasional mendasarkan pikirannya bahwa setiap negara mempunyai kewajiban untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfil*) hak asasi warganya. Sedangkan komunitas internasional dan negara-negara lain mempunyai hak dan tanggung jawab untuk memprotes bila kewajiban sebuah negara (*state obligation*) tidak dilaksanakan sesuai dengan harapan semula.¹⁸ Sementara, individu-individu dalam

wilayah yurisdiksinya adalah pemangku hak (*rights holder*) daripada kewajiban dan tanggung jawab negara. Status negara dalam hukum HAM ini ditempatkan sebagai pemegang kewajiban (*duty-holders*).¹⁹

Riset ini adalah menyelidiki atau penelusuran terhadap cara-cara para hakim memutus perkara pengujian undang-undang. Pengujian secara formil diartikan oleh Sri Soemantri sebagai suatu proses penilaian terhadap apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang telah dibuat melalui cara-cara atau prosedur yang ditentukan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan atau belum.²⁰ Sedangkan pengujian secara materiil merupakan suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya.²¹ Merujuk definisi tersebut, aktivitas pengujian sebuah undang-undang tidak dapat dilepaskan dari proses penilaian terhadap kebersesuaian antara proses pembentukan atau isi suatu undang-undang dengan prosedur yang ditentukan atau norma atau peraturan yang lebih tinggi.

Khusus terkait penilaian terhadap kesesuaian antara isi sebuah undang-undang dengan ketentuan yang lebih tinggi, kegiatan interpretasi hukum menjadi aktivitas yang tidak dapat ditinggalkan hakim. Bahkan, interpretasi memegang peranan kunci bagi hakim untuk menemukan hukum yang akan dijatuhkan dalam memutus pengujian sebuah norma undang-undang. Tidak hanya itu, interpretasi hukum juga sangat diperlukan pada saat norma peraturan yang lebih tinggi yang dijadikan batu uji juga memiliki tafsir ganda, sehingga membutuhkan interpretasi dari hakim. Proses inilah kemudian yang kemudian dikenal dengan istilah *judicial activism*. Denny Indrayana mengartikan *judicial activism* sebagai salah satu cara hakim dalam melakukan penemuan hukum.²² Dalam konsep ini, interpretasi dinilai sebagai salah satu cara penemuan hukum disamping *rechtvinding*. Bedanya, *rechtvinding* dilakukan apabila tidak terdapat undang-undang yang mengatur sebuah permasalahan, namun karena kebutuhan, hakim mesti menemukan aturan hukumnya. Sedangkan interpretasi dilakukan jika terhadap sebuah permasalahan sudah ada aturannya,

hanya saja untuk penyelesaian persoalan dibutuhkan penafsiran atau interpretasi.

Interpretasi dapat dipahami sebagai upaya menemukan dan menyajikan makna yang sebenarnya dari tanda-tanda apa pun yang digunakan untuk menyampaikan ide-ide.²³ “Makna yang sebenarnya” diartikan sebagai makna yang memang dikehendaki untuk diekpresikan oleh orang yang menggunakan tanda.²⁴ Dalam hubungannya dengan interpretasi konstitusi, maka penafsiran yang dimaksud adalah tafsir sesuai makna sebenarnya dari yang dikehendaki oleh norma konstitusi. Grogory Leyh menukulkan beberapa prinsip dasar yang harus dipedomani dalam melakukan interpretasi hukum. Prinsip-prinsip tersebut adalah:²⁵

1. Suatu kalimat, atau bentuk kata-kata, hanya bisa memiliki satu makna yang benar.
2. Tidak ada interpretasi yang sehat kecuali dengan adanya keyakinan yang baik dan akal sehat.
3. Dengan demikian, kata-kata harus dipahami sebagaimana yang mungkin dimaksudkan oleh penutur. Dalam kasus-kasus yang meragukan, kita memahami pengertiannya yang lazim, dan bukan pengertian menurut tata bahasa atau pengertian klasiknya, memahami pengertian teknis dan bukan pengertian etimologisnya – verba artis ex arte; sebagaimana pengungkapannya. Secara umum, kata-kata dipahami dalam pengertiannya yang paling sesuai dengan karakter teks maupun karakter penuturnya.
4. Apa yang bersifat khusus dan lebih rendah tidak bisa mengalahkan apa yang bersifat umum dan lebih tinggi.
5. Perkecualian (terhadap nomor 4) didasarkan pada apa yang lebih tinggi.
6. Apa yang bersifat mungkin, sedang, dan lazim, lebih diutamakan daripada apa yang tidak mungkin, tidak sedang, dan tidak lazim.
7. Kita mengikuti aturan-aturan khusus yang diberikan oleh otoritas yang tepat.

8. Kita berupaya mendapatkan bantuan dari apa yang lebih dekat, sebelum mengarah pada apa yang kurang dekat.
9. Interpretasi bukan tujuan melainkan merupakan sarana; dengan demikian kondisi-kondisi yang lebih tinggi dimungkinkan keberadaannya.

Seiring dengan itu, Satjipto Raharjo membedakan interpretasi menjadi dua macam, yaitu: interpretasi harfiah dan interpretasi fungsional. Interpretasi harfiah didefinisikan sebagai penafsiran dengan semata-mata menggunakan kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangan, ia tidak keluar dari *litera legis*.²⁶ Sementara interpretasi fungsional atau dikenal juga dengan interpretasi bebas adalah bentuk penafsiran yang tidak mengikat diri sepenuhnya kepada kalimat-kalimat atau kata-kata peraturan, melainkan mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan menggunakan berbagai sumber lain yang dianggap bisa memberikan penjelasan yang lebih memuaskan.²⁷

Sehubungan dengan prinsip-prinsip interpretasi yang dikemukakan Gregory Leyh dan macam interpretasi yang disebutkan Satjipto Raharjo, Utrecht membagi metode penafsiran hukum menjadi lima cara, yaitu:²⁸

1. Penafsiran menurut arti perkataan atau istilah
2. Penafsiran historis.
3. Penafsiran sistematis atau logis.
4. Penafsiran sosiologis.
5. Penafsiran otentik atau resmi.

Penafsiran menurut arti kata atau istilah diartikan sebagai penafsiran yang menekankan pada arti atau makna kata-kata yang tertulis²⁹ atau makna teks yang ada di dalam kaidah hukum yang dinyatakan.³⁰ Penafsiran historis mencakup penafsiran sejarah hukum dan sejarah penetapan suatu ketentuan.³¹ Sedangkan penafsiran sosiologis dipahami sebagai penafsiran suatu ketentuan dengan memperhatikan konteks sosial ketika norma tersebut dirumuskan.³² Sementara penafsiran otentik merupakan interpretasi sesuai tafsir yang dinyatakan oleh pembuat undang-undang.³³

Adapun penafsiran sistematis atau logis merupakan penafsiran menurut sistem yang ada dalam rumusan hukum itu sendiri.³⁴ Penafsiran ini dilakukan dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan yang saling berkaitan dalam naskah peraturan perundang-undangan terkait. Metode penafsiran ini muncul karena adanya penilaian, peraturan perundang-undangan suatu negara merupakan satu kesatuan, dalam arti tidak satupun dari peraturan tersebut dapat ditafsirkan seolah-olah ia berdiri sendiri.³⁵ Dalam penafsiran sistematis, langkah yang dilakukan adalah mencari makna kata-kata yang terdapat di dalam suatu peraturan yang ada kaitannya dan melihat pula pada kaidah-kaidah lainnya.³⁶ Sebab, dalam penafsiran ini, yang harus selalu diingat adalah hubungan antar peraturan perundang-undangan atau hubungan antar norma yang terdapat dalam suatu undang-undang. Penafsiran sistematis akan dapat menimbulkan dua kemungkinan, yaitu : pertama, terjadinya penyempitan makna. Kedua, terjadi perluasan makna dari pengertiannya dalam kaidah bahasa yang biasa.³⁷

Lalu bagaimana dengan penafsiran konstitusi? Metode-metode penafsiran di atas juga ditemukan dalam penafsiran konstitusi oleh hakim. Hanya saja, dalam penafsiran konstitusi juga terdapat beberapa metode utama. John Garvey dan T. Alexander Aleinikoff mengemukakan ada enam metode penafsiran konstitusi, yaitu: *intepretivism/non-intepretivism; textualism; original intent; stare decisis; neutral principles; dan balancing*.³⁸ Selain metode, penafsiran konstitusi juga memiliki sumber yang melandasi penafsirannya. Lima sumber tersebut adalah:³⁹

1. *The text and structure of the constitution*. “bunyi” di dalam konstitusi yang menjadi focus perhatian.
2. *Intentions of those who drafted, voted to propose, or voted to ratify the provision in question*, di mana yang dilihat adalah maksud dibentuknya konstitusi dan pandangan penyusun konstitusi.
3. *Priorpresedents*. Kasus-kasusterdahulu merupakan yurisprudensi dalam menafsirkan konstitusi.
4. *The social, political, and economic consequences of alternative*

interpretation. Faktor-faktor lain seperti social, politik dan ekonomi juga dipertimbangkan dalam menafsirkan konstitusi.

5. *Natural law*, ketentuan atau nilai yang hidup dalam masyarakat seperti adat dan agama dijadikan sumber dalam menafsirkan konstitusi.

Dalam Buku Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, yang diterbitkan oleh Mahkamah Konstitusi (2010), disebutkan bahwa istilah ‘penafsiran konstitusi’ merupakan terjemahan dari *constitutional interpretation*. Penafsiran konstitusi atau *constitutional interpretation* merupakan penafsiran terhadap ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam konstitusi atau undang-undang dasar, atau *interpretation of the Basic Law*.⁴⁰ Penafsiran konstitusi adalah penafsiran yang digunakan sebagai suatu metode dalam penemuan hukum (*rechsvinding*) berdasarkan konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang digunakan atau berkembang dalam praktik peradilan Mahkamah Konstitusi.⁴¹ Semua metode penafsiran hukum dan konstitusi sebagaimana terurai di atas memiliki keterkaitan satu sama lain. Berbagaimana metode penafsiran yang dikemukakan Utrecht tidak dapat dilepaskan dari apa yang dikemukakan John Garvey dan T. Alexander Aleinikoff. Begitu juga sebaliknya. Oleh karena itu, dalam kaitannya dengan penafsiran konstitusi, berdasarkan metode dan sumber penafsiran hukum dan konstitusi yang digunakan, setidaknya para penafsir konstitusi (hakim dan siapapun) dapat dikelompokkan menjadi tiga golongan, yaitu : kalangan originalis, non-originalis, dan kalangan naturalis.

Kalangan originalis menitikberatkan penafsiran teks konstitusi berdasarkan pemahaman dan tujuan konstitusi dari pendapat para penyusun konstitusi.⁴² Sebab, pandangan para penyusun konstitusi dianggap sumber terbaik dalam menafsirkan konstitusi. Sedangkan kalangan non-originalis menilai, konstitusi tidaklah mungkin hanya dinilai dari sudut pandang masa pembuatannya, melainkan harus diletakkan dalam kerangka yang sesuai dengan kondisi kekinian. Pandangan tersebut didasarkan atas alasan tidak mungkin menyeragamkan pola pikir masyarakat modern saat ini dengan pemikiran para pembentuk konstitusi⁴³ di masa lalu. Sementara

kalangan naturalis menilai, penafsiran hakim harus didasarkan kepada apa yang dibutuhkan atau dianjurkan oleh hukum alam (kitab-kitab agama, hukum Tuhan), kemanusiaan, dan kondisi lapangan yang sedang berjalan.⁴⁴

E. Pembabakan Isi Buku

Naskah buku ini berasal dari laporan riset tentang Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Nasional Baru Pemajuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia. Sebagai laporan riset, pembabakan buku ini disusun secara lebih ketat sebagaimana desain riset yang dikembangkan pada awal kegiatan riset ini dimulai. Namun demikian, untuk memudahkan penyajian, maka pembabakan disusun dengan mempertimbangkan juga jumlah subyek yang dikaji dan ketebalan halaman, sehingga memudahkan para pembaca buku ini. Sebagaimana desain riset buku ini secara garis besar memuat dua kajian utama, yakni evaluasi kelembagaan Mahkamah Konstitusi dan evaluasi kualitas putusan Mahkamah Konstitusi yang terdiri dari dua kategori: hak-hak sipil dan politik, dan kategori hak ekonomi, sosial, dan budaya. Dalam penyajian hasil kajian, dua kategori besar tersebut dibagi dalam 6 rumpun hak yang disebar dalam tiga bab.

Desain riset diadopsi menjadi Bab 1 yang terdiri dari latar belakang riset, fokus riset, tujuan dan manfaat riset, serta metodologi riset. Bagian pendahuluan ditutup dengan pembabakan isi buku, yang menguraikan secara garis besar isi buku. Pada Bab 2, buku ini menyajikan kajian teoritik tentang Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Nasional Baru HAM. Kajian teoritik ini ditujukan untuk meyakinkan bahwa Mahkamah Konstitusi dengan kewenangan pengujian konstusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, sesungguhnya berperan nyata dalam pemajuan dan perlindungan HAM, dua dari tiga kewajiban negara dalam hukum hak asasi manusia, yaitu memajukan, melindungi, dan memenuhi hak asasi manusia. Karena itu pada Bab 2 diuraikan panjang lebar tentang HAM, Mahkamah Konstitusi, dan hak-hak konstusional warga negara.

Bab 3 adalah bab yang menyajikan kajian evaluatif atas kelembagaan Mahkamah Konstitusi. Bab ini mengulas beberapa isu pokok terkait sifat kelembagaan Mahkamah Konstitusi dan sumber rekrutmen hakim, kewenangan Mahkamah Konstitusi, pengawasan para hakim Mahkamah Konstitusi, Kinerja Hakim, termasuk mempertanyakan sifat final dan mengikatnya putusan Mahkamah Konstitusi.

Selanjutnya, untuk mendiskusikan putusan-putusan yang dikaji dalam riset ini, buku ini menyajikan tiga bab secara terpisah yang masing-masing berisi rumpun-rumpun hak. Bab 4 akan menyajikan kajian terhadap putusan kategori hak sipil dan politik dalam rumpun hak atas kepastian hukum. Bab 5 mengkaji (1) kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul; (2) kebebasan beragama/berkeyakinan; (3) hak atas hidup; dan (4) hak untuk bebas dari diskriminasi. Keempat rumpun yang dikaji pada bab ini adalah termasuk kategori hak sipil dan politik. Sedangkan Bab 6 mengkaji putusan dalam rumpun hak atas ekonomi, sosial, dan budaya.

Pada Bab 7 disarikan sejumlah kesimpulan yang merupakan jawaban atas pertanyaan penelitian, termasuk butir-butir rekomendasi penguatan terhadap Mahkamah Konstitusi. Secara detail rekomendasi pada Bab 7 ini dapat dirujuk pada bab-bab sebelumnya di masing-masing fokus kajian. Akan tetapi pada bab ini, buku ini juga menegaskan sejumlah kesimpulan kajian. []

Endnotes

- 1 Lebih lanjut ia menjelaskan, bahwa amandemen konstitusi di Indonesia dilakukan satu kali dengan memakan waktu selama tiga tahun. Kenyataannya sepanjang tiga tahun itu MPR tidak pernah berhenti membahas rangkaian gagasan-gagasan amandemen yang dilakukannya. Hanya saja, pengesahannya dilakukan selama

- empat tahap sesuai dengan tingkat capaian kesepakatan pada setiap Sidang Tahunan MPR yang biasanya hanya berlangsung sekitar satu minggu. Lihat, Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rineka Cipta, 2010, h. x
- 2 Syamsuddin Haris, dkk., *Menggugat Pemilihan Umum Orde Baru: Sebuah Bunga Rampai*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1998, h. 94-97.
 - 3 Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT Gramedia, 1982, h. 63-64.
 - 4 Arif Budiman, *Teori Negara: Negara, Kekuasaan dan Ideologi*, Jakarta: Gramedia, 1997, h. 29.
 - 5 Samuel Edward Finer cs., *Comparing Constitutions*, Oxford: Clarendon Press, 1995, h. 37.
 - 6 Pada Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi disebutkan: Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:
 - a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - c. memutus pembubaran partai politik; dan
 - d. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
 - 7 Risalah Sidang Konstituante 1956, dalam Adnan Buyung Nasution, *Demokrasi Konstitusional: Pikiran dan Gagasan*, Jakarta: Penerbit Kompas, 2010, h. 29
 - 8 *Ibid.*
 - 9 Mohammad Fajrul Falaakh, “MK Penguasa Perppu”, *Kompas*, Kamis 19 November 2013.
 - 10 Di Indonesia biasa disebut penjaga konstitusi (*the guardian of constitution*).

- 11 Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Penerbit Sinar Grafika, 2011, h. 7.
- 12 M.P. Jain (2004), sebagaimana dikutip oleh Maruarar Siahaan, *Op. Cit.*, h. 8.
- 13 Wawancara dengan Adnan Buyung Nasution, Jakarta 26 September 2013.
- 14 Alan Watson, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*, Edinburg: University of Georgia Press, 1974, juga Anthony Forsyth, 2006, “The ‘Transplantability’ Debate In Comparative Law And Comparative Labour Law: Implications For Australian Borrowing From European Labour Law”, *Working Paper No. 38*, (Melbourne: Centre for Employment and Labour Relations Law The University of Melbourne), h. 2-3.
- 15 Stephen Gardbaum, “Human Rights as International Constitutional Rights”, *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 4, 2008, h. 750.
- 16 Terkait dengan kelembagaan Pengadilan HAM berdasarkan UU No. 26/2000, kritik keras para aktivis HAM menyebutkan bahwa domestikasi kelembagaan pengadilan HAM di Indonesia merupakan jalan menghindar dari kemungkinan pelanggaran-pelanggaran HAM yang terjadi pada masa pemerintahan Orde Baru dibawa ke mahkamah pidana internasional.
- 17 Lihat CF Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk*, terj. Bandung: Nusa Media, 2011, atau K.C. Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003.
- 18 Richard B. Bilder, “Tinjauan Umum Hukum Hak Asasi Manusia”, *Kursus HAM untuk Pengacara Angkatan VI*, Jakarta: Elsam, 2001.
- 19 Louis B. Sohn, “The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States,” *32 Am. U.L. Rev.* 1, 1982.
- 20 Sri Soematri, *Hak Uji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung, h. 6
- 21 *Ibid.*, h. 11

- 22 Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945 Perubahan Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia Melalui Keputusan Mahkamah Konstitusi*, Rajawali Pres, Jakarta, 2011, h. 86
- 23 Gregory Leyh, *Hermeneutika Hukum, Sejarah, Teori dan Praktik*, Nusamedia, Bandung, 2008, h. 141.
- 24 *Ibid.*
- 25 *Ibid.*, h. 142
- 26 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, 2000, h. 95
- 27 *Ibid.*
- 28 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, h. 224-226
- 29 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara (Jilid I)*, Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, Jakarta, Jakarta, 2006, h. 274
- 30 *Ibid.*, h. 275
- 31 *Ibid.*, h. 280
- 32 *Ibid.*, h. 276
- 33 *Ibid.*, h. 282
- 34 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, h. 226
- 35 Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Penerbit Alumni, Bandung, 2008, h. 10
- 36 Jimly Asshiddiqie, *Op.cit.*, h. 227
- 37 Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Op.cit.*, h. 8
- 38 Feri Amsari, *Op.cit.*, h. 101
- 39 *Ibid.*, h. 102
- 40 Sekretariat Mahkamah Konstitusi RI dan Asosiasi Pengajar Hukum Acara MK, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, 2010, h. 81
- 41 *Ibid.*
- 42 *Ibid.*, h. 105
- 43 *Ibid.*, h. 112
- 44 *Ibid.*, h. 118



Bab II

Mahkamah Konstitusi Sebagai Mekanisme Nasional Baru Hak Asasi Manusia

Bab II

Mahkamah Konstitusi Sebagai Mekanisme Nasional Baru Hak Asasi Manusia

Kelembagaan HAM merupakan setiap sarana atau institusi yang bisa digunakan dan memiliki kewenangan hukum atau yurisdiksi untuk melaksanakan upaya perlindungan HAM. Kelembagaan dapat dibedakan menjadi tiga level, yaitu kelembagaan yang tersedia di suatu negara, kelembagaan yang tersedia di tingkat regional dan kelembagaan yang bisa digunakan di tingkat internasional. Pada tingkat internasional, instrumen kelembagaan yang bisa digunakan untuk penanganan pelanggaran hak asasi manusia mengacu pada sistem yang tersedia di Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), yaitu pada institusi yang memiliki mandat untuk mengurus masalah hak asasi manusia. Pada dasarnya, lembaga-lembaga PBB tersebut dibedakan menjadi dua yaitu lembaga berdasarkan *charter-based organs* dan *treaty-based organs*.

Charter-based organs atau badan-badan hak asasi manusia yang dibentuk berdasarkan Piagam PBB adalah lembaga-lembaga yang memiliki mandat untuk mengurus masalah-masalah hak asasi manusia baik secara langsung ataupun tidak. Lembaga-lembaga tersebut adalah Majelis Umum, Dewan Keamanan, Dewan Ekonomi dan Sosial, Dewan Hak Asasi Manusia, Komisi Status Wanita dan Sub Komisi Pemajuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia. Diantara

lembaga-lembaga PBB tersebut di atas, Komisi Hak Asasi Manusia (*High Commissioner for Human Rights*) dan Sub Komisi yang ada memiliki wewenang penuh dalam menangani masalah-masalah hak asasi manusia secara luas dan terperinci. Melalui Lembaga-lembaga ini, individu, kelompok individu atau lembaga swadaya masyarakat dapat mengajukan aduan kepada PBB melalui Komisaris Tinggi Hak Asasi Manusia PBB mengenai pelanggaran hak asasi manusia yang mereka alami di negaranya atau di negara-negara tertentu. Selain itu, Lembaga-lembaga tersebut bisa membentuk suatu komisi khusus mengenai suatu masalah khusus (*working group*), seperti *Working Group on Disappearances* pada tahun 1970 di Argentina.

Penanganan pelanggaran hak asasi manusia melalui mekanisme lembaga internasional kedua adalah dengan menggunakan mekanisme *treaty-based organs* atau melalui lembaga-lembaga internasional yang dibentuk berdasarkan perjanjian-perjanjian internasional mengenai hak asasi manusia, yaitu: *Human Rights Committee* untuk melaksanakan *the International Covenant on Civil and Political Rights 1966 (ICCPR)*, *Committee on Economic and Cultural Rights* untuk melaksanakan ketentuan *the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*, *Committee on the Elimination of Racial Discrimination* untuk melaksanakan ketentuan *the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)*, *Committee against Torture* untuk melaksanakan *the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984*, *Committee for the Elimination of Discrimination against Women* untuk melaksanakan *the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* dan *Committee on the Rights of the Child* untuk melaksanakan ketentuan *the Convention on the Rights of the Child (CRC)*.

Lembaga-lembaga tersebut di atas memiliki kewenangan dalam pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia menurut ketentuan Konvensi-Konvensi yang mengaturnya. Kewenangan tersebut adalah kewenangan untuk memantau pelaksanaan Konvensi (*treaty monitoring bodies*). Kewenangan ini dilaksanakan melalui mekanisme pelaporan pelaksanaan Konvensi dari negara peserta (*reports*),

penerimaan pengaduan individu (*individual complaints*), pengaduan antar negara (*interstate complaints*) dan mekanisme lainnya seperti pemeriksaan lapangan (*on site investigation*) untuk ICCPR, CEDAW dan CAT, serta langkah-langkah yang penting dan segera diwujudkan (*urgent action, early warning and interim measures*) dalam ICCPR, CEDAW dan CERD.

Indonesia adalah negara peserta dari CERD 1966, CEDAW 1979, CAT 1984 dan CRC 1989. Dengan demikian, Indonesia terikat untuk melaksanakan ketentuan dalam Konvensi terutama penggunaan lembaga-lembaga yang ada di dalamnya, kecuali Indonesia mengatur ketentuan-ketentuan lain yang berbeda dalam bentuk deklarasi atau reservasi dari ketentuan-ketentuan tertentu dalam Konvensi-Konvensi tersebut.

Sedangkan kelembagaan HAM di tingkat regional merupakan institusi yang dibentuk oleh negara-negara di suatu kawasan tertentu yang memiliki kewenangan untuk melakukan penanganan pelanggaran hak asasi. Contoh lembaga regional tersebut adalah lembaga peradilan dan komisi hak asasi yang ada di kawasan tertentu seperti di Eropa, Amerika dan Afrika. Untuk konteks ASEAN, terdapat Komisi HAM ASEAN yang kinerjanya sebagai lembaga HAM regional masih dinanti oleh para pegiat untuk mengatasi masalah pelanggaran HAM di kawasan, seperti di Myanmar.

Kelembagaan HAM melalui pengadilan di Indonesia terdiri dari beberapa lembaga, yaitu seluruh pengadilan tingkat pertama hingga kasasi dalam lingkup cabang kekuasaan yudikatif Mahkamah Agung untuk pelanggaran HAM dalam bentuk tindak pidana atau pelanggaran-pelanggaran HAM yang bisa diadili secara perdata, administratif, atau militer, serta pengadilan HAM, baik yang bersifat tetap maupun *ad hoc*, untuk kejahatan kemanusiaan yang berat. Lembaga di luar peradilan yang bisa digunakan dan memiliki yurisdiksi untuk perjuangan pemajuan dan perlindungan HAM adalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM), Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan (sering disingkat Komnas Perempuan), dan Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI). Di samping itu, perlindungan HAM dapat dilakukan melalui berbagai

mekanisme yang tersedia dalam Ombudsman Republik Indonesia dan Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban.

Mahkamah Konstitusi, dengan kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar hakikatnya adalah memproteksi potensi-potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara, yang juga merupakan hak asasi manusia melalui produksi undang-undang. Dengan demikian, kewenangan Mahkamah Konstitusi merupakan kewenangan untuk memajukan dan melindungi HAM. Atas dasar kewenangan inilah, kemudian Mahkamah Konstitusi RI dapat dikualifikasi sebagai mekanisme nasional baru pemajuan dan perlindungan HAM. Jauh sebelum ada Mahkamah Konstitusi, pelanggaran HAM yang melekat dalam sebuah UU (*violation by judicial*) tidak pernah bisa diperkarakan, kecuali untuk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Itu pun jarang terjadi dalam praktik hukum di Indonesia pada masa Orde Baru.

Melalui bagian kedua buku riset ini, kerangka teoretik Hak Asasi Manusia (HAM) dalam konteks kajian riset ini akan diurai dengan pertanyaan-pertanyaan kunci. Apakah HAM itu bersifat natural atau legal? Bagaimana spektrum kajian HAM soal universalitas dan partikularitas Hak Asasi Manusia dan bagaimana posisi instrumen, institusi, dan mekanisme negara sebagai pemangku kewajiban dalam pemajuan, perlindungan (dan khusus untuk badan eksekutif adalah tugas) pemenuhan HAM? Bagian ini juga akan mengulas bagaimana Hak Asasi Manusia bertransformasi menjadi Hak Konstitusional Warga Negara (HKW) serta uraian kelembagaan Mahkamah Konstitusi sebagai mekanisme nasional baru pemajuan dan perlindungan HAM.

A. Hak Asasi Manusia (HAM)

Hak Asasi Manusia (HAM) merupakan salah satu isu penting dalam studi-studi ilmiah (khususnya politik, hukum, dan filsafat) dan dalam aktivitas (dan aktivisme) pendampingan masyarakat dan kemanusiaan. Dalam konteks yang pertama, HAM dipikirkan dan dikaji secara ilmiah dan disosialisasikan agar menjadi bagian dari

concern umat manusia dan peradabannya. Studi HAM diharapkan sejalan dengan perkembangan umat manusia, sehingga menjadi salah satu nilai yang memandu cara pandang, sikap mental, serta perilaku manusia. Dalam konteks yang kedua, pendampingan (advokasi serta gerakan sosial) dimaksudkan agar anasir kelembagaan negara melakukan (atau tidak melakukan) hal-hal yang dapat memberikan daya dorong positif terhadap penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan HAM.

Penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan HAM sebagai tanggung jawab dan kewajiban negara selalu berkaitan dengan ketersediaan instrumen, mekanisme, dan institusi-institusi HAM. Instrumen HAM merupakan perangkat legal baik yang bersifat mengikat secara hukum (*legally binding*) maupun yang mengikat secara moral (*morally binding*) untuk menjamin bahwa hak-hak kodrati, natural dan filosofis yang melekat pada ras manusia bertransformasi menjadi hak-hak legal (*legal rights*) yang dapat dituntut pelaksanaannya kepada penyelenggara negara. Sedangkan institusi-institusi HAM merupakan perangkat organisasi dan kelembagaan (baik negara maupun *civil society*) yang memiliki keterkaitan kausal dengan instrumen dan mekanisme HAM, serta bertujuan pokok membumikan HAM dalam kehidupan bersama di bawah payung besar organisasi bernama negara. Sementara mekanisme-mekanisme HAM muncul dan tersedia melalui jaminan berbagai instrumen dan institusi HAM.

Beberapa pakar dan praktisi gerakan HAM berada dalam simpang pemikiran yang berbeda dalam memahami (dan juga memperjuangkan) HAM. Jack Donnelly menekankan bahwa umat manusia memiliki hak-hak dasar bukan atas dasar pemberian hukum positif, namun dimilikinya secara kodrati, karena martabatnya sebagai manusia.¹ Pandangan Donnelly menegaskan bahwa HAM muncul bersamaan dengan lahirnya kedirian manusia. Pemikiran Donnelly cenderung mendekati perspektif klasik HAM yang membaca HAM sebagai hak-hak alamiah (*natural rights theory*), sebagaimana para filsuf Stoika, Locke dan beberapa pemikir klasik lainnya.

Di samping cara pandang teoretik, beberapa pemikir mengajukan titik tekan yuridis-formal dalam pandangannya. Hal ini tentu

dipengaruhi oleh cara pandang utilitarianisme yang menekankan hak itu merupakan “anak kandung” hukum, juga positivisme yang menekankan bahwa hak itu diturunkan dari peraturan hukum hitam di atas putih. Louis Henkin², misalnya, mengartikan HAM sebagai: kebebasan-kebebasan (*liberties*), kekebalan-kekebalan (*immunities*) dan kepentingan-kepentingan atau keuntungan-keuntungan (*benefits*), yang berdasarkan norma-norma hukum yang ada seyogyanya dapat diklaim (*should be able to claim*) sebagai hak oleh individu atau kelompok kepada masyarakat dimana dia tinggal. Definisi tersebut menunjukkan kecenderungan HAM sebagai apa yang sudah diatur sedemikian rupa dalam norma-norma hukum atau peraturan perundang-undangan, namun sekaligus juga sesuatu yang dapat diperjuangkan atau dituntut oleh perorangan atau kelompok sesuai dengan konteks kehidupan masyarakat setempat.

Tidak jauh berbeda dengan Henkin, Osita Eze menyatakan bahwa HAM merupakan tuntutan atau klaim yang dilakukan oleh individu atau kelompok kepada masyarakat atau negara, yang sebagiannya telah dilindungi dan dijamin oleh hukum, dan sebagiannya lagi masih menjadi aspirasi atau harapan di masa depan.³ Eze memberikan tekanan pada realitas bahwa hak-hak dasar tersebut belum sepenuhnya dilindungi oleh hukum negara. Dalam perspektif demikian, pemenuhan HAM yang ideal secara filosofis membutuhkan perjuangan individu atau kelompok untuk mendapatkan jaminan perlindungan legal dari negara, dan dasar perjuangan untuk mengklaim tersebut tentulah peraturan perundang-undangan.

Dalam Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 1 disebutkan:

Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, Pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Sementara Frans Magnis-Suseno menekankan dua unsur utama

dalam konsepsi HAM. *Pertama*, bahwa hak-hak itu mendahului penetapan negara. Dalam hal ini tidak jauh berbeda dengan apa yang dipaparkan Donnelly di muka. *Kedua*, bahwa hak-hak itu bersifat universal. Universalitas HAM merujuk pada maksud bahwa HAM berlaku untuk seluruh ras manusia, tanpa melihat apa warna kulitnya, dalam latar etnis atau suku apa ia lahir, apa agamanya, bagaimana asal-usul keturunannya, dan sebagainya.⁴

Dengan spektrum konseptual tersebut, tampak jelaslah bahwa substansi HAM secara generik diakui sebagai sesuatu yang melekat (*inherent*) pada manusia, tidak dapat dicabut dan dipisahkan (*inalienable and indivisible*), bersifat kodrati (*natural*), dan berkaitan dengan penegakan atau penghormatan martabat kemanusiaan (*human dignity*). Namun secara legal, HAM merupakan sejumlah hak dasar berupa tuntutan-tuntutan (*claims*) yang dapat dituntut pemenuhannya kepada hukum dan pemerintahan negara. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, sebagai norma universal bagi negara-negara beradab, menyebut pada konsideransnya bahwa “...*recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world*”⁵, dan kemudian segera ditegaskan bahwa “...*it is essential, if a man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law.*”⁶ Secara substantif-filosofis, HAM merupakan hak dasar yang melekat pada manusia secara kodrati, namun secara legal hal itu harus mendapatkan jaminan perlindungan dari sistem hukum negara. Dalam konteks Indonesia, hal ini sebangun dengan afirmasi dalam sistem hukum Indonesia yang menyatakan filosofi HAM sebagai hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng, oleh karena itu harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, dan tidak boleh diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapa pun⁷, yang kemudian ditegaskan keharusan penghormatan dan perlindungannya oleh sistem hukum negara melalui statemen bahwa “...HAM adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara hukum, Pemerintahan, dan setiap orang demi

kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.”⁸

Dengan demikian, secara garis besar HAM dalam konteksnya yang generik dan filosofis, merupakan sistem nilai yang bersifat universal, sedangkan dalam konteks legal dan dalam yurisdiksi sistem hukum negara-negara, HAM harus mendapat jaminan konstitusional dan legal dari sistem hukum dan pemerintahan negara. Maka dapatlah dikatakan bahwa HAM dalam sistem hukum dan pemerintahan suatu entitas negara sesungguhnya merupakan Hak Kostitusional Warga Negara (HKW). Dengan demikian pemenuhan dan perlindungan HAM di level negara harus mendapat jaminan dalam konstitusi negara dan peraturan perundang-undangan turunan dari konstitusi negara tersebut. Hak konstitusional tersebut, jika dikaitkan dengan konteks Mahkamah Konstitusi sebagai mekanisme pemajuan dan perlindungan HAM dan HKW di Indonesia, merupakan hal penting yang berkaitan dengan *legal standing* pemohon pengujian konstitusionalitas sebuah UU ke Mahkamah Konstitusi.⁹ Meskipun demikian, transformasi HAM menjadi Hak Konstitusional Warga Negara yang dapat diklaim kepada negara tidak menggugurkan kewajiban negara untuk tunduk pada janji ratifikasi yang komitmennya tertuang dalam instrumen-instrumen internasional HAM.

Beberapa perdebatan mengenai imperativitas HAM sebagai norma dalam hukum dan pemerintahan negara dimulai sesungguhnya dari perdebatan akademis ilmiah mengenai HAM; apakah HAM itu bersifat universal atau partikular. Sebelum terjerumus pada perdebatan yang cenderung filosofis tersebut, perlu ditegaskan bahwa HAM merupakan hasil perkembangan *common sense* bahwa segi kemanusiaan memang harus dijamin. Pengalaman buruk negara-negara dan tragedi kemanusiaan yang terjadi pada sejarah negara-negara terutama pada kurun Perang Dunia II meniscayakan *concern* universal atas HAM, sesuatu yang sesungguhnya sudah melekat pada setiap manusia sebelum diperdebatkan oleh politik dan hukum internasional, bahkan juga sebelum dibahas oleh pemikir dan diperdebatkan dalam ilmu pengetahuan.¹⁰

Universalitas HAM dalam bentuk serta pengertiannya yang umum tersebut sudah mendapatkan klarifikasi sebagaimana dijelaskan

dalam spektrum konseptual bahkan legal (baik internasional maupun nasional), tetapi persepsi dan konsepsi tentang HAM, terutama yang menyangkut perspektif ilmiah-retorik terbelah dalam dua pandangan besar yaitu pandangan universalisme dan partikularisme beserta pandangan derivatifnya. Universalisme terbelah lagi menjadi dua perspektif turunan, yaitu universal absolut dan universal relatif. Sedangkan partikularisme juga dapat diturunkan lagi ke dua pandangan turunan, yaitu partikularisme absolut dan relatif.¹¹

Pandangan universal absolut mengenai HAM artinya menempatkan HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan dalam berbagai bentuk *International Bills of Human Rights* dengan tidak mempertimbangkan faktor dan konfigurasi sosial budaya serta konteks ruang dan waktu yang melekat pada masing-masing negara atau bangsa. HAM ditempatkan sebagai nilai dan norma yang melintasi yurisdiksi negara-negara. Sedangkan pandangan yang menyatakan bahwa HAM bersifat universal-relatif menempatkan sebagai HAM merupakan nilai-nilai universal, dengan tetap memberikan ruang distingsi dan bahkan limitasi bagi masing-masing negara-bangsa. Namun demikian distingsi dan limitasi oleh masing-masing negara tetap harus berdasarkan pada asas-asas hukum internasional dan tidak bertentangan secara normatif dengan nilai-nilai dan prinsip-prinsip HAM internasional.¹²

Pandangan partikularisme absolut memandang HAM dipandang sebagai persoalan masing-masing bangsa dan negara. Negara-negara memiliki kedaulatan untuk melakukan penolakan terhadap berlakunya dokumen-dokumen internasional. Pandangan ini bersifat *chauvinis*, egois, dan berkecenderungan defensif terhadap isu-isu HAM, khususnya isu-isu HAM yang menjadi isu lintas negara. Dalam perkembangan wacana dan praktik politik dan hukum HAM di negara-negara, adakalanya penolakan terhadap perspektif universalitas HAM dijadikan sebagai tameng untuk menutupi inkompatibilitas aturan dan praktik politik dan hukum HAM dengan hak-hak substantif dan fundamental manusia dan warga negara. Sedangkan partikularisme relatif memandang HAM merupakan masalah nasional masing-masing bangsa namun tetap berkaitan nilai-nilai universal. Meskipun

nilai HAM bertumbuh dari budaya dan konteks ruang-waktu negara-bangsa tetap dimungkinkan berlakunya nilai-nilai universal yang sesuai dengan nilai-nilai lokal-partikular. Di samping itu, berlakunya dokumen-dokumen internasional dalam yurisdiksi nasional dapat dilakukan jika sesuai dengan nilai-nilai budaya lokal negara-bangsa, serta mendapatkan dukungan pemerintahan lokal.¹³

Berkaitan dengan fragmentasi pandangan-pandangan berkaitan dengan nilai-nilai HAM tersebut, Peter Davies menggunakan tiga teori untuk menjelaskan pandangan-pandangan tersebut, yaitu; teori realitas (*realistic theory*), teori relativisme kultural (*cultural relativism theory*), dan teori universalisme radikal (*radical universalism theory*).¹⁴

Teori realistik mendasarkan pandangannya pada asumsi adanya sifat manusia yang menekankan *self interest* dan egoisme. Dengan *state of human* yang mementingkan diri sendiri, potensi konflik destruktif cenderung mengintai kehidupan sosial masyarakat dan tertib negara. Kondisi demikian universalitas moral yang dimiliki setiap individu tidak dapat berlaku dan berfungsi. Untuk mengatasinya, negara dengan *power* dan *security*-nya mengambil tindakan untuk menjaga kepentingan nasional dan ketertiban sosial.

Teori relativitas kultural berpandangan bahwa nilai-nilai HAM bersifat lokal dan spesifik (khusus) sehingga hanya berlaku pada suatu negara. Penerapan HAM menurut teori relativitas kultural ada tiga model:¹⁵

- a. Implementasi HAM yang lebih menekankan pada hak sipil, hak politik dan hak kepemilikan pribadi, banyak dilakukan negara-negara yang tergolong maju;
- b. Implementasi HAM yang lebih menekankan pada hak ekonomi dan hak sosial, banyak diterapkan di negara-negara yang berkembang/sedang berkembang;
- c. Implementasi HAM yang lebih menekankan pada hak penentuan nasib sendiri (*self determination*) dan pembangunan ekonomi, banyak dilakukan oleh negara-negara yang masih tergolong terbelakang.

Teori radikal universal berpandangan bahwa semua nilai HAM bersifat universal dan tidak bisa dimodifikasi oleh suatu negara dengan alasan kesesuaian budaya dan sejarah. Penganut teori ini menganggap hanya ada satu pemahaman tentang HAM bagi semua negara. Arus pemikiran atau pandangan tentang nilai-nilai HAM yang saling tarik menarik dalam melihat relativitas HAM tersebut pada prinsipnya dapat disarikan menjadi dua kelompok pandangan yaitu *strong relativist* dan *weak relativist*.¹⁶

Pertama, strong relativist beranggapan bahwa nilai-nilai HAM dan nilai-nilai lainnya secara prinsip ditentukan oleh budaya dan lingkungan tertentu, sedangkan universalitas nilai HAM hanya menjadi pengontrol dari nilai-nilai HAM yang didasari oleh budaya lokal atau lingkungan setempat. Pandangan ini mengakui keberadaan nilai-nilai HAM secara universal dan juga partikular. Sementara yang *kedua, weak relativist* memberi penekanan pada nilai-nilai HAM universal dan sulit untuk dimodifikasi berdasarkan pertimbangan budaya tertentu. Pandangan ini hanya mengakui adanya nilai-nilai HAM yang bersifat universal.¹⁷

Pertanyaan selanjutnya, bagaimana nilai-nilai universal HAM itu kemudian bertransformasi menjadi hak konstitusional warga negara, yaitu kelompok-kelompok manusia dalam *scoop* yurisdiksi sovereinitas negara? Ada dua teori yang dapat digunakan untuk menjelaskan transferabilitas nilai dan norma HAM dari nilai-nilai dan norma-norma lintas negara-bangsa menjadi norma nasional atau negara. *Pertama*, teori ratifikasi dalam hukum internasional, *kedua* teori transplantasi hukum dalam studi perbandingan hukum. Ratifikasi sebagai salah satu prosedur dalam perjanjian internasional memungkinkan transfer norma hukum yang bersifat lintas yurisdiksi negara. Ratifikasi merupakan pintu gerbang nasionalisasi hukum internasional, khususnya yang mengikat secara hukum (*legally binding*).

Di samping itu, seorang pakar hukum Skotlandia-Amerika, WAJ Watson pada tahun 1970-an memperkenalkan teori transplantasi hukum di mana hukum ditempatkan sebagai sistem yang bisa berpindah dari satu negara ke negara yang lain. Teori Watson didasarkan pada

dua latar obyektif. *Pertama*, pada praktiknya transplantasi hukum merupakan sesuatu yang sangat umum. Watson berpendapat bahwa “peminjaman” sistem hukum satu negara melalui adaptasi oleh negara lain merupakan salah satu sumber utama pembangunan hukum. *Kedua*, transplantasi aturan-aturan hukum secara sosial adalah mudah. Lebih lanjut Watson memandang, sistem hukum dapat dengan mudah berpindah dari satu negara ke negara lain. Sebuah sistem hukum dapat dengan mudah diterima oleh sistem hukum negara lain dengan konteks sosial yang berbeda. Sistem, institusi, dan struktur hukum di satu sisi tidak memiliki hubungan yang tak dapat dipisahkan dengan sistem sosial bahkan kebutuhan politik ekonomi sebuah negara di sisi yang lain.¹⁸

Meminjam konsep transplantasi hukum, maka transfer norma HAM dari satu instrumen internasional HAM ke dalam sistem hukum nasional dimungkinkan. Dengan demikian, transfer dan adaptasi norma HAM yang bersumber dari berbagai perjanjian internasional pada pokoknya ditentukan oleh faktor penerimaan negara terhadap norma hukum tersebut, bukan oleh kesamaan konteks, apalagi sistem, institusi, struktur, dan pengalaman-pengalaman legal negara.¹⁹

Dalam konteks tersebut, secara informal, Indonesia telah secara informal melakukan adaptasi atau transfer norma universal HAM, meskipun tidak secara eksplisit disebutkan. Contoh yang bisa kita sebutkan adalah UU Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia. Hampir seluruh pasal yang mengenai substansi HAM kongruen dengan norma HAM substantif yang terkandung dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia tahun 1948. Contoh yang lain adalah Pengadilan HAM.²⁰ Undang-Undang No 26 Tahun 2000 mengadaptasi struktur hukum dalam Statuta Roma terutama yang berkaitan dengan yurisdiksi Pengadilan HAM. Dua dari empat yurisdiksi mahkamah pidana internasional telah dipinjam dalam Undang-Undang Pengadilan HAM di Indonesia, yaitu Kejahatan Kemanusiaan dan Genosida.

Ratifikasi juga telah kita lakukan atas berbagai instrumen internasional HAM yang secara hukum mengikat. Di antara sekian banyak instrumen HAM yang kita ratifikasi adalah kovenan induk

HAM yaitu ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights*) dan ICESCR (*International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*).

Dengan demikian, berbagai saluran perlindungan HAM di Indonesia yang ada harus menjadikan norma HAM universal sebagai acuan dalam pembangunan hukum dan kelembagaan serta mekanisme yang timbul karenanya di Indonesia. Apalagi konstitusi Indonesia secara eksplisit mengakui dan menjamin HAM sebagai bagian dari substansi pokok konstitusi sebagaimana yang juga dilakukan oleh negara-negara beradab lainnya melalui konstitusi mereka.²¹

B. Jaminan Hak Asasi Manusia dalam UUD Negara RI 1945

Pasal-pasal tentang hak asasi manusia, terutama yang termuat dalam Pasal 28A sampai dengan pasal 28J, substansinya berasal dari rumusan TAP MPR Nomor XVII/MPR/1998, tentang Hak Asasi Manusia yang kemudian isinya menjadi materi UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Oleh karena itu, untuk memahami konsepsi tentang hak asasi manusia secara lengkap dan historis, ketiga instrumen hukum UUD 1945, TAP MPR Nomor XVII/MPR/1998 dan UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang hak Asasi Manusia tersebut dapat dilihat sebagai satu kontinum.²² Secara keseluruhan dapat dikatakan bahwa ketentuan-ketentuan tentang hak-hak asasi manusia yang telah diadopsikan ke dalam sistem hukum dan konstitusi Indonesia itu berasal dari berbagai konvensi internasional dan deklarasi universal tentang hak asasi manusia serta berbagai instrumen hukum internasional lainnya.²³

Setelah Perubahan Kedua pada 2000, keseluruhan materi ketentuan hak-hak asasi manusia dalam UUD 1945, yang apabila digabung dengan berbagai ketentuan yang terdapat dalam undang-undang yang berkenaan dengan hak asasi manusia, dapat dikelompokkan dalam empat kelompok yang berisi 37 butir ketentuan. Di antara keempat kelompok hak asasi manusia tersebut, terdapat hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam

keadaan apapun juga atau *nonderogable rights*, yaitu:

1. Hak untuk hidup;
2. Hak untuk tidak disiksa;
3. Hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani;
4. Hak beragama;
5. Hak untuk tidak diperbudak;
6. Hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum; dan
7. Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.²⁴

Sementara itu, keempat kelompok hak asasi manusia terdiri atas, kelompok *pertama*, kelompok ketentuan yang menyangkut hak-hak sipil yang meliputi sebagai berikut:

1. Setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan kehidupannya.
2. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan, perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusia dan merendahkan martabat kemanusiaan.
3. Setiap orang berhak untuk bebas dari segala bentuk perbudakan.
4. Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya.
5. Setiap orang berhak untuk bebas memiliki keyakinan, pikiran, dan hati nurani.
6. Setiap orang berhak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum.
7. Setiap orang berhak atas perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan.
8. Setiap orang berhak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.
9. Setiap orang berhak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
10. Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan.

11. Setiap orang berhak untuk bertempat tinggal di wilayah negaranya, meninggalkan, dan kembali ke negaranya.
12. Setiap orang berhak memperoleh suaka politik.
13. Setiap orang berhak bebas dari segala bentuk perlakuan diskriminatif dan berhak mendapatkan perlindungan hukum dari perlakuan yang bersifat diskriminatif tersebut.²⁵

Kedua, kelompok hak-hak politik, ekonomis, sosial, dan budaya yang meliputi sebagai berikut:

1. Setiap warga negara berhak untuk berserikat, berkumpul dan menyatakan pendapatnya secara damai dengan lisan dan tulisan.
2. Setiap warga negara berhak untuk memilih dan dipilih dalam rangka lembaga perwakilan rakyat.
3. Setiap warga negara dapat diangkat untuk menduduki jabatan-jabatan publik.
4. Setiap warga negara berhak untuk memperoleh dan memilih pekerjaan yang sah dan layak bagi kemanusiaan.
5. Setiap orang berhak untuk bekerja, mendapat imbalan, dan mendapat perlakuan yang layak dalam hubungan kerja yang berkeadilan.
6. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi.
7. Setiap warga negara berhak atas jaminan sosial yang dibutuhkan untuk hidup layak dan memungkinkan pengembangan dirinya sebagai manusia yang bermartabat.
8. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi.
9. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pendidikan dan pengajaran.
10. Setiap orang berhak mengembangkan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya untuk peningkatan kualitas hidup dan kesejahteraan umat manusia.
11. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan

hak-hak masyarakat lokal selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa-bangsa.

12. Negara mengakui setiap budaya sebagai bagian dari kebudayaan nasional.
13. Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing, dan untuk beribadah menurut kepercayaannya itu.²⁶

Ketiga, kelompok hak-hak khusus dan hak atas pembangunan yang meliputi sebagai berikut:

1. Setiap warga negara yang menyandang masalah sosial, termasuk kelompok masyarakat yang terasing dan yang hidup di lingkungan terpencil, berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan yang sama.
2. Hak perempuan dijamin dan dilindungi untuk mendapat kesetaraan gender dalam kehidupan nasional.
3. Hak khusus yang melekat pada diri perempuan yang dikarenakan oleh fungsi reproduksinya dijamin dan dilindungi oleh hukum.
4. Setiap anak berhak atas kasih sayang, perhatian, dan perlindungan orang tua, keluarga, masyarakat dan negara bagi pertumbuhan fisik dan mental serta perkembangan pribadinya.
5. Setiap warga negara berhak untuk berperan serta dalam pengelolaan dan turut menikmati manfaat yang diperoleh dari pengelolaan kekayaan alam.
6. Setiap orang berhak atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.
7. Kebijakan, perlakuan, atau tindakan khusus yang bersifat sementara dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan yang sah yang dimaksudkan untuk menyetarakan tingkat perkembangan kelompok tertentu yang pernah mengalami perlakuan diskriminatif dengan kelompok-kelompok lain dalam masyarakat, dan perlakuan khusus

tersebut tidak termasuk dalam pengertian diskriminatif.²⁷

Keempat, kelompok yang mengatur mengenai tanggung jawab negara dan kewajiban hak asasi manusia yang meliputi sebagai berikut:

1. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
2. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan keadilan sesuai dengan nilai-nilai agama, moralitas, dan kesusilaan, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis.
3. Negara bertanggung jawab atas perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak-hak asasi manusia.
4. Untuk menjamin pelaksanaan hak asasi manusia, dibentuk Komisi Hak Asasi Manusia yang bersifat independen dan tidak memihak yang pembentukan, susunan, dan kedudukannya diatur dengan undang-undang.²⁸

Hak-hak tersebut di atas ada yang termasuk kategori hak asasi manusia yang berlaku bagi semua orang yang tinggal dan berada dalam wilayah hukum Republik Indonesia, dan ada pula yang merupakan hak warga negara yang berlaku hanya bagi warga negara Indonesia. Hak-hak dan kebebasan tersebut ada yang tercantum dalam UUD 1945 dan ada pula yang tercantum hanya dalam undang-undang tetapi memiliki kualitas yang sama pentingnya secara konstitusional sehingga, meminjam istilah Jimly Asshiddiqie, dapat disebut memiliki *constitutional importance* yang sama dengan yang disebut eksplisit dalam UUD 1945.²⁹

Berikut ini adalah hak-hak asasi manusia yang sudah banyak diadopsi oleh Konstitusi Negara Republik Indonesia. Tabel perbandingan ini menunjukkan adanya kesesuaian atau proses adopsi norma-norma hokum internasional menjadi hokum nasional.

Tabel 2 :

Perbandingan Sumber-Sumber Jaminan HAM dalam Hukum Nasional dan Instrumen HAM Internasional

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
Personal Liberties (Enlightenment Project/17C-18C)	Right to equality (Art.1)		Article 3 Equality between men and women in the enjoyment of these rights.	Pasal 28 I (2) Setiap orang berhak bebas atas perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu. **)
	Freedom from Discrimination (Art.2)			
	Right to Life (Art. 3)	Article 6 The right to life		Pasal 28A Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak untuk mempertahankan hidup dan kehidupannya

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				Proteksi : Pasal 28I (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.**
	Right to Liberty (Art. 3)	Article 9 The right to liberty		
		Article 11 Freedom from being imprisoned over a debt		

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
		Article 12 The right to liberty Article 17		
		The right privacy and its protection by the law.		
	Right to Security of the Person (Art 3)			Pasal 28G (1) Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.**) Profeksi :
	Freedom from Slavery and Servitude (Art 4)	Article 8 freedom from slavery and servitude		Pasal 28I (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. **)
	Freedom from Torture (Art. 5)			Pasal 28G (2) Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain. (**)

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				Proteksi : Pasal 28I (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.***)
	Freedom from inhuman or degrading treatment or punishment (Art.5)	Article 7 Freedom from inhuman or degrading treatment or punishment.		
		Article 10 People deprived of		

SOURCES				
CLUSTER	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
		their liberty shall be treated with humanity. Article 16		
	Right to Recognition Before the Law (Art. 6)	The right to be recognized as a person before the law.		Pasal 28 D : (1) Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum
				Proteksi : Pasal 28I (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.**)

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	Right to equal protection of and before the Law (Art. 7)	Article 3 Ensure equal enjoyment of treaty rights between men and women.		Pasal 27 (2) Tiap-tiap warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum
				Kewajiban warga negara : Menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.
		Article 14 The right to equality before the law		
		Article 26 Everyone is equal before the law and has a right to legal		

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
		protection “of the law” without discrimination.		
	Right to effective remedy (Art. 8)			
	Freedom from Arbitrary Arrest and Detention (Art. 9)	Article 9 Freedom from arbitrary arrest or detention.		
	Right to Fair Trial (Art 10)	Article 14 The right to equality before the law;		

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
		the right to be presumed innocent until proven guilty and to have a fair and public hearing.		
	Right to be presumed innocent (Art. 11 clause 1)	Article 14 The right to equality before the law; the right to be presumed innocent until proven guilty and to have a fair and public hearing.		

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	Right to Nula Poena Sine Lege (Art. 11 clause 2)	Article 15 No one can be held for an offence that was not a crime at the time it was committed.		Proteksi : Pasal 28I (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. **)
	Nula Crimen Sine Lege (Art 11 clause 2)	Article 15 No one can be held for an offence that was not a crime at the time it was committed.		Proteksi : Pasal 28I (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. **)
	Freedom of Movement (Art 12 clause 1)	Article 12 Freedom of movement		Pasal 28 E : (1) Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta hendak kembali
		Limitation : Article 13 An alien lawfully in the territory of a state party may only be expelled in accordance with the law,		

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
		be allowed to argue against expulsion, have case reviewed and be represented before a competent authority.		
	Right to Repatriation (Art 12 clause 2)			Pasal 28 E : (1) Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta hendak kembali
	Right to seek and enjoy asylum from other countries (Art 13)			Pasal 28 G (2) Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain. **)

SOURCES				
CLUSTER	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	Right to Citizenship (Art 15)	Article 24 The rights for children (status as minors, nationality, registration and name).		Pasal 28D (4) Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan.
	Right to form Family (Art 16)	Article 23 The right to marry and found a family and equal rights between men and women within the marriage at its dissolution	Article 10 The right to family protections, i.e., marriage only by consent, leave for new mothers and protection of children from exploitation.	Pasal 28 B (1) Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	Right to Property (Art 17)			Pasal 28G (1) Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi. **) Pasal 28H (4) Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenangwenang oleh siapa pun. **)
	Freedom of Thought, Conscience and Religion (Art. 18)	Article 18 The freedom of thought, conscience and religion.		Pasal 28 E: (1) Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta hendak kembali

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				Proteksi : Pasal 28I (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. **)
	Freedom of Opinion and expression (Art 19)	Article 19 The freedom of opinion and expression.		Pasal 28 Kemerdekaan berserikat dan berkumpul mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan
				Limitasi : Diatur dengan UU.

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				Pasal 28E (2) Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya
		Limitation : Article 20 Prohibition on propaganda advocating war or national, racial or religious hatred.		
	Freedom to seek, received and impart information (Art. 19)	Freedom to seek, received and impart information (Art. 19)		Pasal 28F Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan,

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia. **)
Social and Economic Equity (Industrial Revolution/ 19C)	Freedom of peaceful assembly and association (Art. 20)	Article 21 The right to peaceful assembly.		
	Right to take part in the government Art. 21	Article 25 The right to participate in public affairs.		Pasal 28 D (3) Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCP	ICESCR	UUD 1945
		to vote and to be elected and access to public service.		
	Right to equal access to public services (Art 21)	Article 25 Right to equal access to public service		
	Right to Periodic, equal and universal suffrage (Art. 21)	Art 1 Right to Self Determination		
		Article 25 The right to participate in public affairs, to vote and to be elected		

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	Right to Social Security (Art. 22)		Article 9 The right to social security	Pasal 28H (3) Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat. **)
	Right to work (Art. 23)		Article 6 The right to work	Pasal 27 (2) Tiap tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan
	Equal work, equal remuneration (Right to) (Art. 23)		Article 7 Right to just and safe working conditions, fair wages, equal opportunities for promotion,	

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
			paid holidays and reasonable limitation of working hours.	
	Right to Just and Favorable Remuneration (Art. 23)		Article 7 Right to just and safe working conditions, fair wages, equal opportunities for promotion, paid holidays and reasonable limitation of working hours.	Pasal 28 D (2) Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	Right to form and Join Trade Union (Art. 23)	Article 22 The right to freedom of association and to join a trade union.	Article 8 The right of everyone to form or join trade unions and right to strike	Pasal 28E (3) Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.
			Limitation : Article 8 In conformity with laws of particular country.	
	Right to Rest and Leisure (Art. 24)			

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	Right to Ade- quate Living (Art. 25)		Article 11 Adequate standard of living, in- cluding ad- equate food, clothing and housing.	Pasal 28H (1)Setiap orang berhak hidup sejahtera la- hir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat serta berhak memperoleh pe- layanan kesehatan. **)
			Article 12 The right to the highest attainable standard of health.	Pasal 28H (1)Setiap orang berhak hidup sejahtera la- hir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat serta berhak memperoleh pe- layanan kesehatan. **)

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	Right to Social Protection for Children (Art. 25)	Article 24 The rights for children (status as minors, nationality, registration and name).		
	Right to Special Care and Attention for Mother and Children (Art. 25)		Article 10 The right to family protections, i.e., marriage only by consent, leave for new mothers and protection of children from exploitation.	Pasal 28 B (2) Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
			<p>Article 12</p> <p>The right to the highest attainable standard of health.</p>	
	<p>Right to Education (Art. 26)</p>		<p>Article 13</p> <p>The right to education</p> <p>Measure-ment step :</p> <p>Article 14</p> <p>States shall make primary education compulsory and free of charge,</p>	

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
Communal and National Solidarity (Post- Colonial era/19C-20C)	Right to Participate and Enjoying Cultural Life of the Community (Art. 27)	Article 27 The rights for members of religious, ethnic or linguistic minorities, to enjoy their culture, practice their religion and use their language.	Article 15 The right of everyone to take part in cultural life and to enjoy the benefits of scientific progress.	Pasal 18 (2) Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak hak tradisionalnya.
				Limitasi : Pasal 18 (2) Sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan RI yang diatur dalam UU.

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				<p>Pasal 28 C : (1) Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.</p>
				<p>Pasal 28 C (2) Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya.</p>
	<p>Right to Protection of the Property (Resulting from Productions) (Art. 27)</p>			

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
	<p>Right to the realization of Rights and Freedom set in the Declaration through social and international order without discrimination. (Art. 28)</p>		<p>Condition: Article 2 Countries shall implement these rights “to the maximum of its available resources” and ensure equality in the enjoyment of the rights of the treaty.</p>	
			<p>Article 3 Equality between men and women in the enjoyment of these rights.</p>	

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
			<p>Limitation :</p> <p>Article 4</p> <p>Governments may only limit these rights in a way determined by law and in a way that is consistent with the Covenant.</p>	
			<p>Measures of Protection :</p> <p>Article 5</p> <p>No person, group or government is lawfully empowered to destroy these rights</p>	

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				Pembatasan : Pasal 28I (3) Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban. **)
				Pasal 28 I (5) Untuk menegakan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundangundangan. **)
				Pasal 28J (1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. **)

CLUSTER	SOURCES			
	UDHR	ICCPR	ICESCR	UUD 1945
				(2) Dalam menjalankan hak dan kebebasan, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. **)

C. Kelembagaan Mahkamah Konstitusi

1. Sejarah kelahiran Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi merupakan fenomena baru dalam dunia ketatanegaraan. Sebagian besar negara demokrasi yang sudah mapan, tidak mengenal lembaga Mahkamah Konstitusi yang berdiri sendiri. Sampai sekarang baru ada 78 negara yang membentuk mahkamah ini secara tersendiri.³⁰ Fungsinya biasanya dicakup dalam fungsi *Supreme Court* yang ada di setiap negara. Salah satu contohnya adalah Amerika Serikat. Fungsi-fungsi yang dapat dibayangkan sebagai fungsi Mahkamah Konstitusi seperti *judicial review* dalam rangka menguji konstusionalisme suatu undang-undang, baik dalam arti formil ataupun dalam arti pengujian materiil, dikaitkan langsung dengan kewenangan Mahkamah Agung (*Supreme Court*). Akan tetapi, di beberapa negara lainnya, terutama di lingkungan negara-negara yang mengalami perubahan dari otoritarian menjadi demokrasi, pembentukan Mahkamah Konstitusi itu dapat dinilai cukup populer. Negara-negara seperti ini dapat disebut sebagai contoh, Afrika Selatan, Korea Selatan, Thailand, Lituania, Ceko, dan sebagainya memandang perlu untuk membentuk Mahkamah Konstitusi. Tentu tidak semua negara jenis ini membentuknya. Republik Filipina yang baru mengalami perubahan menjadi demokrasi, tidak memiliki Mahkamah Konstitusi yang tersendiri. Di samping itu, ada pula negara lain seperti Jerman yang memiliki *Federal Constitutional Court* yang tersendiri.³¹

Secara teoritis keberadaan Mahkamah Konstitusi (MK) diperkenalkan oleh pakar hukum Austria Hans Kelsen (organ khusus yang disebut Mahkamah Konstitusi (*constitutional court*), atau kontrol terhadap konstusionalitas undang-undang (*judicial review*) diberikan kepada pengadilan biasa, khususnya Mahkamah Agung. Organ khusus yang mengontrol tersebut dapat menghapuskan secara keseluruhan undang-undang yang tidak konstusional sehingga tidak dapat diaplikasikan oleh organ lain. Sedangkan jika sebuah pengadilan biasa memiliki kompetensi menguji konstusionalitas undang-undang, mungkin hanya dalam bentuk menolak untuk menerapkannya dalam kasus konkret ketika menyatakan bahwa

undang-undang tersebut tidak konstitusional sedangkan organ lain tetapi diwajibkan menerapkannya.³²

Pada tahun 1867, Mahkamah Agung Austria mendapatkan kewenangan menangani sengketa yuridis terkait dengan perlindungan hak-hak politik berhadapan dengan pemerintahan. Pemikiran Kelsen yang telah diungkapkan di atas, mendorong dibentuknya suatu lembaga yang diberi nama *Verfassungsgerichtshoft* atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung, sehingga model ini sering disebut sebagai *The Kelsenian Model*. Gagasan ini diajukan ketika Kelsen diangkat sebagai anggota lembaga pembaharu Konstitusi Austria (*Chancelery*) pada tahun 1919-1920 dan diterima dalam Konstitusi Tahun 1920. Inilah Mahkamah Konstitusi pertama di dunia. Model ini menyangkut hubungan antara prinsip supremasi konstitusi (*the principle of the supremacy of the Constitution*) dan prinsip supremasi parlemen (*the principle of the supremacy of the Parliament*).³³

Di Afrika Selatan, Mahkamah Konstitusi dibentuk pertama kali pada tahun 1994 berdasarkan *Interim Constitution* 1993.³⁴ Setelah UUD 1996 disahkan, Mahkamah Konstitusi tersebut terus bekerja, yaitu mulai persidangannya yang pertama pada bulan Februari 1995. Anggotanya berjumlah 11 orang, 9 pria dan 2 orang wanita. Masa kerja mereka adalah 12 tahun dan tidak dapat diperpanjang lagi, dengan kemungkinan penggantian karena pensiun, yaitu apabila mencapai usia maksimum 70 tahun. Semua anggota Mahkamah bersifat independen, dengan tugas memegang tugas dan menjalankan hukum dan konstitusi secara adil (*impartial*) dan tanpa rasa takut, memihak, atau prasangka buruk. Di Republik Czechoslovakia, Mahkamah Konstitusi terbentuk sejak Februari 1992, sebelum Republik Federal Cekoslovakia bubar dan menjadi dua negara (*Czech dan Slovakia*) pada tanggal 31 Desember 1992. Konstitusi Republik Czech yang disahkan pada tanggal 16 Desember 1992, mengadopsi ketentuan mengenai Mahkamah Konstitusi itu dalam Bab 4-nya yang selanjutnya mengatur rincian ketentuan mengenai hal itu dalam UU No. 182/1993 tentang Mahkamah Konstitusi yang berlaku sejak tanggal 16 Juni 1993. Sesudah itu, pada bulan Juli 1993, 12 orang pertama diangkat menjadi hakim

konstitusi dan Mahkamah Konstitusi resmi mulai bersidang. Pada bulan Januari 1994, diangkat lagi 3 orang tambahan sehingga seluruh anggotanya berjumlah 15 orang. Ke-15 orang itu ada yang berasal dari parlemen, guru besar hukum dari berbagai perguruan tinggi, hakim profesional, dan beberapa orang pengacara praktik. Republik Lituania, segera setelah memerdekakan diri dari kekuasaan Uni Soviet pada tanggal 11 Maret 1990, mengadopsi gagasan *constitutional review* ke dalam konstitusinya yang disahkan pada tanggal 25 Oktober 1992 melalui suatu referendum nasional. Gagasan itu dicantumkan dalam Bab 8 yang mengatur mengenai *Constitutional Court*, yang dirinci.³⁵

Tidak semua negara melembagakan kewenangan atau fungsi-fungsi Mahkamah Konstitusi itu ke dalam lembaga negara yang berdiri sendiri. Juga tidak semuanya berwujud mahkamah. Ada sejumlah model yang dianut di beberapa negara sebagaimana berikut:³⁶

- a. Model Amerika Serikat, di mana fungsi-fungsi Mahkamah Konstitusi tidak dilakukan oleh suatu mahkamah tersendiri melainkan oleh badan peradilan norma hukum. Akan halnya Mahkamah Agung memiliki kewenangan tertinggi dalam menilai konstitusionalitas undang-undang dan kegiatan-kegiatan serta sebagai penafsir konstitusi. Ada sejumlah negara seperti Argentina, Meksiko, Nigeria, India, Nepal, Swedia, Israel yang mengikuti model ini.
- b. Model Eropa yang terdiri atas sejumlah varian: a) model Austria (yang sering juga disebut Model Kontinental) yaitu model yang membentuk Mahkamah Konstitusi tersendiri di luar badan-badan peradilan biasa dengan kewenangan untuk melakukan kontrol terhadap konstitusionalitas undang-undang (dan sejumlah kewenangan lain). Negara-negara yang mengikuti model ini, antara lain Republik Ceko, Polandia, Rusia, Spanyol, Chili, Costa Rica, Mesir, Lebanon, Afrika Selatan, Korea Selatan, b) model Jerman di mana Mahkamah Konstitusi yang dibentuk secara tersendiri memiliki kewenangan untuk menyatakan suatu undang-undang atau perbuatan bertentangan dengan konstitusi, namun badan-badan peradilan biasa lainnya memiliki

kewenangan untuk mengesampingkan perundang-undangan. Yang mengikuti model ini, antara lain Jerman, Brasil, Peru, dan Indonesia; c) Model Perancis, model ini tidak membentuk ‘Mahkamah Konstitusi’ melainkan hanya berupa “dewan konstitusi” (*counseil constitutionnel*) yang berwenang untuk menguji suatu rancangan undang-undang apakah bertentangan atau tidak dengan konstitusi sebelum diundangkan. Model ini, di luar Perancis, diikuti antara lain oleh Maroko.

Sebuah konstitusi yang diterapkan di dalam suatu negara, belum tentu cocok ketika diterapkan di negara lain. Hal ini seperti yang dilukiskan oleh Alexis de Tocqueville. Ia menganggap bahwa konstitusi Amerika Serikat ibarat barang-barang elok buatan manusia yang menjamin kemakmuran dan kemasyhuran penemunya, tapi tak ada manfaatnya di tangan orang lain.³⁷ Dengan kata lain, apa yang diutarakan oleh Tocqueville di atas berarti bahwa masing-masing negara tidak diharuskan untuk mengikuti atau menerapkan konstitusi negara lain. Atau yang lebih buruk lagi, menjiplak mentah-mentah sebuah konstitusi dari sebuah negara, untuk kemudian diterapkan di negara tersebut. Masing-masing negara, dengan ciri khas masing-masing, hendaknya memiliki perhatian terhadap kearifan lokal dalam menyusun sebuah konstitusi. Meskipun tidak ada larangan untuk menerapkan atau menyadur konstitusi dari negara lain, hal yang patut dipertimbangkan adalah cocok tidaknya konstitusi tersebut dengan kultur warga negara yang bersangkutan.

Berdirinya Mahkamah Konstitusi sebagai *special tribunal* secara terpisah dari Mahkamah Agung, mengemban tugas khusus, merupakan konsepsi yang dapat ditelusuri jauh sebelum negara kebangsaan modern (*modern nation-state*), yang pada dasarnya menguji keserasian norma hukum yang lebih rendah dengan norma hukum yang lebih tinggi.³⁸ Sejarah kelahiran Mahkamah Konstitusi di Indonesia dapat diurai dengan terlebih dahulu menempatkan wacana *judicial review* sebagai bagian dari sejarah perkembangan pemikiran hukum dan konstitusi di dunia tersebut, mengingat *judicial review* merupakan salah satu kewenangan pokok Mahkamah Konstitusi.

Selanjutnya kelahiran Mahkamah Konstitusi secara genealogis dapat dirunut dari gagasan-gagasan negara hukum yang dimulai dengan sidang-sidang Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) hingga dipungkasi pada sidang-sidang amandemen konstitusi yang memungkinkan afirmasi bagi kelahiran Mahkamah Konstitusi yang kemudian ditindaklanjuti dengan proses legislasi Undang-Undang Mahkamah Konstitusi di DPR.³⁹

Untuk kepentingan yang pertama, kelahiran Mahkamah Konstitusi di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari genealogi historis-konseptual dan praktik-praktik politiko-yuridis mengenai *judicial review*. Dalam lingkup internasional, kelahiran dan perkembangan wacana dan konsep *judicial review* secara internasional, dapat dilacak dengan menelusuri beberapa momentum, antara lain Kasus Marbury versus Madison di Amerika Serikat pada 1803, Dred Scott pada tahun 1857, pemikiran Hans Kelsen pada awal abad ke-20, dan kemudian menyebarnya *judicial review* di hampir seluruh negara-negara Eropa.

a. Kasus Marbury versus Madison⁴⁰

Sejarah modern *judicial review*, yang merupakan ciri utama kewenangan Mahkamah Konstitusi, di Amerika Serikat dilakukan oleh Mahkamah Agung, dimulai sejak terjadinya kasus Marbury pada tahun 1803. Mahkamah Agung Amerika Serikat yang waktu itu diketuai oleh Hakim Agung John Marshall memutus sengketa yang pada dasarnya bukanlah apa yang dimohonkan untuk diputus sesuai dengan kewenangannya sebagai ketua Mahkamah Agung.

Kasus ini bermula dari perselisihan politik antara Thomas Jefferson dan John Adams. Pada hari-hari terakhir pemerintahan Adams, Kongres mengangkat sejumlah 42 hakim setempat untuk mengisi jabatan yudisial untuk Distrik Columbia. Tindakan tersebut disetujui Senat dan ditandatangani oleh Presiden. Menteri Luar Negeri ditunjuk untuk mengirimkan surat pengangkatan tersebut kepada hakim-hakim yang telah ditunjuk. Namun sayangnya surat tersebut

tidak dikirimkan kepada empat orang hakim yang ditunjuk, yaitu William Madbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend H, dan William Harper. Menteri Luar Negeri pada kabinet Jefferson (suksesor Adams), yaitu James Madison menolak untuk memberikan surat pengangkatan itu kepada empat orang hakim tersebut karena pemerintahan yang baru menolak kebijakan pemerintahan Adams.

Keempat hakim tersebut kemudian menggugat. Para penggugat yang diinisiasi William Marbury mengajukan permohonan agar ketua Mahkamah Agung sesuai dengan kewenangannya memerintahkan Pemerintah Federal mengeluarkan *Write of Mandamus*⁴¹ dalam rangka penyerahan surat-surat pengangkatan mereka. Jika MA berpihak kepada Marbury maka Madison masih dapat menolak menyerahkan surat tersebut dan MA tidak mempunyai ruang untuk memaksa Madison. Jika MA menentang Madbury, hal ini dapat berakibat pada penyerahan wewenang pengadilan kepada eksekutif dengan membiarkan pemerintahan Jefferson mengingkari jabatan hakim Madison.⁴²

Kemudian Mahkamah Agung dalam putusannya membenarkan bahwa pemerintahan John Adams telah melakukan semua persyaratan yang ditentukan oleh hukum sehingga William Marbury dan kawan-kawan dianggap memang berhak atas surat-surat pengangkatan mereka. Namun Mahkamah Agung sendiri menyatakan tidak berwenang memerintahkan kepada aparat pemerintah untuk menyerahkan surat-surat yang dimaksud. Mahkamah Agung menyatakan bahwa apa yang diminta oleh penggugat, yaitu agar Mahkamah Agung mengeluarkan *Write of Mandamus* sebagaimana ditentukan oleh *Section 13* dari *Judiciary Act* tahun 1789 tidak dapat dibenarkan karena ketentuan *Judiciary Act* itu sendiri justru bertentangan dengan *Article III Section 2* Konstitusi Amerika Serikat. Penafsiran terhadap konstitusi itulah yang dijadikan dasar oleh John Marshall untuk memutus perkara tersebut.⁴³

Dengan demikian, MA memutuskan tidak mempunyai kekuasaan untuk melakukan tindakan dalam gugatan tersebut karena tidak konstitusional dengan alasan melewati wilayah yuridis MA yang ditentukan oleh Konstitusi. Dengan keputusan tersebut, MA

mengamankan independensinya sebagai wasit terakhir sekaligus memberikan yurisprudensi kekuasaan MA untuk melakukan *judicial review* atas tindakan eksekutif dan legislatif (pembentukan UU dan tindakan lainnya) terhadap Konstitusi. Keberanian John Marshall untuk melakukan tafsir konstitusionalitas dalam kasus itu menjadi preseden dalam sejarah Amerika yang kemudian berpengaruh luas terhadap pemikiran dan praktik hukum di banyak negara. Semenjak itulah, banyak undang-undang federal maupun undang-undang negara bagian yang dinyatakan bertentangan dengan konstitusi oleh MA (*Supreme Court*) AS.⁴⁴

b. Kasus Dred Scott pada 1857⁴⁵

Kasus ini bermula dari seorang budak bernama Dred Scott yang mempunyai seorang majikan bernama John Emerson yang membawanya dari Missouri yang mengizinkan perbudakan ke Illinois yang melarang perbudakan. Beberapa tahun kemudian, Scott kembali ke Missouri dan ia menganggap bahwa dirinya bukan lagi seorang budak karena pernah tinggal di negara bagian yang melarang perbudakan. Emerson meninggal tahun 1843 dan tiga tahun kemudian Scott menuntut janda Emerson untuk membebaskan dirinya. Scott memenangkan tuntutananya di Pengadilan Missouri namun MA membatalkan putusan tersebut tahun 1852.⁴⁶

Janda Emerson menikah kembali dengan John Sandford. Scott menuntut Sandford untuk membebaskan kembali di pengadilan federal namun ditolak. Kasus ini diajukan ke MA namun MA menyatakan Scott tidak dengan otomatis menjadi orang bebas hanya dengan pernah tinggal di negara bagian yang melarang perbudakan, dan karena Scott adalah orang hitam, Scott bukanlah warga negara dan tidak mempunyai hak untuk mengajukan suatu gugatan di pengadilan. Namun tafsir konstitusionalitas dalam putusan kasus tersebut dilakukan oleh dua hakim, yaitu Curtis dan McLean. Pada pokoknya, kedua hakim tersebut menyebut bahwa menyatakan Scott sebagai bukan warga negara bertentangan dengan konstitusi AS dan “*more a matter of taste than of law.*”⁴⁷

c. *Pemikiran Hans Kelsen*

Hans Kelsen, seorang sarjana hukum yang sangat berpengaruh pada abad ke-20 (1881-1973) juga pakar konstitusi dan guru besar Hukum Publik dan Administrasi University of Vienna, diminta untuk menyusun sebuah konstitusi bagi Republik Austria yang muncul dari puing kekaisaran Austro-Hungarian tahun 1919. Sama dengan Marshall, Kelsen percaya bahwa konstitusi harus diperlakukan sebagai seperangkat norma hukum yang superior (lebih tinggi dari undang-undang biasa dan harus ditegakkan dengan mekanisme yang lebih tinggi dari undang-undang biasa).

Kelsen juga mengakui adanya ketidakpercayaan yang luas terhadap badan peradilan biasa untuk melaksanakan tugas penegakan konstitusi yang demikian, sehingga dia merancang mahkamah khusus yang terpisah dari peradilan biasa untuk mengawasi undang-undang dan membatalkannya jika ternyata bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Meski Kelsen merancang model ini untuk Austria, yang mendirikan Mahkamah Konstitusi berdasar model itu untuk pertama kali adalah Cekoslowakia pada bulan Februari tahun 1920. Baru pada bulan Oktober 1920 rancangan Kelsen tersebut diwujudkan di Austria.⁴⁸

d. *Judicial Review di Eropa*

Setelah perang dunia kedua, gagasan Mahkamah Konstitusi dengan kewenangan *Judicial Review* menyebar ke seluruh Eropa, dengan mendirikan Mahkamah Konstitusi secara terpisah dari Mahkamah Agung. Akan tetapi, Perancis mengadopsi konsepsi ini secara berbeda dengan membentuk *Constitutional Council (Conseil Constitutionnel)*. Negara-negara bekas jajahan Perancis mengikuti pola Prancis ini. Sehingga saat ini telah ada 78 negara yang mengadopsi gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi. dan Indonesia merupakan negara ke 78 yang mengadopsikannya.⁴⁹

Momen yang patut dicatat berikutnya dijumpai dalam salah satu rapat BPUPKI. Mohammad Yamin menggagas lembaga yang berwenang menyelesaikan sengketa di bidang pelaksanaan konstitusi,

lazim disebut *constitutioneele geschil* atau *constitutional disputes*. Gagasan Yamin berawal dari pemikiran perlunya diberlakukan suatu *materieele toetsingrecht* (uji materil) terhadap UU. Yamin mengusulkan perlunya Mahkamah Agung diberi wewenang “membanding” undang-undang. Namun usulan Yamin disanggah Soepomo dengan empat alasan bahwa (i) konsep dasar yang dianut dalam UUD yang tengah disusun bukan konsep pemisahan kekuasaan (*separation of power*) melainkan konsep pembagian kekuasaan (*distribution of power*), selain itu, (ii) tugas hakim adalah menerapkan undang-undang, bukan menguji undang-undang, (iii) kewenangan hakim untuk melakukan pengujian undang-undang bertentangan dengan konsep supremasi Majelis Permusyawaratan Rakyat, dan (iv) sebagai negara yang baru merdeka belum memiliki ahli-ahli mengenai hal tersebut serta pengalaman mengenai *judicial review*. Akhirnya, ide itu urung diadopsi dalam UUD 1945.⁵⁰

Ide pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia sesungguhnya dalam rangka tuntutan untuk memberdayakan Mahkamah Agung. Diawali pada tahun 1970-an dengan gagasan Persatuan Advokat Indonesia (Peradin) didukung Ikatan Hakim Indonesia (Ikahi) yang memperjuangkan agar Mahkamah Agung Indonesia diberi kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Tuntutan ini tidak pernah ditanggapi karena dilatarbelakangi oleh suasana dan paradigma kehidupan ketatanegaraan dan kehidupan politik yang monolitik waktu itu. Bahkan, usulan demikian oleh pemerintah Orde Baru dipandang sebagai gagasan yang subversif. Di masa itu juga tidak diperkenankan adanya perubahan konstitusi, bahkan Undang-Undang Dasar cenderung disakralkan.⁵¹ Sebagaimana yang diutarakan Adnan Buyung Nasution:⁵²

Sejarah lahirnya itu kan melalui proses yang panjang. Dari mulai sidang perdebatan sebelum kita merdeka, BPUPKI. Sudah ada usul yang kuat dari Yamin untuk dibuat semacam badan peradilan yang akan bisa mengadili undang-undang itu sendiri. Namanya bukan Mahkamah Konstitusi, tapi ada istilahnya, lembaga pembanding semacam itu. Karena sudah disadari oleh Yamin, bahwa undang-undang yang dibuat oleh pemerintah dan DPR dalam kurun waktu

yang tertentu, bisa salah, bisa selingkuh. Karena itu mesti ada pembandingnya.

Gagasan Yamin muncul kembali pada proses amandemen UUD 1945. Gagasan membentuk Mahkamah Konstitusi mengemuka pada sidang kedua Panitia *Ad Hoc* I Badan Pekerja MPR RI (PAH I BP MPR), pada Maret-April tahun 2000. Mulanya, Mahkamah Konstitusi akan ditempatkan dalam lingkungan MA, dengan kewenangan melakukan uji materiil atas undang-undang, memberikan putusan atas pertentangan antar undang-undang serta kewenangan lain yang diberikan undang-undang. Usulan lainnya, Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan memberikan putusan atas persengketaan kewenangan antar lembaga negara, antar pemerintah pusat dengan pemerintah daerah dan antar pemerintah daerah. Dan setelah melewati perdebatan panjang, pembahasan mendalam, serta dengan mengkaji lembaga pengujian konstitusional undang-undang di berbagai negara, serta mendengarkan masukan berbagai pihak, terutama para pakar hukum tata negara, rumusan mengenai pembentukan Mahkamah Konstitusi diakomodir dalam Perubahan Ketiga UUD 1945. Hasil Perubahan Ketiga UUD 1945 itu merumuskan ketentuan mengenai lembaga yang diberi nama Mahkamah Konstitusi dalam Pasal 24 Ayat (2) dan Pasal 24C UUD 1945. Akhirnya sejarah Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan Indonesia dimulai, tepatnya setelah disahkannya Perubahan Ketiga UUD 1945 dalam Pasal 24 ayat (2), Pasal 24C, dan Pasal 7B pada 9 November 2001.⁵³

Berdasarkan Pasal III Aturan Peralihan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang memerintahkan dibentuknya Mahkamah Konstitusi selambat-lambatnya 17 Agustus 2003 dan sebelum dibentuk maka kewenangannya dilakukan oleh Mahkamah Agung. Tanggal 13 Agustus 2003 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi disahkan kemudian pada tanggal 16 Agustus 2003 para hakim konstitusi dilantik dan mulai bekerja secara efektif pada tanggal 19 Agustus 2003.⁵⁴

2. Proses Pembentukan MK-RI

Panitia *Ad Hoc* (PAH) I Badan Pekerja (BP) MPR yang bertugas mempersiapkan rancangan Perubahan UUD 1945 sebelum diajukan ke dalam sidang-sidang MPR membahas gagasan ini secara intensif. Akhirnya setelah melalui pembahasan yang mendalam, dengan mengkaji berbagai lembaga pengujian konstiusional undang-undang di berbagai negara, serta mendengarkan masukan berbagai pihak, terutama para pakar hukum tata negara, rumusan mengenai lembaga ini dapat disahkan pada Sidang Tahunan MPR 2001 sebagai salah satu hasil yang dimuat dalam Perubahan Ketiga UUD 1945. Ketentuan mengenai lembaga ini yang diberi nama Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut MK) ini dirumuskan dalam Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24C UUD 1945.⁵⁵

Mengingat lembaga ini membutuhkan waktu untuk pembentukannya, PAH I BP MPR merumuskan Pasal III Aturan Peralihan UUD 1945 yang menegaskan batas waktu paling akhir pembentukan MK pada 17 Agustus 2003 dan sebelum dibentuk segala kewenangannya dilakukan oleh Mahkamah Agung. Rumusan ini kemudian disahkan dalam Sidang Tahunan MPR 2002 dan menjadi salah satu materi Perubahan Keempat UUD 1945.

Selanjutnya untuk merinci dan menindaklanjuti amanat konstitusi tersebut, pemerintah bersama DPR membahas Rancangan Undang-Undang tentang Mahkamah konstitusi. Setelah dilakukan pembahasan beberapa waktu lamanya, akhirnya RUU tersebut dapat disepakati bersama oleh pemerintah bersama DPR dan disahkan dalam sidang paripurna DPR pada tanggal 13 Agustus 2003. Pada hari itu UU tentang MK ini diundangkan oleh Presiden Megawati Soekarnoputri dan dimuat dalam Lembaran Negara pada hari itu juga dan diberi Nomor UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK (Lembaran Negara Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4316). Bertitik tolak dari UU Nomor 24 Tahun 2003, dengan mengacu pada prinsip keseimbangan antarcabang kekuasaan negara, dilakukan rekrutmen Hakim Konstitusi yang dilakukan oleh tiga lembaga negara, yaitu DPR, Presiden, dan MA. Setelah melalui tahapan seleksi sesuai

mekanisme yang berlaku pada masing-masing lembaga tersebut, DPR, Presiden, dan MA menetapkan tiga calon Hakim Konstitusi yang selanjutnya diajukan kepada Presiden untuk ditetapkan sebagai Hakim Konstitusi.

Untuk pertama kalinya, DPR mengajukan nama-nama Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., Letjen TNI (Purn) H. Achmad Roestand, S.H., dan I Gede Dewa Palguna, S.H., M.H. Presiden mengajukan nama-nama Prof. H. Ahmad Syarifuddin Natabaya, S.H., LL.M., Prof. H. Abdul Mukhtie Fajar, S.H., M.S., dan Dr. Harjono S.H., M.C.L. Adapun MA mengajukan nama-nama Dr. H. Mohammad Laica Marzuki, S.H., (sekarang bergelar profesor), Maruarar Siahaan, S.H., dan Soedarsono, S.H. Masa Jabatan Hakim Konstitusi adalah 5 (lima) tahun dan dapat dipilih kembali hanya untuk 1 (satu) kali masa jabatan berikutnya. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 22 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Pada tanggal 15 Agustus 2003, pengangkatan Hakim Konstitusi untuk pertama kalinya dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia ditetapkan dengan Keputusan Presiden Nomor 147/M/Tahun 2003 yang dilanjutkan dengan pengucapan sumpah jabatan para Hakim Konstitusi di Istana Negara pada 16 Agustus 2003 disaksikan Presiden (saat itu) Megawati Soekarnoputri. Sehubungan dengan itu, Ketua Mahkamah Konstitusi RI Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. dalam berbagai kesempatan seringkali mengatakan bahwa dirinya memulai bekerja sebagai Ketua MK-RI hanya dengan bermodalkan tiga kertas, yaitu UUD 1945, UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK dan Keputusan Presiden Nomor 147/M/Tahun 2003. Setelah mengucapkan sumpah para Hakim Konstitusi langsung bekerja menunaikan tugas konstitusionalnya sebagaimana tercantum dalam UUD 1945.⁵⁶

Dalam melaksanakan tugas konstitusionalnya, para Hakim Konstitusi membutuhkan dukungan teknis administrasi aparatur pemerintah, baik yang bersifat teknis administratif umum maupun administrasi yudisial. Terkait dengan hal itu, untuk pertama kalinya dukungan administrasi umum dilaksanakan oleh Sekretariat Jenderal MPR. Oleh sebab itu, dengan persetujuan Sekretariat MPR, sejumlah

pegawai Sekretariat Jenderal MPR memberikan dukungan terhadap pelaksanaan tugas konstitusional para Hakim Konstitusi. Sebagai salah satu wujudnya adalah Kepala Biro Majelis MPR Janedri M. Gaffar ditetapkan sebagai Pelaksana Tugas (Plt) Sekretaris Jenderal MK-RI sejak tanggal 4 September 2003 hingga 31 Desember 2003. Dalam perkembangannya pada tanggal 2 Januari 2004 Presiden Megawati Soekarnoputri secara definitif menetapkan Anak Agung Oka Mahendra, S.H. sebagai Sekretaris Jenderal MK-RI.

Sejalan dengan itu ditetapkan pula Kepaniteraan MK-RI yang mengemban tugas membantu kelancaran tugas dan wewenang MK-RI di bidang administrasi yudisial. Di bidang ini, Panitera bertanggung jawab dalam menangani hal-hal seperti pendaftaran permohonan dari pada Pemohon, pemeriksaan kelengkapan permohonan, pencatatan permohonan yang sudah lengkap dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi, hingga mempersiapkan dan membantu pelaksanaan persidangan MK-RI. Bertindak sebagai Pelaksana Tugas (Plt) Panitera mendampingi Plt. Sekjen MPR-RI adalah Marcel Buchari, S.H. yang di kemudian hari secara definitif digantikan oleh Drs. H. Ahmad Fadlil Sumadi, S.H. M.Hum.⁵⁷

3. Kewenangan dan Kewajiban Mahkamah Konstitusi RI

Mahkamah Konstitusi mempunyai fungsi untuk mengawal (*to guard*) konstitusi agar dilaksanakan dan dihormati baik penyelenggara kekuasaan negara maupun warga negara. Mahkamah Konstitusi juga sebagai penafsir akhir konstitusi. Di berbagai negara Mahkamah Konstitusi juga menjadi pelindung (*protector*) konstitusi. Penjelasan Umum Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dinyatakan bahwa salah satu substansi penting perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang berfungsi menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Keberadaan Mahkamah Konstitusi sekaligus untuk menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil, dan juga

merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan di masa lalu yang menimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi.

Secara lebih gamblang Jimly Asshiddiqie menguraikan bahwa dalam konteks ketatanegaraan, Mahkamah Konstitusi dikonstruksi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional di tengah kehidupan masyarakat. Mahkamah Konstitusi bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggungjawab. Di tengah kelemahan sistem konstitusi yang ada, Mahkamah Konstitusi berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat”.⁵⁸

Hal itu tidak berarti bahwa tafsir atas konstitusi bersifat tertutup dan hanya boleh dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Lembaga negara selain Mahkamah Konstitusi dan bahkan setiap individu dan warga negara boleh saja menafsirkan arti dan makna dari ketentuan yang ada dalam konstitusi. Namun, ketentuan-ketentuan suatu konstitusi memang tidak selalu jelas, karena rumusannya yang cenderung umum, luas, normatif, dan kadang-kadang kabur. Sehingga dibutuhkan tafsir yang *firm* oleh lembaga yang memiliki otoritas secara legal. Dengan ketentuan UUD 1945 sebagaimana diulas di muka, maka yang memiliki otoritas akhir untuk memberi tafsir yang mengikat adalah Mahkamah Konstitusi. Dan tafsiran yang mengikat itu hanya diberikan dalam putusan Mahkamah Konstitusi atas permohonan yang diajukan kepadanya.

Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 menggariskan bahwa Mahkamah Konstitusi empat wewenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang bersifat final dan mengikat atas perkara-perkara berikut:

1. Menguji undang-undang terhadap Undang Undang Dasar

Sebagaimana mafhum, undang-undang adalah produk politik dan biasanya merupakan kristalisasi kepentingan-kepentingan politik para pembuatnya. Sebagai produk politik, isi undang-undang

dimungkinkan mengandung kepentingan yang tidak sejalan atau melanggar konstitusi.

Sesuai prinsip hierarki perundang-undangan dan sistem hukum, isi peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan atau tidak mengacu pada peraturan di atasnya. Untuk menguji apakah suatu undang-undang bertentangan atau tidak dengan konstitusi, mekanisme yang disepakati adalah *Judicial Review*.

Jika undang-undang atau bagian di dalamnya itu dinyatakan terbukti tidak selaras dengan konstitusi, maka produk hukum itu dibatalkan MK. Melalui kewenangan *judicial review*, Mahkamah Konstitusi diidealkan menjadi lembaga negara yang mengawal agar tidak lagi terdapat ketentuan hukum yang keluar dari koridor konstitusi.

Hukum acara pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar diatur lebih lanjut dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi dalam sepuluh pasal, mulai Pasal 50 sampai Pasal 60.⁵⁹

2. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar

Yang dimaksud dengan sengketa kewenangan konstitusional antar lembaga negara adalah perbedaan pendapat yang disertai persengketaan dan klaim lainnya mengenai kewenangan yang dimiliki oleh masing-masing lembaga negara yang dinyatakan dalam konstitusi. Hal ini mungkin terjadi mengingat sistem relasi antara satu lembaga dengan lembaga lainnya menganut prinsip *check and balances*. Hal itu berarti bahwa posisi konstitusional lembaga-lembaga negara tersebut sederajat, namun saling mengendalikannya, mengawasi, dan menciptakan keseimbangan satu sama lain.

Sebagai akibat relasi yang sederajat tapi saling mengontrol tersebut, dalam melaksanakan kewenangan masing-masing lembaga, sangat dimungkinkan terjadinya perselisihan dalam menafsirkan amanat UUD berkenaan dengan kewenangan masing-masing lembaga negara. Jika terjadi perselisihan berkenaan dengan itu, maka

Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menjadi wasit yang adil untuk menyelesaikan sengketa tersebut dengan memberikan interpretasi atas norma konstitusional berkaitan dengan kewenangan lembaga-lembaga negara tersebut.

Hukum acara sengketa kewenangan antar lembaga negara tersebut diatur secara lebih lanjut melalui 7 Pasal dalam Konstitusi, yaitu dari Pasal 61 sampai Pasal 67.

3. *Memutus pembubaran partai politik*

Menilik latar belakangnya, pembubaran partai politik merupakan isu sensitif dalam ketatanegaraan Indonesia, juga dalam negara-negara demokratis pada umumnya. Di Indonesia, signifikansi isu pembubaran partai politik kemudian menjadi lebih aktual untuk diatur dalam mekanisme konstitusional yang lebih spesifik setelah mantan Presiden Abdurrahman Wahid mengeluarkan Dekrit Presiden yang salah satu isinya adalah tentang pembubaran Partai Golkar. Dekrit tersebut sebagaimana diketahui kemudian ditolak oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat yang kemudian proses politik di dalamnya berujung pada pemakzulan Gus Dur.

Pembubaran partai politik diharapkan tidak diambil dalam kebijakan politik rezim yang penuh nuansa otoritarianisme dan arogansi, tidak demokratis, dan berujung pada destruksi sistem demokrasi konstitusional yang sedang dibangun di Indonesia. Mekanisme yang ketat dalam hal pembubaran partai politik diperlukan agar tidak berlawanan dengan demokratisasi yang sedang berlangsung di Indonesia sejak tahun 1998.

Partai politik dapat dibubarkan oleh Mahkamah Konstitusi jika terbukti bahwa ideologi, asas, tujuan, program dan kegiatannya bertentangan dengan UUD 1945. Artinya, pembubaran partai politik dengan demikian merupakan isu konstitusionalitas.

Hukum acara pembubaran partai politik diatur dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, mulai dari Pasal 68 sampai Pasal 73.

4. *Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.*

Pemilihan Umum merupakan salah satu mekanisme terpenting dalam negara demokrasi konstitusional. Konstitusionalisme sebuah negara, termasuk Indonesia, di antaranya ditentukan oleh seberapa Luberjurdil kualitas Pemilu tersebut. Kualitas Pemilu demikian juga dipengaruhi oleh seberapa kredibel dan *clean* penyelenggara Pemilu. Itulah mengapa perselisihan hasil Pemilihan Umum merupakan salah satu isu konstitusional yang kemudian kewenangannya diberikan kepada Mahkamah Konstitusi.

Menurut Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, yang dimaksud perselisihan hasil Pemilu adalah perselisihan antara KPU dengan Peserta Pemilu, mengenai penetapan perolehan suara hasil Pemilu secara nasional. Perselisihan hasil Pemilu dapat terjadi apabila penetapan KPU mempengaruhi:

- 1) Terpilihnya anggota DPD dan/atau DPR,
- 2) Penetapan pasangan calon yang masuk pada putaran kedua pemilihan presiden. dan wakil presiden serta terpilihnya pasangan presiden dan wakil presiden, dan
- 3) Perolehan kursi partai politik peserta pemilu di satu daerah pemilihan.

Prosedur beracara yang berkaitan dengan kewenangan mengadili perselisihan hasil Pemilu diatur dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi dari Pasal 74 sampai dengan Pasal 85.

Kemudian ayat (2) dalam Pasal 24C UUD 1945 menegaskan satu kewajiban untuk Mahkamah Konstitusi. Di samping empat kewenangan tersebut, Mahkamah Konstitusi wajib memberi putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang Undang Dasar. Kewajiban ini diatur lebih lanjut dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, dan disebut sebagai “kewenangan” kelima dari Mahkamah Konstitusi.

Dalam sistem presidensial, pada dasarnya presiden tidak dapat diberhentikan sebelum habis masa jabatannya habis, sebab presiden

dipilih langsung oleh rakyat. Namun, sesuai prinsip *supremacy of law* dan *equality before the law*, presiden dapat diberhentikan apabila terbukti melakukan pelanggaran hukum sebagaimana yang ditentukan dalam UUD. Pelanggaran yang dimaksud menurut Pasal 7B Ayat (1) adalah: 1) pengkhianatan terhadap negara adalah tindak pidana terhadap keamanan negara sebagaimana diatur dalam undang-undang, 2) korupsi dan penyuapan adalah tindak pidana korupsi atau penyuapan sebagaimana diatur dalam undang-undang, 3) tindak pidana berat lainnya adalah tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih, 4) perbuatan tercela adalah perbuatan yang dapat merendahkan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden, 5) tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah syarat sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 6 Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Namun demikian, proses pemberhentian tidak boleh bertentangan dengan prinsip-prinsip negara hukum. Hal ini berarti, sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan seorang Presiden bersalah, Presiden tidak bisa diberhentikan. Pengadilan yang memiliki kewenangan untuk memutuskan tersebut adalah Mahkamah Konstitusi.

Proses acara pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden ini telah ditentukan secara langsung oleh UUD 1945 Pasal 7B Ayat (1) sampai dengan Ayat (7). Kemudian dijelaskan lebih lanjut dalam Pasal 880 sampai Pasal 85 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Dalam hal ihwal pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden ini hanya DPR yang dapat mengajukan ke MK. Namun dalam pengambilan sikap tentang adanya pendapat semacam ini harus melalui proses pengambilan keputusan di DPR yaitu melalui dukungan 2/3 (dua pertiga) jumlah seluruh anggota DPR yang hadir dalam sidang paripurna yang dihadiri sekurang-kurangnya 2/3 (dua per tiga) anggota DPR.

Empat kewenangan dan satu kewajiban tersebut merupakan

yurisdiksi substantif Mahkamah Konstitusi yang diberikan secara langsung oleh konstitusi negara (*constitutionally entrusted power*). Kemudian kewenangan dan kewajiban yang diberikan secara langsung oleh konstitusi negara tersebut, diatur lebih lanjut secara khusus dalam Pasal 10 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, yang kemudian diubah lagi dengan Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011. Dalam UU Mahkamah Konstitusi, empat kewenangan dan satu kewajiban tersebut disebut sebagai “kewenangan”, sehingga dengan demikian Mahkamah Konstitusi memiliki lima kewenangan.

Pada perkembangan selanjutnya, kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadili perselisihan hasil Pemilihan Umum, diperluas ke perselisihan hasil Pemilihan Kepala Daerah. Hal itu bermula dari permohonan Pengujian UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dalam perkara No. 072/PUU-II/2004 yang diajukan oleh Cetro, Jamppi, JPPR, Yappika, dan ICW, serta perkara No. 073/PUU-II/2004 yang dimohonkan oleh Muhamad Taufik, dan kawan-kawan. Putusan Mahkamah Konstitusi atas kedua perkara dimaksud yang dibacakan pada 22 Maret 2005 mengabulkan sebagian permohonan para pemohon.

Salah satu isu sentral dalam pengujian Undang-Undang Pemerintahan Daerah adalah permohonan para pemohon agar Pemilihan Kepala Daerah dimasukkan ke dalam rezim Pemilihan Umum sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 22E UUD 1945, dan dengan demikian kewenangan mengadili hasil sengketa hasil Pilkada menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi, yang sebelumnya menjadi kewenangan Mahkamah Agung. Terhadap permohonan ini, Mahkamah Konstitusi tidak mengabulkan, sebab menurut Mahkamah apakah Pilkada akan ditafsirkan sebagai bagian dari Pemilu atau Pemerintahan Daerah sebagaimana ketentuan konstitusi tergantung pada kehendak pembentuk Undang-Undang. Dalam pandangan Mahkamah Konstitusi, pembentuk Undang-Undang dapat menetapkan Pilkada sebagai perluasan dari Pemilu sebagaimana ketentuan Pasal 22E UUD 1945, atau tetap sebagai bagian dari

Pemerintahan Daerah dan sengketa terhadap hasilnya tetap menjadi kewenangan Mahkamah Agung.

Hal ini kemudian direspons oleh DPR sebagai pembentuk Undang-Undang dengan menjadikan Pemilihan Kepala Daerah menjadi Pemilihan Umum Kepala Daerah, sehingga Pilkada menjadi bagian dari Rezim Pemilihan Umum. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum menegaskan inkorporasi KPU Daerah ke dalam KPU sehingga secara eksplisit menegaskan Pilkada sebagai bagian dari rezim Pemilu. Dengan demikian, sengketa hasil Pilkada merupakan bagian dari sengketa hasil Pemilu yang secara konstitusional merupakan bagian dari kewenangan Mahkamah Konstitusi. *Intent* pembentuk Undang-Undang berkaitan dengan sengketa hasil Pilkada dipertegas kemudian dalam UU Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Pemerintahan Daerah. Pasal 236C Undang-Undang tersebut menegaskan bahwa: “Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi paling lama 18 (delapan belas) bulan sejak Undang-Undang ini diundangkan.” Dengan demikian, semakin tegaslah perluasan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menangani sengketa hasil Pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah sebagai bagian dari Perselisihan Hasil Pemilihan Umum yang ditegaskan dalam Pasal 24c Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pelaksanaan kewenangan konstitusional Mahkamah Konstitusi dilakukan dengan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi yang terdiri dari hukum acara umum untuk semua kewenangan Mahkamah Konstitusi (diatur dalam Pasal 28 sampai dengan 49 UU No. 24 Tahun 2003) dan hukum acara khusus untuk setiap kewenangan MK yang dilengkapi lebih lanjut dengan berbagai Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) sesuai dengan ketentuan Pasal 86 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Pelaksanaan kewenangan konstitusional MK secara rinci adalah sebagai berikut:

a. *Pengujian undang-undang terhadap UUD 1945:*

- 1) Diatur dalam Pasal 50 sampai dengan Pasal 60 UU MK dan telah dilengkapi dengan PMK No. 06/PMK/2005;
- 2) Subjek hukum yang dapat menjadi pemohon adalah:
 - i) perorangan WNI, termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama;
 - ii) kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI yang diatur dalam undang-undang;
 - iii) badan hukum publik atau privat, atau
 - iv) lembaga negara, yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan, atau hak/kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945;
- 3) Objek permohonan adalah konstitusionalitas sebuah undang-undang yang meliputi pengujian secara formil, yaitu pengujian mengenai apakah pembentukan dan bentuk undang-undang sesuai atau tidak dengan ketentuan UUD 1945, dan pengujian secara materiil, yaitu pengujian mengenai apakah materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang bertentangan dengan UUD 1945;
- 4) Dalam kurun waktu dua tahun usia MK telah dilakukan pengujian tidak kurang dari 65 undang-undang, dengan putusan yang dikabulkan seluruhnya, dikabulkan sebagian, tidak diterima, dan ada yang ditolak.

b. *Memutus sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara:*

- 1) Diatur dalam Pasal 61 sampai dengan 67 UU MK;
- 2) Pemohonnya adalah lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, sedangkan termohonnya adalah lembaga negara yang mengambil kewenangan lembaga negara lainnya;
- 3) Objek sengketa adalah kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945;

c. *Memutus pembubaran partai politik:*

- 1) Diatur dalam Pasal 68 sampai dengan 73 UU MK;

- 2) Pemohonnya adalah pemerintah, sedangkan termohonnya adalah partai politik yang dimohonkan untuk dibubarkan;
- 3) Alasan pembubaran adalah ideologi, asas, tujuan, program, dan kegiatan parpol yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945;
- 4) Jika permohonan dikabulkan, parpol yang bersangkutan dibatalkan pendaftarannya sebagai badan hukum pada pemerintah.

d. Perselisihan hasil pemilihan umum:

- 1) Diatur dalam Pasal 74 sampai dengan 79 UU MK dan dilengkapi dengan PMK No. 04/PMK/2004 dan No. 05/PMK/2005
- 2) Pemohonnya adalah perorangan peserta pemilu DPD, partai politik peserta pemilu, dan pasangan capres/cawapres peserta pemilu presiden dan wakil presiden, sedangkan termohonnya adalah KPU;
- 3) Objek perselisihan adalah penetapan hasil pemilu oleh KPU.

Yang dapat menjadi pemohon dalam perselisihan hasil pemilu adalah:

- 1) Perorangan warga negara Indonesia calon anggota DPD peserta pemilu;
- 2) Pasangan calon presiden dan wakil presiden peserta pemilu;
- 3) Partai politik peserta pemilu.

e. Impeachment DPR terhadap presiden dan/atau wakil presiden:

- 1) Diatur dalam Pasal 80 sampai dengan 85 UU MK;
- 2) Pemohon adalah DPR yang disetujui oleh minimal 2/3 dari minimal 2/3 anggota DPR yang hadir dalam sidang paripurna;
- 3) Alasan *impeachment*: i) Presiden dan/atau wakil presiden melanggar hukum karena pengkhianatan terhadap negara,

korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, dan melakukan perbuatan tercela, ii) Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat berdasarkan UUD 1945.

- 4) Putusan menyatakan pendapat DPR terbukti atau tidak terbukti.

Pengkhianatan hukum yang dilakukan oleh Presiden/Wakil Presiden yang dapat menyebabkan terjadinya *impeachment* dijelaskan oleh Pasal 10 ayat (3) UU No. 24 Tahun 2003, yaitu:

- 1) Pengkhianatan terhadap negara adalah tindak pidana terhadap keamanan negara sebagaimana diatur dalam undang-undang.
- 2) Korupsi dan penyuapan adalah tindak pidana korupsi atau penyuapan sebagaimana diatur oleh undang-undang.
- 3) Tindak pidana berat lainnya adalah tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.
- 4) Perbuatan tercela adalah perbuatan yang dapat merendahkan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden.
- 5) Tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah syarat sebagaimana ditentukan dalam Pasal 6 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Agar dalam melakukan kewenangannya dalam menguji undang-undang terhadap UUD, MK tidak melampaui batas atau masuk ke ranah kekuasaan lain dan menjadi politis, Mahfud MD. mengemukakan 10 rumusan *negative* (pelarangan) yang menurutnya harus dijadikan rambu-rambu oleh MK, yaitu:⁶⁰

1. Dalam melakukan pengujian konstiusionalitas UU, MK tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur; pembatalan undang-undang tak boleh disertai pengaturan, misalnya dengan putusan pembatalan yang disertai dengan isi, cara, dan lembaga yang harus mengatur kembali isi UU yang dibatalkan tersebut. Ini harus ditekankan karena bidang pengaturan adalah ranah legislative. Jadi MK hanya

boleh mengatakan suatu UU atau isinya konstitusional atau inkonstitusional yang disertai pertanyaan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

2. Dalam melakukan pengujian konstitusionalitas UU, MK tidak boleh membuat *ultra petita* (putusan yang tidak diminta oleh pemohon) sebab dengan membuat *ultra petita* berarti MK mengintervensi ranah legislatif. Meski begitu ada juga yang berpendapat bahwa *ultra petita* boleh dilakukan oleh MK jika isi undang-undang yang dimintakan *judicial review* berkaitan langsung dengan pasal-pasal lain yang tak dapat dipisahkan atau menjadi jantung masalah tersebut. Pemikiran seperti itu wajar, tetapi kalau sebuah pasal undang-undang yang dimintakan uji materi ada kaitan dengan pasal-pasal lain yang tidak diminta untuk dibatalkan maka pembatalan tak bisa dilakukan atas pasal yang tidak diminta karena kalau itu dilakukan berarti merambah ke ranah legislatif. Bahwa pasal yang dibatalkan itu berkaitan dengan pasal lain, biarkanlah pembetulan/revisinya dilakukan oleh lembaga legislatif sendiri melalui *legislative review*. Toh, jika ada pasal di dalam undang-undang menjadi tidak berlaku karena ada pasal lain yang dibatalkan oleh MK dengan sendirinya pasal tersebut tak dapat dilaksanakan sehingga dengan sendirinya pula lembaga legislatif dituntut untuk melakukan *legislative review*.
3. Dalam membuat putusan MK tidak boleh menjadikan undang-undang sebagai dasar pembatalan undang-undang lainnya, sebab tugas MK itu menguji konstitusionalitas undang-undang terhadap UUD, bukan undang-undang terhadap undang-undang lainnya. Tumpang tindih antar berbagai undang-undang menjadi kewajiban lembaga legislatif untuk menyelesaikannya melalui *legislative review*.
4. Dalam membuat putusan, MK tidak boleh mencampuri masalah-masalah yang didelegasikan oleh UUD kepada lembaga legislatif untuk mengaturnya dengan atau dalam undang-undang sesuai dengan pilihan politiknya sendiri. Apa yang diserahkan secara terbuka oleh UUD untuk diatur

oleh undang-undang berdasar pilihan politik lembaga legislatif tidak bisa dibatalkan oleh MK kecuali jelas-jelas melanggar UUD 1945. Di dalam UUD 1945 sendiri banyak masalah yang diserahkan untuk diatur berdasar kebutuhan dan pilihan politik lembaga legislatif yang tentunya tidak dapat dicampuri oleh lembaga lain, termasuk oleh MK.

5. Dalam membuat putusan MK tidak boleh mendasarkan pada teori yang tidak secara jelas dianut oleh konstitusi, sebab teori itu amat banyak dan bermacam-macam sehingga pilihan atas satu teori bisa bertentangan dengan pilihan atas teori lain yang sama jaraknya dengan UUD. Begitu juga, putusan MK tidak boleh didasarkan pada apa yang berlaku di negara-negara lain, semaju apapun negara tersebut; sebab di negara-negara lain pun ketentuan konstitusinya dapat berbeda-beda. Oleh sebab itu, yang menjadi dasar adalah isi UUD 1945 dan semua *original intent*-nya.
6. Dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh melanggar asas *nemo judex in causa sua*, yakni memutus hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan dirinya sendiri.
7. Para hakim MK tidak boleh berbicara atau mengemukakan opini kepada publik atas kasus konkret yang sedang diperiksa MK, termasuk di seminar-seminar dan pada pidato-pidato resmi. Ini penting agar dalam membuat putusan nantinya hakim MK tidak tersandera oleh pernyataannya sendiri dan masyarakat pun tidak terpolarisasi oleh dugaan-dugaan tentang putusan yang akan dikeluarkan oleh MK.
8. Para hakim MK tidak boleh mencari-cari perkara dengan menganjurkan siapa pun untuk mengajukan gugatan atau permohonan ke MK. Biarlah yang mengambil inisiatif untuk itu *justisiabelen* sendiri.
9. Para hakim MK tidak boleh secara proaktif menawarkan diri sebagai penengah dalam silang sengketa politik antarlembaga negara atau antar lembaga-lembaga politik, sebab tindakan menawarkan diri itu sifatnya adalah politis, bukan legalistis. Mungkin menjadi penengah politik itu

bertujuan baik, tetapi itu bukanlah ranah MK. Ada banyak lembaga lain yang lebih proporsional untuk menengahi perseteruan politik melalui kerja-kerja politik. Biarkanlah dinamika politik bekerja, bergulat, dan selesai di ranahnya sendiri sesuai dengan peraturan perundang-undangan dan koridor-koridor etis yang tersedia.

10. MK tidak boleh ikut membuat opini tentang eksistensi atau tentang baik atau buruknya UUD, atau apakah UUD yang sedang berlaku itu perlu diubah atau dipertahankan. MK hanya wajib melaksanakan atau mengawal UUD yang sudah ada dan berlaku sedangkan urusan mempertahankan atau mengubah adalah urusan lembaga lain yang berwenang.[]

Endnotes

- 1 Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2003, h. 7-21. Bandingkan dengan Eko Riyadi (ed.), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PusHAM UII, Yogyakarta, 2008, h. 11. Lihat juga Maurice Cranston, *What are Human Rights?* Taplinger, New York, 1973, h. 70.
- 2 Dalam Rafael Edy Bosko, "Prinsip-prinsip HAM", salah satu materi dalam *Modul Penataran Hak Asasi Manusia Untuk Guru*, dilaksanakan oleh Depdiknas bekerjasama dengan Fakultas Hukum UGM Yogyakarta, di Bogor, tanggal 5-8 Oktober 2004, h. 3.
- 3 Ibid. Yang menarik dari pengertian yang diajukan oleh Eze adalah kuatnya penekanan perspektif bahwa HAM melibatkan relasi individu-kelompok, perseorangan-masyarakat, atau warga negara-negara.
- 4 Keyakinan universalitas HAM mendapat tentangan dari beberapa kelompok filosof dan politisi dari beberapa bagian dunia. Penentang universalitas HAM adalah kaum relativis-

kulturalis yang meyakini bahwa HAM sangat terkait dengan konteks sosial-kultural masyarakat. Pembahasan mengenai debat pemikiran antara kaum universalis dengan kaum relativis-kulturalis akan disajikan pada bagian lain Bab ini, pada subbab madzhab pemikiran HAM.

- 5 Lihat paragraf pertama *Preamble* (Pembukaan) *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)* yang diadopsi Majelis Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948.
- 6 Lihat paragraf ketiga pada bagian *Preamble* UDHR.
- 7 Sebagaimana dinyatakan dalam konsiderans huruf b Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
- 8 Pasal 1 Undang-Undang nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
- 9 Lihat Pasal 51 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang kemudian dijabarkan lagi lebih lanjut dalam Pasal 3 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005, bahwa “Pemohon adalah pihak yang melanggar hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang...”. Yang kemudian dijelaskan dalam penjelasan pasal tersebut bahwa “yang dimaksud sebagai hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Tahun 1945”.
- 10 Perang Dunia II merupakan pendulum sejarah yang berbalik. Didirikannya PBB adalah awal dari satu kebangkitan era hak asasi manusia terutama setelah lahirnya Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (1948) yang digambarkan sebagai ‘*common standard of achievement*’. Dalam Deklarasi itulah hak-hak asasi paling dasar diakui sebagai ‘*inalienable rights of all members of the human family*. Todung Mulya Lubis, “Hak-hak Asasi yang Tidak Bisa dilanggar dalam Negara Hukum”, *Prisma*, No. 11, November 1994, h. 20
- 11 Menurut Muladi, paling sedikit dapat diperinci adanya 4 (empat) kelompok pandangan, yakni pertama Kelompok berpandangan Universal-absolut, kedua Kelompok berpandangan Universal-relatif, ketiga Kelompok berpandangan Partikularistik-absolut,

- keempat Kelompok berpandangan Partikularistik-relatif. Muladi, "Hukum dan Hak Asasi Manusia", dalam Bagir Manan, *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Jakarta: Gaya Media Pratama, 1996, h. 115
- 12 Berbagai instrumen HAM nasional pada dasarnya merupakan derivasi dari prinsip-prinsip HAM internasional. Dengan demikian, instrumen HAM tersebut sudah selayaknya tidak bertentangan dengan instrumen yang berada di atasnya. Dalam hierarki norma sebagaimana yang diungkapkan oleh Hans Kelsen. Norma hukum, menurut Hans Kelsen, memiliki jenjang atau hirarkhi yang menunjukkan derajat berlapis. Kelsen memperkenalkan teori jenjang norma hukum (*stufentheorie*), di mana norma-norma hukum itu berjenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hirarkhi tata susunan, di mana suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi. Begitupun norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada norma tertinggi yang disebut norma dasar (*groundnorm*). Hans Kelsen, *General theory Of Law And Satate*, New York: Russell & Russell, 1945, h. 112-113
 - 13 Universalitas HAM tidak menyiratkan sebuah pemaksaan global serangkaian nilai-nilai Barat, tetapi lebih menunjukkan pengakuan universal atas pluralisme dan perbedaan-perbedaan agama, budaya, keyakinan politik, pandangan hidup sejauh perbedaan-perbedaan itu mendorong potensi yang tak terhingga bagi keberadaan dan martabat manusia. Heiner Bieleedlt, "Moslem Voices in Human Right Debate" dalam *Human Right Quarterly*, Jop Hopkins University Press, 1995
 - 14 Azyumardi Azra, "Pengantar", dalam Tim ICCE UIN Jakarta, *Pendidikan Kewargaan (Civic Education): Demokrasi, Hak Asasi Manusia & Masyarakat Madani*, Jakarta: Kencana, 2003, h. 217-218
 - 15 Tim ICCE UIN Jakarta, *Op.Cit.*, h. 218
 - 16 *Ibid.*
 - 17 *Ibid.*

- 18 Alan Watson, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law* (Edinburg: University of Georgia Press, 1974, juga Anthony Forsyth, 2006, “The ‘Transplantability’ Debate In Comparative Law And Comparative Labour Law: Implications For Australian Borrowing From European Labour Law”, *Working Paper No. 38*, (Melbourne: Centre for Employment and Labour Relations Law The University of Melbourne), h. 2-3.
- 19 Alan Watson, *Op.Cit.*
- 20 Terlepas dari kritik keras para aktivis HAM yang menyebut domestikasi kelembagaan pengadilan HAM di Indonesia merupakan jalan menghindari dari kemungkinan pelanggaran-pelanggaran HAM yang terjadi pada masa pemerintahan Orde Baru dibawa ke Mahkamah Pidana Internasional.
- 21 Lihat CF Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk* (terj.) Bandung: Nusa Media, 2011, atau K.C. Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003
- 22 Lihat Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, Jakarta PSHTN-FHUI, 2003, h. 21-30
- 23 Baca Peter Bachr, Pieter van Dijk, Adnan Buyung Nasution, dkk, (ed.), *Instrumen Internasional Pokok Hak-hak Asasi Manusia*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2001
- 24 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009, h. 361-362.
- 25 Jimly, *Pengantar...*, h. 362-363
- 26 *Ibid.*, h. 363-364
- 27 *Ibid.*
- 28 *Ibid.*, h. 364-365
- 29 *Ibid.*
- 30 Lihat Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhry, *Mahkamah Konstitusi: Kompilasi Ketentuan UUD, UU dan Peraturan di 78 Negara*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FHUI dan Asosiasi Pengajar HTN dan HAN Indonesia, 2002.
- 31 Dalam bahasa Jerman disebut Bundesverfassungsgericht.

- Untuk mengetahui lebih detail mengenai mahkamah konstitusi Jerman, bisa dilihat di situs berbahasa Jerman <http://www.bundesverfassungsgericht.de/>
- 32 MK-RI, *Menegakkan Negara Hukum yang Demokratis; Catatan Perjalanan Tiga Tahun Mahkamah Konstitusi 2003-2006*, Jakarta: Setjen MK-RI, 2006, h. 26
 - 33 MK-RI, *Menegakkan...*, h. 26
 - 34 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi*, h. 246
 - 35 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi*, h. 247.
 - 36 Lebih jauh lihat Violaine Autheman and Keith Henderson, *Constitutional Courts: The Contribution of Constitutional Review to Judicial Independence and Democratic Processes from a Global Regional Comparative Perspective*, IFES, Rule of Law White Paper Series, White Paper #4, Constitutional Courts, h. 8.
 - 37 Kenyataan ini dibuktikan oleh keadaan di Meksiko. Orang Meksiko ingin membentuk sistem Federal, dan mereka mengambil Konstitusi Federal Anglo-Amerika tetangga mereka sebagai model, dan menyalinnya secara cukup akurat. Sayangnya, sekalipun mereka meminjam pasal-pasal hukumnya, mereka tak mampu menciptakan atau memperkenalkan semangat dan perasaan yang menghidupkan konstitusi itu. Mereka terlibat dalam perbuatan memalukan yang tak putus-putusnya di antara lembaga-lembaga pemerintahan gandanya; Pemerintah Negara-Negara Bagian dan Uni Eropa terus-menerus melanggar hak-hak istimewa yang sudah ditetapkan untuk mereka, dan mereka pun akhirnya bertikai. Sampai saat ini Meksiko adalah korban anarki dan budak kelaliman militer. Alexis de Tocqueville, *Tentang Revolusi, Demokrasi, dan Masyarakat*, disunting oleh John Stone & Stephen Mennell, Penerjemah Yusi A. Pareanom, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2005, h. 75.
 - 38 Maruarar Siahaan, 2011, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Penerbit Sinar Grafika, 2011), h. 3.
 - 39 Yaitu dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang kemudian dirubah menjadi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

- 40 Maruarar Siahaan, *op.cit*, h. 6-7.
- 41 *Write of mandamus* merupakan dasar bagi seorang penyelenggara pemerintahan negara di AS untuk menjalankan tugas yang sesuai dengan kewenangan yang diberikan padanya. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, h. 18- 20.
- 42 Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit.*, h. 21
- 43 *Ibid.*
- 44 *Ibid.*
- 45 Baca “Dred Scott v. Sandford”, sumber http://en.wikipedia.org/wiki/Dred_Scott_v._Sandford, diakses pada tanggal 25 September 2013. Juga Maruarar Siahaan, *op.cit.*, h. 6. Baca juga “Keadilan dalam Putusan Pengadilan”, <http://abimata.wordpress.com/2009/06/17/keadilan-dalam-putusan-pengadilan/>, diakses pada tanggal 25 September 2013
- 46 “Dred Scott v. Sandford”, sumber http://en.wikipedia.org/wiki/Dred_Scott_v._Sandford, diakses pada tanggal 25 September 2013
- 47 “Dred Scott v. Sandford”, sumber http://en.wikipedia.org/wiki/Dred_Scott_v._Sandford, diakses pada tanggal 25 September 2013
- 48 Maruarar Siahaan, *op.cit*, h. 6-7
- 49 Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhry, *Mahkamah Konstitusi*, h. 247.
- 50 Jimly Asshiddiqie, *Pokok-pokok*, h. 138
- 51 Lihat Maruarar Siahaan, *op.cit*, h. 7, juga Adnan Buyung Nasution, *op.cit*, h. 159. Perbedaan keduanya pada siapa yang mengusulkan. Menurut Nasution, usulan pemberian kewenangan menguji Undang-Undang terhadap UUD kepada MA disampaikan oleh Peradin yang didukung IKAHI, hal ini ditegaskan lagi oleh Nasution melalui wawancara dengan peneliti Setara Institute, pada tanggal 26 September 2013. Sedangkan Siahaan menyebut

- pengusul tersebut adalah IKAHI.
- 52 Wawancara dengan Adnan Buyung Nasution, Jakarta 26 September 2013
 - 53 Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD hasil Perubahan Ketiga yang disahkan pada 9 November 2001, MK berwenang salah satunya untuk memutus perselisihan tentang hasil Pemilihan Umum (Pemilu). Perselisihan hasil Pemilu merupakan perkara yang diajukan berdasarkan dalil dan asumsi telah terjadi kesalahan hasil perhitungan suara yang dilakukan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU) dan merugikan menurut Pemohon. Perselisihan hasil Pemilu ini dimaksudkan untuk seluruh rangkaian pemilu, baik untuk legislatif, maupun untuk Pemilu presiden putaran pertama dan kedua. MK-RI, *Menegakkan...*, h. 78
 - 54 Maruarar Siahaan, *op.cit*, h. 7
 - 55 MK-RI, *Menegakkan...*, h. 28
 - 56 *Ibid.*, h. 29
 - 57 *Ibid.*, h. 30
 - 58 Lihat “Membangun Mahkamah Konstitusi, Sebagai Institusi Peradilan Konstitusi Yang Modern dan Terpercaya”, Sekretariat Jenderal MK RI, 2004, h. Iv, sebagaimana dikutip juga oleh Maruarar Siahaan, *op.cit*, h. 12
 - 59 Secara lebih detil, dua mantan Hakim Mahkamah Konstitusi RI menjabarkan mengenai hukum acara pengujian undang-undang. Lihat Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011 dan Jimly Ashshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010
 - 60 Moh. Mahfud MD., *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajawali Press, 2009, h. 281-284



Bab III

Evaluasi Kelembagaan Mahkamah Konstitusi

Bab III

Evaluasi Kelembagaan Mahkamah Konstitusi

Kelembagaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang memiliki kewenangan yang luar biasa dalam ketatanegaraan RI meniscayakan evaluasi sistemik secara terus menerus, terutama dari elemen gerakan masyarakat sipil (*civil society*). Bekerjanya kelembagaan Mahkamah Konstitusi yang baik diidealkan oleh para perumus amandemen Undang-Undang akan menjadi bagian pokok dari tegaknya negara hukum dan demokrasi konstitusional Republik Indonesia. Pararel dengan cita ideal tersebut, untuk menopang peranan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu mekanisme perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia, kelembagaan Mahkamah Konstitusi membutuhkan penguatan kelembagaan. Selain mengkaji putusan-putusan Mahkamah Konstitusi, riset ini juga mengkaji aspek kelembagaan Mahkamah Konstitusi. Pada aspek kelembagaan, riset ini berfokus pada kajian tentang [1] Sifat Kelembagaan dan Sumber Rekrutmen Hakim Mahkamah Konstitusi, [2] Kewenangan Mahkamah Konstitusi, [3] Kinerja Hakim Mahkamah Konstitusi, [4] Pengawasan Hakim Konstitusi dan [5] Sifat Final dan Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi.

A. Sifat Kelembagaan dan Sumber Rekrutmen Hakim

Sebelum Mahkamah Konstitusi dibentuk, Mahkamah Agung merupakan satu-satunya puncak kekuasaan yudikatif. Keadaan

berubah setelah terjadinya amandemen ketiga UUD Negara RI 1945 pada tahun 2001. Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 menegaskan bahwa: Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Kemudian ditegaskan dalam Pasal 24C ayat (1) UUD Negara RI bahwa, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Riset ini meyakini bahwa Mahkamah Konstitusi adalah lembaga yudisial, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 24 dan 24C. Karena ia merupakan lembaga yudisial, maka semestinya pendekatan kelembagaan, salah satunya dalam hal rekrutmen hakim, harus mengadopsi pola rekrutmen hakim pada umumnya. Mahkamah Konstitusi adalah badan yudisial yang dibentuk berdasarkan Pasal 24C UUD Negara RI 1945. Tetapi pola rekrutmen para hakimnya justru mencerminkan bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai badan atau institusi politik. Sejumlah 200 ahli tata negara yang dimintai pendapat terkait tiga jalur sumber rekrutmen hakim, sebanyak (61,5%) responden menilai sumber dan jalur rekrutmen ini dianggap tidak tepat, karena sifat Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yudikatif. Kecemasan para ahli tata negara ini bukan terbatas pada latar belakang para hakim yang berasal dari kalangan politisi, tetapi lebih dari itu, justru potensi *abuses* dari para hakim yang mengabdikan pada institusi dan kepentingan dari mana mereka dicalonkan.

Rekrutmen hakim merupakan salah satu bagian terpenting dari kelembagaan Mahkamah Konstitusi (MK), sebab hal itu akan sangat menentukan warna, corak dan orientasi orang-orang yang akan diberikan mandat untuk menjadi Hakim Konstitusi. Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa “Hakim konstitusi diajukan masing-

masing 3 (tiga) orang oleh Mahkamah Agung, 3 (tiga) orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan 3 (tiga) orang oleh Presiden, untuk ditetapkan dengan Keputusan Presiden”. Sesuai dengan ketentuan pasal tersebut, rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi dilakukan melalui tiga cabang pokok kekuasaan negara. Rekrutmen Hakim Agung melalui tiga lembaga *Trias Politica* tersebut secara implisit lebih menegaskan corak Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga politik, bukan lembaga yudisial.

Secara lebih detil, Jimly Asshiddiqie¹ menjelaskan latar belakang di balik gerbang rekrutmen tiga pintu tersebut. Pembagian porsi kewenangan untuk mengajukan calon hakim konstitusi dari tiga lembaga ini, menurut Jimly, dimaksudkan untuk menjamin agar dalam menjalankan tugas konstitusionalnya, para hakim konstitusi akan bersikap imparisial dan independen. Apalagi, salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah memutus sengketa kewenangan antarlembaga negara, sehingga mengharuskan para hakim konstitusi untuk secara moral dan hukum bersikap netral dan tidak berpihak kepada salah satu lembaga negara yang bersengketa. Di samping itu, derajat independensi hakim konstitusi juga diharapkan dapat lebih terjamin karena yang menentukan pengangkatannya sebagai hakim bukan hanya satu lembaga, seperti apabila pengangkatan mereka hanya ditentukan oleh Presiden.

Namun demikian, jika dikembalikan kepada ketentuan Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD) tahun 1945, Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga yudisial, sebagaimana halnya Mahkamah Agung. Mahkamah Konstitusi dengan Mahkamah Agung memiliki kedudukan yang sederajat dan sama tinggi. Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung sama-sama merupakan pelaksana cabang kekuasaan kehakiman yang merdeka dan terpisah dari cabang-cabang kekuasaan lain, yaitu pemerintah dan lembaga permusyawaratan-perwakilan.

Aspek yang membedakan Mahkamah Konstitusi dengan Mahkamah Agung hanyalah struktur kedua organ kekuasaan kehakiman tersebut. Keduanya terpisah dan berbeda secara struktur yang dipengaruhi oleh kewenangan konstitusionalnya. Mahkamah

Konstitusi merupakan lembaga peradilan tingkat pertama dan terakhir, sehingga dengan demikian tidak mempunyai struktur organisasi sebesar Mahkamah Agung yang memiliki organ yudisial pada struktur yudisial di bawahnya. Mahkamah Agung merupakan puncak sistem peradilan yang strukturnya bertingkat secara vertikal, yaitu peradilan tingkat pertama dan tinggi. Di samping itu juga terdapat diversifikasi secara horizontal, yang mencakup lima lingkungan peradilan, yaitu lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan tata usaha negara, lingkungan peradilan agama, dan lingkungan peradilan militer. Namun demikian, dari sisi sifat kewenangannya dua-duanya memiliki kesamaan sebagai puncak dari cabang kekuasaan kehakiman (*judiciary*).²

Mahkamah Agung dapat dikatakan sebagai puncak peradilan yang berkaitan dengan tuntutan perjuangan keadilan bagi orang per orang ataupun subjek hukum lainnya. Sedangkan Mahkamah Konstitusi tidak berurusan dengan orang per orang, melainkan dengan kepentingan umum yang lebih luas. Perkara-perkara yang diadili di Mahkamah Konstitusi pada umumnya menyangkut persoalan-persoalan kelembagaan negara atau institusi politik yang menyangkut kepentingan umum yang luas ataupun berkenaan dengan pengujian terhadap norma-norma hukum yang bersifat umum dan abstrak, bukan urusan orang per orang atau kasus demi kasus ketidak-adilan secara individual dan konkret, kecuali yang berkenaan dengan perkara pemakzulan terhadap Presiden/Wakil Presiden.

Merujuk pengkategorian Jimly,³ secara institusional Mahkamah Agung pada hakikatnya adalah *court of justice*, sedangkan Mahkamah Konstitusi adalah *court of law*. Mahkamah Agung mengadili ketidakadilan untuk mewujudkan keadilan, sedangkan Mahkamah Konstitusi mengadili sistem hukum dan sistem keadilan itu sendiri. Namun, keduanya sama-sama puncak kekuasaan kehakiman dalam wadah konstitusionalisme dan demokrasi konstitusional negara.

Dengan demikian, jalur rekrutmen Hakim Mahkamah Konstitusi mestinya tidak terlalu berbeda dari jalur rekrutmen hakim agung di Mahkamah Agung (MA), dengan modifikasi tertentu dengan titik tekan untuk memastikan derajat keterbukaan kepada

publik yang lebih tinggi dan dapat diuji publik dalam tahapan-tahapannya. Selama ini, tidak ada prosedur standar dalam proses dan mekanisme rekrutmen hakim agung di tiga lembaga rekrutmen tersebut. Rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi di DPR selama ini relatif terbuka, meskipun hakim yang direkrut melalui DPR memiliki “kadar politik” yang cukup tinggi. Di MA, rekrutmen hakim agung nyaris tidak dapat diakses dan dipantau publik. Sedangkan rekrutmen melalui pintu Presiden menyesuaikan selera Presiden. Pada masa Adnan Buyung Nasution menjadi Dewan Pertimbangan Presiden (Wantimpres), pada Februari 2008, rekrutmen dilakukan secara terbuka melalui uji publik, sedangkan rekrutmen yang baru lalu (2013), dengan Presiden yang sama, penunjukan terhadap Patrialis Akbar dilakukan dalam ruang yang gelap, yang akhirnya mendapat hujatan dan penolakan dari publik. Resistensi publik atas pengangkatan Patrialis Akbar dapat dibaca sebagai keberatan publik terhadap latar belakang dan kapasitasnya, di samping juga terhadap mekanisme pengangkatannya.

Berkaitan dengan rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi melalui tiga pintu tersebut, profil dan figur hakim Mahkamah Konstitusi pada akhirnya sangat ditentukan oleh ketiga lembaga lain di luar dirinya dalam pemerintahan negara. Hal itu bermakna bahwa kualitas hakim sangat ditentukan oleh tiga lembaga negara tersebut. Model rekrutmen demikian pada akhirnya sangat berpotensi menyebabkan perapuhan kelembagaan MK. Dalam situasi di mana putusan-putusan Mahkamah Konstitusi sering “merugikan” kepentingan ketiga lembaga “pemasok” hakimnya, maka dikhawatirkan akan terjadi pelemahan Mahkamah Konstitusi secara sistematis melalui pelemahan para hakimnya.

Dengan demikian, di masa depan dibutuhkan model rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi yang lebih kredibel dan transparan. Tiga pintu gerbang rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi seharusnya memiliki derajat imparialitas dan independensi yang sama dengan kriteria kualitatif yang harus dimiliki oleh hakim Mahkamah Konstitusi yang mereka rekrut. Pelibatan pihak-pihak yang lebih independen dan imparial di ketiga *locus* rekrutmen

hakim Mahkamah Konstitusi akan meminimalisasi transaksi dalam pemilihan hakim Mahkamah Konstitusi.

Rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi juga berkaitan dengan latar belakang dan figur hakim. Salah satu pertanyaan paling serius mengenai latar belakang dan figur hakim Mahkamah Konstitusi adalah, apakah hakim konstitusi dapat direkrut dari tokoh-tokoh dengan latar belakang politik? Dalam perjalanan Mahkamah Konstitusi proses rekrutmen hakim konstitusi paling tidak telah meloloskan tiga hakim konstitusi dengan *track* yang kuat sebagai politisi, yaitu Mohamad Mahfud MD (mantan politisi PKB), M. Akil Mochtar (mantan politisi Golkar), Hamdan Zoelva (mantan politisi PBB), dan Patrialis Akbar (mantan politisi Partai Amanat Nasional). Keempatnya meluncur mulus menjadi Hakim Mahkamah Konstitusi melalui pintu gerbang yang berbeda. Mahfud dan Akil melalui DPR, sedangkan Hamdan Zoelva dan Patrialis Akbar melalui pintu rekrutmen oleh Presiden.

Adnan Buyung Nasution menyampaikan, bahwa latar belakang hakim konstitusi turut memberikan warna tersendiri dalam putusan-putusannya. Sebagaimana yang diungkapkannya:

Yamin memberikan contoh, di Amerika, hakim konstitusi itu tidak perlu seorang yang harus lulus. Tapi orang yang negarawan, entah dia politisi, entah dari seorang eksekutif di birokrasi. Itu tidak masalah. Tapi negarawan yang memiliki mobilitas tinggi. Ambil contoh Kasimo, mereka bukan seorang sarjana apapun, tapi seorang tokoh Katolik yang sangat dihormati, negarawan. Wilopo juga begitu, sebagai seorang nasionalis dia negarawan. Djuanda. Tokoh-tokoh lama semacam itu, yang menjadi contoh figur hakim Mahkamah Konstitusi kita. Jangan diambil anak-anak muda kayak siapa dari partai-partai itu. Dia tidak akan mendapatkan pamor maupun respek seperti negarawan. Akibatnya keputusan mereka tidak akan dihormati. Kurang dihormati.⁴

Seorang hakim juga harus arif, wisdom. Dengan kearifan tersebut, maka diharapkan setiap putusan yang diambil dalam sebuah perkara,

akan mengandungi keadilan. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Jimly, seorang hakim harus arif.

Kadang-kadang, di situlah kearifan. Maka hakim itu harus arif, *wisdom*. Bukan soal benar salah saja. Ada baik buruk. Itu harus dihitung. Maka *case by case* tidak boleh kita pukul rata. Kenapa dijadikan maksim, keadilan harus lebih diutamakan atas kepastian. Secara umum iya, tapi harus lihat *case by case*. Selalu ada tujuan ketiga sebagai penyeimbang. Di situlah wilayah kearifan. Kadang-kadang kualitas putusan itu justru yang menjadi sebab adanya putusan-putusan yang tidak jalan di lapangan. Karena kita tidak pernah atau jarang membayangkan, nanti ketika putusan itu di lapangan kayak gimana? Apalagi kita dikejar waktu, kita putus saja. Nanti di lapangan bagaimana? itu semua keputusan begitu, termasuk ketika DPR memutuskan membuat undang-undang. Kan mereka tidak pernah membayangkan ketika undang-undang itu nanti di RT RW kayak gimana pelaksanaannya? Merka hanya menentukan *policy* besar. Karna itu tetap harus dibuka ruang *constitutional remove* ke Mahkamah Konstitusi. Kalau-kalau praktik di lapangan menyimpulkan ketidakadilan undang-undang yang dibuat oleh parlemen.⁵

Sejak jauh-jauh hari sebenarnya publik dan para ahli mengkhawatirkan latar belakang politik mantan politisi pada Hakim Mahkamah Konstitusi yang mula-mula direkrut oleh DPR, yaitu ketika dipilihnya Mahfud MD oleh DPR untuk menggantikan Roestandi yang memasuki usia pensiun. Kekhawatiran yang sama juga terjadi saat pemilihan Akil Mochtar oleh DPR untuk menjadi hakim Mahkamah Konstitusi.

Situasi objektif tertangkap tangannya Akil Mochtar dalam kasus dugaan korupsi terkait dengan sengketa Pilkada Gunung Mas pada Oktober 2013, juga dugaan kasus korupsi sengketa hasil Pilkada Lebak dan beberapa Pilkada lainnya, membuktikan kerentanan latar belakang politik dalam rentang karir dan diri hakim Mahkamah Konstitusi. Meskipun pada akhirnya harus melepaskan keterkaitannya dengan partai politik, hakim Mahkamah Konstitusi merupakan manusia, juga

sebagai makhluk individual dan sosial yang tidak mungkin secara tiba-tiba dapat melepaskan diri dari ikatan psikologis dengan relasi serta jejaring politiknya. Namun melarang warga negara yang pernah memiliki karier politik di partai politik untuk mencalonkan diri menjadi hakim Mahkamah Konstitusi jelas merupakan pelanggaran atas hak warga negara untuk diperlakukan sama di depan hukum dan pemerintahan sebagaimana dijamin dalam UUD Negara RI 1945. Idealnya terdapat pembatasan atau ketentuan masa jeda bagi seorang politisi yang ingin mencalonkan diri menjadi calon hakim Mahkamah Konstitusi.

Berkaitan dengan dugaan korupsi yang dilakukan oleh Akil Mochtar, DPR juga harus dipandang sebagai pihak yang ikut andil, dan karenanya harus bertanggungjawab. Pengangkatan Akil Mochtar untuk masa jabatan hakim Mahkamah Konstitusi yang kedua pada April 2013 bahkan tidak dilakukan proses *fit and proper test* seperti biasa. Dalam rapat Komisi III DPR Akil Mochtar hanya ditanya apakah masih bersedia melanjutkan jabatan sebagai Hakim Mahkamah Konstitusi. Akil pun menyatakan bersedia, dan Komisi III kemudian meloloskannya sebagai Hakim Mahkamah Konstitusi untuk masa jabatan kedua tanpa proses evaluasi sama sekali. Padahal DPR dalam berbagai kesempatan setelah tertangkapnya Akil Mochtar menyatakan mengetahui ketidakberesan Akil dalam mengadili sengketa hasil Pilkada.⁶

Masih berkaitan dengan integritas hakim MK yang harus mendapat fokus penting dalam rekrutmen, terdapat beberapa syarat yang harus dipenuhi oleh hakim Mahkamah Konstitusi. Pasal 15 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang kemudian diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011, menyatakan bahwa hakim konstitusi harus memenuhi syarat sebagai berikut: 1) memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, 2) adil, dan 3) negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan.

Di samping 3 (tiga) syarat absolut (namun abstrak) tersebut, untuk dapat diangkat menjadi hakim konstitusi, seorang calon hakim konstitusi harus memenuhi syarat berikut:

- a. Warga negara Indonesia;
- b. Berijazah doktor dan magister dengan dasar sarjana yang berlatar belakang pendidikan tinggi hukum;
- c. Bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa dan berakhlak mulia;
- d. Berusia paling rendah 47 (empat puluh tujuh) tahun dan paling tinggi 65 (enam puluh lima) tahun pada saat pengangkatan;
- e. Mampu secara jasmani dan rohani dalam menjalankan tugas dan kewajiban;
- f. Tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap;
- g. Tidak sedang dinyatakan pailit berdasarkan putusan pengadilan; dan,
- h. Mempunyai pengalaman kerja di bidang hukum paling sedikit 15 (lima belas) tahun dan/atau pernah menjadi pejabat negara.

Tiga syarat mutlak pertama di muka merujuk pada syarat-syarat kualitatif yang tidak mudah diukur. Integritas serta kepribadian, keadilan, dan kenegarawanan bagi seorang calon hakim Mahkamah Konstitusi sebagaimana ketentuan UU Mahkamah Konstitusi tidak pernah dinilai secara *standardized*. Kriteria kenegarawanan (*statesmanship*) misalnya ditafsirkan sesuka-suka lembaga rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi (DPR, MA, dan Presiden), bahkan dalam kasus penolakan terhadap hakim Mahkamah Konstitusi Patrialis Akbar, salah satunya karena dinilai tidak memiliki kenegarawanan yang memadai. Sementara yang bersangkutan mengklaim dirinya sebagai negarawan, sebagaimana presiden telah menilainya secara implisit sebagai negarawan. Dalam soal kenegarawanan ini, sebagaimana halnya soal integritas, kepribadian, dan keadilan, idealnya terdapat kriteria standar untuk itu, dan salah satu cara mengukurnya mengenai hal itu adalah penilaian publik

melalui proses uji publik.

Bagir Manan menyatakan bahwa latar belakang hakim konstitusi juga perlu mendapat perhatian. Menurutnya seorang hakim MK harus mempunyai pengetahuan yang sangat mendalam tentang hukum tata negara. Lebih lengkapnya, Bagir Manan mengatakan:

Kemudian, andaikata kita lihat Mahkamah Konstitusi sepanjang menguji undang-undang itu kan harus mempunyai pengetahuan yang sangat dalam mengenai konsep, teori hukum tata negara. Saya agak cemas kalau soal itu, karena tidak semuanya mempunyai latar belakang itu. Sudahlah, kita belajar di sana. Sedangkan ini kan mempertaruhkan, kalau bahasa Inggrisnya *norms* dari sistem kita. Memang doktor-doktor semuanya, saya menghargai lah. Tapi pengalaman mengolah konsep-konsep undang-undang dasar itu penting sekali. karena itu menghargai kalau sampai (putusan berjumlah) 400 halaman. Mudah-mudahan dengan segala kedalamannya, anda lebih tahu bahwa dengan (putusan) 19 halaman tidak dalam untuk mempelajari. Kemudian yang ketiga atau keempat komentar saya mengenai fungsi yudisial dari Mahkamah Konstitusi, mereka terlalu longgar. Mudah sekali menerima gugatan atau permohonan uji materiil itu. Kadang-kadang tidak jelas apa itu dasar konstitusionalnya.⁷

Jika dikembalikan kepada tuntunan konstitusional rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi sebagaimana kita ketahui, maka yang memiliki kewenangan konstitusional merekrut Hakim Mahkamah Konstitusi adalah tiga pihak dalam kelembagaan negara. Pasal 24C Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia menegaskan bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden. Hal itu pertegas lagi melalui Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa “Hakim konstitusi diajukan masing-masing 3 (tiga) orang

oleh Mahkamah Agung, 3 (tiga) orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan 3 (tiga) orang oleh Presiden, untuk ditetapkan dengan Keputusan Presiden”.

Selama ini, tidak ada mekanisme atau prosedur tetap terkait dengan rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi yang standar di masing-masing lembaga negara “pemasok” hakim Mahkamah Konstitusi. Sehingga masing-masing menggunakan selernya sendiri-sendiri dalam merekrut Hakim Mahkamah Konstitusi. Ke depan, rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi idealnya dilakukan melalui panel ahli.

Panel ahli⁸ yang dimaksud dibentuk oleh masing-masing lembaga yang berwenang merekrut hakim Mahkamah Konstitusi. Presiden membentuk panel ahli untuk merekrut calon hakim Mahkamah Konstitusi yang menjadi kewenangannya. DPR juga begitu. MA juga demikian. Dengan panel ahli yang dibentuk di masing-masing lembaga legislatif, eksekutif, dan yudikatif tersebut akan terjadi *cross control* antara satu lembaga dengan lembaga yang lain. Hal itu juga akan menjadi bagian dari proses *checks and balances* antara satu lembaga dengan lembaga yang lain sebagaimana lazim dalam *rule of law* dan demokrasi konstitusional. *Output* dan kualitas kinerja panel ahli juga bisa disandingkan antara satu lembaga dengan lembaga yang lain, yang dengan sendirinya akan mendorong masing-masing panel ahli untuk bekerja lebih baik dan optimal dalam menyeleksi hakim Mahkamah Konstitusi. Selain itu, substansi rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi melalui tiga pintu *trias politica* negara tetap terpelihara. Sekalipun model ini tetap tidak mengubah wajah MK sebagai badan politik karena mempertahankan tiga jalur sumber rekrutmen, tetapi setidaknya membuka ruang bagi munculnya seleksi yang lebih akuntabel.

Panel ahli di masing-masing lembaga tersebut beranggotakan minimal 5 (lima) orang yang terdiri dari mantan hakim Mahkamah Konstitusi, Ahli Tata Negara, dan tokoh masyarakat. Keanggotaan panel ahli tidak berasal dari salah satu lembaga negara, sehingga dijamin tidak adanya intervensi di dalam internal dan bekerjanya panel ahli dan panel ahli akan bekerja lebih independen. Panel ahli

dapat meminta bantuan pihak lain sepanjang dibutuhkan, misalnya auditor publik jika diperlukan audit kekayaan calon hakim Mahkamah Konstitusi.

Seleksi calon hakim oleh panel ahli paling tidak meliputi beberapa tahapan pokok:

- a. Pengumuman terbuka kepada publik mengenai rekrutmen calon hakim konstitusi
- b. Seleksi administratif,
- c. Tes substantif: menulis, tes kompetensi, uji *track record*, dan wawancara,
- d. Laporan harta dan kekayaan serta sumber harta dan kekayaannya itu (semacam pembuktian terbalik), dan
- e. Uji publik secara terbuka melalui beberapa saluran yang dimungkinkan untuk menguji integritas dan kepribadian, derajat keadilan, serta kenegarawanan calon hakim Mahkamah Konstitusi sebagaimana disyaratkan dalam Undang-Undang Dasar dan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi.

Panel ahli bekerja untuk merekrut calon hakim konstitusi sesuai dengan kebutuhan. Jika dalam sebuah lembaga, DPR misalnya, hanya harus merekrut satu orang karena salah satu hakim Mahkamah Konstitusi yang direkrut DPR memasuki masa pensiun, maka panel ahli di tahap paling akhir mengajukan hanya satu orang kepada DPR untuk kemudian ditetapkan sebagai hakim Mahkamah Konstitusi dari jalur DPR.

Panel ahli bersifat *ad hoc*. Sehingga panel ahli dibentuk sesuai dengan kebutuhan rekrutmen hakim. Masa kerja panel ahli ditentukan oleh masing-masing lembaga negara yang membentuk, yang pada pokoknya memberikan kesempatan yang cukup untuk dilakukannya seluruh tahapan seleksi mulai dari pengumuman terbuka kepada publik tentang rekrutmen calon hakim konstitusi hingga pengusulan calon hakim yang dibutuhkan kepada lembaga pembentuk panel ahli tersebut (DPR, Presiden, atau MA).

Masih berkaitan dengan rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi adalah latar belakang hakim. Beberapa syarat normatif hakim Mahkamah Konstitusi telah disebutkan dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi. Satu isu yang penting dalam rekrutmen hakim Mahkamah Konstitusi adalah soal apakah warga negara dengan latar belakang karier politik di partai politik boleh mencalonkan diri menjadi hakim Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia menyatakan bahwa setiap orang berhak atas perlakuan yang sama di depan hukum dan pemerintahan. Warga negara Indonesia dengan latar belakang karier politik di partai politik pada dasarnya memiliki hak substantif yang sama untuk menjadi calon hakim Mahkamah Konstitusi. Namun demikian, mengingat bahwa jabatan Hakim Mahkamah Konstitusi mensyaratkan prinsip independensi dan imparcialitas maka diperlukan limitasi terhadap politisi partai politik.

Dengan demikian, setiap warga negara yang ingin mencalonkan diri menjadi hakim Mahkamah Konstitusi harus mengundurkan diri dari keanggotaan partai politik tertentu. Sekurang-kurangnya sepuluh tahun sebelum yang bersangkutan mendaftarkan diri menjadi calon hakim Mahkamah Konstitusi. Batasan 10 (sepuluh) tahun merupakan rentang waktu yang ideal. Dari sisi usia perkembangan, 10 tahun sering kali disebut satu generasi. Dengan demikian, jika yang bersangkutan sudah mengundurkan diri dari keanggotaan partai politik selama satu generasi maka dapat diminimalkan keterkaitannya baik secara psikologis maupun dari sisi interaksi antar kader di dalam partai politik tersebut.

Jika mengacu pada periode kepemimpinan partai politik atau masa jabatan anggota DPR, 10 tahun berarti dua periode kepemimpinan atau masa jabatan. Maka 10 tahun cukuplah untuk memutus keterkaitan calon hakim Mahkamah Konstitusi dengan latar belakang politik, jaringan politik dengan partainya, dan hal-hal lain yang dapat mengganggu independensi, imparcialitas, dan kinerjanya sebagai negarawan dalam tugas-tugas kehakiman di Mahkamah Konstitusi.

B. Kewenangan Mahkamah Konstitusi

Sebagaimana dikemukakan pada Bab II, bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai fungsi untuk mengawal (*to guard*) konstitusi agar dilaksanakan dan dihormati baik penyelenggara kekuasaan negara maupun warga negara. Mahkamah Konstitusi juga sebagai penafsir akhir konstitusi.

Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 menggariskan bahwa Mahkamah Konstitusi empat wewenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang bersifat final dan mengikat atas perkara-perkara berikut:

1. Menguji undang-undang terhadap Undang Undang Dasar
2. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar
3. Memutus pembubaran partai politik
4. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Kemudian ayat (2) dalam Pasal 24C UUD 1945 menegaskan satu kewajiban untuk Mahkamah Konstitusi. Di samping empat kewenangan tersebut, Mahkamah Konstitusi wajib memberi putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang Undang Dasar. Kewajiban ini diatur lebih lanjut dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, dan disebut sebagai “kewenangan” kelima dari Mahkamah Konstitusi.

Empat kewenangan dan satu kewajiban tersebut merupakan yurisdiksi substantif Mahkamah Konstitusi yang diberikan secara langsung oleh konstitusi negara (*constitutionally entrusted power*). Kemudian kewenangan dan kewajiban yang diberikan secara langsung oleh konstitusi negara tersebut, diatur lebih lanjut secara khusus dalam Pasal 10 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, yang kemudian diubah lagi dengan Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011. Dalam UU Mahkamah Konstitusi, empat kewenangan dan satu kewajiban tersebut disebut sebagai

“kewenangan”, sehingga dengan demikian Mahkamah Konstitusi memiliki lima kewenangan.

Pada perkembangan selanjutnya, kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadili perselisihan hasil Pemilihan Umum, diperluas ke perselisihan hasil Pemilihan Kepala Daerah. Bermula dari permohonan Pengujian UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dalam perkara No. 072/PUU-II/2004 yang diajukan oleh Cetro, Jamppi, JPPR, Yappika, dan ICW, serta perkara No. 073/PUU-II/2004 yang dimohonkan oleh Muhamad Taufik, dan kawan-kawan.

Sebagai pengawal konstitusi, Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan mutlak atas pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar. Kewenangan ini merupakan kewenangan pokok peradilan-peradilan konstitusional di berbagai negara. Kewenangan tersebut merupakan ruh dari eksistensi Mahkamah Konstitusi. Untuk kewenangan kedua Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga yudisial yang paling tepat, mengingat kewenangan yang dimaksud dalam kewenangan ini adalah kewenangan-kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar. Dalam perspektif kelembagaan negara, Mahkamah Konstitusi merupakan satu-satunya lembaga negara yang diberikan kewenangan untuk melakukan interpretasi norma konstitusional, termasuk yang berkenaan dengan lembaga-lembaga negara.

Demikian halnya dengan pembubaran partai politik dan dugaan pelanggaran atas konstitusi, Mahkamah Konstitusi juga merupakan lembaga yang paling tepat untuk mengemban mandat konstitusional tersebut. Sementara kewenangan untuk memutus perselisihan hasil pemilihan umum, idealnya dikembalikan kepada situasi orisinal kewenangan ini bahwa perselisihan hasil pemilihan umum yang dimaksud adalah sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 22E Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, terutama Ayat (2) yang menegaskan bahwa pemilihan umum diselenggarakan untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Presiden dan Wakil Presiden dan Dewan

Perwakilan Rakyat Daerah. Dengan demikian, yang dimaksud dengan pemilihan umum adalah kompetisi politik lima tahunan di tingkat nasional.

Dengan mempertimbangkan dua hal objektif pada kelembagaan Mahkamah Konstitusi sendiri:

- 1) merosotnya kualitas putusan Mahkamah Konstitusi, sebagaimana juga disinyalir oleh beberapa pakar hukum tata negara yang menjadi narasumber *indepth interview* penelitian ini,⁹ di mana pertimbangan dan interpretasi atas norma yang dilakukan oleh hakim Mahkamah Konstitusi di periode kedua (setelah perluasan kewenangan menangani sengketa Pilkada).
- 2) banyaknya perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum berupa sengketa hasil Pilkada, di mana 90% Pilkada di Indonesia berujung sengketa di Mahkamah Konstitusi,¹⁰

Maka, sudah selayaknya kewenangan mengadili PHPU cukup berkaitan dengan Pemilu di tingkat nasional. Sehingga para hakim Mahkamah Konstitusi dapat bekerja optimal dalam mengemban mandat langsung dari konstitusi negara (*constitutionally entrusted Power*) dan kewenangan pokok mengawal konstitusionalitas negara tidak terbengkalai.

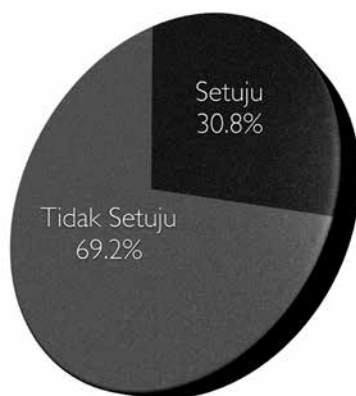
Jika kewenangan mengadili sengketa Pilkada diamputasi dari Mahkamah Konstitusi, akan dikemanakan kewenangan mengadili sengketa Pilkada? Dengan mempertimbangkan *load* perkara dan dengan tetap mempertimbangkan kompetensi absolutnya, maka kewenangan mengadili sengketa Pilkada idealnya diserahkan kepada Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara. *Load* perkara di PTTUN relatif sedikit dibandingkan Pengadilan Tinggi. Apalagi selama ini, PTUN dan PTUN juga kerap mengadili perkara yang berkaitan dengan Pilkada sepanjang yang menyangkut aspek administratif, seperti dibatalkannya pencalonan seorang kandidat karena KPUD menilai tidak terpenuhinya syarat tertentu.

Di samping itu, dengan kewenangan mengadili sengketa Pilkada

di PTTUN masih dimungkinkan koreksi atas putusan PTTUN yang dipandang tidak adil atau dari sisi penerapan hukum keliru melalui kasasi ke MA. Dengan demikian, dalam konteks membangun sistem Pilkada, mekanisme yudisial Pilkada akan lebih berimbang. Dari sisi penyelenggara, keputusan KPUD mengenai penyelenggaraan Pilkada masih mungkin dikoreksi melalui Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) dan KPU Pusat, demikian pula dengan putusan sengketa hasil Pilkada, masih bisa dikoreksi melalui kasasi ke MA sehingga keadilan substantif akan lebih terjamin.

Ahli Tata Negara yang menjadi responden survei berpendapat agar perkara PHPUD tidak lagi menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi. Dalam hal kaitannya dengan Pemilu, Mahkamah Konstitusi cukup memutus perselisihan hasil pemilihan umum dan pemilihan presiden 5 tahun sekali. Namun demikian, sebagian besar responden (69,2%) tidak setuju jika kewenangan memutus PHPUD dikembalikan ke Mahkamah Agung. Sementara (30,8%) lainnya menyatakan persetujuannya jika kewenangan tersebut dikembalikan ke Mahkamah Agung. Lihat **Grafik 3.1**.

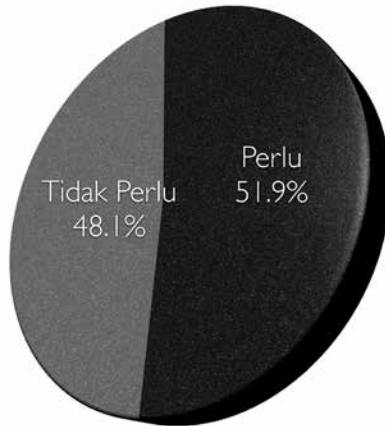
Grafik 3.1
Perkara PHPUD Dikembalikan ke Mahkamah Agung



Dari 69,2% responden yang menyatakan tidak setuju dengan

pengembalian kewenangan PHPUD ke Mahkamah Agung, 51,9% menganggap perlu adanya lembaga peradilan khusus yang menangani Pemilu, dan sisanya 48,1% menyatakan tidak perlu. Lihat **Grafik 3.2.**

Grafik 3.2.
Perlu atau Tidak Perlu Lembaga Peradilan Khusus Pemilu



Kalau dikembalikan kepada *raison d'être*-nya, keberadaan peradilan konstitusional dalam negara hukum modern adalah dimaksudkan untuk menjaga konstitusionalitas penyelenggaraan negara dan demokrasi di negara itu. Dalam khazanah perbandingan konstitusi-konstitusi modern dinyatakan bahwa fungsi utama pengadilan konstitusional adalah melakukan *constitutional review*, dengan dua tugas utama; *pertama*, menjaga berfungsinya proses-proses demokrasi dalam hubungan saling mempengaruhi antara lembaga legislatif, eksekutif, dan yudikatif. *Kedua*, melindungi hak-hak atau kehidupan pribadi warga negara dari pelanggaran yang dilakukan oleh salah satu cabang kekuasaan negara. Dengan demikian, ide dasar pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai upaya untuk menegakkan prinsip-prinsip negara hukum dan memberi perlindungan maksimal terhadap demokrasi dan hak-hak dasar warga negara.¹¹

Hal senada disampaikan oleh Susi Dwi Harianti, yang mengatakan bahwa kewenangan pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi itu terletak pada hakimnya, bukan pada badan. Sehingga menurutnya tidak perlu ada dikotomi untuk membuat pengadilan tersendiri.

Sebetulnya beberapa ahli berpendapat, kewenangan melakukan pengujian itu inheren bukan pada badan, tapi kepada hakim. Jadi tidak perlu juga menjadi dikotomikan perlu pengadilan tersendiri atau terintegrasi. Ini perdebatan teori seperti itu. Oleh karena itu, ketika sebelum dilakukan perubahan, pemikiran-pemikirannya adalah apakah memberikan kewenangan itu kepada Mahkamah Agung dengan membentuk kamar ketatanegaraan ataukah peradilan yang berdiri sendiri. Kemudian beberapa ahli berpandangan, jangan diberikan kepada Mahkamah Agung karena *dead lock case*-nya sudah begitu banyak. Bagaimana dia akan menangani perkara-perkara ketatanegaraan.¹²

Berkaitan dengan kewenangan pokok Mahkamah Konstitusi, perluasan kewenangan idealnya diarahkan justru pada kewenangan mengadili perkara *constitutional complaint* (pengaduan konstitusional). Di banyak negara hukum dan demokrasi konstitusional, *constitutional complaint* merupakan kewenangan inheren dari Mahkamah Konstitusi. Sebagaimana yang disampaikan oleh Adnan Buyung Nasution:

MK ini ada satu kekurangan yang fatal. Yaitu memperkokoh makna kehidupan konstitusional kita. Kalau setiap warga negara mempunyai hak konstitusional, hak untuk hidup, hak untuk mendapatkan pekerjaan, hak untuk berumah tangga, semua hak-hak asasi manusia yang konstitusional. Itu hak tidak terlindungi, hanya tertera/tertulis di atas kertas. Bagaimana mengimplementasikan hak-hak itu kalau tidak ada instrumennya? Nah, di sinilah perlunya hak konstitusional itu bisa dimunculkan dalam *constitutional complaint*, gugatan konstitusional kepada

MK untuk hak-hak konstitusional orang-orang yang dirugikan. Misalnya begini ambil contoh, saya dicekal paspor saya. Itu kebijakan pemerintah, tapi melanggar hak konstitusi saya sebagai warga negara. Dan UUD mengatur, tiap-tiap orang, warga negara berhak keluar dan masuk negaranya. Nah, sekarang dicekal. Karena saya pernah mengalami. Makanya saya *ngomong*. Jadi saya bukan saya pernah dicekal keluar, tapi dicekal ke dalam juga pernah. Saya mau *ngadu* ke mana, tidak ada. sampai sekarang saya kira sama saja. Itu saya kira hal-hal yang berkaitan dengan *constitutional complaint*.¹³

Perlindungan terhadap hak-hak dasar ini menjadi penting digarisbawahi dalam setiap negara hukum yang menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi di negara yang bersangkutan, sebab begitu hak-hak dasar itu dimasukkan ke dalam konstitusi, maka ia mengikat seluruh cabang kekuasaan negara. Di samping itu, dari perspektif sejarah kelahiran pemikiran tentang konstitusi itu secara esensial tidak lain merupakan sejarah pernyataan hak-hak, sehingga hak-hak konstitusional itu sesungguhnya bukan sekadar berhubungan dengan konstitusi melainkan merupakan bagian dari (*incorporated in*) konstitusi.¹⁴ Dengan spirit itu, *constitutional complaint* hendaknya dieksplisitkan ke dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Constitutional complaint merupakan mekanisme untuk memulihkan hak-hak konstitusional warga negara yang dilanggar oleh penyelenggara negara. Di Jerman, *constitutional complaint* biasanya berhubungan dengan tindakan apapun oleh otoritas publik yang melanggar hak dasar: hukum, arahan dari lembaga administrasi, atau putusan pengadilan. Namun, persyaratan untuk mengajukan pengaduan tersebut kepada Mahkamah Konstitusi Federal adalah bahwa ketika tidak ada cara lain untuk menuntut atas pelanggaran hak dasar tersebut. Jadi, penggugat sebelumnya sudah harus menempuh semua proses gugatan dalam lingkup peradilan yang relevan, misalnya perdata, pidana atau administratif sebelum menempuh jalan gugatan melalui Mahkamah Konstitusi Federal.¹⁵

Dalam perkembangan negara hukum dan demokrasi modern, *constitutional complaint* telah dilekatkan dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi. Hasil penelitian yang dilakukan oleh Genhard Dannemann dalam buku berjudul “*Constitutional Complaints: The European Perspective*” menyimpulkan bahwa kewenangan *constitutional complaint* yang sebelumnya hanya dimiliki oleh beberapa negara Eropa, kini sudah berkembang pesat dan telah diadopsi hampir di seluruh negara-negara Eropa Tengah dan Timur. Salah satu Mahkamah Konstitusi yang pertama kali menerapkan dan mengembangkan kewenangan *constitutional complaint* adalah Mahkamah Konstitusi Federal Jerman (*Bundesverfassungsgerichts*). Kewenangan *constitutional complaint* tersebut, menurut Jutta Limbach, merupakan kewenangan terpenting yang kini dimiliki oleh *Bundesverfassungsgerichts*, di mana hingga saat ini lebih dari 146.539 permohonan telah diperiksa oleh *Bundesverfassungsgerichts* dan 141.023 diantaranya adalah permohonan mengenai *constitutional complaint*.¹⁶

Menurut Jan Klucka (1997)¹⁷, *constitutional complaint* memiliki beberapa ciri, antara lain:

- 1) Pengaduan konstitusional menyediakan remedi yudisial terhadap pelanggaran atas hak-hak konstitusional;
- 2) Pengaduan konstitusional hanya mengadili perkara yang berkenaan dengan konstitusionalitas sebuah tindakan penyelenggara negara yang dikomplain tersebut dan tidak dengan isu-isu hukum lainnya yang berhubungan dengan perkara yang sama;
- 3) Pengaduan konstitusional dapat diajukan oleh perorangan yang mendapat dampak atau akibat dari sebuah tindakan penyelenggara negara yang dikomplain;
- 4) Pengadilan yang memutuskan pengaduan konstitusional memiliki kewenangan untuk membatalkan tindakan yang dianggap tidak konstitusional. Pembatalan tersebut sangat diperlukan untuk hakim konstitusi dan harus dibaca sebagai konsekuensi dari kekuatan mahkamah konstitusi untuk

menafsirkan konstitusi sebagai teks hukum dasar masing-masing negara dan untuk memastikan pelanggaran.

Melihat pentingnya *constitutional complaint* sebagai upaya optimalisasi pemenuhan jaminan hak-hak konstitusional warga negara, maka Mahkamah Konstitusi hendaknya memiliki kewenangan *constitutional complaint*. *Constitutional complaint* merupakan saluran untuk memastikan bahwa hak-hak dasar yang *incorporated* dalam konstitusi tidak saja memandu tindakan dan intensi pembentuk UU melalui *judicial review*, namun juga mengerangki tindakan dan putusan pelaksana UU (eksekutif) dalam bentuk kebijakan dan perilaku para aparat atau penyelenggara pemerintahan. Dengan demikian, seluruh cabang kekuasaan negara diukur gerak-gerik dan tindakannya dengan konstitusi serta jaminan perlindungan hak dasar warga di dalamnya.¹⁸

Namun demikian, kemungkinan untuk memasukkan *constitutional complaint* sebagai salah satu kewenangan MK harus dilakukan pemahaman yang benar terhadap makna dari *constitutional complaint* itu sendiri. Sebagaimana yang disampaikan oleh Jimly, banyak yang tidak memahami makna *constitutional complaint*. Selain itu, juga perlu adanya perubahan UUD jika ingin memasukkan *constitutional complaint* ke dalam kewenangan MK.

Ya, tapi mau mengubah UUD tidak gampang. Kontroversial. Lagi pula apa yang kita pahami sebagai *constitutional complaint*. Itu kan kompleks. Ada *constitutional complaint*, ada *constitutional individual complaint*. Sebenarnya *constitutional complaint* itu kan konsep yang luas. Ada *constitutional question*, ada *constitutional challenge*. Itu kan masing-masing.¹⁹

Lebih lanjut Jimly menjelaskan:

Orang itu tidak lengkap memahaminya sehingga tidak menyadari itu sudah ada *constitutional complaint* itu. Cuma yang tidak ada di MK itu *individual complaint* untuk *concret case*. Tapi itu kewenangannya sudah ada? Ada. itu pengadilan

HAM. Itu kan *constitutional complaint*, cuma melalui mekanisme pengadilan ke Mahkamah Agung. Kalau yang *constitutional complaint* yang arahnya itu mempersoalkan kebijakan publik dalam bentuk undang-undang, ya *judicial review*. Sebab itu bisa diajukan siapa saja. Seorang warga negara bisa mengadakan *individual complaint against law*. Itu *constitutional complaint* juga. Jadi setiap warga negara, bisa datang sendiri-sendiri datang ke MK, orang itu anggaran pendidikan 20% kan diajukan seorang guru. Jadi sebenarnya sudah. Yang belum itu adalah *concret case*, kasus konkret. Nah, di dalam sistem kita ini diajukan ke Mahkamah Agung, melalui pengadilan-pengadilan seperti pengadilan HAM. Sekarang diskusinya harus lebih lengkap. Apa betul mau kita alihkan ke MK, lalu gimana prosedurnya? Aspek apanya? Kedua, apa harus melalui perubahan konstitusi? Ketiga, atau cukup dengan undang-undang? Keempat, atau cukup dengan praktik? Konstitusi kan bisa berubah melalui praktik. *Constitutional interpretation, constitutional practices, constitutional convention*. Bisa. jadi kalau mau sebenarnya berijtihad saja.²⁰

Upaya penguatan Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan perannya sebagai pengawal dan penafsir Konstitusi, tampaknya mendapat perhatian kuat dari para ahli tata negara yang menjadi responden survei ini. Aspirasi tentang perlunya Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan *constitutional complaint* (CC) memperoleh dukungan sebagian besar responden (89,7%). Sedangkan sisanya (10,3%) menyatakan tidak setuju. Lihat **Grafik 3.3**.

Urgensi kewenangan mengadili perkara CC ini memang telah menjadi wacana dalam 5 tahun terakhir ini, oleh karena banyaknya pelanggaran hak konstitusional warga negara yang tidak bisa diperkarakan. Sementara yang berpendapat tidak setuju dengan kewenangan CC ini, bisa jadi berasumsi bahwa sesungguhnya kewenangan CC secara implisit telah dijalankan oleh Mahkamah Konstitusi. Beberapa guru besar Hukum Tata Negara, menganggap apa yang diperankan Mahkamah Konstitusi selama ini secara

implisit telah mengadili perkara-perkara pelanggaran konstitusional. Ketidaksetujuan ini juga bisa disebabkan karena pilihan para ahli untuk mempertahankan keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai *court of law* yang mengadili sistem keadilan bukan *court of justice*, sebagaimana diperankan oleh Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan di bawahnya.

Grafik 3.3.
Persetujuan MK RI Diberi Kewenangan Menangani
Perkara *Constitutional Complaint*



Sementara, untuk mengatasi *gap* dan kekosongan mekanisme penanganan pelanggaran konstitusional dalam produk-produk peraturan perundang-undangan di bawah UU, para ahli juga mendorong agar kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan diintegrasikan ke Mahkamah Konstitusi. Sebagaimana diketahui, banyak peraturan daerah yang diskriminatif dan bertentangan bukan hanya dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, tetapi juga bertentangan dengan Konstitusi RI. Sampai tanggal 18 Agustus 2013, Komnas Perempuan mencatat 342 kebijakan diskriminatif di mana seluruh kebijakan ini bertentangan dengan Konstitusi dan berbagai produk hukum nasional di atasnya. Seperti Perda Kota Tangerang No. 8 Tahun 2005 tentang Larangan

Pelacuran, peraturan-peraturan yang membatasi kelompok agama tertentu, dll.

Peraturan perundang-undangan tersebut tidak cukup hanya diuji aspek legalitasnya saja (oleh Mahkamah Agung) tetapi juga menuntut pengujian aspek konstusionalitasnya, karena diduga mengandung cacat konstusional. Tetapi karena Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan menguji konstusionalitas, sedangkan Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan menguji aspek konstusionalitas tetapi tidak bisa menguji peraturan perundang-undangan kecuali menguji UU, maka terjadi kekosongan mekanisme. Sebagian besar ahli (82,1%) menyatakan setuju pengujian peraturan perundang-undangan diintegrasikan ke Mahkamah Konstitusi. Hanya saja gagasan ini terbentur dengan ketentuan yang diatur pada Pasal 24 A dan 24C yang mengatur perihal pembagian kewenangan antara Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi dalam menguji peraturan perundang-undangan. Sedangkan (17,9%) menyatakan ketidaksetujuannya. Integrasi pengujian ini hanya bisa terjadi jika terjadi Amandemen UUD Negara RI 1945. Lihat **Grafik 3.4**.

Grafik 3.4.

Persetujuan terhadap Integrasi Pengujian Peraturan Perundang-undangan ke Mahkamah Konstitusi



Terdapat beberapa pendapat yang diperoleh dari hasil wawancara dengan beberapa ahli hukum tata negara, perihal integrasi kewenangan. Menurut Jimly, integrasi pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang sebelumnya berada di Mahkamah Agung untuk kemudian dijadikan wewenang Mahkamah Konstitusi, hanya memerlukan kepandaian dari pihak pemohon dalam mengajukannya. Untuk lebih lengkapnya, berikut kutipan wawancaranya:

Misal, anda mau mempersoalkan Perda. Resminya itu kewenangan Mahkamah Agung. Itu namanya *review on the legality of regulation*, review mengenai legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. *Review*-nya itu bukan *review* konstitusionalitas, tapi legalitas. Sebab basis yang dipegang oleh Mahkamah Agung dalam menilai, itu undang-undang. Jadi orientasinya bentuk hukumnya di bawah atau tidak. Kalau di bawah, bawa ke MA! Tapi batu ujinya undang-undang. Sedangkan ke MK, batu ujinya Undang-Undang Dasar, tapi obyek yang diuji undang-undang. Pertanyaan, kalau Perda bisa tidak dibawa ke MK? Kalau kita mau menilai konstitusionalitas sebuah Perda. Kalau di Mahkamah Agung tidak bisa melihat konstitusionalitas.²¹

Lebih lanjut Jimly menunjukkan bagaimana jika harus mengajukan aspek legalitas sebuah peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang untuk diuji di MK.

Hanya legalitas. Tapi bolehkah kita menilai konstitusionalitas sebuah Perda. Kan sudah saya terangkan di banyak buku saya. Ini kan wilayah praktik, *why not?* Tapi ada syaratnya *exhausted* dulu mekanisme konstitusionalitas yang tersedia. Perda itu harus dibawa dulu ke MA. Seandainya MA menilai, misalnya Undang-undang HAM atau UU Pemda, diuji itu Perda, ternyata kesimpulan MA tidak melanggar UU. Nah, putusan yang menetapkan bahwa Perda A tidak bertentangan dengan UU A dan B, menurut MA, sedangkan si pemohonan

berkeyakinan bahwa Perda ini bertentangan dengan konstitusi, itu menyisakan masalah. Maka anda bisa bawa. Ini kan soal teknis menafsir. Anda bisa bawa dua undang-undang yang dijadikan batu uji oleh MA dengan putusan MA sebagai alat bukti plus Perda itu sebagai alat bukti. Jadi empat dokumen, *you* uji 2 undang-undang.

Pak MK, saya mau menguji undang-undang ini. Menurut saya undang-undang ini bertentangan dengan pasal UUD karena bunyi pasal ini ternyata telah ditafsirkan oleh MA membenarkan bunyi pasal Perda seperti ini. Padahal Perda ini kalau dibandingkan dengan konstitusi, jelas bertentangan. Maka kalau begitu, undang-undang ini yang bertentangan dengan UUD. Maka tiba-tiba Perda itu bisa dibatalkan oleh MK. Jadi MK menyatakan pasal sekian ini bertentangan dengan konstitusi sepanjang ditafsirkan begini begini, sehingga membenarkan Perda ini. Perda ini jelas inkonstitusional...

Saya membawa undang-undang kok, saya tidak menguji Perda, saya menguji undang-undang sesuai ketentuan konstitusi dan undang-undang. Tapi Perda ini saya jadikan alat bukti, maka tiba-tiba MK bisa membatalkan Perda itu. Itu jadi inovasi ke depan. Dan itu bisa lama-lama, sekali dua kali, sekalian saja Perdanya dibawa. Itu nanti dalam praktik, tumbuh. Jadi tidak usah mengubah konstitusi. Itu *enlightment*/ pencerahan yang harus dibangun dalam kesadaran para hakim.²²

Susi Dwi Harianti, pakar hukum tata negara dari Universitas Padjajaran menyatakan bahwa integrasi kewenangan pengujian lebih baik di peradilan ketatanegaraan, bukan Mahkamah Konstitusi. Lebih lengkapnya ia menyatakan:

Kami yang dari hukum tata negara Unpad, kita mengatakan bukan Mahkamah Konstitusi. Kita lebih setuju pada peradilan ketatanegaraan. Jadi peradilan ketatanegaraan itu pada konsepnya dia akan mengintegrasikan semua

pengujian di dalam pengadilan ketatanegaraan itu. Ternyata di dalam, kalau saya baca naskah komprehensif, pendirian Mahkamah Konstitusi, yang di situ dikatakan dia mengambil contoh dari Jerman, kemudian mengambil contoh dari Korea Selatan, tetapi tidak disertai argumentasi, kenapa mengambil model Jerman, kenapa mengambil model Korea Selatan? Model Korea Selatan itu dikatakan sebagai model *before case system*. Jadi badan peradilannya ada dua. Ini kalau saya tidak salah ingat, di Korea Selatan, ketika berlaku republik ke empat, sebelum konstitusi yang sekarang, untuk pengujian peraturan perundang-undangan itu difilter terlebih dahulu oleh Mahkamah Agungnya. Kemudian ketika Mahkamah Agung oke, baru dia akan *deliver* itu ke Mahkamah Konstitusi. Jadi ada pengadilan yang dia filter dulu.²³

Hal yang sedikit berbeda disampaikan oleh Bagir Manan. Menurutnya integrasi pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang menjadi kewenangan MK bisa saja dilakukan, selama peraturan perundang-undangan tersebut bertentangan dengan hak asasi manusia.

Jadi misalnya peraturan daerah. Kalau dia hanya sekedar menyangkut manajemen, tapi kalau betul-betul hak-hak asasi orang, baru kita persoalkan. Itu juga akan membatasi orang untuk mudah berperkara. Kalau itu hak pribadi, itu diperkarakan. Dan kita buat mekanismenya, kalau ada suatu peraturan daerah yang betul-betul merugikan, kita pakai mekanisme politik. Misalnya petisi, minta agar itu ditinjau kembali oleh DPRD. Gunakanlah hak petisi. Dengan demikian mendidik orang untuk menggunakan politik itu, tidak hanya waktu Pemilu saja. Itu pun karena kaos 50 ribu.²⁴

Perihal integrasi kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan ini, Bagir Manan berpendapat bahwa ilmu seharusnya menyederhanakan permasalahan. Demikian juga dengan ilmu hukum, membuat sesuatu yang sebelumnya rumit menjadi mudah.

Sebagaimana penjelasannya:

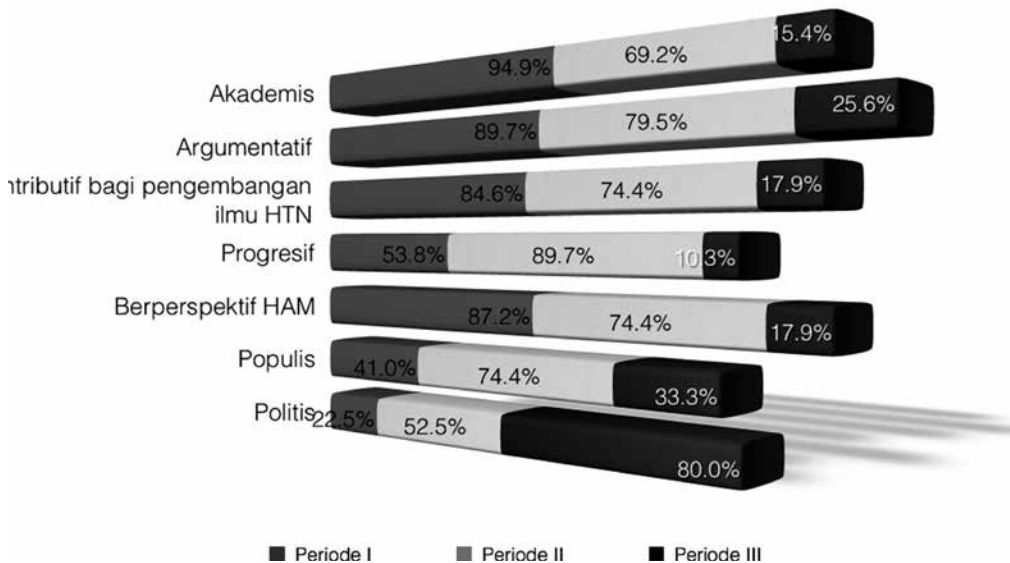
Salah satu fungsi ilmu kan menyederhanakan hal yang kompleks. Dengan diintegrasikan ini menjadi lebih sederhana. Artinya kontrolnya lebih sederhana, bisa dibangun sistem yang bulat. Sebab begini, orang Mahkamah Agung mengatakan, “kita tidak punya keharusan untuk memperhatikan apa maunya Mahkamah Konstitusi. Apalagi kita punya keyakinan cara menafsirkannya kita tidak setuju”. Kan begitu. Tapi kalau satu tangan, barangkali akan ada kebulatan penafsiran, kebulatan pengertian dan sebagainya. Jadi ilmu itu untuk begitu, membangun intergrasi, menyederhanakan yang kompleks. Konsekuensinya mereka akan bekerja setengah mati.²⁵

C. Kinerja Hakim Mahkamah Konstitusi

Pada bagian ini akan diulas kinerja kelembagaan Mahkamah Konstitusi secara umum, terkait produk putusan yang dihasilkan. Kajian atas putusan, sebagai instrumen menguji kualitas putusan Mahkamah Konstitusi akan dilakukan pada bab-bab selanjutnya, sesuai dengan rumpun hak yang menjadi fokus riset ini.

Sejak dibentuk pada Agustus 2003, Mahkamah Konstitusi telah mengalami pergantian kepemimpinan tiga kali. Periode I dipimpin oleh Jimly Asshiddiqie, Periode II dipimpin oleh Mahfud MD., dan Periode III dipimpin oleh M. Akil Mochtar. Tiga pimpinan Mahkamah Konstitusi telah membawa warna yang beragam pada institusi negara termuda ini. Jimly Asshiddiqie dianggap sebagai peletak dasar-dasar kelembagaan MK banyak dipersepsi oleh responden mampu melahirkan putusan yang berkualitas akademik (94,9) dan berkontribusi pada pemajuan Ilmu Hukum Tata Negara (84,6%). Sedangkan Mahfudh MD, lebih dipersepsi sebagai progresif (89,7%) melalui putusan-putusannya. Sementara Akil Muchtar dipersepsi sebagai politis (80%) dalam setiap putusannya.

Grafik 3.5.
Kualitas Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Tiga Periode



Berdasarkan Pasal 24C UUD Negara RI 1945, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Termasuk dalam rezim pemilihan umum adalah memutus perselisihan hasil pemilihan umum daerah (PHPUD).

Terhadap pernyataan bahwa Mahkamah Konstitusi telah menjalankan kewenangan melakukan pengujian UU dengan baik, (79,5%) para ahli menyatakan persetujuannya. Sedangkan (20,5%) menyatakan tidak setuju. Pendapat ini paralel dengan apresiasi yang cukup baik terhadap Mahkamah Konstitusi dalam hal kinerja pengujian UU. Lihat **Grafik 3.6**.

Grafik 3.6.
Kewenangan Pengujian UU oleh Mahkamah Konstitusi
telah dijalankan dengan baik



Sebaliknya, kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memutus perselisihan hasil pemilihan umum (kepala) daerah justru dianggap telah merendahkan martabat Mahkamah Konstitusi. Sebanyak (79,5%) responden menyatakan persetujuannya bahwa kewenangan memutus PHPUD, yang sebelumnya menjadi kewenangan Mahkamah Agung kemudian diserahkan ke Mahkamah Konstitusi, telah merendahkan kualitas kerja Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan kewenangan utamanya, menguji konstitusionalitas UU. Sedangkan 20,5% responden lainnya menyatakan tidak setuju. Lihat **Grafik 3.7**.

Sebagaimana diketahui, hingga 2012, Mahkamah Konstitusi menangani 497 perkara PHPUD yang telah memaksa manajemen MK menggelar sidang secara panel dan tiga kali shif dalam sehari. Persepsi ini paralel dengan penilaian responden terhadap kualitas putusan Mahkamah Konstitusi yang dari periode I, II, dan III mengalami penurunan kualitas.

Grafik 3.7.

Perkara PHPUD telah menurunkan martabat dan kualitas putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian UU



Kinerja Hakim Mahkamah Konstitusi selama ini dapat dinilai paling tidak dalam dua aspek, *pertama*, kinerja akademik-profesionalnya dalam melakukan uji konstiusionalitas dan dalam melakukan penafsiran hukum atas aturan dan norma hukum melalui putusan-putusan Mahkamah Konstitusi, *kedua*, integritasnya secara utuh sebagai hakim Mahkamah Konstitusi.

Dengan ukuran yang pertama tersebut, kinerja hakim Mahkamah Konstitusi dinilai lemah. Arah filosofi dan pembangunan hukum yang dibuat oleh hakim-hakim Mahkamah Konstitusi tidak jelas. Pada periode tertentu terkesan simplisistik, bahkan oleh beberapa pakar tata negara, putusan-putusan Mahkamah Konstitusi (terutama dalam periode kepemimpinan M. Akil Mochtar) dipandang tidak memberikan pembobotan pada perkembangan ilmu hukum tata negara. Selain itu, model penafsiran hukum yang dilakukan oleh hakim Mahkamah Konstitusi melalui putusan-putusannya terkesan inkonsisten dan mengikuti selera hakim, teks perkara, dan konteks publik di balik perkara. Dalam ukuran yang

kedua, integritas hakim konstitusi pada umumnya selama ini hanya dijaga secara internal melalui Majelis Kehormatan Hakim (MKH) yang bersifat *ad hoc*. Idealnya, dibutuhkan pengawasan yang lebih komprehensif terhadap kinerja hakim MK, secara internal maupun eksternal, untuk menjamin profesionalitas dan integritas utuh para hakim MK.

Dalam penilaian Adnan Buyung Nasution, Mahkamah Konstitusi tidak cukup progresif. Bahkan, dalam beberapa keputusannya yang cukup kontroversial, hakim Mahkamah Konstitusi kelihatannya seperti lebih memikirkan bagaimana dapat memperluas kekuasaannya sendiri. Hal itu disebabkan oleh kenyataan bahwa banyak di antara masalah yang ditimbulkan dari atau melalui peninjauan ulang yang menuntut sifat interpretasi berdasarkan kebijaksanaan. Teks konstitusional yang *open-ended* dan penafsirannya pada akhirnya sangat tergantung pada kebijaksanaan.²⁶ Dengan demikian dibutuhkan kenegarawanan dalam diri para hakim konstitusi tersebut, sebagaimana diidealkan konstitusi dan UU Mahkamah Konstitusi.

Namun demikian, dari sisi hak asasi manusia, hampir setiap pengujian undang-undang di MK selalu berhubungan dengan HAM. Menurutny, hal ini tidak terlepas dari alasan para pemohon yang menganggap bahwa HAM dalam konstitusi lebih mudah untuk dijadikan batu uji karena konsepnya yang abstrak. Berikut pendapat Muzakkir:

Dalam perkembangan banyak lahir peningkatan yang signifikan, pengujian materil dalam bentuk hak asasi manusia, ini saya kira proses hukum di Indonesia, hampir setiap pengujian undang-undang MK selalu hubungannya dengan hak asasi manusia. Sangat sedikit sekali yang tidak ada hubungannya dengan HAM, ini sangat menarik pada perkembangan hukum Indonesia. Konsep HAM dalam konstitusi ini lebih mudah untuk dijadikan batu uji, karena konsepnya abstrak yang bisa diinterpretasi sesuai dengan kepentingan pemohon, yang membuat mereka punya peluang untuk masuk sebagai *legal standing* dan berargumen.²⁷

Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi cukup menjelaskan bagaimana kualitas dari diri dan kinerja hakim dalam melaksanakan kewenangannya. Menurut ahli Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta, putusan-putusan Mahkamah Konstitusi pada periode I (era kepemimpinan Jimly Ashhidiqie) lebih berkualitas dibandingkan dengan putusan-putusan periode selanjutnya. Melalui wawancara, Zainal mengatakan:

Masalah kualitas putusan Mahkamah Konstitusi, saya melihat putusan Mahkamah Konstitusi pada masa-masa pertama jauh lebih menarik, paling tidak menurut kacamata saya. Kenapa? Membaca itu *kan* ada teorinya, ada *positioning*, dan ada ajaran hukum yang diperdebatkan. Pertimbangan hukum itu bisa berhalaman-halaman jadi orang membaca mendapatkan kekayaan pengetahuan. Tetapi terakhir-terakhir hampir tidak ada pembacaan yang matang, tidak ada lagi perdebatan, langsung saja tiba-tiba pada putusan hukum, dan para hakim itu juga tidak mau untuk memperdebatkannya. ...Orang-orang harus paham konteks untuk menetapkan sebuah hukum. Misalnya hari ini Mahkamah Konstitusi memandang cara pandang tekstual dan besok MK memandang dengan cara kontekstual. Maka bisa kita persoalkan kemudian mengapa Mahkamah Konstitusi suatu ketika memandang dengan pandangan tekstual dan kontekstual, itu hadir dari cara pandang mereka. Cara pandang itu lebih mudah kita temukan di putusan-putusan awal mereka.²⁸

Pendapat yang sama diberikan oleh pakar Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta. Menurutnya, kinerja hakim Mahkamah Konstitusi lebih bagus pada saat kepemimpinan yang pertama, karena argumentasinya yang bagus. Sebab, di Mahkamah Konstitusi pada periode itu ada staf bayangan yang mem-*backup* kinerja hakim. Jadi, di sana di samping para hakim terdapat staf ahli yang muda-muda dan idelis, seperti Refly Harun, Saldi Isra, Zainal Arifin Mochtar, dan sebagainya. Dengan demikian para hakim didampingi staf ahli yang lumayan bagus, sehingga para

hakim diberi masukan-masukan yang bagus pula. Akan tetapi pada saat kepemimpinan Mahkamah Konstitusi jilid II keberadaan staf ahli ini ditiadakan. Hanya ada tim ahli *ad hoc* yang tidak senantiasa berkantor di Mahkamah Konstitusi.²⁹

Menurutnya Adnan Buyung Nasution, terdapat perbedaan kualitas putusan pada masing-masing periode Mahkamah Konstitusi. Ia menyatakan:

Kalau dalam kinerjanya, memang Abang tidak sependapat dengan perbedaan antara zamannya Jimly dan Mahfud, apalagi sekarang (era M. Akil Mochtar). Perbedaannya Jimly seorang yang mendalami hukum tata negara. Menguasai permasalahan hukum tata negara secara fundamental di dalam Mahkamah Konstitusi. Ilmu harus dijadikan acuan utama. Kedua dia tidak mempunyai sejarah yang tidak bagus untuk menduduki jabatan itu. Sehingga putusan-putusannya banyak dipuji oleh orang lain. Itu Jimly. Begitu ke Mahfud, dengan sikapnya yang terlalu, seperti orang-orang KPK, terlalu mudah bicara, obral, sehingga menggampangkan semua masalah. Akibatnya dia terkesan kurang serius di MK. Dan itu bisa dilihat dari produk-produk putusannya. Dia terlalu simplisistis, terlalu menyederhanakan masalah, dan tidak memberikan arah atau bobot yang fundamental pada perkembangan tata negara kita. Apalagi sekarang zaman Akil ini, Patrialis Akbar, saya lebih khawatir lagi. Karena kedua orang ini bukan negarawan sama sekali. Mereka politisi mutlak. Jadi dengan sikap, pandangan, dan jiwa yang politisi ini, saya khawatir keputusan-keputusan Mahkamah Konstitusi ini tidak lagi berbobot sebagai keputusan yang konstitusional, tetapi keputusan yang berdasarkan kepentingan politik. Bahkan bisa transaksional. Itu jiwanya, tanpa disadari. Sadar atau tidak sadar, bisa transaksional. Dan ini tentu saja merugikan bagi reputasi MK.

Saya kenal dua-duanya, baik Akil maupun Patrialis. Sering debat dengan saya. Dia bawa suara partai. Lho, kamu harus bawa aspirasi sendiri dong! Iya, saya sama-

sama Abang. Saya katakan begitu. Dia punya pendapat berbeda, tapi tidak dengan partai. Kalau Patrialis cari jabatan saja. Dia datang ke saya bolak-balik, cari jabatan saja. Dan dia tidak begitu bagus. Kecelakaan-kecelakaan begini yang bikin kita bingung, dia ini mau apa, mau rusak negara? Seharusnya punya pikiran yang jernih. Tapi dia mengikuti apa yang saya bilang di situ. Dulu waktu saya Wantimpres, dia mau bentuk, saya bilang jangan! Tidak baik. Tapi habis bagaimana lagi bang? Ya, kita bentuk panel lah dari orang-orang yang memiliki integritas tinggi supaya memilih. Presiden ada yang kasih pertimbangan, langsung begitu saja. Dan itu dibentuk oleh saya, berdasarkan SK Presiden. Jadi dari tokoh-tokoh semua: Prof Magnis, Prof Laica, Makarim, Soetandyo, Satjipto, top semua. dan mereka memilih hakim angkatan yang lalu itu. Ada prosedur dan proses dalam seleksi. Yang sekarang asal comot oleh presiden saja. Bagaimana bisa dijamin kualitasnya?³⁰

Dalam melihat kualitas putusan MK, motif adanya kandungan pencitraan dalam putusan yang dibuat tidak bisa dielakkan. Dalam hal ini Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa hal tersebut ada kaitannya dengan suasana masyarakat (baca: pemohon), yang terkadang berada dalam kondisi kemarahan. Dengan Susan tersebut, terkadang hakim konstitusi memutuskan suatu perkara dalam rangka untuk meredakan kemarahan tersebut. Sebagaimana yang diungkapkannya:

Maka, mengapa politik pencitraan itu hidup berkembang? Karena kita baru belajar hidup dalam kompetisi liberal kayak *gini* dan kita harus tampil meyakinkan publik. Karena yang menentukan itu akhirnya konstituten, maka kita tidak berani mengambil keputusan yang membuat orang marah. Kita selalu tampil untuk menarik simpati. Maka keputusan-keputusan kita kan harus simpatik. Simpatik belum tentu benar, simpatik itu kadang-kadang harus melayani kebutuhan tuntutan orang yang

lagi marah. Orang lagi marah itu kan orang yang lagi emosional, tapi kalau emosi orang sesaat itu dianggap, dijadikan sebagai sumber referensi dalam mengambil keputusan, kan bahaya. Gitu lho! Tetapi itu terjadi dalam sistem politik yang luas. Jadi, MK harus bekerja di lingkungan kayak begitu. Semua politikus kan *ngetop* semua.³¹

Namun demikian, membandingkan kualitas putusan antar periode, oleh Jimly dinilai kurang tepat. Ia menyatakan bahwa waktu 10 tahun terlalu singkat untuk melakukan perbandingan antar-periode. Sebagaimana yang diutarakan oleh Jimly:

Tapi tidak boleh juga langsung membuat kesimpulan. Ini kan terlalu pendek, baru 10 tahun. Kalau mahasiswa saya sudah mau meneliti dari putusan, saya belum mau. Belum mau dalam arti, belum tepat untuk menggambarkan keseluruhan fenomena. Karena baru 10 tahun. Kalau misalnya sudah 25 tahun, baru kita lihat konjungturnya (naik-turunnya) itu sehingga kita bisa merumuskan teori dari pengalaman praktik itu. Tapi kalau baru 2 periode, belum bisa menemukan prognosis ilmiah. Kan baru data mentah. Jadi belum bisa kita membuat kesimpulan final, masih bergerak. Saran saya, jangan terlalu cepat membuat kesimpulan. Lagi pula ada hal yang lain. Setiap waktu, zaman, ada tantangannya sendiri-sendiri. Dan kita tetap harus memberi ruang kepercayaan kepada generasi penerus itu. Termasuk yang sekarang. Muda-muda, ada latar belakang politik, tapi kan tidak bisa kita vonis pasti ini lebih jelek. Tidak boleh begitu. Sebab kalau dari segi kualitas, sudah pada doktor semua. secara formal, orang-orang yang mumpuni. Ada mantan menteri, mantan anggota DPR, dan belum tentu orang-orang mantan itu langsung lengket bekas-bekas politiknya. Kita tidak bisa pukul rata juga. Jadi masih memerlukan waktu untuk menilainya. Termasuk misalnya mengenai substansi putusan, jangan dulu segera diambil kesimpulan. Misalnya

ini makin menurun. Karena jumlah perkaranya juga belum banyak.³²

Menurunnya kualitas putusan yang disinyalir oleh beberapa narasumber yang berhasil diwawancarai oleh SETARA Institute, menurut Jimly hal tersebut bisa diatasi dengan menuntut para hakim untuk tetap mempertahankan kualitas putusan. Hal ini bisa dilakukan dengan cara para hakim tetap membuat pertimbangan hukum. Lebih lengkapnya Jimly mengatakan:

Perkaranya itu makin banyak, terus pola manajemennya itu yang harus dicek. Memang ada soal, makin banyak perkara, asal manajemennya tepat, tidak perlu menurunkan kualitas. Ini kan soal bagaimana mengelola. Tetapi tidak bisa kalau memang objektif, ketika jumlah perkaranya tidak banyak dan para hakimnya sendirinya yang menulis. Di zaman saya, saya larang, karena undang-undang mengatakan setiap hakim wajib membuat pendapat hukum. Kita tulis. Saya wajibkan. Bahkan saya buat anggaran, program khusus setiap hakim harus menulis buku setiap tahun. Kita kasih anggaran. Maka tiba-tiba di akhir masa jabatan tak satu pun hakim tidak punya buku. ... Karena menurut saya, kerja hakim adalah kerja intelektual, kerja ilmu pengetahuan. Maka kerja saya itu tiap minggu saya terbitkan kumpulan artikel dari internet, dijilid pustaka konstitusi. Yang pidana mati tebalnya *segini*. Anda baca. Perdebatan mengenai pidana mati, seluruh dunia sudah ada. Jadi kita tidak perlu lagi, referensinya sudah lengkap. Jadi kerjanya kerja intelektual, kita berdebat, dan masing-masing punya pendapat. Dan putusan *drafting*, ada *drafting judge*, *reporting judge*, hakim yang men-*draft* bukan staf. Tapi kalau makin banyak perkaranya, kan kewalahan nantinya.³³

Berbagai pandangan para pakar hukum Tata Negara yang diwawancarai, paralel dengan penilaian yang dihimpun melalui survei terhadap 200 Ahli Tata Negara. Seperti dikemukakan pada bagian latar belakang, terdapat 281 putusan Mahkamah Konstitusi

dengan putusan dikabulkan dan ditolak selama 2003-2012. Dari 281 putusan tersebut, SETARA Institute melakukan *grouping* dengan menyusun topik-topik putusan untuk kepentingan menyusun indeks.³⁴ Dari 281 putusan tersebut diperoleh 16 kategori putusan yang kemudian dijadikan variable pengukuran dan pembobotan dalam bentuk indeks dengan menggunakan skala “0” hingga “7”. Skala “0” menunjukkan kontribusi yang lemah, artinya bahwa putusan Mahkamah Konstitusi tidak memberikan kontribusi pada bidang isu yang dijadikan variable. Sedangkan angka “7” menunjukkan kontribusi signifikan, artinya bahwa putusan Mahkamah Konstitusi memberikan kontribusi signifikan pada pemajuan dan perlindungan HAM serta penguatan kelembagaan demokrasi.

Terhadap 16 variabel yang dijadikan sebagai alat ukur, para ahli tata Negara yang menjadi responden survey ini memberikan skor rata-rata pada angka 4,83. Dengan skor ini di mata para ahli tata Negara Mahkamah Konstitusi, dalam hal menjalankan kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang dianggap telah memberikan kontribusi yang cukup signifikan dalam pemajuan dan perlindungan HAM serta penguatan kelembagaan demokrasi. Karena dengan skala 0-7, maka angka 4,83 adalah angka di atas angka moderat (cukup baik). Lihat **Grafik 3.8**.

Ada tiga variabel yang memperoleh skor tertinggi, yaitu variabel penguatan kelembagaan Komisi Pemberantasan Korupsi (5,7), perlindungan hak atas pendidikan (5,6), dan penguatan demokrasi elektoral (5,3). Sedangkan variabel yang memperoleh skor paling rendah adalah dalam hal perlindungan kebebasan beragama/berkeyakinan (3,9) dan perlindungan hak hidup warga Negara (4,0). Penilaian para ahli tata Negara ini paralel dengan kualitas putusan Mahkamah Konstitusi pada rumpun-rumpun variabel di atas.

Grafik 3.8.
 Indeks Putusan pada 16 Variabel Isu
 Kontribusi Putusan MK pada Pemajuan, Perlindungan Hak
 Konstitusional Warga dan Penguatan Kelembagaan Demokrasi



D. Pengawasan Hakim Konstitusi

Profesi hakim adalah profesi yang jauh dari ingar-bingar politik. Seorang hakim seakan-akan *soliter* dalam pekerjaannya, jauh dari keramaian. Dibutuhkan konsentrasi dan kearifan dalam setiap pengambilan keputusan. Demikian halnya dengan hakim Mahkamah Konstitusi, para hakim harusnya menyadari sejak awal mereka dilantik, mereka akan berada dalam kesunyian, jauh dari popularitas dan publisitas. Jika ada hakim MK yang suka dengan keramaian, bahkan haus publikasi, ini menjadi masalah. Seperti yang disinyalir oleh Susi Dwi Harianti, pakar Hukum Tata Negara di Universitas Padjajaran:

Karena kan asas hukum acara itu kan hakim pasif, tidak

boleh aktif. Dan di dalam beberapa tulisan, Prof. Bagir selalu mengatakan bahwa profesi hakim itu adalah profesi diam, profesi sunyi, tidak boleh lagi mengomentari putusan yang sudah diputuskan, karena dia sudah punya forum untuk menjelaskan mengapa dia sampai pada putusan itu.³⁵

Hal inilah yang menjadi kritik Bagir Manan terhadap periode kepemimpinan Mahfud MD. Ia melihat bahwa apa yang dilakukan oleh Mahfud dengan sering tampil di media massa untuk menjelaskan putusan yang diambil dalam suatu perkara, adalah ketidaklaziman. Sebagaimana yang diungkapkannya:

Ada yang ingin saya tambahkan. Paling tidak pada masa periode Mahfud, itu satu hal yang sangat bertentangan dengan budaya peradilan, pertama, dia menjelaskan putusannya sendiri. Itu tidak boleh. Hakim itu dalam bahasanya, jabatannya adalah the *silence corps*. Kalau anda mau tau putusan saya, ya baca saja! Jangan tanya saya lagi. Karena hukum itu di situ, *silent corps*. Kalau orang Belanda mengatakan *stil week in the funci*. Jadi itu satu. Kemudian dia ngundang-ngundang orang berperkara, bagi siapa yang tidak puas silahkan adukan ke Mahkamah Konstitusi! Kok hakim minta orang berperkara? Itu bagaimana sih? Seperti kantor pengacara. Itu tidak boleh hakim banyak ngomong. Apalagi hakim membuat statement-statement di luar pekerjaannya. Statemen politik, itu tidak boleh sama sekali. Pak Mahfud mengatakan, “Ya..saya teoritisi, saya politisi”. Thats right, 100 persen anda benar. Tapi sekarang anda di situ lho. Untuk anda saja ini. Saya mantan aktivis mahasiswa. Saya bekerja di bidang politik lama, banyak dengan teman-teman. Saya tahu, ketika saya berada di tempat ini, no, no! Orang tanya saya misalnya ketika saya menjadi Ketua Mahkamah Agung, “Gimana pendapat Pak Bagir mengenai tindakan presiden atau keputusan presiden?”. “no, no, bukan urusan saya!” Kalau perkaranya di sini, anda tinggal baca. Saya tahu, bagaimana sikap ilmiah saya, tapi tidak boleh. Demi sopan santun,

demi membangun sistemnya, tidak boleh. Ada forumnya, kita kalau mau ngomong dengan presiden, kita ketemu, kita diskusi. Ini tidak, senang sekali kalau sudah melihat pers itu, lihat corong, perekam, bukan main. Tidak bisa menahan diri.³⁶

Salah satu bagian terpenting dalam membangun Mahkamah Konstitusi yang baik dan bersih adalah dengan penyediaan mekanisme pengawasan kepada lembaga tersebut. Lemahnya pengawasan tersebut dapat berakibat pada terlalu kuatnya lembaga sehingga akan menjadi lembaga super yang *untouchable* dan jelas tidak sehat untuk perjalanan negara hukum dan demokrasi konstitusional, atau berakibat pada demoralisasi yang bersifat destruktif akibat tidak berfungsinya mata kontrol atas lembaga dan kinerja hakim.

Secara substantif, Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga pengawal konstitusi, dengan demikian Mahkamah Konstitusi merupakan jantung demokrasi konstitusional. Dengan demikian menjadi sebuah ironi jika Mahkamah Konstitusi dilepaskan dari kontrol intra lembaga dan antar lembaga (*checks and balances*) dalam kerangka negara demokrasi konstitusional. Untuk menjamin tegaknya Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga penjaga konstitusionalitas aturan dan penyelenggaraan negara, diperlukan dua jenis pengawasan yang bersifat melekat, antar lembaga, dan permanen. Melekat dalam artian internal, antar lembaga artinya eksternal, dan permanen maksudnya tidak hanya sekali kasus.³⁷

Pengawasan internal Mahkamah Konstitusi dapat dilakukan melalui Majelis Kehormatan Hakim (Mahkamah Konstitusi) yang dibentuk secara permanen dengan kewenangan pokok sebagai kontrol “sesama hakim”. Kontrol sesama hakim dibutuhkan berkaitan dengan penegakan kode etik dan perilaku hakim yang dibuat dengan peraturan Mahkamah Konstitusi sendiri. Pengawasan terhadap hakim oleh hakim dan mantan hakim konstitusi ini dibentuk secara internal dan *ad hoc* yang didahului dengan adanya dugaan pelanggaran atas kode etik dan perilaku hakim yang ditetapkan dalam internal Mahkamah Konstitusi.³⁸

Sedangkan pengawasan eksternal yang sifatnya permanen dapat dilakukan oleh Komisi Yudisial. Secara substantif-ontologis, keberadaan Komisi Yudisial dimaksudkan untuk menjadi pengawas bagi bekerjanya kekuasaan kehakiman dalam negara hukum Indonesia. Itulah mengapa Komisi Yudisial diletakkan dalam rumpun kekuasaan negara yang sama dengan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu pada Bab IX tentang Kekuasaan Kehakiman.³⁹

Dalam ketentuan Pasal 24B Ayat (1) pada Bab IX tersebut dinyatakan bahwa: “Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.” Pasal tersebut menegaskan dua kewenangan Komisi Yudisial:

- a. Mengusulkan pengangkatan Hakim Agung
- b. Wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim

Pertanyaan yang barangkali muncul, mengapa dalam kewenangan tersebut hanya mengusulkan pengangkatan Hakim Agung? Mengapa pada kewenangan berikutnya tentang menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hanya dikenakan pada hakim? Untuk pertanyaan pertama, jelas jawabannya adalah karena pembentuk norma dalam Undang-Undang Dasar menginginkan pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi dilakukan melalui tiga pintu; DPR, MA, dan Presiden. Sedangkan kata “hakim” yang dimaksud pada wewenang berikutnya merujuk pada *genus* dan bukan pada *spesies*, itulah mengapa kata hakim ditulis semuanya dengan huruf kecil. Dengan demikian hakim dalam Ayat tersebut merujuk pada keseluruhan hakim yang menjalankan kekuasaan kehakiman, seperti Hakim Mahkamah Konstitusi, Hakim Agung, Hakim Pengadilan Negeri, Hakim Pengadilan Agama, Hakim Pengadilan Tinggi, dan hakim-hakim lainnya.⁴⁰

Tafsir dan pembacaan demikian sebenarnya sudah dilakukan oleh pembentuk Undang-Undang tentang Komisi Yudisial. Undang-Undang tentang Komisi Yudisial sebenarnya hanya mempertegas “cara” membaca Pasal 24B Ayat (1) UUD 1945 tersebut. Pengawasan Hakim Mahkamah Konstitusi oleh Komisi Yudisial akan menegaskan berjalannya *checks and balances* antar lembaga dalam kelembagaan negara demokrasi konstitusional Indonesia. Terhadap kekhawatiran beberapa pihak bahwa Komisi Yudisial merupakan pihak dalam sengketa kewenangan antar lembaga negara yang merupakan salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi, dapat dikemukakan argumentasi bahwa sengketa kewenangan antar lembaga-lembaga negara yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi tidak berarti menempatkan Mahkamah Konstitusi lebih tinggi dari lembaga-lembaga negara lainnya. Kewenangan tersebut juga tidak menyebabkan Komisi Yudisial merada dalam *conflict of interest*, apalagi mekanisme pengawasan dari satu lembaga negara ke lembaga negara lainnya secara substansial tidak dapat dibaca sebagai konflik antar lembaga negara, akan tetapi keharusan kontrol dan kesetimbangan kuasa antara satu lembaga dengan lembaga negara lainnya.

Dari sisi anggaran dan prasarana kelembagaan, mengoptimalkan peran KY merupakan penghematan anggaran. Tidak diperlukan kesekretariatan khusus untuk mem-*back-up* fungsi pengawasan. Dari sisi kesekretariatan cukuplah dengan mengoptimalkan kesekretariatan KY yang ada sekarang.

Penegasan kewenangan pengawasan Komisi Yudisial atas Hakim Mahkamah Konstitusi “hanya” mengalami satu kendala, yaitu penghapusan kewenangan mengawasi hakim Mahkamah Konstitusi yang sudah dipangkas oleh Mahkamah Konstitusi sendiri, melalui Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 yang membatalkan beberapa pasal dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial serta seluruh kewenangan Komisi Yudisial untuk mengawasi kinerja dan perilaku hakim Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian kewenangan pengawasan Mahkamah Konstitusi oleh Komisi Yudisial cukuplah disandarkan pada kewenangan yang diberikan konstitusi (*constitutionally entrusted power*). Untuk menghindari multi tafsir

atas kata “hakim” pada “ayat kewenangan” Komisi Yudisial, jika terjadi amandemen UUD 1945 berikutnya, cukuplah dipertegas “hakim” itu menjadi “hakim di seluruh lingkungan peradilan”. Dalam perspektif ketatanegaraan hal itu lebih mudah, daripada memberikan kekuasaan pengawasan pada sebuah lembaga melalui proses legislasi (*legislatively entrusted power*), sementara secara konstitusional tidak ada dasar konstitusionalnya.⁴¹

Dalam pertimbangannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan:⁴²

Menimbang bahwa oleh karena kemerdekaan tersebut berkaitan dengan pemeriksaan dan pengambilan putusan dalam perkara yang dihadapi oleh hakim, agar diperoleh satu putusan yang bebas dari tekanan, pengaruh, baik yang bersifat fisik, psikis, dan korupsi karena KKN, maka sesungguhnya kemerdekaan hakim tersebut bukan merupakan privilege atau hak istimewa hakim, melainkan merupakan hak yang melekat (*indispensable right* atau *inherent right*) pada hakim dalam rangka menjamin pemenuhan hak asasi dari warga negara untuk memperoleh peradilan yang bebas dan tidak berpihak (*fair trial*). Dengan demikian, secara timbal balik, adalah kewajiban hakim untuk bersikap independen dan imparial guna memenuhi tuntutan hak asasi pencari keadilan (*justitiabelen, justice seekers*). Hal itu dengan sendirinya mengandung pula hak pada hakim untuk diperlakukan bebas dari tekanan, pengaruh, dan ancaman di atas. UUD 1945 memberi jaminan tersebut, yang kemudian dijabarkan dalam UUKK dan undang-undang lainnya. Kemerdekaan harus dimaknai tetap dalam batas-batas yang ditentukan oleh hukum dan dalam rangka menerapkan hukum secara adil (*fair*), sebagaimana telah diutarakan di atas. Kemerdekaan juga berjalan seiring dengan akuntabilitas yang diwujudkan dengan pengawasan. Tetapi tingkat sensitivitas kemerdekaan hakim tersebut sangat tinggi karena adanya dua pihak yang secara berlawanan membela hak dan kepentingan pihak-pihak yang bersengketa. Sehingga oleh karenanya kemerdekaan

hakim di samping merupakan hak yang melekat pada hakim sekaligus juga merupakan prasyarat untuk terciptanya sikap tidak berpihak (*impartial*) hakim dalam menjalankan tugas peradilan. Bentuk akuntabilitas yang dituntut dari hakim memerlukan format yang dapat menyerap kepekaan tersebut. Suatu ketidakhati-hatian dalam menyusun mekanisme akuntabilitas dalam bentuk pengawasan, maupun ketidakhati-hatian dalam pelaksanaannya, dapat berdampak buruk terhadap proses peradilan yang sedang berjalan. Kepercayaan yang diperlukan untuk menuntut kepatuhan dan penerimaan terhadap apa yang diputuskan hakim, dewasa ini boleh dikatakan berada dalam keadaan kritis. Tetapi seberapa tipisnya pun tingkat kepercayaan yang tersisa sekarang, harus dijaga agar tidak sampai hilang sama sekali, sehingga maksud untuk menjaga kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim, justru menjadi kontra produktif dan pada gilirannya menimbulkan kekacauan hukum (*legal chaos*).

Dalam Perppu Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Mahkamah Konstitusi pada Pasal 27A ayat (1) disebutkan:

Mahkamah Konstitusi bersama-sama dengan Komisi Yudisial menyusun dan menetapkan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi yang berisi norma yang harus dipatuhi oleh setiap hakim konstitusi dalam menjalankan tugasnya untuk menjaga kehormatan dan perilaku hakim konstitusi.

Kemudian pada ayat (5) disebutkan:

Keanggotaan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi sebagaimana dimaksud pada ayat (4) berjumlah 5 (lima) orang yang terdiri atas unsur:

- a. 1 (satu) orang mantan hakim konstitusi;
- b. 1 (satu) orang praktisi hukum;

- c. 2 (dua) orang akademisi yang salah satu atau keduanya berlatar belakang di bidang hukum; dan
- d. 1 (satu) orang tokoh masyarakat.

Dalam Pasal tersebut juga disebutkan mengenai wewenang Majelis Kehormatan. Wewenang yang diberikan oleh Perppu ini antara lain adalah:

Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi mempunyai wewenang untuk:

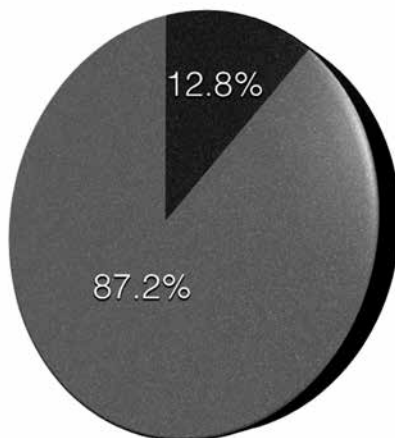
- a. memanggil hakim konstitusi yang diduga melakukan pelanggaran kode etik untuk memberikan penjelasan dan pembelaan;
- b. memanggil pelapor, saksi, dan/atau pihak lain yang terkait untuk dimintai keterangan, termasuk untuk dimintai dokumen atau bukti lain; dan
- c. memberikan sanksi kepada hakim konstitusi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

Survei terkait peran pengawasan mengkonfirmasi bahwa argumen Mahkamah Konstitusi yang menguji UU Komisi Yudisial pada tahun 2006, yang membatalkan kewenangan Komisi Yudisial untuk mengawasi Hakim MK, dianggap tidak tepat. Para Ahli berpandangan bahwa para hakim Konstitusi harus diawasi oleh Komisi Yudisial. Dengan kata lain, sebaiknya, kewenangan dan peran pengawasan Komisi Yudisial direkomendasikan untuk dikembalikan lagi, (Lihat Grafik 3.9). Diskursus yang mengemuka, bukan lagi perlu tidak perlunya pengawasan Hakim MK, tetapi sebaiknya peran pengawasan tersebut dikembalikan pada Komisi Yudisial. Perppu No. 1 Tahun 2013 yang melakukan modifikasi pemeranan terhadap Komisi Yudisial merupakan bentuk kompromi agar Presiden tidak dianggap membangkang pada putusan MK yang menguji UU Komisi Yudisial, sehingga modifikasi dilakukan sebagaimana dalam Perppu bahwa Hakim MK akan diawasi oleh Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi (MKHK) yang dibentuk oleh Komisi Yudisial dan Mahkamah Konstitusi.

Grafik 3.9.
Hakim Mahkamah Konstitusi Perlu Diawasi oleh Komisi Yudisial



Grafik 3.10.
Revisi UU MK dan UU KY atau Perppu untuk mengembalikan peran pengawasan Komisi Yudisial



- Cukup dengan Perppu
- Dengan revisi UU MK dan UU KY

Namun demikian, mayoritas para ahli (87,2%) berpandangan, akan sangat tepat jika upaya pengembalian kewenangan Komisi Yudisial ini dilakukan dengan melakukan perubahan UU Mahkamah Konstitusi dan UU Komisi Yudisial. Sedangkan yang menganggap cukup dengan menerbitkan Peraturan Pemerintah Pengganti UU (Perppu) sebanyak 12,8%. Persepsi ini menggambarkan bahwa penerbitan Perppu sebagai landasan mengembalikan peran pengawasan dianggap kurang tepat.

E. Sifat Final dan Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi

Kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir, sebagaimana ketentuan pasal 24C Ayat (1) UUD 1945 dan Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, berimplikasi pada sifat final dan mengikat (*final and binding*) dalam putusan-putusannya. Sifat final ini dicoreng sendiri oleh MK, di mana dalam satu perkara pengujian undang-undang atas obyek yang sama. Untuk menyebut beberapa contoh putusan yang diuji dua kali dan putusannya berbeda, adalah putusan mengenai minyak dan gas. Dalam pertimbangan Mahkamah pada pengujian undang-undang yang pertama dengan nomor perkara 002/PUU-I/2003 disebutkan:

Menimbang bahwa titik pusat dari permasalahan yang terkandung dalam Pasal 33 UUD 1945, khususnya sebagaimana tertuang dalam ayat (2) dan (3) yang dijadikan dasar permohonan Para Pemohon, adalah terletak pada kata-kata “dikuasai oleh negara”, maka Mahkamah terlebih dahulu harus menjelaskan pengertian “dikuasai oleh negara” dalam Pasal 33 ayat (2) dan (3) tersebut.

Bahwa dalam menemukan pengertian dan/atau maksud dari suatu ketentuan yang terdapat dalam pasal-pasal UUD 1945 tidaklah cukup apabila hanya berpegang pada bunyi teks pasal yang bersangkutan dan hanya dengan menggunakan satu metode interpretasi tertentu. Penguasaan oleh negara dalam Pasal 33 UUD 1945 memiliki pengertian yang

lebih tinggi atau lebih luas daripada pemilikan dalam konsepsi hukum perdata. Konsepsi penguasaan oleh negara merupakan konsepsi hukum publik yang berkaitan dengan prinsip kedaulatan rakyat yang dianut dalam UUD 1945, baik di bidang politik (demokrasi politik) maupun ekonomi (demokrasi ekonomi). Dalam paham kedaulatan rakyat itu, rakyatlah yang diakui sebagai sumber, pemilik, dan sekaligus pemegang kekuasaan tertinggi dalam kehidupan bernegara, sesuai dengan doktrin “dari rakyat, oleh rakyat, dan untuk rakyat”. Dalam pengertian kekuasaan tertinggi tersebut tercakup pula pengertian pemilikan publik oleh rakyat secara kolektif. Bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalam wilayah hukum negara pada hakikatnya adalah milik publik seluruh rakyat secara kolektif yang dimandatkan kepada negara untuk menguasainya guna dipergunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran bersama. Karena itu, Pasal 33 ayat (3) menentukan “bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”⁴³.

Bahwa jika pengertian “dikuasai oleh negara” hanya diartikan sebagai pemilikan dalam arti perdata (privat), maka hal dimaksud tidak mencukupi dalam menggunakan penguasaan itu untuk mencapai tujuan “sebesar- besarnya kemakmuran rakyat,” yang dengan demikian berarti amanat untuk “memajukan kesejahteraan umum” dan “mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia” dalam Pembukaan UUD 1945 tidak mungkin diwujudkan. Namun demikian, konsepsi kepemilikan perdata itu sendiri harus diakui sebagai salah satu konsekuensi logis penguasaan oleh negara yang mencakup juga pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan dimaksud. Pengertian “dikuasai oleh negara” juga tidak dapat diartikan hanya sebatas sebagai hak untuk mengatur, karena hal demikian sudah dengan sendirinya melekat dalam fungsi-fungsi negara tanpa harus disebut secara khusus

dalam undang-undang dasar. Sekiranya pun Pasal 33 tidak tercantum dalam UUD 1945, sebagaimana lazimnya di banyak negara yang menganut paham ekonomi liberal yang tidak mengatur norma-norma dasar perekonomian dalam konstitusinya, sudah dengan sendirinya negara berwenang melakukan fungsi pengaturan. Karena itu, pengertian “dikuasai oleh negara” tidak mungkin direduksi menjadi hanya kewenangan negara untuk mengatur perekonomian. Dengan demikian, baik pandangan yang mengartikan penguasaan oleh negara identik dengan pemilikan dalam konsepsi perdata maupun pandangan yang menafsirkan pengertian penguasaan oleh negara itu hanya sebatas kewenangan pengaturan oleh negara, keduanya ditolak oleh Mahkamah.⁴⁴

Menimbang bahwa oleh karena Para Pemohon mendasarkan seluruh butir atau perincian permohonannya yang mendalilkan sejumlah substansi undang-undang *a quo* bertentangan UUD 1945 dengan bertumpu pada Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945, dan telah ternyata bahwa baik Pemerintah, DPR, maupun para ahli memandang minyak dan gas bumi adalah cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak, maka dalam mempertimbangkan permohonan dimaksud Mahkamah akan menilainya berdasarkan pengertian penguasaan oleh negara sebagaimana diuraikan di atas dan keharusan tujuan penguasaan oleh negara itu untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.⁴⁵

Mahkamah Konstitusi memberikan putusan sebagai berikut:

Mengabulkan permohonan Para Pemohon dalam pengujian materiil untuk sebagian;

- Menyatakan: - Pasal 12 ayat (3) sepanjang mengenai kata-kata “diberi wewenang”; - Pasal 22 ayat (1) sepanjang mengenai kata-kata “paling banyak”;
- Pasal 28 ayat (2) dan (3) yang berbunyi “(2) Harga Bahan

Bakar Minyak dan harga Gas Bumi diserahkan pada mekanisme persaingan usaha yang sehat dan wajar; (3) Pelaksanaan kebijaksanaan harga sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak mengurangi tanggung jawab sosial Pemerintah terhadap golongan masyarakat tertentu”;

Sedangkan dalam Putusan Nomor 36/PUU-X/2012 yang masih mempersoalkan Undang-Undang yang sama dengan perkara sebelumnya, Mahkamah Konstitusi memberikan putusan sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian;
 - 1.1. Pasal 1 angka 23, Pasal 4 ayat (3), Pasal 41 ayat (2), Pasal 44, Pasal 45, Pasal 48 ayat (1), Pasal 59 huruf a, Pasal 61, dan Pasal 63 Undang- Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 136, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4152) bertentangan dengan Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - 1.2. Pasal 1 angka 23, Pasal 4 ayat (3), Pasal 41 ayat (2), Pasal 44, Pasal 45, Pasal 48 ayat (1), Pasal 59 huruf a, Pasal 61, dan Pasal 63 Undang- Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 136, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4152) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
 - 1.3. Frasa “dengan Badan Pelaksana” dalam Pasal 11 ayat (1), frasa “melalui Badan Pelaksana” dalam Pasal 20 ayat (3), frasa “berdasarkan pertimbangan dari Badan Pelaksana dan” dalam Pasal 21 ayat (1), frasa “Badan Pelaksana dan” dalam Pasal 49

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 136, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4152) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

- 1.4. Frasa “dengan Badan Pelaksana” dalam Pasal 11 ayat (1), frasa “melalui Badan Pelaksana” dalam Pasal 20 ayat (3), frasa “berdasarkan pertimbangan dari Badan Pelaksana dan” dalam Pasal 21 ayat (1), frasa “Badan Pelaksana dan” dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 136, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4152) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- 1.5. Seluruh hal yang berkait dengan Badan Pelaksana dalam Penjelasan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4152) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 1.6. Seluruh hal yang berkait dengan Badan Pelaksana dalam Penjelasan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4152) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- 1.7. Fungsi dan tugas Badan Pelaksana Minyak dan Gas Bumi dilaksanakan oleh Pemerintah, c.q. Kementerian terkait, sampai diundangkannya Undang-Undang yang baru yang mengatur hal tersebut;

- a. Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya;
- b. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Di samping itu, sifat final dan mengikat juga problematik dan mendatangkan kebingungan dalam hierarki dan sistem hukum Indonesia, sebab ternyata beberapa putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara Pengujian Undang-Undang bersifat *ultra petita*, dan bertentangan dengan spirit demokrasi. Perlu dicatat bahwa keberadaan Mahkamah Konstitusi merupakan bagian dari upaya memperkuat konstitusionalisme, demokrasi konstitusional, dan negara hukum Indonesia. Salah satu putusan yang berpotensi merontokkan demokrasi konstitusional adalah dalam perkara Nomor 005/PUU-IV/2006 yang membatalkan beberapa pasal dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan membatalkan seluruhnya kewenangan Komisi Yudisial untuk mengawasi dan memeriksa kinerja dan perilaku hakim Mahkamah Konstitusi. Kasus Akil Mochtar merupakan koreksi objektif-faktual terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tersebut. Persoalannya, dengan sifat final dan mengikat putusan MK, tidak ada mekanisme yudisial apapun untuk melakukan koreksi dan merevisi kesalahan-kesalahan fundamental seperti itu.

Putusan bersifat *ultra petita*, apalagi dalam kasus pembatalan kewenangan pengawasan Komisi Yudisial atas hakim Mahkamah Konstitusi dalam pandangan Adnan Buyung Nasution menunjukkan arogansi yang luar biasa, seolah-olah menempatkan Mahkamah Konstitusi sebagai mahkamah yang super di atas segala peradilan, sehingga tidak tunduk kepada doktrin hukum dan konvensi yang terjadi di semua negara hukum yang berlaku di muka bumi manapun.⁴⁶

Di samping itu, perlu juga dilakukan evaluasi terhadap dampak putusan MK. Secara normatif, Mahkamah Konstitusi merupakan *court of norm/law* dan bukan *court of justice*, maka implementasi Mahkamah Konstitusi dapat dilihat dari apakah norma dan aturan yang dimuat dalam putusan Mahkamah Konstitusi menjadi landasan

yuridis dalam peraturan perundang-undangan, juga dalam putusan-putusan lembaga peradilan yang lebih rendah.

Beberapa fakta menunjukkan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi ternyata tidak dijadikan dasar atau pertimbangan hukum dalam peraturan perundang-undangan ataupun dalam putusan peradilan di bawahnya. Salah satu contoh yang sempat menjadi perdebatan adalah putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam Perkara Nomor 13/PID.B/KPK/2006/PN.JKT.PST, yang memutuskan Mulyana W Kusumah bersalah melakukan tindak pidana korupsi dalam pengadaan kotak suara pada Pemilu 2004, dengan hukuman hanya 1 tahun 3 bulan penjara. Terlepas dari substansi putusan, yang problematik berkenaan dengan konstusionalitas dan hierarki yudisial adalah sikap Majelis Hakim Tipikor yang menyatakan bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 yang membatalkan Penjelasan Pasal 2 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 mengenai perbuatan melawan hukum secara materiil (*materieele wederrechtelijk*) tak memiliki kekuatan hukum mengikat, padahal UUD 1945 jelas menyatakan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final dan mengikat.

Peristiwa penangkapan M. Akil Mochtar telah memicu perdebatan tentang sifat final dan mengikatnya putusan Mahkamah Konstitusi. Dalam perspektif positivistik dan upaya mempertahankan prinsip kepastian hukum, maka asas formil final dan mengikat ini perlu dipertahankan. Akan tetapi, terhadap putusan yang nyata-nyata diwarnai dengan suap, maka sifat final dan mengikat sulit dipertahankan. Riset ini tidak merekomendasikan agar perkara-perkara yang diduga diwarnai suap untuk diadili kembali, meskipun Mahkamah Konstitusi saat ini sedang mengadili perkara yang merupakan produk putusan Mahkamah sendiri. Mahkamah Konstitusi (MK) diminta mengadili sendiri putusan yang dibuatnya. Putusan yang dimohonkan yaitu putusan yang mengandung norma baru dalam putusannya sehingga putusan itu menjadi setara dengan UU. Putusan yang digugat adalah putusan pemilukada Bali yang membuat norma baru dalam prinsip-prinsip pemilu

yang bertentangan dengan UUD 1945. (Perkara No. 62/PHPU.D-XI/2013). Putusan perkara ini akan menjadi preseden baru di mana sifat final dan mengikat putusan MK diuji melalui mekanisme pengujian undang-undang.

Mengenai sifat final dan mengikatnya putusan Mahkamah Konstitusi, terdapat beberapa pendapat dari kalangan ahli hukum tata negara. Salah satunya adalah, Bernard L. Tanja, akademisi Universitas Nusa Cendana Kupang, termasuk yang menyuarakan gugatan itu. Kalau jelas ada bau korupsi dalam putusan, kata dia, putusan itu perlu dikoreksi. Menggunakan kaca mata hukum progresif, Bernard mengatakan kepastian yang diperoleh melalui putusan hakim tak bisa dibaca sebagai kepastian *an sich*, tetapi harus juga memberikan kepastian yang berkeadilan. “Hakim harus memberi tafsir baru pada final dan mengikat,” kata Bernard saat tampil sebagai pembicara.⁴⁷ Arif Hidayat, ketika mengomentari adanya keinginan sebagian pihak menggugat putusan Mahkamah Konstitusi terkait pemilukada, ia menyatakan bahwa ada prinsip hukum yang berlaku universal, putusan pengadilan harus dianggap benar (*res judicata pro veritate habetur*). Putusan pengadilan tidak dapat dibatalkan melalui putusan pengadilan. Dalam konteks ini sifat final dan mengikat putusan MK bersifat mutlak. Walaupun ada indikasi *judicial corruption*, daya berlaku sifat final dan mengikat itu tidak berkurang. Menggunakan optik hukum progresif, pandangan tersebut bisa saja dipersoalkan. Sangat mungkin sifat final dan mengikat putusan MK berangkat dari asumsi keadaan biasa atau normal-normal saja. Kalau terjadi kejadian yang luar biasa, hakim bisa saja menafsirkan lain.⁴⁸

Menurut Saldi Isra, peninjauan kembali suatu putusan oleh majelis yang memutus perkara itu juga adalah sesuatu yang tidak logis. Jika putusan yang sudah final dan mengikat ditinjau ulang, bagaimana pula dengan hak-hak yang sudah timbul dari putusan sebelumnya.⁴⁹

Untuk memastikan bahwa sifat final dan mengikat dalam putusan Mahkamah Konstitusi tidak kontraproduktif terhadap konstitusionalisme dan bangunan sistem negara hukum, diperlukan pengawasan yang intensif terhadap kinerja hakim konstitusi melalui pengawasan melekat yang bersifat permanen. Kemudian, untuk

memastikan bahwa putusan MK berdampak pada sistem hukum dan demokrasi konstitusional yang konsisten, diperlukan sinkronisasi peraturan perundang-undangan dan sinkronisasi putusan-putusan lembaga-lembaga yudisial lainnya dengan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Dalam konteks ini, diperlukan sosialisasi lebih intensif dan dibutuhkan kontrol publik atas hal ini.[]

Endnotes

- 1 ... dalam rangka pengawasan terhadap kinerja dan perilaku hakim konstitusi juga diperlukan mekanisme majelis kehormatan yang terdiri atas 5 unsur, yaitu (i) unsur MK sendiri, (ii) unsur di luar MK yang dalam hal ini dapat diberikan kepada Komisi Yudisial untuk mengusulkan nama calon anggota majelis kehormatan, dan (iii) unsur ketiga lembaga yang berperan sebagai sumber rekrutmen hakim konstitusi, yang masing-masing 1 orang dari pemerintah, 1 orang dari MA dan 1 orang dari DPR. Kelima orang itulah yang memutuskan apakah seseorang hakim konstitusi yang disangka melanggar kode etika harus dijatuhi sanksi etika atau tidak dan apa sanksi yang harus dijatuhkan. Jimly Asshiddiqie, “Pokok Pikiran Tentang Penyempurnaan Sistem Pengangkatan Dan Pemberhentian Hakim Indonesia”, artikel tersedia di http://www.jimly.com/makalah/namafile/65/POKOK_PIKIRAN_TENTANG_PENYEMPURNAAN_SISTEM.pdf, diunduh pada tanggal 29 November 2013.
- 2 Dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 disebutkan:
“Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”.
- 3 Jimly Asshiddiqie, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia: Pasca Reformasi*, Jakarta: Bhuana Ilmu Populer, 2008, h. 570.

- 4 Wawancara dengan Adnan Buyung Nasution, Jakarta 26 September 2013
- 5 Wawancara dengan Jimly Asshiddiqie, Jakarta 09 September 2013
- 6 Lihat “DPR dan Presiden SBY Sudah Lama Tahu Akil Bermasalah”, tulisan dapat dibaca di alamat://www.merdeka.com/peristiwa/dpr-dan-presiden-sby-sudah-lama-tahu-akil-bermasalah.html, diakses pada 19 Oktober 2013.
- 7 Wawancara dengan Bagir Manan, Jakarta 10 September 2013
- 8 Model panel ahli ini, sejalan dengan gagasan yang tertuang dalam Perppu No. 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua atas UU RI No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Meskipun demikian, instrumen pengaturan baru lewat Perppu ini tidak disetujui oleh sebagian besar Ahli Tata Negara yang menjadi responden dalam studi ini. Sebanyak 87,2% menghendaki pengaturannya didasarkan pada perubahan UU MK dan UU KY.
- 9 Antara lain dikemukakan oleh Bagir Manan, Zainal Arifin Mochtar, Mudzakkir, dan Ni'matul Huda, dalam wawancara SETARA Institute.
- 10 Jusuf Kalla, mantan Wakil Presiden RI, menyatakan hal ini kepada detik.com dalam berita berjudul “90 Persen Pilkada Berujung Sengketa, JK: Beban MK Terlalu Berat” <http://news.detik.com/read/2013/10/04/162000/2378220/10/90-persen-pilkada-berujung-sengketa-jk-beban-mk-terlalu-berat>, diakses pada tanggal 10 Oktober 2013
- 11 Lihat I Gede Dewa Palguna, 2010, “Constitutional Question: Latar Belakang dan Praktik Di Negara Lain Serta Kemungkinan Penerapannya Di Indonesia”, Jurnal Hukum No. 1 Vol. 17 Januari 2010 (Yogyakarta: FH UII), h. 2-3
- 12 Wawancara dengan Susi Dwi Harianti, Bandung 25 September 2013
- 13 Wawancara dengan Adnan Buyung Nasution, Jakarta 26 September 2013
- 14 *Ibid*, h. 3

- 15 Baca Pan Mohammad Faiz, SH, “Menabur Benih constitutional Complaint”, <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi.html>, diakses pada 2 Oktober 2013
- 16 Baca Pan Mohammad Faiz, SH, “Menabur Benih constitutional Complaint”, <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi.html>, diakses pada 2 Oktober 2013
- 17 Lihat Wasis Susetio, SH, MA, 2012, “Membangun Demokrasi Melalui Constitutional Complaint”, <http://www.esaunggul.ac.id/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/membangun-demokrasi-melalui-constitutional-complaint.pdf>, diakses pada tanggal 1 Oktober 2013
- 18 Ismail Hasani, “Konstitusi dan Hak Konstitusional Warga”, diakses dari <http://www.setara-institute.org/id/content/konstitusi-dan-hak-konstitusional-warga> pada tanggal 28 November 2013.
- 19 Wawancara dengan Jimly Asshiddiqie, Jakarta 09 September 2013
- 20 Wawancara dengan Jimly Asshiddiqie, Jakarta 09 September 2013
- 21 Wawancara dengan Jimly Asshiddiqie, Jakarta 09 September 2013
- 22 Wawancara dengan Jimly Asshiddiqie, Jakarta 09 September 2013
- 23 Wawancara dengan Susi Dwi Harianti, Bandung 25 September 2013
- 24 Wawancara dengan Bagir Manan, Jakarta 10 September 2013
- 25 Wawancara dengan Bagir Manan, Jakarta 10 September 2013
- 26 Nasution. Op.cit, h. 105-106
- 27 Wawancara dengan Mudzakkir, Yogyakarta 01 Oktober 2013
- 28 Wawancara dengan peneliti Setara Institute, Halili, pada tanggal 4 Oktober 2013

- 29 Wawancara dengan peneliti Setara Institute, Halili, pada tanggal 11 Oktober 2013
- 30 Wawancara dengan Adnan Buyung Nasution, Jakarta 26 September 2013
- 31 Wawancara dengan Jimly Asshiddiqie, Jakarta 09 September 2013
- 32 Wawancara dengan Jimly Asshiddiqie, Jakarta 09 September 2013
- 33 Wawancara dengan Jimly Asshiddiqie, Jakarta 09 September 2013
- 34 Pengelompokan atau grouping ini berbeda dengan rumpun hak yang dikaji secara mendalam berdasarkan putusan. Pengelompokan secara lebih luas ini disusun berdasarkan tren umum putusan.
- 35 Wawancara dengan Susi Dwi Harianti, Bandung 25 September 2013
- 36 Wawancara dengan Bagir Manan, Jakarta 10 September 2013
- 37 Selama ini pengawasan yang dilakukan terhadap MK hanya bersifat internal, sehingga agak sulit untuk memberikan kepercayaan kepada lembaga pengawas yang berasal dari lembaga yang akan diawasi. Adapun pengawasan eksternal yang sebelumnya dilakukan oleh Komisi Yudisial, sudah dibatalkan sendiri oleh MK.
- 38 Pasca penangkapan Akil Mukhtar, MK sempat membentuk Majelis Kehormatan MK untuk menyelesaikan kasus yang menimpa ketua MK tersebut. Namun keberadaan majelis ini sempat diragukan oleh beberapa pihak, seperti Marzuki Ali. "Marzuki Ali Ragukan Majelis Kehormatan", Kompas.com, 7 Oktober 2013. Artikel diakses <http://nasional.kompas.com/read/2013/10/07/1231099/Marzuki.Alie.Ragukan.Majelis.Kehormatan.MK> diunduh pada tanggal 27 November
- 39 Dalam Pasal 24B (1) disebutkan:
Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran

- martabat, serta perilaku hakim.
- 40 Dalam Pasal 24C (3) disebutkan:
Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang dari Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.
- 41 Pasal 24B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.
- 42 Putusan No. 005/PUU-IV/2006, h. 172-173
- 43 Pengujian Undang-Undang Nomor 002/PUU-I/2003, h. 207.
- 44 Pengujian Undang-Undang Nomor 002/PUU-I/2003, h. 208
- 45 Pengujian Undang-Undang Nomor 002/PUU-I/2003, h. 221-222.
- 46 Adnan buyung Nasution, op.cit, h. 159
- 47 “Menguji sifat final dan mengikat dengan hukum progresif, hukumonline.com, 1 Desember 2013, artikel tersedia di <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt529ad534522f0/menguji-sifat-final-dan-mengikat-dengan-hukum-progresif>, diunduh pada tanggal 5 Desember 2013.
- 48 “Menguji sifat final dan mengikat dengan hukum progresif, hukumonline.com, 1 Desember 2013, artikel tersedia di <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt529ad534522f0/menguji-sifat-final-dan-mengikat-dengan-hukum-progresif>, diunduh pada tanggal 5 Desember 2013.
- 49 “Menguji sifat final dan mengikat dengan hukum progresif, hukumonline.com, 1 Desember 2013, artikel tersedia di <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt529ad534522f0/menguji-sifat-final-dan-mengikat-dengan-hukum-progresif>, diunduh pada tanggal 5 Desember 2013.



Bab IV
Pemajuan dan Perlindungan Hak atas
Kepastian Hukum

Bab IV

Pemajuan dan Perlindungan Hak Atas Kepastian Hukum

A. Prinsip Kepastian Hukum dan Keadilan

Pasal 1 ayat (3) UUD Negara RI 1945 menyatakan, *Negara Indonesia adalah Negara hukum*. Sebagai Negara hukum, Konstitusi juga secara tegas mengakui bahwa, *segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya*. Bersamaan dengan itu, UUD Negara RI 1945 juga memberikan penegasan terhadap hak seseorang untuk dipelakukan secara sama di hadapan hukum. Hal itu termaktum dalam ketentuan Pasal 28D ayat (1) UUD Negara RI 1945 yang berbunyi, *Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum*. Bahkan melalui ketentuan Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum juga dikategorikan sebagai salah satu hak tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Secara sederhana, negara hukum dapat diartikan sebagai negara yang mendasarkan segala tindakan penyelenggaranya atas hukum. Dalam negara hukum, segala tindakan negara dikontrol oleh hukum. Tidak ada tindakan yang dapat dibenarkan sepanjang tidak didasarkan atas hukum yang berlaku. Dalam artian bahwa apapun yang hendak dilakukan dalam konteks penyelenggaraan negara mesti didasarkan atas aturan main (*rule of the game*) yang ditentukan

dan ditetapkan bersama. Ahli-ahli hukum Anglo Saxon menyebut negara hukum dengan istilah *the rule of law*. Sedangkan Ahli hukum Eropa Kontinental menyebutnya dengan *rechtsstaat*. A.V. Dicey, dari kalangan Ahli Hukum Anglo Saxon, seorang sarjana Inggris kenamaan mengemukakan tiga ciri penting dalam setiap negara hukum, yaitu :¹

1. Supremasi hukum (*supremacy of law*), dalam arti tidak boleh ada kesewenang-wenangan sehingga seseorang hanya boleh dihukum jika melanggar hukum.
2. Persamaan kedudukan di hadapan hukum (*equality before the law*), baik bagi rakyat biasa maupun bagi pejabat.
3. Terjaminnya hak asasi manusia oleh undang-undang dan keputusan-keputusan pengadilan.

Sedangkan Friedrich Julius Stahl, seorang ahli hukum Eropa Kontinental menyatakan ada empat elemen penting negara hukum, yaitu:²

1. Perlindungan hak asasi manusia
2. Pembagian atau pemisahan kekuasaan untuk menjamin hak asasi manusia.
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang.
4. Peradilan tata usaha negara.

Dalam perkembangannya, Profesor Utrecht membedakan antara Negara Hukum Formil atau Negara Hukum Klasik, dan Negara Hukum Materil atau Negara Hukum Modern. Negara Hukum Formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Sedangkan Negara Hukum Materil mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya.³ Inilah kemudian yang melahirkan konsep negara hukum materil yang merupakan generasi kedua dari konsep negara hukum, sebagai konsepsi negara hukum abad XX. Dimana dalam konsep ini, negara hukum yang demokratis mesti juga mencakup dimensi ekonomi dalam rangka mensejahterakan rakyat.

Terkait dengan perkembangan konsepsi negara hukum ini, *Internasional Commission of Jurists* pada konferensinya di Bangkok tahun 1965 menekankan bahwa di samping hak di bidang sipil dan politik, harus juga diakui hak sosial dan ekonomi rakyat. Bersamaan dengan itu, konferensi ini merumuskan ciri-ciri pemerintahan yang demokratis di bawah *rule of law* sebagai berikut:⁴

1. Perlindungan konstitusional. Artinya, selain menjamin hak individu, konstitusi harus pula menentukan cara atau prosedur untuk memperoleh perlindungan atas hak yang dijamin.
2. Badan Kehakiman yang bebas dan tidak memihak.
3. Kebebasan menyatakan pendapat.
4. Kebebasan berserikat/berorganisasi dan berposisi.
5. Pendidikan kewarganegaraan.

Tidak diragukan lagi, jika menggunakan seluruh kriteria, baik dalam konsep *rule of law* maupun *rechtsstaat* dan kriteria terbaru yang dikeluarkan *Internasional Commission of Jurists*, Indonesia merupakan Negara hukum. Jadi bukan hanya sekedar deklarasi sebagai Negara hukum dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3), melainkan bahwa UUD Negara RI 1945 juga mengatur materi-materi yang seharusnya menempatkan Indonesia sebagai Negara hukum. Meliputi pembagian kekuasaan negara, lembaga kekuasaan kehakiman yang mandiri, kebebasan berserikat dan berkumpul dan sebagainya.

Walaupun UUD Negara RI 1945 menegaskan bahwa Indonesia merupakan negara hukum dan segala prasyarat untuk menjadi negara hukum juga telah ditegaskan di dalamnya, namun masih muncul pertanyaan, bagaimana jaminan atas kepastian hukum dan keadilan bagi warga negara diimplementasikan dalam pembuatan undang-undang dan pelaksanaan kebijakan pemerintah? Indikator seperti apa yang digunakan sehingga pemajuan dan perlindungan hak atas kepastian hukum dan keadilan yang dijamin konstitusi dapat diukur?

Jika dibaca kembali notulensi rapat-rapat Badan Pekerja MPR RI yang membahas rancangan perubahan UUD Negara RI 1945, tidak ditemukan adanya perdebatan ataupun diskusi tentang batasan atau definisi tentang kepastian hukum yang mereka maksud dalam rumusan Pasal 28D ayat (1) UUD Negara RI 1945. Walaupun demikian, sepanjang yang dapat dilacak dari risalah-risalah persidangan dapat dimengerti bahwa kepastian hukum menjadi salah satu kata kunci yang hampir selalu disebut (walaupun tidak didefinisikan secara jelas) ketika membahas materi tentang hak asasi manusia, kekuasaan kehakiman dan warga negara. Kepastian hukum diimpikan sebagai sebuah cita-cita yang ingin diwujudkan dalam tata kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

Oleh karena itu, untuk menjawab pertanyaan tersebut kiranya dapat dilakukan dengan mendekatinya secara teori. Bagi Gustav Radbruch hukum memiliki tiga ide dasar, yaitu : keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.⁵ Sebagian kalangan ahli hukum dan filsafat juga mengisitilalkannya ketiga ide itu sebagai tujuan hukum, di mana ketiganya harus dicapai secara simultan dan tidak boleh dipertentangkan. Radbruch menyebutnya dengan tujuan hukum secara bersama-sama. Ia juga mengatakan bahwa cita hukum tersebut ditopang oleh kehadiran tiga nilai dasar, yaitu: keadilan (*gerechtigkeit*), kemanfaatan (*zweckmaeszigkeit*) dan kepastian hukum (*rechtssicherheit*).⁶

Adapun ide kepastian hukum merupakan sesuatu yang baru, yaitu sejak hukum itu ditulis dan dpositifkan.⁷ Sebab, jika dibandingkan dengan keadilan dan kemanfaatan, kepastian hukum merupakan ide sekaligus tujuan hukum yang terakhir kali dirumuskan. Kepastian hukum berhubungan dengan empat makna, yaitu:⁸ *Pertama*, bahwa hukum positif itu, artinya bahwa ia adalah perundang-undangan (*gesetzliches recht*). *Kedua*, bahwa hukum ini didasarkan pada fakta (*tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti “kemauan baik”, “kesopanan”. *Ketiga*, bahwa fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping juga mudah untuk dijalankan. *Keempat*,

hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah.

Secara lebih sederhana, kepastian hukum dapat dipahami sebagai kondisi di mana hukum diterapkan dengan kepastian yang jelas. Maknanya, hukum memberi kepastian kepada setiap warga negara yang diberi sanksi manakala mereka melanggar hukum. Di sisi lain juga memberikan kejelasan tentang status warga negara yang berkaitan dengan hukum.⁹ Pada saat bersamaan, kepastian hukum juga mesti disertai dengan adanya proses hukum yang berlaku secara sama kepada siapapun yang melanggar hukum.¹⁰ Selain itu, kepastian hukum juga menyangkut kepastian tindakan yang boleh atau tidak boleh diambil oleh aparat penegak hukum dalam melakukan setiap proses hukum bagi orang yang diduga melakukan pelanggaran hukum.

Dalam hubungan dengan hak asasi manusia, kepastian hukum dirumuskan sebagai salah satu hak manusia yang hidup dalam sebuah negara. Kepastian hukum merupakan hak yang secara jelas dan tegas dimuat dalam berbagai instrumen hak asasi manusia, baik nasional maupun internasional. Di tingkat nasional, UUD Negara RI 1945 sebagaimana telah diuraikan di atas memuat secara jelas hak ini. Begitu juga dengan berbagai peraturan perundang-undangan lainnya, seperti Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang juga mengatur kepastian hukum sebagai salah satu hak asasi manusia.

Adapun dalam instrumen hak asasi manusia internasional, hak atas kepastian hukum dapat dijumpai dalam Deklarasi Universal Hak Asas Manusia dan berbagai perjanjian internasional di bidang hak asasi manusia. Pasal 6 DUHAM misalnya mengatur:

Setiap orang berhak atas pengakuan sebagai pribadi di depan hukum di mana saja ia berada.

Pasal 7 DUHAM menyatakan:

Semua orang sama di depan hukum dan berhak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi apapun. Semua orang berhak untuk mendapatkan perlindungan

yang sama terhadap diskriminasi apapun yang melanggar Deklarasi ini dan terhadap segala hasutan untuk melakukan diskriminasi tersebut.

Selain itu, Pasal 8 DUHAM juga menegaskan:

Setiap orang berhak atas penyelesaian yang efektif oleh peradilan nasional yang kompeten, terhadap tindakan-tindakan yang melanggar hak-hak mendasar yang diberikan padanya oleh konstitusi atau oleh hukum.

Lebih jauh, Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik kembali menegaskan hak atas kepastian hukum dalam banyak pasalnya. Di antaranya Pasal 16 yang menyatakan:

Setiap orang berhak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum di mana pun ia berada.

Begitu juga dengan ketentuan Pasal 26 berikut:

Semua orang berkedudukan sama di depan hukum dan berhak, tanpa diskriminasi apapun, atas perlindungan hukum yang sama. Dalam hal ini hukum harus melarang diskriminasi apapun, dan menjamin perlindungan yang sama dan efektif bagi semua orang terhadap diskriminasi atas dasar apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, harta benda, status kelahiran atau status lainnya.

Berbagai rumusan dan jaminan hak atas kepastian hukum di atas setidaknya memberikan kepastian betapa hak atas kepastian hukum, keadilan dan perlakuan non-diskriminasi dalam hukum merupakan hak asasi manusia yang diakui, dijamin dan dilindungi secara nasional maupun internasional. Sehubungan dengan, perlindungan dan penghormatan terhadap tersebut juga harus dilakukan secara konsisten.

B. Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Atas Kepastian Hukum dan Keadilan

1. Pembaharuan Hukum Acara Pidana

Salah satu undang-undang yang sering diuji konstiusionalitasnya ke Mahkamah Konstitusi adalah Hukum Acara Pidana. Dalam hal ini Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana. Beberapa ketentuan dalam KUHAP dinilai sejumlah warga negara tidak memberikan jaminan kepastian hukum dan keadilan dalam proses peradilan terhadap orang-orang yang diduga melakukan tindak pidana maupun terhadap orang yang telah diputus bersalah oleh pengadilan. Sampai saat ini, setidaknya Mahkamah Konstitusi telah mengeluarkan 25 putusan terkait pengujian KUHAP. Jumlah tersebut belum termasuk permohonan yang ditarik kembali dan perkara yang proses pengujiannya sedang berlangsung. Data ini setidaknya memberi petunjuk bahwa prosedur beracara atau hukum formil yang digunakan untuk menegakan hukum pidana memiliki berbagai kelemahan. Kelemahan itu utamanya terletak pada aspek kerawanan terhadap terlanggarnya hak konstiusional warga negara dalam menegakkan hukum pidana materil.

Dari 25 putusan tersebut, satu permohonan dikabulkan, empat permohonan dikabulkan sebagian, tiga permohonan ditolak, dan 17 permohonan dinyatakan tidak dapat diterima. Khusus untuk permohonan yang dikabulkan, dikabulkan sebagian dan ditolak dapat dilihat pada tabel di bawah ini:

Tabel 3:
Fokus Kajian Perkara Pengujian UU tentang KUHAP

Dikabulkan	Dikabulkan Sebagian	Ditolak
Nomor 98/PUU-X/2012	Nomor 65/PUU-VIII/2010	Nomor 018/PUU-IV/2006
	Nomor 17/PUU-IX/2011	Nomor 69/PUU-X/2012

	Nomor 65/PUU-IX/2011	Nomor 76/PUU-X/2012
	Nomor 114/PUU-X/2012	

Untuk menakar peran pemajuan dan perlindungan Mahkamah Konstitusi pada hak atas kepastian hukum dan keadilan, riset ini berfokus pada kajian terhadap 9 putusan di atas. Jika semuanya dikelompokkan berdasar materi muatan KUHAP yang diuji, maka akan dapat dibagi menjadi empat isu utama, yaitu: penahanan,¹¹ praperadilan,¹² keterangan saksi,¹³ dan putusan pengadilan.¹⁴

1.1. Penahanan

Perkara Nomor 018/PUU-IV/2006 adalah perkara yang berhubungan dengan pengaturan penahanan. Dalam perkara ini yang dimohonkan untuk diuji adalah Pasal 21 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981. Pihak yang mengajukan permohonan, Suwarna Abdul Fatah (Gubernur Kalimantan Timur) selaku perorangan warga negara. Ketentuan pasal 21 ayat (1) KUHAP dinilai bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1), Pasal 28G Ayat (1), Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945. Pemohon merupakan tersangka dalam kasus dugaan tindak pidana korupsi yang disidik oleh Komisi Pemberantasan Korupsi. Atas alasan dikhawatirkan melarikan diri, penyidik KPK melakukan penahanan terhadap tersangka.¹⁵

Dalam permohonan pengujian Pasal 21 Ayat (1) KUHAP yang diajukan, Pemohon mendalilkan bahwa penahanan dengan menggunakan alasan subyektif merupakan sebuah kesalahan yang besar, karena rasa kekhawatiran yang bersifat subyektif dalam melakukan penahanan seseorang akan menimbulkan terjadinya ketidakpastian hukum, menimbulkan kesewenang-wenangan yang melanggar asas persamaan perlakuan di hadapan hukum/tebang pilih/diskriminatif dalam penegakan hukum.¹⁶ Lebih lanjut didalilkan, alasan yang bersifat subyektif untuk melakukan penahanan terhadap seseorang merupakan sebuah kekuasaan, yang perlu dibatasi dan

diawasi karena dapat menjurus pada kesewenang-wenangan dan koruptif.¹⁷

Pemohon juga menyebutkan, bahwa terhadap penahanan atas dirinya, yang bersangkutan telah mengajukan permohonan praperadilan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Namun Hakim tunggal menolak permohonan dimaksud atas alasan semua syarat formil telah terpenuhi. Pemohon mempersoalkan pertimbangan hakim yang sama sekali tidak melihat apakah ada alasan-alasan konkrit dan nyata bahwa Pemohon akan melarikan diri dan sebagainya.¹⁸ Selain itu, hakim praperadilan juga dinilai Pemohon tidak dapat mempertimbangkan tolok ukur lain kecuali berdasar alasan-alasan subyektif yang terdapat dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP.¹⁹ Atas dasar pendapat tersebut, Pemohon menilai ketentuan tersebut tidak memberikan kepastian hukum bagi penahanan terhadap seseorang. Atas alasan itu, Pemohon dalam perkara ini meminta agar frasa "*melakukan tindak pidana*" dan frasa "*dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran*" dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat²⁰ oleh Mahkamah Konstitusi. Selain itu, terkait pengawasan terhadap penyidikan melalui mekanisme praperadilan juga dinilai oleh Pemohon sebagai prosedur yang hanya memeriksa persyaratan formal dalam melakukan penahanan. Sehingga hak tersangka tidak dapat terlindungi²¹ dengan keberadaan lembaga praperadilan yang demikian.

Terhadap permohonan tersebut, Mahkamah memutuskan, menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya. Majelis Hakim Konstitusi beralasan bahwa penahanan adalah hal yang tetap diperlukan dalam acara pidana. Oleh karena itu tidaklah mungkin ketentuan tentang penahanan dikeluarkan dari ketentuan Hukum Acara Pidana. Keberadaan penahanan dalam Hukum Acara Pidana merupakan suatu hal menyakitkan tetapi diperlukan (*a necessary evil*). Usaha untuk meminimalisasi pelanggaran hak asasi manusia dalam penahanan dilakukan dengan banyak cara di antaranya dengan menetapkan syarat-syarat penahanan serta menetapkan alasan penahanan dan dengan memberikan upaya hukum kepada seseorang

yang terhadapnya dikenai penahanan.²²

Lebih lanjut, Mahkamah mempertimbangkan penahanan oleh penyidik atau penuntut umum harus didasarkan atas pertimbangan yang cukup rasional dan tidak dengan serta merta saja dilakukan penahanan yang hanya didasari keinginan subyektif semata dari penyidik atau penuntut umum. Undang-undang sesuai dengan sifatnya memang sangatlah umum, meskipun telah diusahakan dengan sebaik mungkin perumusannya, namun masih saja terbuka peluang kelemahannya. Penerapan Pasal 21 Ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP akan tergantung kepada aparat pelaksanaannya, yaitu penyidik, penuntut umum, dan hakim dalam menerapkan ketentuan tersebut dalam rangka mencegah adanya kemungkinan pelanggaran hak asasi terdakwa. Perumusan yang terdapat dalam Pasal 21 Ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP cukup menampung kebutuhan akan perlunya kepastian dan perlindungan bagi hak asasi manusia.²³

Selain itu, terkait bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945, Mahkamah mempertimbangkan, keberadaan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tidak dapat dilepaskan dengan adanya Pasal 77 KUHAP. Pasal 21 Ayat (1) KUHAP dari aspek norma cukup untuk mempertemukan dua kepentingan, yaitu kepentingan umum untuk menegakkan ketertiban, serta kepentingan individu yang harus dilindungi hak asasinya. Hal demikian diperkuat lagi dengan adanya pranata praperadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 77 KUHAP. Adapun praktik yang selama ini dalam penerapan Pasal 21 Ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP yang dipandang kurang melindungi hak terdakwa atau tersangka adalah berada dalam ranah penerapan hukum dan bukan masalah konstitusionalitas norma.²⁴

Masih dalam pertimbangan, secara norma rumusan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP telah seimbang, karena mempertemukan kepentingan umum dan kepentingan perlindungan individual. Pranata penahanan dari sudut hak asasi manusia dan kepentingan umum menjadi suatu hal menyakitkan tetapi diperlukan (*a necessary evil*) dan tidak dapat dihindari, namun ketentuan Pasal

21 Ayat (1) KUHAP secara norma tidaklah eksessif atau berlebihan, sehingga sesuai dengan Pasal 28J Ayat (2) UUD 1945, keberadaan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP masih dalam batas rasionalitas yang dapat dibenarkan.²⁵

Jika dicermati lebih jauh, pertimbangan hukum terkait keberadaan Pasal 21 ayat (1), khususnya frasa “*dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran*” tidak dianggap sebagai norma yang tidak memberikan kepastian hukum. Sekalipun rumusan tersebut diakui mengandung kelemahan, namun kelemahan tersebut merupakan sesuatu yang dapat “dimaafkan” dan tidak menghilangkan hak atas kepastiam hukum bagi seseorang yang dilakukan penahanan terhadapnya. Hal itu tergambar dari pertimbangan:

....Undang-undang sesuai dengan sifatnya memang sangatlah umum, meskipun telah diusahakan dengan sebaik mungkin perumusannya, namun masih saja terbuka peluang kelemahannya.

Kalimat dalam pertimbangan di atas secara eksplisit menyatakan kelemahan rumusan Pasal 21 ayat (1) KUHAP. Namun kekurangan tersebut masuk dalam batas toleransi kelemahanan manusiawi dalam perumusan undang-undang. Alasan pemaaf atas perumusan tersebut juga diperkuat dengan adanya pengaturan tentang lembaga Praperadilan dalam KUHAP. Praperadilan yang diatur dalam Pasal 77 KUHAP tidak dapat dilepaskan dari ketentuan Pasal 21 ayat (1) KUHAP. Penahanan berdasarkan ketentuan Pasal 21 ayat (1) merupakan bagian dari upaya melindungi kepentingan umum, sedangkan ketentuan Pasal 77 KUHAP merupakan instrumen untuk melindungi kepentingan individu dalam proses hukum. Keseimbangan antara kepentingan umum dan kepentingan individu dibangun dengan dua ketentuan tersebut.

Membaca lebih dalam putusan pengujian undang-undang di atas, Mahkamah Konstitusi secara implisit memberikan batasan atas maksud kepastian hukum dalam UUD 1945. Di mana hak atas kepastian hukum tidak semata-mata diukur dengan kepastian rumusan norma. Dalam arti, norma harus dapat memberikan ukuran

secara matematis terhadap sebuah tindakan penyelenggara negara, khususnya penegak hukum. Melainkan juga termasuk tindakan-tindakan subyektif penegak hukum yang disediakan mekanisme kontrolnya.

Dalam hal ini, memberikan ruang (subyektifitas) bagi penegak hukum untuk mengambil tindakan atas kewenangan yang diberikan undang-undang atas pertimbangan subyektif juga termasuk dalam arti adanya kepastian hukum. Hanya saja, tindakan subyektif tersebut mesti dapat dikontrol dengan adanya mekanisme pengawasan terhadap pelaksanaan kewenangan subyektif dimaksud. Jika tidak, tindakan subyektif dapat menyimpangi maksud dari kepastian hukum yang dikehendaki.

Kepastian hukum bagi Mahkamah Konstitusi tidak diletakan di ruang dengan ukuran pasti atau dalam kotak yang tidak bisa ditambah, dikurangi dan sebagainya. Melainkan, kepastian hukum juga ada dan melekat pada aparat penegak hukum. Dengan demikian, pandangan subyektif penegak hukum dalam menggunakan kewenangan yang mungkin akan membatasi hak seseorang juga masih tergolong mengandung kepastian hukum. Pertanyaannya, bukankah tindakan subyektif tidak dapat diukur sehingga sulit untuk menentukan kadar kepastiannya?

Sebagaimana telah dijelaskan di atas, sesuai dengan pertimbangan yang dikeluarkan MK, tidak mudah merumuskan norma undang-undang yang mampu menjawab semua persoalan hukum yang mungkin muncul. Hal itu disebabkan karena kelemahan dan ketidaksempurnaan manusia dalam merumuskan hukum undang-undang. Oleh karena itu, menyediakan ruang subyektifitas bagi aparat dalam menegakkan hukum merupakan jalan keluar. Hanya saja, untuk tindakan yang didasarkan atas pertimbangan subyektif disediakan mekanisme untuk mengontrolnya. Sehingga kewenangan tersebut tidak dapat atau sulit untuk disalahgunakan.

Jadi, sekalipun pertimbangan subyektif dalam penegakan hukum tidak dapat diukur kadar kepastiannya, namun hal tersebut dapat

diawasi dengan menyediakan mekanisme kontrol. Seperti menyediakan mekanisme praperadilan terhadap penahanan yang tidak prosedural dan tidak memiliki alasan-alasan yang dapat dipertanggungjawabkan. Kondisi seperti ini sudah dapat digolongkan sebagai sebuah bentuk kepastian hukum. Jika dikaitkan dengan konsep kepastian hukum sebagaimana telah disinggung sebelumnya, di mana kepastian hukum mencakup kepastian norma dan kepastian tindakan dalam proses penegakan hukum, maka tafsir yang diberikan MK dalam memeriksa konstitusionalitas kewenangan penyidik untuk melakukan penahanan menemukan landasan konseptual sebagai alasan pembenarnya.

Apabila didekati dengan pendekatan penafsiran yang dilakukan MK terhadap kepastian hukum dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dalam perkara ini, kepastian hukum diletakkan dalam sebuah keseimbangan antara hak asasi manusia yang dilindungi Undang-Undang Dasar dan kewenangan negara untuk membatasi hak-hak tersebut dengan tujuan untuk menciptakan ketertiban umum.²⁶ Keseimbangan antara dua kepentingan yang hampir selalu berseberangan, yaitu kepentingan umum untuk menegakkan ketertiban dengan kepentingan individu yang harus dilindungi hak asasinya.²⁷ Keseimbangan ini terlihat lebih jelas dengan adanya pengakuan MK terhadap kelemahan norma Pasal 21 ayat (1) KUHAP, namun kelemahan tersebut diatasi dengan adanya ketentuan terkait lembaga praperadilan. Hal demikian dinilai sebagai sebuah keseimbangan antara berbagai kepentingan dalam penegakan hukum.

Langkah atau pendekatan penafsiran yang dilakukan MK dapat digolongkan ke dalam pendekatan *equitable* atau *ethical*. Sebab, keputusan pengujian didasarkan pada perasaan keadilan, keseimbangan dari berbagai kepentingan, dan apa yang baik dan apa yang buruk.²⁸ Memang tidak sepenuhnya masuk dalam kategori demikian, tetapi setidaknya mendekati kelompok pendekatakan ini. Secara lebih luas, pendekatan ini termasuk dalam salah satu varian pendekatan kalangan non-originalis. Selain itu, penafsiran dan jalan penyelesaian atas konstitusionalitas norma Pasal 21 Ayat (1) dikaitkan dengan Pasal 77 KUHAP yang diberikan MK juga dapat dibaca dari

sudut pandang arah politik hukum pemajuan dan perlindungan HAM yang hendak diletakkan Mahkamah Konstitusi. Dengan menggunakan tolok ukur standar internasional terkait penahanan terhadap seseorang dalam sebuah proses peradilan, ketentuan Pasal 9 Kovenan Internasional tentang hak Sipil dan Politik dapat disimak. Ketentuan tersebut berbunyi:

Pasal 9

1. Setiap orang berhak atas kemerdekaan dan keamanan pribadi. Tidak seorang pun dapat ditangkap atau ditahan secara sewenang-wenang. Tidak seorang pun dapat dirampas kebebasannya kecuali berdasarkan alasan-alasan yang sah, dan sesuai dengan prosedur yang ditetapkan oleh hukum.
2. Siapa pun yang ditangkap harus diberitahu, pada saat penangkapan, alasan-alasan penangkapannya, dan harus segera diberitahu mengenai tuduhan yang dikenakan padanya.
3. Siapa pun yang ditangkap atau ditahan berdasarkan tuduhan pidana harus segera dibawa ke hadapan hakim atau pejabat lain yang diberi kewenangan oleh hukum untuk melaksanakan kekuasaan peradilan, dan berhak untuk diadili dalam jangka waktu yang wajar, atau dibebaskan. Seharusnya bukan merupakan ketentuan umum bahwa orang yang menunggu pemeriksaan pengadilan harus ditahan, tetapi pembebasan dapat dilakukan dengan syarat jaminan untuk hadir pada waktu pemeriksaan pengadilan, pada tahap lain dari proses peradilan, dan, apabila dibutuhkan, pada pelaksanaan putusan pengadilan.
4. Siapa pun yang dirampas kemerdekaannya dengan cara penangkapan atau penahanan, mempunyai hak untuk disidangkan di depan pengadilan, agar pengadilan tanpa menunda-nunda dapat menentukan keabsahan penangkapannya, dan memerintahkan pembebasannya apabila penahanan tersebut tidak sah menurut hukum.
5. Setiap orang yang telah menjadi korban penangkapan atau

penahanan yang tidak sah berhak mendapat ganti rugi yang harus dilaksanakan.

Lebih jauh, dalam poin pertama Komentar Umum 8 Komite Hak Asasi Manusia, Pasal 9, dinyatakan lagi :

Adalah benar bahwa beberapa dari ketentuan Pasal 9 (sebagian dari Ayat 2 dan keseluruhan Ayat 3) hanya berlaku bagi orang-orang yang dikenai dakwaan pidana. Tetapi selebihnya, dan secara khusus pentingnya jaminan yang ditetapkan di Ayat 4, misalnya hak atas kontrol oleh pengadilan atas legalitas (sah atau tidaknya) suatu penahanan, berlaku bagi semua orang yang dirampas kemerdekaannya melalui penangkapan atau penahanan.²⁹

Berdasarkan kovenan di atas, langkah penahanan oleh otoritas hukum di sebuah negara dalam rangka penegakan hukum dapat dibenarkan. Hanya saja, penahanan tidak bersifat wajib. Penahanan tidak perlu dilakukan jika si tersangka dapat dijamin untuk dapat hadir pada waktu pemeriksaan di semua proses peradilan. Penahanan boleh dilakukan jika memiliki alasan yang sah serta menurut prosedur yang legal pula.

Selain itu, kovenan juga menentukan bahwa terhadap seseorang yang ditahan secara tidak sah mesti diberikan hak mendapatkan ganti rugi. Pengujian akan sah atau tidaknya sebuah penahanan juga dapat dan harus dibuktikan melalui mekanisme yang disediakan untuk itu. Secara implisit, kovenan pada prinsipnya tidak melarang penangkapan yang juga didasarkan pada pertimbangan subyektif penyidik. Hal itu dapat dipahami dari frasa “... *Seharusnya bukan merupakan ketentuan umum bahwa orang yang menunggu pemeriksaan pengadilan harus ditahan, tetapi pembebasan dapat dilakukan dengan syarat jaminan untuk hadir pada waktu pemeriksaan pengadilan,....*” Ketentuan tersebut menjadi dasar keabsahan pertimbangan subyektifitas penegak hukum dalam melakukan penahanan. Pada saat bersamaan, kewenangan penahanan juga harus dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Jika tidak, seseorang yang ditahan secara tidak sah dapat menuntut ganti rugi atas penahanan yang dilakukan terhadapnya.

Bercermin dari uraian di atas, penafsiran hukum MK terhadap kepastian hukum terkait kewenangan penahanan atas dasar pertimbangan subyektif yang dimuat dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP sejalan dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia yang berlaku secara universal. Politik hukum hak asasi manusia yang dibangun MK melalui putusan dalam pengujian Pasal 21 KUHAP dapat dinilai kondusif bagi perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia dalam proses penegakan hukum, khususnya terkait penggunaan upaya paksa berupa penahanan.

1.2. Lembaga Praperadilan

Setidaknya ada tiga permohonan pengujian undang-undang yang diputus dikabulkan dan ditolak oleh Mahkamah Konstitusi, yaitu permohonan Nomor 65/PUU-IX/2011, permohonan Nomor 76/PUU-X/2012 dan permohonan Nomor 98/PUU-X/2012.

Dalam perkara Nomor 65/PUU-IX/2011, Tjetje Iskandar selaku warga Negara bertindak sebagai Pemohon mengajukan permohonan pengujian terhadap Pasal 83 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP. Permohonan ini terkait dengan tidak tersedianya mekanisme banding bagi pemohon praperadilan yang tidak menerima putusan hakim praperadilan. Pemohon berasalan, tidak disediakannya mekanisme banding terhadap putusan praperadilan, kecuali putusan yang menyatakan tidak sahnya penghentian penyidikan dan penuntutan adalah diskriminatif dan tidak memberikan kepastian hukum. Pasal 83 KUHAP tersebut sangat diskriminatif, ironis dan tidak adil.³⁰ Lebih jauh, Pemohon juga mendalilkan, keberlakuan Pasal 83 KUHAP akan tetap menimbulkan *abuse of power* yang tiada henti-hentinya atau akan berlangsung secara terus menerus oleh penyidik Polri dan berakibat/menimbulkan/muncul/terjadi secara terus-menerus berlangsungnya sistem kekuasaan yang tidak terkendali untuk/atau dengan maksud/tujuan untuk memberangus/melumpuhkan hak konstitusional maupun hak asasi para pencari keadilan.³¹

Terhadap permohonan perkara ini, MK memutuskan mengabulkan sebagian. Dalam diktum putusannya, MK menyatakan

mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian, menyatakan Pasal 83 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.³² Putusan tersebut didasarkan atas pertimbangan bahwa Pasal 83 ayat (2) KUHAP bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945 karena tidak mempersamakan kedudukan warga negara di dalam hukum dan pemerintahan serta tidak memberikan kepastian hukum yang adil. Ketentuan tersebut dinilai telah memperlakukan secara berbeda antara tersangka/terdakwa di satu pihak dan penyidik serta penuntut umum di pihak lain dalam melakukan upaya hukum banding terhadap putusan praperadilan. Ketentuan demikian tidak sesuai dengan filosofi diadakannya lembaga praperadilan yang justru menjamin hak-hak tersangka/terdakwa sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai manusia.³³ Lebih jauh MK menilai untuk memperlakukan sama antara tersangka/terdakwa dan penyidik serta penuntut umum dalam Pasal 83 ayat (2) KUHAP tersebut terdapat dua alternatif yaitu: (1) memberikan hak kepada tersangka/terdakwa untuk mengajukan permohonan banding; atau (2) menghapuskan hak penyidik dan penuntut umum untuk mengajukan permohonan banding.³⁴

Sebagai solusinya, MK menilai, oleh karena filosofi diadakannya lembaga praperadilan sebagai peradilan yang cepat, untuk memberikan perlakuan yang sama terhadap tersangka/terdakwa dan penyidik serta penuntut umum maka yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 adalah pemberian hak banding kepada penyidik dan penuntut umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 83 ayat (2) KUHAP.³⁵

Pertimbangan-pertimbangan hukum yang diberikan MK dalam Perkara Nomor 65/PUU-IX/2011 secara prinsip semakin memperkuat posisi praperadilan yang juga dibahas dan dipertimbangkan dalam perkara Nomor 018/PUU-IV/2006. Di mana, MK mempertegas bahwa keberadaan lembaga praperadilan adalah untuk memberikan perlakuan yang sama terhadap tersangka/terdakwa. Pada saat bersamaan juga untuk memberikan kepastian bagi upaya penahanan yang dilakukan terhadap seseorang yang diduga melakukan tindak pidana.

Satu tahun setelah itu, pengaturan praperadilan kembali dipersoalkan melalui perkara pengujian undang-undang Nomor 76/PUU-X/2012 dan Perkara Nomor 98/PUU-X/2012.

Perkara Nomor 76/PUU-X/2012 diajukan oleh Ir. Fadel Muhammad. Pemohon mengajukan pengujian terhadap ketentuan Pasal 80 KUHAP. Berikut alasan yang dikemukakan Pemohon sebagai dalil permohonan:

1. Frasa “Pihak ketiga yang berkepentingan” dalam Pasal 80 KUHAP dapat dikategorikan istilah yang mengandung “kurang jelas pengertiannya” (*unplain meaning*), sehingga telah menimbulkan perbedaan penafsiran dalam penerapan. Ada pihak yang menafsirkan secara sempit hanya sebatas saksi korban tindak pidana atau pelapor, sebaliknya ada juga yang menafsirkan lebih luas meliputi masyarakat luas yang diwakili oleh LSM.³⁶
2. Konsekuensi dari tidak diaturnya secara tegas dan jelas terhadap pengertian mengenai pihak ketiga yang berkepentingan tersebut dalam praktik timbul perbedaan interpretasi yang diberikan oleh para hakim khususnya yang memeriksa dan memutus mengenai sah atau tidaknya penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan. Keadaan yang demikian justru merupakan keadaan yang berpotensi menciptakan keadaan yang jauh dari rasa kepastian hukum bagi seseorang yang pernah dinyatakan sebagai tersangka yang kemudian dihentikan penyidikannya karena alasan tidak cukup bukti.³⁷
3. Lebih jauh Pemohon mendalilkan, penafsiran Pasal 80 KUHAP sepanjang frasa “Pihak Ketiga Yang Berkepentingan” dilekatkan kepada LSM, justru akan menimbulkan ketidakadilan bagi seseorang yang telah dinyatakan tidak cukup bukti dan proses pemeriksaannya dihentikan dengan menerbitkan SP-3. Jika LSM ditafsirkan sebagai “Pihak ketiga yang berkepentingan” padahal bukan sebagai pihak yang dimaksud oleh pembentuk Undang-Undang, maka proses praperadilan tersebut justru akan meniadakan prinsip

kepastian hukum yang kaidahnya diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.³⁸

4. Pemohon meminta agar frasa “Pihak Ketiga yang Berkepentingan” dalam Pasal 80 KUHAP bertentangan dengan UUD Negara RI 1945, sepanjang tidak dimaknai termasuk pula Lembaga Swadaya Masyarakat sebagai subjek hukum yang dapat mengajukan hak gugat dalam praperadilan.³⁹

Terhadap permohonan tersebut Mahkamah memutuskan menolak permohonan Pemohon atas alasan :

Walaupun KUHAP tidak memberikan interpretasi yang jelas mengenai siapa saja yang dapat dikategorikan sebagai pihak ketiga yang berkepentingan, namun menurut Mahkamah, yang dimaksud dengan pihak ketiga yang berkepentingan bukan hanya saksi korban tindak pidana atau pelapor tetapi harus juga diinterpretasikan secara luas. Dengan demikian, interpretasi mengenai pihak ketiga dalam pasal *a quo* tidak hanya terbatas pada saksi korban atau pelapor saja tetapi juga harus mencakup masyarakat luas yang dalam hal ini bisa diwakili oleh perkumpulan orang yang memiliki kepentingan dan tujuan yang sama yaitu untuk memperjuangkan kepentingan umum (*public interests advocacy*) seperti Lembaga Swadaya Masyarakat atau Organisasi Masyarakat lainnya karena pada hakikatnya KUHAP adalah instrumen hukum untuk menegakan hukum pidana. Hukum pidana adalah hukum yang ditujukan untuk melindungi kepentingan umum.⁴⁰

Lebih lanjut, Mahkamah Konstitusi juga memberikan penafsiran terhadap maksud kepastian hukum dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD Negara RI 1945 dalam kaitannya dengan keberadaan Pasal 80 KUHAP. Tafsir tersebut dimuat dalam pertimbangan berikut :

Menurut Mahkamah, hak konstitusional yang dimaksudkan

dalam Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 tidaklah dimaksudkan untuk menjamin agar seseorang yang telah mendapatkan SP3 tidak dapat diajukan praperadilan hanya dengan alasan untuk menjamin dan melindungi kepastian hukum. Kepastian hukum yang dimaksudkan adalah kepastian hukum yang adil serta adanya perlakuan yang sama di hadapan hukum. Ketentuan yang terdapat dalam Pasal 80 KUHAP bukan hanya dimaksudkan untuk melindungi kepentingan tersangka seperti Pemohon, tetapi dalam pengertian luas dimaksudkan pula untuk melindungi kepentingan seluruh warga negara Indonesia.⁴¹

Norma yang diuji dalam perkara Nomor 76/PUU-X/2012 kembali diuji melalui perkara Nomor 98/PUU-X/2012. Permohonan pengujian perkara ini diajukan oleh Perkumpulan Masyarakat Anti Korupsi (MAKI) selaku badan hukum. Ketentuan yang dimohonkan untuk diuji sama, yaitu Pasal 80 UU KUHAP yang berbunyi: “*Permintaan untuk memeriksa sah atau tidaknya suatu penghentian penyidikan atau penuntutan dapat diajukan oleh penyidik atau penuntut umum atau pihak ketiga yang berkepentingan kepada ketua pengadilan negeri dengan menyebutkan alasannya*”. Khususnya frasa “*pihak ketiga yang berkepentingan*”. Ketentuan tersebut dinilai bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D Ayat (1), Pasal 28H Ayat (2) dan Pasal 27 Ayat (1) UUD 1945.

Pemohon mendalilkan, seharusnya, frasa “*pihak ketiga yang berkepentingan*” ditafsirkan secara luas, tidak terbatas hanya saksi korban dan pelapor, melainkan juga meliputi masyarakat luas yang diwakili oleh lembaga swadaya masyarakat (LSM).⁴² Lebih jauh Pemohon mendalilkan, dalam praktiknya tafsir terhadap frasa “*pihak ketiga yang berkepentingan*” sepenuhnya diserahkan kepada hakim praperadilan. Sehingga dalam beberapa kasus, pendapat hakim berbeda-beda. Sebagai contoh, berdasarkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 09/Pid.Prap/2006/PN.Jkt.Sel., Nomor 10/Pid.Prap/2006/PN.Jkt.Sel., Nomor 11/Pid.Prap/2006/PN.Jkt.Sel., tanggal 12 Juni 2006, pengadilan mengakui dan menerima LSM sebagai *pihak ketiga yang Berkepentingan*. Namun Putusan

Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 13/Pid.Prap/2006/PN.Jkt. Sel., 8 November 2003 justru tidak mengakui dan tidak menerima LSM sebagai Pihak Ketiga yang berkepentingan.⁴³ Dengan alasan yang dikemukannya, Pemohon meminta agar

Pasal 80 KUHAP berlaku secara bersyarat (*conditionally constitutional*), yaitu konstitusional sepanjang dimaknai “*Pihak Ketiga yang Berkepentingan*” adalah *setiap warga negara, masyarakat luas yang diwakili LSM atau organisasi kemasyarakatan*” sesuai maksud, tujuan, dan pembidangan LSM dan atau ormas tersebut sesuai dengan bobot keperluan umum atau kepentingan publik yang terganggu akibat suatu tindak pidana yang menimbulkan korban orang banyak atau masyarakat luas (setidak-tidaknya korban meluas adalah akibat tindak pidana korupsi, narkoba, dan terorisme).⁴⁴

Terhadap permohonan tersebut, Mahkamah Konstitusi memutuskan mengabulkan permohonan Pemohon dan menyatakan frasa “*pihak ketiga yang berkepentingan*” dalam Pasal 80 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “*termasuk saksi korban atau pelapor, lembaga swadaya masyarakat atau organisasi kemasyarakatan*”.⁴⁵

Putusan tersebut didasarkan pada pertimbangan bahwa alasan permohonan yang diajukan Pemohon sejalan dengan pertimbangan Mahkamah terhadap perkara Nomor 76/PUU-X/2012. Di mana “frasa pihak ketiga yang berkepentingan” ditafsirkan secara luas, tidak hanya terbatas pada saksi korban dan pelapor saja.

Dua putusan terakhir terkait praperadilan sebagaimana diuraikan di atas merupakan dua permohonan yang saling bertolak belakang. Pemohon perkara Nomor 76/PUU-X/2012 memohon agar frasa “pihak ketiga yang berkepentingan” ditafsirkan secara sempit. Sedangkan Pemohon perkara Nomor 98/PUU-X/2012 meminta agar frasa tersebut ditafsirkan secara luas. Secara konsisten Mahkamah menafirkan maksud frasa “pihak ketiga yang berkepentingan” tidak saja saksi korban atau pelapor, melainkan juga masyarakat luas yang

diwakili oleh Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM).

Dari sisi maksud kepastian hukum, penafsiran Mahkamah Konstitusi sudah tepat. Sebab, sekalipun pihak ketiga (termasuk LSM) diberi hak mengajukan praperadilan bukan berarti hak seseorang atas kepastian hukum akan terlanggar. Sebab, penegakan hukum pidana adalah dalam rangka menjamin keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat luas. Masyarakat berhak atas tegak dan berjalannya hukum secara pasti dan tegas.

Dalam hal ini, wewenang penyidik untuk menangkap ataupun untuk menghentikan penyidikan harus dikontrol oleh individu yang sedang menghadapi proses hukum maupun oleh masyarakat luas yang berkepentingan untuk terlaksananya hukum secara baik. Untuk itu, lembaga praperadilan dapat dimanfaatkan secara seimbang, baik oleh individu maupun oleh masyarakat dalam mengawal proses penegakan hukum yang dapat memberikan kepastian hukum, baik kepada individu itu sendiri maupun masyarakat.

Dalam Pasal 9 angka 4, Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik jelas ditegaskan: Siapa pun yang dirampas kemerdekaannya dengan cara penangkapan atau penahanan, mempunyai hak untuk disidangkan di depan pengadilan, agar pengadilan tanpa menunda-nunda dapat menentukan keabsahan penangkapannya, dan memerintahkan pembebasannya apabila penahanan tersebut tidak sah menurut hukum.

Sekalipun hanya mengatur tentang pemeriksaan terhadap upaya penangkapan, Pasal 9 Konvensi ini pada prinsipnya tidak menutup ruang bagi keterlibatan masyarakat untuk berpartisipasi dalam mengawasi tegaknya hukum dan hak asasi manusia. Termasuk di dalamnya partisipasi untuk mendorong berjalannya proses hukum secara fair. Salah satu wujudnya adalah memberikan hak kepada masyarakat untuk mengajukan permohonan praperadilan jika mereka menilai proses tersebut tidak sesuai dengan hukum formil yang mengaturnya.

Lagi pula, praperadilan hanyalah sebuah mekanisme di mana

keabsahan tindakan penyidik diuji kebenarannya. Jika tindakan yang diambil, baik untuk menahan ataupun untuk menghentikan penyidikan sudah benar menurut pengadilan yang memeriksa, maka hal itu justru akan lebih memberikan kepastian hukum kepada individu yang ditahan ataupun kepada masyarakat umum yang mempertanyakan keputusan penghentian penyidikan.

Selanjutnya jika pengujian ketentuan KUHAP terkait praperadilan, khususnya yang berhubungan dengan dua putusan yang telah diuraikan di atas bila hendak dilihat dari kacamata penafsiran konstitusi, hakim konstitusi lebih cenderung menggunakan pendekatan penafsiran *equitable/ethical*. Walaupun demikian, hakim konstitusi dalam pengujian ini tetap merujuk pada makna kepastian hukum dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Namun lebih cenderung mempertimbangkan aspek keseimbangan kepentingan.

1.3. Saksi dan Keterangan Saksi

Ketentuan KUHAP yang dimohonkan untuk diuji meliputi ketentuan Pasal 1 angka 26 dan angka 27, Pasal 65, Pasal 116 ayat (3) dan ayat (4), Pasal 184 ayat (1) huruf a KUHAP. Permohonan ini diajukan Yusril Ihza Mahendra dengan registrasi perkara Nomor 65/PUU-VIII/2010.

Permohonan diajukan atas alasan bahwa ketentuan Pasal 65 *juncto* Pasal 116 ayat (3) KUHAP multitafsir. Adanya tafsir yang beraneka-ragam terhadap kaidah yang diatur dalam Pasal 65 *juncto* Pasal 116 ayat (3) dan ayat(4) KUHAP, akhirnya menyebabkan tersangka dan/atau terdakwa diperlakukan tidak sama di hadapan hukum. Padahal kaidah “perlakuan yang sama di hadapan hukum” tegas-tegas diatur dalam frasa terakhir ketentuan Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945.⁴⁶ Kaidah dalam kedua Pasal KUHAP tersebut, yaitu siapa saksi yang akan diminta oleh tersangka dan/atau terdakwa, semestinya, demi kepastian hukum, tidaklah dapat dipersoalkan oleh Penyidik. Biarlah hakim yang menilai apakah keterangan saksi yang menguntungkan yang diminta oleh tersangka dan/atau terdakwa itu relevan atau tidak dengan perkara pidana yang dituduhkan. Karena memutus perkara, bukanlah

kewenangan Penyidik, melainkan kewenangan hakim.⁴⁷

Lebih lanjut Pemohon juga mendalilkan sebagai berikut:

1. Definisi saksi yang kaidahnya dirumuskan dalam Pasal 1 angka 26 UU 8/1981 seperti dikemukakan di atas, hanyalah relevan dengan saksi fakta atau saksi peristiwa atau saksi yang memberatkan. Kalau dipergunakan metode penafsiran *a contrario*, maka saksi yang “tidak melihat sendiri, tidak mendengar sendiri, dan tidak mengalami sendiri suatu peristiwa pidana” bukanlah saksi atau tidak dapat dijadikan sebagai saksi. Sementara Pasal 65 *juncto* Pasal 116 ayat (3) UU 8/1981 kaidahnya mengatur tentang keberadaan saksi yang menguntungkan dan saksi *a de charge*. Sedangkan kedua jenis saksi terakhir ini, tidaklah selalu melihat sendiri, mendengar sendiri, dan mengalami sendiri terjadinya suatu peristiwa pidana. Apakah dengan demikian, saksi yang menguntungkan dan saksi *a de charge* itu harus dianggap tidak ada? Kalau dianggap tidak ada, mengapa kaidah dalam Pasal 65 *juncto* Pasal 116 UU 8/1981 mengatur keberadaannya?⁴⁸
2. Keterangan saksi menguntungkan dan saksi *a de charge* itu sangatlah penting bagi tersangka dan/atau terdakwa, walaupun mereka tidak melihat sendiri, mendengar sendiri, dan mengalami sendiri peristiwa pidana yang terjadi. Namun kesaksian mereka mempunyai keterkaitan dengan peristiwa pidana yang dituduhkan dan berguna bagi kepentingan penyidikan yang adil dan dalam rangka pembelaan seorang tersangka dan/atau terdakwa, sesuai dengan *due process of law* yang menjadi salah satu ciri negara hukum sebagaimana kaidahnya diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945.⁴⁹

Terhadap permohonan dimaksud, Mahkamah memutuskan mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian. Putusan tersebut didasarkan atas beberapa pertimbangan:

1. Pengertian saksi yang menguntungkan dalam Pasal 65 KUHP tidak dapat ditafsirkan secara sempit dengan

mengacu pada Pasal 1 angka 26 dan angka 27 KUHAP saja. Pengertian saksi dalam Pasal 1 angka 26 dan angka 27 KUHAP memberikan pembatasan bahkan menghilangkan kesempatan bagi tersangka atau terdakwa untuk mengajukan saksi yang menguntungkan baginya karena frasa “ia dengar sendiri, ia lihat sendiri dan ia alami sendiri” mensyaratkan bahwa hanya saksi yang mendengar sendiri, melihat sendiri, dan mengalami sendiri suatu perbuatan/tindak pidana yang dapat diajukan sebagai saksi yang menguntungkan. Padahal, konteks pembuktian sangkaan atau dakwaan bukan hanya untuk membuktikan apakah tersangka atau terdakwa melakukan atau terlibat perbuatan/tindak pidana tertentu; melainkan meliputi juga pembuktian bahwa suatu perbuatan/tindak pidana adalah benar-benar terjadi.⁵⁰ Arti penting saksi bukan terletak pada apakah dia melihat, mendengar, atau mengalami sendiri suatu peristiwa pidana, melainkan pada relevansi kesaksiannya dengan perkara pidana yang sedang diproses.⁵¹

2. Penyidik tidak dibenarkan menilai keterangan ahli dan/atau saksi yang menguntungkan tersangka atau terdakwa, sebelum benar-benar memanggil dan memeriksa ahli dan/atau saksi yang bersangkutan.⁵² Mahkamah menilai, kewajiban penyidik untuk memanggil dan memeriksa saksi yang menguntungkan bagi tersangka tidak berpasangan dengan kewenangan penyidik untuk menilai apakah saksi yang diajukan memiliki relevansi atau tidak dengan perkara pidana yang disangkakan, sebelum saksi dimaksud dipanggil dan diperiksa (didengarkan kesaksiannya).⁵³
3. Ketentuan pemanggilan serta pemeriksaan saksi dan/atau ahli yang menguntungkan bagi tersangka atau terdakwa, sebagaimana diatur dalam Pasal 65 *juncto* Pasal 116 ayat (3) dan ayat (4) KUHAP, harus ditafsirkan dapat dilakukan tidak hanya dalam tahap persidangan di pengadilan, tetapi juga dalam tahap penyidikan. Menegasikan hak tersangka atau terdakwa untuk mengajukan (memanggil dan memeriksa) saksi dan/atau ahli yang menguntungkan

bagi diri tersangka atau terdakwa pada tahap penyidikan, dan hanya memanggil saksi yang menguntungkan pada tahap pemeriksaan di muka pengadilan saja, merupakan pelanggaran terhadap Pasal 1 Ayat (3) dan Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945.⁵⁴

Serupa dengan pendekatan penafsiran yang digunakan dalam pengujian ketentuan KUHAP terkait penahanan dan praperadilan, dalam pengujian norma terkait saksi ini, Mahkamah Konstitusi kembali menggunakan pendekatan keseimbangan antara kepentingan terdakwa/tersangka untuk menghadirkan saksi yang meringankan dengan kewenangan penyidik untuk melaksanakan proses hukum. Penafsiran demikian masuk dalam kelompok *equitable/ethical*.

Hukum acara pidana sebagai prosedur penegakan hukum pidana wajib menjamin kepastian proses penegakan hukum yang akan dilaksanakan. Dalam hal ini, rumusan dalam undang-undang yang mengatur hukum acara pidana mesti memenuhi asas *lex certa* dan asas *lex stricta*. Di mana tidak boleh ada satu ketentuan pun yang dapat menimbulkan penafsiran yang berbeda dan kemudian membuka ruang terjadinya penyalahgunaan kewenangan dalam penegakan hukum. Di mana pada gilirannya akan membuka jalan terlanggarnya hak seseorang atas kepastian hukum yang dijamin dalam UUD Negara RI 1945.

Materi muatan terkait saksi dalam KUHAP sebagaimana yang dimohonkan untuk diuji dalam perkara ini memang memiliki tafsir ganda. Sehingga penyidik di satu pihak dapat menafsirkan sesuai pemahaman subjektifnya sendiri, sementara tersangka/terdakwa juga memiliki tafsir lain dalam rangka mempertahankan hak-haknya dalam proses hukum. Dalam praktiknya, posisi tersangka/terdakwa sering dirugikan akibat hak yang bersangkutan untuk meminta menghadirkan sanksi yang meringankan cenderung dikesampingkan penyidik. Dengan penafsiran yang diberikan MK terkait ketentuan terkait saksi ini, setidaknya, salah satu celah hukum yang berpeluang untuk terjadinya pelanggaran hak asasi manusia dalam penegakan hukum telah ditutup atau diperbaiki.

Selain itu, melalui penafsiran dalam pengujian ini, ketidakjelasan norma atau tidak tunggalnya tafsir atas satu norma dalam KUHAP dapat diselesaikan. Sehingga jaminan atas kepastian hukum bagi setiap tersangka/terdakwa dapat diberikan. Dengan demikian, langkah yang ditempuh MK dengan segala pertimbangan yang diberikan dalam putusan ini setidaknya telah meminimalisir dampak negatif potensi pelanggaran hak atas kepastian hukum yang terdapat dalam KUHAP.

1.4. Putusan Pengadilan

Terkait tema ini, terdapat empat permohonan yang diputus: dikabulkan sebagian dan ditolak. Putusan tersebut adalah Perkara Nomor 17/PUU-IX/2011 dan Nomor 114/PUU-X/2012 dikabulkan sebagian, serta Perkara Nomor 69/PUU-X/2012, Nomor 78/PUU-X/2012 dinyatakan ditolak.

Permohonan pengujian KUHAP yang diregistrasi dengan perkara Nomor 69/PUU-X/2012 diajukan oleh H. Parlin Riduansyah. Ketentuan yang dimohonkan untuk diuji adalah Pasal 197 Ayat (1) huruf k dan Ayat (2). Norma ini dinilai Pemohon telah melanggar hak konstitusional yang bersangkutan, khususnya hak yang dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD Negara RI 1945. Rumusan norma yang diatur dalam Pasal 197 ayat (1) dan (2) KUHAP dinilai Pemohon mengandung ketidakjelasan dan bersifat multitafsir, khususnya pada kata “ditahan” dan “batal demi hukum”.

Ketidakjelasan dan sifat multitafsir seperti itu membawa implikasi terhadap rumusan norma Pasal 270 KUHAP, yakni apakah jaksa sebagai eksekutor wajib menjalankan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, meskipun mereka mengetahui bahwa putusan itu batal demi hukum, atau tidak?⁵⁵ Lebih lanjut, Pemohon menjelaskan, istilah “ditahan” atau “tetap dalam tahanan” pada Pasal 197 ayat (1) huruf k KUHAP adalah sesuatu yang harus dicantumkan dalam putusan pemidanaan, dengan konsekuensi jika perintah itu tidak dicantumkan, maka putusan pengadilan tersebut batal demi hukum.⁵⁶

Terhadap permohonan tersebut, Mahkamah Konstitusi

memutuskan menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya. Diantara pertimbangan hukum yang dijadikan dasar Putusan tersebut adalah:

1. Pasal 197 ayat (1) huruf k UU 8/1981 secara formal merupakan ketentuan yang bersifat *imperative* atau *mandatory* kepada pengadilan, dalam hal ini hakim yang mengadili, yang manakala pengadilan atau hakim tidak mencantumkannya dalam putusan yang dibuatnya, maka akan menimbulkan akibat hukum tertentu. Meskipun demikian, menurut Mahkamah, secara materiil-substantif kualifikasi *imperative* atau *mandatory*-nya seluruh ketentuan dalam Pasal 197 ayat (1) *a quo* tidaklah dapat dikatakan sama atau setingkat, terlebih lagi manakala membacanya dikaitkan dengan pasal-pasal lain sebagai satu kesatuan sistem pengaturan.⁵⁷
2. Perintah supaya terdakwa ditahan, atau tetap dalam tahanan, atau dibebaskan sebagai salah satu yang harus termuat dalam putusan pemidanaan sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 197 ayat (1) huruf k UU 8/1981, yang menurut Pasal 197 ayat (2) tanpa mencantumkan perintah tersebut menyebabkan putusan batal demi hukum, adalah ketentuan yang mengingkari kemungkinan hakim sebagai hamba Tuhan yang tidak sempurna yang dapat membuat kekeliruan, baik disengaja maupun tidak disengaja, dengan tidak mencantumkan perintah supaya terdakwa ditahan, atau tetap dalam tahanan, atau dibebaskan.⁵⁸
3. Bahwa ketika dalam perkara pidana yang harus dibuktikan adalah kebenaran materiil, dan saat kebenaran materiil tersebut sudah terbukti dan oleh karena itu terdakwa dijatuhi pidana, namun karena ketiadaan perintah supaya terdakwa ditahan atau tetap dalam tahanan atau dibebaskan yang menyebabkan putusan batal demi hukum, sungguh merupakan suatu ketentuan yang jauh dari substansi keadilan, dan lebih mendekati keadilan prosedural atau keadilan formal semata;⁵⁹

Berdasarkan pertimbangan di atas, Mahkamah menolak

permohonan Pemohon. Pada saat bersamaan, Mahkamah juga memberikan tafsir atau makna terhadap ketentuan Pasal 197 ayat (2) huruf “k” KUHAP dengan menyatakan: Pasal 197 ayat (2) huruf “k” Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana bertentangan dengan UUD Negara RI 1945, apabila diartikan surat putusan pidana yang tidak memuat ketentuan Pasal 197 ayat (1) huruf k Undang-Undang *a quo* mengakibatkan putusan batal demi hukum. Pasal 197 ayat (2) huruf “k” KUHAP tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, apabila diartikan surat putusan pidana yang tidak memuat ketentuan Pasal 197 ayat (1) huruf k Undang-Undang *a quo* mengakibatkan putusan batal demi hukum.⁶⁰

Jika dilacak lebih jauh pertimbangan-pertimbangan hukum perkara Nomor 69/PUU-X/2012, pada dasarnya MK tidak hanya sekedar hendak memberikan kepastian hukum atas norma yang diuji, melainkan juga “membentuk tatanan baru” terkait surat putusan pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 197 ayat (1) huruf k dan Pasal 197 ayat (2) 199 KUHAP. Sebab, putusan ini tidak lagi sekedar memberikan tafsir atas frasa “ditahan atau tetap dalam tahanan” dalam arti perintah untuk melakukan eksekusi putusan yang bersifat pidana,⁶¹ melainkan menciptakan sebuah konstruksi baru, di mana putusan pidana yang tidak memuat ketentuan Pasal 197 ayat (1) huruf k adalah sah.⁶²

Mahkamah Konstitusi secara jelas menghilangkan ketentuan Pasal 197 ayat (2) huruf k sebagai salah satu syarat imperatif yang harus dicantumkan dalam surat pidana. Hal ini dapat dipahami secara gamblang dari amar putusan MK poin 2.3. putusan ini yang berbunyi: Pasal 197 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana selengkapnya menjadi, “*Tidak dipenuhinya ketentuan dalam ayat (1) huruf a, b, c, d, e, f, h, j, dan l pasal ini mengakibatkan putusan batal demi hukum*”. Di mana huruf k tidak lagi menjadi bagian dari Pasal 197 ayat (2). Itu berarti pencantuman perintah penahanan untuk melaksanakan putusan pengadilan tidak lagi menjadi syarat wajib dalam surat pidana.

Dua pendapat berbeda terhadap putusan ini menarik untuk disimak. M. Akil Mochtar berpendapat, Hukum pidana memiliki

karakteristik dasar yang menuntut adanya prinsip kejelasan (*lex certa*). Kejelasan tersebut dapat menimbulkan rigiditas (kekakuan). Salah satu model penerapan aturan yang kaku adalah dalam hal pemuatan persyaratan isi surat putusan pemidanaan yang diatur dalam Pasal 197 UU 8/1981. Pada Pasal 197 ayat (1) UU 8/1981 disebutkan secara rinci hal-hal yang harus termuat dalam surat putusan. Kemudian, sebagai konsekuensinya bila beberapa persyaratan dalam Pasal 197 ayat (1) tidak dimuat maka dapat menyebabkan putusan menjadi batal demi hukum.⁶³ Lebih lanjut, ia menyimpulkan, demi mencegah adanya ketidakadilan, terutama terhadap status hukum pencari keadilan, Mahkamah seharusnya mengabulkan permohonan pemohon dengan menyatakan bahwa Pasal 197 ayat (1) huruf k UU 8/1981 merupakan persyaratan mutlak yang harus ada dalam isi surat putusan pemidanaan dan tidak dicantulkannya persyaratan tersebut dalam surat putusan mengakibatkan putusan menjadi batal demi hukum.⁶⁴

Berbeda dengan M. Akil Mochtar, Hamdan Zoelva beralasan, Mahkamah tidak perlu menambahkan atau memaknai lagi Pasal 197 ayat (2) huruf k UU 8/1981 karena jelas dalam uraian pertimbangan Mahkamah bahwa Pasal 197 ayat (2) huruf k adalah tidak bersifat *imperative* sehingga permohonan Pemohon ditolak. Jika Mahkamah memberi makna lain dari Pasal 197 ayat (2) huruf k UU 8/1981, maka hal itu, melampaui kewenangan Mahkamah untuk memutuskan sesuatu yang di luar bahkan sama sekali bertentangan dengan permohonan Pemohon.⁶⁵ Akil lebih menekankan pada keberadaan Pasal 197 ayat (1) huruf k yang harus tetap menjadi syarat wajib dalam surat pemidanaan. Sementara Hamdan lebih pada alasan perlu tidaknya memberikan tafsir atas ketentuan Pasal 197 ayat (2) huruf k.

Pendapat berbeda yang dikemukakan hakim M. Akil Mochtar kiranya jauh lebih tepat jika hendak didekati dari maksud kepastian hukum dalam penegakan hukum pidana serta kepastian hukum yang dikehendaki Pasal 28D ayat (1) UUD Negara RI 1945. Sebab, sudah seharusnya putusan yang akan menjadi dasar untuk membatasi atau mengekang kebebasan seseorang atau bahkan menghilangkan nyawa seseorang memberikan perintah secara jelas tentang apa-apa saja yang harus dilaksanakan kepada orang yang dinyatakan

bersalah. Termasuk perintah untuk menahan atau tetap ditahan jika ia dinyatakan bersalah.

Alasan bahwa ketiadaan perintah untuk ditahan atau tetap dalam tahanan hanya akan memenuhi keadilan prosedural, bukan keadilan substansial sebagaimana didalilkan Mahkamah tidaklah tepat jika didekati dengan keharusan agar adanya kepastian bagi nasib seseorang yang akan menjalani pidana sesuai putusan pengadilan.

Bagaimana mungkin kepastian nasib seseorang dapat dijamin, sementara putusan pengadilan yang akan menjadi dasar penentuan nasib yang bersangkutan tidak mencantumkan secara tegas perintah pelaksanaan sanksi terhadapnya? Jika perintah ditahan atau tetap dalam tahanan tidak lagi menjadi syarat imperatif yang harus dimuat dalam surat putusan pemidanaan, lalu apakah yang akan menjadi dasar hukum bagi jaksa untuk melakukan eksekusi terhadap orang-orang yang telah diputus bersalah oleh pengadilan? Benar bahwa jaksa memiliki kewenangan mengeksekusi putusan pengadilan. Namun dasar untuk menahan seseorang yang dinyatakan bersalah dalam rangka mengeksekusinya harus dengan perintah dari pengadilan yang menyatakan seseorang tersebut bersalah. Kewenangan mengeksekusi hanyalah kewenangan mati atau hanya sebuah fungsi yang melekat pada jaksa sebagai penuntut umum. Di mana fungsi tersebut hanya bisa dijalankan (atau diperankan) ketika pengadilan memerintahkan untuk melakukan eksekusi dalam bentuk menahan seseorang. Pada saat ada perintah itulah, kewenangan eksekusi jaksa menjadi “hidup” dan dapat dijalankan.

Dalam konteks itulah sebetulnya Pasal 197 ayat (1) huruf k mesti dipahami. Sehingga kepastian hukum bagi seseorang yang dinyatakan bersalah dapat diberikan. Di mana jaksa sebagai eksekutor hanya sekedar melaksanakan putusan pengadilan sesuai dengan perintah yang termuat dalam surat pemidanaan. Bukan melakukan sesuatu yang tidak diperintahkan kepadanya. Harus diingat, dalam konteks pelaksanaan putusan, jaksa hanyalah eksekutor. Oleh karena itu, tidak terdapat sesuatu pun yang dapat diinterpretasi lain selain melaksanakan apa yang diperintahkan putusan pengadilan.

Sesuai uraian di atas, sekalipun ini sudah menjadi pilihan sikap Mahkamah Konstitusi, namun dalam satu sudut pandang, putusan tersebut dinilai sangat potensial untuk terjadinya ketidakpastian hukum bagi seseorang yang akan menjalani pidana dan dasar kewenangan jaksa untuk melaksanakan eksekusi putusan pengadilan. Jika putusan pengujian Pasal 197 ayat (1) huruf k ini dilihat dari perspektif penafsiran konstitusi, sekalipun terdapat pertimbangan yang menyatakan bahwa ditolaknya permohonan ini karena hendak memenuhi keadilan substansial atau memenuhi rasa keadilan,⁶⁶ namun yang jauh lebih dominan adalah penafsiran yang didasarkan kepada kondisi atau realitas penegakan hukum yang dilakukan badan-badan peradilan di bawah Mahkamah Agung, termasuk Mahkamah Agung. Realitas di mana mayoritas putusan pengadilan tinggi maupun putusan Mahkamah Agung tidak memuat Pasal 197 ayat (1) huruf k. Hal ini yang lebih mempengaruhi Mahkamah Konstitusi dalam memberikan menafsirkan Pasal 197 ayat (1) huruf k dan Pasal 197 ayat (2) KUHAP. Pendekatan penafsiran seperti ini dikenal dengan penafsiran naturalis.

Selain itu, putusan ini memberi kesan, Mahkamah Konstitusi hanya hendak menjawab persoalan untuk jangka pendek. Sebab, dalam beberapa kasus, orang yang telah diputus bersalah tidak bersedia dieksekusi karena putusan dinilai batal demi hukum karena tidak mencantumkan ketentuan Pasal 197 ayat (1) huruf k. Sementara untuk jangka panjang, sekalipun ini merupakan pilihan sikap Mahkamah, putusan ini diyakini akan menimbulkan persoalan terkait kepastian hukum bagi seseorang yang dinyatakan bersalah namun tidak ada perintah untuk menahan atau tetap ditahan dalam surat pidana terhadapnya. Dalam perspektif politik pemajuan hak asasi manusia, putusan ini dapat mengganggu pencapaian kepastian hukum bagi seseorang yang dinyatakan bersalah melakukan tindak pidana.

Selain perkara di atas, perkara lainnya yang juga berkenaan dengan putusan pengadilan adalah pengujian ketentuan Pasal 244 KUHAP. Perkara Nomor 114/PUU-X/2012 ini diajukan Dr. H. Idrus sebagai perorangan warga negara. Norma yang diuji adalah Pasal

244 KUHAP yang berbunyi : “*Terhadap putusan perkara pidana yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan lain selain daripada Mahkamah Agung, terdakwa atau Penuntut Umum dapat mengajukan permintaan pemeriksaan kasasi kepada Mahkamah Agung kecuali terhadap putusan bebas.*” Pemohon beralasan, Pasal 244 KUHAP menimbulkan dua penafsiran yang berbeda. Sebab, diartikan dalam dua makna, bebas murni dan bukan bebas murni. Dari sudut pandang terdakwa, Penuntut Umum tidak boleh kasasi, namun dari sudut pandang Penuntut Umum maka boleh kasasi.⁶⁷ Sehingga norma Pasal 244 KUHAP dianggap telah menimbulkan ketidakpastian bagi Pemohon dan bahwa ketidakpastian ini telah merugikan hak konstitusionalnya sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.⁶⁸

Terhadap permohonan ini, Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian. Dalam amar putusannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan frasa, “*kecuali terhadap putusan bebas*” dalam Pasal 244 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana bertentangan dengan UUD Negara RI 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.

Putusan tersebut diberikan atas pertimbangan:

1. Dalam kenyataan selama ini menunjukkan bahwa terhadap beberapa putusan bebas yang dijatuhkan oleh pengadilan yang berada di bawah Mahkamah Agung, memang tidak diajukan permohonan banding, akan tetapi diajukan permohonan kasasi dan Mahkamah Agung mengadilinya. Padahal, menurut ketentuan Pasal 244 KUHAP terhadap putusan bebas tidak boleh dilakukan upaya hukum kasasi. Hal itu mengakibatkan terjadinya ketidakpastian hukum dalam praktik karena terjadinya kontradiksi dalam implementasi pasal tersebut. Di satu pihak pasal tersebut melarang upaya hukum kasasi, namun di lain pihak Mahkamah Agung dalam praktiknya menerima dan mengadili permohonan kasasi terhadap putusan bebas yang dijatuhkan oleh pengadilan di bawahnya.⁶⁹

2. Dalam penegakan hukum dan keadilan, terkandung juga makna bahwa yang benar itu harus dinyatakan benar, dan yang salah itu harus dinyatakan salah. Dalam hubungan itu, putusan bebas yang dijatuhkan oleh pengadilan yang berada di bawah Mahkamah Agung kemudian dimohonkan pemeriksaan kasasi, tidak boleh diartikan bahwa Mahkamah Agung pasti menyatakan terdakwa bersalah dan dijatuhi pidana. Bisa saja Mahkamah Agung sependapat dengan pengadilan yang berada di bawahnya. Artinya terdakwa tetap dibebaskan dalam putusan kasasi. Dalam keadaan ini, berarti fungsi Mahkamah Agung sebagai pengadilan negara tertinggi tetap terselenggara, dan hukum serta keadilan tetap ditegakkan.⁷⁰

Pada pertimbangan point satu di atas, pada dasarnya Mahkamah Konstitusi menilai Pasal 244 KUHAP tegas mengatur bahwa terhadap putusan bebas tidak boleh dilakukan upaya hukum kasasi. Artinya secara normatif, ketentuan ini tetap memiliki kepastian hukum. Tidak ada persoalan terkait norma. Ketidakpastian justru terjadi dalam implementasi ketentuan tersebut, di mana Mahkamah Agung tetap mengadili permohonan kasasi yang diajukan terhadap putusan bebas. Bukan pada normanya.

Walaupun demikian, Mahkamah Konstitusi tetap mengadili dan mengabulkan sebagian permohonan Pemohon. Dengan begitu, Mahkamah Konstitusi sebetulnya tidak lagi hanya sekedar menguji keberadaan norma, tetapi juga mengadili implementasi norma. Sebab, yang terjadi adalah ketidaksesuaian antara norma dengan praktik yang dilakukan Mahkamah Agung yang menimbulkan ketidakpastian hukum. Bukan ketidakpastian rumusan norma.

Sesuai dengan pertimbangan pada point 2 di atas, tindakan Mahkamah Agung menyimpangi ketentuan Pasal 244 KUHAP dinilai konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu, frasa “kecuali putusan bebas” pun dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan demikian, upaya kasasi terhadap putusan bebas adalah sah. Sedangkan rumusan Pasal 244 KUHAP menjadi dalam arti :*Terhadap*

putusan perkara pidana yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan lain selain daripada Mahkamah Agung, terdakwa atau Penuntut Umum dapat mengajukan permintaan pemeriksaan kasasi kepada Mahkamah Agung”.

Pada konteks ini, Mahkamah Konstitusi tidak lagi hanya sekedar menguji konstusionalitas keberadaan norma, melainkan juga menguji apakah tindakan lembaga negara yang tidak sesuai dengan undang-undang konstusional atau tidak. Dalam hal ini, menguji tindakan Mahkamah Agung dalam mengadili permohonan kasasi terhadap putusan bebas. Hal ini ditentang oleh salah seorang hakim konstitusi, Harjono. Menurutnya, praktik bukanlah rujukan untuk menyatakan sebuah undang-undang bertentangan dengan Undang Undang Dasar dan justru pengujian undang-undang seringkali dimaksudkan untuk mengoreksi apakah praktik yang berlaku telah sesuai dengan konstitusi.⁷¹ Lebih lanjut Harjono menilai, dengan dihilangkannya frasa “kecuali putusan bebas” Pasal 244 KUHAP maka secara fundamental telah merobohkan sistem KUHAP, yang implikasinya akan memandulkan banyak pasal KUHAP yang lain, padahal penghilangan tersebut tidak ada dasar konstusionalnya.⁷²

Dalam satu sudut pandang, pendapat Hakim Harjono tepat. Semestinya, sebagai penafsir konstitusi (*the interpreter of constitution*), Mahkamah Konstitusi seharusnya hanya menjadikan konstitusi sebagai pijakan untuk menafsirkan sebuah norma, bukan praktik. Sedangkan dalam pengujian ini, justru kepastian hukum dinilai oleh MK berdasarkan praktik yang dilakukan Mahkamah Agung dalam mengimplementasikan Pasal 244 KUHAP.

Cara penafsiran Mahkamah Konstitusi dalam pengujian ini lebih dekat pada penafsiran yang didasarkan pada kondisi lapangan yang terjadi. Hal ini dikenal dengan pendekatan naturalis dalam konsep penafsiran konstitusi. Sedangkan Hakim Harjono memilih untuk berada pada penafsiran dengan pendekatan *functional/structuralist*, di mana ia lebih melihat pada struktur hukum dan kaitannya dengan sejarah pembentukan KUHAP yang memiliki semangat perlindungan hak-hak tersangka atau terdakwa dalam proses hukum.

Adapun dari aspek hukum hak asasi manusia, langkah Mahkamah Konstitusi membuka ruang atau membenarkan praktik kasasi atas putusan bebas tidak serta merta akan mengurangi hak seorang tersangka atau terdakwa. Sebagaimana ditulis pada pertimbangan nomor 2 di atas, sekalipun Mahkamah Agung memeriksa dan memutus permohonan kasasi putusan bebas, bukan berarti seorang tersangka akan diputus bersalah. Bisa jadi seseorang tersebut tetap diputus bebas jika permohonan kasasi jaksa ditolak Mahkamah Agung. Oleh karena itu, sekalipun terjadi perubahan terhadap makna Pasal 244 KUHAP, tafsir Mahkamah Konstitusi dapat dikatakan masih dalam batas memberikan kepastian hukum, baik bagi nasib seseorang yang menjalani proses hukum maupun terhadap proses hukum itu sendiri.

Masalah lainnya dalam KUHAP yang berkaitan dengan putusan pengadilan yang dimohonkan untuk diuji adalah ketentuan Pasal 226 ayat (1) KUHAP. Permohonan ini dimohonkan oleh Iwan Kurniawan selaku perorangan warga negara dalam Perkara Nomor 17/PUU-IX/2011. Pasal 226 ayat (1) yang berbunyi : *“Petikan surat putusan pengadilan diberikan kepada terdakwa atau Penasihat Hukumnya segera setelah putusan diucapkan.”* Ketentuan tersebut dinilai Pemohon hanya menunjuk pada *“Petikan putusan”*, bukan putusan secara lengkap. Oleh karena itu, Pemohon meminta agar Pasal 226 ayat (1) KUHAP dinyatakan inkonstitusional sepanjang tidak diberi makna: *“Putusan lengkap harus ditandatangani oleh hakim yang memutus dan Panitera yang turut bersidang, dan wajib diberikan kepada para pihak berperkara segera seketika setelah putusan diucapkan.”*⁷³

Terhadap permohonan ini, Mahkamah Konstitusi memutuskan menolak permohonan Pemohon. Mahkamah Konstitusi beralasan, kekuasaan kehakiman memiliki asas untuk menyelenggarakan peradilan cepat, sederhana, dan berbiaya ringan yang diadopsi dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, namun pada praktiknya, penerapan prinsip peradilan tersebut tidaklah sama. Oleh sebab itu, ketentuan Pasal 226 ayat (1) KUHAP yang menetapkan, *“Petikan surat putusan pengadilan diberikan kepada terdakwa atau penasihat hukumnya segera setelah putusan diucapkan”* merupakan kebijakan hukum yang bersifat terbuka (*opened legal policy*) dari pembentuk

undang-undang berdasarkan asas peradilan cepat, sederhana, dan biaya ringan, serta kepentingan para pencari keadilan.⁷⁴

Dengan pertimbangan di atas, Mahkamah Konstitusi tidak menilai persoalan tersebut sebagai sesuatu yang sangat signifikan dalam konteks perlindungan hak konstitusional warga negara. Penyerahan kutipan putusan yang tidak segera setelah putusan diucapkan diserahkan sepenuhnya kepada manajemen lembaga peradilan. Artinya implementasi peradilan cepat, sederhana biaya murah seutuhnya menjadi otoritas lembaga peradilan untuk memaknainya. Termasuk dalam konteks penyerahan kutipan putusan.

Putusan-putusan di atas memperlihatkan peranan MK dalam membenahan dan pembaharuan beberapa ketentuan KUHAP yang dinilai mengundang potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara untuk kepastian hukum dan keadilan. Sehingga, berbagai kelemahan KUHAP yang dimohonkan untuk diuji dapat diberikan tafsir yang memperjelas posisi norma terkait. Di lain pihak, berbagai putusan di atas juga memperlihatkan inkonsistensi MK dalam melakukan penafsiran. Berdasarkan putusan-putusan tersebut dalam satu sudut pandang, MK sebetulnya telah menempatkan diri sebagai lembaga yang dapat memastikan hak atas kepastian hukum dalam proses penegakan hukum. Hak atas kepastian hukum dijaga. Sehingga tindakan-tindakan penegak hukum yang mungkin disalahgunakan dalam penegakan hukum akibat tidak jelas atau multitafsirnya norma hukum acara dapat diminimalisir.

Pada saat bersamaan, berbagai pertimbangan hukum MK dalam beberapa perkara pengujian KUHAP menunjukkan MK juga mengambil posisi sebagai pelindung hak asasi manusia, khususnya hak yang mungkin akan terlanggar selama berlangsungnya proses penegakan hukum oleh aparat penegak hukum. Walaupun demikian, dalam konteks penafsiran, hakim konstitusi terlihat belum konsisten dalam menggunakan pendekatan penafsiran. Pada prinsipnya, pendekatan apapun yang digunakan tidak dapat dipersalahkan. Asalkan dilakukan secara konsisten. Sebaliknya, ketika pendekatan penafsiran tidak digunakan secara konsisten, maka hasil pengujian MK terhadap undang-undang akan diragukan arah dan patokannya.

Inkonsistensi dalam penafsiran juga akan membuka ruang terjadinya penafsiran “sesuai selera” hakim. Bukan berdasarkan nilai, norma dan semangat yang terdapat dalam konstitusi negara. Pada gilirannya, beberapa tafsir yang diberikan justru membuka ruang terjadinya ketidakpastian hukum baru.

Selain pengujian KUHP, yang juga terkait dengan pembenahan hukum acara pidana adalah pengujian Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat, khususnya norma Pasal 31. Ketentuan ini berisi ancaman pidana bagi setiap orang yang dengan sengaja menjalankan pekerjaan profesi advokat dan bertindak seolah-olah sebagai advokat, tetapi dia bukanlah advokat. Ketentuan di atas dimohonkan untuk diuji secara materil oleh beberapa orang dosen dari Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Malang yang berprofesi sebagai dosen sekaligus sebagai pengelola Laboratorium Konsultasi dan Pelayanan Hukum. Perkara konstitusi yang kemudian didaftarkan dengan Nomor 006/PUU-II/2004 ini diuji karena dinilai menghambat aktivitas pendidikan hukum klinis dan bantuan hukum yang diberikan lembaga bantuan hukum kampus yang telah berjalan selama ini. Padahal, aktivitas tersebut merupakan salah satu bentuk pengabdian masyarakat sebagai salah satu mandat yang dijalankan perguruan tinggi.

Permohonan tersebut dikabulkan dengan menyatakan Pasal 31 UU Nomor 18 Tahun 2003 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Dalam pertimbangan hukumnya, MK menilai pemberian bantuan hukum oleh lembaga-lembaga bantuan hukum kampus adalah penting bagi pencari keadilan. Di mana pada saat bersamaan juga penting sebagai instrumen melaksanakan fungsi pengabdian kepada masyarakat sebagai salah satu Tri Dharma perguruan tinggi. Selain itu, salah satu pertimbangan yang cukup menarik adalah bahwa akses pada keadilan adalah bagian tak terpisahkan dari ciri lain negara hukum yaitu bahwa hukum harus transparan dan dapat diakses oleh semua orang (*accessible to all*), sebagaimana diakui dalam perkembangan pemikiran kontemporer tentang negara hukum.⁷⁵ Sementara ketentuan Pasal 31 dinilai dapat menghambat bagi banyak anggota masyarakat yang tidak mampu

menggunakan jasa advokat.

Jika dipahami secara lebih jauh, putusan dimaksud setidaknya dapat memutus mata rantai ketidakpastian hukum yang ditimbulkan oleh Pasal 31 Undang-Undang Advokat, yaitu ketidakpastian untuk berjalannya proses pendidikan hukum klinis yang bertujuan untuk meningkatkan kemahiran mahasiswa Fakultas Hukum, sekaligus kepastian hukum bagi proses pemberian bantuan hukum bagi masyarakat tidak mampu yang dilakukan oleh lembaga-lembaga bantuan hukum kampus. Dari segi aspek hukum hak asasi manusia, dalam putusan ini MK secara tegas menekankan bahwa hak untuk memperoleh keadilan melalui kesempatan untuk mengakses jasa bantuan hukum merupakan hak konstitusional warga negara. Oleh karena itu, upaya memenuhi hak asasi manusia, khususnya hak atas bantuan hukum tidak boleh dihalangi dengan cara apapun, termasuk dengan mengkriminalisasi kegiatan-kegiatan pemberian bantuan hukum yang dilakukan oleh orang yang bukan advokat.

Apa yang dilakukan MK merupakan langkah maju dalam penghormatan terhadap hak asasi manusia dalam proses hukum. Dengan putusan ini, setiap orang akan memiliki kesempatan lebih luas untuk mendapatkan bantuan hukum oleh orang-orang yang memahami hukum sekalipun bukan advokat. Selain itu, putusan ini diambil juga dengan memperhatikan realitas di mana saat ini jumlah advokat Indonesia tidak sebanding dengan jumlah penduduk yang membutuhkan bantuan hukum. Oleh karena itu, putusan ini layak dianggap sebagai salah satu tonggak pemajuan hak asasi manusia di bidang pembenahan proses penegakan hukum.

Disamping itu, yang juga berkaitan dengan pembaruan KUHAP adalah pengujian Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian. Khususnya ketentuan Pasal 16 ayat (1) huruf b yang mengatur tentang kewenangan pejabat imigrasi untuk menolak orang untuk keluar Wilayah Indonesia dalam hal orang tersebut diperlukan untuk kepentingan penyelidikan dan penyidikan atas permintaan pejabat yang berwenang;⁷⁶ dan ketentuan Pasal 97 ayat (1) Undang-Undang Keimigrasi yang mengatur tentang jangka waktu pencegahan ke luar negeri.⁷⁷

Pencegahan keluar negeri dengan alasan kepentingan penyelidikan dinilai telah melanggar hak konstitusional Pemohon. Sebab, dalam perkara yang belum jelas siapa tersangkanya, seseorang sudah dapat dicegah. Kata “penyelidikan” dalam Pasal 16 ayat (1) huruf b UU Kemigrasian dinilai dapat disalahgunakan oleh penyelidik untuk mencegah seseorang keluar negeri. Hal ini dinilai Pemohon telah melanggar hak konstitusional sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Permohonan ini dikabulkan Mahkamah Konstitusi atas alasan bahwa proses penyelidikan baru sebatas mengumpulkan informasi. Belum dapat dipastikan apakah akan disidik atau tidak. Sehingga pencegahan untuk keluar negeri ketika statusnya belum pasti menjadi tersangka dalam suatu tindak pidana karena masih dalam tahap penyelidikan akan mudah dijadikan alasan untuk menghalangi gerak seseorang keluar negeri. Sehingga rumusan “penyelidikan dan” dalam Pasal 16 ayat (1) huruf b bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD Negara RI 1945.

Selain itu, Mahkamah konstitusi juga memberikan kepastian terkait tenggat waktu pencegahan seseorang ke luar negeri. Dalam permohonannya, Yusril Ihza Mahendra selaku Pemohon perkara Nomor 64/PUU-IX/2011 pada intinya mempersoalkan konstitusionalitas Pasal 97 ayat (1) UU Keimigrasian atas alasan ketentuan tersebut dinilai membuka ruang bagi penyelenggara negara yang diberi wewenang pencegahan untuk menyalahgunakan kewenangannya dan bertindak sewenang-wenang terhadap siapapun, baik warga negara maupun bukan warga negara. Norma itu juga bertentangan dengan asas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil, serta persamaan di hadapan hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Permohonan dikabulkan karena pencegahan ke luar negeri yang tidak dapat dipastikan batas waktunya sebagaimana diatur dalam Pasal 97 ayat (1) UU Nomor 6 Tahun 2001 dapat menimbulkan ketidakpastian hukum serta menimbulkan kesewenang-wenangan aparat negara. Pembatasan tanpa batas waktu tersebut merupakan

pembatasan hak konstitusional seseorang untuk meninggalkan wilayah sebagaimana dijamin Pasal 28E ayat (1) UUD Negara RI 1945. Perpanjangan pencegahan tidak bertentangan dengan UUD Negara RI 1945 sepanjang dibatasi dan didasarkan atas keadilan dan kepastian hukum. MK memberikan tafsir sendiri atas ketentuan ini. Sehingga Pasal 97 ayat (1) UU Nomor 6 Tahun 2011 menjadi "*Jangka waktu Pencegahan berlaku paling lama 6 (enam) bulan dan dapat diperpanjang paling lama 6 (enam) bulan*".

Putusan-putusan MK dalam pengujian Undang-Undang Keimigrasian menambah catatan positif kontribusi lembaga ini bagi pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia. Khususnya hak atas kepastian hukum. Pencegahan bagi seseorang baru dapat dilakukan dalam proses penyidikan, di mana pencegahan itupun boleh dilakukan dengan jangka waktu yang ditentukan secara jelas. Langkah ini setidaknya semakin memperkecil ruang terjadi penyalahgunaan kekuasaan dalam penegakan hukum oleh lembaga-lembaga terkait.

2. Dukungan Penguatan Kelembagaan KPK

Selain berkontribusi dalam pembaharuan dan perombakan Hukum Acara Pidana, Mahkamah Konstitusi juga berperan dalam memberikan kepastian hukum terhadap institusi negara yang diberi mandat memberantas korupsi. Hal ini dapat diartikan sebagai kontribusi positif Mahkamah Konstitusi dalam pemberantasan korupsi. Peran tersebut dilakukan MK melalui pengujian Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi dan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Dalam rentang waktu 2003-2012, setidaknya telah diajukan dan diputus 17 permohonan pengujian terhadap Undang-Undang KPK dan 4 permohonan pengujian untuk Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 (UU PTPK). Dari 17 permohonan pengujian UU KPK, 2 diantaranya dikabulkan, 1 dikabulkan sebagian, 10 permohonan

ditolak dan 4 permohonan dinyatakan tidak dapat diterima.

Berikut tabulasi permohonan pengujian terhadap UU KPK yang diputus Dikabulkan, Dikabulkan Sebagian dan Ditolak oleh Mahkamah Konstitusi:

Tabel 4:
Fokus Kajian Perkara Pengujian UU KPK

Dikabulkan	Dikabulkan Sebagian	Ditolak
Per. No. 133/PUU-VII/2009	Per. No. 016/PUU-IV/2006	Per. No. 006/PUU-I/2003
Per. No. 5/PUU-IX/2011		Per. No. 69/PUU-II/2004
		Per. No. 012/PUU-IV/2006
		Per. No. 019/PUU-IV/2006
		Per. No. 19/PUU-V/2007
		Per. No. 37/PUU-VIII/2010
		Per. No. 39/PUU-VIII/2010
		Per. No. 16/PUU-X/2012
		Per. No. 31/PUU-X/2012
		Per. No. 81/PUU-X/2012

Dari 13 permohonan pengujian UU KPK sesuai tabulasi di atas, sesuai materi muatannya dapat dikelompokkan menjadi beberapa isu, yaitu : syarat pengangkatan,⁷⁸ masa jabatan⁷⁹ dan pemberhentian sementara pimpinan KPK,⁸⁰ kewenangan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan KPK,⁸¹ kewenangan penyadapan KPK,⁸² surat perintah penghentian penyidikan,⁸³ pembentukan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi,⁸⁴ pengambilalihan, koordinasi dan supervisi penyidikan oleh KPK,⁸⁵ Selanjutnya, analisis terhadap putusan-putusan tersebut dilakukan berdasarkan kelompok hasil putusan: dikabulkan, dikabulkan sebagian dan ditolak.

2.1. Permohonan yang Dikabulkan

Hanya ada 2 dari 17 permohonan pengujian UU KPK yang dikabulkan Mahkamah Konstitusi, yaitu Perkara Nomor 133/PUU-VII/2009 terkait pemberhentian pimpinan KPK dan Perkara Nomor 5/PUU-IX/2011 terkait masa jabatan pimpinan KPK.

Perkara Nomor 133/PUU-VII/2009 terkait dengan ketentuan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU Nomor 30 Tahun 2002. Permohonan ini diajukan oleh Bibit S. Rianto dan Chandra M. Hamzah. Pemohon menilai Pasal 32 ayat (1) huruf c UU 30/2002 yang berbunyi, "*Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi berhenti atau diberhentikan karena: menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan*" bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28j ayat (2) UUD Negara RI 1945. Sebab, berdasarkan ketentuan tersebut Para Pemohon telah diberhentikan sementara berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 74/P Tahun 2009 karena telah dinyatakan sebagai tersangka oleh penyidik Kepolisian Republik Indonesia (Polri). Pemberhentian dimaksud tidak didasarkan atas bukti materiil yang dapat dipertanggungjawabkan, berupa bukti permulaan yang kuat sehingga mempunyai intensi dan tendensi sebagai tindak kriminalisasi atas penggunaan kewenangan dari Pimpinan KPK.⁸⁶ Pemberhentian tersebut sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 32 ayat (1) huruf c telah menimbulkan

kerugian terhadap hak-hak konstitusional para pemohon atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Terhadap permohonan tersebut, Majelis Hakim Konstitusi memutuskan, menyatakan mengabulkan permohonan para pemohon untuk sebagian.⁸⁷ Majelis Hakim Konstitusi menyatakan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*), kecuali harus dimaknai “pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan secara tetap setelah dijatuhi pidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap;”⁸⁸

Putusan tersebut didasarkan atas pertimbangan, setelah mendengar rekaman hasil penyadapan dalam persidangan, Mahkamah juga memberikan pandangan bahwa Pasal 32 ayat (1) huruf c UU 30/2002 memang berpotensi menimbulkan pelanggaran hak konstitusional, bukan hanya bagi para Pemohon tetapi juga bagi siapa pun yang sedang atau menjadi pimpinan KPK. Seumpama pun pengadilan memutuskan yang bersangkutan bersalah, maka terlepas dari putusan pengadilan tersebut, menurut Mahkamah, Pasal 32 ayat (1) huruf c UU 30/2002 berpotensi melanggar hak-hak konstitusional warga negara yang menjadi pimpinan KPK.⁸⁹

Jika diamati lebih jauh, rumusan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK dapat digunakan sebagai alat untuk “mencelakai” siapapun yang menjadi pimpinan KPK. Sebab, asalkan sudah menjadi terdakwa, sekalipun belum tentu bersalah, maka ia sudah harus berhenti sebagai pimpinan KPK. Kondisi seperti ini tentunya bertentangan dengan prinsip kepastian hukum bagi hak seseorang yang sedang menjabat sebagai pimpinan KPK. Seharusnya, hanya putusan pengadilanlah yang paling tepat untuk dijadikan patokan untuk mengakhiri jabatan seseorang atas tuduhan melakukan tindak pidana, bukan hanya sekedar adanya dakwaan dan tuntutan.

Lagi pula, jika diuji dengan ketentuan yang terdapat dalam

Kovenan Hak Sipil dan Politik (Pasal 14 ayat (2), alasan pemberhentian sebagaimana dimuat dalam Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK sangat tidak relevan. Sebab, alasan tersebut secara *a contrario* telah menegaskan hak seseorang untuk dianggap tidak bersalah sampai kesalahannya dibuktikan menurut hukum. ketentuan UU KPK tersebut justru telah menghukum seseorang walaupun kesalahan yang dituduhkan kepadanya belum terbukti menurut proses pembuktian yang sah menurut hukum di pengadilan.

Oleh karena itu, putusan pengujian terkait pemberhentian pimpinan KPK yang dikeluarkan Mahkamah Konstitusi dapat dinilai tidak hanya sekedar menyelamatkan hak konstitusional Bibit Samad dan Chandra Hamzah, melainkan juga memberikan kepastian hukum bagi proses dan alasan pemberhentian pimpinan KPK. Pada saat yang bersamaan juga untuk mengawal lembaga KPK berjalan stabil dan tidak terperanguh dengan langkah-langkah yang mungkin saja ditujukan untuk merongrong upaya pemberantasan korupsi yang dilakukan KPK. Dari aspek penafsiran, MK kembali menggunakan pendekatan *equitable/ethical*. Di mana keseimbangan hak konstitusional seseorang dengan aspek kepastian berjalannya lembaga menjadi perhatian utama dalam memberikan penafsiran.

Selanjutnya, permohonan pengujian UU KPK yang dikabulkan Mahkamah Konstitusi adalah pengujian terkait Pasal 33 ayat (1), ayat (2) dan Pasal 34 UU KPK yang kemudian diregistrasi dengan Perkara Nomor 5/PUU-IX/2011. Permohonan yang diajukan oleh Feri Amsari, Ardisal, Teten Masduki, Zainal Arifin Muchtar dan ICW ini terkait masa jabatan pimpinan KPK yang dipilih untuk mengisi kekosongan jabatan pimpinan KPK. DPR dan pemerintah menafsirkan bahwa masa jabatan pimpinan KPK pengganti pimpinan yang berhenti dalam perjalanan adalah sampai berakhirnya masa jabatan pimpinan yang lainnya. Sedangkan dalam UU KPK tidak dibedakan antara masa jabatan pimpinan KPK yang dipilih terlebih dahulu dengan masa jabatan pimpinan KPK yang dipilih untuk menggantikan jika terdapat salah seorang pimpinan KPK yang berhenti dari jabatannya.⁹⁰ Hal ini dinilai Pemohon bertentangan dengan penafsiran logis dan teleologis Pasal 34 UU KPK.⁹¹ Selain itu, juga melanggar asas manfaat. Sebab,

jika pimpinan pengganti hanya menjabat sebatas sisa masa jabatan, maka akan sulit bisa dikatakan ketentuan UU KPK akan bermanfaat bagi penegakan hukum dan pemberantasan korupsi apalagi sisa masa jabatannya hanya hitungan bulan.⁹² Pada saat bersamaan, juga bertentangan dengan asas kepastian hukum atas masa jabatan pimpinan KPK sebagaimana termuat dalam Pasal 34 UU KPK.⁹³

Permohonan ini dikabulkan Mahkamah Konstitusi untuk seluruhnya.⁹⁴ Di mana putusan ini diberlakukan secara retroaktif atas alasan pemberlakuan norma ini "telah" dan "terus" berlangsungnya satu penerapan isi undang-undang berdasarkan penafsiran yang salah sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum dan kerugian konstitusional dan karenanya harus dihentikan.⁹⁵ Dalam pertimbangannya, Mahkamah Konstitusi menilai bahwa proses pemilihan dan seleksi Pimpinan KPK pengganti apabila dilihat dari asas keadilan dalam pelaksanaan pemerintahan yaitu keadilan bagi masyarakat maka pengangkatan anggota pengganti yang menduduki masa jabatan sisa hanya satu tahun adalah sesuatu yang dirasakan tidak adil bagi masyarakat, karena negara harus mengeluarkan biaya yang sangat besar serta para penyelenggara negara yang melakukan proses seleksi menghabiskan waktu yang cukup panjang hanya untuk memilih seorang anggota pengganti yang menduduki sisa masa jabatan satu tahun.⁹⁶

Lebih lanjut Mahkamah menilai, KPK tidak akan maksimal melaksanakan tugas dan wewenangnya secara profesional dan berkesinambungan tanpa kesinambungan pimpinan KPK. Untuk menjamin kesinambungan tugas-tugas Pimpinan KPK, agar pimpinan tidak secara bersama-sama mulai dari awal lagi, maka penggantian Pimpinan KPK tidak selayaknya diganti serentak. Oleh sebab itu, akan menjadi lebih proporsional dan menjamin kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum apabila terjadi penggantian antarwaktu di antara Pimpinan KPK diangkat untuk satu periode masa jabatan empat tahun.⁹⁷

Terhadap putusan tersebut, Hakim M. Akil Mochtar mengajukan pendapat berbeda. Menurut Akil, Pemohon dalam perkara ini tidak memiliki *legal standing* sesuai Pasal 51 ayat (1) UU MK.⁹⁸ Sedangkan

terkait pokok permohonan, Akil menilai bahwa permohonan bukanlah terkait dengan norma, melainkan terkait implementasi norma. Di mana menurutnya, jika tafsir Pasal 34 UU KPK mengikuti tafsir putusan Mahkamah, justru hal tersebut akan menimbulkan ketidakpastian hukum, konflik norma dan kekacauan dalam sistem rekrutmen calon Pimpinan KPK di masa yang akan datang, karena sesuai dengan Pasal 21 ayat (1) huruf a UU KPK, Pimpinan KPK terdiri dari 5 (lima) anggota Komisi Pemberantasan Korupsi dan apabila Presiden mendasarkan pada putusan Mahkamah *a quo*, maka Presiden hanya akan mengajukan 8 (delapan) nama calon Pimpinan KPK, sedangkan DPR wajib memilih 5 (lima) calon pimpinan KPK sesuai dengan ketentuan Pasal 30 ayat 10 UU KPK yang menyatakan DPR RI wajib memilih dan menetapkan 5 calon yang dibutuhkan.⁹⁹

Pendapat berbeda M. Akil Mochtar menarik untuk diperhatikan. Sebab, kepastian proses seleksi dan masa jabatan pimpinan KPK justru lebih pasti jika mengikuti penafsiran yang disampaikan Akil Mochtar. Sebab, proses seleksi pimpinan KPK tetap dilaksanakan satu kali untuk satu periode, kecuali jika terjadi pemilihan pimpinan KPK pengganti pimpinan yang berhenti dalam masa jabatan. Sedangkan jika mengikuti apa yang telah diputuskan Mahkamah, di masa yang akan datang selalu akan ada dua kali proses seleksi pimpinan KPK. Satu kali untuk memilih satu orang pimpinan yang habis masa jabatan sebelum periode empat pimpinan lainnya berakhir. Untuk kali yang lain, juga akan kembali memilih empat orang pimpinan lainnya yang juga akan berakhir masa jabatannya.

Jika salah satu pertimbangan Mahkamah untuk mengabulkan permohonan ini adalah persoalan pemborosan anggaran, justru dengan dua kali proses seleksi ini menyebabkan anggaran negara jauh lebih boros. Apalagi jika nanti terdapat pimpinan KPK yang berhenti dalam masa jabatan dan mengharuskan pemerintah dan DPR kembali memilih pimpinan pengganti, maka proses pemilihan pimpinan KPK tentunya akan lebih dari dua kali.

Jika di amati lebih jauh, penafsiran Mahkamah dalam pengujian Pasal 33 dan 34 UU KPK lebih bersifat pragmatis. Hanya mempertimbangkan kasus tertentu, tidak mempertimbangkan

secara keseluruhan bagaimana tatanan atau proses pemilihan pimpinan KPK yang semestinya dilakukan. Jika dibandingkan dua putusan pengujian UU KPK yang dikabulkan MK di atas, terlihat ada perbedaan tentang cara menafsirkan kepastian hukum sebagaimana termuat dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Putusan pertama, penafsiran lebih menekankan pada aspek norma UU, sedangkan dalam penafsiran terkait pengujian Pasal 33 dan 34 UU KPK, Mahkamah lebih terkesan mengadili kasus tertentu, bukan norma. Selain itu, jika pada perkara pertama, MK dapat dinilai memberikan penguatan terhadap kepastian hukum bagi pimpinan KPK, dalam perkara kedua, MK justru terkesan kurang memperhatikan aspek keberlanjutan penataan proses pengisian jabatan pimpinan KPK.

2.2. Permohonan yang Dikabulkan Sebagian

Permohonan pengujian ini terkait ketentuan Pasal 1 angka 3, Pasal 2, Pasal 3, Pasal 11 huruf b, Pasal 12 ayat (1) huruf a, Pasal 40 dan Pasal 53 UU KPK ini diajukan oleh Nazaruddin Sjamsuddin, Ramlan Surbakti, Rusadi Kantaprawira, Daan Dimara, Chusnul Mar'iyah, Valina Singka Subekti, Safder Yusacc, Hamdani Amin dan Bambang Budiarto. Permohonan tersebut tercatat dalam Perkara Nomor 016/PUU-IV/2006. Pada pokoknya pemohon mempersoalkan konstitusionalitas keberadaan pengadilan Tipikor yang diatur dalam Pasal 53 UU KPK, di mana pengaturan tersebut menunjukkan Pengadilan Tipikor tidak berada di dalam bagian kekuasaan kehakiman dan lebih merupakan bagian dari kekuasaan pemerintahan negara.¹⁰⁰

Dengan kondisi ini, sangat sulit diharapkan Pengadilan Tipikor dapat menjalankan fungsi dan tugasnya secara merdeka, mandiri dan imparial sebagai suatu lembaga pengadilan yang merupakan bagian dari kekuasaan kehakiman serta dapat memberikan kepastian hukum.¹⁰¹ Selain itu, juga dipersoalkan: (1) keberadaan KPK dalam Pasal 2 dan Pasal 3 UU KPK, Pasal 6, Pasal 7, Pasal 8 ayat (1) dan Pasal 20 ayat (1) yang dinilai memiliki kekuasaan yang berada di luar kerangka sistem ketatanegaraan;¹⁰² (2) asas praduga tak bersalah, di mana menurut Pemohon, Pasal 40 UU KPK melanggar prinsip

kepastian hukum dan persamaan di muka hukum;¹⁰³ (3) begitu juga dengan penyadapan dan perekaman, di mana ketentuan Pasal 12 ayat (1) huruf a dinilai melanggar hak warga negara atas rasa aman dan jaminan perlindungan dan kepastian hukum.¹⁰⁴

Mahkamah Konstitusi memutuskan menyatakan permohonan tersebut dikabulkan sebagian, yaitu menyangkut ketentuan Pasal 53 UU KPK. MK menyatakan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 bertentangan dengan UUD 1945 dan tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat sampai diadakan perubahan paling lambat 3 (tiga) tahun terhitung sejak putusan ini diucapkan.¹⁰⁵ Mahkamah berpendapat, Pasal 53 UU KPK yang melahirkan dua lembaga jelas bertentangan dengan UUD Negara RI 1945, sehingga adalah tidak tepat jika ada yang berpendapat bahwa Pasal 53 UU KPK tersebut tidak bertentangan dengan UUD Negara RI 1945. Akan tetapi pembentukan Pengadilan Tipikor dalam UU KPK dan bukan dengan undang-undang yang tersendiri, meskipun dari segi teknik perundang-undangan kurang sempurna, namun tidak serta merta bertentangan dengan UUD Negara RI 1945 asalkan norma yang diatur di dalamnya secara substansial tidak bertentangan dengan UUD Negara RI 1945 dan implikasinya tidak mengakibatkan timbulnya hal-hal yang bertentangan dengan UUD Negara RI 1945.¹⁰⁶ Bahwa dengan demikian Pasal 53 UU KPK telah nyata bertentangan dengan Pasal 24 Ayat (1) dan (2), Pasal 24A Ayat (5), serta Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945.¹⁰⁷

Walaupun demikian, apabila Pasal 53 UU KPK yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD Negara RI 1945 pada saat yang sama juga dinyatakan tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka pemeriksaan tindak pidana korupsi oleh KPK dan Pengadilan Tipikor yang sedang berjalan menjadi terganggu atau terhambat karena kehilangan dasar hukum. Hal demikian dapat menyebabkan proses pemberantasan tindak pidana korupsi mengalami kekacauan dan menimbulkan ketidakpastian hukum yang tidak dikehendaki oleh UUD Negara RI 1945. Oleh karena itu, Mahkamah harus mempertimbangkan perlunya menyediakan waktu bagi proses peralihan yang mulus (*smooth transition*) untuk terbentuknya aturan yang baru.¹⁰⁸

Dari tujuh ketentuan UU KPK yang dimohonkan untuk diuji dalam perkara ini, hanya permohonan terhadap ketentuan Pasal 53 UU KPK yang dikabulkan MK. Sedangkan ketentuan lainnya dinilai konstitusional dan tidak melanggar hak atas kepastian hukum yang dimiliki warga negara dalam menjalani proses hukum. Khusus terkait Pasal 53 UU KPK, pada dasarnya MK hendak memurnikan pembentukan dan penataan lembaga negara. Hal itu ditujukan agar tiap-tiap lembaga diletakkan secara proporsional sesuai dengan fungsi utama yang dimilikinya.

Dalam hal ini, terkait kedudukan Pengadilan Tipikor yang mesti diatur secara terpisah sekaligus dengan kekuasaan yang mandiri dan merdeka dari kekuasaan lainnya. Kesan bahwa Pengadilan Tipikor seakan-akan menjadi bagian dari KPK dibersihkan oleh Mahkamah dengan mengabulkan pengujian Pasal 53 UU KPK. Dengan dibatalkannya ketentuan Pasal 53, maka Pengadilan Tipikor diletakkan di bawah kekuasaan kehakiman dan terpisah dari kekuasaan lainnya, apalagi KPK. Walaupun demikian, putusan pengujian MK ini juga mempertimbangkan aspek kemanfaatan ketika pasal ini akan dinyatakan bertentangan dengan UUD Negara RI 1945. Sehingga MK pun memberikan waktu selama 3 tahun untuk membenahi dasar hukum pembentukan Pengadilan Tipikor.

Penafsiran dalam perkara ini lebih tepat untuk dikategorikan pada penafsiran dengan pendekatan *equitable/ethical*. Di mana aspek keseimbangan kepentingan dalam penataan lembaga negara menjadi perhatian untuk memutuskan menerima permohonan pengujian Pasal 53 UU KPK. Selain itu, juga memperhatikan aspek kemanfaatan dari dikabulkannya permohonan tersebut. Dari sudut pandang perlindungan hak asasi manusia, khususnya hak atas kepastian hukum, diterimanya permohonan ini merupakan salah bentuk sumbangsih terhadap perbaikan lembaga penegak hukum, dimana pengadilan harus diatur secara tegas dan terpisah dari lembaga penyidik dan penuntut. Dengan begitu, kepastian hukum bagi seseorang dalam proses hukum akan lebih terjamin.

2.3. Permohonan Pengujian yang Ditolak

Dalam hal ini, setidaknya terdapat 10 dari 17 permohonan pengujian UU KPK yang ditolak. Permohonan-permohonan yang ditolak tersebut terkait dengan masalah syarat pengangkatan, penyadapan, pengambilalihan, koordinasi dan supervisi penyidikan KPK, penyidikan dan penuntutan KPK, penghentian penyidikan.

Terkait pengangkatan dan pemberhentian pimpinan KPK, setidaknya ada dua permohonan yang telah diputus Mahkamah Konstitusi, yaitu Perkara Nomor 37/PUU-VIII/2010 dan Perkara Nomor 39/PUU-VIII/2010. Dalam pemeriksaan dan putusannya, keduanya digabungkan oleh Mahkamah Konstitusi. Pemohonan Perkara Nomor 37/PUU-VIII/2010 diajukan Farhat Abbas (Pemohon I) dan O.C. Kaligis (Pemohon II) untuk Perkara Nomor 39/PUU-VIII/2010.¹⁰⁹ Objek materi dalam pengajuan perkara oleh pemohon I adalah ketentuan Pasal 29 angka 4 dan angka 5 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Dalam pengajuan perkara ini pemohon I mendalilkan bahwa pemohon merupakan salah seorang yang mengikuti pendaftaran Seleksi Calon Pengganti pimpinan Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang umurnya belum mencapai 40 tahun sebagaimana diatur dalam Pasal 29 angka 5 UU Nomor 30 Tahun 2002. Pemohon berdalil bahwa Pasal 29 angka 4 khususnya frasa “pengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) tahun” dan angka 5 UU KPK, merupakan norma yang diskriminatif karena bertentangan dengan hak-hak konstitusional Pemohon sehingga harus dinyatakan inkonstitusional. Selain itu, pemohon juga menganggap persyaratan pembatasan keahlian/pengalaman dan pembatasan umur seharusnya tidak perlu dilakukan karena Panitia Seleksi Pimpinan KPK masih mengadakan rangkaian seleksi berikutnya. Pemohon juga berdalil bahwa perbedaan pasal yang dimaksud bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya.¹¹⁰

Tidak jauh berbeda dengan perkara yang diajukan oleh pemohon I bahwa obyek materi yang diujikan oleh Pemohon II adalah Pasal

Pasal 29 angka 5 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002. Ketentuan tersebut dinilai bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 27 ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (2) UUD 1945¹¹. Pemohon mendalilkan bahwa batasan usia untuk dapat diangkat sebagai pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sebagaimana yang dijelaskan dalam Pasal 29 angka 5 UU 30/2002, telah mengakibatkan hilangnya hak konstitusional pemohon yang pada saat ini berusia hampir 68 tahun untuk mendapatkan jaminan-jaminan yang merupakan hak konstitusional setiap warga negara Indonesia, khususnya untuk mencalonkan diri sebagai Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi.

Kerugian konstitusional terjadi karena Pemohon terancam tidak lolos proses seleksi sebagai calon Ketua KPK yang dijadwalkan berlangsung tanggal 24 Juni 2010 sampai dengan tanggal 26 Juni 2010. Sehubungan dengan hal ini pemohon meminta agar Mahkamah Konstitusi memerintahkan Panitia Seleksi Calon Pengganti Pimpinan KPK untuk mengikutsertakan Pemohon pada semua tahapan pelaksanaan seleksi calon pengganti Pimpinan KPK, dan agar dapat mengeluarkan Putusan Sela yang pada intinya menunda ditutupnya jangka waktu seleksi pendaftaran calon Ketua KPK sampai dengan dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi mengenai permohonan uji materiil Pasal 29 angka 5 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Terhadap permohonan provisi, Mahkamah Konstitusi memutuskan menolak semuanya. Sebab hal itu bukanlah kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menilai dan memutuskannya. Sedangkan terhadap pokok perkara, Majelis hakim juga memutuskan menolak permohonan untuk seluruhnya. Mahkamah Konstitusi beralasan, terkait Pasal 29 angka 5 UU 30/2002, khususnya “pengalaman sekurang-kurangnya 15 tahun” merupakan syarat yang harus dipenuhi untuk menduduki jabatan publik (*public office*) *in casu* persyaratan untuk menjadi Pimpinan KPK. Pengalaman tersebut penting mengingat lembaga yang akan dipimpin merupakan lembaga negara yang bersifat independen yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bebas dari kekuasaan manapun. Terkait batas usia minimal dan maksimal, Mahkamah menilai hal itu sebagai

suatu kebijakan hukum terbuka (*opened legal policy*) yang dimiliki pembentuk Undang-Undang. Di mana penetapan tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai ketentuan yang inkonstitusional. Selain itu, majelis hakim konstitusi juga menilai persyaratan untuk menduduki jabatan publik (*public office*), khususnya persyaratan untuk menjadi Pimpinan KPK merupakan bagian dari hak-hak sipil dan politik (*civil and political rights*) sehingga tidak dapat dicampur aduk dengan persyaratan untuk mendapatkan pekerjaan (*beroeep*), karena hak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak adalah bagian dari hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya (*economic, social, and cultural rights*). Mahkamah Konstitusi juga menyatakan, syarat pengalaman maupun syarat pembatasan usia bukanlah sesuatu yang bersifat diskriminatif.¹¹² Atas alasan itu, dalil para Pemohon dinilai tidak tepat¹¹³ oleh Mahkamah Konstitusi.

Dalam pertimbangan terkait pengujian UU KPK di atas, dalam satu sisi MK konsisten dengan pandangannya terkait bahwa pembatasan terhadap hak-hak asasi manusia yang dibenarkan menurut UUD Negara RI 1945. Termasuk mempersyaratkan umur sebagai pembatasan bagi seseorang yang akan menjadi calon pimpinan KPK. Hal tersebut menurut MK bukan dalam konteks pelanggaran hak asasi manusia, melainkan dalam rangka memberikan jaminan bahwa orang-orang yang akan memimpin lembaga negara harus orang-orang yang emosional dan intelektual mencukupi untuk itu. Sehingga pembatasan umur yang dilakukan pembentukan UU sebagai kebijakan dalam merumuskan UU KPK tidaklah dapat dipersoalkan secara konstitusional.

Dari aspek kepastian hukum, penilaian tersebut juga tidak ada persoalan. Sebab, hak seseorang untuk mengisi jabatan tertentu bukanlah dalam artinya semua harus diberikan kebebasan tanpa batasan. Memberikan persyaratan-persyaratan tertentu adalah dalam rangka memberikan jaminan agar setiap lembaga negara (termasuk KPK) harus dijalankan oleh orang-orang yang kompeten. Sebab, lembaga tersebut akan menjalankan tugas melakukan penegakan hukum, di mana tugas tersebut tentunya tidak dapat dijalankan oleh sembarangan orang. Oleh karena itu, mempersyaratkan syarat tertentu,

termasuk umur dan pengalaman menjadi sah adanya. Oleh karena itu, pertimbangan MK dalam pengujian dua permohonan ini sudah sangat tepat. Lagi pula, dari aspek kelembagaan KPK sendiri, penilaian MK ini juga dalam rangka menjamin kualitas orang-orang yang akan memimpin lembaga anti rasuah itu sendiri.

Selanjutnya, pengujian terkait kewenangan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan yang dimiliki KPK. Pengujian terhadap materi ini setidaknya telah dilakukan dan diputus terhadap dua permohonan, yaitu: Putusan Nomor 012/PUU-IV/2006 dan Putusan Nomor 016/PUU-IV/2006.¹¹⁴ Pemohon perkara Nomor 012/PUU-IV/2006 adalah Mulyana W. Kusuma. Adapun ketentuan yang dimohonkan untuk diuji adalah Pasal 6 huruf c UU KPK. Ketentuan tersebut menyatakan : *“Komisi Pemberantasan korupsi mempunyai tugas: c. melakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan terhadap tindak pidana korupsi”*. Menurut Pemohon, dengan keberadaan Pasal tersebut terjadi pertentangan antara dua atau lebih ketentuan dalam undang-undang yang berbeda namun berlaku mengikat pada saat yang sama dan mengatur materi muatan yang sama pula tentang tugas yang dimiliki oleh lembaga penegak hukum.¹¹⁵ Permohonan inipun ditolak oleh MK.

Berikutnya, yang juga dimohonkan untuk diuji adalah ketentuan terkait penyadapan dalam Pasal 12 ayat (1) huruf a UU KPK. Permohonan diajukan Komisi Pemeriksaan Kekayaan Penyelenggara negara (KPKPN) sebagai Pemohon I dan Perorangan Warga Negara sebagai Pemohon I. Dalam perkara Nomor 006/PUU-I/2003 ini, yang dipersoalkan adalah kewenangan KPK terkait penyadapan (Pasal 12 ayat (1) huruf a) dan kewenangan mengeluarkan surat perintah penghentian penyidikan dan penuntutan dalam perkara tindak pidana korupsi (Pasal 40) UU Nomor 30 Tahun 2002 dinilai bertentangan dengan Pasal 28D dan Pasal 28G Undang-Undang Dasar Negara RI 1945. Di mana hak-hak yang terdapat dalam kedua ketentuan konstitusi dimaksud merupakan hak tidak dapat dikurangi.

Selain itu, penerapan Pasal 12 ayat (1) huruf a dinilai tanpa ada pembatasan, kriteria dan kualifikasi tentang kapan dimulai

terhadap siapa saja dan kaitan perkara apa saja serta bagaimana jaminan kerahasiaan dari Komisi Pemberantasan Korupsi terhadap hasil pembicaraan yang disadap dan direkam.¹¹⁶ Selain itu, Pasal tersebut juga mengatur kewenangan penangkapan dan penahanan tanpa dibatasi sampai berapa lama KPK ini berwenang melakukan penahanan dan penangkapan.¹¹⁷ Adapun Pasal 40 dinilai tidak memberikan jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum bagi Penyelenggara Negara atau siapapun juga sebagai tersangka, manakala dari hasil penyidikan yang dilakukan oleh Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tidak ditemukan cukup bukti atas dugaan korupsi terhadap Tersangka.¹¹⁸

MK memutuskan permohonan Pemohon I dinyatakan tidak dapat diterima. Sedangkan terhadap permohonan Pemohon II dinyatakan ditolak untuk seluruhnya. Terhadap putusan yang menyatakan menolak permohonan Pemohon II sudah tepat. Sebab, pemberian kewenangan penyadapan merupakan salah satu kewenangan luar biasa yang diberikan kepada KPK untuk memberantas korupsi sebagai kejahatan luar biasa. Adapun terkait tidak diberikannya kewenangan SP3 kepada KPK juga sudah tepat, karena ketentuan tersebut akan memaksa KPK untuk selalu berhati-hati dalam menggunakan kewenangan besar yang dimilikinya.

Majelis Hakim Konstitusi dengan mendasarkan pendapatnya pada keterangan Ahli Prof. Muladi dan Dr. Maria Farida Indrati¹¹⁹ secara umum menyatakan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002, baik dari segi pembentukan maupun dari segi materi muatannya, tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Khusus untuk ketentuan Pasal 12 UU Nomor 30 Tahun 2002, MK mempertimbangkan bahwa Hak-hak yang terdapat dalam Pasal 28G ayat (1) dan Pasal 28D UUD 1945 tidak termasuk hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28I UUD 1945. Dengan demikian hak-hak tersebut dapat dibatasi oleh undang-undang sebagaimana diatur dalam ketentuan yang tersebut dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Pembatasan itu diperlukan sebagai tindakan luar biasa untuk mengatasi korupsi yang merupakan kejahatan luar biasa.¹²⁰ Namun demikian untuk mencegah

kemungkinan penyalahgunaan kewenangan untuk penyadapan dan perekaman Mahkamah Konstitusi berpendapat perlu ditetapkan perangkat peraturan yang mengatur syarat dan tata cara penyadapan dan perekaman dimaksud.¹²¹

Sementara terkait penilaian terhadap pertentangan Pasal 40 UU KPK dengan Pasal 28D UUD 1945, Mahkamah mempertimbangan bahwa: ketidakberwenangan KPK menerbitkan SP3 justru untuk mencegah KPK melakukan penyalahgunaan wewenangnya yang sangat besar.¹²² Jika KPK diberikan wewenang untuk mengeluarkan Surat Perintah Penghentian Penyidikan terhadap perkara korupsi yang tengah ditangani aparat penegak hukum lain, dikhawatirkan wewenang tersebut dapat disalahgunakan.¹²³ Dalam putusan ini terdapat dua orang hakim yang berbeda pendapat, yaitu: Maruarar Siahaan dan Soedarsono. Maruarar berpendapat, KPKPN memiliki *legal standing* sebagai pemohon.¹²⁴ Terkait pokok permohonan, pendapat berbeda Maruarar tidak menyentuh dalil pertentangan dengan Pasal 28D UUD. Sedangkan Soedarsono mengemukakan alasan berbeda terkait Pasal 12 dan Pasal 40 UU KPK. Ia menilai terhadap materi muatan Pasal 12 ayat (1) huruf a dan i serta Pasal 40 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang KPK yang diminta oleh Para Pemohon untuk dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, Soedarsono berpendapat bahwa Para Pemohon baik secara perorangan maupun sebagai institusi tidak mempunyai hubungan kausalitas yang merugikan kepentingan konstitusional para Pemohon. Oleh karenanya mengenai hal ini tidak perlu dipertimbangkan lebih lanjut.¹²⁵

Salanjutnya, permohonan pengujian UU KPK yang ditolak MK adalah Perkara Nomor 069/PUU-II/2004. Perkara ini diajukan oleh Bram H.D. Manoppo terkait ketentuan Pasal 68 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang KPK yang pada pokoknya mengatur bahwa KPK dapat mengambilalih semua tindakan penyidikan, penyidikan dan penuntutan tindak pidana korupsi yang proses hukumnya belum selesai pada saat KPK terbentuk. Dalam proses penyidikan yang dilakukan terhadap Pemohon dalam perkara

ini, KPK dinilai telah mempergunakan kewenangan melebihi dari kewenangan yang ditetapkan undang-undang karena adanya norma pengaturan yang bersifat samar. Dengan mendasarkan pada ketentuan Pasal 68 UU KPK, KPK melakukan penyidikan terhadap kasus yang *tempus delicti*-nya terjadi antara tahun 2001 dan Juli 2002, yaitu sebelum UU KPK diberlakukan. Dengan demikian, KPK telah menggunakan asas retroaktif dalam melaksanakan kewenangannya. Dengan demikian, hal tersebut telah melanggar hak Pemohon sebagaimana dijamin dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, tepat hak untuk tidak dituntut dengan menggunakan asas berlaku surut.¹²⁶

Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi memutuskan, menolak permohonan Pemohon. Putusan tersebut didasarkan atas alasan dan pertimbangan berikut: *pertama*, kewenangan yang dimiliki oleh KPK berdasarkan Pasal 68 undang-undang KPK adalah kewenangan untuk meneruskan proses yang sebelumnya telah ada untuk melanjutkan proses tersebut. Artinya, kewenangan KPK dalam hubungan ini adalah bersifat prospektif, yang baru dapat dilaksanakan apabila salah satu keadaan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 9 UU KPK terpenuhi.¹²⁷ Dengan demikian, Pasal 68 UU KPK tidak mengandung asas retroaktif, walaupun KPK dapat mengambil alih penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan terhadap tindak pidana yang dilakukan setelah diundangkannya Undang-undang KPK sampai dengan terbentuknya KPK.¹²⁸

Dalam perkara ini, terdapat dua orang hakim Konstitusi berbeda pendapat terkait tidak adanya kerugian hak konstitusional yang diderita oleh Pemohon, sehingga Pemohon harus dinyatakan tidak memiliki *legal standing* guna bertindak selaku Pemohon. Pendapat tersebut didasarkan atas fakta persidangan di mana Pemohon belum pernah diperiksa oleh KPK dengan menggunakan dasar Pasal 68 UU KPK. Selain itu, baik oleh pihak Kepolisian, maupun Kejaksaan juga belum pernah melakukan penyidikan terhadap Pemohon, padahal pemeriksaan oleh Kepolisian atau Kejaksaan itu merupakan syarat yang harus dipenuhi agar KPK dapat menggunakan Pasal 68 UU KPK.¹²⁹

Pada akhir tahun 2012, UU KPK kembali diuji. Kali ini terkait keberadaan Pasal 8 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan Pasal 50 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 yang pada intinya terkait koordinasi dan supervisi penanganan kasus korupsi oleh KPK. Farhat Abbas sebagai Pemohon mengajukan permohonan atas alasan bahwa ketentuan tersebut tidak sejalan dengan asas negara hukum dan kepastian hukum, telah membuat Pemohon dirugikan hak-hak konstitusionalnya karena tidak mendapatkan jaminan kepastian hukum.¹³⁰ Lebih lanjut pemohon beralasan, kewenangan KPK untuk mengambil alih penyidikan atau penuntutan terhadap pelaku tindak pidana korupsi yang sedang dilakukan oleh kepolisian atau kejaksaan yang diatur dalam ketentuan di atas menyebabkan tumpang tindih kewenangan antarlembaga penegak hukum dan konflik antarlembaga penegak hukum sehingga menimbulkan keragu-raguan (multitafsir) dan konflik norma dengan norma lain.¹³¹ Pemohon juga mendalilkan, perseteruan antara Kepolisian Republik Indonesia dengan Komisi Pemberantasan Korupsi yang dikenal oleh publik dengan istilah perseteruan cicak vs buaya merupakan bukti bahwa sesungguhnya KPK telah gagal dalam menjalankan tugasnya untuk melakukan koordinasi dengan instansi yang berwenang melakukan pemberantasan tindak pidana korupsi sehingga muatan Pasal 8 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan Pasal 50 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) UU KPK harus dinyatakan inkonstitusional.¹³² Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya¹³³ tanpa ada perbedaan pendapat.

Dari beberapa putusan pengujian UU KPK yang ditolak di atas, terdapat perbedaan pendapat hakim konstitusi, khususnya dalam perkara Nomor 006/PUU-I/2003 dan perkara Nomor 069/PUU-II/2004. Hanya saja perbedaan pendapat dimaksud lebih pada aspek formil permohonan, apakah Pemohon memiliki *legal standing* atau tidak. Sedangkan terkait pokok permohonan nyaris tidak ditemukan adanya perbedaan pendapat hakim.

Fakta ini menunjukkan, bahwa materi muatan UU KPK terkait

syarat pengangkatan pimpinan KPK, kewenangan penyidikan, penuntutan dan penyadapan, koordinasi penanganan perkara korupsi, penghentian penahanan sama sekali tidak bertentangan dengan kepastian hukum yang dimuat dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Secara keseluruhan dalam putusan beberapa permohonan yang dinyatakan ditolak di atas, penilaian atas kepastian hukum yang dikehendaki UUD Negara RI 1945 ditafsirkan MK tidak saja terhadap keberadaan hak seseorang, melainkan juga kepastian atas proses penegakan hukum pemberantasan korupsi yang dilakukan KPK. Perlindungan atas hak asasi manusia dalam proses hukum juga digariskan MK dengan menyarankan agar pembentuk undang-undang membuat regulasi mengenai tata cara pelaksanaan kewenangan KPK yang tidak menegasikan hak atas kepastian hukum yang dimiliki setiap warga negara. Dalam konteks itu, MK melihat masih terdapat kelemahan dalam UU KPK, namun hal tersebut tidak cukup dijadikan alasan untuk menyatakan beberapa ketentuan UU KPK bertentangan dengan UUD 1945.

Dari sudut pandang pendekatan penafsiran, dari 10 putusan di atas, hakim konstitusi konsisten menggunakan penafsiran *equitable/ethical*. Di mana keseimbangan kepentingan pemberantasan korupsi dengan hak seseorang yang akan menjalani proses hukum dalam kasus dugaan tindak pidana korupsi dicoba untuk diletakkan dalam posisi yang seimbang. Pada saat bersamaan, MK juga mempertimbangkan keberadaan lembaga KPK yang sangat urgen untuk kelancaran agenda pemberantasan korupsi. Hal ini merupakan salah satu bentuk dukungan Mahkamah Konstitusi terhadap lembaga pemberantasan korupsi.

3. Dukungan pada Pemberantasan Korupsi

Selain itu, dukungan terhadap lembaga pemberantasan korupsi, MK juga ikut berperan dalam mengawal Undang-undang yang digunakan dalam pemberantasan tindak pidana korupsi, yaitu Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Sepanjang Tahun 2003-

2012, terdapat 4 permohonan pengujian terhadap UU ini yang telah diputus oleh MK. Satu permohonan dikabulkan sebagian dan 3 permohonan dinyatakan ditolak. Selengkapnya dapat dilihat pada tabel di bawah ini:

Tabel 5:
Fokus Kajian Perkara Pengujian UU PTPK

Dikabulkan Sebagian	Ditolak
Per. No. 003/PUU-IV/2006	Per. No. 16/PUU-X/2012
	Per. No. 3/PUU-IX/2011
	Per. No. 20/PUU-VI/2008

3.1. Permohonan yang Dinyatakan Dikabulkan Sebagian

Permohonan ini terkait dengan pengujian Pasal 2 ayat (1), Pasal 3, dan Pasal 15 UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Permohonan ini diajukan oleh Ir. Dawud Djatmiko selaku perorangan warga negara Ketentuan tersebut dinilai bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Pemohon berasalan, ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TPK mempunyai makna ganda, serta merupakan aturan yang mengatur dua macam akibat hukum yang berbeda (merugikan negara dan tidak merugikan negara) dengan hukum yang sama. Selain itu, ketentuan Pasal 15 juga mengatur ancaman hukuman percobaan yang disamakan dengan tindak pidana pokoknya. Pengaturan yang demikian dinilai Pemohon telah melanggar hak atas kepastian hukum sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Mahkamah Konstitusi mempertimbangan bahwa kerugian yang terjadi dalam tindak pidana korupsi, terutama yang berskala besar, sangatlah sulit untuk dibuktikan secara tepat dan akurat. Ketepatan yang dituntut sedemikian rupa, akan menimbulkan keraguan, apakah jika satu angka jumlah kerugian diajukan dan

tidak selalu dapat dibuktikan secara akurat, namun kerugian telah terjadi, akan berakibat pada terbukti tidaknya perbuatan yang didakwakan. Hal demikian telah mendorong antisipasi atas akurasi kesempurnaan pembuktian, sehingga menyebabkan dianggap perlu mempermudah beban pembuktian tersebut. Dalam hal tidak dapat diajukan bukti akurat atas jumlah kerugian nyata atau perbuatan yang dilakukan adalah sedemikian rupa bahwa kerugian negara dapat terjadi, telah dipandang cukup untuk menuntut dan mempidanakan pelaku, sepanjang unsur dakwaan lain berupa unsur memperkaya diri atau orang lain atau suatu korporasi dengan cara melawan hukum (*wederrechtelijk*) telah terbukti.¹³⁴

Lebih lanjut, MK menilai, karena tindak pidana korupsi digolongkan oleh undang-undang *a quo* sebagai delik formil, maka kategori tindak pidana korupsi digolongkan sebagai delik formil, di mana unsur-unsur perbuatan harus telah dipenuhi, dan bukan sebagai delik materil, yang mensyaratkan akibat perbuatan berupa kerugian yang timbul tersebut harus telah terjadi. Kata “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, dapat dilihat dalam arti yang sama dengan kata “dapat” yang mendahului frasa “membahayakan keamanan orang atau barang, atau keselamatan negara dalam keadaan perang”, sebagaimana termuat dalam Pasal 387 KUHP. Delik demikian dipandang terbukti, kalau unsur perbuatan pidana tersebut telah terpenuhi, dan akibat yang dapat terjadi dari perbuatan yang dilarang dan diancam pidana tersebut, tidak perlu harus telah nyata terjadi.¹³⁵

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Mahkamah menilai bahwa hal demikian tidaklah menimbulkan ketidakpastian hukum (*onrechtszekerheid*) yang bertentangan dengan konstitusi sebagaimana yang didalilkan Pemohon. Karena, keberadaan kata “dapat” sama sekali tidak menentukan faktor ada atau tidaknya ketidakpastian hukum yang menyebabkan seseorang tidak bersalah dijatuhi pidana korupsi atau sebaliknya orang yang melakukan tindak pidana korupsi tidak dapat dijatuhi pidana.¹³⁶

MK menafsirkan, dengan asas kepastian hukum (*rechtszekerheid*) dalam melindungi hak seseorang, hubungan kata “dapat” dengan

“merugikan keuangan negara” tergambar dalam dua hubungan yang ekstrim: (1) nyata-nyata merugikan negara atau (2) kemungkinan dapat menimbulkan kerugian.¹³⁷ Mahkamah berpendapat bahwa frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, tidaklah bertentangan dengan hak atas kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksudkan oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sepanjang ditafsirkan sesuai dengan tafsiran Mahkamah di atas (*conditionally constitutional*).¹³⁸

Selain itu, Mahkamah juga mempertimbangkan keberadaan penjelasan Pasal 2 ayat (1) yang memperluas kategori unsur “melawan hukum”, dalam hukum pidana, tidak lagi hanya sebagai *formele wederrechtelijkheid* melainkan juga dalam arti *materiele wederrechtelijkheid*.¹³⁹ Sementara, konsep melawan hukum yang secara formil tertulis (*formele wederrechtelijk*), yang mewajibkan pembuat undang-undang untuk merumuskan secermat dan serinci mungkin merupakan syarat untuk menjamin kepastian hukum (*lex certa*) atau yang dikenal juga dengan istilah *Bestimmtheitsgebot*.¹⁴⁰ Sehingga, Mahkamah menilai terdapat persoalan konstitusionalitas dalam kalimat pertama Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK.¹⁴¹

Atas dasar pertimbangan di atas, Majelis Hakim Konstitusi memutuskan, mengabulkan sebagian permohonan Pemohon. Menyatakan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK bertentangan dengan UUD Negara RI 1945 dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat.¹⁴² Penjelasan Pasal 2 UU PTPK yang membuka ruang untuk dijeratnya tersangka pelaku tindak pidana korupsi berdasarkan alasan telah melakukan perbuatan melawan hukum materiil dinilai MK membuka ruang untuk terjadinya ketidakpastian hukum dalam pemberantasan korupsi. Sebab, konsep melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijk*), yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai satu norma keadilan, adalah ukuran yang tidak pasti, dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu ke lingkungan masyarakat lainnya, sehingga apa yang melawan hukum di satu tempat mungkin di tempat lain diterima dan diakui sebagai sesuatu yang sah dan tidak melawan hukum, menurut ukuran yang

dikenal dalam kehidupan masyarakat setempat.¹⁴³

Penafsiran sebagaimana termuat dalam pertimbangan di atas selain menggunakan pendekatan *equitable*, juga dapat dikatakan menggunakan pendekatan penafsiran *doctrinal/stare decisis*. Sebab, dalam memutus, hakim juga mendasari pertimbangannya pada praktik dan pandangan para profesional hukum. Cara penafsiran demikian, -dalam arti menggabungkan beberapa pendekatan penafsiran- pada dasarnya bermanfaat bagi kehati-hatian hakim dalam mengambil putusan.

Dari segi pemajuan hak asasi manusia, sekalipun pemberantasan korupsi mesti dilakukan dengan cara-cara yang luar biasa, namun tetap harus ditegakkan tanpa mengabaikan prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia, khususnya hak atas kepastian hukum. Dalam hal ini, dasar kebenaran formil yang dicantumkan dalam penjelasan Pasal 2 UU PTPK sebagai ketentuan yang potensial melanggar hak seseorang atas kepastian hukum telah dibatalkan. Putusan ini dapat dinilai sebagai salah satu tonggak perlindungan hak asasi manusia dalam rangka pemberantasan korupsi. Di mana MK memegang peranan kunci di dalamnya.

3.2. Permohonan yang Dinyatakan Ditolak

Terdapat tiga putusan pengujian UU PTPK yang ditolak Mahkamah Konstitusi, yaitu Perkara Nomor 20/PUU-VI/2008 terkait Pasal 3 UU 31/1999, Perkara Nomor 3/PUU-IX/2011 terkait Pasal 2, Pasal 3, Pasal 4 dan Pasal 45 UU 31/1999, Perkara Nomor 16/PUU-X/2012 terkait Pasal 39 UU 31/1999. Ketentuan tersebut dinilai bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Dalam perkara Nomor 20/PUU-VI/2008, Pemohon mendalilkan, Pasal 3 UU PTPK bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD Negara RI 1945. Dalam pertimbangannya, Mahkamah Konstitusi menilai anggapan Pemohon yang menyatakan terdapat pertentangan antara Pasal 3 UU PTPK dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tidak tepat dan tidak beralasan hukum, karena Pasal 3 UU *a quo* telah merumuskan secara jelas perbuatan-perbuatan

pidana yang dikualifikasi sebagai tindak pidana korupsi. Ini berarti penentuan pidana dalam undang-undang *a quo* telah jelas dan pasti.¹⁴⁴

Adapun dalam perkara Nomor 3/PUU-IX/2011, Pemohon mendalilkan bahwa terhadap UU PTPK, perlu dilakukan perbaikan dan penguatan terhadap Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 3, Pasal 4, dan Pasal 45 UU PTPK.¹⁴⁵ Sebab, Pasal ini membuktikan bahwa begitu diskriminasinya penerapan hukum pemberantasan tindak pidana korupsi di Republik Indonesia, karena pelaku korupsi sebelum lahirnya UU PTPK, tidak dapat dijerat dengan Undang-undang ini.¹⁴⁶ Mahkamah Konstitusi menilai, permohonan Pemohon tersebut tidak terbukti dan tidak beralasan menurut hukum.¹⁴⁷

Sedangkan dalam perkara Nomor 16/PUU-X/2012, Pemohon mendalilkan bahwa Pasal 39 UU PTPK bertentangan dengan prinsip kepastian hukum sebagai salah satu prinsip negara hukum. Lebih lanjut, Pemohon menilai, Pasal 39 UU 31/1999 menimbulkan ketidakpastian hukum bagi Para Pemohon, karena ketentuan tersebut tumpang tindih dengan Pasal 42 UU 30/2002. Di satu sisi, Pasal 39 UU 31/1999 menyatakan Jaksa Agung mengkoordinasikan dan mengendalikan penyelidikan, penyidikan, dan penuntut tindak pidana korupsi yang dilakukan bersama-sama oleh orang yang tunduk pada Peradilan Umum dan Peradilan Militer, tetapi di sisi lain Pasal 42 UU 30/2002 justru menyatakan Komisi Pemberantasan (KPK) yang berwenang mengkoordinasikan dan mengendalikan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan tindak pidana korupsi yang dilakukan bersama-sama oleh orang yang tunduk pada peradilan militer dan peradilan umum.¹⁴⁸ Dalam pertimbangan, MK menilai permohonan Pemohon tidak beralasan menurut hukum.¹⁴⁹

Inti permohonan dari permohonan-permohonan di atas, kecuali permohonan yang terakhir adalah terkait ketentuan yang mengatur tentang unsur-unsur tindak pidana korupsi. Dengan ditolaknya permohonan pengujian tersebut, pada prinsipnya MK menyatakan rumusan tersebut telah memenuhi prinsip kepastian hukum. Jika dibaca setelah seksama, penilaian MK sudah sangat tepat. Sebab, tidak ada yang multi tafsir terkait rumusan Pasal 2, Pasal 3, Pasal 4 UU PTPK.

Kalaupun ada yang multitafsir, itu hanya terkait dengan penjelasan Pasal 2 UU PTPK, di mana ketentuan tersebut telah dibatalkan melalui pengujian dalam perkara Nomor 003/PUU-IV/2006. Dari sudut pandang perlindungan hak asasi manusia, jika sebuah norma telah dirumuskan secara jelas dan tidak multitafsir, artinya kepastian hukum pun telah dijamin dan dilindungi.

Secara keseluruhan, dari seluruh materi muatan UU KPK dan UU PTPK yang dimohonkan untuk diuji dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi, pada umumnya MK menampakkan keberpihakannya pada upaya penguatan lembaga dan pemberantasan korupsi. Hanya saja masih terdapat kelemahan dari segi konsistensi MK dalam melakukan penafsiran. Selain itu, masuknya MK ke wilayah yang pada dasarnya bukanlah masalah norma, melainkan persoalan pelaksanaan norma yang seharusnya tidak dicampuri MK sebagai *court of law* dalam konteks pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar juga menjadi sebuah catatan kekurangan dalam pelaksanaan kewenangan MK. Walaupun demikian, semangat memperkuat dan mengawal agenda pemberantasan korupsi yang diperlihatkan MK melalui putusan-putusannya patut diapresiasi.

C. Mahkamah Konstitusi dan Peran Penguatan Kelembagaan HAM

Beberapa lembaga negara yang diidentifikasi sebagai bagian dari institusi yang terlibat dalam pelaksanaan mekanisme hak asasi manusia yang akan dianalisis lebih lanjut hanya dibatasi pada empat lembaga negara, yaitu: Kejaksaan, Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK), Pengadilan HAM. Analisis ini dilakukan untuk melihat peranan Mahkamah Konstitusi dalam mendukung atau memperkuat peran lembaga-lembaga negara yang diberi wewenang untuk menegakkan hak asasi manusia.

1. Pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc

Ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM mengatur, *Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana*

dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden. Ketentuan tersebut dimohonkan untuk diuji secara materil oleh Eurico Gutterres dalam perkara pengujian undang-undang Nomor 18/PUU-V/2007. Pemohon mendalilkan bahwa ketentuan tersebut telah melanggar hak konstitusional sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Sebab pembentukan pengadilan HAM *ad hoc* dilandasi kepentingan politik di DPR, sementara badan-badan peradilan haruslah dibentuk berdasarkan UUD Negara RI 1945. Dalam UUD Negara RI 1945 tidak ada satu pasal pun secara normatif yang memberikan hak kepada DPR untuk ikut serta di dalam *criminal justice system* atau *in casu* melakukan penyelidikan terhadap tindak pidana.¹⁵⁰ Di mana pengadilan yang digunakan untuk mengadili Pemohon adalah pengadilan yang dibentuk tidak berdasarkan UUD Negara RI 1945. Lebih lanjut, Pemohon mendalilkan Pengadilan HAM *ad hoc* tidak dapat dilakukan dengan Keputusan Presiden karena bertentangan dengan Pasal 24 ayat (5) UUD Negara RI 1945.¹⁵¹ Sehingga dengan pengaturan dan pembentukan yang demikian dinilai telah menyebabkan Pemohon tidak memperoleh kepastian hukum.¹⁵²

Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi mengabulkan sebagian permohonan Pemohon sepanjang menyangkut kata “dugaan” dalam penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM. Dalam pertimbangannya, MK mempertimbangkan beberapa aspek, diantaranya aspek historis dan aspek keterlibatan DPR dalam pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*. Dalam pertimbangan terkait aspek historis pembentukan Pengadilan HAM, MK menilai pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* oleh Pemerintah Indonesia pada hakikatnya didasarkan atas mandat yang diberikan Dewan Keamanan PBB seperti termuat di dalam Resolusi 1264 (1999) yang telah diputuskan pada tanggal 15 September 1999 yang isinya antara lain, Dewan Keamanan PBB sangat prihatin karena memburuknya situasi keamanan di Timor Timur, khususnya adanya kekerasan yang berlanjut yang dilakukan terhadap warga sipil di Timor Timur, Dewan Keamanan mendesak agar orang-orang yang melakukan kekerasan tersebut memikul tanggung jawabnya.¹⁵³

Adapun terkait dalil keterlibatan DPR sebagai institusi politik, Mahkamah menilai DPR dalam merekomendasikan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* harus memperhatikan hasil penyelidikan dan penyidikan dari institusi yang memang berwenang untuk itu. Oleh karena itu, DPR tidak akan serta merta menduga sendiri atas terjadinya pelanggaran HAM tanpa memperoleh hasil penyelidikan dan penyidikan terlebih dahulu dari institusi yang berwenang, dalam hal ini Komnas HAM sebagai penyidik dan Kejaksaan Agung sebagai penyidik sesuai ketentuan Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000.¹⁵⁴ Sehingga menurut Mahkamah Pasal 43 ayat (2) tidak bertentangan dengan UUD Negara RI 1945. Hanya saja, Mahkamah juga memberikan pertimbangan terkait kata “dugaan” dalam penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM. Mahkamah menyatakan, kata “dugaan” dalam Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dapat menimbulkan ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) sebagai akibat dapat ditafsirkannya kata “dugaan” berbeda dengan mekanisme sebagaimana ditafsirkam Mahkamah. Dengan demikian, sebagian permohonan Pemohon yang terkait dengan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM sepanjang mengenai kata “dugaan” beralasan.¹⁵⁵

Berdasarkan pertimbangan yang diberikan, pada dasarnya Mahkamah juga sepakat bahwa keterlibatan DPR dalam pembentukan pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM mengandung cacat hukum. Sebab, DPR merupakan lembaga legislatif sekaligus lembaga politik yang tidak punya kompetensi untuk menentukan dibentuk atau tidaknya Pengadilan HAM atas kasus pelanggaran HAM berat. Hanya saja, Mahkamah tetap membenarkan keterlibatan DPR dengan dilakukannya pembatasan. Di mana, dengan dikabulkannya sebagian permohonan Pemohon sepanjang kata “dugaan” dalam penjelasan Pasal 43 ayat (2) UUD 1945, artinya DPR tidak lagi pada posisi menilai apakah sudah ada dugaan pelanggaran HAM berat atau tidak sebagai dasar pengusulan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*.

Sehubungan dengan dasar pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, MK hanya menempatkan DPR sebagai pengguna data hasil

penyelidikan dan penyidikan dugaan pelanggaran HAM berat yang dilakukan Komnas HAM dan Kejaksaan Agung. Di mana apabila hasil penyidikan berkesimpulan terdapat bukti yang cukup bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat, maka DPR mesti menggunakan hasil penyidikan tersebut sebagai dasar pembentukan Pengadilan HAM. DPR tidak perlu lagi menilai secara politik terkait ada tidaknya dugaan pelanggaran HAM berat. Sebab, hal itu sepenuhnya menjadi tugas dan wewenangnya Komnas HAM dan Kejaksaan Agung.

Dalam konteks perlindungan hak atas kepastian hukum bagi seseorang dalam proses peradilan pidana dugaan pelanggaran HAM berat, putusan MK dimaksud dapat dinilai cukup konstruktif. Mengingat keterlibatan lembaga politik dibatasi agar jangan sampai masuk ke ranah menilai ada tidaknya dugaan pelanggaran HAM. Melainkan hanya sebatas diberikan kewenangan mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* berdasarkan hasil penyelidikan dan penyidikan lembaga yang berwenang untuk itu. Lembaga politik (DPR) tidak diperkenan masuk ke ranah yang sudah termasuk pada materi penegakan hukum yang bukan menjadi kekuasaannya.

Dari segi aspek penafsiran, langkah yang dilakukan MK dapat dikategorikan pada penggabungan metode penafsiran *equitable/ethical* dan juga fungsional. Di mana disamping memperhatikan aspek keseimbangan antar kepentingan juga mendasarkan putusannya pada aspek struktur dan sejarah terbentuknya ketentuan terkait pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*.

2. Kedudukan Jaksa Agung

Terkait kedudukan (khususnya terkait pemberhentian) Jaksa Agung sebagai pimpinan lembaga negara yang diberi kewenangan melakukan penuntutan. Ketentuan terkait pemberhentian Jaksa Agung diatur dalam Pasal 22 ayat (1) huruf d UU Nomor 16 Tahun 2004. Ketentuan tersebut diajukan untuk diuji secara materil melalui perkara Nomor 49/PUU-VIII/2010 oleh Yusril Ihza Mahendra. Pemohon mendalilkan ketentuan tersebut bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Sebab.

Ketentuan tersebut menimbulkan ketidakpastian hukum karena tidak memberikan kejelasan batasan masa jabatan Jaksa Agung.¹⁵⁶ Pasal tersebut dapat ditafsirkan jika tidak meninggal dunia, tidak mengajukan permintaan untuk berhenti, tidak sakit jasmani atau rohani terus menerus, tetap memenuhi syarat sebagai Jaksa Agung, maka seorang Jaksa Agung tidak dapat diberhentikan oleh Presiden, karena UU tidak mengatur kapan akhir masa jabatannya. Keadaan ini berpotensi menjadikan *seorang Jaksa Agung akan memangku jabatan seumur hidup*.¹⁵⁷ Dalam negara hukum yang demokratis segala jabatan negara haruslah dibatasi jangka waktunya. Kalaupun masa jabatan Presiden saja telah dibatasi, tidaklah mungkin akan ada Jaksa Agung yang dapat memegang jabatannya seumur hidup, karena ketentuan Pasal 22 ayat (1) huruf d UU Nomor 16 Tahun 2004 yang multi-tafsir.¹⁵⁸

Sesuai UU Nomor 16 Tahun 2004 Jaksa Agung merupakan pimpinan dan penanggung jawab tertinggi kejaksaan yang memimpin, mengendalikan pelaksanaan tugas, dan wewenang kejaksaan, di mana salah satu tugas dan wewenang adalah menetapkan serta mengendalikan kebijakan penegakan hukum dan keadilan dalam ruang lingkup tugas dan wewenang Kejaksaan. Jika jabatan Jaksa Agung tidak jelas akibat kerancuan penafsiran Pasal 22 ayat (1) UU Kejaksaan, maka akan berpotensi timbulnya tafsir yang inkonstitusional.¹⁵⁹

Permohonan ini dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi dengan Menyatakan Pasal 22 ayat (1) huruf d Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 adalah sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (*conditionally constitutional*) sepanjang dimaknai "*masa jabatan Jaksa Agung itu berakhir dengan berakhirnya masa jabatan Presiden Republik Indonesia dalam satu periode bersama-sama masa jabatan anggota kabinet atau diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Presiden dalam periode yang bersangkutan*".¹⁶⁰

Dalam pertimbangannya dijelaskan bahwa Konstitusionalitas Pasal 22 ayat (1) huruf d UU Kejaksaan timbul ketika frasa ini bersifat multitafsir sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum, termasuk ketidakpastian hukum dalam hal kedudukan di hadapan

hukum.¹⁶¹ Terkait dengan itu, Mahkamah menilai, seharusnya masa jabatan Jaksa Agung adalah sesuai dengan periode (masa jabatan) Presiden terlepas ia diposisikan sebagai pejabat di dalam kabinet atau di luar kabinet.¹⁶² Lebih lanjut dikatakan, oleh karena telah terjadi ketidakpastian hukum dari Pasal 22 ayat (1) huruf d UU 16/2004, maka sejak diucapkannya putusan ini Mahkamah memberi tafsir yang pasti mengenai masa jabatan Jaksa Agung sampai dengan dilakukannya *legislative review* oleh pembentuk undang-undang yang syarat-syarat konstitusionalitasnya akan ditegaskan dalam amar putusan ini.¹⁶³ Terhadap putusan ini, dua Hakim Konstitusi, Achmad Sodiki dan Harjono menyatakan pendapat berbeda.¹⁶⁴

Satu catatan penting yang dapat ditarik adalah kepastian terhadap proses hukum bagi seseorang juga bergantung pada kepastian keabsahan jabatan dari pejabat yang diberi wewenang untuk menjalankan proses hukum. ketidakabsahan jabatan seseorang akan berakibat pada tidak sahnya tindakan hukum yang diambilnya. Dalam konteks ini, putusan Mahkamah Konstitusi terkait kepastian masa jabatan Jaksa Agung dapat dinilai sebagai sebuah upaya untuk memberikan kepastian bagi seseorang yang menjalani proses hukum, terutama kepastian terkait keabsahan bertindak dari pejabat yang melaksanakan proses hukum. Sebab, salah satu penilaian sah tidaknya proses hukum juga tergantung pada keabsahan pejabat yang melaksanakannya.

Hal itu juga berkaitan dengan penghormatan terhadap hak seseorang untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum sebagaimana diamanatkan Pasal 16 Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik. Di mana kepastian tentang wewenang seorang pejabat pemerintah akan sangat menentukan dihargai atau tidaknya seseorang di hadapan hukum. Selain itu, langkah yang ditempuh MK juga untuk menghindari agar jangan sampai terjadi kondisi di mana seseorang dapat diproses secara hukum secara sewenang-wenang.

Dari dua perkara pengujian Undang-Undang terkait lembaga negara yang tugas dan wewenangnya terkait penegakan dan perlindungan hak asasi manusia di atas, satu catatan penting yang dapat ditarik, dalam memberikan jaminan kepastian hukum, kepastian

dan batas keterlibatan masing-masing institusi negara dalam proses penegakan hukum harus diletakkan sesuai proporsinya. Selain itu, kepastian hukum mengenai status hukum pimpinan lembaga negara dimaksud juga menjadi bagian dari perlindungan dan jaminan hak atas kepastian hukum yang dimiliki setiap warga negara.

D. Kontribusi Nyata Mahkamah Konstitusi

Dari berbagai putusan pengujian undang-undang yang telah dibentangkan di atas, setidaknya ada beberapa catatan penting yang dapat ditarik. *Pertama*, secara implisit MK telah memberikan batasan terkait makna kepastian hukum dalam proses penegakan hukum. MK memberikan batasan berbeda terkait kepastian hukum dalam hukum materiil dan hukum formil. Dalam hukum materiil, MK memberikan batasan sangat ketat, sehingga menutup ruang terjadinya penyalahgunaan hukum dalam proses pembuktian di pengadilan. Dalam hal ini, putusan MK terkait pengujian Penjelasan Pasal 2 UU PTPK (perkara Nomor Nomor 81/PUU-X/2012) merupakan contohnya. Di mana perbuatan melawan hukum materil tidak dapat dijadikan dasar untuk menuntut seseorang melakukan tindak pidana korupsi. Jika kebenaran materiil yang dijadikan dasar penuntutan, maka akan menimbulkan ketidakpastian dalam penegakan hukum pemberantasan korupsi. Sebab, kebenaran materiil akan dimaknai secara berbeda sesuai dengan konteks di masing-masing tempat.

Sedangkan dalam hukum formil, kepastian hukum dimaknai secara lebih longgar. Dalam arti, makna kepastian hukum juga mengakomodasi keberadaan subyektivitas penegak hukum. Asalkan subyektivitas tersebut dapat dikontrol melalui mekanisme yang disediakan untuk itu. Contohnya adalah pengujian ketentuan KUHAP terkait penahanan (Perkara Nomor 018/PUU-IV/2006). Di mana alasan “dikhawatirkan melarikan diri” sebagai dasar subyektif penyidik dibenarkan MK. Hanya saja, pembenaran tersebut disertai dengan tafsir bahwa penahanan tidak dapat dilepaskan dari ketentuan menyangkut praperadilan. Lembaga praperadilan merupakan alat kontrol terhadap pelaksanaan kewenangan penyidik untuk melakukan penahanan.

Kedua, terkait kepastian hukum dalam penegakan hukum, khususnya dalam proses penegakan hukum pidana, MK juga memberikan kepastian hukum terhadap keterlibatan pihak ketiga melalui permohonan pengujian Nomor 76/PUU-X/2012 dan Nomor 98/PUU-X/2012. Ketidakpastian makna “pihak ketiga yang berkepentingan” dalam Pasal 80 KUHAP diakhiri dengan tafsir bahwa frasa tersebut tidak hanya terbatas pada saksi korban dan pelapor saja, melainkan juga mencakup masyarakat luas yang diwakili LSM. Putusan ini pada dasarnya menempatkan bahwa proses penegakan hukum tidak hanya terkait dengan siapa yang sedang menjalani proses hukum atau korban, melainkan juga mencakup semua orang atau warga yang juga berhak dan berkepentingan untuk terlaksananya hukum secara baik.

Ketiga, melalui permohonan perkara Nomor 65/PUU-VIII/2010, MK juga memberikan kepastian hukum terkait hak tersangka/terdakwa untuk menghadirkan saksi yang meringankan baginya dalam proses penyidikan. Di mana, dalam praktik yang terjadi sebelum putusan ini, penyidik tidak memberikan kesempatan bagi tersangka/terdakwa untuk menghadirkan saksi yang meringankan akibat definisi saksi dalam KUHAP yang hanya terbatas pada saksi yang melihat, mendengar dan merasakan sendiri.

Keempat, pengujian kepastian hukum terhadap KUHAP juga dilakukan terhadap ketentuan Pasal 197 ayat (1) huruf k dan pasal 197 ayat (2) KUHAP. MK menolak permohonan Pemohon dan memberikan penafsiran terhadap ketentuan tersebut. Selain itu, MK tidak lagi memasukkan syarat yang terdapat dalam Pasal 197 ayat (1) huruf k sebagai salah satu bagian dari yang mesti dimuat dalam putusan pemidanaan, di mana jika tidak dimuat akan berimplikasi terhadap batalnya putusan demi hukum sesuai Pasal 197 ayat (2). Dengan penafsiran demikian, putusan pemidanaan tidak lagi wajib memuat bagian yang memerintahkan terdakwa ditahan atau tetap dalam tahanan. Putusan ini menyebabkan terjadinya ketidakpastian hukum terhadap dasar jaksa melakukan eksekusi. Pada saat bersamaan, seseorang yang diputus bersalah juga tidak mendapatkan kepastian hukum atas nasibnya sebagai orang yang dinyatakan bersalah melalui putusan pengadilan.

Kelima, dalam pengujian UU KPK, khususnya terkait syarat pemberhentian pimpinan KPK sebagaimana dimohonkan dalam perkara Nomor 133/PUU-VII/2009, MK pada dasarnya memposisikan diri sebagai penjaga lembaga KPK. Sebab, ketentuan yang sangat potensial untuk disalahgunakan dalam rangka melakukan perlawanan balik kepada KPK dibatalkan. Khususnya ketentuan terkait pemberhentian pimpinan KPK atas dasar ditetapkan sebagai tersangka/terdakwa. Hanya saja, dalam pengujian terkait masa jabatan pimpinan dalam perkara Nomor 5/PUU-IX/2011, MK justru cenderung pragmatis. Dalam artian hanya melihat untuk jangka pendek. Bukan dalam kerangka menafsirkan konstitusi untuk sebuah konstruksi kelembagaan negara untuk jangka panjang. Sebab, MK membenarkan masa jabatan pimpinan KPK pengganti pimpinan yang berhenti dalam masa jabatan bukanlah hanya untuk melanjutkan sisa jabatan yang masih ada, melainkan bahwa pimpinan KPK pengganti antar waktu diangkat untuk satu periode masa jabatan empat tahun. Salah satu alasan yang dikemukakan adalah efisiensi anggaran seleksi. Dengan putusan tersebut, justru yang akan terjadi adalah in efisiensi anggaran untuk pemilihan pimpinan KPK. Sebab, saat ini sudah dapat dipastikan pimpinan KPK akan dipilih dua tahap. Selain itu, jika terjadi penggantian pimpinan dalam masa jabatan, maka proses pemilihan juga akan dilakukan kembali. Dengan demikian pemilihan pimpinan KPK akan lebih dari 2 kali dalam satu periode. Biaya yang akan dikeluarkan justru jauh lebih tinggi dibandingkan proses pemilihan pimpinan KPK secara serentak. Dalam hal ini, MK terjebak pada pertimbangan jangka pendek, bukan pertimbangan komprehensif yang dapat membangun sistem hukum yang lebih baik dan menjamin terlindunginya hak atas kepastian hukum warga negara.

Keenam, dalam melaksanakan pengujian UU, MK juga tidak luput dari kelemahan seperti persoalan inkonsistensi dalam melakukan penafsiran. Pada sebagian kasus, seperti pengujian perkara Nomor 018/PUU-IV/2006, Nomor 65/PUU-IX/2011, Nomor 76/PUU-X/2012, Nomor 65/PUU-VIII/2010 dan Nomor 98/PUU-X/2012, MK cenderung menggunakan penafsiran *equitable/ethical*, tetapi pada kasus lain Perkara Nomor 114/PUU-X/2012 MK justru menggunakan penafsiran *naturalist*. Sedangkan pada kasus

lainnya, juga menggunakan penafsiran lain seperti penafsiran sistematis dan penafsiran fungsional. Selain itu, dalam perkara pengujian undang-undang tertentu MK juga terjebak sebagai *court of justice*, bukan lagi sebagai *court of law* sebagai inti keberadaannya. Seperti pengujian undang-undang dalam perkara Nomor 5/PUU-IX/2011.

Ketujuh, inkonsistensi penafsiran MK dalam pengujian pengujian undang-undang dalam satu sudut pandang dapat menyebabkan komplikasi dalam melindungi dan memajukan hak atas kepastian hukum. Dengan inkonsistensi penafsiran yang akan terjadi justru ketidakpastian dalam memaknai konstitusi. Panafsiran akan lebih cenderung dilakukan sesuai dengan “selera hakim”, bukan berdasarkan cara pandang, alat ukur, konsistensi metodologis yang dapat dipertanggungjawabkan.

Kedelapan, secara keseluruhan, sekalipun terdapat berbagai kelemahan dari segi konsistensi penafsiran konstitusi yang dilakukan, peranan MK dalam memberikan jaminan perlindungan hak atas kepastian hukum cukup menonjol. Berbagai undang-undang baik terkait hukum acara, pemberantasan korupsi dan lembaga negara yang tugasnya berkaitan dengan perlindungan hak asasi manusia, yang diduga membuka ruang terlanggarnya hak atas kepastian hukum diluruskan oleh MK. Baik dengan cara menafsirkan konstitusi secara tekstual maupun dengan menafsirkan dengan cara melihat keseimbangan kepentingan dalam keberlakuan norma undang-undang dan metode penafsiran lainnya. Di mana praktik demikian dari aspek politik hukum dapat dibaca bahwa MK juga ikut berperan dalam meletakkan arah politik hukum hak asasi manusia yang sejalan dengan semangat dan norma hukum hak asasi manusia yang berlaku secara universal. MK secara nyata telah menjadi saluran efektif untuk memeriksa dugaan pelanggaran HAM melalui berbagai UU (*violation by judicial*) yang diujinya. Inilah makna bahwa kewenangan pengujian UU oleh Mahkamah Konstitusi dapat mengantarkan pada suatu kesimpulan bahwa Mahkamah Konstitusi adalah salah satu mekanisme nasional baru pemajuan dan perlindungan HAM di Indonesia. []

Endnotes

- 1 Moh. Mahfud MD, *Mahkamah Konstitusi dan Masa Depan Demokrasi Indonesia*, Bahan Orasi Ilmiah disampaikan dihadapan Rapat Senat Terbuka Universitas Andalas, Padang, 2008, h.15
- 2 Jimly Asshiddiqie, *Cita Negara Hukum Indonesia Kontemporer*, Orasi Ilmiah pada Wisuda Sarjana Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, Palembang, 2004, h. 2
- 3 Jimly Assisddiqie, *Mahkamah Konstitusi dan Cita Negara Hukum Indonesia; Refleksi Pelaksanaan Kekuasaan Kehakiman Pasca Amandemen Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945*, dalam www.pemantauperadilan.com, h. 8.
- 4 Moh. Mahfud MD, dalam *Mahkamah Konstitusi dan Masa Depan Demokrasi Indonesia*, sebagaimana dikutip dari South-East Asian and Pacific Conference of Jurist, *The Dynamic Aspects of the rule of law in the Modern Age*, 1965, h. 17-18.
- 5 Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Kencana, Jakarta, 2012, h. 288
- 6 *Ibid.*, h. 292
- 7 *Ibid.*, h. 292
- 8 *Ibid.*, h. 293
- 9 M Yusuf Kalla, *Penegakan Hukum Indonesia Selama Era Reformasi*, Orasi Ilmiah dalam rangka 60 Tahun Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 6 September 2011.
- 10 *Ibid.*
- 11 Perkara Konstitusi Nomor 018/PUU-IV/2006
- 12 Perkara Konstitusi Nomor 65/PUU-IX/2011, Perkara Konstitusi Nomor 76/PUU-X/2012, dan Perkara Konstitusi Nomor 98/PUU-X/2012
- 13 Perkara Konstitusi Nomor 65/PUU-VIII/2010
- 14 Perkara Konstitusi Nomor 17/PUU-IX/2011, Perkara Konstitusi Nomor 69/PUU-X/2012, Perkara Konstitusi Nomor 78/

- PUU-X/2012, dan Perkara Konstitusi Nomor 114/PUU-X/2012
- 15 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 018/PUU-IV/2006 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, tanggal 19 Desember 2006, h. 6
 - 16 *Ibid.*, h. 7
 - 17 *Ibid.*, h. 8
 - 18 *Ibid.*
 - 19 *Ibid.*, h. 9
 - 20 *Ibid.*
 - 21 *Ibid.*, h. 67
 - 22 *Ibid.*, h. 72
 - 23 *Ibid.*, h. 73
 - 24 *Ibid.*, h. 74
 - 25 *Ibid.*, h. 76
 - 26 *Ibid.*, h. 72
 - 27 *Ibid.*, h. 74
 - 28 Feri Amsari, *Op.cit.*, h. 117
 - 29 Komite Hak Asasi Manusia Komentar Umum 8, Pasal 9 (Sesi keenam belas, 1982), Kompilasi Komentar Umum dan Rekomendasi Umum yang Diadopsi oleh Badan-badan Perjanjian Hak Asasi Manusia U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 8 (1994)
 - 30 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 65/PUU-IX/2011 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, tanggal 11 April 2011, h. 12
 - 31 *Ibid.*, h. 13
 - 32 *Ibid.*, h. 31
 - 33 *Ibid.*, h. 30
 - 34 *Ibid.*
 - 35 *Ibid.*, h. 30
 - 36 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 76/PUU-X/2012 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, tanggal 2 Januari 2013, h. 16
 - 37 *Ibid.*, h. 17

- 38 *Ibid.*, h. 20
- 39 *Ibid.*, h. 30
- 40 *Ibid.*, h. 41
- 41 *Ibid.*, h. 42
- 42 Putusan Perkara Nomor 98/PUU-X/2012 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, tanggal 21 Mei 2013, h. 11
- 43 *Ibid.*, h. 15
- 44 *Ibid.*, h. 25
- 45 *Ibid.*, h. 36
- 46 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 65/PUU-VIII/2010 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, tanggal 2 Agustus 2011, h. 28
- 47 *Ibid.*, h. 26
- 48 *Ibid.*, h. 29
- 49 *Ibid.*, h. 29 - 30
- 50 *Ibid.*, h. 88
- 51 *Ibid.*, h. 89
- 52 *Ibid.*
- 53 *Ibid.*
- 54 *Ibid.*, h. 90
- 55 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-X/2012 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, tanggal 20 November 2012, h. 13
- 56 *Ibid.*, h. 17
- 57 *Ibid.*, h. 139
- 58 *Ibid.*, h. 140
- 59 *Ibid.*, h. 141
- 60 *Ibid.*, h. 144
- 61 *Ibid.*, h. 17
- 62 Periksa juga amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 114/PUU-X/2012 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, tanggal 26 Maret 2013, h. 30
- 63 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-X/2012, *Op.cit.*,

- h. 146
- 64 *Ibid.*, h. 148
- 65 *Ibid.*, h. 150
- 66 Penafsiran *equitable/ethic*
- 67 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 114/PUU-X/2012 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, tanggal 26 Maret 2013, h. 10
- 68 *Ibid.*, h. 10
- 69 *Ibid.*, h. 28
- 70 *Ibid.*, h. 28 - 29
- 71 *Ibid.*, h. 35
- 72 *Ibid.*
- 73 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 17/PUU-IX/ 2011 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 yang diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 dan diubah kembali dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, h. 44
- 74 *Ibid.*, h. 53
- 75 Putusan Nomor 006/PUU-II/2004 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat, h. 32
- 76 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-IX/2011 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian
- 77 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-IX/2011 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian
- 78 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 39/PUU-VIII/2010
- 79 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-IX/2011
- 80 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009
- 81 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012/PUU-IV/2006, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 016/PUU-IV/2006
- 82 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-I/2003, Putusan

- Mahkamah Konstitusi Nomor 016/PUU-IV/2006
- 83 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-I/2003
- 84 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 016/PUU-IV/2006
- 85 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-II/2004, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 16/PUU-X/2012, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-X/2012, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 81/PUU-X/2012
- 86 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 29 Oktober 2009, h. 4
- 87 *Ibid.*, h. 33
- 88 *Ibid.*
- 89 *Ibid.*, h. 74
- 90 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-IX/2011 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 20 Juni 2011
- 91 *Ibid.*, h. 15
- 92 *Ibid.*, h. 18
- 93 *Ibid.*, h. 19
- 94 *Ibid.*, h. 77
- 95 *Ibid.*, h. 76
- 96 *Ibid.*, h. 73-74
- 97 *Ibid.*, h. 76
- 98 *Ibid.*, h. 80
- 99 *Ibid.*, h. 82-83
- 100 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 18 Desember 2006
- 101 *Ibid.*, h. 24
- 102 *Ibid.*, h. 33
- 103 *Ibid.*, h. 34

- 104 *Ibid.*, h. 37, masalah penyadapan ini juga dimohonkan untuk diuji dalam permohonan pengujian Undang-Undang dalam perkara Konstitusi Nomor 006/PUU-I/2003
- 105 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006, *Op.cit.*, h. 290
- 106 *Ibid.*, h. 283
- 107 *Ibid.*, h. 284
- 108 *Ibid.*, h. 286
- 109 Selain dua permohonan ini, pada tahun 2007 materi ini kembali diuji melalui perkara Nomor 19/PUU-V/2007 dengan putusan : ditolak oleh Mahkamah Konstitusi
- 110 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006, *Op.cit.*, h. 7-13
- 111 *Ibid.*, h. 16
- 112 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37-39/PUU-VIII/2010 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 12 Oktober 2010, h. 60
- 113 *Ibid.*, h. 58-60
- 114 Putusan Nomor 16/PUU-IV/2006 telah diulas sebelumnya pada bagian kedua terkait putusan yang dinyatakan dikabulkan sebagian
- 115 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006, *Op.cit.*
- 116 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-I/2003 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 30 Maret 2004, h. 35 - 36
- 117 *Ibid.*, h. 36
- 118 *Ibid.*, h. 37
- 119 *Ibid.*, h. 100
- 120 *Ibid.*, h. 103 - 104
- 121 *Ibid.*, h. 104
- 122 *Ibid.*

- 123 *Ibid.*
- 124 *Ibid.*, h. 120
- 125 *Ibid.*, h. 23
- 126 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 069/PUU-II/2004 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 15 Februari 2005, h. 8
- 127 *Ibid.*, h. 71
- 128 *Ibid.*, h. 73
- 129 *Ibid.*, h. 66
- 130 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 81/PUU-X/2012 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 23 Oktober, h.5
- 131 *Ibid.*, h. 11
- 132 *Ibid.*
- 133 *Ibid.*, h. 31
- 134 *Ibid.*, h. 71
- 135 *Ibid.*
- 136 *Ibid.*, h. 71- 72
- 137 *Ibid.*
- 138 *Ibid.*
- 139 *Ibid.*, h. 73
- 140 *Ibid.*, h. 75
- 141 *Ibid.*
- 142 *Ibid.*, h. 78
- 143 *Ibid.*, h. 75-76
- 144 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-VI/2008 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 12 Agustus 2008, h. 38
- 145 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-IX/2011 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 6 Oktober 2012, h. 9
- 146 *Ibid.*, h. 12

- 147 *Ibid.*, h. 20
- 148 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 16/PUU-X/2012 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia; Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi; dan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tanggal 23 Oktober 2012, h. 21
- 149 *Ibid.*, h. 44
- 150 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-V/2007 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, tanggal 12 Februari 2008, h. 10
- 151 *Ibid.*, h. 11
- 152 *Ibid.*, h. 10
- 153 *Ibid.*, h. 88-89
- 154 *Ibid.*, h. 94
- 155 *Ibid.*, h. 94
- 156 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-VIII/2010 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia, tanggal 22 September 2010, h. 9
- 157 *Ibid.*, h. 10
- 158 *Ibid.*, h. 15
- 159 *Ibid.*, h. 23
- 160 *Ibid.*, h. 134
- 161 *Ibid.*, h. 127
- 162 *Ibid.*, h. 129
- 163 *Ibid.*, h. 132
- 164 *Ibid.*, h. 136s



Bab V
Pemajuan dan Perlindungan
Hak Sipil Politik

Bab V

Pemajuan dan Perlindungan Hak Sipil Politik

Bab V tentang Pemajuan dan Perlindungan Hak Sipil dan Politik akan memaparkan peran Mahkamah Konstitusi melalui kewenangan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Selain rumpun hak atas kepastian hukum yang dibahas pada bab III, sebagai salah satu hak sipil dan politik, pada bagian ini akan dipaparkan, rumpun (1) kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul; (2) kebebasan beragama/berkeyakinan; (3) hak atas hidup; dan (4) hak untuk bebas dari diskriminasi. Keempat rumpun yang dikaji pada bab ini adalah termasuk kategori hak sipil dan politik.

A. Kebebasan Berpendapat, Berekspresi, Berserikat, dan Berkumpul

1. Skema Kebebasan dalam UUD Negara RI 1945 dan UU Lainnya

Sebelum berbicara tentang peran Mahkamah Konstitusi dalam melindungi kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat dan berkumpul, terlebih dahulu diperlukan pengetahuan yang komprehensif tentang skema kebebasan tersebut di dalam UUD Negara RI 1945 dan undang-undang terkait. Hal ini diperlukan, di

antaranya karena; (1) Mandat Mahkamah Konstitusi adalah menguji konstusionalitas Undang-Undang terhadap UUD Negara RI 1945; (2) Ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang dielaborasi di bawah ini dianggap merestriksi kebebasan tersebut, setidaknya oleh pemohon dalam beberapa permohonan pengujian undang-undang terkait.

Substansi hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul, masing-masing dimuat dalam dua pasal UUD Negara RI 1945. *Pertama*, disebutkan dalam Pasal 28, yang menyatakan “*kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan Undang-Undang*”. *Kedua*, disebutkan dalam Pasal 28E (3) yang menyatakan, “*Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat*”. Secara khusus, kebebasan berekspresi diakui dalam Pasal 28F, yang menyatakan “*Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia*”. Sementara, secara khusus hak untuk bebas berserikat dan berkumpul juga diakui dalam Pasal 28C (2), yang menyatakan, “*Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya*”.

Pengakuan terhadap hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul, dalam Pasal 28 UUD Negara RI 1945 sekaligus menegaskan demarkasi antara penikmatan hak asasi manusia (*rights enjoyment*) oleh warga negara, dan tanggung jawab warga negara untuk menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan dengan tidak ada kecualinya, yang dimuat dalam Pasal 27 (1) UUD Negara RI 1945. Secara general, demarkasi antara hak dan kewajiban konstusional warga negara ditegaskan dalam Pasal 28J (2), yang menyatakan “*dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan dengan Undang-Undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin*

pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

Pengakuan terhadap hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul dalam tubuh UUD Negara RI 1945, tidak disertai dengan Pasal yang secara khusus menjelaskan kewajiban negara. Pada rumpun hak bebas berpendapat, berekspresi, berserikat dan berkumpul, tanggung jawab negara dibatasi hanya pada tataran melindungi dan menghormati saja. Frasa *‘ditetapkan dengan Undang-Undang’* dalam Pasal 28 UUD Negara RI 1945, kemudian tidak dapat dipisahkan dengan kandungan pembatasan atas kebebasan ini dalam Pasal 28J (2). Sehingga dapat dikatakan, secara implisit UUD Negara RI 1945 membebani negara dengan tanggung jawab untuk membatasi praktik kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat dan berkumpul dengan undang-undang.

Undang-Undang yang dimaksud dalam Pasal 28 UUD Negara RI 1945, dapat ditemukan berturut-turut pada; (1) UU No. 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum; (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers; (3) UU No. 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja; dan (4) UU No. 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Massa.

Kandungan yang terdapat dalam Undang-Undang No. 9 Tahun 1998 ini diantaranya; prosedur untuk menyatakan pendapat di muka umum, batasan, kewajiban aparatur pemerintah untuk melindungi hak asasi manusia secara umum, dan wewenang pembubaran. Pasal perlindungan terhadap hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, dan berkumpul di muka umum ini dimuat dalam Pasal 18, yang disertai dengan sanksi pidana. Muatan yang dikandung dalam Pasal 18 ini, merupakan manifestasi penghormatan negara terhadap kebebasan dimaksud, dari ancaman pihak lain (selain negara dan warga negara yang sedang mempraktikkan kebebasannya). Sebagian kalangan memandang UU ini sebagai upaya negara membatasi hak untuk bebas berkumpul, berpendapat dan berekspresi di muka umum dibandingkan dengan memberi perlindungan. Salah satunya dikarenakan oleh

keberadaan Pasal 16 UU No. 9 Tahun 1998, yang memberikan sanksi terhadap warga negara yang sedang mempraktikkan kebebasannya dengan merujuk pada KUHP. Pasal-Pasal yang berkaitan erat dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi di dalam KUHP sendiri, sebagian besar diatur dengan menggunakan delik formil. Pasal-pasal dalam KUHP, yang dikenal dengan pasal karet inilah yang kemudian yang sering diujikan ke Mahkamah Konstitusi.

Meskipun sering kali dianggap sebagai kebebasan tersendiri, namun sejatinya kebebasan pers merupakan bagian dari praktik kebebasan berekspresi. Pengaturan tentang praktik kebebasan pers, dapat ditemukan dalam UU No. 40 Tahun 1999. Ketentuan yang dikandung oleh UU ini, dianggap cukup melindungi kebebasan pers. Namun, ketentuan yang membatasi kebebasan berpendapat dan berekspresi dalam KUHP merupakan tantangan tersendiri bagi jurnalis atau kolumnis. Dalam dua periode kepemimpinan Mahkamah Konstitusi, ditemukan satu permohonan pengujian Undang-Undang yang berkaitan dengan kebebasan pers.

Pada ranah kebebasan berserikat, UU No. 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja memberikan perlindungan yang cukup terhadap keberadaan Serikat Pekerja. Undang-Undang ini lahir sebagai bentuk penegasan ratifikasi Konvensi ILO No. 87 Tahun 1948 tentang Kebebasan Berserikat dan Perlindungan Hak Berorganisasi¹. Meski demikian, perlindungan terhadap serikat pekerja tidak dapat dilepaskan dari perlindungan atas kebebasan berkumpul, berpendapat dan berekspresi. Hal ini sebagai konsekuensi dari pengakuan terhadap hak yang melekat secara kolektif pada serikat pekerja, termasuk hak untuk mogok (*right to strike*). Hak untuk mogok, diatur pelaksanaannya dalam UU No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan. UU Ketenagakerjaan menentukan prosedur mogok kerja, serta memberikan perlindungan terhadap praktik mogok dari tekanan pihak lain, sekaligus memberikan batasan bagi aparat negara untuk tidak melakukan penangkapan ataupun penahanan dengan alasan “mogok”².

Meski demikian, terdapat ketentuan KUHP yang membatasi praktik kebebasan berpendapat, berkumpul, dan berekspresi di

hadapan publik, termasuk mogok . Komite Ahli berkaitan dengan implementasi Kovenan ILO No. 87 Tahun 1948 merekomendasikan pencabutan Pasal 160 dan 335 KUHP tentang penghasutan dan perbuatan tidak menyenangkan. Komite Ahli selanjutnya menyatakan bahwa Pasal ini sering kali dijadikan alasan untuk menahan aktivis serikat pekerja tatkala mempraktikkan kebebasan dasarnya³.

Kebebasan berserikat juga dimaknai sebagai kebebasan berhimpun dan berorganisasi. Termasuk kebebasan mendirikan partai politik. Pendirian partai politik diatur dalam UU Partai Politik (UU No. 2 Tahun 2011), mengatur tentang syarat pendirian partai politik, termasuk kepesertaan partai politik dalam Pemilu. Beberapa pihak menganggap bahwa UU Partai Politik ini memperketat syarat pendirian partai politik, termasuk memperketat kemungkinan partai baru untuk turut berpartisipasi dalam Pemilu. UU No. 2 Tahun 2011, dianggap sebagai satu kemunduran terhadap kebebasan berserikat, apabila dibandingkan dengan peraturan sebelumnya (UU No. 2 Tahun 2008)⁴.

Kentalnya pembatasan atas kebebasan dalam UUD Negara RI 1945, yang juga tersebar dalam peraturan ataupun undang-undang, tidak terlepas dari sejarah perumusan UUD Negara RI 1945 itu sendiri. Sebagai negara yang baru terbebas dari koloni, Indonesia lebih mengedepankan aspek kolektif daripada hak individual. Selain itu, struktur budaya kekeluargaan (*geimenschaft*) yang mempengaruhi perkembangan hukum dan hak asasi manusia di Indonesia, meletakkan individu setelah komunitas (*society*). Pada perkembangannya, kepentingan umum kemudian membatasi kebebasan individual.⁵

Dari skema UUD Negara RI 1945 dan UU yang mengatur hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul, dapat diketahui tiga hal; (1) UUD Negara RI 1945 memberikan pembatasan bagi seluruh hak yang diakui di dalamnya, termasuk pembatasan terhadap praktik kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul; (2) Pembatasan secara spesifik terhadap kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul diberikan oleh undang-undang turunannya; (3) hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul merupakan

kebebasan yang rentan pertentangan dengan hak lainnya, termasuk di antaranya dengan hak atas martabat orang lain (reputasi). Ketentuan pidana yang melindungi reputasi seseorang diatur di dalam KUHP. Ketentuan yang memuat pembatasan inilah yang pada akhirnya mendominasi permohonan pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi.

Ada dua sudut pandang yang dapat digunakan untuk memahami tanggung jawab negara terhadap hak konstitusional warganya; dengan menggunakan teori demokrasi dan kekuasaan; atau dengan menggunakan ketentuan yang lahir dari ratifikasi perjanjian internasional. Namun, naskah ini hanya akan mengelaborasi tanggung jawab negara dengan menggunakan perjanjian internasional yang telah diratifikasi. Memahami tanggung jawab negara merupakan hal yang penting untuk mengukur sejauh mana peran Mahkamah Konstitusi, sebagai institusi *judicial independent*, dalam melindungi hak konstitusional warga negara.

Sebelum lebih jauh melihat bentuk-bentuk tanggung jawab negara yang lahir dari perjanjian internasional, perlu diketahui terlebih dahulu sifat dari hak sipil dan politik, termasuk kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul. Hak sipil dan politik dikenal sebagai hak yang bersifat negatif. Perbedaan antara *negative rights* dengan *positive rights* adalah pada kewajiban/tanggung jawab negara sebagai *duty bearer*⁶ terhadap individual sebagai *rights holder*⁷. Pada *negative rights*, negara wajib untuk menahan diri dari segala tindakan yang mengintervensi kebebasan itu sendiri. Secara umum, tanggung jawab negara pada hak sipil politik terbatas hanya untuk menghormati dan melindungi. Selain itu, hak sipil dan politik tidak bergantung pada kapasitas sumber daya alam ataupun kapasitas sumber daya finansial. Maka, apabila *positive rights* mewajibkan negara untuk memenuhi hak yang bergantung pada dua kapasitas tersebut, *negative rights* lebih mewajibkan negara untuk mempromosikan ataupun memajukan perlindungan terhadap hak sipil dan politik dimaksud. Ringkasnya, ada tiga elemen kewajiban negara dalam hak sipil dan politik; (1) menghormati; (2) melindungi; (3) mempromosikan/memajukan⁸.

Selain tidak melakukan tindakan yang mengintervensi warga negara dalam menikmati hak sipil politiknya, kewajiban menghormati juga diartikan sebagai upaya untuk menghindari kemunduran (*regressive measures*) atas praktik hak sipil politik, termasuk; berubahnya legislasi, dari memberikan ruang terbuka pada praktik kebebasan menjadi lebih ketat terhadap kebebasan, merupakan salah satu wujud dari *regressive measures*. Sementara perlindungan terhadap kebebasan diwujudkan dengan beragam tindakan, mulai dari merumuskan legislasi yang bertujuan untuk melindungi praktik kebebasan dari ancaman pihak lain, mencabut legislasi yang restriktif terhadap praktik kebebasan warga, sampai dengan menyediakan mekanisme *remedy* bagi pelanggaran hak sipil dan politik. Selanjutnya, tanggung jawab untuk mempromosikan hak sipil politik dapat diartikan sebagai kewajiban untuk memastikan semua pihak, termasuk institusi publik dan *non-state actors*, untuk menghormati hak sipil politik warga negara.

Saat ini, setidaknya Indonesia telah meratifikasi beberapa konvensi Internasional yang di dalamnya mencantumkan kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat dan berkumpul, di antaranya; *the International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR)⁹, 1966; *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (ICESCR)¹⁰, 1966; *International Covenant on the Elimination of all forms of Discrimination against Women* (CEDAW)¹¹; *International Covenant on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (CERD)¹²; *Convention on the Protection for Migrant Workers and Their Families*¹³; *ILO Convention on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise* (87/1948)¹⁴; *ILO Convention on the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively* (98/1949).¹⁵

Hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul pada praktiknya sering kali bertentangan dengan hak lain. Merujuk pada skema hak konstitusional warga negara yang tercantum dalam UUD 1945, praktik dari kebebasan ini dapat bersinggungan dengan hak orang lain; reputasi (martabat); ketertiban umum; moral; dan agama. Pembatasan ini dapat diartikan

sebagai kontrol negara terhadap kebebasan dimaksud, namun bukan tanpa syarat. Pembatasan tersebut dimungkinkan sepanjang tidak kontraproduktif bagi perkembangan demokrasi.¹⁶

Sebagai induk dari tatanan hak sipil dan politik, *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966), juga memberikan batasan bagi pelaksanaan kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat dan berkumpul. Begitu pula dengan Deklarasi Internasional Hak Asasi Manusia (1948). Termasuk dalam pembatasan tersebut di antaranya; (1) Propaganda perang;¹⁷ (2) advokasi nasional yang mengandung unsur diskriminasi, penyebaran kebencian, dan kekerasan;¹⁸ (3) mengandung unsur yang dapat merusak reputasi orang lain;¹⁹ (4) mengandung unsur yang dapat mengganggu keamanan negara atau ketertiban umum²⁰; (5) mengandung unsur yang dapat mengganggu kesehatan atau kesejahteraan dan moral publik.²¹

Khusus untuk kebebasan berserikat dan berkumpul, UDHR menegaskan bahwa keterlibatan individual dalam membentuk dan atau tergabung dalam suatu serikat dan atau perkumpulan haruslah bersifat sukarela.²² Resolusi No. 15/21 tertanggal 6 Oktober tahun 2005 paragraf 8, menyebutkan bahwa hak untuk bebas berserikat dan berkumpul merupakan hak yang tidak dapat dibatasi, namun lebih jauh disebutkan sepanjang diperlukan maka hak ini dapat dibatasi melalui hukum suatu negara, termasuk apabila negara berada dalam situasi darurat. Serupa dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi, pembatasan untuk penikmatan kebebasan berserikat dan berkumpul termasuk apabila; (1) mengandung unsur yang dapat mengganggu keamanan negara atau ketertiban umum;²³ (2) mengandung unsur yang dapat mengganggu kesehatan atau kesejahteraan dan moral publik;²⁴ (3) tidak mengganggu hak orang lain.²⁵

Bagaimana batasan-batasan ini diterjemahkan? *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights* tahun 1984, melalui *Siracusa principles* para ahli mencoba untuk membangun landasan yang rasional bagi pembatasan yang disebutkan dalam kovenan hak sipil dan politik, dengan tujuan agar pembatasan yang diberikan tetap

sesuai dengan tujuan negara hukum.²⁶ Menurut *Siracusa Principles*, pembatasan dan atau pencabutan hak sipil politik, termasuk hak untuk bebas; berserikat; berkumpul; menyatakan pendapat; dan berekspresi tidak dapat dilakukan secara sewenang-wenang (*arbitrarily*),²⁷ namun harus diatur dalam hukum dan peraturan perundang-undangan domestik, serta tidak boleh bertentangan dengan tujuan dari konvenan, dalam hal ini adalah ICCPR.²⁸ Melalui hukum dan peraturan perundangan tersebut, negara dibebani kewajiban untuk membuktikan perlunya pembatasan penikmatan hak sipil dan politik, termasuk hak untuk bebas; berserikat; berkumpul; menyatakan pendapat; dan berekspresi,²⁹ pada titik inilah Mahkamah Konstitusi berperan untuk menafsirkan perlu tidaknya pembatasan tersebut melalui permohonan yang diajukan oleh individu atau serikat yang mengklaim dilanggar haknya oleh Undang-Undang.

Beberapa prasyarat yang disebutkan oleh *Siracusa Principles* di atas, mendasari interpretasi pembatasan yang disediakan oleh ICCPR sendiri, termasuk untuk elemen pembatasan berupa; (1) diatur oleh hukum; dan (2) dalam masyarakat demokratik. Pembatasan untuk kepentingan “ketertiban umum”, *Siracusa Principles* menambahkan pentingnya wewenang bagi institusi hukum dan juga parlemen untuk mengkaji dan mengontrol materi pembatasan hak sipil dan politik, termasuk hak untuk bebas; berserikat; berkumpul; menyatakan pendapat; dan berekspresi.³⁰ *Siracusa Principles* mengakui dinamisasi budaya yang berimplikasi pada standar moral yang tidak statis, otoritas negara untuk membatasi hak sipil dan politik dengan alasan “moral publik” diharuskan untuk tidak meninggalkan prinsip non-diskriminasi.³¹ Selain itu, bagi pembatasan yang pada akhirnya berakibat pada pelanggaran hak individual, ketersediaan mekanisme *remedy* merupakan hal utama yang harus diperhatikan oleh negara.³² Sementara pembatasan yang bertujuan untuk memberikan perlindungan bagi “reputasi seseorang” dikecualikan pemberlakuannya untuk aparat negara dari opini dan kritik masyarakat.³³

Siracusa Principles juga membahas perihal prasyarat negara dapat menyatakan dalam keadaan darurat.³⁴ Selanjutnya kelumpuhan

ekonomi tidak dapat dijadikan alasan pembenar untuk menyatakan bahwa negara berada dalam keadaan darurat.³⁵ *Siracusa Principles* juga meminta negara untuk tetap memberikan wewenang bagi pengadilan untuk tetap dapat menerima pengaduan atas pengurangan atau pencabutan hak selama periode darurat tersebut.³⁶

Secara spesifik pembatasan untuk bebas berserikat dan berkumpul bagi serikat pekerja dan anggotanya, disebutkan dalam *International Convention of the Principles of the Right to Organise and Bargain Collectively*³⁷, yang menyatakan “ *Workers’ and employers’ organisations shall enjoy adequate protection against any acts of interference by each other or each other’s agents or members in their establishment, functioning or administration*”³⁸, selanjutnya “*In particular, acts which are designed to promote the establishment of workers’ organisations under the domination of employers or employers’ organisations, or to support workers’ organisations by financial or other means, with the object of placing such organisations under the control of employers or employers’ organisations, shall be deemed to constitute acts of interference within the meaning of this Article*”³⁹ Konvensi ini dianggap cukup unik, sebab merumuskan pelarangan pembentukan serikat pekerja tandingan yang berada di bawah pengaruh pemilik modal, yang pada akhirnya mengancam keberadaan serikat pekerja yang murni bertujuan untuk memperjuangkan hak pekerja.

Pembatasan terhadap kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat dan berkumpul begitu detail dalam instrumen internasional. Jauh sebelum institusionalisasi hak warga negara oleh komunitas internasional (PBB), John Stuart Mills mengajukan pendapat yang sangat menarik. Menurut Mills, pembatasan bagi kebebasan berpendapat dan berekspresi tidaklah perlu, Ia menyatakan, “*The peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression*

of truth, produced by its collision with error."⁴⁰

2. Peran Mahkamah Konstitusi

Sepanjang dua periode kepemimpinan Mahkamah Konstitusi, tahun 2003 sampai dengan 2013, ditemukan setidaknya sebelas putusan yang terkait dengan kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul. Sebelas putusan tersebut terdiri dari; (1) delapan putusan terkait dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi; (2) tiga putusan terkait dengan kebebasan berserikat. Meskipun UUD Negara RI 1945 menyatukan kebebasan berserikat dan berkumpul dalam Pasal 28E (3), namun putusan menyangkut hak untuk bebas berkumpul secara spesifik belum berhasil ditemukan. Berikut beberapa putusan dimaksud:

Tabel 6:
Putusan yang Berkaitan dengan Kebebasan Berpendapat,
Berekspresi, Berserikat, dan Berkumpul

Substansi Hak	Nomor Putusan	Pokok Permohonan	Putusan
Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi	013-022/PUU-IV/2006	Penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden	Dikabulkan seluruhnya
Kebebasan Berserikat	-		
Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi	14/PUU-VI/2008	Penghinaan dan Pencemaran nama baik.	Ditolak seluruhnya
Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi	1/PUU-IX/2011	Pencemaran nama baik	Ditolak seluruhnya

Substansi Hak	Nomor Putusan	Pokok Permasalahan	Putusan
	7/PUU-VII/2009	Penghasutan	Ditolak dengan catatan
	50/PUU-VI/2008	Penghinaan dan pencemaran nama baik (ITE)	Ditolak seluruhnya
	98/PUU-VII/2009	Larangan distribusi hasil survey pada masa tenang dan quick count dihari yang sama dengan Pemilu	Dikabulkan sebagian
	99/PUU-VII/2009	Larangan menyiarkan berita, iklan, rekam jejak kandidat Pres dan Wapres pada masa tenang.	Dikabulkan seluruhnya
	9/PUU-VII/2009	Larangan distribusi hasil survey pada masa tenang dan quick count dihari yang sama dengan Pemilu	Dikabulkan sebagian

Substansi Hak	Nomor Putusan	Pokok Permohonan	Putusan
Kebebasan Berserikat	35/PUU-IX/2011	Prosedur pendirian dan verifikasi Par-pol	Dikabulkan sebagian
	66/PUU-VIII/2010	Ketentuan tentang organisasi profesi advokat	Ditolak sebagian, tidak diterima selebihnya
	115/PUU-VII/2009	Ketentuan Representasi Serikat Pekerja dalam PKB	Dikabulkan sebagian.

Seperti yang dapat dilihat pada tabel di atas, ketentuan yang mengatur soal soal pencemaran nama baik, penghinaan, dan penghasutan mendominasi permohonan yang diajukan pada Mahkamah Konstitusi. Pasal terkait pencemaran nama baik, penghinaan, dan penghasutan ini tersebar dalam KUHP, beberapa yang dimohonkan di antaranya; Pasal 134, Pasal 136 bis, Pasal 137, Pasal 207, Pasal 160, Pasal 311, Pasal 316 KUHP, dan Pasal 27 (3) UU ITE. Pasal tentang pencemaran nama baik dan penghinaan ini, dianggap oleh beberapa kalangan sebagai salah satu wujud pembatasan yang bertujuan untuk melindungi hak atas martabat (reputasi) orang lain, seperti yang diatur dalam Pasal 28G (1) dan 28J (1) dan (2). Sementara penghasutan, selain berhubungan dengan reputasi, sering kali juga dikaitkan dengan soal-soal ketertiban umum.

Kebebasan berpendapat dan berekspresi, seperti yang telah dielaborasi di atas, telah menempatkan Mahkamah Konstitusi dalam konflik antar hak. Sebagai institusi *judicial independent*, Mahkamah Konstitusi kemudian dituntut untuk melindungi dua kepentingan sekaligus; kepentingan individual warga negara atas praktik

kondusif kebebasan berpendapat dan berekspresi vs kepentingan konstitusi untuk melindungi martabat (reputasi) orang lain. Pada pertentangan hak inilah, Mahkamah Konstitusi ditantang untuk adil terhadap kepentingan keduanya, baik pemohon ataupun kepentingan konstitusi (orang lain), dengan memperhatikan prinsip keterikatan hak (*indivisibility of rights*).⁴¹

Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan permohonan terkait kebebasan berpendapat dan berekspresi, selalu bertolak dari pembatasan yang disediakan oleh Pasal 28G (1) dan 28J (1) dan (2), terkecuali untuk permohonan yang terkait dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi dalam lingkungan akademik.⁴² Metode menerjemahkan pembatasan dan bagaimana Mahkamah Konstitusi memberikan perlindungan terhadap dua hak yang bertentangan inilah, yang kemudian menarik untuk dikaji.

Sementara pada ranah kebebasan berserikat dan berkumpul, hanya satu Serikat Pekerja yang mengajukan permohonan, dan dua permohonan lainnya terkait pada kebebasan berorganisasi dan berpolitik (mendirikan partai politik). Hak untuk bebas berserikat dan berkumpul merupakan gabungan antara hak individual dan hak kolektif; Individual melekat pada manusianya, sementara hak kolektif melekat pada serikat pekerjaannya. Serikat pekerja dilindungi dengan beragam hak, meskipun pembatasan atas hak serikat pekerja juga diatur baik dalam instrumen internasional ataupun nasional. Sementara, untuk hak bebas berorganisasi, hak tetap melekat pada individunya, bukan pada organisasinya, dalam hal ini termasuk partai politik.

Terhadap pertentangan antar hak, Mahkamah Konstitusi tidak menciptakan doktrin yang dapat dijadikan alat untuk meresolusi pertentangan antar hak. Namun setidaknya ada beberapa hal yang layak diperhatikan, di antaranya adalah metode Mahkamah Konstitusi dalam menerjemahkan hak-hak yang membatasi kebebasan berpendapat dan berekspresi, di antaranya; (1) hak atas reputasi orang lain; (2) hak atas ketertiban umum/kepentingan umum, serta dengan memperhatikan syarat bahwa pembatasan tersebut harus berkesesuaian dengan tatanan masyarakat yang demokratis.

1. *Kebebasan Berpendapat vs Hak atas Martabat*

Mahkamah Konstitusi dalam putusannya menyiratkan bahwa kebebasan berpendapat dan berekspresi memiliki arti yang sama penting dengan hak atas reputasi seseorang, sebab keduanya dilindungi oleh konstitusi. Ada dua hal penting dalam putusan Mahkamah Konstitusi yang mencerminkan upaya perlindungan terhadap kedua hak yang bertentangan tersebut, diantaranya; menegaskan bahwa hak atas reputasi hanya melekat pada individu dan bukan pada pejabat negara, serta menegaskan bahwa pembatasan atas kebebasan berpendapat dan berekspresi yang bertujuan untuk melindungi reputasi individual haruslah berada dalam wilayah delik material.

Melekatnya hak atas reputasi pada individu dan bukan pada pejabat negara, dapat dilihat dalam putusan Mahkamah Konstitusi terhadap permohonan yang diajukan oleh Eggi Sudjana dan Padapotan Lubis.⁴³ Eggi Sudjana dan Padapotan Lubis mengajukan permohonan pengujian Pasal 134⁴⁴, 136 bis⁴⁵, dan 137⁴⁶ KUHP, kedua pemohon menyatakan bahwa pemberlakuan pasal tersebut menghalangi kebebasan berpendapat dan berekspresi. Lebih jauh, Eggi Sudjana menyatakan dalam permohonannya bahwa pasal-pasal tersebut menghalangi warga negara untuk menjalankan tanggung jawabnya untuk turut serta mengontrol kekuasaan negara, secara khusus Eggi merujuk pada hak untuk memberikan informasi kepada KPK terkait dengan adanya dugaan korupsi yang dilakukan oleh Presiden.⁴⁷

Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa, hak atas reputasi tidak melekat pada pejabat negara, dengan memperhatikan prinsip keterikatan hak (*indivisibility of rights*). Melalui putusan No. 013-022/PUU-IV/2006 ini, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa melekatnya reputasi atas diri pejabat negara hanya akan menegaskan prinsip kesetaraan di hadapan hukum dan pemerintahan. Menurut Mahkamah Konstitusi, Presiden dan Wakil Presiden tidak boleh mendapatkan *privilege* hukum secara diskriminatif berbeda dengan rakyat yang memegang kedaulatan tertinggi.⁴⁸

Selain prinsip kesetaraan di hadapan hukum dan pemerintahan, Mahkamah Konstitusi juga menegaskan makna dari frasa “martabat

orang lain”, yang diatur di dalam pasal 28G (1) dan 28J (1), hanya melekat pada kualitas pribadi dan bukan pada jabatan. Mahkamah Konstitusi, dengan menggunakan interpretasi sistematis, menilai bahwa pasal yang dimohonkan akan menghambat pelaksanaan dari Pasal 7A UUD Negara RI 1945⁴⁹, yang berisi ketentuan tentang pemberhentian Presiden dan atau Wakil Presiden apabila melakukan pelanggaran hukum, sebab segala upaya untuk terlibat dalam kontrol pemerintahan akan rentan ditafsirkan sebagai penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden.

Tafsir yang menyimpulkan bahwa hak atas martabat tidak melekat pada presiden dan wakil presiden juga didasarkan pada sejarah dan konteks perumusan Pasal 134 KUHP itu sendiri. Pada putusan No. 013-022/PUU-IV/2006, Mahkamah Konstitusi menganggap tidak lagi diperlukannya rumusan Pasal 134 KUHP tentang penghinaan terhadap presiden dan wakil presiden, dengan memperhatikan sejarah perumusannya. Mahkamah Konstitusi menilai delik formil tidaklah tepat, sebab delik formil hanyalah mengikuti tatanan masyarakat monarkhi yang mentabukan Raja atau Ratu untuk melakukan pengaduan, sehingga memberikan otoritas diskresi pada aparat penegak hukum untuk secara langsung memproses penegakan pidananya⁵⁰.

Putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa Pasal penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden, tidak serta merta menghapus ketentuan yang melindungi hak atas reputasi orang lain. Pada putusan No. 50/PUU-VI/2008, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa perlindungan hak atas martabat orang lain merupakan kewajiban konstitusional.⁵¹ Melalui penafsiran sistematis, Mahkamah Konstitusi merujuk pada ketentuan Pasal 28 G (1) dan 28 J (2)⁵².

Pentingnya perlindungan terhadap martabat orang lain, dinyatakan dengan jelas dalam Putusan No. 1/PUU-IX/2011, Mahkamah Konstitusi menyatakan “*penggunaan kebebasan atau hak setiap orang tidaklah dapat digunakan sedemikian rupa tanpa batas sehingga menyerang kehormatan atau nama baik seseorang...*”.⁵³ Penegasan terhadap pentingnya perlindungan atas martabat juga

disebutkan dalam Putusan No. 7/PUU-VII/2009 yang menyatakan, “*Penyampaian pendapat di muka umum wajib menghormati hak-hak dan kebebasan orang lain, wajib tunduk kepada peraturan perundang-undangan yang berlaku, serta wajib menghormati, menjaga keamanan dan ketertiban umum*”.⁵⁴

Melindungi hak atas martabat orang lain, Mahkamah Konstitusi merujuk pada dua keterangan ahli⁵⁵ pada putusan No 013-022/PUU-IV/2006, yang menekankan keberadaan Pasal 310 KUHP. Pasal 310 KUHP ini merupakan delik material yang merupakan *lex specialis* dari Pasal 134 KUHP.⁵⁶ Sementara pasal yang merupakan delik aduan dan terkait dengan penghinaan, pencemaran nama baik, fitnah, dan penghasutan tersebar mulai dari Pasal 310 KUHP hingga Pasal 321 KUHP. Pilihan untuk memberlakukan delik material dan meninggalkan delik formil, sebagai aturan yang membatasi kebebasan berpendapat dan berekspresi juga ditegaskan dalam putusan Mahkamah Konstitusi Putusan No. 7/PUU-VII/2009, yang menyatakan pemberlakuan Pasal 160 KUHP sebagai *conditionally constitutional*, sepanjang dimaknai sebagai delik material.⁵⁷

Mahkamah Konstitusi memutuskan hal yang berbeda manakala memeriksa permohonan yang diajukan oleh Narliswandi Piliang, tentang pemberlakuan Pasal 27 (3) UU Informasi dan Transaksi Elektronik. Pasal 27 (3) berbunyi “*Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik*”, berada pada wilayah delik formil; perbuatan selesai, maka sempurnalah unsur pidananya. Meskipun Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa dalam tataran penerapan hukum, aparat penegak hukum harus mampu membuktikan unsur “sengaja” dan “tanpa hak” dalam Pasal tersebut. Menurut Mahkamah Konstitusi unsur dengan sengaja dan tanpa hak berarti pelaku menghendaki dan mengetahui bahwa tindakan yang dilakukannya tanpa hak, sementara tanpa hak diartikan sebagai melawan hukum.⁵⁸

Indonesia menganut sistem hukum positif, yang berarti setiap orang yang ada dalam yurisdiksi Indonesia dianggap mengetahui

aturan hukum semenjak diberlakukannya aturan tersebut. Sehingga setiap tindakan yang melawan hukum, diketahui ataupun tidak diketahui aturan hukumnya, akan tetap dapat membuktikan unsur “tanpa hak” dalam Pasal 27 (3) UU ITE ini. Terhadap permohonan ini Mahkamah Konstitusi melalui putusan No. 50/PUU-VI/2008 menyatakan “*Norma Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik adalah konstitusional dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai demokrasi, hak asasi manusia, dan prinsip-prinsip negara hukum*”.

Terlepas dari tafsir Mahkamah Konstitusi atas Pasal 27 (3) UU ITE dalam putusan No. 50/PUU-VI-2008 ini, secara umum Mahkamah Konstitusi berkehendak untuk melindungi reputasi orang lain melalui delik aduan. Secara tidak langsung, melalui delik aduan, Mahkamah Konstitusi telah memindahkan diskresi aparat negara terhadap tafsir atas pasal-pasal pencemaran nama baik, penghinaan, penghasutan, dan fitnah pada subyektivitas individual. Ringkasnya, Mahkamah Konstitusi telah memindahkan area konflik, dari konflik vertikal; individual vs kekuasaan, menjadi individual vs individual. Keduanya, memiliki kelenturan yang sama yang rentan penyalahgunaan dan dapat berimplikasi pada pelanggaran atas kebebasan berpendapat dan berekspresi.

Mahkamah Konstitusi kembali ditantang untuk membuktikan pembatasan atas kebebasan berpendapat dan berekspresi yang diberikan oleh Pasal 310, 311, dan 316 KUHP yang merupakan delik material, melalui permohonan yang diajukan oleh Risang Bima Wijaya dan Bersihar Lubis. Melalui putusan No. 14/PUU-VI/2008, Mahkamah Konstitusi kembali menggunakan interpretasi sistematis dengan merujuk pada pembatasan yang diberikan oleh UDHR, ICCPR, dan UUD Negara RI 1945.

Terkait dengan penyalahgunaan pasal, oleh individual ataupun kelompok ataupun kekuasaan untuk membatasi kebebasan berpendapat, dan berekspresi, termasuk di dalamnya kebebasan pers, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa hal tersebut tidaklah berkaitan dengan konstitusionalitas norma, melainkan ada pada

wilayah penerapan norma⁵⁹. Sementara Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan yang terbatas, hanya pada *constitutional review* dan tidak termasuk *constitutional complaint*⁶⁰.

2. *Kebebasan Berpendapat vs Kepentingan Umum/Ketertiban Umum*

Ketertiban umum merupakan term yang tafsirnya rentan dimonopoli oleh otoritas negara, meski demikian ketertiban umum telah diketahui sebagai salah satu pembatasan hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi. Mahkamah Konstitusi tidak memberikan tafsir yang cukup menjelaskan definisi dan kedudukan kepentingan umum/ketertiban umum terhadap hak individual, namun Mahkamah Konstitusi memberikan penilaian bahwa segala rumusan yang dibuat untuk menjaga ataupun menciptakan ketertiban umum demi eksistensi pemerintahan kolonial tidaklah layak untuk dipertahankan.⁶¹ Hal ini dapat diketahui manakala Mahkamah Konstitusi, pada Putusan No. 013-022/PUU-IV/2006, merujuk pada ketentuan Pasal V Oendang-Oendang Nomor 1 Tahun 1946 tentang relevansi dan *raison d'être* pasal-pasal KUHPidana, yang menyatakan, “*Peraturan hukum pidana yang seluruhnya atau sebagian sekarang tidak dapat dijalankan, atau bertentangan dengan kedudukan Republik Indonesia sebagai negara merdeka, atau tidak mempunyai arti lagi, harus dianggap seluruhnya atau sebagian sementara tidak berlaku.*”

Mahkamah Konstitusi, secara implisit memberikan tafsir atas Pasal V Oendang-Oendang No. 1 Tahun 1946 ini, yang dapat ditemukan dalam Putusan No. 7/ PUU-VII/2009.⁶² Menurut Mahkamah Konstitusi norma yang mengandung unsur universal dalam negara hukum, meskipun awalnya merupakan upaya negara kolonial untuk menjaga stabilitas di wilayah jajahannya, layak untuk dipertahankan.⁶³ Tafsir ini menegaskan kedudukan norma tentang ketertiban umum, yang diatur dalam Buku ke II Bab V KUHP tentang Kejahatan Terhadap Ketertiban Umum (*Open Bare Orde*). Mahkamah Konstitusi memberikan catatan terhadap pembedaan kejahatan terhadap ketertiban umum ini, dengan menegaskan pemberlakuannya sebagai delik material⁶⁴.

Metode penafsiran sistematis, yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam beberapa putusan lainnya terkait ketertiban umum sebagai pembatasan bagi hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi, dianggap tidak mampu meresolusi konflik antara kebebasan berpendapat *vs* ketertiban umum. Merujuk pada pendapat Mahkamah Konstitusi di atas, ketertiban umum menjadi sebuah keniscayaan yang harus dipertahankan, terlepas dari tafsirnya yang rentan monopoli dan penyalahgunaan oleh kekuasaan.⁶⁵ Keberadaan ketertiban umum sebagai pembatasan yang niscaya, menutup diskursus tentang ketertiban umum sebagai tujuan pembatasan hak bebas berpendapat dan berekspresi, dan membiarkan tafsirnya yang begitu luas untuk diinterpretasikan, terutama oleh pemilik otoritas di bawah penguasa negara terhadap individu yang mempraktikkan hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi.

Selain itu, keengganan Mahkamah Konstitusi untuk lebih dalam mengelaborasi makna ketertiban umum sebagai pembatasan yang diperlukan dalam tatanan masyarakat demokratis, hanya memperlihatkan preferensi Mahkamah Konstitusi untuk mempertahankan norma ketertiban umum dan mengurangi kebebasan itu sendiri. Menempatkan, ketertiban umum dan kebebasan berpendapat dan berekspresi, sebagai pilihan seringkali menciptakan kesenjangan, dengan menitik beratkan pada pentingnya menjaga norma ketertiban umum serta mengabaikan pentingnya kebebasan yang potensial berimplikasi pada pelanggaran hak individual. Kesenjangan ini menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak mampu membangun pendekatan yang konstruktif untuk menciptakan resolusi konflik antara hak untuk bebas berekspresi dan ketertiban umum/kepentingan umum secara koheren, melainkan menyerahkannya pada aparat penegak hukum yang bekerja berdasarkan norma yang diatur dalam peraturan perundangan, melalui pemberlakuan delik material.⁶⁶

3. Hak untuk Bebas Berpendapat dan Berekspresi dalam Ranah Akademik

Diskusi tentang pentingnya pembatasan terhadap praktik

kebebasan berpendapat dan berekspresi cukup intens dalam putusan Mahkamah Konstitusi terkait kebebasan berpendapat dan berekspresi, namun dalam putusan No. 98/PUU-VII/2009 dan putusan No. 9/PUU-VII/2009 diskusi tentang pembatasan kebebasan hak berpendapat dan berekspresi tidak mendapatkan perhatian yang cukup. Kedua putusan ini didasarkan atas permohonan uji material Undang-undang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, serta Undang-undang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, yang keduanya diajukan oleh Asosiasi Riset Opini Publik.⁶⁷

Kedua permohonan yang diajukan oleh Asosiasi Riset Opini Publik ini, menyoal dua hal; *pertama*, larangan penyebarluasan hasil survei (*pooling*) opini publik di masa tenang, dan *kedua*, larangan mengumumkan hasil perhitungan cepat (*quick count*) di hari sebelum lampaunya Pemilu. Mahkamah Konstitusi menilai, jajak pendapat dan survei merupakan kegiatan akademik yang dilakukan secara metodologis, dan dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah. Menurut Mahkamah Konstitusi, temuan dan informasi ilmiah yang dihasilkan dari kegiatan ilmiah merupakan hal yang harus disebarluaskan kecuali dengan tujuan melanggar hukum. Pendapat Mahkamah Konstitusi ini didasarkan pada ketentuan yang dimaksud dalam Pasal 31 (1), (3), (5) UUD Negara RI 1945 tentang pendidikan, serta Pasal 28F UUD Negara RI 1945 tentang perlindungan untuk menggali, mengolah dan mengumumkan informasi.

Term ketertiban umum dalam putusan ini didiskusikan dengan mengukur hubungan kausalitas antara publikasi jajak pendapat di masa tenang, dan pengumuman penghitungan cepat (*quick count*) dengan keamanan dan ketertiban dalam masyarakat. Mahkamah Konstitusi berpendapat, dalam praktiknya tidak ada data yang akurat yang dapat menunjukkan bahwa kegiatan ini dapat menimbulkan keresahan dalam masyarakat dan mengganggu ketertiban umum.⁶⁸ Pendapat Mahkamah ini kemudian dibantah oleh hakim Arsyad Sanusi dalam *dissenting opinion*-nya, menurut Arsyad guncangan terhadap ketertiban umum itu pernah terjadi

di Jawa Timur dan Sulawesi Selatan.⁶⁹ Baik Mahkamah Konstitusi, ataupun Arsyad Sanusi tidak menjelaskan tentang proses pengumpulan data tersebut.

M. Akil Mochtar dan Ahmad Sodiki mengajukan pendapat yang tak kalah pentingnya, dengan menggunakan pendekatan *indivisibility of rights*, Mochtar dan Sodiki memperhatikan prinsip *equality* antar kontestan Pemilu. Menurut Mochtar dan Sodiki, “*Survei yang dicitrakan semata-mata kepentingan ilmiah, seperti di Perguruan Tinggi kini menjadi industri survei yang mengabdikan pada kepentingan perseorangan ataupun golongan dan telah memasuki ranah publik*”. Menurut Mochtar dan Sodiki, komersialisasi penelitian ilmiah melahirkan ketidaksetaraan posisi antara partai besar dan partai kecil, partai kecil dengan dukungan finansial yang kecil menjadi bagian dari yang paling kurang diuntungkan, termasuk oleh kebebasan pers yang sekarang lebih mirip industri daripada mengabdikan kepada kepentingan publik⁷⁰.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 9/PUU-VII/2009 ini cukup menarik, sebab Mahkamah Konstitusi memberikan interpretasi yang berbeda dengan yang biasanya dilakukan terkait kebebasan berpendapat dan berekspresi dalam putusan lainnya. Beberapa permohonan, yang tertuang dalam putusan, menyebutkan contoh riil implikasi pengurangan kebebasan berpendapat dan berekspresi individual, bahkan beberapa pemohon mengklaim sebagai korban dari pemberlakuan norma yang membatasi kebebasan berpendapat dan berekspresi, sangat disayangkan Mahkamah Konstitusi tidak memperhitungkannya. Meskipun, tidak dapat diingkari bahwa pemberlakuan delik material sebagai pembatasan atas kebebasan memberikan kontribusi yang signifikan untuk menciptakan iklim kondusif atas kebebasan itu sendiri.

Mahkamah Konstitusi memberikan dukungan yang optimal terhadap kegiatan jajak pendapat dan penghitungan cepat dengan mengabulkan permohonan uji materiil norma terkait larangan menyiarkan berita, iklan, rekam jejak pasangan calon, atau bentuk lainnya yang mengarah pada kepentingan kampanye yang menguntungkan atau merugikan pasangan calon, yang ketentuannya

dimuat dalam Undang-undang No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden, yang diajukan oleh beberapa pemimpin redaksi media massa (elektronik dan cetak), melalui putusan No. 99/PUU-VII/2009.

4. Peran Mahkamah Konstitusi dalam Kebebasan Berkumpul dan Berserikat.

Mahkamah Konstitusi memeriksa tiga permohonan terkait hak untuk bebas berserikat dan berkumpul dalam dua periode pertama kepemimpinannya; satu permohonan terkait hak serikat pekerja, sementara dua lainnya menyangkut kebebasan berorganisasi. Meskipun hak untuk bebas berkumpul dan berserikat memiliki pembatasan yang sama dalam praktiknya dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi, namun pembahasan atas kebebasan tidak mengemuka dalam putusan terkait kebebasan berserikat dan berkumpul.

Putusan No. 115/PUU-VII/2009, didasarkan pada permohonan yang diajukan oleh Serikat Pekerja BCA (Bank Central Asia), permohonan ini menyoal ketentuan dalam UU No. 13 Tahun 2003, Pasal 120 (1),⁷¹ tentang syarat kepesertaan Serikat Pekerja dalam perumusan Perjanjian Kerja Bersama (PKB). Minimnya pembahasan tentang pembatasan hak dalam putusan ini, dikarenakan “hak” yang melekat bersifat sangat sektoral, sehingga tidak dapat dikaitkan secara langsung dengan martabat orang lain ataupun ketertiban umum.

Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa permohonan ini, mengidentifikasi pembatasan yang diberikan oleh UU No. 13 Tahun 2003 terhadap serikat pekerja ini dengan memperhatikan prinsip keterikatan hak (*indivisibility of rights*), khususnya terkait hak atas kesamaan di hadapan hukum (*equality before the law*). Terkait syarat prosedural jumlah keanggotaan serikat pekerja yang diperbolehkan untuk turut serta dalam perumusan perjanjian kerja bersama, Mahkamah Konstitusi menyatakan, “...tidak boleh membedakan hak antara serikat pekerja mayoritas dan serikat pekerja minoritas. Semuanya harus diberikan hak yang sama untuk ikut serta dalam perundingan pembuatan perjanjian kerja bersama di dalam

perusahaan” Putusan ini disambut baik oleh Serikat Pekerja, melalui putusan ini, Serikat Pekerja dapat menjalankan fungsinya sebagai alat perjuangan anggotanya, terlepas dari berapa pun jumlah anggotanya, mengingat perjanjian kerja bersama yang dirumuskan akan berlaku bagi seluruh pekerja, baik pekerja yang merupakan anggota dari serikat yang mayoritas maupun yang minoritas.

Sementara dalam putusan No. 66/PUU-VIII/2010, yang didasarkan atas permohonan beberapa advokat untuk menguji konstusionalitas norma terkait organisasi tunggal advokat yang diatur dalam UU Advokat Pasal 28 ayat (1),⁷² Mahkamah Konstitusi membangun argumentasi yang mempertahankan Pasal 28 (1) UU Advokat tersebut, dengan mendasarkan pada fungsi organisasi advokat. Menurut Mahkamah Konstitusi, keberadaan Pasal 28 (1) UU Advokat yang mengakui organisasi tunggal advokat, dalam hal ini PERADI (Perhimpunan Advokat Indonesia), tidaklah menghalangi hak seseorang untuk bergabung ataupun mendirikan organisasi advokat lainnya. Perbedaan PERADI sebagai organisasi yang dimaksud dalam UU Advokat, dengan organisasi advokat lainnya, hanya ada pada kewenangannya sebagai organ negara yang mandiri.⁷³

Mahkamah Konstitusi kembali menggunakan pendekatan fungsional untuk memutus permohonan terkait syarat pembentukan partai politik, syarat pemberian status badan hukum kepada partai politik, dan syarat verifikasi partai politik baru yang dibentuk sesudah UU No. 2 tahun 2011 tentang Partai Politik diterbitkan. Pemohon mengklaim ketentuan tersebut merupakan *regressive measures* terhadap pemenuhan hak berserikat, sebab ketentuan terkait prosedur pembentukan partai politik dan prosedur pemberian status badan hukum terhadap partai politik menjadi lebih ketat dibandingkan dengan ketentuan yang dimuat dalam UU Partai Politik sebelumnya (UU No. 2 Tahun 1999). Pemohon juga mengutip naskah akademik perumusan UU No. 2 Tahun 2011, yang menyebutkan tentang perlunya pengetatan pembentukan partai politik untuk menyederhanakan sistem presidensial.⁷⁴ Kutipan naskah akademik ini memberi tantangan tersendiri bagi Mahkamah Konstitusi untuk menjelaskan apakah upaya pengetatan sistem presidensial merupakan batasan

yang *legitimate* bagi kebebasan berserikat, dalam hal ini kebebasan mendirikan organisasi partai politik?

Mahkamah Konstitusi tidak menjawab pertentangan antara upaya negara memperketat pembentukan partai politik sebagai upaya penyederhanaan sistem presidensial, melainkan, Mahkamah Konstitusi menjelaskan tentang perlunya pengetatan pembentukan partai politik sebagai upaya untuk memperkuat partai politik itu sendiri.⁷⁵ Tafsir fungsional ini masih *debatable* dan sangat subyektif, namun hal ini cukup wajar mengingat hakim memiliki kewenangan subyektif.

Terkait dengan dalil yang diajukan pemohon tentang *regressive measures*, yang menyatakan bahwa UU No. 2 Tahun 2011 memberikan syarat yang lebih berat dibandingkan dengan UU No. 2 Tahun 1999, Mahkamah Konstitusi mengaitkannya dengan perubahan konteks antara tahun 1999 dengan tahun 2011. Menurut Mahkamah Konstitusi, syarat pendirian partai politik pada Undang-undang yang baru telah memperhitungkan penambahan jumlah penduduk, sehingga ketentuan tentang pendirian partai politik yang lebih ketat dalam UU yang baru, yang mensyaratkan paling tidak dibentuk oleh 30 orang di setiap provinsi dianggap wajar.⁷⁶ Putusan No. 35/PUU-IX/2011 juga menegaskan wewenang Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator*, Mahkamah Konstitusi berpendapat “*sebagai negative legislator pada dasarnya Mahkamah Konstitusi tidak dapat membentuk norma sebagai pengganti dari norma yang dibatalkan sehingga apabila pasal tersebut dibatalkan atau dinyatakan inkonstitusional maka akan terjadi kekosongan hukum*”.⁷⁷ Apabila Mahkamah Konstitusi memperhitungkan kekosongan hukum, sebagai faktor yang mempengaruhi putusan, sudah seharusnya Mahkamah Konstitusi tidak menyatakan suatu norma bertentangan dengan konstitusi dan menyatakannya tidak lagi berkekuatan mengikat. Pendapat Mahkamah Konstitusi tentang *negative legislator* ini, kemudian dapat memunculkan keraguan dari publik terkait ketegasan Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan suatu norma sebagai konstitusional atau inkonstitusional.

5. *Peran Mahkamah Konstitusi sebagai Pelindung Hak Konstitusional dan Kewenangan Constitutional Complaint.*

Lima dari putusan yang dikaji dalam penelitian ini lahir dari permohonan yang didasarkan pada kasus pidana yang spesifik, diajukan oleh tersangka yang proses hukumnya sedang bergulir. Para pemohon yang terlibat perkara pidana ini, mengajukan permohonan pengujian undang-undang, dengan mengklaim sebagai korban pelanggaran hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi. Lima putusan dimaksud di antaranya; No. 14/PUU-VI/2008 terkait pencemaran nama baik; No. 013-022/PUU-IV/2006 terkait penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden; No. 7/PUU-VII/2009 terkait penghasutan; No. 1/PUU-IX/2011 terkait pencemaran nama baik; dan No. 50/PUU-VI/2008 terkait pencemaran nama baik yang ditransmisikan secara elektronik. Mahkamah Konstitusi dalam putusannya tidak membatalkan norma yang dimohonkan, namun menyatakan pemberlakuannya sebagai delik material.

Norma yang membatasi kebebasan berpendapat dan berekspresi dalam KUHP, seperti pemidanaan pencemaran nama baik, penghasutan, fitnah, dan penghinaan, dengan pemberlakuannya sebagai delik material, tidak lagi dimonopoli tafsirnya oleh aparat penegak hukum, sebagai entitas yang memiliki wewenang diskresi. Tafsir atas ketentuan normatif pasal tersebut dalam KUHP, kemudian diserahkan kepada subyektif individual yakni orang yang kemudian merasa terkena akibat dari tindakan dimaksud.

Perubahan delik formil menjadi delik material ini, tetap berpotensi memicu terjadinya pelanggaran hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi, seperti yang diakui oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan No. 013-022/PUU-IV/2006.⁷⁸ Pelanggaran hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi tersebut dimungkinkan manakala terjadi kesalahan tafsir dan penerapan norma di tataran praksis oleh aparat penegak hukum. Terhadap hal ini Mahkamah Konstitusi menyatakan *“penafsiran dan penerapan norma sama sekali berbeda dengan inkonstitusionalitas norma. Untuk mengatasi persoalan demikian itulah Mahkamah Konstitusi di negara lain, di samping diberi kewenangan untuk mengadili perkara pengujian undang-undang (judicial review*

atau *constitutional review*), juga diberi kewenangan untuk mengadili perkara-perkara *constitutional question* dan *contitutional complaint*.⁷⁹

Mahkamah Konstitusi, dalam putusan No. 013-022/PUU-IV/2006, mendefinisikan *constitutional complaint* sebagai “terjadi tatkala seorang warga negara mengadu ke Mahkamah Konstitusi bahwa tindakan atau kelalaian suatu pejabat negara atau pejabat publik (*state official, public official*) telah melanggar hak konstitusionalnya sementara segala upaya hukum biasa yang tersedia sudah tidak ada lagi (*exhausted*)”⁸⁰. Pada putusan yang sama, Mahkamah Konstitusi juga mendefinisikan *constitutional question* sebagai “terjadi apabila seorang hakim (di luar hakim konstitusi) meragukan konstitusionalitas suatu norma hukum yang hendak diterapkan dalam suatu kasus konkret, sehingga sebelum memutus kasus dimaksud hakim yang bersangkutan mengajukan permohonan (pertanyaan) terlebih dahulu ke Mahkamah Konstitusi perihal konstitusionalitas norma hukum tadi.”⁸¹

Wewenang *constitutional complaint*, memungkinkan Mahkamah Konstitusi untuk secara langsung membahas konteks persoalan yang diajukan oleh pemohon, seperti yang terjadi pada lima permohonan tersebut di atas. Berbeda dengan Indonesia, Mahkamah Konstitusi di Jerman dibekali dengan wewenang *constitutional complaint* (*Verfassungsbeschwerde*), pemohon dapat mengajukan *constitutional complaint* setelah menempuh segala upaya hukum yang tersedia melalui pengadilan (*exhausted all available remedies*) sebelum mendaftarkan permohonannya pada Mahkamah Konstitusi. Permohonan diajukan dengan dasar pelanggaran hak konstitusional, permohonan *constitutional complaint* ini tidak memerlukan pendampingan pengacara, dan pemohon tidak dibebani biaya (cuma-cuma)⁸².

Mahkamah Konstitusi Jerman memberikan putusan yang menarik terkait larangan penggunaan jilbab untuk pengajar di sekolah negeri, di wilayah Bavaria- Southeast Jerman. Permohonan *constitutional complaint* atas larangan ini diajukan oleh perempuan warga negara Jerman, berkebangsaan Afghanistan setelah tidak diterima menjadi pegawai negeri sipil karena menolak melepas jilbabnya. Pemohon mengajukan klaim bahwa hak dasarnya dilanggar,

di antaranya; hak atas martabat, kebebasan pribadi, kesetaraan di hadapan hukum, kebebasan beragama, dan hak untuk menjadi pegawai negeri sipil terlepas dari keyakinan keagamaannya. Pemohon mengajukan permohonan sebelumnya pada *Baden-Württemberg Higher Administrative Court*, pengadilan ini kemudian memutuskan bahwa keputusan tidak diterimanya merupakan diskresi pimpinan departemen dimaksud, sementara *Federal Administrative Court* juga menolak permohonan banding pemohon, putusan dari *Federal Administrative Court* menyatakan bahwa kesediaan untuk melepas jilbab untuk bekerja menjadi PNS di bidang pengajaran sudah tepat. Mahkamah Konstitusi Jerman, secara langsung membahas kasus ini dan menyatakan larangan penggunaan jilbab bagi guru di sekolah tidak memiliki dasar yang tepat berdasarkan konstitusi *Baden-Württemberg*.⁸³

Sayangnya, Mahkamah Konstitusi tidak dibekali dengan wewenang *constitutional complaint* ataupun *constitutional question*, sehingga Mahkamah tidak dapat memberikan jawaban yang cukup menjelaskan perlunya pembatasan atas kebebasan untuk berpendapat dan berekspresi pada konteks kasus yang cukup variatif, seperti yang dielaborasi di atas⁸⁴. Contohnya pada putusan No. 14/ PUU-VI/2008 yang menyoal ketentuan normatif terkait pencemaran nama baik dalam KUHP yang diberlakukan secara umum, termasuk jurnalis. Meskipun, mekanisme penyelesaian perselisihan terkait kerja jurnalistik telah dirumuskan dalam UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers. Mahkamah Konstitusi hanya bisa memberikan tafsir sistematik, yang tentu saja tidak bisa lepas dari ketentuan Pasal 28 J (1) dan (2) serta Pasal 28 G (1) tentang hak atas martabat orang lain.

Kontribusi Mahkamah Konstitusi terhadap upaya membangun iklim kondusif bagi praktik kebebasan berpendapat dan berekspresi, pada akhirnya hanya sebatas mengubah delik formil pembatasan menjadi delik materiil yang juga masih rawan penyalahgunaan akibat lenturnya norma pembatasan dimaksud, terutama dalam KUHP. Meskipun, putusan Mahkamah Konstitusi yang memberlakukan pembatasan atas hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi sebagai delik material layak diapresiasi, karena dianggap cukup memperhatikan

prinsip kehati-hatian, mengingat Mahkamah Konstitusi terikat pada pembatasan terhadap hak secara umum yang diatur dalam UUD 1945. Namun, ketiadaan mekanisme yang dapat mengatasi efek negatif dari penyalahgunaan ketentuan normatif terkait pembatasan kebebasan dalam KUHP, hal ini dapat menyebabkan upaya Mahkamah Konstitusi mengubah delik formal menjadi material tampak sia-sia.

Hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi, seperti yang telah didiskusikan, merupakan hak yang sering kali dianggap mengurangi hak atas martabat seseorang, namun baik peraturan nasional maupun instrumen internasional tidak mampu menjelaskannya secara koheren, di sinilah kemudian Mahkamah Konstitusi sebagai penafsir tunggal konstitusi seharusnya berperan. *Siracusa Principle* dalam Bagian I, paragraph 36 yang menyatakan “ *when a conflict exist between a right protected in the Covenant and one which is not, recognition and consideration should be given to the fact that the covenant seeks to protect the most fundamental rights and freedoms. In this context especial weight should be afforded to the rights from which no derogation may be made under Article 4 of the covenant*”⁸⁵, mengingat hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi bukan termasuk dalam hak yang tidak dapat dikurangi penikmatannya, maka resolusi konflik diserahkan sepenuhnya pada parlemen dan institusi pengadilan dalam yurisdiksi negara bersangkutan.

Skema pembatasan dalam UUD 1945 berlaku secara umum, dengan kata lain membatasi seluruh ketentuan hak yang diakui dalam UUD Negara RI 1945 itu sendiri. Sebagai *guardian of the constitution* dan *the sole interpreter of the constitution*, Mahkamah Konstitusi tidak bisa lari dari ketentuan yang membatasi penikmatan kebebasan itu sendiri, sebab baik tujuan pembatasan ataupun kebebasan itu sendiri sama pentingnya serta memiliki kedudukan yang sama dalam UUD Negara RI 1945. Hal ini tampak dalam metode penafsiran Mahkamah Konstitusi dalam putusan terkait kebebasan berpendapat dan berekspresi, yang didominasi dengan tafsiran sistematis. Tanpa adanya mekanisme yang mampu mengakomodasi *constitutional complaint*, peran Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung hak konstitusional warga tidak akan maksimal.

Betapa pun, Mahkamah Konstitusi dalam dua periode kepemimpinan dianggap telah memberikan kontribusi yang cukup signifikan, dalam melindungi dan memajukan hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat dan berkumpul. Pembatasan hak konstitusional yang dianut oleh UUD 1945 dalam Pasal 28G (1) dan 28 J (1) dan (2) menjadi titik tolak hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan permohonan di wilayah ini. Pembatasan ini tidak menjadi titik tekan apabila hak untuk bebas berekspresi dan berpendapat ini berada dalam wilayah akademik. Hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul dalam praktiknya, sering kali dianggap sebagai hak yang bertentangan dengan hak lainnya (*rights on dispute*), preferensi Mahkamah Konstitusi tatkala berhadapan dengan *rights on dispute* dinilai konsisten dalam beberapa putusan.

B. Kebebasan Beragama/Berkeyakinan

Kebebasan beragama/berkeyakinan merupakan hak individu yang tidak bisa ditunda pemenuhannya (*non derogable rights*). Karena itu, kebebasan beragama/berkeyakinan untuk individu dan kelompok merupakan hak asasi manusia yang fundamental yang harus dijamin oleh negara.⁸⁶ Kebebasan beragama, berdasarkan sejarah manusia itu sendiri, merupakan sumber ketidaksepakatan dan konflik.⁸⁷ Dasar pijakan hukum tentang kebebasan beragama yang dinegosiasikan dan diadopsi oleh negara-negara selama satu dekade berlangsungnya Perang Dingin yang kemudian dijadikan sebagai standar umum internasional.⁸⁸ Kevin Boyle menyatakan bahwa dalam negosiasi internasional mengenai standar hak asasi manusia sebagai salah satu dampak Perang Dingin adalah bahwa kebebasan beragama bagi individu dianggap sebagai kebalikan dari kebebasan untuk mengadopsi materialistis sebagai lawan dari nilai-nilai spiritual dan kepercayaan.⁸⁹

Dalam Deklarasi Universal HAM (DUHAM) disebutkan bahwa:

“Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in

teaching, practice, worship and observance”

Sedangkan dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik atau ICCPR, yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia dengan UU No. 12/2005 menyebutkan dalam Pasal 18:⁹⁰

1. Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menerima suatu agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara individu maupun bersama-sama dengan orang lain, dan baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama atau kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, ketaatan, pengamalan dan pengajaran.
2. Tidak seorang pun boleh dipaksa sehingga mengganggu kebebasannya untuk menganut atau menerima suatu agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya.
3. Kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan hukum, yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan atau moral masyarakat atau hak dan kebebasan mendasar orang lain.
4. Negara-negara Pihak pada Kovenan ini berjanji untuk menghormati kebebasan orang tua dan, jika ada, wali yang sah, untuk memastikan bahwa pendidikan agama dan moral bagi anak-anak mereka sesuai dengan keyakinan mereka sendiri.

*Dalam Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief yang ditandatangani pada tanggal 25 November 1981 disebutkan:*⁹¹

“Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have a religion or whatever belief of his choice [...].”

Sementara dalam Human Rights Committee general comment 22

Paragraf 3 disebutkan:

“Article 18 does not permit any limitations whatsoever on the freedom of thought and conscience or the freedom to have or adopt a religion or belief of one’s choice;”. Para. 5: “The Committee observes that the freedom to ‘have or to adopt’ a religion or belief necessarily entails the freedom to choose a religion or belief, including the right to replace one’s current religion or belief with another or to adopt atheistic views, as well as the right to retain one’s religion or belief.”

Douglas Shrader misalnya mengemukakan ketiga pandangan kerukunan dan toleransi itu dalam tiga sumber pemikiran yakni pemisahan agama-negara, pandangan universal, dan pandangan Timur. Yang *pertama* adalah pandangan kerukunan dan toleransi yang berbasis pada ide pemisahan secara ketat antara negara dan agama sebagaimana yang berlaku di negara-negara seperti Amerika, Perancis dan Turki. Yang *kedua* adalah pandangan kerukunan dan toleransi yang berbasis pada wawasan universalitas ide keagamaan yang menekankan kesamaan akhir dalam tujuan tiap agama sebagaimana banyak dianut di negara-negara Eropa masa kini. Pandangan yang *ketiga* mengenai kerukunan dan toleransi agama bersumber pada tradisi-tradisi Timur seperti India dan negara-negara Asia.⁹²

Inti normatif dari hak asasi manusia atas kebebasan beragama/berkeyakinan dapat disingkat menjadi 8 elemen.⁹³

1. Kebebasan Internal: Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkesadaran dan beragama; hak ini mencakup kebebasan untuk setiap orang memiliki, menganut, mempertahankan atau pindah agama atau keyakinan.⁹⁴
2. Kebebasan eksternal: Setiap orang mempunyai kebebasan, baik sendiri atau bersama-sama dengan orang lain, di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama atau kepercayaannya dalam kegiatan pengajaran, pengamalan, ibadah dan penataan.
3. Tanpa dipaksa: Tidak seorang pun dapat dipaksa sehingga

terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau keyakinannya sesuai dengan pilihannya.⁹⁵

4. Tanpa Diskriminasi: Negara berkewajiban untuk menghormati dan menjamin hak kebebasan beragama atau berkeyakinan bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan yang tunduk pada wilayah hukum atau yurisdiksinya, hak akan kebebasan beragama atau berkeyakinan tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau keyakinan, politik atau, kebangsaan atau asal-usul lainnya, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.⁹⁶
5. Hak orang tua dan wali: Negara berkewajiban untuk menghormati kebebasan orang tua, wali hukum yang sah untuk memastikan bahwa pendidikan agama dan moral bagi anak-anak mereka sesuai dengan keyakinan mereka sendiri, selaras dengan kewajiban untuk melindungi hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan setiap anak seiring dengan kapasitas anak yang sedang berkembang.⁹⁷
6. Kebebasan Korporat dan kedudukan hukum: Komunitas keagamaan sendiri mempunyai kebebasan beragama atau berkeyakinan, termasuk hak otonomi dalam urusan mereka sendiri. Walaupun komunitas keagamaan mungkin tidak ingin menggunakan kedudukan hukum formilnya, sekarang sudah lazim diakui bahwa mereka mempunyai hak kebebasan beragama atau berkeyakinan, dan khususnya sebagai salah satu aspek dari kebebasan memanisfestasikan kepercayaan agama bukan hanya secara individual tetapi bersama-sama dengan orang lain.⁹⁸
7. Pembatasan yang diperbolehkan terhadap kebebasan eksternal; Kebebasan memanisfestasikan agama atau keyakinan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan publik, ketertiban, kesehatan, atau moral atau hak-hak mendasar orang lain.⁹⁹

8. Tidak dapat dikurangi: Negara tidak boleh mengurangi hak kebebasan beragama atau berkeyakinan, bahkan dalam keadaan darurat publik.¹⁰⁰

Delapan komponen hak asasi kebebasan beragama/berkeyakinan ini dapat diidentifikasi dari seperangkat norma-norma hak asasi manusia yang kompleks, yang saling mendukung dan terkodifikasi secara internasional. Saat diterapkan untuk konteks tertentu dan untuk tujuan-tujuan praktis, norma-norma ini mungkin membutuhkan interpretasi dan elaborasi lebih lanjut.¹⁰¹

Hak kebebasan beragama memiliki batasan-batasan, yaitu:¹⁰²

- a. Pembatasan demi keamanan publik (*restriction for The Protection of Public Safety*).
- b. Pembatasan untuk melindungi ketertiban masyarakat (*Restriction for The Protection of Public Order*).
- c. Pembatasan untuk melindungi kesehatan masyarakat (*Restriction for The Protection of public Health*).
- d. Pembatasan untuk melindungi moral masyarakat (*Restriction for The Protection of Morals*).

Terdapat tiga (3) putusan yang dikaji pada rumpun ini. Pertama, Putusan No. 140/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama; Kedua, Putusan No. 12/PUU-V/2007 Pengujian Undang-Undang No. 1/1974 tentang Perkawinan; dan Ketiga, 19/PUU-VI/2008 Pengujian Undang-Undang No. 7/1989 tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan UU No. 3/2006 tentang Perubahan Atas UU No. 7/1989 tentang Peradilan Agama. Kategori tiga putusan dalam rumpun Hak untuk Bebas Beragama/Berkeyakinan ini didasari oleh pilihan argumen pemohon yang menggunakan dalil hak untuk bebas beragama/bereyakinan.

1. Pembatasan Kebebasan Beragama/Berkeyakinan

Norma yang diuji dalam Perkara No. 140/PUU-VII/2009

adalah Pasal 1, Pasal 2 ayat 1 dan ayat 2, pasal 3 dan pasal 4 huruf (a) Undang-Undang No. 1/PNPS/Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.¹⁰³ Para pemohon menilai Undang-Undang No. 1/PNPS/Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama menghalangi dan membatasi jaminan kebebasan beragama/berkeyakinan sebagaimana termaktub dalam UUD Negara RI 1945.

Dalam pokok permohonan, para pemohon mendalilkan bahwa ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam undang-undang *a quo* bertentangan dengan prinsip negara hukum. Pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut dibuat pada masa rezim Orde Lama. Sistem pemerintahan pada saat itu, presiden mempunyai kewenangan membentuk undang-undang sendiri. Model pemerintahan yang diterapkan oleh rezim Orde Lama sudah tidak senafas lagi dengan kehendak semangat konstitusi pasca amandemen UUD Negara RI 1945. Konstitusi hasil amandemen mengamanatkan bahwa kewenangan pembuatan undang-undang diberikan kepada lembaga legislatif (pasal 20 ayat 1 UUD NRI Tahun 1945), sementara eksekutif hanya dapat mengusulkan pembentukan peraturan perundang-undangan kepada DPR (pasal 5 ayat 1 UUD NRI Tahun 1945).¹⁰⁴

Selain itu dalam pokok permohonan, para pemohon menyuguhkan argumen bahwa undang-undang *a quo* lahir saat negara dalam kondisi darurat. Karenanya, berlaku sementara dan sudah tidak memiliki kekuatan hukum mengikat atau dinyatakan tidak berlaku lagi¹⁰⁵. Para pemohon menilai klausul yang termaktub dalam undang-undang *a quo* sangat jelas telah melanggar hak memeluk agama, meyakini keyakinan, menyatakan keyakinan, menyatakan pikiran dan sikap sesuai dengan hati nuraninya, hak atas kepastian hukum yang adil dan hak persamaan di muka hukum, serta merupakan bentuk diskriminasi.¹⁰⁶

Dalam ikhtisarnya para pemohon menilai ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam undang-undang *a quo* menyimpan ketidakjelasan yang menimbulkan ketidakpastian hukum, mencerminkan kemunduran demokrasi, pelecehan terhadap prinsip negara hukum, pengabaian terhadap HAM dan prinsip kebhinekaan bangsa Indonesia,

menegasikan prinsip-prinsip kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap sesuai hati nuraninya, kebebasan untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi, yang pada gilirannya dapat menciptakan ketidakadilan (*unjustice*) dan ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*). Menurut para pemohon ketentuan-ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan ketentuan pasal 1 ayat (3), 27 ayat (1), pasal 28E ayat (1), ayat (2) dan ayat (3), pasal 28I ayat (1) dan ayat (2), pasal 28D ayat (1) dan pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Negara Republik Indonesia Tahun 1945.¹⁰⁷

Mahkamah Konstitusi memutuskan permohonan para pemohon ditolak untuk seluruhnya. Terhadap putusan mahkamah ini, seorang hakim konstitusi Harjono memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*), dan seorang Hakim konstitusi Maria Farida Indrati memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinion*).¹⁰⁸

Dalam pertimbangan hukumnya, majelis hakim MK mengemukakan bahwa Indonesia telah meletakkan Pancasila sebagai dasar negara. Sebagai warga negara baik secara individu atau kolektif harus bersedia menerimanya. Sila pertama, Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan marwah kelima sila yang saling berkorelasi satu dengan lainnya¹⁰⁹. Atas dasar itulah sebagai negara Pancasila tidak boleh ada kelompok yang menjauhkan warga negara dari asas negara dan tidak dapat dibenarkan atas nama kebebasan melakukan upaya pengikisan religiusitas masyarakat yang menjiwai beragam ketentuan peraturan perundang-undangan di Indonesia.¹¹⁰

Bahkan para perumus Konstitusi, nyata-nyata telah mengintegrasikan nilai-nilai beratmosfir Ketuhanan dalam UUD Negara RI 1945. Hal itu dengan mudah dapat ditemukan, setidaknya tercantum dalam beberapa frase dan pasal-pasal, sebagai berikut:

1. Pembukaan Alinea ketiga yang menyatakan, “Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa ...”
2. Pembukaan Alenia keempat yang menyatakan, ” ... berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa...”
3. Pasal 9 ayat (1) yang menyatakan, “... Presiden dan Wakil Presiden bersumpah menurut agama, atau berjanji...”

4. Pasal 28E ayat (1) yang menyatakan, “Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya....”
5. Pasal 28E ayat (2) yang menyatakan, “Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan....”
6. Pasal 28I ayat (1) yang menyatakan, “... hak beragama....”
7. Pasal 28J ayat (2) yang menyatakan, “... nilai-nilai agama....”
8. Pasal 29 ayat (1) yang menyatakan, “Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.”
9. Pasal 29 ayat (2) yang menyatakan, “Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing....”
10. Pasal 31 ayat (3) yang menyatakan, “...meningkatkan keimanan dan ketakwaan serta akhlak mulia....”¹¹¹

Penegasan penggunaan nilai-nilai agama dalam penyelenggaraan pemerintahan sejak Indonesia merdeka juga tercermin dari undang-undang yang mengatur tentang kekuasaan kehakiman. Dari UU No. 19/1964, UU No. 14/1974, UU No. 4/2004 dan UU No. 48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman serta UU No. 24/2003 tentang MK, pada setiap salinan putusannya selalu diawali irah-irah “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”. Kata-kata pembuka tersebut merupakan bukti bahwa bangsa Indonesia adalah komunitas masyarakat yang bertuhan, bukan penganut ateis¹¹². Nilai-nilai sila pertama Pancasila dalam praktiknya kemudian telah bermetamorfosis diantaranya dalam regulasi penyelenggara pendidikan yang mewajibkan untuk memberikan materi atau pelajaran agama terhadap peserta didik sesuai dengan latar belakang agama yang diyakini.¹¹³

Klausul tentang penodaan agama yang terdapat dalam undang-undang *a quo*, menurut majelis hakim, semestinya tidak hanya ditinjau dari aspek yuridisnya semata namun lebih dari itu aspek filosofis harus mendapatkan porsi lebih. Dari sisi filosofisnya, peraturan itu menempatkan kebebasan beragama dalam perspektif keindonesiaan¹¹⁴. Dalam konstitusi nilai-nilai agama dijadikan bagian pertimbangan untuk membatasi HAM melalui produk

undang-undang. Bahkan praktik penyelenggaraan pemerintahan, ada Kementerian Agama yang secara spesifik mengurus keagamaan, hari-hari besar agamapun dihormati dalam praktik bernegara. Demikian pula hukum agama terutama syariat Islam yang terkait dengan nikah, talak, rujuk, waris, hibah, wasiat, wakaf, ekonomi syariah dan lain-lain telah menjadi hukum negara khususnya yang berlaku bagi pemeluk agama islam.¹¹⁵

Konsepsi nomokrasi Indonesia harus dalam bingkai UUD NRI 1945, yaitu negara hukum yang meletakkan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai prinsip utama, serta nilai-nilai agama melandasi gerak kehidupan bangsa dan negara, bukan negara yang memisahkan hubungan antara agama dan negara (*separation of state and religion*), serta tidak semata-mata berpegang pada prinsip individualisme maupun prinsip komunalisme. Titik inilah yang menegaskan inti perbedaan makna prinsip negara hukum Indonesia dan negara hukum dalam arti *rechtsstaat* maupun *the rule of law*. Sehingga dalam pembentukan hukum, pelaksanaan pemerintahan serta peradilan, dasar ketuhanan dan ajaran serta nilai-nilai agama menjadi alat ukur untuk menentukan hukum yang baik atau hukum yang buruk, bahkan untuk menentukan hukum yang konstitusional atau inkonstitusional. Konstitusi RI tidak memberikan ruang untuk promosi kebebasan tidak beragama, anti agama, memberikan peluang menghina atau mengotori ajaran agama dan atau kitab-kitab yang menjadi sumber kepercayaan agama.¹¹⁶

Sebagai negara hukum, Indonesia menempatkan pranata hukum sebagai pijakan utama dalam penyelenggaraan negara. Hal serupa juga berlaku dalam kaitannya dengan pelaksanaan dan pembatasan HAM harus secara tegas mengacu pada aturan hukum¹¹⁷. Dalam menakar pluralisme, liberalisme, ataupun fundamentalisme tidak dapat disikapi secara inklusif dan individual. Dalam konteks ini UUD Negara RI 1945 sebagai hukum dasar harus dijadikan referensi bersama¹¹⁸. Sebagai catatan, majelis hakim dalam perkara ini tidak hanya menggunakan perspektif kebebasan beragama, namun perspektif negara hukum, demokrasi, HAM, ketertiban umum dan nilai-nilai agama juga menjadi bagian pertimbangan

mahkamah¹¹⁹. Secara integral, UUD NRI Tahun 1945 mengatur bahwa dalam menegakkan hak asasi, setiap elemen baik negara, pemerintah, maupun masyarakat juga memiliki kewajiban dasar yang mendukung penghormatan HAM itu sendiri¹²⁰. Artinya pembatasan tidak selalu diasosiasikan sebagai bentuk perlakuan diskriminasi justeru pembatasan tersebut merupakan kewajiban asasi yang harus dijalankan secara seimbang setiap elemen bangsa.¹²¹

Jaminan kebebasan beragama telah dikonstruksi melalui instrumen hukum nasional dan hukum internasional. UUD NRI 1945 sebagai *the supreme law of the land* di Indonesia merupakan *Staatsfundamentalnorm* yang memberikan pedoman kebebasan beragama dalam tiga pasal, pasal 28E ayat (1), pasal 28I ayat (1) dan pasal 29 ayat (2). Dalam konteks hukum internasional, sejumlah Deklarasi dan Kovenan telah menunjukkan pentingnya jaminan kebebasan beragama sebagai standar dasar kemanusiaan dan HAM di dunia. Pasal 18 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM), dan *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), keduanya telah diadopsi baik langsung maupun tidak langsung melalui Undang-Undang No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia serta Undang-Undang No.12/2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik).¹²²

Terhadap permohonan para pemohon yang memperlakukan konstitusionalitas undang-undang *a quo* secara materil dan formil, majelis hakim berpendapat bahwa materiil peraturan tersebut masih tetap dibutuhkan sebagai salah satu alat kontrol ketertiban umum dalam hal kerukunan umat beragama¹²³. Sementara dari aspek formil pembentukan undang-undang *a quo* dibenarkan menurut perspektif hukum sebagaimana dinyatakan dalam UUD Negara RI 1945 tentang aturan peralihan. Eksistensi undang-undang penodaan agama ini juga diperkuat dengan Ketetapan MPRS No. XIX/MPRS/1966 tentang Peninjauan Kembali Produk-Produk Legislatif Negara di Luar Produk MPRS yang Tidak Sesuai Dengan UUD 1945.¹²⁴

Majelis hakim berpendapat bahwa klausul yang tertera dalam

pasal 1 UU *a quo* sama sekali tidak menentukan pembatasan kebebasan beragama namun pembatasan yang dimaksud adalah mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama serta pembatasan untuk melakukan penafsiran atau kegiatan yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama yang dianut di Indonesia. Dan ketentuan dalam pasal 1 juga tidak membatasi seseorang melakukan penafsiran yang sifatnya personal¹²⁵. Namun kebebasan melakukan penafsiran juga harus sesuai dengan pokok-pokok ajaran agama dan melalui metodologi yang dibenarkan berdasarkan kitab suci. Ketika penafsiran dilakukan di luar metodologi yang disepakati maka perlu dilakukan pembatasan, apalagi hasil penafsirannya dikemukakan di hadapan publik. Pembatasan ekspresi keagamaan yang diatur dalam pasal 1 dan 4 *a quo* sesuai dengan Article 18 ICCRP dan UUD Negara RI 1945.¹²⁶

Kebebasan menyakini kepercayaan adalah hak yang tidak boleh dibatasi karena masuk dalam kategori *forum internum*, sementara hak menyatakan pikiran dan hak bersikap sesuai hati nurani adalah *forum externum* yang berkorelasi dengan relasi di luar individu. Dengan demikian *forum externum* harus dibatasi. Pembatasan-pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan dengan UU dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis (pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945).¹²⁷

Para pemohon menyatakan bahwa UU *a quo* diskriminatif karena hanya membatasi pengakuan agama oleh negara terhadap 6 (enam) agama. Dalam hal ini, majelis hakim menegaskan bahwa UU *a quo* mengakui semua agama yang dianut rakyat Indonesia (Penjelasan pasal 1 paragraf 3 UU *a quo*). Penyebutan agama-agama dalam penjelasan tersebut dilandasi kondisi faktual dan sosiologis keberadaan agama-agama saat perumusan UU. Demikian juga terhadap kepercayaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa yang sejak awal lahir dan tumbuh di bumi Indonesia tetap diakui dan

dihormati.¹²⁸

Dalam pertimbangan hukumnya, majelis hakim sepakat dengan pendapat ahli pemohon, MM. Billah yang menyatakan kebebasan aksentuasi beragama (*freedom to act*) merupakan hak asasi yang dapat dibatasi (*derogable right*). Namun majelis hakim terkait pandangan ahli tersebut yang menyatakan jika ketentuan UUD NRI Tahun 1945 tidak sesuai dengan konvensi internasional, maka harus dilakukan perbaikan tidak sependapat. Dengan dasar kewenangan merubah konstitusi merupakan kewenangan MPR dan MK tidak mempunyai kewenangan pengujian UUD Negara RI 1945 terhadap UUD Negara RI 1945¹²⁹

Permohonan para pemohon yang didukung oleh ahli Soetandyo Wignyosoebroto menyatakan UU Pencegahan Penodaan Agama hanya akan mendemonstrasikan hukum perundang-undangan sebagai hukum yang represif dan hanya bisa tegak apabila dilaksanakan bersama tindakan-tindakan fungsional yang keras dan kadang-kadang diskriminatif terhadap mereka yang berbeda dan dituduh menyimpang, yang pada gilirannya tidak akan menjadikan hukum bercitra progresif dan responsif, Majelis berpendapat dalil tersebut tidak tepat dan tidak beralasan, karena dilihat dari hukum pidana ada tiga hal yang harus dilindungi, yaitu (i) kepentingan individu (*individuele belangen*), (ii) kepentingan sosial/masyarakat (*sociale belangen*), dan (iii) kepentingan negara (*staatsbelangen*).¹³⁰

Terkait pengujian konstitusionalitas pasal 2 ayat (2) UU *a quo*, menurut majelis hakim pertimbangan terkait pasal 2 ayat (1) secara mutatis mutandis berlaku pula terhadap pasal 2 ayat (2). Klausul yang terdapat dalam pasal 2 ayat (2) adalah ranah kebijakan hukum (*aplication of law*) dan bukan sebagai permasalahan konstitusional (*constitutional matter*). Selain itu menurut Mahkamah Konstitusi, ketika kebebasan berserikat mengganggu ketertiban umum maka negara harus membatasinya dengan memberikan hukum berupa sanksi administratif¹³¹. Dalam hal batas ancaman pidana yang tertera dalam pasal 3 UU *a quo* majelis hakim MK menyatakan bahwa klausul tersebut tidak berkaitan dengan konstitusionalitas norma dan merupakan kewenangan pembuat undang-undang.¹³²

Terhadap dalil para pemohon yang menyatakan bahwa UU *a quo* tidak dapat diterapkan (*unforceable*) adalah permasalahan penerapan hukum (*application of law*) dan bukan permasalahan konstitusional (*constitutional problem*)¹³³. Terhadap para penganut kepercayaan, majelis hakim berpendapat bahwa kelompok ini sama posisinya dalam mendapatkan jaminan konstitusi sebagaimana yang tertera dalam pasal 28E ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. Namun terkait pengalaman diskriminatif yang dialami penganut kepercayaan adalah kesalahan aplikasi hukum administrasi bukan pelanggaran konstitusionalitas norma.¹³⁴

2. Konstitusionalitas Pembatasan Poligami

Pemohon dalam perkara No. 12/PUU-V/2007 adalah perorangan warga negara, yaitu; M Insa, SH. Dalam pokok permohonannya, pemohon mengajukan pengujian pasal 3 ayat (1) dan (2), pasal 4 ayat (1) dan (2), pasal 5 ayat (1), pasal 9, pasal 15 dan pasal 24 UU No. 1/1974 tentang Perkawinan. Ketentuan tersebut dinilai telah mengambil hak Pemohon atas hak kebebasan beragama untuk memeluk agama dan beribadat menurut agama masing-masing termasuk melaksanakan perintah agamanya (Islam) untuk berpoligami, dengan berpedoman pada hukum perkawinan Islam yang berlaku. Sedangkan semua syarat-syarat yang ada dalam pasal-pasal *a quo* sama sekali bukan berasal dari ketentuan agama Islam, sehingga berdampak terhadap terhalangnya hak konstitusional yang dijamin UUD Negara RI 1945.¹³⁵

Pelembagaan asas perkawinan monogami (Pasal 3 ayat 1), menurut pemohon, merupakan ketentuan yang kontradiktif terhadap ajaran Islam yang mengenal dua model perkawinan, monogami dan poligami. Kewenangan pengadilan yang dapat memberikan restu poligami kepada suami yang akan berpoligami (Pasal 3 ayat 2) adalah bentuk intervensi negara pada ruang privat warga negara, terutama suami sebagai kepala keluarga. Kedua ayat dalam pasal tersebut dinilai bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1), Pasal 28E ayat (1), Pasal 28I ayat (1) dan ayat (2), Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945.¹³⁶

Klausul dalam pasal 4 ayat 1 dan ayat 2 yang mengatur institusi yang berwenang memberikan izin dan syarat-syarat atau kriteria perkawinan poligami yang harus dipenuhi suami dianggap sebagai bentuk perlakuan diskriminasi atas dasar agama karena ketentuan tersebut hanya diberlakukan pada warga negara beragama Islam¹³⁷. Sementara keharusan adanya persetujuan dari isteri, kepastian perlakuan adil dan mempunyai kemampuan ekonomi lebih (Pasal 5 ayat 1) secara langsung berakibat pada pembatasan perkawinan yang dilakukan negara. Sementara pengaturan pemenuhan kriteria dan syarat diperbolehkannya perkawinan poligami (Pasal 9) tidak lebih sebagai penguatan asas perkawinan monogami. Adapun ruang pembelaan isteri yang diperbolehkan mencegah suami berpoligami (Pasal 15) bertentangan dengan jaminan hak-hak konstitusional. Selanjutnya isteri juga dapat membatalkan perkawinan poligami suami (Pasal 24) nyata-nyata mengurangi hak beribadah, mengurangi kemerdekaan dan kebebasan beragama, menghalangi hak membentuk keluarga dan hak melanjutkan keturunan¹³⁸. Masih menurut argumen pemohon, bahwa aturan tentang poligami yang terdapat dalam pasal-pasal *a quo* menimbulkan potensi meluasnya praktik perzinahan. Pemohon juga mendalilkan, poligami sejatinya merupakan jawaban atas perbandingan jumlah manusia yang lebih banyak berjenis kelamin laki-laki¹³⁹.

Latar belakang pengujian perkara ini berangkat dari kondisi faktual yang dialami pemohon. Sehingga proses *judicial review* pada perkara tersebut termasuk dalam kategori permohonan bersifat konkrit. Hanya saja obyek yang diputus Mahkamah Konstitusi berupa norma.

Pada prinsipnya, perkawinan didesain sebagai instrumen membentuk keturunan dalam ikatan keluarga yang diwarnai saling kasih sayang antara suami-isteri, terciptanya keharmonisan, kebahagiaan dan kesejahteraan. Dan dalam Islam, perkawinan juga merupakan pengejawantahan pemuliaan terhadap perempuan. Aturan pemberian hak “bersuara” bagi isteri untuk menghalangi atau membatalkan perkawinan poligami bagi suami sudah sesuai dengan ajaran Islam. Pembentukan Undang-Undang No. 1/1974 tentang Perkawinan salah satunya disarikan dari ajaran agama (Islam)

dan sebagai bentuk peran negara untuk melindungi warga negara (terutama perempuan).

Undang-Undang No. 1/1974 tentang Perkawinan juga menganut dua model perkawinan, monogami dan poligami. Hanya saja perkawinan poligami diatur mekanisme dan kriterianya dengan harapan suami tidak bersikap sewenang-wenang “mengggunakan haknya” dengan dalih sebagai kepala keluarga. Dalam keluarga, pasangan suami-isteri keduanya merupakan subjek bukan sebaliknya satu subjek dan lainnya dijadikan objek. Jika kondisi tersebut terjadi maka hampir dipastikan isteri mengalami perlakuan diskriminasi dari suami.

MK memutuskan permohonan pemohon ditolak untuk seluruhnya. Sebelum mempertimbangkan lebih jauh perihal konstitusionalitas ketentuan-ketentuan UU No. 1/1974 tentang Perkawinan yang dimohonkan pengujian dalam permohonan *a quo*, majelis hakim terlebih dahulu mempertimbangkan pengaturan tentang perkawinan dan poligami menurut ajaran Islam sebagai respon atas dalil-dalil pemohon yang berdasarkan ajaran Islam. Berdasarkan keterangan ahli Prof. Dr. M. Quraish Shihab dan Prof. Dr. Hj. Huzaemah T. Yunggo¹⁴⁰, sebelum nabi Muhammad menjalankan misi kerasulannya bangsa Persia, Romawi, Mesir, Babilon, India, Asy-Syiria, dan Yunani mengenal poligami. Pada masa sebelum Muhammad diangkat sebagai Rasul, yang disebut sebagai masa *jahiliyah*, poligami bukan saja telah dikenal oleh bangsa Arab tetapi telah merupakan kebiasaan. Praktik poligami di zaman *jahiliyah* sangat merendahkan derajat kaum perempuan. Laki-laki dapat mengawini atau menceraikan perempuan sesuka hatinya dan tidak dibatasi jumlahnya. Ajaran Islam justru berkehendak menertibkan poligami secara *gradual*, yang bertujuan, antara lain, agar dalam pelaksanaannya tidak terjadi kesewenang-wenangan laki-laki, dan dalam rangka menjaga martabat kaum perempuan.¹⁴¹

Prosedur dan aturan poligami bagi WNI dalam UU Perkawinan tersebut adalah wajar karena sah tidaknya sebuah ikatan perkawinan ditentukan oleh pelaksanaan perkawinan yang dilandaskan apada ajaran agama dan kepercayaannya (Pasal 2 ayat 1). Sebaliknya, akan

menjadi tidak wajar jika UU Perkawinan mengatur poligami untuk mereka yang hukum agamanya tidak mengenal poligami. Pengaturan berbeda tersebut bukan suatu bentuk diskriminasi, karena dalam pengaturan ini tidak ada yang dibedakan, melainkan mengatur sesuai dengan apa yang dibutuhkan, sedangkan diskriminasi adalah memberikan perlakuan yang berbeda terhadap dua hal yang sama.¹⁴²

Asas perkawinan yang dianut ajaran islam adalah monogami. Poligami merupakan jenis perkawinan pengecualian yang dapat dialngsungkan dalam keadaan tertentu baik yang secara objektif terkait dengan waktu dan tempat, maupun secara subjektif terkait dengan pihak-pihak (pelaku) dalam perkawinan tersebut. Keadaan tersebut secara normatif dapat berupa alasan dan syarat yang ditetapkan dengan undang-undang dan ditegakkan melalui prosedur tertentu di pengadilan.¹⁴³

Diantara syarat poligami adalah adanya kepastian sikap adil yang dihubungkan dengan kemampuan membagi nafkah secara finansial bagi isteri-isteri dan anak-anaknya. Negara sebagai organisasi tertinggi dalam komunitas masyarakat yang terbentuk berdasarkan kesepakatan bersama, bukan saja berwenang mengatur (*bevoeg teregel*) akan tetapi berkewajiban mengatur (*verplicht te regel*) dalam rangka menjamin terwujudnya keadilan tersebut melalui instrumen peraturan perundang-undangan yang menjadi wewenangnya dan ditegakkan melalui institusi peradilan.¹⁴⁴

Terhadap dalil pemohon bahwa pembatasan poligami memicu besarnya jumlah perceraian, meningkatnya praktik prostitusi dan maraknya perzinahan, Mahkamah Konstitusi berpendapat, alasan tersebut merupakan hipotesa pemohon tanpa dikuatkan dengan bukti-bukti. Hasil penelitian menunjukkan data sebaliknya, perceraian yang disebabkan poligami justru lebih banyak dibandingkan perceraian dengan sebab lain. Lebih lanjut, majelis hakim konstitusi menyatakan bahwa alasan-alasan yang dikemukakan pemohon tidak dapat dijadikan dasar pengujian konstitusionalitas norma undang-undang *a quo*.¹⁴⁵

Dalam putusan perkara ini, tidak ada perbedaan pendapat antar

hakim. Semuanya sama-sama sependapat dengan pertimbangan-pertimbangan hukum yang diberikan dalam menjatuhkan putusan.

3. Pidana Islam bukan Ekspresi Keagamaan

Perkara No. 19/PUU-VI/2008 diajukan oleh Suryani, individu warga negara asal Kabupaten Serang, Banten yang merasa hak konstitusionalnya dirampas dengan adanya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Pasal 49 ayat (1) beserta penjelasannya merupakan materi yang diuji kesahihan konstitusionalitasnya dengan menggunakan batu uji Pasal 28E ayat (1), Pasal 28I ayat (1) dan (2) serta Pasal 29 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.¹⁴⁶

Pemohon memaparkan alasan pengujian bahwa norma yang termaktub dalam regulasi tersebut telah digunakan negara untuk membatasi ekspresi keagamaan dan ibadah penganut agama Islam mencapai kadar ketakwaan dan keimanan dengan sempurna¹⁴⁷. Ketentuan ini merupakan bentuk intervensi dan diskriminasi yang diperagakan negara terhadap umat Islam Indonesia¹⁴⁸. Selain itu, pemohon juga beralasan pengaturan dalam Pasal 49 ayat (1) dan penjelasannya telah mereduksi ketaatan terhadap hukum agama Islam. Hal ini dikarenakan tidak dimasukkannya kompetensi absolute institusi Peradilan Agama untuk memutus perkara pidana yang dilandaskan pada ajaran Islam¹⁴⁹. Dan ketika warga negara melaksanakan hukum *jinayah* (pidana islam) sesuai keyakinan agamanya maka akan dianggap telah melakukan perbuatan melawan hukum.¹⁵⁰

Keputusan MK dalam perkara pengujian norma inimenyatakan bahwa norma tersebut konstitusional. Sementara menambah kewenangan Peradilan Agama bukan menjadi wilayah kewenangan yang dimanakan pada MK. Lembaga negara pada prinsipnya bekerja sesuai mekanisme peraturan yang berlaku dan MK bukanlah lembaga

yang diberikan tugas untuk merumuskan kewenangan lembaga negara. Dengan kata lain, perubahan kewenangan sebuah lembaga negara haruslah satu ritme dengan perubahan dasar hukum.

Dalam perkara ini, Majelis Hakim Konstitusi memutuskan, menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya. Permohonan ini cenderung bersifat abstrak, *pertama*, pengujian UU tentang Peradilan Agama tersebut menitikberatkan pada aspek “usulan penambahan kewenangan” peradilan agama. *Kedua*, pengajuan *judicial review* dalam perkara ini tidak diawali peristiwa atau kasus yang dialami pemohon.

Terhadap perkara ini, majelis hakim MK berpendapat bahwa antara petitum dan posita yang diajukan pemohon memiliki perbedaan mendasar. Pemohon dalam petitumnya meminta pencabutan Pasal 49 ayat (1) UU Peradilan Agama tentang kompetensi absolut Peradilan Agama, sedangkan di dalam positanya meminta penambahan wewenang agar cakupan dan lingkup kompetensinya diperluas mencakup hukum Islam yang lain termasuk hukum pidana (*jinayah*). Dalam kasus semacam ini, Mahkamah Konstitusi tidak berwenang untuk memberikan putusan (Pasal 24C UUD 1945 dan Pasal 10 UU MK). Posisi Mahkamah hanya dapat bertindak sebagai *negative legislator* dan sama sekali tidak berwenang untuk menambah isi peraturan atau menjadi *positive legislator*.¹⁵¹

Terkait dalil pemohon yang menyatakan sebagai negara yang menganut ideologi Pancasila (sila pertama), sudah sepatutnya mengintegrasikan hukum pidana Islam dalam peraturan perundang-undangan. Mengenai konsepsi ini, Mahkamah berpendapat bahwa dalil pemohon tidak sejalan dengan paham kenegaraan Indonesia terutama hubungan antara agama dan negara. Indonesia bukan negara yang melindungi dan mendasarkan pada agama tertentu dan bukan negara sekuler. Namun Indonesia adalah negara yang Berketuhanan Yang Maha Esa dalam arti melindungi dan memberikan porsi sepadan pada setiap individu warga negara untuk memeluk agama/kepercayaan serta beribadah sesuai dengan keyakinannya. Adalah fakta bahwa hukum Islam menjadi salah satu

sumber hukum nasional, namun di luar itu masih ada hukum adat dan hukum barat yang juga dijadikan referensi pembentukan hukum nasional.¹⁵²

Lebih lanjut, dalam pertimbangan hukumnya, majelis hakim berpendapat bahwa aturan yang dimuat dalam Pasal 49 ayat 1 undang-undang *a quo* tidak berimplikasi terhadap pengurangan jaminan kebebasan melaksanakan ajaran agama bagi warga negara yang memeluk agama Islam sebagai hak konstitusional yang melekat sebagaimana diatur dalam UUD NRI Tahun 1945.¹⁵³

Sembilan hakim Mahkamah Konstitusi mengambil keputusan menolak pengujian UU tentang Peradilan Agama ini secara bulat. Tidak ada diantara majelis hakim yang mengajukan beda pendapat (*dissenting opinion*) atau memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*).

4. Kajian Tiga Putusan dengan Argumentasi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan

Pada Perkara No. 140/PUU-VII/2009, Mahkamah Konstitusi memetakan tiga (3) kelompok pandangan yang muncul dalam persidangan. *Pertama*, pihak yang menilai UU Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama konstitusional, tetap dipertahankan dan tidak perlu dilakukan revisi untuk penyempurnaan. *Kedua*, kelompok yang beranggapan bahwa UU Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama tidak bertentangan dengan konstitusi namun perlu dilakukan revisi untuk disempurnakan dan *ketiga*, pihak yang menyatakan UU Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama inkonstitusional karenanya harus dicabut dan dinyatakan batal demi hukum. Dalam perkara ini, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa UU No. 1/PNPS/1965 adalah konstitusional, meskipun secara implisit memerintahkan pembentukan UU baru yang lebih kondusif bagi pemajuan dan perlindungan HAM.

Dalam mengambil keputusannya, tampak jelas bahwa para hakim Mahkamah Konstitusi sangat berhati-hati dalam merumuskannya. Bisa dimengerti, mengingat agama bagi sebagian

besar masyarakat Indonesia adalah suatu hal yang sangat sensitif. Selain itu para hakim juga tidak bisa menghindari dari apa yang disebut sebagai *sociological trap*, bahwa seseorang, siapapun dia, bagaimana juga akan sulit untuk melepaskan diri dari identifikasi kelompok sosialnya. Dalam mengambil keputusan atau melakukan tindakan sosial, maka nilai-nilai kelompok di mana dia mengidentifikasi dirinya sebagai bagian sedikit banyak menimbulkan determinasi.

Tafsir kebebasan agama yang diklaim oleh MK sebagai berperspektif ke-Indonesiaan sesungguhnya sangat konservatif dan tidak terlihat gagasan-gagasan segar. Ini bisa dipahami, karena kewajiban MK bukanlah menyusun sebuah alternatif atau menyusun UU Baru. Karenanya, kalau keputusan MK begitu saja dijadikan dasar bagi revisi atau penyusunan UU baru, sangat sulit diharapkan akan lahir UU baru yang lebih menjamin kebebasan beragama, terlebih lagi, penafsiran MK bahwa semua yang menjadi pasal-pasal HAM dalam konstitusi bisa dibatasi, bukan saja suatu kemunduran tetapi merugikan bagi terjaminnya HAM di kemudian hari.

Argumen yang dibangun oleh MK mengenai ‘penafsiran yang menyimpang’ dan siapa otoritas yang diperbolehkan untuk memberikan label itu, memang dimaksudkan untuk dijadikan dasar mengapa UU Pencegahan Penodaan Agama perlu dipertahankan. MK menolak kalau ini dinyatakan bersifat diskriminatif terhadap kelompok yang lain, ketika negara mengambil satu tafsir dari suatu kelompok dan diberlakukan untuk kelompok lain, atau diberlakukan secara umum dalam agama tersebut. Perbedaan tafsir adalah sesuatu yang dinamis dan wajar. Pada setiap agama, selalu ada individu yang memiliki otoritas untuk menyatakan keahliannya. Kontestasi di antara mereka untuk menunjukkan kemampuan masing-masing tidak terhindarkan. Namun, satu hal yang perlu diingat, dalam kaitan dengan agama untuk mengatasi perbedaan tafsir tidak sesederhana sebagaimana dalam ilmu pengetahuan. MK mungkin benar, bahwa melalui metodologi yang benar maka pokok-pokok ajaran agama yang mendapat kesepakatan umum internal agama, dan didukung pendapat

ahli yang memiliki otoritas keagamaan dapat menentukan apakah sesuatu penafsiran itu menyimpang atau tidak. Namun, bukan menjadi kewajiban dan keharusan negara untuk kemudian menjalankannya. Negara hendaknya tidak mencampuri kehidupan beragama, termasuk teologi mana yang benar dan mana yang salah.

Negara menerapkan favoritisme agama/keyakinan warga negara. walaupun dalam putusnya menyatakan negara memberikan perlindungan kebebasan agama sebagaimana konstitusi, namun amar putusan yang menyatakan UU Pencegahan Penyalahgunaan/ Penodaan Agama konstitusional berdampak pada perlakuan tidak setara terhadap agama; agama yang diakui negara versus kepercayaan. Akibat lanjutannya adalah sampai saat ini yang “diurusi negara” hanya 6 [enam] agama oleh Kementerian Agama, sementara penganut kepercayaan menjadi bagian wilayah kerja salah satu Direktorat di Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan.

Model putusan MK dalam hal isu keagamaan, cenderung menggunakan pertimbangan-pertimbangan keagamaan. Bahkan secara terang-terangan memilih dan mengadopsi mazhab tertentu dalam keberagamaan. Putusan perkara No. 12/PUU-V/2007 yang menguji konstitusionalitas pembatasan poligami sebagai ekspresi keagamaan, sebagaimana diatur dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pembatasan ekspresi kebebasan beragama/ berkeyakinan dalam perkara No. 12/PUU-V/2007 dianggap positif, karena memberikan perlindungan terhadap perempuan. Tetapi karena putusan tersebut tidak menggunakan argumentasi hak untuk bebas dari diskriminasi, maka sekalipun putusnya positif, tetapi tidak bisa digunakan untuk mengukur kemajuan perlindungan hak bagi perempuan.

Dalil kebebasan beragama/berkeyakinan juga diuji melalui pengujian UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Pasal 49 ayat (1) beserta penjelasannya merupakan materi yang diuji kekokohan konstitusionalitas-nya dengan menggunakan batu uji pasal 28E ayat (1), pasal 28I ayat (1)

dan (2) serta pasal 29 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar. Hakikat permohonan yang diuji adalah permohonan untuk menjalankan ibadah secara 'kaffah' karena pemohon beragama Islam, maka dirinya menghendaki agar hukum Islam sepenuhnya ditegakkan di Indonesia, termasuk dalam hal pidana Islam. Putusan perkara No. 19/PUU-VI/2008 ini ditolak, di mana Mahkamah Konstitusi menyatakan tidak memiliki kewenangan untuk menambah norma baru, terkait kompetensi pengadilan agama.

Membandingkan tiga putusan Mahkamah Konstitusi yang menguji UU dengan dalil kebebasan beragama/berkeyakinan, terlihat jelas ada perbedaan cara penafsiran dan memandang persoalan. Jika di dalam putusan UU Penodaan Agama, MK teramat restriktif dan betul-betul mempertimbangkan aspek di luar konstitusi (non orginalis). Tetapi di dalam pengujian UU Perkawinan, MK melahirkan putusan yang kondusif. Sementara dalam putusan UU Peradilan Agama, Mahkamah Konstitusi cenderung menghindari untuk memperdalam diskursus kebebasan beragama dengan argumentasi formil bahwa MK tidak memiliki kewenangan. Sebenarnya duduk perkara pengujian UU Peradilan Agama adalah juga soal bagaimana mendudukan hak untuk bebas beragama bisa diperdebatkan, diukur, dan diposisikan dalam sebuah putusan.

C. Hak Atas Hidup

Studi ilmiah secara konsisten gagal menunjukkan adanya bukti yang meyakinkan bahwa hukuman mati membuat efek jera dan efektif dibanding jenis hukuman lainnya. Survei yang dilakukan PBB pada 1998 dan 2002 tentang hubungan antara praktik hukuman mati dan angka kejahatan pembunuhan menunjukkan, praktik hukuman mati lebih buruk daripada penjara seumur hidup dalam memberikan efek jera pada pidana pembunuhan. Tingkat kriminalitas berhubungan erat dengan masalah kesejahteraan atau kemiskinan suatu masyarakat dan dan berfungsi atau tidaknya institusi penegakan hukum.¹⁵⁴

Thomas Hobbes menyatakan bahwa hak hidup merupakan hak

yang esensial, dan sebuah kontrak sosial akan membantu mewujudkan hak tersebut jika masyarakat tidak mempertahankan hak ini.¹⁵⁵ Thomas Hobbes (1588-1679) menyatakan “*each man has to use his own power, as he will himself for the preservation of his own nature – that is to say of his own life*”.¹⁵⁶ Tidak seorang pun, atau pihak manapun, yang boleh untuk mengambil hidup seseorang, dengan alasan dan argumen apapun. Setiap orang berhak untuk hidup dan mempertahankan hidupnya.

Hak untuk hidup merupakan hak mutlak setiap orang dan termasuk dalam kategori *non-derogable rights* yaitu hak yang tidak dapat dikurangi.¹⁵⁷ Hak untuk hidup ini meliputi hak untuk hidup, mempertahankan hidup dan meningkatkan taraf hidupnya, termasuk hak atas hidup yang tenteram, aman, damai bahagia, sejahtera lahir dan batin serta hak atas lingkungan yang baik dan sehat.¹⁵⁸ Pasal 6 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) atau *International Covenant On Civil And Political Rights* (ICCPR) menyatakan bahwa hak untuk hidup harus dilindungi oleh hukum dan atas hak ini tidak boleh diperlakukan dengan sewenang-wenang.¹⁵⁹

Mengutip Pasal 2 ayat (1) huruf (d) *Vienna Convention* tentang Hukum Perjanjian tahun 1969, “reservasi” adalah pernyataan unilateral, bagaimanapun dirumuskan atau dinamakan, dibuat oleh sebuah negara, ketika menandatangani, meratifikasi, menerima, menyetujui suatu perjanjian internasional, di mana pada negara tersebut bermaksud melakukan pengecualian atau memodifikasi efek legal dari ketentuan tertentu dalam perjanjian internasional yang akan diaplikasikan di negara tersebut. Negara harus melakukan reservasi ketika meratifikasi satu perjanjian internasional. Reservasi diberitahukan kepada seluruh negara pihak -dan negara-negara ini dapat menyatakan keberatannya jika reservasi dinilai tidak sesuai dengan obyek dan tujuan dari perjanjian internasional.

Dalam hal hukuman mati Kecenderungan global paling tidak hingga tahun 2007 menunjukkan tren yang semakin positif terhadap abolisi hukuman mati. Mayoritas negara di dunia sudah menerapkan kebijakan abolisi secara *de jure* atau *de facto*, dan eksekusi terhadap terpidana mati hanya dijalankan di sedikit negara.

Kecenderungan ini dianggap merupakan sebuah perkembangan yang mengejutkan dan merupakan salah satu tematik HAM yang paling progresif pasca Perang Dunia II, bahkan bila dilihat dari evolusinya di tataran hukum internasional.¹⁶⁰ Beberapa negara juga semakin memperketat praktik eksekusi dan hukuman mati dalam sistem hukumnya.

Hukuman mati merupakan salah satu bentuk hukuman kriminal yang paling tua. Hukum yang menyebutkan bahwa hukuman penalti bisa dilacak pada abad ke 18 sebelum Masehi di Babilonia. Pada abad ke 7 sebelum Masehi, Kode Draconia membuat mati sebagai satu-satunya hukuman atas tindakan kriminal. Dalam bentuk yang tidak terlalu mutlak, hukuman mati menjadi bagian dari hukum Roma pada abad ke-5 sebelum Masehi, dan digunakan di sebagian besar belahan dunia.¹⁶¹

Hak hidup dan integritas tubuh seseorang, termasuk hukuman pemenjaraan yang ilegal diminta dengan masing-masing perang terbuka dan periode peralihan politik selama abad ke-18. Selama Perang 7 Tahun (1756-1763), Rousseau menyatakan bahwa hidup adalah “sebuah hadiah alam yang esensial.”¹⁶² Hukuman penalti diserap begitu saja melalui sejarah hukum kriminal abad pertengahan. Pendapat John Locke diulang kembali dalam istilah modern bahwa hidup bisa dihilangkan jika seseorang berusaha untuk melakukan kekerasan terhadap hak natural orang lain.

Cesare Beccaria dalam bukunya *On Crimes and Punishment* menulis uraian yang bagus:

Capital punishment, was both inhumane and ineffective: an unacceptable weapon for a modern enlightened state to employ, and less effective than the certainty of imprisonment. Furthermore, that capital punishment was counterproductive if the purpose of law was to impart a moral conception of the duties of citizens to each other. For, if the state were to resort to killing in order to enforce its will, it would legitimize the very behaviour which the law sought to repress, namely the use of deadly force to settle disputes.

Dalam catatan yang dikeluarkan *Hands Off Cain Info* menegaskan bahwa sekitar 155 negara telah menghapus kebijakan hukuman mati dalam sistem hukum maupun praktiknya, di mana 99 negara telah menghapuskan kebijakan hukuman mati untuk semua kategori kejahatan (keseluruhan), 44 negara telah menghapuskan kebijakan hukuman mati dalam praktiknya (*de facto abolisionis*) dan 7 negara telah menghapuskan hukuman mati untuk kejahatan biasa (*ordinary crimes*), dan 5 negara telah melakukan penundaan (moratorium) eksekusi di tempat. Di tingkat Indonesia sendiri tahun ini merupakan tahun keempat di mana tidak terjadi eksekusi mati.¹⁶³ Tapi di tahun 2013, Kejaksaan Agung mengeksekusi 4 terpidana mati, yaitu Adam Wilson pada Maret 2013, Suryadi Swabhuna, Jurit, dan Ibrahim di Nusa Kambangan. Suryadi adalah terpidana kasus pembunuhan terhadap satu keluarga di Kawasan Pupuk Sriwijaya, Sumatera Selatan pada 1991. Sedangkan Jurit dan Ibrahim bersama-sama melakukan pembunuhan berencana di Sekayu, Musi Banyuasin Sumatera Selatan 2003. Sementara, badan peradilan pada tahun 2013 menjatuhkan vonis mati untuk 4 orang terdakwa.

Sesudah akhir abad ke 16 dan permulaan abad 17 sebenarnya mulai usaha-usaha meninggalkan pidana mati, karena anggapan pidana tersebut ternyata gagal dalam memberantas kejahatan, apalagi setelah timbulnya gerakan perikemanusiaan yang menganggap pidana mati adalah kuno, kejam dan bengis.¹⁶⁴

Hak atas hidup dilindungi dalam berbagai instrumen HAM internasional, di antaranya *Universal Declaration of Human Rights* 1948, *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR)/Konvensi Internasional Hak Sipil dan Politik, *Second Optional Protocol of ICCPR aiming of The Abolition of Death Penalty*, *Protocol Number 13 to the Convention for The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Concerning The Abolition of The Death Penalty in All Circumstances*, dan *Statute of the International Criminal Court of 1998*, yakni sebagai berikut:¹⁶⁵

1. *Universal Declaration of Human Rights* 1948/ Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM)

Meskipun tidak berbicara secara langsung mengenai pidana mati, namun DUHAM dengan tegas memberikan perlindungan terhadap hak hidup, seperti yang dituangkan dalam Pasal 3, “*everyone has the right to life, liberty, and security of person*”.¹⁶⁶

2. *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)/* Konvensi Internasional Hak Sipil dan Politik

Pasal 6 ICCPR tidak hanya sekedar mengatur mengenai hak hidup, tapi juga dengan tegas menyerukan penghapusan pidana mati, “*every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life*”.¹⁶⁷

Pengaturan ini merupakan perlindungan terhadap hak hidup, yang dimuat di dalam Pasal 6 Ayat (1) ICCPR.¹⁶⁸ Tidak hanya berbicara mengenai hak hidup, Pasal 6 Ayat (1) ICCPR juga melarang perampasan hak hidup.¹⁶⁹

Ketentuan ini sekaligus menjadi seruan untuk menghapuskan pidana mati. Namun demikian, ICCPR juga masih memberikan peluang kepada negara-negara yang belum menghapuskan pidana mati untuk menerapkan pidana mati hanya pada *the most serious crime*. Maksudnya, pidana mati hanya boleh dijatuhkan pada kejahatan yang sangat serius, seperti dituangkan dalam Pasal 6 Ayat (2), “*In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes...*”.¹⁷⁰

3. *General Comment Number 6 ICCPR (Komentar Umum* Nomor 6 KIHSP)

Kehendak untuk menghapus pidana mati juga dapat dilihat dari General Comment Number 6 ICCPR.

“*The article also refers generally to abolition in term which strongly suggest (paras. 2 (2) and (6)) that abolition is desirable. The committee concludes that all measures of abolition should*

be considered as progress in the enjoyment of the right to life...."¹⁷¹

General Comment ICCPR memuat bahwa terwujudnya penghapusan pidana mati dan upaya abolisi merupakan kemajuan dalam penghormatan terhadap hak hidup. Dengan demikian ICCPR baik secara langsung maupun tidak langsung telah menyuarakan untuk menghapus pidana mati.

4. *Second Optional Protocol of ICCPR aiming of The Abolition of Death Penalty*

Protokol Opsional ini secara tegas menyatakan melarang adanya hukuman mati. Kehendak untuk menghapus pidana mati secara tegas terdapat dalam konsideran Second Optional Protocol:

"The States Parties to the present Protocol, Believing that abolition of death penalty contributes to enhancement of human dignity and progressive development of human rights".

"Recalling article 3 of the Universal Declaration of Human Rights adopted on 10 December 1948, and article 6 of the International Covenant of Civil and Political Rights, adopted on 16 December 1966".

*"Noting that article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights refers to abolition of the death penalty in terms that strongly suggest that abolition is desirable".*¹⁷²

Pernyataan ini semakin menegaskan seruan penghapusan pidana mati. Di mana para negara peserta menyadari dan menyepakati bahwa menghapus pidana mati terkait erat dengan martabat manusia. Maka, penghapusan pidana mati bukan hanya sekedar penghormatan terhadap hak hidup, tapi juga diyakini mampu memberikan sumbangsih yang besar dalam upaya peningkatan dan penghormatan terhadap martabat manusia.

5. *Statute of the International Criminal Court of 1998*

Dalam Pasal 77 Ayat (1) Statute of the International

Criminal Court of 1998 memang tidak secara langsung menyatakan menghapuskan pidana mati. Namun di dalam ketentuan ini, pidana mati tidak lagi dijadikan alternatif pemidanaan.

Subject to article 110, the court may impose one of the following penalties on a person convicted of a crime referred to in article 5 of this Statute:

- 1) *Imprisonment for a specified number of years, which may not exceed a maximum of 30 years; or*
- 2) *A term of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.*¹⁷³

Sedangkan instrumen HAM internasional *non-treaty* mengenai hak hidup di antaranya diatur melalui:

1. United Nations Commission on Human Rights, *Human Rights Resolution 2005/59*. Resolusi ini bermaksud untuk mempertanyakan kembali sehubungan masih dijatuhkannya pidana mati di beberapa negara, tanpa melalui proses hukum yang tidak adil dan tidak sesuai dengan standar internasional. Resolusi ini juga mengutuk penjatuhan pidana mati berdasarkan praktik, kebijakan dan peraturan yang diskriminatif dan meminta kepada negara-negara yang masih menerapkan pidana mati untuk menghentikannya.¹⁷⁴
2. Resolusi Dewan Umum PBB tentang moratorium penggunaan pidana mati. Moratorium ini dituangkan dalam beberapa resolusi yaitu: resolusi A/RES/62/149 (18 Desember 2007), resolusi A/RES/63/168 (18 Desember 2008) dan resolusi A/RES/65/206 (21 Desember 2010).¹⁷⁵
3. General Comment Number 6 (16) ICCPR yang diadopsi dari pertemuan Human Rights Committee 27 Juli 1982 tentang Hak Hidup.¹⁷⁶ *General Comment* ini menjelaskan

mengenai hak hidup, termasuk bagaimana mengurangi angka kematian bayi, meningkatkan harapan hidup dan meminta agar negara-negara meninjau kembali hukum pidana yang berlaku dan membatasi hukuman mati hanya pada “kejahatan yang paling serius”.

Pidana Mati dalam Hukum Nasional

Ada beberapa alasan mengapa hukuman mati seharusnya dihapus. *Pertama*, hukuman mati mencederai nilai-nilai kemanusiaan, termasuk hak untuk hidup. *Kedua*, hukuman mati merupakan sebuah kejahatan konstitusi karena hal tersebut bertentangan dengan hak asasi manusia dan Pasal 28I (1) dan Pasal 28A UUD Negara RI 1945. *Ketiga*, hukuman mati tidak akan membawa dampak positif sebagaimana yang diharapkan dari hukuman mati. *keempat*, hukuman mati merupakan hukuman yang final dan tidak bisa direvisi, sehingga keputusan untuk mengambil nyawa seseorang adalah final.¹⁷⁷ Hak ini sebenarnya telah tertuang dalam Undang-Undang Dasar 1945 terutama Pasal 28A, Pasal 28H, 28I (1).¹⁷⁸

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia Pasal 4, yang menyebutkan:

Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurang dalam keadaan apapun dan oleh siapa pun. Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan oleh Komisi Nasional (Komnas) HAM, terdapat berbagai undang-undang yang masih menetapkan pidana mati, antara lain adalah:

Tabel 7:
Daftar Undang-undang yang Mencantumkan Hukum Mati
Sumber, Komnas HAM 2012¹⁷⁹

No.	Jenis Tindak Pidana	Judul Peraturan Perundang-undangan	Pasal
1.	Terorisme	UU 15/2003 tentang Penetapan Perpu I/2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Jo. Perpu I/2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Jo UU 16/2002 tentang Pemberantasan tidak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 jo Perpu 2/2002 tentang Pemberlakuan Perpu I/2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Bom di Bali Tanggal 12 Oktober 2002	Pasal 6, Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10, Pasal 14, Pasal 15, Pasal 16
2.	Narkotika	UU 35/2009 tentang Narkotika	Pasal 113 Ayat (1) dan (2); Pasal 114 Ayat (1) dan (2); Pasal 116 Ayat (1) dan (2); Pasal 118 Ayat (1) dan (2); Pasal 119 Ayat (1) dan (2); Pasal 121 Ayat (1) dan (2); Pasal 132 Ayat (1), (2), dan (3);

No.	Jenis Tindak Pidana	Judul Peraturan Perundang-undangan	Pasal
			Pasal 133 Ayat (1); dan Pasal 144 Ayat (1) dan (2).
2.	Narkotika	UU 22/1997 tentang Narkotika	Pasal 80 Ayat (1) Huruf a, Ayat (2) Huruf a, dan Ayat (3) huruf a;
			Pasal 81 Ayat (3) Huruf a; Pasal 82 Ayat (1) huruf a, Ayat (2) Huruf a, dan Ayat (3) Huruf a; dan
3.	Psikotropika	UU 5/1997 tentang Psikotropika	Pasal 59 ayat (2)
4.	Pembunuhan Berencana	KUHP	Pasal 340
5.	Kejahatan Terhadap Keaman- an Negara (Makar)	KUHP	Pasal 104, dan Pasal 140 ayat (3)

No.	Jenis Tindak Pidana	Judul Peraturan Perundang-undangan	Pasal
6.	Penyebaran Kebencian yang Menyebabkan Perang	KUHP	Pasal 111 ayat (2)
7.	Pengkhianatan	KUHP	Pasal 124 ayat (3)
8.	Pencurian yang Menyebabkan Kematian	KUHP	Pasal 365 ayat (4)
9.	Pemerasan yang Menyebabkan Kematian	KHUP	Pasal 368 ayat (2)
10.	Pembajakan yang Menyebabkan Kematian	KUHP	Pasal 444
11.	Senjata Api	UU 12/1951 tentang Senjata Api	Pasal 1 ayat (1)
12.	Militer	KUHPM	Pasal 64 Ayat (1) dan Ayat (2); Pasal 65 Ayat (2) dan Ayat (3); Pasal 67 Ayat (1); Pasal 68; Pasal 73 Angka 1, Angka 2, Angka 3, dan Angka 4;

No.	Jenis Tindak Pidana	Judul Peraturan Perundang-undangan	Pasal
			<p>Pasal 76 Ayat (1) dan Ayat (2);</p> <p>Pasal 82;</p> <p>Pasal 89 Angka 1 dan Angka 2;</p> <p>Pasal 109 Angka 1 dan Angka 2;</p> <p>Pasal 133 Ayat (1);</p> <p>Pasal 137 Ayat (1) dan (2);</p> <p>Pasal 138 Ayat (1) dan (2); dan</p> <p>Pasal 142 Ayat (2)</p>
13.	Pelanggaran HAM Berat	UU 26/2000 tentang Pengadilan HAM	<p>Pasal 36;</p> <p>Pasal 37</p> <p>Pasal 41; dan</p> <p>Pasal 42 ayat (3)</p>
14.	Rahasia Penggunaan Tenaga Atom	UU 31/PNPS/1964 tentang Ketentuan Pokok Tenaga Atom	Pasal 23
15.	Korupsi	UU 31/1999 tentang Pemberantasan Korupsi	Pasal 2 ayat (2)
16.	Pelibatan Anak dalam Tindak Pidana Narkotika dan/atau Psikotropika	UU 23/2002 tentang Perlindungan Anak	Pasal 89 ayat (1)

Perdebatan tentang konstitusionalitas pidana mati di Indonesia mengemuka dengan adanya pengujian konstitusionalitas pidana mati dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika¹⁸⁰ serta pengujian Undang-Undang Nomor 02/Pnps/1964 tentang Tata Cara Pelaksanaan Hukuman Mati.¹⁸¹ Dengan merujuk pada Putusan Mahkamah Konstitusi, Jilmy Asshiddiqy mengatakan, bahwa dengan dikukuhkannya Putusan MK No. 2-3/PUU-V/2007 yang menyatakan bahwa di masa yang akan datang perumusan, penerapan, maupun pelaksanaan pidana mati hendaklah memperhatikan empat hal penting. *Pertama*, pidana mati bukan lagi merupakan pidana pokok, melainkan sebagai pidana yang bersifat khusus dan alternatif. *Kedua*, pidana mati dapat dijatuhkan dengan masa percobaan selama sepuluh tahun yang apabila terpidana berkelakuan terpuji dapat diubah dengan pidana seumur hidup atau selama 20 tahun. *Ketiga*, pidana mati tidak dapat dijatuhkan terhadap anak-anak yang belum dewasa *keempat*, eksekusi pidana mati terhadap perempuan hamil dan seseorang yang sakit jiwa ditangguhkan sampai perempuan hamil tersebut melahirkan dan terpidana yang sakit jiwa tersebut sembuh.¹⁸²

Lebih lanjut Jimly mengatakan bahwa dalam putusannya tersebut, Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwa pembatasan terhadap hak dan kebebasan yang diatur dalam Pasal 28J ayat (2) tidak meliputi atau tidak berlaku terhadap hak hidup yang dijamin dalam Pasal 28I ayat (2) sebagai *non-derogable Rights*.¹⁸³ Menanggapi putusan MK ini, Todung mengatakan, “Ternyata keberanian moral surut oleh kebimbangan politik, dan sejarah tak jadi diciptakan, dan konstitusi dikesampingkan.”¹⁸⁴

Perkara yang dikaji dalam riset ini adalah Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007 dan Putusan Nomor 21/PUU-VI/2008. Untuk perkara No. 2-3/PUU-V/2007, pemohon mengajukan pengujian Pasal 80 ayat (1) huruf a,¹⁸⁵ ayat (2) huruf a,¹⁸⁶ ayat (3) huruf a,¹⁸⁷ Pasal 81 ayat (3) huruf a,¹⁸⁸ Pasal 82 ayat (1) huruf a,¹⁸⁹ ayat (2) huruf a,¹⁹⁰ dan ayat (3) huruf a¹⁹¹ Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika (selanjutnya disebut “UU Narkotika”). Para Pemohon berkewarganegaraan Indonesia dan di antaranya ada pula yang

berkewarganegaraan Australia, yakni Myuran Sukumaran, Andrew Chan, dan Scott Anthony Rush. Para Pemohon merasa dirugikan hak konstitusionalnya atas berlakunya hukuman mati dalam Undang-Undang Narkotika.

Dalam petitumnya, Pemohon meminta Majelis Hakim Konstitusi menyatakan Pasal 80 ayat (1) huruf a, Pasal 80 ayat (2) huruf a, Pasal 80 ayat (3) huruf a, Pasal 81 ayat (3) huruf a, Pasal 82 ayat (1) huruf a, Pasal 82 ayat (2) huruf a, dan Pasal 82 ayat (3) huruf a Undang-Undang Narkotika sepanjang menyangkut pidana mati bertentangan dengan Pasal 28A, Pasal 28I ayat (1), dan Pasal 28I ayat (4) UUD Negara RI 1945. Atas dasar tersebut, para Pemohon memohon kepada Mahkamah Konstitusi agar menyatakan pasal-pasal tersebut sepanjang menyangkut pidana mati tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya.

Para Pemohon mendalilkan bahwa pidana mati bertentangan dengan hak untuk hidup (*right to life*) yang dijamin oleh Pasal 28A dan Pasal 28I UUD 1945 di mana hak untuk hidup adalah hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun. Selain itu, pidana mati bertentangan dengan Pasal 28I ayat (4) UUD 1945 karena sistem peradilan pidana tidaklah sempurna yang dapat menghukum orang yang tidak bersalah. Padahal Pasal 28I ayat (4) UUD 1945 mewajibkan negara untuk aktif melindungi hak asasi manusia yang di dalamnya termasuk hak untuk hidup. Di samping itu, para Pemohon juga mendalilkan bahwa kejahatan narkotika tak termasuk dalam kejahatan serius yang patut dikenai sanksi hukuman mati, karena kejahatan narkotika tak secara langsung mengakibatkan kematian pada manusia.

Selanjutnya, menurut para Pemohon *The core of rights* (hak inti) dari *non derogable rights*¹⁹² itu ada empat hal, antara lain, *pertama*, *right to life*, hak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan yang merendahkan martabat. *Kedua*, hak untuk tidak dianiaya. *Ketiga*, *right to free from slavery* atau hak bebas dari perbudakan atau diperhambakan. *Keempat*, hak untuk tidak diadili oleh *post facto law* atau hukum yang berlaku surut. Para Pemohon juga mendasarkan argumentasinya menyangkut hubungan antara hak untuk hidup

dan pidana mati dengan Pasal 6 *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* yang telah diratifikasi Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005. Atas dasar tersebut, para Pemohon menyimpulkan pidana mati bertentangan dengan hak untuk hidup.

Kontestasi argumen yang mempertahankan pidana mati dan yang menghendaki penghapusan hukuman mati, sesungguhnya sama kuat, sebagaimana dikemukakan oleh ahli yang kemudian menawarkan tiga alternatif pandangan sebagai berikut:

1. Tetap mempertahankan pidana mati, tetapi dengan menentukan bahwa pengancamannya dalam perundang-undangan Indonesia harus secara selektif, pemilihannya oleh hakim dan pelaksanaannya harus memenuhi syarat kehati-hatian, sebagai pidana khusus yang tidak termasuk pidana pokok. Misal dengan merujuk rumusan dalam Konsep rancangan KUHP;
2. Menentukan bahwa pidana mati bertentangan dengan UUD 1945 dan karena itu semua perundang-undangan di Indonesia harus diselaraskan dengan ketentuan tersebut. Begitu pula harus diselaraskan kasus di pengadilan yang memutus pidana mati tetapi belum mempunyai kekuatan hukum tetap, sedangkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap diubah menjadi pidana penjara seumur hidup melalui Putusan Mahkamah Agung;
3. Menentukan bahwa pidana mati tidak bertentangan dengan UUD 1945, maka apabila diancamkan pada tindak pidana yang membahayakan keselamatan masyarakat Indonesia, dijatuhkan oleh hakim dengan mempertimbangkan secara saksama kemungkinan penggunaan alternatif di samping pidana mati dan keputusan telah disepakati secara aklamasi (penuh) oleh semua hakim dalam majelis hakim yang bersangkutan. Untuk kasus di pengadilan yang belum mempunyai kekuatan hukum tetap, pengadilan dipersilakan mempergunakan persyaratan dan pertimbangan tersebut di atas dan untuk putusan pengadilan yang telah mempunyai

kekuatan hukum tetap kepada Mahkamah Agung dipersilakan untuk memerintahkan penundaan pelaksanaan pidana mati dengan kesepakatan Jaksa Agung selama sepuluh tahun ditambah ketentuan bahwa apabila terpidana dalam masa percobaan selama sepuluh tahun ini menunjukkan sikap dan perbuatan yang terpuji, maka putusan pidana mati diubah menjadi pidana seumur hidup atau pidana penjara paling lama dua puluh tahun dengan Keputusan Menteri Hukum dan HAM.¹⁹³

Menanggapi argumentasi pokok yang diajukan para Pemohon bahwa pidana mati bertentangan dengan hak untuk hidup (*right to life*) yang menurut rumusan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 merupakan salah satu hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun, Mahkamah Konstitusi mendasarkan pada *original intent* pembentuk UUD 1945 yang menyatakan bahwa hak asasi manusia dapat dibatasi. Hal ini diperkuat pula dengan penempatan Pasal 28J UUD 1945 sebagai pasal penutup dari seluruh ketentuan yang mengatur tentang hak asasi manusia dalam Bab XA UUD 1945. Jadi, secara penafsiran sistematis (*sistimatische interpretatie*), hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I UUD 1945 tunduk pada pembatasan hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28J UUD 1945.¹⁹⁴

Ketidakmutlakan hak untuk hidup (*right to life*), baik yang berwujud ketentuan-ketentuan yang membolehkan diberlakukannya pidana mati dengan pembatasan-pembatasan tertentu ataupun ketentuan-ketentuan tentang penghilangan nyawa secara absah, dapat juga ditemukan dalam sejumlah instrumen hukum internasional yang mengatur tentang atau berkaitan dengan hak asasi manusia, di antaranya, *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, *Protocol Additional I to the 1949 Conventions and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict*, *Protocol Additional II to the 1949 Conventions and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflict*, *Rome Statute of International Criminal Court*, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human*

Rights), *American Convention on Human Rights, Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty*.¹⁹⁵

Sebagai contoh, *ICCPR* yang digunakan para Pemohon untuk mendukung dalil-dalilnya, tidaklah melarang negara-negara pihak (*state parties*) untuk memberlakukan pidana mati, tetapi ada pembatasan diberlakukan hanya terhadap kejahatan-kejahatan yang paling serius sesuai dengan hukum yang berlaku pada saat dilakukannya kejahatan tersebut (*the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime..*) [Pasal 6 ayat (2) *ICCPR*]. Artinya, dengan dimungkinkannya suatu negara memberlakukan pidana mati (meskipun dengan pembatasan-pembatasan), hal itu merupakan bukti bahwa hak untuk hidup tidaklah bersifat mutlak.¹⁹⁶

Terkait dengan itu, Mahkamah menyatakan bahwa kejahatan-kejahatan yang diatur dalam Pasal 80 ayat (1) huruf a, ayat (2) huruf a, dan ayat (3) huruf a, Pasal 81 ayat (3) huruf a, serta Pasal 82 ayat (1) huruf a, ayat (2) huruf a, dan ayat (3) huruf a UU Narkotika tergolong ke dalam kelompok kejahatan yang paling serius baik menurut UU Narkotika maupun menurut ketentuan hukum internasional yang berlaku pada saat kejahatan tersebut dilakukan. Selain itu, kualifikasi kejahatan pada pasal-pasal UU Narkotika di atas dapat disetarakan dengan “*the most serious crime*” menurut ketentuan Pasal 6 *ICCPR*. Dengan demikian, ketentuan pidana mati dimaksud tidak bertentangan dengan UUD 1945 sehingga Mahkamah Konstitusi memutuskan untuk menolak permohonan para Pemohon.¹⁹⁷

Argumentasi para pemohon yang bertolak semata-mata dari perspektif hak untuk hidup (*right to life*) orang yang dijatuhi pidana mati. Kelemahan yang tak mudah untuk dielakkan oleh pandangan demikian, menurut Mahkamah Konstitusi adalah Pandangan demikian akan dipahami sebagai pandangan yang menisbikan, bahkan menihilkan, kualitas sifat jahat dari perbuatan atau kejahatan yang diancam dengan pidana mati tersebut.¹⁹⁸ Pandangan demikian juga menihilkan rasa keadilan pihak keluarga korban, sekaligus rasa keadilan masyarakat pada umumnya.¹⁹⁹

Menurut MK, hak asasi dalam konstitusi mesti dipakai dengan menghargai dan menghormati hak asasi orang lain demi berlangsungnya ketertiban umum dan keadilan sosial. Dengan demikian, MK, hak asasi manusia harus dibatasi dengan instrumen Undang-Undang, yakni Hak untuk hidup itu tidak boleh dikurangi, kecuali diputuskan oleh pengadilan.²⁰⁰ Alasan lain pertimbangan putusan MK salah satunya karena Indonesia telah terikat dengan konvensi internasional narkotika dan psicotropika yang telah diratifikasi menjadi hukum nasional dalam UU Narkotika. Sehingga, menurut putusan MK, Indonesia justru berkewajiban menjaga dari ancaman jaringan peredaran gelap narkotika skala internasional, yang salah satunya dengan menerapkan hukuman yang efektif dan maksimal.²⁰¹

Mahkamah Konstitusi juga memberikan beberapa catatan penting, sebagaimana dituangkan dalam pertimbangan hukum putusan, salah satunya adalah ke depan, dalam rangka pembaruan hukum pidana nasional dan harmonisasi peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pidana mati maka perumusan, penerapan, maupun pelaksanaan pidana mati dalam sistem peradilan pidana di Indonesia hendaklah memperhatikan dengan sungguh-sungguh bahwa pidana mati bukan lagi merupakan pidana pokok, melainkan sebagai pidana yang bersifat khusus dan alternatif. Pidana mati dapat dijatuhkan dengan masa percobaan selama sepuluh tahun yang apabila terpidana berkelakuan terpuji dapat diubah dengan pidana penjara seumur hidup atau selama 20 tahun. Pidana mati tidak dapat dijatuhkan terhadap anak-anak yang belum dewasa, eksekusi pidana mati terhadap perempuan hamil dan seseorang yang sakit jiwa ditanggguhkan sampai perempuan hamil tersebut melahirkan dan terpidana yang sakit jiwa tersebut sembuh. Selain itu, demi kepastian hukum yang adil, Mahkamah Konstitusi juga menyarankan agar semua putusan pidana mati yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*in kracht van gewijsde*) segera dilaksanakan.²⁰²

Dilema penghapusan hukuman mati dan penegasan jaminan atas hak hidup tidak hanya dipandang berbeda oleh pemohon dan Mahkamah Konstitusi. Bahkan dalam diri para hakim Mahkamah

Konstitusi juga terdapat perbedaan pendapat. Dalam perkara ini, empat (4) orang Hakim Konstitusi²⁰³ mengemukakan pendapat berbeda dalam Putusan Pengujian Undang-Undang Narkotika ini. Pendapat berbeda tersebut menyangkut kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon yang berkewarganegaraan asing dan pokok permohonan.

Menyangkut pokok permohonan, ketentuan pidana mati dalam Pasal 80 ayat (1) huruf a, ayat (2) huruf a, dan ayat (3) huruf a, Pasal 81 ayat (3) huruf a, serta Pasal 82 ayat (1) huruf a, ayat (2) huruf a, dan ayat (3) huruf a UU Narkotika bertentangan dengan hak untuk hidup yang merupakan hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Lagi pula, hidup adalah karunia Tuhan yang tidak dapat dicabut oleh siapa pun. Oleh karena itu, ketentuan pidana mati dalam UU Narkotika tersebut dinilai bertentangan dengan Pasal 28A *jo.* Pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

Dalam berbagai argumen yang dikemukakan pemohon dan ahli-ahli yang diajukan oleh pemohon, dikemukakan bahwa salah satu sebab hukuman mati dihapuskan di berbagai negara di dunia adalah kenyataan bahwa hukuman mati dianggap merupakan suatu bentuk hukuman atau perlakuan yang kejam, tidak manusiawi, dan merendahkan martabat manusia (*cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*).²⁰⁴ Di samping itu, *deterrent effect* (efek jera) yang diharapkan dari hukuman mati, menurut J.E. Sahetapy, “memang indah kalau dibaca di dalam literatur tetapi *it doesn't make any effect on whatsoever* di dalam praktik. Kebanyakan pertimbangan-pertimbangan di dalam pidana mati itu juga sangat tidak menyentuh esensi yang sebenarnya.”²⁰⁵

Terdapat 5 negara yang memiliki konstitusi yang hampir mirip dengan Indonesia, telah menghapuskan hukuman mati melalui Mahkamah Konstitusi, karena bertentangan dengan Konstitusi yaitu, Hongaria pada tahun 1990. Afrika Selatan pada tahun 1995, dilanjutkan oleh negara Lituania, Ukraina, dan Albania.²⁰⁶ Berdasarkan hasil analisis perbandingan antara ICCPR dengan Konstitusi Indonesia yang dilakukan oleh Schabas,²⁰⁷ hasilnya, *pertama*, bahwa konstitusi Indonesia berbeda dengan ICCPR tidak mengakui hukuman mati

sebagai eksepsi sebagai *to the right to life*. Kedua, antara Konstitusi Indonesia dan ICCPR di dalam ketentuan lainnya menyatakan bahwa tidak ada derogasi atau substansi dari *right to life*, yang diperkenankan atau diizinkan. Ketiga, terdapat afirmasi hak untuk hidup di Pasal 6 ayat (1) yang serupa dengan Pasal 28A UUD 1945, dan adanya batasan *right to life*, yang tercantum di Pasal 6 ayat (1) dengan menggunakan *arbitrary*. Sementara Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 berbicara mengenai restriksi atau larangan yang saya rasa ini ada fenomena yang sama dan serupa. Keempat, hukuman mati (*death penalty*) dalam ICCPR memiliki pengecualian dalam Pasal 6 ayat (2), namun hal tersebut tidak ada ekuivalennya dalam UUD 1945. Kelima, *derogation to the right of life* yang berkaitan dengan hukuman mati dalam UUD 1945 lebih progresif dan lebih maju daripada ICCPR.

Hukuman mati di Indonesia diatur dalam Pasal 10 KUHP, yang memuat dua macam hukuman, yaitu hukuman pokok dan hukuman tambahan. Hukuman pokok, terdiri dari : Hukuman mati, hukuman penjara, hukuman kurungan dan hukuman denda; Hukuman tambahan terdiri dari: Pencabutan hak tertentu, perampasan barang tertentu dan pengumuman keputusan hakim. Tata cara pelaksanaan hukuman mati diatur dalam Undang-Undang Nomor 2/PnPs/1964 yang tetap berlaku sampai saat ini.²⁰⁸

J.E. JOHKERS mengemukakan pendiriannya bahwa salah satu keberatan terhadap hukuman mati yang sering diajukan adalah apabila sudah dilaksanakan ada kekeliruan dalam putusan hakim, lalu tidak dapat diberikan pemulihan hak yang sesungguhnya, paling banter namanya diperbaiki terhadap sanak keluarganya. Selanjutnya diajukan keterangan, bahwa meskipun cara yang demikian itu dalam tiap kejadian sangat disesalkan, tetapi tidak benar untuk menarik kesimpulan berdasarkan alasan itu lalu menjadi pidana mati tidak dapat diterima. (J.E. Jonkers, 1946 : 179).²⁰⁹

Prof. Mr. Roeslan Saleh (Guru Besar Hukum Pidana) berpendapat bahwa tidak setuju adanya pidana mati di Indonesia karena: 1. kalau ada kekeliruan putusan hakim tidak dapat diperbaiki lagi.²¹⁰ 2. mendasarkan landasan Falsafah Negara Pancasila, maka pidana mati itu dipandang bertentangan dengan perikemanusiaan. Prof. Soedarto

(Rektor UNDIP Semarang dan Guru Besar Hukum Pidana), tidak setuju adanya pidana mati, dengan alasan: 1. karena manusia tidak berhak mencabut nyawa orang lain, apalagi bila diingat bahwa hakim bisa salah menjatuhkan hukuman. 2. tidak benar hukuman mati untuk menakut-nakuti agar orang tidak berbuat jahat, karena nafsu tidak dapat dibendung dengan ancaman.²¹¹

Dalam memutus perkara yang menuntut penghapusan hukuman mati, Mahkamah Konstitusi jelas secara kaku menerapkan metode penafsiran originalis yang menitikberatkan penafsiran teks konstitusi berdasarkan pemahaman dan tujuan konstitusi dari pendapat para penyusun konstitusi.²¹² Sekalipun dapat dibantah bahwa justru *original intent* dari Konstitusi RI tentang hak hidup adalah menuntut penghapusan hukuman mati dari teks undang-undang, karena jaminan hak atas hidup telah secara limitatif ditegaskan dalam Konstitusi RI. Satu-satunya penjelasan yang dapat diterima adalah bahwa dalam hal menjamin hak sipil (baca: hak untuk hidup), Mahkamah Konstitusi jauh lebih konvensional dan kurang konstruktif dalam pemajuan HAM. Sesungguhnya argumen utama dari putusan Mahkamah Konstitusi adalah bahwa keberlakuan hak atas hidup adalah bisa dibatasi.

D. Hak untuk Bebas Dari Diskriminasi

1. Prinsip Non Diskriminasi

Para ahli di bidang hak asasi manusia menyepakati bahwa kesetaraan dan nondiskriminasi merupakan *statement* yang positif dan negatif dari prinsip yang sama. Sebagaimana disampaikan oleh Bayefsky, '*It is widely accepted that equality and non-discrimination are positive and negative statements of the same principle*'.²¹³ Berkaitan dengan pencegahan tindakan diskriminasi, bisa dimaknai sebagai setiap aksi atau tindakan yang mengesampingkan atau menyangkal bahwa seseorang atau kelompok berhak mendapatkan perlakuan yang setara sebagaimana yang mereka inginkan. Namun demikian, perlakuan berbeda terhadap beberapa kelompok atau beberapa

individu dianggap sebagai suatu tindakan yang dibenarkan ketika hal tersebut telah teruji bahwa tindakan itu memiliki keterkaitan dengan kepentingan kelompok atau individu tersebut sebagai sebuah masyarakat yang utuh.²¹⁴ Perlakuan berbeda ini yang kemudian akan menjadi dasar diskriminasi positif atas kelompok rentan dan termarginalkan.

Salah satu terobosan konsep yang berisi tentang definisi-definisi mengenai kesetaraan dan non-diskriminasi adalah adanya kejelasan yang dibuat antara pembedaan yang bisa jadi dibenarkan berdasarkan kepentingan akan adanya kesetaraan yang hakiki, dan diskriminasi yang didasarkan atas 'hal yang tidak diinginkan', 'tidak masuk akal', atau 'bersifat individu' dan tidak pernah bisa dibenarkan. Konsep diskriminasi setidaknya mengandung tiga elemen kunci, yaitu menghendaki adanya pembedaan dalam perlakuan, memiliki beberapa dampak, dan dibangun di atas landasan latar belakang tertentu.²¹⁵

Setidaknya terdapat empat perjanjian hak asasi manusia yang mengandung definisi dari diskriminasi secara eksplisit. Terkait dengan CERD dan CEDAW, the International Labor Organization (ILO) Convention No. 111 Concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation (1958) menyatakan:

For the purpose of this Convention the term 'discrimination' includes: (a) any distinction, exclusion or preference made on the bases of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation.

According to the UNESCO Convention against Discrimination in Education (1966),

For the purpose of this Convention the term 'discrimination' includes distinction, exclusion, limitation or preference which being based on race color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic condition or birth, has the purpose or effect of nullifying or impairing

equality of treatment in education.

Keempat konvensi tersebut merujuk kepada ‘efek’ dari perlakuan yang berbeda. Tiga di antara konvensi tersebut, selain konvensi ILO, menemukan diskriminasi dengan melihat kepada ‘tujuan atau efek’. ‘Tujuan’ bisa dipahami sebagai muatan sebuah makna dari ‘perhatian’. Lebih lanjut dalam Konvensi ILO No. 111 dinyatakan bahwa:²¹⁶

- (a) Setiap perbedaan, pengecualian atau pilihan atas dasar ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, keyakinan politik, kebangsaan atau asal dalam masyarakat yang mengakibatkan hilangnya atau berkurangnya persamaan kesempatan atau persamaan perlakuan dalam pekerjaan dan jabatan;
- (b) Setiap perbedaan, pengecualian atau pilihannya lainnya yang mengakibatkan hilangnya atau berkurangnya persamaan kesempatan atau persamaan perlakuan dalam pekerjaan atau jabatan sebagaimana ditentukan oleh Anggota yang bersangkutan setelah berkonsultasi dengan organisasi yang mewakili pengusaha dan pekerja, jika organisasi itu ada, dan dengan badan lain yang sesuai.

Isu utama perkembangan hukum diskriminasi beralih dari permintaan perhatian menjadi sebuah keinginan untuk pengakuan sebagai efek dari diskriminasi. Viabilitas diskriminasi sering dianggap secara sempit, di mana anggapan tersebut membutuhkan perhatian sebagai akumulasi dendam. Saat ini hukum diskriminasi sudah berubah, yang semula berbentuk ekstrem tidak lagi ekstrem, juga yang semula sebuah fokus eksklusif terhadap tuduhan moral menjadi efek dari diskriminasi tersebut terhadap para korban.²¹⁷

Berkaitan dengan dasar diskriminasi itu dilarang, setidaknya terdapat tiga cara untuk membawa isu ini ke dalam legislasi. Pertama, dengan membingkai sebuah jaminan kesetaraan secara luas, dengan menyatakan bahwa semua orang adalah sama di muka hukum tanpa ada pembedaan. Pendekatan ini menuntut hakim untuk memutuskan ketika sebuah klasifikasi dilarang. Contohnya adalah Konstitusi Amerika Serikat menyatakan dalam amandemen ke-14, tidak boleh ada pernyataan yang “mengabaikan semua orang yang memiliki

perlindungan yang sama di muka hukum. Pendekatan kedua adalah dengan membuat peraturan perundang-undangan yang berisi daftar rinci nilai dasar. Pendekatan ini bertolak belakang dengan pendekatan yang pertama dalam hal pilihan norma yang tidak ada diskresinya terhadap hakim. Adapun pendekatan yang terakhir mengkhususkan sebuah daftar norma diskriminasi, namun norma tersebut tidak rinci. Pendekatan ini diadopsi tidak hanya oleh instrumen-instrumen internasional utama hak asasi manusia seperti ICCPR, UDHR dan ECHR, namun juga oleh beberapa perundang-undangan domestik, seperti piagam Kanada tentang hak serta Konstitusi Afrika Selatan. Pendekatan ini dibedakan dengan dua faktor, pertama bahwa semua artikel non diskriminasi mengandung enumerasi norma diskriminasi, yang disimpulkan dengan merujuk pada “status orang lain”. Kedua, norma tersebut tidak berdampak pada perlakuan yang berbeda.²¹⁸

Professor Hilary, dalam menganalisa kekurangan jumlah hukum internasional tentang persamaan dan non-diskriminasi, menunjukkan bahwa hukum internasional dikembangkan dalam sebuah hierarki bentuk-bentuk diskriminasi.²¹⁹ Dalam pandangannya, diskriminasi berdasarkan ras biasanya dianggap lebih serius dari bentuk-bentuk diskriminasi lainnya. Hierarki ini bisa dilihat lebih jelas dalam diskusi akademik dan yuridis tentang norma-norma yang merujuk pada status *jus cogens* atau kewajiban *erga omnes* (mengikat semua negara). Sedangkan bentuk diskriminasi lainnya dilihat sebagai sesuatu yang lebih mudah dijustifikasi, terutama dalam hal diskriminasi terhadap perempuan.

Dalam Cedaw (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) pasal 4 disebutkan:

1. Penetapan langkah-langkah khusus sementara oleh negara-negara Pihak yang ditujukan untuk mempercepat persamaan *de facto* antara laki-laki dan perempuan, tidak dianggap diskriminasi seperti ditegaskan dalam Konvensi ini, tetapi sama sekali tidak boleh membawa konsekuensi pemeliharaan standar-standar yang tidak sederajat atau terpisah; langkah-langkah ini harus dihentikan jika tujuan persamaan kesempatan dan perlakuan telah tercapai.

2. Penetapan langkah-langkah khusus oleh Negara-negara Pihak, termasuk langkah-langkah yang dimuat dalam Konvensi ini, yang ditujukan untuk melindungi kehamilan, tidak dianggap sebagai diskriminasi.

Kemudian dalam CERD (*Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*) pasal 2 disebutkan:

1. Negara-negara Pihak mengutuk diskriminasi rasial dan berjanji untuk mengambil semua langkah-langkah yang sesuai guna menyusun segera mungkin kebijakan penghapusan segala bentuk diskriminasi rasial dan memajukan pengertian antar ras, dan, untuk mencapai tujuan tersebut:
 - (a) Setiap Negara Pihak berjanji untuk tidak terlibat dalam kegiatan-kegiatan atau praktik-praktik diskriminasi rasial terhadap perorangan, kelompok perorangan atau lembaga-lembaga dan menjamin bahwa semua kekuasaan-kekuasaan publik dan lembaga-lembaga publik, baik pada tingkat lokal maupun nasional, bertindak sesuai dengan kewajiban ini.
 - (b) Setiap Negara Pihak berjanji tidak akan menyokong, mempertahankan atau membantu diskriminasi rasial yang dilakukan perorangan atau organisasi-organisasi;
 - (c) Setiap Negara Pihak akan mengambil langkah-langkah efektif guna mengkaji ulang berbagai kebijakan pemerintah, nasional dan lokal, serta mengubah, mencabut atau membatalkan perundang-undangan dan peraturan yang berakibat menciptakan atau meneruskan diskriminasi di manapun berada;
 - (d) Setiap Negara Pihak akan melarang dan menghentikan, melalui berbagai langkah-langkah yang sesuai, termasuk penetapan peraturan perundang-undangan apabila diharuskan, diskriminasi rasial yang dilakukan perorangan, kelompok atau organisasi;

- (e) Setiap Negara Pihak, apabila dirasakan perlu, berjanji untuk mendorong gerakan-gerakan dan organisasi-organisasi integrasionis multirasial serta berbagai cara lain untuk menghapus hambatan-hambatan antar ras, dan tidak mendorong segala sesuatu yang menjurus kepada penguatan suatu perbedaan rasial.
2. Negara-negara Pihak, apabila situasi mengharuskan, akan mengambil langkah-langkah nyata dan khusus, di bidang sosial, ekonomi, budaya dan bidang-bidang lain, guna memastikan pengembangan dan perlindungan yang memadai terhadap kelompok-kelompok rasial tertentu atas perorangan dari kelompok tersebut, guna menjamin perolehan secara penuh dan sederajat hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan mendasar bagi mereka. Langkah-langkah ini tidak boleh membawa konsekuensi berkelanjutan suatu hak yang terpisah dan tidak sederajat bagi kelompok-kelompok rasial lainnya apabila tujuan-tujuan dari langkah-langkah tersebut telah tercapai.

Organisasi Perburuhan Internasional dan UNESCO keduanya telah menerima konvensi-konvensi yang melarang diskriminasi rasial masing-masing dalam pekerjaan²²⁰ dan dalam pendidikan.²²¹ Preambul deklarasi PBB tersebut menjelaskan tentang hubungan diskriminasi rasial dengan dekolonisasi dan meningkatnya keprihatinan terhadap praktik-praktik segregasi, apartheid dan pemisahan atas dasar ras dan juga karena kebijakan-kebijakan pemerintah yang didasarkan pada konsep superioritas rasial. Deklarasi tersebut menyimpulkan bahwa “pembentukan masyarakat dunia yang bebas dari segala bentuk segregasi dan diskriminasi rasial, faktor-faktor yang menimbulkan kebencian dan perpecahan antar manusia, adalah salah satu tujuan dasar PBB.”²²² Sentimen-sentimen yang serupa juga diekspresikan dalam Preambul Konvensi tersebut di atas yang juga mencatat bahwa tidak ada dasar dalam teori ataupun praktik untuk diskriminasi rasial.

Hal yang penting adalah bahwa tindak diskriminatif dilarang terlepas dari maksud, sukses, atau akibat tindak yang bersangkutan. Lerner melihat adanya dua kondisi yang harus dipenuhi menurut

Konvensi yaitu perbedaan, pengucilan, pembatasan atau preferensi tertentu harus (1) memiliki tujuan untuk meniadakan atau mengurangi pengakuan, penikmatan atau pelaksanaan, secara setara hak dan kebebasan fundamental manusia, atau (2) berakibat demikian.²²³

Perlakuan berbeda tanpa alasan rasional adalah tindakan diskriminasi. Black's Law Dictionary menyebutkan, "*differential treatment; ... a failure to treat all persons equally, when no reasonable distinction can't be found between those favored and those not favored*"²²⁴. Justru jika terhadap hal-hal yang sebenarnya berbeda diperlakukan secara seragam akan menimbulkan ketidakadilan.²²⁵ Perlakuan berbeda atau perbedaan dapat dibenarkan sepanjang tidak didasarkan atas agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa dan keyakinan politik serta tidak dilakukan secara sewenang-wenang (*willekeur*) dan melampaui kewenangan pembuat undang-undang (*detournement de pouvoir*).²²⁶

Dalam Konstitusi RI terdapat beberapa pasal yang menunjuk pada jaminan perlindungan atas hak untuk bebas dari diskriminasi. Pasal 28I (2) UUD Negara RI 1945 yang berbunyi, "Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu".

Pasal 27 (1) UUD Negara RI 1945 menyebutkan, Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.

Pasal 28D (1) UUD Negara RI 1945 menyebutkan, Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Sedangkan Pasal 28D (2) menyebutkan, Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan.

Dalam praktik di Mahkamah Konstitusi, norma Konstitusi yang memberikan jaminan perlindungan hak untuk bebas dari

diskriminasi adalah Pasal 28I (2). Artinya ketidakpatuhan otoritas pembentuk UU akan dianggap melanggar prinsip non diskriminasi ketika melakukan pelanggaran terhadap pasal tersebut. Dengan pengertian yang ketat, sebagaimana juga diatur dalam Pasal 1 Angka 3 UU No. 39 Tahun 1999, Mahkamah Konstitusi sedikit sekali menggunakan dalil diskriminasi sebagai batu uji dan argumen pengambilan putusan pengujian UU. Demikian juga Mahkamah Konstitusi sangat ketat dalam mengafirmasi dalil diskriminasi yang diajukan oleh pemohon yang menghendaki sebuah norma UU dinyatakan tidak konstitusional. Secara limitatif Mahkamah Konstitusi hanya mengafirmasi dalil pemohon dalam Perkara No. 011-017/PUU-I/2003, yang menguji UU Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota.

Di dalam undang-undang, definisi dalam larangan diskriminasi diatur secara lebih detail pada Pasal 1 Angka 3 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia berbunyi, “Diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan, politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan, pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya”.²²⁷

Dalam UU No. 39 Tahun 1999 juga memberikan jaminan penghapusan diskriminasi sebagaimana diatur dalam Pasal 3 (4)²²⁸, Pasal 17²²⁹, dan Pasal 4²³⁰. Sementara UU yang mengatur secara khusus perihal larangan diskriminasi adalah UU No. 29 Tahun 1999 tentang Pengesahan Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial 1965 (*International Convention on The Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965*), yang kemudian diperkuat dengan pembentukan UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Rasial. Selanjutnya UU No. Tahun 1984 Tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan

Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita (*Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*).

Selanjutnya, pengokohan mandat penghapusan diskriminasi diatur dalam UU No. 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak Ekonomi Sosial Budaya dan UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik. Dua produk UU yang menandai keberlakuan dua kovenan induk HAM tersebut menjadikan seluruh jaminan norma yang diatur dalam dua kovenan itu mengikat secara hukum (*legally binding*) kecuali jika dinyatakan reservasi.²³¹ Dua kovenan induk ini menegaskan jaminan-jaminan yang ada dalam Deklarasi Universal HAM. Khusus terkait dengan penghapusan diskriminasi, dalam DUHAM dapat ditemui pada Pasal 1, Pasal 2, Pasal 6, dan Pasal 7.

Pasal 2 ICCPR menyebutkan, Setiap Negara Pihak pada Kovenan ini berjanji untuk menghormati dan menjamin hak yang diakui dalam Kovenan ini bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya. Masih dalam ICCPR, Pasal 26 menyebutkan, Semua orang berkedudukan sama di hadapan hukum dan berhak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi apapun. Dalam hal ini hukum harus melarang diskriminasi apapun, dan menjamin perlindungan yang sama dan efektif bagi semua orang terhadap diskriminasi atas dasar apapun, seperti ras, warna, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran, atau status lain.

Kovenan Ekonomi Sosial dan Budaya juga mengatur perihal penghapusan diskriminasi dan persamaan di muka hukum, seperti tercantum dalam Pasal 3, Pasal 14, Pasal 16, dan Pasal 26. Namun demikian, dalam disiplin hak asasi manusia dikenal juga konsep diskriminasi positif (*positive discrimination*). Bentuk diskriminasi positif ini adalah berupa perlakuan khusus (*affirmative action*) yang disepakati dan bertujuan untuk mengoreksi praktik diskriminasi di masa lalu dan saat ini kelompok-kelompok yang tertinggal atau

termarginalkan melalui tindakan-tindakan aktif untuk menjamin persamaan hak. Pasal 28H (2) UUD Negara RI 1945 menegaskan setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan. *Privilege* ini diberikan dalam waktu tertentu (*temporary measurement*) hingga mencapai persamaan dan keadilan. Konsep ini populer dalam dalam Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (*Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women—CEDAW*) yang tercantum dalam Pasal 4 (1) yang berbunyi, *Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.*

CEDAW juga memperkenalkan pengembangan konsep diskriminasi dalam berbagai tingkatan sehingga memudahkan identifikasi praktik diskriminasi, baik dalam bentuk *policy*, perundang-undangan, maupun tindakan negara. Sebagaimana dikemukakan pada Pasal 1 Konvensi CEDAW:

Untuk tujuan konvensi yang sekarang ini, istilah diskriminasi terhadap perempuan berarti setiap perbedaan, pengucilan atau pembatasan yang dibuat atas dasar jenis kelamin, yang mempunyai pengaruh atau tujuan untuk mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan, atau penggunaan hak-hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan pokok di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan.

Pasal 1 Konvensi merupakan definisi kerja arti diskriminasi terhadap perempuan. Pasal 1 digunakan untuk melakukan identifikasi kelemahan peraturan perundang-undangan dan kebijakan formal atau netral. Perhatikan kata-kata kunci: ... **pengaruh** .. atau .. **tujuan**..

mungkin suatu perundang-undangan tidak dimaksudkan untuk meniadakan penikmatan hak perempuan, tetapi apabila mempunyai pengaruh atau dampak merugikan perempuan, untuk jangka pendek atau jangka panjang, maka aturan itu merupakan diskriminasi terhadap perempuan.²³²

Yang tidak dianggap sebagai diskriminasi adalah:

1. Langkah-langkah atau tindakan khusus sementara (Pasal 4 (1), yaitu langkah tindak yang dilakukan untuk mencapai kesetaraan dalam kesempatan dan perlakuan bagi perempuan dan laki-laki, dan mempercepat kesetaraan *de facto* antara laki-laki dan perempuan. Semula dikenal sebagai *affirmative action*, tetapi sekarang dikenal sebagai langkah tindak atau tindakan khusus sementara, *temporary special measures*.
2. Perlindungan kehamilan (Pasal 4 (2), dan kehamilan sebagai fungsi sosial (Pasal 5 (2) Konvensi Perempuan).

Sebaliknya suatu tindakan proaktif, seperti melarang perempuan melakukan suatu jenis pekerjaan tertentu dapat dianggap sebagai diskriminasi, karena dalam jangka panjang dapat bertentangan dengan kepentingan perempuan.²³³

2. Penggunaan Dalil Diskriminasi pada Dua Putusan

Mengukur bagaimana Mahkamah Konstitusi memutus perkara dengan dalil hak untuk bebas dari diskriminasi riset ini membandingkan dua putusan, yakni Putusan No. 011-017/PUU-I/2003 Pengujian Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota; dan Putusan yang menguji UU No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi. Terhadap UU Pornografi terdapat dua putusan yaitu, Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 44/2008 tentang Pornografi dan Putusan No. 48/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang No. 44/2008 tentang Pornografi.

Putusan No. No. 011-017/PUU-I/2003 yang menguji Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum DPR,

DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota adalah contoh sempurna bagaimana dalil diskriminasi digunakan oleh Pemohon dan oleh Mahkamah Konstitusi untuk sama-sama menghapuskan norma yang diskriminatif dalam sebuah UU. Pokok perkara pengujian UU ini adalah ketentuan Pasal 60 huruf g Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003, yang berisi larangan menjadi anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota bagi mereka yang bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung atau pun tak langsung dalam G.30.S/PKI atau organisasi terlarang lainnya. Atas permohonan tersebut, Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pemohon dengan menyatakan bahwa Pasal 60 huruf g dinyatakan tidak mengikat.

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah Konstitusi secara tegas menggunakan batu uji jaminan penghapusan diskriminasi yang ada dalam UUD Negara RI 1945 secara tegas.²³⁴ Mahkamah menyebutkan bahwa Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 melarang diskriminasi sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 27 ayat (1), Pasal 28 D ayat (1), Pasal 28 I ayat (2). Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagai penjabaran ketentuan Pasal 27 dan Pasal 28 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak membenarkan diskriminasi berdasarkan perbedaan agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik.

Berbeda dalam memutus perkara yang menguji diskriminasi atas dasar agama/keyakinan dalam UU No. 1/PNPS/1965, Mahkamah Konstitusi tanpa ragu mengatakan bahwa perumusan norma sebagaimana diatur dalam UU 12/2003 adalah diskriminatif. Bagi Mahkamah Konstitusi hak konstitusional warga negara untuk memilih dan dipilih (*right to vote and right to be candidate*) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, undang-undang maupun konvensi internasional, maka pembatasan penyimpangan, peniadaan dan penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara.²³⁵ Masalah PKI dalam pusaran politik

Indonesia sesungguhnya memiliki tingkat kontroversi tinggi, tetapi diperlakukan oleh Mahkamah Konstitusi secara berbeda. Hakim yang memutus perkara ini pada periode pertama, bahkan belum setahun bekerja cukup progresif mengambil putusan yang di dalamnya juga terdapat kontroversi dan *dissenting opinion* dari salah satu hakim Mahkamah Konstitusi.

Ada dua kemungkinan mengapa Mahkamah Konstitusi mengambil putusan ini, *pertama*, secara akademik, memang tidak ditemukan alasan kuat bagi pembatasan hak seseorang untuk dipilih dan memilih hanya karena pernah terlibat dalam suatu organisasi terlarang seperti PKI. Secara konstitusional juga, nyata-nyata sulit dicari pembedanya karena penghapusan diskriminasi adalah mandat Konstitusi sebagai tertuang dalam Pasal-pasal yang dirujuk di atas. *Kedua*, Mahkamah Konstitusi meyakini bahwa isu PKI tidak lagi relevan dalam konstruksi politik demokratis, di mana setiap pandangan politik di benarkan berkontestasi pada arena politik.

Sejalan dengan analisis di atas, Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya juga menyebutkan bahwa memang Pasal 28 J ayat (2) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memuat ketentuan dimungkinkannya pembatasan hak dan kebebasan seseorang dengan undang-undang, tetapi pembatasan terhadap hak-hak tersebut haruslah di dasarkan atas alasan-alasan yang kuat, masuk akal dan proporsional serta tidak berlebihan. Pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan dengan maksud “semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”; tetapi pembatasan hak dipilih seperti ketentuan Pasal 60 huruf g Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 Tentang Pemilihan Umum tersebut justru karena hanya menggunakan pertimbangan yang bersifat politis. Di samping itu dalam persoalan pembatasan hak pilih (baik aktif maupun pasif) dalam pemilihan umum lazimnya hanya didasarkan atas pertimbangan ketidakcakapan misalnya faktor Daerah, Pasal

60 huruf g jelas mengandung nuansa hukuman politik kepada kelompok sebagaimana dimaksud.²³⁶

Putusan Mahkamah Konstitusi di atas sesungguhnya berkontribusi juga pada bagaimana cara pembatasan hak warga negara dilakukan dalam penyelenggaraan negara dapat dibenarkan. Berbeda pada periode-periode berikutnya, di mana Pasal 28J (1) dan (2) menjadi senjata pamungkas bagi membenaran terhadap kehendak Mahkamah Konstitusi yang belum tentu sejalan dengan prinsip-prinsip yang dijamin dalam Konstitusi itu sendiri. Pada contoh pengujian UU 12 Tahun 2003 bahkan Mahkamah Konstitusi menegasikan praktik pembatasan itu.

Sementara, dalam Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi Mahkamah Konstitusi justru gagal dan memenuhi permohonan para pemohon yang dengan segudang dalil mengemukakan bahwa UU No. 44 Tahun 2008 mengandung muatan diskriminatif. Putusan 10-17-23/PUU-VII/2009 adalah contoh bagaimana para pemohon membangun dalil diskriminasi sebagai alasan agar Mahkamah Konstitusi membatalkan sejumlah pasal dalam UU No. 44 Tahun 2008; sedangkan Mahkamah Konstitusi lebih suka menggunakan dalil lain untuk meyakinkan putusannya, bahwa kehadiran UU No. 44 Tahun 2008 adalah tepat.

UU Pornografi, khususnya Pasal 1 angka 1, Pasal 4 ayat (1), Pasal 4 ayat (1) huruf d, dan Pasal 4 ayat (2), Pasal 10, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 23, dan Pasal 43 dianggap oleh para pemohon sebagai membatasi hak masyarakat untuk mengekspresikan identitas budayanya. UU Pornografi dianggap telah menetapkan rumusan-rumusan yang sangat rancu dan multi tafsir, sehingga berpeluang menimbulkan permasalahan dalam penerapannya; dan UU Pornografi berpotensi merugikan bahkan mengkriminalisasikan kaum perempuan yang sering kali menjadi obyek pornografi. Selain itu, para Pemohon mendalilkan bahwa UU Pornografi telah mengesampingkan dan tidak menghargai kemajemukan yang selama ini diakui di negara Indonesia.²³⁷ Semua persoalan dampak yang ditimbulkan itu diakibatkan oleh karena rumusan UU Pornografi yang mengandung

muatan diskriminatif terhadap kelompok masyarakat tertentu dan terhadap perempuan. Semangat dari UU ini adalah penyeragaman atas dasar agama dan moralitas.

Menurut Prof. Soetandyo Wignjosoebroto bahwa penyeragaman konsep tentang realitas kultural yang sebenarnya relatif, antara lain konsep pornografi, adalah suatu tindakan yang tidak hanya terkesan otokratik dan sentralistik tetapi juga suatu kebijakan yang tidak menghormati *the cultural right of the people* yang merupakan bagian dari *economic social and cultural right*, yang dijamin oleh konstitusi nasional bahkan oleh kovenan internasional berikut protokol-protokolnya. Sementara Prof. Dr.J.E. Sahetapy,S.H, MA., menganggap UU Pornografi bukanlah suatu responsive law sebab sama sekali melecehkan perempuan dan menginjak-injak hak asasi manusia yang secara eksplisit diagungkan dalam UUD 1945²³⁸

Achie. S. Luhulima mengatakan UU Pornografi tidak saja inkonstitusional tetapi juga bertentangan dengan UU HAM, UU Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Economic Social, and Cultural Rights*, UU Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Right*, konvensi hak anak yang disahkan dengan UU Nomor 36 Tahun 1990, dan UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Materi muatan dan pelaksanaan Pasal 1 angka 1, Pasal 4, Pasal 10, Pasal 20, dan Pasal 23 UU Pornografi justru menimbulkan dampak berupa perlakuan diskriminatif terhadap perempuan; Bahwa perempuan korban pornografi mengalami tindak kekerasan atau diskriminasi berlapis-lapis, yaitu (i) pada waktu ia dipaksa, diancam, atau ditipu daya atau dibohongi; (ii) pada waktu dipaksa melakukan perbuatan yang mengandung pornografi; (iii) pada waktu ia ditangkap dan ditahan yang mungkin dilakukan dengan kekerasan; (iv) pada waktu pemeriksaan yang dilakukan oleh penegak hukum yang tidak memahami kondisi perempuan korban pornografi.²³⁹

Lebih lanjut dikatakan bahwa pasal-pasal dalam UU Pornografi yang menyebabkan ketidakpastian hukum adalah Pasal 1, Pasal 3 huruf C, Pasal 4, Pasal 10, Pasal 20, dan Pasal 23. Pasal yang menimbulkan

diskriminasi adalah Pasal 1 angka 1, Pasal 4, dan Pasal 10. Pasal yang tidak memberikan perlindungan terhadap perempuan dalam pemajuan HAM adalah Pasal 1 angka 1, Pasal 4 angka 10. Pasal yang menimbulkan ketidakadilan gender adalah Pasal 1 angka 1, Pasal 3, Pasal 10, dan Pasal 20, padahal tujuan UU ini adalah untuk melindungi perempuan dan anak. Tetapi justru dirumuskan dengan norma yang menimbulkan diskriminasi berlapis terhadap perempuan. Menurut Prof. Sulistyowati Irianto Suwarno, UU Pornografi salah sasaran karena tidak bertujuan untuk melindungi perempuan dan anak-anak sebagai korban kekerasan seksual. Undang-Undang ini lebih mengutamakan masalah moralitas masyarakat yang padahal sangat bersifat paradoksal.²⁴⁰

Jika pada pengujian norma terkait penghapusan diskriminasi terhadap anggota eks PKI, Mahkamah Konstitusi begitu afirmatif terhadap seluruh dalil pemohon, pada pengujian UU Pornografi, sekalipun dalil diskriminasi begitu kuat disampaikan, ternyata Mahkamah Konstitusi justru membangun argumentasi konstitusionalnya dari aspirasi politik di luar teks perundang-undangan sendiri. Mahkamah Konstitusi sesungguhnya tidak mampu mematahkan argumentasi pemohon dan para ahli yang diajukan pemohon, khususnya terhadap dalil diskriminasi dan penyeragaman atas nama agama dan moralitas.

Mahkamah Konstitusi mengatakan²⁴¹ oleh karena terdapatnya perbedaan berbagai pengertian tentang pornografi serta belum terdapatnya rumusan yang jelas pengertian pornografi dalam rumusan norma hukum yang ada di Indonesia, pembentuk Undang-undang kemudian menyusun Rancangan Undang-Undang tentang Pornografi, yang pada awalnya bernama Rancangan Undang-Undang Antipornografi dan Pornoaksi guna memenuhi kebutuhan hukum serta perkembangan masyarakat yang berasaskan Ketuhanan Yang Maha Esa, penghormatan terhadap harkat dan martabat kemanusiaan, kebhinnekaan, kepastian hukum, nondiskriminasi, dan perlindungan terhadap warga negara, yang bertujuan untuk:

1. menjunjung tinggi nilai-nilai moral yang bersumber pada ajaran agama;

2. memberikan ketentuan yang sejelas-jelasnya tentang batasan dan larangan yang harus dipatuhi oleh setiap warga negara serta menentukan jenis sanksi bagi yang melanggarnya; dan
3. melindungi setiap warga negara, khususnya perempuan, anak, dan generasi muda dari pengaruh buruk dan korban pornografi.

Menurut Mahkamah pengaturan pornografi dalam Undang-Undang Pornografi adalah sebagai suatu batasan yuridis yang berlaku secara kedaerahan dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dan tidak dapat dianggap sebagai perlakuan diskriminatif, karena menurut Mahkamah pengertian diskriminasi adalah sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3886) yang menyebutkan bahwa “diskriminasi adalah setiap batasan, pelecehan atau pengucilan yang langsung ataupun tidak langsung didasarkan pada perbedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik yang berakibat pengurangan, penyimpangan, atau penghapusan pengakuan pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individu maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial budaya, dan aspek kehidupan lainnya”. Dengan demikian menurut Mahkamah, UU Pornografi tidak membedakan manusia atau masyarakat atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, dan keyakinan politik.²⁴²

Dapat disimak pertimbangan Mahkamah di atas, meskipun merujuk pengertian diskriminasi dari UU No. 39/1999 tentang HAM tetapi tidak ada substansi yang diuji dengan menggunakan rumusan diskriminasi itu dengan dalil-dalil yang dikemukakan oleh pemohon. Mahkamah kali ini menggunakan rumusan pembatasan sebagai alat proteksi atas putusnya menolak permohonan pemohon. Bagi Mahkamah Konstitusi pembatasan hak asasi, termasuk kebebasan berekspresi, oleh Undang-Undang tidak bertentangan dengan UUD

1945, asalkan pembatasan tersebut dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. UU Pornografi, khususnya Pasal 10, justru memperhatikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, mengingat nilai-nilai kesusilaan yang ada di dalam masyarakat di Indonesia tidak sama, sehingga menuntut setiap warga negara Indonesia menghormati nilai-nilai kesusilaan masyarakat yang ada di setiap daerah, misalnya di tempat-tempat tertentu, seseorang yang menggunakan bikini (*swimsuit*) tidak termasuk pengertian pornografi, melainkan merupakan kebiasaan seseorang tersebut, terlebih lagi hal tersebut dilakukan di tempat yang memang digunakan untuk itu.

Pada pertimbangan selanjutnya, terlihat pula bahwa Mahkamah Konstitusi berupaya meyakinkan putusannya yang menolak permohonan pemohon dengan mengatakan²⁴³ bahwa para pemohon dengan mengatakan bahwa ... adapun hak konstitusional dalam Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 merupakan jaminan konstitusional bagi siapapun untuk tidak diperlakukan secara diskriminatif atas dasar apapun. Apabila dikaitkan dengan Pasal 23 Undang-Undang *a quo*, menurut Mahkamah: Para Pemohon tidak termasuk dalam kategori orang yang mengalami pengucilan, pembatasan, perbedaan, kesenjangan partisipasi dalam politik dan kehidupan publik yang bersumber dari ketimpangan struktural dan sosio-kultural masyarakat secara terus menerus; Para Pemohon tidak diperlakukan secara diskriminatif oleh berlakunya Pasal 23 Undang-Undang *a quo*.

Perbedaan dua putusan di atas, secara kelembagaan dapat dimaklumi karena diputus oleh hakim yang berbeda dan pada periode yang berbeda pula. UU No. Putusan No. 011-017/PUU-I/2003 Pengujian Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota, diputus pada periode I Mahkamah Konstitusi di bawah pimpinan Jimly Asshiddiqie, sedangkan Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009 Pengujian Undang-Undang No. 44/2008 tentang Pornografi dan

Putusan No. 48/PUU-VIII/2010 Pengujian Undang-Undang No. 44/2008 tentang Pornografi, diputus pada masa kepemimpinan periode II di bawah pimpinan Mahfudh MD. Jika putusan yang pertama lekat sekali para hakim menggunakan perspektif dan metode penafsiran orignalis sedangkan yang kedua lebih dekat dengan metode non orignalis.

3. Kontribusi Mahkamah Konstitusi

Dalil hak untuk bebas dari diskriminasi sering kali dipertukarkan oleh para pemohon dalam pengajuan perkara. Dalil diskriminasi dengan merujuk pada Pasal 28I (2), 28D (1,2) dan Pasal 27, hampir selalu dirujuk untuk menguji konstitusionalitas sebuah norma. Namun demikian, penggunaan pasal tersebut justru tidak relevan dengan materi pokok yang diajukan. Oleh karenanya, hanya beberapa UU yang benar-benar diuji dan diafirmasi dengan dalil diskriminasi oleh Mahkamah Konstitusi. Contoh di mana Mahkamah Konstitusi berperan dalam pemajuan dan perlindungan hak untuk bebas dari diskriminasi adalah pengujian UU yang membolehkan anggota eks PKI terlibat dalam kegiatan politik dalam Perkara No. 011-017/PUU-I/2003, yang menguji UU Undang-undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota.

Pasal 60 huruf g UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota dianggap telah mengingkari hak warga negara untuk menyatakan keyakinan politiknya dan bertentangan hak asasi manusia yang dijamin oleh UUD Negara RI 1945. Mahkamah Konstitusi dalam Putusan No. 011-017/PUU-I/2003 menyatakan bahwa pasal itu tak lagi mempunyai kekuatan hukum yang mengikat sehingga bekas tahanan politik dari partai terlarang seperti Partai Komunis Indonesia juga berhak dipilih dalam Pemilu. Bahkan putusan tersebut merujuk berbagai instrumen hukum HAM internasional. Dalam putusan ini terdapat *dissenting opinion* dari Hakim H. Roestandi, SH., yang beranggapan bahwa pembatasan hak berpolitik sangat mungkin dilakukan oleh pembentuk UU, sebagaimana diatur dalam Pasal 28J

(2) yang mengatur pembatasan HAM. Roestand berpendapat bahwa konduite politik di masa lalu cukup menjadi alasan pembatasan hak seseorang.

Selain berargumen bahwa pasal 60 huruf g mengandung muatan yang diskriminatif, Majelis hakim berpendapat, bahwa pasal tersebut tidak relevan dengan rekonsiliasi yang menjadi tekad nasional bangsa Indonesia, meski menekankan bahwa keterlibatan PKI dan organisasi massa di bawahnya dalam peristiwa G 30 S/PKI tidak diragukan lagi oleh sebagian terbesar penduduk Indonesia.

Kebalikannya, Mahkamah Konstitusi justru menegaskan dalil diskriminasi yang dikemukakan oleh para pemohon pengujian UU No. 40 Tahun 2008 tentang Pornografi. Perkara No. 10-17-23/PUU-VII/2009 dan Putusan No. 48/PUU-VIII/2010 adalah perkara yang menyajikan argumentasi komprehensif tentang bagaimana diskriminasi menjadi dasar pembentukan UU. Bahkan dalam pengujian UU ini fakta-fakta diskriminasi disajikan dalam persidangan. Para pemohon menganggap bahwa UU tersebut dibentuk di atas landasan diskriminatif terhadap perempuan dan komunitas adat tertentu. Kali ini Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pengaturan soal pornografi ditujukan untuk menjunjung tinggi nilai-nilai moral yang bersumber pada ajaran agama; melindungi setiap warga negara, khususnya perempuan, anak, dan generasi muda dari pengaruh buruk dan korban pornografi; dan mencegah berkembangnya pornografi dan komersialisasi seks di masyarakat. Mahkamah Konstitusi juga menghindari untuk memperdebatkan diskriminasi dalam UU tersebut, karena dalam pertimbangan hukumnya sebatas memberikan argumen teknis bahwa ketentuan tentang pornografi adalah kebutuhan karena sebelumnya soal pornografi diatur dalam berbagai UU yang berserak. Jadi keberadaan UU Pornografi justru untuk mengurangi potensi Multi tafsir dari berbagai aturan yang berserak.

Prinsip non diskriminasi di dalam Konstitusi dan disiplin hak asasi manusia, sesungguhnya berbasis pada perbedaan individu atau kelompok berdasarkan identitas biologis dan sosiologis seseorang, seperti perbedaan berdasarkan ras, etnis, agama, jenis kelamin, peran jender, dan orientasi seksual. Sedangkan secara kelompok

prinsip non diskriminasi juga menunjuk pada kelompok masyarakat tertentu, seperti masyarakat adat atau komunitas suku tertentu. Dengan pemahaman ini, maka sedikit sekali dalil diskriminasi yang dianggap sah menjadi batu uji pengujian konstusionalitas norma di Mahkamah Konstitusi. Riset ini menunjukkan bahwa perbedaan atas eks anggota PKI dalam Perkara No. 011-017/PUU-I/2003 yang menguji UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum DPR, DPD, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota; perbedaan atas dasar suku dan agama dalam Perkara No. 140/PUU-VII/2009 yang menguji konstusionalitas UU Pornografi, perbedaan atas dasar agama/keyakinan dalam Perkara No. 140/PUU-VII/2009 yang menguji konstusionalitas UU No. 1/PnPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama, adalah perkara-perkara yang secara tepat dipersoalkan dengan menggunakan dalil diskriminasi. Dari tiga contoh putusan di atas, Mahkamah Konstitusi berperan signifikan dalam pemajuan dan perlindungan hak untuk bebas dari diskriminasi terkait hak politik eks PKI. Sedangkan dalam dua contoh pengujian UU Pornografi dan UU Penodaan Agama, Mahkamah Konstitusi justru memperkuat pelembagaan diskriminasi melalui dua UU tersebut dengan menyatakan bahwa pasal-pasal yang diuji dalam dua UU tersebut konstusional.

Dalam pengujian UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan 46/PUU-VIII/2010, 38/PUU-IX/2011 terkait dengan status anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak tercatat, Mahkamah Konstitusi sesungguhnya memberikan kontribusi signifikan terkait bagaimana cara hukum memperlakukan anak. Akan tetapi, dalil yang digunakan justru tidak menggunakan dalil diskriminasi, kecuali prinsip pengutamaan kepentingan bagi anak. Sebelumnya, UU No. 1 Tahun 1974 juga diuji terkait dengan prosedur poligami. Perkara No. 12/PUU-V/2007, di mana Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa prosedur poligami yang diatur dalam UU tersebut dinyatakan konstusional. Putusan ini sesungguhnya dibangun di atas landasan pandangan keagamaan. Bahkan secara spesifik Mahkamah Konstitusi menganut mazhab keagamaan tertentu dalam memutus perkara. Sebenarnya putusan ini berkontribusi pada penghapusan diskriminasi dan kekerasan terhadap perempuan yang akan lebih kokoh jika

putusan ini diputus berdasarkan pandangan konstitusional dan untuk tujuan penghapusan diskriminasi terhadap perempuan.

Kejahatan diskriminasi adalah kejahatan yang paling sulit dibuktikan, kecuali mendeteksi dampak yang ditimbulkannya. Karena diskriminasi lebih menyerupai kejahatan abstrak, maka sedikit sekali dalil diskriminasi digunakan oleh Mahkamah Konstitusi untuk memutus perkara. Sebaliknya, dalil diskriminasi sangat populer bagi para pemohon pengujian UU. Dalil ini misalnya banyak digunakan oleh para pemohon terkait dengan masa jabatan, mereka yang bermaksud melamar jabatan publik tertentu, atau mereka yang berebut kewenangan.

Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa dan memutus perkara dengan dalil-dalil diskriminasi telah berkontribusi memberikan batasan pemaknaan terhadap konsep diskriminasi dan non diskriminasi. Mahkamah Konstitusi berpendapat perlakuan berbeda dengan diskriminasi adalah berbeda. Perlakuan berbeda dalam mengisi posisi jabatan-jabatan tertentu misalnya, dapat dibenarkan dengan menakar relevansi fungsi kelembagaan tersebut. Mahkamah Konstitusi telah memainkan peranan penting dalam rangka memutus *conflicting right* dan *conflicting norm* dalam sebuah UU. Namun kontribusi ini tidak disertai dengan interpretasi konsep yang kokoh sehingga bisa dipedomani. Mahkamah Konstitusi hanya berkuat pada soal limitasi, derogasi HAM, sebagaimana diatur dalam Pasal 28J (2).[]

Endnotes

- 1 Indonesia meratifikasi Konvensi ILO No. 87 Tahun 1948 ini, pada tahun 1998 melalui Keppres No. 83 Tahun 1998. Informasi diakses dari situs http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:10011:0::NO:10011:P10011_DISPLAY_BY,P10011_CONVENTION_TYPE_CODE:1,F pada 3 Oktober 2013.
- 2 Komite Ahli tentang Implementasi Konvensi ILO No. 87 Tahun

1984, mengkritisi ketentuan tentang akibat hukum mogok kerja yang tidak sah, dalam Keputusan Menteri No. 232/MEN/2003. Keputusan ini dirumuskan menyusul ketentuan yang dimuat dalam Pasal 142 (2) UU Ketenagakerjaan yang menyatakan perlunya pengaturan tentang mogok kerja yang tidak sah. Kritik komite ahli ditujukan terutama pada ketentuan yang menyatakan perlunya pekerja mengundurkan diri apabila terlibat dalam mogok yang tidak sah (Pasal 6), serta perlunya pemberitahuan kepada pengusaha untuk mogok (Pasal 3). Selanjutnya, Komite Ahli merekomendasikan Pemerintah untuk mengkaji ulang dan mencabut ketentuan ini. (*Informasi dapat diretrieve dari http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3081647:YES diakses pada tanggal 3 Oktober 2013*)

- 3 Lihat hasil Observasi Komite Ahli tentang Implementasi Konvensi ILO No. 87 Tahun 1984 (CEACR) terhadap complain yang diajukan oleh International Organisation of Employer (IOE) tertanggal 29 Agustus 2012. Informasi dapat diretrieve dari http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3081647:YES diakses pada tanggal 3 Oktober 2013
- 4 Lihat putusan No. 35/PUU-IX/2011
- 5 Pada awal perumusan UUD 1945 terdapat dua kutub pemikiran; (1) pemikiran tentang paham kekeluargaan, diwakili oleh Soepomo dan Soekarno; (2) serta pemikiran tentang hak warga negara sebagai kendali kekuasaan negara, diwakili oleh Hatta dan Yamin. Keduanya kemudian mempengaruhi rumusan awal UUD 1945. Lihat Naskah Komprehensif Perubahan UUD 1945-Buku VIII h. 28. Naskah diakses dari http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/naskahkomprehensif/pdf/naskah_Naskah%20Komprehensif%20Buku%208.pdf pada 3 Oktober 2013.
- 6 *Duty bearer* melekat pada subyek, dalam perjanjian multilateral hak asasi manusia termasuk ICCPR, yang dianggap bertanggungjawab terhadap penghormatan, pemajuan dan pemenuhan hak asasi manusia. Dalam instrument internasional hak asasi manusia,

tanggung jawab penghormatan, pemajuan dan pemenuhan hak asasi manusia didominasi oleh negara, meski demikian pada perkembangannya tanggung jawab pemajuan, penghormatan, dan pemenuhan hak asasi manusia tidak hanya dibebankan pada negara namun juga pihak ketiga, seperti; perusahaan (dalam *rights to development*) dan orang tua (untuk *child rights*, seperti disebutkan dalam *Convention on the Rights of the Child*).

- 7 *Rights holder* melekat pada subyek individual yang memiliki otoritas penuh untuk menikmati hak yang melekat pada dirinya hanya karena kemanusiaannya. Individual sebagai rights holder juga dibekali dengan hak constitutional untuk ; (1) mendapatkan remedy atas pelanggaran hak individualnya; (2) mengklaim pemenuhan hak yang melekat pada dirinya tanpa perlu melalui pembuktian apapun.
- 8 Civil and Political Rights Fact Sheet, UN Committee on Civil and Political Rights, pp.4-9. Diakses dari <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf> pada 5 Oktober 2013. Selain itu kewajiban negara untuk menghormati hak sipil politik juga disebutkan di Pasal 2 (1) ICCPR, “ *Each state party to the present covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present covenant, without distinction of any kind...*”
- 9 Indonesia mengaksesi pada 23 February 2006
- 10 Indonesia mengaksesi pada 23 February 2006
- 11 Indonesia mengaksesi pada 13 September 1984
- 12 Indonesia mengaksesi pada June 1999
- 13 Indonesia mengaksesi pada 12 April 2012
- 14 Indonesia mengaksesi pada 9 June 1998.
- 15 Indonesia mengaksesi pada 15 July 1957.
- 16 Lihat Pasal 28 J (2) UUD Negara RI 1945.
- 17 Lihat Pasal 20 ICCPR
- 18 *Ibid.*
- 19 Lihat Pasal 19 (3) ICCPR dan 29 (2) UDHR

- 20 *Ibid.*
- 21 *Ibid.*
- 22 Lihat Pasal 20 (2) UDHR
- 23 Lihat Pasal 22 (2) ICCPR
- 24 *Ibid.*
- 25 *Ibid.*
- 26 Ullah, Aman “*Derogation of Human Rights Under the Covenant and Their Suspension during Emergency and Civil Martial Law, In India and Pakistan*” 2011, South East Asian Studies, p. 183 . Pertemuan para ahli tersebut disponsori oleh ; the International Commission of Jurists ,the International Association of Penal Law, the American Association for the International Commission of Jurists, the Urban Morgan Institute of Human Rights and the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (Siracusa Principles Par. 3).
- 27 Lihat Part I par. 7 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
- 28 Lihat Part I par. 5 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
- 29 Lihat Part I par. 12 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
- 30 Lihat Part I par. 24 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
- 31 Lihat Part I par. 27-28 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/>

- docid/4672bc122.html accessed on 21 August 2013.
- 32 Lihat Part I par 31 dan par 34 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
 - 33 Lihat Part I par 37 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
 - 34 Lihat Part II par 39-40 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
 - 35 Lihat part II par. 41 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
 - 36 Lihat part II par 60 The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. Source : <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> accessed on 21 August 2013.
 - 37 *International Convention of the Principles of the Right to Organise and Bargain Collectively*, Adopted on: Geneva, 32nd ILC session (01 Jul 1949), Entry into force 18 Jul 1951
 - 38 Article 2 (1) *International Convention of the Principles of the Right to Organise and Bargain Collectively* (source : http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312243 accessed on 21 August 2013).
 - 39 Article 2(2) *International Convention of the Principles of the Right to Organise and Bargain Collectively* (source: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312243 accessed on 21 August 2013).
 - 40 Mill, John “ *On Liberty*”, 1921, Boston Atlantic Monthly Press, 1921, h. 23

- 41 Prinsip ini lahir dari Vienna Declaration tahun 1993, yang menyatakan pelanggaran salah satu hak akan berakibat terhadap pelanggaran hak yang lainnya, serta pelaksanaan satu hak akan sangat bergantung pada pelaksanaan hak lainnya. Prinsip Indivisibility of rights juga berhasil memecah teori trade off, yang memisahkan antara hak sipil politik dan hak ekonomi, social, dan budaya. Bermakna, pelanggaran atas satu hak akan berakibat pada pelanggaran hak yang lainnya. Sumber : [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.en](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.en), diakses pada 10 Oktober 2013
- 42 Lihat Putusan 9/PUU-VII/2009 dan 98/PUU-VII/2009
- 43 Putusan Mahkamah Konstitusi No. 013-022/PUU-IV/2006
- 44 Pasal 134 KUHP yang berbunyi “Penghinaan dengan sengaja terhadap Presiden dan Wakil Presiden dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya enam tahun atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 4.500”
- 45 Pasal 136 bis KUHP.
“Perkataan penghinaan dengan sengaja dalam Pasal 134 mengandung juga perbuatan yang diterangkan dalam Pasal 315, jika itu dilakukan kalau yang dihinakan tak hadir, yaitu baik di muka umum dengan beberapa perbuatan, maupun tidak di muka umum, tetapi dihadapan lebih dari empat orang atau dihadapan orang lain, yang hadir dengan tidak kemauannya dan yang merasa tersentuh hatinya, akan itu, dengan perbuatan-perbuatan, atau dengan lisan atau dengan tulisan”
- 46 Pasal 137 KUHP
“(1) Barangsiapa menyiarkan, mempertontonkan atau menempelkan tulisan atau gambar yang isinya menghina Presiden atau Wakil Presiden dengan niat supaya isinya yang menghina itu diketahui oleh orang banyak atau diketahui oleh orang banyak, dihukum penjara selama-lamanya satu tahun empat bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 4.500”; dan ayat (2) “Jika Si Tersalah melakukan kejahatan itu dalam jabatannya dan pada waktu melakukan kejahatan itu belum lagi lalu dua tahun sesudah tetap hukumannya yang dahulu sebab kejahatan yang serupa itu

- juga, maka ia dapat dipecat dari jabatannya. (KUHP 35, 144, 208, 310 s, 315, 483, 488)”;
- 47 Lihat Putusan No. 013-022/PUU-IV/2006 h. 7-8.
- 48 *Ibid.*, h. 59
- 49 Pasal 7A UUD 1945, “ *Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat atas usul Dewan Perwakilan Rakyat, baik apabila terbukti telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela maupun apabila terbukti tidak lagi memenuhi syarat sebagai presiden dan atau wakil Presiden*”
- 50 Lihat Putusan No. 013-022/PUU-IV/2008. h. 57.
- 51 Lihat No. 50/PUU-VI/2008 hal 47
- 52 *Ibid.*, hal 44
- 53 Lihat Putusan No. 1/PUU-IX/2011 h. 18
- 54 Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Putusan No. 7/PUU-VII/2009. h. 72
- 55 Pendapat diajukan oleh Andi Hamzah. Lihat Putusan No. 013-022/PUU-IV/2006, h. 59 paragraph 2.
- 56 Pendapat diajukan oleh Hariman Siregar. Lihat Putusan No. 013-022/PUU-IV/2006, h. 55 paragraph 2.
- 57 Putusan No. 7/PUU-VII/2009. Hal 73.
- 58 Putusan No. 50/PUU-VI/2008. h. 112
- 59 Lihat Putusan No. 14/PUU-VI/2008, h. 279.
- 60 *Ibid.*
- 61 Lihat Putusan No. 013-022/PUU-IV/2008. h. 57
- 62 Dalam putusan No. 7/PUU-VII/2009, Rudy Satrio, ahli dari pemohon memberikan tafsir atas ketertiban umum dengan menggunakan prinsip kausalitas. Bahwa segala tindakan yang dikategorikan sebagai kejahatan terhadap ketertiban umum, adalah tindakan yang memicu lahirnya keonaran dalam masyarakat. Lihat putusan No. 7/PUU-VII/2009 h. 37

- 63 Lihat Putusan No. 7/PUU-VII/2009. h. 70
- 64 *Ibid.* h. 73
- 65 Pendapat ini secara implisit dipertegas dalam putusan No 50/PUU-VI/2008, h. 47
- 66 Meskipun dalam Putusan No. 50/PUU-VI/2008, Mahkamah Konstitusi tidak memperhatikan Pasal 27 (3) UU ITE memiliki unsur-unsur yang bernilai sama dengan delik formil, meskipun menurut Mahkamah Konstitusi pemberlakuannya dilakukan dengan pengaduan.
- 67 Asosiasi Riset Opini Publik adalah organisasi yang beranggotakan lembaga penyedia jasa survey dan konsultasi politik, serta pusat penelitian politik di beberapa universitas di Indonesia.
- 68 Lihat putusan No. 9/PUU-VII/2009, h. 61
- 69 *Ibid.*, h. 78
- 70 *Ibid.*, h. 69.
- 71 Pasal 120 (1) UU No. 13 Tahun 2003 menyatakan “*Dalam hal di satu perusahaan terdapat lebih dari 1 (satu) serikat pekerja/serikat buruh maka yang berhak mewakili pekerja/buruh melakukan perundingan dengan pengusaha yang jumlah keanggotaannya lebih dari 50% (lima puluh perseratus) dari seluruh jumlah pekerja/buruh di perusahaan tersebut*”
- 72 Pasal 28 ayat (1) UU Advokat: “*Organisasi Advokat merupakan satu-satunya wadah profesi Advokat yang bebas dan mandiri yang dibentuk sesuai dengan ketentuan undang-undang ini dengan maksud dan tujuan untuk meningkatkan kualitas profesi Advokat*”.
- 73 Lihat putusan No. No. 66/PUU-VIII/2010. h. 342
- 74 Lihat putusan No. 35/PUU-IX/2011. h. 7 (III.2).
- 75 *Ibid.*, h. 25
- 76 *Ibid.*, h. 21
- 77 *Ibid.*
- 78 Lihat putusan No. 013-022/PUU-IV/2006. h. 68
- 79 *Ibid.*
- 80 Serupa dengan definisi yang diajukan dalam putusan No. 013-

022/PUU-IX/2006, Mahkamah Konstitusi dalam putusan No. 1/PUU-IX/2011 mendefinisikan constitutional complaint sebagai “*dipersoalkan adalah apakah pejabat publik yang berbuat atau tidak berbuat sesuatu melanggar suatu hak dasar seseorang.*”

- 81 Lihat putusan No. 013-022/PUU-IV/2006
- 82 Sumber : <http://www.bverfg.de/en/organization/verfassungsbeschwerde.html>
- 83 Putusan bernomor BVerfG, 2 BvR 1436/02 of 09/24/2003, dapat dilihat dalam http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602en.html
- 84 Sebagaimana bunyi Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945:
Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
- 85 Pasal 4 ICCPR menyatakan tidak boleh dikurangi praktik penikmatan atas hak untuk hidup, fair trial, bebas beragama, tidak dipidana atas kegagalan memenuhi kontrak/perjanjian, kebebasan dari penangkapan dan penahanan sewenang-wenang, bebas dari perbudakan, bebas dari penyiksaan, perbuatan kejam dan tidak manusiawi, serta kesetaraan di hadapan hukum.
- 86 Davis, Derek H., *The Evolution of Religious Liberty as a Universal Human Rights*, dipublikasikan kembali, 5 Desember 2006
- 87 Lihat K. Boyle, ‘Freedom of Religion in International Law’ chapter 1; P.M. Taylor, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005); B.G. Tahzib, *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Legal Protection* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995); E. Benito, *Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief* (United Nations, New York, 1989); B. Dickson, ‘The United Nations and Freedom

of Religion' (1995) 44 ICLQ 327; R.S. Clark, 'The United Nations and Religious Freedom' (1978) 11 NYUJILP, 197; D.J. Sullivan, 'Advancing the Freedom of Religion or Belief through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination' (1998) 82 *American Journal of International Law* 487; J. Rehman, 'Accommodating Religious Identities in an Islamic State: International Law, Freedom of Religion and the Rights of Religious Minorities' (2000) 7 *International Journal on Minority and Group Rights*, 65.

- 88 P.G. Gordon Lauren, *The Evolution of International Human Rights, Visions Seen* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998).
- 89 Kevin Boyle, "Freedom of Religion in International Law", dalam Javaid Rehman dan Susan C. Breau (eds), *Religion, Human Rights and International Law: A Critical Examination of Islamic State Practices*, Leiden: Martinus Nijhoof Publishers, 2007, h. 24
- 90 Teks aslinya berbunyi:
1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.
 2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.
 3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.
 4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.
- 91 Teks aslinya berbunyi:

1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have a religion or whatever belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.
 2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have a religion or belief of his choice.
 3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals or the fundamental rights and freedoms of others.
- 92 Douglas W. Shrader, *Beyond Tolerance: Globalization, Freedom, and Religious Pluralism* dalam Sonja Servomaa (ed) *Humanity at the Turning Point: Rethinking Nature, Culture and Freedom* Helsinki, Finland: Renvall Institute for Area and Cultural Studies, 2006.
- 93 Lihat Evans, dalam Bab I, Tore Lindholen, W. Cole Durham Jr, Bahia G. Tahzib-Lie (eds.), *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?*, Yogyakarta: Kanisius, 2010, h. 19-21
- 94 Komite HAM PBB menyatakan bahwa “kebebasan” menganut atau menetapkan agama atau keyakinan perlu mencakup kebebasan memilih agama atau keyakinan, termasuk, antara lain, hak untuk menggantikan agama atau kepercayaan yang sedang dianut dengan yang lain atau untuk tidak beragama, dan juga hak untuk mempertahankan agama atau kepercayaannya sendiri (Komentar Umum 22, Pasal 5)
- 95 ICCPR, Pasal 18(2)
- 96 ICCPR, Pasal 2(1)
- 97 ICCPR, 18 (4); Konvensi Hak-hak Anak, Pasal 14
- 98 Kata kunci perjanjian dari Kovenan Internasional Hak Sipil Politik mengatakan bahwa hak kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama termasuk kebebasan, baik sendiri atau bersama-

sama dengan orang lain, di tempat umum atau tertutup untuk menjalankan agama dan kepercayaannya,” ICCPR, pasal 18 (tekanan ditambah).

- 99 ICCPR, pasal 18(3)
- 100 ICCPR, pasal 4(2)
- 101 Lihat Bab Pengantar, Tore Lindholm, W. Cole Durham Jr., Bahia G. Tahzib-Lie (para editor), *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?*, Penerbit Kanisius, 2010
- 102 Manfred Nowak dan Tanja Vospernik, “Pembatasan-pembatasan yang Diperbolehkan terhadap Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan”, dalam Tore Lindholm, et.al., *Op.Cit.*, h. 207-230
- 103 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 1-4. . Pemohon antara lain Imparsial, Elsam, PBHI, Demos, SETARA Institute, Yayasan Desantar, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI). Di luar itu judicial review a quo juga dimohonkan oleh 4 (empat) perorangan warga negara
- 104 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 114.
- 105 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, hlm.114.
- 106 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 114.
- 107 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 115.
- 108 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 307-308.
- 109 *Ibid.*, h. 272.
- 110 *Ibid.*, h. 274.
- 111 *Ibid.*, h. 272.
- 112 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 273.
- 113 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 273. Pertimbangan ini diambil dari Majalah Media Dakwah, Nomor 258, Rajab 1416H/ Desember 1995, hlm 44.
- 114 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 274.
- 115 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 275.
- 116 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 276.
- 117 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 278.

- 118 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 279.
- 119 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 280.
- 120 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 277-278.
- 121 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 279.
- 122 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 276-277.
- 123 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 283.
- 124 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 284.
- 125 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 287.
- 126 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 289.
- 127 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 288-292.
- 128 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 290.
- 129 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 293.
- 130 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 298.
- 131 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, hlm.299.
- 132 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 300-301
- 133 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 301-302
- 134 Lihat Putusan 140/PUU-VII/2009, h. 306.
- 135 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 3-44.
- 136 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 6.
- 137 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 6.
- 138 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 9.
- 139 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 21
- 140 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h.63-65.
- 141 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 91.
- 142 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 97.
- 143 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 93.
- 144 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 94.
- 145 Lihat Putusan Nomor 12/PUU-V/2007 h. 96.
- 146 Lihat Putusan No. 19/PUU-VI/2008, h. 2
- 147 Lihat Putusan No. 19/PUU-VI/2008, h. 4

- 148 Lihat Putusan No. 19/PUU-VI/2008, h. 10.
- 149 Lihat Putusan No. 19/PUU-VI/2008, h. 4.
- 150 Lihat Putusan No. 19/PUU-VI/2008, h. 5.
- 151 *Ibid.*, h. 23.
- 152 *Ibid.*, h. 24.
- 153 *Ibid.*, h. 25.
- 154 “Hukuman Mati”, *Imparsial.org*, 24 Maret 2010, artikel tersedia di: <http://www.imparsial.org/fr/program-tetap/death-penallty.html>, diunduh pada tanggal 20 September 2013
- 155 Dalam Micheline R. Ishay, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Barkeley: University of California Press, 2004, h. 85
- 156 Thomas Hobbes, “The Leviathan,” dalam Micheline Ishay, *The Human Rights Reader: Major Political Writings, Essays, Speeches, and Documents from the Bible to the Present*, New York: Routledge, 1997, h. 84
- 157 Pasal 28I UUD 1945 Amandemen 2: “Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah Hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.
- 158 Pasal 9 UU Nomor 39 Tahun 1999
- 159 Javaid Rehman, *International Human Rights Law*, Pearson Education Limited, Great Britain, 2003, h. 68-69
- 160 William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. Roger Hood, *The Death Penalty; A Worldwide Perspective*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- 161 Beth A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, h. 187
- 162 Rousseau, *The Social Contract and Discourses*, h. 105

- 163 “Indonesia: Defisit Abolisi Hukuman Mati di Indonesia dengan Tren Global Menuju Penghapusan Hukuman Mati”, *humanrights.asia*, 12 Oktober 2012, artikel tersedia di <http://www.humanrights.asia/news/ahrc-news/AHRC-STM-195-2012-ID>, diunduh pada tanggal 22 September 2013.
- 164 Max Grunhut, *Penal Reform: A Comparative Study*, Oxford: The Clarendon Press, 1948, h. 14
- 165 Komnas Perempuan, Pengkajian Proses Peradilan Pidana Mati di Indonesia: Situasi Terpidana Mati dan Upaya Penegak Hukum Pasca Reformasi, Jakarta: Komnas Perempuan, 2012.
- 166 *Op.Cit.*, *The Universal Declaration of Human Rights*, Pasal 3.
- 167 *Op.Cit.*, *International Covenant on Civil and Politic Rights*, Pasal 6.
- 168 Pasal 6 ayat (1) ICCPR berbunyi:
Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.
- 169 *Ibid*, Pasal 6 Ayat (1).
- 170 *Ibid.*, Pasal 6 Ayat (2).
- 171 United Nations, *General Comments of International Covenant on Civil and Politic Rights*, Nbr 6.
- 172 United Nations, *Second Optional Protocol of International Covenantl on Civil and Politic Rights about aiming of The Abolition of Death Penalty*.
- 173 United Nations, *Satute of the International Criminal Court of 1998*, Pasal 77 Ayat (1).
- 174 United Nations Commission on Human Rights, *Human Rights Resolution 2005/59: The Question of the Death Penalty*, 20 April 2005, E/CN.4/RES/2005/59.
- 175 Dewan Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa Resolusi Nomor A/RES/62/149 (18 Desember 2007), Resolusi Nomor A/RES/63/168 (18 Desember 2008), dan Resolusi A/RES/65/206 (21 Desember 2010).
- 176 Human Rights Committee, *General Comment Number 6 (16) International Covenant on Civil and Politic Rights*, 27 Juli 1982.

- 177 Frans H. Winarta, "Nasruddin's Murder and Capital Punishment", *thejakartapost.com*, 23 Januari 2013, artikel tersedia di <http://www.thejakartapost.com/news/2010/01/23/nasruddin039s-murder-and-capital-punishment.html>, diunduh pada tanggal 22 September 2013
- 178 Pasal 28A : "*Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.*"
Pasal 28H ayat (1) : "*Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak mendapatkan pelayanan kesehatan.*"
Pasal 28I ayat (1): "*Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.*"
- 179 Komnas HAM, Pengkajian Proses Peradilan Pidana Mati di Indonesia: Situasi Terpidana Mati dan Upaya Penegak Hukum Pasca Reformasi, tersedia di www.komnasham.go.id/?task=article.download&attach...id=168, artikel didownload pada tanggal 29 November 2013
- 180 Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007 mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika.
- 181 Putusan Nomor 21/PUU-VI/2008 mengenai pengujian UU No. 02/Pnps/1964 tentang Tata Cara Pelaksanaan Hukuman Mati.
- 182 Jimly Asshiddiqie, "Kata Pengantar", dalam Todung Mulya Lubis, *Kontroversi Hukuman Mati: Perbedaan Pendapat Hakim Konstitusi*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2009, h. xi
- 183 Jimly, "Kata Pengantar", dalam Lubis, *Kontroversi Hukuman Mati*, h. xvi
- 184 Lubis, *Kontroversi Hukuman Mati*, h. xxiv
- 185 "memproduksi, mengolah, mengekstraksi, mengkonversi, merakit, atau menyediakan narkotika Golongan I, dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, atau

- pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah)
- 186 “ayat (1) huruf a didahului dengan permufakatan jahat, dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 200.000.000,00(dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 2.000.000.000,00 (dua milyar rupiah)
- 187 ayat (1) huruf a dilakukan secara terorganisasi, dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah)
- 188 membawa, mengirim, mengangkut, atau mentransito narkotika Golongan I, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp750.000.000,00 (tujuh ratus lima puluh juta rupiah)
- 189 mengimpor, mengekspor, menawarkan untuk dijual, menyalurkan, menjual, membeli, menyerahkan, menerima, menjadi perantara dalam jual beli, atau menukar narkotika Golongan I, dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling paling banyak Rp 1.000.000.000,00(satu milyar rupiah)
- 190 ayat (1) huruf a, dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan denda paling banyak Rp 2.000.000.000,00 (dua milyar rupiah)
- 191 ayat (1) huruf a dilakukan secara terorganisasi, dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, atau pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 3.000.000.000,00 (tiga

- milyar rupiah)
- 192 Agak sulit untuk mengidentifikasi karakter dari non derogable rights dengan pemahaman yang tunggal, karena mengenai apa yang termasuk di dalamnya berbeda-beda antara yang dimuat dalam International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) menyebutkan tujuh macam, dalam European Convention on Human Rights (ECHR) Cuma ada empat macam, sedangkan dalam American Convention on Human Rights (ACHR) ada sebelas macam. Menurut ahli, yang benar-benar merupakan non-derogable yang merupakan intinya hanya empat, yakni hak untuk hidup, hak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan yang merendahkan martabat dan hak untuk tidak dianiaya, hak untuk diakui sebagai subjek hukum dan setara di depan hukum, serta hak untuk tidak diadili oleh hukum yang berlaku surut (post facto law). Dalam *Ibid.*, h. 374
- 193 *Ibid.*, h. 398
- 194 Lihat Putusan Perkara No. 2-3/PUU-V/2007, h. 412
- 195 Lihat Putusan Perkara No. 2-3/PUU-V/2007, h. 416-418
- 196 Lihat Putusan Perkara No. 2-3/PUU-V/2007, h. 420
- 197 Lihat Putusan Perkara No. 2-3/PUU-V/2007, h. 421
- 198 *Ibid.*, h. 405
- 199 *Ibid.*, h. 406
- 200 *Ibid.*, h. 419
- 201 *Ibid.*, h. 202
- 202 Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007, h. 431
- 203 Ke-empat Hakim Konstitusi tersebut adalah: H. Harjono, H. Achmad Roestandi, H.M. Laica Marzuki, dan Maruarar Siahaan.
- 204 Putusan Perkara No. 2-3/PUU-V/2007, h. 9
- 205 Putusan Perkara No. 2-3/PUU-V/2007, h. 80
- 206 Pendapat ahli William A. Schabas, dalam *Ibid.* h. 89
- 207 *Ibid.*, h. 90
- 208 Keterangan pemerintah, dalam *Ibid.*, h. 119
- 209 *Ibid.*, h. 297

- 210 Terkait hal ini, MK tidak sepenuhnya dapat diterima, setidaknya karena dua alasan. *Pertama*, dengan tetap mengakui ketidaksempurnaan sistem peradilan pidana, menghapuskan pidana mati yang di satu pihak tetap tidak serta-merta membuat sistem peradilan pidana jadi sempurna, di lain pihak penghapusan pidana mati itu sudah pasti mencederai rasa keadilan masyarakat karena tidak terestorasinya harmoni sosial yang ditimbulkan oleh terjadinya kejahatan yang diancam dengan pidana mati itu. *Kedua*, dengan menonjolkan kemungkinan terjadinya kekeliruan dalam penjatuhan pidana mati kepada orang yang tak bersalah, pandangan ini sulit menghindar dari kecurigaan akan adanya kesengajaan untuk membentuk suasana hiper-realitas (hyper-reality) sehingga pesan yang ditangkap oleh publik menjadi bias karena orang akan terpaku pada kekeliruan itu dan melupakan substansi perdebatan yang sesungguhnya yakni mengapa pembelaan hak untuk hidup terhadap pelaku kejahatan yang diancam dengan pidana mati menjadi lebih bernilai daripada pembelaan terhadap hak untuk hidup dari korban kejahatan itu.
- 211 *Ibid.*, h. 304
- 212 *Ibid.*, h. 105
- 213 Ann F. Bayefsky, "The principle of Equality or Non-discrimination in International Law", *11 Human Rights Quarterly*, 1990, h. 5.
- 214 Warwick Mc Kean, *Equality and Non-Discrimination Under International Law*, 1983, h. 82
- 215 Y. Dinstein, "Discrimination and International Human Rights," (1985), *Israel Yearbook of Human Rights*, cited in Matthew C.R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, 1995, h. 164.
- 216 Kovensi mengenai Diskriminasi dalam Pekerjaan dan Jabatan, ditetapkan oleh Konferensi Umum Organisasi Buruh Internasional di Jenewa, pada tanggal 25 Juni 1958, Pasal 1. Dalam Goran Melander, et.al., *Kompilasi Instrumen Hak Asasi Manusia: Raoul Wallenberg Institute*, Buku 15, 2004, h. 474.
- 217 Denise G. Reaume, "Harm and Fault in Discrimination Law: the Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination",

<http://www.paper.ssm.com>.

- 218 Sandra Fredman, *Discrimination Law*, 2001, p. 68
- 219 Hilary Charlesworth, "Concept of Equality in International Law," Grant Huscroft & Paul Rishworth (ed) *Litigating Rights*, 2002, p. 143
- 220 Konvensi Organisasi Perburuhan Internasional No. 111 Tahun 1958, berkenaan dengan diskriminasi dalam hal ketenagakerjaan dan pekerjaan.
- 221 Konvensi menentang Diskriminasi dalam Pendidikan, 1960
- 222 Deklarasi, preambul
- 223 N. Lerner, *The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Sitjhoff and Noordhoff, Den Haag, 1980, h. 49
- 224 Black Law Dictionary, 2004, h. 500.
- 225 Putusan Mahkamah Konstitusi RI, Perkara No. 070/PUU-II/2004
- 226 Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 006/PUU-III/2005, h. 22.
- 227 Mahkamah Konstitusi RI menegaskan bahwa pengertian diskriminasi yang diatur dalam Pasal 1 Angka 3 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia adalah pengertian yang lebih komprehensif tentang diskriminasi. Pengertian ini dianggap sebagai derivasi pengaturan yang ada pada Pasal 27 Ayat (1) dan 28D Ayat (3) UUD Negara RI 1945. Lihat Putusan Perkara No. 006/PUU-III/2005, h. 21
- 228 Setiap orang berhak atas perlindungan hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia, tanpa diskriminasi.
- 229 Setiap orang, tanpa diskriminasi, berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan, dan gugatan, dalam perkara pidana, perdata, maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar serta wajib melaksanakan kewajibannya sebagai warga negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

- 230 Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak hak manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan keadaan apapun dan oleh siapapun.
- 231 Reservasi dimaknai sebagai pernyataan keberatan. Kovenan yang direservasi berarti tidak memiliki kekuatan mengikat (legally binding), sehingga tidak ada sanksi terhadapnya.
- 232 Achie Sudiarti Luhulima (ed.), Bahan Ajar Tentang Hak Perempuan, UU No. 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita, Jakarta, YOI, 2007, h. 137
- 233 *Ibid.*,
- 234 Lihat Putusan No. 011-017/PUU-I/2003, h. 33
- 235 Lihat Putusan No. 011-017/PUU-I/2003, h. 33-34
- 236 Lihat Putusan No. 011-017/PUU-I/2003, h. 34-35
- 237 Lihat Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009, h. 352-353
- 238 Lihat Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009, hlm.355-356.
- 239 Lihat Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009, hlm.356-357.
- 240 Lihat Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009, hlm.360.
- 241 Lihat Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009, hlm.380
- 242 Lihat Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009, h. 387.
- 243 Lihat Putusan No. 10-17-23/PUU-VII/2009, h. 389-390.



Bab VI
Pemajuan dan Perlindungan Hak Atas Ekonomi
Sosial Budaya

Bab VI

Pemajuan dan Perlindungan Hak Atas Ekonomi Sosial Budaya

A. Tiga Kewajiban Negara

Instrumen HAM yang memberikan jaminan terhadap pemenuhan hak Ekosob adalah UU No. 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya. Sebagai hak positif (*positive rights*) cara pemenuhannya diukur dengan seberapa jauh kehadiran tanggung jawab Negara dalam pemenuhan hak-hak yang masuk dalam kategori Ekosob. Berbeda dengan hak sipil dan politik yang justru menuntut negara menjauh dari intervensi dan cukup memberikan jaminan dan perlindungan pada kebebasan sipil dan politik. Namun demikian, meskipun Negara mempunyai kewajiban memenuhi hak-hak Ekosob ini, negara diperkenankan menyusun indikator pemenuhan sesuai dengan kapasitas negara. Selain jaminan pada Kovenan Ekosob tersebut, prinsip pemenuhan HAM sesungguhnya telah memperoleh jaminan kuat dalam Konstitusi RI. Pasal 33 UUD Negara RI 1945 adalah acuan utama negara dalam penyelenggaraan kegiatan perekonomian. Keberadaan Pasal 33 UUD Negara RI 1945 menunjukkan kesempurnaan Indonesia sebagai sebuah negara yang berdasarkan atas hukum.¹ Dalam negara hukum, peraturan perundang-undangan digunakan untuk menciptakan ketertiban dan kedamaian berdasarkan keadilan menyeluruh. Hukum ada untuk mengatur hubungan antara negara atau masyarakat dengan warganya dan hubungan antar-manusia, agar supaya kehidupan

di dalam masyarakat berjalan dengan lancar dan tertib.² Termasuk dalam hal penyelenggaraan perekonomian.

Hak-hak yang Dijamin dan Dilindungi UU No. 11 Tahun 2005³ tentang Pengesahan Kovenan Ekonomi, Sosial, dan Budaya adalah sebagai berikut:

1. Pasal 6 Hak atas pekerjaan.
2. Pasal 7 Hak untuk menikmati kondisi kerja yang adil dan menyenangkan.
3. Pasal 8 Hak untuk membentuk dan ikut serikat buruh.
4. Pasal 9 Hak atas jaminan sosial, termasuk asuransi sosial.
5. Pasal 10 Hak atas perlindungan dan bantuan yang seluas mungkin bagi keluarga, ibu, anak, dan orang muda.
6. Pasal 11 Hak atas standar kehidupan yang memadai.
7. Pasal 12 Hak untuk menikmati standar kesehatan fisik dan mental yang tertinggi yang dapat dicapai.
8. Pasal 13 Hak atas pendidikan.
9. Pasal 14 Hak untuk ikut serta dalam kehidupan budaya.

Jaminan-jaminan yang termuat dalam Kovenan Ekosob, seringkali dihubungkan dengan sejarah dan episode atau fase perkembangan hak asasi manusia. Gagasan tentang adanya tiga generasi hak asasi manusia, dikatakan diilhami oleh tiga tema normatif revolusi Perancis, yaitu generasi pertama dikatakan terdiri dari hak-sipil dan politik (*liberte*); generasi kedua, mencakup hak-hak ekonomi, sosial dan budaya (*egalite*); dan generasi ketiga disebut sebagai hak-hak solidaritas (*fraternite*).⁴

Dalam transisi negara-negara Eropa Timur dari negara komunis menjadi negara demokrasi, perubahan dengan konstitusi baru yang dibentuk, umumnya menolak gagasan penasihat Barat yang menyarankan agar hak-hak positif, yaitu hak sosial ekonomi tidak dimasukkan dalam konstitusi karena dianggap berbahaya, yaitu hak-hak yang bersifat aspirasional dapat mengundang sisnisme yang luas, jikalau kondisi sosial ekonomi tidak mampu memenuhi janji yang demikian, yang juga berdampak pada hak-hak negatif sebagai jaminan

hak asasi tersebut juga tidak dapat ditegakkan.⁵ Memang bagi para sarjana hukum Amerika, memasukkan hak sosial dan ekonomi dalam konstitusi hampir tidak terpikirkan, karena terbiasa berpikir bahwa penegakan hak-hak konstitusional tergantung pada pengadilan.⁶ Dikatakan bahwa hak asasi manusia tanpa implementasi yang efektif merupakan bayangan tanpa substansi, dan kewajiban hukum yang ada, tetapi tidak dapat dijalankan, bagaikan hantu-hantu yang terlihat tapi sukar dipegang.⁷

Sumber yang paling eksplisit dan utama dari hak-hak ekonomi, sosial dan budaya sebagai hak asasi adalah Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*/selanjutnya ditulis DUHAM) dan dielaborasi lebih lanjut dalam Kovenan Internasional Hak-hak Ekosob (selanjutnya disebut KIESB) yang telah ditandatangani oleh lebih dari 142 negara. Kovenan mengenai hak ekosob terdiri dari tiga puluh satu (31) pasal yang diatur dalam 6 bagian. Jantung dari Kovenan ini berada pada Bagian III (pasal 6-15) yang menguraikan hak-hak yang dilindungi, sebagaimana disebutkan di atas.

Semua hak asasi manusia menciptakan kewajiban korelatif. Demikian pula dengan hak ekosob. Mengacu pada pasal 2 Kovenan Hak Ekosob, kewajiban negara memang dirumuskan tidak secara ketat. Sebagai contoh, pasal ini menggunakan istilah (a) ‘melakukan langkah-langkah’.. dengan segala cara yang tepat’, (b) “hingga sumber-sumber daya yang paling maksimal yang ada”, (c) ”mencapainya secara bertahap”. Meski demikian kewajiban itu mesti diuji dalam tiga tingkat:

1. Kewajiban **menghormati** (*to respect*). Kewajiban ini mensyaratkan negara untuk tidak ikut campur tangan dalam upaya pemenuhan hak ekosob. Dalam tingkat kewajiban ini, negara diharuskan untuk tidak mengambil tindakan-tindakan yang mengakibatkan tercegahnya akses terhadap hak bersangkutan. Termasuk di dalamnya, mencegah melakukan sesuatu yang dapat menghambat warga memanfaatkan sumber-sumber daya alam materil yang tersedia. Dalam konteks hak atas tempat tinggal, misalnya,

negara tidak diperkenankan melakukan pengusuran (paksa).

2. Kewajiban **melindungi** (*to protect*). Kewajiban ini pada dasarnya mengharuskan negara menjamin bahwa pihak ketiga (individu atau perusahaan) tidak melanggar hak individu lain atas akses terhadap hak bersangkutan. Oleh karena itu, hak ini dapat pula mencakup pencegahan deprivasi lebih lanjut dan jaminan bahwa mereka yang terlanggar haknya mendapat akses terhadap *legal remedies*. Negara misalnya harus melindungi buruh dari kinerja bisnis yang melanggar standar perburuhan, seperti pelanggaran hak atas kerja, hak atas kondisi kerja yang adil dan layak, dan sebagainya.
3. Kewajiban **memenuhi** (*to fulfill*). Jika kewajiban menghormati pada intinya membatasi tindakan negara, kewajiban 'memenuhi' mengharuskan negara untuk melakukan tindak pro aktif yang bertujuan memperkuat akses masyarakat atas sumber-sumber daya. Kewajiban ini merupakan kewajiban yang paling menuntut intervensi negara (*positive measures*) sehingga terjamin hak setiap orang atas kesempatan memperoleh haknya yang tidak dapat dipenuhi melalui usaha sendiri. Dalam kewajiban ini masalah anggaran belanja negara menjadi sangat penting. Dalam konteks hak atas tempat tinggal layak, akses terhadap kepemilikan tanah atau kredit rumah yang murah harus menjadi agenda pemerintah.⁸

Di samping ketiga kewajiban dasar negara terhadap seluruh hak asasi manusia, masih terdapat perbedaan kewajiban yang lain. Seperti dikemukakan di atas, hak ekosob sebagaimana hak sipol mengharuskan negara untuk menahan diri (*negative rights*) dan intervensi agar pemenuhan hak tercapai (*positive rights*). Oleh karena itu, pelanggaran hak ekosob dapat berupa pelanggaran *by omission* (melalui tindakan pembiaran) maupun *by commission* (dengan sengaja melakukan tindakan itu sendiri). Maastrich Guideline memberi sejumlah tindakan yang dapat dikategorikan sebagai pelanggaran *by*

commission, beberapa di antaranya:⁹

1. meniadakan aturan yang sangat penting bagi pemenuhan hak ekosob.
2. adanya perlakuan-perlakuan diskriminatif .
3. mengeluarkan peraturan atau kebijakan yang menambah pelanggaran hak asasi manusia. Tentu jika kebijakan itu memiliki tujuan yang jelas-jelas dapat meningkatkan persamaan dan memberi perlindungan lebih pada kelompok rentan, kebijakan itu bukan pelanggaran hak ekosob.
4. pemotongan atau realokasi anggaran yang mengakibatkan tidak dinikkmatinya hak-hak ekosob, seperti peralihan biaya pendidikan dan pelayanan dasar kesehatan untuk pembelanjaan alat-alat militer.

Dalam Prinsip Limburg tentang Penerapan Hak Ekonomi, Sosial, Budaya No. 25 ditegaskan tentang kewajiban negara peserta untuk memastikan hak penghidupan minimal (subsisten) untuk bisa *survive* (bertahan hidup) bagi semua orang, terlepas dari tingkat ketersediaan sumberdaya dan tingkat perkembangan ekonomi suatu negara.¹⁰

Merumuskan indikator hak ekosob memberikan peluang untuk memperluas norma hukum dan dengan demikian memperluas juga tanggungjawab internasional terhadap pelaksanaan hak asasi di wilayah ekonomi. Wilayah ekonomi selama ini resisten terhadap tuntutan demokratisasi, akuntabilitas dan penerapan sepenuhnya standar hak asasi internasional. Indikator hak asasi ditujukan untuk menangkap dua komponen kunci, yaitu: kemauan (*willingness*) dan kemampuan (*capacity*) pemerintah untuk melindungi dan memajukan hak asasi.¹¹ Perbedaan antara kemauan dan kemampuan ini penting dilakukan dalam menilai kinerja pemerintah. Tujuan penting dibuatnya indikator dalam hal ini adalah untuk memisahkan ketidakmauan atau lemahnya komitmen dari ketidakmampuan. Perbedaan ini penting dilakukan karena seringkali pemerintah tidak memenuhi kewajibannya dalam melaksanakan hak asasi dengan dalih kurangnya sumberdaya. Padahal yang sebenarnya terjadi adalah kurangnya komitmen.

Beberapa dekade terakhir, perbincangan tentang globalisasi menjadi perdebatan banyak kalangan, meskipun tidak ada definisi standar tentang apa yang dimaksud dengan globalisasi. Secara umum, globalisasi diidentikan dengan; ekonomi pasar, menipisnya sekat batas kedaulatan negara, inter-dependensi antar negara, dan keseragaman budaya. Interaksi dunia menjadi lebih cair dan lebih cepat, dengan dukungan teknologi yang begitu massif dipergunakan, meninggalkan kultur produksi tradisional yang berskala kecil. Pola interaksi ini melibatkan negara dengan peradaban lebih maju hingga yang terbelakang, dan dalam pacuan yang sama keduanya berkompetisi. Salah satu organisasi yang menonjol di era globalisasi ini adalah *Transnational Cooperation/Multi National Cooperation*.

Perkawinan antara kekuasaan dengan ekonomi yang berorientasi profit, menimbulkan kekhawatiran akan terpinggirkannya nilai-nilai kemanusiaan dalam regulasi yang mengikat suatu yurisdiksi negara; memiskinkan yang miskin dan meninggalkan yang terbelakang. Merujuk pada Satjipto Rahardjo “*perkembangan hukum selalu mengikuti perkembangan sosial budaya*,”¹² sehingga dapat disimpulkan bahwa integrasi antara hukum dengan teknologi ekonomi¹³ yang dominan di era globalisasi berpotensi melegalkan perampasan nilai-nilai kemanusiaan, dengan mengabaikan kebutuhan dasar manusia; makanan yang cukup, kesehatan, tempat tinggal, air minum, sanitasi, pekerjaan dan penghidupan yang layak, serta meminggirkan kelompok diluar masyarakat modern; masyarakat asli/adat (*indigenous people*).

Amartya Sen, memuji perkembangan ekonomi di Asia Tenggara dan Jepang yang tidak meninggalkan ciri khusus, termasuk pengakuan atas pentingnya pendidikan yang memperbesar peluang bagi individu untuk mendapatkan pekerjaan dan penghidupan yang layak. Menurut Sen, ciri inilah yang membedakan Asia Tenggara dan Jepang dengan Barat, di Barat hanya orang kaya yang memiliki akses untuk mengembangkan dirinya melalui pendidikan.¹⁴ Ciri ini tampaknya sudah mulai luntur, hal ini ditunjukkan dengan adanya permohonan *judicial review* yang diajukan pada Mahkamah Konstitusi pada dua periode pertama kepemimpinannya, terkait

dengan hak ekonomi. Beberapa permohonan terkait pemenuhan hak ekonomi, warga negara mempersoalkan komersialisasi kebutuhan publik, meliputi; pendidikan, kesehatan, air, dan tambang. Sementara kelompok masyarakat adat mencoba untuk mempertahankan budaya asli serta keterikatan sakral antara mereka dengan tanah kelahiran, melalui pengajuan permohonan *judicial review* atas diambil alihnya hutan adat oleh negara.

Konstitusi RI, memberikan harapan bagi warga negara terutama untuk yang termiskin diantara warga yang miskin¹⁵, melalui pengakuan hak ekonomi warga negara yang cukup luas, meliputi: pendidikan¹⁶; pekerjaan¹⁷; kehidupan yang layak¹⁸; tempat tinggal¹⁹; kesehatan²⁰; dan jaminan sosial²¹. Lebih jauh, UUD Negara RI 1945 memberikan pesan kepada penyelenggara negara untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat dan keadilan sosial²². Perubahan kosmologi global, mau tidak mau turut menyeret Indonesia pada pusaran liberalisme ekonomi, sosial dan budaya, yang pada gilirannya dikhawatirkan menggerus nilai kebersamaan dan kekeluargaan.

Peran Mahkamah Konstitusi, sebagai *the guardian of the constitution* dan *the sole interpreter of the constitution* menjadi penting, terutama untuk mendudukan kembali warga negara sebagai pemegang hak (*rights holder*) dan menegaskan kewajiban negara untuk mentaati konstitusi dengan memenuhi hak konstitusional warga negara, dalam hal ini terkait hak ekonomi. Apabila hak sipil politik hanya memerlukan interpretasi, karena kewajiban negara bersifat negatif, maka hak ekonomi memerlukan lebih dari sekedar interpretasi, namun juga meliputi penentuan tahapan secara progressif menuju pemenuhan hak dimaksud. Bagaimana Mahkamah Konstitusi menafsirkan dan menentukan langkah-langkah progressif menuju pemenuhan hak ekonomi, di tengah hempasan global ekonomi liberal, dapat diketahui melalui produk putusannya.

Beberapa persoalan yang muncul dalam permohonan yang dikaji memiliki kemiripan, di antaranya mempersoalkan komersialisasi *public goods*; minyak, tambang mineral dan batubara, pendidikan, kesehatan, dan hutan. Komersialisasi ini dilegitimasi melalui Undang-Undang, yang dilandasi dengan

semangat *good governance* (transparansi, anti KKN, akuntabilitas publik), kompetisi dan efisiensi, anti monopoli, serta dimaknai sebagai upaya menjamin kelangsungan penyediaan kebutuhan rakyat.²³

Terkait dengan hak ekonomi, UUD Negara RI 1945 telah memberikan landasan perekonomian Indonesia dalam Pasal 33, yang lahir dari kosmologi kekeluargaan dan kebersamaan (kolektif)²⁴. Selain itu, Pasal 33 UUD Negara RI 1945 ini merefleksikan determinasi *founding fathers* RI untuk menentukan nasib sendiri, bebas dari kolonialisme, dan memulai proyek nasionalisasi sumber daya yang sebelumnya dikuasai oleh asing.²⁵ Pengaturan tentang tatanan perekonomian dalam konstitusi inilah yang kemudian membedakan Indonesia dari negara yang menganut paham liberal, dimana perekonomian diatur oleh prinsip *supply* dan *demand* (*market rules*).

Pasca PD II, Eropa dihadapkan pada kebangkrutan, dimasa yang sama pula Marshall Plan diluncurkan, bantuan untuk merekonstruksi perekonomian mengalir. Bretton Woods Project, yang melahirkan IMF dan World Bank menuai pujian. Terbukanya pintu bagi negara luar terhadap perekonomian dalam negeri, dilegitimasi kelangsungannya melalui pernyataan yang disepakati oleh negara di dunia, termasuk Indonesia, dalam *Charter of The United Nations*, yang menyatakan “*to achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural...*”²⁶ Dorongan bagi negara luar, yang kemudian berkembang melibatkan *non-state actors*, untuk turut serta menyelesaikan perekonomian domestik tidak tanggung-tanggung, disebutkan pula dalam *Charter of the United Nations*, bahwa komunitas internasional bertujuan “*To employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples.*”²⁷ Hal yang sama juga dapat ditemukan dalam ICESCR²⁸ dan UDHR,²⁹ yang juga menegaskan perlunya kerjasama internasional, sebagai bagian dari upaya pemenuhan hak ekonomi warga negara.

Instrumen Internasional, baik UN Charter, ICESCR, ataupun UDHR terkait ekonomi, belum tentu memiliki semangat yang sama

dengan semangat Pasal 33 UUD Negara RI 1945, mengingat konteks kelahiran keduanya berbeda. Apabila klausula dalam instrumen internasional diinspirasi oleh kehancuran perekonomian Eropa, oleh serangan Jerman yang mengerikan, maka Indonesia membangun tatanan ekonomi yang bercita rasa kekeluargaan berdasarkan semangat membebaskan diri dari penjajahan, dan kehendak menentukan nasib sendiri, berdaulat secara politik dan berdaulat secara ekonomi.

Perubahan *landscape* politik dan ekonomi global, membawa pengaruh bagi perekonomian domestik, yang kemudian menentukan arah perundang-undangan. Terutama pasca 1997, saat Asia digempur krisis ekonomi yang cukup parah, inflasi yang tinggi, angka kemiskinan dan pengangguran meningkat, begitu pula dengan angka kematian ibu dan bayi. Tatanan ekonomi, yang dilandaskan pada Pasal 33 UUD Negara RI 1945 perlu dilihat kembali, sebagai sumber dari ribuan produk perundangan di Indonesia yang berimplikasi pada pemenuhan hak ekonomi warga negara. Tafsir Mahkamah Konstitusi atas Pasal 33 UUD Negara RI 1945 ini kemudian menjadi penting, untuk mengukur konstusionalitas norma terkait hak ekonomi dan potensi pelanggaran terhadap hak ekonomi warga negara yang lahir dari peraturan perundangan.

Tabel: 8

Putusan Mahkamah Konstitusi Bidang Hak atas Ekonomi

Periode	Nomor Putusan	Pokok Permohonan	Putusan
2003-2008	001-021-022/PUU-I/2003	Liberalisasi Energi Listrik	Permohonan materiil dikabulkan seluruhnya
	002/PUU-I/2003	Deregulasi minyak dan gas bumi	Permohonan Materiil dikabulkan sebagian
	058-059-060-063/PUU-II/2004	Komersialisasi dan Privatisasi Air Bersih	Ditolak

Periode	Nomor Putusan	Pokok Permohonan	Putusan
2008-2013	121/PUU-VII/2009	Mekanisme Perijinan Eksplorasi Tambang Mineral dan Batubara	Ditolak seluruhnya
	10/PUU-X/2012	Sentralisasi Penguasaan Wilayah Tambang Mineral dan Batubara	Conditionally Constitutional
	25/PUU-VIII/2010	Re-distribusi sumber tambang mineral dan batubara	Dikabulkan
	30/PUU-VIII/2010	Mekanisme Perijinan Eksplorasi Tambang Mineral dan Batubara untuk CV, Firma, dan Perorangan	Dikabulkan sebagian
	35/PUU-X/2010	Eksistensi hutan adat dalam UU Kehutanan	Dikabulkan sebagian
	36/PUU-X/2012	Liberalisasi Migas melalui Kewenangan BP Migas dalam UU Migas (22/2001)	Dikabulkan sebagian
	5/PUU-X/2012	Eksistensi RSBI dalam UU Sisdiknas	Dikabulkan
	13/PUU-VI/2008	Alokasi Anggaran Pendidikan dalam UU APBN 2008	Dikabulkan

Periode	Nomor Putusan	Pokok Permohonan	Putusan
	11-14-21-126-136/PUU-VII/2009	Komersialisasi Pendidikan	
	12/PUU-VIII/2010	Tenaga Ahli Kesehatan	Dikabulkan sebagian
	19/PUU-VIII/2010	Pembatasan Iklan Rokok	Ditolak
	27/PUU-IX/2010	Outsourcing	Dikabulkan sebagian
	37/PUU-IX/2011	Ketentuan Pesangon	Dikabulkan

B. Tafsir MK Terhadap Pasal 33 UUD Negara RI 1945

“Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.”

“Bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.”³¹

Kedua penggalan di atas berturut turut, merupakan isi dari Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3), yang mengandung elemen penting, diantaranya; *“dikuasai oleh negara”*, *“hajat hidup orang banyak”*, serta *“kemakmuran rakyat”*. Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) terkesan monopolistik, keduanya tidak menyediakan pintu masuk dan hanya pintu keluar bagi mobilitas trans-nasional kapital maupun domestik individual. Pasal ini sekaligus merefleksikan kepahitan masa lalu dan pengharapan akan masa depan. Namun pada tahun 2002, melalui Sidang Tahunan MPR, ditetapkan penambahan ayat yang menghapus potensi monopoli negara atas sumber daya nasional yang menguasai hajat hidup orang banyak, dengan menyertakan unsur demokrasi ekonomi, efisiensi, dan berwawasan lingkungan, sebagai bagian dari elemen dasar yang mengkonstruksi tatanan ekonomi negara.³² Selain dimaknai sebagai respons negara terhadap upaya rekonstruksi ekonomi

nasional pasca krisis 1997 dengan menciptakan iklim kondusif bagi investasi (*market friendly environment*),³³ ayat ini juga dapat dimaknai sebagai upaya mentransformasi tatanan ekonomi Indonesia agar mampu beradaptasi dengan perubahan politik-ekonomi global.³⁴

Patut diingat, demokrasi ekonomi merupakan elemen yang cukup penting untuk mengikis oligarki ekonomi yang tumbuh dan berkembang pada masa kepemimpinan Soeharto.³⁵ Monopoli negara atas sumber daya nasional yang menguasai hajat hidup orang banyak, akan kontraproduktif bagi kemakmuran rakyat apabila *check and balances system* dalam suatu negara tidak bekerja, dan akan lebih buruk jika kebebasan berekspresi direstriksi sedemikian rupa hingga berakibat pada minimnya informasi dan berujung pada ketidakmampuan publik untuk mengontrol perilaku negara.³⁶ Bagi Asosiasi Pengusaha Tambang Timah Indonesia (APTI) dan Asosiasi Tambang Rakyat Daerah (ASTRADA), demokrasi ekonomi dimaknai sebagai pelibatan secara aktif peran masyarakat sebagai wujud kebersamaan dan keadilan³⁷. Demokrasi ekonomi semacam inilah yang diperjuangkan oleh APTI dan ASTRADA, ketika CV dan Firma ditafsirkan tidak diakomodasi oleh Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batubara sebagai pemegang Izin Usaha Pertambangan (IUP).³⁸

Pendapat APTI dan ASTRADA ini berbeda dengan pendapat yang diajukan oleh Munarman dalam Perkara No. 058/PUU-II/2004. Menurut Munarman, partisipasi aktor non-negara, baik itu perseorangan ataupun badan usaha terhadap perusahaan sumber daya³⁹ yang menguasai hajat hidup orang banyak, hanya akan menimbulkan pelepasan tanggung jawab negara atas pemenuhan hak rakyatnya.⁴⁰ Lebih jauh, pemohon mendalilkan asumsinya bahwa profit akan menjadi orientasi utama dari badan usaha dan perseorangan tersebut dibandingkan dengan hak rakyat.⁴¹

Pada praktiknya, demokrasi ekonomi diwujudkan oleh pemerintah dengan melibatkan seluas-luasnya kesempatan untuk turut serta melakukan kegiatan ekonomi⁴². Contoh praktisnya dinyatakan oleh DPR dalam perkara No. 002/PUU-I/2003, bahwa pelaksana usaha tidak dapat hanya melibatkan satu institusi saja, untuk menghindari

conflict of interest, dalam konteks perkara ini adalah BUMN sebagai salah satu pelaksana niaga minyak dan gas bumi dalam UU No. 22 tahun 2001.⁴³ Demokrasi ekonomi juga dimaknai sebagai upaya meningkatkan daya saing BUMN, sebagai operator negara dalam menghadapi iklim globalisasi yang kompetitif.⁴⁴

Memahami Pasal 33 UUD Negara RI 1945, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa interpretasi terhadap suatu ketentuan dalam Pasal-Pasal UUD Negara RI 1945 harus selalu mengacu kepada tujuan hidup berbangsa dan bernegara sebagaimana yang digariskan dalam Pembukaan UUD 1945.⁴⁵ Secara konseptual, Mahkamah Konstitusi memahami demokrasi ekonomi tidak ubahnya demokrasi politik; dari rakyat, untuk rakyat, dan oleh rakyat, dan rakyatlah yang diakui sebagai sumber, pemilik, dan penguasa tertinggi dalam kehidupan bernegara.⁴⁶ Pendapat Mahkamah ini, hampir menyerupai pendapat APTI dan ASTRADA, namun hanya dimaknai sepanjang sesuai dengan tujuan negara yang tertulis dalam Pembukaan UUD Negara RI 1945; mewujudkan kesejahteraan umum dan kemakmuran rakyat.

Sebagai *guardian of the constitution*, Mahkamah Konstitusi pada akhirnya dituntut untuk cermat dalam menafsirkan demokrasi ekonomi, dengan secara berhati-hati menafsirkan elemen “dikuasai oleh negara”, “hajat hidup orang banyak”, dan “kemakmuran rakyat.” *Pertama*, demokrasi ekonomi dimungkinkan mengurangi kuasa negara atas kekayaan alam, sementara kuasa negara atas kekayaan alam yang menguasai hajat hidup orang banyak dimandatkan oleh UUD 1945. *Kedua*, monopoli negara atas kekayaan alam, dapat berimplikasi pada tidak maksimalnya hasil produksi, atau bahkan berpotensi memunculkan kembali kekuatan oligarki, terutama apabila iklim kebebasan sipil dan politik tidak kondusif, dan hal ini akan berimplikasi pada pencapaian “kemakmuran rakyat.”

Mahkamah Konstitusi, menggunakan istilah “kepemilikan publik/*res communes*” merujuk pada cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak, dan menerjemahkannya dalam bentuk kewenangan negara atas kepemilikan publik dimaksud, diantaranya meliputi; membentuk kebijakan; tindakan pengurusan; pengaturan; pengelolaan dan pengawasan, seluruhnya ditujukan untuk sebesar-

besarnya kemakmuran rakyat. Secara detail, tindakan pengurusan direpresentasikan dengan wewenang untuk mencabut dan memberikan perizinan, konsesi, dan lisensi⁴⁷.

Menurut Mahkamah Konstitusi, dalam Putusan No. 36/PUU-I/2012, lima wewenang yang dimaknai sebagai wujud penguasaan terhadap kepemilikan publik itu, tidak dimaknai sebagai satu kesatuan tindakan, namun harus dimaknai secara bertingkat berdasarkan efektivitasnya untuk mencapai kemakmuran rakyat⁴⁸. Wewenang negara yang paling efektif untuk mencapai kemakmuran rakyat adalah mengelola secara langsung kepemilikan publik, dengan syarat negara memiliki kemampuan, baik modal, teknologi dan manajemen dalam mengelola sumber daya alam.⁴⁹ Kemudian peringkat kedua, dan selanjutnya secara berturut-turut; membuat kebijakan dan pengurusan, serta pengaturan dan pengawasan.⁵⁰ Meskipun sebelumnya, pada Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003, Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa “penguasaan negara” tidak dapat direduksi hanya dalam konteks kewenangan negara untuk mengatur perekonomian, juga tidak dapat dimaknai sebatas kepemilikan perdata (privat)⁵¹, dan terhadap sektor produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak, pemerintah tetap harus mengelola, mengurus, mengatur, dan mengawasinya.⁵²

Keterbatasan modal, teknologi dan manajemen seringkali menjadi landasan pemerintah untuk membuka ruang lebih luas bagi investasi⁵³. Pada permohonan perkara bernomor 01/PUU-I/2003 terkait UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, diketahui bahwa perubahan UU Ketenagalistrikan adalah untuk menyelesaikan soal kekurangan suplai tenaga listrik diperlukan pembangunan pembangkit baru, sehingga diperlukan investasi dari pihak luar negara.⁵⁴

Pada putusan No. 01/PUU-I/2003, pemerintah mencoba mempertahankan UU Ketenagalistrikan tersebut dengan mendalilkan bahwa tujuan pembentukan UU tersebut adalah, “*Menciptakan sektor ketenagalistrikan yang mampu menyediakan pasokan listrik yang cukup, berkesinambungan, aman, handal, akrab lingkungan, efisien, kompetitif, dan memberikan perlindungan kepada konsumen*”⁵⁵. Pemerintah dalam tinjauan filosofisnya terhadap pembentukan UU

Ketenagalistrikan ini, masih mempertahankan nilai moral “*sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat,*” dengan menjamin ketersediaan pasokan listrik bagi seluruh rakyat Indonesia.⁵⁶

Dalil pemerintah pada putusan Mahkamah Konstitusi bernomor 01/PUU-I/2003 ini mencerminkan perubahan relasi struktural dari “negara –rakyat”, menjadi “negara-konsumen”. Hal inilah yang dikhawatirkan oleh pemohon pada perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 terkait UU Sumber Daya Air (7/2004), bahwa pengelolaan sumber daya pada pihak non-negara hanya akan berakibat pada pelepasan tanggung jawab negara terhadap rakyatnya⁵⁷. Perubahan relasi struktural ini, secara tidak langsung, diakomodasi oleh Mahkamah Konstitusi dengan menjustifikasi alasan “ketersediaan modal, manajemen, dan teknologi” sebagai syarat untuk secara langsung mengelola sumber daya ekonomi.⁵⁸

Degradasi penguasaan negara atas sumber ekonomi, melalui pembagian wewenang pengelolaan dengan pihak swasta, membawa kompetisi antar pelaku bisnis, baik negara ataupun swasta, menjadi konsekuensi yang tidak terhindarkan. Hal ini didalilkan oleh pemohon pada perkara No. 36/PUU-I/2012 terkait keberadaan BP Migas, kompetisi ini juga dianggap oleh pemohon sebagai upaya melemahkan kekuasaan negara atas kepemilikan publik dan merugikan kepentingan rakyat⁵⁹. Seperti pada perkara No. 36/PUU-I/2012, praktik kompetisi ini juga dijelaskan oleh Pemerintah pada Putusan No. 01/PUU-I/2003 terkait UU Ketenagalistrikan. Pemerintah menjelaskan bahwa PLN dan *supplier* listrik lainnya, akan menawarkan harga listriknya dalam pelelangan. Pemerintah sebagai regulator menetapkan harga bawah untuk menjaga kompetisi berlangsung tetap rasional.⁶⁰ Hal ini berarti negara, sebagai *mandatory* rakyat atas kepemilikan publik, yang tentu saja memiliki kapasitas berbeda di tingkat modal, manajemen dan teknologi dengan swasta berkompetisi di jalur yang sama, dengan tujuan yang berbeda; profit untuk korporasinya, dan profit untuk kemakmuran rakyat.

Mahkamah Konstitusi menunjukkan dimensi politiknya dengan mengutip pendapat Hatta yang menyatakan pentingnya pinjaman luar negeri, dan modal asing untuk memaksimalkan produksi yang

dijalankan oleh pemerintah, apabila tenaga nasional dan capital nasional tidak mencukupi.⁶¹ Meski demikian, Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa Pasal 33 UUD Negara RI 1945 tidak dapat dimaknai sebagai ketentuan yang menganut sistem ekonomi pasar (*market rules*), intervensi negara masih diperlukan manakala terjadi distorsi ketidakadilan. Namun, Mahkamah Konstitusi juga menolak menyebut Pasal 33 UUD Negara RI 1945 sebagai wujud *command economy/planned economy*, Mahkamah memilih untuk menafsirkan “dikuasai oleh negara” dalam Pasal 33 UUD 1945 secara dinamis, menyesuaikan dengan perubahan lingkungan secara global dan nasional.⁶²

Langkah penting yang dilakukan Mahkamah Konstitusi untuk melindungi unsur penguasaan negara atas sumber ekonomi nasional, ditunjukkan dalam Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003 dengan menegaskan bahwa keterlibatan sektor swasta dan privatisasi tidaklah bertentangan dengan Pasal 33 UUD Negara RI 1945, penguasaan negara tidak berkurang sepanjang pemerintah memiliki saham mayoritas relatif, sehingga tetap dapat menentukan proses pengambilan keputusan atas penentuan kebijakan dalam badan usaha yang bersangkutan.⁶³ Lebih jauh, pada putusan No. 02/PUU-I/2003, Mahkamah Konstitusi menyarankan pada pemerintah untuk memberikan jaminan melalui pada BUMN, sebagai instrumen penguasaan negara, agar mendapat porsi kewenangan untuk melakukan pengelolaan terlebih dahulu dibandingkan dengan pihak lain. Mahkamah Konstitusi menyarankan agar jaminan hak mendahulukan ini ditetapkan melalui peraturan pemerintah.⁶⁴

Selain memecah monopoli penguasaan negara terhadap cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak, Mahkamah Konstitusi juga memecah *framework* sentralisasi wewenang pengurusan dan pembuatan kebijakan terkait sumber daya tambang, mineral dan batubara, melalui Putusan No. 10/PUU-X/2012. Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa pengelolaan dan eksploitasi sumber daya alam mineral dan batubara, akan berdampak langsung terhadap daerah yang menjadi wilayah usaha pertambangan, sehingga kewenangan pemerintah daerah untuk turut serta menentukan

Wilayah Pertambangan, Wilayah Usaha Pertambangan, menjadi penting untuk melindungi hak-hak constitutional hak dan kewenangan daerah untuk menentukan kebijakan terkait sumber daya alam yang ada di wilayahnya.⁶⁵

Wewenang penguasaan yang mengalir dinamis, lentur mengikuti perkembangan global dan situasi domestik, menyisakan otoritas penuh bagi masyarakat adat untuk kembali mengelola hutan adat sesuai dengan nilai-nilai budaya yang dianut. Melalui putusan No. 35/PUU-X/2012, Mahkamah Konstitusi mempertahankan status hutan adat yang diklaim sebagai hutan negara oleh UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan. Permohonan yang diajukan oleh kelompok masyarakat adat ini, dikabulkan dengan merujuk pada ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD Negara RI 1945.⁶⁶ Mahkamah Konstitusi juga menegaskan keberadaan masyarakat adat yang telah ada sejak sebelum terbentuknya NKRI, yang harus diakui sebagai bentuk masyarakat hukum, dihormati hak-hak tradisionalnya sebagai hak konstitusional.⁶⁷

Unsur penting lainnya, dalam Pasal 33 UUD Negara RI 1945 setelah “dikuasai oleh negara” adalah penentuan cabang produksi mana yang dianggap sebagai menguasai hajat hidup orang banyak. Menurut UU No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing, bidang penting bagi negara yang menguasai hajat hidup orang banyak diantaranya; pelabuhan, transmisi dan distribusi tenaga listrik untuk umum, telekomunikasi, pelayaran, penerbangan, air minum, kereta api umum, pembangkit tenaga atom, dan mass media.

Pandangan Mahkamah Konstitusi yang dinamis terhadap konsep penguasaan negara, berpengaruh pada penafsiran atas “cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak.” Menurut Mahkamah Konstitusi, cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak inipun dapat berubah menjadi tidak penting lagi bagi negara, dan tidak lagi menguasai hajat hidup orang banyak⁶⁸. Sehingga, Mahkamah Konstitusi menyerahkan kewenangan untuk menentukan cabang-cabang produksi yang dimaksud dalam Pasal 33 UUD Negara RI 1945 tersebut kepada pemerintah.⁶⁹

Putusan Mahkamah Konstitusi terkait konstusionalitas suatu perundangan, yang menggunakan batu uji Pasal 33 UUD Negara RI 1945 sebagai batu uji, kemudian bergantung pada kemampuan pihak pemerintah untuk membuktikan bahwa cabang produksi dimaksud menguasai atau tidak menguasai hajat hidup orang banyak. Obyektifitas Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan permohonan pengujian undang-undang, kemudian bergantung pada dua hal; *Pertama*, prinsip *equality of arms*, antara warga negara dengan pemerintah⁷⁰; *Kedua*, kebebasan berekspresi, meliputi kebebasan mengakses, menyebarkan, dan menerima informasi berada dalam iklim kondusif. Tanpa kedua hal tersebut, Mahkamah Konstitusi dalam pemeriksaan di setiap persidangannya akan mendapatkan informasi yang tidak memiliki bobot berimbang, mengingat pemerintah lebih menguasai data dan informasi, didukung dengan tenaga ahli yang mumpuni, dibandingkan dengan warga negara.

Merujuk pada penilaian Hakim Maruarar dalam *dissenting opinion* terhadap putusan No. 058-059-063/PUU-II/2004, Pasal 33 UUD Negara RI 1945 bersamaan dengan Pasal 28A UUD 1945⁷¹ telah menegaskan bahwa Indonesia memilih sebagai suatu negara kesejahteraan (*welfare state*)⁷². Hal ini ditegaskan pula dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012 terkait status hutan adat dalam UU Kehutanan, konsep *welfare state* dalam putusan dimaksud merujuk pada ketentuan yang tertulis dalam Pembukaan UUD 1945 alinea ke-4⁷³. Tatkala menegaskan konsep negara kesejahteraan yang dianut Indonesia, Mahkamah Konstitusi tidak menjelaskan konsep negara kesejahteraan dimaksud, melainkan hanya merujuk pada elemen penting yang dikandung dalam Pembukaan UUD 1945 alinea ke-4, meliputi; memajukan kesejahteraan umum dan mewujudkan kesejahteraan sosial untuk seluruh rakyat Indonesia.

Secara historis, Soekarno memberi ciri terhadap negara kesejahteraan dan membebaskan pemenuhannya pada negara, dengan menyatakan, “...semua rakyatnya sejahtera, yang semua orang cukup makan, cukup pakaian, hidup dalam kesejahteraan, merasa dipangku oleh ibu pertiwi yang cukup memberi sandang-

pangan kepadanya?....”⁷⁴ Beban tanggung jawab negara, untuk menjamin kecukupan sandang-pangan, dan kesejahteraan diakui oleh Mahkamah Konstitusi dengan konsep tanggung jawab yang lahir dari Pasal 33 UUD 1945, meliputi; *to respect, to protect, to fulfil* hak-hak sosial dan ekonomi warga negara.⁷⁵

Menafsirkan tanggung jawab negara untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak-hak ekonomi dan sosial warga negara, Mahkamah Konstitusi memilih untuk merumuskan saran terkait program ataupun regulasi/legislasi (*state obligation of conduct*) yang perlu untuk dipertimbangkan oleh Pemerintah. Pilihan Mahkamah Konstitusi, dengan fleksibilitas metode penafsirannya, menyiratkan upaya untuk menjaga independensinya sebagai entitas *judicial* dengan menghindari penafsiran yang didasarkan pada rezim politik ekonomi tertentu. Meskipun, dalam Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003, Mahkamah Konstitusi tidak dapat menghindar untuk memilih mengutip Hatta sebagai dasar penafsiran terkait liberalisasi energi listrik.

Mahkamah Konstitusi mewujudkan kemakmuran dalam bentuk; (1) Ketersediaan kebutuhan dasar (*supply*); (2) keberlangsungan akses terhadap hajat hidup; (3) distribusi yang merata; (4) daya jangkau yang setara antar golongan dalam masyarakat. Mahkamah Konstitusi menilai ketersediaan hajat hidup (*kebutuhan dasar*) merupakan tanggung jawab negara, sehingga diperlukan usaha-usaha yang untuk menjamin agar manusia cukup mendapatkan pasokan pada saat membutuhkannya⁷⁶. Sementara keberlangsungan akses, menurut Mahkamah Konstitusi merupakan hal yang penting sebagai penentu eksistensi manusia, sehingga perencanaan dan pengelolaan harus didasarkan pada keberlanjutannya dengan memperhatikan wawasan lingkungan⁷⁷. Mahkamah juga memperhatikan agar akses terhadap kebutuhan hidup dapat didistribusikan secara merata, salah satunya dicontohkan dalam Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003, Mahkamah Konstitusi mengabulkan seluruh permohonan uji material terkait UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan dengan memperhatikan pemerataan distribusi baik di wilayah komersial (pasar sudah terbentuk) dan di wilayah non-komersial (pasar belum

terbentuk)⁷⁸. Mahkamah Konstitusi juga memperhitungkan daya jangkau yang berbeda antar golongan, sehingga diperlukan campur tangan negara untuk mengendalikan harga⁷⁹, termasuk dengan mengalokasikan anggaran rutin untuk subsidi pengelolaan sumber daya yang berhubungan dengan hajat hidup orang banyak, agar tidak terhitung sebagai modal dan dapat mengurangi harga jual⁸⁰.

Putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa Pasal 33 UUD 1945 tidak anti pasar, tidak anti privatisasi⁸¹, dan tidak anti investasi dengan membagi kekuasaannya bersama sektor privat, secara tidak langsung telah mengubah relasi negara-rakyat menjadi negara-konsumen. Namun, Mahkamah Konstitusi kembali menempatkan negara untuk menjadi pelindung bagi rakyatnya, dengan mengambil langkah intervensi berupa pengendalian harga dan pemberian subsidi. Sehingga, tafsir Mahkamah Konstitusi perihal sistem ekonomi Indonesia yang diamanatkan oleh Pasal 33 UUD Negara RI 1945 berada pada titik *equilibrium* antara *command economy* dengan *market economy*. *Equilibrium* ini dapat dicapai hanya apabila pemerintah sebagai penyelenggara negara menterjemahkan langkah-langkah progresif menuju pemenuhan hak ekonomi, yang disarankan oleh Mahkamah Konstitusi kedalam langkah nyata.

C. Mahkamah Konstitusi dan Hak Ekonomi, Sosial, Budaya

Dengan diratifikasinya Kovenan Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (Ekosob), maka pemerintah sebaiknya mengadopsi prinsip-prinsip pemenuhan hak setiap orang untuk menikmati pendidikan, seperti yang dimuat dalam pasal 14 Kovenan. Komite Ekosob pada 1999 telah merinci dan memberikan penjelasan mengenai definisi dari istilah kunci dan elemen pokok berkaitan dengan pemenuhan hak atas pendidikan dasar. Nantinya elemen inilah yang menjadi salah satu bahasan pada saat Komisi Ekosob memeriksa laporan yang disusun Pemerintah paska ratifikasi. Elemen-elemen yang dimaksud (UN doc. E/C.12/1999/4), sebagai berikut:⁸²

Pertama, pendidikan dasar wajib (*compulsory*). Dalam prinsip ini

akan dilihat apakah terdapat hambatan bagi anak usia sekolah untuk menikmati pendidikan dasar. Penilaian juga dilihat apakah terjadi bentuk dan praktik diskriminasi terjadi dalam hal persamaan akses antara anak perempuan dan laki-laki dalam memperoleh pendidikan dasar. Program wajib belajar yang dirumuskan dan diimplementasikan mesti memperhatikan kualitas yang baik, relevan untuk anak dan berkontribusi pada realisasi hak-hak anak yang lain.

Kedua, pendidikan dasar cuma-cuma/gratis (*free of charge*). Prinsip ini dipenuhi dengan cara: memastikan ketersediaan pendidikan dasar yang dikelola negara, dilaksanakan tanpa memungut biaya dari anak, orang tua atau walinya. Karenanya, sekecil apa pun tuntutan pungutan, secara praktik dapat membahayakan pemenuhan hak ini, terutama bagi keluarga miskin. Sebagai contoh pungutan uang prakarya Rp. 2500 terhadap anak, untuk keluarga miskin sangat memberatkan. Sejumlah media memuat berita tidak jarang pungutan-pungutan semacam ini menjadi salah satu faktor aksi bunuh diri siswa/murid karena merasa malu tidak dapat berpartisipasi. Upaya pencegahan praktik-praktik pungutan semacam ini, mesti dirinci dalam Rencana Aksi yang disusun pemerintah, termasuk cara pengawasannya. Komite Ekosob sendiri dapat memeriksa iuran langsung (*direct costs*) dan pungutan lain (*other indirect costs*) berdasarkan kasus per kasus.

Ketiga, pengadopsian rencana rinci (*adoption of a detailed plan*). Paska ratifikasi Kovenan Ekosob, pemerintah diminta untuk merumuskan dan selanjutnya menetapkan rencana aksi yang rinci untuk pemenuhan pendidikan dasar bagi setiap anak usia sekolah. Diberikan waktu maksimal 2 tahun untuk perumusan rencana aksi ini, yang mesti memuat semua upaya untuk merealisasikannya. Partisipasi publik (masyarakat) menjadi prasyarat dalam proses perumusan dan secara periodik terlibat dalam *review* dan evaluasi rencana aksi. Memastikan pemenuhan asas akuntabilitas dalam perumusan dan pengawasan implementasi rencana aksi juga menjadi tanggungjawab Pemerintah.

Keempat, kewajiban/obligasi (*obligations*). Dalam praktik, negara pihak tidak dapat lari dari tanggung jawabnya untuk menetapkan

rencana aksi tidak dapat dilanggar hanya karena alasan tidak mempunyai sumber daya. Jika memang benar-benar tidak ada sumber daya, maka Pemerintah dapat mengupayakan “*international assistance and cooperation*” seperti dimuat dalam Pasal 23 Kovenan Ekosob.

Kelima, implementasi secara terus menerus (*progressive implementation*). Dalam rencana aksi ditetapkan dalam rencana jadwal untuk memastikan pemenuhan hak atas pendidikan secara cuma-cuma dapat terlaksana secara nasional. Sebagai contoh terdapat deklarasi bahwa semua anak akan mendapatkan pendidikan dasar cuma-cuma pada tahun 2010, disertai dengan bagaimana cara merealisasikannya. Realisasinya dapat secara bertahap dengan prioritas wilayah atau prioritas anggaran, sehingga benar-benar bebas dari segala macam pungutan yang memberatkan siswa dan keluarganya. Sehingga terealisasi pendidikan gratis yang bukan sekedar *lips service*.

Kelima hal itu, merupakan konsekuensi hukum, pascapengesahan Kovenan Ekosob. Karenanya pengiat bantuan hukum dan advokat publik perlu menggugat pemerintah, jika kewajiban di atas tidak dilakukan. Inilah yang disebut *justisiabilitas* hak ekosob, dimana pemenuhan hak ekosob dapat dimintakan atau diklaim lewat badan peradilan. Dalam UUD Negara RI 1945, terdapat 2 pasal yang dengan tegas menyatakan hak atas pendidikan sebagai hak konstitusional: Pasal 28E dan Pasal 31. Dalam Pasal 31 ayat (2) ditegaskan, “(s)etiap warga negara wajib mengikuti pendidikan dasar dan pemerintah wajib membiayainya”. Selanjutnya, ayat (4) dinyatakan “Negara memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya dua puluh persen dari APBN serta dari APBD untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional”. Kedua pasal ini, pada hakikatnya, yang dikenal dengan obligasi positif negara dalam hukum HAM, dimana negara mempunyai kewajiban memfasilitasi dan menyediakan, antara lain anggaran pendidikan untuk terlaksananya pendidikan dasar bagi setiap warga Negara.

Karena hak atas pendidikan diadopsi dalam konstitusi, hak asasi ini boleh dikatakan menjadi hak konstitusional. Karenanya, di banyak Negara, hak atas pendidikan ini secara praktik difasilitasi negara. Di Amerika Latin, seperti Argentina, pendidikan dasar difasilitasi negara

dengan cuma-cuma. Ambil contoh lain, di Bangladesh masih dapat ditemui universitas yang gratis, tentu saja untuk dapat masuk melalui proses seleksi yang ketat. Di banyak negara, pendidikan secara cuma-cuma bagi warga negaranya, dianggap investasi yang paling efektif dan sangat berguna.⁸³

Kalimat pemerintah wajib membiayai pendidikan dasar, seperti tercantum dalam pasal di atas, mempunyai implikasi pertanggungjawaban (*responsibility and accountability*) pemerintah. Dalam hal ini, Menteri Pendidikan mesti melakukan klarifikasi terhadap kasus-kasus seperti yang menimpa keluarga Haryanto. Secara lebih luas, Menteri Pendidikan wajib memberikan penjelasan kepada masyarakat mengenai pelaksanaan *minimum core obligation* dalam pemenuhan pendidikan dasar di Indonesia, sebagai jabaran dari kewajiban konstitusional pemerintah. Secara sederhana, semisal, apa yang akan atau tengah dilakukannya untuk mencegah hal yang sama terulang? Upaya positif (*positive measures*) apa yang tengah dan sedang dilakukan? Tentu jawaban dan penjelasan tentang hal ini ditunggu masyarakat.

Paul Hunt, *special rappourtur* pertama atas standar tertinggi hak atas kesehatan yang ditunjuk oleh komite hak asasi pada tahun 2002, mengajukan tiga tipe indikator,⁸⁴ yaitu: (1) indikator struktural, (2) indikator proses, (3) indikator hasil. Indikator struktural berbicara tentang apakah infrastruktur yang ada atau yang dibuat pemerintah kondusif bagi realisasi hak. Indikator struktural ini mengevaluasi apakah sebuah negara/pemerintah membangun institusi, konstitusi, hukum dan kebijakan yang diperlukan. Indikator struktural pada umumnya bersifat kualitatif dan tidak didasarkan pada data statistik.

Indikator proses bersama-sama dengan indikator hasil, memonitor komponen hak Ekosob. Indikator ini muncul karena konsep "realisasi bertahap". Indikator ini dapat dipakai untuk menilai perubahan dari waktu ke waktu. Secara khusus, indikator ini menilai tingkatan aktivitas yang diperlukan untuk mendapatkan suatu hak terkait dengan tujuan tertentu yang diterapkan dan perkembangan aktivitas tersebut dari waktu ke waktu. Indikator ini menilai usaha/langkah yang dilakukan dan bukan menilai hasil. Berbagai bentuk dan

besaran input yang diberikan pemerintah merupakan bagian penting dari indikator proses.

Tidak seperti indikator struktural, indikator proses memerlukan adanya data statistik. Indikator hasil menilai tingkat pelaksanaan hak asasi yang dirasakan masyarakat. Indikator ini menunjukkan fakta dan mengukur hasil yang dicapai. Indikator yang digunakan dalam Millenium Development Goals umumnya adalah indikator hasil. Sebagaimana indikator proses yang bersifat variabel, indikator hasil juga membutuhkan adanya data statistik.

Mahkamah Konstitusi, pada dasarnya berpeluang untuk menjadi agen negara yang mampu mentransformasi janji konstitusi untuk; melindungi yang miskin diantara yang termiskin, memastikan akses terhadap pendidikan terjangkau bagi semua warga negara; jaminan mendapatkan pekerjaan; kehidupan yang layak; tempat tinggal; kesehatan; dan jaminan sosial, dari teks Konstitusi dan peraturan perundang-undangan ke tataran praksis. Upaya untuk melakukan transformasi ini salah satunya melalui putusan Mahkamah Konstitusi terkait hak ekonomi warga negara yang dijamin dalam Pasal 28C (1), 28D (2), 28H (1) UUD 1945.

Berbeda dengan hak sipil dan politik, realisasi (pemenuhan) hak ekonomi, sosial dan budaya dilakukan secara bertahap (*progressive*) dengan memaksimalkan sumber daya nasional yang tersedia, dengan didukung oleh bantuan internasional⁸⁵. Menurut UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights (CESCR) dalam General Comment No. 3⁸⁶, kewajiban negara terkait hak ekonomi, sosial dan budaya terbagi dalam dua kategori; (1) *obligation of result*⁸⁷, (2) *obligation of conduct*⁸⁸. General Comment No. 3 juga menyebutkan bahwa kegagalan pemenuhan hak ekonomi, sosial, budaya yang dijamin oleh ICESCR dan diadopsi dalam UU ataupun konstitusi nasional, tidak dapat serta merta dianggap sebagai pelanggaran hak ekonomi, sosial dan budaya, sepanjang pemerintah mampu membuktikan tahapan progresif yang telah dilaksanakan tersebut⁸⁹.

Mahkamah Konstitusi bukanlah institusi yang tepat untuk menyatakan suatu tindakan atau legislasi sebagai melanggar hak

ekonomi, sosial, dan budaya, melainkan bertugas untuk menguji konstitusionalitas sebuah perundangan terhadap Undang-Undang Dasar. Mengingat UUD Negara RI 1945 mengamanatkan jaminan hak ekonomi warga negara, maka melalui putusannya, Mahkamah Konstitusi berpeluang untuk menjadi institusi yang mampu mengembalikan hak konstitusional warga negara yang terlanggar oleh produk perundangan.

Seperti yang telah dielaborasi di atas, Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa tujuan dari segala usaha yang dilakukan oleh negara, dengan memaksimalkan sumber daya yang tersedia adalah untuk mewujudkan kemakmuran rakyat dan memajukan kesejahteraan sosial. Terhadap upaya untuk mencapai tujuan ini, Mahkamah Konstitusi memberikan rekomendasi terhadap pemerintah untuk mengambil langkah yang dianggap perlu untuk mengamankan hak konstitusional warga negara, salah satunya merumuskan peraturan pemerintah. Bisa jadi Mahkamah Konstitusi melampaui kewenangannya sebagai *negative legislator*, namun di sinilah Mahkamah Konstitusi berperan dalam melindungi hak ekonomi warga negara dengan mengakomodasi liberalisasi ekonomi tanpa meninggalkan nilai historis tata ekonomi Indonesia yang dituangkan dalam Pasal 33 UUD Negara RI 1945.

Selain rekomendasi tahapan progresif, Mahkamah Konstitusi membatalkan norma yang dianggap bertentangan dengan konstitusi dan mengancam hak ekonomi warga negara. Peran Mahkamah Konstitusi dalam melindungi hak ekonomi warga negara dapat dilihat dalam beberapa putusan sebagai berikut:

1. Pendidikan

Mahkamah Konstitusi mempertahankan alokasi anggaran 20% dari APBN untuk membiayai sektor pendidikan.⁹⁰ Mahkamah Konstitusi tidak menegaskan bahwa pendidikan diselenggarakan secara percuma, namun membuka partisipasi masyarakat untuk turut serta menanggung biaya pendidikan. Selanjutnya, Mahkamah Konstitusi memandang pendidikan sebagai *public goods*, meskipun statusnya saat ini adalah Badan Hukum Pendidikan. Mahkamah

Konstitusi mempertimbangkan upaya pemerintah untuk memberikan beasiswa kepada siswa, baik siswa yang tidak mampu ataupun siswa yang berprestasi sebagai bagian dari upaya pemenuhan hak warga negara terhadap pendidikan.⁹¹

2. Pekerjaan

Mahkamah Konstitusi mempertahankan tenaga perawat untuk berpraktik, melakukan pelayanan kesehatan dan kefarmasian, terutama dalam keadaan darurat. Mahkamah Konstitusi memperhatikan dua hal; (1) akses terhadap kesehatan; dan (2) mutu pelayanan kesehatan. Mahkamah Konstitusi meletakkan akses terhadap kesehatan sebagai hal yang utama, dengan mempertimbangkan fakta yang menunjukkan bahwa keadaan fasilitas kesehatan dan sumber daya manusia sangat minim, terutama pada daerah terpencil. Mahkamah juga memperhatikan pentingnya mutu pelayanan kesehatan, dengan menyatakan bahwa meletakkan dokter (tenaga medis) dan tenaga kefarmasian (apoteker) sebagai penyedia jasa layanan kesehatan yang paling utama merupakan pelaksanaan dari prinsip *the right man on the right place*.⁹²

Mahkamah Konstitusi juga mempertahankan akses terhadap pekerjaan para pencari timah di Bangka Belitung. Para pencari timah ini, membuka tambang inkonvensional (TI), semacam tambang skala mini yang mempergunakan peralatan sederhana, tentu dengan kemampuan pemindahan material tambang yang lebih lambat dibandingkan dengan korporasi asing ataupun nasional yang ada di Bangka Belitung. Tambang Inkonvensional ini dibuka di atas lahan orang lain, kerjasama dilakukan dengan sistem perhitungan bagi hasil. Ketentuan eksploitasi tambang pada Wilayah Pertambangan Rakyat (WPR). WPR adalah wilayah dimana kegiatan pertambangan dilakukan selama paling tidak 15 tahun. Ketentuan WPR ini oleh Mahkamah Konstitusi dianggap sebagai bentuk menghalang-halangi hak rakyat untuk memenuhi kebutuhan ekonomi.⁹³

Terkait dengan *outsourcing*, Mahkamah Konstitusi tidak memberikan pandangan khusus. Seperti diketahui, *outsourcing*

merupakan wujud dari *labour market flexibility*. Tidak ada kepastian tentang kehidupan yang layak dimasa depan, seperti halnya dengan tidak ada kepastian organisasi/orang yang mempekerjakannya; apakah agen *outsourcing*, ataukah institusi tempat orang tersebut bekerja. Hal ini berimplikasi pada ketidakmampuan tenaga kerja *outsourcing* untuk merumuskan perjanjian kerja bersama, dan mengalamatkan sengketa perburuhan terhadap pemberi kerja yang tepat. *Outsourcing* dianggap sebagai teknologi untuk mengurangi kekuatan serikat buruh, dan memberikan opsi lebih pada pemberi kerja untuk memilih tenaga kerja sesuai dengan kehendak dan kebutuhannya. Terhadap posisi tenaga kerja *outsourcing*, Mahkamah Konstitusi memilih untuk memberikan jalan ketiga, yakni dengan menerapkan prinsip *transfer of undertaking protection of employment* (TUPE), menurut Mahkamah Konstitusi TUPE ini memberikan peluang bagi tenaga kerja *outsourcing* untuk mengajukan gugatan sengketa perburuhan kepada PHI.⁹⁴

3. Perlindungan Khusus kepada Kelompok Masyarakat Adat⁹⁵

Mahkamah Konstitusi menafsirkan secara dinamis Pasal 33 UUD Negara RI 1945, dengan memperhatikan perubahan *landscape* ekonomi dan politik global. Lebih lanjut, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pembagian penguasaan cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak oleh negara kepada swasta, tidaklah bertentangan dengan Pasal 33 UUD Negara RI 1945.

Namun, Mahkamah Konstitusi tidak menyediakan pintu bagi pihak lain untuk menguasai hutan adat, negara sekalipun. Mahkamah Konstitusi mendudukan kembali masyarakat hukum adat tersebut sebagai subyek hukum dan penyanggah hak. Mahkamah Konstitusi meminta pemerintah untuk melaksanakan prinsip yang dikenalkan oleh komunitas internasional dengan sebutan *free, prior and inform consent* serta memperhatikan prinsip *indivisible* dan *interrelatedness* dengan menyatakan, “Pemerintah, saat menetapkan wilayah kawasan hutan, berkewajiban menyertakan pendapat masyarakat terlebih dahulu sebagai bentuk fungsi kontrol terhadap pemerintah untuk memastikan dipenuhinya hak konstitusional warga negara untuk hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan

lingkungan hidup yang baik dan sehat, mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih dengan sewenang-wenang".⁹⁶ Perlindungan terhadap masyarakat adat juga dinyatakan oleh Mahkamah Konstitusi dengan menegaskan perlunya *affirmative action* bagi masyarakat adat, terutama karena ketidaksejahteraan dan keterbelakangan wilayah yang menjadi ciri khusus dari masyarakat adat.

Terkait dengan hak untuk menentukan nasib sendiri (*self determination*), baik yang dicantumkan dalam Pasal 1 ICCPR ataupun Pasal 1 ICESCR, Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa *right to self determination* tidak berlaku secara eksternal⁹⁷, *self determination* tidak seharusnya mewujudkan pada *separatism*, dan masyarakat adat mendirikan negara sendiri. Hal ini tidak mengejutkan, selain Indonesia merupakan negara kesatuan, juga karena rumusan dalam ICCPR dan ICESCR beserta pembatasan yang diatur dalam *Siracusa Principle* tidak memberikan peluang bagi *external self determination*. Pemohon menjadikan *United Nation Declaration of Indigenous People* sebagai bahan rujukan dalam permohonannya. Satu hal yang menarik dari putusan ini, Mahkamah Konstitusi tidak memberikan pandangan apapun terkait dokumen dimaksud, meskipun Indonesia menolak menggunakan *Indigenous People*, dan lebih memilih menggunakan *tribes* untuk mengistilahkan masyarakat adat.

D. Kontribusi Mahkamah Konstitusi

Pada diskusi diatas, Mahkamah Konstitusi menunjukkan independensinya dengan memilih untuk tidak terjebak pada politik ekonomi tertentu. Mahkamah tidak meninggalkan nilai historis rumusan Pasal 33 UUD 1945, tidak pula menafikan globalisasi yang membuat segala sesuatunya menjadi lebih cair, lebih cepat, lebih masif, dan lebih canggih. Menempatkan pola negara kesejahteraan dalam *equilibrium* merupakan penafsiran yang cukup cermat, terutama karena pertentangan antara *planned economy/command economy* dengan *free market economy* bermuara pada hal yang sama "mewujudkan kemakmuran manusia"⁹⁸.

Nilai historis rumusan Pasal 33 UUD 1945, yang didasari dengan semangat kemandirian dan mensejahterakan hanya pintu keluar bagi pemilik modal yang menguasai “cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak,” terwujud dalam proyek nasionalisasi pada periode Orde Lama, tidak bekerja baik di bawah rezim Orde Baru. Monopoli negara terhadap cabang produksi yang “menguasai hajat hidup orang banyak”, memberikan ruang bagi oligarki untuk mengambil keuntungan lebih, dan meninggalkan warga negara dalam kondisi memprihatinkan.

Keterlibatan Indonesia di dunia internasional, sebagai negara pihak berpengaruh cukup besar terhadap tata perekonomian domestik. Krisis ekonomi pada tahun 1997, membawa Indonesia pada penandatanganan *Letter of Intent* dengan *International Monetary Fund*, sebagai representasi dari *International Economic Machinery* dalam *UN Charter*. Restrukturisasi dan privatisasi sektor publik, salah satunya tenaga listrik merupakan salah satu konsekuensi yang tidak dapat dihindari⁹⁹. Mahkamah Konstitusi tidak menentang realitas internasional, namun lebih memilih untuk mensiasati, salah satunya dengan cara kepemilikan saham mayoritas relatif dalam sektor privat, agar negara tetap dapat mempengaruhi keputusan.

Menempatkan tata perekonomian negara dalam *equilibrium*, hanya akan bekerja apabila kebebasan berekspresi; menerima, mengakses, dan menyebarkan informasi, tidak dibatasi secara signifikan. Iklim kondusif kebebasan berekspresi akan membantu warga negara untuk mendapatkan pengetahuan dan informasi yang setara dengan yang dimiliki oleh pemerintah. Ada dua hal yang penting terkait kebebasan berekspresi bagi pemenuhan hak ekonomi warga negara, diantaranya; (1) mengawal negara untuk memenuhi komitmen terhadap hak ekonomi warga negara seperti yang dijanjikan oleh UUD Negara RI 1945; (2) kebebasan berekspresi merupakan prasyarat bagi terwujudnya *equality of arms*, antara pemerintah dengan warga negara. Mengingat, Mahkamah Konstitusi menyerahkan pembuktian terkait status sebuah cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak kepada pemerintah. Sayangnya, dalam putusan yang dikaji, pertimbangan terkait *indivisibility of rights* tidak ditemukan.

Hal ini menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi masih menganut system *human rights trade off*.

Mahkamah Konstitusi dalam menghadapi dinamika politik ekonomi global dan domestik, telah melahirkan arahan reformasi hukum, dengan menghentikan praktik monopoli negara atas cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak, dengan tetap memperhatikan “kemakmuran rakyat dan memajukan kesejahteraan umum” melalui beragam *affirmative action*; mulai dari pengendalian harga, subsidi, hingga rumusan *obligation of conduct* yang direkomendasikan pada pemerintah. Mahkamah Konstitusi telah melaksanakan tugasnya, Pemerintah sebagai eksekutor memainkan peran kunci, apabila rumusan *obligation of conduct* yang direkomendasikan oleh Mahkamah Konstitusi tidak diimplementasikan, bukan tidak mungkin Indonesia terjebak pada *full market economy*, yang dapat membenarkan ungkapan “*the haves come out ahead, and the poor pay more.*” []

Endnotes

- 1 Sebagaimana yang tercantum dalam UUD Negara Republik Indonesia 1945 Pasal 1 ayat (3) yang berbunyi: Negara Indonesia adalah negara hukum.
- 2 Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia*, Jakarta: UI Press, 1976, h. 41
- 3 Yosep Adi Prasetyo, “Hak Ekosob dan Kewajiban Negara”, *makalah* Pernerkuatan Pemahaman Hak Asasi Manusia Untuk Hakim Seluruh Indonesia *Holiday Resort Lombok, 28 - 31 Mei 2012*.
- 4 Burns H Weston, Hak-Hak Asasi Manusia, dalam *Hak-Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat Dunia, Isu dan Tindakan*, T. Mulya Lubis (*Penyunting*) diterjemhkan oleh Setiawan Abadi, Yayasan Obor Indonesia, 1993, h. 12

- 5 Patricia M. Wald, dalam *Foreword, The Struggle For Constitutional Justice in The Communist Europe*, Herman Schwartz, The University of Chicago Press, 2002, h. xvii
- 6 Herman Schwartz, *Do Economic and Social Rights Belong in A Constitution?*, 10 Am.U.J. Int & Pol'y 1994-1995, h. 1235
- 7 Richard B. Lilich, Hak-Hak Sipil, dalam "Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat Dunia...", op.cit hal 63.
- 8 Lihat pula Prinsip-prinsip Limburg(UN Doc. E/CN.4/1987/17.
- 9 Dankwa-Victor, Flinterman-Cees, Leckie-Scott, "*Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*", HRQ 20 (1998), 705-730
- 10 Disetujui oleh kelompok ahli dalam pertemuan hukum internasional di Maastricht (Belanda) pada 2-6 Juni 1986. Lihat 'Hak-Hak Ekonomi, Sosial, Budaya, Esai-Esai Pilihan (Elsam), 2001
- 11 Katarina Tomasevski,, 1995, *Indicators*, dalam *Economic, Social and Cultural Rights (edited by Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas)*, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherland
- 12 Rahardjo, Satjipto "*Biarkan Hukum Mengalir, Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*", KOMPAS, 2008, h. 108
- 13 Term teknologi ekonomi dipilih untuk mempersempit perdebatan, tidak meliputi perdebatan tentang ekonomi liberal atau neoliberal yang lebih dominan di era globalisasi.
- 14 Amartya Kumar Sen, "*Beyond the Crisis: Development Strategies in Asia,*" *Sustainable Development and Human Security: Second Intellectual Dialogue on Building Asia's Tomorrow*; (ed. Pamela J. Noda), Tokyo: Japan Center for International Exchange, 1999, h. 15-37.
- 15 Pasal 34 (1) mencerminkan kelompok warga yang diprioritaskan untuk terlebih dahulu dipenuhi kebutuhan dasarnya terkait hak ekonomi.
- 16 Pasal 28 C (1)
- 17 Pasal 28 D (2)
- 18 Pasal 28 H (1)

- 19 *Ibid.*
- 20 *Ibid.*
- 21 Pasal 28 h. (3).
- 22 Paragraf ke-4 Pembukaan UUD Negara RI 1945
- 23 Lihat Putusan No. 002/PUU-I/2003 h. 214-217
- 24 Dalam Naskah Komprehensif Buku VII diketahui bahwa Soekarno secara terang benderang menyatakan bahwa nasionalisme, sosialisme, dan demokrasi merupakan tatanan politik ekonomi Indonesia. Lihat : Naskah Komprehensif Perubahan UUD Negara RI 1945 Buku VII, h. 34. Sumber : http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/naskahkomprehensif/pdf/naskah_Naskah%20Komprehensif%20Buku%207.pdf diakses pada 25 Oktober 2013.
- 25 *Ibid.*
- 26 Pasal 1 (1) UN Charter
- 27 Preamble of UN Charter, h. 1
- 28 Pasal 2 (1) ICESCR “ *Each state party to the present covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and cooperation...*”
- 29 Pasal 22 UDHR “ *Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation...*”
- 30 Pasal 33 (2) UUD 1945
- 31 Pasal 33 (3) UUD 1945
- 32 Pasal 33 (4) UUD 1945 “ *Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan,efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional*”
- 33 Lihat putusan No. 002/PUU-I/2003, h. 215
- 34 *Ibid.*, h. 216
- 35 Jeffry Winters menyebut Soeharto sebagai Bapak Oligarki Indonesia. Sumber : <http://www.insideindonesia.org/feature-editions/who-will-tame-the-oligarchs> diakses pada 28 Oktober 2013

- 36 Simmon, Beth “Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics”, 2009, Cambridge University Press.
- 37 Lihat Putusan No. 30/PUU-VIII/2010, h. 11
- 38 Pasal 38 (a) UU No. 4 tahun 2009 menyatakan “*IUP diberikan kepada badan usaha*”
- 39 Dalam konteks permohonan No. 058/PUU-II/2004, yang dimaksud sumber daya merujuk pada sumber daya air dalam UU Sumber Daya Air No. 7 Tahun 2004.
- 40 Lihat putusan No. 058/PUU-II/2004, h. 41
- 41 *Ibid.*
- 42 Pendapat ini diajukan oleh Menko Ekuin, pada 29 Juli 2004. Lihat Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003, h. 229
- 43 Lihat putusan No. 002/PUU-I/2003, h. 185.
- 44 Lihat putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003, h. 240
- 45 Lihat putusan No. 002/PUU-I/2003, h. 207
- 46 *Ibid.*
- 47 Lihat Putusan No. 02/PUU-I/2003, h. 207
- 48 Lihat Putusan No. 36/PUU-I/2012, h. 101
- 49 *Ibid.*
- 50 *Ibid.*
- 51 Lihat Putusan 001-021-022/PUU-I/2003, h. 333
- 52 *Ibid.*, h. 335
- 53 Salah satunya didalilkan pemerintah pada Perkara No. 36/PUU-I/2003, h.. 80
- 54 Lihat Putusan No. 01/PUU-I/2003, h. 22
- 55 *Ibid.*, h. 45
- 56 *Ibid.*, h. 46
- 57 Lihat putusan No. 058/PUU-II/2004, h. 41
- 58 Alasan ini ditolak oleh Hakim Maruarar dalam Putusan No. 058-059-063/PUU-II/2004. Dalam dissenting Opinionnya, Maruarar menyatakan, “*Alasan yang dikemukakan bahwa Pemerintah tidak mempunyai modal dan kemampuan untuk mengelola air minum, adalah alasan yang tidak tepat untuk menyerahkan pengelolaan pada swasta. Karena swasta juga tidak memiliki modal sendiri dalam pengelolaan tersebut melainkan memanfaatkan sumber modal dari perbankan, dan badan usaha negara dapat pula*

- menggunakan tenaga ahli dengan kontrak manajemen*” . Lihat Putusan No. 058-059-063/PUU-II/2004, h.. 520
- 59 Lihat Putusan No. 36/PUU-I/2012, h.. 24
- 60 Lihat Putusan No. 001/PUU-I/2003, h.. 115
- 61 Lihat Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003, h. 331
- 62 *Ibid.*, h. 332
- 63 *Ibid.*, h. 336
- 64 Lihat putusan No. 02/PUU-I/2003, h. 227
- 65 Lihat Putusan No. 10/PUU-X/2012, h. 94-94
- 66 Pasal 18B (2) UUD 1945 “*Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang*”
- 67 Lihat Putusan No. 35/PUU-X/2012, h. 168.
- 68 Lihat Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003, h. 335.
- 69 *Ibid.*
- 70 Prinsip *equality of arms*, dalam arti luas, ditafsirkan sebagai peluang yang sama bagi para pihak yang terlibat dalam suatu perkara, baik pengetahuan, dan alat bukti untuk mempengaruhi keputusan hakim. Ringkasnya, prinsip ini diterapkan untuk menghindari kerugian salah satu pihak akibat ketidaksetaraan terkait substansi perkaranya.
- 71 Pasal 28A UUD 1945 “*Setiap orang berhak untuk hidup dan mempertahankan kehidupannya*”.
- 72 Lihat Putusan No. 058-059-063/PUU-II/2004, h. 520
- 73 Lihat Putusan No. 35/PUU-X/2012, h. 167.
- 74 Lihat Naskah Komprehensif Perubahan UUD 1945 Buku VII, h. 34. Sumber: http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/naskahkomprehensif/pdf/naskah_Naskah%20Komprehensif%20Buku%207.pdf diakses pada 25 Oktober 2013.
- 75 Lihat Putusan No. 25/PUU-VIII/2010, h. 91, Putusan No. 058-059-063/PUU-II/2004, h. 497.
- 76 Lihat : Putusan No. 058-059-063/PUU-II/2004, h. 498.

- 77 *Ibid.*
- 78 Dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 001-021-022/PUU-I/2003, diketahui bahwa UU No. 20/2002 mengatur tentang kompetisi dan *unbundling*. Mahkamah Konstitusi mempertimbangkan pendapat ahli yang menyatakan bahwa kompetisi pembangunan sector (pembangkit) listrik hanya akan terjadi di wilayah JAMALI (Jawa, Madura, Bali) sebagai wilayah yang pasarnya sudah terbentuk. Dan akan meninggalkan wilayah yang pasarnya belum terbentuk.
- 79 Lihat putusan No. 002/PUU-I/2003, h. 227.
- 80 Lihat putusan No. 058-059-060-063/PUU-II/2004, h. 500-501.
- 81 Lihat Putusan No. 01-021-022/PUU-I/2003, h. 336
- 82 Patra M. Zen, "Hak atas Pendidikan Pasca Ratifikasi Kovenan Ekosob: Pendidikan Biaya Tinggi dan Siswa (Mencoba) Bunuh Diri", 30 April 2007, <http://apatra.blogspot.com/2007/04/hak-atas-pendidikan-pasca-ratifikasi.html>
- 83 Patra M. Zen, "Pendidikan Dasar Bukan Hak Hukum? Addendum Artikel Aswi Warman Adam", 30 April 2007, <http://apatra.blogspot.com/2007/04/pendidikan-dasar-bukan-hak-hukum.html>
- 84 Audrey R. Chapman, 2005, *The Status of Effort to Monitor Economic, Social and Cultural Rights: Conceptual, Measurement and Policy Issues*, University of Connecticut
- 85 Article 2.1 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights "*Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures*".
- 86 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 14 December 1990, E/1991/23, available at: <http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html> [accessed 30 October 2013]

- 87 *Obligation of result* adalah kewajiban untuk mencapai target pemenuhan tertentu dengan secara aktif menjalankan program serta menerbitkan kebijakan. Jika target pemenuhan ini tidak tercapai, evaluasi diperlukan untuk mengukur ada atau tidaknya pelanggaran terhadap hak ekonomi, sosial dan budaya ini.
- 88 *Obligation of conduct* adalah kewajiban untuk merumuskan tindakan tertentu untuk mencapai hasil tertentu. Tindakan yang dirumuskan ini harus spesifik, untuk membedakan dengan *obligation of result*.
- 89 “*a state party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is prima facie failing to discharge its obligations under the Covenant . . . In order for a State Party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources, it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations*”
- 90 Lihat Putusan No. 13/PUU-VI/2008.
- 91 Lihat Putusan No. 11-14-21-126-136/PUU-VII/2009
- 92 Lihat Putusan No. 12/PUU-VIII/2010
- 93 Lihat Putusan No. 25/PUU-VIII/2010.
- 94 Lihat putusan No. 27/PUU-IX/2011.
- 95 Lihat Putusan No. 35/PUU-X/2012
- 96 *Ibid.* h. 175.
- 97 *Ibid.*, h. 175.
- 98 Mahkamah Konstitusi mengutip Joseph Stiglitz dalam *Globalisation and Its Discontent*, yang menyatakan “*Presumption that markets, by themselves, lead to efficient outcomes, failed to allow government interventions in the market and make everyone better off.*”
- 99 Lihat Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, h. 134.



Bab VII

Kesimpulan dan Gagasan Penguatan

Bab VII

Kesimpulan dan Gagasan Penguatan

A. Kelembagaan Mahkamah Konstitusi

Sifat Kelembagaan dan Jalur Rekrutmen Hakim Mahkamah Konstitusi: Menelisik kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi sebagaimana tertuang dalam UUD Negara RI 1945, sesungguhnya Mahkamah Konstitusi adalah badan yudisial bukanlah badan politik. Karena Mahkamah Konstitusi adalah badan yudisial, maka sudah seharusnya rekrutmen hakim-hakim Mahkamah Konstitusi juga menggunakan jalur sebagaimana rekrutmen jabatan hakim agung. Model representasi dari tiga institusi legislatif, eksekutif, dan yudikatif, justru menggambarkan Mahkamah Konstitusi sebagai badan politik. Kelemahan tiga jalur ini yang paling fundamental adalah potensi kepatuhan hakim konstitusi pada institusi-institusi yang mengusulkannya.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana melekat selama ini belum sepenuhnya menjawab kebutuhan untuk mengawal konstitusionalitas seluruh peraturan perundang-undangan. Kewenangan pengujian UU telah dijalankan dengan baik oleh Mahkamah Konstitusi, akan tetapi justru kewenangan PHPUD pada saat yang bersamaan mengikis kualitas kinerja Mahkamah Konstitusi dalam hal pengujian UU. Pengalihan kewenangan PHPUD yang semula melekat di Mahkamah Agung ke Mahkamah

Konstitusi adalah ijhtihad politik yang tidak tepat. Selain mengikis kredibilitas Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal dan penafsir konstitusi, interaksi para hakim konstitusi yang notabene adalah para negarawan menjadi sangatlah dekat dan intensif dengan proses-proses politik Pilkada yang merendahkan martabat para hakim. Perlu dipertimbangkan untuk mengalihkan kembali kewenangan PHPUD ke Mahkamah Agung atau membentuk suatu kamar khusus peradilan pemilu/ atau diintegrasikan ke kamar Tata Usaha Negara yang secara nyata memang bertugas memeriksa dan memutus perkara sengketa tata usaha negara.

Mahkamah Konstitusi perlu diperluas kewenangannya dalam hal memeriksa dan memutus perkara-perkara yang masuk dalam kategori pelanggaran konstitusional dengan mekanisme *constitutional complaint*. Sementara untuk memastikan konstitusionalitas berbagai peraturan perundang-undangan dalam sistem perundang-undangan Indonesia, riset ini mendorong agar kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan semuanya diintegrasikan ke Mahkamah Konstitusi.

Pengawasan Hakim Konstitusi adalah mutlak. Baik dalam bentuk pengawasan internal maupun eksternal. Kelembagaan Mahkamah Konstitusi yang tanpa pengawasan telah terbukti mengundang potensi-potensi kejahatan yang melekat dalam proses peradilan, yang tidak bisa dideteksi secara dini. Kasus M. Akil Mochtar adalah contohnya nyata dampak buruk penghapusan kewenangan Komisi Yudisial mengawasi hakim Mahkamah Konstitusi. Model yang ditawarkan oleh Perppu No. 1/2003 secara substantif sudah tepat, akan tetapi dasar pengaturannya yang berlandaskan Perppu ini yang tidak banyak dikehendaki oleh berbagai pihak.

Sifat Final dan Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi selama ini tidak selalu dipedomani oleh Mahkamah Konstitusi itu sendiri maupun oleh para penyelenggara negara lain. Sifat final dan mengikat, banyak dilanggar dalam pengujian undang-undang yang sama tetapi dengan putusan yang berbeda. Dengan demikian, pelemahan putusan Mahkamah Konstitusi, justru dilakukan oleh

Mahkamah sendiri.

Memotret kinerja Mahkamah Konstitusi sebagaimana diuraikan pada bagian temuan-temuan riset, tampak nyata bahwa Mahkamah Konstitusi telah menjadi mekanisme nasional yang efektif bagi pemajuan dan perlindungan HAM. Bahkan Mahkamah Konstitusi dapat dikatakan sebagai satu-satunya mekanisme penegakan HAM yang paling nyata bekerja, dibanding dengan mekanisme-mekanisme yang lain. Untuk memperkokoh Mahkamah Konstitusi sebagai mekanisme HAM, maka sejumlah rekomendasi riset ini perlu ditindaklanjuti dengan langkah-langkah politik nyata oleh para penyelenggara negara.

B. Kualitas Putusan Mahkamah Konstitusi

Pada aspek kualitas putusan, tingkat *compliance* Mahkamah Konstitusi pada prinsip-prinsip internasional HAM berada pada posisi moderat. Dalam rumpun hak sipil dan politik sikap Mahkamah Konstitusi terbelah. Hak politik memperoleh pemajuan dan perlindungan baik dari Mahkamah Konstitusi. Sedangkan hak-hak sipil justru mengalami restriksi sistematis oleh karena produk undang-undangan yang mengancam kebebasan sipil, tapi justru dinyatakan konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi. Sedangkan dalam rumpun hak ekonomi sosial budaya, putusan Mahkamah Konstitusi cukup progresif.

Pada rumpun hak atas kepastian hukum, sekalipun terdapat berbagai kelemahan dari segi konsistensi penafsiran konstitusi yang dilakukan, peranan MK dalam memberikan jaminan perlindungan hak atas kepastian hukum cukup menonjol. Berbagai Undang-Undang baik terkait hukum acara, pemberantasan korupsi dan lembaga negara yang tugasnya berkaitan dengan perlindungan hak asasi manusia yang diduga membuka ruang terlanggarnya hak atas kepastian hukum diluruskan oleh MK. Baik dengan cara menafsirkan konstitusi secara tekstual maupun dengan menafsirkan dengan cara melihat keseimbangan kepentingan dalam keberlakuan norma undang-undang dan metode penafsiran lainnya. Di mana peran

demikian dari aspek politik hukum dapat dibaca bahwa MK juga ikut berperan dalam meletakkan arah politik hukum hak asasi manusia yang sejalan dengan semangat dan norma hukum hak asasi manusia yang berlaku secara universal. Mahkamah Konstitusi berkontribusi signifikan dalam hal jaminan kepastian hukum dan penguatan kelembagaan hukum.

Pada rumpun kebebasan berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul, Mahkamah Konstitusi telah memberikan kontribusi signifikan pada sejumlah tindak pidana yang selama ini berada di wilayah abu-abu seperti soal pencemaran nama baik, penghinaan terhadap presiden dan wakil presiden. Kebebasan akademik juga memperoleh perlindungan kokoh dari Mahkamah Konstitusi. Demikian juga soal jaminan kebebasan berserikat. Mahkamah Konstitusi dalam dua periode kepemimpinan dianggap telah memberikan kontribusi yang cukup signifikan, dalam melindungi dan memajukan hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat dan berkumpul. Pembatasan hak konstitusional yang dianut oleh UUD 1945 dalam Pasal 28G (1) dan 28J (1) dan (2) menjadi titik tolak hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan permohonan di wilayah ini. Pembatasan ini tidak menjadi titik tekan apabila hak untuk bebas berekspresi dan berpendapat ini berada dalam wilayah akademik. Hak untuk bebas berpendapat, berekspresi, berserikat, dan berkumpul dalam praktiknya, sering kali dianggap sebagai hak yang bertentangan dengan hak lainnya (*rights on dispute*), preferensi Mahkamah Konstitusi tatkala berhadapan dengan *rights on dispute* dinilai konsisten dalam beberapa putusan.

Membandingkan tiga putusan Mahkamah Konstitusi yang menguji UU dengan dalil kebebasan beragama/berkeyakinan, yakni UU No. 1/PNPS/1965, UU No. 1/1974 tentang Perkawinan, dan UU No. 7/1989 tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan UU No. 3/2006 tentang Perubahan Atas UU No. 7/1989 tentang Peradilan Agama terlihat jelas ada perbedaan cara penafsiran dan memandang persoalan. Jika di dalam putusan UU Penodaan Agama, MK teramat restriktif, tetapi di dalam pengujian UU Perkawinan, MK melahirkan putusan yang kondusif. Sementara dalam putusan UU Peradilan Agama,

Mahkamah Konstitusi cenderung menghindari untuk memperdalam diskursus kebebasan beragama dengan argumentasi formil bahwa MK tidak memiliki kewenangan. Sebenarnya duduk perkara pengujian UU Peradilan Agama adalah juga soal bagaimana mendudukkan hak untuk bebas beragama bisa diperdebatkan, diukur, dan diposisikan dalam sebuah putusan.

Pada rumpun hak hidup, dapat disimpulkan, bahwa jaminan perlindungan terhadap hak hidup masih terpasung oleh perspektif rezim pembatasan HAM yang juga dibenarkan oleh ICCPR. Namun demikian, putusan Mahkamah Konstitusi pada dua perkara yang dikaji dalam riset ini menunjukkan adanya upaya-upaya gradual untuk menghapuskan hukuman mati, sebagai tindakan yang merampas hak hidup warga. Pesan dari dua putusan Mahkamah ini adalah bahwa pidana mati sedapat mungkin dapat dihindari oleh para perancang undang-undang dan oleh para penegak hukum.

Dalil hak untuk bebas dari diskriminasi seringkali dipertukarkan oleh para pemohon dalam pengajuan perkara. Dalil diskriminasi dengan merujuk pada Pasal 28I (2), 28D (1,2) dan Pasal 27, hampir selalu dirujuk untuk menguji konstusionalitas sebuah norma. Namun demikian, penggunaan pasal tersebut justru tidak relevan dengan materi pokok yang diajukan. Oleh karenanya, hanya beberapa UU yang benar-benar diuji dan diafirmasi dengan dalil diskriminasi oleh Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa dan memutus perkara dengan dalil-dalil diskriminasi telah berkontribusi memberikan batasan pemaknaan terhadap konsep diskriminasi dan non diskriminasi. Mahkamah Konstitusi telah memainkan peranan penting dalam rangka memutus conflicting right dan conflicting norm dalam sebuah UU. Namun kontribusi ini tidak disertai dengan interpretasi konsep yang kokoh sehingga bisa dipedomani. Mahkamah Konstitusi hanya berkuat pada soal limitasi, derogasi HAM, sebagaimana diatur dalam Pasal 28J (2).

Pada rumpun hak ekonomi, sosial, dan budaya, Mahkamah Konstitusi, pada dasarnya berpeluang untuk menjadi agen negara yang mampu mentransformasi janji konstitusi untuk melindungi yang

misal di antara yang termiskin, memastikan akses terhadap pendidikan terjangkau bagi semua warga negara; jaminan mendapatkan pekerjaan; kehidupan yang layak; tempat tinggal; kesehatan; dan jaminan sosial, dari teks ke tataran praksis. Upaya untuk melakukan transformasi ini salah satunya melalui putusan Mahkamah Konstitusi terkait hak ekonomi warga negara yang dijamin dalam Pasal 28C (1), 28D (2), 28H (1) UUD 1945. Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa tujuan dari segala usaha yang dilakukan oleh negara, dengan memaksimalkan sumber daya yang tersedia adalah untuk mewujudkan kemakmuran rakyat dan memajukan kesejahteraan sosial. Terhadap upaya untuk mencapai tujuan ini, Mahkamah Konstitusi memberikan rekomendasi terhadap Pemerintah untuk mengambil langkah yang dianggap perlu untuk mengamankan hak konstitusional warga negara, salah satunya merumuskan peraturan pemerintah. Bisa jadi Mahkamah Konstitusi melampaui kewenangannya sebagai *negative legislator*, namun di sinilah Mahkamah Konstitusi berperan dalam melindungi hak ekonomi warga negara dengan merangkul liberalisasi ekonomi tanpa meninggalkan nilai historis tata ekonomi Indonesia yang dituangkan dalam Pasal 33 UUD 1945.

Selain rekomendasi tahapan *progressive* dalam banyak putusan yang ada pada rumpun hak ekonomi, sosial, budaya, Mahkamah Konstitusi membatalkan norma yang dianggap bertentangan dengan konstitusi dan mengancam hak ekonomi warga negara. Mahkamah Konstitusi telah memberikan kontribusi signifikan dalam banyak jenis hak pada rumpun ini.

C. Gagasan Penguatan Mahkamah Konstitusi

Pertama, dilakukan penataan kewenangan lembaga-lembaga pelaku kekuasaan kehakiman, baik Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi dan Komisi Yudisial. Untuk jangka pendek, penataan kewenangan ini dilakukan dengan mengubah UU Mahkamah Konstitusi, UU Komisi Yudisial, dan UU Kekuasaan Kehakiman. Sementara penataan kelembagaan dalam jangka panjang harus dilakukan melalui perubahan Undang-Undang Dasar 1945.

Kedua, penyelesaian perselisihan hasil pemilukada tidak secara gegabah dipindahkan kembali Mahkamah Agung. Perlu dilakukan kajian mendalam terkait kewenangan penyelesaian sengketa Pemilu Daerah dengan mengkaitkannya pada desain sistem pemilihan kepala daerah yang saat ini sedang dibahas pemerintah dan DPR. Pilihan sistem pemilihan kepala daerah yang sedang dibahas memiliki korelasi langsung dengan mekanisme penyelesaian perselisihan hasil Pemilukada. Hingga ada UU baru yang mengatur perselisihan hasil Pemilu Daerah, Mahkamah Konstitusi tetap menjalankan kewenangannya menangani perkara PHPUD dengan memperketat proses penerimaan gugatan, pembuktian yang detail-presisi dan akuntabel.

Ketiga, perlu dilakukan pembenahan proses rekrutmen hakim konstitusi. Dalam hal ini konferensi menyarankan dua alternatif: *pertama*, mengubah proses rekrutmen yang selama ini hanya melalui Presiden, DPR dan MA menjadi proses rekrutmen yang dilakukan KY. Hal ini dapat dilakukan setelah terlebih dahulu mengubah UUD Negara RI 1945. *Kedua*, tetap melalui Presiden, DPR dan MA, namun proses rekrutmen di tiga lembaga mesti dilakukan melalui sebuah panel ahli. Di mana hasil seleksi dari panel ahli akan diajukan oleh masing-masing lembaga yang memiliki wewenang pengusulan hakim, dan kemudian ditetapkan oleh Presiden. Alternatif yang kedua ini dapat dilakukan tanpa harus mengubah UUD Negara RI 1945.

Keempat, membentuk lembaga eksternal yang bersifat permanen untuk mengawasi perilaku dan menjaga martabat dan kehormatan hakim konstitusi. Di mana sekretariat lembaga ini ditempatkan di Komisi Yudisial.

Kelima, MPR RI melakukan pengkajian tentang penguatan kelembagaan, perluasan kewenangan, pengaturan rekrutmen hakim, serta pengaturan soal pengawasan hakim Mahkamah Konstitusi untuk melengkapi materi muatan yang terdapat dalam UUD Negara RI 1945, ketika amandemen dilakukan. Secara paralel DPR RI juga diharapkan mengkaji secara sungguh-sungguh aspek kelembagaan Mahkamah Konstitusi setelah 10 tahun lembaga ini bekerja. Merancang masa

depan Mahkamah Konstitusi sebagaimana direkomendasi oleh riset ini membutuhkan perubahan komprehensif dan sinergis pada sejumlah UU. UU Mahkamah Konstitusi, UU Komisi Yudisial, UU Kekuasaan Kehakiman, bahkan UUD Negara RI 1945.[]



Indeks

Indeks

A

A.V. Dicey, 188

Adnan Buyung Nasution, 10, 35, 36, 119, 127, 128, 141, 155, 157, 176,
180, 182

Alexis de Tocqueville, 91, 117

Amandemen, 1, 35, 147, 261, 377, 444

Amerika Serikat, 88, 90, 92, 93, 344

Andi Gappa, 6, 7

B

Bagir Manan, 115, 150, 163, 180

Basic Law, 32

Beragama/Berkeyakinan, 301, 305, 319, 443

Berkumpul, 271, 294

Berserikat, 271, 274, 282, 284, 294

BPUPKI, 92, 95, 96

Budaya, 350, 385, 387, 388, 391, 406, 417

C

CEDAW, 43, 278, 343, 351

CERD, 42, 278, 343, 346

Constitutional Complaint, 143, 181

CRC, 42, 43

Czechoslovakia, 89

D

Diskriminasi, 25, 304, 342, 349, 350, 351, 353, 382, 384

DPD, 25, 109, 349, 353, 354, 360, 361, 363

DPR, 6, 7, 13, 25, 96, 98, 99, 104, 105, 107, 109, 110, 127, 128, 129, 130,
131, 133, 134, 135, 159, 165, 173, 231, 233, 252, 253, 254, 349,
353, 354, 360, 361, 363, 431

DUHAM, 301, 310, 325, 326, 350, 389

E

Ekonomi, 41, 350, 385, 387, 388, 391, 406, 417

Eropa, 90, 92, 95, 143, 188, 303, 388, 394, 395

G

Genosida, 12

Grogory Leyh, 29

H

Hak asasi manusia, 377

Hak Konstitusional Warga, 44, 48

Hamdan Zoelva, 128, 216

Hans Kelsen, 88, 92, 95, 115

I

ICCRP, 311

ICESCR, 12, 42, 278, 394, 410, 414, 418

India, 8, 90, 315, 367

Indonesia, 1, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 16, 23, 25, 35, 36, 43, 47, 52, 53, 57, 91, 92, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 116, 119, 123, 125, 132, 135, 136, 137, 155, 156, 165, 166, 172, 174, 175, 176, 179, 183, 187, 189, 207, 225, 229, 238, 242, 244, 250, 252, 255, 261, 268, 278, 288, 290, 295, 298, 307, 308, 309, 310, 311, 317, 318, 320, 325, 334, 336, 339, 340, 341, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 362, 375, 377, 378, 379, 387, 393, 394, 395, 398, 401, 404, 406, 409, 414, 415, 416, 418, 420, 426, 430, 443, 444

J

Jack Donnely, 45, 113

Jimly Asshiddiqie, 37, 99, 101, 116, 118, 125, 151, 158, 179, 180, 181, 182, 261, 360, 379

John Garvey, 31, 32

Judicial Review, 95

K

Kesehatan, 27

Komnas HAM, 6, 43, 253, 379

Komnas Perempuan, 6, 43, 146, 377

Kovenan, 200, 208, 256, 275, 302, 310, 323, 350, 387, 388, 389, 406, 407, 408, 421

KPAI, 6, 43

KUHAP, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 258

KUHP, 247, 274, 275, 276, 284, 287, 288, 289, 297, 299, 300, 331, 332, 341, 369

L

Laica Marzuki, 99

Locke, 324

Louis Henkin, 46

M

Madison, 92, 93

Mahkamah Agung, 6, 7, 8, 43, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 98, 106, 107, 123, 124, 125, 126, 132, 133, 139, 140, 141, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 153, 163, 165, 218, 219, 220, 221, 222, 337, 425, 430, 431

Mahkamah Konstitusi, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 27, 32, 33, 34, 35, 37, 44, 48, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 114, 116, 117, 118, 119, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 168, 169, 171, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 193, 194, 195, 197, 198, 205, 208, 212, 215, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 226, 227, 229, 231, 232, 235, 237, 238, 239, 242, 244, 245, 246, 249, 251, 252, 255, 256, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 271, 272, 276, 280, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 312, 316, 318, 319, 322, 334, 337, 338, 339, 340, 342, 348, 349, 353, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 370, 371, 372, 383, 392, 393, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 421, 422, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 441, 445

Marbury, 92, 93

Maruarar Siahaan, 36, 99, 117, 118, 119, 242

Megawati, 98, 99, 100

Migas, 401

Moh. Mahfud MD, 119, 261

Mohammad Fajrul Falakh, 7

Mohammad Yamin, 95

MPR, 1, 34, 53, 97, 98, 99, 100, 190, 310, 312, 431

N

Negara hukum, 187, 189

O

Orde Baru, 3, 35, 36, 116, 415

Orde Lama, 306, 415

P

Pancasila, 1, 307, 318, 341

Partai Politik, 275, 295

PBB, 41, 42, 128, 252, 281, 322, 328, 347, 374

Pekerjaan, 382, 412

Pendidikan, 115, 383, 409, 411, 421

Pengadilan HAM, 11, 16, 36, 52, 251, 252, 253, 254

PHPU, 12, 138, 178

Pornografi, 25, 353, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363

R

Ratifikasi, 10, 12, 51, 52, 421

Reformasi, 261, 444

S

SETARA Institute, 14, 19, 160, 161, 180, 375, 441, 443, 445, 447, 448

Soeharto, 1, 398, 418

Soekarno, 365, 404, 418

Soepomo, 96, 365

Sosial, 350, 385, 387, 388, 391, 406, 417, 442, 443

Stephen Gardbaum, 11

U

UUD NRI 1945, 309, 310

W

WAJ Watson, 10, 51

Tentang Para Peneliti dan Tim Ahli



Ismail Hasani adalah Dosen Hukum Tata Negara pada Fakultas Syariah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah Jakarta dan Direktur Riset SETARA Institute. Tercatat sebagai pendiri SETARA Institute termuda diantara 28 tokoh, pemikir, dan aktivis. Pria kelahiran Subang, Jawa Barat 17 Desember 1977 ini meraih gelar Sarjana Hukum Islam dari UIN Syarif Hidayatullah Jakarta. Sementara Gelar Sarjana Hukum (Kekhususan Tata Negara) diperoleh dari Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta. Pendidikan Pascasarjana, Magister Ilmu Hukum diselesaikan pada 2003, juga di Universitas Muhammadiyah Jakarta. Lebih dari 5 buku riset telah ditulis, puluhan laporan pemantauan dan puluhan artikel yang tersebar di berbagai media massa. Dalam riset tentang Mahkamah Konstitusi ini, Ismail Hasani bertindak sebagai Koordinator Riset.



Khairul Fahmi adalah Dosen Hukum Tata Negara pada Fakultas Hukum Universitas Andalas (Unand), Padang. Pria kelahiran Lubuk Aur, 30 November 1981 ini menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum (2000) dan Magister Hukum (2008) dari Unand, Padang. Pernah menjadi Komisioner KPU Kabupaten Agam (2007-2008) dan anggota Tim Perumus Kebijakan Gubernur Sumatera Barat Tentang *Adat Basansi Syara' Syara' Basandi Kitabullah*, (2008). Diantara buku yang dipublikasikan: Pemilihan Umum dan Kedaulatan Rakyat,

Rajawali Pers, Cetakan Pertama: 2011, Cetakan Kedua: 2013. Tulisannya juga sering dimuat dalam jurnal-jurnal ilmiah dan media cetak.



Esti Nuringdiah, lahir 24 Juli 1981. Gelar Sarjana Hukum yang disandanginya diperoleh dari Fakultas Hukum Universitas Soedirman, Purwokerto dan Magister dari *Human Rights Institute for Human Rights and Peace Studies*, Mahidol University Thailand. Ia sering melakukan kajian dan penelitian tentang Hak Asasi Manusia. Peneliti Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia (PBHI) ini dikenal piawai mengelola program-program penelitian skala nasional dan internasional.



Halili, Pria kelahiran Madura memperoleh gelar sarjana dari Fakultas Ilmu Sosial Universitas Negeri Yogyakarta (UNY) dan Magister Ilmu Politik dari Universitas Gajah Mada, Yogyakarta. Sekarang aktif sebagai dosen Universitas Negeri Yogyakarta (UNY) dan Koordinator Lingkar Kajian Demokrasi dan HAM (LinK-DeHAM) FIS UNY. Pegiat HAM ini beberapa artikelnnya dimuat di berbagai media cetak baik lokal maupun nasional, antara lain, SKH Kedaulatan Rakyat, Harian Jogja, Jawa Pos Radar Jogja, dan Harian KOMPAS. Belasan buku telah ditulisnya dalam 5 tahun terakhir. Salah satu bukunya “Ber-Pancasila secara Sederhana”, menjadi Pemenang I Bidang Sosial-Humaniora Sayembara Nasional Penulisan Buku Pengayaan yang diselenggarakan oleh Pusat Kurikulum dan Perbukuan Kemdikbud (2012). Dia juga aktif mengikuti konferensi ilmiah, antara lain *The 2nd International Graduate Student Conference on Indonesia* (2010), *World Conference on Youth and Islamic Awakening* di Tehran, Iran (2012), dan sebagainya.



Abdul Khoir adalah alumni Fakultas Syariah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah Jakarta. Setelah lulus ia bekerja sebagai peneliti di SETARA Institute sejak 2012 dan tercatat sebagai mahasiswa tingkat akhir Magister Hukum di Universitas Muhammadiyah Jakarta. Ia sering terlibat dalam program-program penelitian instansi pemerintahan, penulisan jurnal dan majalah. Diantara hasil penelitian bersama yang dipublikasikan: *Kepemimpinan Tanpa Prakarsa dan Pemetaan Kebutuhan Penguatan Karakter bangsa*.



Aminudin Syarif adalah alumni Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik UIN Syarif Hidayatullah Jakarta. Setelah lulus ia bekerja sebagai peneliti di SETARA Institute sejak 2012 dan sedang melanjutkan studi Magister Sosiologi di Universitas Indonesia. Ia pernah menjadi penulis lepas dan terlibat dalam beberapa aktivitas penelitian. Di antara karya penelitian dalam tim yang dipublikasikan: *Leadership without Initiative* dan *Pemulihan Hak Korban Kebebasan Beragama/Berkeyakinan*.

Tim Ahli



Mohammad Fajrul Falaakh dilahirkan di Gresik, Jawa Timur, 2 April 1959. Ia adalah Lektor Kepala Hukum Tata Negara (HTN), mengajar pada Program S1/S2 maupun *International Undergraduate Program* di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Sejak 2008 menjadi anggota Majelis Ad Hoc Dewan Kehormatan Pusat Peradi (Perhimpunan Advokat Indonesia) dan anggota Komisi Hukum Nasional RI (sejak 2000). Fajrul Falaakh menyelesaikan Sarjana Muda

Hukum (1981) dan Sarjana Hukum (Kenegaraan, 1983) di Fakultas Hukum UGM, *Master of Arts* di London School of Oriental and African Studies (1990), dan *Master of Science* di London School of Economics and Political Science (1997). Publikasi bukunya, antara lain: *Akar-akar Mafia Peradilan* (editor; KHN, 2010), *Gagasan Amandemen UUD 1945* (KHN, 2008), *Kebijakan Reformasi Hukum: Suatu Rekomendasi* (KHN, 2007; Penyunting), *Peta Program Reformasi Hukum: Reformasi di Bawah Bayang-bayang Negara* (KHN, 2003). Tulisan-tulisannya juga sering dimuat diberbagai media cetak dan jurnal hukum.



Margarito Kamis dilahirkan di Ternate, 27 April 1965. Memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Khairun Ternate (1990), dan gelar Magister Humaniora di Universitas Hasanuddin Makasar, (1993). Pada tahun 2004 ia berhasil menyelesaikan pendidikan doktoralnya di Universitas Indonesia. Margarito Kamis adalah dosen

Hukum Tata Negara di Universitas Khairun, Ternate sejak 1990 sampai sekarang. Pernah menjabat sebagai Staf Khusus Menteri Sekretaris Negara, (2006-2007). Tahun 2008 menjadi anggota Panitia Seleksi Hakim Mahkamah Konstitusi dalam rangka mempersiapkan Calon Hakim Konstitusi oleh Presiden. Terlibat dalam membidani beberapa rancangan peraturan perundang-undangan, diantaranya: UU Pemerintahan Aceh, RUU Kementerian Negara dan RUU Kepemudaan. Ia juga sering diminta menjadi narasumber dalam forum diskusi dan acara-acara talk show di televisi.



Bonar Tigor Naipospos adalah Wakil Ketua SETARA Institute, Ketua Eksekutif Solidaritas Without Borders (SOLIDAMOR) dan Sekretaris Dewan Nasional Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia (PBHI). Ia juga aktif dalam koalisi LSM nasional sebagai Koordinator Freind of Aceh dan Ketua Presidium Solidaritas Nasional Untuk Papua (SNUP). Aktivisme yang digelutinya mengantarkan dia terlibat dalam *Committee of Asia Pacific Coalition on East Timor* (APCET), Ketua Pengarah *Support Committee for Human Right in Aceh* (SCHRA), Ketua Pengarah *International Solidarity West Papua Movement* (ISWMP) dan anggota Dewan Pengarah *Alternative ASEAN for Burma* (ALTSEAN Burma). Hasil penelitian-penelitiannya telah dipublikasikan dan tulisannya tersebar di beberapa media massa.

Profile

SETARA Institute for Democracy and Peace

Pendahuluan

SETARA Institute adalah perkumpulan individual/perorangan yang didedikasikan bagi pencapaian cita-cita di mana setiap orang diperlakukan setara dengan menghormati keberagaman, mengutamakan solidaritas dan bertujuan memuliakan manusia.

SETARA Institute didirikan oleh orang-orang yang peduli pada penghapusan atau pengurangan diskriminasi dan intoleransi atas dasar agama, etnis, suku, warna kulit, gender, dan strata sosial lainnya serta peningkatan solidaritas atas mereka yang lemah dan dirugikan.

SETARA Institute percaya bahwa suatu masyarakat demokratis akan mengalami kemajuan apabila tumbuh saling pengertian, penghormatan dan pengakuan terhadap keberagaman. Namun, diskriminasi dan intoleransi masih terus berlangsung di sekitar kita bahkan mengarah pada kekerasan. Karena itu langkah-langkah memperkuat rasa hormat atas keberagaman dan hak-hak manusia dengan membuka partisipasi yang lebih luas diharapkan dapat memajukan demokrasi dan perdamaian.

SETARA Institute mengambil bagian untuk mendorong terciptanya kondisi politik yang terbuka berdasarkan penghormatan atas keberagaman, pembelaan hak-hak manusia, penghapusan sikap intoleran dan *xenophobia*.

Visi Organisasi

Mewujudkan perlakuan setara, plural dan bermartabat atas semua orang dalam tata sosial politik demokratis.

Nilai-nilai Organisasi

1. Kesetaraan
2. Kemanusiaan
3. Pluralisme
4. Demokrasi

Misi Organisasi

1. Mempromosikan, pluralisme, humanitarian, demokrasi dan hak asasi manusia.
2. Melakukan studi dan advokasi kebijakan publik dibidang pluralisme, humanitarian, demokrasi dan hak asasi manusia
3. Melancarkan dialog dalam penyelesaian konflik
4. Melakukan pendidikan publik

Keanggotaan

SETARA Institute ini beranggotakan individu-individu yang peduli pada promosi gagasan dan praksis pluralisme, humanitarian, demokrasi, dan hak asasi manusia, yang bersifat perorangan dan suka rela.

Managemen Organisasi

Dewan Nasional

Ketua	: Azyumardi Azra
Sekretaris	: Benny Soesetyo
Anggota	: Kamala Chandrakirana M. Chatib Basri Rafendi Djamin

Badan Pengurus

Ketua : Hendar di
Wakil Ketua : Bonar Tigor Naipospos
Sekretaris : Dwiyanto Prihartono
Wakil Sekretaris : D. Taufan
Bendahara : Despen Ompusunggu
Direktur Riset : Ismail Hasani
Manager Program : Hilal Safary
Manager Internal : Diah Hastuti

Badan Pendiri

1. Abdurrahman Wahid
2. Ade Rostiana S.
3. Azyumardi Azra
4. Bambang Widodo Umar
5. Bara Hasibuan
6. Benny K. Harman
7. Benny Soesetyo
8. Bonar Tigor Naipospos
9. Budi Joehanto
10. D. Taufan
11. Despen Ompusunggu
12. Hendar di
13. Ismail Hasani
14. Kamala Chandrakirana
15. Luhut MP Pangaribuan
16. M. Chatib Basri
17. Muchlis T
18. Pramono Anung W
19. Rachlan Nashidik
20. Rafendi Jamin
21. Dwiyanto Prihartono
22. Robertus Robert
23. Rocky Gerung
24. Saurip Kadi
25. Suryadi A. Radjab
26. Syarif Bastaman
27. Theodorus W. Koekeritz
28. Zumrotin KS