Masa Depan
Mahkamah Konstitusi RI

Naskah Konferensi Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga

EDITOR
Dri Utari Christina R.
Ismail Hasani

pustaka masyarakat setara

MASA DEPAN MAHKAMAH KONSTITUSI RI
Naskah Konferensi Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga

Desember, 2013
xxii + 594 halaman
230 mm x 155 mm
ISBN : 978-6021-8668-5-6

EDITOR Dri Utari Christina Rachmawati
Ismail Hasani

TATA LETAK Titikoma-Jakarta

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

PENGANTAR EDITOR

Menata Masa Depan Mahkamah Konstitusi

Konferensi Nasional Demokrasi Konstitusional 2013 adalah inisiatif SETARA Institute untuk memotret kinerja Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang sudah berusia 10 tahun sejak dibentuk pada Agustus 2003. Konferensi Demokrasi Konstitusional ini dihadiri oleh Ketua Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR RI), Drs. H. Sidarto Danusubroto, S.H., Duta Besar Berkuasa Penuh Republik Federal Jerman untuk Indonesia, Timor Leste dan ASEAN, Dr. Georg Witschel, Duta Besar Turki, Prof. Dr. Saldi Isra, S.H., MPA (Guru Besar Hukum Tata Negara Universitas Andalas), Dr. Benny K. Harman, S.H. (Anggota DPR RI, Ahli Tata Negara), Dr. Simon Butt (Associate Profesor dari Law Faculty, Sydney University, Australia), Dr. Ronald Faber, LLM. (Constitutional Service of the Federal Chancellery of Austria, Vienna/Austria. Sejumlah 35 akademisi tata negara dan aktivis HAM, serta 25 presenter makalah terseleksi menyampaikan gagasan dan pemikiran tentang bagaimana menata masa depan Mahkamah Konstitusi RI, khususnya pascatertangkapnya Ketua Mahkamah Konstitusi M. Akil Muchtar.

Sejumlah 25 naskah yang terseleksi, disusun berdasarkan topik kajian yang menjadi perhatian para penulis/peserta konferensi yang mengacu pada pembabakan tema yang diusulkan oleh SETARA Institute. Sementara, SETARA Institute termasuk editor buku ini menyusun tema-tema didasarkan pada kebutuhan akan evaluasi produk kinerja Mahkamah Konstitusi yang berupa putusan-putusan, evaluasi dan penguatan kelembagaan, serta penataan kewenangan menuju

Mahkamah Konstitusi yang paripurna dalam mengawal pemajuan dan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara.

BAB I TENTANG PEMBELAJARAN DARI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI menyajikan 10 naskah yang ditulis khusus mengkaji kualitas putusan Mahkamah Konstitusi, model penafsiran, dan pembelajaran dari setiap putusan, termasukan bagaimana Mahkamah Konstitusi memperluas kewenangannya sendiri dalam proses penyelesaian perkara hasil pemilu kepada daerah/wakil kepala daerah. Bab 1 diisi oleh **Veri Junaidi** yang menulis "Bukan Mahkamah Kalkulator". Tulisan Veri menyajikan bagaimana cara kerja Mahkamah Konstitusi dalam memutus sengketa pilkada. Tulisan ini memberi perhatian bagaimana *electoral justice* dapat direngkuh melalui meja Mahkamah Konstitusi. Selanjutnya tulisan **Ibnu Sina Chandranegara** yang mengetengahkan "Penafsiran Hakim atas Undang-Undang yang Mengubah Undang-Undang Dasar". Kinerja hakim dalam memutus perkara pengujian UU jelas kaya dengan penafsiran. Bahkan cara hakim menafsir UU secara pararel menyuguhkan bagaimana UUD yang menjadi batu uji pengujian justru mengalami perubahan tafsir. Konstribusi Mahkamah Konstitusi dalam berbagai putusa sekaligus mengajarkan para penyelenggara negara dan warga negara tentang cara bagaimana membaca sebuah norma dalam Konstitusi.

Simon Butt, associate Professor Faculty of Law University of Sydney yang diundang khusus untuk menyampaikan observasinya atas kinerja Mahkamah Konstitusi menulis tentang "Jurisdictional Expansion, Self-Limitation and Legal Reasoning In The Indonesian Constitutional Court". Di mata Simon, konsistensi penafsiran Mahkamah Konstitusi atas suatu isu yang sama seringkali mengalami persoalan. Simon mengakui tidak mungkin membatasi cara hakim menafsir UU dan menggunakan batu uji, karena itu yang utama dalam putusan Mahkamah Konstitusi adalah legal reasoning yang jelas, sehingga sebuah putusan bisa dikaji, dipahami, dan dipedomani.

Sekalipun tidak secara spesifik menyoroti putusan Mahkamah Konstitusi, **Rachmita M. Harahap,** penyandang disabilitas dan pegiat advokasi hak-hak disabilitas memberikan perhatian seksama bagaimana Mahkamah Konstitusi bisa menjadi pelindung dan pemberdaya kelompok masyarakat yang memiliki kemampuan berbeda *(diffable)*. Rachmita menulis tentang "Konstitusi dan Perlindungan Hak bagi Penyandang Disabilitas". Disusul dengan tulisan **Aidul Fitriciada**

Azhari, yang mengulas topik "Partikularitas dalam Putusan Mahkamah Konstitusi RI Tentang Kebebasan Beragama". Menurut Aidul, secara normatif UUD Negara RI 1945 menganut paradigma partikularitas yang menekankan perbedaan pandangan dan kenyataan sosial bangsa Indonesia dalam penegakan HAM, terutama adanya nilai-nilai agama sebagai dasar pertimbangan bagi pembatasan HAM. Dalam perkara pengujian UU Nomor 1/PNPS/1965 Mahkamah Konstitusi lebih menekankan pada partikularitas berupa pembatasan oleh negara dibandingkan dengan penguatan nilai-nilai konstitusionalisme, terutama nilai non-diskriminasi.

"Instrumentalisme Hukum dalam Ruang Politik: Kinerja Mahkamah Konstitusi dalam Transisi Demokrasi di Indonesia", yang ditulis oleh Isharyanto menyajikan pengetahuan faktual tentang bagaimana Mahkamah Konstitusi berkerja dan berperan signifikan di era transisi demokrasi. Bagi Isharyanto, Mahkamah Konstitusi tidak melulu menjalankan peran sebagai *negative legislator* yang menguji konstitusionalitas sebuah norma. Lebih jauh Mahkamah Konstitusi telah mengisi potensi kekosongan hukum dan/atau kontroversi-kontroversi konvensional dalam hukum di tengah transisi politik yang belum sepenuhnya kokoh. Tulisan selanjutnya berjudul Status Lembaga Negara dan Subjektum Litis dalam Sengketa Kewenangan Lembaga Negara yang ditulis oleh **Ari Wuisang**. Dalam paparannya, Ari berpendapat bahwa penentuan status lembaga negara dalam konstruksi politik Indonesia perlu mendapat pengaturan secara tegas dalam rangka menjamin kepastian hukum. Namun demikian, mengingat untuk mengubah UUD 1945 sangat rigid, dan TAP MPR yang bersifat mengatur sekarang ini sudah tidak ada lagi, maka penentuan status lembaga negara dapat dilakukan melalui melalui Undang-Undang tentang Lembaga Negara. Ali juga mengingatkan, pentingnya status kelembagaa dalam kaitannya sebagai subyek yang dalam perkara SKLN di Mahkamah Konstitusi.

Tulisan selanjutnya bertopik Disfungsi Mahkamah Konstitusi selaku Pengawal Hak-Hak Konstitusional Kelompok Agama Minoritas yang ditulis oleh **Manotar Tampubolon**. Di mata Manotar, pembelajaran dalam pengujian konstitusionalitas UU No. 1/PNPS/1965 adalah peragaan ketidakmampuan Hakim Mahkamah Konstitusi untuk menafsirkan konstitusi juga mengakibatkan kelompok agama minoritas semakin terdiskriminasi sebab aturan diskriminatif. Berbeda dengan

Aidul Fitria pada tulisan sebelumnya, Manotar memberikan perhatian pada cara Mahkamah Konstitusi menafsir konstitusi sebagai alat uji konstitusionalitas norma.

Uli Parulian Sihombing, menulis Yustisiabilitas Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya dalam Putusan-Putusan Mahkamah Konsitusi. Dalam tulisannya, Uli meyakini bahwa Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu instrumen untuk memastikan *justiciability* hak-hak ekonomi, sosialm dan budaya yang selama ini sulit dipahami orang bagaimana cara pemenuhannya. Dengan mengambil sejumlah putusa, Uli menyimpulkan bahwaha k-hak ekosob adalah *justiciable,* dan pengadilan mempunyai peran untuk memberikan *effective remedy* terdapat korban atau kelompok yang hak-hak ekosobnya dilanggar oleh negara ataupun pihak ketiga. Sementara untuk Mahakamah Konstitusi direkmoendasikan untuk memastikan sensitivitas terhadap perkara-perkara pelanggaran hak-hak ekosob sebagai salah satu cara memutus perkara ekosob yang berkeadilan.

Senada dengan Uli, **Yance Arizona** menulis tentang Konstitusionalisme Agraria: Mahkamah Konstitusi sebagai Arena Memperjuangkan Hak Warga Negara atas Tanah dan Sumber Daya Alam Lainnya. Konstitusionalisme agraria yang dimaksud dalam tulisan ini menempatkan konstitusi sebagai dokumen agraria karena di dalamnya berisi mengenai hubungan sosial, ekonomi-politik dan hubungan hukum antara negara dan warga negara terhadap tanah dan sumber daya alam lainnya. Sebagai konstitusi yang hidup, pemaknaan Pasal 33 UUD 1945 akan selalu dipengaruhi oleh perkembangan sosial, ekonomi dan politik. Namun di tengah gencarnya desakan liberalisasi kebijakan ekonomi. Putusan Mahkamah Konstitusi, sebagaimana dikaji dalam tulisan Yance, menunjukkan kemampuan dan memberikan beberapa tonggak penting (*milestone*) untuk menjaga kedaulatan rakyat di bidang ekonomi.

Bab 1 ditutup dengan tulisan **Fritz Edward Siregar,** yang menulis tentang *Application Tolerance Interval Theory to The Indonesian Constitutional Court.* Fritz memaparkan kajian komparatif tentang *tolerance interval theory* yang mulai dipraktikkan oleh Mahkamah Konstitusi. Tulisan ini memetakan dan mendeteksi potensi-potensi ketegangan antarlembaga negara akibat besarnya kewenangan Mahkamah, khususnya Mahkamah Konstitusi dengan kelembagaan negara yang lain di masa yang akan datang.

BAB II buku ini mengetengahkan judul MAHKAMAH KONSTITUSI SEBAGAI MEKANISME PEMAJUAN DAN PERLINDUNGAN HAM. Sebagai salah satu elemen negara, yang berkewajiban memajukan dan melindungi HAM, Mahkamah Konstitusi melalui kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar menurut para penulis telah menunjukkan efektivitasnya sebagai salah satu mekanisme hak asasi manusia. Bab 2 dibuka dengan tulisan berjudul *The Austrian Constitutional Court and Its Role in Human Rights Protection* yang menunjukkan bagaimana Mahkamah Konstitusi Austria memainkan peranannya dalam melindungi hak asasi manusia. Artikel yang ditulis oleh **Ronald Faber** ini merupakan sajian pengayaan tentang Mahkamah Konstitusi Austria.

Dwi Andayani Budisetyowati menulis tentang Kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Sebagai dasar Perlindungan Hak-Hak Warga Negara. Budisetyowati meyakini bahwa dengan hadirnya Mahkamah Konstitusi, negara melindungi individu terhadap pemerintah yang sewenang-wenang dan memungkinkan individu menikmati hak-hak sipil dan politiknya sebagai manusia. Mahkamah Konstitusi di Indonesia adalah sebagai pelindung konstitusi (*the guardian of the constitution*), terutama untuk melindungi hak-hak asasi manusia dan hak-hak konstitusional warga negara, dalam rangka mewujudkan negara Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis. Tulisan senada disusun oleh **Muhammad Fauzan Azim** dengan topik Prospek Pemajuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia melalui Mahkamah Konstitusi. Kewenangan yang dimiliki Mahkamah Konstitusi untuk menyelesaikan perkara-perkara tertentu di bidang ketatanegaraan yang diatur langsung oleh konstitusi yang bercirikan adanya jaminan HAM, *mutatis mutandis* menempatkan Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung HAM, sekaligus menjadikan Mahkamah Konstitusi memikul tanggung jawab terpenting dalam pemajuan HAM tersebut. Fungsi Mahkamah Konstitusi tersebut merupakan cerminan dari pembatasan kekuasaan negara yang didistribusikan kepada lembaga yudisial. Hal ini dilatarbelakangi oleh menguatnya paham supremasi konstitusi yang diyakini mesti dikawal secara konstitusional, institusional dan demokratis.

Soal asas retroaktif dalam putusan Mahkamah Konstitusi, juga mendapat perhatian dari penulis. **Rendi Hariwijaya** menulis tentang

Optimalisasi Penerapan Asas Retroaktif dalam Penegakan Hak Konstitusional Warga Negara. Bagi Rendi, keberadaan Mahkamah Konstitusi dengan kewenangan yang dimiliki memunculkan kebutuhan adanya lapangan hukum baru dalam rangka perlindungan hak konstitusional warga negara. Munculnya strategi mekanisme perlindungan hukum yang baru ini tentu harus diantisipasi, salah satunya adalah dengan menjadikan perlindungan hak konstitusional menjadi tersistematisasi dalam sistem hukum Indonesia.

Bab 2 ditutup dengan artikel berjudul Putusan MK Diabaikan Jaksa Agung yang ditulis oleh **Muhammad Daud Berueh.** Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Republik Indonesia No. 18/PUU-V/2007 atas permohonan uji materiil terhadap pasal dan penjelasan pasal 43 (2) UU No 26 tahun 2006 tentang Pengadilan HAM mengingatkan kita, bahwa putusan normatif Mahkamah Konstitusi tidak serta merta men-*delivery* keadilan. Contoh ini adalah menggambarkan tantangan baru perihal efektivitas putusan Mahkamah Konstitusi. Memang Mahkamah Konstitusi merupakan *negative legislator* tetapi semestinya tersedia mekanisme ketatanegaraan yang memungkinkan implementasi putusan Mahkamah Konstitusi berjalan efektif. Sebagai mekanisme HAM, Mahkamah Konstitusi semestinya mampu membuat terobosan baru, jika putusannya diingkari atau diabaikan oleh institusi yang dituju.

Aspek kelembagaan Mahkamah Konstitusi juga mendapat perhatian dari para penulis dan peserta konferensi. BAB III berjudul MENGAWAL KELEMBAGAAN MAHKAMAH KONSTITUSI menyajikan sejumlah topik berkaitan dengan aspek kelembagaan Mahkamah Konstitusi. Tulisan pertama adalah Mengawal Integritas Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang ditulis oleh **Dri Utari Christina Rachmawati.** Tulisan ini pada mulanya mencemaskan integritas hakim konstitusi yang dijaring dengan mekanisme yang tidak paripurna. Bagi Rachmawati, pelaksanaan *checks and balances* antar Lembaga Negara, dalam proses pengajuan Hakim Konstitusi oleh MA, DPR, dan Presiden, saat ini sudah lebih baik dengan berlakunya Perpu 1/2013 yang pada akhir Desember disahkan menjadi UU. Berdasarkan Perpu 1/2013, KY kembali diberikan kewenangan untuk ikut mengawasi Hakim MK, baik sejak proses awal pengajuan Hakim MK, sampai dengan ketika Hakim tersebut melaksanakan tugasnya. Kewenangan pengawasan KY terhadap calon Hakim MK sebelum ditetapkan oleh Presiden adalah kewenangan yang tidak ada di dalam UUD NRI

1945, sebab KY berdasarkan Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945 hanya berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung bukan Hakim MK.

Masih terkait dengan integritas hakim, tulisan **Didik Sukriono** tentang Pengawasan dan Pengawalan Hakim Konstitusi Sebagai Upaya Optimalisasi Peran Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, mendiskusikan bagaimana hakim konstitusi perlu diawasi. Bagi Sukriono, reposisi institusi Komisi Yudisial sebagai pengawas eksternal tidak akan mempengaruhi independensi dan imparsialitas Hakim Konstitusi dan tidak akan memposisikan Komisi Yudisial memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari Mahkamah Konstitusi. Tulisan yang menguatkan gagasan dalam Perppu No. 1/2013 ini menegaskan bahwa pengawasan dan pengawalan KY terhadap perilaku Hakim Konstitusi tetap pada koridor independensi kekuasaan kehakiman dalam kerangka menjaga dan mewujudkan *rule of law* yang dicitakan oleh suatu negara.

Soal pengawasan implementasi putusan Mahkamah Konstitusi ditulis oleh **Safrina Fauziah R.** Topik tentang Pengawasan Atas Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Demi Tercapainya Kepastian Hukum di Indonesia memaparkan bagaimana ketiadaan mekanisme pengawalan putusan ini dikhawatirkan akan mengikis kepastian hukum di Indonesia. Sekalipun tidak menyajikan tawaran solutif tentang bagaimana pengawasan dilakukan, tulisan Safrina bisa menjadi pembuka diskusi lebih dalam perihal pentingnya mekanisme baru pengawasan atas putusan Mahkamah Konstitusi.

Mencari Sosok Hakim Konstitusi Yang Ideal Berdasarkan Pancasila yang ditulis oleh Mompang L. Panggabean, tampak jelas menunjukkan kegeramannya atas peristiwa hukum yang menimpa Ketua Mahkamah Konstitusi M. Akil Muchtar. Bagi Mompang, peristiwa ini harus menjadi momentum perbaikan sumber rekruitmen hakim Konstitusi yang benar-benar sesuai dengan Pancasila. Tidak cukup mengacu pada kapasitas intelektual yang diukur dengan tingkat pendidikan sang calon hakim.

Bab 3 ditutup oleh **Ziffany Firdinal** dengan tulisan Menata Ulang Fungsi Kontrol terhadap Kelembagaan Mahkamah Konstitusi. Dengan latar kajian terhadap Putusan Pengujian UU Komisi Yudisial yang oleh Mahkamah Konstitusi dikikis kewenangannya, Ziffany mengingatkan bahwa pilihan memperkuat pengawasan Mahkamah

Konstitusi, sebagaimana saat ini telah diakomodir oleh Perppu No. 1/2013 yang kemudian disahkan menjadi UU diperlukan perubahan atas UUD Negara RI 1945, khususnya ketentuan Pasal 24B mengenai Komisi Yudisial, serta harmonisasi peraturan perundang-undangan yang terkait semisal Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-undang Tentang Mahmakah Konstitusi, dan Undang-Undang Tentang Komisi Yudisial.

BAB IV secara khusus menyajikan gagasan PERLUASAN KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI. Ada dua gagasan pokok yang disajikan dalam Bab 4 ini. *Pertama* perihal integrasi kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan dalam satu atap Mahkamah Konstitusi. Dua artikel yang ditulis oleh Ni'matul Huda dan Ismail Hasani merekomendasikan agar integrasi kewenangan itu perlu dilakukan dalam rangka memastikan konstitusionalitas semua produk peraturan perundang-undangan. Dengan studi kasus yang berbeda, kedua penulis menyimpulkan adanya kebutuhan nyata agar seluruh peraturan perundang-undangan dapat diuji ke Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Agung yang selama ini memiliki kewenangan menguji legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang telah gagal menjawab kebutuhan pengujian konstitusionalitas, karena memang tidak dimilikinya kewenangan itu. Namun demikian, gagasan ini perlu ditempuh dengan dua jalur. Jalur yang aman adalah dengan menunggu momentum perubahan UUD Negara RI 1945, khususnya Pasal 24A dan Pasal 24C. Sedangkan jalur kedua, sebagaimana direkomendasikan oleh banyak ahli agar menempuh jalur praktik melalui peradilan. *Exercise* hukum bisa dilakukan terlebih dahulu dengan mengajukan pengujian Putusan Mahkamah Agung yang menyatakan legalitas sebuah peraturan perundang-undangan yang mengacu pada sebuah UU sebagai batu uji. Pintu masuk formilnya, UU yang dijadikan batu uji oleh MA itulah yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi.

Gagasan *kedua* adalah perluasan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa perkara *constitusional complaint* (CC). Dua artikel yang ditulis oleh **Wiwin Suwandi** dan **Ria Casmi Arrsa,** keduanya menguatkan gagasan yang selama ini sudah tersebar bahwa Mahkamah Konstitusi sebaiknya diberi kewenangan untuk memeriksa perkara pelanggaran konstitusional yang konkrit.

Sembilan Pokok-Pokok Pikiran

Konferensi ini menghasilkan sembilan (9) pokok-pokok pikiran yang merupakan pembelajaran dan gagasan penguatan kelembagaan Mahkamah Konstitusi di masa yang akan datang, yaitu:

Pertama, 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 mengurangi produktivitas kinerja Mahkamah Konstitusi dalam hal pengujian UU. Pengalihan kewenangan PHPUD yang semula melekat di Mahkamah Agung ke Mahkamah Konstitusi adalah ijtihad politik yang perlu ditimbang kembali. Kewenangan ini terindikasi telah mengikis kredibilitas Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal dan penafsir konstitusi. Sebab, interaksi para hakim konstitusi yang *notabene* adalah para negarawan menjadi sangat dekat dan intensif dengan proses-proses politik Pilkada yang merendahkan martabat para hakim. Perlu dipertimbangkan untuk menata kembali kewenangan PHPUD. Ada beberapa alternatif, misalnya [a] kewenangan PHPUD dialihkan kembali ke Mahkamah Agung dengan membentuk suatu kamar khusus peradilan pemilu/ atau cukup diintegrasikan ke kamar Tata Usaha Negara; [c] menata secara lebih ketat dan akuntabel pelaksanaan kewenangan PHPUD di Mahkamah Konstitusi untuk mewujudkan *electoral justice*.

Kedua, Mahkamah Konstitusi perlu diperluas kewenangannya dalam hal memeriksa dan memutus perkara-perkara yang masuk dalam kategori pelanggaran hak konstitusional melalui mekanisme *constitusional complaint*. Hanya saja, mekanisme ini harus diatur secara ketat agar tidak hanya sekedar dijadikan pelarian dalam penyelesaian berbagai persoalan hukum.

Ketiga, untuk memastikan konstitusionalitas berbagai peraturan perundang-undangan dalam sistem perundang-undangan Indonesia, Konferensi ini mendorong agar kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan diintegrasikan ke Mahkamah Konstitusi.

Keempat, mengkaji putusan-putusan Mahkamah Konstitusi, dalam perkara PHPUD, Konferensi ini menemukan bahwa praktik sidang Mahkamah Konstitusi tidak disiplin dalam melakukan proses

pembuktian. Sehingga proses peradilan MK untuk PHPU tidak kredibel. Sehubungan dengan itu, untuk mewujudkan keadilan Pemilu dalam perkara PHPUD, jika kewenangan ini tetap melekat pada Mahkamah Konstitusi, maka Mahkamah Konstitusi dituntut untuk melakukan penanganan secara selektif, dengan pembuktian yang detail-presisi, dan *legal reasoning* yang jelas dan komprehensif.

Kelima, Pengawasan Hakim Konstitusi adalah mutlak. Baik dalam bentuk pengawasan internal maupun eksternal. Kelembagaan Mahkamah Konstitusi yang tanpa pengawasan menyebabkan berbagai potensi kejahatan yang melekat dalam proses peradilan tidak bisa dideteksi secara dini. Kasus M. Akil Mochtar adalah contoh nyata dampak buruk penghapusan kewenangan Komisi Yudisial untuk mengawasi hakim Mahkamah Konstitusi. Model yang ditawarkan oleh Perppu No. 1/2003 secara substantif sudah tepat, akan tetapi dasar pengaturannya yang berlandaskan Perpu ini yang tidak banyak dikehendaki oleh berbagai pihak. Oleh karena itu, materi ini secepat mungkin harus dijadikan materi perubahan UU MK, UU Komisi Yudisial dan UU Kekuasaan Kehakiman.

Keenam, Mengkaji putusan-putusan Mahkamah Konstitusi, dalam perkara pengujian UU, problem utama Mahkamah Konstitusi adalah pada inkonsistensi penafsiran hakim Mahkamah Konstitusi. Konferensi ini mendorong perlunya akuntabilitas penafsiran hakim dalam memutus setiap perkara tanpa mengurangi prinsip kemerdekaan hakim. Akuntabilitas tafsir dapat dilakukan dengan menegaskan pilihan metodologis para hakim pada setiap masing-masing tema perkara pengujian undang-undang. Hal itu menjadi penting karena inkonsistensi penafsiran berpotensi kuat menimbulkan masalah konstitusional baru, termasuk keberulangan pengujian UU atas obyek yang sama. Selain itu, konsistensi penafsiran juga berguna untuk menjaga putusan MK yang bersifat final dan mengikat tetap memiliki kredibilitas dan terjauh dari sikap hakim Mahkamah Konstitusi yang melemahkan putusan para hakim sebelumnya. Oleh karena itu, Konferensi berpandangan agar ketentuan sifat final dan mengikat ini dipedomani secara sungguh-sungguh.

Ketujuh, Prestasi Mahkamah Konstitusi dalam pengujian UU sepanjang 10 tahun telah secara nyata menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi merupakan mekanisme nasional HAM, khususnya dalam memenuhi kewajiban negara dalam pemajuan dan perlindungan hak

asasi manusia yang telah menjadi hak konstitusional warga, termasuk keadilan agraria. Sehingga peran ini harus tetap dipertahankan dengan terus melakukan penajaman dan pendalaman terhadap pengujian undang-undang. Arah penajaman dimaksud: pengujian undang-undang tidak lagi hanya memeriksa materi muatan undang-undang yang diduga bertentangan dengan UUD, melainkan juga menguji proses pembentukan undang-undang yang terindikasi melibatkan praktik suap untuk meloloskan norma undang-undang tertentu.

Kedelapan, Berbagai putusan MK yang dinilai mampu melindungi hak asasi manusia belum sepenuhnya melimpahkan keadilan karena tidak adanya mekanisme dan pemantauan bagaimana putusan Mahkamah Konstitusi dijalankan. Sekalipun untuk mengimplementasikan putusan bukanlah tugas kelembagaan MK, Konferensi ini mendorong pengkajian serius tentang bagaimana implementasi putusan MK bisa dipatuhi dan dijalankan, khususnya oleh Pemerintah dan DPR.

Kesembilan, untuk memperkokoh Mahkamah Konstitusi sebagai mekanisme HAM, maka sejumlah terobosan perlu ditindaklanjut dengan langkah-langkah politik nyata oleh para penyelenggara negara, dengan cara mendesain ulang kewenangan, menata model rekrutmen hakim, mempertegas pengawasan, memastikan mekanisme persidangan dengan standar yang pasti dan berkeadilan, dan memastikan mekanisme implementasi putusan. Semua langkah itu dilakukan baik dengan *exercise* hukum melalui praktik hukum, perubahan undang-undang MK dan KY, juga untuk jangka panjang melalui Amandemen UUD Negara RI 1945.

Empat Rekomendasi

Sementara, untuk menjawab pokok-pokok pikiran yang menjadi area perhatian para peserta konferensi, ditawarkan empat rekomendasi, yaitu:

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 penerimaaan 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 rekruitmen 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, dibentuk lembaga eksternal yang bersifat permanen untuk mengawasi prilaku dan menjaga martabat dan kehormatan hakim konstitusi. Di mana sekretariat lembaga ini ditempatkan di Komisi Yudisial.

Constitusional Democracy Forum (CDF) Indonesia

Sebagai penutup, perlu disampaikan pula bahwa konferensi sebagaimana yang diselenggarakan oleh SETARA Institute merupakan kerja eksaminasi kolektif dan luas atas berbagai putusan Mahkamah Konstitusi dan aspek kelembagaannya. Forum eksaminasi parsial selama ini memang telah banyak dan sering dilakukan dan berbasis pada putusan. Demikian juga kajian atas putusan sudah banyak ditulis baik dalam bentuk artikel, skripsi, thesis, dan disertasi. Namun

demikian, forum untuk mendiskusikan kajian secara meluas belum tersedia. Karenanya peserta konferensi menggagas juga suatu forum akademik yang diharapkan dapat menjadi arena pertukaran gagasan dari berbagai kalangan. Arena pertemuan para pegiat Konstitusi, HAM, aktivis demokrasi, dan akademisi diyakini akan mampu menyajikan berbagai pembelajaran yang konstruktif.

Constitusional Democracy Forum (CDF) adalah nama forum yang digagas dan diharapkan secara reguler dapat menyelenggarakan kegiatan-kegiatan ilmiah untuk mendiskusikan kemajuan-kemajuan dan pembelajaran kinerja institusi-institusi demokratik sesuai dengan Konstitusi RI. CDF dan serangkaian kegiatannya kelak, akan didedikasikan bagi penguatan demokrasi konstitusional di Indonesia. Secara khusus pula, CDF juga akan mengambil bagian dan berperan untuk melakukan pengawasan elemen masyarakat sipil terhadap kinerja Mahkamah Konstitusi RI.

Jakarta, Desember 2013

Ismail Hasani

Dri Utari Christina Rachmawati

Pengantar

Konferensi Nasional yang diseleng-garakan pada tanggal 17-18 Nopember 2013, bukan semata-mata berharga bagi SETARA Institute sebagai institusi riset yang menginisiasi kegiatan konferensi ini. Tetapi juga sangat penting dalam menyusun langka bersama untuk memberikan kontribusi pada upaya pemulihan kelembagaan Mahkamah Konstitusi RI, yang saat ini sedang berupaya membangun kembali kepercayaan publik, akibat suatu peristiwa hukum yang sangat tidak dikehendaki. Forum Konferensi Nasional yang diselenggarakan bukan hanya menjadi seremoni ilmiah, tetapi sungguh-sungguh menjadi forum ilmiah yang diharapkan mampu memberikan kontribusi gagasan dan pemikiran bagi pemajuan dan penguatan Mahkamah Konstitusi dan Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara.

Konferensi Nasional yang diselenggarakan oleh SETARA Institute dan didukung oleh Kedutaan Besar Republik Federal Jerman, merupakan rangkaian kegiatan dalam rangka memotret kinerja Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang sudah berusia 10 tahun sejak dibentuk pada Agustus 2003. Rangkaian kegiatan ini dimulai sejak Juni 2013. SETARA Institute menyelenggarakan kegiatan riset, pengukuran indeks persepsi, membentuk database anotasi putusan Mahkamah Konstitusi, sehingga memudahkan masyarakat luas membaca setiap putusan Mahkamah Konstitusi, baik yang konstruktif maupun yang restriktif bagi pemajuan dan perlindungan HAM di Indonesia.

Gagasan utama rangkaian kegiatan ini bermula dari apresiasi

yang berkembang di tengah masyarakat atas prestasi Mahkamah Konstitusi yang dianggap sebagai salah satu lembaga negara paling kredibel dalam menjalankan kewenangannya, khususnya dalam hal menjaga konstitusionalitas undang-undang. Mahkamah Konstitusi telah menjadi instrumen yang efektif untuk melimpahkan keadilan bagi masyarakat atas potensi pelanggaran HAM melalui pembentukan undang-undang yang restriktif terhadap hak asasi manusia.

Di tengah himpunan apresiasi yang luar biasa, SETARA Institute sejak awal menyimpan keraguan pada setiap putusan Mahkamah Konstitusi. Sekalipun di permukaan tampak populis dan progresif, tapi tidak jarang putusan itu gagal melimpahkan keadilan, karena hanya berhenti pada putusan normatif yang tidak sepenuhnya dipatuhi. SETARA Institute juga tetap mencermati kinerja kelembagaan Mahkamah Konstitusi dengan kewenangan yang sangat strategis tetapi minus pengawasan. SETARA Institute juga mengapresiasi sistem peradilan modern yang diterapkan di Mahkamah Konstitusi, khususnya akses informasi dan keterbukaan informasi. Tetapi SETARA Institute juga mendeteksi bahwa keterbukaan dan aksesibilitas informasi tidak menyentuh masyarakat yang awam hukum.

Namun, sebagaimana yang diketahui bersama, seluruh apresiasi dan prestasi itu tertutup kabut gelap setelah pada awal Oktober 2013 Ketua Mahkamah Konstitusi tertangkap Komisi Pemberantasan Korupsi karena dugaan tindak pidana. Mahkamah Konstitusi nyaris kehilangan kewibawaan, apalagi langkah Presiden RI, Susilo Bambang Yudhoyono yang seolah-olah menyelamatkan Mahkamah Konstitusi, tetapi sesungguhnya hanya menyimpan potensi kericuhan baru di masa yang akan datang. Kewibawaan Mahkamah juga kemudian semakin terkikis hingga anarkisme terjadi di ruang sidang.

Kita semua, tentu saja tidak mau negara ini kembali dilemahkan karena institusi pengawal dan penafsir konstitus tercoreng oleh tindakan individual hakim Mahkamah. Karena itu rangkaian kegiatan yang telah diselenggarakan SETARA Institute, termasuk penerbitan naskah-naskah konferensi ini, sekecil apapun harus didorong dan diorientasikan untuk memberikan kontribusi penguatan Mahkamah Konstitusi.

Terakhir, perkenankan secara khusus kami atas nama SETARA Institute menyampaikan terima kasih kepada Bapak Duta Besar

Berkuasa Penuh Republik Federal Jerman Bapak Dr. Georg Witschel atas dukungan yang diberikan pada SETARA Institute. Tentu saja diharapkan ini bukanlah kerjasama pertama dan terakhir, tetapi awal bagi kerjasama yang lebih intensif dan berkelanjutan. Juga menjadi pemicu bagi institusi negara, seperti MPR RI, DPR RI, dan Mahkamah Konstitusi untuk terus memperluas pergaulan dan kerjasama dengan elemen masyarakat sipil, secara bersama-sama membangun bangsa.

Jakarta, Desember 2013

Ketua SETARA Institute

Hendardi

Message of Greeting

Dear readers,

It gives me great pleasure to commend SETARA Institute on their important contribution to the development of Indonesian constitutional jurisprudence.

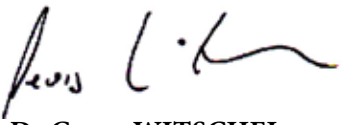
With ten years into the existence of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia - the *Mahkamah Konstitusi* - the right point in time had come to look more closely at achievements and future challenges facing the Court. SETARA Institute has conducted a research project on these important question which was then complemented by a National Conference and Workshop: On 18 and 19 November 2013, twenty five constitutional law experts, legal practitioners and human rights activists met in Jakarta to present their papers and to discuss a diverse range of issues regarding the Constitutional Court: its performance over the past ten years, options for recalibrating its authority, issues of judges' recruitment and oversight, and other institutional questions. The scope of the debate gives evidence to the important role the Court has come to play in the setup of Indonesian democracy. The contributions and results of the event are put on display in the present volume.

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.

In Indonesia, discussions on the Court's role and performance will continue. Thanks to SETARA Institute, those who wish to contribute can now rely on sound research results as well as on this up-to-date selection of experts' assessments. I am certain, it will be put to good use.

Jakarta, December 2013



Dr Georg WITSCHEL
German Ambassador to Indonesia

Daftar Isi

Pengantar Editor:
Menata Masa Depan Mahkamah Konstitusi iii

Pengantar Setara Institute:
Hendardi; Ketua Badan Pengurus.....xvi

Message of Greeting:
Dr Georg Witschel; German Ambassador to Indonesia xix

Daftar Isi xxi

Bab I : Pembelajaran dari Putusan Mahkamah Konstitusi 1

Bab II : Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Pemajuan dan Perlindungan HAM 271

Bab III : Mengawal Kelembagaan Mahkamah Konstitusi.....361

Bab IV : Perluasan Kewenangan 483

Para Penulis Naskah.....585

Profile SETARA Institute for Democracy and Peace.....592

Bab I
Pembelajaran dari Putusan Mahkamah Konstitusi

Bab I. Pembelajaran dari Putusan Mahkamah Konstitusi

1. Bukan Mahkamah Kalkulator
   Oleh. Veri Junaidi *3*

2. Penafsiran Hakim Atas Undang-Undang yang Mengubah Undang-Undang Dasar
   Oleh: Ibnu Sina Chandranegara *29*

3. Jurisdictional Expansion, Self-Limitation and Legal Reasoning in The Indonesian Constitutional Court
   Oleh: Simon Butt *55*

4. Konstitusi dan Perlindungan Hak Bagi Penyandang Disabilitas
   Oleh : Rachmita M. Harahap *81*

5. Partikularitas dalam Putusan MKRI tentang Kebebasan Beragama
   Oleh: Aidul Fitriciada Azhari *95*

6. Instrumentalisme Hukum dalam Ruang Politik (Kinerja Mahkamah Konstitusi dalam Transisi Demokrasi di Indonesia)
   Oleh: Isharyanto *115*

7. Status Lembaga Negara dan Subjektum Litis dalam Sengketa Kewenangan Lembaga Negara
   Oleh: Ari Wuisang *137*

8. Disfungsi Mahkamah Konstitusi Selaku Pengawal Hak-Hak Konstitusional Kelompok Agama Minoritas
   Oleh: Manotar Tampubolon *163*

9. Yustisiabilitas Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya dalam Putusan-Putusan Mahkamah Konsitusi
   Oleh: Uli Parulian Sihombing *185*

10. Konstitusionalisme Agraria: Mahkamah Konstitusi sebagai arena memperjuangkan hak warga negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya
    Oleh: Yance Arizona *203*

11. Application Tolerance Interval: Theory to The Indonesian Constitutional Court
    Oleh: Fritz Edward Siregar *235*

1

Bukan Mahkamah Kalkulator

Oleh. Veri Junaidi

A. Menegakkan Kedaulatan Rakyat

Seringkali menjadi pertanyaan: bagaimana mungkin suara rakyat yang diperoleh melalui pengambilan keputusan mayoritas dapat dikalahkan oleh sembilan orang hakim konstitusi dalam penyelesaian perselisihan hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah (Pemilukada)? Hal ini merupakan pertanyaan mendasar tentang hubungan antara kedaulatan rakyat dengan kedaulatan hukum. MK hadir untuk menegakkan kedaulatan rakyat, yang menjadi aspek paling fundamental dalam konstitusi, sebagaimana bunyi Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD) 1945: "*kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD.*"

Prinsip ini biasa dikenal dengan demokrasi konstitusional (*constitutional democracy*),[1] yaitu demokrasi yang berdasarkan hukum. Menurut Asshiddiqqie, kekuasaan tertinggi merupakan hak yang tidak dapat dipisahkan dari rakyat. Bahwa supremasi pemerintahan adalah supremasi yang didelegasikan dan berpegang pada kepercayaan. Rakyat menikmati otoritas politik secara penuh sepanjang kepercayaan ini dapat dipertahankan, dan di sisi lain keabsahan atau hak pemerintah untuk memerintah dapat ditarik jika rakyat menilai perlu dan patut dilakukan.

---

1 Jimly Asshiddiqqie, *Komentar Atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal. 10 – 11.

Harap diingat, bahwa asas kedaulatan rakyat tidak berdiri sendiri, melainkan terkait pula dengan asas negara hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, *Negara Indonesia adalah Negara Hukum*. Menyandingkan Pasal 1 ayat (2) dan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, kedua ketentuan ini mengisyaratkan bahwa demokrasi sebagai wujud kedaulatan rakyat tidak dapat didasarkan pada pergulatan kekuatan politik semata.[2] Sedangkan asas demokrasi akan selalu dikaitkan dengan asas negara hukum (*nomokrasi*). Demokrasi harus dilaksanakan sesuai dengan aturan hukum. Asshiddiqqie menyebutnya sebagai negara hukum yang demokratis (*democratische rechtsstaat*) atau dalam bentuk konstitusional disebut *contitutional democracy,* di mana prinsip-prinsip negara hukum dan prinsip-prinsip kedaulatan rakyat dijalankan secara beriringan seperti dua mata uang.[3]

Terkait dengan itu, MK dalam menjalankan kewenangan untuk menyelesaikan perselisihan hasil pemilukada sesungguhnya didasari oleh keinginan untuk tegaknya prinsip-prinsip kedaulatan rakyat dan kedaulatan hukum. Kewenangan ini diberikan sebagai konsekuensi dari perubahan kedua Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda) ke Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 yang secara eksplisit memberikan kewenangan kepada MK dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilukada. Pasal 236 menyebutkan bahwa,"… dengan diundangkannya UU No. 12 Tahun 2008 maka kewenangan Mahkamah Agung (MA) dalam menyelesaikan perselisihan hasil pemilukada diserahkan kepada MK." Di sini pelaksanaan kewenangan penyelesaian perselisihan hasil pemilukada sesungguhnya didasarkan pada kewenangan MK sebagaimana dituangkan dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Ketentuan tersebut mengatakan bahwa MK berwenang untuk menyelesaikan perselisihan hasil pemilihan umum (Pemilu).[4] Kewenangan ini cukup jelas diberikan

---

2 Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi: Serpihan Pemikiran Hukum, Media dan HAM,* (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hal. 339. Gagasan demokrasi modern, hukum menempati posisi sentral.Demokrasi yang ideal harus diletakkan dalam koridor hukum. Tanpa hukum, demokrasi justru dapat berkembang ke arah yang keliru karena hukum dapat ditafsirkan secara sepihak oleh penguasa meskipun atas nama demokrasi.

3 Jimly Asshiddiqqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia,* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal. 57.

4 Peralihan kewenangan dari MA ke MK tidak luput dari perubahan rezim

kepada MK, namun dalam pelaksanaannya tetap memunculkan perdebatan sengit.

Ketentuan dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 tidak menjelaskan lebih lanjut ruang lingkup perselisihan hasil pemilihan umum yang dimaksud dan sejauh mana ruang lingkup kewenangan perselisihan hasil tersebut dimiliki oleh MK. Apakah identik dengan kewenangan yang terbatas pada penetapan hasil yang dipermasalahkan atau justru masuk lebih dalam hingga menilai proses penyelenggaraan? Selain itu, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK (UU MK) juga tidak memberikan batasan lebih lanjut mengenai kewenangan memutus perselisihan hasil pemilu. Ketentuan dalam Pasal 74 ayat (2) hanya menyebutkan bahwa permohonan sengketa hasil pemilu dapat diajukan terhadap penetapan hasil pemilu yang dilakukan secara nasional oleh KPU dan memengaruhi, antara lain: (a) terpilihnya calon anggota Dewan Perwakilan Daerah; (b) penentuan pasangan calon yang masuk pada putaran kedua pemilihan Presiden dan Wakil Presiden serta terpilihnya pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden; dan (c) perolehan kursi partai politik peserta pemilu disuatu daerah pemilihan.

Konteks perselisihan hasil pemilukada, Pasal 4 Peraturan MK No. 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara Dalam Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah disebutkan bahwa objek perselisihan pemilukada adalah hasil penghitungan suara yang ditetapkan oleh termohon yang mempengaruhi penentuan

---

pemilukada. Berdasarkan UU Pemda, pemilukada dikategorikan sebagai rezim pemerintahan daerah dan tidak dimasukkan dalam rezim pemilu sebagaimana pemilu Presiden dan pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD (Pemilu Legislatif). Perbedaan rezim tersebut yang kemudian menyebabkan MK tidak memiliki kewenangan dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilukada, sebab ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 hanya memberi kewenangan MK dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilu. Perkembangan regulasi dan putusan-putusan MK menyebabkan pergeseran rezim pemilukada dari rezim pemda ke pemilu. Pergeseran tersebut melebur diawali ketika MK mengeluarkan Putusan No. 72–73/PUU/2004 tentang Pengujian UU No. 32 Tahun 2004. Putusan tersebut menjadi penengah antara perbedaan pendapat tentang rezim Pilkada, apakah dikategorikan sebagai rezim pemilu atau justru rezim pemda. Pilkada kemudian dimasukan dalam rezim pemilu. Perubahan rezim tersebut yang kemudian mendasari kewenangan konstitusional MK dalam menyelesaikan perselisihan hasil pemilukada. Dengan masuknya kewenangan pilkada dalam rezim pemilu, maka menjadi logis jika kewenangan perselisihan hasil pemilukada diserahkan kepada MK dengan mendasarkan pada Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.

pasangan calon yang dapat mengikuti putaran kedua pemilukada atau terpilihnya pasangan calon sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah. Jika dimaknai secara sempit, maka ketentuan ini menjelaskan bahwa kewenangan MK terhadap sengketa hasil pemilukada cenderung bersifat kalkulatif.[5] Hal tersebut tergambar dari klausula objek perselisihan pemilukada adalah hasil penghitungan suara yang ditetapkan oleh Termohon (KPU Provinsi/Kabupaten/Kota). Artinya, bahwa kewenangan MK adalah memutus perselisihan yang timbul akibat klaim peserta pemilu atas kesalahan penetapan hasil yang dilakukan oleh KPU Provinsi/Kabupaten/Kota.

Argumentasi ruang lingkup kewenangan kalkulatif tersebut diperkuat pula dalam ketentuan Pasal 6 ayat [2] huruf b angka [1] Peraturan MK No. 15 Tahun 2008 yang menyebutkan bahwa permohonan sekurang-kurangnya memuat uraian yang jelas tentang kesalahan hasil penghitungan suara yang ditetapkan oleh termohon. Dengan demikian, jika terjadi perselisihan hasil suara karena kekeliruan penghitungan, baik sengaja ataupun tidak, maka MK berwenang membuat keputusan atasnya. Kewenangan kalkulatif MK sangat logis, jika meletakkannya dalam satu desain penegakan hukum pemilu. Menurut Topo Santoso, penegakan hukum pemilu dapat ditempuh melalui dua cara, yaitu *crime process* dan *civil process*.[6] C*rime process*, yaitu proses penyelesaian permasalahan hukum pemilu yang dilakukan baik oleh badan penyelenggara maupun aparat penegak hukum.

Mekanisme *crime process* dikenal dengan penyelesaian pelanggaran atau sengketa pemilu melalui mekanisme hukum yang berlaku, baik pidana, administrasi, maupun kode etik sesuai dengan hukum acara yang berlaku. Jenis pelanggaran ini harus terselesaikan sebelum jangka waktu penyelenggaraan pemilu berakhir. Tujuannya

5 Kewenangan kalkulatif di sini dimaknai sebagai kewenangan MK dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilukada yang didasarkan pada perselisihan atas perolehan suara semata.MK dalam penyelesaian perselisihan hanya menilai perolehan suara antarpeserta pemilu yang bersengketa.Hal ini didasarkan pada klausul kewenangan yang dimiliki dari hasil penghitungan suara yang ditetapkan oleh KPU.

6 Pemaparan Topo Santoso dalam *Focus Group Discussion* yang diselenggarakan Koalisi Masyarakat Pemantau Pemilu (KMPP) di Jakarta 27 Maret 2009, dikutip dalam KMPP, *Menggagas Desain Pengawasan Pemilu*, disampaikan pada seminar Evaluasi Pengawasan Pemilu 2009 kerja sama KMPP-Yayasan Tifa, Jakarta 6 Agustus 2009, hal. 21.

agar permasalahan hukum pemilu dapat dijadikan sebagai dasar pembuktian dalam perselisihan hasil pemilu. Sedangkan *civil process* merupakan mekanisme koreksi terhadap hasil pemilu, yang diajukan oleh peserta pemilu kepada lembaga peradilan yang berwenang. Mekanisme ini banyak ditempuh oleh peserta pemilu karena prosesnya cepat. *Civil process* cenderung lebih menarik dan membuka peluang untuk tercapainya tujuan penegakan hukum pemilu, karena dapat menganulir keputusan hasil pemilu.

Sehubungan dengan itu, perkembangan kewenangan MK dalam mengeluarkan keputusan atas perselisihan hasil pemilu, khususnya pemilukada, mengalami pergeseran. Setelah penyerahan kewenangan dari MA pada tahun 2008, MK berkontribusi besar atas pembangunan demokrasi di Indonesia. Melalui putusannya, MK dapat memberikan koreksi terhadap hasil pemilukada. Koreksi tidak terbatas pada hasil pemilukada yang ditetapkan oleh KPU baik tingkat Provinsi maupun Kabupaten/Kota. Secara lebih luas, MK justru dapat memberikan koreksi terhadap proses konversi suara rakyat melalui suatu pemilukada. Dengan kata lain, MK dapat memastikan bahwa hasil suara sebagaimana ditetapkan KPU adalah sesuai dengan kehendak rakyat 'yang sesungguhnya,' dan pemberian mandat oleh rakyat tersebut dilakukan tanpa ada manipulasi, intimidasi, dan bahkan bujuk rayu sekalipun yang dapat mencederai demokrasi.

Demokrasi sesungguhnya atau yang dikenal dengan demokrasi substansial menjadi perhatian penting bagi MK. Untuk mewujudkannya, MK kemudian mencoba keluar dari patron penegakan hukum pemilu dan bahkan ketentuan hukum yang dapat dimaknai secara sempit. Argumentasi tersebut secara tegas disebutkan, misalnya dalam Putusan No. 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Jawa Timur pada tahun 2008, bahwa untuk mencapai demokrasi substansial MK tidak dapat dibelenggu oleh penafsiran sempit atas peraturan perundang-undangan.[7] Pelanggaran yang bersifat masif, sistematis, dan

7 Putusan MK No. 41/PHPU.D-VI/2008, Konklusi Point 4.4. hal. 135 yang selanjutnya berbunyi: Dalam mengadili perkara ini, Mahkamah tidak dapat dipasung hanya oleh ketentuan undang-undang yang ditafsirkan secara sempit, yakni bahwa Mahkamah hanya boleh menilai hasil pemilukada dan melakukan penghitungan suara ulang dari berita acara atau rekapitulasi yang dibuat secara resmi oleh KPU Provinsi Jawa Timur, sebab kalau hanya berpedoman pada hasil penghitungan suara formal yang dibuat oleh Termohon tidak mewujudkan kebenaran materiil sehingga akan sulit ditemukan keadilan.

terstruktur dapat menjadi pertimbangan dalam memutus perselisihan hasil pemilu.

Berdasarkan uraian di atas, terdapat beberapa permasalahan yang akan menjadi fokus bahasan. *Pertama*, bagaimana perkembangan **kewenangan** Mahkamah Konstitusi dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilukada sebagai upaya untuk menegakkan kedaulatan pemilu? *Kedua*, apa yang menjadi **pertimbangan hukum** bagi Mahkamah Konstitusi dalam memutus perselisihan hasil pemilukada? Dan *ketiga*, bagaimana perkembangan **putusan** Mahkamah Konstitusi dalam menyelesaikan perselisihan hasil pemilukada?

B. Demokrasi dan Nomokrasi dalam Perkembangan Kewenangan Mahkamah Konstitusi

1. "Mahkamah Kalkulator": Pandangan Sempit Undang-Undang

Batasan kewenangan MK dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilukada selalu menjadi perdebatan. Pertanyaan yang muncul: apakah MK berwenang menilai lebih jauh dari sekedar sengketa atas hasil pemilukada atau justru jauh lebih luas dari itu?

Dari segi pengaturan, ruang lingkup kewenangan MK dapat dilihat dari aturan awal sebelum masa peralihan dari MA. Mengingat MK memperoleh kewenangan sebagai pengalihan atas kewenangan yang dimiliki MA.[8] Sebelumnya, ruang lingkup kewenangan MA adalah menyelesaikan kasus keberatan atas penetapan hasil pemilukada. Dalam Pasal 106 UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah secara gamblang menunjukkan ruang lingkup kewenangan itu. Bahwa yang dimaksud keberatan hanya berkenaan dengan hasil penghitungan suara yang mempengaruhi terpilihnya suatu pasangan calon. Ketentuan ini dipertegas dalam Pasal 3 Peraturan MA No. 2 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Penetapan Hasil

8 Untuk memudahkan penulisan, dalam bahasan ini digunakan istilah MA untuk menunjukkan mekanisme penyelesaian perselisihan hasil pemilukada dibawah Mahkamah Agung.Ketentuan ini tetap merujuk Pasal 106 ayat (1) dan ayat (3) UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.Bahwa pengajuan keberatan kepada MA disampaikan kepada pengadilan tinggi untuk provinsi dan pengadilan negeri untuk kabupaten/kota.

Pilkada dan Pilwakada (Pemilihan Umum Wakil Kepala Daerah) dari KPUD Provinsi dan KPUD Kabupaten/Kota. Dengan kata lain, ruang lingkup kewenangan penyelesaian sengketa hasil pemilukada adalah terbatas pada keberatan atas hasil penghitungan suara. Ruang lingkup kewenangan inilah yang kemudian dikenal sebagai "kewenangan kalkulator."

Kewenangan kalkulator berarti menilai apakah dalam proses penetapan hasil penghitungan suara yang dilakukan oleh penyelenggara telah sesuai dengan perolehan suara masing-masing peserta dalam suatu pemilukada. Menjadi kewenangan MA untuk menyelesaikan jika terjadi selisih penghitungan atau ketidaktepatan dalam proses rekapitulasi yang dapat mempengaruhi terpilihnya pasangan calon. Pelaksanaan kewenangan kalkulator terlihat dari kritik terhadap Putusan Pengadilan Tinggi Jawa Barat dalam Sengketa Pemilukada Depok 2005. Hakim Pengadilan Tinggi Jawa Barat menilai terjadinya kecurangan dan adanya lebih dari 60.000 suara yang gagal memilih pasangan Badrul Kamal-Syihabuddin Ahmad. Terhadap kasus ini, hakim kemudian menambahkan "potensi suara" tadi menjadi milik Badrul Kamal-Syahabuddin Ahmad.

Namun demikian, menurut Topo Santoso, putusan Pengadilan Tinggi tersebut telah menyalahi aspek prosedural dan substansial perkara. Berdasarkan peraturan yang berlaku, sengketa Pilkada hanya menyangkut sengketa atas kesalahan penghitungan oleh KPUD dan bukan pelanggaran selama proses.[9] Identifikasi lingkup kewenangan kalkulator terlihat dari objek keberatan yang harus dicantumkan dalam permohonan. Dalam Pasal 3 ayat (5) Peraturan MA No. 2 Tahun 2005 dikatakan bahwa keberatan yang diajukan oleh pemohon atau kuasa hukumnya wajib menguraikan dengan jelas dan rinci tentang kesalahan dari penghitungan suara yang diumumkan oleh KPUD dan hasil penghitungan suara yang benar menurut pemohon. Selain itu, pemohon atau kuasanya harus meminta untuk membatalkan hasil penghitungan suara yang diumumkan oleh KPUD dan menetapkan hasil penghitungan yang benar menurut pemohon. Berdasarkan ketentuan tersebut, secara gamblang terlihat bahwa ruang lingkup kewenangan yang dimiliki MA terkait keberatan atas hitung-hitungan perolehan suara.

9 Topo Santoso, *Kepala Daerah Pilihan Hakim,* (Bandung: Harakatuna Publishing, 2005), hal. v-viii.

Ruang lingkup kewenangan MA dalam penyelesaian keberatan terhadap penetapan hasil pemilukada, semestinya juga berlaku terhadap kewenangan MK. Mengingat kewenangan yang dimiliki MK merupakan pengalihan atas kewenangan MA sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 236C UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Kewenangan kalkulator yang dimiliki MA berlaku sama terhadap MK sebagaimana dijelaskan dalam bahasan awal tadi.

Batasan kewenangan MK itu semakin logis jika mengaitkannya dengan desain penegakan hukum pemilukada. Desain dimaksud adalah pembagian kewenangan dalam penyelesaian permasalahan hukum pemilu. Tahapan penyelenggaraan pemilu terdapat beberapa masalah hukum yang berpotensi muncul. Terdapat pelanggaran pidana yakni terhadap ketentuan yang dalam UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dikategorikan sebagai tindak pidana. Selain itu, terdapat pelanggaran administrasi yakni semua pelanggaran kecuali pelanggaran pidana sebagaimana ditetapkan dalam undang-undang dimaksud. Pelanggaran oleh penyelenggara pemilu sebagai bentuk pelanggaran etika penyelenggara.

Selain bentuk pelanggaran terdapat permasalahan hukum seperti sengketa administrasi pemilu. Sengketa dimaksud umumnya terjadi antara penyelenggara pemilu dengan peserta pemilu. Sengketa administrasi muncul akibat keputusan penyelenggara pemilu yang dianggap merugikan peserta pemilu. Contoh sengketa administrasi pemilu adalah sengketa terhadap Keputusan KPU tentang penetapan peserta pemilukada.Pelanggaran dan permasalahan hukum tersebut diselesaikan dalam tahapan penyelenggaraan pemilu.

Masing-masing bentuk permasalahan hukum memiliki mekanisme penyelesaian dengan kelembagaan yang berbeda-beda. Pelanggaran baik pidana maupun administrasi semua dilaporkan kepada Panitia Pengawas Pemilihan Umum (Panwaslu) provinsi, kabupaten/kota. Terhadap pelanggaran tersebut, Panwaslu melakukan kajian untuk menentukan dugaan terjadinya pelanggaran pemilu. Jika kemudian Panwaslu menilai terjadi pelanggaran maka akan meneruskan penanganannya kepada lembaga yang berwenang. Pelanggaran pidana akan diselesaikan melalui mekanisme pidana yakni penyidikan oleh kepolisian, penuntutan oleh kejaksaan dan pengadilan.

Berbeda dengan pelanggaran, mekanisme sengketa administrasi pemilu diselesaikan melalui beberapa tahap. Tahap pertama berupa keberatan administrasi oleh peserta pemilu yang merasa dirugikan. Keberatan diajukan kepada KPU provinsi, kabupaten/kota yang mengeluarkan keputusan dimaksud. Akan tetapi, jika ternyata peserta pemiluyang dirugikan tidak puas dapat mengajukan sengketa ke PTUN.

Berdasarkan pembagian mekanisme penyelesaian permasalahan hukum diatas, sangat logis jika kemudian MK diberikan kewenangan untuk menyelesaian perselisihan penetapan hasil pemilukada. Terdapat pembagian peran antarpenegak hukum dalam penyelesaian permasalahan hukum pemilu. Masing-masing memiliki kompetensi baik relatif maupun absolut dalam penyelesaian permasalahan hukum pemilu. Kompetensi absolut Kepolisian dalam sistem penegakan hukum pidana Pemilu. Sedangkan KPU provinsi dan kabupaten/kota dalam penanganan pelanggaran adminsitrasi, Begitu juga dengan PTUN yang berwenang menyelesaikan sengketa administrasi pemilu. Dengan demikian, sudah tepat jika kemudian MK mengambil peran dalam penyelesaian perselisihan terhadap penetapan hasil pemilukada.

2. MK Bukan "Mahkamah Kalkulator"

Jabaran diatas telah cukup menggambarkan sejauh mana ruang lingkup kewenangan MK. Peraturan perundang-undang memberikan batasan atas kewenangan perselisihan hasil pemilukada secara sempit. Peraturan MA yang diberlakukan sebelum MK, peraturan MK, hingga menggunakan pendekatan sejarah telah menunjukkan bahwa MK ibarat "Mahkamah Kalkulator". Bahwa kewenangan MK dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilukada dimaknai sebatas penyelesaian sengketa atas selisih hitung-hitungan suara peserta pemilu.

Perkembangan selanjutnya, terdapat kebutuhan yang lebih besar dalam menegakkan keadilan dalam pemilu. Menggunakan pendekatan fungsional, MK sebagai penjaga konstitusi dan penegak demokrasi tidak dapat dikungkung oleh penafsiran sempit atas UU. Mengingat hal itu, maka fungsi MK sejatinya bukan semata-mata sebagai penghitung selisih perolehan suara. MK bukan "Mahkamah Kalkulator". Namun kewenangan yang diembannya begitu besar dalam rangka menegakkan konstitusi dan nilai-nilai demokrasi. Oleh karena itu, MK tidak dapat dipasung oleh ketentuan UU yang memberikan kewenangan sempit. Pelaksanaan kewenangan dalam memutus perselisihan hasil pemilu

harus dikaitkan dengan tugas dan fungsinya sebagai penjaga konstitusi. MK memiliki peran strategis dalam mempertemukan antara gagasan demokrasi dan nomokrasi. Hal inilah yang disampaikan MK dalam pertimbangan hukum putusan Perselisihan Hasil Pemilukada Jawa Timur, point menimbang 3.31.

Putusan MK dalam Pemilukada Jatim kemudian menjadi titik tolak perkembangan kewenangan MK. Ruang lingkup kewenangannya berkembang seiring dengan persoalan efektivitas penegakan hukum dalam penyelenggaraan pemilu. Desain penegakan hukum pemilukada, belum mampu memberikan keadilan pemilu bagi seluruh pihak, baik pemilih, peserta pemilu maupun penyelenggara. Desain penegakan hukum pemilu belum mampu mengembalikan hak-hak elektoral yang terlanggar. Pelanggaran terhadap hak untuk memilih (rakyat sebagai pemilih) tidak dapat dikembalikan manakala terdapat kecurangan yang menyebabkan suara pemilih tidak bermakna. Begitu juga dengan hak untuk dipilih bagi peserta pemilu. Seringkali keputusan KPU provinsi dan kabupaten/kota merugikan peserta pemilu, namun mekanisme penyelesaian yang ada tidak cukup efektif untuk mengembalikan hak mereka sebagai peserta pemilu.

Penilaian tersebut didasarkan fakta bahwa mekanisme penegakan hukum pemilu, khususnya pidana pemilu, administrasi pemilu, sengketa administrasi, dan kode etik penyelenggaraan, tidak mampu menganulir perolehan suara kandidat tertentu, dalam hal diperoleh dengan cara manipulatif, kecurangan, dan melanggar aturan main hukum pemilu. Persoalan ini kemudian mendorong perkembangan dan perluasan ruang lingkup kewenangan MK. Perkembangan kewenangan itu diawali dalam penyelesaian perselisihan hasil Pemilukada Provinsi Jawa Timur, 2008 silam. Melalui Putusan Nomor 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Provinsi Jawa Timur. Banyak pelanggaran yang tidak tertangani dalam proses penyelenggaraan pemilu.

Langkah MK disadari sebagai upaya untuk memberikan keadilan dalam pemilu. MK dalam perluasan ruang lingkup kewenangannya bukan untuk mengambil alih kewenangan memutus pelanggaran dan penyimpangan dalam proses pemilukada. Langkah progresif tersebut dilakukan untuk menilai dan mempertimbangkan implikasi yang timbul dalam perolehan suara. Perkembangan kewenangan tersebut secara khusus tercantum dalam pertimbangan hukum dalam Putusan

Nomor 41/PHPU.D-VI/2008 point 3.25 dan Point 3.26.

3. Menegakkan Demokrasi dalam Ruang Nomokrasi

Konteks demokrasi di Indonesia, MK memiliki fungsi dan peran untuk mengawal tegaknya kedaulatan rakyat sebagaimana dijamin konstitusi beserta segala asas yang melekat padanya. Putusan-putusan kontroversial tidak semata-mata untuk menganulir kedaulatan rakyat yang terwujud dalam suara terbanyak. Namun, pembatalan itu dilakukan untuk menyelamatkan kehendak rakyat dari manipulasi-manipulasi kedaulatan itu sendiri, yaitu mengembalikan kehendak bebas rakyat dalam menentukan pilihannya.

Fungsi MK pada hakikatnya menegakkan konstitusi dengan segala asas yang melekat didalamnya. Salah satunya menegakkan demokrasi sebagai salah satu asas yang paling fundamental dalam UUD 1945. Dalam Pasal 1 ayat (2) disebut bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Pelaksanaan fungsi menegakkan demokrasi yang dimiliki MK memberi gambaran yang tegas hubungan antara demokrasi dan hukum. Demokrasi dengan titik berat pada kedaulatan suara rakyat tidak dapat dijalankan secara absolut jika hal itu dilakukan dengan manipulasi. Kecurangan dan manipulasi tetap harus ditindak dan tidak dapat diabaikan. Dalam konteks inilah MK berperan meluruskan kembali kedaulatan rakyat pada posisi semula dengan menggunakan instrumen hukum.

Menguatkan pendapat itu, MK menegaskan bahwa kedaulatan rakyat (demokrasi) tidak berdiri sendiri. Kehadirannya akan selalu dikaitkan dengan asas negara hukum (nomokrasi). Oleh karena itu, pelaksanaan demokrasi tidak semata-mata didasarkan pada pergulatan politik. Di mana suara mayoritas rakyat akan menentukan dengan mengabaikan aturan main yang ada. Pelaksanaan demokrasi harus tetap didasarkan pada nilai-nilai hukum, bahwa suara mayoritas dikumpulkan dengan aturan main yang berlaku. Jika ternyata suara mayoritas (kedaulatan rakyat) diperoleh dengan cara curang atau dengan menghalalkan segala cara, tangan-tangan hukum yang akan memainkan peran. Tangan hukum melalui pengadilan yang berwenang dapat mengembalikan suara untuk memurnikan kedaulatan rakyat dari tindakan curang dan manipulatif.

Ketentuan konstitusi di atas telah menegaskan bahwa demokrasi

tidak berdiri sendiri. Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 juga mengisyaratkan bahwa kedaulatan rakyat (demokrasi) dijalankan berdasarkan Undang-undang Dasar. Ketentuan ini menegaskan bahwa demokrasi yang ideal adalah demokrasi yang dijalankan berdasarkan hukum, bukan semata-mata oleh kekuatan politik. Penegakan hukum tidak bisa diartikan bahwa hukum lebih tinggi dari kedaulatan rakyat. Hubungan keduanya adalah saling melengkapi dalam artian hukum sebagai penjaga agar pelaksanaan demokrasi justru dijalankan dengan melanggar sendi-sendi demokrasi.

C. Bentuk-Bentuk Pelanggaran Sistematis, Terstruktur dan Masif

Bentuk pelanggaran yang akan diuraikan di bawah ini merupakan beberapa pelanggaran yang menjadi dasar bagi MK memutus perselisihan hasil pemilukada. Bentuk pelanggaran tersebut tidak berdiri sendiri, namun sangat terkait dengan pelanggaran lainnya. Pelanggaran-pelanggaran ini umumnya dilakukan secara sistematis, terstruktur, dan masif.

Tabel 1.
Bentuk Pelanggaran Sistematis, Terstruktur dan Masif

No.	Bentuk Pelanggaran SistematisTerstruktur dan Masif	Daerah
1.	Penggelembungan/Penggembosan Suara	Jawa Timur 2008
2.	Inkonsistensi Keabsahan Coblos Tembus	Lamongan 2010
3.	Politik Uang	
	Pascabayar	Jawa Timur 2008
	Tunai	Konawe Selatan 2010
	Menjadikan Pemilih sebagai Relawan	Kotawaringin Barat 2010
4.	Politisasi Birokrasi	
	Melalui Kebijakan Pemerintah	Konawe Selatan 2010
	Menjanjikan Pengangkatan PNS	Konawe Selatan 2010

		Kota Tangerang Selatan 2010
5.	Intimidasi	Kotawaringin Barat 2010
6.	Koreksi Administrasi Pencalonan	Bengkulu Selatan 2008
		Tebing Tinggi 2008
7.	Menguatkan Putusan PTUN	Kota Jayapura 2010
		Kabupaten Pati 2011

Sumber: Diolah dari Putusan-putusan PMK

1. Penggelembungan Suara/Penggembosan Suara

Penggelembungan atau penggembosan suara merupakan dua bentuk pelanggaran yang memiliki konsekuensi berbeda. Penggelembungan berarti bertambahnya perolehan suara kandidat tertentu akibat perbuatan curang dalam proses rekapitulasi suara. Sedangkan penggembosan suara berarti berkurangnya suara kandidat tertentu akibat perbuatan curang pihak lain yang dapat merugikan akibat berkurangnya perolehan suara. Penggelembungan/penggembosan suara biasanya dilakukan dengan sengaja oleh pihak tertentu.

2. Inkonsistensi Keabsahan Coblos Tembus

Suara pemilih bisa menjadi tidak berarti manakala terjadi kelalaian dan ketidakcermatan penyelenggara pemilu. Bentuk kelalaian inilah yang kemudian menjadi dasar MK dalam membatalkan hasil pemilu. Putusan MK dalam beberapa kasus dijatuhkan karena proses penghitungan suara yang tidak tepat. Seperti konsistensi penentuan suara sah atau tidak dalam penghitungan suara di TPS. Sebab, konsistensi ini akan menentukan perolehan suara bagi peserta pemilu. Inkonsistensi juga justru akan merugikan para pihak dan tidak mencerminkan suara rakyat yang sesungguhnya. Hal itu bisa dilihat dalam ketentuan menimbang Putusan No. 27/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Lamongan point 3.28.

Permasalahan keabsahan coblos tembus merupakan ketidakcermatan penyelenggara pemilu. Penyelenggara tidak menjalankan tugasnya dengan baik. Aturan hukum yang seharusnya menjadi dasar pijakan pelaksanaan pemilu justru membuat rancu

dan tidak memberikan kepastian hukum. Norma yang diatur justru membingungkan manakala tidak dijalankan dengan konsisten. Akibatnya, dalam penentuan suara sah atau tidak menimbulkan perdebatan. Tentunya, perdebatan itu kemudian berdampak luas terhadap perolehan hasil dan keabsahan suara yang diberikan oleh pemilih. Persoalan tersebut tergambar dalam ketentuan menimbang Putusan MK dalam perselisihan hasil Pemilukada Kabupaten Lamongan.

Masalah ini muncul akibat inkonsisten KPU dalam mengambil kebijakan. Inkonsistensi tersebut justru muncul dari koordinasi yang tidak baik antara penyelenggara pemilu ditingkat pusat dan daerah. Pertimbangan hukum di atas menunjukkan adanya dua keputusan KPU yang saling berlawanan. Sebelumnya, KPU Kabupaten Lamongan mengeluarkan surat bahwa coblos tembus terhadap surat suara dinyatakan tidak sah. Sebaliknya, KPU Pusat justru menerbitkan surat yang menyatakan coblos tembus terhadap surat suara adalah sah. Celakanya, surat dari KPU Pusat tersebut dikeluarkan dua hari setelah pelaksanaan pemilukada. Artinya, banyak surat suara yang tadinya dianggap tidak sah, kemudian berdasarkan surat KPU Pusat menjadi sah.

Dampak dari keluarnya surat edaran KPU tentang keabsahan surat suara coblos tembus, menyebabkan validitas hasil pemilu diragukan. Antara petugas KPPS satu dengan lainya menerapkan kebijakan yang berbeda. Namun, dalam persidangan di MK terlihat beberapa orang petugas KPPS yang menjadi saksi menerangkan telah memberlakukan kebijakan berbeda dari KPU Lamongan. Mereka justru mensahkan setiap suara yang telah diberikan namun coblos tembus. Kondisi ini tentunya sangat berlawanan dengan kebijakan lainnya yang mungkin diberlakukan berbeda, jika ternyata KPPS memberlakukan surat edaran KPU Lamongan. Dengan demikian, dapat dipastikan bahwa seluruh penghitungan suara menggunakan ukuran yang sama dalam menentukan suara sah atau tidaknya. Sebab akibat kebijakan yang tidak konsisten itu, terdapat 51.561 suara tidak sah dari jumlah pemilih 672.396 suara. Bahkan suara yang tidak sah jauh lebih besar dari perolehan suara pemenang pertama dalam pemilukada itu, yakni 37.993 suara. Artinya, di situ suara tidak sah cukup siginifikan dan mesti dilakukan rehabilitasi terhadap suara-suara yang tidak sah dengan melakukan penghitungan ulang.

3. Politik Uang

Praktik politik uang merupakan pelanggaran yang jamak terjadi, dan bahkan jauh sebelum pemilukada langsung diakomodir dalam sistem demokrasi di Indonesia. Catatan Komite Independen Pemantau Pemilu (KIPP) menunjukkan praktik itu. Catatan pada Pemilu 1999 misalnya terdapat beberapa titik rawan terjadinya politik uang disetiap tahapan pemilu. Politik uang prakampanye misalnya, menjadi senjata satu-satunya pilihan untuk memperoleh suara. Tindakan ini dilakukan mengingat cara-cara seperti intimidasi dan pemaksaan oleh penguasa dalam Pemilu 1999 tidak dapat dilakukan.[10]Pada masa kampanye Pemilu 1999, politik uang mendominasi hampir di sepuluh Kabupaten/Kota.[11] Terakhir politik uang pada masa kampanye dilakukan secara langsung dengan mendatangi pemilih dari pintu ke pintu.[12]

Mengenai ini, Gregorius Sahdan membagi tujuh bentuk bekerjanya politik uang dalam pemilukada.[13]*Pertama,* penyaluran dana yang dilakukan dengan sengaja melawan hukum dalam rangka bujukan politik untuk mencapai kemenangan politik. *Kedua*, pemberian uang dengan tujuan mempengaruhi proses dalam pemilukada. *Ketiga,* membagi-bagikan uang secara langsung. *Empat,* melalui instruksi seperti memerintahkan pemasangan bendera dengan imbalan. *Kelima*, pembagian barang atau sembako yang biasanya dibungkus dengan kegiatan sosial. *Keenam*, memberi uang pada masa kampanye. Dan *ketujuh*, janji-janji akan memberikan sesuatu. Bentuk-bentuk politik uang itu menunjukkan bahwa pelanggaran semacam ini jamak terjadi.

Bentuk pelanggaran ini menjadi perhatian MK dengan menobatkannya sebagai salah satu bentuk pelanggaran STM. Praktik politik uang terjadi hampir diseluruh pelaksanaan pemilukada. Peserta pemilu berlomba-lomba menarik suara pemilih dengan membagi-bagikan uang dan bentuk lainnya. Praktik politik uang terjadi mulai dari yang kecil hingga besar. Politik uang kecil-kecilan biasanya

---

10 Hermawan Sulistyo dan A. Kadar, *Uang dan Kekuasaan dalam Pemilu 1999*, (Jakarta: KIPP Indonesia, 2000), hal. 12.

11 *Ibid*, hal.26.

12 *Ibid*, hal.78.

13 Gregorius Sahdan dan Muhtar Haboddin, *Evaluasi Kritis Penyelenggaraan Pilkada di Indonesia,* (Yogyakarta: The Indonesian Power of Democracy, 2009), hal. 122.

dilakukan dengan membagi-bagikan sembako, baju hingga transport untuk kegiatan kampanye. Namun, dalam bahasan ini tidak diuraikan tentang praktik politik uang seperti disebutkan diatas. Politik uang yang dimaksud adalah praktik politik uang yang dapat mempengaruhi hasil pemilu, yakni yang dilakukan secara sistematis, terstruktur, dan masif.

Modus yang dilakukan dalam praktik politik uang sangat beragam. Bahasan ini paling tidak mencatat tigapraktik, yakni dilakukan melalui janji politik (politik uang pascabayar), membagikan uang (tunai), hingga menjadikan pemilih sebagai relawan dan tim pemenangan. Memang menjadi catatan bahwa praktik politik uang tidak serta merta dapat dijadikan dasar pembatalan hasil pemungutan suara ulang. MK menilai bahwa politik uang merupakan tindak pidana pemilukada yang menjadi kompetensi peradilan umum. Politik uang tidak bisa serta merta membuktikan bahwa pemilih yang menerima uang atau bingkisan akan mengalihkan pilihannya kepada kandidat lain. Mengingat pemilihan umum dilakukan secara rahasia sehingga tidak dapat dipastikan pergeseran suaranya.

Kendati tidak dapat dipastikan, politik uang juga dapat menjadi penyebab dibatalkan hasil pemilukada oleh MK. Politik uang demikian biasanya dilakukan bersamaan dengan pelanggaran-pelanggaran lainya. Politik uang itu sendiri dilakukan dengan melibatkan seluruh struktur penyelenggara dan aparatur pemerintah yang disertai perencanaan matang. Pelanggaran ini dilakukan dengan melibatkan pemangku kepentingan secara meluas. Pendek kata, kecurangan dengan cara politik uang telah mengakibatkan hilangnya kebebasan pemilih untuk menentukan pilihannya.

4. Politisasi Birokrasi

Pertarungan dalam pemilukada melibatkan sumber daya ekonomi maupun politik. Pelibatan sumber ekonomi dapat dilihat dari praktik politik uang yang merambah hampir seluruh peserta pemilu. Sedangkan kekuatan politik tidak semua peserta pemilu bisa mengaksesnya, seperti kekuatan birokrasi. Sumber ini biasanya digunakan oleh *incumbent* dan birokrat senior yang sudah dapat dipastikan memiliki pengaruh terhadap birokrasi. Pengerahan birokrasi oleh *incumbent* atau birokrat senior ini lazim disebut politisasi birokrasi.

Syafuan Rozi dalam bukunya *Zaman Bergerak, Birokrasi Dirombak*

mendefinisikan politisisasi birokrasi sebagai gejala pelibatan birokrasi secara langsung dan terang-terangan untuk menjadi pendukung dan anggota organisasi peserta pemilu guna memperoleh atau mempertahankan kekuasaan di parlemen dan di eksekutif.[14] Dalam konteks pemilukada, politisasi birokrasi adalah keterlibatan birokrasi secara langsung dan terang-terangan untuk menjadi pendukung pasangan calon kepala daerah guna mendapatkan atau mempertahankan kekuasaan di lembaga eksekutif.[15] Mengenai ketidaknetralan birokrasi telah lama disampaikan oleh Karl Marx. Menurutnya, birokrasi tidak akan pernah netral sejalan dengan keberadaannya sebagai alat penguasa. Sebab birokrasi merupakan kelompok partikular yang sangat spesifik. Birokrasi bukan kelas masyarakat, walaupun eksistensinya berkaitan dengan pembagian masyarakat ke dalam kelas-kelas. Lebih tepatnya, menurut Marx, birokrasi adalah negara atau pemerintahan itu sendiri. Birokrasi merupakan instrumen yang dipergunakan oleh kelas yang dominan untuk melaksanakan kekuasaan dominannya atas kelas-kelas sosial lainya.[16]

Selain Marx, Max Weber juga sudah lama mewanti-wanti bahwa ada faktor politik yang dapat mempengaruhi terhadap proses tipe ideal birokrasi. Weber mengatakan bahwa birokrasi tidak mungkin bisa dipisahkan dari politik.[17] Kecenderungan ini telah diidentifikasi oleh Islamy yang digunakan sebagai kritik terhadap birokrasi di Indonesia. Dari situ muncul kecenderungan negatif dalam perilaku birokrasi di berbagai daerah di Indonesia, salah satunya *vested interest* dalam hal kepentingan politik. Aparat birokrasi telah terkooptasi sikap dan perilakunya oleh kepentingan-kepentingan pribadi dan politik sang patron yang cenderung *vested interest*. Aparat birokrasi tidak lagi menjadi alat rakyat, namun menjadi alat penguasa dan bahkan seringkali menampakkan dirinya sebagai penguasa itu sendiri.[18] Kecenderungan

14 Syafuan Rozi, *Zaman Bergerak, Birokrasi Dirombak,* (Yogjakarta: Pustaka Pelajar dan LIPI, 2006), hal. 49, dalam Gregorius Syahdan, *Op.Cit*, hlm, 177-178

15 Syafuan Rozi, *Loc.Cit.*

16 Miftah Thoha, *Birokrasi dan Politik di Indonesia,* (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hal. 23.

17 *Ibid*, hal.20.

18 M. Mas'ud Said, *Birokrasi di Negara Birokratis: Makna, Masalah, dan Dekonstruksi Birokrasi Indonesia,* (Malang: UMM Press, 2009), hal. 52.

dan identifikasi sikap parsialitas birokrasi sesungguhnya telah terwujud secara nyata dalam pelaksanaan pemilukada sepanjang tahun 2008 hingga 2011.

5. Koreksi Administrasi Persyaratan Calon

Pelanggaran administrasi seharusnya diselesaikan oleh KPU Provinsi, Kabupaten, atau Kota dalam tahapan yang sedang berjalan. Jika pelanggaran tersebut menghasilkan keputusan KPU Provinsi/Kabupaten/Kota yang menyebabkan kerugian bagi pasangan calon, dapat diajukan keberatan kepada yang bersangkutan atau justru bersengketa di PTUN. Namun beberapa kasus perselisihan hasil pemilukada, ranah pelanggaran dan sengketa administrasi menjadi salah satu aspek yang dipertimbangkan MK, mengingat pelanggaran dan sengketa dimaksud tidak ditangani dengan baik. Lewatnya tahapan justru menjadikan pelanggaran dan sengketa itu tidak dapat dikoreksi.

Persyaratan administrasi ini menjadi pertimbangan MK karena pelanggaran yang terjadi tidak ditindaklanjuti oleh penyelenggara pemilu. Akan menimbulkan ketidakadilan jika kesalahan-kesalahan yang dilakukan oleh penyelenggara pemilu tidak dapat dikoreksi hanya karena melewati waktu tahapan. Apalagi jika pelanggaran itu sengaja tidak ditindaklanjuti oleh penyelenggara sebagaimana kasus perselisihan hasil pemilukada Kabupaten Bengkulu Selatan.

Pertimbangan hukum sebagaimana terjadi dalam Pemilukada Kabupaten Bengkulu Selatan juga terjadi dalam Pemilukada Kota Tebing Tinggi tahun 2010. MK menjatuhkan putusan serupa yang didasarkan pada pelanggaran administrasi pemilu yang berpotensi menjadi sengketa administrasi.

6. Menguatkan Putusan PTUN

Ketidakseriusan penyelenggara pemilu dalam memulihkan hak pilih khususnya dalam menindaklanjuti putusan PTUN menjadi salah satu pertimbangan MK dalam memutus perselisihan hasil pemilukada. Putusan pertama dengan mempertimbangkan keikutsertaan peserta pemilu terjadi dalam perselisihan hasil Pemilukada Kota Jayapura. KPU Kota Jayapura terbukti menghalang-halangi hak Hendrik Worumi, S.Sos, M.Si. dan Pene Ifi Kogoya, S.Pd., M.M. sebagai peserta pemilu.

KPU Kota Jayapura tidak bersedia melaksanakan putusan PTUN Jayapura Nomor 31/G/2010/PTUN.JPR bertanggal 30 Agustus 2010.

Langkah MK ini merupakan akumulasi dari kegerahan MK terhadap Penyelenggara Pemilu (KPU). Beberapa kasus yang sebelumnya diperiksa MK menunjukkan gejala yang sama. KPU dengan sengaja mengabaikan Putusan Lembaga Peradilan (PTUN). Padahal masih cukup kesempatan bagi KPU untuk melaksanakan putusan tersebut. MK juga menemukan kasus kesengajaan KPU mengulur-ulur waktu dalam mengeksekusi dengan mengajukan banding dengan tujuan agar bakal calon pasangan tidak memiliki kesempatan untuk mendaftar atau tidak diikutsertakan sebagai peserta pemilu. Hal itu secara eksplisit telah diingatkan MK sejak Putusan MK Nomor 115/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Belitung Timur Tahun 2010.

D. Perkembangan Putusan MK

Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perselisihan hasil pemilukada paling tidak memuat tiga hal, yakni: tidak diterima, dikabulkan, dan ditolak. Permohonan tidak diterima jika Pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat. Sedangkan permohonan ditolak apabila permohonan tidak beralasan. Permohonan dikabulkan apabila permohonan terbukti beralasan. Terhadap permohonan yang dikabulkan selanjutnya MK dapat menyatakan membatalkan hasil penghitungan suara yang ditetapkan KPU/KIP provinsi atau KPU/KIP kabupaten/kota serta menetapkan hasil penghitungan suara yang benar menurut MK.

Bahasan ini memotret perkembangan Putusan MK, khususnya yang telah dikabulkan oleh MK dalam periode tahun 2008 hingga 2011. Di masa itu, muncul kecenderungan menarik dari putusan MK. Muncul beberapa varian terhadap putusan yang dikabulkan, yakni dikabulkan seluruhnya dan dikabulkan sebagian. Terhadap tindak lanjut putusan pun demikian, muncul beragam varian dari apa yang telah ditetapkan dalam peraturan MK. Tindak lanjut atas putusan MK tidak hanya menyatakan batalnya hasil penghitungan suara yang ditetapkan KPU/KIP provinsi atau KPU/KIP kabupaten/kota serta menetapkan hasil penghitungan suara yang benar menurut MK. Paling tidak ada 4 (empat fase) perkembangan sebagai berikut:

1. Fase Pertama: Penghitungan dan Pemungutan Suara Ulang

Perkembangan pertama putusan MK dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilukada adalah perintah atas tindak lanjut dikabulkannya permohonan pemohon untuk melakukan penghitungan dan pemungutan suara ulang. Penghitungan dan pemungutan suara ulang dilakukan baik sebagian wilayah maupun seluruh wilayah dari kabupaten/kota penyelenggara pemilukada. Penghitungan dan pemungutan suara ulang untuk sebagian wilayah terjadi di Provinsi Jawa Timur dalam Pemilukada 2008. Pemungutan suara ulang diseluruh TPS terjadi di Konawe Selatan dan Tangerang Selatan dalam Pemilukada 2010. Diikuti dengan Kabupaten Lampung tahun 2010 dengan perintah penghitungan suara ulang diseluruh wilayah.

2. Fase Kedua: Diskualifikasi Calon dan Perintah Pemungutan Suara/Pemilukada Ulang

a. Putusan Nomor 57/PHPU.D-VI/2008 tentang Pemilukada Bengkulu Selatan

Putusan MK atas Pemilukada Bengkulu Selatan 2008 telah mengawali perkembangan putusan MK dalam fase kedua, yakni diskualifikasi calon dan perintah pemungutan suara ulang. MK menilai bahwa sejak awal penyelenggaraan pemilukada telah cacat hukum. Konsekuensi atas putusan MK yang menyatakan batal demi hukum adalah perintah pemungutan suara ulang. Pemungutan suara ulang dilakukan diseluruh wilayah dengan mengikutsertakan seluruh calon, kecuali kandidat yang dinyatakan bersalah. Putusan demikian dapat ditemui dalam Putusan MK No. 57/PHPU-D/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Bengkulu Selatan. Berdasarkan putusan tersebut, KPU Kabupaten Bengkulu Selatan wajib melaksanakan pemungutan suara ulang selambat-lambatnya satu tahun sejak putusan diucapkan.

Meskipun terdapat beberapa alternatif, pada akhirnya MK tetap memutuskan untuk menyatakan Pemilukada Bengkulu Selatan batal demi hukum.Untuk itu perlu dilakukan pemilukada ulang dengan menghukum calon yang bersalah yakni diskualifikasi. Putusan ini dijatuhkan untuk

menjaga efektivitas kewenangan MK dalam rangka menjaga terjadinya kemunduran demokratisasi pada masa transisi politik di Indonesia secara adil, damai, jujur, dan bersih. MK menyebut pelanggaran yang dilakukan Dirwan Mahmud sebagai kelalaian yang tidak dapat ditolerir.Maka itu, perlu ada mekanisme yang dapat mengevaluasi dan menilai serta memutus melalui tugas dan fungsi yang dimiliki MK.[19]

b. Putusan Nomor 12/PHPU.D-VIII/2010 tentang Pemilukada Tebing Tinggi

Putusan serupa dengan Putusan MK terhadap perselisihan hasil Pemilukada Kabupaten Bengkulu Selatan terjadi dalam perselisihan hasil Pemilukada Kota Tebing Tinggi. Dalam kasus ini, MK menyatakan Pemilukada Kota Tebing Tinggi batal demi hukum karena sejak awal calon terpilih tidak memenuhi syarat sebagai calon peserta pemilukada. Konsekuensinya, MK memerintahkan dilakukan pemungutan suara ulang dengan mendiskualifikasi calon yang terbukti melakukan pelanggaran.

c. Putusan Nomor 91-92/PHPU.D-IX/2011 tentang Pemilukada Buton

Putusan Pemilukada Buton melengkapi perkembangan fase kedua dengan corak putusan yang berbeda dari sebelumnya. MK dalam Putusannya memerintahkan pemungutan suara ulang. Pemungutan suara ulang tersebut diikuti oleh seluruh pasangan calon baik yang diusulkan oleh partai maupun calon perseorangan. Namun Putusan MK dalam sengketa Pemilukada Buton memberikan warna yang berbeda, sebab pemungutan suara ulang dilakukan dengan terlebih dahulu melakukan verifikasi ulang terhadap seluruh kandidat. Perintah untuk melakukan verifikasi ulang dilakukan karena penyelenggara Pemilukada Kabupaten Buton tahun 2011 telah melakukan pelanggaran serius terhadap hak konstitusional calon kepala daerah.

19 Point 3.30 Putusan MK No. 57/PHPU-D/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Bengkulu Selatan.

3. Fase Ketiga: Mengakomodir Calon Baru dan Perintah Pemilukada Ulang
Putusan Nomor 196-197-198/PHPU.D-VIII/2010 tentang Pemilukada Kota Jayapura

Kalau melihat dalam kasus sebelumnya, nampak beberapa fase/perkembangan putusan MK. Fase pertama MK memerintahkan penghitungan suara dan pemungutan suara ulang dibeberapa daerah. Fase kedua, putusan tersebut lebih progresif karena selain memerintahkan pemungutan suara ulang, MK juga menganulir kepesertaan pasangan calon. Dalam fase ketiga ini, MK jauh lebih maju lagi: tidak hanya memerintahkan pemilukada ulang namun juga memasukkan pasangan calon yang tidak ikut dalam pemilukada putaran pertama. Ketika salah satu kandidat yang sebelumnya tidak lolos dalam penetapan KPU Kota Jayapura, oleh MK diikutsertakan sebagai peserta pemilu.

Putusan itu dijatuhkan oleh MK karena dalam persidangan terbukti secara sah dan meyakinkan bahwa KPU Kota Jayapura telah menghalangi-halangi Pemohon untuk maju sebagai Pasangan Calon Peserta Pemilukada. MK menilai bahwa tindakan KPU Kota Jayapura sebagai pelanggaran yang sangat serius. Mengingat hal itu, maka MK perlu untuk mengikutseratakan Pasangan Calon bersangkutan sebagai peserta pemilu.

4. Fase Keempat: Diskualifikasi Calon dan Penetapan Pasangan Calon Pemenang (Putusan Nomor 45/PHPU.D-XIII/2010 tentang Pemilukada Kabupaten Kota Waringin Barat)

Dilihat dari seluruh putusan, fase keempat dari putusan MK ini sangat populer dan menarik perhatian banyak pihak. Selain karena pertentangan dan boikot terhadap putusan ini, juga karena putusan yang diambil MK. Terhadap bentuk pelanggaran yang sama dengan daerah lain, MK memberikan putusan yang berbeda. Pelanggaran baik intimidasi, politik uang, dan politisasi birokrasi juga terjadi di daerah lain. Terhadap Pemilukada Kotawaringin Barat, MK mendiskualifikasi pasangan calon serta menetapkan kandidat lawan sebagai calon kepala daerah dan wakil kepala

daerah terpilih.

Putusan itu diambil oleh MK dalam posisi yang dilematis. Mengingat kandidat dalam Pemilukada Kotawaringin Barat hanya diikuti oleh dua pasangan calon. Jika hanya melakukan pembatalan hasil pemilukada tanpa menetapkan pemenang maka dikemudian hari akan menimbulkan masalah. Pemilukada tidak mungkin diulang dan memulai tahapan dari awal. Sebab, jika itu yang dilakukan maka tidak mungkin dilakukan oleh satu pasangan calon saja.

E. Penutup

Bahasan tersebut telah mengurai kewenangan MK dalam menegakkan kedaulatan pemilih. Soal ruang lingkup kewenangan, MK telah mendeklarasikan tidak hanya mencakup selisih hasil penghitungan suara yang ditetapkan oleh KPU/KIP provinsi atau kabupaten/kota. Ruang lingkup kewenangan MK berkembang dari apa yang telah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan. Perkembangan kewenangan itu seiring dengan perkembangan bentuk pelanggaran dan permasalahan penanganan pelanggaran. Terhadap pelanggaran dan permasalahan hukum pemilu yang tidak tertangani dengan baik, dikoreksi dan menjadi pertimbangan hukum bagi MK untuk menegakkan kedaulatan pemilih dalam penyelenggaraan pemilu.

Seiring dengan perkembangan ruang lingkup kewenangannya, pertimbangan hukum atau objek sengketa pun mengalami perkembangan. Pertimbangan hukum yang digunakan MK berkembang hingga menilai proses penyelenggaraan dalam tahapan Pemilukada. Objek perselisihan hasil dapat meliputi pelanggaran baik pidana atau administrasi pemilu yang oleh MK dikategorikan sebagai pelanggaran sistematis, terstruktur dan massif. Objek sengketa juga dapat meliputi tahapan penyelenggaraan dan sengketa administrasi yang tidak ditangani dengan baik. Intinya, pertimbangan hukum yang menjadi perhatian MK adalah semua pelanggaran dan proses yang dapat mencederai hak pilih atau kedaulatan pemilih dalam pemilukada.

Sedangkan Putusan MK mengalami perkembangan seiring dengan berkembangnya kewenangan dan dasar memutus (objek perselisihan).

Khususnya terhadap Putusan yang dikabulkan terbagi dua yakni, dikabulkan seluruhnya atau dikabulkan untuk sebagian. Putusan yang menyatakan dikabulkan mengalami perkembangan yakni, terhadap perintah tindaklanjut atas putusan tersebut. Awalnya peraturan perundang-undangan hanya memerintahkan untuk membatalkan hasil penghitungan suara yang ditetapkan oleh KPU/KIP provinsi atau KPU/KIP kabupaten/kota serta menetapkan hasil penghitungan suara yang benar menurut MK. Perkembangan berikutnya menunjukkan 4 (empat) fase perkembangan, yaitu: *Pertama*, perintah dilakukan pemungutan dan penghitungan suara ulang baik disebagian maupun seluruh wilayah. *Kedua*, diskualifikasi calon dan perintah pemungutan/pemilukada ulang. *Ketiga*, mengakomodir calon baru dan perintah pemilukada ulang. *Keempat,* diskualifikasi pasangan calon dan penetapan pasangan calon yang lainya sebagai pemenang pemilukada.

Daftar Pustaka

Buku:

Ashiddiqie, Jimly, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi: Serpihan Pemikiran Hukum, Media dan HAM,* Jakarta: Konstitusi Press, 2006.

--------, *Komentar Atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

--------, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

Asshiddiqie, Jimly, dan M Mas'ud Said, *Birokrasi di Negara Birokratis: Makna, Masalah, dan Dekonstruksi Birokrasi Indonesia,* Malang: UMM Press, 2009.

Rozi, Syafuan, *Zaman Bergerak, Birokrasi Dirombak.* Jogjakarta: Pustaka Pelajar dan LIPI, 2006.

Sahdan, Gregorius dan Haboddin, Muhtar, *Evaluasi Kritis Penyelenggaraan Pilkada di Indonesia,* Yogyakarta: The Indonesian Power of Democracy, 2009.

Santoso, Topo, *Kepala Daerah Pilihan Hakim*, Bandung: Harakatuna Publishing, 2005.

Sulistyo, Hermawan dan Kadar, A., *Uang dan Kekuasaan dalam Pemilu 1999*, Jakarta: KIPP Indonesia, 2000.

Thoha, Miftah, *Birokrasi dan Politik di Indonesia,* Jakarta: Rajawali Pers, 2010.

Peraturan Perundang-udangan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945

Undang-Undang Nomor. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Undang-Undang Nomor. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah

Undang-Undang Nomor. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah

Undang-Undang Nomor. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor. 15 Tahun 2008 tentang Hukum Acara Perselisihan Hasil Pemilu Kepala Daerah

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Penetapan Hasil Pilkada dan Pilwakada Dari KPUD Provinsi dan KPUD Kabupaten/Kota

Putusan:

Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Provinsi Jawa Timur

-------, Putusan No. 57/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Bengkulu Selatan

-------, Putusan No. 12/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kota Tebing Tinggi

-------, Putusan No. 22/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Konawe Selatan

-------, Putusan No. 27/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Lamongan

-------, Putusan No. 45/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil

Pemilukada Kabupaten Kota Waringin Barat

-------, Putusan No. 198/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kota Jayapura

-------, Putusan No. 209/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kota Tangerang Selatan

-------, Putusan No. 59/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Pulau Morotai

-------, Putusan No. 82/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Pati

-------, Putusan No. 91-92/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilukada Kabupaten Buton

-------, Putusan No. 72 – 73/PUU/2004 tentang Pengujian atas Undang-Undang No. 32 Tahun 2004

-------, Putusan No. 4/PUU-VII/2009 tentang Pengujian atas Undang-Undang No. 32 Tahun 2004

Lain-lain:

Topo Santoso, Focus Group Discussion yang diselenggarakan Koalisi Masyarakat Pemantau Pemilu (KMPP), Jakarta : 27 Maret 2009, dikutip dalam KMPP, *Menggagas Desain Pengawasan Pemilu*, disampaikan pada seminar Evaluasi Pengawasan Pemilu 2009 kerja sama KMPP-Yayasan Tifa, Jakarta 6 Agustus 2009

2

Penafsiran Hakim Atas Undang-Undang yang Mengubah Undang-Undang Dasar

Oleh: Ibnu Sina Chandranegara

A. Pre-Scriptum

Salah satu "hadiah" dari jatuhnya kekuasaan Presiden Soeharto adalah reformasi konstitusi, dan reformasi konstitusi juga memberikan "hadiah" lainnya yakni hadirnya Mahkamah Konstitusi (MK). Dalam perkembangan kekinian, kehadiran MK yang dimaksudkan untuk mengawal konstitusi (*the constitutions guardian*), namun perlahan MK mulai bertransformasi menjadi perumus konstitusi (*constitutional drafter*). Dalam beberapa putusan MK ternyata tidak melulu (bahkan selalu) diputuskan melalui pendekatan hitam putih semata. Penerapan *moral reading* terhadap UUD 1945 menjadikan MK mampu beberapa kali menjadikan norma konstitusi yang dimaksudkan bermakna absout menjadi bermakna relatif.

Pengujian UU yang dimaksudkan menggunakan metodologi eksaminasi namun telah bertransformasi menjadi metode resolusi. Dengan pendekatan yang demikian itu maka dengan sangat jelas akan menghasilkan penafsiran-penafsiran yang berpotensi (bahkan telah) mampu mengubah norma-norma imperatif yang terkandug di dalam konstitusi. Maka timbul pertanyaan, apakah penafsiran yang demikian tersebut secara materiil telah mengubah konstitusi? Apakah jenis penafsiran yang demikian tersebut mengikat? Apabila demikian apakah penafsiran yang demikian itu berposisi sebagai sumber hukum?. Tulisan ini dimaksudkan untuk mengeksplorasi dan mengeksplanasi fakta

dan akibat putusan-putusan MK yang resolusif terhadap norma yang terkandung dalam UUD 1945.

B. Sumber Hukum Perubahan Konstitusi

Apabila dikaji dari perspektif sumber hukum[1] maka yurisprudensi merupakan sumber hukum dalam artian formal. Dikaji dari aspek terminologinya maka yurisprudensi berasal dari kata *jurisprudentia* (bahasa latin), yang berarti pengetahuan hukum (*rechtsgeleerdheid*). Sebagai istilah teknis yuridis di Indonesia maka diartikan sama pengertiannya kata "*jurisprudentie*" dalam bahasa belanda dan "*jurisprudence*" dalam bahasa Perancis yaitu hukum peradilan atau peradilan tetap.Dalam bahasa Inggris maka terminologi *jurisprudence* diartikan sebagai teori hukum, sedangkan pengertian yurisprudensi dipergunakan dalam rumpun sistem "*case law*" atau "*judge made law*". Kemudian kata "*jurisprudenz*" dalam bahasa Jerman mempunyai arti lain yaitu ilmu hukum dalam artian sempit (aliran Ajaran hukum). Misalnya *Begriif-jurisprudenz*, *Interressen Jurisprudenz* dan lain sebagainya. Istilah teknis bahasa Jerman untuk pengertian yurisprunsi dalam makna bahasa Indonesia adalah kata *Ueberlieferung*.[2]

Sebagai salah satu sumber hukum formal maka yurisprudensi penting eksistensinya apabila dikorelasikan terhadap tugas hakim. Apabila dikaji dari *aliran legisme* maka peranan yurisprudensi relatif kurang penting karena diasumsikan semua hukum terdapat dalam undang-undang. Oleh karena itu, hakim dalam melaksanakan

---

1 Menurut Zevenbergen sumber hukum merupakan sumber terjadinya hukum. Pada hakekatnya sumber hukum secara konvensional dapat dibagi menjadi: (i) sumber hukum materiil dan sumber hukum formal. Menurut Utrecht sumber hukum materiil yaitu perasaan hukum (keyakinan hukum) individu dan pendapat umum (public opinion) yang menjadi determinan materiil memmbentuk hukum dan menentukan isi dari hukum. Sedangkan sumber hukum formil, yaitu menjadi determinan formil membentuk hukum (formele determinanten van de rechtsvorming) dan menentukan berlakunya dari hukum. Sumber-sumber hukum formil antara lain: Konstitusi, Undang-undang, Kebiasaan/konvensi/ adat yang dipertahankan dalam keputusan yang berkuasa dalam masyarakat adat, traktat, yurisprudensi, dan doktrin dari pendapat ahli hukum yang terkemuka. E.Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, (Jakarta: Ghalia, 1983), hal. 84-85.

2 Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perundang-Undangan dan Yurisprudensi*, (Bandung: Alumni, 1979), hal. 56.

tugasnya terikat apa yang ada dalam undang-undang, sehingga merupakan pelaksana undang-undang. Sedangkan menurut aliran *Freie Rechtsbewegung* maka hakim dalam melaksanakan tugasnya bebas untuk melakukan apa yang ada menurut undang-undang ataukah tidak. Dimensi ini terjadi karena pekerjaan hakim adalah melakukan *"Rechtsschepping",* yaitu melakukan penciptaan hukum. Konsekuensi logisnya, maka memahami yurisprudensi merupakan hal yang bersifat substansial di dalam mempelajari hukum, sedangkan mempelajari undang-undang merupakan hal yang bersifat sekunder.[3]

Terhadap aliran *rechtsvinding*, peranan yurisprudensi relatif penting dan aspek ini diserahkan kepada kebijakan hakim. Menurut aliran ini, hakim terikat undang-undang akan tetapi tidak seketat aliran legisme karena hakim memiliki "kebebasan yang terikat" *(gebonden Vrijheid)* atau "keterikatan yang bebas" *(Vrije Gebondenheid)*. Oleh sebab demikian maka tugas hakim disebutkan sebagai melakukan *"Rechtsvinding"* yang artinya adalah menyelaraskan undang-undang sesuai dengan tuntutan jaman. Kebebasan yang terikat dan keterikatan yang bebas dapat melalui pelbagai penafsiran, seperti penafsiran undang-undang, analogi (abstraksi), *Rechtsverfijning/determinatie* yaitu membuat pengkhususan dari suatu asas dalam undang-undang yang mempunyai arti luas (dari luas ke khusus). Sedangkan apabila dikaji dari pandangan doktrina, maka ada dua alasan pentingnya eksistensi yurisprudensi di Indonesia. *Pertama,* yurisprudensi erat kaitannya dengan pembaharuan dan pembinaan hukum seperti apa yang dikatakan oleh Mochtar Kusumaatmadja:

> "Walaupun perundang-undangan merupakan teknik utama untuk melaksanakan pembaharuan hukum, pembaharuan kaidah-kaidah dan asas serta penemuan arah atau bahan bagi pembaharuan kaidah demikian juga menggunakan sumber-sumber hukum lain yaitu keputusan badan-badan peradilan (yurisprudensi), sedangkan tulisan sarjana hukum yang terkemuka disebut pula sebagai sumber tambahan."[4]

---

3 E.C.W. Thomas, *The Judicial Process*, (New York: Clarendon Press), hlm, 334-346.

4 Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional, Suatu uraian tentang Landasan Pikiran, Pola dan Mekanisme Pembaharuan Hukum di Indonesia,* (Bandung: Binacipta 1976), hal. 12.

Kedua, Soepomo menyatakan, bahwa:

> "Di Indonesia, hakim tidak terikat oleh putusan-putusan hakim yang telah ada, akan tetapi, dalam praktik Pengadilan, sebagai juga dalam praktik Pengadilan di negara-negara Eropah, hakim bawahan sangat memperhatikan putusan-putusan hakim atasan berhubung pula dengan adanya kemungkinan permohonan banding dan kasasi. Berhubungan dengan itu, jurisprudensi dari hakim atasan merupakan sumber penting untuk menemukan hukum obyektif yang harus diselenggarakan oleh para hakim."[5]

Demikianlah secara selintas arti pentingnya yurisprudensi dari aspek teoritik dan praktik peradilan. Apabila dibandingkan dan disandingkan dengan sistem hukum yang ada didunia dan dikaitkan dalam konteks di atas, maka terlihat adanya perbedaan pengertian yurisprudensi di negara yang menganut sistem hukum *Civil Law* atau Eropa Kontinental seperti Indonesia dengan negara yang menganut Sistem *Common Law/Anglo Saxon/Case law* seperti di negara Inggris, Amerika Serikat, dan lain-lain.

Pada hakikatnya maka yurisprudensi di negara-negara yang sistem hukumnya Comman Law seperti di Inggris atau Amerika Serikat, mempunyai pengertian yang lebih luas, di mana yurisprudensi berarti ilmu hukum. Sedangkan pengertian yurisprudensi di Negara-negara Eropa kontinental termasuk kita di Indonesia yang berdasarkan asas konkordansi juga menganut sistem itu, maka yurisprudensi hanya berarti putusan pengadilan. Yurisprudensi yang kita maksudkan sebagai putusan pengadilan, di negara-negara Anglo Saxon dinamai preseden.[6]Dikaji dari aspek teoritik dan praktik peradilan, pada hakikatnya yurisprudensi dapat dibagi menjadi 2 (dua) klasifikasi, yaitu:

1. Yurisprudensi (biasa) di mana seluruh putusan pengadilan yang telah bersifat "*inkracht van gewijsde*" yaitu telah berkekuatan hukum tetap, seperti misalnya putusan

5 Lie Oen Hock, *Jurisprudensi Sebagai Sumber Hukum,* (Pidato Pengukuhan Guru Besar Universitas Indonesia tanggal 19 September 1959), hal. 24.

6 Achmad Ali, *Menguak Tabir hukum (Suatu kajian Filosofis dan Sosiologis),* (Jakarta: Gunung Agung, 2004), hal. 12.

perdamaian, seluruh putusan Mahkamah Agung RI, dan lain sebagainya.

2. Yurisprudensi tetap *(vaste jurisprudentie)* yaitu putusan hakim yang selalu diikuti oleh hakim lain dalam perkara yang sejenis.

Pada asasnya yurisprudensi adalah hukum *(judge made law)* dan mempunyai kekuatan mengikat terhadap para pihak (Pasal 1917 KUH Perdata) serta mengikat berlandaskan asas *Res Judicata Proveri ate Habetur.* Apabila diperbandingkan secara selintas kekuatan mengikat yurisprudensi dalam sistem hukum eropa kontinental seperti di Indonesia dan sistem hukum *comman law* maka terletak pada tidak terikatnya hakim pada peradilan bawahan terhadap suatu yurisprudensi pada sistem hukum eropa kontinental seperti Indonesia. Tegasnya, menurut Z. Asikin Kusumaatmadja, maka kekuatan mengikat yurisprudensi di Indonesia bersifat *"Persuasive precedent"*. Lain halnya di negara-negara penganut Anglo Saxon, di mana dianut adanya sistem *"the binding force of precedent"* atau asas *"stare decisis"* atau asas *"stare decisis et quita non movere"*. Secara gradual asas ini mengikat hakim pada yurisprudensi untuk perkara serupa, dengan isi yurisprudensi yang bersifat esensial yang disebut *ratio decidendi*. Pada asasnya, lembaga preseden dalam sistem hukum *Comman law system* menentukan ketentuan-ketentuan hukum itu dikembangkan dalam proses penerapannya. Hal ini berarti, bahwa ia merupakan hasil karya dari para hakim dan bukan dari para ahli hukum yang lain, seperti pengajar-pengajar pada perguruan tinggi, bagaimanapun pandainya mereka ini. Sebaliknya, karya-karya hakim itu hanya diakui sebagai hukum manakala ia dihasilkan dalam suatu proses pengadilan. Pendapat seorang hakim yang dinyatakan di luar tugasnya mengadili, bukan merupakan ketentuan hukum yang sah.[7]

Akan tetapi, walaupun di Indonesia yurisprudensi secara teoritik dan praktik bersifat *"persuasieve precedent"* akan tetapi dalam praktiknya tidak sedikit yurisprudensi tersebut dijadikan acuan oleh hakim bawahannya *(yudex facti)*. Menurut Utrecht ada 3 (tiga) sebab maka seorang hakim menurut keputusan seorang hakim lain:[8]

---

7 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum,* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hal. 113.

8 Utrecht, *Op. Cit*, hal. 122-123.

1. Keputusan hakim mempunyai kekuasaan (gezag) terutama apabila keputusan itu dibuat oleh Pengadilan Tinggi atau oleh Mahkamah Agung Dapat dikatakan: karena suatu sebab yang psikologis, maka seorang hakim menurut keputusan seorang hakim lain yang kedudukannya lebih tinggi.
2. Di samping sebab yang psikologis itu ada juga sebab praktis, maka seseorang hakim menurut keputusan yang telah diberi oleh seorang hakim yang kedudukannya lebih tinggi. Bila seorang hakim memberi keputusan yang isinya berbeda dari pada isi keputusan seorang hakim yang kedudukannya lebih tinggi, yaitu seorang hakim yang mengawasi pekerjaan hakim yang disebut pertama, maka sudah tentu pihak yang tidak menerima keputusan itu akan meminta apel atau revisi, yaitu naik banding. Pihak yang tidak menerima keputusan tersebut akan meminta perkaranya dapat dibawa ke muka hakim itu yang kedudukannya lebih tinggi daripada kedudukan hakim yang telah memutuskan perkaranya, dan yang pernah memberi keputusan mengenai suatu perkara yang coraknya sama tetapi bunyinya keputusan berlainan.
3. Akhirnya, ada sebab: hakim menurut keputusan hakim lain, karena ia menyetujui isi keputusan hakim lain itu, yang sebab persesuaian pendapat.

Dalam konteks Indonesia, pelaksanaan sistem hukum yang dianut cenderung tidak mendukung suatu pengembangan hukum melalui yurisprudensi khususnya dalam perkembangan hukum tata negara Indonesia. Salah satu faktor pembaharuan hukum tata negara positif adalah melalui perubahan konstitusi. Salah satu begawan konstitusi K.C Wheare mengemukakan bahwa konstitusi dapatlah berubah dikarenakan oleh beberapa sebab, antara lain:[9]

1. *Some primary forces*
2. *Formal amandment*
3. *Judicial interpretation*
4. *Usage and customs*

Wheare juga menjelaskan mengenai beberapa kekuatan-kekuatan yang dapat mengubah konstitusi tersebut. Misalnya, dalam kondisi

9 K. C Wheare, *Modern Constitutions*, (London-Toronto: Oxford, 1998), hal. 104-184.

perang berkecamuk yang melibatkan negara federal maka cenderung akan menjadi negara kesatuan. Kewenangan-kewenangan negara bagian dalam masa damai bisa berubah menjadi kewenangan negara federal dalam kondisi tersebut. Akibatnya, kekuasaan menjadi sangat sentralistik yang merupakan ciri pokok negara kesatuan. Hal itu menurut Wheare bukan dikarenakan berubahnya ketentuan dalam konstitusi, melainkan kondisi tersebut menyebabkan pemerintah mengabaikan konstitusi demi kepentingan yang lebih tinggi yaitu perlindungan negara.[10] Pengabaian konstitusi dalam kondisi tersebutlah yang menyebabkan konstitusi telah berubah secara informal.

Peristiwa lainnya yang dapat memaksa terjadinya perubahan konstitusi secara informal adalah melalui *social force* adalah revolusi, *coup d'etat*, *putsch*, *convention*, dan ditambahkan Djokosoetono melalui *interpretasi*. Perubahan UUD 1945 melalui interpretasi tersebut juga pernah terjadi pada masa Orde Baru bahkan Orde Lama. Harun Alrasid mengemukakan bahwa hal itu terjadi akibat terdapatnya aturan lain, seperti Ketetapan (TAP) MPR, yang mengatur mengenai hal-hal yang tidak jelas dipaparkan dalam Pasal-Pasal UUD 1945. Bahkan sependapat dengan Harun Alrasid, Mohammad Fajrul Falaakh memberikan gambaran mengenai perubahan konstitusi melalui praktik di luar ketentuan pasal-pasal konstitusi namun dapat diterima secara luas pemberlakuannya. Fajrul Falaakh mencontohkan kondisi tersebut ketika terjadinya perubahan sistem pemerintahan presidensiil menjadi parlementer ketika di awal kemerdekaan Indonesia.[11] Fajrul Falaakh juga menganggap MPR ketika pada masa Orde Baru dapat dengan mudah melakukan perubahan konstitusi, baik melalui penafsiran maupun penambahan ketentuan asli.[12] Perubahan konstitusi melalui tindakan hukum MPR tersebut menurut Harun Alrasid dapat dilihat dari contoh-contoh sebagai berikut;[13]

---

10 *Ibid.*

11 Mohammad Fajrul Falaakh, *Komisi Konstitusi dan Peran Rakyat dalam Perubahan UUD 1945, Jurnal Analisa CSIS Tahun XXXI/2002 No.2*, Penerbit Centre for Strategic and International Studies, hal. 194.

12 *Ibid*, hal. 190.

13 Harun Alrasid, *Penetapan UUD dan Perubahan UUD dalam Teori dan Praktek*, Merupakan Pidato Purna Bakti Harun Alrasid sebagai Guru Besar Tetap Fakultas Hukum Universitas Indonesia, diucapkan pada hari Sabtu, 20 Juli 1996 di Auditorium Djokosoetono, Kampus Universitas Indonesia, Depok-Jawa Barat, hal. 28.

(1) Penambahan syarat umur pada calon Presiden pada TAP MPR[14], sehingga terjadi perubahan terhadap Pasal 6 ayat (1) UUD 1945 (sebelum amandemen), sehingga bunyinya menjadi; "Presiden dan Wakil Presiden ialah orang Indonesia asli yang berumur sekurang-kurangnya 40 tahun";

(2) MPR melalui TAP MPR No. I/MPR/1983 tentang Peraturan Tata Tertib yang juga mengatur mengenai proses pengambilan keputusan telah menyebabkan terjadinya perubahan makna teks Pasal 2 ayat (3) UUD 1945 (sebelum amandemen) menjadi; "Segala putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat ditetapkan dengan cara musyawarah untuk mufakat atau pemungutan suara dengan mengutamakan cara pertama";

(3) Dalam hal berkaitan dengan kewenangan MPR untuk memberhentikan Presiden telah pula mengubah Pasal 8 UUD 1945 (sebelum perubahan) menjadi berbunyi sebagai berikut; "Jika Presiden mangkat, berhenti, tidak dapat melakukan kewajiban, atau diberhentikan, maka ia digantikan oleh Wakil Presiden sampai habis waktunya";

(4) Dalam hal kekosongan hukum mengenai pengisian jabatan Wakil Presiden telah menyebabkan terjadinya perubahan UUD 1945 menjadi berbunyi seperti berikut ini; "Jika Wakil Presiden mangkat, berhenti, atau tidak dapat melakukan kewajibannya, atas permintaan Presiden dan/atau Dewan Perwakilan Rakyat, MPR mengadakan sidang istimewa untuk memilih Wakil Presiden baru yang memegang jabatannya selama sisa masa jabatan Wakil Presiden yang digantikannya";

(5) Kemudian Harun Alrasid memberikan contoh telah terjadinya perubahan konstitusi pada masa Orde Lama yang berkaitan dengan masuknya Kepolisian Republik Indonesia (POLRI) yang sebelumnya bernama Angkatan Kepolisian Republik Indonesia (AKRI) ke dalam Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (ABRI) yang sebelumnya bernama Angkatan Perang Republik Indonesia (APRI) sehingga perubahan tersebut menyebabkan Pasal 10 UUD menjadi berbunyi sebagai berikut; "Presiden memegang kekuasaan

14 Harun Alrasid tidak menyebutkan secara jelas Nomor TAP MPR yang ia contohkan. *Ibid.*

yang tertinggi atas angkatan Darat, Angkatan Laut, Angkatan Udara, dan Kepolisian Negara".

Menurut Harun Alrasid sesungguhnya masih terdapat beberapa perubahan lain namun kelima (5) contoh tersebut telah cukup membuktikan bahwa telah terjadi perubahan UUD di luar ketentuan perubahan yang diatur oleh UUD 1945 itu sendiri.[15] Dari kesimpulan Harun Alrasid tersebut di atas, nyatalah bahwa perubahan konstitusi tidak dapat tidak pasti akan terjadi. Pensakralan UUD 1945 selama masa Orde Lama maupun Orde Baru mengakibatkan dilakukannya perubahan secara 'sembunyi-sembunyi' demi perkembangan kondisi ataupun kepentingan penguasa ketika itu melalui pelbagai cara (contohnya, melalui TAP MPR).

Jika ditinjau suasana ketatanegaraan Indonesia pasca perubahan UUD 1945, maka terdapat juga beberapa kemungkinan terjadinya perubahan informal konstitusi, terutama sebagaimana telah dikemukakan oleh Djokosoetono dan Wheare di atas, yaitu melalui interpretasi hakim. Kehadiran Mahkamah Konstitusi (MK) membuka ruang terjadi interpretasi konstitusi oleh para hakim. Penafsiran oleh lembaga judicial tersebut diberikan melalui kewenangan pengujian produk hukum (*toetsingrecht*). *Toetsingrecht* oleh lembaga peradilan (*judicial review*) sendiri memiliki perdebatan yang sangat melelahkan di antara pakar ilmu hukum tata negara di pelbagai pelosok dunia.

C. Penafsiran Konstitusi dan Konstruksi Kontitusi

Penafsiran konstitusi merupakan terjemahan dari *constitutional interpretation*.[16] Albert H. Y. Chen menggunakan istilah *constitutional interpretation* dikarenakan menurutnya berbeda dengan *interpretation of statues*. Penafsiran konstitusi merupakan penafsiran terhadap

15 *Ibid.*, hal. 29.

16 Dalam kepustakaan berbahasa Inggris, istilah *constitutional interpretation* banyak digunakan oleh para ahli hukum tata negara untuk memberikan pengertian tentang dan cara menafsirkan konstitusi. Ini dapat dilihat seperti dalam tulisan-tulisan Craig R. Ducat, *Constitutional Interpetation*, (California: Wordsworth Classic, 2004); Charles Stanford (editor), *Interpreting Constitutions Theories, Principles, and Institustions*, (Sydney: The Federation Press, 1996); dan Jack N. Rakove (ed.), *Interpreting Constitutions*: *The Debate Over Original Intent*, (Michigan: Northeastern University Press, 1990); dan sebagainya.

ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam konstitusi atau undang-undang dasar, atau dapat disebut sebagai *interpretation of the Basic Law*.[17] Penafsiran konstitusi merupakan hal yang tak terpisahkan dari aktivitas *judicial review* sebagaimana diungkapkan oleh Chen[18]

> *"The American experience demonstrate that constitutional interpretaion is inseparable from judicial review of constitutionally of government actions, particuraly legislative enactment. Such judicial review was first established by the American Supreme of Court in Marbury vs Madison (1803)."*

Penafsiran konstitusi yang dimaksudkan disini adalah penafsiran yang digunakan sebagai suatu metode penemuan hukum (*rechtsvinding*) sebagaimana yang pernah diutarakan oleh Harold J. Laski bahwa *the court finds the law, but in finding it the court also make it.*[19]Metode penafsiran konstitusi menjadi suatu keniscayaan mengingat konstitusi merupakan suatu hal yang bersifat mendasar bahkan R. Dworkin mengutarakan bahwa konstitusi mempunyai 'moral' yang mengendap di dalamnya yang perlu digali dalam menilai suatu norma ataupun pengujian norma yang ada di bawahnya.[20] Montesquieu pernah berujar mengenai kriteria dalam menyusun konstitusi, antara lain:

1. Gaya penuturannya hendaknya padat dan sederhana. Ini mengandung arti bahwa pengutaraan dengan mengungkapkan kebesaran (grandiose) dan retorik hanyalah percuma dan menyesatkan. Istilah-istilah yang dipilih hendaknya sejauh mungkin bersifat mutlak dan tidaklah nisbi, sehingga dengan demikian membuka sedikit kemungkinan bagi perbedaan pendapat individual
2. Konstitusi hendaknya membatasi dirinya pada hal-hal yang nyata dan aktual dengan menghindari hal-hal yang bersifat metafora dan hipotesis.

---

17 Albert H.Y. Chen, *The Interpretation of Basic Law-Common Law and mainland Chinese Perspective*, (Hong Kong: Hong Kong Journal Ltd, 2000), hal. 1.

18 *Ibid*, hal. 2.

19 Harorld J. Laski, *A Grammar of Politics*, (London: George Allen & Unwin Ltd, 1941), hal. 542.

20 Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, (Cambridge: Harvard University Press, 1996), hal. 30.

3. Peraturan-peraturan (termasuk konstitusi atau undang-undang dasar) hendaknya jangan terlampau tinggi, oleh karena ia ditujukan untuk orang-orang dengan tingkat kecerdasan tengah-tengah saja; peraturan itu bukanlah latihan dalam penggunaan logika, melainkan hanya penalaran sederhana yang bisa dilakukan oleh orang-orang biasa.
4. Janganlah masalah pokoknya dikacaukan dengan kekeliruan, pembatasan atau modifikasi, kecuali dalam hal-hal yang sangat diperlukan.
5. Peraturan tidak boleh mengandung argumentasi; adalah berbahaya untuk memberikan alasan terperinci bagi suatu peraturan, oleh karena yang demikian itu hanya akan membuka pintu untuk pertentangan pendapat
6. Akhirnya, di atas itu semua, ia harus dipertimbangkan dengan penuh kematangan dan mempunyai kegunaan praktis dan jangan hendaknya ia mengguncangkan hal-hal yang elementer dalam penalaran dan keadilan serta *la nature de choices*. Peraturan-peraturan yang lemah, yang tidak perlu dan tidak adil akan menyebabkan orang tidak menghormati perundang-undangan dan menghancurkan otoritas negara.[21]

Dalam studi ilmu konstitusi lazim membahas mengenai perihal penafsiran. Hal ini dikarenakan objek pembahasan dalam ilmu konstitusi sendiri adalah konstitusi itu pula. Jimly Asshiddiqie mengutarakan bahwa studi perihal penafsiran naskah hukum dalam hal ini konstitusi merupakan suatu hal yang niscaya, karena gagasan dan semangat yang terkandung dalam suatu konstitusi selalu terkait erat dalam ruang dan waktu, dalam artian bahwa suatu konstitusi erat kaitannya dengan situasi di mana dan ketika naskah hukum itu dirumuskan dan ditetapkan.[22] Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo

21 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006), hal. 94-95.

22 Lebih dalam Jimly mengutarakan bahwa dalam perkembangan waktu, situasi dimaksud sering kali mengalami perubahan dikarenakan tuntutan perkembangan masyarakat, dan karena itu lazim dikatakan bahwa suatu naskah hukum memerlukan waktu pula yang lama didahului oleh suatu penelitian mendalam guna merekam tuntutan rasa keadilan dalam masyarakat. Setelah perancangan dan perumusan diselesaikan.

mengemukakan bahwa interpretasi atau penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum yang dimaksudkan agar memberikan penjelasan secara komprehensif mengenai suatu naskah hukum agar dapat diterapkan pada suatu peristiwa tertentu. Lebih lanjut, metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna naskah hukum. Mengenai pembenaran terhadap apa yang ditafsirkan, itu terletak pada kegunaan untuk melaksanakan ketentuan yang konkret dan bukan untuk kepentingan metode itu sendiri.[23] Selain penafsiran hukum, dikenal pula konstruksi hukum sebagai salah satu metode lainnya dalam melakukan penemuan hukum selain penafsiran. Namun, sebagian sarjana mengutarakan bahwa sebenarnya metode konstruksi juga merupakan varian saja, atau termasuk bentuk lain dari metode penafsiran juga, sehingga macam dan jenis metode penafsiran itu pun dikelompokkan secara berbeda dari sarjana lainnya.[24]

Mengenai penemuan hukum, dikenal 2 (dua) teori penemuan hukum, yaitu (1) penemuan hukum heteronom; dan (2) penemuan hukum otonom. Penemuan hukum heteronom terjadi pada saat hakim dalam memutus perkara dan menetapkan hukum menganggap dirinya terikat pada kaidah-kaidah hukum yang disodorkan dari luar dirinya. Diandaikan bahwa makna atau isi dari kaidah pada prinsipnya dapat ditemukan dan ditetapkan secara objektif, atau setidaknya dapat ditetapkan dengan cara yang sama oleh setiap orang.

Lalu, Penemuan hukum otonom artinya menunjuk pada kontribusi pemikiran hakim. Hakim dapat memberikan masukan atau kontribusi melalui metode-metode interpretasi yang sesuai dengan model penemuan hukum legalistik atau melalui metode-metode interpretasi yang baru seperti metode interpretasi teleologikal dan evolutif dinamikal di mana hakim menetapkan apa tujuan, rentang jangkauan atau fungsi

---

Diperlukan pula waktu yang tidak sedikit untuk membahas dan menetapkannya menjadi suatu kode hukum yang berlaku positif dalam suatu masyarakat, yang biasa dilakukan menurut prosedur hukum dan politik tertentu. Sehingga Jimly mengutarakan bahwa masuk akal jika dikatakan bahwa hukum itu selalu tertinggal dari perkembangan masyarakat. Jimly Assdhiqqie, *Teori dan Aliran Penafsiran Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Indo Hill Co, 1997), hal. 14-15.

23 Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, (Bandung: Jendela Mas Pustaka, 2008), hal. 73-74.

24 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid 1*, (Jakarta: Konpress, 2006), hal. 273-274.

dari suatu kaidah hukum, kepentingan-kepentingan apa yang hendak dilindungi oleh kaidah hukum itu, dan apakah kepentingan tersebut benar-benar terlindungi apabila kaidah hukum itu diterapkan ke dalam suatu kasus konkret dalam konteks kemasyarakatan yang aktual. Metode interpretasi teleologikal dan evolutif dinamikal ini juga memberikan kepada hakim alternatif kemungkinan untuk menelaah apakah makna yang pada suatu saat secara umum selalu diberikan pada suatu kaidah hukum tertentu masih sesuai dengan perkembangan aktual masyarakat. Penafsiran sebagai salah satu metode dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*), berangkat dari pemikiran, bahwa pekerjaan kehakiman memiliki karakter logikal. Sebagaimana dikemukakan Sudikno bahwa interpretasi atau penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa yang konkret, sehingga makna yang tersirat dalam suatu naskah hukum dapat terkuak dan diterapkan sebagaimana mestinya.[25]

Penafsiran konstitusi merupakan salah satu jalan untuk dapat mengubah UUD. Hal ini dikemukakan oleh seorang begawan konstitusi, K.C Wheare. Ia mengungkapkan bahwa perubahan konstitusi dapat ditempuh melalui beberapa sebab yang salah satunya adalah melalui *judicial interpretation*.[26] Menurutnya perubahan konstitusi melalui metode *judicial interpretation* lekat dan erat kaitannya dengan mekanisme *judicial review* yang dilakukan oleh kekuasaan kehakiman.[27] Konsep pengujian konstitusional norma sendiri tidak lahir secara *given* melainkan lahir melalui *movement*. Kewenangan *judicial review* lahir dikarenakan hasil penemuan hukum oleh hakim, walaupun banyak sarjana yang mengemukakan bahwa pandangan Hans Kelsen mengenai *staufenbau theorie* yang menginspirasi adanya suatu mekanisme pengujian norma, namun sesungguhnya mekanisme pengujian konstitusional norma lebih dahulu muncul dibandingkan teori Hans Kelsen tersebut.

Pengujian konstitusional norma lahir dikarenakan paham supremasi konstitusi. Walaupun erat dengan gagasan *staufenbau theorie*

---

25 K.C Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Judul Asli: *Modern Constitustions*, (Bandung: Nusamedia, 2011), hal. 104.

26 *Ibid.*, hal. 104-120.

27 *Ibid.*

namun gagasan supremasi konstitusi lebih dahulu muncul melalui putusan *Chief* John Marshal (ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat) melalui perkara *Marbury Vs Madison*. Perkara inilah yang memunculkan ajaran bahwa setiap produk hukum ataupun tindak tanduk yang dilakukan penyelenggara negara tidak dapat melampaui konstitusi. Perkara *Marbury Vs Madison* ini sesungguhnya adalah putusan *ultra petita*, hal ini jelas bertentangan dengan asas peradilan perdata bahwa "hakim tidak boleh memutus melebihi apa yang diminta". Namun, John Marshall mengungkapkan argumennya terhadap putusan *ultra petita* yang diputusnya, antara lain:[28]

1. Hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi, sehingga jika ada peraturan yang bertentangan dengan konstitusi, maka hakim harus melakukan uji materi.
2. Konstitusi adalah *the supreme law of the land* sehingga harus ada pengujian terhadap peraturan yang di bawahnya agar *the supreme law* itu tidak dilangkahi isinya.
3. Hakim tidak boleh menolak perkara, sehingga kalau ada permintaan *judicial review* harus dipenuhi.
4. Mahfud MD menambahkan ketiga alasan tersebut melalui disertasi beliau pada tahun 1993 dengan satu alasan lagi tentang perlunya *judicial review*, yakni karena hukum adalah produk politik, maka harus ada mekanisme pengujian agar isi maupun prosedur pembuatannya benar atas kehendak pemegang kekuasaan politik. Hal ini penting karena hukum (dalam arti UU) merupakan kristalisasi atau formalisasi atau legalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling bersaingan baik karena hegemoni maupun karena kompromi.

Alasan tersebut merupakan *milestone* dalam kaitannya dengan cikal bakal dari pengujian konstitusionalitas. Setelah itu, perkembangan mengenai teori penafsiran konstitusi menjadi meluas. Kebutuhan untuk mengadakan penafsiran-penafsiran semacam ini tidaklah dapat disangkal kebutuhannya dikarenakan perkembangan zaman dan kompleksitas permasalahan menghendakinya. Ilmu pengetahuan tidak mungkin membiarkan semua orang menggunakan cara-cara secara

28 Moh. Mahfud. MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontrovesi dan Isu*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), hal. 258-259.

sendiri-sendiri untuk memahami dan menerapkan ketentuan konstitusi bagi kepentingannya masing-masing. Lebih-lebih lagi, dalam rangka pelaksanaan tugas-tugas lembaga tinggi negara khususnya kekuasaan kehakiman yang menjalankan pengujian konstitusionalitas. Selama ini, terdapat beberapa metode penafsiran yang dikembangkan oleh para ahli, yaitu:[29]

1. Metode penafsiran 'letterlijk' (*what does the word mean?*)
2. Metode penafsiran gramatikal (*what does linguistically mean?*)
3. Metode penafsiran historis (*what the historical background of the formulation of a text?*)
4. Metode penafsiran sosiologis (what does the social context of the even to be legally judged?)
5. Metode penafsiran sosio-historis (*asbabunnuzul dan asbabul wurud, what does the social context behind the formulation of the text*)
6. Metode Penafsiran filosofis (*what is philosophical thought behind the ideas formulted in the text*)
7. Metode penafsiran teleologis (*what does the articles would like to achieve by formulated text*)
8. Metode penafsiran holistik yang mengaitkan penafsiran suatu naskah hukum dengan konteks keseluruhan jiwa dari naskah tersebut.
9. Metode penafsiran tematis-sistematis (*what the theme of the articles formuated, or how to understand the articles systematically according to the grouping of the formulation*).

D. Constitutional Review as A Tool of Constitutional Law Engineering

Melihat perkembangan kekinian, maka tampak bahwa *constitutional review y*ang dilakukan oleh MK telah membawa hukum

29 Jimly Assshiddiqie, Teori dan Aliran Penafsiran Hukum Tata Negara, *Op. Cit,* hal. 17-18.

tata negara Indonesia yang cenderung stagnan menjadi lebih dinamis. *Judicial activism* yang dilakukan oleh MK saat ini tidak hanya berfungsi agar UU yang dimohonkan diuji konstitusionalitasnya tidak terpaku kepada pengujian norma belaka, namun terdapat upaya MK untuk melakukan pembenahan norma sehingga gagasan norma tersebut dapat diejawantahkan menjadi yang lebih baik. Pada umumnya UU terjebak kepada permainan bahasa, sehingga kerap kali bahasa yang digunakan oleh pembentuk UU tidak mengkristalisasi gagasan-gagasan pembentukan UU tersebut. Walaupun tidak dapat pula dipungkiri bahwa terdapat banyak UU yang sarat dengan kepentingan golongan tertentu sehingga bertentangan dengan nilai-nilai konstitusi dan MK pun menyatakan bahwa norma (atau bahkan UU tersebut inkonstitusional).

Apabila mengamati beberapa putusan MK yang fenomenal seperti putusan No. 066/ PUU-II/2004 (Pembatalan Pasal 50 UU No 24 Tahun 2003), Putusan No. 133/PUU-VII/2009 (putusan sela perkara Bibit-Chandra), Putusan No.072-073/PUU-II/2004 (Pemilukada merupakan rezim pemilu), Putusan No. 138/PUU-VII/2009 (MK berwenang menguji Perppu), Putusan No 5/PUU-V/2007 (calon Independen), Putusan No.01/PUU-VIII/2010 (usia minimum anak), Putusan No. 41/ PHPU.D-VI/2008 (pemilukada Surabaya), dan Putusan No. 02/ PUU-VII/2009 (norma positif terkait DPT), dapat diketahui bahwa MK telah sering kali melakukan terobosan-terobosan yang sering kali melampaui batas kewenangannya yang sudah diatur melalui undang-undang. Namun, ada sesuatu yang menarik dari setiap putusan-putusan tersebut yakni bagaimana metode penafsiran yang digunakan adalah tidak melalui pendekatan tekstual semata. Seperti yang terjadi pada Putusan No. 41/PHPU.D-VI2008, Putusan No. 102/PUU-VII/2009, No. 138/PUU-VII/2009 , dan Putusan No.01/PUU-VIII/2010.

Di dalam Putusan No. 41/PHPU.D-VI/ 2008, MK sesungguhnya secara tidak langsung telah mengubah ketentuan UUD NRI Tahun 1945 yang hanya menyatakan secara tegas pada Pasal 24C ayat (1) bahwa MK berwenang memutus *perselisihan hasil pemilihan umum*. Di dalam putusan tersebut MK menyatakan bahwa masalah sengketa pemilu (khususnya pemilukada) MK tidak hanya memutus perselisihan hasil dalam arti formil atau hanya berkenaan dengan kalkulasi semata. Namun, MK juga perlu memeriksa proses ataupun bagaimana penyelenggaraan pemilu tersebut. Apakah terdapat pelanggaran yang bersifat terstruktur, dan masif menjadi salah satu pertimbangan

apakah suatu penyelenggaraan pemilu dinilai sebagi suatu hal yang konstitusional ataupun tidak.

Di dalam Putusan No. 102/PUU-VII/2009, MK telah melakukan pengujian terhadap pasal berkenaan dengan Daftar Pemilih Tetap (DPT) yang dijadikan dasar untuk seseorang dijadikan sebagai daftar pemilih dalam pelaksanaan pemilu dalam konteks kasus ini adalah pemilu pilpres tahun 2009. Namun, ketentuan pasal yang diujikan di dalam perkara *a quo* ternyata penerapannya merugikan banyak hak konstitusional warga negara, dikarenakan banyak kekacauan dalam pendataan DPT tersebut. Pada akhirnya MK memutus bahwa pasal yang berkenaan dengan DPT tersebut adalah *conditionally constitutional* sepanjang diartikan bahwa tidak terdaftar dalam daftar pemilih tetap (DPT) tetap bisa menggunakan hak pilihnya dengan syarat dan cara sebagai berikut:[30]

1. Selain warga negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT warga negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk/KTP yang masih berlaku/Paspor yang masih berlaku bagi warga negara Indonesia yang berada di luar negeri;
2. Warga negara Indonesia yang menggunakan KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga/KK atau nama sejenisnya;
3. Penggunaan hak pilih bagi warga negara Indonesia yang menggunakan KTP yang masih berlaku hanya dapat digunakan di tempat pemungutan suara? TPS yang berada di RT/RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera dalam KTP-nya;
4. Warga negara Indonesia sebagaimana disebutkan dalam angka tiga di atas, sebelum menggunakan hak pilihnya, terlebih dahulu mendaftarkan di pada KPPS setempat;
5. Warga negara Indonesia, yang menggunakan hak pilihnya dengan KTP/Paspor dilakukan pada 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS/ TPS luar negeri.

Putusan MK tersebut tentu berpihak kepada warga negara Indonesia, karena dengan putusan tersebut, MK telah mengembalikan

30 Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009

Hak Konstitusional warga negara Indonesia yaitu prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principal*) sebagaimana pada pasal 27 ayat 1 dan Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945. Putusan tersebut sebagaimana dalam UUD NRI Tahun 1945 yang mencerminkan asas demokrasi, Pasal 27 ayat 1 bukan hanya menjamin persamaan kedudukan dalam hukum saja, tetapi juga persamaan hak dan kewajiban dalam politik dan sosial.[31] Pada putusan ini MK sebenarnya juga mengubah kewenangannya sendiri sebagaimana termaktub pada Pasal 24C ayat (1) yang menyatakan bahwa MK berwenang *Menguji UU terhadap UUD*. Di dalam putusan ini, MK tidak hanya sekedar menguji konstitusionalitas dari suatu norma yang dimohonkan diuji namun, MK juga melakukan *legislative review* yakni dengan cara membentuk norma baru yang "dikiranya" dapat menjadi bermanfaat maupun berkeadilan. Pertanyaannya apakah itu dibolehkan? Sepanjang ketentuan yang mengatur mengenai MK sendiri, jenis putusan *conditionaly constitutional* tidaklah dikenal. Dikarenakan MK hanya diberikan kewenangan untuk menyatakan bahwa suatu norma ataupun UU bertentangan atau tidak dengan UUD, sedangkan jenis putusan *conditionaly constitutional* merupakan salah satu metode pengubah hukum yang dinyatakan K.C Wheare melalui *judicial intrepretaion*. Hal sebagaimana dikemukakan di dalam Putusan tersebut juga terjadi serupa dengan putusan No.01/PUU-VIII/2010 berkenaan dengan usia dapat dipertanggungjawabkannya anak. Yang sebelumnya berusia minimal 8 tahun berubah menjadi 12 Tahun melalui metode putusan yang kurang lebih sama.

Pada perkara Nomor: 008/PUU-II/2004 mengenai uji konstitusional UU No. 23 Tahun 2003 Tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap UUD 1945 terdapat penafsiran MK yang mengubah secara tidak langsung *text* UUD 1945 itu sendiri. Pasal 6 ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa:

> "Calon Presiden dan calon Wakil Presiden harus seorang warga negara Indonesia sejak kelahirannya dan tidak pernah menerima kewarganegaraan lain karena hendaknya sendiri, tidak pernah mengkhianati negara, '*serta mampu secara rohani dan jasmani*' untuk melaksanakan tugas dan kewajiban

31 Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-Unsurnya*, (Jakarta: UI-Press, 1995), hal. 132.

sebagai Presiden dan Wakil Presiden"

Kalimat 'mampu secara rohani dan jasmani' didefinisikan oleh MK dengan tafsir; 'bahwasanya calon Presiden dan Wakil Presiden harus dalam kondisi sehat secara rohani dan jasmani dalam melaksanakan tugas dan kewajiban kenegaraan dimaksud' (halaman 28 Putusan 008/ PUU-II/2004). Secara *textual* tentu saja terdapat perbedaan yang sangat jauh antara kata 'mampu secara rohani dan jasmani dengan 'harus dalam kondisi sehat' secara rohani dan jasmani. Melalui Putusan ini MK telah melakukan perubahan secara *textual meaning* dari pasal 6 ayat (1) UUD 1945.

Dalam perkara No. 005/PUU-IV/2006 mengenai uji konstitusionalitas UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial terhadap UUD 1945, Hakim Konstitusi memberikan penafsiran terhadap makna hakim yang dicantumkan Pasal 24 B ayat (1) UUD 1945. MK dalam amarnya tidak memasukkan Hakim Konstitusi sebagai bagian dari kata 'hakim' dalam ketentuan Pasal 24 B UUD 1945. Sebaliknya menurut putusan MK tersebut Hakim Agung merupakan bagian dari Pasal 24 B UUD 1945. Putusan MK tersebut secara tidak langsung telah mengubah bunyi Pasal 24 B ayat (1) UUD 1945 dari berbunyi (*original meaning*): "*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,*" menjadi bermakna (*textual meaning*): "*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, kecuali Hakim Konstitusi.*"

Perkara yang menjadi pertentangan saat ini adalah pada putusan MK dengan Nomor Registrasi : 2 -3/PUU-V/2007 mengenai uji konstitusionalitas Pasal 80 ayat (1), Pasal 80 ayat (2) huruf (a), Pasal 80 ayat (3) huruf (a), Pasal 81 ayat (3) huruf (a), Pasal 82 ayat (10) huruf (a), Pasal 82 ayat (2) huruf (a) dan Pasal 82 ayat (3) huruf (a) dari UU No. 22 Tahun 1997 Tentang Narkotika yang mengatur mengenai Tindak Pidana Mati (*death penalty/ capital punishment*). Pada perkara ini MK menafsirkan *text* Pasal 28 A dan Pasal 28 I UUD 1945 dengan memberikan pengertian lain dari *original intent* Pasal-pasal tersebut. Terhadap 'hak untuk hidup' yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun tersebut MK memberikan tafsiran berdasarkan ketentuan Pasal

28 J ayat (2) yang berbunyi :

> "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada 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"

Sehingga MK berpendapat bahwa hukuman mati merupakan pembatasan yang ditetapkan UU No. 22/1997 demi menegakkan ketertiban umum. MK memberikan *textual meaning* terhadap ketentuan Pasal 28 A dan 28 I tersebut berdasarkan ketentuan Pasal 28J UUD 1945.

Selain itu, tentu putusan yang fenomenal lainnya adalah putusan No. 138/PUU-VII/2009. Di dalam putusan ini MK menyatakan bahwa MK berwenang menguji Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu). Pemikiran ini disadari oleh bahwa Perppu dapat A.W Bradley dan K.D. Ewing menguraikan bahwa ada beberapa alasan substantif yang biasa dipakai untuk melakukan pengujian terhadap norma umum pengaturan (*regeling*) dan norma konkret (*beschikkings*), antara lain: (i) *the ultra vires rule* (*excess of power*), (ii) *abuse of discretional powers*, yaitu berupa: (ii.a) *irrelevant consederations*, (ii.b) *improper purposes*, (ii.c) *error of law*, (ii.d) *unauthorised delegation*, (ii.e) *discretion may not fettered*, (ii.f) *breach of a local authority'sfinancial duties*, (ii.g) *unreasonableness* (*irrationality*), (ii.h) *proportionality*, (iii) *failure to perform statutory duty*, (iv) *the concept of juricdiction*, (v) *mistake of fact*, (vi) *acting incompatibly with convention rights*.[32]MK sendiri pada hakikatnya, akan dapat membatalkan suatu UU/Perppu apabila tersebut (i) bertentangan dengan konstitusi (UUD NRI Tahun 1945), dan/atau (ii) terbukti mengancam dan/atau merugikan nilai-nilai hak asasi manusia khususnya yang diberikan oleh konstitusi (hak konstitusional), sehingga apabila sesaat berlakunya Perppu ada paling tidak seorang warga negara yang dirugikan hak konstitusionalnya oleh berlakunya Perppu tersebut, maka warga negara tersebut memiliki *legal standing* untuk mengujinya di MK. selain itu, ada pula kemungkinan

32 Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, (Jakarta: Konpress, 2006), hal. 150.

Perppu tersebut dinyatakan *null and avoid* apabila jelas dan terbukti bertentangan dengan konstitusi dan mengancam serta merugikan nilai-nilai hak asasi manusia khususnya yang diberikan oleh konstitusi (hak konstitusional). Yang menjadi pertanyaan, Bagaimanakah nasib kewajiban yang dimiliki DPR untuk menguji Perppu pada persidangan berikutnya apabila Perppu tersebut sudah diuji MK?. Hal ini yang akan menjadi masalah. Sesungguhnya sifat putusan MK adalah final dan mengikat jadi seharusnya apa yang diputus oleh MK maka mengikat kesemua pihak termasuk ke DPR itu sendiri namun di sisi lain putusan MK yang final dan mengikat itu dapat pula membawa akibat hukum dalam makna negatif sebagaimana dijelaskan oleh Malik bahwa akibat hukum dalam makna negatif putusan MK yang final dan mengikat, antara lain:[33]

1. Membatalkan sebuah keputusan politik dan atau sebuah undang-undang hasil politik.
2. Terguncang rasa keadilan pihak-pihak yang tidak puas terhadap putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang final dan mengikat.
3. Dalam perspektif ke depan dapat membawa pembusukan hukum dari dalam hukum itu sendiri.

Dengan adanya akibat hukum dalam makna yang negatif tersebut, maka ada kemungkinan pula bahwa DPR bisa tidak merasa terikat oleh putusan MK apabila MK menyatakan telah membatalkan suatu Perppu yang telah diujinya. Hal yang kemungkinan akan timbul yakni (i) DPR tetap akan membahas Perppu tersebut pada sidang berikutnya dan (ii) DPR mempunyai *legal standing* untuk menggugat MK pada sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara di MK sendiri. Pada kemungkinan yang pertama akan menjadi masalah apabila pembahasan di DPR menghasilkan kesimpulan yang bertentangan dengan apa yang diputuskan MK hal ini akan mengakibatkan merosotnya kewibawaan MK. dan yang kedua, masalah tampak jelas bahwa dengan telah diujinya Perppu oleh MK sebelum adanya persetujuan DPR, maka DPR dapat berpandangan bahwa kewenangannya (dan kewajibannya) yang diamanahkan konstitusi di "ambil alih" oleh lembaga lain dalam hal ini MK. sehingga akan terjadi perseteruan antara DPR dan MK,

33 Malik, *Telaah Makna Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Final Dan Mengikat*, (Jakarta: Jurnal Konstitusi, Volume 6, No 1 , April 2009), hal. 92-95.

sedangkan MK sendiri lah yang merupakan lembaga pemutus sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara.

Apabila keadaan sebagaimana yang diuraikan diatas terjadi maka akan menjadi dilematis. Di satu sisi MK menguji Perppu dikarenakan diberikan amanah oleh konstitusi untuk mengawal nilai-nilai konstitusi, demokrasi, dan hak asasi manusia di lain pihak DPR juga mempunyai alasan konstitusional (*constitutional reason*) bahwa DPR berwenang untuk menguji Perppu tersebut.

Pengujian Perppu yang dilakukan oleh MK dapat pula berpotensi mengakibatkan konflik kelembagaan dengan Presiden. Sebagaimana diuraikan sebelumnya bahwa terbentuknya Perppu adalah dikarenakan adanya pandangan subyektif Presiden selaku kepala negara serta pimpinan tertinggi angkatan darat, angkatan laut, dan angkatan udara dalam menanggulangi "kegentingan yang memaksa". Sehingga untuk bertindak cepat, Presiden mengeluarkan Perppu untuk melakukan tindakan yang didasarkan oleh hukum bukan oleh karena kekuasaan belaka. Pada hakikatnya kekuasaan membentuk norma subyektif ini diberikan konstitusi kepada Presiden adalah dikarenakan Presiden dianggap satu-satunya lembaga negara yang mampu cepat mengatasi kegentingan memaksa daripada *main state organ* lainnya. Jadi apabila di saat dikeluarkannya Perppu oleh Presiden kemudian MK mengujinya dan membatalkannya sebelum diuji oleh DPR, maka ada potensi Presiden tidak mematuhi putusan MK tersebut dikarenakan Presiden dapat masih beranggapan bahwa kegentingan masih berlangsung dan masih membutuhkan Perppu tersebut.

Terobosan MK kali ini justru mengubah nilai tekstual dari UUD NRI Tahun 1945 yang berpotensi terjadinya kekacauan konstitusional khususnya munculnya potensi sengketa kewenangan yang ditimbulkan akibat adanya pengujian Perppu oleh MK. Potensi sengketa yang kemudian terjadi adalah sengketa kewenangan menguji Perppu dengan DPR dan potensi diabaikannya putusan MK oleh Presiden atas pengujian Perppu yang diterbitkan Presiden. Sesungguhnya gagasan untuk menguji konstitusionalitas Perppu merupakan gagasan yang baik hal ini dikarenakan Indonesia sendiri telah memiliki MK sebagai pengawal konstitusi. Namun, pengaturan bahwa MK dapat menguji Perppu harus secara tegas diatur di dalam UUD itu sendiri sehingga MK tidak melakukan penafsiran yang "menurut UUD". Penafsiran secara progresif dan bebas merupakan sesuatu baik dikarenakan hakim

melihat ke segala arah untuk mencapai titik keadilan dan kemaslahatan itu sendiri. Namun, penafsiran yang tidak "menurut UUD" justru dapat berakibat mengacaukan nilai UUD itu sendiri.

E. POST-SCRIPTUM

Dari beberapa putusan MK di atas, maka dapat dikelompokkan tiga jenis putusan yakni, (i) putusan yang menimbulkan makna baru terhadap *text* UUD 1945. Kedua, (ii) putusan yang menyebabkan batalnya pasal-pasal atau seluruh ketentuan UUD 1945 itu sendiri dan ketiga, putusan yang meluasnya makna ketentuan dalam UUD 1945 meskipun ditentukan rigid. Hal ini menunjukkan bahwa penafsiran konstitusi melalui sebuah proses peradilan (*judicial interpretation*) pada akhirnya dimaknai sebagai sebuah teori atau metode cara berpikir yang menjelaskan bagaimana peradilan harusnya memberikan tafsir konstitusi terhadap sebuah undang-undang terutama undang-undang dasar.[34] Metode menafsirkan tersebut bukanlah sesuatu ketentuan berdasarkan metode yang baku dan justru bersifat eksak. Penafsiran konstitusi dapat dikategorikan sebagai sebuah seni.[35]Hal ini dikarenakan melakukan penafsiran konstitusi tidak bisa melihat suatu masalah "A", maka ditafsirkan "A". Penafsiran dan konstruksi konstitusi suatu saat bisa sangat spesifik namun pada saat yang lain penafsiran bisa menjadi sangat-sangat abstrak bahkan "bermuka dua".[36]

Satu hal yang perlu dipahami dalam memahami atas hasil interpretasi konstitusi, adalah konteks seperti apa fakta yang dihadapkan sehingga perumusan absraksi norma atas norma yang abstrak menghasilkan keputusan yang akan berdampak kepada sistem keadilan yang dikehendaki konstitusi. Atas dasar tersebut, maka hakim memiliki peran penting dalam menghilangkan keraguraguan terhadap ketentuan konstitusi. Oleh karena itu, sesuai dengan apa yang dikemukakan oleh H.L.A. Hart, *Chief Justice Hughes* dari

---

34 Bahkan ditegaskan bahwa: *a theory or mode of thought that explains how the judiciary should interpret the law, particularly constitutional documents and legislation*. Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. (Cambridge: Harvard University Press, 1996), hal. 101-102.

35 Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, (Kansas: University Press of Kansas, 1989).

36 *Ibid.*

Supreme Court Amerika menyatakan bahwa "*the Constitution is what the judge say it is!*".[37] Oleh karenanya, suka atau tidak suka mekanisme pengujian konstitusionalitasakan menjadikan terselenggaranya supremasi konstitusi yang lebih tercapai, sehingga pada akhrinya suatu Undang-Undang Dasar tidak hanya dianggap sebagai suatu *documented constitutions* belaka, namun dapat bertransformasi menjadi *the living constitutions*.

Daftar Pustaka

Buku:

Ali, Achmad, *Menguak Tabir Hukum: Suatu kajian Filosofis dan Sosiologis,* Jakarta: Gunung Agung, 2004.

Asshiddiqie, Jimly, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Konpress, 2006.

Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, Jakarta: UI-Press, 1995.

Chen, Albert H.Y., *The Interpretation of Basic Law-Common Law and mainland Chinese Perspective*, Hong Kong: Hong Kong Journal Ltd, 2000.

Clinton, Robert Lowry*, Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas: University Press of Kansas, 1989.

Dicey, A.V.. *Introduction To The Study Of Law And Constitutions*, London: Mcmillan. Co. Ltd, 1952.

Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Gaffar, Afan, "*Pembangunan Hukum dalam Demokrasi*", dalam *Politik Pembangunan Hukum Nasional*, penyunting: Moh. Busyro Muqqodas, *et.al*, Yogyakarta: UII-Press, 1992.

Hock, Lie Oen, *Jurisprudensi Sebagai Sumber Hukum,* Pidato Pengukuhan Guru Besar Universitas Indonesia tanggal 19

37 HLA. Hart, The Essay Of Constitutional Justice, (California: Californian Funds, 1993), hal. 76.

September 1959.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and States*, Cambridge: Harvard University Press, 1973.

Kusumaatmadja, Mochtar, *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional, Suatu uraian tentang Landasan Pikiran, Pola dan Mekanisme Pembaharuan Hukum di Indonesia,* Bandung: Bina Cipta 1976.

Laski, Harorld J.,*A Grammar of Politics*, London: George Allen & Unwin Ltd, 1941.

Latief, Abdul, *Politik Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

Lev, Daniel S., *Hukum dan Politik di Indonesia: Kesinambungan dan Perubahan*, Jakarta: LPE3S, 1990.

Manan, Abdul, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Jakarta: Prenada Kencana, 2005.

MD., Moh. Mahfud, *Pergulatan Hukum dan Politik di Indonesia*, (Yogyakarta: Gama Media, 1999.

--------, *Politik Hukum Kewenangan Komisi Yudisial,*dalam "*Bunga Rampai Komisi Yudisial*",(Jakarta: Komisi Yudisial, 2007.

--------, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: Radjawai Grafiti Press, 2009.

--------, *Politik Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2009.

Purbacaraka, Purnadi dan Soekanto, Soerjono, *Perundang-Undangan dan Yurisprudensi*, Bandung: Alumni, 1979.

Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum,* Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000.

Sunny, Ismail, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, Jakarta: Aksara baru, 1983.

Tanya, Bernard L., *et.al*, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2010.

Utrecht, E., *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Ghalia, 1983.

Wheare, K. C., *Modern Constitutions*, London-Toronto: Oxford, 1998.

Peraturan Perundang-Undangan dan Putusan Peradilan:

UUD NRI Tahun 1945

UU No. 14 Tahun 1985

UU No. 24 Tahun 2003

UU No. 5 Tahun 2004

UU No. 3 Tahun 2009

UU No. 8 Tahun 2011

UU No. 12 Tahun 2011

Putusan MK No. 001-021-022/PUU-I/2003,

Putusan MK No. 066/ PUU-II/2004,

Putusan MK No.072-073/PUU-II/2004,

Putusan MK No. 006/PUU-IV/2006,

Putusan MK No 5/PUU-V/2007,

Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009,

Putusan MK No. 133/PUU-VII/2009,

Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009,

Putusan MK No. 01/PUU-VIII/2010

Putusan MK No 65/PUU-VIII/2010.

Putusan MK No 48/PUU-IX/2011

Jurnal dan Makalah:

Malik, *Telaah Makna Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Final Dan Mengikat*, (Jakarta: Jurnal Konstitusi, Volume 6, No 1 , April 2009

Jurnal Konstitusi Volume 4, Nomor 3 September 2007

Jurnal Konstitusi Volume 5 Nomor 1, 2008

Jurnal Konstitusi, Volume 6, Nomor 1 , April 2009

Jurnal Konstitusi Volume 7, Nomor 5, Oktober 2010

Majalah *Konstitusi* BMK, No. 27-Maret 2009

Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Makalah yang tidak diterbitkan dan tanpa tahun

Media Massa:

Sunaryati Hartono, "*Pengebirian UU oleh peraturan yang ada dibawahnya*", dalam harian Kompas, 8 Juli 1992

3

Jurisdictional Expansion, Self-Limitation and Legal Reasoning in The Indonesian Constitutional Court

Oleh: Simon Butt

Introduction

During its first decade, particularly under the stewardship of founding Chief Justice Professor Jimly Asshiddiqie (2003-2008) and his replacement Mahfud MD (2008-early 2013), the Constitutional Court established itself as a relatively professional judicial institution, becoming one of Indonesia's most successful post-Suharto institutional reforms, widely respected by citizens, civil society and even government.[1] Beyond the expectations of most observers, both domestic and international, the Constitutional Court exercised its powers of judicial review actively, commonly striking down legislation that it deems to be unconstitutional and providing decisions that are better-reasoned than those of other Indonesian courts.[2]

---

1 Simon Butt, *Corruption and Law in Indonesia,* (London: Routledge, 2012); S Butt and Tim Lindsey, "Unfinished Business: Law Reform, Governance and the Courts in Post-Soeharto Indonesia," in Mirjam Kunkler and Alfred Stepan (eds), *Indonesia, Islam and Democratic Consolidation*, (Columbia University Press, 2013); Timothy Lindsey and Simon Butt, *The Indonesian Constitution: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart, 2012); Petra Stockmann, *The New Indonesian Constitutional Court : A Study into Its Beginnings and First Years of Work* (Jakarta: Hans Seidel Foundation, 2007).

2 Simon Butt, "Judicial Review in Indonesia: Between Civil Law and Accountability? A Study of Constitutional Court Decisions 2003 – 2005", *PhD*

However, in early October 2013, the Court's reputation nosedived, when its newly-appointed chief Justice, AkilMochtar, who had served as a judge on the Court since 2008, was arrested by Indonesia's Anticorruption Commission for allegedly receiving bribes to fix electoral disputes. Mochtar was also being investigated by police for narcotics offences, after investigators found a small quantity of illicit substances in his chambers.[3]

However, amidst all this controversy and turmoil, it is important not to 'throw the baby out with the bathwater'. The Constitutional Court has made a real difference to Indonesian public life and public law in Indonesia, making many 'legal breakthroughs' in its first ten years of existence. What follows are but a few select examples.

1. Landmark Decisions

The Court has, for example, had played a key role in establishing and maintaining democratic practice in Indonesia. In several cases involving the freedom of speech,[4] the Court abolished provisions in the Indonesian Criminal Code that prohibited citizens insulting the president and government officials (the so-called *lese majeste* articles)[5] and 'hate sowing (the so-called *hatzaiartikelen*).[6] These provisions, the Court held, breached various constitutional protections, including the freedom of expression (Article 28E(2))the right to express an opinion (Article 28D(3)) and the right to communicate (Article 28F).[7]While these cases were heralded as successes, their utility was significantly diminished in later judgements in which the Court held that these 'free speech' rights were subject to override by Article 28G, which provides

Dissertation, (Law Faculty, Melbourne University, 2007).

3 The allegations made against Mochtar have not yet been proven. However, it is highly likely that Mochtar will be found guilty and imprisoned for corruption, given that the Anticorruption Commission has indicated that it will prosecute Mochtar and has a 100% success rate in the 300 or more cases it is prosecuted since its establishment in 2002.

4 Naomita Royan, "Increasing Press Freedom in Indonesia: The Abolition of the Lese Majeste and 'Hate-Sowing' Provisions," *Australian Journal of Asian Law* 10(2) (2008).

5 Articles 134, 136 and 137 of the Criminal Code.

6 Articles 154 and 155 of the Criminal Code.

7 Constitutional Court Decision 013-022/PUU-IV/2006; Constitutional Court Decision 6/PUU-V/2007.

rights to protection of honour and reputation, including of public figures. In other words, the Court decided that the reputational rights of government officials prevailed over the free speech rights of citizens.[8]

The Court has also reviewed the constitutionality of numerous election laws, deciding that some of them contradict democracy-related constitutional principles. In one of the Court's most famous early cases, a majority removed restrictions on former Indonesian communist party members and their families from standing for election, holding that those restrictions were discriminatory.[9] In another case, the Court held that citizens could vote even if they were not registered to vote, provided that they presented a valid form of identification, such as their identity card or passport, to polling officials on Election Day.[10]The right to vote, the Court held, was too constitutionally important to be limited by 'administrative restrictions'. In other cases, the Court has, in the name of preserving democracy, sought to prevent the entrenchment of major political parties at the expense of smaller parties and independent candidates. For example, in the so-called *Sisa Suara* case,[11] the Court decided that once a party had reached the number of votes required to obtain a seat, it could not then claim any remaining seats on the basis of its overall proportional share of the votes. This gave smaller parties more of an opportunity to obtain seats. In the *Independent Candidates case*,[12] the Court held that independent candidates could stand for election as regional heads. In yet another case, the Court decided that former members of political parties could not be installed as commissioners of Electoral Commission immediately after retiring as politicians. According to the Court, provisions of the Electoral Law permitting this were subject to abuse, with retiring politicians likely to serve their former parties' interests when working as Electoral Commissioners. The Court

8 Constitutional Court Decision 14/PUU-VI/2008; Constitutional Court Decision 50/PUU-VI/2008; Constitutional Court Decision 2/PUU-VII/2009.

9 Constitutional Court Decision 011-017/PUU-I/2003. In the majority: Asshiddiqie, Marzuki, Natabaya, Harjono, Palguna, Fajar, Siahaan, and Soedarso. In the minority: Roestandi. The provision in question was Article 60(g) of Law 12 of 2003 on General Elections for Members of the DPR, DPD and DPRD.

10 Constitutional Court Decision 102/PUU-VII/2009.

11 Constitutional Court Decision 110-111-112-113/PUU-VII/2009.

12 Simon Butt, "Two at the Top: The Constitutional Court and the Supreme Court," *Van Zorge Report on Indonesia* XI (8) (2009): p.12–20.

required that retired politicians wait a full five-year term before serving as Commissioners. The Court has also resolved hundreds of disputes about the results of elections, whether national, regional, legislative or executive.[13] This is has done largely to the satisfaction of the contesting parties, at least until recently.

The Court has also issued important decisions in the fields of economic and socio-cultural rights. In early 2012, the Courthanded down a decision in which it examined the constitutionality of Article 43(1) of the Marriage Law.[14] This provision read:

> A child born out of marriage has a civil legal relationship with its mother and her family.

The Court recast Article 43(1), holding that the provision would be unconstitutional unless interpreted to read:

> A child born out of marriage has a civil legal relationship with its mother and her family, and its father and his family [provided that paternity] can be proven by science and technology and/or another form of legally-recognised evidence that the father has a blood relationship with the child.[15]

The result is that children born out of wedlock now have a civil relationship with their fathers, not only their mothers. This allows children to claim for maintenance and even to receive an inheritance. This decision was widely heralded as a major step forward for the rights of children and their mothers.[16] It was not, on the other hand, well received by some religious groups who claimed that the decision contradicted Islamic law. Indeed, the Indonesian Council of Islamic Scholars condemned the decision, interpreting it as purporting to

---

13 Tim Lindsey, "Indonesian Constitutional Reform: Muddling Towards Democracy," *Singapore Journal of International and Comparative Law* 6, no. 1 (2002): 244–301; Simon Butt, *Indonesian Constitutional Court Decisions in Regional Head Electoral Disputes*, CDI Policy Paper (Canberra: Centre for Democratic Institutions, Australian National University, 2013).

14 Law 1 of 1974 on Marriage.

15 Constitutional Court Decision 46/PUU-VIII/2010 para [3.13].

16 Simon Butt, "'Illegitimate' Children and Inheritance in Indonesia," *Alternative Law Journal* 37(3) (2012).

legally entrench children born out of wedlock as descendants of their biological fathers purposes of Islamic law. However, this was arguably a misconstruction of the decision, in which the majority simply emphasised that biological fathers could not escape the financial consequences of having a child out of wedlock.

More recently, the Court has upheld the traditional rights of indigenous communities,[17] pointing to Article 18B(2) of the Constitution, which states that:

> The state recognises and respects customary law communities and their traditional rights provided they still exist and are in accordance with community developments and the principle of the unitary Republic of Indonesia as regulated by statute.

More specifically, the Court has held that the state is subject to Article 18B(2) when it exercises its control over natural resources under Article 33(3) of the Constitution. Article 33(3) states that:

> The earth and water and the natural resources contained within them are to be controlled by the state and used for the greatest possible prosperity of the people.

In essence, this means that the state can no longer legally award concessions or rights over natural resources and ignore the rights of recognised customary law communities. It appears that these communities must still be allowed some access to those resources. The Court has also held that the state can hardly be said to be exercising control over natural resources for the greatest prosperity of the people under Article 33(3) if it deprives people of the resources upon which they rely.[18] The cases in which the Court has recognised the customary land rights have involved access to coastal resources and forests.[19]

---

17 Constitutional Court Decision 35/PUU-X/2012, reviewing Law 41 of 1999 on Forestry; Constitutional Court Decision 55/PUU-VIII/2010, reviewing Law 18 of 2004 on Plantations.

18 Constitutional Court Decision 3/PUU-VII/2010, reviewing Law 27 of 2007 on the Management of Coastal Areas and Small Islands.

19 Constitutional Court Decision 35/PUU-X/2012, reviewing Law 41 of 1999 on Forestry; Constitutional Court Decision 3/PUU-VII/2010, reviewing Law 27 of 2007 on the Management of Coastal Areas and Small Islands.

2. An 'activist' court?

In my view, the Indonesian Constitutional Court can be categorised as a particularly 'activist' court by world standards.[20] Indeed, some might argue that the Court has, under the chairpersonships of its first two Chief Justices at least, established itself as one of the most 'activist' of the world's many constitutional courts. In Asia at least, it seems that the only other Constitutional Court that rivals the Indonesian Court in terms of this 'activism' is the South Korean Constitutional Court[21] – upon whose model the architects of Indonesia's Constitutional Court drew for inspiration.

There appear to be at least two features of the Court's decision-making that, in my view, make it possible to describe the Court as 'activist', both of which were evident early in the Court's history. The first is that the Court is 'active' in the sense that it actually performs its function and invalidates statutory provisions – or even entire statutes - as it deems necessary. It does not tend to shy away from cases that appear to be highly political or are otherwise difficult, such as those involving significant vested interests. It is even willing to review legislation that relates to its own powers and functions.

By contrast, many other courts in Indonesia and elsewhere attempt to avoid invalidating statutes whenever possible. For example, Indonesia's Supreme Court has been traditionally renowned for being reluctant to exercise its powers of judicial review, particularly during Soeharto's 32 years in power.[22] Only recently has it removed the time limit for lodging

---

20 Björn Dressel, ed., *The Judicialization of Politics in Asia,* (Milton Park, Abingdon, Oxon; New York: Routledge, 2012).

21 Chaihark Hahm, "Beyond 'law vs. Politics' in Constitutional Adjudication: Lessons from South Korea," *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 1 (January 1, 2012): p. 6–34, doi:10.1093/icon/mos004; T. Ginsburg, "Confucian Constitutionalism? The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan," *Law & Social Inquiry* 27, no. 4 (2002): p. 763–799; Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases,* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

22 S. Pompe, *The Indonesian Supreme Court: A Study of Institutional Collapse*, Studies on Southeast Asia (Ithaca, N.Y: Southeast Asia Program, Cornell University, 2005); Ni'matul Huda, *Problematikapembatalanperaturandaerah* (Yogyakarta: FH UII Press, 2010).

challenges: within 180 days of the enactment of the impugned law.[23] Other countries, including many in Europe, have traditionally shown deference to the legislature and have avoided making declarations of unconstitutionality.[24] These courts often point out that they have limited democratic legitimacy, comprising several unelected individuals, yet with power to invalidate the will of a large democratically-elected parliament with greater budgetary resources to make well-informed decisions about how best to regulate particular issues. Many of these courts are, therefore, reluctant to invalidate legislation except when it clearly violates the Constitution.

The Court's 'activism' is also demonstrated by its consistent and enthusiastic rejection of legislative attempts to restrict what it believes is its constitutionally-mandated constitutional review jurisdiction and by its pushing at the boundaries of its jurisdiction. I turn to discuss these two aspects of the Court's activism in turn.

1.1. Defending jurisdiction and guarding independence

There are several cases in which the Court has reviewed and invalidated statues that seek to circumscribe the way the Court exercises its constitutional review powers. In several early cases the Court was asked to review the constitutionality of statutes enacted before October 1999 when the first constitutional amendment round took place. Yet Article 50 of the Constitutional Court Law of 2003 prohibited the Court from reviewing statutes before this time. Eventually, after setting aside Article 50 in a few cases so that it could review these earlier statutes, the Court invalidated Article 50. The Court's rationale was that the Constitution did not impose such limitations on the Court's jurisdiction. The national legislature could not, therefore, impose such a limit. The Court has gone on to hear many challenges to the constitutionality of statutes issued well before 1999.[25]

---

23 Simon Butt and Nicholas Parsons, *Analytical Paper: Perda Review Mechanisms* (Report prepared for AusAID (on file with authors), 2011).

24 WJ Nardini, "Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court," *Seton Hall Law Review* 30, no. 1 (2000 1999).

25 Simon Butt, "Indonesia's Constitutional Court – the Conservative Activist or Pragmatic Strategist?," in *The Judicialization of Politics in Asia*, ed. Björn Dressel (Milton

The Court has also famously resisted legislative attempts to have its performance supervised by any external body. More specifically, in a case brought before it by the Supreme Court, the Constitutional Court decided that the Judicial Commission could not assess its performance because this might compromise its judicial independence. This was because the Judicial Commission might, in future, appear as a party before the Court. As for the scrutiny of the performance of the Supreme Court, the Constitutional Court feared that if the Judicial Commission was able to review the Supreme Court's decisions, judges might change the way the decide cases, thereby affecting their independence. The only appropriate avenue for reviewing judicial decisions was through the formal appeals process, or through internal judicial examination (*eksaminasi*) processes.[26]Finally, in two very important cases decided in 2011, the Court invalidated legislative attempts to limit the types of decisions it can issue in constitutional review cases.[27]

1.2. Pushing jurisdictional boundaries

There are also many examples in which the Court has pushed the boundaries of its jurisdiction, four of which I will now discuss.

First, the Court has conspicuously expanded its jurisdiction in the *Pemilukada* cases it has decided since late 2008. The national statute that grants the Court power to resolve *Pemilukada* disputes gives the Court a very limited task: to resolve disputes 'only [about] the results of the counting of the votes' (*hasilpenghitungansuara*). Under this law, if the Court finds that votes have been miscounted all it can do is to replace the final count declared by the electoral commission with its own count. This is primarily a mathematical function.[28]

Park, Abingdon, Oxon; New York: Routledge, 2012).

26 Simon Butt, "The Constitutional Court's Decision in the Dispute between the Supreme Court and the Judicial Commission: Banishing Judicial Accountability?," in Ross H. McLeod and Andrew J. MacIntyre (eds.), *Indonesia: Democracy and the Promise of Good Governance*, Indonesia Update Series (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2007).

27 Lindsey and Butt, *The Indonesian Constitution: A Contextual Analysis*.

28 Butt, *Indonesian Constitutional Court Decisions in Regional Head Electoral Disputes*.

However, after only a few cases of counting votes, the court decided to change the way it handled these cases. In the famous East Java case of 2008, the Court decided to permit itself to assess whether those involved in elections, either as contestants or officials, had committed various breaches of electoral laws that affected the final vote count. The Court justified this approach by emphasising that it was not like the Supreme Court or the courts below it, whose task was simply to apply the law as it stood. Rather, the Constitutional Courts main function was to uphold the Constitution. In this context, the court pointed out that democracy is a constitutional principle. Article 1(2) of the Constitution declares that sovereignty is in the hands of the people and so one of the Courts functions was to ensure that democracy was implemented, including when regional elections took place. The Court also referred to Article 18(4) of the Constitution, which requires that regional elections be democratic, and Article 22E(1) which requires elections be direct, public, free, fair, honest and just. When hearing Pemilukada disputes, then, the Constitutional Court decided that it could not sit idle in the face of convincing allegations of breaches of electoral laws that could have affected the outcome of these elections.

The types of breaches the Court has recognised in the many hundreds of subsequent Pemilukada disputes it has handled include money politics, intimidation and politicisation of the bureaucracy. The Court has given itself power to order fresh elections or recounts if these breaches are 'structured, systematic and massive' and could have changed the outcome of the election. Not only did its constitutional mandate require it to ensure that these elections are conducted democratically - that is, freely and fairly. As interpreted by the Court, also required it to ensure that candidates who contested these elections met the various candidacy requirements imposed by national laws.

The fact that the Court has expanded its power in this way seems to irk some politicians and lawyers and has even led some of them to call for jurisdiction over Pemilukada to be returned to the Supreme Court. Yet these calls tend to ignore the good legal reasons the Court put forward for expanding its jurisdiction in these cases. Of course, questions have been raised about way that

the Court handles Pemilukada cases, not least in light of corruption allegations emerging out of the Akil Mochtar case, mentioned above. However, there are other problems with the way the Court has decided these cases - particularly the way it is applied the 'structured, systematic and massive' test and the way it is handled evidence in Pemilukada cases. I discuss some of these problems and their ramifications below.

Second, the Court has expanded its jurisdiction by employing the right to legal certainty.[29] Article 28D(1) of the Constitution provides citizens with the right to 'legal recognition, guarantees, protection and certainty that is just, and to equal treatment before the law'. The Court has interpreted this right to allow it to strike down provisions of one statute if inconsistent with the provisions of another. The Court has even struck down unclear statutory provisions because they are susceptible to multiple interpretations or are unclear in light of other provisions in the same statute.

In my view, these decisions are indications of the Court expanding its jurisdiction because in them the Court has, in essence, usurped the jurisdiction of the Supreme Court and the courts below it. Inconsistencies between statutes and unclear laws are very common in Indonesia, as they are in other countries. They are usually resolved by ordinary courts, rather than constitutional courts, using universal principles of statutory interpretation, such as *lex specialis derogate lex generalis* and *lex posteriori derogate lex priori*. In my view, it is possible that the Court has used the legal uncertainty ground to strike down laws that it views with disfavour, when no other constitutional ground seems applicable.

Second, the Court has, with increasing regularity,[30] issued decisions in which it holds that the impugned statute is 'conditionally constitutional' or, more recently, 'conditionally unconstitutional'. That is, the statute will be invalid unless interpreted in a particular

29 Lindsey and Butt, *The Indonesian Constitution: A Contextual Analysis*; Butt, "Indonesia."

30 By my estimation, there has been a noticeable jump in the Court using these conditionally constitutional decisions. Under Jimly, around 35% of granted cases were conditionally constitutional; around 60% under Mahfud.

way. In its early years, the Court's conditions were vague and, I thought, indicated deference to parliament. For example, in its first 'conditionally constitutional' decision,[31] the Court upheld the constitutionality of a statute allowing film censorship but said that it needed to be interpreted in line with the 'spirit of the times' – that is, the 'spirit of democracy' and 'respect for human rights'.

Initially, these conditional constitutionality decisions appeared to indicate deference to parliament because, in them, the Court gave parliament 'the benefit of the doubt' by not invalidating the impugned statute, even though the Court found a constitutional defect. Also, these types of decisions do not appear to 'disrupt' parliament, which does not need to take any action, unless it deems it necessary to do so.[32] Indeed, declarations of conditional constitutionality are quite pragmatic responses to the perceived likelihood that the legislature will respond to the Court's decisions very slowly, if at all. (Quite apart from the fact that the DPR has rarely directly responded to Constitutional Court decisions, the DPR sometimes goes for long periods without enacting any legislation for various reasons, usually political.) In this context, striking down legislation would probably result in a prolonged legal vacuum during which the invalidation might put the applicant in a worse position. Applied to the Wedlock case, for example, if the Court struck down Article 43(1) of the Marriage Law then children might have had no legal basis to claim from anyone, *including* their mothers.

However, particularly in the past few years, the Court has been far more specific in its conditions so that they now, in my view, resemble legislative amendments. The *Wedlock case* provides an instructive example of the Court's approach. As mentioned, in its decision, the Court essentially redrafted Article 43(1) of Indonesia Marriage Law of 1974to add that biological fathers had civil relationships with their parents. The Court did this by declaring that Article 43(1), which provided children born out of

31 Constitutional Court Decision 005/PUU-I/2003.

32 Butt, "Indonesia's Constitutional Court – the Conservative Activist or Pragmatic Strategist?".

wedlock with civil rights enforceable against only their mothers, would be constitutionally invalid unless interpreted to include that these children also had civil relationships with their fathers.

The decision raises questions about whether the Court is usurping the function of the democratically elected legislature, thereby undermining the separation of powers. The Court is often at pains to emphasise that it is a 'negative legislator' rather than a 'positive legislator'. However, these claims are difficult to sustain in light of these conditional constitutionality decisions. The Court's decisions in these types of cases clearly have the same effect as would amending the legislation itself.

The third way in which the Court has arguably expanded its own jurisdiction is by implying constitutional rights.[33] This it has done largely by reference to the mention in Article 1(3) of the Constitution that Indonesia is a 'law state' or a *negara hukum*, usually translated as 'rule of law'. For example, the Court has decided that a prerequisite to the Negara hukum is due process, which itself requires several rights. These rights the Court has upheld, even though they are not explicitly mentioned in the Constitution. To give just one example: the Court decided that the presumption of innocence was a constitutional principle in the *Bibit and Chandra case*,[34] even though the presumption of innocence is not specifically provided in the Constitution.[35]

Surprisingly, these cases have not prompted debate amongst Indonesia's usually quite lively and vibrant legal community about the propriety of implying rights. In other countries, such as Australia, great controversy and debate has occurred when courts have uncovered and then applied implied constitutional rights – even when those rights are very strictly delineated and construed. The thrust of the objections to the implication of constitutional rights is that a court should not read rights into the Constitution

33 Lindsey and Butt, *The Indonesian Constitution: A Contextual Analysis*; Butt, "Judicial Review in Indonesia: Between Civil Law and Accountability? A Study of Constitutional Court Decisions 2003 – 2005."

34 Constitutional Court Decision 133/PUU-VII/2009.

35 Butt, *Corruption and Law in Indonesia*.

that are not expressly mentioned. If drafters of the Constitution had wanted such rights to be recognised and enforced, then they would have specifically included them. The question then becomes whether the court is really enforcing the Constitution or rather the personal preferences of the judges on the bench.[36]

3. Self-limitation

However, even though the Court is clearly both active and activist, many of its decisions have limited effect. This is paradoxical because many of the 'limitations' placed on the effects of Constitutional Court decisions have been imposed by the Court itself. In particular, applicants very rarely get anything material out of bringing an application before the Court. At best, if they win, they can claim only a 'moral victory'. There is nothing in the Constitution or the 2003 Constitutional Court Law that requires the Court to give its decisions prospective effect.

The most significant limitation that the Court has imposed upon its own decisions is that they generally apply only prospectively. In other words, a statute is only unconstitutional once the Court declares it to be. Any government action taken under a law before that law is declared unconstitutional will not be invalid. Government action will only be 'invalid' or 'illegal' if it is taken under a law that has already been declared invalid by the Constitutional Court.[37]

The Indonesian Constitutional Court is certainly not alone in refusing to give its decisions retrospective effect. Many other courts in Europe do the same, although some other courts make exceptions in particular types of cases.[38] Regardless, from a rule of law perspective this appears to be a major shortcoming. It means that an applicant who has suffered damage to his or her constitutional rights and wins before the Constitutional Court is entitled to no redress for that

36 Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review," *The Yale Law Journal* 115, no. 6 (April 1, 2006): 1346, doi:10.2307/20455656.

37 Simon Butt and David Hansell, "The Masykur Abdul Kadir Case: Indonesian Constitutional Court Decision No 013/PUU-I/2003," *Australian Journal of Asian Law* 6(2) (2004): p. 1.

38 Nardini, "Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court."

damage.[39]Perversely, it appears that the state can essentially enact any statute it wants, no matter how egregious to the rights of citizens, with almost complete impunity. The worst thing that can happen is that the statute is later invalidated by the Constitutional Court. The state could then feasibly re-enact the same or enact a similar statute and apply it until the Court invalidates it once again.

On the other hand, by giving its decisions only prospective effect, the court provides some certainty to those who rely on statutes enacted by Indonesia's parliament, regardless of whether its constitutionality might be questionable. This approach shows deference to legislators. It also minimises the disruption of declarations of invalidity on the government and the legislature. The state is not required to 'undo' any actions already performed under a statutory provision prior to the Court declaring that statutory provision unconstitutional.

A second way by which the court limits the effects of its own decisions is to allow various impediments to remain in the way of citizens' enjoyment of their constitutional rights.

For example, in the *Traditional communities case* (2012),[40] mentioned above, the Court acknowledged that only those traditional communities that had been officially recognised could enjoy constitutionally-protected traditional rights. The Forestry Law imposes various requirements upon traditional communities in order to be recognised. These included that the community must exist in its traditional form; it must have institutions and a leader; occupy a defined area; have a legal infrastructure, including a customary law court to which its members adhere; and the surrounding forest area must be traditionally harvested to fulfil the daily needs of the community. Most significant, however, was that the traditional community must be formally acknowledged or recognised in a bylaw (*Peraturan Daerah*, or Perda).[41]For the applicants in the *Traditional Communities case*, no problems were presented – they had met these requirements and had

39 Simon Butt and Tim Lindsey 'Indonesian Judiciary in Constitutional Crisis: Parts 1 & 2', *Jakarta Post*, 6 and 7 August 2004.

40 Constitutional Court Decision 35/PUU-X/2012, reviewing Law 41 of 1999 on Forestry.

41 Article 67(2) of the 1999 Forestry Law.

been acknowledged in a bylaw. However, other traditional communities might find these requirements more difficult to fulfil for various reasons, both financial and bureaucratic. It will likely also be difficult for them to be recognised if the local government itself wishes to award some type of permit, licence or concession over the very land in respect of which those communities seek to assert traditional rights.

> The result is that the Court has left substantial legal stumbling blocks in the way of most traditional communities seeking to enjoy the traditional rights to which they are constitutionally entitled. Simply by pointing to the decision, most traditional communities will be unable to repossess or regain use of land over which the state has granted exclusive rights to another individual or entity; obtain compensation for being excluded from ancestral lands; or prevent the award of future concessions.[42]

Another example of a decision of practically limited effect is the Wedlock case. It is unclear whether Indonesia's religious courts, where most of Indonesia's paternity and inheritance disputes are decided, will respond to the Constitutional Court's decision. The religious courts apply a Compilation of Islamic Law,[43] enacted as Presidential Instruction No 1 of 1991 and conceived as a guidebook to help religious court judges decide cases.[44] Article 100 of the Compilation virtually restates the

---

42 Butt, "Traditional Land Rights before the Indonesian Constitutional Court," *Law Environment and Development Journal* (forthcoming 2014).

43 Lindsey, T, *Islam, Law and state in Southeast Asia – Volume I: Indonesia*, IB Tauris, London, 2012 (forthcoming); Wahid, Marzuki. 'Pembaharuan Hukum Keluarga Islam Pasca Orde Baru dalam Pendekatan Politik: Studi Kasus CLD-KHI', in Marzuki Wahid and Naqiyah Mukhtar (eds), *Generasi Baru Peneliti Muslim Indonesia: Kajian Islam Dalam Ragam Pendekatan,* (Purwokerto: Australia Indonesia Institute, STAIN Press, 2010). Cf Nurlaelawati, Euis, *Modernization, Tradition and Identity: the Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in the Indonesian Religious Courts*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2010.

44 Mohammad Daud Ali, "The Position of Islamic Law in the Indonesian Legal System," in Taufik Abdullah and Siddique (eds.), *Islam and Society in Southeast Asia*, (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 1986), 187–207; Luthfi Assyaukanie, *Islam and the Secular State in Indonesia* (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2009); Siregar Hasnil Basri, "Islamic Law in a National Legal System: A Study on the Implementation of Shari'ah in Aceh, Indonesia," *Asian Journal of Comparative Law* 3, no. 1 (2008), doi:10.2202/1932-0205.1056; Simon Butt, "Islam, the State and the

original formulation of Article 43(1) of the Marriage Law, the provision struck down by the Constitutional Court in Mochtar's case.

The Marriage Law (including the Court's reformulation of Article 43(1)) is a national statute and formally prevails over the Presidential Instruction. But Article 100 remains in force. The Constitutional Court only has jurisdiction to ensure that statutes (including the Marriage Law) comply with the Constitution. It cannot review the validity of lower-order regulations such as presidential instructions and Article 100 of the Compilation was not mentioned in its decision. It is quite possible, then, that religious court judges will continue to apply Article 100 to the detriment of children born out of wedlock. In my opinion, the Court should have mentioned this as a potential hurdle to drawn the attention of the religious courts.[45]

(Incidentally, the Court also held that, in order to have a civil relationship with father a child born out of wedlock still needs to prove paternity. This, the Court observed, could be achieved through a DNA or blood test. Yet it remains unclear whether, under Indonesian law, a man can be compelled to take such a test, or whether these tests are widely available or affordable, particularly to those who need paternal maintenance so that they can meet their financial obligations.

The only remaining way to prove paternity is with other forms of 'legally-recognised evidence', which, in Indonesia, are witness testimony and documents. These might be able to prove cohabitation or a marriage ceremony, but they are hardly evidence that sexual contact occurred that led to pregnancy. Under Indonesian law, there are no presumptions of parentage in these circumstances, as there are in other jurisdictions.[46]

Nevertheless, despite these limitations and shortcomings, it appears that the Constitutional Court is experiencing no shortages in applications. In other words, even though most applicants can expect

---

Constitutional Court in Indonesia," *Pacific Rim Law & Policy Journal* March (2010); MB Hooker, *Indonesian Syariah: Defining a National School of Islamic Law* (Singapore: ISEAS, 2008); Timothy Lindsey, *Islam, Law and the State in Southeast Asia: Volume 1 Indonesia* (London: I.B. Tauris, 2011).

45 Butt, "'Illegitimate' Children and Inheritance in Indonesia."

46 *Ibid.*

to gain very little from bringing a case before the Constitutional Court, citizens and institutions keep bringing their cases before the Court. Determining with certainty the various reasons why the Court has continued to flourish when it offers very little to litigants requires further research. However, in my view, it seems reasonable to speculate that the Court is seen by many applicants as a good place to publicly air public law grievances. Applicants can freely make their complaints and legal arguments and, for the most part at least, the Court has given them fair hearing, often regardless of the strength of their claims. The Courts proceedings are documented and often attract significant media coverage. In short, the Court is regarded by many as a useful forum in which to push one's cause.[47]

4. Future Directions

For some, the Court's primary achievement is that the parties to the cases it hears, the various institutions and tiers of government and citizens have largely respected the Court's decisions. In my view, the Court has achieved this because of its reputation for professionalism – that is, there were few credible allegations that judges were biased towards particular political parties or interests, or were susceptible to corruption. Most commentators appear to have been content to report merely the outcome of the case and, because most parties are either satisfied with the decision, or are at least willing to respect it, regard the decision as a 'success'.

The Court has suffered immeasurable reputational damage as a result of the bribery, money laundering and drug charges faced by its former Chief Justice, Akil Mochtar. In my view, the scandal has brought into sharp relief the inadequacy of relying almost exclusively on public, and by extension political, support for the legitimacy of a judicial institution. Once the professionalism of that judicial institution is brought into question – even because of the alleged behaviour of a *single* judge – the *entire* Court's legitimacy appears to fall. In my view, this might be, at least in part, because the Court makes inadequate use of the legitimising crux that strong and consistent legal reasoning can provide.

47 Butt, "Indonesia's Constitutional Court – the Conservative Activist or Pragmatic Strategist?".

To be sure, the Court is a political institution (and this is recognised by the way that its judges are selected), and it decides disputes that are highly political. It cannot help, then, but take political considerations into account. If the Court focuses more on providing strong legal justification for its decisions, then it might be able to better deflect criticism that its decisions are too political or even allegations that some of its judges are susceptible to bribery, by pointing to a well-reasoned and legally-based judicial decision. The legal reasoning of its decisions is the foundation of the Court's institutional legitimacy.[48] If, on the other hand, the Court does not issue convincing decisions that are legally sound, then commentators and citizens will naturally begin to question what is really behind the Court's decision-making. People might begin to think the worst: that something other than law might be dictating the outcome of cases.

In this context, it bears mentioning that some of the Courts decisions have been far from convincing, in the sense that they are, in view at least, hard to justify from a legal perspective. I provide four examples of this here.

First, in some recent cases, the Court has declared a statutory provision to be conditionally constitutional or unconstitutional without clearly specifying the provisions of the Constitution that the statute violates. One example can be found in the *Wedlock case*. Although the judgment sets out the arguments of the parties based on various constitutional provisions, on my reading, the majority judges in its 'legal considerations' (*pertimbangan hukum*) mentioned only vague concepts of justice, fairness, legal certainty and legal protection as the bases for its decision. It did not specify the constitutional provisions that advance these concepts as constitutional rights. Only Justice Farida, in a concurring judgement, seemed to settle on the right of children to be free from discrimination (Article 28B(2) of the Constitution) as a ground for invalidating Article 43(1) of the Marriage Law.

Similarly, in Constitutional Court Decision 115/2009 reviewing Law 13 of 2003 on Labour, the Court declared provisions of the statute

48 Markesinis, B, 2000, 'Judicial style and judicial reasoning in England and Germany' *Cambridge Law Journal*, vol 59(2): p. 294; Wells, M, 1994, 'French and American Judicial Opinions' *Yale Journal of International Law*, vol 19: p. 81.

under review constitutionally unconstitutional on the basis of vague notions of justice and legal protection for workers and unions. In my view, neglecting to expressly mention the constitutional provision upon which a declaration of invalidity, whether conditional or not, is problematic, if not dangerous. If the Constitution was in fact the basis for the decision, then why not specifically mention the relevant provision? Or, again, was there something behind the decision that the Court has not disclosed in these decisions – such as personal policy preferences or, worse, impropriety?

Second, I think that the Court should enforce what I think are quite plain words in the Constitution. In particular, in my opinion, the Court should reconsider its decision-making about Article28I(1) of the Constitution. Article 28I(1) states that:

> The right to life, to be free of torture, to think freely, to embrace a religion, to be free from slavery, to be recognised as an individual before the law, and to be free from being subject to retrospective prosecution, are basic human rights which cannot be limited in any way.

It is clear from the words of the Constitution that the Constitution's drafters intended that the rights mentioned in Article 28I(1) are treated as 'absolute' because the provision includes the words 'cannot be limited in any way'. However, a majority of the Constitutional Court judges has refused to give these words their ordinary meaning in many cases.[49]They have, in fact, interpreted the Article 28I(1) rights to be subject to Article 28J(2) which allows the state to limit many of these constitutional rights by legislation directed at 'protecting the rights and freedoms of others and which accords with moral considerations, religious values, security and public order in a democratic society'.

The interpretation of the 'absoluteness' of Article 28I(1) rights is

> far from settled. The Court has been narrowly split in all cases in which the absoluteness of Article 28I(1) rights has been a critical issue and the Court's views may well shift as the

49 See, for example, Constitutional Court Decision 2-3/PUU-V/2007; Constitutional Court Decision 013/PUU-I/2003; Constitutional Court Decision 065/PUU-II/2004; Constitutional Court Decision 2-3/PUU-V/2007; Constitutional Court Decision 21/PUU-VI/2008.

> composition of the bench changes with retirements and new appointments.[50]

Futhermore,

> even the Constitutional Court judges who have held that Article 28I(1) rights are subject to Article 28J(2) appear to consider that Article 28I(1) rights are of a higher order than other constitutional rights. The judgments that set aside Article 28I(1) rights generally contain far more discussion about the seriousness or importance of the end the law under review seeks to achieve than the cases in which the Court sets aside non-Article 28I(1) constitutional rights.[51]

In my opinion, the Court has not yet given an adequate explanation for interpreting Article 28I(1) rights as being no different to other rights contained in the Constitution because they too are subject to Article 28J(2). Further, its resort to principles of international law – including key international instruments such as the International Covenant of Civil and Political Rights – to help it 'interpret' Article 28I(1) has been unconvincing. Surely using international law as an aid to interpretation is unnecessary if the words of the Constitution are clear – as they appear to be in Article 28I(1). In these cases, the Court's main objective seems to be issuing decisions that are publicly popular or politically expedient rather than being based on the Constitution.

Third, I think the Court should develop more principles of interpretation and then use them consistently. For example, it seems clear that Article 28J(2) requires the Court to balance difference rights and interests against each other. However, even though it has applied Article 28J(2) in many cases, the Court has not really explained how the provision works. In other words, the Court has not, in the decision I have read at least, discussed how it balances these rights and interests, including the factors it takes into account when so doing.

For example, in the Blasphemy Law case, a majority of the Court declared that provisions of Law 1/PNPS/1965 on Preventing the Abuse and Dishonouring of Religion were constitutional. The applicants

---

50 Lindsey and Butt, *The Indonesian Constitution: A Contextual Analysis*, 209–10.

51 *Ibid.*, p. 210.

had argued that the Blasphemy Law was unconstitutional because it allowed the state to, first, pass judgement on whether a particular belief deviated from a religion practiced in Indonesia; and second, to punish, warn and disband organisations that the state regarded as having deviant beliefs. This, the applicants argued, went beyond the regulation of behaviour to restrict constitutionally protected religious beliefs and interpretations.

The Court held that the right to religion was, by virtue of Article 28J(2), subject to social obligations that people have to respect each other's human rights. In this context, the state's responsibility was to balance rights and obligations to ensure that when exercising their religious freedoms, people do not damage the religious freedoms of others. Because the state has an obligation to maintain security and order in the community, then, the Court found that the state could legitimately restrict or even prohibit this external expression of religious belief. To meet this obligation, the state had enacted the Blasphemy Law to prohibit public discussion about, or seeking public support for, an interpretation or activities that diverge from the fundamental teachings of a religion that resembles a religion adhered to in Indonesia. The Court accepted that the Council of Islamic Scholars (MUI) was influential in the determination of a sect was 'deviant'. However, the Court did not adequately explain why or how the rights of the Islamic religious mainstream should override the rights of religious minorities.

Similar comments could be made about the Court's freedom of speech jurisprudence. In several cases involving journalists and a blogger, the Court held that the freedom of expression (Article 28E(2) and to express opinion (28D(3)) and right to communicate (28F) must be balanced, including against right to protect honour and reputation (Article 28G)).However, the court did not discuss how it balanced these rights against each other. Is the public and democratic interest best served by a free press, even if this results in a few officials being offended? Isn't that one of the perils of public office? Isn't free speech necessary in a democracy? In other countries, courts have developed quite sophisticated 'proportionality tests' to help them balance rights in similar cases. Perhaps the Constitutional Court could look at the decisions of these courts for comparative perspectives.

Likewise, in the high-profile *Pornography Law case*[52] the Court was willing to marginalize free speech in the face of competing interests. In this case, a large number of individuals and organizations argued that the Pornography Law – which purported to ban the production, reproduction and distribution of a wide range of material – breached the freedom of expression in Articles 28E(2) and (3) of the Constitution. A majority of the Court disagreed, pointing to Article 28J(2). However, the majority's application of Article 28J(2) was questionable.

> First, it claimed that provisions of the Pornography Law took into account Indonesia-wide community 'values of propriety' (*nilai-nilai kesusilaan*).[53] Yet these are not listed in Article 28J(2) as a purpose for which legislation contrary to constitutional rights can be enacted – the closest is 'moral considerations' (*pertimbangan moral*). The Court did not clarify whether *nilai kesusilaan* or *pertimbangan moral* were equivalents, nor did it explain why it did not adopt the Article 28J(2) terminology. Second, the Court did not identify the 'human right of others' that it believed should prevail over the freedom of expression.[54]

Finally, as I argued above, the court appears to have expanded its jurisdiction by examining whether breaches of electoral laws have affected the outcome of Pemilukada elections and, if so, ordering revotes or recounts. The Court appeared to provide compelling reasons for expanding its jurisdiction, as discussed above. By contrast, however, I think that the way the Court exercises these expanded powers when hearing and deciding cases is highly questionable.[55]In particular, even though the court has developed principles and tests to help determine whether a breach is significant enough to justify it ordering fresh elections or recounts, the Court has applied these tests very inconsistently.

A serious problem is that the court has not always sought to determine the scope of the breach - that is, its potential effect of the

52 Constitutional Court Decision 10-17-23/PUU-VII/2009.

53 Constitutional Court Decision 10-17-23/PUU-VII/2009, p. 387.

54 Lindsey and Butt, *The Indonesian Constitution: A Contextual Analysis*, 202.

55 Butt, *Indonesian Constitutional Court Decisions in Regional Head Electoral Disputes*.

election results - before ordering a fresh election or recount. The Court has, without much discussion, simply concluded that the alleged breach was structured, systematic and massive. For example, in some money politics cases it has not specified how many people received money and how much they received. Yet in other cases, the court has refused to order new elections in money politics cases because the applicant has failed to prove who gave and received money and how much money changed hands.

Further, in my view the Court has not done enough to check the veracity of evidence put forward by the parties in many of these cases. In particular, it has relied on hearsay evidence and has given too much weight to unverified witness testimony. Indeed, many cases appear to have hinged on the testimony of citizens or officials who claim to have directly seen a breach or even admitted to being involved in one. This is extremely problematic in Indonesia where one often hears allegations about witnesses being bought off by parties.

References

Assyaukanie, Luthfi. *Islam and the Secular State in Indonesia*. Singapore: Insitute of Southeast Asian Studies, 2009.

Butt, S, and Tim Lindsey. "Unfinished Business: Law Reform, Governance and the Courts in Post-Soeharto Indonesia." In *Indonesia, Islam and Democratic Consolidation*, edited by Mirjam Kunkler and Alfred Stepan. Columbia University Press, 2013.

Butt, Simon. *Corruption and Law in Indonesia*. London: Routledge, 2012.

———. "Indonesia's Constitutional Court – the Conservative Activist or Pragmatic Strategist?" In *The Judicialization of Politics in Asia*, edited by Björn Dressel. Milton Park, Abingdon, Oxon; New York: Routledge, 2012.

———.*Indonesian Constitutional Court Decisions in Regional Head Electoral Disputes*.CDI Policy Paper. Canberra: Centre for Democratic Institutions, Australian National University, 2013.

———."Judicial Review in Indonesia: Between Civil Law and

Accountability? A Study of Constitutional Court Decisions 2003 – 2005." PhD Dissertation, Law Faculty, Melbourne University, 2007.

———. "The Constitutional Court's Decision in the Dispute between the Supreme Court and the Judicial Commission: Banishing Judicial Accountability?" In *Indonesia: Democracy and the Promise of Good Governance*, edited by Ross H. McLeod and Andrew J. MacIntyre. Indonesia Update Series. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2007.

———. "Two at the Top: The Constitutional Court and the Supreme Court." *Van Zorge Report on Indonesia* XI (8) (2009): 12–20.

Butt, Simon, and Nicholas Parsons.*Analytical Paper: Perda Review Mechanisms*. Report prepared for AusAID (on file with authors), 2011.

Dressel, Björn, ed. *The Judicialization of Politics in Asia*. Milton Park, Abingdon, Oxon; New York: Routledge, 2012.

Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Hooker, MB. *Indonesian Syariah: Defining a National School of Islamic Law*. Singapore: ISEAS, 2008.

Huda, Ni'matul, *Problematika Pembatalan Peraturan Daerah*. Yogyakarta: FH UII Press, 2010.

Lindsey, Timothy. *Islam, Law and the State in Southeast Asia: Volume 1 Indonesia*. London: I.B. Tauris, 2011.

Lindsey, Timothy, and Simon Butt.*The Indonesian Constitution: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart, 2012.

Mohammad Daud Ali. "The Position of Islamic Law in the Indonesian Legal System."In *Islam and Society in Southeast Asia*, edited by Taufik Abdullah and Siddique, 187–207. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 1986.

Pompe, S.*The Indonesian Supreme Court: A Study of Institutional Collapse*. Studies on Southeast Asia. Ithaca, N.Y: Southeast Asia Program, Cornell University, 2005.

Stockmann, Petra. *The New Indonesian Constitutional Court : A Study into Its Beginnings and First Years of Work*. Jakarta: Hans Seidel Foundation, 2007.

Journal:

Basri, Siregar Hasnil. "Islamic Law in a National Legal System: A Study on the Implementation of Shari'ah in Aceh, Indonesia." *Asian Journal of Comparative Law* 3, no. 1 (2008). doi:10.2202/1932-0205.1056.

Butt, Simon, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia."*Pacific Rim Law & Policy Journal* March (2010).

---------,"'Illegitimate' Children and Inheritance in Indonesia."*Alternative Law Journal* 37(3) (2012).

---------, "Traditional Land Rights before the Indonesian Constitutional Court." *Law Environment and Development Journal* (forthcoming 2014).

Butt, Simon, and David Hansell. "The Masykur Abdul Kadir Case: Indonesian Constitutional Court Decision No 013/PUU-I/2003." *Australian Journal of Asian Law* 6(2) (2004): 1.

Royan, Naomita. "Increasing Press Freedom in Indonesia: The Abolition of the Lese Majeste and 'Hate-Sowing' Provisions."*Australian Journal of Asian Law* 10(2) (2008).

Hahm, Chaihark. "Beyond 'law vs. Politics' in Constitutional Adjudication: Lessons from South Korea."*International Journal of Constitutional Law* 10, no. 1 (January 1, 2012): 6–34. doi:10.1093/icon/mos004.

Law Environment and Development Journal

Ginsburg, T. "Confucian Constitutionalism?The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan."*Law & Social Inquiry* 27, no. 4 (2002): 763–799.

Nardini, WJ. "Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court." *Seton Hall Law Review* 30, no. 1 (2000 1999).

Lindsey, Tim. "Indonesian Constitutional Reform: Muddling Towards Democracy." *Singapore Journal of International and Comparative Law* 6, no. 1 (2002): 244–301.

Waldron, Jeremy. "The Core of the Case against Judicial Review."*The Yale Law Journal* 115, no. 6 (April 1, 2006): 1346. doi:10.2307/20455656.

4

Konstitusi dan Perlindungan Hak Bagi Penyandang Disabilitas

Oleh : Rachmita M. Harahap

A. Pendahuluan

Ada 100 juta kami (penyandang disabilitas) di antara kalian (non penyandang disabilitas). Tapi kami belum juga terlihat dalam kehidupan. Hal ini bukan karena kalian mengabaikan kami. Ini karena kami sendiri yang bersembunyi, hidup di panti-panti dan bersekolah di SLB. Kami tidak bergabung dalam kehidupan sosial dan tidak berpengaruh apa-apa dalam kehidupan sosial dan politik .

Hal ini bukan karena kalian ingin mengasihani kami dan bermusuhan dengan kami. Ini hanya karena kalian tidak punya gambaran inklusif bagaimana berbicara atau berinteraksi dengan kami. Itulah selalu disebutkan istilah "Tak Kenal Maka Tak Sayang" dan "Tak Tahu Maka Tak Membantu"[1]

Maka perlu adanya advokasi dan sosialisasi yang terus-menerus untuk menyebarkan informasi mengenai keberadaan dan hak-hak kami sebagaimana dicantumkan UU on 19 tahun 2011 tentang Konvensi Hak-hak Penyandang Disabilitas (CRPD). CRPD ini merupakan konsekuensi ratifikasi konvensi HAM, sehingga hak-hak kami harus dihormati, diproteksi, dipenuhi oleh negara. Pembangunan

1 Tim Sehjira, Buku Panduan "Harmoni dalam Keragaman", Jakarta, Penerbit Sehjira Published, 2012

fasilitas-fasilitas umum maupun strategi kebijakan makro dan spesifik diperlukan untuk memastikan kami mempunyai tingkat kesejahteraan, akses partisipasi maupun kontrol terhadap sumber daya ekonomi, sosial, politik budaya milik negara. Kami harus mendapatkan perlakuan khusus karena hal tersebut memang merupakan kebutuhan khusus sekaligus hak konstitusional mereka untuk menghindarkan diri dari perlakuan diskriminatif dari pemerintah dan masyarakat. Tanpa komitmen politik Pemerintah maupun Mahkamah Konstitusi untuk mengintegrasikan perspektif kebutuhan khusus kelompok disabilitas maka selamanya mereka akan tertinggal dan termarjinalisasi[3].

Penyandang disabilitas sebagai warga negara Indonesia sebagaimana diamanatkan lambang Garuda Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, Bangsa Indonesia senantiasa menempatkan penghormatan terhadap harkat dan martabat manusia dalam segala aspek berbangsa, bernegara dan bermasyarakat. Hal ini dikukuhkan oleh Undang-Undang Dasar 1945 hasil amandemen. Dalam Pasal 28 h ayat 2 berbunyi [4]:

> *"Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan."*

Sedangkan pada Pasal 28I ayat (2) diatur bahwa:

> "*Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu."*

Terminologi Penyandang disabilitas dalam yuridis formal, mulai diterima pada saat disahkannya *International Convention On The Rigts of Person With Disabilities* (CRPD) melalui UU No 19 Tahun 2011. Lembaran Negara RI tahun 2011 No.107, Tambahan Lembar Negara RI tahun 2011 No. 5251 tertanggal 10 November 201

Dengan demikian maka Indonesia menjadi bagian dari masyarakat dunia yang berkomitmen tinggi melalui yuridis formal agar mengambil segala upaya untuk mewujudkan secara optimal segala bentuk nilai kehormatan, perlindungan dan pemenuhan hak Penyandang Disabilitas, sebagaimana yang tercantum dalam konvensi.

B. Pembahasan

Di dalam UU Pengesahan No. 19 tahun 2011, dijelaskan bahwa yang termasuk dalam penyandang disabilitas adalah mereka yang memiliki keterbatasan fisik, mental, intelektual, atau sensorik dalam jangka waktu lama di mana ketika berhadapan dengan berbagai hambatan, hal ini dapat menghalangi partisipasi penuh dan efektif mereka dalam masyarakat berdasarkan kesetaraan dengan yang lainnya.[5]

1. Tunanetra adalah seseorang yang memiliki hambatan dalam penglihatan atau tidak berfungsinya indera penglihatan
2. Tunarungu adalah seseorang yang mengalami hambatan atau keterbatasan dalam
3. kemampuan mendengar, sehingga mempengaruhi kehidupannya secara kompleks
4. terutama dalam kemampuan berkomunikasi verbal.
5. Tunadaksa adalah bentuk kelainan pada sistem otot, tulang, dan persendian yang
6. bersifat primer atau sekunder yang dapat mengakibatkan gangguan koordinasi,
7. komunikasi, adaptasi, mobilisasi, dan gangguan perkembangan keutuhan pribadi.
8. Tunagrahita adalah seseorang yang mengalami keterbelakangan fungsi kecerdasan atau intelektual secara signifikan di bawah rata-rata (IQ di bawah 70).

Hal yang sangat mendasar dalam Konvensi tersebut mengenai upaya penghormatan, perlindungan dan pemenuhan hak Penyandang Disabilitas, tertuang pada bagian pembukaan antara lain.[2]

---

2 Undang-Undang No 19 tahun 2011 tentang Konvensi Hak Penyandang Disabilitas.

> Disabilitas adalah suatu konsep yang berkembang secara dinamis dan Disabilitas adalah hasil dari interaksi antara orang-orang yang tidak sempurna secara fisik dan mental dengan hambatan-hambatan lingkungan yang menghalangi partisipasi mereka dalam masyarakat secara penuh dan efektif atas dasar kesetaraan dengan orang-orang lain
>
> Mengakui pentingnya pedoman prinsip dan kebijakan yang termuat dalam Program Aksi Dunia mengenai Penyandang Disabilitas dan dalam Peraturan-

Pengesahan CRPD, langkah pertama dan utama yang mesti dilakukan adalah mengkaji ulang segala ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut agar penyandang disabilitas benar-benar diposisikan sebagai manusia bermartabat yang melekat pada mereka HAM. CRPD menetapkan tujuh prinsip yang mesti diperhatikan bagi para penyandang disabilitas, yakni[3]:

1. penghormatan atas martabat yang dimiliki, otonomi dan kemandirian individu;
2. non-diskriminasi;
3. partisipasi secara penuh dan efektif dan inklusi/keikutsertaan dalam masyarakat;
4. penghormatan atas perbedaan dan penerimaan terhadap penyandang disabilitas sebagai bagian dari kemanusiaan dan keragaman manusia;
5. kesempatan yang sama;
6. aksesibilitas;
7. kesetaraan antara laki-laki dan perempuan; dan
8. penghormatan atas kapasitas anak penyandang disabilitas dan hak mereka untuk mempertahankan identitasnya.

Selanjutnya dalam ketentuan Pasal 4 Konvensi yang berbunyi:[4]

Negara-negara Pihak berjanji unuk menjamin dan memajukan

Peraturan Standar mengenai Persamaan Kesempatan bagi Penyandang Disabilitas dalam mempengaruhi promosi, perumusan dan evaluasi atas kebijakan, rencana, program dan aksi pada tingkat nasional, regional dan internasional untuk lebih menyamakan kesempatan bagi Penyandang Disabilitas,

Menekankan pentingnya pengarusutamaan isu-isu disabilitas sebagai bagian integral dari strategi yang relevan bagi pembangunan yang berkesinambungan,

Mengakui juga bahwa diskriminasi atas setiap orang berdasarkan disabilitas merupakan pelanggaran terhadap martabat dan nilai yang melekat pada setiap orang,

Mengakui pula keragaman Penyandang Disabilitas

3 Undang-Undang No 19 tahun 2011 tentang Konvensi Hak-hak Penyandang Disabilitas

4 Undang-Undang No 19 tahun 2011 tentang Konvensi Hak-hak Penyandang Disabilitas

realisasi penuh dari semua hak asasi manusia dan kebeasan fundamental bagi semua penyandang disabilitas tanpa diskriminasi dalam segala bentuk apapun yang didasari oleh disabilitas. Untuk itu, Negara-negara Pihak Berjanji:

a. Mengadopsi semua peraturan perundang-undangan administratif dan kebijakan lainnya yang sesuai untuk implementasi hak-hak yang diakui dalam Konvensi ini
b. Mengambil semua kebijakan yang sesuai, termasuk peraturan perundang-undangan untuk mengubah atau mencabut ketentuan hukum, peraturan kebiasaan dan praktik-praktik yang berlaku yang mengandung unsur diskriminasi terhadap para penyandang disabilitas
c. Mempertimbangkan perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia dari penyandang disabilitas dalam semua kebijakan dan program
d. Menahan diri dari keterlibatan dalam tindankan atau praktik apapun yang bertentangan dengan dengan konvensi ini dan menjamin bahwa otoritas dan lembaga publik bertindak sesuai dengan Konvensi ini
e. Mengambil semua kebijakan yang sesuai untuk menghilangkan diskriminasi yang didasari oleh disabilitas yang dilakukan oleh setiap orang, organisasi atau lembaga swasta
f. Melaksanakan atau memajukan penelitian dan pengembangan barang, jasa, peralatan dalam Konvensi ini, yang memerlukan penyesuaian seminimal mungkin dan biaya terkecil guna memenuhi kebutuhan khusus penyandang disabilitas, untuk memajukan ketersediaan dan kegunaannya dan untuk memajukan desain universal dalam pengembangan standar-standar dan pedoman-pedoman
g. Melaksanakan atau memajukan penelitian dan pengembangan dan untuk memajukan ketersediaan dan pengguna teknologi baru, termasuk teknologi informasi dan komunikasi, alat bantu mobilitas, peralatan dan teknologi bantu, yang cocok untuk penyandang disabilitas, dengan memberikan prioritas kepada teknologi dengan biaya terjangkau
h. Menyediakan informasi yang dapat diakses kepada para

penyandang disabilitas mengenai alat bantu mobilitas, peralatan dan teknologi baru bagi penyandang disabilitas, termasuk teknologi baru serta bentuk-bentuk bantuan, layanan dan fasilitas pendukung lainnya

i. Memajukan pelatihan bagi para profesional dan personil yang bekerja dengan penyandang disabilitas tentang HAM sebagaimana diakui di dalam Konvensi ini sehingga mereka lebih dapat memberikan bantuan dan pelayanan yang dijamin oleh hak-hak tersebut.

Urgensi perlindungan pemajuan dan pemenuhan hak penyandang disabilitas perlu semakin diprioritaskan dalam struktur kebijakan negara. Mengingat penyandang disabilitas secara demografis terus mengalami peningkatan jumlah tanpa dibarengi dengan pelembagaan sistem pelayanan yang memihak pada aspek kebutuhan dasar penyandang disabilitas. Berdasarkan data dari WHO (2011) menyebutkan bahwa jumlah penyandang disabilitas di dunia pada tahun 2010 adalah sebanyak 15,6 persen dari total populasi.

Jika penduduk Indonesia saat ini sebanyak 247 juta jiwa, itu berarti jumlah penyandang disabilitas berdasarkan estimasi WHO tersebut di atas adalah 37.091.000 jiwa. Data World Bank (Pozzan, 2011) menyebutkan bahwa sebanyak 80 persen penyandang disabilitas yang tinggal di negara berkembang termasuk Indonesia mengalami kerentanan, keterbelakangan dan hidup di bawah garis kemiskinan sehingga termarjinalisasi dalam bidang ekonomi, politik, hukum, dan sosial budaya[5]

Pemicu utama terjadinya marjinalisasi dan diskriminasi terhadap kalangan penyandang disabilitas menurut Saharuddin Daming, secara spesifik berpangkal dari melembaganya sikap dan perilaku stereotip dan prejudisme mulai dari kalangan awam hingga kelompok intelektual bahkan para elit kekuasaan. Namun hal yang paling berbahaya dari sikap tersebut adalah jika tumbuh dan bersemayam dalam diri para pejabat. Karena sebagai *decision maker*, mereka tentu berpotensi melahirkan kebijakan yang bias HAM bagi penyandang disabilitas lantaran mereka dalam membuat dan mengimplementasikan kebijakan tersebut, memang berangkat dari rendahnya pengetahuan secara komprehensif

5 World Health Organization (WHO). *World Report on Disability*. Malta, 2011

tentang penyandang disabilitas. Akibatnya kebijakan yang lahir, sudah barang tentu penuh dengan nuansa diskriminasi, sinisme, apriori bahkan mungkin apatis.[6]

Selain itu, hal yang turut berkontribusi besar terhadap fenomena keterpurukan penyandang disabilitas di Indonesia adalah menjamurnya sikap skeptis, imperioritas kompleks/minder hingga masa bodoh atau putus asa secara berlebihan pada sebagian penyandang disabilitas itu sendiri maupun keluarga dan masyarakat di sekitarnya dalam memahami futuristik keberadaan penyandang disabilitas. Hal ini sering timbul karena faktor obyektif maupun subyektif yang saling kait mengait antara lain tidak adanya jaminan hukum yang secara tegas tentang perlindungan dan pemenuhan hak penyandang disabilitas untuk berekspresi dan berapresiasi secara wajar, leluasa, dan bermartabat.

Dalam UU No.4 tahun 1997 dan berbagai peraturan perundang-undangan lainnya, memang telah dilembagakan sejumlah hak penyandang disabilitas. Namun sangat disesalkan karena pelembagaan hak penyandang disabilitas dalam peraturan hukum selama ini, umumnya dirumuskan dalam suasana ala kadarnya. Tidak heran jika dalam implementasinya, dirasakan masih sangat miskin, baik karena materi muatan dalam ketentuan tersebut memang tidak operasional.

Merefleksi pemberlakuan UU No.4 tahun 1997 tentang Penyandang Cacat yang kini diganti dengan istilah Penyandang Disabilitas, dari dulu inheren dengan fenomena kerentanan, keterbelakangan dan diskriminasi, hingga kini tampaknya belum banyak berubah sekalipun upaya internasional untuk memberdayakan penyandang disabilitas telah dicetuskan lebih dari empat dekade. Padahal jika ditinjau dari aspek apapun, penyandang disabilitas tetap merupakan insan yang memiliki dan berpeluang untuk mengekspresikan potensi bagi kemajuan diri dan lingkungannya. Bukan hanya itu, kalau tersedia kesempatan ruang dan persepsi yang kondusif, maka unsur disabilitas tidak akan pernah menjadi faktor penghalang atau perintang baginya untuk mengukir dan mempersembahkan prestasi spektakuler melebihi kemampuan normal.

Sungguh amat disesalkan karena sejak negeri ini merdeka dari kekuasaan kolonial lebih dari 65 tahun yang lalu hingga memasuki era

6 Saharuddin Daming, *Marjinalisasi Hak Politik Penyandang Disabilitas*, (Jakarta: Penerbit Komnas HAM, 2012).

reformasi dan demokratisasi, kondisi kehidupan penyandang disabilitas Indonesia secara umum masih mengalami suasana kolonialisme yang ditandai dengan berbagai perlakuan diskriminasi dan marjinalisasi. Anehnya karena perilaku destruktif seperti itu bukan saja ditampakkan oleh kalangan awam tetapi justru sering muncul dari kalangan *decision maker*, kaum intelektual termasuk dari para agamawan sendiri.

Memasuki abad ke 21, gerakan universalisme hak penyandang disabilitas terus menguat yang ditandai dengan lahirnya Konvensi tentang hak-hak penyandang disabilitas CRPD N0 61/106 tertanggal 13 Desember 2006. Hebatnya lagi karena hanya dalam waktu 3 bulan setelah diadopsi oleh Majelis Umum PBB, pemerintah RI melalui Menteri Sosial menandatangani naskah CRPD pada tanggal 30 Maret 2007 di Markas PBB New York USA. Momentum ini telah menjadi inspirasi berbagai *stakeholders* khususnya komunitas penyandang disabilitas melakukan serangkaian upaya pendekatan demi mengakselerasi ratifikasi CRPD, termasuk sosialisasi pada berbagai elemen bangsa dan negara. Kerja keras ini akhirnya membuahkan hasil dengan pengesahan CRPD melalui UU Nomor 19 tahun 2011 (LN RI 2011 Nomor 107; TLN RI 2011 Nomor 5251). Dengan demikian maka Indonesia menjadi bagian dari masyarakat dunia yang berkomitmen tinggi melalui yuridis formal agar mengambil segala upaya untuk mewujudkan secara optimal segala bentuk nilai kehormatan, perlindungan dan pemenuhan hak penyandang disabilitas sebagaimana yang tercantum dalam konvensi.[7]

CRPD yang mengatur pelembagaan hak secara komprehensif bagi penyandang disabilitas, dapat sungguh-sungguh menjadi instrumen taktis dalam mengantarkan peri kehidupan penyandang disabilitas memasuki pintu gerbang kehidupan yang sejahtera, mandiri dan bermartabat. Jadi eksistensi CRPD dalam perspektif hukum dan HAM bagi penyandang disabilitas, harus mampu menjadi sarana kontrol terhadap semua peraturan hukum maupun kebijakan yang selama ini belum mengakomodasi perlindungan dan pemenuhan hak penyandang disabilitas.

---

7 Saharuddin Daming , "Tantangan dan Peluang Perwujudan Hak Penyandang Disabilitas Pasca Ratifikasi

CRPD," *Makalah*

C. Identifikasi Masalah

Mengapa diperlukan reformasi hukum tentang penyandang disabilitas? Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1997 tentang Penyandang Cacat, secara substansial tidak sesuai lagi dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Konvensi mengenai Hak-Hak Penyandang Disbilitas). Hal ini terjadi karena UU Nomor 4 Tahun 1997 masih cenderung berorientasi pada pemberian pelayanan berdasarkan amal (*charity based*) dan bukan atas dasar pemenuhan hak asasi penyandang disabilitas (*right based*). Oleh karena itu untuk lebih menjamin penghormatan, pemajuan, perlindungan, pemberdayaan penegakan, dan pemenuhan hak penyandang disabilitas, maka sudah saatnya dilakukan reformasi hukum tentang Penyandang Disabilitas. Sebagai konsekuensi dari pengesahan CRPD melalui UU Nomor 19 Tahun 2011, maka perlu segera dibentuk Undang-Undang Penyandang Disabilitas. Selain sebagai pengganti UU Nomor 4 Tahun 1997, Undang-undang baru tentang Penyandang Disabilitas merupakan bentuk pengejawantahan UU Nomor 19 Tahun 2011. Hal ini harus dilakukan karena UU Nomor 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan CRPD, secara teknis yuridis, hanya dilekati daya mengikat secara moral (*Morality Binding*) dan tidak mempunyai daya mengikat secara hukum (*Legality Binding*)[8]

D. Tujuan

Adapun buku ini bertujuan untuk mewujudkan hal yang dimaksud maka perlu segera disusun dan ditetapkan Undang-Undang baru tentang Penyandang Disabilitas yang selain dapat mengakomodasi serta menjawab tantangan perkembangan zaman tentang Penyandang disabilitas yang semakin kompleks, juga dapat mengejawantahkan bahkan menjadi sogo guru, pembinaan dan pembangunan hukum yang berlandaskan pada asas-asas penyelenggaraan pemerintahan yang patut (*good governance*) yaitu:[9]

---

8 Saharuddin Daming , *Marjinalisasi*...

9 Tim Penyusun RUU Penyandang Disabilitas, Naskah Akademik UU Penyandang Disabilitas, 2013

a. asas tidak menyalahgunakan kekuasaan (*detournement de pouvoir*)
b. asas tidak bertindak sewenang-wenang (*kennelijke onredelijkheid / willekeur*)
c. asas perlakuan yang sama (*gelijkheidsbeginsel*)
d. asas kepastian hukum (*rechtszekerheid*)
e. asas pemenuhan harapan yang ditimbulkan (*gewekte verwachtingen honoreren*)
f. asas perlakuan yang jujur (*fair play*)
g. asas kecermatan (*zorgvuldigheid*)
h. asas keharusan adanya motivasi dalam tindakan (*motivering*).
i. asas keterbukaan (*transparantion*)
j. asas dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat (*public accountability*)
k. asas keikutsertaan (*participation*)
l. asas efektifitas atau keberlangsungan secara baik atau tepat sasaran
m. asas efesiensi atau pendayagunaan secara baik dan tepat sasaran

E. Penutup

Buku ini diharapkan Mahkamah Konstitusi wajib pengujian materi UU No 19 tahun 2011 tentang Konvensi Hak-Hak Penyandang Disabilitas, beberapa masalah yang dihadapinya oleh penyandang disabilitas mengalami diskriminatif sebagaimana dicantumkan perundang-undangan mengenai penyandang disabilitas ternyata belum mampu melindungi hak-hak penyandang disabilitas

Para penyandang disabilitas kerap mengalami diskriminasi, bahkan oleh lembaga pemerintah. Hal itu diungkapkan sejumlah penyandang disabilitas dan penggiat organisasi disabilitas dalam Tim Penyusun Rencana Undang-Undang Penyandang Disabilitas.

Oleh karena itu persoalan disabilitas acap kali dipahami sebagai bentuk kelemahan dan keterbelakangan. Akibatnya, penyandang disabilitas tidak mendapatkan porsi perlindungan dan pemenuhan HAM secara maksimal. Paradigma yang salah terhadap disabilitas telah sempurna melanggengkan ragam diskriminasi yang potensial dan aktual bagi penyandang disabilitas. Ketentuan Pasal 4 CRPD

menyatakan dengan tegas, Mahkamah Konstitusi maupun Pemerintah negara perlu memastikan agar para penyandang disabilitas dapat hidup, menikmati semua hak asasi manusia dan kebebasan mendasar tanpa adanya diskriminasi.

Mahkamah Konstitusi perlu sosialisasi dan uji publik untuk mendukung mengimplementasikan UU NO 19 tahun 2011 yang ada, sebagai berikut :

1. "Hak untuk bebas dari stigma negatif" (pasal 8) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Informasi dan Komunikasi RI, Kementerian Sosial RI dan Kementerian Agama RI.
2. "Hak atas Aksesibilitas"(pasal 9) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Pekerjaan Umum RI, Kementerian Perhubungan RI dan Kementerian Informasi dan Komunikasi RI
3. "Hak Hidup" (pasal 10) menjadi tugas dan tanggung jawab Lintas Sektoral
4. "Hak terjamin bagi perlindungan dan keselamatan dalam Situasi Berisiko dan Darurat Kemanusiaan" (pasal 11) menjadi tugas dan tanggung jawab Lintas Sektoral
5. "Hak atas Kesetaraan Pengakuan di Hadapan Hukum" (Pasal 12) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Hukum dan HAM RI
6. "Hak atas Akses terhadap Keadilan" (pasal 13) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Hukum dan HAM RI
7. Hak atas kebebasan dan Keamanan Penyandang Disabilitas" (Pasal 14) menjadi tugas dan tanggung jawab Lintas Sektoral
8. "Hak atas Kebebasan dari Penyiksaan dan Perlakukan atau Penghukuman lain yang Kejam, Tidak Manusiawi,atau Merendahkan Martabat Manusia" (Pasal 15) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Hukum dan HAM RI
9. "Hak atas Kebebasan dari Eksploitasi, Kekerasan,dan Pelecehan" (Pasal 16) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Hukum dan HAM RI dan KPPA
10. "Hak atas Melindungi Integritas Penyandang Disabilitas" (Pasal 17) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Hukum dan HAM RI

11. "Hak atas Kebebasan Bergerak dan Kewarganegaraan" (Pasal18) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Hukum dan HAM RI
12. "Hak atas Hidup Secara Mandiri dan Dilibatkan Dalam Masyarakat" (Pasal 19) menjadi tugas dan tanggung jawab Lintas Sektoral
13. "Hak atas Mobilitas Pribadi" (Pasal20) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Hukum dan HAM RI
14. "Hak atas Kebebasan Berekspresi dan Berpendapat, serta Akses Terhadap Informasi" (Pasal 21) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Informasi dan Komunikasi RI
15. "Hak atas Penghormatan terhadap Keleluasaan Pribadi" (Pasal 22) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Hukum dan HAM RI
16. "Hak atas Penghormatan terhadap Rumah dan Keluarga" (Pasal 23) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Koordinator Bidang Kesejahteraan Rakyat RI, Kementerian Sosial RI dan KPPA
17. "Hak atas Pendidikan" (Pasal 24) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan RI
18. "Hak atas Kesehatan" (Pasal 25) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Kesehatan RI
19. "Hak atas Habilitasi dan Rehabilitasi" (Pasal26) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Kesehatan RI, Kementerian Sosial RI
20. "Hak atas Pekerjaan dan Lapangan Kerja" (Pasal 27) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Koordinator Bidang Kesejahteraan Rakyat RI, Kementerian Tenaga Kerja dan Transmigrasi RI, BUMN, Kementerian Dalam Negeri RI, Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara RI, Kementerian Negara Koperasi dan UKM RI
21. "Hak atas Standar Kehidupan dan Perlindungan Sosial Yang Layak" (Pasal 28) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Kesejahteraan Rakyat RI, Kementerian Sosial RI
22. "Hak atas Partisipasi dalam Kehidupan Politik dan Publik" (Pasal 29) menjadi tugas dan tanggung jawab Kemenkopol RI,

Kementerian Dalam Negeri RI

23. "Hak atas Partisipasi dalam Kegiatan Budaya, Rekreasi, Hiburan, dan Olahraga" (Pasal 30) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Pariwisata dan Ekonomi Kreatif RI, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan RI, Kementerian Pemuda dan Olah Raga RI.
24. "Hak atas Statistik dan Penggumpulan Data" (Pasal 31) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Sosial RI, BPS, Kementerian Dalam Negeri RI
25. "Hak atas Kerja Sama Internasional" (Pasal 32) menjadi tugas dan tanggung jawab Kementerian Luar Negeri RI
26. "Hak atas Implementasi dan Pengawasan Nasional" (Pasal 33) menjadi tugas dan tanggung jawab lintas sektoral

Maka dengan buku ini diharapkan dapat menjadi corong yang bercerita kepada masyarakat dalam rangka peningkatan kesadaran pemerintah maupun masyarakat mengenai hal tersebut.

Daftar Pustaka

Daming, Saharuddin, *Marjinalisasi Hak Politik Penyandang Disabilitas*, Jakarta: Penerbit Komnas HAM, 2012.

Tim Penyusun RUU Penyandang Disabilitas, Naskah Akademik Undang-Undang Penyandang Disabilitas, Jakarta, 2013

Tim Penyusun Sehjira, *Harmoni dalam Keragaman*, Buku Bacaam, Jakarta, Penerbit Sehjira Published, 2012.

World Health Organization, *World Report on Disability*, Malta, 2011

Makalah:

Daming, Saharuddin, Tantangan dan Peluang Perwujudan Hak Penyandang Disabilitas Pasca Ratifikasi

CRPD, *Makalah,* 2011.

Disabilitas Pasca Ratifikasi CRPD. *Makalah*

Internet:

Apeace. 2012. Penyandang Disabilitas, Siapa dan Berapa. http://id.shvoong.com/society-and-news/2343354-penyandang-disabilitas-siapa-dan-berapa/#ixzz2MiViMnKK [01 Maret 2012]

Peraturan Perundang-Undangan:

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1997 tentang Penyandang Cacat.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Undang-Undang Nomor 19 tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Konvensi mengenai Hak-Hak Penyandang Disabilitas)

5

Partikularitas dalam Putusan MKRI tentang Kebebasan Beragama

Oleh: Aidul Fitriciada Azhari

Pendahuluan

Pada tanggal 12 April 2010 Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK) menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan Pengujian UU Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalah-gunaan dan/atau Penodaan Agama terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI 1945) yang diajukan oleh sejumlah Pemohon, yakni IMPARSIAL, ELSAM, PBHI, DEMOS, Setara Institut, YLBHI, KH Abdurrahman Wachid, Musdah Mulia, Dawan Rahardjo, dan KH Maman Imanul Haq. Para pihak tersebut mengajukan permohonan *judicial review* terhadap ketentuan Pasal 1, Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 3, Pasal 4 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama atas dasar ketentuan-ketentuan tersebut bertentangan dengan UUD NRI 1945, terutama norma-norma mengenai Hak Beragama, Meyakini Kepercayaan, Menyatakan Pikiran dan Sikap, Sesuai dengan Hati Nuraninya serta Hak Persamaan di Depan Hukum dan Hak Memperoleh Kepastian Hukum.

MK memutuskan menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya. Namun, terhadap Putusan tersebut, Hakim Harjono memiliki alasan yang berbeda (*concurring opinion*) dan Hakim Maria Farida Indrati memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinion*). Pada pendapat yang berbeda, Hakim Maria menyatakan bahwa "dengan terjadinya berbagai permasalahan yang seringkali menimbulkan

adanya tindakan yang sewenang-wenang dalam pelaksanaan UU *a quo* dan adanya pertentangan dalam ketentuan pasal-pasalnya terhadap beberapa Pasal dalam UUD NRI 1945... berkesimpulan bahwa permohonan para Pemohon seharusnya dikabulkan."[1]

Berkenaan dengan Hak Asasi Manusia (HAM), MK berpendapat bahwa kebebasan agama "bukanlah merupakan kebebasan yang bebas nilai dan kebebasan *an sich*, melainkan kebebasan yang disertai dengan tanggung jawab sosial untuk mewujudkan HAM bagi setiap orang (Par. 3.34.18). Dalam kaitan dengan kebebasan beragama seperti itu, maka negara memiliki peran sebagai "penyeimbang antara hak asasi dan kewajiban dasar untuk ...memastikan bahwa dalam pelaksanaan kebebasan beragama seseorang tidak melukai kebebasan beragama orang lain... [sehingga] negara akan mewujudkan tujuannya untuk mencapai kehidupan yang lebih baik (*the best life possible*)."[2]

Putusan MK tersebut mengindikasikan 2 (dua) hal pokok, yakni partikularitas Hak Asasi Manusia (HAM) dam keniscayaan peran Negara dalam membatasi hak dan kebebasan beragama. Tulisan ini memfokuskan pada kedua hal pokok tersebut untuk melihat implikasi putusan MK terhadap perlindungan dan penegakan HAM, khususnya hak dan kebebasan beragama di Indonesia.

1. Hak dan Kebebasan Beragama

Hak dan kebebasan beragama (*freedom of belief*) merupakan salah satu hak dasar yang dinyatakan dalam Pembukaan *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) 1948 sebagai "*the highest aspiration of the common people*". Selain kebebasan beragama, pada Pembukaan UDHR disebutkan pula kebebasan berbicara (*freedom of speech*), kebebasan dari ketakutan (*freedom from fear*) dan kebebasan dari kekurangan (*freedom from want*) yang juga dinyatakan sebagai "*the highest aspiration of the common people.*" Pernyataan ini menunjukkan bahwa kebebasan beragama merupakan salah satu hak dan kebebasan yang paling fundamental dalam kehidupan masyarakat dunia.

Hak dan kebebasan beragama itu kemudian disebutkan dalam

1 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 140/PUU-VII/2009, Par. 6.2:321-322.

2 *Ibid.*, Par. 3.34.19.

ketentuan Pasal 18 UDHR yang menyatakan :

> *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.*

Dalam redaksi yang sedikit berbeda ketentuan itu diatur kembali pada Pasal 18 *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), yakni:

> *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.*

Ketentuan Pasal 18 UDHR dan ICCPR itu mengandung arti bahwa setiap orang memiliki hak atas kebebasan menganut agama dan kepercayaan yang meliputi:

1) Kebebasan bagi setiap orang untuk memegang atau menerima agama atau kepercayaan yang dipilihnya, termasuk untuk mengganti agama dan kepercayaan yang dipilihnya. Kebebasan beragama ini merupakan dimensi kebebasan yang bersifat internal atau disebut *forum internum*.[3] Berkenaan dengan forum internum ini, Pasal 18 ayat (2) ICCPR menyebutkan, "*No one shall be subject to coercion, which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice*." Artinya, dalam forum internum tidak boleh ada paksaan dalam bentuk apapun yang dapat merusak atau mengganggu kebebasan untuk mempunyai atau menerima agama dan kepercayaan yang dipilihnya;
2) Kebebasan untuk menyatakan agama atau kepercayaan dengan cara mengajarkannya, mempraktikkannya, melaksanakan ibadahnya dan mentaatinya, baik sendiri

3 Javier Martínez- Torrón, "The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law," *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012, hal. 4.

> maupun bersama-sama dengan orang lain, di muka umum maupun sendiri. Kebebasan ini merupakan kebebasan dalam dimensi eksternal atau disebut *forum externum*.[4] Berkenaan dengan *forum externum* ini Pasal 18 ayat (3) ICCPR menyebutkan, "*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.*" Artinya, pembatasan dapat dilakukan dalam kaitan dengan *forum externum* berdasarkan hukum (undang-undang) atas dasar pertimbangan kepentingan keselamatan publik, ketertiban, kesehatan atau moral atau hak dan kebebasan orang lain.

Dengan demikian, *forum internum* berkaitan dengan kebebasan untuk menganut kepercayaan, iman atau *aqidah* yang tidak dapat dicampuri oleh siapapun, sedangkan *forum externum* berkenaan dengan kebebasan untuk melaksanakan peribadatan atau *amaliyah* yang harus diatur pelaksanaannya oleh negara atas dasar pertimbangan perlindungan keselamatan publik, ketertiban, kesehatan, moral atau hak dan kebebasan pihak atau orang lain.

Sementara itu, mengacu pada Komentar Umum No. 22 *UN Human Rights Committee* (HRC) *Article* 18 **(***Forty-eighth session***,** 1993), par. 2, disebutkan bahwa ketentuan Pasal 18 ICCPR mencakup perlindungan atas :

> *theistic, non-theistic and atheistic beliefs, as well as the right not to profess any religion or belief. The terms "belief" and "religion" are to be broadly construed. Article 18 is not limited in its application to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions. The Committee therefore views with concern any tendency to discriminate against any religion or belief for any reason, including the fact that they are newly established, or represent religious minorities that may be the subject of hostility on the part of a predominant religious community.*

4 *Ibid.*

Dengan demikian, istilah "agama" dan "kepercayaan" mencakup pengertian yang luas tidak hanya terbatas pada kepercayaan teistik atau ketuhanan, non-teistik seperti animisme, dinamisme, atau paganisme, dan kepercayaan ateis, maupun hak untuk tidak menganut agama atau kepercayaan tertentu seperti agnotisme. Makna "agama" dan "kepercayaan" juga bukan hanya menyangkut agama dan kepercayaan yang bersifat tradisional, melainan agama atau kepercayaan yang baru didirikan (*newly estbalishment*) atau merepresentasikan agama minoritas yang mungkin menjadi subjek permusuhan dari penganut agama yang dominan.

Secara nasional, ketentuan ICCPR tentang kebebasan beragama itu sudah diratifikasi oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) melalui Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan ICCPR. Dengan demikian, secara normatif ketentuan dalam ICCPR tersebut berlaku pula dalam sistem hukum nasional Indonesia. UUD NRI 1945 Pasal 29 juga telah menetapkan kebebasan beragama sebagai salah satu norma pokok. Pasal 29 ayat (1) menyatakan Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa dan ayat ke (2) menjelaskan bahwa Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu. Ketentuan Pasal 29 UUD NRI 1945 itu dipandang oleh para pendiri negara Indonesia sebagai 'esensialia UUD 1945' yang tidak boleh mengalami perubahan sekalipun UUD 1945 diganti atau diamandemen.[5] Ketentuan yang serupa diatur pada Pasal 28E ayat (1) yang berbunyi Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya.

Dengan mengacu pada ICCPR, ketentuan Pasal 28E ayat (1) dan Pasal 29 itu secara umum mengandung makna:

1) Paham Ketuhanan Yang Maha Esa atau monoteisme sebagai asas resmi dalam kehidupan negara. Artinya, negara Indonesia tidak menganut sekularisme dan bukan pula pelembagaan suatu agama tertentu dalam negara (teokrasi). Monoteisme merupakan paham ketuhanan yang bersifat umum dan bukan monopoli keyakinan agama tertentu. Sekalipun

5 Aidul Fitriciada Azhari, "The Essential of the 1945 Constitutioan and the Agreement of the 1945 Constitution: A Comparison of the Constitutional Amendment", *Jurnal Hukum* 18, 2011, hal. 306.

demikian tidak dapat terhindarkan bahwa monoteisme merepresentasikan keyakinan Islam sebagai agama mayoritas penduduk Indonesia. Konsekuensi dari prinsip monoteisme ini adalah nilai-nilai monoteisme menjadi sumber utama bagi sistem hukum nasional. Hal itu tidak berarti keyakinan teisme lain, seperti polyteisme atau patheisme, atau bahkan non-teisme dan ateisme, dilarang di Indonesia. Hanya saja dalam kehidupan bernegara, yang berarti *forum externum*, paham monoteisme, terutama monoteisme Islam, merupakan asas pokok yang melandasi sistem hukum nasional.

2) Kemerdekaan memeluk agamanya masing-masing sebagai kebebasan dalam dimensi internal atau *forum internum*. Kemerdekaan memeluk agama merupakan kebebasan mutlak yang tidak dapat diintervensi oleh Negara, termasuk agama dengan kepercayaan polyteisme atau pantheisme seperti Hinduisme atau paganisme seperti beberapa kepercayaan asli suku-suku di Indonesia.

3) Kemerdekaan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya dapat dimaknai sebagai kebebasan untuk "*to manifest his religion or belief in worship*" sebagaimana disebutkan dalam UDHR dan ICCPR. Oleh karenanya, kemerdekaan untuk beribadat dalam UUD 1945 merupakan dimensi eksternal atau *forum externum* dari kebebasan agama di Indonesia. Kemerdekaan untuk beribadat ini, baik dilakukan secara individu maupun dalam komunitas, baik bersifat publik maupun privat, dapat dibatasi oleh hukum atau undang-undang. Mengacu pada ICCPR pembatasan itu dilakukan untuk tujuan melindungi keselamatan publik, ketertiban, kesehatan, moral atau hak dan kebebasan pihak atau orang lain.

Dengan demikian, selain terdapat *forum internum* dan *externum*, negara Indonesia menganut adanya prinsip monoteisme dalam kehidupan bernegara yang mengimplikasikan landasan pokok dari sistem hukum nasional Indonesia adalah nilai-nilai monoteisme yang sekaligus menegaskan penolakan atas sekularisme/laicitisme dan teokrasi sekaligus. Dalam kerangka HAM, nilai-nilai monoteisme dalam UUD NRI 1945 paralel dengan paham kreasionisme sebagaimana dianut dalam

Deklarasi Kemerdekaan Amerika Serikat tertanggal 4 Juli 1776 yang menyatakan: "*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*." [6] Artinya, HAM adalah sebagai anugerah dari Tuhan yang harus dilindungi oleh negara. Konsekuensinya, paradigma HAM harus sejalan dengan pemahaman tentang manusia sebagai ciptaan Tuhan. Dengan sendirinya juga menolak paradigma HAM yang bersifat sekular atau non-kreasionis yang menolak penciptaan manusia dan meyakini manusia hanya dilahirkan sebagai bagian suatu proses evolusi semata.[7] Perbedaan paradigma HAM ini akan sangat menentukan manakala berhadap dengan beberapa isu yang menyangkut keyakinan agama, seperti hak kaum homoseksualitas, hak hidup dan hukuman mati, serta hak beragama.

2. Partikularitas HAM

Sekalipun UDHR dimaksudkan sebagai pernyataan HAM yang bersifat universal, tetapi perbedaan paradigma HAM serta adanya perbedaan budaya di antara berbagai kawasan dan negara menyebabkan munculnya ketegangan antara universalitas dan partikularitas HAM. Ignatieff, sebagaimana dikutip oleh Rebecca Adami menyebut bahwa "*the process of drafting human rights (UDHR 1948) was westernized*".[8]

---

6 Lihat: Aidul Fitriciada Azhari, *Menemukan Demokrasi,* (Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2005), hal. 19-31; Khalif Mu'ammar A. Harris, "Supremacy of the Shari'ah (Siyadat al-Shari'ah) and Its Political Implications: An Analytical Study of the Notion of Constitutional Government in Islam," *Disertasi,* ISTAC-International Islamic University, 2008; Zulfikar Ali Shah, "*Founding Father's of America's Indebtedness to Islamic Thought*" dalam http://www.fiqhcouncil.org/node/2, diakses pada 6 Novermber 2013; *"Islamic Influences on John Locke*" dalam http://www.freerepublic.com/focus/f-news/2611491/posts, diakses pada 6 November 2013; Muhammad Imtiaz Subhani, "Human Mind is A Tabula Rasa," dalam Interdisciplinary Journal of Contemporary Research in Bussiness 3, 2011, hal.1174.

7 Paradigma HAM sekular atau non-kreasionis terpantul dalam *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 26 Agustus 1789 yang menyatakan, "*Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions may be founded only upon the general good*." (Pasal 1). Ungkapan "*Men are born*" menunjukkan dengan jelas paradigma hukum alam yang bersifat sekular.

8 Rebecca Adami, "*Reconciling Universality and Particularity through a*

Perumusan UDHR 1948 banyak dipengaruhi oleh pandangan filosofi Barat, seperti terungkap dalam konsep "*dignity*", "*reason*" dan "*consciousness*". Demikian pula dengan gagasan "*brotherhood*" dipahami dalam pandangan Revolusi Prancis, sementara konsep "*rights*" jelas bersumber pada Deklarasi Kemerdekaan Amerika.[9] Oleh sebab itu, tidak heran bila Saudi Arabia menolak ketentuan tentang kebebasan beragama, terutama hak menikah dan mengubah agama, karena dipandang bertentangan dengan ajaran Islam. Situasi seperti itu menunjukkan bahwa sejak awal perumusan UDHR telah terdapat kecenderungan partikularitas dalam penegakan HAM. Partikularitas itu semakin menguat dengan berkembangnya regionalitas dalam hukum internasional, termasuk dalam HAM. Munculnya instrumen HAM di Eropa, Amerika Utara, Afrika, dan terakhir di ASEAN mengakibatkan akomodasi terhadap partikularitas dalam instrumen HAM masing-masing kawasan.

Di dalam ketentuan hukum nasional, patikularitas HAM terungkap dalam ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 yang memasukkan unsur "nilai-nilai agama" dalam ketentuan tentang pembatasan HAM. Ketentuan pasal tersebut selengkapnya sebagai berikut :

> Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undangundang dengan maksud semata mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atashak kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilainilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Ketentuan tersebut berbeda dengan ketentuan pada UDHR yang tidak memasukkan nilai-nilai agama sebagai salah satu dasar pembatasan HAM. Selengkapnya ketentuan Pasal 29 ayat (2) UDHR berbunyi :

In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall

Cosmopolitan Outlook on Human Rights," Cosmopolitan Civil Societies Journal 4, 2012, hal. 23.

9 Rebecca Adami, *Ibid.*, hal. 24; Geoffrey Robertson QC, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global,* (Jakarta: Komnas HAM, 2002), hal. 37.

> *be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.*

Sekalipun berbeda dengan rumusan UDHR, "nilai-nilai agama" dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 sejalan dengan rumusan Pasal 7 *ASEAN Human Rights Declaration (AHRD) 2012* yang menyatakan perlunya pertimbangan konteks nasional dan regional berdasarkan latar belakang relijius. Selengkapnya rumusan Pasal 7 AHRD itu adalah:

> *All human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, the realization of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds.*

Dengan demikian, ketentuan pembatasan HAM yang berdasarkan pada nilai-nilai agama dalam UUD NRI 1945 memperoleh penguatan dari instrumen HAM regional ASEAN. Artinya, partikularitas HAM yang terdapat dalam hukum nasional paralel dan diperkuat oleh instrumen HAM regional. Partikularitas HAM di tingkat regional semakin jelas dalam ketentuan Pasal 8 AHRD yang memasukkan unsur "*national security, public order, public health, public safety, public morality*" sebagai dasar pertimbangan dalam melakukan pembatasan atas pelaksanaan HAM di kawasan ASEAN. Selengkapnya rumusan Pasal 8 AHRD adalah sebagai berikut:

> *The human rights and fundamental freedoms of every person shall be exercised with due regard to the human rights and fundamental freedoms of others. The exercise of human rights and fundamental freedoms shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition for the human rights and fundamental freedoms of others, and to meet the just requirements of national security, public order, public health, public safety,*

public morality, as well as the general welfare of the peoples in a democratic society.

Unsur-unsur partikular pada AHRD tersebut pada dasarnya terdapat juga dalam ICCPR, tetapi untuk memberikan pembatasan atas hak dan kebebasan yang berbeda. Pertimbangan "*public safety, order, health, or morals*" terdapat dalam ketentuan Pasal 18 ayat (3) ICCPR mengenai pembatasan atas kebebasan untuk menyatakan agama dan kepercayaannya. Sementara pertimbangan "*national security*" terdapat dalam Pasal 12 ayat (3) ICCPR terkait dengan hak untuk bebas bergerak dan memilih tempat tinggal serta hak untuk meninggalkan suatu negara serta Pasal 13 terkait dengan wewenang suatu Negara untuk mengusir orang asing dari wilayahnya.

Dengan demikian, partikularitas dalam instrumen HAM nasional dan regional ASEAN tetap mengacu pada instrumen universal ICCPR. Akan tetapi, pada tingkat nasional dan regional partikularitas itu memperoleh penekanan yang lebih kuat terkait dengan konteks kepentingan nasional dan regional ASEAN yang dipandang memiliki latar belakang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya, sejarah dan agama yang bersifat spesifik.

Secara kelembagaan, tekanan pada partikularitas tersebut berimplikasi pada menguatnya peran Negara dalam penegakan HAM. Bagaimanapun, pertimbangan partikularitas HAM akan memberikan kewenangan kepada Negara untuk merumuskan unsur-unsur yang dapat dijadikan dasar pertimbangan bagi pembatasan HAM. Pada titik ini partikularitas menjadi krusial karena dapat mengarah kepada bentuk *raison d'état* atau pertimbangan negara yang lebih memusatkan penegakan HAM pada kepentingan Negara dibandingkan dengan tujuan perlindungan HAM itu sendiri. Teori *raison d'état* (*reason of state, ratio status, ragione di statio, Staatsrässon*) pertama kali dikembangkan oleh Kardinal di Richileu, kemudian dikembangkan oleh Machiavelli dalam karyanya yang terkenal, *Prince* (1532). *Raison d'état* terkait dengan konsep mengenai hak ketuhanan (*divine right*) yang dimiliki oleh seorang penguasa. Intinya, penguasa dipandang sebagai hukum yang hidup yang merepresentaskan negara secara menyeluruh dan sekaligus mengekspresikan kehendak Tuhan. Konsekuensinya, apapun yang dikatakan dan dilakukan oleh penguasa tersebut adalah sepenuhnya identik dengan kepentingan negara. Dalam eskpresi modern *raison d'état* muncul dalam bentuk negara

otoriter dan totaliter yang berwatak menghalalkan segala cara untuk mencapai tujuan negara.[10]

3. Partikularitas dalam Putusan MK

Putusan MK Nomor: **140/PUU-VII/2009,** Par. 3.34.11. tentang pengujian Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama (UU 1/PNPS/1965), secara jelas menganut partikularitas HAM yang ditegaskan oleh MK dalam pendapat sebagai berikut:

> Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia tidak memberikan kemungkinan adanya kampanye kebebasan untuk tidak beragama, kebebasan untuk promosi anti agama serta tidak memungkinkan untuk menghina atau mengotori ajaran agama atau kitab-kitab yang menjadi sumber kepercayaan agama ataupun mengotori nama Tuhan. Elemen inilah yang merupakan salah satu elemen yang menandakan perbedaan pokok antara negara hukum Indonesia dengan negara hukum Barat, sehingga dalam pelaksanaan pemerintahan negara, 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 hukum yang tidak konstitusional. Dalam kerangka pemikiran seperti diuraikan di atas, pembatasan hak asasi manusia atas dasar pertimbangan "nilai-nilai agama" sebagaimana disebutkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 merupakan salah satu pertimbangan untuk membatasi pelaksanaan hak asasi manusia. Hal tersebut berbeda dengan Article 18 ICCPR yang tidak mencantumkan nilai-nilai agama sebagai pembatasan kebebasan individu.

Partikularitas HAM tersebut menjadi anjakan bagi MK untuk memutuskan pengujian UU 1/PNPS/1965 yang terkait dengan

10 Aidul Fitriciada Azhari, *Demokrasi dan Autokrasi Gagasan, Model, Rekonstruksi*, (Yogyakarta: Pandiva Media, 2008), hal. 87.

kebebasan beragama. Menurut MK partikularitas itu diwujudkan dalam bentuk pembatasan yang Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 ditambahi dengan pertimbangan 'nilai-nilai agama' selain pertimbangan lain yang disebutkan pada Pasal 18 ICCPR. MK memperkuat norma pembatasan itu dengan mengutip Pasal 19 ayat (3) ICCPR yang di antaranya menyebutkan tujuan pembatasan untuk "melindungi kepentingan nasional" (*for the protection of national security*). Rujukan terhadap Pasal 19 ayat (3) ini sesungguhnya tidak terlalu tepat, karena pembatasan pada pasal tersebut terkait dengan ketentuan Pasal 19 ayat (2) ICCPR yang mengatur tentang hak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat (*the right to freedom of expression*), bukan hak untuk menjalankan agama atau kepercayaan yang diatur dalam ketentuan Pasal 18 ayat (3) ICCPR.

Atas dasar partikularitas itu, MK menyimpulkan bahwa sekalipun merupakan bagian dari kebebasan beragama yang berada pada *forum internum*, namun penafsiran keyakinan atas suatu agama "haruslah berkesesuaian dengan pokok-pokok ajaran agama melalui metodologi yang berdasarkan sumber ajaran agama yang bersangkutan, yakni kitab suci masing-masing, sehingga kebebasan melakukan penafsiran terhadap suatu agama tidak bersifat mutlak atau absolut. Tafsir yang tidak berdasarkan pada metodologi yang umum diakui oleh para penganut agama serta tidak berdasarkan sumber kitab suci yang bersangkutan akan menimbulkan reaksi yang mengancam keamanan dan ketertiban umum apabila dikemukakan atau dilaksanakan di muka umum. Dalam hal demikianlah menurut Mahkamah pembatasan dapat dilakukan".[11] Berkenaan dengan ini, MK merujuk pada ketentuan pembatasan Pasal 18 ICCPR sehingga MK menyimpulkan pembatasan tersebut dibenarkan oleh UUD 1945 maupun standar internasional yang berlaku.

Konsekuensi dari pendapat tersebut, MK menerima peran negara secara relatif dalam menentukan tafsiran yang benar mengenai ajaran suatu agama. Peran relatif tersebut dalam bentuk "menghimpun berbagai pendapat ... (dan) kesepakatan dari pihak internal suatu agama" sebagai dasar untuk mengambil keputusan dalam menentukan tafsiran yang sesuai dengan pokok-pokok ajaran agama.[12] Pihak internal yang dimaksud adalah "organisasi keagamaan induk" yang memiliki otoritas

11 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : **140/PUU-VII/2009,** Par. 3.52.

12 *Ibid.*, Par. 3.53.

untuk melakukan penafsiran atas ajaran-ajaran pokok suatu agama. MK menegaskan, bahwa "Organisasi keagamaan induk inilah yang pada akhirnya mampu menjadi mitra negara dalam menciptakan ketertiban masyarakat beragama untuk saling menghargai dan bertoleransi".[13] Dalam konteks itulah, MK menyimpulkan "manakala penafsiran atau kegiatan dimaksud bersifat menyimpang, maka hal tersebut akan membuat keresahan pemeluk agama yang bersangkutan, mengusik ketentramannya, dan mengganggu ketertiban masyarakat, maka negara berkepentingan untuk membentuk peraturan perundang-undangan, *in casu* UU Pencegahan Penodaan Agama, sebagai pelaksanaan tanggung jawabnya untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum".[14]

Secara paradigmatik, pendapat MK tersebut didasarkan pada pandangan bahwa kebebasan beragama di Indonesia memiliki partikularitas berupa kuatnya nilai-nilai komunal yang menyebabkan kebebasan beragama tidak dapat dilepaskan dari tradisi atau ajaran agama yang diyakini secara kolektif. Konsekuensinya, penafsiran keagamaan akan ditoleransi sejauh sesuai dengan keyakinan kolektif yang secara institusional dipegang oleh pemegang otoritas keagamaan pada organisasi keagamaan induk. Dengan sendirinya suatu penafsiran keagamaan akan dianggap menyimpang kalau bertentangan dengan keyakinan kolektif tersebut. Pada titik ini, negara akan mengikuti pendapat otoritas pada organisasi keagamaan induk dan menggunakan pendapat otoritas keagamaan tersebut untuk melakukan tindakan hukum secara formal.

Pandangan partikularitas yang dimiliki MK tersebut menjadi problematik manakala ditinjau dari Komentar Umum HRC No. 22 yang menyebutkan, bahwa Pasal 18 ICCPR dimaksudkan untuk memberikan perlindungan bukan hanya terhadap agama tradisional, tetapi dalam pengertian luas, termasuk kepada agama-agama baru (*newly established*) dan keyakinan minoritas yang menjadi subjek kebencian dari komunitas agama utama (*represent religious minorities that may be the subject of hostility on the part of a predominant religious community*). UN HRC memaksudkan perlindungan atas agama baru dan keyakinan minoritas tersebut untuk menghindari kecenderungan diskriminasi terhadap

13 *Ibid.,* Par. 3.58.

14 *Ibid.*, Par. 3.55.

suatu agama atau keyakinan atas dasar apapun (*tendency to discriminate against any religion or belief for any reason*). Artinya, pendapat MK yang menyimpulkan bahwa negara harus mengikuti keyakinan mayoritas dari organisasi keagamaan induk justru mendorong munculnya kecenderungan diskriminasi terhadap keyakinan minoritas atau agama-agama baru yang dianggap menyeleweng atau menyimpang dari ajaran-ajaran pokok suatu agama.

Dalam kaitan itu, anjakan MK untuk memutus UU 1/PNPS/1965 terkait dengan kebebasan beragama bukan pada nilai-nilai non-diskriminasi yang merupakan prinsip pokok dalam HAM, melainkan pada partikularitas HAM yang memberikan kewenangan kepada negara untuk melakukan pembatasan atas kebebasan beragama atas dasar pertimbangan yang disebutkan dalam ketentuan UUD NRI 1945 dan ICCPR. Penekanan yang lebih pada partikularitas dibandingkan pada prinsip non-diskriminasi telah menyebabkan MK tidak sensitif terhadap kecenderungan diskriminasi terhadap keyakinan agama minoritas dan bahkan agama-agama baru. Dalam praktik, pemihakan atas otoritas keagamaan dominan akan memunculkan situasi negara akan melakukan penindakan hukum terhadap suatu kelompok minoritas yang dipandang menyimpang dari ajaran pokok atas dasar pertimbangan otoritas keagamaan induk sekalipun kelompok minoritas itu tidak melakukan perbuatan yang mengancam keselamatan publik, ketertiban, kesehatan, moral atau hak dan kebebasan orang lain. Sebaliknya dapat juga terjadi situasi di mana negara memihak suatu kelompok keagamaan yang dominan sekalipun kelompok tersebut memiliki keyakinan dan melakukan perbuatan yang mengancam keamanan dan ketertiban publik.

Apabila merujuk pada Pasal 18 ayat (3) ICCPR, maka pembatasan terhadap kebebasan beragama pada dasarnya tidak dapat dilakukan atas dasar penafsiran yang menyimpang dari ajaran-ajaran pokok. Pembatasan hanya dapat dilakukan pada wilayah *forum externum* atas dasar pertimbangan keselamatan publik, ketertiban, kesehatan atau moral atau hak dan kebebasan dasar orang lain. Penafsiran keagamaan, sebagaimana diakui oleh MK sendiri, merupakan bagian dari *forum internum*. Konsekuensinya, tidak dapat ditarik adanya hubungan kausalitas antara penafsiran yang dianggap menyimpang dan akibat yang menimbulkan pembatasan atas kebebasan beragama. Pembatasan hanya dapat dilakukan apabila suatu manifestasi keagamaan atau

kepercayaan telah menimbulkan ancaman terhadap keselamatan publik, ketertiban, kesehatan atau moral atau mengancam hak orang lain. Dalam pengertian lain, sekalipun suatu penafsiran dipandang menyimpang dari ajaran pokok, akan tetapi bila manifestasinya tidak menimbulkan ancaman terhadap keselamatan publik, ketertiban, kesehatan, moral atau hak dan kebebasan orang lain, maka negara tidak dapat melakukan tindakan hukum terhadap penafsiran tersebut. Sebaliknya, negara harus melakukan tindakan hukum terhadap manifestasi suatu ajaran pokok yang mengancam keselamatan publik, ketertiban, kesehatan, moral atau hak dan kebebasan orang lain.

Dengan demikian, pada dasarnya MK tidak sepenuhnya tepat dalam menerapkan partikularitas HAM dengan menerima "penyimpangan penafsiran" sebagai dasar bagi pembatasan atas kebebasan beragama oleh negara. Pandangan partikularitas HAM seperti itu telah menyebabkan negara harus menyatukan kehendak pada otoritas keagamaan dari organisasi induk yang berarti menyatukan kehendak dengan kelompok-kelompok pada keagamaan tradisional dan dominan dan potensial untuk melahirkan diskriminasi terhadap pemahaman keagamaan minoritas yang dalam kenyataan sering menjadi subjek kebencian dari kelompok agama yang dominan.

Dalam konteks ini, MK pada dasarnya terjebak ke dalam pendekatan formal-legalistik yang memandang UUD 1945 semata-mata sebagai aturan atau teks tertulis yang bersifat tertutup dari pandangan yang lebih substansial. Padahal penafsiran konstitusi yang dilakukan dalam proses *judicial review* pada dasarnya bertujuan untuk menegakkan nilai-nilai konstitusionalisme, bukan semata-mata penegakan aturan formal yang tertulis secara teks. Makna konstitusionalisme adalah pembatasan kekuasaan dengan cara melakukan pembagian atau pemisahan kekuasan secara tegas dan memperkuat perlindungan hak-hak dasar warga negara atau HAM. Terlebih dalam perkara yang berkenaan dengan HAM, maka preferensi seharusnya diarahkan pada perlindungan HAM dibandingkan pada penguatan kekuasaan negara. Dalam kaitan dengan hak dan kebebasan beragama penguatan nilai-nilai konstitusionalisme itu terutama berupa penguatan nilai atau prinsip non-diskriminasi.

Dalam beberapa kasus lain, seperti pada Putusan MK Nomor 011-017/PUU-I/2003 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan

Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang berkenaan dengan pemulihan hak politik mantan anggota Parta Komunis Indonesia (PKI), preferensi MK terhadap nilai konstitusionalisme sangat kuat dibandingkan pada pembatasan oleh negara. Pada putusan itu, MK memutuskan untuk memulihkan hak politik mantan anggota PKI yang selama lebih dari tiga dasawarsa mengalami tindakan diskriminasi politik dari negara. Putusan MK yang berani tersebut memperlihatkan preferensi pada nilai-nilai konstitusionalisme, sehingga MK berani melepaskan diri dari partikularitas HAM yang secara tekstual juga dibenarkan oleh UUD NRI 1945.

Sikap sebaliknya justru diperlihatkan MK dalam pengujian UU 1/PNPS/1965 yang justru lebih berorientasi pada partikularitas dibandingkan pada nilai-nilai konstitusionalisme. Perbedaan sikap MK tersebut memperlihatkan bahwa, MK tidak memiliki pola yang jelas dalam melakukan penafsiran dalam kasus-kasus HAM. Dalam pengertian lain masih terpengaruh oleh berbagai faktor non-yuridis yang berpengaruh terhadap sikap MK dalam mengambil putusan.

4. Implikasi *Raison d'État*

Pada sisi lain, putusan MK yang lebih mengutamakan partikularitas itu mengimplikan munculnya kecenderungan pada penguatan peran negara untuk melakukan pembatasan HAM atas dasar *raison d'état*. Maknanya, peran negara semakin menguat karena negara akan melakukan pembatasan atas dasar pertimbangan kepentingan negara itu sendiri, bukan atas dasar kepentingan perlindungan HAM. Implikasi tersebut dapat terjadi setidaknya karena tiga hal pokok: *Pertama*, secara historis UU 1/PNPS/1965 lahir dari sistem politik otoriter Demokrasi Terpimpin yang dengan sendirinya menggunakan *raison d'état* dalam membentuk UU tersebut. Demokrasi Terpimpin, seperti dikatakan sendiri oleh Bung Karno pada tanggal 22 April 1959, adalah "Demokrasi Terpimpin (yang) mengenal juga kebebasan ..., tetapi dalam batas-batas tertentu, yakni batas keselamatan negara, batas kepentingan rakyat banyak, batas kepribadian bangsa, batas kesusilaan, dan batas pertanggungjawaban kepada Tuhan."[15] Konsep Demokrasi

15 Soekarno, *Res Publica Sekali Lagi Res Publica*, (Jakarta: Kementerian Penerangan, 1959), hal. 20.

Terpimpin tersebut jelas menunjukkan preferensi pada partikularitas HAM dalam bentuk *raison d'état*, berupa pembatasan atas kebebasan berdasarkan pertimbangan keselamatan negara.

Kedua, *raison d'état* akibat partikularitas dalam putusan MK itu juga akan muncul akibat dari pembenaran peran negara untuk melakukan pembatasan atas kebebasan agama atas dasar penafsiran menyimpang berdasarkan putusan dari pemegang otoritas keagamaan pada organisasi induk. Sekalipun secara prosedural pembatasan tersebut dilakukan berdasarkan masukan dari pemegang otoritas agama dominan, tetapi secara substansial putusan MK telah memberikan peran pada negara untuk melakukan pembatasan atas kebebasan beragama atas dasar pertimbangan kepentingan negara sendiri. Terlebih dalam suatu sistem politik mayoritarian dan kompetitif, putusan MK yang menjustifikasi pendapat dominan dalam suatu agama akan membuka peluang bagi negara untuk memanfaatkan hal tersebut sebagai cara untuk memperoleh dukungan dari kelompok keagamaan dominan. Dengan sendirinya pertimbangan atas kebebasan beragama bukan lagi perlindungan HAM itu sendiri melainkan sebagai instrumen untuk memperoleh dukungan dari kelompok-kelompok keagamaan mayoritas.

Ketiga, adanya penekanan pada hubungan sebab-akibat antara suatu penafsiran menyimpang dan ancaman terhadap ketentraman dan ketertiban masyarakat juga memberikan ruang kepada negara untuk lebih mengedepankan fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial (*social control*). Fungsi hukum paling dasar ini cenderung represif dan bahkan hegemonik. Di samping fungsi pengendalian, hukum juga dapat digunakan untuk tujuan mempertahankan integrasi sosial dengan lebih memberdayakan instrumen sosio-legal yang bersifat self-regulation. Dalam hal ini, penyelesaian oleh lingkungan internal suatu organisasi keagamaan yang bersifat konsensus lebih diutamakan dibandingkan dengan menggunakan instrumen negara yang bersifat legal-formal. Negara cukup mempromosikan dan memfasilitasi proses mediasi di tengah masyarakat tanpa harus mengambil alih proses penyelesaian sengketa di tengah masyarakat. Selain itu hukum juga dapat berfungsi sebagai instrumen pembaharuan sosial dengan membentuk lembaga sosial dan kerangka institusional beserta kewajiban hukum yang memungkinkan terjadinya perubahan sosial. Dalam kaitan dengan kebebasan beragama, maka putusan MK seharusnya mampu mendorong

penguatan bagi pembentukan lembaga sosial dan kerangka hukum yang memungkinkan perlindungan atas hak dan kebebasan beragama di tengah masyarakat. Tetapi, alih-alih mengarah pada perubahan masyarakat dalam menghargai hak dan kebebasan beragama, putusan MK malahan memperkuat peran negara untuk melakukan pengendalian dan pembatasan atas kebebasan beragama atas dasar *raison d'état* untuk mencegah munculnya ancaman terhadap keselamatan negara.

Dengan demikian, putusan MK dalam pengujian UU 1/PNPS/1965 yang lebih menekankan pada partikularitas dibandingkan penguatan prinsip non-diskriminasi berimplikasi pada penguatan *raison d'état* bagi pembatasan hak dan kebebasan beragama di Indonesia.

5. Kesimpulan

Berdasarkan seluruh uraian di atas dapat disimpulkan beberapa hal yaitu: *Pertama*, kebebasan beragama terdiri atas kebebasan dalam *forum internum* berupa keyakinan teologis atau *aqidah* yang tidak dapat dicampuri sama sekali oleh dan forum externum berupa manifestasi keagamaan atau kepercayaan dalam bentuk peribadatan, praktik, ketaatan, dan pengajaran yang dapat dibatasi oleh negara berdasarkan hukum atas dasar pertimbangan keselamatan publik, ketertiban, kesehatan, moral serta hak dan kebebasan dasar orang lain. *Kedua*, secara normatif UUD 1945 menganut paradigma partikularitas yang menekankan perbedaan pandangan dan kenyataan sosial bangsa Indonesia dalam penegakan HAM, terutama adanya nilai-nilai agama sebagai dasar pertimbangan bagi pembatasan HAM. Kecenderungan partikularitas juga diperkuat oleh perkembangan instrumen HAM regional di ASEAN yang juga sangat menekankan pada perbedaan latar belakang budaya, sosial ekonomi, sistem hukum, sejarah dan kehidudan beragama. *Ketiga*, putusan MK dalam perkara pengujian UU Nomor 1/PNPS/1965 lebih menekankan pada partikularitas berupa pembatasan oleh negara dibandingkan dengan penguatan nilai-nilai konstitusionalisme, terutama nilai non-diskriminasi. *Keempat*, preferensi pada partikularitas pada putusan MK tersebut mengimplikasikan penguatan peran negara untuk melakukan pembatasan atas kebebasan beragama atas dasar *raison d'état* yang menyebabkan kepentingan negara menjadi lebih dominan dibandingkan dengan kepentingan perlindungan HAM itu sendiri.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Azhari, Aidul Fitriciada, *Demokrasi dan Autokrasi: Gagasan, Model, Rekonstruksi,* Yogyakarta: Pandiva Media, 2008.

----------, *Menemukan Demokrasi*, (Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2005.

Robertson QC, Geoffrey, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global,* Jakarta: Komnas HAM, 2002.

Soekarno, *Res Publica Sekali Lagi Res Publica*, Jakarta: Kementerian Penerangan, 1959.

Jurnal:

Adami, Rebecca, "*Reconciling Universality and Particularity through a Cosmopolitan Outlook on Human Rights*," *Cosmopolitan Civil Societies Journal 4,* 2012.

Azhari, Aidul Fitriciada, "*The Essential of the 1945 Constitutioan and the Agreement of the 1945 Constitution: A Comparison of the Constitutional Amendment*", Jurnal Hukum 18, 2011.

Subhani, Muhammad Imtiaz, "*Human Mind is A Tabula Rasa*," dalam *Interdisciplinary Journal of Contemporary Research in Bussiness 3*, 2011.

Torrón, Javier Martínez, "*The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law*," Oxford Journal of Law and Religion, 2012.

Disertasi:

Harris, Khalif Mu'ammar A., "*Supremacy of the Shari'ah (Siyadat al-Shari'ah) and Its Political Implications: An Analytical Study of the Notion of Constitutional Government in Islam*," *Disertasi*, ISTAC-International Islamic University, 2008.

Internet:

"*Islamic Influences on John Locke*" dalam http://www.freerepublic.com/focus/f-news/2611491/posts, diakses pada 6 November 2013.

Shah, Zulfikar Ali, "*Founding Father's of America's Indebtedness to Islamic Thought*" dalam http://www.fiqhcouncil.org/node/2, diakses pada 6 Novermber 2013.

Peraturan-peraturan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan *International Covenant On Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil dan Politik).

United States Declaration of Independence, 4 Juli 1776.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 Agustus 1789.

Universal Declaration of Human Rights, 1948.

*International Covenant on Civil and Political Rights***,** 1966

ASEAN Human Rights Declaration, 2013

Human Rights Committee, General Comment No. 22, Article 18, (Forty-eighth session, 1993).

Putusan Mahkamah Konstitusi:

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 011-017/PUU-I/2003 tentang Permohonan Pengujian UU Nomor 12/2003 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 140/PUU-VII/2009 tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 1/PNPS/Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.

6

Instrumentalisme Hukum dalam Ruang Politik (Kinerja Mahkamah Konstitusi dalam Transisi Demokrasi di Indonesia)

Oleh: Isharyanto

A. Pendahuluan

Tulisan ini membahas instrumentalisme hukum dalam ruang politik. Istilah "instrumentalisme hukum" berasal dari khasanah teori hukum yang berkembang di Amerika Serikat "*legal instrumentalism*." Secara prinsip, instrumentalisme hukum berpijak kepada pokok sebagai berikut: (i) tujuan negara dalam konkritisasi kebijakan pemerintah; (ii) kebijakan pemerintah ditetapkan dalam hukum untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu; (iii) tujuan-tujuan tertentu dirumuskan sebagai agregatisasi kehendak publik dalam aspek umum maupun khusus; (iv) tujuan-tujuan tertentu menjadi dasar evaluasi publik terhadap eksistensi hukum; dan (v) pembentukan hukum melalui prosedur legislasi dan/atau putusan pengadilan.[1] Adapun ruang politik" dalam penelitian ini berasal dari "*political sphere*" yang menunjukkan ruang tempat terjadinya diskursus segala hal mengenai negara, termasuk akses masyarakat terhadap lembaga negara, lembaga perwakilan, dan pengadilan serta akuntabilitas penyelenggaraan negara dalam

1 Bruce Pardy, "The Hand Is Invisble, Nature Know Best, and Justice is Blind: Markets, Ecosystems, Legal Instrumentalism, and The Natural Law of System", *Tulsa Law Review,* Vol. 44, 2008, hal. 68

implementasi kebijakan publik.[2] Dalam hal ini, *Constitutional Review* (selanjutnya ditulis CR) menjadi obyek pembahasan sebagai salah satu kinerja wewenang pengadilan dalam menegakan prinsip Negara Hukum dan supremasi konstitusi. Pendalaman prinsip Negara Hukum terwujud ke dalam sistem konstitusional, yang melahirkan komitmen "*self-binding procedure*", yang mana pemerintah terikat oleh tata cara penggunaan kekuasaan yang diatur dalam konstitusi.[3] Jika konstitusi dilanggar, tentu akan mengusik posisinya yang fundamental dan "tertinggi." Perbuatan demikian berpotensi membuat konstitusi terancam tidak lagi *supreme* sebagai acuan dasar penyelenggaraan negara. Implikasinya konstitusi berlaku tanpa konstitutionalitas.[4] Keadaan itu berpotensi menyayat-nyayat idealita bahwa suatu konstitusi merupakan "*a higher order law (which) will generally be entrenced*".[5]

Oleh karena pembicaraan mengenai konstitusi lebih mendekati isu yang bersifat politik, maka pembebanan kepada strategi mempertahankan konstitusi tak lepas pula akan diberi makna politik. Ada banyak strategi mempertahankan konstitusi dan salah satu aktor yang "menanggung" beban itu adalah pengadilan dengan pelekatan skema CR. Menyusul uraian lebih rinci pada pembahasan berikutnya, pelekatan kepada pengadilan sebagai strategi mempertahankan konstitusi telah melahirkan pemahaman "*the judicialization of politic*" . Pemahaman tersebut mempunyai 2 aspek yang berbeda akan tetapi berkaitan. *Pertama,* aspek yang memandang bahwa pengadilan "*have embraced a new, higher profile political role that depicts them as defenders of constitutional commitments, advocates of rights, and arbiters of social policy conflicts*".[6] Pengadilan kemudian "*have been granted or have*

---

2 Darmawan Triwibowo, *Gerakan Sosial: Wahana Civil Society bagi Demokratisasi,* (Jakarta, Penerbit LP3ES, 2006), hal. 5.

3 Juan Linz dan Stephen, Alfred. "Defining and Crafting Democratic Transition, Constitution, and Consolidation", dalam R. William Liddle (Ed.), *Crafting Indonesian Democracy,* (Bandung, Penerbit Mizan Pustaka, 2001), hal. 5.

4 Fajar Trilaksono, "*Constitutional Review* sebagai Ikhtiar Menghentikan Kejahatan terhadap Konstitusi guna Mewujudkan Konstitusionalitas Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 5, No. 2, November 2008, hal. 54

5 Peter Layland, *The Constitution of The United Kingdom: a Contextual Analysis,* (Oxford, Hart Publishing, 2007), hal. 1

6 Neal Tate dan Torbjorn Vallinder (Editors), *The Global Expansion of Judicial Power*, (New York: New York University Press, 1995), hal. 6.

begun exerting the power to review legislation under the constitution" dan sebagai akibatnya, pengadilan "*assumed a more significant role within important political and social debates that were traditionally left to the elected branches*." *Kedua, "the judicialization of politic"* dicirikan dengan "*the growing use of law, legal discourse, and litigation by a range of political actors, including politicians, social movements, and individual actors*" (Jean Comaroff dan John Comaroff, 2007: 133).[7] Sebagai akibatnya, seperti dituturkan sementara pakar tata negara, "*legislators write laws with the courts' language and opinions in mind and social movements, individual citizens and the political opposition alike frame their political struggles in the language of rights, and turn to courts to advance them*". Tulisan ini menekankan kepada aspek yang pertama yang berhubungan dengan "*the discourse and activity of courts*." Dengan demikian, CR menunjuk upaya mempertahankan konstitusi melalui mekanisme pengadilan.

Di Indonesia, Perubahan UUD 1945 yang memanfaatkan momentum reformasi[8] dengan kesepatan tertentu[9] dan didorong oleh berbagai alasan[10], telah mengubah secara mendasar konfigurasi

---

7 Jean Comaroff dan John Comaroff, "Law and Disorder in the Postcolony", *Social Anthropoloy,* Vol. 15, Vol. 2007, hal. 133.

8 Dalam teori konstitusi, dikenal adanya momentum untuk melakukan penyusunan dan/atau perubahan UUD.

9 Dalam melakukan Perubahan UUD 1945, Panitia Ad Hoc (PAH) I Majelis Permusyawaratan Rakyat menyusun kesepakatan dasar berkaitan dengan perubahan konstitusi yaitu: (i) tidak mengubah Pembukaan UUD; (ii) tetap mempertahankan Negara Kesatuan R.I.; (iii) mempertegas sistem presidensial; (iv) Penjelasan UUD 1945 yang memuat ketentuan normatif akan dimasukkan ke dalam pasal-pasal (Batang Tubuh); dan ((v) melakukan perubahan dengan cara *addendum*. Lihat dalam Sekretariat Jenderal Majelis Permusyawaratan Rakyat, 2007, *Panduan dalam Memasyarakatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indoensia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses, dan Hasil Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Sesuai dengan Urutan, Bab, Pasal, dan Ayat*, Jakarta, hal. 13.

Perlu diketahui, bahwa sekalipun perubahan dilakukan dengan *addendum*, berkembang juga usulan dari anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat pada waktu itu agar UUD 1945 tidak dijadikan landasan menyusun perubahan, bahkan kecenderungan menunjukkan sikap anggota untuk melakukan penggantian UUD 1945. Sekalipun demikian, masih ada juga anggota yang berpandangan sebaliknya. Lihat dalam Sekretariat Jenderal Majelis Permusyawaratan Rakyat, 1999, *Risalah Rapat ke-6 Panitia ad Hoc III BP MPR 13 Oktober 1999 No. MJ/230/3/13/99*, hal. 13.

10 Alasan-alasan Perubahan UUD 1945 secara akademik sudah diperlihatkan

kenegaraan. Perubahan UUD 1945 tersebut telah menghasilkan analisis kesetaraan kedudukan lembaga negara yang memperkuat sistem *check and balances* sekaligus menyelesaikan apabila terjadi sengketa antarlembaga negara yang bersangkutan. Atas dasar itu, muncul pemikiran untuk membentuk MK.

Di dalam praktik, putusan-putusan MK telah memberikan warna sendiri pada ketatanegaraan Indonesia. Khususnya dalam rangka melaksanakan kewenangan CR—yang antara lain berpengaruh kepada pemilu dan pemilukada, baik langsung maupun tidak langsung, MK telah memberikan warna baru bagi perkembangan hukum dan sistem hukum di Indonesia. Melalui putusan-putusan MK untuk CR, pengaruh tersebut mencakup hukum konstitusi dan menjangkau hampir semua lapangan hukum yaitu dalam bidang politik, hukum perekonomian, HAM, pelaksanaan CR oleh MK telah menghasilkan putusan-putusan yang penting dan memberikan khasanah baru.

Secara akademik, banyak persoalan yang dapat ditelusuri atas putusan-putusan CR tersebut. Ada putusan yang dinilai melampaui batas kewenangan MK dan masuk ke ranah legislatif, padahal putusannya bersifat final dan mengikat.[11] Selain itu, seperti telah disinggung di atas, pengaturan UUD 1945 tentang CR telah sedikit merancukan konsentrasi kekuasaan kehakiman dalam penanganan konflik peraturan dan konflik orang atau lembaga.[12] Selanjutnya, terdapat putusan MK yang bersifat *ultra petita* (melampaui apa yang dimohonkan)[13] seperti

---

oleh banyak pakar hukum tata negara. Lihat antara lain: I Gde Pantja Astawa, "Beberapa Catatan tentang Perubahan UUD 1945", *Jurnal Demokrasi & HAM*, Vol. 1, No. 4, September-November 2001, hal. 33.

11 Misalnya Putusan No. 012-016-019/PUU-IV/2006, yang antara lain mengatakan bahwa UU Tindak Pidana Korupsi 2002 tidak mempunyai kkeuatan hukum mengikat dan mulai efektif 3 tahun ke depan sejak putusan MK dibacakan. Padahal, ketentuan Pasal 47 UU MK 2003 mengatakan bahwa putusan berlaku sejak selesai dibacakan di persidangan.

12 Misalnya Putusan No. 005/PUU-IV/2006 yang mengeluarkan hakim-hakim MK dari obyek kewenangan pengawasan oleh KY.

13 Penelitian ELSAM menilai bahwa putusan MK yang melebihi apa yang diminta Pemohon (*ultra petita*) tersebut merupakan pelanggaran serius terhadap UU MK dan asas kardinal dalam hukum acara. *Pertama*, pelanggaran serius terhadap UU MK terjadi karena tidak ada peraturan atau ketentuan dalam UU MK yang membolehkan MK memutuskan melebihi apa yang dimohonkan. UU MK hanya mengatur mengenai prosedur pembuatan putusan dan format putusan. Sama sekali

(ii) putusan pengujian UU Ketenagalistrikan;[14] (ii) putusan pengujian UU KKR;[15] dan (iii) putusan pengujian UU BHP[16] yang mengarah kepada intervensi ke dalam bidang legislasi. Ada juga putusan yang dianggap melanggar asas *nemo judex in causa sua* (larangan memutus hal-hal yang menyangkut diri sendiri), serta putusan yang cenderung mengatur atau putusan yang didasarkan kepada pertentangan satu undang-undang dengan undang-undang lain, padahal mandat dari UUD 1945 adalah pengujian konstitusionalitas UU terhadap konstitusi. Hal yang perlu mendapatkan perhatian selanjutnya adalah masalah pelaksanaan putusan MK. Sebagai suatu kekuasaan yudisial, putusan pengadilan merupakan produk kenegaraan yang mengikat[17] antara lain kemampuannya menciptakan atau menetapkan keadaan hukum baru.[18]

---

tidak mengatur mengenai kewenangan *ultra petita*. *Kedua,* pelanggaran serius terhadap asas kardinal dalam hukum acara, yaitu asas *non ultra petita principle*, yaitu asas yang berfungsi untuk "*governing the Court's judicial process, which does not allow the Court to deal with a subject in the dispositif of its judgment that the parties to the case have not, in their final submissions, asked it to adjudicate* dan "*to ensure that the Court does not exceed the jurisdictional confines spelled out by the parties in their final submissions*". Sehingga seharusnya Mahkamah Konstitusi "*strictly limited to the consent given by the parties to a case*" pelanggaran serius terhadap asas kardinal dalam hukum acara, yaitu asas *non ultra petita principle*, yaitu asas yang berfungsi untuk "*governing the Court's judicial process, which does not allow the Court to deal with a subject in the dispositif of its judgment that the parties to the case have not, in their final submissions, asked it to adjudicate*28 dan "*to ensure that the Court does not exceed the jurisdictional confines spelled out by the parties in their final submissions*". Sehingga seharusnya Mahkamah Konstitusi "*strictly limited to the consent given by the parties to a case.*" Pasal 45 s/d 49. Bandingkan juga: Bagian Menimbang huruf c Tap MPR No. XVII Tahun 1998 tentang Hak Asasi dan UU No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

14 Putusan No. 001-021-022.

15 Putusan No. 006/PUU-IV/2006.

16 Putusan No. 11-14-21-126 dan 136/PUU-VII/2009.

17 Lihat Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.

18 Maruarar Siahaan menyebutkan bahwa sifat dari amar putusan Mahkamah Konstitusi memiliki sifat *declaratoir* (menyatakan apa yang menjadi hukum), *condemnatoir* (menghukum tergugat atau termohon untuk melakukan suatu prestasi) dan *constitutive* (menciptakan suatu keadaan hukum baru). Lihat: Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Pengujian…, op.cit.,* hal. 240-242. Sejak awal memang didesain bahwa putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang bersifat *declaratoir constitutief.* Artinya putusan Mahkamah Konstitusi meniadakan satu keadaan hukum baru atau membentuk hukum baru sebagai *negative legislator.* Lihat: A. Fickar Hadjar, dkk. 2003. *Pokok-pokok Pikiran dan Rancangan Undang-undang Mahkamah Konstitusi.*

Oleh karena itu, MK sering dinilai menjadikan dirinya sebagai lembaga yang *super body,* karena dengan berlindung di dalam ketentuan UUD bahwa putusannya bersifat final dan mengikat, lembaga ini ada kalanya membuat putusan-putusan yang justru dapat dinilai melampaui kewenangan konstitusionalnya. Dengan melihat kecenderungan tersebut, muncul gagasan agar ada Perubahan UUD 1945 dan/atau amandemen UU MK yang dapat membatasi kewenangan dan dapat mengontrol MK. Arahnya adalah larangan bagi MK agar tidak membuat putusan yang melampaui wewenangnya dan masuk ke ranah lain seperti ranah legislatif dan yudisial.[19]

Dengan limitasi yang ketat dalam menyelesaikan sengketa pilkada, dalam batas-batas tertentu pengujian UU sedikit terabaikan. Padahal, kewenangan pengujian UU merupakan mahkota MK. Karena itu, dalam suasana merayakan satu dasawarsa salah satu pemegang kekuasaan kehakiman ini (13 Agustus 2003-13 Agustus 2013), kemungkinan memudarnya mahkota MK relevan didiskusikan. Jika dikaitkan dengan penyelesaian sengketa pilkada, pelimpahan dari MA telah menggeser kewenangan yang jadi mahkota MK. Kini, sepertinya, penyelesaian sengketa pilkada mulai menggeser persidangan pengujian UU. Sejak pengalihan dari MA pada 2008, MK telah memutuskan 598 permohonan sengketa pilkada. Jumlah itu bermakna, setiap tahun MK harus menyelesaikan sekitar 100 permohonan sengketa pemilu kepala daerah. Selain jumlah permohonan kasus penyelesaian sengketa pilkada, fakta tambahan membuktikan mulai bergesernya fokus pelaksanaan kewenangan MK dapat dilacak dari limpahan perkara dalam empat tahun terakhir:

Jakarta: KRHN dan Kemitraan, hal. 34.

19 Walaupun sebenarnya kecenderungan praktik global menunjukkan bahwa MK dalam menjalankan fungsinya kadang-kadang membatasi Pemerintah dan penegak hukum. Dikatakan oleh seorang penulis bahwa: "*The path to the constitutional court to determine the issue of legality is frequently confined to government and law makers. For example, in the case of the German Federal Constitutional Court the issue can be referred for resolution by the Federal government, the Land government or by a third of Bundestag members. There are many variations granting a right of referral to PM, prosecutor general, ombudsman, president of the high council of local authorities (Mali), president of the high broadcasting authority (Benin), or varying proportions of member of the legislature*." Lihat: Andrew Harding, Peter Leyland,dan Tania Groppi (Editors), "Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective", *Journal of Comparative Law,* Vol. 3, No. 2, 2010, hal. 15.

2010, terdapat 39 permohonan pengujian UU limpahan tahun 2009; 2011, 59 limpahan dari tahun 2010; 2012, 51 limpahan dari tahun 2011; dan 2013, 72 limpahan dari tahun 2012. Secara statistik, dalam rentang empat tahun terakhir, limpahan perkara pengujian UU menunjukkan kecenderungan meningkat.

Pelaksanaan CR oleh MK sangat menarik untuk dikaji terutama dalam konteks transisi demokrasi di Indonesia. Makna penting format transisi demokrasi dalam memahami kinerja MK oleh karena secara empirik Indonesia mengalami transisi sistemtik (*systemtic transition*). Transisi semacam ini tidak bisa dijelaskan hanya dengan menggunakan catatan sejarah Indonesia terdahulu, karena ia harus dipandang sebagai suatu *historic discontinuity*. Pada satu sisi, kelembagaan legislasi yang sejak Perubahan UUD 1945 dialihkan ke DPR[20] menampakkan kesan tidak diikuti dengan perencanaan dan kesadaran semangat pembentukan UU yang memadai[21], walaupun hal yang sama terjadi di lingkungan pemerintah juga.[22] Kajian mengenai putusan MK menjadi

---

20 Ketentuan Perubahan UUD 1945 yang dianggap menciptakan pergeseran kekuasaan legislatif itu adalah ketentuan Pasal 5 ayat (1) yang awalnya berbunyi, "Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang dengan persetujuan DPR" yang diubah menjadi, "Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada DPR." Lalu, ketentuan Pasal 20 ayat (1) yang semula berbunyi, "Tiap-tiap undang-undang menghendaki persetujuan DPR", diubah menjadi "DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang." Sementara pandangan mengatakan bahwa dengan adanya perubahan ketentuan UUD 1945 tersebut, maka telah terjadi pergeseran fungsi legislasi. Lihat pendapat-pendapat berikut: Jimly Aasshiddiqie, 2005, *Konsolidasi Naskah UUD 1945 Setelah Perubahan Keempat,* Jakarta, Pusat Studi HTN UI, hal. 25.

21 Moh. Fajrul Falaakh, akademisi UGM dan anggota Komisi Hukum Nasional (KHN) mengatakan bahwa produk hukum yang dihasilkan oleh DPR makin tak keruan, tumpang tindih, dan menampakkan gejala otoritarianisme. Dalam beberapa hal, produk hukum itu justru mulai menjauh dari semangat reformasi. Hampir semua UU memiliki bobot ancaman pidana. Bahkan terdapat perbedaan yang mencolok dalam hal pengaturan ancaman pidana antara UU yang satu dan yang lain. Misalnya, di dalam KUHP, pencemaran nama baik diancam sanksi pidana yang rendah. Lain halnya dengan UU Informasi dan Transaksi Elektronik. Hal itu membuktikan cara pandang pembentuk UU terkait dengan substansi hukum tidak sinkron satu sama lain. Filosofi pemidanaan tidak dikuasai. Ancaman pemidanaan ini, sayangnya tidak dibarengi dengan pembenahan/peningkatan kualitas aparat penegak hukum, yakni penyelidik, penyidik, dan penuntut umum. Jadi, ada sisi yang memang saling menunjang gagalnya reformasi di bidang hukum. Lihat: *Kompas,* Senin, 21 Mei 2012, hal. 4.

22 Sebagai contoh adalah kasus Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 33/2012

penting karena posisi semacam itu putusan itu akan dihormati oleh cabang kekuasaan lain, termasuk pengadilan, baik karena personalitas para hakim maupun karena pertimbangan-pertimbangan hukum yang layak untuk dirujuk.[23]

B. Transisi Demokrasi di Indonesia, Menegakkan Teks Konstitusi?

Setelah menggelar tiga kali pemilihan umum sejak era Reformasi bergulir, dan kini tengah menyongsong pemilu keempat pada 2014, Indonesia masih berkutat pada ketidakmenentuan prospek konsolidasi demokrasi.

Konsolidasi demokrasi tak hanya mencakup dimensi liberalisasi politik dan kontestasi elektoral. Jika hanya dua aspek ini sebagai barometer konsolidasi demokrasi, tak ada keraguan mengatakan demokrasi Indonesia telah terkonsolidasi. Sebab, sejauh ini masih ada ruang kebebasan politik dan ritual pemilihan umum dan pemilihan kepala daerah secara periodik. Praktik demokrasi pasca-rezim Orde Baru didominasi gegap gempita dua dimensi ini. Lantas, mengapa

---

tentang Pendaftaran Organisasi Kemasyarakatan. Dalam peraturan itu antara lain diatur: (i) setiap organisasi kemasyarakatan (Ormas) harus terdaftar untuk memperoleh Surat Keterangan Terdaftar (SKT); (ii) pemerintah bisa menolak menerbitkan SKT dan juga bisa mencabutnya; (iii) ormas harus membuat surat pernyataan kesediaan atau persetujuan ormas dalam kepengurusannya mencantumkan nama pejabat negara, pejabat pemerintahan, dan tokoh masyarakat; dan (iv) menteri, gubernur, bupati/walikota diberi wewenang untuk membekukan SKT, antara lain jika ormas menyebarkan ideology marxisme, ateisme, kapitalisme, sosialisme, dan ideologi lain yang bertentangan dengan Pancasila, termasuk merusak hubungan antara negara Indonesia dengan negara lain. Peraturan itu dianggap bertentangan UU No. 8/1985 dan bahkan dengan UUD 1945 terkait dengan kebebasan berserikat. Aturan itu dianggap memunculkan otoritarianisme di era demokrasi. Lihat: Tajuk Rencana, "Menguji Peraturan Mendagri", *Kompas,* Sabtu, 19 Mei 2012, hal. 6.

23 Dalam tradisi penelitian di AS, kedua hal itu tercakup dalam pendekatan penelitian masing-masing "*attitudinal model*" dan "*legal model*." Dalam hal ini, model pertama "*have inherited the mantle of legal realists in arguing that judges are influenced far more by their personal preferences than by the dictates of higher courts*", sedangkan yang kedua "*have theorized that judges do in fact abide by the governing legal regime as embodied in binding precedent*." Diskusi yang menarik mengenai kedua pendekatan ini lihat: Frank B. Cross, "Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance", *New York University Law Review,* Vol. 92, 2007, hal. 315 dan Nancy C. Staudt, "Modeling Standing", *New York University Law Review,* Vol. 79, 2004, hal. 614.

setelah dua kebutuhan dasar berdemokrasi itu terpenuhi praktik demokrasi Indonesia masih terperangkap dalam pusaran masalah? Menurut hemat penulis, ini terjadi karena demokrasi dipahami dan dihayati sekadar "demokrasi", bukan demokrasi konstitusional". "Demokrasi" mengagungkan liberalisasi politik dan kontestasi elektoral. "Demokrasi konstitusional" menjunjung tegaknya konstitusi dalam semua aspek kehidupan bernegara dan berbangsa. Titik lemah praktik demokrasi kita pada dimensi "konstitusional" ini. Kita belum serius berkonstitusi!

Keseriusan berkonstitusi adalah esensial bagi demokrasi baru seperti Indonesia. Studi tentang demokratisasi menggarisbawahi pentingnya konstitusionalisme dalam setiap fase demokratisasi. Mulai dari fase transisi, fase instalasi, hingga fase konsolidasi demokrasi, konstitusionalisme adalah batu uji kualitas demokratisasi. Juan J Linz, Alfred Stepan, dan Richard Gunther menekankan pentingnya konstitusionalisme dalam berdemokrasi. Larry Diamond meyakini bahwa salah satu indikator konsolidasi demokrasi adalah ketika semua komponen dalam negara setuju mematuhi konstitusi. Dalam studi lain, Linz dan Stepan[24] menyimpulkan, dimensi konstitusional merupakan salah satu prasyarat penting mewujudkan demokrasi terkonsolidasi.

Dalam kasus Indonesia, negara dan masyarakat sama-sama mengidap problem berdemokrasi konstitusional. Gurita korupsi di kalangan elite hingga intoleransi terhadap kaum minoritas adalah contoh bahwa konstitusionalisme belum memiliki roh dalam praktik kenegaraan dan kebangsaan kita sehari-hari. Negara dan masyarakat masih berjarak dengan demokrasi konstitusional. Ini merintangi laju demokrasi menuju konsolidasi demokrasi.

Konstitusionalisme sebagai bagian inti dari demokrasi konstitusional senantiasa menyertai perjalanan sejarah Indonesia modern. Konstitusionalisme menjadi unsur penting sejak ide dan konsep Indonesia merdeka mulai dirumuskan oleh para pendiri negara. Debat sengit dalam sidang-sidang Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) ketika merumuskan UUD 1945, kemudian pengesahannya pada 18 Agustus 1945, membuktikan para

24 Linz and Stepan, *Op.Cit.,* hal. 5-10

pendiri negara memancang itikad menjunjung konstitusionalisme. Konstitusionalisme juga menjadi bagian penting dalam proses demokratisasi Indonesia pasca-Orde Baru, yang diwujudkan melalui 4 kali amandemen/ perubahan UUD 1945.

Masalahnya, sejak Indonesia merdeka hingga kini, kita belum bersungguh melaksanakan semua isi konstitusi. UUD 1945 pra-amandemen yang tidak demokratis pun dulu tak diterapkan secara murni dan konsekuen. Konstitusi ditegakkan secara selektif, distortif, dan manipulatif. Pasca-amandemen UUD 1945 kita punya momentum mewujudkan *the living constitution*, yaitu konstitusi yang bisa diterapkan sehingga konstitusi tidak menjadi kabur dan bisu serta tidak ada kesenjangan antara teks konstitusi dan praktik konstitusi. UUD 1945 pasca-amandemen relatif memenuhi prinsip-prinsip konstitusionalisme modern yang demokratis. Di dalamnya ada prinsip supremasi konstitusi, pemisahan kekuasaan, checks and balances, dan jaminan hak-hak konstitusional warga negara.

Ironisnya, dengan konstitusi seperti itu pun, kita masih belum juga serius berkonstitusi. Legislator tetap sering membuat UU yang bertentangan dengan konstitusi sehingga banyak UU dibatalkan oleh MK. Pemerintah belum sepenuhnya memenuhi hak ekonomi, sosial, dan budaya warga negara yang dijamin konstitusi. Dalam hal ini, MK sebagai pengawal konstitusi pun tak mampu memastikan semua isi konstitusi ditegakkan dan putusannya dipatuhi. Maka, agenda tersisa dari demokratisasi Indonesia adalah membuat teks mati dalam UUD 1945 menjadi teks hidup pada semua aspek kehidupan bernegara dan berbangsa. Di situlah prospek konsolidasi demokrasi Indonesia bergantung.

C. Instrumentalisme Hukum oleh MK

Kerangka instrumentalisme hukum dapat dielaborasi lebih lanjut dalam perspektif yang lebih teknis sebagai berikut. *Pertama,* isu MK mengatur pelaksanaan kewenangan parlemen dengan memberlakukan batas substantif pada kekuasaan l legislatif. Untuk menelaah hal ini, maka perlu dikaji putusan-putusan yang secara substantif mencerminkan 3 hal yaitu (i) mengatur pelaksanaan kewenangan Parlemen; (ii) menentukan batas-batas pengisian jabatan parlemen dalam rangka pertanggungjawaban publik; dan (iii) penentuan kebijakan pemilu kepala daerah.

Kedua, isu MK menjadi tempat kebijakan publik substantif dibuat. Dalam hal ini, maka perlu dikaji putusan-putusan yang secara substantif mencerminkan 3 hal yaitu (i) pemenuhan hak-hak politik warganegara; (ii) penentuan kebijakan dalam perekonomian dan pengelolaan sumber daya alam; dan (iii) dorongan bagi terbentuknya penegakan hukum yang efektif.

Ketiga, isu MK sehubungan dengan Perselisihan Perhituangan Suara Hasil Pemilu Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah.

Karena keterbatasan ruang, maka dalam hal ini akan dibahas 2 saja instrumentalisme hukum oleh MK, yang terutama paling dekat dengan isu CR.

1. Isu MK mengatur pelaksanaan kewenangan parlemen dengan memberlakukan batas substantif pada kekuasaan legislatif

Dalam kerangka ini, instrumentalisme hukum melalui CR oleh MK dalam masa transisi demokrasi telah membawa implikasi peran pengadilan dalam melaksanakan pengaturan secara substantif terhadap wewenang kekuasaan legislatif. Terdapat isu-isu khusus yang merupakan substansi putusan dan dapat dikategorikan di antara ketiga penanda transisi seperti dikemukakan di atas, yaitu konflik, kepentingan dan kekuasaan. Berikut ini disajikan tabel yang berisi ringkasan dari analisis instrumentalisme hukum tersebut.

Tabel 1
Instrumentalisme Hukum Melalui *Constitutional Review*
oleh Mahkamah Konstitusi dalam Mengatur Wewenang Kekuasaan Legislatif

No.	Jenis Putusan	Penanda Transisi Demokrasi	Efek Putusan
1.	Perkara Jabatan Hakim Agung	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kekuasaan DPR dalam menindaklanjuti ketentuan UUD 1945

No.	Jenis Putusan	Penanda Transisi Demokrasi	Efek Putusan
2.	Perkara Independensi KPI	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kekuasaan Presiden dan DPR dalam membentuk aturan delegasi UUD 1945
3.	Perkara ET	Kepentingan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan legal policy oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
4.	Perkara Syarat Domisili dan Nonparpol DPD	Kepentingan	Penafsiran pengertian dan ketaatan terhadap norma UUD 1945 dalam pembentukan UU
5.	Perkara Masa Transisi ET dan PT	Kepentingan	Penafsiran pengertian dan kepastian tujuan pembentukan norma UU yang berhubungan dengan masalah konstitusional
6.	Perkara Pemilu Suara Terbanyak	Konflik	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan legal policy oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
7.	Perkara Syarat Jabatan Tidak Pernah Dipidana	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan legal policy oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945

No.	Jenis Putusan	Penanda Transisi Demokrasi	Efek Putusan
8.	Perkara Penerapan Sisa Suara	Konflik	Penafsiran pengertian dan ketaatan terhadap norma UUD 1945 dalam pembentukan UU
9.	Perkara Kategorisasi Pilkada sebagai Pemilu	Konflik	Penafsiran pengertian dan ketaatan terhadap norma UUD 1945 dalam pembentukan UU
10.	Perkara Calon Perseorangan Pilkada	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan legal policy oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
11.	Perkara E-Voting Pilkada	Konflik	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan legal policy oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
12.	Perkara Masa Jabatan Kepala Daerah	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ketaatan terhadap norma UUD 1945 dalam pembentukan UU

2. Isu MK menjadi tempat kebijakan publik substantif

Dalam kerangka ini, maka instrumentalisme hukum oleh MK telah menafsirkan UUD 1945 untuk mendukung dan/atau memandu pembentukan kebijakan publik yang substantif. Jika diringkas, maka instrumentalisme hukum oleh MK tersebut akan tersaji sebagai berikut:

Tabel 2
Instrumentalisme Hukum Melalui *Constitutional Review* oleh Mahkamah Konstitusi dalam Pembentukan Kebijakan Publik yang Substantif

No.	Jenis Putusan	Penanda Transisi Demokrasi	Efek Putusan
1.	Perkara Larangan Menjadi Calon Legislatif Bagi Eks Pelaku G 30 S/PKI	Kepentingan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
2.	Perkara Asas Retroaktif dalam Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
3.	Perkara Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
4.	Perkara Pasal Penghinaan terhadap Presiden dan/Wakil Presiden	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan kepastian tujuan pembentukan norma UU yang berhubungan dengan masalah konstitusional

No.	Jenis Putusan	Penanda Transisi Demokrasi	Efek Putusan
5.	Perkara Sensor Film	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan kepastian tujuan pembentukan norma UU yang berhubungan dengan masalah konstitusional
6.	Perkara Keterlibatan DPR dalam Peradilan HAM ad Hoc	Kepentingan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kekuasaan DPR dalam menindaklanjuti ketentuan UUD 1945
7.	Perkara Penguasaan Negara dalam Cabang Produksi Listrik	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
8.	Perkara Privatisasi Migas	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
9.	Perkara Kegiatan Penambangan di Hutan Lindung	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945

No.	Jenis Putusan	Penanda Transisi Demokrasi	Efek Putusan
10.	Perkara Kekuasaan Negara dalam Penanaman Modal	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
11.	Perkara Pengelolaan Sumber Daya Air	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
12.	Perkara Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil	Kekuasaan	Penafsiran pengertian dan ruang lingkup kapasitas pembentukan *legal policy* oleh Presiden dan DPR yang tunduk kepada rasionalitas prinsip-prinsip UUD 1945
13,	Perkara Asas Retroaktif Penanganan Korupsi oleh KPK	Kepentingan	Penafsiran pengertian dan kepastian tujuan pembentukan norma UU yang berhubungan dengan masalah konstitusional
14.	Perkara Perbuatan Melawan Hukum Materiil dalam Tindak Pidana Korupsi	Kepentingan	Penafsiran pengertian dan kepastian tujuan pembentukan norma UU yang berhubungan dengan masalah konstitusional

No.	Jenis Putusan	Penanda Transisi Demokrasi	Efek Putusan
15.	Perkara Pengujian Kekuasaan KPK dan Keberadaan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi	Kepentingan	Penafsiran pengertian dan kepastian tujuan pembentukan norma UU yang berhubungan dengan masalah konstitusional

D. Menjaga Peran dalam Masa Transisi

Dari kajian di atas menunjukkan bahwa pelaksanaan CR oleh MK dalam transisi demokrasi di Indonesia menunjukkan adanya instrumentalisme hukum dalam ruang politik karena 3 alasan sebagai berikut. *Pertama,* desain transisi demokrasi memiliki pola dan kecenderungan di mana para aktor yang transisi memperlakukan kekuasaan secara personal dan sebaliknya mengabaikan urgensi pelembagaan demokrasi. *Kedua,* pelaksanaan CR oleh MK telah mendorong pengadilan ini untuk menjalankan fungsi dalam mengatur kekuasaan cabang kekuasaan legislatif, pemenuhan kebijakan publik yang berorientasi pada hak-hak politik dan dorongan penegakan hukum yang efektif, serta penentuan kebijakan perekonomian dan pengelolaan sumber daya alam. *Ketiga,* pelaksanaan CR oleh MK telah berhasil mempersempit kesenjangan atas dilema tentang batasan muncul dari konteks keadilan dalam transisi demokrasi di mana hukum berada antara masa lalu dan masa depan; antara melihat ke belakang dan melihat ke depan, antara retrospektif dan prospektif, serta antara individu dan kolektif. Pelaksanaan CR oleh MK menunjukkan pergeseran paradigma dekonstruksi dalam konsepsi keadilan karena CR memiliki fungsi yang paradoksal.

Instrumentalisme hukum oleh MK dalam pelaksanaan CR membantu transformasi menuju sistem kedaulatan hukum dengan beberapa cara. *Pertama*, pengadilan timbul dari sistem kekuasaan negara yang tersentralisasi; sebagai forum baru yang dibentuk secara khusus pada masa perubahan dan transformasi politik, pembentuknya dengan sendirinya menandakan berakhirnya tatanan politik masa

lalu. *Kedua*, akses terhadap pengadilan konstitusional melalui litigasi memberikan kemungkinan partisipasi dalam sistem demokrasi yang baru mulai berkembang. Sejalan dengan waktu, akses ke pengadilan akan memungkinkan masukan dari masyarakat ke dalam interpretasi konstitusional, memungkinkan pemahaman di tingkat masyarakat terhadap pembatasan pemerintah dan perlindungan terhadap hak individual. Akses masyarakat ke pengadilan untuk pelaksanaan hak-hak individual merupakan simbol potensial keterbukaan pemerintahan yang baru. *Ketiga*, karena MK memiliki mandat eksplisit untuk melakukan tinjauan yudisial, mereka adalah pengawal tatanan konstitusional yang baru. Seperti juga di banyak negara lain di Eropa, aturan jurisdiksional yang luas memungkinkan CR dan akses untuk tinjauan oleh para aktor politik, seperti Presiden, atau oleh faksi minoritas melalui badan legislatif.

Hak untuk memberikan tafsir terhadap konstitusi maupun produk hukum lainnya memang bukanlah kewenangan monopoli dari lembaga peradilan. Namun agar penafsiran terhadap teks konstitusi memiliki kekuatan hukum yang dapat diakui seluruh elemen negara, maka peradilan diberikan kewenangan untuk memberikan tafsir tersebut. Beberapa pakar memiliki landasan penting kenapa hanya peradilan yang berhak melakukan tafsir terhadap produk hukum.

Sementara dalam masa biasa, pembuatan UU dengan mempertimbangkan kasus demi kasus tampaknya terlalu lambat dan terlalu fleksibel, pada masa transisi, pengambilan keputusan hukum oleh badan pengadilan sering kali bisa lebih cepat daripada oleh badan legislatif, yang biasa diperlambat oleh kurangnya pengalaman dan karena terlalu kompromistis. Terlebih lagi, dalam konteks gejolak politik, badan pengadilan sering kali lebih kompeten dalam membahas penyelesaian kontekstual, kasus demi kasus, terhadap kontroversi-kontroversi transisional.[25] Memang, putusan MK memungkinkan perubahan substansial dan menjadi ciri ambivalensi hukum pada masa-masa demikian. Sebuah konstitusi selalu membuka margin besar penafsiran kepada badan legislatif, legislatif terikat oleh batas-batas hukum konstitusional tetapi juga menetapkan UU yang inkonstitusional. Jika MK menetapkan batas-batas dan margin interpretasi dengan cara yang berbeda dari

25 Lihat Teitel, "Post-Communist Constitutionalism", *op.cit.,* hal. 182-185.

legislatif ketegangan pasti akan muncul. Fakta bahwa konstitusi membutuhkan konkretisasi khususnya yang berkaitan dengan hak-hak dasar dan hak asasi, tetapi juga berkaitan dengan prinsip-prinsip struktural fundamental negara seperti demokrasi, *rule of law,* dan pemisahan kekuasaan, serta untuk menentukan tujuan negara. Fakta bahwa teks konstitusi sering dirumuskan singkat sehingga dengan cara tertentu maka MK yang mengembangkan lebih lanjut itu. Penafsiran konstitusi karena itu tidak dapat dilakukan didasarkan pada logika saja. Sebaliknya, penafsiran selalu menciptakan hukum. Wawasan yang diperoleh dengan cara ini kemudian berfungsi sebagai pedoman bagi legislatif, yang, untuk sebagian, mungkin akan menafsirkan konstitusi dengan cara yang berbeda.

E. Penutup

Instrumentalisme pengadilan mempunyai kedudukan yang penting karena menurut Becker, suatu pemerintahan "*monopolized force of society organized to distribute some values authoritatively and to maintain internal order*".[26] Dari perpektif teoritis, CR bertujuan untuk "*transform public policy disputes into questions of constitutional interpretation that can be decided by texts, procedures, principles, and rules that are generally accepted as legal and not political*". Melalui putusan CR, "*even onpopular ones, being accepted, because courts are viewed as appropriate institutions for making such decisions and commitmen to procedure and process trumps concerns over outcomes*".[27] Oleh sebab itu, kinerja CR "*operate in an environment of national political constraints that compromise their own institutional legitimacy and decisional effacy*.[28]

Dalam kasus transisi demokrasi di Indonesia, MK berfungsi sebagai kekuatan penyeimbang atas kekuasaan legislator sebagai pembuat undang-undang. Menurut Hans Kelsen, MK berfungsi sebagai negative legislator yang memeriksa konstitusionalitas UU.

---

26 Theodore L. Becker, *Comparative Judicial Politics: The Political Functioning of Courts*, (Chicago: Rand McNally & Co., 2007), hal. 18

27 James L. Gibson dan Gregory A. Caldeira, "Defenders of Democracy? Legitimacy, Populair Acceptance, and the South African Constitutional Court", *Journal of Politics,* Vol. 65, 2005, hal. 2

28 George Vanberg, "Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining, dan Policy Compromise", *Journal of Theoritical Politics,* Vol. 10, 1998, hal. 255

Itulah sebabnya Hans Kelsen, sebagai pencetus dan pendiri MK di dunia, melarang anggota parlemen atau pemerintah menjadi hakim konstitusi Alec Stone Sweet, 2000 : 36).[29] Dalam studi perbandingan konstitusionalisme, khususnya jurisprudence of constitutional review, kehadiran Mahkamah Konstitusi pada tahap awal memang selalu mengundang kontroversi.

Pada masa transisi, masalah legalitas jauh lebih signifikan. Masa-masa transformasi politik sering kali disertai dengan perubahan legal radikal. Gelombang perubahan politik yang paling mutakhir, yang berkorelasi dengan transformasi ekonomi seperti transisi demokrasi di Indonesia menuntut adanya reformasi hukum secara besar-besaran. Masalah konvensional tentang ketiadaan pertanggungjawaban demokratik yang ditimbulkan oleh pembuatan hukum oleh badan yudisial menjadi tidak terlalu penting dalam masa gejolak politik. Pada masa demikian, badan legislatif transisional sering kali tidak dipilih melalui pemilihan yang bebas, dan juga tidak memiliki pengalaman dan legitimasi sebagaimana dimiliki badan serupa di masa-masa normal.

Daftar Pustaka

Buku:

Asshiddiqie, Jimly. *Konsolidasi Naskah UUD 1945 Setelah Perubahan Keempat,* Jakarta, Pusat Studi HTN UI, 2005.

Becker, Theodore L. *Comparative Judicial Politics: The Political Functioning of Courts*, Chicago: Rand McNally & Co., 2007.

Hajar, Fickar, dkk. *Pokok-pokok Pikiran dan Rancangan Undang-undang Mahkamah Konstitusi.* Jakarta: KRHN dan Kemitraan, 2003.

Layland, Peter. *The Constitution of The United Kingdom: a Contextual Analysis,* Oxford, Hart Publishing, 2007.

Linz, Juan dan Stephen, Alfred. "Defining and Crafting Democratic Transition, Constitution, and Consolidation", dalam R. William Liddle (Editor), *Crafting Indonesian Democracy,* Bandung,

29 Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe.* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2000), hal. 36

Penerbit Mizan Pustaka, 2001.

Mahfud M.D., Moh., *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu,* Jakarta, Penerbit RajaGrafindo Persada, 2009

Sekretariat Jenderal Majelis Permusyawaratan Rakyat, 1999, *Risalah Rapat ke-6 Panitia ad Hoc III BP MPR 13 Oktober 1999 No. MJ/230/3/13/99.*

Sekretariat Jenderal Majelis Permusyawaratan Rakyat, *Panduan dalam Memasyarakatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indoensia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses, dan Hasil Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Sesuai dengan Urutan, Bab, Pasal, dan Ayat*, Jakarta, 2007.

Sweet, Alec Stone, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe.* Oxford and New York: Oxford University Press, 2000.

Tate, Neal dan Torbjorn Vallinder (Eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995.

Triwibowo, Darmawan. *Gerakan Sosial: Wahana Civil Society bagi Demokratisasi,* Jakarta, Penerbit LP3ES, 2006.

Jurnal:

Astawa, I Gde Pantja. "Beberapa Catatan tentang Perubahan UUD 1945", *Jurnal Demokrasi & HAM*, Vol. 1, No. 4, September-November 2001.

B. Cross, Frank. "Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance", *New York University Law Review,* Vol. 92, 2007.

C. Staudt. Nancy, "Modeling Standing", *New York University Law Review,* Vol. 79, 2004.

Comaroff, Jean, dan John Comaroff, "Law and Disorder in the Postcolony", *Social Anthropoloy,* Vol. 15, Vol. 2007.

Gibson, James L. dan Gregory A. Caldeira, "Defenders of Democracy? Legitimacy, Populair Acceptance, and the South African Constitutional Court", *Journal of Politics,* Vol. 65, 2005.

Harding, Grop Andrew, Peter Leyland, dan Tania Groppi (Editors), "Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective", *Journal of Comparative Law,* Vol. 3,

No. 2, 2010.

Laksono, Fajar. "*Constitutional Review* sebagai Ikhtiar Menghentikan Kejahatan terhadap Konstitusi guna Mewujudkan Konstitusionalitas Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 5, No. 2, November 2008.

Pardy, Bruce, "The Hand Is Invisble, Nature Know Best, and Justice is Blind: Markets, Ecosystems, Legal Instrumentalism, and The Natural Law of System", *Tulsa Law Review,* Vol. 44, 2008.

Vanberg, George. "Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining, dan Policy Compromise", *Journal of Theoritical Politics,* Vol. 10, 1998.

Media Massa:

Kompas, Senin, 21 Mei 2012

7

Status Lembaga Negara dan Subjektum Litis dalam Sengketa Kewenangan Lembaga Negara

Oleh: Ari Wuisang

A. Pendahuluan

Perubahan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 [1] (untuk selanjutnya disingkat UUD Tahun 1945) telah merombak secara besar-besaran sistem ketatanegaraan republik yang berdiri pada 17 Agustus 1945 ini. Perombakan tersebut antara lain berupa pengurangan kewenangan lembaga negara yang ada seperti MPR, penghapusan DPA, dan dimunculkannya lembaga negara baru seperti DPD, MK dan KY.

Sebagaimana diketahui, pada masa lalu dikenal TAP MPR No. III/MPR/1978 tentang Kedudukan dan Hubungan Lembaga Tertinggi dengan/antar Lembaga Tinggi Negara. Dalam TAP tersebut ditentukan secara jelas siapa-siapa saja yang mempunyai kedudukan sebagai lembaga negara, yaitu:

1 Untuk uraian yang cukup lengkap mengenai waktu pelaksanaan perubahan UUD Tahun 1945 dan pasal-pasal mana saja yang diubah, lihat Jimly Asshiddiqie, "Hubungan antar Lembaga Negara dalam Perspektif Amandemen UUD Tahun 1945", *Makalah* disampaikan dalam Seminar Arah Pembagunan Hukum Menurut UUD Tahun 1945 Hasil Amandemen yang diadakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) pada tanggal 29-31 Mei 2006 di Hotel Mercure Accor Ancol Jakarta, hal. 2-3.

1. Lembaga Tertinggi Negara, yaitu MPR;
2. Lembaga Tinggi Negara, yaitu DPR, Presiden, MA, BPK dan DPA.

Jadi, ada 6 (enam) lembaga negara. Kemudian, adanya predikat "tertinggi" dan "tinggi" menunjukkan hubungan vertikal antara lembaga-lembaga Negara, di mana MPR merupakan "atasan" dari Presiden, DPR, MA, BPK dan DPA. Hal ini sesuai dengan pakem ketatanegaraan yang dianut waktu itu, yaitu kedaulatan ada di tangan rakyat dan dilakukan sepenuhnya oleh MPR atau dikenal juga dengan istilah Sistem MPR. [2]

Setelah TAP tersebut dicabut oleh TAP MPR "sapu jagad", yaitu TAP MPR No. I/MPR/2003, maka tidak ada lagi predikat lembaga tertinggi dan tinggi negara, sehingga terjadilah kesetaraan antar lembaga negara (*check and balances system*). Namun demikian, hilang pula pegangan normatif tentang status lembaga-lembaga negara ini. Dengan kata lain, tidak ada lagi peraturan perundang-undangan "payung" yang mengatur hal tersebut, sehingga menjadi tidak jelaslah perihal status lembaga-lembaga negara. Apalagi sekarang penyebutan lembaga negara tersebar di berbagai undang-undang. Akibatnya, terlampau banyak organ yang memiliki status lembaga negara.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka dapat dikemukakan perumusan masalah sebagai berikut :

1. Organ-organ apa saja yang memiliki status lembaga negara pasca perubahan UUD Tahun 1945?
2. Apakah perlu ada peraturan perundang-undangan payung yang mengatur status lembaga negara ini? Bagaimana pula kaitannya dengan subjektum litis dalam penyelesaian sengketa kewenangan lembaga negara di Mahkamah Konstitusi (MK)?

C. Pemisahan/Pembagian Kekuasaan Negara

Untuk memperoleh gambaran tentang pembagian kekuasaan, perlu ditinjau teori-teori tentang pembagian kekuasaan. Doktrin

2 Azhary, *Negara Hukum Indonesia* (Jakarta : UI Press, 1995), hal. 143.

pembagian kekuasaan pada awalnya berupa doktrin pemisahan kekuasaan pertama-tama dikemukakan oleh John Locke dan kemudian dimodifikasi oleh Montesquieu.[3]

1. Teori John Locke

John Locke mengemukakan ajaran pemisahan kekuasaan (*separation of power*) dalam bukunya yang berjudul "*Two Treatises on Civil Goverment (1690)*", tujuannya yaitu untuk mengkritik kekuasaan absolut raja-raja Dinasti Stuart serta untuk membenarkan revolusi gemilang tahun 1688 (*glorious revolution*) yang telah dimenangkan oleh Parlemen Inggris.

Menurut John Locke, kekuasaan negara dibagi dalam tiga kekuasaan yakni kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan federatif yang masing-masing terpisah satu sama lainnya. Kekuasaan legislatif ialah kekuasaan membuat undang-undang, kekuasaan eksekutif ialah kekuasaan melaksanakan undang-undang dan didalamnya termasuk kekuasaan pengadilan, kekuasaan federatif adalah kekuasaan yang berhubungan dengan keamanan negara dalam kaitannya dengan hubungan luar negeri. [4]

2. Teori Montesquieu

Teori Montesquieu terkenal dengan nama "*Trias Politica*". Montesquieu menulis sebuah buku yang berjudul "*L Esprit Des Lois*". Dalam bukunya tersebut diuraikan tentang adanya tiga jenis kekuasaan yakni kekuasaan legislatif (kekuasaan membuat undang-undang), kekuasaan eksekutif (kekuasaan melaksanakan undang-undang) dan kekuasaan yudikatif (kekuasaan pengadilan). Ketiga kekuasaan tersebut terpisah satu sama lain baik dari segi fungsi maupun organnya. Berbeda dengan John Locke, Montesquieu memandang kekuasaan pengadilan (yudikatif) harus dipisahkan dari kekuasaan eksekutif, dan kekuasaan federatif menurut Montesquieu telah termasuk dalam kekuasaan eksekutif.[5]

---

3 Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik,* (Jakarta : PT Gramedia, 1980), hal. 152.

4 JJ. Von Schmid, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, Terjemahan Wiratno CS (Jakarta: PT. Pembangunan), 1980.

5 Ismail Suny, *Pembagian Kekuasaan Negara* (Jakarta : Aksara Baru, 1978),

Montesquieu memandang apabila kekuasaan yudikatif dimasukkan ke dalam kekuasaan eksekutif, maka akan terjadi kesewenang-wenangan oleh pihak penguasa. Teori Montesquieu (*Trias Politika*) ternyata lebih populer dibandingkan dengan teori John Locke.

Dalam perkembangannya, teori pemisahan kekuasaan tidak pernah dilaksanakan secara konsekuen, dalam arti memisahkan kekuasaan-kekuasaan tersebut satu sama lain secara tegas. Pemisahan kekuasaan paling tidak mengandung dua kelemahan yakni: a. Pemisahan secara tegas mengakibatkan adanya badan/lembaga kenegaraan yang tidak dapat ditempatkan di bawah pengawasan (kontrol) lembaga kenegaraan lain, ini berarti ada kemungkinan suatu lembaga kenegaraan akan melampaui batas kekuasaannya; b. Dalam suatu negara hukum modern tidak mungkin diterima sebagai asas tetap bahwa tiap-tiap lembaga kenegaraan itu hanya dapat diserahi satu fungsi tertentu saja, ada banyak lembaga kenegaraan yang diserahi lebih dari satu fungsi.

Dengan kedua kelemahan yang ada pada pemisahan kekuasaan tersebut, maka terjadi pergeseran dari pemisahan kekuasaan (*separation of power*) menjadi pembagian kekuasaan (*division of power*). Pembagian kekuasaan (*division of power*) berarti bahwa kekuasaan itu dibagi-bagi dalam beberapa bagian, tetapi tidak dipisah-pisah secara tegas. Akibatnya, di antara bagian-bagian itu dimungkinkan adanya kerjasama. Dengan adanya kerjasama tersebut, berarti satu sama lain memiliki hubungan fungsional dan hubungan pengawasan (*check and balances*). [6] Dengan demikian, masalah pengawasan menjadi penting artinya bagi negara hukum. Dewasa ini, sistem pembagian kekuasaan dengan *check and balances* di antara antara lembaga negara legislatif, eksekutif dan yudikatif populer diterapkan di negara-negara di dunia ini, terutama sekali negara-negara barat. Namun demikian, Du Xichuan dan Zhang Lingyuan mencatat bahwa China tidak memiliki sistem kenegaraan yang membagi kekuasaan negara ke dalam fungsi legislatif, eksekutif dan Yudikatif, melainkan dibangun satu basis dalam Kongres Rakyat

hal. 6.; Lihat juga Moh.Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Op.Cit*., hal. 140-141.

6 Untuk uraian yang cukup lengkap mengenai *check and balances system* ini, lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme* Indonesia, (Jakarta : Sekjen MK-RI, 2006), hal. 72-74.; Lihat juga, Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia,* (Jakarta : Rajawali Press, 2005), hal. 97.

Nasional yang mengkombinasikan fungsi parlemen dan pemerintah. [7]

D. Keberadaan Lembaga-lembaga Negara dalam Sejarah Ketatanegaraan RI

1. Periode Pertama Berlakunya UUD Tahun 1945 Pra Perubahan

Semua lembaga-lembaga di zaman Hindia Belanda menjadi sumber inspirasi pembentukan kelembagaan negara dan dalam rangka penyusunan UUD. Dalam naskah UUD yang disusun oleh BPUPKI terdapat lembaga-lembaga negara seperti Presiden dan Wakil Presiden, MPR,DPR, MA, BPK dan DPA. Jika dibandingkan dengan keadaan di masa Hindia Belanda, Presiden dapat dipadankan dengan Gubernur Jenderal, DPR dengan *Volksraad*, Pengadilan dan Mahkamah Agung dengan *Landraad, Priesterraad*, *Raad van Justitie* dan *Hooggerechtshof*, serta BPK dengan *Raad van Nederlandche Indie*. Satu-satunya lembaga yang sama sekali baru dalam arti tidak ada padanannya dengan lembaga-lembaga yang sudah ada di masa Hindia Belanda adalah MPR. Oleh karena itu, beberapa sarjana seperti misalnya Padmo Wahyono menganggap adanya lembaga MPR sebagai ciri khas sistem ketatanegaraan RI. [8]

UUD RI pertama adalah UUD Tahun 1945 yang mempunyai masa berlaku 18 Agustus 1945 sampai dengan 27 Desember 1949. UUD ini disahkan oleh PPKI tanggal 18 Agustus 1945. Adapun Rancangannya disusun oleh BPUPKI bersama-sama dengan penyusunan Dasar falsafah yang kemudian dikenal dengan Pancasila. Setelah penyusunan naskah Rancangan UUD selesai, maka oleh Pemerintah Balatentara Jepang dibentuklah PPKI. Tugas panitia ini adalah untuk mempersiapkan segala sesuatu yang berhubungan dengan kemerdekaan Indonesia. Namun belum lagi PPKI sempat bekerja, Jepang keburu menyerah kepada sekutu. Dalam keadaan demikian, PPKI yang semula terkait dengan Pemerintah Balatentara Jepang itu, mengambil langkah-langkah sendiri di luar pengetahuan apalagi pengaruh Pemerintah Jepang. Panitia inilah yang pada tanggal 18 Agustus mengesahkan naskah UUD

---

7 Du Xichuan and Zhang Lingyuan, *China's Legal System: A General Survey,* (Beijing : New World Press, 1990), hal. 61.

8 Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia,* (Jakarta : PT Bhuana Ilmu Populer, 2007.

1945 sebagai UUD RI yang resmi.

PPKI, yang mengesahkan UUD 1945, ternyata bukan merupakan lembaga Konstituante yang berfungsi khusus sebagai lembaga penyusun UUD atau MPR hasil pemilu. Lalu bagaimana keabsahaan UUD 1945 itu sendiri ? Menurut Ismail Sunny, keabsahan UUD 1945 harus dipertimbangkan dengan menunjuk kepada berhasilnya revolusi Indonesia. Oleh karena revolusi Indonesia berhasil, maka apa yang dihasilkan oleh revolusi itu, yaitu UUD 1945 juga sah. Pendapat ini didasarkan kepada pendapat Hans Kelsen yang mengemukakan bahwa jika suatu revolusi rakyat, atau suatu republik diubah bentuknya menjadi kerajaan oleh *suatu coup d'etat* seorang Presiden dan jika pemerintah baru itu sanggup mempertahankan konstitusi baru dengan efektif, maka menurut hukum internasional, Pemerintah dan Konstitusi tersebut adalah pemerintah yang sah dan Konstitusi yang sah juga berlaku bagi negara itu. Pendapat Sir Ivor Jennings juga sejalan dengan itu.

Pada periode ini, lembaga negara belum sepenuhnya terbentuk. Lembaga Negara yang sudah eksis baru Presiden dan Wakil Presiden. MPR, DPR untuk sementara dijalankan oleh KNIP dan lembaga-lembaga negara lainnya belum eksis sepenuhnya.

2. Lembaga Negara pada Masa Konstitusi RIS 1949

Konstitusi ini berlaku mulai 27 Desember 1949 s/d 17 Agustus 1950. Pada masa Konstitusi RIS, menurut BAB III Konstitusi tersebut lembaga-lembaga negara disebut Alat Perlengkapan Federal yang meliputi :

a. Presiden;
b. Menteri-menteri;
c. Senat;
d. Dewan Perwakilan Rakyat;
e. Mahkamah Agung;
f. Dewan Pengawas Keuangan.

3. Lembaga Negara pada Masa UUDS 1950

Pada masa ini, lembaga-lembaga negara disebut alat perlengkapan negara. Menurut Pasal 44 UUDS 1950 alat perlengkapan negara meliputi:

a. Presiden dan Wakil Presiden;
b. Menteri-Menteri;
c. Dewan Perwakilan Rakyat;
d. Mahkamah Agung;
e. Dewan Pengawas Keuangan.

Jadi dapat disimpulkan bahwa baik dalam Konstitusi RIS dan UUDS, status lembaga-lembaga negara ini ditentukan dengan tegas dalam hukum dasar.

4. Lembaga Negara pada Masa Periode Kedua Berlakunya UUD 1945 Pra Perubahan

Pada masa ini, sama halnya seperti pada masa Konstitusi RIS dan UUDS 1950, status lembaga-lembaga negara dinormatifkan ke dalam suatu peraturan perundang-undangan payung, yaitu TAP MPR No. VI/MPR/1973 yang kemudian diganti dengan TAP MPR No. III/MPR/1978 tentang Hubungan Tata Kerja antara Lembaga Tertinggi Negara dengan/atau antar Lembaga Tinggi Negara. Sebagaimana telah dikemukakan di atas, menurut TAP tersebut, lembaga negara terbagi dua yaitu Lembaga Tertinggi Negara yaitu MPR dan Lembaga Tinggi Negara yang meliputi Presiden, DPR, MA, BPK dan DPA.

E. Lembaga Negara pada Masa UUD Tahun 1945 Pasca Perubahan

Pada masa ini, sejalan dengan adanya perubahan-perubahan terhadap UUD tahun 1945, keberadaan lembaga negara juga mengalami perkembangan pesat; ada lembaga negara baru yang muncul (DPD, MK, KY), ada yang dibubarkan (DPA), ada yang kewenangannya direduksi (Presiden) dan ada pula yang diperkuat (DPR). Selain itu, TAP MPR yang selama ini menjadi payung hukum status lembaga-lembaga negara, yaitu TAP MPR No. III/MPR/1978, dicabut. Pasca pencabutan tersebut, ternyata tidak ada peraturan perundang-undangan penggantinya. UUD 1945 pasca perubahan sendiri tidak tegas mengatur subjek-subjek siapa saja yang memiliki status lembaga negara. Hal ini berlainan dengan hukum dasar pendahulunya yaitu Konstitusi RIS dan UUDS yang mengatur dengan tegas siapa itu lembaga negara.

Satu-satunya pasal yang menyinggung-nyinggung tentang lembaga negara yaitu Pasal 24 C UUD Tahun 1945 yang antara lain

menentukan, "Mahkamah Konstitusi berwenang... memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD...." Tidak ada penjabaran lebih lanjut, siapa yang dikategorikan sebagai lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD.

Kemudian, beberapa undang-undang melekatkan status lembaga negara kepada organ yang diaturnya dengan perincian sebagai berikut :

1. UU No. 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD menentukan, MPR, DPR, DPD berkedudukan sebagai lembaga negara;
2. Pasal 2 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menentukan, "Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan untuk menegakkan hukum dan keadilan;"
3. Pasal 1 angka 1 UU No. 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan menentukan, "Badan Pemeriksa Keuangan, yang selanjutnya disingkat BPK, adalah lembaga negara yang bertugas untuk memeriksa pengelolaan dan tanggung jawab Keuangan Negara sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
4. Pasal 1 butir (1) UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial menentukan, "Komisi Yudisial adalah lembaga negara sebagaimana dimaksud dalam UUD Tahun 1945". Pasal 2 undang-undang yang sama menentukan, "Komisi Yudisial merupakan lembaga negara yang bersifat mandiri dan dalam pelaksanaan wewenangnya bebas dari campur tangan atau pengaruh kekuasaan lainnya."

Kemudian, pada masa reformasi juga berkembang pesat organ-organ (komisi-komisi) eksekutif independen, organ-organ tersebut umumnya diberikan status lembaga negara oleh undang-undang yang mengaturnya seperti KPK, KPA, KPI, Ombudsman dan lain-lain. Termasuk juga Bank Indonesia. Namun anehnya, untuk Mahkamah Agung dan Presiden penyebutan lembaga negaranya tidak muncul sama sekali dalam undang-undang. Bagaimana mungkin organ-organ seperti KPK, KPI, Ombudsman yang belum lama lahir disebut lembaga negara sedangkan MA dan Presiden yang sudah ada sejak lama tidak

muncul penyebutan lembaga negaranya.

F. Organ-organ yang berstatus sebagai Lembaga Negara Pasca Perubahan UUD Tahun 1945

Dalam Putusan MK pada Perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran terhadap UUD Tahun 1945 (Perkara No. 005/PUU-I/2003), MK telah mengkonstruksikan lembaga negara menjadi 3 (tiga) kategori yaitu :

1. Lembaga negara berdasarkan (kewenangannya diberikan oleh) UUD;
2. Lembaga negara berdasarkan undang-undang;
3. Lembaga negara berdasarkan Keppres (sekarang Perpres).

Namun demikian, lagi-lagi dalam putusan itu tidak dijabarkan siapa-siapa saja yang masuk ke dalam kategori masing-masing. Lebih jauh lagi, putusan itu belum dapat dipastikan apakah akan diikuti lagi atau akan dijadikan acuan lagi oleh hakim-hakim berikutnya sehingga belum bisa dikatakan sebagai yurisprudensi standar atau belum mengandung karakter sebagai sumber hukum.

Pembagian lembaga negara menjadi 3 (tiga kategori) di atas sebenarnya sudah sering ditulis oleh Jimly Asshiddiqie dalam beberapa makalahnya yang dipresentasikan diberbagai forum, seperti misalnya Jimly pernah menulis:[9]

> ... Kita dapat membedakan secara tegas antara kewenangan organ negara berdasarkan perintah UUD *(constitutionally entrusted power)* dan kewenangan organ negara yang hanya berdasarkan perintah undang-undang dan bahkan dalam kenyataan ada pula lembaga atau organ yang kewenangannya berasal dari atau bersumber dari Keputusan Presiden....

Dalam makalahnya yang lain, Jimly Asshiddiqie mengatakan,

9 Jimly Asshiddiqie, "Perkembangan Ketatanegaraan Pasca Perubahan UUD 1945 dan Tantangan Pembaruan Pendidikan Hukum Indonesia", Makalah disampaikan pada Seminar dan Lokakarya Nasional tentang Perkembangan Ketatanegaraan Pasca Perubahan UUD 1945 dan Pembaharuan Kurikulum Pendidikan Hukum Indonesia yang diselenggarakan oleh Asosiasi Pengajar HTN dan HAN Indonesia bekerjasama dengan Mahkamah Konstitusi, hal.7.

"Lembaga negara adalah organ yang menjalankan fungsi-fungsi negara yang kewenangannya bersumber dari UUD, UU atau Keppres. Sengketa kewenangan yang menjadi yurisdiksi MK adalah kewenangan yang bersumber dari UUD."[10]

Kemudian, muncul lagi istilah lembaga negara utama/primer dan lembaga negara sekunder/penunjang (*auxiliary*), organ lapis pertama, kedua, ketiga[11] yang semuanya sama sekali tidak dikenal dalam UUD Tahun 1945. Berkaitan dengan itu, dalam salah satu pertimbangan hukum Putusan MK mengenai uji materiil Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945, MK, dalam pandangan penulis, telah membuat kekeliruan dengan mengatakan Komisi Yudisial hanya berkedudukan sebagai lembaga negara pendukung/pelengkap (*auxiliary*), bukan lembaga negara utama. Seperti penulis katakan, kedudukan semacam itu sama sekali tidak dikenal dalam UUD Tahun 1945. Yang pasti, Komisi Yudisial baik eksistensinya maupun kewenangannya, tercantum dengan tegas dalam UUD Tahun 1945. Karena itu, sudah terang bahwa Komisi Yudisial berkedudukan sebagai lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD. Dia setara dengan MK, MA, BPK, MPR, DPR, DPD dan Presiden. Terkait dengan tugas Komisi Yudisal, dengan demikian lembaga pengawas hakim ini seharusnya juga dapat mengawasi perilaku hakim konstitusi. Semangat *check and balances* (prinsip kesetaraan dan saling mengontrol antar lembaga negara) yang diniscayakan ke dalam UUD Tahun 1945, juga merupakan landasan lain bagi Komisi Yudisial untuk mengawasi hakim konstitusi. Karena itu, apa bila MK tidak mau diawasi oleh KY, sikap MK ini dapat dikatakan melanggar UUD Tahun 1945.

Kemudian, dalam putusannya yang lain pernah pula MK

---

10 Jimly Asshiddiqie, "Mahkamah Konstitusi RI", Makalah disampaikan dalam Seminar Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945 yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman dan HAM RI Bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya dan Kantor Wilayah Departemen Kehakiman dan HAM RI Provinsi Jawa Timur, pada tanggal 9 Juni 2004 di Surabaya.

11 Jimly Asshiddiqie, "Hubungan Antara Lembaga Negara Dalam Perspektif Amandemen UUD 1945, *Loc.Cit*., hal. 11.

berpandangan menteri adalah lembaga negara. Menteri merupakan pembantu dari lembaga negara Presiden, karena itu, menteri dapat dikatakan sebagai bagian dari lembaga negara. Apakah benar, jika bagian dari lembaga negara disebut lembaga negara juga? Tentu saja keliru. Harusnya, menteri, sebagai bagian dari eksekutif, mendapat sebutan sebagai lembaga pemerintah, bukan lembaga negara. Penafsiran yang luas terhadap status lembaga negara ini dapat berdampak negatif, karena semua organ dapat disebut lembaga negara dan itu sudah mulai terjadi saat ini.

Karena itu, dalam karya tulis ini penulis mencoba mengajukan perspektif lain. Dalam menganalisis siapa-siapa yang berstatus lembaga negara ini, maka sebagai pisau analisisnya penulis hendak mengelaborasi pendapat Sri Soemantri[12] dan Maria Farida Indrati.[13] Menurut Sri Soemantri, lembaga-lembaga negara berdasarkan UUD Tahun 1945 setelah perubahan yaitu sebagai berikut: BPK, DPR, DPD, MPR, Presiden dan Wakil Presiden, MA, MK dan KY (ada 8 lembaga negara). Pendapat yang persis sama dengan Sri Soemantri dikemukakan juga oleh Maria Farida Indrati. Kedelapan lembaga itulah, yang memiliki status sebagai lembaga negara. Pandangan Sri Soemantri ini menurut hasil penelitian Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN)[14] dikatakan sebagai penafsiran moderat, yaitu hanya membatasi pada apa yang dulu dikenal sebagai lembaga tertinggi negara dan tinggi negara. Penafsiran moderat ini dalam pandangan penulis sesuai dengan konteks historial lembaga negara Indonesia dan yang lebih penting lagi penerapannya lebih mudah dibandingkan dengan apabila menggunakan penafsiran luas.

Bila muncul keberatan bahwa penafsiran moderat itu merupakan tradisi lama, sudah usang, kuno, tidak sesuai dengan perkembangan ketatanegaraan masa kini, maka dapat penulis kemukakan bahwa tidak selalu tradisi baru lebih baik dari pada tradisi lama, buktinya tradisi

12 Sri Soemantri, "Sistem Kelembagaan Negara Pasca Amandemen UUD 1945", *Makalah* disampaikan dalam diskusi terbatas tentang Eksistensi Sistem Kelembagaan Negara Pasca Amandemen UUD 1945 yang diadakan oleh Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) di Jakarta pada tanggal 9 September 2004, hal. 2.

13 Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan Jenis, fungsi dan Materi Muatan* (Yogyakarta: Kanisius, 2007), hal. 135.

14 KRHN, *Lembaga Negara dan Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara* (Jakarta : KRHN, 2005), hal. 5.

baru berupa penafsiran luas terhadap lembaga negara menimbulkan benang kusut dalam status kelembagaan negara.

Selanjutnya, Sri Soemantri membuat skema hubungan antar lembaga negara sebagai berikut : [15]

1. Dalam bidang perundang-undangan

a. Yang berkaitan dengan sistem desentralisasi

DPD ⟷ DPR ⟷ Presiden

b. Yang berkaitan dengan anggaran pendapatan dan belanja negara

DPD ⟷ DPR ⟷ Presiden

c. Di luar nomor 1) dan 2)

DPR ⟷ Presiden

2. Yang berkenaan dengan pengawasan

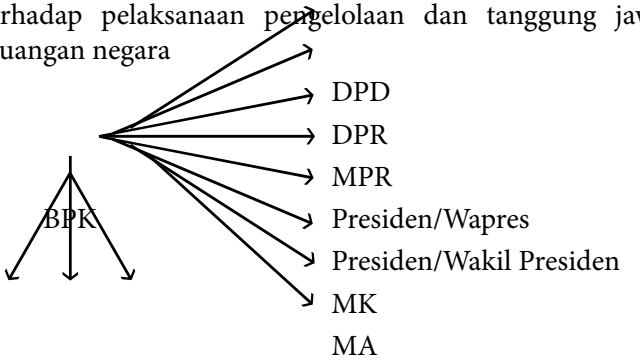
a. Terhadap pelaksanaan undang-undang desentralisasi

DPD ⟶ Presiden

↓

DPR

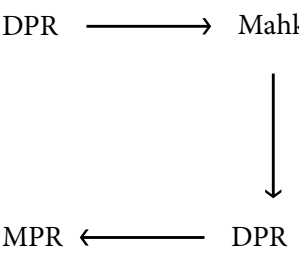
b. Terhadap pelaksanaan pengelolaan dan tanggung jawab keuangan negara



15 Sri Soemantri, *Loc.Cit*., hal. 2-3.

DPR DPD DPRD KY

c. Terhadap pelanggaran hukum berat Presiden dan Wakil Presiden

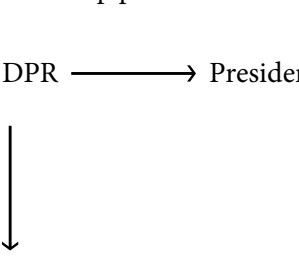


d. Terhadap kekuasaan kehakiman oleh Mahkamah Agung

e. Terhadap Mahkamah Konstitusi

Presiden
DPR Hakim Konstitusi
MA

f. Terhadap pelaksanaan kekuasaan pemerintah



Hak menyatakan pendapat

3. Terhadap pengangkatan Hakim Agung

Komisi Yudisial ⟶ DPR ⟶ Presiden

Untuk organ yang ada di daerah, jelas sebutannya adalah lembaga pemerintahan daerah, hal ini telah ditentukan secara tegas dalam Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD. Dalam kaitan itu, perlu pula dikemukakan, beberapa waktu yang lalu pernah muncul polemik, apakah pemerintahan daerah itu lembaga negara atau bukan ? Polemik ini dijawab dengan baik sekali oleh Zain Badjeber. Beliau mengatakan, "Pemerintahan daerah bukan merupakan sebuah lembaga negara, melainkan, berdasarkan konstruksi UUD Tahun 1945, pemerintahan daerah yang terdapat dalam BAB VI UUD 1945 merupakan bagian dari rumpun BAB III UUD 1945 tentang kekuasaan pemerintahan negara yang dipegang oleh seorang Presiden".[1622] Jadi jelas, pemerintahan daerah adalah bagian dari lembaga negara Presiden, sehingga tidak bisa disebut lembaga negara.

Mengenai komisi-komisi independen yang sekarang ini berkembang seperti jamur di musim hujan, menurut penulis juga tidak dapat dikatakan sebagai lembaga negara, karena pada prinsipnya mereka merupakan agen-agen eksekutif yang membantu tugas-tugas lembaga negara eksekutif. Dengan kata lain, mereka merupakan derivat dari lembaga negara eksekutif, karena itu statusnya hanya sebagai lembaga pemerintah. Hal yang sama berlaku untuk TNI-POLRI.

Karena itu, dengan mengacu kepada pandangan Sri Soemantri dan Maria Farida di atas, maka penulis hendak mengajukan kriteria lembaga negara sebagai berikut :

---

16 [22] Zain Badjeber, *Komentar UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan daerah dan UU No. 33 Tahun 2004 tentang Perimbangan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Daerah*, (Jakarta: Forum Indonesia Maju, 2004), hal. 309.

1. Kewenangannya diberikan oleh UUD.

   Substansi kewenangan yang tercantum dalam UUD dapat pula diulangi kembali di dalam undang-undang organiknya. Misalnya, kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam UUD 1945 disebutkan kembali di dalam UU No. 24 Tahun 2003. Namun demikian apabila kewenangan suatu organ murni diberikan oleh undang-undang (dalam UUD tidak tercantum sama sekali kewenangannya), maka organ tersebut tidak dapat dikatakan sebagai lembaga negara.

2. Kewenangannya bersifat pokok-pokok ketatanegaraan.

   Hal ini sebenarnya terkait erat dengan kriteria nomor 1 (satu). Kewenangan organ tersebut :

   a. Menjadi materi muatan UUD;
   b. Merupakan refleksi dari pembagian kekuasaan negara dan *checks and balances system*.

   Kewenangan semua lembaga negara yang tercantum dalam UUD pada prinsipnya diadakan dalam rangka pembagian kekuasaan negara dan *checks and balances system*.

3. Harus memiliki undang-undang organik.

   Artinya UUD memerintahkan dengan tegas agar dibentuk suatu undang-undang yang menjabarkan lebih lanjut eksistensi organ tersebut.

4. Tidak merupakan derivatif (turunan) dari suatu lembaga negara.

4 (empat) kriteria di atas bersifat kumulatif, artinya, satu saja tidak terpenuhi maka tidak dapat disebut sebagai lembaga negara. Sebagai contoh, pemerintahan daerah dapat dikatakan memenuhi kriteria pertama dan kedua, dan ketiga. Kewenangan Pemerintahan Daerah tercantum dalam UUD Tahun 1945, kewenangannya bersifat pokok-pokok ketatanegaraan karena dalam rangka pembagian kekuasaan negara secara vertikal (distribusi kekuasaan dari pemerintah pusat ke pemerintahan daerah) dan memiliki undang-undang organik yaitu UU No. 32 Tahun 2004. Namun demikian, Pemerintahan Daerah merupakan bagian (rumpun) dari eksekutif, dengan kata lain, merupakan turunan dari lembaga negara Presiden. Karena itu, tidak dapat bertahan apabila diuji dengan kriteria keempat. Pendek kata, pemerintahan daerah

bukan lembaga negara.

Dengan terbitnya Undang-Undang No. 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu yang kemudian diganti dengan UU No. 15 Tahun 2011, dapat ditambahkan 1 (satu) lembaga negara lagi yaitu KPU (Komisi Pemilihan Umum). Alasan KPU diberikan kedudukan sebagai lembaga negara :

1. Kewenangan KPU diberikan oleh UUD;
2. Kewenangannya itu bersifat pokok-pokok ketatanegaraan (menyelenggarakan pemilu);
3. KPU bukan derivat dari lembaga negara mana pun;
4. Sudah ada undang-undang organik yang khusus mengatur penyelenggara pemilu.

Jadi, seluruhnya ada 9 (sembilan) lembaga negara.

Di luar kesembilan organ tersebut, tidak bisa disebut lembaga negara. Lalu kalau begitu apa nama atau istilahnya? Tentu bisa digunakan istilah lembaga pemerintah (*regering organen*) atau lembaga-lembaga administrasi negara (*administrative organen*). Kedua istilah itu antara lain dapat dilihat dalam Buku Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim.[17] Kemudian, perlu diperhatikan pula ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menentukan, "Mahkamah Agung dapat memberi keterangan, pertimbangan dan nasihat tentang masalah hukum kepada lembaga negara dan *lembaga pemerintahan.*" Di sini jelas terdapat pembedaan antara "lembaga Negara" dengan "lembaga pemerintahan" Karena itu, jelaslah istilah lembaga pemerintah ini mempunyai sandaran baik secara teoritis dan yuridis.

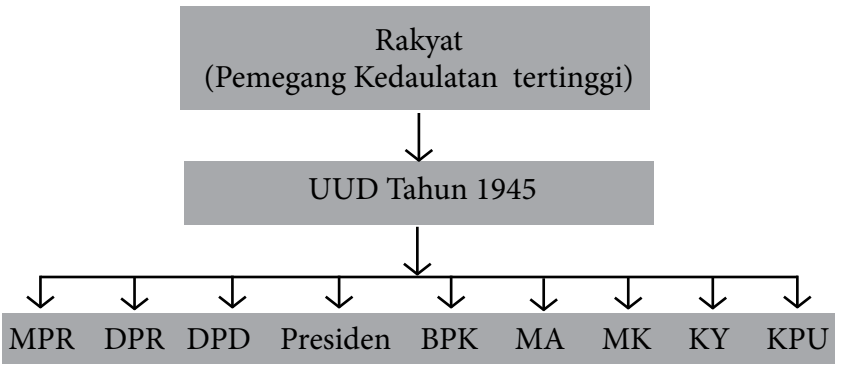
Untuk ringkasnya, penulis hendak membuat pembagian kelembagaan sebagai berikut:

1. Lembaga negara yaitu : MPR, DPR, DPD, Presiden, MA, MK, BPK, KY, KPU;

17 Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta : Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1988), hal. 182.

2. Lembaga Pemerintah
   a. Kementerian (Departemen);
   b. Lembaga Pemerintah non departemen, misalnya kementerian yang tidak memegang suatu departemen (kementerian koordinator, kementerian negara), WANTIMPRES, Kejaksaan, LAN, ANRI, BKN, PERPUSNAS, BAPPENAS, BPS, termasuk Komisi-Komisi Negara seperti KHN, Komnas HAM, Ombudsman, KPI, KPA, POLRI, TNI, BI dan sebagainya.
3. Lembaga Pemerintahan Daerah yaitu Kepala Daerah dan DPRD
4. Lembaga Swasta, misalnya PT, CV dan sebagainya.

Sebagai skema lembaga negara pasca perubahan UUD Tahun 1945, dapat penulis gambarkan sebagai berikut :



G. Urgensi Peraturan Perundang-undangan Payung yang Mengatur Status Lembaga Negara

Dalam Konstitusi RIS, UUDS 1950 maupun TAP MPR No. III/MPR/1978, disebutkan dengan tegas siapa-siapa saja yang memiliki status lembaga negara, sehingga terdapat kepastian hukum pada waktu itu. Namun, kondisi yang terbalik terjadi saat ini, yaitu tidak adanya pengaturan yang tegas mengenai status lembaga negara. Akibatnya, persoalan status tersebut menjadi mengambang, tidak ada kepastian hukum. Karena itu, menurut penulis, idealnya memang dalam UUD

diatur secara tegas, siapa-siapa-siapa saja lembaga negara itu, seperti pada zaman Konstitusi RIS, UUDS 1950 ataupun ketika TAP MPR No. III/MPR/1978 masih berlaku.

Apabila melakukan perbandingan secara eksternal, dalam konstitusi-konstitusi negara lain, seperti Konstitusi AS, Belanda,[1824] Jerman,[1925] Perancis, [2026] memang tidak ada penentuan status lembaga negara. Sistematika konstitusi negara-negara tersebut langsung mengadakan pembagian ke dalam *legislative branch, executive branch* dan *judiciary branch*. Namun demikian, secara perbandingan internal, seperti telah disinggung di atas, dalam sejarah ketatanegaraan RI penentuan status lembaga negara itu pernah dilakukan melalui Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950 dan TAP MPR No. III/MPR 1978. Apabila konstitusi negara lain tidak mengatur status lembaga negara bukan berarti Indonesia harus mengikuti itu. Bukankah Konvensi Montevedio 1933 tentang Hak dan Kewajiban Negara memberikan hak kepada negara-negara sebagai subjek hukum internasional untuk mengatur hukum nasionalnya masing-masing?

Karena itu, penulis berpendapat bahwa untuk Indonesia penentuan status lembaga negara ini tetap urgen dilakukan dalam rangka menjamin kepastian hukum. Namun demikian, mengingat untuk mengubah UUD 1945 sangat rigid, dan TAP MPR yang bersifat mengatur sekarang ini sudah tidak ada lagi, maka penentuan status lembaga negara dapat dilakukan melalui melalui undang-undang. Adapun mengenai siapa-siapa saja yang berstatus lembaga negara yang akan dimuat dalam undang-undang ini, penulis cenderung kepada pendapat Sri Soemantri dan Maria Farida seperti dikemukakan di atas. Menurut penulis pendapat mereka inilah yang lebih sesuai dengan konteks historial lembaga negara di Indonesia. Mereka mengemukakan bahwa ada 8 (delapan) organ yang berstatus lembaga negara yaitu MPR, DPR, DPD, Presiden, BPK, MA, MK dan KY.dari 8 (delapan) organ itu, penulis menambahkan 1 (satu) organ lagi yaitu KPU. Dengan

---

18 "Dutch Constitution", *http://en.wikipedia.org/wiki/constitution.of.netherland*, diakses tanggal 21 Desember 2010.

19 "Germany Constitution", *http://www.servat.unibe.ch/icl/9m0000.html*, diakses tanggal 21 Desember 2010.

20 "Constitution of October 1958", *http://www.assemblee_nationale.fr/english/bab.asp* , diakses tanggal 21 Desember 2010.

demikian, hanya kesembilan organ inilah yang dikatakan sebagai Lembaga Negara.

Tentu saja, materi muatan Undang-Undang tentang Lembaga Negara yang pokok adalah pengaturan mengenai siapa saja yang memiliki status lembaga negara. Namun demikian, bukan berarti undang-undang tersebut hanya sekedar mengatur masalah status saja. Di samping mengatur status, juga mengatur tugas pokok dan fungsi masing-masing lembaga negara, pengisian jabatan, hubungan antar lembaga negara satu sama lain dan penyelesaian sengketa lembaga negara. Jadi, undang-undang ini mirip dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang mengatur secara garis besar tentang eksistensi peradilan di Indonesia, sedangkan perinciannya diatur dalam undang-undang masing-masing peradilan. Dengan demikian, undang-undang ini dapat disebut dengan Undang-undang tentang Pokok-pokok Kelembagaan Negara.

Di samping itu, urgensi pengaturan status lembaga negara dalam UUD/UU ini dapat dikaitkan pula dengan keberadaan Mahkamah Konstitusi, lembaga negara yang salah satu tugas pokoknya menyelesaikan sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD (SKLN). Pengaturan status lembaga negara ini akan memudahkan Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa dan mengadili SKLN. Artinya, Mahkamah Konstitusi tidak perlu lagi meraba-raba atau mencari argumen yang panjang lebar untuk menentukan siapa saja lembaga negara yang memiliki hak untuk mengajukan SKLN. Mahkamah Konstitusi tinggal melihat saja daftar organ-organ yang berstatus lembaga negara melalui Undang-Undang tentang Lembaga Negara tersebut, dan segera setelah itu dapat menentukan apakah suatu organ dapat mengajukan SKLN atau tidak atau apakah suatu SKLN dapat diperiksa lebih lanjut atau tidak. Karena itu, dalam konteks ini, menurut penulis penentuan *legal standing* melalui *subjectum litis* lebih praktis (sederhana) dibandingkan dengan melalui *objectum litis* yang masih memerlukan penelusuran lebih jauh.

Pada tahun 2006 lalu, saat penulis mengikuti Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 hasil amandemen yang diadakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), panitia membagikan prolegnas 2004-2009. Dari sekian banyak rancangan undang-undang yang hendak digarap menjadi undang-undang, salah satunya adalah Rancangan Undang-Undang (RUU) tentang Lembaga

Negara. RUU itu sebenarnya dapat dijadikan payung bagi pengaturan mengenai siapa-siapa saja yang disebut lembaga negara, untuk supaya adanya kepastian hukum. Tapi sayang hingga kini pembahasan undang-undang tersebut tidak jelas.

H. Penutup

1. Kesimpulan

Berdasarkan uraian yang telah dikemukakan di atas, maka dapat dikemukakan beberapa kesimpulan sebagai jawaban atas rumusan masalah sebagai berikut :

a. Dengan melakukan elaborasi terhadap pendapat Sri Soemantri dan Maria Farida, serta menerapkan penafsiran moderat –yaitu penafsiran yang hanya membatasi pada apa yang dulu dikenal sebagai lembaga tertinggi dan tinggi negara– maka penulis mengajukan kriteria lembaga negara sebagai berikut:

   1) Kewenangannya diberikan oleh UUD.

   Substansi kewenangan yang tercantum dalam UUD dapat pula diulangi kembali di dalam undang-undang organiknya. Misalnya, kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam UUD 1945 disebutkan kembali di dalam UU No. 24 Tahun 2003. Namun demikian apabila kewenangan suatu organ murni diberikan oleh undang-undang (dalam UUD tidak tercantum sama sekali kewenangannya), maka organ tersebut tidak dapat dikatakan sebagai lembaga negara.

   2) Kewenangannya bersifat pokok-pokok ketatanegaraan.

   Hal ini sebenarnya terkait erat dengan kriteria nomor 1 (satu). Kewenangan organ tersebut :
   a) Menjadi materi muatan UUD;
   b) Merupakan refleksi dari pembagian kekuasaan negara dan *checks and balances system*.
      Kewenangan semua lembaga negara yang tercantum dalam UUD pada prinsipnya diadakan dalam rangka pembagian kekuasaan negara dan *checks and balances system*.

3) Harus memiliki undang-undang organik

Artinya UUD memerintahkan dengan tegas agar dibentuk suatu undang-undang yang menjabarkan lebih lanjut eksistensi organ tersebut.

4) Tidak merupakan derivatif (turunan) dari suatu lembaga negara.

Empat kriteria di atas bersifat kumulatif, artinya satu saja tidak terpenuhi maka tidak dapat disebut sebagai lembaga negara. Sebagai contoh, pemerintahan daerah dapat dikatakan memenuhi kriteria pertama dan kedua, dan ketiga. Kewenangan Pemerintahan Daerah tercantum dalam UUD Tahun 1945, kewenangannya bersifatpokok-pokok ketatanegaraan karena dalam rangka pembagian kekuasaan negara secara vertikal (distribusi kekuasaan dari pemerintah pusat ke pemerintahan daerah) dan memiliki undang-undang organik yaitu UU No. 32 Tahun 2004. Namun demikian, Pemerintahan Daerah merupakan bagian (rumpun) dari eksekutif, dengan kata lain, merupakan turunan dari lembaga negara Presiden, karena itu tidak dapat bertahan apabila diuji dengan kriteria keempat. Pendek kata, pemerintahan daerah bukan lembaga negara.

Berdasarkan pada 4 (empat) kriteria tersebut, maka ada 9 (sembilan) organ yang memiliki status sebagai lembaga negara yaitu : MPR, DPR, DPD, Presiden, MA, MK, KY dan KPU. Karena itu, hanya lembaga-lembaga negara inilah yang sebenarnya dapat bersengketa dalam perkara SKLN di Mahkamah Konstitusi, minus MA dan MK yang telah ditentukan tidak dapat bersengketa dengan lembaga negara lainnya.

Status organ-organ lain di luar 9 (sembilan) lembaga negara itu tidak bisa disebut sebagai lembaga negara, melainkan ada beberapa kemungkinan penyebutan; lembaga pemerintah (Departemen dan non departemen), lembaga pemerintahan daerah atau lembaga swasta.

b. Dalam Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950 dan TAP MPR

No. III/MPR/1978, ditentukan secara tegas siapa-siapa saja yang berstatus lembaga negara. Namun, saat ini tidak ada lagi pengaturan semacam itu. Karena itu, menurut penulis, idealnya memang dalam UUD diadakan pengaturan secara tegas mengenai siapa-siapa-siapa saja yang berstatus lembaga negara itu, seperti pada masa-masa sebelumnya.

Memang, apabila melakukan perbandingan secara eksternal, dalam konstitusi-konstitusi negara lain, seperti Konstitusi AS, Belanda, Jerman, Perancis, tidak ada penentuan status lembaga negara. Sistematika konstitusi negara-negara tersebut langsung mengadakan pembagian ke dalam *legislative branch, executive branch* dan *judiciary branch*. Namun demikian, dalam hal melakukan perbandingan secara internal, seperti telah disinggung di atas, dalam sejarah ketatanegaraan RI penentuan status lembaga negara itu pernah dilakukan melalui Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950 dan TAP MPR No. III/MPR 1978. Apabila konstitusi negara lain tidak mengatur status lembaga negara bukan berarti Indonesia harus mengikuti itu. Bukankah Konvensi Montevedio 1933 tentang Hak dan Kewajiban Negara memberikan hak kepada negara-negara sebagai subjek hukum internasional untuk mengatur hukum nasionalnya masing-masing?

Karena itu, penulis berpendapat bahwa untuk Indonesia penentuan status lembaga negara ini tetap urgen dilakukan dalam rangka menjamin kepastian hukum. Namun demikian, mengingat untuk mengubah UUD 1945 sangat rigid, dan TAP MPR yang bersifat mengatur sekarang ini sudah tidak ada lagi, maka penentuan status lembaga negara dapat dilakukan melalui melalui Undang-Undang tentang Lembaga Negara.

Selain mengatur status lembaga negara, Undang-Undang tentang Lembaga Negara tersebut juga mengatur tugas pokok dan fungsi masing-masing lembaga negara, pengisian jabatan, hubungan antar lembaga negara satu sama lain dan penyelesaian sengketa lembaga negara. Jadi, undang-undang ini mirip dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang mengatur secara garis besar tentang eksistensi peradilan di Indonesia, sedangkan perinciannya diatur dalam undang-undang masing-masing

peradilan.

Selanjutnya, urgensi pengaturan status lembaga negara dalam UUD/UU ini dapat dikaitkan pula dengan keberadaan Mahkamah Konstitusi, lembaga negara yang salah satu tugas pokoknya menyelesaikan sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD (SKLN). Pengaturan status lembaga negara ini akan memudahkan Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa dan mengadili SKLN. Artinya, Mahkamah Konstitusi tidak perlu lagi meraba-raba atau mencari argumen yang panjang lebar untuk menentukan siapa saja lembaga negara yang memiliki hak untuk mengajukan SKLN. Mahkamah Konstitusi tinggal melihat saja daftar organ-organ yang berstatus lembaga negara melalui Undang-Undang tentang lembaga negara tersebut, dan segera setelah itu dapat menentukan apakah suatu organ dapat mengajukan SKLN atau tidak atau apakah suatu SKLN dapat diperiksa lebih lanjut atau tidak. Karena itu, dalam konteks ini, menurut penulis penentuan *legal standing* melalui *subjectum litis* lebih praktis (sederhana) dibandingkan dengan melalui *objectum litis* yang masih memerlukan penelusuran lebih jauh.

2. Saran

a. Dalam Prolegnas periode 2004-2009 yang lalu terdapat RUU tentang Lembaga Negara. Sebenarnya RUU ini dapat menjadi peraturan perundang-undangan payung tentang kelembagaan negara. Artinya melalui UU tersebut, dapat ditentukan secara tegas siapa-siapa saja yang berstatus sebagai lembaga negara, sama seperti dalam Konstitusi RIS dan UUDS. Namun sayang sampai sekarang tidak jelas pembahasan RUU tersebut. Karena itu, DPR dan pemerintah perlu untuk segera menggarap RUU tersebut;

b. Dalam hal RUU tentang Lembaga Negara jadi dibahas, perlu diterapkan penafsiran moderat dalam menentukan siapa-siapa saja yang berstatus lembaga negara, untuk membatasi agar tidak semua organ

disebut lembaga negara. Harus diperhatikan kembali konteks historis lembaga negara Indonesia, jangan terlampau meniru konsep negara-negara *anglo saxon* yang belum tentu cocok dengan karakteristik hukum tata negara Indonesia.

Daftar Pustaka

Buku:

Asshiddiqie, Jimly, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta : Sekjen MK RI, 2006.

----------, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia*. Jakarta : PT Bhuana Ilmu Populer, 2007.

Azhary, *Negara Hukum Indonesia*, Jakarta : UI Press, 1995.

Badjeber, Zain. *Komentar UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan daerah dan UU No. 33 Tahun 2004 tentang Perimbangan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Daerah*, Jakarta : Forum Indonesia Maju, 2004.

Budiardjo, Miriam, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta : PT Gramedia, 1980.

Farida Indrati, Maria, *Ilmu Perundang-Undangan Jenis, fungsi dan Materi Muatan*, Yogyakarta: Kanisius, 2007.

Huda, Ni'matul, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta : Rajawali Press, 2005.

KRHN, *Lembaga Negara dan Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara*, Jakarta: KRHN, 2005.

Kusnardi, Moh. dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1988.

M. Hadjon, Philipus, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia,* Surabaya : PT Bina Ilmu, 1987.

Suny, Ismail, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Jakarta : Aksara Baru, 1978.

Tauda, Gunawan, *Komisi Negara Independen Eksistensi Independent Agencies Sebagai Cabang Kekuasaan Baru dalam Sistem Ketatanegaraan,* Yogyakarta : Genta Press, 2012.

Triwulan Tutik, Titik, *Eksistensi, Kedudukan dan Wewenang Komisi Yudisial Sebagai Lembaga Negara dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945*, Jakarta : Prestasi Pustaka Publisher, 2007.

Von Schmid, JJ, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, Terjemahan Wiratno CS. Jakarta: PT. Pembangunan, 1980.

Xichuan, Du and Zhang Lingyuan, *China's Legal System: A General Survey*, Beijing: New World Press, 1990.

Makalah:

Arinanto, Satya, "Perubahan Undang-Undang Dasar 1945". *Makalah* disampaikan pada Pendidikan dan Pelatihan Hukum Pemerintahan dan Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara yang diadakan oleh FKH FH-Universitas Pakuan bekerjasama dengan Pemerintah Kota Bogor pada tanggal 12-15 Oktober 2004 di Balai KB Pemerintah Kota Bogor.

Asshiddiqie, Jimly, "Hubungan antar Lembaga Negara dalam Perspektif Amandemen UUD Tahun 1945". *Makalah* disampaikan dalam Seminar Arah Pembagunan Hukum Menurut UUD Tahun 1945 Hasil Amandemen yang diadakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) pada tanggal 29-31 Mei 2006 di Hotel Mercure Accor Ancol Jakarta.

---------, "Mahkamah Konstitusi RI". *Makalah* disampaikan dalam Seminar Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945 yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman dan HAM RI Bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya dan Kantor Wilayah Departemen Kehakiman dan HAM RI Provinsi Jawa Timur, pada tanggal 9 Juni 2004 di Surabaya.

---------, "Perkembangan Ketatanegaraan Pasca Perubahan UUD 1945 dan Tantangan Pembaruan Pendidikan Hukum Indonesia". *Makalah* disampaikan pada Seminar dan Lokakarya Nasional tentang Perkembangan Ketatanegaraan Pasca Perubahan UUD 1945 dan Pembaharuan Kurikulum Pendidikan Hukum

Indonesia yang diselenggarakan oleh Asosiasi Pengajar HTN dan HAN Indonesia bekerjasama dengan Mahkamah Konstitusi.

Napier, Clive. "Africa's Constitutional Renaissance? : Stocktaking in the '90s", *Afrika Dialogue*. Monograph Series No. 1, 2000.

Sri Soemantri, Sri. "Sistem Kelembagaan Negara Pasca Amandemen UUD 1945", *Makalah* disampaikan dalam diskusi terbatas tentang Eksistensi Sistem Kelembagaan Negara Pasca Amandemen UUD 1945 yang diadakan oleh Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) di Jakarta pada tanggal 9 September 2004.

Peraturan Perundang-undangan:

Indonesia. *Undang-Undang Dasar Tahun 1945.*

Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi. UU No. 24 Tahun 2003

Undang-Undang tentang Komisi Yudisial. UU No. 22 Tahun 2004.

Undang-Undang tentang Badan Pemeriksa Keuangan. UU No. 15 Tahun 2006

Undang-Undang tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD. UU No. 27 Tahun 2009.

Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. UU No. 5 Tahun 2004.

Lain-lain:

"Constitution of October 1958", *http://www.assemblee_nationale.fr/english/bab.asp* , diakses tanggal 21 Desember 2010.

"Dutch Constitution", *http://en.wikipedia.org/wiki/constitution.of.netherland*, diakses tanggal 21 Desember 2010.

"Germany Constitution", *http://www.servat.unibe.ch/icl/9m0000.html*, diakses tanggal 21 Desember 2010.

8

Disfungsi Mahkamah Konstitusi Selaku Pengawal Hak-Hak Konstitusional Kelompok Agama Minoritas

Oleh: Manotar Tampubolon

Pendahuluan

Menurut Laporan Tahunan Komisi Internasional Tentang Kebebasan Beragama yang dikeluarkan oleh U.S. Commission on International Religious Freedom tahun 2013, bahwa posisi Indonesia berada dalam tier ke-2 tentang kebebasan beragama[1]. Komisi dalam laporannya menyatakan:

> *"Indonesia is a stable and robust democracy with political institutions able to advance and protect human rights. In recent years, however, the country's traditions of religious tolerance and pluralism have been strained by ongoing sectarian tensions, societal violence, and the arrest of individuals considered religiously "deviant." While the government has addressed past sectarian violence and effectively curtailed terrorist networks, religious minorities continue to experience intimidation, discrimination, and violence. The Indonesian*

1 "Annual Report of the United State Commission on International Religious Freedom for 2013, United State Department of State", http://www.uscirf.gov/images/2013%20USCIRF%20Annual%20Report%20%282%29.pdf.

government, including the local police, provincial officials and the courts, often tolerates activities of extremist groups, fails to enforce national laws protecting religious minorities, and issues lenient sentences to individuals arrested for engaging in violence. In addition, national laws and provincial decrees have led to serious abuses of the freedom of thought, conscience, and religion or belief, including destruction or forced closure of religious venues and imprisonment of individuals accused of blasphemy or "deviant" religious teachings".

Satu hal yang sangat penting dari laporan komisi tersebut bahwa Pemerintah Indonesia (negara) sering membiarkan tindakan kelompok ekstrim dan gagal menegakkan hukum untuk melindungi kelompok minoritas. Pemerintah juga dinilai gagal dalam memberikan jaminan dan pemenuhan hak-hak konstitusional kelompok agama minoritas serta sering tidak hadir (membiarkan) bila terjadi tindakan diskriminatif terhadap pemeluk agama minoritas (*Government Inaction*). Pemerintah sering melakukan tindakan pembiaran (*omission*) atas kekerasan yang dialami oleh kelompok agama minoritas, juga sengaja atau melawan untuk tidak melaksanakan putusan pengadilan yang sudah *incracht* seperti Putusan Mahkamah Agung RI agar dibukanya kembai Gereja HKBP Filadefia dan GKI Yasmin Bogor.[2]

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945) telah secara jelas memberikan perlindungan hak beribadah dan berkeyakinan bagi warga negara sebagaimana tertera pada 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.

(2) Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuruninya.

2 "Kasus Gereja HKBP Filadefia dan GKI Yasmin Bogor", http://www.state.gov/j/drl/rls/irf/religiousfreedom/index.htm#wrapper.

Sebagai pemenuhan hak konstitusional atau untuk melindungi, menjamin dan mewujudkan jaminan hak konstitusional yang terdapat di dalam beberapa pasal konstitusional tersebut dibutuhkan lembaga yang kuat serta menjaga supremasi konstitusi di mana konstitusi diberi kewenangan tertinggi. Akibatnya, berdasarkan Pasal 28 I ayat 4 UUD NRI 1945 perlindungan hak asasi manusia dalam konstitusi menjadi sangat penting sebab merupakan salah satu kewajiban negara. Menurut Danie Brand bahwa cara yang paling konkret untuk menjamin perlindungan hak asasi manusia adalah dengan cara membatasi kewenangan negara dalam konstitusi melalui pengadilan.[3]

Pengujian undang-undang dan konstitusi melalui Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan salah satu mekanisme terbaik dalam jaminan perlindungan hak-hak beragama dan berkeyakinan kelompok agama minoritas. Hak-hak konstitusi tersebut tidak akan berarti jika tidak ada mekanisme penegakannya. Untuk itu gagasan pembentukan MK melalui pasal 24 C UUD NRI 1945 diwujudkan sebagai pelindung dan pengawal konstitusi. Salah satu lembaga yang paling penting dalam perlindungan hak asasi manusia adalah peradilan. MK yang diserahkan kewajiban untuk menegakkan hak-hak dasar dan kebebasan dalam Konstitusi. Kelsen mengatakan tentang validitas sebuah aturan bahwa pelaksanaan aturan konstitusional tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji apakah suatu produk hukum itu konstitusional atau tidak, dan tidak memberlakukannya jika menurut organ ini produk badan legislatif tersebut tidak konstitusional.[4]

Dari uraian Kelsen di atas setidaknya tersirat dua hal penting mengenai eksistensi MK yakni: otoritas yang dimiliki oleh MK sebagai satu-satunya penguji validitas Undang-undang. MK berhak untuk membatalkan produk hukum yang bertentangan dengan hukum dasar (*Constitutionality of Law*) serta otoritas MK untuk melindungi, memenuhi jaminan hak-hak konstitusional yakni kebebasan beragama dan berkeyakinan terhadap kelompok agama minoritas.

---

3 Danie Brand, *Introduction to socio-economic rights in the South African Constitution in D. Brand and C Heyns (eds), Socio-economic Rights in South Africa*, (Pretoria: Pretoria University Law Press, 2005), hal. 38-39.

4 "Sejarah Pembentukan Mahkamah Konstitusi", http://www.scribd.com/doc/110508511/Sejarah-Pembentukan-Mahkamah-Konstitusi.

1. Kebebasan Beragama sebagai Kewajiban Konstitusional Negara

Menurut Stanford Encyclopedia of Philosophy: "*Human rights are international norms that help to protect all people everywhere from severe political, legal, and social abuses*".[5] Hak asasi manusia adalah norma-norma internasional yang membantu untuk melindungi semua orang di manapun dari pelanggaran politik, hukum, dan sosial. Hak ini juga meliputi semua hak-hak dasar dan kebebasan manusia yang mencakup hak untuk hidup dan kebebasan, kebebasan berpikir dan berekspresi, dan kesetaraan di depan hukum (*The basic rights and freedoms to which all humans are entitled, often held to include the right to life and liberty, freedom of thought and expression, and equality before the law*).[6] Dari kedua definisi hak tersebut ada dua hal yang *transendental* yakni hak-hak yang dimiliki oleh seseorang sekedar karena orang tersebut adalah manusia dan tidak dapat dipisahkan dari keberadaan (eksistensi) dirinya sebagai manusia. Memisahkan hak-hak asasi manusia dari pemiliknya bukan hanya mengingkari eksistensi manusia selaku ciptaan Tuhan, namun termasuk pengingkaran terhadap eksistensi dirinya selaku warga negara yang dijamin kebebasannya oleh hukum dasar.

Ketentuan lainnya yang memberikan penjelasan tentang hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan terdapat dalam Deklarasi Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi berdasarkan Agama atau Keyakinan yang di Proklamirkan oleh General Assembly (PBB) pada tanggal 25 November 1981 (*Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief*). Deklarasi ini menjelaskan prinsip-prinsip tentang nondiskriminasi, persamaan di depan hukum dan hak atas kebebasan berpikir, berhati nurani, beragama dan berkeyakinan. Pasal 4 Deklarasi Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi berdasarkan Agama atau Keyakinan menyatakan bahwa Semua negara wajib mencegah dan menghapus diskriminasi berdasarkan alasan-alasan agama atau kepercayaan, melakukan semua tindakan untuk membuat atau mencabut perundang-undangan untuk melarang diskriminasi

5 James Nickel, *"Human Rights"*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = (http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/rights-human/).

6 http://www.thefreedictionary.com/human+rights, dikunjungi pada tanggal 25 Oktober 2013.

apapun dan mengambil semua tindakan yang tepat untuk memerangi intoleransi berdasarkan alasan-alasan agama atau kepercayaan.

Hak kebebasan beragama dan berkeyakinan di dalam UUD NRI 1945, Pasal 28E secara eksplisit menjamin hak kebebasan beragama bagi semua warga negara. Analisa dari pasal tersebut di atas menyatakan ada dua hal yang tersirat pada pasal ini yakni: *pertama*, hak untuk beribadah dengan bebas, secara pribadi atau didepan umum, praktik agama tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan moral; *kedua*, bahwa negara wajib memberikan perlindungan kepada para penganut aliran agama dalam melaksanakan ibadah. Perlindungan dalam melaksanakan ibadah sebagaimana dijamin dalam konstitusi diserahkan sepenuhnya "kewajiban" negara melalui organ-organnya, (terutama MK) dalam hal pemenuhan hak konstitusional dan pertanggungjawabannya juga diserahkan sepenuhnya kepada negara, sehingga bila jaminan ini tidak terlaksana pemenuhannya maka pertanggungjawabannya akan dituntut dan negara satu-satunya pihak yang bertanggungjawab atas kegagalan tersebut (kewajiban negatif/*negative obligation*). Sebaliknya bilamana terjadi tindakan yang merugikan kelompok agama minoritas atau intoleransi antar penganut agama yang berbeda, maka negara juga sebagai pihak yang dipersalahkan sebab kewajiban konstitusional yang diserahkan kepada negara tidak dilaksanakan (*Positve obligation*). Dari kedua kewajiban tersebut berarti beban moral untuk mengamankan perwujudan hak-hak asasi manusia haruslah jatuh pada lembaga-lembaga nasional serta bertanggungjawab penuh bagi pemenuhan hak-hak individu serta mampu melaksanakan kewajibannya seefektif mungkin.

Meski kewajiban tersebut dibebankan dan menjadi tanggung jawab negara, akan tetapi negara sering menjadi *predator* bagi kebebasan beragama, khususnya terhadap penganut agama minoritas. Pieris mengklaim bahwa pemerintah selaku pelaksana amanat rakyat menggunakan mandat sebagai alat untuk melegitimasi diri dan menggunakannya sebagai alat penekan.[7] Rakyat wajib tunduk pada pemerintah hanya apabila pemerintah itu melindungi hak-hak asasi mereka yang secara moral lebih tinggi dari kepentingan-kepentingan pemerintah tersebut. Lock sebagaimana dikutip oleh Clack dan Hug

7 John Pieris, *Pembatasan Konstitusional Kekuasaan Presiden*, (Jakarta: Pelangi Cendekia, 2007), hal. 40.

bahwa pemerintah itu sah sejauh apabila pemerintah tersebut secara sistematis melindungi dan memajukan pemanfaatan hak-hak asasi manusia oleh rakyatnya.[8] Selanjutnya, Asshiddiqie mengakui bahwa negara yang tidak menjamin hak asasi warganya tidak dapat dikatakan sebagai negara hukum yang sesungguhnya.[9] Sebaliknya menurut Hobbes bahwa negara sebenarnya dapat menjamin hak kebebasan beragama karena negara memiliki kekuasaan yang absolut untuk memaksakan. Hal ini tidak hanya mewajibkan tetapi bahkan efektif memaksa pemimpin dan pengikut agama yang fanatik dan enggan untuk mematuhi aturan hidup berdampingan secara damai.[10] Peran negara sangat vital bagi pemenuhan kebebasan warganya. Negara menjamin hak-hak asasi untuk semua dan memastikan keberadaan ruang publik yang netral di mana komunitas agama yang berbeda dapat hidup berdampingan dan berdialog bila timbul masalah.[11]

Menurut *Human Rights Watch* (*HRW*) bahwa institusi negara di Indonesia selain jadi pelindung hak-hak asasi manusia juga berperan sebagai pelanggar hak-hak kelompok agama minoritas:

> *"Indonesian government institutions have also played a role in the violation of the rights and freedoms of the country's religious minorities. Those institutions, which include the Ministry of Religious Affairs, the Coordinating Board for Monitoring Mystical Beliefs in Society (Badan Koordinasi Pengawas Aliran Kepercayaan Masyarakat, Bakor Pakem) under the Attorney General's Office, and the semi-official Indonesian Ulama Council, have eroded religious freedom by issuing decrees and fatwas (religious rulings) against members of religious minorities and using their position of authority to press for the*

8 Clack and Hug, *Hak Asasi Manusia, Sebuah Pengantar*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1998), hal. 4.

9 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, (Jakarta: Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2005), hal. 127.

10 Christoph Engel, "*Law as a Precondition for Religious Freedom*", Max Plancks Institute for Research, (online), http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2011_06online.pdf, hal. 2.

11 Kevin Boyle, "*Religious Rights and Religious Freedom*", http.fathineurope.org.uk/rights.html.

prosecution of "blasphemers".[12]

Selanjutnya Donelly mengklaim bahwa pelanggaran hak-hak asasi individu tidak hanya terbatas pada pelanggaran hukum terhadap korban, tetapi termasuk kegagalan di dalam memberikan hak-hak mereka dan mengerjakan hal-hal yang dianggap benar secara hukum untuk memberikan hak-hak tersebut.[13] Maksudnya pelanggaran hak kebebasan tidak hanya berupa larangan untuk tidak melaksanakan ibadah namun termasuk gagalnya pemerintah untuk memberikan rasa aman (*security*) terhadap pemeluk agama yang berbeda untuk melaksanakan ibadah, termasuk membuat kebijakan-kebijakan yang diskriminatif serta politisasi agama untuk kepentingan tertentu, keseluruhannya merupakan pelanggaran kewajiban positif negara (*positive obligation*).

Di sisi lain peran negara (*state*) yang seharusnya melindungi perwujudan hak-hak kebebasan beragama bagi kelompok agama minoritas menjadi lemah dan sering tidak hadir untuk menjaga kerukunan hidup beragama dan berkeyakinan. Dari sisi tujuannya bahwa hukum menjadi alat penguasa dan bertentangan dengan cita hukum Pancasila yang berintikan kepastian, kegunaan sosial, keadilan demi kepentingan nasional, martabat manusia, pengakuan, penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia serta asas Bhinneka Tunggal Ika.[14]

Pelanggaran hak kebebasan beragama dan berkeyakinan terhadap kelompok agama minoritas semakin meningkat seiring seringnya negara absen saat terjadi pelanggaran hak konstitusional dimaksud. Menurut data yang dirilis oleh *The Wahid Institute* (2012) bahwa pelanggaran hak kebebasan beragama dan berkeyakinan terhadap penganut agama minoritas meningkat secara signifikan baik yang

12 "*Human Rights Watch: In Religions Name*", http://www.hrw.org/node/113848/section/4.

13 Donelly Jack, "Human Rights and Human Dignity: an Analysis Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights", *The American Political Science Review*, Vol. 76, No. 2 June, hal. 304, http://links.jstor.org

14 Sidharta Arief. B, "Filsafat Hukum Pancasila", *Bahan Kuliah Filsafat Hukum*, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Pelita Harapan, Jakarta, 2013, hal. 4-11.

dilakukan oleh negara (*state actor*) maupun yang tidak dilakukan oleh negara (*non state actor*).

Tindakan yang dilakukan oleh negara selaku pelaku pelanggaran hak kebebasan beragama kelompok agama minoritas terdiri dari dua macam yakni: *pertama*, tindakan yang dilakukan secara langsung yang melanggar hak-hak kelompok minoritas seperti mengeluarkan produk hukum yang diskriminatif atau merugikan penganut agama minoritas, menjadi pelaku penghancuran rumah ibadah dengan dalih tidak memiliki Izin Mendirikan Bangunan (IMB) sampai tindakan pembiaran *(omission*) terhadap pelaku pelanggaran hak kebebasan beragama. Tindakan pembiaran sering dilakukan oleh aparat keamanan (kepolisian) terhadap *non state actor*. *Kedua*, cenderung mendukung tindakan diskriminatif dan anarkis yang dilakukan oleh para pelaku. Dalam keadaan yang sudah *chaos* sekalipun, negara tidak menggunakan instrumen koersif untuk mencegah tindakan intoleran dan diskriminasi bagi pengikut kelompok agama minoritas. Tidak berlebihan kiranya bila negara disebut sebagai "*mind setter*" dibeberapa tindakan anarkis yang terjadi kepada kelompok agama minoritas.

Berikut adalah tabel yang menerangkan pelanggaran kebebasan beragama dalam periode 2009 s/d 2012, sebagaimana diteliti oleh The Wahid Institute:

Tabel 1
Tindakan Pelanggaran Kebebasan Beragama 4 Tahun Terakhir (2009-2012) yang Dilakukan oleh Negara dan Bukan Negara.

Tahun	State Actor	Non state Actor	Jumlah	Naik %
2012	166	197	363	4%
2011	122	195	317	7%
2010	87	153	240	4%
2009	40	113	153	-

Sumber: The Wahid Institute 2012

Dari tabel di atas jelas kelihatan bahwa kejahatan terhadap hak-hak penganut agama minoritas yang dilakukan oleh negara *(state actor)* setiap tahunnya meningkat secara signifikan. Negara *(state actor)*

dalam hal ini terdiri dari legislatif, eksekutif maupun yudikatif seperti polisi, jaksa, hakim, aparat pemerintahan di dalamnya seperti Bupati, Walikota dan Polisi Pamong praja juga berperan dalam pelanggaran hak-hak kebebasan beragama kelompok minoritas. Tindakan ini berupa tindakan langsung dan berupa pembiaran (tidak ada pembelaan terhadap minoritas) sehingga pelanggaran atas kebebasan beragama dan berkeyakinan tetap berlangsung.

Pembuat undang-undang *(Legislatif)* dengan produk hukum yang diskriminatif lebih pas dikategorikan sebagai reinkarnasi Hobbes dengan "*pactum subjectiones*" nya. Negara seolah-olah sudah menerima mandat penuh dari rakyat sehingga negara memiliki kewenangan absolut.[15] Selain perampasan terhadap hak dan kebebasan individu oleh negara akibat absolutisme, ini juga dianggap sebagai politisasi yang sengaja dilakukan oleh penguasa atau negara demi mengamankan kepentingannya. Penguasa sering mentolerir tindakan intoleransi kelompok mayoritas terhadap minoritas, bilamana pelakunya ditindak maka suara mayoritas yang menjadi asset bagi pemerintah yang berkuasa kemungkinan besar akan eksodus ke kandidat lain. Hollenbach berpendapat bahwa keyakinan agama dan tradisi mungkin memiliki pengaruh tidak langsung terhadap kebijakan hukum dan negara.[16] Nilai-nilai agama tidak digunakan sebagai sumber etika negara, ideologi ditafsirkan secara sepihak, otoritas negara telah disalahgunakan untuk mempertahankan kekuasaan.[17] Negara mempolitisir agama, keberpihakan negara terhadap kelompok mayoritas bukan tanpa tujuan, tapi ujung-ujungnya adalah kontinuitas kekuasaan.[18]

---

15 W. Friedmann, *Teori Filsafat & Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum (Susunan II),* (Jakarta: Rajawali Press, 1975), hal. 76-77.

16 Nadirsyah Hosen, "*Religion and the Indonesian Constitution: A Recent Debate*", *Journal of Southeast Asian Studies*, 36 (3), October 2005, hal. 419.

17 Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik di Indonesia,* (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008), hal. 359.

18 Benjamin F. Intan, "*Religius Pluralisme, Agama dan Keadilan*", www.reformed-crs.org/ind/articles/pluralisme_agama_negara_berkeadilan.html, Seputar Indonesia, 20 September 2005, dikunjungi pada tanggal 16 Oktober 2013.

2. Kegagalan Mahkamah Konstitusi Sebagai Pelindung Hak Asasi Manusia

Alasan kegagalan MK dalam pemenuhan hak kebebasan beragama dan berkeyakinan setidaknya dapat ditinjau dari 3 (tiga) hal yakni: *pertama*, cara berpikir Hakim MK yang mayoritas positivistik, melihat undang-undang secara kontekstual; *kedua*, kekosongan hukum (*recht vacuum*) atas undang-undang tentang jaminan kebebasan beragama dan berkeyakinan kepada kelompok agama minoritas yang mampu memberikan jaminan dan pemenuhan hak-hak minoritas sebagaimana di jamin di dalam UUD NRI 1945; *ketiga*, ketidakmampuan Hakim MK menerjemahkan konstitusi itu sendiri, sehingga memberikan keputusan yang restriktif terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan kelompok agama minoritas (hasil uji materi Undang-Undang 1.PNPS/1965).

2.1. Positivisme Hakim Konstitusi

Cara berpikir hakim terhadap hukum akan sangat mempengaruhi putusan sebuah perkara. Berpikir legalistis positivis dalam penanganan perkara hukum akan membawa hakim ke paradigma berpikir hukum yang bersifat analisis hukum sesuai peraturan yang berlaku. Titik kebenaran adalah isi atau pasal peraturan perundangan semata. Hukum yang pada wujud sesungguhnya tak terbatas direduksi dalam batas tertentu oleh Hakim untuk dilaksanakan menghakimi peristiwa-peristiwa yang terjadi. Putusan yang dihasilkan hanya akan memenuhi formalistik semata, dan keadilan yang tercipta adalah keadilan undang-undang.

Hakim MK yang legalistis positivis menjadi salah satu alasan kegagalan MK memberikan keadilan yang konstruktif kepada kelompok agama minoritas. Hakim berpikir kaku dan menyandarkan segala sesuatunya terhadap hukum tertulis (*written law*) dan mengesampingkan hukum tidak tertulis. Hakim memutus perkara dengan teks tersebut atas persoalan hukum yang dihadapi dengan mengutamakan hukum tertulis sebagai sumber utamanya, sementara tugas hakim tidak hanya menyelesaikan perkara hukum, namun juga menyelesaikan perkara sosial melalui terobosan-terobosan serta menerjemahkan konstitusi dan

undang-undang demi sebuah keadilan yang konstruktif.

Prinsip dasar positivisme adalah bahwa tatanan hukum negara berlaku bukan karena mempunyai dasar dalam kehidupan sosial, jiwa bangsa, dan hukum alam, melainkan karena mendapat bentuk (*form*) positifnya dari suatu instansi yang berwenang. Selanjutnya dalam melihat hukum hanya dari bentuk yuridisnya saja dan bukan "roh"-nya. Dengan kata lain bahwa hukum sebagai hukum hanya ada karena bentuk formalnya. Aturan hanya senantiasa dipahami dengan menggunakan parameter hukum positif bahkan cenderung mengagung-agungkan hukum positif untuk melakukan penilaian terhadap masalah dengan mekanisme hierarki perundang-undangan. Pandangan *Unsprungnorm* oleh Kelsen, Undang-undang yang merupakan supreme, hukum adalah undang-undang bentuknya tertulis dan formal, *Law is a command of the law giver* (Austin), "hukum adalah perintah dan tidak perlu ada hubungan hukum dengan moral" (Hart), "hukum adalah aturan yang dikeluarkan oleh penguasa (Nawiasky)",[19] cenderung menyelimuti cara berpikir hakim konstitusi dalam membuat putusan uji materi undang-undang yang berhubungan dengan kebebasan beragama dan berkeyakinan penuh dengan pembatasan-pembatasan.

Terkait dengan teori Austin dan Nawiasky yang pada intinya bahwa hukum adalah perintah penguasa pemikiran hakim di Indonesia. Hukum menurut Austin, adalah penguasa tertinggi yang *de facto* dipatuhi oleh segenap anggota masyarakat sementara ia sendiri tidak tunduk pada siapa pun,[20] contohnya kekuasaan yang membuat perintah-perintah seperti Peraturan Bersama Menteri[21]

---

19 Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Filsafat, Teori & Ilmu Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2012), hal. 201-207.

20 Lili Rasydi dan I.B. Wyasa Putera, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, (Bandung: Mandar Maju, 2003), hal. 119

21 Lihat selanjutnya, Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 9 Tahun 2006 dan Nomor 8 Tahun 2006 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, dan Pendirian Rumah Ibadat, Sekretariat Badan Litbang dan Diklat Departemen Agama Republik Indonesia Tahun 2006.

yang mengakibatkan pergeseran prinsip dan konsep dari Negara Hukum menjadi Negara Peraturan yang meletakkan undang-undang yang dibuat oleh pemerintah sebagai ukuran kebenaran. Peraturan Bersama Menteri inilah yang dipakai untuk melegitimasi diri oleh pemerintah dalam konteks pengekangan kebebasan hak-hak beragama kaum minoritas. Di dalam undang-undang seperti ini setiap tindakan pemerintah yang tidak adil diberi pembenaran dengan perbuatan undang-undang melalui penggunaan atribusi kewenangan sehingga hukum ditempatkan sebagai alat justifikasi dengan watak positivistik, sehingga keadilan hanya dilihat dari kacamata perundang-undangan dalam memutuskan perkara yang terjadi.

Negara maupun hukum timbul dari kehidupan manusia karena keinginan hati dari masing-masing individu untuk memperoleh ketertiban. Akan tetapi konsep yang seperti ini tidak tampak pada ajaran positivisme. Dengan adanya hukum dalam arti yang absolut dan mutlak dari konsekuensi aliran positivisme yang analitis ini, karena makna dari hukum yang dibuat oleh manusia tersebut akan menjadi suatu bentuk dari perintah dan ketentuan yang mutlak yang berasal dari penguasa menjadi suatu keharusan bagi masing-masing individu untuk menjalankannya. Keharusan menjalankan aturan formal secara terpaksa adalah akibat ketakutan terhadap sanksi hukum bukan karena aturan tersebut dihormati. Masyarakat diwajibkan untuk menjalankan dengan sepenuh hati sehingga kemungkinan untuk terbentuknya suatu rezim penguasa yang otoriter dari negara yang menganut ajaran ini akan tercipta dengan mudah sekali.[22] Hukum telah dikarenakan dalam konteksnya yang formal, mekanistik tanpa hati nurani sehingga mudah bagi penegak hukum melakukan perbuatan yang sekedar memenuhi kebutuhan formal meski bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat.[23] Kenyataannya bukanlah keadilan yang diperoleh, melainkan sekedar kepastian hukum secara normatif belaka. Pandangan positivis akhirnya

22 Lili Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hal. 58-60.

23 "Membebaskan Positivisme Hukum ke Ranah Hukum Progressif", *Jurnal Dinamika Hukum*, Volume 12 No. 2 Tahun 2012, hal. 334.

melahirkan aliran legis *(legisme*), di mana hakim hanya dipandang sekedar sebagai corong undang-undang.

Dalam perkara Uji Materi Undang-Undang No. 1/PNPS/1965 selain putusan yang diambil melalui cara berpikir hukum yang positivitik, Hakim MK juga dianggap tidak mampu menerjemahkan makna hak kebebasan beragama dan berkeyakinan sebagai hak yang tidak boleh dicampuri oleh siapa pun termasuk pemerintah atau negara. Hakim dalam pertimbangannya sudah masuk ke arena yang terlarang yakni *forum internum* seseorang. Taylor mengatakan bahwa *forum internum*[24] merupakan wilayah pribadi dari hak-hak seseorang yang bersifat internal di mana negara tidak bisa mencampuri hak tersebut dalam kesempatan apapun juga.[25] Ini mencerminkan bahwa hak kebebasan beragama dalam berbagai bentuknya tidak mungkin dibatasi oleh aturan karena hak tersebut bersifat abstrak. Alasannya karena agama dan keyakinan yang dipercayai seseorang langsung dengan penciptanya. Hak-hak di dalam "*forum internum*" termasuk juga hak untuk menafsirkan kepercayaan dan keyakinan sepanjang tidak bertentangan dengan hukum dasar.

Pembatasan kekuasaan Hakim MK untuk tidak memasuki *forum internum* seseorang merupakan bukti nyata adanya pengakuan dan jaminan dari negara terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan. Pengakuan ini berupa jaminan kebebasan beragama yang terdapat dalam beberapa pasal UUD NRI 1945 dan perangkatnya adalah MK. Hal ini penting bukan saja untuk membatasi kekuasaan negara supaya tidak menerobos atau menindas hak-hak kebebasan beragama warga negara khususnya minoritas, melainkan secara timbal balik juga memberikan jaminan kepada rakyat selaku pemegang hak konstitusional tersebut serta untuk menuntut hak-haknya yang *legitimate*. Sebuah negara hukum yang demokratis dan yang berdasarkan konstitusi, pencantuman hak asasi manusia termasuk hak kebebasan beragama dan berkeyakinan dalam konstitusi adalah merupakan

---

24 "*The Fundamental Right to Freedom*", Conference of Eroupean Churches, http://www.csc.ceceuropea.org/HRTM_Fundamental_right_to_Freedpm_of_Religion.

25 Taylor. Paul. M, *Freedom of Religion, UN and Eroupean Human Rights Law and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), hal. 115.

sesuatu yang vital dan wajib dilindungi dan dipenuhi oleh negara. Konstitusi merupakan hukum tertinggi dan segala peraturan yang berada di bawahnya tidak boleh bertentangan dengan konstitusi.

Sebenarnya positivisme hukum juga mengakui hukum di luar undang-undang, akan tetapi dengan syarat bahwa hukum tersebut dikukuhkan oleh undang-undang. Di samping itu, pada dasarnya kaum positivisme hukum tidak memisahkan antara hukum yang ada atau berlaku (positif) dengan hukum yang seharusnya ada, yang berisi norma-norma ideal, akan tetapi kaum positivis menganggap, bahwa kedua hal tersebut harus dipisahkan dalam bidang-bidang yang berbeda.

2.2. Kekosongan Hukum (*Recht Vacuum*)

Konstitusi hanya bisa ditegakkan dan hak-hak kelompok minoritas dalam konstitusi bisa diwujudkan bila MK diberi hak untuk menguji apakah sebuah produk hukum itu konstitusional atau tidak. Dengan kata lain, MK berhak melaksanakan wewenangnya menguji keabsahan undang-undang terhadap konstitusi bilamana undang-undangnya sudah ada. Kenyataannya peraturan perundang-undangan tentang kebebasan beragama dan berkeyakinan tidak ada (*vacuum*) hingga saat ini di Indonesia, sehingga perkara yang timbul dalam masyarakat menyangkut perampasan hak-hak beragama dan berkeyakinan kelompok agama minoritas tidak mungkin diajukan ke MK untuk diuji materi (hal ini tidak seharusnya terjadi karena Hakim harus membentuk dan bukan menemukan hukum).

Kewenangan MK yang sering disebut dengan "*constitutional review*" atau kewenangan menguji konstitusi yang merupakan perkembangan dari negara modern demokratis berdasarkan "*rule of law*", khususnya perlindungan hak-hak asasi manusia (*the protection of human rights*) dalam hal ini perlindungan kelompok agama minoritas juga tidak mungkin ditegakkan sebab undang-undangnya belum ada. Hal ini bertolak belakang dengan tugas pokok MK yang menurut Asshiddiqie meliputi: (1) menjamin berfungsinya hubungan antara legislatif, eksekutif dan yudikatif serta menjaga tidak terjadinya dominasi kekuasaan dan atau penyalahgunaan wewenang salah satu kekuasaan; (2) melindungi

setiap individu warga negara dari penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga negara yang merugikan hak-hak fundamental mereka yang dijamin dalam konstitusi.[26]

Konsekuensi dari kekosongan hukum (*recht vacuum*) adalah terjadinya ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) atau ketidakpastian peraturan perundang-undangan yang lebih jauh lagi akan berakibat pada kekacauan hukum (*rechtsverwarring*), dalam arti bahwa selama belum ada tata cara yang jelas dan diatur berarti tidak boleh. Hal inilah yang menyebabkan kekacauan mengenai aturan apa yang harus dipakai atau diterapkan untuk menguji kebebasan beragama bagi kelompok agama minoritas sebab tidak ada kepastian aturan mana yang diterapkan untuk mengatur hal-hal atau keadaan yang terjadi terhadap mereka.

Rancangan Undang-Undang (RUU) Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan bagi kelompok agama minoritas sangat diperlukan untuk mengisi kekosongan hukum (*vacuum of law* atau *rechts vacuum*) kendati konsep atau istilah kebebasan beragama dan berkeyakinan sudah ditemukan berjenjang dari konstitusi sampai undang-undang. Kekosongan hukum selama ini telah menyebabkan keberadaan kelompok atau penganut agama minoritas dalam pelaksanaan hak konstitusionalnya semakin terdiskriminasi. Beberapa pertimbangan lainnya mengapa RUU Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan diperlukan: (1) karena eksistensi penganut agama minoritas dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangan tidak sesuai dengan realitas sosial; (2) terjadinya marginalisasi kelompok agama minoritas dalam kebijakan politik hukum nasional; (3) serta munculnya pembatasan pelaksanaan hak-hak konstitusional melalui kebijakan legislasi nasional (Peraturan Bersama Menteri) dan lokal (Peraturan Daerah).

Pembentukan Undang-Undang Tentang Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan akan menciptakan rambu-rambu yuridis agar kebijakan legislasi nasional mengenai perlindungan hak-hak beribadah dan berkeyakinan dapat dilakukan secara

26 Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hal. 10-11.

berkeadilan. Selanjutnya, mengkodifikasi hukum atau peraturan perundang-undangan terkait hak-hak kebebasan beragama dan berkeyakinan kelompok agama minoritas akan mencegah pengebirian hak-hak dimaksud sekaligus memberdayakan hak-hak konstitusional mereka yang terdapat didalam UUD 1945. Kekosongan hukum dapat diatasi dengan jalan yaitu jika kondisi UU tidak lengkap atau tidak jelas maka seorang hakim dapat melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*), atau dengan cara prakarsa dari Pembentuk Perundang-undangan, yaitu Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Pemerintah (Presiden). Dengan adanya Program Legislasi Nasional (Prolegnas) merupakan salah satu dari mekanisme program legislasi dan juga sebagai salah satu upaya untuk mengatasi kekosongan hukum.

Dengan adanya UU dimaksud, sesuai fungsinya untuk perlindungan hak-hak asasi manusia (*the protection of human rights*), dan pelindung hak-hak konstitusional warga negara (*the protector of constitutional citizen rights*) MK menjadi tempat para korban perampasan hak-hak konstitusional untuk mengadu dan atau menguji kesahihan undang-undang serta produk hukum yang menjadi alat negara dan non negara untuk melakukan perampasan hak-hak beribadah dan berkeyakinan kelompok agama minoritas. Hak-hak konstitusional kelompok agama minoritas yang dilanggar dan dirampas seharusnya dapat diadukan melalui MK karena bertentangan dengan pasal 28 E UUD 1945.[27]

Jaminan hak-hak untuk beribadah dan berkeyakinan yang diberikan oleh negara melalui UUD NRI 1945 kepada kelompok agama minoritas menjadi dilema yang belum bisa diatasi oleh MK hingga saat ini. Kelompok agama minoritas yang hak-hak

27 Secara normatif, negara telah meneguhkan komitmennya tentang kebebasan melalui Pasal 28 Ayat E Ayat 1 dan 2 UUD NRI 1945. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Konvensi Internasional Hak Sipil dan Politik juga secara tegas menyebutkan kebebasan beragama merupakan hak mendasar yang dimiliki setiap manusia. Negara juga menjamin kebebasan bagi setiap penduduk untuk memeluk agama, dan tidak dibenarkan orang lain memaksakan kehendaknya dengan cara apa pun, apalagi dengan cara kekerasan dan radikalisme.

beribadah dan berkeyakinan dirampas oleh negara dan non-negara (*state and non state actors*) sulit untuk mempertahankan hak-haknya sebab di samping MK bukanlah tempat mengadu (*Constitutional complaint*), juga tidak berhak menguji "produk hukum"[28] di bawah undang-undang yang banyak dipergunakan oleh pemerintah daerah untuk memangkas hak-hak beribadah dan berkeyakinan kelompok agama minoritas. MK yang seyogianya melindungi hak-hak konstitusional penganut agama minoritas namun karena tidak berhak untuk melakukan pengujian produk hukum di bawah undang-undang sehingga kelompok agama minoritas luput dalam mempertahankan haknya dan sekali lagi MK gagal mengawal hak-hak kelompok agama minoritas akibat kekosongan undang-undang dimaksud.

2.3. Ketidakmampuan Hakim Mahkamah Konstitusi Menafsirkan Konstitusi

Penafsiran atau interpretasi hukum menjadi salah satu faktor yang sangat penting untuk menjadikan hukum bersifat dinamis, bisa mengikuti perkembangan zaman. Interpretasi terhadap hukum yang dilakukan oleh Hakim MK sebagai salah satu penegak hukum, harus dilandasi dengan pertimbangan dari asas-asas penerapan hukum positif, yang dilakukan dalam rangka: (1) Melaksanakan hukum sebagai suatu fungsi pelayanan atau pengawasan terhadap kegiatan masyarakat; (2) Mempertahankan hukum akibat terjadi pelanggaran atas suatu aturan hukum seperti yang dilakukan oleh negara dan masyarakat. Dalam hal ini penafsiran hukum adalah tugas dari Hakim MK yang pada hakikatnya untuk dapat memutus

28 Produk Hukum yang sering digunakan oleh Pemerintah Daerah untuk membatasi hak-hak beribadah dan berkeyakinan antara lain: Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 08 dan Nomor 09/2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, Pendirian Rumah Ibadat; dan Surat Keputusan Bersama Tiga Menteri, Nomor: 3 Tahun 2008, Nomor: KEP-033/A/JA/6/2008, Nomor: 199 Tahun 2008 Tentang Peringatan dan Perintah Kepada Penganut, Anggota, dan/atau Anggota Pengurus Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI) dan Warga Masyarakat serta beberapa PERDA Syariah yang dianggap memasung kebebasan beragama kelompok mioritas.

suatu perkara uji materi undang-undang yang bisa memberikan pertimbangan-pertimbangan dan bermuara ke suatu putusan yang adil.

Dalam memutuskan perkara uji materi undang-undang, MK karena fungsinya untuk melindungi hak-hak asasi manusia termasuk untuk melindungi hak kebebasan beragama dan berkeyakinan kelompok agama minoritas (*the protection of human rights*) dalam kerangka negara hukum *(the rule of law*) memerlukan Hakim yang memiliki kemampuan menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat (*the living law*). Hakim wajib membuat penyelesaian yang diinginkan oleh pencari keadilan itu, berdasarkan hukum yang ditemukan atau dibentuknya sendiri. Kemudian Hakim dalam melakukan penyesuaian peraturan perundang-undangan dengan perkara uji materi yang diajukan, tidak selalu dapat diselesaikan dengan jalan menghadapkan fakta dengan peraturannya saja melalui interpretasi, tetapi lebih jauh dari itu, Hakim harus mampu mencari dan membentuk hukumnya sendirinya melalui konstruksi hukum dengan cara *Analogi*, *Rechtsverfijning* dan *Argumentum a contrario*.

Hal yang paling ekstrim mengenai pengertian konstitusi itu hanya diterjemahkan sebagai Undang-Undang Dasar saja, sehingga muncul anggapan bahwa aturan atau produk hukum selain undang-undang dasar bukanlah bagian dari konstitusi adalah pandangan yang keliru. Sementara produk hukum dibawah undang-undang berupa Peraturan Daerah banyak yang dikeluarkan oleh Pemerintah Daerah dan sangat merugikan hak-hak kebebasan beribadah kelompok agama minoritas. Karena pandangan yang keliru bahwa MK hanya berhak menguji UU terhadap UUD, maka produk hukum dimaksud luput dari uji materi sebab tidak bisa diajukan permohonan pengujian materi atau muatannya ke MK.

Menurut Hans Kelsen bahwa Konstitusi dalam arti material terdiri atas peraturan-peraturan yang mengatur pembentukan norma-norma yang bersifat umum, khususnya pembentukan undang-undang. Dari uraian Kelsen yang menekankan aturan yang mengatur pembentukan norma-norma (*norm*) dapat

dijelaskan bahwa seluruh aturan baik tertulis dan tidak tertulis adalah merupakan konstitusi. Carl Smith juga menekankan bahwa konstitusi bukan hanya undang-undang dasar, tetapi termasuk segala wadah yang mampu menampung segala ide yang dicantumkan satu persatu sebagai konstitusi sebagai mana disebut dalam konstitusi dalam arti relatif (dapat menjamin kepastian hukum).[29] Jadi Konstitusi sebenarnya tidak hanya aturan yang tertulis dalam undang-undang dasar, melainkan aturan dan norma yang sudah diterima untuk mengatur kehidupan masyarakat dan sudah menjadi komitmen untuk kebebasan berdasarkan hukum.

3. Kesimpulan

MK mempunyai wewenang yang sangat berat salah satunya sebagai pelindung hak-hak asasi manusia (*the protection of human rights*), namun bila dilihat dari kinerja MK dalam perlindungan dimaksud, dapat disimpulkan bahwa MK belum memberikan harapan banyak bagi para korban pelanggaran hak-hak asasi manusia khususnya korban pelanggaran hak beribadah dan berkeyakinan kelompok agama minoritas. Di satu sisi bahwa pelanggaran hak kebebasan beribadah dan berkeyakinan banyak terjadi akibat cara berpikir Hakim MK yang positivistik sehingga tidak mampu memberikan keputusan restriktif terhadap penganut kelompok agama minoritas. Kekosongan hukum berupa Undang-undang yang mengatur tentang Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan juga telah menyebabkan keberadaan kelompok atau penganut agama minoritas dalam pelaksanaan hak konstitusionalnya semakin terdiskriminasi.

Ketidakmampuan Hakim MK untuk menafsirkan konstitusi juga mengakibatkan kelompok agama minoritas semakin terdiskriminasi sebab aturan diskriminatif yang nota bene secara hierarkis dibawah undang-undang dan bertentangan dengan hukum dasar tidak dapat diuji oleh MK sebab tidak diberi wewenang untuk itu. Kondisi ini menyebabkan MK yang berfungsi sebagai pelindung hak asasi gagal melindungi korban pelanggaran hak beribadah dan berkeyakinan yang dialami oleh kelompok agama minoritas. MK harus diberi wewenang yang lebih luas, termasuk me-*review* aturan yang diskriminatif yang

29 Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, (Duke University Press, 2008), hal. 62-89.

berada secara hierarkis di bawah undang-undang sebab aturan yang mendiskriminasi kelompok agama minoritas kebanyakan dikeluarkan oleh Pemerintah Daerah berupa Peraturan Daerah (PERDA).

Daftar Pustaka

Buku:

Arinanto, Satya, *Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik di Indonesia,* Pusat Studi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2008.

Asshiddiqie, Jimly, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta, Konstitusi Press, 2005.

_____, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, Jakarta: Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2005.

Brand, Daniel, *Introduction to socio-economic rights in the South African Constitution in D. Brand and C Heyns (eds), Socio-economic Rights in South Africa*, Pretoria University Law Press, 2005.

Bryce, J., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1901.

Clack and Hug, *Hak Asasi Manusia, Sebuah Pengantar*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1998.

Friedmann, W., *Teori Filsafat & Hukum, Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum* (Susunan II), (terjemahan M. Arifin), Jakarta: Rajawali Press, 1975.

Hasbullah, Afifi M., *Politik, Ratifikasi Hukum Tentang Konvensi Hak-hak Asasi Manusia di Indonesia*, Lamongan: UNISDA, 2005.

Pieris, John, *Pembatasan Konstitusional Kekuasaan Presiden*, Jakarta: Pelangi Cendekia, 2007.

Prasetyo, Teguh dan Barkatullah Halim Abdul, *Filsafat, Teori & Ilmu Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2012.

Rasjidi, Lili, *Dasar-dasar Filsafat Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.

Rasydi, Lili dan Putera, Wyasa I.B., *Hukum Sebagai Suatu Sistem*,

Bandung: Mandar Maju, 2003.

Sidharta Arief. B, Filsafat Hukum Pancasila, *Bahan Kuliah Filsafat Hukum*, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Pelita Harapan, Jakarta, 2013.

Schmitt, Carl, *Constitutional Theory,* Duke University Press, 2008.

Taylor, Paul. M., *Freedom of Religion*, UN and Eroupean Human Rights Law and Practice, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Jurnal:

Hosen, Nadirsyah, "*Religion and the Indonesian Constutution: A Recent Debate*", *Journal of Southeast Asian Studies*, 36 (3), October 2005.

"Membebaskan Positivisme Hukum ke Ranah Hukum Progressif", *Jurnal Dinamika Hukum*, Volume 12 No. 2 Tahun 2012.

Peraturan:

Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 9 Tahun 2006 dan Nomor 8 Tahun 2006 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, dan Pendirian Rumah Ibadat, Sekretariat Badan Litbang dan Diklat Departemen Agama Republik Indonesia Tahun 2006.

Internet:

Boyle, Kevin, "*Religious Rights and Religious Freedom*", (http. fathineurope.org.uk/rights.html).

Engel, Christoph, *"Law as a Precondition for Religious Freedom, Max Plancks Institute for Research*", http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2011_06online.pdf.

Intan, Benjamin F., "*Religius Pluralisme, Agama dan Keadilan*", Seputar Indonesia, 20 September 2005, www.reformed-crs.org/ind/articles/pluralisme_agama_negara_berkeadilan.html

Jack Donelly, *"Human Rights and Human Dignity: an Analysis Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights"*, The American Political Science Review, Vol. 76, No. 2 June, http://links.jstor.org

Nickel James, "Human Rights", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = (http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/rights-human/).

Ringkasan Eksekutif, "Laporan Akhir Tahun Kebebasan Beragama dan Intoleransi 2012", http://www.scribd.com/doc/118513401/Ringkasan-Eksekutif-Laporan-Kebebasan-Beragama-The-Wahid-Institute.

"*Forum Internum; The Fundamental Right to Freedom, Conference of Eroupean Churches*",http://www.csc.ceceuropea.org/HRTM_Fundamental_right_to_Freedpm_of_Religion.

"*Human Rights Watch: In Religions Name*", February 28, 2013, http://www.hrw.org/node/113848/section/4.

"Free Dictionary", http://www.thefreedictionary.com/human+rights.

9

Yustisiabilitas Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya dalam Putusan-Putusan Mahkamah Konsitusi

Oleh: Uli Parulian Sihombing

Pendahuluan

Pada bagian ini penulis menyajikan awal mula perdebatan Yustisiabilitas Hak-Hak Ekonomi Sosial Budaya (Hak-hak Ekosob), kemudian juga argumen Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), khususnya Komentar Umum PBB atas Kovenan Hak-Hak Ekonomi Sosial Budaya (Kovenan Hak-Hak Ekosob) tentang Yustisiabilitas Hak-hak Ekosob. Penulis juga membahas perkembangan landasan hukum internasional dan pandangan para *scholar* tentang Yustisiabilitas Hak-hak Ekosob. Terdapat perdebatan tentang apakah pengadilan dapat mengimplementasikan atau mengaplikasikan hak-hak ekosob, jika ada individu atau kelompok yang mengklaim hak-hak ekosobnya dilanggar oleh pemerintah dan atau pihak ketiga melalui jalur pengadilan. Kelompokpertama yang menolak peran pengadilan untuk mengimplementasikan atau mengaplikasikan hak-hak ekosob mempunyai alasan, *pertama*, sifat dari Kovenan Hak-Hak Ekosob itu sendiri yang tidak bisa dibawa ke pengadilan dan diterapkan oleh hakim. *Kedua*, Kelompok ini juga melihat hak-hak ekosob bukanlah yustisiabiltas karena berdasarkan karakter "politik" dari kewajiban traktak berdasarkan traktak-traktak Kovenan Hak-hak Ekosob yang ada. *Ketiga*, kelompok ini juga melihat ada berbedaan antara *obligation of result* and *obligation of conduct*, dan mengklasifikasikan hak-hak

ekosob sebagai *obligation of conduct*.[1] *Obligation of result* itu sendiri adalah negara diwajibkan mencapai suatu hasil khusus (*particular result*) melalui tindakan yang disengaja atau bukan tindakan (*act/ omission*). Sementara *obligation of conduct* adalah negara diwajibkan untuk mengambil tindakan secara spesifik baik tindakan sengaja atau tidak. Sebagai contoh dalam hal hak atas pekerjaan, negara diwajibkan untuk mengambil langkah-langkah untuk pencapaian seluruh hak-hak buruh. Sementara negara diwajibkan untuk melarang kerja paksa merupakan *obligation of conduct*[2]. Pasal 2 ayat (1) Kovenan Hak-Hak Ekosob juga sering diperdebatkan antara *obligation of result* dan *obligation of conduct*.

Kelompok kedua hak-hak ekosob adalah yustisibilitas dengan melihat perkembangan dari Kovenan Hak-Hak Ekosob. *The Limburg Principles* pada tahun 1996 telah disepakati oleh para ahli yang berkompeten tentang interpretasi atas Kovenan Hak-Hak Ekosob. Beberapa ketentuan di dalam Kovenan Hak-Hak Ekosob dapat diterapkan untuk memperkuat yustisiabilitas hak-hak ekosob. Kemudian juga perkembangan beberapa yurisprudensi baik di tingkat domestik, sub-regional dan bahkan regional yang sudah mengakui yustisiabilitas hak-hak ekosob. *The Limburg Principle* menafsirkan pasal 2 ayat (1) Kovenan Hak-Hak Ekosob khususnya kata-kata *to take steps (..) by all appropriate means* secara luas, pemenuhan hak-hak ekosob tidak hanya melalui jalur legislasi, tetapi juga melalui jalur pengadilan, administratif, ekonomi, sosial dan pendidikan. Bahkan *the Limburg Principle* mengharuskan negara menyediakan *effective remedies* termasuk juga *judicial remedies* (dalam Principle 17 dan 19 The Limburg Principles).

Istilah yustisiabilitas itu sendiri muncul dari Komentar Umum Nomor 3 tahun 1990 (Komentar Umum 3/1990) atas Pasal 2 ayat (1) Kovenan Hak-Hak Ekosob khususnya penjelasan kelima dari komentar umum tersebut yang menjelaskan sebagai berikut "*among the measures which might be considered appropriate, in addition to legislation, is the*

1 Asbjorn Eide et all, *Economic, Social and Cultural Rights: Text Book (Second Edition),* (Martinus Nijhoff Publishers, 2001), hal. 2-3.

2 Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective On Its Development*, (Clarendon Papperbacks, 1995), hal. 107-108.

provision of judicial remedies which respect to the rights which may, in accordance with national legal system, be considered justiciable (..). Komentar Umum 3/1990 itu sendiri mengakui eksistensi yustisiabilitas. Lebih jauh, Komentar Umum 3/1990 mengambil beberapa ketentuan di dalam Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (Kovenan Hak-Hak Sipol) khususnya ketentuan pasal 2 ayat (3) a Kovenan Hak-Hak Sipol yang menjelaskan setiap orang yang hak-hak sipil dan politiklnya dilanggar, maka negara harus menyediakan *effective remedies* tanpa adanya diskriminasi dan termasuk setiap orang mempunyai hak atas persamaan. Penjelasan Kelima Komentar Umum 3/1990 mengklasifikasin hak-hak ekosob yang secara langsung dieksekusi oleh pengadilan dengan sendirinya (*self-executing)* yaitu:

1. Pasal 3 tentang persamaan hak antara laki-laki dan perempuan dalam menikmati hak-hak eksosob;
2. Pasal 7 (a) (i) tentang hak atas pekerjaan berupa minimum renumerasi yang terdiri salah satunya adalah upah yang adil dan renumerasi yang adil tanpa ada perbedaan;
3. Pasal 8 tentang hak setiap orang atas serikat buruh (trade union);
4. Pasal 10 ayat (3) tentang larangan pekerja atau buruh anak, eksploitasi anak atau anak muda secara ekonomi dan sosial;
5. Pasal 13 ayat (2) (a), ayat (3) dan ayat (4) tentang pendidikan dasar yang gratis, kebebasan orang tua atau walinya untuk memilih sekolah anaknya, dan standar minimum pendidikan;
6. Pasal 15 ayat (3) tentang penghormatan atas kebebasan atas riset pengetahuan dan aktivitas kreatif.

Meskipun Komentar Umum Nomor 3/1990 membatasi hak-hak ekosob yang *self-executing*, tetapi di dalam praktiknya khususnya beberapa yurisprudensi domestik dan regional juga mengakui hak-hak ekosob lainnya yang dikagorikan *self-executing* seperti hak atas standar hidup yang layak yaitu hak atas pangan, sandang dan perumahan yang layak, dan juga hak atas kesehatan. Hal ini akan dijelaskan oleh penulis di bagian praktik-praktik yustisiabilitas di negara-negara lain dan mekanisme Hak Azasi Manusia (HAM) regional.

Penjelasan kedelapan Komentar Umum Nomor 3/1990 secara tegas menjelaskan Kovenan Hak-Hak Ekosob adalah netral terhadap sistem politik dan ekonomi baik itu sistem ekonomi dan politik kapitas,

liberal dan sosialis maupun campuran dari sosialis, liberal dan kapitalis, ataupun sistem ekonomi apapun. Penegasan ini merupakan jawaban atas persepsi yang sering muncul Kovenan Hak-Hak Ekosob merupakan "kepanjangan" sistem ekonomi dan politik tertentu.

Memang sulit mencari kata sepadan untuk *justiciability atau justiciable* di dalam Bahasa Indonesia. Karena memang pengertian *justiciability* atau *justiciable* itu sendiri lebih menekankan peran pengadilan sebagai "*provider*" atas *effective remedies* jika ada individu atau kelompok yang hak-hak ekosobnya dilanggar, yang mana hak-hak ekosob tersebut sifatnya *self-executing*. Oleh karena itu penulis menggunakan kata yustisiablitas untuk memudahkan pembaca mengingatkan makna dari kata tersebut.

Ada juga *scholar* yang menekankan tidak begitu penting memperdebatkan apakah hak-hak ekosob itu yustisiabilitas atau tidak, karena hal yang paling penting adalah efektifitas perlindungan hak-hak ekosob. Lebih jauh, yustisiabilitas hak-hak ekosob di tingkat international, regional dan domestik memberikan kontribusi perlindungan yang efektif hak-hak ekosob secara umum.[3]

Dalam perkembangannya, PBB telah menyetujui Protokol Opsional atas Kovenan Hak-Hak Ekosob, dan sampai saat baru 11 negara yang sudah meratifikasi Protokol Opsional tersebut.[4] Protokol Opsional tersebut merupakan tonggak sejarah untuk mekanisme komplain atas pelanggaran hak-hak ekosob ke Dewan Ekosob PBB jika seluruh upaya di tingkat domestik sudah dilakukan (*all domestic efforts have been exhausted)*. Dari hal tersebut di atas, maka sudah jelas hak-hak ekosob adalah *justicable* dan *self-executing* dan sekarang peran pengadilan sebagai *provider* untuk *effective remedy* terhadap meraka (para korban) hak-hak ekosob.

1. Praktik-Prektik Yustisibilitas Hak-Hak Ekonomi Sosial Budaya Di Negara-Negara Lain Dan Mekanisme Hak Asasi Manusia Regional

   Praktik-praktik yustisiabilitas hak-hak ekosob telah

3 Supra Absjorn Eide et. all., Martin Scheinin juga menggunakan istilah *effective protection* di dalam *the Welfare State and the Constitutionalism in the Nordic countries, Nordic Council of Ministers,* (Copenhagen, 2011).

4 Komisi Tinggi HAM PBB, www.ohchr.org

diperlihatkan oleh beberapa negara bahkan termasuk oleh Mahkamah Agung (MA) dan MA di beberapa negara berkembang seperti di India, Afrika Selatan, Philipina dan Pakistan, serta oleh mekanisme HAM regional di Eropa, Afrika dan Amerika Tengah dan Selatan. Hal ini merupakan contoh perbandingan di negara-negara lain dan mekanisme-mekanisme HAM regional, untuk melihat seberapa juah praktik-praktik yustisiabilitas di sana, dan yang paling penting adalah untuk melihat argument atau pendapat yang melandasi yustisiabilitas hak-hak ekosob tersebut. Berikut ini praktik-praktik yustisiabilitas di beberapa negara dan menurut mekanisme-mekanisme HAM regional:

1.1. India

People's Union for Civil Liberties vs Unin of India Ors

Tercatat kasus yang penting telah diputus oleh MA India *adalah People's Union for Civil Liberties vs Union of India Ors* (No.196 of 2001). Fakta kasus tersebut adalah adanya kelaparan di negara bagian Rajastan. Walaupun sudah ada *the Famine Code* (UU Kelaparan) tetapi UU Kelaparan tersebut tidak dapat diimplemtasikan. Kemudian pada tahun 2001 kelompok organisasi masyarakat sipil (*People's Union for Civil Liberties*) membawa kasus ini ke MA India, yang menganggap kasus kelaparan tersebut bertentangan dengan hak atas pangan. MA memuruskan bahwa hak atas pangan merupakan bagian dari hak hidup yang diakui di dalam Konstitusi India, dan menyatakan bahwa UU Kelaparan harus diterapkan dalam waktu tiga bulan, alokasi gandum digandakan dari lima ton menjadi sepuluh ton, menambah dukungan keuangan untuk implemtasi UU Kelaparan tersebut, toko-toko makanan harus tetap buka dan menyediakan gandum untuk keluarga-keluarga di bawah garis kemiskinan dengan harga yang sudah ditentukan oleh pemerintah, pemerintah harus mempublikasikan hak-hak keluarga-keluarga yang berada di bawah garis kemiskinan atas gandum untuk menjamin keluarga-keluarga yang layak tersebut terlindungi, individu-individu yang mempunyai keterbatasan (orang tua, janda, anak-anak, disabilitas) mendapatkan hibah kartu gratis gandum, pemerintah negara bagian harus secara progresif mengimplementasikan program

makan siang gratis untuk anak-anak sekolah dasar.[5] MA India menggarisbawahi bahwa hak atas pangan adalah bagian dari hak konstitusional yaitu hak hidup karena pangan berkaitan erat dengan eksistensi hidup seseorang. Hal yang menarik di putusan ini adalah MA India menekankan perlindungan untuk kelompok rentan (disabilitas dll) atas hak pangan, dan juga program makan siang gratis di sekolah-sekolah dasar, yang wajib disediakan oleh negara.

1.2. Afrika Selatan

Konstitusi Afrika Selatan mengakui eksistensi hak–hak ekosob seperti hak atas perumahan yang layak dan hak atas akses pelayanan kesehatan yang layak. Beberapa putusan MK Afrika Selatan secara *explicit* mengakui yustisiabilitas hak-hak ekosob antara lain :

a. Grootboom vs Oostenberg Municipality et. al

Dalam kasus *Grootboom vs Oostenberg Municipality et. al* (MK Afrika Selatan CCT 11/00, 4 October 2000), Grootboom bersama dengan 900 orang lainnya tinggal di daerah yang akan digusur untuk kepentingan pembangunan komplek olah raga. Isu hukum dalam kasus ini adalah apakah penggusuran tersebut bertentangan dengan hak konsitutional atas perumahan yang layak. MK Afrika Selatan menjelaskan konstitusi tidak mewajibkan pemerintah melakukan tindakan yang melampaui sumber daya yang tersedia atau merealisasikan hak-hak ekosob sesegera mungkin. Tetapi pemerintah harus memberikan dampak atau efek atas hak-hak ekosob tersebut, yang mana pengadilan-pengadilan dapat dan harus menegakan kewajiban-kewajiban pemerintah tersebut. MK menyatakan kebijakan pemerintah untuk merealisikan hak-hak ekosob dapat dikatakan beralasan (*reasonable)* jika kebijakan tersebut memperhatikan kebutuhan dari mereka yang memperjuangkan penikmatan hak-hak ekosob, yang

5 Colin Goncalves et. all. (*editors*), *Human Rights Law Network, Right To Food Second Edition*, (*Human Rights Law Network Publisher*, 2005), hal. 39-46.

sedang berada dalam bahaya. Kebijakan pemerintah tersebut tidak layak karena tidak menyediakan bantuan temporer atau sementara untuk mereka yang membutuhkannya seperti tinggal di rumah tanpa atap, dan kemudian juga tinggal di dalam konsidi krisis. Dapat dikatakan kebijakan pemerintah tersebut gagal untuk mencapai apa yang disebut kewajiban negara untuk mencapai realisasi atas hak-hak ekosob secara progresif (*progressive realization of these rights*).

Keputusan MK Afrika Selatan merupakan salah satu putusan yang menyebutkan yustisiabilitas hak-hak ekosob secara ekplisit. Di mana pengadilan berfungsi untuk menegakan kewajiban-kewajiban negara dalam pemenuhan hak-hak ekosob. Kewajiban-kewajiban negara tersebut harus dilakukan untuk mencapai realisasi hak-hak ekosob secara progresif.

b. TAC vs Ministers of Health

Kasus *TAC vs Ministers of Health* (CCT 8/02, MK Afrika Selatan 5 Juli 2002) ini berkaitan dengan isu hak akses atas perawatan kesehatan yang layak. Di mana penggugat mendesak pemerintah untuk menyediakan obat untuk mencegah penyebaran/transmisi penyakit AIDS/HIV dari ibu-ibu yang terkena AIDS/HIV kepada anak-anak mereka di rumah sakit/klinik kesehatan umum dan membuat ketentuan tentang hal tersebut. Kebijakan pemerintah dalam pencegahan penyebaran AIDS/HIV dari ibu ke anak dengan tidak menyediakan obat untuk pencegahan penyebaran penyakit tersebut di rumah sakit atau klinik umum. MK Afrika Selatan memutuskan kebijakan pemerintah *a quo* tidak beralasan (*unreasonable*), dan menegaskan kewajikan pemerintah secara progresif untuk merealisasikan hak akses perawatan kesehatan secara layak dengan menyediakan obat (nevirapine atau AZT) di rumah-rumah sakit umum atau klinik umum.

Pelayanan kesehatan yang buruk merupakan fenomena umum di negara-negara selatan seperti tidak tersedianya obat-obatan untuk pencegahan penyebaran penyakit. MK

Afrika Selatan memposisikan sebagai lembaga *assessmen* atas kebijakan pemerintah dalam bidang kesehatan. Hak akses atas perawatan kesehatan yang layak merupakan hak konstitusional yang realisasinya harus dilakukan secara progresif termasuk menyedikan obat-obatan tertentu di rumah sakit umum atau klinik umum.

1.3. Phillipina

Oposa vs Factoran

Anak-anak yang diwakili oleh orang tua meraka menggugat Departemen Lingkungan dan Sumber Daya Alam Philipina untuk membatalkan persetujuan lingkungan kayu, dan menghentikan penerbiatan persetujuan sejenis yang lain. Persejutuan tersebut telah menimbulkan deforestasi (kerusakan hutan) dan kerusakan lingkungan. Para Penggugat mengklaim merupakan perwakilan dari generasi mereka dan generasi yang belum lahir. MA Philipina memutuskan persetujuan-persetujuan tersebut melanggar hak atas ekologi yang sehat dan seimbang, yang membawa kewajiban untuk tidak melakukan perusakan lingkungan. Hak atas lingkungan tidak ditujukan untuk generasi sekarang tetapi juga generasi yang akan (yang belum lahir). MA Philipina juga mengakui hak gugat perwakilan (*class suit* atau *class action*) dari para penggugat.[6]

Philipina mungkin negara pertama di Asia Tenggara yang mengakui yustisiabilitas hak-hak ekosob karena sejak tahun 1993 MA sudah memutuskan kasus Oposa ini khususnya berkaitan dengan isu hak atas lingungan dan deforestasi.

1.4. Pakistan

Sheila Zia vs WAPDA

Penggugat mengguggat pembangunan gedung jaringan listrik yang ada di sekitar wilayah penggugat, dan mengklaim membahayakan kesehatan karena transmisi elektro magnetik. MA

6 Teresa J. Herbosa, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights*, (The Phillipines Experiences, 2004), hal. 7-11.

Pakistan memutuskan gugatan penggugat adalah beralasan dan tindakan pemerintah melanggar hak–hak hidup termasuk hak hidup dalam lingungan yang bersih. MA Pakistan memerintahkan agar pemerintah membuat konsultasi publik atas seluruh proyek pembangunan bangunan jaringan listrik dan jalur-jalur tenaga listrik. Kemudian juga memerintahkan pembuatan komisi para ahli yang menguji risiko kesehatan atas projek ketenagalistrikan (MA Pakistan, PLD 1994 SC 693). MA Pakistan memutuskan hak hidup merupakan hak konstitusional mempunyai banyak dimensi termasuk hidup di dalam lingkungan yang bersih.

1.5. Amerika Serikat

a. Brown vs Brown of Education

Hukum di beberapa negara bagian di Amerika Serikat (AS) memperbolehkan atau mensyaratkan pemisahan anak-anak kulit hitam dan putih di sekolah-sekolah negeri. Sejumlah perwakilan anak-anak kulit hitam membawa kasus tersebut ke pengadilan karena hukum di beberapa negara tersebut melanggar persyaratan konstitusi tentang perlindungan hukum yang sama. Mereka juga menuntut persamaan fasilitas dan hal-hal lainnya. MA AS (Brown I, 347 U.S 83, 1954) memutuskan pemisahan fasilitas pendidikan adalah tidak sama (*unequal*). Pemisahan sekolah (*segregated school*) merupakan penyangkalan terhadap persamaan kesempatan untuk memperoleh pendidikan (*equal educational opportunity*).

Kasus Brown I merupakan tunggak sejarah untuk mengakhiri pemisahan sekolah untuk orang kulit putih dan hitam di AS. Sejarah kelam perbudakan membawa dampak terhadap pendidikan untuk orang-orang kulit hitam. Putusan MA AS atas kasus Brown I ini menegaskan kesempatan yang sama semua orang untuk memperoleh pendidikan tanpa adanya diskriminasi.

b. Goldberg vs Kelly et. al.

Negara bagian dan kota New York mengeluarkan aturan

prosedur untuk pengumuman dan menerima keluhan dari penerima program bantuan keluarga, yang mana bantuannya dihentikan. Penggugat menggugat aturan prosedur tersebut. MA AS memutuskan penggugat berhak atas proses hukum yang adil (*due process)* termasuk menghadirkan bukti-bukti lisan dan mengkonfrontasi saksi-saksi yang berlawanan. Penggugat juga harus diberitahukan secara layak tanggal pengumuman penghentian bantuan tersebut, alasan-alasan penghentian bantuan itu, kemudian juga penghentian tersebut diputuskan oleh pembuat keputusan yang tidak memihak atau imparsial (Kelly et al vs Kelly, 397 US 254, 1970).

Yustisiabilitas hak-hak ekosob juga berkaitan dengan *due process* terutama dalam hal penghentian jaminan sosial dari negara. Proses penghentian jaminan-jaminan sosial dari negara harus melalui proses hukum yang adil, terutama hak dari penerima jaminan sosial untuk didengarkan dan disidangkan oleh hakim-hakim yang imparsial.

1.6. Pengadilan Hak Asasi Eropa

a. Airey vs Ireland

Airey mencoba menggugat cerai atau pisah dari suaminya yang melakukan tindakan kekerasan dalam rumah tangga melalui pengadilan. Tetapi dia tidak bisa melakukan gugatan itu karena tidak mampu secara ekonomi termasuk untuk mendapatkan bantuan hukum. Pengadilan HAM Eropa memutuskan adanya pelanggaran hak akses atas pengadilan, lebih jauh pengadilan mengatakan *remedy* harus efektif. Hak-hak Sipol mempunyai dimensi hak-hak ekosob yang mempunyai implikasi kewajiban positif dari negara. Oleh karena itu hak atas bantuan hukum tidak dapat diabaikan untuk efektifitas akses ke pengadilan. Pengadilan juga menemukan pelanggaran hak atas kehidupan keluarga (*right to family life*) yang mensyaratkan adanya kewajiban positif dari negara untuk adanya akses yang efektif untuk mekanisme perlindungan kehidupan keluarga. Di mana di

dalam kasus ini, harus ada mekanisme gugatan cerai atau pemisahan suami dan isteri ke pengadilan (ECtHR 32 Eur Ct HR Ser A (1997) 2 EHRR 305).

Putusan Airey ini menegaskan hak-hak sipol tidak bisa mengabaikan hak-hak ekosob begitu juga sebaliknya teruma dalam hal kewajiban positif negara misalnya penyediaan bantuan hukum untuk mereka yang tidak mampu dan juga karena kerumitan kasusnya terutama bantuan hukum dalam kasus-kasus perdata seperti perceraian.

b. Chapman vs United Kingdom

Penggugat merupakan perempuan Gypsi membeli tanah pada tahun 2005. Dia memutuskan untuk tinggal di atas Caravan di tanah yang dia beli. Dia menolak ijin dari tata kota yang mensyaratkan dia harus tinggal di atas tanah yang dia beli, bukan di Caravan. Kemudian, dia diberikan waktu 15 bulan untuk pergi dari tanah itu jika tetap tinggal di Caravan tersebut. Pengadilan HAM Eropa memutuskan adanya pelanggaran hak atas kehidupan privat dan keluarga dalam hal pandangan hidup tradisional. Hak atas kehidupan privat dan keluarga mensyaratkan adanya kewajiban positif dari negara untuk memfasilitasi cara hidup orang-orang gypsi termasuk penggugat. Dengan secara khusus mempertimbangkan kebutuhan-kebutuhan orang-orang gypsi dan gaya hidupnya (ECtHR Application Number 27238/95, 18 January 2001, (2001) 10 EHRC 48).

Pengadilan HAM Eropa mengakui kebudayaan orang gypsi yang harus tinggal di Caravan sebagai bagian dari tradisi mereka. Terdapat kewajiban positif dari negara untuk memfasilitas cara hidup orang gypsi seperti tinggal di Caravan.

1.7. Komisi Hak Asasi Manusia dan Hak-Hak Rakyat Afrika

Serac and CESR vs Nigeria

Penggugat mengklaim militer Nigeria telah melanggar hak atas kesehatan, hak atas lingkungan yang bersih karena memfasilitasi

beroperasinya perusahaan minyak (Shell) di Ogoniland. Komisi HAM dan Hak-Hak Rakyat Afrika memutuskan ada pelanggaran hak atas lingkungan yang bersih dan hak atas kesehatan karena pemerintah gagal mencegah polusi dan kerusakan ekologi. Pemerintah juga gagal memonitor aktivitas perusahaan minyak, juga tidak melibatkan masyarakat setempat dalam pengambil keputusan. Hal ini merupakan pelanggaran kewajiban pemerintah untuk melindungi warga negaranya eksploitasi dan desploliasi atas sumber daya alam dan kesejahteraannya. Kemudian juga, hak atas perumahaan yang layak yang merupakan bagian dari hak atas property keluarga dan kesehatan dilanggar oleh pemerintah karena merusak perumahan dan melakukan pelecehan terhadap masyarakat setempat. Komisi juga menegaskan tindakan perusakan dan terkontaminasinya lading pertanian masyarakat setempat yang dilakukan oleh pemerintah dan *actor non-state* merupakan pelanggaran kewajiban pemerintah untuk menghormati dan melindungi hak atas pangan (Case No.155/96, 13 to 20 October 2003).

Putusan Komisi HAM dan Hak-Hak Rakyat Afrika menegaskan aktor pelanggaran hak-hak ekosob tidak hanya negara, tetapi juga *actor non-state*. Negara telah gagal melakukan kewajibannya untuk menghormati dan melindungi hak-hak warga ogoniland.

1.8. Pengadilan Hak Asasi Manusia Inter-Amerika Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua

Komunitas adat Awas Tingni menuntut kompensasi terahadap pemerintah Nikaragua karena memberikan konsesi penebangan hutan di areal hutan adat mereka, tanpa ada persetujuan maupun konsultasi dengan mereka. Mereka juga menyatakan pemeritah Nikaragua gagal menjalanlan kewajibannya untuk mengakui tanah adat. Pengadilan HAM Inter-Amerika memutuskan ada pelanggaran hak atas properti atau kepemilikan yang mana termasuk juga hak-hak anggota masyarakat adat dalam kerangka kepemilikan komunal. Pemerintah Nikaragua gagal mengakui tanah masyarakat adat, dan tidak mengambil tindakan efektif yang lain untuk menjamin hak kepemilikan masyarakat adat Awas

Tingni terhadap tanah dan sumber daya alam mereka (Pengadilan HAM Inter-Amerika Series C No.79 31 Agustus 2001).

Pengadilan HAM Inter-Amerika mengakui hak-hak anggota masyarakat adat atas tanah dalam kerangka kepemilikan komunal. Tanah di dalam masyarakat adat termasuk juga sumber daya alam merupakan bentuk kepemilikan komunal. Pengadilan HAM Inter-Amerika nampaknya menggunakan perspektif *socio-legal* dan HAM dalam pertimbangannya untuk memutus kasus tersebut. *Analisis socio-legal* jarang sekali dijadikan analisis untuk mempertimbangkan sebuah kasus oleh pengadilan atau hakim.

2. Putusan-Putusan Mahkamah Knstitusi

Mungkin Hakim-Hakim MK belum menyadari adanya yustisiabilitas hak-hak ekosob, terutama dalam memutus kasus-kasus berdimensi hak-hak ekosob. Ada beberapa putusan MK yang mempunyai dimensi yustisiabilitas hak-hak ekosob. Dan ada juga hakim yang *dissenting opinion* atas putusan MK yang juga mempunyai argumentasi yustisiabilitas. Penulis mempunyai keterbatasan waktu untuk melihat lebih jauh putusan-putusan MK yang berdimensi yustisiabilitas hak-hak ekosob. Oleh karena itu, mungkin ada juga putusan MK yang berdimensi yustisiabilitas, selain disebutkan atau dijelaskan oleh penulis di makalah ini.

Berikut ini putusan-putusan MK termasuk juga *dissenting opinion* dari hakim, yang menurut penulis juga bisa dikatagorikan merupakan yustisibalitas hak-hak ekosob:

a. Dissenting Opinion Hakim Mukti Fajar dalam Perkara Nomor 058-059-06-063/PUU-01/2003, dan 005/PUU-III/ tentang Penguasaan Negara Atas Sumber Daya Air.

   Para penggugat pada intinya memohon MK untuk menguji konstitusiolitas beberapa pasal di dalam Undang-Undang Nomor 7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (UU 7/2004) terutama berkaitan dengan komersialiasi air seperti adanya hak guna usaha air dan ijin pengusahaan sumber daya air. Putusan MK menolak seluruh permohonan pemohon, karena negara masih berperan dalam penguasaan hak penguasaan air yaitu merumuskan kebijakan (*belied*), melakukan tindakan pengurusan (*bestuurdaad*),

melakukan pengaturan (*regelendaad*), melakukan pengelolaan (*beheersdaad*), melakukan pengawasan (*toezixhthoundendad*). Kemudian juga di dalam UU 7/2004 ada prinsip "penerima manfaat jasa pengelolaan air wajib menanggung biaya pengelolaan". Tidak ada harga air sebagai kompenen untuk menghitung jumlah yang harus dibayar oleh penerima manfaat.

Hakim Mukhtie Fajar memberikan pendapat berbeda (*dissenting opinion*) yang menjelaskan pengaturan negara atas sumber daya air seharusnya hanya mengatur dalam pengelolaan (manajemen) sumber daya air, agar air dapat digunakan untuk kemakmuran rakyat dalam rangka penghormatan (*to respect*), perlindungan *(to protect*) pemenuhan (*to fulfill*) HAM atas air (*the right to water*) yang secara universal sudah diakui sebagai HAM. Bukan pengaturan dalam bentuk pemberian hak-hak tertentu atas air (*water right*) seperti yang dianut oleh UU 7/2004. Oleh karena itu Pasal 7, Pasal 9, Pasal 40 ayat (4), Pasal 45 ayat (3), dan Pasal 98 UU 7/2004 bertentangan dengan UUD 1945 khususnya pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945 "bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat". Konsepsi dikuasi oleh negara dalam pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945 adalah untuk tujuan kemakmuran sebesar-besarnya rakyat.

Pendapat berbeda dari Hakim Mukhtie Fajar perlu mendapatkan apresiasi. Air merupakan komponen penting di dalam kehidupan manusia. Tanpa air manusia tidak bisa hidup oleh karena itu hak atas air juga berkaitan dengan hak atas kehidupan setiap orang. Realisiasi hak-hak ekosob menekankan kewajiban negara untuk menghormari hak setiap orang atas air yaitu negara tidak boleh melakukan pelanggaran hak atas air, negara harus memberikan perlindungan setiap orang ketika ada pihak ketiga yang melakukan pelanggaran hak atas air, kemudian negara harus menggunakan seluruh sumber dayanya yang ada untuk merealisasikan hak atas air. Salah satu keunikan di dalam Konsitutisi Indonesia adalah bumi, air dan kekayaan terkandung di dalamnya dikuasai

oleh negara dan digunakan untuk kemakmuran rakyat.

b. Putusan Perkara Nomor 011/PUU-III/2005 tentang Pengalokasian Dana Pendidikan Secara Bertahap Kurang Dari 20 Persen APBN dan APBD

Penjelasan Pasal 39 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional (UU 20/2003) menyatakan pemenuhan dana pendidikan dapat dilakukan secara bertahap. Para Pemohon, *inter alia*, memohon MK untuk menguji konstitusionalitas Pasal 39 ayat (1) UU 20/2003 yang bertentangan dengan 31 ayat (4) UUD NRI 1945 tentang alokasi minimum 20 persen dana pendidikan di dalam APBN dan APBD. MK membuat *legal policy* berkaitan dengan isu pendidikan yaitu salah satu tujuan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) di dalam alinea ke IV Pembukaan UUD NRI 1945 adalah pendidikan, NKRI adalah negara hukum kesejarteraan (*walfare state*). MK memutuskan Penjelasan Pasal 39 ayat (1) UU 20/2003 bertentangan dengan UUD NRI 1945. MK menjelaskan Penjelasan Pasal 39 ayat (1) UU 20/2003 dapat menjadi alasan bagi pemerintah pusat dan daerah untuk tidak memenuhi alokasi minimum 20 persen untuk pendidikan di dalam APBN dan APBD.

Ada hal yang menarik dari putusan MK a quo yaitu MK menegaskan NKRI adalah negara hukum kesejahteraan *(walfare state*) berdasarkan pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945. Di negara yang menganut *welfare state*, peran negara sangat dominan dalam memberikan jaminan-jaminan sosial termasuk pendidikan.

c. Putusan Perkara Nomor 012/PUU-III/2005 tentang Penetapan Alokasi Anggaran Pendidikan tahun 2005 Kurang Dari 20 Persen dari APBN

Para Pemohon memohon MK untuk menguji konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 36/2004 tentang Anggaran Pendapatan Belanja Negara Tahun anggaran 2005, mengenai penetapan alokasi anggaran pendidikan tahun 2005 kurang dari 20 persen dari APBN, karena hal tersebut bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD NRI 1945. MK

mengakatagorikan Pasal 31 ayat (4) UUD NRI 1945 tentang alokasi minimum 20 persen untuk dana pendidikan di APBN dan APBD adalah *obligation of conduct*. Kemudian MK memutuskan permohonan para pemohon adalah beralasan, akan tetapi jika permohonan para pemohon dikabulkan, maka berdasarkan pasal 23 ayat (3) UUD NRI 1945 akan berlaku ketentuan APBD yang lalu. Jika dikabulkan permohonan para pemohon maka akan menimbulkan kekacauan dalam administrasi keuangan negara. Dan akibatknya akan buruk, jika anggaran pendidikan tahun sebelumnya lebih kecil.

Di dalam putusan ini, MK mencoba bersikap realistis, dan tetapi sebenarnya ambigu. Walaupun permohonan pemohon beralasan tetapi ada kepentingan lain yang menjadi pertimbangan MK yaitu untuk menghindari ketidakpastian hukum dan kekacauan dalam administrasi keuangan negara, yang menurut MK merupakan alasan-alasan obyektif. Sehingga MK memutuskan permohonan para pemohon tidak dapat diterima. Setidaknya di dalam putusan ini MK sudah memberikan pertimbangan hukumnya atas Pasal 31 ayat (4) UUD NRI 1945 yang merupakan *obligation of conduct*. Tanggungjawab negara dalam merealisasikan hak atas pendidikan yaitu dengan membuat norma konstitusi yang mewajibkan alokasi anggaran minimum 20 persen di dalam APBN dan APBD.

d. Putusan MK Nomor 03/PUU-VIII/2010 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil

Isu utama yang muncul di dalam pengujian Undang-Undang Nomor 27 tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau (UU 27/2007), diantara isu yang lain, adalah komersialisasi wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil. Hal tersebut terlihat dengan adanya konsep HP-3 yaitu hak pengusahaan atas permukaan laut, kolam air sampai dengan permukaan dasar laut di dalam Pasal 16 ayat (1) dan (2) UU 27/2007. Bahkan HP-3 juga dapat dimiliki oleh perorangan dan swasta, dan juga dapat diperalihkan kepemilikannya dan juga dapat dijadikan jaminan. Keberadaan UU *a quo* dan juga HP-3 mengancam hak kepemilikan koletif adat atas laut dan

nelayan-nelayan yang tinggal di wilayah pesisisir dan pulau-pulau kecil.

MK dalam pertimbangan hukumnya menyatakan HP-3 mempunyai potensi jika pulau-pulau kecil dan wilayah pesisir dikuasai oleh perseorangan dan swasta dengan modal padat dan teknologi tinggi mengakibatkan hilangnya akses dan kekekuasaan nelayan atau masyarakat adat atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, dan juga hilangnya pekerjaan bagi sebagian masyarakat Indonesia yang tinggal di pesisir dan pulau-pulau kecil terutama nelayan. HP-3 juga mengancam keberadaan masyarakat adat terutama hak ulayat atas wilayah laut. Karena HP-3 diberikan untuk jangka waktu 20 tahun dan dapat diperpanjang menurut UU 27/2007, sementara hak ulayat di dalam masyarakat adat diberikan secara turun termurun. MK mengakui adanya hak ulayat atas wilayah laut, hal ini merupakan bentuk persamaan di depan hukumdan juga sejalan dengan pengakuan konstitusi atas hak-hak adat. MK juga menggunakan empat (4) ukuran untuk menentukan apakah pemberian HP3 memberikan maafaat untuk kemakmuran rakyat yaitu: kemanfaatan sumber daya untuk seluruh rakyat, tingkat pemerataan sumber daya alam bagi rakyat, tingkat partisipasi rakyat dalam menentukan maafaat sumber daya alam dan penghormatan terhadap hak rakyat secara turun-termurun dalam pemanfaatan sumber daya alam. HP3 tidak dapat mememuhi semua ukuran yang ditentukan oleh MK tersebut.

3. Kesimpulan

Berdasarkan hal tersebut di atas, maka penulis menggarisbawahi beberapa hal yaitu: *pertama*, Hak-hak ekosob adalah *justiciable,* dan pengadilan mempunyai peran untuk memberikan *effective remedy* terdapat korban atau kelompok yang hak-hak ekosobnya dilanggar oleh negara ataupun pihak ketiga; *kedua*, Ke depan MK perlu lebih banyak memiliki sensitivitas terhadap perkara-perkara pelanggaran hak-hak ekosob.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Colin Goncalves et. all. (eds), *Human Rights Law Network, Right To Food Second Edition*, Human Rights Law Network Publisher, 2005.

Craven, Matthew, *The International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective On Its Development*, Oxford: Clarendon Papperbacks, 1995.

Eide, Asbjorn et all, *Economic, Social and Cultural Rights : Text Book (Second Edition),* Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

J. Herbosa, Teresa, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights : The Phillipines Experiences*, Makalah Konferensi dan Lokakarya Yustisiabilitas Hak-Hak Ekonomi Sosial Budaya Untuk Hakim dan Advokat, oleh Komisi Tinggi HAM PBB dan Komnas HAM Phillipina, Manila 3-4 November 2004.

Scheinin, Martin, *the Welfare State and the Constitutionalism in the Nordic countries, Nordic Council of Ministers,* Copenhagen, 2011.

Internet:

Komisi Tinggi HAM PBB, www.ohchr.org

10

Konstitusionalisme Agraria

Mahkamah Konstitusi sebagai arena memperjuangkan hak warga negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya

Oleh: Yance Arizona

Pendahuluan

Konstitusionalisme agraria yang dimaksud dalam tulisan ini menempatkan konstitusi sebagai dokumen agraria karena di dalamnya berisi mengenai hubungan sosial, ekonomi-politik dan hubungan hukum antara negara dan warga negara terhadap tanah dan sumber daya alam lainnya. Konstitusionalisme agraria berada pada dua perkembangan kajian hukum, yaitu kajian hukum konstitusi dan hukum agraria. Selama ini kajian hukum konstitusi (*constitutional law*) yang di Indonesia lebih dikenal dengan kajian 'hukum tata negara' umumnya mengkaji dimensi kelembagaan negara, peraturan perundang-undangan atau mengkaji hak-hak asasi manusia dan warga negara di dalam konstitusi, terutama berkaitan dengan hak-hak sipil dan politik, misalkan kebebasan berserikat, partai politik, pemilihan umum dan sekalian aspek yang berkaitan dengan hal tersebut.

Di tengah perkembangan kajian hukum konstitusi, konstitusionalisme agraria hadir sebagai suatu ranah baru di tengah kecenderungan semakin luasnya objek kajian dari hukum konsitusi. Beberapa studi kontemporer tentang konstitusi sudah memperluas ruang perantauannya dari persoalan yang belum banyak dibahas sebelumnya. Misalkan dalam dua buku dari Jimly Asshiddiqie baru-baru ini yang membahas persoalan lingkungan hidup dan persoalan ekonomi dari sudut pandangan hukum konstitusi dalam buku *Green*

Constitution dan buku Konstitusi Ekonomi (*Economic Constitution*).[1] Contoh lain, Neil Walker di Edinburg University mengembangkan studi konstitusi dalam masyarakat majemuk dan supra-negara di Eropa dengan menawarkan wacana Konstitusi Pluralis (*Constitutional Pluralism*). Makalah ini memiliki semangat perantauan yang sama yang dalam hal ini membahas persoalan agraria, sehingga disebut sebagai Konstitusi Agraria (*agrarian constitution*) atau Konstitusionalisme Agraria (*Agrarian Constitusionalism*).

Sementara itu, dalam kajian hukum agraria, persoalan konstitusi juga masih jarang dibahas. Dimensi yang lebih menonjol selama ini dalam kajian hukum agraria adalah dimensi hukum perdata dan hukum administrasi negara. Dimensi hukum keperdataan tentang tanah, misalkan menyinggung persoalan hak milik, jual beli, hibah waris dan seterusnya. Dimensi hukum administrasi negara membahas bagaimana hubungan hukum antara negara dengan warga negara dalam urusan administrasi keagrariaan. Hukum administrasi negara dalam hal ini acap kali membicarakan soal perizinan serta berbagai konsesi yang berkaitan dengan penguasaan, penggunaan, dan pemanfaatan sumber-sumber agraria. Padahal pangkal dari hukum administrasi negara itu adalah konstitusi.

Konstitusionalisme agraria membahas dimensi yang lebih luas dan mendasar dari pada hukum administrasi negara yang berkaitan dengan masalah agraria. Dikatakan lebih luas dan mendasar sebab ia berpangkal kepada konstitusi yang merupakan hukum tertinggi di dalam suatu negara. Konstitusi merupakan hukum dasar yang mendasari berbagai aktivitas hukum yang terjadi di dalam penyelenggaraan negara.

Kesadaran akan perlunya konstitusi pun semakin meningkat di Indonesia. Ide tentang konstitusionalisme, meskipun telah disemai lama di Indonesia, bahkan benih-benihnya sudah ada sejak zaman kolonial, tetapi pada saat ini perkembangannya jauh lebih maju. Proses amandemen UUD 1945 pada tahun 1999-2002 serta terbentuknya Mahkamah Konstitusi beserta beberapa instansi pemerintah lainnya dalam rangka perwujudan negara hukum telah mendorong bersemainya

1 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi,* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2010).

gagasan konstitusionalisme. Pada kehidupan sehari-hari orang sudah mulai bicara tentang pelanggaran hak-hak mereka bukan saja sebagai pelanggaran hak asasi manusia, tetapi juga sebagai pelanggaran hak konstitusional.

Pada titik itu pula, konstitusionalisme agraria mengajukan amunisi bagi perjuangan mewujudkan keadilan agraria berdasarkan konstitusi. Konstitusionalisme agraria hendak memberikan landasan bagi tuntutan dari pihak-pihak yang selama ini mengalami ketidakadilan agraria untuk menuntut hak-hak mereka sebagai hak konstitusional. Untuk kondisi Indonesia, tidak dapat dipungkiri, bahwa stigma kepada orang-orang yang memperjuangkan tanahnya sebagai 'sisa-sisa' Partai Komunis Indonesia masih melekat dan sengaja dihembuskan. Sebab itulah, dengan memberikan landasan konstitusional bagi orang-orang yang memperjuangkan tanahnya yang dirampas, maka perjuangannya itu menjadi perjuangan kewarganegaraan yang berlandaskan konstitusi.

Konstitusionalisme agraria juga hendak menjadi argumentasi bagi upaya-upaya untuk menempatkan para petani dan kelompok marginal sebagai warga negara yang memiliki hak. Selama ini, konflik-konflik agraria yang melibatkan petani, masyarakat adat dan sebagainya telah mengganggu proses integrasi petani, masyarakat adat dan kelompok marginal lainnya untuk menjadi warga negara yang dihargai keberadaannya sebagai manusia Indonesia yang dicita-citakan dengan pendirian Republik Indonesia. Dengan kata lain, konstitusionalisme agraria berkaitan pula dengan konsep kepemilikan dan kewarganegaraan (*property and citizenship*).[2] Perjuangan kewarganegaraan, bahkan perjuangan kemerdekaan Indonesia tidak bisa dilepaskan dari konteks perjuangan melawan ketidakadilan agraria.

Pembahasan mengenai konstitusionalisme agraria di dalam tulisan ini dimulai dari bagaimana dinamika perumusan dan perkembangan norma konstitusi agraria Indonesia. Selanjutnya membahas bagaimana konstitusi agraria Indonesia yang desainnya adalah sosialisme ditafsirkan pada semangat zaman neoliberalisme sekarang ini dalam arena Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi dalam sepuluh tahun terakhir telah dipergunakan oleh berbagai kelompok, baik

2 Christian Lund, Property and citizenship: Conceptually conecting land rights and belonging in Africa, in: *Africa Spectrum,* 46, 2011, 3: 71-75

itu warga negara, perusahaan, maupun instansi pemerintah untuk memperjuangkan kepentingannya dalam hal penguasaan tanah dan sumber daya alam lainnya.

1. Keresahan agraria dan pembentukan Republik Indonesia

Konstitusi Indonesia adalah konstitusi agraria yang mencerminkan bagaimana relasi antara negara dan warga negara mengenai tanah dan sumber daya alam lainnya hendak dibangun. Tradisi untuk menuliskan hubungan keagrariaan di dalam konstitusi merupakan tradisi yang berkembang dalam penulisan konstitusi negara-negara sosialis dan negara-negara yang mengalami dekolonisasi. Konstitusi agraria merupakan refleksi atas relasi agraria yang tidak adil pada masa kolonial yang kemudian diformulasikan ke dalam konstitusi sebagai sebuah cita-cita untuk mewujudkan keadilan agraria. Dalam konteks ini, maka keresahan-keresahan agraria yang terjadi pada masa kolonial menjadi inspirasi bagi negara-negara dunia ketiga untuk memperjuangkan kemerdekaan[3] yang tercermin di dalam konstitusinya untuk pertamakali.

Ketidakadilan agraria, dalam bahasa Erich Jacoby dinarasikan sebagai keresahan agraria (*agrarian unrest*) telah menjadi dasar bagi perjuangan kemerdekaan negara-negara di Asia Tenggara, termasuk Indonesia.[4] Tesis Jacoby itu bisa dikonfirmasi dengan gerakan-gerakan dan karya para pejuang kemerdekaan Indonesia. Sebut saja seperti Tjipto Mangoenkoesoemo ketika menjadi anggota *Voklsraad* pada tahun 1918 telah secara frontal menyerang *Directuer van Landbouw* (Direktur Pertanian) penguasa kolonial yang telah memberikan izin kepada perusahaan perkebunan untuk memperluas lahan usahanya.[5] Tjipto Mangoenkoesoemo mengajukan tuntutan kepada *Directuer van Landbouw* untuk mengurangi areal penanaman tebu yang pada masa itu telah menjadi sumber kemelaratan dan penyakit warga pribumi.

---

3 Erich H. Jacoby, *Agrarian Unrest in Southeast Asia.* (New York: Columbia University Press, 1961).

4 Jacoby, *Op.Cit.*

5 Ahmad Nashih Luthfi, et.al., *Kronik Agraria Indonesia. Memperluas Imajinasi Lintas Zaman, Sektor dan Aktor,* (Yogyakarta: STPN, SAINS dan Institute Sejarah Sosial Indonesia, 2011), hal. 45

Iwa Kusumasumantri dengan nama samaran S. Dingley yang diberikan oleh Muso menerbitkan buku *The Peasant Movement in Indonesia* yang diterbitkan pada tahun 1926 menjelaskan berbagai persoalan agraria yang dihadapi oleh penduduk pribumi dan pergerakan-pergerakan yang mereka lakukan sebagai respons atas kapitalisme agraria yang dirawat beradab-abad oleh penguasa kolonial. Lebih maju lagi Tan Malaka dalam buku *Naar de Republiek Indonesia* (Menuju Republik Indonesia) pada tahun 1925 telah memikirkan program aksi untuk mengatasi keresahan-keresahan agraria ulah berkubangnya kapitalisme agraria kolonial di Indonesia. Program ekonomi yang dirancangnya di dalam naskah tersebut antara lain sudah mempromosikan *land reform*: "Pembagian tanah-tanah yang tidak ditanami antara petani-petani melarat dan yang tidak mempunyai tanah dengan bantuan uang mengusahakan tanah-tanah itu. Menghapuskan sisa-sisa feodal dan tanah-tanah partikelir dan membagikan yang tersebut belakangan ini kepada petani melarat dan proletar."

Siapa pula yang tidak tahu dengan pledoi legendaris Soekarno yang disampaikan di *Landraad* Bandung tahun 1930 dengan judul *Indonesia Menggugat*. Pledoi itu berisi paparan yang detail tentang keresahan agraria. Dihadapan hakim *Landraad,* Bung Karno mengajukan kritik terhadap UU Agraria Kolonial (*Agrarische Wet 1870*)*:*

> "...maka sesudah Undang-Undang Agraris dan Undang-Undang Tanaman Tebu de Waal di dalam tahun 1870 diterima baik oleh Staten-Generaal di negeri Belanda, masuklah modal partikulir itu di Indonesia, mengadakan paberik-paberik gula di mana-mana, kebon-kebon teh, onderneming-onderneming tembakau dsb., ditambah lagi modal partikulir jang membuka matjam-matjam perusahaan tambang, matjam-matjam perusahaan kereta-api, trem, kapal, atau paberik-paberik jang lain. Imperialisme tua makin lama makin laju, imperialisme modern menggantikan tempatnja, tjara pengedukan harta jang menggali untung bagi negara Belanda itu, makin lama makin berobah, terdesak oleh tjara pengedukan baru jang mengajakan model partikulir...."

Tjara pengedukan berobah, - tetapi banjakkah perobahan bagi rakjat Indonesia? Tidak, Tuan-tuan Hakim jang terhormat, - bandjir harta jang keluar dari Indonesia malah makin besar, 'pengeringan' Indonesia malah makin makan!"

Keresahan agraria itu tampil pula di dalam pledoi Bung Hatta di Pengadilan Negeri Belanda yang didakwa karena aktivitas pergerakannya di Perhimpunan Indonesia. Pledoinya yang berjudul *Indonesia Free* (Indonesia Merdeka) berisi gugatan terhadap sistem ekonomi kolonial, yang berkarakter kapitalisme-agraris, yang telah merugikan rakyat pribumi. Tak pelak pula, keresahan agraria dalam diri Bung Hatta telah memberikan sumbangsih terhadap perumusan konstitusi agraria Indonesia di dalam UUD 1945, khususnya terhadap Pasal 33 karena Bung Hatta, termasuk Soepomo, M. Yamin dan Iwa Kusumasumantri adalah orang yang punya andil besar dalam perumusan Pasal 33 UUD 1945 yang menjadi dasar kesejahteraan sosial, sistem ekonomi dan bahkan karakter UUD 1945 sebagai konstitusi agraria.

Para pejuang kemerdekaan tersebut membuktikan bahwa pergerakan kemerdekaan Indonesia tidak lepas dari keresahan-keresahan agraria yang berlangsung ratusan tahun dari berbagai model kapitalisme agraria yang dikembangkan oleh orang Belanda. Keresahan-keresahan agraria ini pula yang kemudian menulari semangat pembentukan konstitusi Indonesia. Oleh karena itulah, penormaan perlunya mengatur hubungan antara negara, rakyat dan sumber-sumber agraria dinyatakan di dalam konstitusi sebagaimana nampak dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945.

2. Konstitusi Agraria dan perkembangannya di Indonesia

Konstitusi Agraria Indonesia yang tercantum dalam Pasal 33 UUD 1945 merupakan cerminan atas keresahan agraria yang terjadi ulah cengkeraman kolonialisme yang berabad-abad di kepulauan Indonesia. Perumusan ketentuan di dalam Pasal 33 sangat dipengaruhi oleh semangat kolektivisme, sosialisme dan nasionalisme. Bahkan Bung Karno ketika memimpin persidangan PPKI menambahkan kata 'kollektivisme' dan 'sosialisme' ketika membacakan draf UUD 1945. Semangat zaman pada saat itu adalah nasionalisme, di mana tingkat kepercayaan diri seluruh penduduk Indonesia sedang naik setinggi-tingginya sebagai sebuah bangsa yang merdeka. Republik baru yang dibangun harus andil besar dalam mengubah tatanan kolonial. Oleh karena itu diberikan porsi yang besar agar negara bisa ikut campur dalam menguasai tanah-tanah yang sebelumnya dikuasai oleh asing. Pasal 33, khususnya Ayat (3) UUD 1945 merupakan kristalisasi gagasan bahwa negara harus turun tangan dalam merombak struktur penguasaan

tanah kolonial dan feodal.

Untuk mengubah struktur penguasaan tanah kolonial dan feodal itu pemerintah membentuk UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA 1960). UUPA menggantikan konsep *domenverklaring* dengan konsep Hak Menguasai dari Negara (HMN). Selain itu, pemerintah juga mengundangkan sejumlah peraturan perundang-undangan untuk melakukan nasionalisasi perusahaan-perusahaan asing, terutama perusahaan Belanda dan kemudian melancarkan program *landreform* untuk memberikan tanah kepada petani.

Bab IV: Kesejahteraan Sosial:

Pasal 33 ayat (1): "Perekonomian disusun sebagai usaha berdasar atas asas kekeluargaan". Kollektivisme.

Ayat 2: "Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasaihajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara." Sosialisme.

Ayat 3: "Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.

(Kusuma, Ananda dkk (edt), 1995)

Program *land reform* pada awal dekade 1960-an dijalankan oleh pemerintah sebagai amanat konsitusi serta manifesto politik Presiden Soekarno dari pidatonya yang disampaikan pada tahun 1960. Namun belum sempat dilakukan sepenuhnya, tragedi politik yang terjadi pada tahun 1965 telah mengubah haluan pembangunan karena terjadi perubahan kepemimpinan nasional.

Pergantian pemerintahan dari Soekarno ke Soeharto telah membuyarkan pelaksanaan program *land reform* yang diinisiasi oleh Pemerintahan Presiden Soekarno. Rezim Orde Baru menyimpan agenda *land reform* dalam "lemari es", melompati UUPA meskipun tidak mencabutnya secara formal. Kebijakan awal dari Orde Baru adalah mengundang modal swasta untuk meningkatkan aktivitas perekonomian mengatas krisis yang disisakan oleh rezim sebelumnya.

Modal asing merupakan 'tamu istimewa' yang diundang untuk memperbaiki pertumbuhan ekonomi Indonesia. Namun sejak pertengahan dekade 1970-an, pemerintahan Orde Baru sudah mulai menerapkan kebijakan proteksi. Kebijakan ini malah memberikan keuntungan yang lebih besar bagi pengusaha yang dekat dengan keluarga Cendana sehingga menghasilkan apa yang disebut dengan konglomerasi atau *koncoisme*.

Pembangunan ekonomi yang mengandalkan modal besar tersebut telah meminggirkan hak-hak rakyat yang tanah dan wilayah kehidupannya dirampas. Berbagai konflik agraria meletup di mana-mana. Konsepsi Hak Menguasai Negara yang digunakan oleh pemerintah untuk 'merampas' tanah rakyat menjadi salah satu sasaran kritik. Pada periode ini ditampilkan bagaimana gagasan penguatan negara yang tumbuh pada periode nasionalisme sebelumnya digunakan untuk menguntungkan segelintir elit politik dan ekonomi, sekaligus menjadi dalih untuk merampas tanah rakyat atas nama pembangunan.

Sementara itu, pembaruan hukum pada masa reformasi banyak dipengaruhi oleh intervensi asing. Kebijakan agraria hadir sebagai respons atas kebijakan ekonomi rezim sebelumnya yang menghambat kompetisi karena terjebak dengan *koncoisme* dan konglomerasi. Politik legislasi pada periode ini ditandai dengan semakin masifnya sektoralisasi pengurusan agraria dengan melahirkan lebih dari 20 undang-undang yang memberikan sejumlah jenis-jenis perizinan baru untuk usaha-usaha di bidang keagrariaan.

Pilihan dari aktivis agraria untuk mendorong pembentukan TAP MPR diwarnai oleh pro-kontra. Tidak adanya intervensi yang langsung untuk mendorong penguatan dasar pembaruan agraria dalam proses amandemen konstitusi membuat tidak ada banyak perubahan yang bisa dijadikan sebagai dasar penguat pembaruan agraria. Meskipun telah ada TAP MPR tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam, tetapi seiring dengan perubahan struktur ketatanegaraan dan sistem perundang-undangan, keberadaan TAP MPR tidak lagi sepenuhnya menjadi prinsip-prinsip pemandu kebijakan negara. Apalagi setelah reformasi tidak ada lagi mekanisme hukum yang dapat ditempuh untuk menegakan TAP MPR sebagaimana dulu bisa dilakukan oleh MPR dengan meminta pertanggungjawaban presiden maupun DPR untuk menyampaikan laporan dihadapan sidang MPR.

Tabel 1
Penguasaan Negara atas Sumber Daya Alam/Agraria dalam konstitusi yang pernah berlaku di Indonesia

Konstitusi	Pasal	Bunyi pasal
Naskah BPUPKI	Pasal 32	(1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan. (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.
UUD 1945	Pasal 33	
Konstitusi RIS	Ketentuan tersebut dihapuskan	
UUDS 1950	Pasal 38	(1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan. (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.
UUD 1945	Pasal 33	
UUD 1945 amandemen	Pasal 33, ditambah dua ayat baru	(4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan,

Konstitusi	Pasal	Bunyi pasal
		(5) berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang

Perkembangan baik pada periode ini adalah dibentuknya Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Kewenangan yang dikenal pula sebagai *constitutional review* itu menjadikan MK sebagai penjaga konstusi (*the guardian of the constitution*) dan sebagai kekuatan yang menyeimbangkan antara kekuatan rakyat dengan kekuatan negara. Sebagai salah satu pilar penting dalam negara hukum, Mahkamah Konstitusi membatasi kewenang-wenangan negara sekaligus menjadi pelindung hak konstitusional warga negara.

3. Mahkamah Konstitusi dan Konstitusionalisme Agraria

Sejak didirikan pada agustus 2003 sampai dengan Mei 2013, Mahkamah Konstitusi sudah menerima 29 perkara permohonan pengujian undang-undang di bidang tanah dan sumber daya alam lainnya. Bila dirata-rata, maka terdapat hampir tiga perkara pengujian undang-undang berkaitan dengan tanah dan sumber daya alam lainnya untuk setiap tahun. Dilihat dari putusannya, tidak semua permohonan pengujian undang-undang dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi. Dari dua puluh pengujian undang-undang tersebut, tiga belas permohonan dikabulkan baik dikabulkan seluruhnya maupun dikabulkan sebagian, sembilan permohonan ditolak dan enam permohonan tidak dapat diterima karena tidak memenuhi *legal standing* sebagai pemohon serta satu permohonan ditarik kembali oleh pemohonnya. Berikut diuraikan ringkasan dari permohonan pengujian undang-undang di bidang tanah dan sumber daya alam lainnya kepada Mahkamah Konstitusi.

Tabel 2.
Perkara Pengujian Undang-undang di bidang tanah dan sumber daya alam lainnya kepada Mahkamah Konstitusi

No	Perkara	Kategori pemohon	Dikabulkan (sebagian)	Ditolak	Tidak diterima	Ditarik kembali
1	PUU Ketenagalistrikan I: Inkonstitusionalitas sistem pemisahan (*unbundling*) (Perkara No. 001-21-22/PUU-I/2003)	Ornop	✓			
2	PUU Minyak dan Gas Bumi I: Inkonstitusionalitas penaikan harga BBM berdasarkan harga pasar (Perkara No 002/PUU-I/2003)	Ornop	✓			
3	PUU UU Kehutanan I: Konstitusionalitas tambang di dalam kawasan hutan lindung (Perkara No. 003/PUU-III/2005)	Ornop		✓		
4	PUU Sumber Daya Air: Komersialisasi air (Perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005)	Ornop		✓		
5	PUU Kehutanan II: Kriminalisasi alat pengangkutan hasil hutan ilegal (Perkara No. 013/PUU-III/2005)	Pengusaha			✓	

No	Perkara	Kategori pemohon	Dikabulkan (sebagian)	Ditolak	Tidak diterima	Ditarik kembali
6	PUU Kehutanan III: Perampasan alat pengangkutan hasil kejahatan hutan (Perkara No. 021/PUU-III/2005)	Pengusaha		✓		
7	PUU Penetapan Luas Lahan Pertanian (Perkara No. 11/PUU-V/2007)	Pengusaha		✓		
8	PUU Minyak dan Gas Bumi II: Persetujuan DPR untuk Kontrak Kerjasama di bidang Migas (Perkara No. 20/PUU-V/2007)	Anggota DPR			✓	
9	PUU Penanaman Modal: Modal asing dan perpanjangan di muka hak atas tanah (Perkara No. 21-22/PUU-V/2007)	Ornop	✓			
10	PUU Perseroan Terbatas: Tanggung jawab sosial dan lingkungan (TJSL) perusahaan di bidang sumber daya alam (Perkara No. 53/PUU-VI/2008)	Pengusaha		✓		
11	PUU BUMN: Restrukturisasi dan Privatisasi BUMN (Perkara No. 58/PUU-VI/2008)	Individu			✓	

No	Perkara	Kategori pemohon	Dikabulkan (sebagian)	Ditolak	Tidak diterima	Ditarik kembali
12	PUU Ketenagalistrikan II: Mempertanyakan kembali sistem *Unbundling* (Perkara No. 149/PUU-VIII/2009)	Ornop		✓		
13	PUU Pertambangan Mineral dan Batu Bara I: : Konstitusionalitas ketentuan peralihan UU Minerba (Perkara No. 121/PUU-VII/2009)	Pengusaha		✓		
14	PUU Energi: Kewenangan daerah di bidang energi (Perkara No. 153/PUU-VII/2009)	Kepala daerah		✓		
15	PUU Pengelolaan Wilayah Pesisir dan pulau-pulau kecil: HP3, hak masyarakat hukum adat dan tolak ukur penguasaan negara (Pekara No. 3/PUU-VIII/2010)	Ornop	✓			
16	PUU Kehutanan IV (Perkara No. 54/PUU-VIII/2010)	Pengusaha				✓
17	PUU Perkebunan: Kriminalisasi dalam konflik perkebunan (Perkara No. 55/PUU-VIII/2010)	Ornop	✓			
18	PUU Kehutanan V: Konflik kewenangan kehutanan versus pertambangan (Perkara No. 72/PUU-VIII/2010)	Kepala daerah			✓	

No	Perkara	Kategori pemohon	Dikabulkan (sebagian)	Ditolak	Tidak diterima	Ditarik kembali
19	PUU Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (Perkara No. 54/PUU-IX/2011)	Ornop			✓	
20	PUU Kehutanan VI: Konstitusionalitas pendefinisian kawasan hutan (Perkara No. 45/PUU-IX/2011)	Kepala daerah	✓			
21	PUU Pertambangan Mineral dan Batu Bara II: Pembatasan terhadap wilayah pertambangan rakyat (Perkara No. 25/PUU-VIII/2010)	Pengusaha	✓			
22	PUU Pertambangan Mineral dan Batu Bara III: Keterlibatan masyarakat dalam penentuan Wilayah Pertambangan (Perkara No. 32/PUU-VIII/2010)	Ornop	✓			
23	PUU Pertambangan Mineral dan Batubara IV: Kepentingan pengusaha pertambangan (Perkara No. 30/PUU-VIII/2010)	Pengusaha	✓			
24	PUU Kehutanan VII: Pembatasan penguasaan negara atas kawasan hutan dengan melindungi hak atas tanah dalam rezim kehutanan (Perkara No. 34/PUU-IX/2011)	Pengusaha	✓			

No	Perkara	Kategori pemohon	Dikabulkan (sebagian)	Ditolak	Tidak diterima	Ditarik kembali
25	PUU Minyak dan Gas Bumi III: Pengujian konstitusionalitas BP Migas (Perkara No. 36/PUU-X/2012)	Ornop	✓			
26	PUU Pertambangan Mineral dan Batubara V: Penentuan WP, WUP dan batas luas WIUP dalam UU Minerba (Perkara No. 10/PUU-X/2012)	Kepala daerah	✓			
27	PUU Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Demi Kepentingan Umum (Perkara No. 50/PUU-X/2012)	Ornop		✓		
28	PUU Minyak dan Gas Bumi IV: Pengujian konstitusionalitas kontrak kerja sama Migas (Perkara No. 65/PUU-X/2012)	Ornop			✓	
29	PUU Kehutanan VIII: Pengujian konstitusionalitas hutan adat dan pengakuan bersyarat terhadap keberadaan masyarakat hukum (Perkara No. 35/PUU-X/2012)	Ornop, masyarakat hukum adat	✓			
	Jumlah	29	13	9	6	1

Perkara pengujian undang-undang di bidang tanah dan sumber daya alam kepada Mahkamah Konstitusi dapat diklasifikasi berdasarkan jenis undang-undang yang diuji maupun berdasarkan pemohon dalam

perkara pengujian undang-undang dimaksud. Berdasarkan jenisnya, undang-undang yang paling sering diuji kepada Mahkamah Konstitusi adalah UU Kehutanan, yaitu UU No. 41 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 19 Tahun 2004 yang telah diuji sebanyak delapan kali. Disusul kemudian dengan UU No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara yang telah diuji sebanyak 5 kali, UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas telah diuji sebanyak 4 kali, UU Ketenagalistrikan sebanyak dua kali dan sisanya 10 undang-undang lain masing-masing telah diuji satu kali.

Tabel 3
Frekuensi pengujian undang-undang di bidang tanah dan sumber daya alam lainnya (2003-agustus 2013)

No	Kategori pemo-hon	Dika-bulkan	Ditolak	Tidak diterima	Ditarik kembali	Jml
1	UU Kehutanan	3	2	2	1	8
2	UU Minerba	4	1	-	-	5
3	UU Migas	2	0	2	-	4
4	Ketenagalistrikan	1	1	0	-	2
5	Lain-lain	3	5	2	-	10
	Jumlah	13	9	6	1	29

Dua puluh sembilan putusan Mahkamah Konstitusi itu telah menguji sebanyak empat belas undang-undang di bidang tanah dan sumber daya alam lainnya baik yang dibentuk sebelum reformasi maupun pada masa reformasi. Bahkan yang paling banyak diuji adalah undang-undang yang dibentuk sejak reformasi dilakukan. Dari dua puluh sembilan perkara itu, dua puluh lima di antaranya adalah permohonan pengujian terhadap undang-undang yang dibuat sejak reformasi 1998. Hal ini mengindikasikan bahwa undang-undang yang dibuat sejak reformasi paling banyak dipandang merugikan hak konstitusional para pemohon.

Selain melihat klasifikasi berdasarkan jenis undang-undang yang diuji, klasifikasi juga dapat dilihat berdasarkan kategori pemohon yang

mengajukan pengujian kepada Mahkamah Konstitusi. Pengklasifikasian berdasarkan kategori pemohon menunjukkan pihak yang paling sering menggunakan Mahkamah Konstitusi sebagai sarana untuk memperjuangkan hak-hak konstitusionalnya.

Tabel 4
Klasifikasi putusan berdasarkan pemohon

No	Kategori pemohon	Dikabulkan	Ditolak	Tidak diterima	Ditarik kembali	Jml
1	Ornop/petani/ masyakat adat	8	4	2	-	14
2	Pengusaha	3	4	1	1	8
3	Kepala daerah	2	1	1	-	4
4	Lain-lain	-	-	2	-	2
	Jumlah	13	9	6	1	29

Dari kategori pemohon nampak bahwa Ornop yang paling sering mengajukan pengujian undang-undang di bidang tanah dan sumber daya alam. Ornop ini termasuk rakyat petani, masyarakat adat, organisasi yang bergerak pada isu lingkungan, bantuan hukum, keadilan sosial, serikat buruh bahkan sampai pada organisasi keagamaan yang tampil dihadapan Mahkamah Konstitusi untuk menjadi pihak berperkara. Dari empat belas putusan Mahkamah Konstitusi yang pemohonnya adalah Ornop, 8 di antaranya dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi baik untuk keseluruhan maupun sebagian. 4 di antaranya ditolak dan 2 yang tidak dapat diterima oleh Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian, secara kuantitatif, menggunakan Mahkamah Konstitusi bagi Ornop terbilang memberikan perubahan yang berarti sebab lebih dari setengah permohonan yang diajukan dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi.

Para pengusaha pun juga menjadikan Mahkamah Konstitusi sebagai sarana untuk memperjuangkan hak-haknya. Terdapat 8 putusan yang pemohonnya adalah pengusaha maupun asosiasi pengusaha di bidang sumber daya alam. 3 dari permohonan itu dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi, 4 ditolak dan 1 yang tidak dapat diterima. Dalam beberapa permohonan yang ditolak bahkan Mahkamah Konstitusi memperkuat

tanggungjawab perusahaan dalam pemanfaatan sumber daya alam seperti dalam putusan pengujian UU Perseroan Terbatas di mana Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Tanggung jawab Sosial dan Lingkungan (TJSL) berbeda dengan *Corporate Social Responsibility* (CSR) bagi perusahaan yang bergerak di bidang sumber daya alam. Bagi Mahkamah Konstitusi bedanya TJSL merupakan kewajiban perusahaan, sedangkan CSR yang berkembang pada banyak negara bersifat sukarela (*voluntary*).

Kepala daerah pun menjadikan Mahkamah Konstitusi menjadi sarana untuk mengamankan kewenangannya di bidang sumber daya alam. Terdapat empat perkara yang pemohonnya adalah para bupati. Bahkan untuk perkara No. 45/PUU-IX/2011 mengenai pengujian konstitusionalitas definisi kawasan hutan dalam UU Kehutanan, pemohonnya adalah 5 orang bupati dari Kalimantan Tengah. Dari 4 perkara itu, 2 di antaranya dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi, 1 ditolak dan 1 tidak dapat diterima. 2 perkara yang dikabulkan itu diputus oleh Mahkamah Konstitusi pada tahun 2012. Melihat kecenderungan itu, bisa jadi di kemudian hari Mahkamah Konstitusi akan lebih sering dipergunakan oleh kepala daerah untuk menjadi arena mempertaruhkan kewenangannya selaku kepala daerah otonom untuk memperbesar kendalinya atas sumber daya alam di daerah berhadapan dengan pemerintah pusat.

Pengklasifikasian berdasarkan kategori pemohon menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi benar-benar telah dipergunakan sebagai arena kontestasi para pihak, baik itu rakyat, Ornop, pengusaha dan kepala daerah untuk memperebutkan penguasaan dan kemanfaatan dari pengelolaan sumber daya alam. Beragamnya para pihak yang menjadi pemohon pengujian undang-undang juga menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi telah menjadi panggung bagi para pihak dalam memperjuangkan haknya. Tidak saja rakyat dan ornop, tetapi juga pengusaha dan pemerintah.

4. Penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 33 UUD 1945

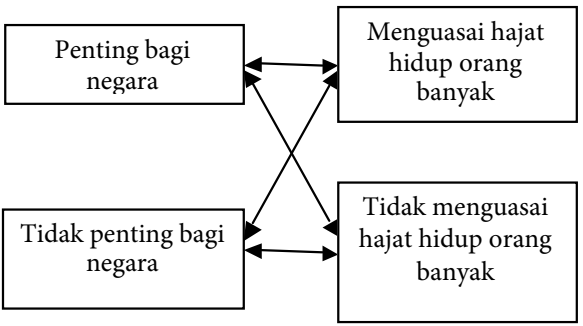
Dari berbagai pengujian undang-undang di bidang agraria dan sumber daya alam terhadap Pasal 33 UUD 1945 dapat ditarik 'benang merah' beberapa prinsip yang menjadi penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 33 UUD 1945. Bagian berikut menjelaskan apa saja hal-hal penting dan perkembangan putusan Mahkamah Konstitusi dalam

menguji undang-undang yang terkait dengan bidang tanah dan sumber daya alam lainnya.

Penting dan menguasai hajat hidup orang banyak

Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 berbunyi: "Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara." Apa yang dimaksud dengan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dalam ketentuan itu? Untuk mengetahui apakah satu cabang produksi itu penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak bergantung kepada dinamika perkembangan kondisi cabang produksi itu sendiri. Artinya, bisa saja suatu cabang produksi saat ini dianggap penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak namun di kemudian hari tidak lagi penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak.

Bagan 1
Hubungan antara criteria "penting bagi Negara"
dan "menguasai hajat hidup orang banyak



Mahkamah Konstitusi memberikan klasifikasi cabang-cabang produksi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33ayat (2) UUD 1945. Dalam putusan Perkara No. 001/PUU-I/2003, Perkara No. 021/PUU-I/2003, dan Perkara No. 022/PUU-I/2003, Mahkamah Konstitusi mengklasifikasikan cabang-cabang produksi itu ke dalam tiga jenis, yaitu: *Pertama,* cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Salah satu contoh cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak adalah listrik, sehingga sesuai dengan Pasal 33 ayat (2) UUD 1945, maka cabang produksi tenaga listrik haruslah dikuasai oleh

negara. Hal ini berarti tenaga listrik harus dikelola langsung oleh negara melalui perusahaan negara yang didanai oleh pemerintah (negara).

Kedua, cabang produksi yang penting bagi negara tetapi tidak menguasai hajat hidup orang banyak. Penyediaan senjata untuk aparat keamanan dan penegak hukum merupakan contoh dari cabang produksi penting bagi negara tetapi hasil dari produknya itu tidak langsung berkaitan dengan hajat hidup orang banyak sebab tidak bisa dikonsumsi oleh khalayak ramai. Oleh karena itu untuk penyediaan peralatan tempur diusahakan langsung oleh perusahaan negara.

Ketiga, cabang produksi yang tidak penting bagi negara tetapi menguasai hajat hidup orang banyak. Produksi pertanian seperti padi merupakan contoh dari cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak namun tidak penting bagi negara sehingga tidak ada perusahaan negara yang turun langsung menanam padi. Meskipun demikian, tidak berarti bahwa negara lepas tangan dalam produksi padi. Peran negara tetap ada dan tetap penting, tetapi tidak langsung ikut dalam produksi, melainkan melakukan pengaturan, mengontrol harga dan penyediaan besar bagi seluruh rakyat Indonesia.

Bila hendak ditambahkan satu kategori lagi, maka akan ada kategori keempat yaitu cabang produksi yang tidak penting bagi negara dan tidak menguasai hajat hidup orang banyak. Terhadap kategori ini, pemerintah tidak melakukan pengusahaan langsung dan hanya melakukan intervensi pengaturan seperlunya. Salah satu contoh cabang produksi ini misalkan produksi peniti. Peniti tidak penting bagi negara dan juga tidak menguasai hajat hidup orang banyak. Orang bisa hidup tanpa harus menggunakan peniti.

Namun untuk menentukan cabang produksi tersebut terpulang kepada Pemerintah bersama lembaga perwakilan rakyat untuk menilainya apa dan kapan suatu cabang produksi itu dinilai penting bagi negara dan/atau yang menguasai hajat hidup orang banyak. Cabang produksi yang pada suatu waktu penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak, pada waktu yang lain dapat berubah menjadi tidak penting lagi bagi negara dan tidak lagi menguasai hajat hidup orang banyak. Misalkan dengan produksi singkong, saat ini produksi singkong tidak penting bagi negara dan tidak menguasai hajat hidup orang banyak. Tetapi bila perkembangan nantinya orang akan menjadikan singkong sebagai makan pokok yang orang tidak bisa bertahan hidup

tanpa memakannya, maka singkong dapat menjadi cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Jadi itu sangat bergantung pertama-tama pada perkembangan kondisi produksi itu dan keberadaannya yang menguasai hajat hidup orang banyak untuk dikuasai langsung oleh negara.

Lima bentuk kewenangan penguasaan negara

Konsepsi penguasaan negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945 memberikan wewenang kepada pemerintah untuk melakukan perbuatan hukum yang ditujukan untuk memberikan sebesar-besar kemakmuran rakyat. Konsepsi penguasaan negara mandat rakyat secara kolektif dalam Pasal 33 UUD 1945 diwujudkan dalam lima bentuk kewenangan, yaitu kebijakan *(beleid)* dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*) dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Hal ini sudah diperkenalkan oleh Mahkamah Konstitusi sejak putusan PerkaraNo. 001/PUU-I/2003, Perkara No. 021/PUU-I/2003, Perkara No. 022/PUU-I/2003 dan konsisten pada setia putusan lainnya yang standar pengujiannya adalah Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945.

Tabel 5.
Lima fungsi penguasaan negara atas agraria dan sumber daya alam menurut Mahkamah Konstitusi[6]

No	Fungsi	Penjelasan
1	**Pengaturan (*regelendaad*)**	Fungsi pengaturan oleh negara dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama dengan Pemerintah, dan reg

6 Yance Arizona, "Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme: Konstitusionalitas Penguasaan Negara atas Sumberdaya Alam dalam Putusan Mahkamah Konstitusi," *Konferensi Warisan Otoritarianisme. Panel Tirani Modal dan Ketatanegaraan*. Kampus FISIP Universitas Indonesia, 5 Agustus 2008. Kemudian dipublikasikan dalam Jurnal Konstitusi kerjasama Mahkamah Konstitusi dengan Lembaga Kajian Konstitusi Universitas Airlangga, Volume I, Nomor 1, November 2008.

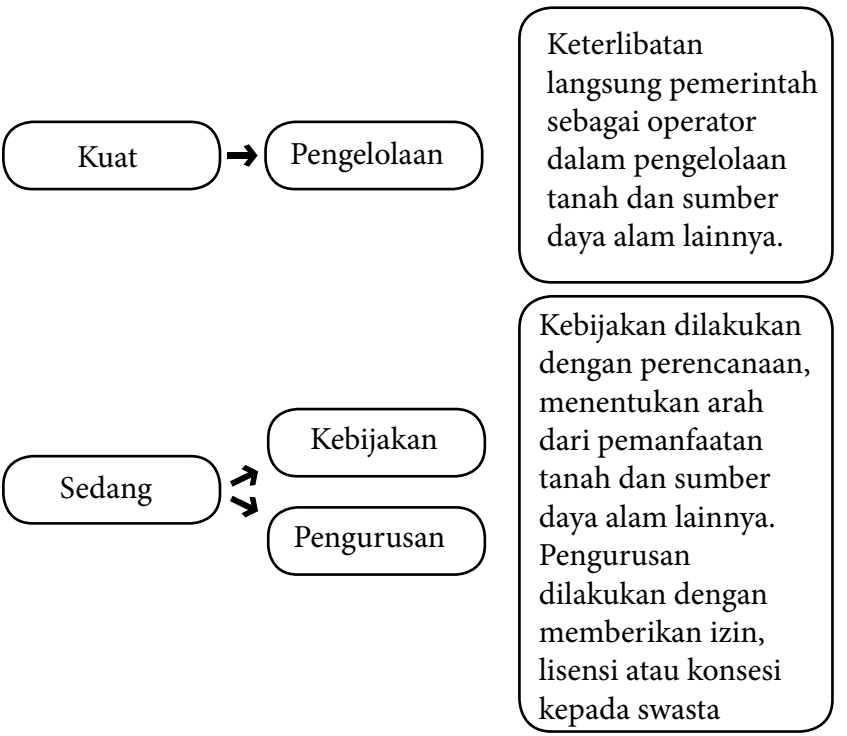
No	Fungsi	Penjelasan
		ulasi oleh Pemerintah *(eksekutif)*. Jenis peraturan yang dimaksud sebagaimana dinyatakan dalam undang-undang tentang pembentukan peraturan perundang-undangan serta Surat Keputusan yang dikeluarkan oleh instansi pemerintah (eksekutif) yang bersifat mengatur (*regelendaad*)
2	**Pengelolaan (*beheersdaad*)**	Dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara. Dengan kata lain negara *c.q.* Pemerintah (BUMN) mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah, fungsi ini dilakukan oleh perusahaan daerah
3	**Kebijakan *(beleid)***	Dilakukan oleh pemerintah dengan merumuskan dan mengadakan kebijakan
4	**Pengurusan (*bestuursdaad*)**	Dilakukan oleh pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan *(vergunning)*, lisensi *(licentie)*, dan konsesi *(concessie)*.
5	**Pengawasan (*toezichthoudensdaad*)**	Dilakukan oleh negara *c.q.* Pemerintah dalam rangka mengawasi dan mengendalikan agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas cabang produksi yang penting dan/atau yang menguasai hajat hidup orang banyak dimaksud benar-benar dilakukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat.

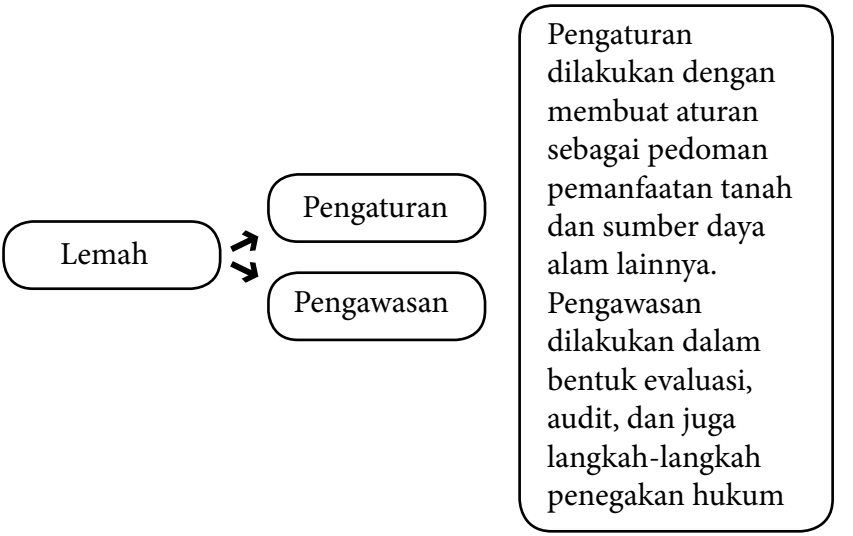
Tiga tingkatan penguasaan negara

Lima bentuk kewenangan penguasaan negara yang dimaksud di

atas kemudian diklasifikasikan oleh ke dalam tiga tingkatan. Dalam Perkara No. 36/PUU-X/2012 mengenai pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi diajukan oleh Pengurus Pusat Muhammadiyah, sejumlah organisasi sosial dan keagamaan serta oleh individu-individu, Mahkamah Konstitusi mengklasifikasikan lima bentuk kewenangan penguasaan negara itu ke dalam tiga tingkatan. Mahkamah Konstitusi menyebutkan tiga tingkatan itu sebagai tingkat pertama, tingkat kedua dan tingkat ketiga. Di dalam buku ini, klasifikasi tiga tingkatan itu disebut dengan kategori kuat, sedang dan lemah. Berikut dijelaskan dalam bagan tingkatan dari penguasaan negara dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945 berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi.

Bagan 2
Tingkatan penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya





Klasifikasi ke dalam tiga derajat penguasaan negara itu menentukan seberapa besar intervensi pemerintah dalam pemanfaatan tanah dan sumber daya alam lainnya untuk dipergunakan bagi sebesar-besar kemakmuran rakyat. Intervensi negara yang paling kuat adalah ketika pemerintah terlibat langsung dalam pengelolaan tanah dan sumber daya alam lainnya. Pada titik ini, negara tidak saja menguasai, melainkan juga menjadi pemilik, yaitu melalui kepemilikan saham dalam perusahaan. Sehingga, pada tahap ini negara tidak saja berposisi sebagai badan publik, melainkan juga diperlakukan sebagai badan privat yang dapat menjadi pengemban hak milik perdata.

Pada tingkat sedang terdapat kewenangan untuk membuat kebijakan dan tindakan pengurusan. Pembuatan kebijakan dilakukan pemerintah dengan merumuskan dan mengadakan kebijakan tentang penguasaan, penyediaan, pemanfaatan tanah dan sumber daya alam lainnya. Kebijakan dapat pula dilakukan oleh pemerintah dengan menyusun perencanaan -perencanaan yang terkait dengan tanah dan sumber daya alam lainnya. Sementara itu tindakan pengurusan dilakukan oleh pemerintah melalui kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan *(vergunning)*, lisensi *(licentie)*, dan konsesi *(concessie)*.

Tingkatan paling minimal dari penguasaan negara adalah pengaturan dan pengawasan. Pengaturan dilakukan oleh pemerintah maupun pemerintah daerah mulai dari pembuatan undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan daerah dan peraturan serta keputusan yang bersifat mengatur hubungan hukum antara pemerintah, swasta dan masyarakat terhadap tanah dan sumber daya alam lainnya. Sedangkan pengawasan dilakukan oleh pemerintah dalam rangka mengawasi, mengevaluasi, melakukan audit, melakukan pengendalian dan melakukan penegakan hukum agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas tanah dan sumber daya alam benar-benar dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat.

Prinsip dan tolak ukur penguasaan negara

Penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya berpatokan pada sejumlah prinsip-prinsip yang digariskan di dalam UUD 1945. Dalam putusan perkara No. 72/PUU-VIII/2010 mengenai pengujian UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Mahkamah Konstitusi menjelaskan prinsip-prinsip dasar penguasaan negara dalam pengurusan, pengaturan serta pengelolaan kekayaan alam yang diturunkan dari prinsip-prinsip yang terkandung dalam konstitusi, khususnya Pasal 33 ayat (3) dan (4) UUD 1945, yaitu:

1. Prinsip untuk sebesar-besar bagi kemakmuran rakyat.

Prinsip sebesar-besar kemakmuran rakyat merupakan prinsip yang diturunkan dari Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Prinsip ini sekaligus merupakan tujuan dari penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya. Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa tujuan untuk mewujudkan sebesar-besar kemakmuran rakyat tidak bisa dipisah-pisahkan dengan kewenangan penguasaan negara. Prinsip ini dijabarkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan perkara No. 3/PUU-VIII/2010 mengenai pengujian UU No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil, Mahkamah Konstitusi menjabarkan "prinsip sebesar-besar kemakmuran rakyat" ke dalam empat tolak ukur, yaitu:

a. Adanya kemanfaatan sumber daya alam bagi rakyat,
b. Tingkat pemerataan manfaat sumber daya alam bagi rakyat,
c. Tingkat partisipasi rakyat dalam menentukan manfaat sumber daya alam, serta
d. Penghormatan terhadap hak rakyat secara turun-temurun

dalam memanfaatkan sumber daya alam

Keempat tolak ukur itu menjadi alat untuk mengukur apakah satu norma peraturan sudah sejalan dengan prinsip sebesar-besar kemakmuran rakyat. Keempat tolak ukur itu menjadi batasan pula bagi penguasaan negara, sehingga negara cq. Pemerintah tidak bisa melakukan tindakan sewenang-wenang sebab memiliki sejumlah ketentuan yang membatasinya.

2. Prinsip-prinsip yang menjadi dasar demokrasi ekonomi

Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 berisi sejumlah prinsip dasar demokrasi ekonomi yang juga menjadi prinsip bagi penguasaan negara atas tanah dan sumber daya alam lainnya. Terdapat enam prinsip di dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945, antara lain (a) Kebersamaan; (b) Efisiensi berkeadilan; (c) Berkelanjutan; (d) Berwawasan lingkungan; (e) Kemandirian; dan (f) Keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Dalam putusan perkara No. 21-22/PUU-V/2007 mengenai pengujian UU No. 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal, Mahkamah Konstitusi menjabarkan sejumlah prinsip dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 dalam konteks menguji konstitusionalitas modal asing, sebagai berikut: (1) Asas efisiensi berkeadilan adalah asas yang mengedepankan efisiensi berkeadilan dalam usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang adil, kondusif, dan berdaya saing; (2) Asas berkelanjutan adalah asas yang secara terencana mengupayakan berjalannya proses pembangunan melalui penanaman modal untuk menjamin kesejahteraan dan kemajuan dalam segala aspek kehidupan, baik masa kini maupun masa yang akan datang; (3) Asas berwawasan lingkungan adalah asas penanaman modal yang memperhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup; (4) Asas kemandirian adalah asas yang mengedepankan potensi bangsa dan negara dengan tidak menutup diri pada masuknya modal asing demi terwujudnya pertumbuhan ekonomi; (5) Asas keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional adalah asas yang berupaya menjaga keseimbangan kemajuan ekonomi wilayah dalam kesatuan nasional.

Selain itu dalam putusan perkara No. No. 72/PUU-VIII/2010 mengenai pengujian UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan,

Mahkamah Konstitusi juga mengedepankan prinsip berkelanjutan dan prinsip berwawasan lingkungan. Dalam putusan itu Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Isu pengelolaan kehutanan bukan sekadar permasalahan kewenangan administratif (pembagian kewenangan antara pemerintah pusat dan daerah) namun merupakan permasalahan pengelolaan lingkungan dan keseimbangan ekosistem. Pengelolaan lingkungan yang salah dan tidak terencana dengan baik akan berdampak pada berkurangnya ketahanan lingkungan dan berdampak pada menurunnya kualitas dan kuantitas kekayaan alam di Indonesia, sehingga dalam pelaksanaannya diperlukan kehati-hatian dan perencanaan yang matang. Lebih lanjut Mahkamah Konstitusi mengemukakan, untuk menjamin pemenuhan kebutuhan generasi yang akan datang akan sumber daya alam, pengelolaan sumber daya alam di Indonesia harus mempertimbangkan prinsip berkelanjutan (*the just saving principles*).

5. Penutup

Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa seluruh ketentuan (lima ayat) dalam Pasal 33 UUD 1945 harus dipahami sebagai kesatuan yang bulat dan dengan semangat untuk senantiasa menjadikan UUD 1945 sebagai konstitusi yang hidup (*living constitution*). Pasal 33 UUD 1945 bertujuan mewujudkan perekonomian nasional yang memberikan kemakmuran yang sebesar-besarnya kepada rakyat. Perekonomian nasional, yang berupa usaha bersama yang berasaskan kekeluargaan itu, tidak dapat diartikan lain selain sebagai bagian dari tugas Pemerintah Negara Indonesia untuk memajukan kesejahteraan umum. Dalam kerangka pikir itu pula makna "sebesar-besar kemakmuran rakyat" dalam Pasal 33 UUD 1945 itu harus dipahami, bukan semata-mata pada bentuk. Hanya dengan pemahaman demikian pula dapat diterima jalan pikiran pembentuk undang-undang bahwa terhadap bidang-bidang dan/atau cabang-cabang produksi tertentu memang diperlukan penguasaan oleh negara. Dengan penegasan tersebut di atas maka tiga hal berikut menjadi jelas:

1. Hak menguasai yang diberikan oleh UUD 1945 kepada negara bukanlah demi negara itu sendiri. Melainkan dipergunakan bagi sebesar-besar kemakmuran rakyat.
2. Bagi orang perorangan pemegang hak atas tanah, termasuk badan hukum, penegasan tersebut memberi kepastian

bahwa dalam hak atas tanah yang dipunyainya itu melekat pula pembatasan-pembatasan yang lahir dari adanya hak penguasaan oleh negara.

3. Bagi pihak-pihak lain yang bukan pemegang hak atas tanah juga diperoleh kepastian bahwa mereka tidak serta-merta dapat meminta negara untuk melakukan tindakan penguasaan atas tanah yang terhadap tanah itu sudah melekat suatu hak tertentu.

Apa maknanya bahwa Pasal 33 UUD 1945 merupakan konstitusi yang hidup (*living constitution*)? Sebagai konstitusi yang hidup, maka Pasal 33 UUD 1945 akan berkembang, tumbuh dan menyesuaikan dengan perkembangan zaman. Barangkali kedepan perkembangan pemaknaan Pasal 33 UUD 1945 jauh dari apa yang dibayangkan sekarang. Demikian juga dengan apa yang dibayangkan oleh para pendiri republik ketika menyusun UUD 1945.

Tidak dapat dipungkiri bahwa perubahan nilai itu terjadi. Gambaran sederhana untuk memahami perubahan nilai tersebut misalkan dengan melihat bagaimana menempatkan modal asing dalam pengelolaan sumber daya alam. Menurut Mohammad Hatta, modal asing merupakan alternatif terakhir dalam pengusahaan sumber daya alam setelah di maksimalisasi pengusahaannya oleh dalam negeri (koperasi dan badan usaha negara). Hatta menyebutkan:[7]

> "Cara begitulah dahulu kita memikirkan betapa melaksanakan pembangunan ekonomi dengan dasar Pasal 33 UUD 1945. Terutama digerakkan tenaga-tenaga Indonesia yang lemah dengan jalan koperasi, kemudian diberi kesempatan kepada golongan swasta untuk menyerahkan pekerjaan dan kapital nasional. Apabila tenaga nasional dan kapital nasional tidak mencukupi, kita pinjam tenaga asing dan kapital asing untuk melancarkan produksi. Apabila bangsa asing tidak bersedia meminjamkan kapitalnya, maka diberi kesempatan kepada mereka untuk menanam modalnya di tanah air kita dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh Pemerintah Indonesia sendiri. Syarat-

7 Muhammad Hatta, *Ekonomi Indonesia di Masa Datang,* Pidato yang diucapkan sebagai Wakil Presiden dalam Konferensi Ekonomi di Yogyakarta pada tanggal 3 Februari 1946, hal. 1-13

> syarat yang ditentukan itu terutama menjamin kekayaan alam kita, seperti hutan kita dan kesuburan tanah air kita, tetap terpelihara."

Sedangkan hari ini, modal asing bukan lagi diposisikan sebagai alternatif terakhir dalam pembangunan dan pengelolaan sumber daya alam. Putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian UU Penanaman Modal juga 'mengamini' bahwa modal asing memainkan peranan penting dalam pembangunan ekonomi dan tidak boleh ada pembedaan antara modal dalam negeri dengan modal asing sebagaimana dipromosikan *World Trade Organization* (WTO) dan melalui *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).

Sebagai konstitusi yang hidup, pemaknaan Pasal 33 UUD 1945 akan selalu dipengaruhi oleh perkembangan sosial, ekonomi dan politik. Namun di tengah gencarnya desakan liberalisasi kebijakan ekonomi, putusan Mahkamah Konstitusi mampu memberikan beberapa tonggak penting (*milestone*) untuk menjaga kedaulatan rakyat di bidang ekonomi. []

Daftar Pustaka

Asshiddiqie, Jimly, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia,* Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994.

---------, *Green Constitution: Nuansa hijau Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,* Jakarta: Rajawali Press, 2009.

--------, *Konstitusi Ekonomi,* Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2010.

Bahar, Saafroedin dkk., *Risalah Sidang Badang Penyelidikan Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI),* Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995.

Fauzi, Noer, *Petani dan Penguasa, Dinamika Perjalanan Politik Agraria Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, bekerjasama dengan Insist Press dan Konsorsium Pembaruan Agraria, 1998.

Fauzi, Noer dan Dianto Bachriadi, 'Hak Menguasai dari Negara (HMN) PersoalanSejarah yang Harus Diselesaikan, dalam: *Usulan Revisi UUPA 1960: Menuju Penegakan Hak-Hak Rakyat atas Sumber-Sumber Agraria*. Jakarta: KRHN & KPA, 1998.

Hatta,Mohammad, *Ekonomi Indonesia di Masa Datang,* Pidato yang diucapkan sebagai Wakil Presiden dalam Konferensi Ekonomi di Yogyakarta pada tanggal 3 Februari 1946.

--------, *Proklamasi dan Konstitusi*. Jakarta: Djembatan, 1954.

--------, *Penjabaran Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: Mutiara, 1977.

Ismail, Nurhasan, *Perkembangan hukum pertanahan. Pendekatan ekonomi-politik,* Jakarta: HuMa dan Magister Hukum UGM, 2007.

Jacoby, Erich H., *Agrarian Unrest in Southeast Asia.* New York: Columbia University Press, 1961.

Kartodihardjo, Hariadi, *Belenggu IMF dan World Bank Hambatan Struktural Pembaharuan Kebijakan Pembangunan Kehutanan di Indonesia.,* Bogor: Pustaka Latin, 1999.

Kartodihardjo, Hariadi dan Hira Jhamtani, *Politik lingkungan dan kekuasaan di Indonesia*, Jakarta: Equinox, 2009.

Luthfi, Ahmad Nashih et.al., *Kronik Agraria Indonesia. Memperluas imajinasi lintas zaman, sektor dan aktor,* Yogyakarta: STPN, SAINS dan Institute Sejarah Sosial Indonesia, 2011.

Malaka, Tan, *Naar de 'Republiek Indonesia'* (Menuju Republik Indonesia [1925]), Jakarta: Yayasan Massa, 1987.

Rachman, Noer Fauzi, *Landreform dari Masa ke Masa,* Yogyakarta: Tanah Air Beta, 2012.

Safitri, Myrna dan Tristam Moeliono, *Hukum agraria dan masyarakat di Indonesia: Studi tentang tanah, kekayaan alam, dan ruang di masa kolonial dan desentralisasi,* Jakarta: HuMa, Van Vollenhoven Institute, dan KITLV.Miriam Budiardjo, 1980. *Masalah Kenegaraan,* Jakarta: Gramedia, 2010.

Simarmata, Rikardo, *Kapitalisme perkebunan dan konsep pemilikan tanah oleh negara,* Yogyakarta: Insist Press, 2002.

Soekarno, *Indonesia Menggugat 1930*. Cetakan kedua. Jakarta: SK Seno, 1956.

Soepomo, *Statut Uni Indonesia-Belanda. Dengan sekedar pendjelasan di bawah tiap-tiap pasal menurut pembitjaraan pada waktu perundingan di Konperensi Medja Bundar di Den Haag,* Jakarta dan Amsterdam: Penerbit Djambatan, 1950.

---------, *Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia. Dengan sekedar tjatatan dan keterangan dibawah tiap-tiap pasal,* Cetakan Kelima, Jakarta: Penerbitan Noordhoff-Koff NV, 1954.

Sumardjono, Maria SW, *Tanah dalam perspektif hak ekonomi, sosial dan budaya,* Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009.

Swasono, Sri Edi, *Sistem Ekonomi dan Demokrasi Ekonomi: Membangun Sistem Ekonomi Nasional,* Jakarta: UI Press, 1985.

Termorshuizen-Arts, Marjanne, 'Rakyat Indonesia dan tanahnya: Perkembangan Doktrin Domein di masa kolonial dan pengaruhnya dalam hukum agraria Indonesia', dalam Myrna Safitri dan Tristam Moeliono, 2010. *Hukum agraria dan masyarakat di Indonesia: Studi tentang tanah, kekayaan alam, dan ruang di masa kolonial dan desentralisasi,* Jakarta: HuMa, Van Vollenhoven Institute, dan KITLV, 2010.

Wignjosoebroto, Soetandyo, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial Politik dalam Perkembangan Hukum Indonesia*. Jakarta, Rajawali Pers, 1995.

Wiradi, Gunawan, *Reforma Agraria: Perjalanan yang Belum Berakhir*. Jakarta-Bogor-Bandung, Insist Press, KPA dan Akatiga, 2009.

Karya Ilmiah:

Arizona, Yance, "Konsepsi konstitusional penguasaan negara atas agraria dan pelaksanaannya", *Tesis* pada Program Magister Ilmu Hukum, Universitas Indonesia, 2012.

Susanti, Bivitri, "Neo-liberalism and Its Resistance in Indonesia's Constitution Reform 1999-2002: A Constitutional and Historical Review of Indonesian Socialism and Neo-liberalism", *Tesis* Master pada University of Warwick, Inggris, 2002.

Wiradi, Gunawan, *Latar Belakang Lahirnya UUPA 1960 dan Eksistensinya Selama 46 Tahun: Antara Gagasan dan Tindakan,* Bahan masukan bagi Sekretariat Jenderal Wantannas, 4 Mei 2006.

Jurnal:

Arizona, Yance, "Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme", *Jurnal Konstitusi*, Volume I, Nomor 1, November 2008. Diterbitkan atas kerjasama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dengan dengan Lembaga Kajian Konstitusi Universitas Airlangga, 2008.

--------, "Perkembangan konstitusionalitas penguasaan negara atas sumber daya alam dalam putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi* Vol. 8. No. 3. Juni 2011

Lund, Christian, Property and citizenship: Conceptually conecting land rights and belonging in Africa, in: *Africa Spectrum,* 46, 2011, 3: 71-75.

Ransom, David, "The Berkeley Mafia and the Indonesian Massacre". *Ramparts*, Oktober 1970. Hal. 27-28, 40-49.

Saptaningrum, Indriaswati Dyah, *Jejak Neoliberalisme dalam Perkembangan Hukum Indonesia,* Jurnal Jentera Edisi Khusus, 2008

11

Application Tolerance Interval Theory to The Indonesian Constitutional Court

Oleh: Fritz Edward Siregar

Introduction

Indonesia's Constitutional Court is already one of the most important state institutions in Indonesia. Through the Court's decision in its various authorities, the Indonesia Constitutional Court brought back hope to the nation that this Court is working. People have an expectation that justice will prevail and their constitutional rights shall be protected. Chief Justice Mahfud MD. on various occasions publicly announced that there is no law in the Republic that shall exist if that law contradicts the 1945 Constitution. The Court has no hesitation in declaring a whole law unconstitutional. With respect to its handling of state institutional disputes, for the first time, the President of the Republic of Indonesia filed a case against the People Representative Council (DPR) with respect to a dispute the repurchase of shares in a state enterprises. Even though the Court ruled in favour of the DPR and rejected the President's petition, this event showed that President has faith to bring disputes to the Constitutional Court instead of trying to settle the dispute through political channels. In handling heads and vice heads of regency election result disputes, the Court ordered recounts and revotes in respective regencies in response to massive violations of seen to be caused by money politics. Even though the Law on the Constitutional Court and the Law on Regional Autonomy doesn't regulate a mechanism of revote and recount with respect to the

Constitutional Court's decision, the Election Commission enforced the Court's decision.

However, the honeymoon might have ended. The Court has been considering issues beyond its original authority as given by the 1945 Constitution. The Indonesia Parliament, People Representative Council (DPR), promulgated Law Number 8 Year 2011 to amend Law Number 24 Year 2003 on the Constitutional Court by limiting the Court's authority. However, the Court later struck back by declaring 17 provisions from Law Number 8 Year 2011 unconstitutional. In order to understand the political clash that has developed, and the likelihood of another such clash, it is necessary to understand this phenomenon through a political science scholarly lens. The purpose of this paper is to bring comparative literature particularly tolerance interval theory on constitutional courts to bear on understanding developments in Indonesia.

It is of the utmost importance to bear in mind that this paper is not intended to view Indonesia Constitutional Court practice from the perspective of the full scale of tolerance interval theory develop by Lee Epstein, Jack Knight and Olga Shvetsova.[1] The Epsteinet al model used econometric and mathematical approaches by looking into responses from one case to another. I have tried to use the basic idea of the Epstein model and view it through a close case description as a descriptive methodology. This paper is divided into six sections. The first section is an update on the Indonesia Constitutional Court. Second, is brief introduction on tolerance interval model. Third, covers the application of the tolerance interval theory in Indonesia. Fourth, the reasons why the Court was able to move beyond its tolerance interval is considered. Fifth, a prediction for developments is considered.

Section 1, The Constitutional Court of Indonesia

The Court has been praised as one of success of the reformation era upon the resignation of President Soeharto after 30 years in presidency. For a long time, the Indonesian judiciary has been considered a lame duck and considered a government rubber stamp

1 Lee Epstein, Jack Knight and Olga Shvetsova, 'The Role of Constitutional Courts in the Establisment and Maintenance Democratic Systems of Government ' (2001) 35(1) *Law & Society Review,* p. 117

for government action.[2] One of Court successful praised the effort of the first Chief Justice Prof. Jimly Asshiddiqqie ("CJ Jimly"). Against all odds and the prediction of many, the Court has stood up and become respected in the judiciary. CJ Jimly was the one who fought for the recognition of judicial status for the Constitutional Court and he was also the one who devised the strategy to raise the profile of the Court in its early years of operation.[3] His constitutional law training made CJ Jimly realise the importance of judicial institutions. CJ Jimly was fully aware that the whole point of establishing a constitutional court was to scrutinise legislation, but if the government circumscribed the Court's authority, then there would be no point in establishing a Constitutional Court. Therefore, Jimly believe that the Court should invalidate a Law whenever it violated the Indonesian Constitution[4]. Due to his success and determination to build a respected judiciary, CJ Jimly had to pay the price. He lost his chairmanship and was not being appointed as Chief Justice for a second term (2008 – 2013), and this led to his early resignation in November 2009. Chief Justice Prof Mohammad Mahfud MD ("CJ Mahfud") replaced Chief Justice Jimly in 18 August 2008.[5]

History of the Court

The creation of the Indonesia Constitutional Court *(Mahkamah Konstitusi)* linked decisively with the previous amendments to the 1945 Constitution of 1999 – 2001, which, with accompanying statutory reforms, introduced direct presidential elections, increased the power of the People Representative Council (DPR) to legislate and call the

2 S. Pompe, *The Indonesian Supreme Court: A Study of Institutional Collapse,* Studies on Southeast Asia (Southeast Asia Program, Cornell University, 2005)

3 Hendrianto, *From Humble Beginnings to a Functioning Court: The Indonesian Constitutional Cout, 2003-2008* (PhD Thesis, University of Washington 2008). Hendrianto dissertation explained further the role of Chief Justice Jimly Asshiddiqie in driving Indonesia Constitutional Court (2003-2008).

4 Personal communication with Chief Justice Jimly, 18 August 2004.

5 CJ Mahfud joined the bench of the Constitutional Court on April 2008 upon the retirement of Constitutional Justice Roestandi. As Professor of Constitutional Law and a Member of Parliament, CJ Mahfud had a mission to slow down judicial activism that Court had taken. It is said that CJ Mahfud actively approached other Constitutional Justices before the election of the Chief Justice.

government to account, ended the system of appointing members to the Indonesia People Consultative Assembly(MPR), removed the political role of the military, reformed the judiciary and established its independence from the executive, decentralised government, and introduced a new assembly of provincial representatives.[6]

However, the idea of the establishment of a Constitutional Court was not intended at the beginning of the amendment process in 1999. It was Hamdan Zoelva and Valina Singka Subekti who for the first time raised the issue of judicial review.[7]HamdanZoelva, who now sits as a Constitutional Court Justice, represented the Islamic oriented Crescent and Star Party, and stated that the Indonesia People's Consultative Assembly (MPR) should discuss the idea of making the Supreme Court into a constitutional court.[8] Valina, from the Functional Delegates (*Utusan Golongan)*[9], urged the MPR to put priority on judicial independence and authority of the Supreme Court to conduct judicial review.[10] Both Hamdan and Valina argued that the judicial review authority would enable the Supreme Court to exercise its control function over the executive and legislative.[11]

These factors did not of course determine what model of court or judicial review should be adopted. Some preferred an independent constitutional court, some preferred a constitutional chamber of the Supreme Court and others opposed to judicial review preferred review

---

6 Andrew; Peter Leyland Harding, 'The Constitutional Court of Thailand and Indonesia : Two Case Studies From South East Asia' in Andrew; Peter Leyland Harding (ed), *Constitutonal Court : A Comparative Study*, JCLStudies in Comparative Law (Windy, Simmonds & Hill Publishing, 2009) .

7 Minutes of 2nd Meeting, Working Group MPR, 6 October 1999.

8 Minutes of 2nd Meeting, Working Group MPR, 6 October 1999.

9 People's Consultative Assembly consist of representation of political party and group of people according to their expertise. That group names as Functional Delegate. In amendment 1945 Constitution, functional delegate function change to be Regional Representative Council (DPD)

10 Minutes of 2nd Meeting, Working Group MPR, 6 October 1999.

11 Benny Harman, *Perkembangan Pemikiran Mengenai Perlunya Pengujian UU Terhadap UUD Dalam Sejarah Ketatanegaraan Indonesia (1945-2004) (The Development of Legal Thought on the Judicial Review Act of Parliament Against the Constituton in the Indonesia Constitutional History)* (PhD Thesis, University of Indonesia, 2006)

by the MPR itself.[12] A study tour of MPR legislators to 21 countries, on which only 11 in fact have a constitutional court, seems to have been influential in resolving a deadlocked debate on this issue.[13]

One main reason for the political forces opposed to an independent court to compromise on their position was that during the debate on this issue in 2001, President Abdurrahman Wahid was impeached. Fearing a similar and highly politicized impeachment attempt being mounted in the future, the new President, Megawati Soekarnoputri, and her Indonesian Democracy Party – Struggle *(Partai Demokrasi Indonesia – Perjuangan/ PDI-P)*) party decided to support the establishment of the Constitutional Court because of its proposed powers over presidential impeachment (this is the general understanding by scholars as to how Indonesia created its Constitutional Court).[14] In the controversy with regard to the impeachment of President Abdurrahman Wahid, an idea was put forward to implement a constitutional arrangement on the mechanism of impeachment, so that a president accused of committing a crime could be brought before a Court of Law, rather than a political forum such as the MPR.[15] These circumstances can be explained by insurance theory assuggested by Tom Ginsburg[16] as an instrument that mitigates the risk of electoral loss.

The Indonesian Constitutional Court is mandated through, and its authority provided by, the 1945 Constitution and is further set out in

---

12 Hendrianto, *From Humble Beginnings to a Functioning Court: The Indonesian Constitutional Cout, 2003-2008* (PhD Thesis, University of Washington 2008).

13 Hamdan Zoelva, '*Hubungan Mahkamah Konstitusi dengan Lembaga Negara Lainnya* (Constitutional Court and relate State Institution)' (2006) (January - March) *Jentera Jurnal Hukum*, p. 7.

14 Jimly Prof Dr Asshidiqqie, *The Constitutional Law of Indonesia: A Comprehensive Overview* (Sweet & Maxwell Asia, 2009); Simon Butt, *Judicial Review in Indonesia: Between Civil Law and Accountability? A Study of Constitutonal Court Decision* (PhD Thesis, University of Melbourne, 2006); Maruarar Siahaan, *Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi (The Implementation of Constitutional Court Decision)* (PhD Thesis, Dissertation Thesis, University of Diponegoro, 2010); Denny Indrayana, *Indonesian constitutional reform, 1999-2002: an evaluation of constitution-making in transition* (Kompas, 2008).

15 Hendrianto, above n 416.

16 Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press, 2003)

Law Number 24 Year 2003regarding the Constitutional Court. Latter, Law Number 24 of 2003 was amended by Law Number 8 of 2011 on Constitutional Court.

According to Indonesia Constitution and Constitutional Court Law, the Court has the authority to,

> (1).....hear matters at the lowest and highest levels and to make final decisions in the review of legislation against the Constitution, the settlement of disputes regarding the authority of state bodies whose authority is given by the Constitution, the dissolution of political parties, and the settlement of disputes concerning the results of general elections. (2) ... to adjudicate on the opinion of People Representative Council regarding allegations of misconduct by the President and/or the Vice President in accordance with the Constitution.

Even though the authority to adjudicate on the opinion of People Representative Council (DPR) regarding allegations of misconduct by the President and/or the Vice President in accordance with the 1945 Constitution, or commonly known as impeachment, is the original intent that led to the creation of Indonesia Constitutional Court (*Mahkamah Konstitusi)*, to date, that authority has not been exercised.

Nine constitutional justices with five year tenure on the bench which is renewable once only in exercising judicial review authority, since 15 August 2003 until 10 February 2013, have received 474 judicial review cases. The Court has undertaken judicial review on 139 Laws[17]. The Court has annulled 5 entire laws,[18] changed sentences, paragraphs, and provided different interpretations through conditionally constitutional or conditionally unconstitutionality of decision on a number of laws.

Political Backlash

The Court is yet to celebrate its 10th anniversary, and has been

17 www.mahkamahkonstitusi.go.id access dated 10 February 2013.

18 Law Number 20 Year 2002 on Electricity, Law Number 27 Year 2004 on Truth and Reconciliation Commission, Law Number 9 Year 2009 on State Corporation in Education

functioning well as a protector of constitutional rights and the defender of the 1945 Constitution. However, the People Representative Council (DPR*)* and Executive (President) is not really celebrating the progressiveness of the Court.

On 21 June 2011, the Parliament issued Law Number 8 Number 2011 to amend Law Number 24 Year 2003 on the Constitutional Court. Among other amendments that the Parliament imposed upon the Court through this amendment are the prohibition upon the court to (1) issue *ultra petitia* decisions and (2) acting as a *positive legislature* that creates new norms in its decisions.[19] Looking to the DPR's Member debate during the drafting, the intention to reduce the limit of the Court's authority is clearly evident.[20]

The Minister of Law and Human Rights, Patrialis Akbar, in his introductory speech on 30 September 2010 stated

> "The Court has already become a super power and worked beyond its authority; The Court shall not be given other authority except for general elections (not head or vice head regency elections); What the Court has done is too far; When the Court found contradictions, the Court did not just declare them unconstitutional, but also made regulations as if it was the legislator (positive legislator)."

Dimyati Natakusumah, Chairman of the Drafting Committee argued,

> "The Court shall not grant decisions more than what the petitioner requested."[21]

Yahdil Abdi Harapah, National Mandate Party (*Partai Amanat Nasional)*, stated that:

"The Court should concentrate upon their main job of

---

19 'Dewan Mengesahkan UU MK – Dinilai Langgar UUD 1945', *Kompas Cetak* (Jakarta), 22 June 2011

20 Tempo, 'Artidjo Alkostar: If a corruptor's file ends up on my desk he won't get away', *Tempo* 2012/08/16/ 2012

21 DPR Drafting Committee to amend Law Number 24 Year 2003 Minutes of Meeting, 8 October 2010.

> constitutional review. The Court should not handle small number of votes [head of regency election result dispute]. It is a downgrade of their position as statesmen"[22].

These type of statements issued by Parliament members during the debate on amendment of the Constitutional Court Law were commonly uttered during the discussion of the debate addressed by Parliament Member.

Even though Law Number 8 of2011 didn't amend the authority of the Court in handling of head of regency election result dispute, it is very likely that Parliament will return that authority back to the Supreme Court through and amendment of the Regional Autonomy Law which is currently still in discussion.[23] The Government has expressed this intention "Yes, the Government will propose the change during the discussion of Regional Autonomy Law to accommodate the change."[24]

During the finalization meeting of Law Number 8 of 2011, Minister of Law and Human Rights, Patrialis Akbar stated that

> There should be a limitation what the Constitutional Court can decide. Indonesia is a country ruled by the rule of law. No state institution has unlimited authority.[25]

On 28 July 2011, eight academics, including law professors and constitutional law activist, filed judicial review petition of 14 provisions of Law Number 8 Year 2012 to the Court. Unsurprisingly, on 18 October 2011, the Court[26] responded by annulling 16 provisions of Law Number 8 Year 2011.[27]

---

22 DPR Drafting Committee to amend Law Number 24 Year 2003 Minutes of Meeting, 30 September 2010.

23 Balquni, *MK berangsengketapilkadaditangani MA | merdeka.com* (2012) Merdeka<http://www.merdeka.com/peristiwa/mk-berang-sengketa-pilkada-ditangani-ma.html>

24 DPR Drafting Committee to amend Law Number 24 Year 2003 Minutes of Meeting 9 June 2011

25 ANANTA, 'DPR Membatasi Kewenangan MK - MK Dilarang Memutus Melebihi Permohonan', *Kompas Cetak* (Jakarta), 15 June 2011

26 Justice Harjono dissent.

27 Decision Number 49/PUU-IX/2011, dated 18 October 2011.Example of

This is the first attempt of the DPR and President to try to reduce the authority of the Court through an amendment of the Constitutional Court Law. Is this the first and the last or will the Government prepare to try another attack?

Section 2, Epstein Model

As mentioned earlier the first bench of the Constitutional Court under the leadership of CJ Jimly commenced on 18 August 2003 until 15 August 2008. The second benchcommenceon18 August 2008 and will be until 15 April 2013 under the leadership of Chief Justice Mahfud. The main question of this paper is why DPR and President attacked the Court by amending and trying to limit the Court's authority in 2011? Why not in 2005 or 2007? There are at least raises two possible explanations. First, the DPR and President were late to realise how powerful the Court is. Second, the second batch of Constitutional Justices move beyond their authority. I will attempt to explain this situation through the law of equilibrium and tolerance interval theories that develop by Epstein et al.

Tolerance Interval Model

Tolerance interval comes together with the idea of the law of equilibrium. Tolerance interval can be understand as part of rational choice theory with the attitudinal model a simple version of rational choice theory because it assumes judges are able to maximise their utility by issuing whatever decision most pleases them according to their ideologically beliefs, without regard to other institutions or considerations.[28] It is a straight forward application. The attitudinal

article that the Court declared unconstitutional is Article 45A and Article 57(2a) as follows, If the Constitutional Court decision contains a finding that was not sought by applicants, or which exceeds what the application sought, except in respect of particular matters related to the basis of the application; Article 57(2a) Constitutional Court decisions are not to contain: (a) Declarations other than those referred to in Article 57(1) and (2); (b) Orders to law-makers; (c) Formulations or norms to replace the norms of legislation that are declared to conflict with the Constitution.

28 Frank B. Cross, 'Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance' (1997) 92(1) (1997) *Northwestern University Law Review*

model encompasses the idea that judges will deny that they make decisions according to their ideologically beliefs. Court decisions will cite principles of legal interpretation justified by reference to classic legal principle or statutory interpretation.[29]

The law of equilibrium can be interpreted as a balancing condition between competitive forces or stated institutions. The legislative, executive, and judiciary engage in purposive behaviour. Each state institution seeks to promote its vision of the public interest. In order to achieve this goal, as argued by Eskridge et al, each state institution should act strategically, adjusting its actions in anticipation of how other institutions will responds.[30]

The legislative and executive introduce a law, the judiciary interprets laws. The legislative also has authority to amend laws or 'to override errant interpretations'.[31] The positive consequences of this thesis are that the law's equilibrium will be a dynamic one. At any given time, most legal issues are in a state of stable equilibrium, even if temporarily shifting, the institutions move back toward the stable position.[32]

Having said that, Epstein et al put forward the idea of the 'tolerance interval model'. The model of tolerance intervals takes the form of strategic interactions between the Constitutional Court and the two other elected actors, which are the President and Parliament. The interaction between the Court and these other actors begins with the Court deciding whether to take a case involving particular policy issues, and, if it accepts the case, where to place the policy. After the Court moves, the other actors must decide whether to modify, override, or disregard the Court's decision or attack the Court in another way. These sorts of "attacks," Epstein et al assumed, may have short and long term effects on the Court. In the short term, other actors may nullify a decision or render it ineffective.[33] In the longer term, other actor may chip away

---

29 Frank B. Cross, Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance. Northwestern University Law Review, 92 Nw. U. L. Rev. 251 1997 – 1998, p 266.

30 William N. Eskridge, 'Law as Equilibrium' (1994) 108(1) (1994/11/01/) *Harvard Law Review*, p. 29.

31 *Ibid.,* p. 30.

32 *Ibid.*

33 Georg Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany,* Political

at the Court's legitimacy that is their impact may accumulate over time such that the Court itself becomes an ineffective political institution.[34] Epstein et al further assumed that all actors involve in this interaction have positions, what are called "most preferred positions", that is, the position in which all actors would ideally like to see government policy placed.[35]

In the Epstein et al model, this requires the Court to reach decisions that are within the intersection of tolerance intervals or to avoid disputes for which no intersection exists. What this, in turn, suggests that tolerance intervals can increase (or decrease) over time.[36] On the other hand, if the court over time decides cases within the tolerance ranges, not only will elected actors implement those decisions but there also will be a cumulative effect on the Court's legitimacy and its ability to maximize its policy preference.[37]

Russian Constitutional Court

In introducing the tolerance interval theory, Epstein et al examined the experience of the Russian Constitutional Court. The Russian case is an example of the Court moving politically and overarching its jurisdiction by issuing decisions beyond intervals. On 7 October 1993, the then President Yeltsin signed a decree suspending the Constitutional Court until the adoption of a new Constitution. Yeltsin was disappointed at the Court and expected the Court to be written out of the 1993 Constitution.[38] The Second Constitutional Court established (1995-1996) is different in design from its predecessor and it has engendered a higher level of respect as well.

---

economy of institutions and decisions (Cambridge University Press, 2005)

34 Robert B. Ahdieh, *Russia's Constitutional Revolution: Legal Consciousness and the Transition to Democracy, 1985-1995* (Pennsylvanie State University Press, 1997)

35 Epstein, Knight and Shvetsova, *previously cited: remove this citation and make cross-reference*125.

36 Gregory A. Caldeira, 'Public Opinion and The U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan' (1987) 81(4) (1987/12/01/) *The American Political Science Review, p.* 1139.

37 Mary L Volcansek, 'Judicial Activism in Italy ' in KM Holland (ed), *Judicial Activism in a Comparative Perspective* (St Martin, 1991)

38 Epstein, Knight and Shvetsova, *previously cited: remove this citation and make cross-reference*137.

What can be said about the relation of the tolerance interval model between the first and second era of the Russian Constitutional Court? According to Epstein's observations, in the First Court era, only 11 decisions out of 29 decisions or 37.9% were in the "safe" area, preference distributions.[39]Russian Constitutional Court first bench (1993) has decided highly charged political disputes before building up good will among political actors and the public alike and this lead elected actors to challenge the Court and its decisions.[40] This also led to perceptions that the Court used its law as source of judicial power and led to potential abuses of government power".[41]

On the other hand, nearly 90% of the Second Court Era's 34 decisions fell into the "safe" zone. One of the explanations of that behaviour is that the Court sought to avoid "severe political questions" both in and outside the Court.[42] In fact, the Court did not seriously challenge President's Yeltsin power, even though it has had several opportunities to do so, instead, it has limited his authority only to cases in which the issues were less "highly charged"[43]

Section 3, Tolerance Interval Indonesia Version

Through this chapter, I will apply the tolerance interval model that has been develop by Epstein et al towards selected case in order to explain how the Indonesian Constitutional Court used the "tolerance interval model" in their decisions according whether those decisions were outside or inside the applicable tolerance interval. Did Court decide cases according to the 1945 Constitution or the Court abused judicial power vested in it by the Constitution?[44]

East Java Case

39 *Ibid,* p. 149.

40 *Ibid,* p. 152.

41 Thomas F Remington, Steven Smith and Moshe Haspel, 'Decrees, Laws, Interbranch Relations in the Russian Federation' (1998) (14) *Post Soviet Affairs, p.* 287 .

42 Ibid; Robert Sharlet, 'Transitional Constitutionalism : Politics and Law in the Second Russian Republic' (1996) (14) *Wisconsin International Law*, p. 9.

43 Remington, Smith and Haspel, *previously cited: remove this citation and make cross-reference* 219.

44 *Ibid.*

In this part, I will discuss the East Java Governor election result dispute where the Court 'violated' all statutory election law, and the Constitutional Court law with regard to how to handle the head of regency local election result dispute (*Pilkada*). I argue that the East Java Case was the first test that the Court decided beyond any political actor's expectations and moved wider than their tolerance interval. From this point, the Court more often decided cases beyond their expected tolerance interval.[45] In 2008, upon the amendment of Regional Autonomy Law,[46] Head and vice head of the regency election result dispute transferred to the Constitutional Court from the Supreme Court. The Court played important role with regard to the transferred. It is the idea of CJ Jimly that all election result disputes should be settled in one court.[47] However, CJ Jimly is not on the bench and leadership of the justice deliberation meeting has been taken by CJ Mahfud. The Court had issued 504 decisions on local head and regency election.[48] Each Pilkada election result dispute should be settled in 30 business day.[49]This has[50] arguably become the greater consumer of time for the Court to heard these types of cases and has been recommended to be taken from the Court's jurisdiction..

On 11 November 2008, the East Java Election Commission declared that Sukarwo and Saifullah Yusuf had been duly elected Governor and Deputy Governor of East Java province. They won the second round of head of provincial election receiving 7.729.944 votes

---

45 Before East Java case, the Court issued many decisions with respect to General Election and Presidential Election in 2004. However, I classification those decision as decision that still in the range of interval because it is still in the range of Court's authority.

46 Law Number 12 Year of 2008 on Second Amendment Law Number 32 Year of 2004 on Regional Autonomy Law.

47 *Selesaikan Sengketa Pilkada di MA Melanggar Konstitusi* (12 September 2012 2013) Jawa Pos <http://news.loveindonesia.com/en/news/detail/72719/selesaikan-sengketa-pilkada-di-ma-melanggar-konstitusi>

48 November 2008 - February 2013.

49 Since enactment of Law Number 32 Year 2004 on Regional Autonomy, head of regency (city, regency, province) should be elected through direct election (Article 24).

50 *Mahkamah Agung akan kembali menangani Sengketa Pilkada* (9 September 2012 2013) Kompasiana <http://hukum.kompasiana.com/2012/09/07/mahkamah-agung-akan-kembali-menangani-sengketa-pilkada-491620.html>

(50,2% of the total votes). The other candidate, Khofifah Parawansa and Mujiono who received 7.669.721 votes or 49.8% of the total votes, filed a head of local regency election result dispute to the Court claiming numerous mistakes or improprieties had occurred in 26 regencies in that province.[51]Khofifah Parawansa and Mujiono requested the Court to invalidate the results and declare them the winners.[52] Unexpectedly, the Court ordered a revote at two regencies (Bangkalan and Sampang) and a recount at one regency Pamekasan even though the Court has no authority to order a recount or a revote.

Election disputes are not always related to election results for disputes which fall under the authority of the Court. There are three type of election disputes namely (1) elective administrative violation tobe examined and settled by Election Commission (*Komisi Pemilihan Umum/ KPU)*;[53] (2) election criminal violation for which settlement is implemented through the Local District Court[54] and (3) election result disputes settled by the Constitutional Court.[55]This means that in cases of election result disputes that are lodged with the Court are based on the argument that there has been a mistake in the vote count by the Election Commission. Such election results disputes include all general elections, whether for first and second rounds of legislative and Presidential General elections.[56] The petitioner of an election result dispute will argue in relation to 'election of members of the regional representative council, determination of pairs of candidates eligible to enter the second round of the President and Vice President election and seats allocation'.[57]

For the first time in Indonesian history, in 2004, the Court received and settled an election result dispute on the general election for the first time since Indonesian Independence in 1945. The Court received 274 cases filed by 23 out of 24 political parties, 21 cases filed by regional

51 Constitutional Court Decision 41/PHPU.D-VI/2008

52 Constitutional Court Decision 41/PHPU.D-VI/2008.

53 Article 250, Law Number 10/2008 on Legislative Election

54 Article 252, Law Number 10/2008 on Legislative Election

55 Article 259, Law Number 10/2008 on Legislative Election

56 Article 24C (1) 1945 Constitution; Article 74(1) Constitutional Court Law

57 Article 74(2) Constitutional Court Law

representative candidates and one case on the presidential election. The representative candidate cases must be settled in 30 business day and 15 days for a presidential general election.[58]

During the examination hearing for the 2004 general elections, the Court money political involvement during election process including the intimidation of the supporters of other political parties. However, in various cases the Court refused to settle that allegation by referring to the Court's authority of handling general elections' "results"[59]. The Court didn't make any involvement into the determination of quality of process (of what) that was settled in the District Court. The Court stated in a number of decisions, that it is the authority of the District Courts to decide those cases which involves financial and criminal charges in the elections. In 2004 general elections' dispute, the Court initially adopted a 'mathematical' approach. It means that the Court has limited itself to the checking of local Election Commission's counting mistakes. If the errors were found, the Court would had to replace the Election Commission's counting mistakes with the correct one.

The Court accepted Khofifah's argument that Sukarwo had, in these three regencies, had concluded a 'contract' with the village administrators to support them financially if they helped him in winning the election. The amount money was dependent on the number of villagers who voted and the percentage of votes the Sukarwo pair would have received.[60] According to the Court, this evidence, combined with other evidences, proved that the breach of electoral laws had taken place, requiring the Court to order for revoting and recounting in these three regencies.[61]

Since East Java decision, the Court decided general election's results in different ways. Though, in the beginning, the Court decided about the general election's results on the grounds of

58 Law Number 12 Year 2003 on Legislative Election and Law Number 23 Year 2003 on Presidential Election.

59 Article 106 of Law 32 Year 2004 on Regional Government Law - Check Again

60 Constitutional Court Decision 41/PHPU.D-VI/2008, para [3.24.1].

61 Constitutional Court Decision 41/PHPU.D-VI/2008, para [3.34].

counting errors, however, with the passage of time, it ('Court') also started to give its verdicts about the elections' results on the grounds such as presences of mass mobilisation, candidate administrative requirement, criminal background, impartial government officer in support incumbent candidate, election commission effectiveness, money politic, bribery and repeated votes.[62] In deciding East Java case, CJ Mahfud refused that the Indonesia Constitutional Court becomes "court of calculation". If the Law is unable to provide justice, the Court will provide one.[63]

According to the Regional Governance Law, there is no obligation for KPU to follow the Court's decision. Regional Governance Law says that the revoting or recounting is permitted after the recommendation of Local Supervisory Committee (*Panitia Pengawas Kecamatan),*not by the Court decision[64].. Fortunately, KPU complied in accordance with the Court's decision and conducted the revoting and recounting in the three regencies as per stated in the Court's decision. Though, the results remained same after the revoting and recounting (not changed in favour of Suwarko, however, such a "compliance" created a new mechanism for resolving of the election related disputes.

From 2008 til end of 2012, the Court has rendered 489 Pilkada cases and granted 57 decisions. In 37 of 57 decisions, the Court ordered in favour of revoting and recounting. Only in 4 out of 57 decisions, the Court has decided about the status of election results within its original authority. This East Java case is a starting point of another new interval for the Court. The Court kept increasing its interval by various decisions.

In South Bengkulu Regency Pilkada Election, the Court dismissed elected Head of Regency, Dirwan Mahmud. The petitioner argued that Dirwan Mahmud changed his identity to hide his past. He said to the court that Dirwan has already served seven years in prison on murder's charge. Dirwan Mahmud has been elected as local Member of Parliament

62 Personal research for Head of Regency Election Result Dispute 2008 – 2012.

63 Rita Triana Budiarti, *On the Record : Mahfud MD on Court Decision (Mahfud MD di balik Putusan Mahkamah Konstitusi)* (Rajagrafindo Persada, 2010), p. 72.

64 Article 103 and 104 of Law Number 32 Year 2004 on Regional Autonomy Law.

for 1999 – 2004 and even became Spoke person of South Bengkulu Local Parliament. Even though there is no written document to prove criminal charge and that the case was supported only by testimonial evidence of the petitioner, however, the Court without reasonable doubt dismissed Dirwan Mahmud's candidacy and order for revoting in the entire regency.[65]

Policy Maker

In election's case, in its decision, the Court acted as a policy maker. Another example of how the Court acted as a policy maker is the decision about determination of seat allocation. The Court suggested the 'correct way' for determining the allocation of seat. It has decided about the "seat allocation according to phase two and third" by providing interpretation what is the meaning of "open proportionality mechanism" as regulated by article 5(1) Law Number 10 Year 2008 on General Election of National Representative.[66]Though, in its decision, the Court didn't declared Election Commission Regulated Number 15 (2009) on Seat Allocation Mechanism invalid.[67]This conditionally constitutional decision about the seat allocation has been implemented through mechanism that the Court decided.[68]

Two day before the Presidential and Vice Presidential General Elections in8 July 2009, the Court declared that the "national ID and passport" is eligible ID to vote even though the voter's name has not enlisted in voter list. This petition was filed by Refly Harun and Mahesware Prabandono, who became ineligible to vote in National Representative Election in 9 April 2009as their names were not registered in voter lists. During the proceedings of the case, the Court didn't invite or hear any argument from the President or Parliament, and hearings lasted only for half day. The Court stated that each person has right to vote and right to be a candidate[69], and Laws that regulate voter list is just an administrate matter and shall not abolish the right

65 Constitutional Court Decision 057/PHPU-D/2008.

66 Constitutional Court Decision 110-111-112-113/VII/2009

67 Constitutional Court Decision 110-111-112-113/VII/2009 par [3.37]

68 *Ibid.*

69 Constitutional Court Decision 102/PUU-VII/2009 par [3.13].

to vote.[70] Latter, CJ Mahfud stated that voter list became national issue that may lead to clash between different parties' supporters during the Presidential election, however, it is necessary that people's basic right of voting should also be protected.[71]

DPR, President and the Court as interdependent decision makers cannot achieve their rational goals simply by choosing actions that directly satisfy those goals. Instead, each decision makers will have to behave strategically, choosing those actions that could achieve their goals in a best way, also considering the anticipation that how other decision makers will respond to their own possible choices.[72] The Court somehow understands that other state institution, including Election Commission will full support their decision, and without their support, its decision may not likely be implemented.

As argued by Green and Shapiro, rational choice theory proposed that all individual has self-interest to maximize their objectives or involves *utility maximization*.[73] In this respect, each decision maker in state institutions 'when confronted with an array of option, picks the one she believes best serves her objectives.'[74]Consequently, each decision makers intends to make a decision beyond their authority. When the Court has impeaches the elected head of regency or provides correct interpretation of Law, the Court is able to displace an existing equilibrium or, more dramatically, to establish a new equilibrium where the Court wants it to be.[75]

For the policies falling within their tolerance interval, the actors also including DPR, President and Election Commission, have realized that the benefits of complying to the Court's decision override the cost of an attack. And, regarding the policies falling outside the interval,

---

70 Constitutional Court Decision 102/PUU-VII/2009 par [3.20].

71 Budiarti, above n 64 130.

72 *Ibid,* p. 36.

73 Rational choice theory has been regarded as a major breakthrough by many. Donald P. Green and Ian Shapiro, *Pathologies of rational choice theory* (Yale University Press, 1994).

74 *Ibid,* p. 14.

75 Donald J. Boudreaux and A. C. Pritchard, 'Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process' (1993) 62 (1993 1994) *Fordham Law Review*.

they have determined that the benefits of an attack outweigh the cost of complying. Even though elected actors such as parliament members, may be willing to tolerate policy that is not on their ideal points, as they may incur costs associated with challenging a decision produced by the Court.[76] This obedience is a necessary condition for democratization.[77]

Conditionally Decision

Court has the authority of judicial review to protect the 1945 Constitution.[78] If the Court finds a law contradictory to the 1945 Constitution, it can declare that law as invalid.[79] However, by doing so, the Court has to understand that such a decision can has profound effects on the institutional structures of society and exercise of political power. It can affect the distribution of power, or the rights between the state institutions.[80] The Court in exercise such authority, after feeling confident to do so, started to render more decisions beyond its original authority that has been provided by the 1945 Constitution and Constitutional Court law.

These kinds of decisions have provided new interpretation for the laws. The court has interpreted laws by using different terminologies such as, should be read as, conditionally unconstitutional, conditionally constitutional or sometimes inserting new word into a Law.

DPR, as Law Maker feels threaten with that behaviour. DPR's member responded by quoting that, Arif Wibowo, *Partai Demokrasi Indonesia – Perjuangan* (Indonesia Democratic Party – Struggle) stated.[81]

---

76 Daniel B Rodriquez, 'The Positive Political Dimension of Regulatory Reform' (1994) 1(72) *Washington University Law Quarter*.

77 Jennifer Widner, 'Courts and Democracy in Postconflict Transitions: A Social Scientist's Perspecrtive on the African Case' (2001) (95) *American Journal of International Law,* p. 64.

78 Article 24C 1945 Constitution.

79 Article 57 (1) Constitutional Court Law Number 24 Year 2003.

80 Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study,* (Oxford University Press, 2006), p. 1.

81 DPR Drafting Committee to amend Law Number 24 Year 2003 Minutes of Meeting, 9 June 2011.

Sociologically, the public has already seen considering Court's decision as a Law. Whatever the Court decision, the DPR needs to respond so that people will understand that the lawmaker is DPR and not the Court.[82]

During the debate on amending Law Number 24 Year 2003 on Constitutional Court Law, many arguments from Parliament Member similar like above presented during the meeting. It is shown the desperation of the Parliament to the Court seeing that their "authority has been taken away" by the Court.

In Electricity case,[83]while arguing that which Electricity Law[84] is intended to privatise public utilities, the Court declared the entire Electricity Law as unconstitutional. The Court also declared the retroactive clause of Terrorism Law[85]for imposing terrorism preparatory or widely known for Bali Bombing 2002 as unconstitutional. Despite interpretation methodology that the Court used to decide those two cases, I argue that this type of decision is still in the limit of tolerance interval of the Court. Those positions are taken because the Court has authority to make these decisions in the light of its authority provided by 1945 Constitution and Constitutional Court Law.

The Court moves forward outside its interval by considering other norms or Court's interpretation about a Law, and introduce conditionally constitutional or conditionally unconstitutional type of decision. Even though the Court never stated clearly what is the meaning of conditionally constitutional or conditionally unconstitutional, and what is the impact if Government and DPR refused to obey this conditionally decision.

The above discussed election related cases regarding seat allocation and voter ID'S, are just two examples, where the Court used conditionally constitutional decision. The Court didn't declare Law as unconstitutional after review. The Court used term conditionally constitutional or conditional unconstitutional as a tool to explain

82 DPR Drafting Committee to amend Law Number 24 Year 2003 Minutes of Meeting, 9 June 2011.

83 Constitutional Court Decision 01/PUU-I/2003.

84 Law Number 20 Year 2002 on Electricity.

85 Constitutional Court Decision 13/PUU-I/2003.

the application or desired interpretation of the Law from the Court's perspective, in accordance of 1945 Constitution.

Province of West South East Nusa filed a petition for judicial review (54/PUU-VI/2008) challenging the constitutionality of distribution of revenue on tax tobacco. Petitioner argued that as largest tobacco producer in Indonesia, they didn't properly benefit from the distribution of taxes collected from tobaccos. It is argued that the State Revenue has allocated 2% of state revenue to the petitioner ('Province of West South East Nusa') according to article 66A (1) Law Number 39 Year 2007 on Customs. However, most of that revenue is allocated to province that has tobacco factories, not to the tobacco producing province The Court declared that that article is conditionally unconstitutional, unless the province that produces tobacco benefit properly from the distribution of revenue, generated by the taxes on tobacco.

In Corruption Eradication Commission's case, filed by Bibit S. Rianto and Chandra M. Hamzah, the Court declared that article 32 (1) C of Law Number 30 (2002) on Corruption Eradication Commission is conditionally unconstitutional, unless has been understood that "dismissal of Corruption Eradication Commissioner could be conducted after sentenced by a Court decision that has legally binding." The original meaning of article 32(1) C is "dismissal of Corruption Eradication Commission could be conducted if Commissioner became defendant of criminal charge". Police Headquarter arrested that Commissioner for bribery charge upon President Susilo Bambang Yudhoyono issued Presidential Decree Number 64/P Year 2009 for dismissal approval.[86]

Butt argues that the Court in its conditionally constitutional

86 Police has arrested those two Indonesia Eradication Commission Commissioners because of the allegation of bribery. This incident becomes national phenomenon because two Corruption Eradication Commissioner has been known as clean and respected Commissioner. This incident create chaos what it is called "lizard vs. crocodile" by referring Corruption Eradication Commission as lizard. During the examination hearing, capture live by national televisions while the Court played recorded telephone conversation between high ranking officer policeman and briber in conspiracy to abduct those two Corruption Eradication Commissioner. Even though legal community seen there is no relation between judicial review case and those telephone conversation, but few days later, Police Headquarter release those two Commissioner.

or conditionally unconstitutional decisions is retaining legislative attributes, which he believes are unconstitutional, or which might be implemented in a way that contradicts the constitution. When a Court declares a Law conditionally constitutional, it comprises the constitution –in turn, allowing a unconstitutional law to stand.[87]

However, in my opinion, the conditionally constitutional or conditionally unconstitutional decision is a strategy that the Court uses to determine that how the law should work. Instead of declaring the law unconstitutional and leading uncertainty (again) back for the DPR and President, the Court takes initiative to design something "that is correct according to constitution". However, this idea might be seen differently by the DPR.

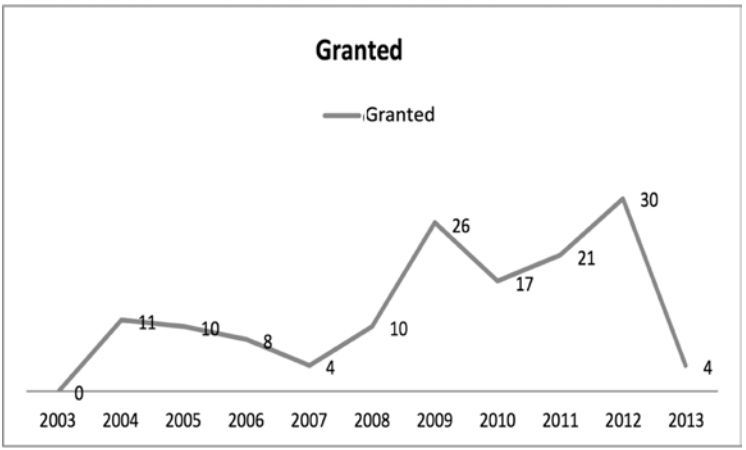
Mini Style of Epstein Model

The above selected and discussed cases are a small number of constitutional cases in which the court has exercised its judicial review and election results authority. I will try to apply Epstein et al's approach into the practice of Indonesian Constitutional Court. I make a distinction between safe and unsafe, or outside or inside of tolerance interval. I formulate decision inside tolerance interval is decision that the Court issues according to its authority as provided by 1945 Constitution and Constitutional Law. For all decisions made outside of authority, or decisions that contains an order to the Parliament, or interpretation of a Law, as decision outside of interval.

Since its establishment in 2003, the Court in average granted 19% of total judicial review cases, shown in graph number 1. As mentioned earlier, the first batch of Constitutional Justices under the leadership of CJ Jimly have tried to get public trust to the bench. After the second year, the Court got stricter in its decisions. However, this consistency has been changed during the era of CJ Mahfud.

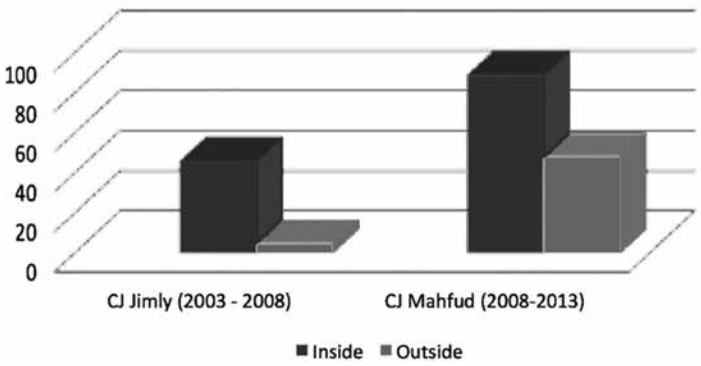
87 Simon Butt, 'Conditional Constitutionality, Pragmatism and the Rule of Law' *Hukum online, May, 2008* 3.

Graph 1, Granted Decision



With regards to the decision about the classification of tolerance interval, CJ Mahfudhas provided a significant decision beyond tolerance interval as shown below.

Graph 2, Tolerance Interval



During the time of CJ Jimly, only 10% (5 out of 46) of decisions are made outside the tolerance interval. On the other hand, during CJ Mahfud's time, 35% (out of 137) of the decisions are made beyond the Court's tolerance interval.

Reference to my question, in Section 2, what is the major factor that forces the Parliament to attack the Court and to restrict it authority (through amending Law Number 24 Year 2003 on Constitutional Court)?I would argue that CJ Jimly's bench was much careful and respected its tolerance interval. Whereas, the second bench, under CJ Mahfud, issued decisions outside Parliament's tolerance interval. By referring the Epstein et al model, it can be predicted that the Indonesian Parliament attack on Indonesian Constitutional Court is near.

Section 4, Passing the Interval

I am of the view that there are four reasons for the Court's confidence in issuing decisions beyond its interval. Apart from the reasons such as public support or lack of constitutional law development, I claimed that CJ Mahfud played an important role in creating this movement. As a Professor of Constitutional Law and having strong believe in what is called as "substantive justice", the Court acted bravely in issuing any kind of decision, even though existing law might not support its decisions.

Public Support

Since the creation of the Court in 2003, the first generation of Constitutional Court Justices realized that they should turn to the people to win public support. The Court has conducted a number of activities, such as holding of town hall meetings, creating of media centre, arranging of study visits and making of publication, to realize the general public about its existence. The idea behind town hall meeting is to educate the civic and also to inform the general public about the decisions of the Constitutional Court. At this stage, the Court was conducting different activities to outreach the general public for its benefit, which was the support of people. The series of activities on public outreach continued and expanded by CJ Mahfud MD.

CJ Jimly Asshiddiqqie and the first batch of Constitutional Justices were fully aware that how the Court could exercise its authority if nobody would have appeared before it. One of the strategies that the first batch Constitutional Justices employed was a generous strategy to lower legal standing. The idea of lowering the legal standing requirements, in early years, was to attract a number of cases to be filed in the Court. In the Electricity Case, the petitioners

were public interest advocacy groups. The Court held that,[88] "every citizen as a taxpayer has the constitutional right to question every law that is closely connected with economic policy that has implications for their welfare".[89] One of success of this approach was the increase in the number of petitions filed to the Court. Since 2003, until now, the numbers of petitions are increasing every year.

Public support for the Court is not only the result of massive public relation campaign, but the Court made decisions also played a vital role in winning the public support. I argue that the Court developed their confidence from time to time. With regards to institutional capacity building, the Court made significant contributions, such as change in writing judgement style, allowing dissenting opinion, publishing the publication of Court's decision right after the court rendered the decision, waiving petition's fee, introduction of civic education program, and also indirect suggestion to the dispute parties for filing petition to the Court. The Court also improved its media engagements, including the creation of Media Centre, Court TV and Court Radio. There is no day without news from the Court. The creation of institutional building and engagement with news media activities fulfils the public desire for a transparent state institution, which public does not have from the Indonesian Supreme Court, Parliament or other State Institution.

The high public support helped the Court in deciding the cases that didn't fall under its authority. As Vanberg pointed out that if an elected official is challenged by the Court, the general public may likely stand with the Court, rather than with the politicians and the elected official may likely comply with the Court's decision.[90]However, according to Vanberg public support alone is not the answer that elected officer will comply with Court's decision. There are two conditions that should also be fulfilled.[91] First, there should be sufficient public support for the court (or for specific decision) and second, public must be able to monitor other parties response (Parliament and Government) towards the Court's decision.

88 Constitutional Court Decision 001-021-022/PUU-I/2003.

89 Constitutional Court Decision 001-021-022/PUU-I/2003.

90 Vanberg, above n 3420.

91 *Ibid.,* 21.

Staton provides unique perspective how the court intentionally used media to spread out their legal opinion or perspective to the public. Even though judge is not appointed by public, Staton argued that judge communicate their perspective to pubic will "construct condition favourable to exercise independent judicial power".[92] It means that the judge want to be seen as legitimate institution in order to protect the court against any future interference by political actors in their decision making. This is what Gibson suggested as "institutional legitimacy", and the absence of institutional legitimacy will place the court to have effective and enforceable decision. [93]

I argue that public support theory (as advocate by Georg Vanberg, Jeffrey Station and James Gibson) is actually supporting the tolerance interval model. The Court enjoys public support and as consequences, the Court has wider tolerance interval. However, there is problem if we are writing on tolerance interval model and public support.

As mentioned earlier, Epstein et al argued that the (Russian Constitutional) Court second bench survived of attack by Presiden Yetsin. Epstein et argued that second bench (1995 – 1996) enjoyed public support for the decision that favour expansion of rights[94].And the legislators and executive reluctant to challenge court decision.[95] It seems contradictory to the Epstein et al model that the Court having high public support will survive of attack. Keeping in view the Indonesia Constitutional Court's experience, the Court still get the attack.

Lack of Constitutional Law

For many years, the New Order military regime, under President Suharto that ruled Indonesia for more than 30 years, relied on political repression to maintain the regime's authoritarian ideology. The use of intimidation also applied to academic institutions. Any voice of

92 Jeffrey K. Staton, *Judicial power and strategic communication in Mexico* (Cambridge University Press, 2010)7.

93 James L. Gibson, Gregory A. Caldeira and Vanessa A. Baird, 'On the Legitimacy of National High Courts' (1998) 92(2) (1998/06/01/) *The American Political Science Review* 343.

94 Epstein, Knight and Shvetsova, *previously cited: remove this citation and make cross-reference* 147.

95 *Ibid.,*155.

opposition from a scholar would automatically be suppressed by the regime.[96] In such circumstances, scholars, who seriously studied constitutional law, would be subjected to political pressure, whenever they produced critical writing on government structures and practices. Consequently, the study of constitutional law is not well developed as the scholars were not willing to take risks by challenging the authoritarian government through critical writings.[97]

Moreover, lack of interest in the study of constitutional law study was also caused by the great scepticism from Indonesian law students over the job prospects of being a constitutional lawyer in Indonesia.[98] Most Indonesian law students tended to focus on private law instead of public law, which includes constitutional law. Moreover, without a constitutional court as a forum for constitutional lawyers to appear, the jobs for constitutional lawyers were indeed severely limited.

Existing constitutional theories affect Justices' decisions about certain kinds of controversial cases.[99]The Indonesian experience shows that constitutional court practice probably often dominates constitutional law theory. Judges may often move to theories that support what they want i.e. to the theories that support the interpretive style they want to engage in. The existing constitutional theories are made justification for a particular constitutional interpretation that has been put into question.[100] In making their arguments, Justices may be influenced by their own ideology, biases and references.[101] Constitutional law consists of methodological principles, doctrines and interpretation of specific provisions, either in the text of the

96 Jimly Asshidiqqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi (the Principle of Indonesian Constitutional Law in Post Reformation)* (Bhuana Ilmu Populer, 2007); Ariel Heryanto, *State Terorism and Political Identity in Indonesia: Fatally Belonging* (Routledge, 2006).

97 Asshidiqqie, above n97 38.

98 *Ibid.*

99 Mark V Tushnet, 'Does Constitutional Theory Matter?: A Comment' (1986 - 1987) 65(4) *Texas Law Review* 777 778.

100 Michael J Perry, 'Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (And Vice Versa) ' in Gregory Leyh (ed), *Legal Hermenutics: History, Theory, and Practice* (University of California Press, 2006) 257.

101 Robert A Dahl, *How Democratic is the American Constitution?*(2001) 55.

constitution or what is reliably known of its founders' intentions and purposes.[102]While interpreting the Constitution, it is necessary for the Justice to consider both the constitution law and moral philosophy.[103] The existing constitutional law is required to maintain a connection between constitutional adjudication in the constitutional court with the society in which it functions.[104]

Consequently, even though I have argued this in gross simplicity, this condition leads constitutional Justice to decide constitutional cases on the strength of their personal political preferences, not on the basis of their answers to the philosophic questions such as the nature of the Constitution, and the best approach for finding constitutional meaning.[105] This condition will lead the Court to find rationalisation in "judicial philosophies", "constitutional principles" and after-the-fact window dressing for decisions reached on personal politic grounds.[106]

On the other hand, the lack of existence of previous practice on judicial review and lack of constitutional law development in Indonesia created a "free environment" for the Court. The Court may adopt other constitutional court practices in deciding the cases. The Court used practice from the South Korean Constitutional Court and German Constitutional Court such as the principle of erga omnes / ultra petitia,[107] and conditional constitutionalism.[108]

Integrity of the Court

The Court is able to present itself as a clean, respected and reliable

---

102 Goldsworthy, above n 81 321.

103 Ronald Dworkin, 'Taking Rights Seriously ' (1977) *Harvard Universty Press*189.

104 Vicki C and Jamal Greene Jackson, 'Constitutional Interpretation in Comparative Perspective: Comparing Judges or Courts ?' in Thomas and Rosalind Dixon Ginsburg (ed), *Comparative Constitutional Law*, Research Handbook in Comparative Law, (Edward Elgar Publishing, Inc. , 2011) 606.

105 Sotirios A. Barber and James E. Fleming, *Constitutional Interpretation : The Basic Question* (Oxford Universtiy Press, Inc. , 2007) 8.

106 *Ibid.*

107 Case Number 001-021.PUU-I/2003, Electricity Case.

108 Case Number 058-059-060-063/PUU-II/2004 and 008/PUU-III/2005, the Management of Water Resources.

state institution. Despite the debate about the decisions, which might be understood by constitutional lawyer only, the Court has no negative image in the general public sphere.

As compared to the Indonesian Parliament and Executive, only the Court has presented itself and viewed by the public as the "last chance of constitutional protection". From January – February 2013, a Chairman of biggest Islamic Political Party have been arrested on corruption charge.[109] Corruption among government officers is a regular news in media. Citizen tired with news about politics, and political parties consider people's interest, when the new elections are near

On the other hand, the Court did many great things through its decisions. The Court declared state budget 2008 as unconstitutional because of its contradiction with the Constitutional provision that states "education budget" should be at least 40% of the total annual budget. It acknowledges and brings protection for children by making judgements on the succession matters (wedlock). The Court played vital role in election process by allowing millions of people to vote who were not registered in voters' lists.

The Court settled "national issues" problem through its decision. With respect to issue of identity card for general elections, for the first time the Court settled judicial review case in one hearing. During the case, there was no submission from Legislative or Executive branches of the Indonesian Government. On the very first hearing, the Court issued a decision that identity card is an eligible identity to vote if the voter failed to show his vote registration. This rapid mechanism taken by the Court to ensure that the general election shall be conducted in the following days, and the general public should not be deprived from their basic right of voting.

The Court also supports the eradication of corruption. In various decisions, the Court strengthen the role of Eradication Corruption Commission such as (1) confirming that wiretapping is constitutionally valid; (2) in dispute between Police and Commission, in which Police arrested two Commissioners on corruption charges,

---

109 *VIVAnews - Diperiksa KPK Tengah Malam, Presiden PKS Langsung Ditahan?* (2013/03/01/10:33:13 <http://us.nasional.news.viva.co.id/news/read/386540-diperiksa-kpk-tengah-malam--presiden-pks-langsung-ditahan->.

during the hearing examination, the Court played "conversation record" between Police and Briber even though there is no relation between judicial review case and that record; (3) the Court through positive legislative nature of decision, prolonged the term of Commissioner.

Chief Justice Mahfud MD

As mentioned above, when CJ Mahfud was a member of parliament, he was approached by many constitutional law scholars and requested him to become a Constitutional Court Justice. They aim to reduce the judicial activism, started by the CJ Jimly. He wrote his opinion about *ultra petita* decision that has been issued the Court in 2005. He wrote,[110]

The Court only has authority to declare that a law is constitutional invalid. The Court shall not make decision that has spirit to regulate… or granted decision beyond parties asked for *(ultra petita)*.

During his time as political party leader at *Nation Awakening Party* (Partai Kebangkitan Bangsa), CJ Mahfud had expressed his concern to enormous money politic that has been done during head of regency election result dispute.[111] His role as Chief Justice seems a perfect way to eradicate money politic practice during election process.

However, the behaviour is different. Once CJ Mahfud took the chairmanship, the Court moved far from its original intention. In his book, CJ Mahfud stated that a law could not survive in Indonesia if it is in contradict with the Constitution. In literature published by CJ Mahfud, before taking the responsibility of chairmanship, is examined, then such a behaviour from him is not a surprise. In many of his books, CJ Mahfud suggested that law is the product of politics. Therefore, we have to understand the law, politic and moral from the law when it is given.[112]

By far, the idea that brought to bench by CJ Mahfud is a substance justice *(keadilan substantif)* that the Court could issue any decision as long as that is in line with the Constitution. Law is product of politic and

110 Mahfud MD, Mendudukan Soal "Ultra Petita", *Kompas*, 5 February 2007.

111 Iwan Setiawan, Mahfud MD: Politik Yang di Pilkada Makin Gila, *Kompas*, Jakarta, 5 April 2005.

112 Budiarti, *previously cited: remove this citation and make cross-reference*64.

if Law failed to provide justice to the people, the Court will step up to protect people's right.[113]

Undoubted, his activism in the Court, highlighted by the decisions and also the media projection, made CJ Mahfud a strongest candidate for Presidential Election of 2014 according to various survey in Indonesia. His chances are brighter than Jusuf Kalla (Vice President of Indonesia 2004 – 2009) and even Megawati Soekarnoputri (President of Indonesia 2001 – 2004).[114]

Section 5, Future Backlash

This is a story of a Court that shown up its "real power". Indonesia Constitutional Court shown that its real power is wider than the formal one, enshrined in the 1945 Constitution, which seems shows its arrogant attitude towards the Constitution of 1945

DPR and President once tried to amend Law Number 24 Year 2003 about Constitutional Court. But, the Court down those articles that were intended to limit its jurisdiction. In his dissenting opinion towards judicial review Law Number 8 Year2011, Justice Harjono stated that while deciding the case, "the Court seen too eager to decide the case.[115]

Indonesia will face another general election and presidential election in 2014. There is a doubt that DPR still has enough energy to put another effort to draft a new law to amend the Constitutional Court Law to limit the authority of the Court. DPR and President already tried with its first attempt and I doubt that another attempt may likely also be initiated, particularly in this short term closing to near general election of 2014. DPR might try to challenge the authority of the Court by amending the 1945 Constitution, even though I doubt they will succeed to do that. The risk to initiate the amendment process of the 1945 Constitution is too high.

The Court enjoyed its prime moments. It is said that the 1945

---

113 *Ibid.*

114 Arfi Bambani Amri, SyafrulAnsyrai "LSI :Mahfud MD Dominasi Survei Capres Pilihan Opinon Leaders, Viva News, 28 November 2012, accessd 26 Februar6 2013, http://us.politik.news.viva.co.id/news/read/370839-lsi--mahfud-md-dominasi-survei-capres-pilihan-opinion-leader.

115 Constitutional Court Decision 49/PUU-IX/2011.

Constitution, that has been interpreted by the Court is its limit. The score is 1 – 0 between the Court and Parliament. I am wondering what would be the score for the next time.[]

Bibliography

Ahdieh, Robert B., Russia's Constitutional Revolution: Legal Consciousness and the Transition to Democracy, 1985-1995 (Pennsylvanie State University Press, 1997)

Asshidiqqie, Jimly, Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi (the Principle of Indonesian Constitutional Law in Post Reformation) (Bhuana Ilmu Populer, 2007)

Asshidiqqie, Jimly Prof Dr, The Constitutional Law of Indonesia: A Comprehensive Overview (Sweet & Maxwell Asia, 2009)

Barber, Sotirios A. and James E. Fleming, Constitutional Interpretation : The Basic Question (Oxford Universtiy Press, Inc. , 2007)

Boudreaux, Donald J. and A. C. Pritchard, 'Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process' (1993) 62 (1993 1994) Fordham Law Review

Budiarti, Rita Triana, On the Record : Mahfud MD on Court Decision (Mahfud MD di balik Putusan Mahkamah Konstitusi) (Rajagrafindo Persada, 2010)

Butt, Simon, 'Conditional Constitutionality, Pragmatism and the Rule of Law' Hukumonline, May, 2008

Butt, Simon, Judicial Review in Indonesia: Between Civil Law and Accountability? A Study of Constitutonal Court Decision (PhD Thesis, University of Melbourne, 2006)

Caldeira, Gregory A., 'Public Opinion and The U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan' (1987) 81(4) (1987/12/01/) The American Political Science Review 1139

Cross, Frank B., 'Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance' (1997) 92(1) (1997) Northwestern University Law Review

Dahl, Robert A, How Democratic is the American Constitution? (2001)

Dworkin, Ronald, 'Taking Rights Seriously ' (1977) Harvard Universty Press

Epstein, Lee, Jack Knight and Olga Shvetsova, 'The Role of Constitutional Courts in the Establisment and Maintenance Democratic Systems of Government ' (2001) 35(1) Law & Society Review 117

Eskridge, William N., 'Law as Equilibrium' (1994) 108(1) (1994/11/01/) Harvard Law Review

Gibson, James L., Gregory A. Caldeira and Vanessa A. Baird, 'On the Legitimacy of National High Courts' (1998) 92(2) (1998/06/01/) The American Political Science Review 343

Ginsburg, Tom, Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases (Cambridge University Press, 2003)

Goldsworthy, Jeffrey, Interpreting Constitutions : A Comparative Study (Oxford University Press, 2006)

Green, Donald P. and Ian Shapiro, Pathologies of rational choice theory (Yale University Press, 1994)

Harding, Andrew; Peter Leyland, 'The Constitutional Court of Thailand and Indonesia : Two Case Studies From South East Asia' in Andrew; Peter Leyland Harding (ed), Constitutonal Court : A Comparative Study, JCLStudies in Comparative Law (Windy, Simmonds & Hill Publishing, 2009)

Harman, Benny, Perkembangan Pemikiran Mengenai Perlunya Pengujian UU Terhadap UUD Dalam Sejarah Ketatanegaraan Indonesia (1945-2004) (The Development of Legal Thought on the Judicial Review Act of Parliament Against the Constituton in the Indonesia Constitutional History) (PhD Thesis, University of Indonesia, 2006)

Hendrianto, From Humble Beginnings to a Functioning Court: The Indonesian Constitutional Cout, 2003-2008 (PhD Thesis, University of Washington 2008)

Heryanto, Ariel, State Terorism and Political Identity in Indonesia: Fatally Belonging (Routledge, 2006)

Indrayana, Denny, Indonesian constitutional reform, 1999-2002: an evaluation of constitution-making in transition (Kompas, 2008)

Jackson, Vicki C and Jamal Greene, 'Constitutional Interpretation in Comparative Perspective: Comparing Judges or Courts ?' in Thomas and Rosalind Dixon Ginsburg (ed), Comparative Constitutional Law, Research Handbook in Comparative Law (Edward Elgar Publishing, Inc. , 2011)

Perry, Michael J, 'Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (And Vice Versa) ' in Gregory Leyh (ed), Legal Hermenutics: History, Theory, and Practice (University of California Press, 2006)

Pompe, S., The Indonesian Supreme Court: A Study of Institutional Collapse, Studies on Southeast Asia (Southeast Asia Program, Cornell University, 2005)

Remington, Thomas F, Steven Smith and Moshe Haspel, 'Decrees, Laws, Interbranch Relations in the Russian Federation' (1998) (14) Post Soviet Affairs 287

Rodriquez, Daniel B, 'The Positive Political Dimension of Regulatory Reform ' (1994) 1(72) Washington University Law Quarter

Sharlet, Robert, 'Transitional Constitutionalism : Politics and Law in the Second Russian Republic' (1996) (14) Wisconsin International Law

Siahaan, Maruarar, Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi (The Implementation of Constitutional Court Decision) (PhD Thesis, Dissertation Thesis, University of Diponegoro, 2010)

Staton, Jeffrey K., Judicial power and strategic communication in Mexico (Cambridge University Press, 2010)

Tempo, 'Artidjo Alkostar: If a corruptor's file ends up on my desk he won't get away', Tempo 2012/08/16/ 2012

Tushnet, Mark V, 'Does Constitutional Theory Matter?: A Comment' (1986 - 1987) 65(4) Texas Law Review 777

Vanberg, Georg, The politics of constitutional review in Germany, Political economy of institutions and decisions (Cambridge University Press, 2005)

Volcansek, Mary L, 'Judicial Activism in Italy ' in KM Holland (ed), Judicial Activism in a Comparative Perspective (St Martin, 1991)

Widner, Jennifer, 'Courts and Democracy in Postconflict Transitions: A Social Scientist's Perspecrtive on the African Case' (2001) (95)

American Journal of International Law 64

Zoelva, Hamdan, 'Hubungan Mahkamah Konstitusi dengan Lembaga Negara Lainnya (Constitutional Court and relate State Institution)' (2006) (January - March) Jentera Jurnal Hukum

Internet:

Mahkamah Agung akan kembali menangani Sengketa Pilkada (9 September 2012 2013) Kompasiana <http://hukum.kompasiana.com/2012/09/07/mahkamah-agung-akan-kembali-menangani-sengketa-pilkada-491620.html>

Selesaikan Sengketa Pilkada di MA Melanggar Konstitusi (12 September 2012 2013) Jawa Pos <http://news.loveindonesia.com/en/news/detail/72719/selesaikan-sengketa-pilkada-di-ma-melanggar-konstitusi>

VIVAnews - Diperiksa KPK Tengah Malam, Presiden PKS Langsung Ditahan? (2013/03/01/10:33:13 <http://us.nasional.news.viva.co.id/news/read/386540-diperiksa-kpk-tengah-malam--presiden-pks-langsung-ditahan->

Bab II
Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Pemajuan dan Perlindungan HAM

Bab II
Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Pemajuan dan Perlindungan HAM

1. The Austrian Constitutional Court and Its Rolein Human Rights Protection
   Oleh: Ronald Faber *273*

2. Kewenangan Mahkamah Konstitusi RI sebagai Dasar Perlindungan Hak–Hak Warga Negara
   Oleh: Dwi Andayani Budisetyowati *279*

3. Prospek Pemajuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia Melalui Mahkamah Konstitusi
   Oleh: Muhammad Fauzan Azim *299*

4. Optimalisasi Penerapan Asas Retroaktif dalam Penegakan Hak Konstitusional Warga Negara
   Oleh: Rendi Hariwijaya *327*

5. Putusan Mahkamah Konstitusi Diabaikan Jaksa Agung
   Oleh: Muhammad Daud Berueh *341*

1

The Austrian Constitutional Court and Its Rolein Human Rights Protection1

Oleh: Ronald Faber

1. Organization

In Austria, constitutional adjudication is not exercised by all courts, but attributed to a single court. The Constitutional Court (*Verfassungsgerichtshof*) consists of a President, a Vice-President, twelve members and six substitute members. All justices are appointed by the Federal President on recommendation in part of the Federal Government and the two chambers of the Federal Parliament, the National Council and the Federal Council, thus involving two state powers in the creation of the Court. The concept behind the composition of the Constitutional Court and the mode of appointment of its member is that the judges who are empowered to pronounce on the constitution should have a different career than ordinary judges and represent different legal occupations

1 This paper is largely based on a former paper of mine, c. *Ronald Faber*, The Austrian Constitutional Court – An Overview, ICL-journal 2008, Vol. 1, No. 1, 49. For a more in depth analysis of the Austrian Constitutional Court see c. *Christoph Bezemek*, A Kelsenain model of constitutional adjudication. The Austrian Constitutional Court, ZÖR 2012, Vol. 67, 115, *Theo Öhlinger*; The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation, Ratio Juris (2003) Vol. 16 No. 2, 206, and – in the context of the different models of constitutional justice in Europe – *Schnutz Rudolf Dürr*, Comparative Overview of European Systems of Constitutional Review, ICL-journal 2011, Vol. 5, No. 2, 159. For a general introduction to Austrian constitutional law c. *Manfred Stelzer*, The Constitution of the Republic of Austria: A Contextual Analysis (2011).

(law professors, senior administrative officials, judges, attorneys). All justices remain in office until the end of the year in which they turn 70 years old.

The Constitutional Court meets at its venue in Vienna for quarterly sessions of three weeks. There is a written procedure. The Court holds public hearings only in rare circumstances. The rule is that the Court sits in plenary session, but most cases are heard by a panel composed of the President, the Vice-President and four rotating justices. Decisions are made by a simple majority. The deliberations and the vote, however, are not public; there is no possibility to deliver a dissenting (or concurring) opinion.

In 2012, more than 4000 new cases were submitted to the Constitutional Court, 60 % of which were asylum cases. The average length of the proceedings is eight months.

2. Areas of jurisdiction

The tasks of the Constitutional Court are defined in the Constitution, namely the Federal Constitutional Law (*Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG*). Its most important areas of jurisdiction are the review of the constitutionality of statutes (Art. 140 B-VG) and the legality of treaties (Art. 140a B-VG), the review of rulings in administrative cases (Art. 144 B-VG) and the jurisdiction in electoral matters, in particular challenges of elections to the popular representative bodies such as the National Council (Art. 141 B-VG).

Among others, the Court also rules on pecuniary claims against the Federation, the *Länder* (provinces) and the municipialities, which are neither to be decided by the courts nor by a ruling of an administrative authority (Art. 137 B-VG) (e.g. remuneration of civil servants; conflicts concerning the financial relationship between the Federation, the *Länder* and the municipalities), on conflicts of jurisdiction between courts and administrative bodies (Art. 138 para. 1 B-VG), it determines the distribution of powers between the Federation and the *Länder* (Art. 138 para. 2 B-VG) and – a task of great theoretical but little practical importance – conducts impeachment trials against the highest state officers for violation of the law in the conduct of their office (Art. 142 and 143 B-VG).

The Constitutional Court derives its importance within the Austrian legal system from its power to review statutes and annul them. Also, the Court can review every court decision in administrative matters, making it a (specialized) administrative court for all administrative proceedings. These two powers shall now be looked at more closely.

3. Review of statutes

The Constitutional Court has the sole power to review the constitutionality of statutes; all other courts are prohibited to do so. The centralization of judicial review of statutes with a constitutional court as opposed to the incidenter constitutional review by all courts (such as in the United States of America) is the core idea of the Austrian model of constitutional adjudication, which is highly indebted to the eminent legal scholar *Hans Kelsen*. Compared to the American model, which dates back to the famous decision of the U.S. Supreme Court in the case of *Marbury v Madison* in 1803, the idea of a single, specialized constitutional court is a relatively new one. Its origin can be found in the Austrian Constitution of 1920. Most European countries, including Germany, have followed the Austrian model since.

As regards the specific architecture of the review of statutes by the Constitutional Court, there are two different types of proceedings: "concrete judicial review", proceedings originating from a particular case, and "abstract judicial review", proceedings not linked to any particular case.

Abstract review has its origin in the federal structure of the Austrian Constitution (the federal state is composed of nine autonomous *Länder*). The Constitutional Court pronounces, on the request of the Federal Government, whether *Land* law is unconstitutional, and likewise on application by a *Land* Government, whether a federal law is unconstitutional. Also, one third of the members of both chambers of Parliament may challenge the constitutionality of federal law, which is an important instrument of political control for the parliamentarian minority.

Most of the time, however, judicial review is initiated by the Constitutional Court itself during a pending proceeding, usually the review of a ruling in administrative matters (see below 4.). If the Court

doubts the constitutionality of a statute that it has to apply, it initiates the review of this statutory provision in separate proceedings. Concrete judicial review can also be launched by most other courts if they have to apply a statute which might be unconstitutional.

Finally, private individuals may challenge a statute directly, provided that they are directly affected by a specific provision and have no other means of bringing their case to the Constitutional Court.

When carrying out its review, the Constitutional Court is bound by the arguments raised by an application and cannot find a provision unconstitutional on other grounds than those entailed in that application or in its own decision to review. However, judicial review in general covers compliance with all provisions of constitutional law, particularly those specified by the European Convention on Human Rights (ECHR) and – since a landmark decision of the Constitutional Court in 2012 – the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In one case, the Court has even reviewed a provision of constitutional law itself and rescinded it as being in breach of the basic principles of the constitution (such as the principles of democracy, federalism, separation of powers or the rule of law).

If the Constitutional Court finds the statute unconstitutional, it rescinds the provision or parts of the provision, erasing it from the text. Thus, the Court acts as a "negative lawmaker". If the provision is no longer in force, the Court declares that the provision was unconstitutional. The rescission becomes effective on the day after its promulgation in the Federal or *Land* Law Gazette, unless the Court sets a different date, thus allowing Parliament to enact a new law in conformity with the constitution. The Court's judgment in general has no retroactive effect, except for the case in point.

Basically, the same holds true for the review of administrative ordinances regarding their compliance with statutory law (Art. 139 B-VG).

4. Review of rulings in administrative matters

In order to understand the Constitutional Court's jurisdiction in administrative matters and in the area of human rights, it is important to shortly discuss the basic architecture of the Austrian court system. In Austria, there are three courts of last resort. In civil and criminal

matters, decisions of the so called "ordinary" courts can be appealed to the Supreme Court only. There is no appeal, however, from the Supreme Court to the Constitutional Court. The Supreme Court's (and the other ordinary courts) standard of review entails compliance with constitutional law, including human rights. The Supreme Court has the obligation to initiate proceedings with the Constitutional Court if it has to apply a statute that it deems unconstitutional.

Starting in 2014, all actions of administrative authorities will be subject to review by administrative courts of first instance. The review of the rulings of these courts is carried out by two distinct courts of last resort, the Supreme Administrative Court and the Constitutional Court, exercising different standards of review. While the Supreme Administrative Court can be petitioned on the grounds that a ruling of an administrative court of first instance violates an individual's right, thus reviewing the legality of the ruling, the Constitutional Court only secures the constitutionality of such rulings. This power of the Constitutional Court is therefore referred to as special administrative jurisdiction (*Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit*). It makes up to 90% of its caseload.

Petitioning the Constitutional Court, the applicant has to allege a violation of his fundamental rights by the ruling of the administrative court itself (the technical term being "constitutionally guaranteed rights", including the rights enshrined in the ECHR and the European Union Charter of Fundamental Rights), and/or the applicant can argue that the decision was based on an unconstitutional statute (or an illegal administrative ordinance). The latter complaint seeks to initiate proceedings of judicial review, which I have described above (3.). Upon completion of that review, the Constitutional Court continues the pending proceedings concerning the ruling of the administrative court, but without the annulled statutory law, and most likely quashes the ruling.

In order to examine whether fundamental rights have been violated, the Constitutional Court has created special formulae for each constitutionally guaranteed right. The idea is to delimitate the Constitutional Court's scope of review from that of the Supreme Administrative Court. In most cases, applicants allege a violation of the equal protection clause, which is the case if the administrative ruling (the ruling of the administrative court) is based on a statute

that violates the equal protection clause, if the administrative authority (the administrative court) interprets the statute contrary to that clause, or if the administrative authority (the administrative court) issues an arbitrary decision.

If the Constitutional Court finds an infringement of fundamental rights, it quashes the ruling and remands the case to the administrative court, in order to render a substitute ruling in compliance with the findings of the Constitutional Court.

The Constitutional Court is not allowed to select the cases on its docket. However, in order to alleviate an excessive caseload, the Constitutional Court may refuse to hear a case in a simplified procedure if the case has no reasonable prospect of success or if the case does not touch upon constitutional provisions, in other words when it falls within the jurisdiction of the Supreme Administrative Court. Approximately four fifths of all complaints are rejected on these grounds. On request of the applicant, the complaint is then assigned to the Federal Administrative Court.

Practical Information

The website of the Constitutional Court (including an English version) is www.vfgh.gv.at.

The decisions of the Constitutional Court are published in yearly case reports

(*Verfassungssammlung*); they are also available at the website of the Austrian Legal Information System http://www.ris2.bka.gv.at/vfgh/. English translations of selected cases can be found at the website of the Constitutional Court (www.vfgh.gv.at) and in the online Vienna Journal on International Constitutional Law (http://www.icl-journal.com). An English translation of the B-VG is available at http://ris.bka.gv.at/englische-rv/.

2

Kewenangan Mahkamah Konstitusi RI sebagai Dasar Perlindungan Hak–Hak Warga Negara

Oleh: Dwi Andayani Budisetyowati

A. Pendahuluan

Konstitusi sebagai hukum dasar yang tertulis dalam suatu negara diyakini sebagai suatu pedoman yang di dalamnya terdapat ketentuan yang mengatur hak dan kewajiban warga negara. Di dalam konstitusi itulah warga negara dapat menemukan perisai untuk melindungi hak hak mereka, namun jika konstitusi sebagai dasar hukum tertinggi tidak dapat menjamin apa yang diatur di dalam ketentuan tersebut, maka sebuah konstitusi akan dituntut pula untuk berkembang sejalan dengan pemikiran masyarakat yang menghendaki keadilan. Konstitusi negara kesatuan republik Indonesia (NKRI) dituntut pula untuk mengikuti perkembangan pemikiran masyarakat, agar menjadi konstitusi yang "*the living constitution,*" yang selalu terbuka untuk diubah menyesuaikan dengan perkembangan zaman. Dalam rangka menjamin terlaksananya gagasan tersebut, perubahan Undang Undang Dasar 1945 (UUD 1945) menjadi Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) menentukan secara lebih jelas fungsi dan wewenang masing-masing lembaga negara dalam struktur ketatanegaraan Indonesia. Di samping itu, secara lebih lengkap memuat ketentuan-ketentuan jaminan hak asasi manusia yang menjadi dasar hak-hak konstitusional warga negara. Dalam rangka menjamin ditegakkannya prinsip tersebut (prinsip negara hukum dan demokrasi

konstitusional), dalam hubungannya dengan kekuasaan kehakiman, UUD NRI Tahun 1945 memperkuat posisi kekuasaan kehakiman yang merdeka yang terdiri atas Mahkamah Agung (MA) dan Mahkamah Konstitusi (MK).

Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan yang dilakukan oleh sebuah MA dan oleh sebuah MK. Indonesia adalah negara ke 78 (tujuh puluh delapan) yang memiliki MK. Upaya pembentukan MK adalah upaya untuk menegakkan prinsip prinsip negara hukum dan memberi perlindungan maksimum terhadap demokrasi dan hak hak dasar warga negara.[1] Perlindungan terhadap hak hak dasar ini menjadi penting digarisbawahi dalam setiap negara hukum (yang demokrasi)- yang menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi di negara bersangkutan,karena tatkala hak hak dasar itu dimasukkan dalam konstitusi, yang berarti telah menjadi bagian dari konstitusi, maka ia mengikat seluruh cabang kekuasaan negara.[2]

MK berwenang melakukan pengujian peraturan perundang-undangan terhadap undang-undang. Dalam kaitannya dengan ini, MA melakukan pengujian legalitas *(legal review)* karena pengujian yang dilakukan oleh Mahkamah Agung yang menjadikan undang-undang sebagai batu uji terhadap peraturan-peraturan dibawah undang-undang, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 24A ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 "MA berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang. Pengujian yang demikian itu disebut sebagai *"judicial review on the legality of regulation;*

Sedangkan MK yang juga diberikan kewenangan melakukan pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar, kewenangan yang dimiliki oleh MK dapat disebut kewenangan konstitusionalitas karena ukuran pengujian yang dilakukan oleh MK dengan menggunakan konstitusi sebagai alat pengukur atau menilai derajat konstitusionalitas suatu undang-undang, hal ini sebagaimana

1 I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional,* (Jakarta : Penerbit Sinar Grafika, 2013), hlm. 3

2 Duga Das Basu, *Human Rights in Constitutional Law,* (New Delhi-Nagpur-Agra: Wadhwa and Company, 2003), hlm. 107.

tertuang dalam ketentuan UUD NRI Tahun 1945 Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2). Dengan demikian kegiatan pengujjian yang dilakukan oleh MK dapat disebut sebagai *"constitutional review"* atau pengujian konstitusional, yaitu pengujian mengenai konstitusionalitas dari norma hukum yang sedang diuji. Karena kewenangan MK berwenang menguji UU terhadap UUD disebut *"judicial review on the constitutionality of law."*

Berdasarkan peran, kewenangan dan kewajiban MK yang telah diatur dalam Pasal 24 C UUD NRI Tahun 1945 tersebut, MK belum memiliki kewenangan *Constitutional Complaint* (selanjutnya disingkat CC) hal ini dirasa masih kurang efektif dalam melindungi hak-hak konstitusional warga negara dalam rangka menjalankan negara hukum yang demokratis, padahal harapan dari pembentukan MKsebagai Lembaga Negara berfungsi sebagai pelindung konstitusi (*the guardian of the constitution*), terutama untuk melindungi hak-hak asasi manusia dan hak-hak konstitusional warga negara, serta untuk mewujudkan negara Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis.

Di beberapa negara lain, Mahkamah Konstitusi nya sudah diberi kewenangan memutus perkara CC yaitu suatu upaya hukum terakhir *(exhausted)* dengan tujuan memberikan perlindungan hukum secara maksimal terhadap warga negara yang merasa hak-hak dasar atau hak-hak konstitusional orang yang bersangkutan yang dijamin oleh konstitusi dilanggar oleh perbuatan (atau kelalaian) suatu badan publik yang mengakibatkan terlanggarnya hak-hak dasar atau hak-hak konstitusional tersebut, dengan demikian upaya dan ikhtiar guna menjamin hak-hak dasar atau hak-hak konstitusional warga negara sebagaimana diatur dalam konstitusi terjamin. Selanjutnya dalam tulisan ini dibahas tentang integritas Hakim MK jika kedepan akan dibebani kewenangan memutus CC.

Beberapa permasalahan yang penulis coba bahas dalam Paper ini antara lain adalah: Mengapa MK Republik Indonesia (MKRI) perlu mengemban kewenangan memutus permohonan CC ? Bagaimana integritas Hakim MKRI menghadapi tugas kewenangan memutus CC?

1. Konsep Negara Hukum

Negara Indonesia tidak membedakan antara tipe negara hukum menurut *Rechtsstaat* dan *Rule of Law*. Itulah sebabnya Sunaryati Hartono

menggunakan istilah *Rule of Law* dalam pengertian supremasi hukum dengan membandingkan Rule of Law di Inggris dan Amerika Serikat yang keduanya termasuk negara Anglo Saxon, kemudian Belanda termasuk negara Eropa Kontinental, dan Indonesia tanpa membedakan mana yang *Rechtsstaat* dan mana yang *Rule of Law.*[3]

Philipus M. Hadjon mengemukakan bahwa menurut teori kedaulatan hukum (*leer van de recht souvereinteit*), negara pada prinsipnya tidak berdasarkan atas kekuasaan (*machtsstaat*), tetapi berdasarkan atas hukum (*rechtstaat* atau *the rule of law*), artinya bahwa konsep negara hukum (*rechtstaat* atau *the rule of law*) senantiasa dipertentangkan dengan konsep *machtsstaat* (negara yang memerintah menurut kehendaknya sendiri atau negara yang memerintah dengan sewenang-wenang) Gagasan negara hukum yang berkembang dengan istilah *rechtstaat* dikenal dalam sistem hukum Eropa Kontinental, sedangkan *the rule of law* berawal dari Inggris (Anglo-Saxon). Walaupun mempunyai latar belakang sejarah dan sifat yang berbeda, pada dasarnya kedua konsep mengarah pada sasaran yang sama, yaitu pengakuan dan perlindungan atas hak-hak dasar manusia.[4]

Persamaan kedua konsep hukum tersebut , baik pada *the rule of law* maupun *rechtstaat*, diakui berakar pada kedaulatan hukum atau supremasi hukum, melindungi individu terhadap pemerintah yang sewenang-wenang dan memungkinkan individu menikmati hak-hak sipil dan politiknya sebagai manusia. Albert Van Dicey mengemukakan bahwa *the rule of law* memiliki tiga unsur utama, yaitu :

Pertama; Supremasi hukum (*supremacy of law*), artinya bahwa yang mempunyai kekuasaan yang tertinggi didalam negara adalah hukum (kedaulatan hukum), tidak ada peradilan administrasi (tidak adanya pemisahan peradilan bagi pejabat dan publik); ***Kedua,*** Persamaan kedudukan dalam hukum bagi setiap orang (*equality before the law*); dan ***Ketiga,*** Konstitusi tidak merupakan sumber dari hak-hak asasi manusia dan jika hak-hak asasi manusia itu diletakkan dalam konstitusi, konstitusi harus melindunginya.

---

3 Max Boli Sabon, *Hukum Otonomi Daerah*, (Jakarta : Universitas Atma Jaya, 2009), hlm.16.

4 Iriyanto A Baso Ence, *Negara Hukum dan Hak Uji Konstitusionalitas Mahkamah Konstitusi*, (Bandung : PT.Alumni, 2008), hlm. 13.

Immanuel Kant mengemukakan paham negara hukum dalam arti sempit, bahwa negara hanya sebagai pelindung hak-hak individual, sedangkan kekuasaan negara diartikan secara pasif, bertugas hanya memelihara ketertiban dan keamanan masyarakat. Konsep negara hukum dalam arti sempit ini dikenal dengan sebutan *nachtwachterstaat*.[5]. Dengan kata lain *Laissez faire State*. Perkembangan selanjutnya menunjukan bahwa paham negara hukum yang dikemukakan Kant mengalami perubahan dengan munculnya paham negara hukum kesejahteraan (w*elfare state*) sebagaimana yang dikemukakan Friedrich Julius Stahl, dengn ciri-ciri sebagai berikut :Pertama, adanya perlindungan hak-hak asasi manusia; Kedua, pemisahan dan pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak asasi manusia; Ketiga, pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan; Keempat, adanya peradilan administrasi negara dalam perselisihan.

Padmo Wahjono menyatakan bahwa dalam negara hukum terdapat suatu pola sebagai berikut : Pertama, menghormati dan melindungi hak hak asasi manusia. Kedua, mekanisme kelembagaan yang demokratis. Ketiga, tertib hukum; dan keempat, kekuasaan kehakiman yang bebas.

Berdasarkan uraian di atas dapat diketahui bahwa esensi dari negara hukum adalah terwujudnya supremasi hukum sabagai salah satu sendi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Dalam kaitan inilah hukum harus tampil sebagai sarana yang harus mewarnai kehidupan, baik baik orang perorangan, masyarakat, maupun lembaga-lembaga negara dan pemerintahan.

Negara dalam konsep negara hukum selanjutnya harus menjamin tertib hukum (*rechtsorde*), menjamin tegaknya hukum dan menjamin tercapainya tujuan hukum, yaitu keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. A. Hamid S Attamimi memberi pengertian tertib hukum sebagai suatu kesatuan hukum objektif yang keluar tidak bergantung kepada hukum yang lain, dan ke dalam menentukan semua pembentukan hukum dalam kesatuan tertib hukum tersebut. Rumusan ini sangat penting dalam menentukan ada atau tidaknya kesatuan yuridis dalam suatu tertib hukum.[6]

---

5 *Ibid.*, hlm.15.

6 Hamid S Attamimi, "Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara: Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Sebagai Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I –Pelita IV",

Konsep hukum lain dari negara berdasarkan atas hukum adalah adanya jaminan penegakan hukum dan tercapainya tujuan hukum. Dalam penegakan hukum terdapat tiga unsur yang selalu harus mendapat perhatian yaitu keadilan, kemanfaatan atau hasil guna dan kepastian hukum.

2. Teori Konstitusi

Salah satu ciri negara hukum adalah bahwa suatu negara hukum modern mempunyai konstitusi.

2.1. Pengertian Konstitusi

Pengertian "konstitusi" dapat ditinjau dari segi bahasa (*terminologi*) maupun sebagai "makna" (*bigrip*). Secara bahasa, konstitusi berarti "susunan" atau "susunan utama" atau "susunan dasar". Secara makna, konstitusi adalah asas dan ketentuan yang mengatur susunan utama atau susunan dasar organisasi negara. Susunan organisasi negara dapat dibedakan dari aspek dalam dan luar organisasi negara:

Pertama, Susunan luar yaitu menyangkut bentuk negara dan bentuk Pemerintahan. Kedua, Susunan dalam yaitu lembaga-lembaga negara (disebut juga alat kelengkapan negara atau organ negara). Lembaga-lembaga inilah yang menampakkan negara secara konkrit, antara lain melalui kekuasaan atau fungsi masing-masing lembaga negara. Lebih konkrit lagi melalui tugas dan wewenang (*taak en bevoegdheid*) pemangku jabatan lembaga negara yaitu para pejabat negara.[7]

2.2. Hakikat Konstitusi

Pada prinsipnya, Konstitusi dianggap sebagai bentuk kontrak sosial untuk melandasi tata pergaulan suatu umat. Sebagai suatu bentuk persetujuan bersama antara pemerintah dan yang diperintah, antara penguasa dan rakyat, dengan pengertian bahwa tata kekuasaan itu harus bersumber dan bersendi pada persetujuan rakyat.

Hakikat konstitusi menurut Bagir Manan adalah perwujudan paham tentang konstitusi atau konstitusionalisme, yaitu pembatasan

Disertasi, (Jakarta :FH UI, 1990), hlm.24.

7 Bagir Manan, *Lembaga Kepresidenan*, (Yogyakarta : UII Press, 2008), hlm.16.

kekuasaan pemerintahan di satu pihak dan jaminan hak-hak warga negara ata peu nduduk di pihak lain. Hak-hak ini mencakup hak-hak dasar, seperti hak untuk hidup, jak milik, kesejahteraan (*wealth*) dan kebebasan. Hal tersebut dapat dipahami bahwa hakikat konstitusional adalah pembatasan kekuasaan pemerintahan untuk melakukan pencegahan terhadap penyalahgunaan kekuasaan yang dapat mengakibatkan akibat negatif bagi pemerintahan dan masyarakat serta memberikan jaminan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia dalam penyelenggaraan pemerintahan.

2.3. Teori Kekuasaan Kehakiman

Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. Pengertian kekuasaan kehakiman ini sejalan dengan konsep Kekuasaan Kehakiman yang ditanyatakan oleh Montesquieu, yaitu:

> Jika kekuasaan kehakiman digabungkan dengan kekuasaan legislatif, maka kehidupan dan kebebasan seseorang akan berada dalam satu kendali yang dilakukan secara sewenang-wenang, namun jika kekuasaan kehakiman bersatu dengan kekuasaan eksekutif maka hakim akan selalu melakukan penindasan dan kekerasan" [8]

Sejalan dengan kedua pemahaman tersebut konsep kekuasaan kehakiman yang diatur dalam Undang-Undang terkait telah menunjukkan bahwa konsep kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang mandiri tetapi tidaklah absolut karena didasarkan atas Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam rangka menciptakan kekuasaan kehakiman yang merdeka maka harus terdapat instrumen-instrumen untuk mencegah campur tangan publik terhadap kebebasan hakim. Instrumen-instrumen tersebut antara lain:

8 *Ibid.*, hlm.30.

Pertama, prinsip praduga tak bersalah (*presumption of innocence*), hal ini menyebabkan tidak boleh membentuk pendapat umum yang dikesankan bahwa terdakwa telah bersalah. *Kedua,* larangan peradilan oleh Pers (*trial by the press*), tidak jarang pengadilan oleh pers ini melanggar hak pribadi dan kematian perdata atau pembunuhan karakter terhadap seseorang ataupun sekelompok orang. *Ketiga,* prinsip *Fairness*, yang mengandung makna tidak saja memuat tanggung jawab hakim untuk berlaku jujur dan tidak memihak, tetapi mengandung makna pula bahwa setiap pihak yang berperkara (termasuk terdakwa) mempunyai kesempatan yang sama untuk memenangkan perkara. Keadilan bukan hanya hak publik atau hak korban, tetapi juga hak mereka yang disangka bersalah atau sedang diadili; dan *Keempat,* prinsip kebebasan hakim, kebebasan ini termasuk di dalamnya bebas dari rasa kebimbangan dan rasa takut hakim sebagai akibat dari adanya tekanan publik baik berupa perusakan gedung pengadilan atau penganiayaan yang ditujukan pada hakim. [9]

Kekuasaan kehakiman yang merdeka yang berwujud kebebasan hakim dalam memutus perkara inipun bukanlah sesuatu hal yang berarti tanpa risiko. Sangat dimungkinkan dengan mengatasnamakan kebebasan, hakim dapat menyalahgunakan kekuasaannya dan bertindak sewenang-wenang. Untuk mencegah hal ini harus diciptakan batasan-batasan tertentu tanpa mengorbankan prinsip kebebasan sebagai hakikat kekuasaan kehakiman. Batasan-batasan kekuasaan kehakiman dapat dilakukan dalam bentuk:

> Pertama, hakim hanya memutus menurut hukum. Hal ini membawa konsekuensi bahwa setiap putusan yang dikeluarkan oleh hakim dalam memutus perkara konkret harus dapat menunjuk secara tegas ketentuan hukum yang ditetapkan dalam perkara tersebut. Hal ini sejalan dengan asas legalitas dari suatu negara yang berdasarkan hokum. Kedua, hakim memutus semata-mata untuk memberikan keadilan. Hal ini berimplikasi bahwa hakim dapat melakukan penafsiran, melakukan konstruksi hukum, bahkan tidak menerapkan

9 Bagir Manan, *Op.Cit.*, hlm. 25.

atau menyampingkan suatu ketentuan hukum yang berlaku. Semua itu dilakukan dalam rangka menciptakan keadilan tidak dapat dilaksanakan dengan sewenang-wenang. Ketiga, dalam melakukan penafsiran, konstruksi atau menemukan hukum, hakim harus tetap berpegang teguh pada asas-asas hukum umum (*general principle of law*) dan asas keadilan yang umum (*the general principles of natural justice*); dan keempat, harus diciptakan suatu mekanisme yang memungkinkan menindak hakim yang sewenang-wenang atau menyalah gunakan kewenangan atau kebebasannya.

2.4. Hakim MK sebagai agen pembaharu dalam mengemban kewenangan CC.

Wewenang MK dalam memutus CC, adalah sebagai upaya melindungi hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara tanpa harus melalui *judicial review* sebuah undang-undang. Dalam kaitan ini tentu para hakim MK harus mempersiapkan diri sebaik-baiknya sesuai visi misi MK. Ada kredo menyatakan *judge made law,*hukum timbul karena putusan hakim. Profesi hakim merupakan pekerjaan yang mulia, tetapi sekaligus rentan godaan.

Dalam sejarah peradaban Islam, dikenal semacam profesi *qadhi al-qudhot* yang merupakan instansi tertinggi dalam peradilan. Para ulama menetapkan persyaratan yang sangat ketat untuk menjadi hakim, *qadhi.*Diantara persyaratan itu adalah berkemampuan tinggi, berkemampuan melaksanakan putusan, memiliki wibawa dan pengaruh besar, bersih dan lurus, tidak serakah, dan menjaga diri atau sikap hati- hati dari perbuatan *syubhat*, dan meninggalkan yang haram.[10]

Standar internasional perekrutan hakim *misalnya Basic Principles on the Independence of the Judiciary (Resolusi PBB 1985 Nomor 40/32* dan *Nomor 40/146)* dan *Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the Law Asia Region* (1977) menuntut perekrutan hakim sebagai berikut : pertama, calon hakim memiliki integritas dan kemampuan dengan kualifikasi dan pelatihan yang layak. Kedua, sumber perekrutan bervariasi , yaitu hakim karier,

10 Said Aqil Siradj, Kompas, 14 Oktober 2013: hlm. 7

pengacara, dan akademisi, tetapi sebaiknya lebih banyak dari karier. Ketiga, tidak ada satu cara tunggal untuk merekrut hakim. Namun, perekrutan itu harus menjamin kebebasan motivasi yang tidak tepat : tidak ada diskriminasi berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pandangan politik atau lainnya, asal usul sosial, kekayaan, dan kelahiran atau status. Keempat, jika proses perekrutan melibatkan eksekutif dan atau legislatif, politisasi harus dikurangi.[11]

3. Pembahasan

Salah satu isu strategis mengenai sistem dan mekanisme peradilan konstitusi itu adalah persoalan *"constitutional complaint"* atau pengaduan konstitusional, atau dengan variasi yang berbeda diterjemahkan juga dengan istilah gugatan konstitusional. Dalam bahasa Indonesia, istilah "pengaduan konstitusional", meskipun mulai digunakan dalam wacana ketatanegaraan dengan menggunakan model modifikasi konstitusional berkenaan dengan istilah pengaduan konstitusional, sesungguhnya belum sepenuhnya diterima sebagai istilah baku bahasa hukum di Indonesia, sehingga masih dipandang perlu memberikan pemaknaan dengan maksud memberikan penegasan bahwa pengaduan konstitusional merupakan terjemahan dari istilah *constitutional complaint* dalam bahasa inggris, sementara istilah CC itu sendiri merupakan terjemahan dari *Verfassungsbeschwerde* dalam bahasa jerman. [12] Secara singkat pengaduan konstitusional dapat diberi pengertian sebagai pengaduan yang diajukan oleh perorangan warga negera ke hadapan pengadilan (khususnya Mahkamah Konstitusi) karena suatu perbuatan pejabat publik, atau tidak berbuatnya pejabat publik, telah menyebabkan dirugikannya hak konstitusional warga negara yang bersangkut.

CC dinilai sebagai salah satu elemen penting guna mewujudkan gagasan negara hukum yang demokratis dalam praktik karena ia dikonsepsikan sebagai bagian dari upaya memberikan perlindungan maksimum terhadap hak-hak konstitusional warga negara, dimana perlindungan demikian dipandang sebagai ciri penting yang melekat dalam gagasan negara hukum yang demokratis itu. Sesungguhnya,

11 Mohammad Fajrul Falaakh, *Kompas*, 9 Oktober 2013 : hlm.7

12 Dewa Gede Palguna*, Op.Cit,* hlm.1

secara umum lahirnya mekanisme MK , yang kemudian diadopsi kedalam sistem dan praktik ketatanegaraan diberbagai negara didunia pada saat ini, diturunkan dari gagasan negara hukum.

CC adalah salah satu bentuk upaya hukum perlindungan hak-hak konstisional warga negara dalam sistem ketatanegaraan yang kewenangan untuk mengadilinya diberikan kepada mahkamah konstitusi. Negara-negara yang telah mempratikkan mekanisme CC antara lain, Austria, Jerman, Hungaria, Rusia, Korea Selatan, Thailand.[13]

Mengenai pengaduan CC dapat diberikan pengertian sebagai pengaduan atau gugatan yang diajukan oleh perorangan ke MK terhadap perbuatan (atau kelalaian) suatu lembaga publik yang mengakibatkan ha-hak dasar atau hak-hak konstitusional orang yang bersangkutan dirugikan. CC dapat diterima oleh mahkamah konstitusi, jika semua jalan penyelesaian melalui proses peradilan yang tersediabagi persoalan tersebut telah tidak ada lagi *(exhausted)*.

3.1. Gugatan CC

Permohonan individual dapat digunakan oleh perorangan atau sekelompok warga masyarakat untuk mendalilkan dugaan pelanggaran hak konstitusional yang dialaminya kepada MK . Oleh karena itu, tuntutan biasanya diarahkan kepada pasal-pasal ataupun ayat-ayat dari suatu undang-undang.Oleh karena itu dalam institusi CC, pemohon dapat mendalilkan bahwa keberadaan suatu legislasi telah mengusik hak konstitusionalnya. Permohonan secara individual ini juga dapat ditujukan kepada tindakan langsung aparatur negara. Di samping putusan final MA yang diduga melanggar kaidah-kaidah *Basic Law*.[14] Secara garis besar CC adalah pengajuan perkara ke Mahkamah Konstitusi atas pelanggaran hak konstitusional yang tidak ada instrumen hukum atasnya untuk memperkarakannya atau tidak tersedia lagi atasnya jalur penyelesaian hukum/peradilan) yang diajukan perorangan (individu) warga negara yang merasa hak-hak konstitusionalnya (*constitutional rights atau basic rights*) dirugikan oleh keputusan suatu institusi negara, baik legislatif, eksekutif, maupun

13 I. Dewa Gede Palguna, *Ibid.*

14 Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara,* cet. 1, (Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MK, 2006), hlm. 9

yudikatif. Sedangkan menurut I Dewa Gede Palguna mengemukakan bahwa:

> Obyek pengaduan konstitusional dapat ditujukan terhadap badan-badan pemerintahan, putusan pengadilan, atau undang-undang. Mahkamah Konstitusi hanya menguji kesesuaiannya dengan konstitusi, sedangkan penilain terhadap masalah-masalah hukum dan fakta-fakta lainnya adalah kewenangan dari pengadilan-pengadilan lain. Selama tidak ada pelanggaran terhadap hak-hak dasar atau hak-hak konstitusional , mahkamah konstitusi terikat oleh putusan pengadilan-pengadilan tersebut. [15]

Sebagai perbandingan, dibawah ini contoh pelaksanaan CC di Jerman.

3.2. Mekanisme CC di MK Jerman

Pada awalnya MK Jerman dibentuk bersamaan dengan lahirnya *Basic Law* Tahun 1949.[16] Berbeda dengan Amerika, lahirnya *Basic Law* ini merupakan tonggak sebagian besar negara yang mengedepankan prinsip *rule of law* pada sistem ketatanegaraannya. Karena meskipun MK sebenarnya mempunyai kewenangan yang besar mengingat MK mempunyai kekuasaan menguji *(review power)* atas segala hal yang ditetapkan oleh konstitusi, namun paham konstitusionalisme ini baru terwujud pada saat *Basic Law* ditetapkan. MK Jerman memiliki kewenangan:

> Pertama, Pengujian CC digunakan untuk menyelesaikan perselisihan yang dihadapi oleh lembaga-lembaga tinggi negara. Kategori ini termasuk kewenangan untuk menyelesaikan sengketa kewenangan antara Pemerintah Federasi dengan negara bagian *(federal states)* atau perselisihan yang melibatkan organ-organ tinggi dalam pemerintah federal saja; Kedua, *Judicial review*, masing-masing digunakan ketika mahkamah melaksanakan pengujian norma hukum

15 I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit*, hlm. 2

16 Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit,* hlm. 37

secara konkrit *(concrete norm control)*, atau pada saat organ tersebut melakukan pengujian undang-undang secara umum *(abstract norm control)*. Khusus terhadap pengujian norma hukum secara abstrak, permohonan model ini biasanya sudah harus diajukan kepada MK paling lambat 30 hari setelah rancangan undang undang diadopsi secara final oleh Parlemen, namun belum diundangkan; Ketiga, Permohonan CC adalah hak secara perorangan ataupun kelompok, ketika Pemohon mendalilkan bahwa hak konstitusional yang bersangkutan, seperti tercantum dalam *Basic Law* tahun 1949 telah dilanggar oleh aneka produk hukum atau putusan peradilan umum *(ordinary judges)*; dan Keempat, Menyelesaikan sengketa hasil pemilihan umum, seperti ditentukan dalam Article 41 II *Basic Law*.

Di Jerman Istilah CC merupakan istilah yang mempunyai pengertian cukup luas. CC di Jerman mempunyai arti gugatan perorangan yang didalilkan perorangan tersebut terjadi jika ada suatu legislasi melakukan pelanggaran terhadap hak konstitusionalnya. Tak cuma itu pula perorangan tersebut dapat mengajukan gugatannya kepada tindakan aparatur negara dan kepada Putusan final MA yang diduga melanggar kaidah-kaidah *basic law*.

Pengaduan konstitusional di MK Jerman, merupakan upaya hukum khusus dan tidak mengikat MK sebagai tingkat pengadilan tertinggi dalam sebuah jalur peradilan. MK mempunyai fungsi perlindungan hukum yang berbeda dalam arti bukan merupakan lanjutan dari tingkat pengadilan perkara selanjutnya. Mekanisme ini digunakan sebagai upaya hukum terakhir dan hanya tersedia sebagai pendukung (subsider), kecuali terjadi suatu kerugian yang benar-benar membahayakan kelangsungan hidup Pemohon. Umumnya mekanisme CC ini menerima Pemohon yang mengajukan gugatan atas perlakuan langsung dan nyata-nyata terjadi saat itu oleh aparatur negara yang langsung di rujuk oleh Pemohon kepada *Basic Law*.

Pada awalnya prasyarat untuk mengajukan CC ini terbatas pada produk legislatif saja, namun seiring dengan perkembangan, dapat pula diterapkan kepada putusan pengadilan yang melanggar *Basic Law*. Alasan mengapa ketentuan ini dapat berkembang dapat masuk akal karena secara otomatis jika peraturan perundang-undangan yang disinyalir melanggar kaidah *Basic Law* kemudian di putus oleh

Pengadilan biasa *(Ordinary Court)* bahwa peraturan perundangan tersebut tidak bertentangan peraturan di atasnya, maka putusan majelis hakim akan hal ini secara tidak langsung "melegalkan" tindakan aparatur yang melanggar hak-hak dasar Pemohon tersebut. Akhirnya putusan pengadilan pun dalam hal ini terlibat untuk menjadi objek gugatan dalam CC.

Tindakan hukum untuk memulihkan kerugian yang diderita oleh Pemohon, tidak dapat diterima oleh MK , jika sebelumnya Pemohon tidak melakukan upaya hukum biasa yang tersedia dalam sistem peradilan umum, bahwa selain untuk meringankan beban mahkamah Konstitusi dalam penumpukan perkara, melainkan juga perlu dipertimbangkan lagi bahwa MK tidak seharusnya memproses isu yang sederhana.

Mengingat mekanisme ini merupakan upaya hukum yang luar biasa dan bukan untuk mengakhiri fase tingkatan pengadilan biasa. Oleh sebab itu, permohonan baru dapat diterima oleh mahkamah setelah seluruh upaya hukum biasa guna memulihkan hak bagi yang bersangkutan selesai ditempuh. Tetapi, dalam sistem Peradilan Konstitusi Jerman yang berlaku dewasa ini, ketentuan tersebut dapat dikesampingkan, dengan satu syarat jika kerugian serius benar-benar telah membahayakan keberadaan yang bersangkutan.

4. Kondisi obyektif dan analisis kewenangan dan kewajiban MKRI, serta integritas MK

Kewenangan MK diatur dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 dan Pasal 10 ayat (1) dan ayat (2) UU No 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi (UUMK). Kemudian kewajiban MK ditentukan dalam Pasal 24C ayat (2). Ketentuan tersebut menyatakan bahwa MK merupakan badan peradilan tingkat pertama dan tarakhir yang putusannya bersifat final dan mengikat yang tidak ada mekanisme banding dan kasasi terhadap putusan MK untuk perkara-perkara yang berkenaan dengan kewenangan tersebut.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi yang dimaksud adalah:

1. Pengujian UU
2. Memutuskan Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara
3. Memutus Pembubaran Partai Politik (Parpol)
4. Memutus Perselisihan Hasil Pemilu.

Kemudian menurut Pasal 24C ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, MK wajib memberikan putusan atas pendapat DPR, bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga melakukan pelanggaran hukum dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut undang-undang dasar. Kewenangan ini berkaitan dengan proses pemakzulan (*impeachment*) Presiden dan atau Wakil Presiden.

4.1. Pertimbangan MKRI Harus Memiliki Kewenangan dalam memutus perkara CC

Berdasarkan uraian tersebut diketahui bahwa telah ada suatu celah perkembangan hukum dalam menegakkan hak-hak dasar warga negara yang dijamin oleh Konstitusi. Untuk mengadili pelanggaran Konstitusi secara efisien dan efektif dibutuhkan satu organ yang mandiri dan berwibawa, di Indonesia lembaga ini bernama Mahkamah Konstitusi, namun hingga sekarang ini Mahkamah Konstitusi masih memiliki kelemahan, Mahkamah Konstitusi hanya berwenang menguji keabsahan materi Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, dan Mahkamah Konstitusi tidak bisa menguji pelaksanaan ataupun penerapan Undang-Undang.

Oleh karena itu tidak heran apabila MK tidak bisa memeriksa kasus-kasus konstitusional yang konkrit, kewenangan MK hanyalah memeriksa konstitusionalitas sebuah peraturan perundang-undangan secara abstrak. Dengan kata lain Mahkamah Konstitusi hanya dapat emeriksa masalah konstitusional (*constitutional question*) dan bukan kasus konstitusional (*constitutional case*). MK tidak mempunyai kewenangan untuk memeriksa perkara yang menyangkut pelanggaran hak-hak konstitusional individual melalui sebuah mekanisme yang dikenal sebagai CC.

Mengingat bahwa Indonesia merupakan negara hukum dalam hal ini berarti negara yang melindungi hak-hak warga negara atas keberatan terhadap perlakuan kinerja pemerintah terhadap masyarakat, peraturan perundang-undangan, dan putusan pengadilan, yang dianggap bertentangan dengan Hak Asasi Manusia yang diatur dalam konstitusi. Esensi dari pembentukan MK adalah sebagai pelindung konstitusi (*the guardian of the constitution*), terutama untuk melindungi hak-hak asasi manusia dan hak-hak konstitusional warga negara, oleh karena itu untuk mewujudkan Negara Indonesia sebagai negara hukum

yang demokratis, penulis yang mendasarkan pemikiran pada gagasan besar hukum progresif yang menyatakan bahwa hukum progresif tidak semata-mata hanya memahami sistem hukum pada sifat yang dogmatik, melainkan juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantif berpendapat perlu ditambahkannya CC menjadi kompetensi dari MKRI.

Penulis berpendapat bahwa MK sepatutnya memiliki kewenangan CC sebab kedudukan MK akan menjadi keluar dari tujuan didirikannya apabila tetap berpegang teguh pada *judicial review*. Oleh karena setiap produk dari lembaga negara diluar legislatif, tindakan pejabat negara dan putusan final pengadilan umum yang melanggar hak-hak konstitusional warga negara tidak akan dapat ditindak oleh MK. Bukankah tujuan didirikannya MK tidak semata-mata untuk melindungi warga negara dari tindakan sewenang-wenangan negara yang selalu dijelmakan dalam produk hukum (legislasi), tapi pada dasarnya sebagai penjaga dan pelindung konstitusi. Konsekwensinya, seharusnya setiap pelanggaran konstitusi, baik dalam bentuk peraturan perundang-undangan maupun dalam bentuk tindakan dan kebijakan pejabat negara, dapat dimohonkan penyelesaiannya kepada MK.

Di lain sisi, upaya hukum pengaduan konstitusional melalui *judicial review* terlalu prosedural dan tidak secara langsung mengena pada pelanggaran konstitusional. Seseorang yang merasa haknya terlanggar oleh perbuatan pejabat negara harus terlebih dahulu mengajukan pembatalan peraturan perundang-undangan terkait sebelum memperoleh justifikasi bahwa haknya memang telah dilanggar oleh perbuatan pejabat negara dan putusan final pengadilan umum.

Padahal, suatu pelanggaran hak-hak konstitusional seharusnya dapat langsung dituntut tanpa membatalkan peraturan perundang-undangan bersangkutan terlebih dahulu. Tentu saja dengan menggunakan konstitusi sebagai batu ujinya. Lagi pula, tidak semua pelanggaran konstitusi bersumber dari terlanggarnya hak-hak konstitusional dari diberlakukannya suatu undang-undang. Hal tersebut karena, bisa jadi suatu undang-undang telah sesuai dengan konstitusi, akan tetapi tindakan pejabat negara dalam menjalankan maksud dari undang-undang tersebut melanggar hak-hak konstitusi masyarakat.

2.4. Persyaratan Hakim MK

Pasal 24 C ayat (5) UUD NRI Tahun 1945 menyatakan " hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara". Sementara dalam pasal 15 UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang MK, dinyatakan " hakim konstitusi harus memenuhi syarat sebagai barikut: a. Memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, b. Adil dan, c. Negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Perekrutan sembilan hakim MK ditentukan melalui model *split* and *quota* dengan memberi jatah Presiden, DPR dan MA masing-masing memajukan tiga hakim. Tiga lembaga berkuasa menentukan hakim konstitusi.

5. Penutup

Berdasarkan hal tersebut maka dapat diartikan bahwa negara melindungi individu terhadap pemerintah yang sewenang-wenang dan memungkinkan individu menikmati hak-hak sipil dan politiknya sebagai manusia, disamping itu esensi dari hadirnya MK di Indonesia adalah sebagai pelindung konstitusi (*the guardian of the constitution*), terutama untuk melindungi hak-hak asasi manusia dan hak-hak konstitusional warga negara, dalam rangka mewujudkan negara Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis.

Beranjak dari pernyataan diatas secara teoritis CC mempunyai hubungan dengan pembentukan MK yaitu dalam prinsip dasar adanya MK adalah adanya jaminan perlindungan hak-hak asasi manusia dalam konsep *rule of law* yang selalu dideklarasikan oleh setiap negara hukum. Jadi esensi dasar pembentukan mekanisme CC menjadi esensi dasar pembentukan MK pula yaitu adanya perlindungan *fundamental law* yang meliputi hak asasi manusia sebagai *natural justice* atau *natural law*.

MK sepatutnya memiliki kewenangan CC, sebab kedudukan MK akan tidak mencapai tujuan didirikannya MK apabila tetap berpegang teguh pada hanya memiliki kewenangan memutus *judicial review*. Hal ini dikarenakan setiap produk dari lembaga negara diluar legislatif, tindakan pejabat negara dan putusan final pengadilan umum yang melanggar hak-hak konstitusional warga negara tidak akan dapat ditindak oleh MK. Di sisi lain, upaya hukum pengaduan konstitusional melalui *judicial review* terlalu prosedural dan tidak secara langsung

mengena pada pelanggaran konstitusional. Seseorang yang merasa haknya terlanggar oleh perbuatan pejabat negara harus terlebih dahulu mengajukan pembatalan peraturan perundang-undangan terkait sebelum memperoleh justifikasi bahwa haknya memang telah dilanggar oleh perbuatan pejabat negara dan putusan final pengadilan umum.

Dengan demikian, kebutuhan akan instrumen perlindungan hak-hak konstitusional warga negara berupa *CC* berdasar pada: hal akan adanya suatu tindak pelanggaran hak-hak konstitusional yang dilakukan oleh pejabat negara, juga adanya suatu pelanggaran hak-hak konstitusional yang merupakan akibat dari dikeluarkannya suatu putusan pengadilan umum, serta dengan tidak diaturnya atau dikeluarkannya suatu peraturan perundang-undangan akan melanggar hak-hak konstitusional. Dengan dasar tersebut, mekanisme CC niscaya dan mutlak diperlukan. Oleh karena kewenangan MK di dalam Pasal 24C Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tidak terdapat celah untuk menambah kewenangan, maka gagasan kewenangan CC dapat dilakukan dengan cara: pertama, amandemen UUD NRI Tahun 1945; kedua, hanya merubah UU MK, dengan metode penafsiran dari para hakim MK.

Hakim MK yang berkualitas, dan mampu berperan sebagai *agent of change* mampu meningkatkan kualitas putusan . Syaratnya, seorang hakim MKRI harus memahami visi dan misi yang telah ditetapkan oleh MK RI. Selain itu, seorang hakim MK juga harus memahami permasalahan dan kelemahan yang ada sehingga ia mampu memberikan solusi terhadap berbagai permasalahan dan kelemahan yang ada. Peran sebagai *agent of change* untuk meningkatkan kualitas putusan mengharuskan seorang hakim MK memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum. Hakim yang setiap hari bergumul dalam pencarian keadilan, akan sangat ideal jika memiliki tiga aspek dasar yang baik: insting, moral, dan nurani.[]

Dafar Pustaka

A.Baso Ence, Iriyanto. *Negara Hukum dan Hak Uji Konstitusionalitas Mahkamah Konstitusi*. Bandung: PT. Alumni, 2008.

Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. cet.2. Jakarta:Konstitusi Press, 2006.

_____, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*. Jakarta: Bhuana Ilmu Populer, 2007.

Asshiddiqie, Jimly dan Ahmad Syahrizal. *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara*. cet. 1. Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MAHKAMAH KONSTITUSI-RI, 2006.

Manan, Bagir. *Lembaga Kepresidenan.*Yogyakarta : UII Press, 2008.

Fatkhurohman, et.al.*Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004.

Mahfud MD, Mohammad. *Konstitusi dan Hukum Dalam Kontroversi Isu.* Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009.

_____, *Politik Hukum di Indonesia*. Jakarta : Rajawali Pers, 2009.

Mahkamah Konstitusi, Buku II Laporan Pelaksanaan Putusan MPR oleh Mahkamah Konstitusi 2003-2004. "*Satu Tahun Mahkamah Konstitusi Mengawal Konstitusi Indonesia*". Jakarta: MAHKAMAH KONSTITUSIRI, 2004.

Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. cet. 6. Jakarta: Prenada Media Group, 2010.

Max Boli Sabon. *Hukum Otonomi Daerah*. Jakarta : Penerbit Universitas Atma Jaya, 2009.

Palguna, I Dewa Gede. *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara* .Jakarta: Sinar Grafika, 2013.

Soehino, *Hukum Tata Negara (Sumber-Sumber Hukum Tata Negara Indonesia).* cet.1. Yogyakarta: Liberty, 1985.

Siahaan, Maruarar. "*Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*". Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006.

Soekanto, Soekanto. *Penelitian Hukum Normatif*. Jakarta: Rajawali Pers, 1996.

Syahrizal, Ahmad. "*Peradilan Konstitusi*" cet. ke-1. Jakarta: Pradnya Paramita, 2006.

Konstitusi dan Peraturan perUndang-Undangan:

Republik Indonesia. Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.

_____, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. (*Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 4316*).

_____, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. (*Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 5076*).

_____, Undang-Undang Nomor 14Tahun 1985 jo Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004

Jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 Tentang Mahkamah Agung.

3

Prospek Pemajuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia Melalui Mahkamah Konstitusi

Oleh: Muhammad Fauzan Azim

Pendahuluan

Perubahan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI 1945) telah memberi warna baru komitmen negara dalam pemenuhan hak asasi manusia (HAM). Hal ini tercermin dari muatan pengaturan hak asasi yang lebih beragam dan lebih maksimal dalam menyahuti hajat dan kebutuhan perlindungan HAM, baik dalam konteks pribadi, keluarga, masyarakat dan sebagai warga negara Indonesia.[1] Asumsi tersebut dapat dilihat dengan dimuatnya jaminan dan perlindungan HAM dalam Bab XA UUD 1945 setelah perubahan yang terdiri dari Pasal 28A-28I. Pengaturan jaminan HAM yang lebih beragam tersebut sekaligus telah merepresentasikan gagasan konstitusionalisme sebagai gagasan pembatasan kekuasaan yang berkembang sebagai reaksi terhadap praktik penyalahgunaan kekuasaan sepanjang sejarah peradaban manusia.[2]

Sebagai ciri penting prinsip negara hukum modern, gagasan konstitusionalisme yang dianut oleh UUD NRI 1945 diharapkan

1 Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia; Dari UUD 1945 Sampai Amandemen UUD 1945 Tahun 2002*, (Jakarta: Kencana, 2005), hlm. 65.

2 Ni'matul Huda, *UUD 1945 dan Gagasan Amandemen Ulang* (selanjutnya disingkat Ni'matul Huda I), (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2008), hlm. 39.

menjadi modal awal dalam menyahuti upaya perlindungan dan pemajuan HAM. Melalui Pasal 28I ayat (4), UUD NRI 1945 telah memberikan tanggungjawab kepada negara, terutama pemerintah untuk melindungi (*obligation to protect*), memajukan (*obligation to promote*) dan memenuhi (*obligation to fullfill*) HAM sebagai tiga kewajiban dasar negara dalam penegakan HAM. Di sisi lain, adanya penegasan supremasi konstitusi dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945, yang secara tegas mengatakan "*Negara Indonesia adalah negara hukum*", juga telah disempurnakan dengan perubahan fundamental atas kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan melalui perubahan Pasal 24 ayat UUD NRI 1945. Di mana, usaha penegakan hukum dan keadilan dipisah menjadi kewenangan Mahkamah Agung (MA) beserta badan peradilan di bawahnya sebagai peradilan biasa dan Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai peradilan penegak konstitusionalitas.

Sebagai peradilan baru dalam struktur kekuasaan kehakiman Indonesia, Pasal 24C UUD NRI 1945, memberikan mandat kepada MK untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir pengujian undang-undang terhadap Undang-undang Dasar (UUD), memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum (PHPU). Menariknya, di samping 4 (empat) kewenangan tersebut, MK juga memiliki kewajiban untuk memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD. Sehingga mengacu kepada kewenangan dan kewajiban yang dimiliki MK, ia sering dianggap sebagai penegak konstitusionalitas, oleh karena diatur lansung dalam konstitusi.

Penguatan prinsip supremasi konstitusi yang dianut oleh UUD NRI 1945 menghendaki seluruh aturan hukum tidak boleh bertentangan dengan UUD NRI 1945 (konstitusi). Hakikat kehadiran negara dipandang sebagai pemangku mandat untuk melaksanakan konstitusi sebagai hukum tertinggi yang mengikat seluruh penyelenggara negara dan segenap warga negara, maka penyempurnaan aturan dasar mengenai jaminan perlindungan HAM yang terdapat dalam UUD 1945, memperlihatkan prospeksitas pemajuan dan perlindungan HAM seiring dengan adanya pelembagaan MK sebagai bagian penting dari penguatan prinsip supremasi konstitusi dalam upaya mewujudkan

penyelenggaraan negara secara demokratis dan modern.[3] Sebagai salah satu ciri penting sebuah konstitusi, jaminan perlindungan dan pemajuan HAM dalam UUD NRI 1945 memiliki keterkaitan dengan tujuan pembuatan UUD (konstitusi) yang sejatinya didorong oleh kesadaran politik yang tinggi mengenai keperluan penyelenggaraan pemerintahan negara sebaik mungkin, baik sebagai kaidah hukum maupun sebagai pernyataan prinsip dan cita-cita, karena UUD sebagaimana perundang-undangan lainnya adalah "*the resultan of a paralelogram of forces political, economic, and social which operate at the time it adoptions.*"[4]

Bila dirunut ke belakang, perubahan UUD 1945 berkenaan dengan isu-isu HAM[5] merupakan buah dari kesadaran politik untuk memecahkan persoalan besar yang dihadapi, baik menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM yang terjadi di masa lalu, maupun menyiapkan perangkat hukum yang lebih responsif agar ke depan, pelanggaran-pelangaran HAM terutama yang dilakukan oleh negara, dapat dihindari. Sehingga penguatan nilai universal HAM dalam UUD NRI 1945 merupakan modal dasar implementasi gagasan kedaulatan rakyat dalam arti yang sesungguhnya. Sebab dari sisi paham bernegara, UUD NRI 1945 sebagai konstitusi tidak dimaknai sebagai dokumen hukum semata, melainkan merupakan perwujudan ide konstitusionalisme yang menurut Richard S. Kay, pembatasan kekuasaan dalam konstitusi termanifestasi dalam aturan hukum yang dapat menjamin rasa aman (hak-hak warga) dan membatasi kekuasaan negara.[6] Paham konstitusionalisme dalam konstitusi bermakna bahwa negara dilarang melakukan pelanggaran HAM dan bahkan tugas utama perlindungan HAM adalah pada negara.

Konstitusionalisme merupakan pelaksanaan aturan-aturan hukum (*rule of law*) dalam hubungan individu dengan pemerintah, sehingga

3 MPR RI, *Panduan Pemasyarakatan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Sesuai dengan Urutan Bab, Pasal dan Ayat*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2007), hlm. 9-10.

4 Ni'matul Huda I, *Op.Cit*., hlm. 39.

5 Moh. Mahfud M.D., *Membangun Politik Menegakkan Konstitusi* (selanjutnya disingkat Moh. Mahfud M.D. I), (Jakarta: P.T. Raja Grafindo Persada, 2011), hlm. 139-140.

6 Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2008), hlm. 2.

konstitusionalisme juga dimaknai sebagai pemerintahan berdasar atas sistem konstitusi. Maka apabila hak asasi warga negara dilanggar, rakyat sebagai pemilik kedaulatan juga harus memiliki instrumen hukum melalui lembaga peradilan untuk menuntut negara bertanggung jawab atas pelanggaran tersebut. Dalam hal ini, kewenangan yang dimiliki MK dalam menguji konstitusionalitas negara, baik melalui perumusan kebijakan dalam bentuk undang-undang ataupun tindakan negara yang bertentangan dengan konstitusi, merupakan sarana untuk menjadikan konstitusi sebagai dokumen hidup yang menentukan bentuk dan arah kekuasaan negara sesuai dengan prinsip dasar dalam konstitusi. Sehingga memberikan kontribusi bagi terciptanya kehidupan bernegara berdasarkan hukum dan demokrasi.[7]

Pembentukan MK yang merupakan konsekuensi negara hukum yang demokratis, menjadikan MK sebagai saluran terakhir untuk menguji suatu keputusan yang dicapai dengan demokrasi yang tidak selalu sejalan dengan ketentuan konstitusi sebagai hukum tertinggi. Begitu juga dengan hak-hak dasar (HAM) warga negara yang telah diakui keberadaaan oleh konstitusi, maka sebagai subjek hukum HAM, keberadaan peradilan konstitusi jelas memainkan peran yang sangat penting dalam usaha pemajuan dan perlindungan HAM tersebut. MK diharapkan dapat menjaga konsistensinya dalam usaha pemajuan dan perlindungan HAM yang telah dijamin oleh konstitusi.

Dengan berpedoman pada uraian di atas, tulisan ini akan mencoba untuk mengulas lebih lanjut prospek pemajuan dan perlindungan HAM melalui peran MK dengan batasan-batasan persoalan yang akan diungkap hanya terkait dengan perannya sebagai penegak konstitusionalitas. Tentu saja hal itu akan berkaitan lansung dengan peran MK yang tercermin dari kewenangan yang dimiliknya sebagai mekanisme terpenting dalam pemajuan dan perlindungan HAM. Ulasan tersebut sekaligus juga akan mencoba untuk memotret konsistensi dan kinerja MK dalam menjalankan fungsi dan kewenangannya sebagai penjaga demokrasi dan pelindung HAM.

---

7 Dewa Gede Palguna, "Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara (Studi Kewenangan Mahkamah Konstitusi Indonesia dalam Perspektif Perbandingan)", ***Disertasi***, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia, 2011, hlm. 157.

1. Urgensi Pembentukan Mahkamah Konstitusi RI

Sejarah mencatat, pembentukan peradilan konstitusi dilatarbelakangi oleh perkembangan kekuasaan parlemen yang makin lama dirasakan kian tidak terkendali. Sehingga organ yang mewakili kepentingan rakyat pun diperkirakan tidak dapat mengakomodasi kompleksitas persoalan dan kepentingan masyarakat secara luas. Pada tataran emperis, ide peradilan konstitusi didorong oleh gagasan John Marshall yang menghendaki superioritas konstitusi dan gagasan Hans Kelsen tentang teori hukum berjenjang (*stufenbau theory*). Kedua gagasan ini kemudian menyatu ke dalam paham silogisme konstitusional (*constitutional syllogisme*) atau konklusi logis yang lahir karena 2 (dua) alasan mendasar, yaitu:[8] *Pertama*, norma konstitusional adalah *primary rule* (mayor); dan *Kedua*, norma pertama dan utama itu adalah alasan yang selanjutnya menggiring undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya menempati *secondary rule* (minor).

Di Indonesia, gagasan pembentukan peradilan konstitusi di Indonesia dilatarbelakangi oleh persoalan absolutisme kekuasaan pada orde-orde sebelum reformasi. Kesemuanya secara konstitutif bisa dikatakan berpangkal dari persoalan UUD 1945 sebelum perubahan yang menentukan bahwa Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) sebagai pelaksana kedaulatan rakyat. Implikasinya, hakikat kedaulatan rakyat telah direduksi menjadi kedaulatan sejumlah orang yang bernama MPR.[9] Permasalahan ini kemudian mengilhami menguatnya paham supremasi konstitusi di tengah berbagai persoalan kenegaraan yang begitu kompleks. Puncaknya, pada Mei 1998, muncul gerakan reformasi yang dimotori oleh Mahasiswa yang menuntut 6 (enam) agenda atau tuntutan reformasi yaitu: (1) Amandemen UUD 1945; (2) Penghapusan doktrin dwifungsi Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (ABRI); (3) Penegakan supremasi hukum, penghormatan hak asasi manusia (HAM), serta pemberantasan korupsi, kolusi dan nepotisme (KKN); (4) Desentralisasi dan hubungan yang adil antara

8 Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi; Suatu Studi tentang Ajudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, (Jakarta: P.T. Pradnya Paramita, 2006), hlm. 1-3.

9 Soewoto Mulyosudarmo, *Pembaharuan Ketatanegaraan Melalui Perubahan Konstitusi*, (Malang: Asosiasi Pengajar HTN dan HAN dan In-TRANS, 2004), hlm. 4.

pusat dan daerah (otonomi daerah); (5) Mewujudkan kebebasan pers; (6) Mewujudkan kehidupan demokrasi,[10] di mana Amandemen (perubahan) UUD 1945 diletakkan sebagai agenda utamanya. Hal ini karena UUD 1945 sebagai hukum tertinggi dianggap sebagai pokok persoalan mendasar kehidupan berbangsa dan bernegara di masa lalu. Sehingga MPR mengadakan amandemen UUD 1945 yang berlansung pada 1999-2002.

Di antara tujuan amandemen UUD 1945 tersebut, terdapat salah satu hal yang sangat fundamental, yaitu penyempurnaan aturan dasar mengenai tatanan negara, khususnya menyempurnakan aturan dasar mengenai jaminan dan pelaksanaan kedaulatan rakyat serta memperluas partisipasi rakyat agar sesuai dengan perkembangan paham demokrasi; dan menyempurnakan aturan dasar mengenai jaminan dan perlindungan HAM[11] merupakan di antara tujuan penting yang sangat mendesak dilakukannya amandemen terhadap UUD 1945. Salah satu capaian yang cukup signifikan dalam amandemen UUD 1945 tersebut adalah perubahan mendasar mandat rakyat terhadap kekuasaan kehakiman dengan hadirnya MK sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman. Hal ini sebagai akibat dari menguatnya paham supremasi konstitusi diyakini mesti dikawal secara konstitusional, institusional dan demokratis.[12] Kalau sebelumnya pelaku kekuasaan kehakiman dipegang oleh MA beserta badan peradilan di bawahnya, namun setelah amandemen UUD 1945, kekuasaan kehakiman bertransformasi menjadi 2 (dua) model peradilan yaitu: peradilan umum yang puncaknya berada di bawah kendali MA; dan peradilan perlindungan konstitusionalitas yang diperankan oleh MK.

Istilah MK sebagai peradilan perlindungan konstitusionalitas, menurut Hans Kelsen disebabkan karena secara teoritis keberadaan MK tersebut sebagai peradilan khusus untuk menjamin agar konstitusi sebagai hukum tertinggi (*the supreme of the law of the land*) dapat ditegakkan dalam praktik kenegaraan.[13] Dalam dataran inilah,

10 Ni'matul Huda I, *Op.Cit*., hlm. 196.

11 MPR RI, *OpCcit*., hlm. 9.

12 Ni'matul Huda, *Lembaga Negara dalam Masa Transisi Demokrasi* (selanjutnya disingkat Ni'matul Huda II), (Yogyakarta: UUI Press, 2007), hlm. 138.

13 Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*, (Jakarta: Konstitutisi Press , 2006), hlm. 115-116.

pembentukan MK sebagai bagian penting dari perubahan fundamental paras kekuasaan kehakiman, sejatinya bertujuan agar prinsip supremasi hukum benar-benar terpelihara dengan baik. Sehingga bila ditelusuri lebih jauh, urgensi pembentukan MK pada 2003 merupakan kebutuhan mendesak untuk menjawab beberapa persoalan hukum di negeri ini yang sebelumnya menemui jalan buntu. Karena itu, pelembagaan MK dengan wewenang yang diberikan kepadanya diharapkan dapat menyelesaikan perkara-perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, yaitu menguji konstitusionalitas undang-undang, mengadili sengketa kewenangan lembaga negara, mengadili sengketa hasil pemilihan umum, memutus pembubaran partai politik, dan perkara *impeachment* presiden dan wakil presiden.

Sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, pembentukan MK secara filosofis juga memiliki peranan penting dalam usaha menegakkan konstitusi dan prinsip negara hukum sesuai dengan tugas dan wewenangnya sebagaimana ditentukan oleh UUD NRI 1945.[14] Dalam kaitan ini, cita-cita negara hukum yang demokratis merupakan kehendak universal yang dirasakan sangat fundamental. Karenanya, cukup naif bila penyelenggaraan kekuasaan negara diletakkan pada nihilisme mekanisme pengendalian hukum terhadap kemungkinan penyimpangan makna demokrasi konstitusional yang dicita-citakan bersama.

2. Mahkamah Konstitusi dan Hak Asasi Manusia

2.1. Penguatan Supremasi Konstitusi

Kehadiran MK sebagai salah satu pilar negara hukum, bertolak dari anggapan bahwa konstitusi ditetapkan oleh rakyat yang memegang kedaulatan. Karena itu kedaulatan rakyat yang dituangkan dalam konstitusi memperkuat gagasan agar konstitusi ditempatkan pada puncak piramida sistem norma hukum. Konstitusi biasanya dibuat untuk mengikat cabang kekuasaan negara legilatif, eksekutif dan yudikatif, namun sejarah memperlihatkan bahwa hukum tertinggi yang didalilkan mampu membatasi masing-masing penggunaan

14 Mahkamah Konstitusi RI, *Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi; Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal Kepaniteraan MK, 2009), hlm. Vii.

kekuasaan tersebut, dalam kenyataannya selalu saja tidak dipatuhi.[15] Sejalan dengan salah satu sifat dasar konstitusi yaitu adanya gagasan konstitusionalisme yang terelaborasi dalam hal pembagian kekuasaan negara dan pelaksanaan kehidupan bernegara berdasarkan peraturan perundang-undangan yang menurut Charles de Secondat Baron de La Brede et de Montesqueiu dengan teori *trias politica*-nya, membagi cabang-cabang kekuasaan menjadi kekuasaan legislatif, eksekutif atau administratif, dan cabang kekuasaan yudisial.[16]

Montesqueiu memang tidak eksplisit mengatakan pembagian kekuasaan yudisial, namun *trias politica* yang diajarkan Montesqueiu itu telah melahirkan varian lain dari teori pembagian kekuasaan, yaitu teori pemisahan kekuasaan (*separation of power*) yang memiliki nuansa yang sebanding dengan pembagian kekuasaan, pemisahan kekuasaan, pemilahan kekuasaan dan distribusi kekuasaan. Dalam perkembangannya, banyak versi yang biasa dipakai oleh para ahli berkaitan dengan peristilahan pemisahan dan pembagian kekuasaan tersebut, secara implisit pemisahan atau pemilahan kekuasaan yudisial menjadi peradilan biasa dan peradilan penegak konstitusionalitas, memiliki relevansi dengan doktrin pemisihan kekuasaan yang telah disinggung di atas.

Berangkat dari pengandaian di atas, diskursus pemikiran negara hukum di ranah konstitusi dan yudisial juga menghendaki adanya pemilahan peradilan yang bertugas menegakkan hukum dalam bentuk undang-undang dengan peradilan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang maupun kebijakan negara yang bersentuhan lansung dengan pemenuhan hak konstitusional warga negara. Artinya, dari aspek kewenangan mengadili, penegakan supremasi konstitusi dalam satu peradilan diperankan oleh peradilan biasa yang tugasnya adalah menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan undang-undang, adalah sebuah keniscayaan. Apalagi salah satu prinsip terpenting penyelenggaraan kekuasaan kehakiman menghendaki adanya asas peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*). Asas ini merupakan salah satu pilar penting negara hukum modern agar pelaku kekuasaan kehakiman bebas dari campur tangan

15 Ahmad Syahrizal, *Op.Cit*., hlm. 4.

16 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara,* (Jakarta: P.T. Raja Grafindo Persada, 2011), hlm. 285.

lembaga-lembaga di luar peradilan dalam menjalankan fungsi dan kewenangannya, terutama eksekutif dan legislatif terhadap pelaksanaan fungsi peradilan.[17] Prinsip *independent and impartial judiciary* ini secara filosofis melekat pada semua lembaga peradilan, termasuk MK. Karena itu, dikaitkan dengan peran MK sebagai penegak konstitusionalitas, fungsi MK sekaligus memainkan dua peran, yaitu: *Pertama*, peran strategis dalam aspek reposisi tanggungjawab negara dalam pemenuhan hak konstitusional warga negara; dan *Kedua*, memainkan peran strategis mekanisme *checks and balances* dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain.

Independensi MK sebagai peradilan penegak konstitusionalitas diharapkan menjadi jawaban konstitutif atas potensi penggunaaan kekuasaan negara yang sejak lahir menggandung bakat negatif. Seperti dikatakan Lord Acton, "*power tend to corrupt absolute power corrupt absolutely*". Karena itu mekanisme peradilan konstitusi sebetulnya merupakan mekanisme terpenting untuk menuntut pertanggungjawaban kebijakan negara dalam segala dimensinya. Sebab negara hukum selalu saja mengalami simplisifikasi makna menjadi negara berlaku hukum, meskipun filosofi negara hukum meliputi pengertian, ketika negara melaksanakan kekuasaannya, negara tunduk pada pengawasan hukum.[18] Tanpa adanya saluran ajudikasi konstitusional melalui peradilan khusus, maka supremasi kostitusi dan pemenuhan HAM adalah keniscayaan. MK merupakan tumpuan ekspektasi publik guna perbaikan paradigma pemerintahan sebagai pemangku kewajiban dalam penghormatan, perlindungan dan pemajuan HAM pada semua sektor yang tercermin pada semua kewenangan dan kewajiban MK sebagaimana yang telah diberikan oleh UUD 1945.

2.2. Penguatan Mekanisme Pemajuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia

Kewenangan dan kewajiban yang dimiliki yang digariskan oleh Pasal 24C UUD NRI 1945, memperlihatkan beberapa peran penting

17 Ahmad Mujahidin, *Peradilan Satu Atap di Indonesia*, (Bandung: P.T. Refika Aditama, 2007), hlm. 52.

18 Ahmad Syahrizal, *Op.Cit*., hlm. 55.

MK dalam rangka mewujudkan tujuan gagasan negara hukum yang mengagungkan perlindungan HAM, yaitu:[19] *Pertama*, sebagai penjaga demokrasi (*the gurdian of democracy*) sekaligus sebagai pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional rights*), serta pelindung HAM (*the protector of the human rights*); dan *Kedua*, sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) dan pada saat bersamaan, sekaligus berperan penafsir konstitusi (*the sole of interpreter of the constitution*) terhadap konstitusi sebagai hukum tertinggi (*the supreme law of the land*). Ketiga fungsi MK tersebut di atas, konsepsi hubungan antara demokrasi, negara dan kebutuhan konstitusionalnya di mana ketiganya menjadi satu kesatuan sistemik dalam rangka memperkuat hak dan kewajiban dalam hukum publik yang demokratis. Karena kedaulatan rakyat itu tidak bisa dibatasi dan tidak bisa dibagi, melainkan harus dipertahan dengan aman oleh negara.[20]

Sebagai hukum tertinggi yang mengatur penyelenggaraan negara berdasarkan prinsip demokrasi, salah satu fungsi konstitusi adalah melindungi HAM. Dalam hal ini, MK merupakan aktualisasi dari prinsip dasar negara hukum yang menjadikannya sebagai mata rantai pemajuan perlindungan HAM dalam gagasan negara hukum yang meletakkan perlindungan HAM sebagai ciri utamanya. Seperti dikatakan oleh Padmo Wahyono, di dalam negara hukum terdapat suatu pola, yaitu:[21] (1) menghormati dan melindungi hak asasi manusia; (2) mekanisme kelembagaan negara yang demokratis; (3) tertib hukum; dan (4) kekuasaan kehakiman yang bebas. Polarisasi negara hukum yang diintrodusir oleh Padmo ini secara implisit mengisyaratkan bahwa kekuasaan kehakiman yang bebas merupakan salah satu dari 4 (empat) pilar negara hukum dalam upaya penghormatan dan perlindungan HAM. Dihubungkan dengan kewenangan dan kewajiban yang dimiliki MK, penguatan mekanime perlindungan HAM, memiliki dimensi yang cukup menarik untuk diulas. Hal itu tidak hanya terletak pada aspek kewenangan MK dalam kasus uji materil (Perkara Uji Undang-undang)

---

19 Ni'matul Huda II, *Op.Cit*., hlm. 256.

20 David Held, *Demokrasi & Tatanan Global; Dari Negara Modern Hingga Pemerintahan Kosmopolitan* (terjemahan Damanhuri), (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), hlm. 166.

21 Sjahran Basah, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1994), hlm. 148.

terhadap UUD, melainkan juga tercermin pada 3 (tiga) kewenangan lainnya dan satu kewajiban yang dimiliki oleh MK tersebut.

Dalam kasus uji materiil atau *judicial review* (PUU), Hans Kelsen mengatakan fungsi peradilan konstitusi (MK) sering dipandang sebagai negatif legislator (*negative legislature*) yang kerjanya adalah membatalkan undang-undang. Fungsi tersebut berbeda dengan keberadaan DPR sebagai positif legislator (*possitive legislature*) yang kerjanya membuat dan menetapkan undang-undang.[22] Fungsi MK sebagai pelindung HAM merupakan konsekuensi dari keberadaan HAM sebagai materi muatan konstitusi itu sendiri. Di mana jaminan HAM yang terdapat dalam konstitusi, meletakkan negara sebagai pemangku kewajiban untuk melindungi, menghormati, dan memajukan hak-hak tersebut. Sehingga kewenangan MK dalam menguji undang-undang terhadap UUD NRI 1945 harus dipandang sebagai bentuk upaya melindungi HAM yang dijamin UUD NRI 1945 agar tidak dilanggar oleh ketentuan undang-undang.

Uji materil (*judicial review*) undang-undang terhadap UUD tidak bisa dilepaskan dari pengaruh teori keberlakuan posisi norma hukum, di mana terdapat pemahaman bahwa norma hukum yang lebih rendah harus sejalan dengan norma hukum yang ada di atasnya. Sejalan dengan teori hierarki norma (*stufenbau theory*) yang diperkenalkan Kelsen, norma hukum berjenjang dalam suatu susunan hierarki mengharuskan norma yang lebih rendah bersumber atas norma yang lebih tinggi. Norma yang lebih tinggi berlaku kepada norma yang lebih tinggi lagi. Demikian seterusnya sampai kepada norma yang tidak dapat ditelusuri, yang bersifat hipotesis dan fiktif, yaitu dikenal dengan istilah *grundnorm* (norma dasar).[23] Oleh karena itu, UUD 1945 merupakan *das sollen* bagi pembentukan norma yang lebih rendah agar norma hukum konkrit sebagai pengejawantahan dari norma hukum yang lebih tinggi (*supreme law*) tidak boleh bertentangan dengan semangat konstitusi. Sehingga dapat dipastikan adanya harmonisasi undang-undang dengan konstitusi sebagai hukum tertinggi.

Kontekstualisasi pemajuan dan perlindungan HAM oleh MK

22 Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (Jakarta: P.T. Bhuana Ilmu Populer, 2007), hlm. 607.

23 Syahuri, Taufiqurrohman, *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011), hlm. 53.

dalam mengadili uji materil undang-undang, memperlihatkan jaminan HAM oleh konstitusi yang diimbangi dengan mekanisme *judicial review* sebagai upaya untuk mencegah agar tidak ada tindakan penyelenggara negara dan pemerintahan yang melanggar HAM. Dalam hal ini, pelembagaan *judicial review* merupakan sarana untuk menguji konsistensi undang-undang dengan UUD NRI 1945. Sehingga apabila ketentuan suatu undang-undang telah melanggar hak konstitusional warga negara atau HAM warga negara, maka dapat dipastikan tindakan penyelenggara negara atau pemerintahan berdasarkan ketentuan undang-undang tersebut juga akan melanggar hak konstitusional warga negara. Oleh karena itu, kewenangan MK dalam *judicial review* tersebut memberikan peran strategis bagi MK sebagai pelindung HAM sebagai konsekuensi jaminan perlindungan HAM yang dimuat dalam konstitusi.

Wewenang MK dalam konteks pemajuan HAM tidak hanya dalam mengadili adanya benturan norma undang-undang yang bertentangan dengan jaminan perlindungan HAM dalam UUD NRI 1945, melainkan terhadap kewenangan konstitusional dalam memutus perkara sengketa kewenangan antar lembaga negara (SKLN). Meskipun dimensi pemajuan HAM memang tidak terlihat secara eksplisit dalam kasus SKLN, oleh karena yang menjadi objek SKLN adalah kewenangan yang diberikan atau ditentukan oleh UUD NRI 1945 dan yang dapat menjadi para pihak dalam perkara tersebut adalah lembaga negara yang mempunyai kepentingan langsung terhadap kewenangan yang dipersengketakan. Namun dikarenakan permohonan yang dipersengketakan menyangkut kewenangan yang dimiliki oleh suatu lembaga negara yang pada hakikatnya adalah untuk melaksanakan tanggungjawab dalam perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan HAM, maka secara implisit, dari sudut pemahaman negara sebagai pemangku kewajiban dalam pemenuhan HAM tersebut, putusan MK dalam menentukan lembaga yang berwenang menurut konstitusi jelas sangat menentukan agar pemenuhan HAM oleh negara itu tidak mengalami kekeliruan ketika diterapkan. Artinya, apabila kewenangan suatu lembaga negara direduksi oleh lembaga negara lainnya, kemudian hal itu tidak dieselesaikan dengan mekanisme konstitusional, rakyatlah yang akan merasakan lansung terhadap dampak peralihan kewenangan yang akan terjadi itu. Sehingga kewajiban suatu lembaga negara dalam pemenuhan HAM bagi warganya tidak sejalan dengan apa yang telah

digariskan oleh UUD NRI 1945.

Dalam konteks perlindungan hak politik warga negara, kewenangan MK dalam perkara pembubaran partai politik dan perkara sengketa perselisihan hasil pemilu (PHPU) memperlihatkan fungsi MK sebagai penjaga demokrasi, sekaligus sebagai pelindung HAM dan pelindung hak konstitusional warga negara. Adanya jaminan hak asasi dalam Pasal 28E ayat (3) UUD 1945 yang berbunyi, "*Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat*", menjadikan negara wajib untuk melindungi, menghormati, dan memajukan hak-hak tersebut. Sedangkan wewenang MK dalam perkara pembubaran partai politik, merupakan upaya melindungi HAM (hak konstitusional warga negara) yang telah dijamin oleh konstitusi agar pemerintah tidak sewenang-wenang membubarkan partai politik yang akan mengakibatkan terlanggarnya hak berserikat dan mengeluarkan pendapat yang telah dijamin oleh konstitusi. Menurut Amir Machmud (dalam Demokrasi, Undang-Undang dan Peran Rakyat), peran MK dalam hal ini sekaligus menguatkan gagasan negara demokrasi sekaligus yang dilaksanakan berdasarkan kehendak dan kemauan rakyat.[24] Sejalan dengan salah satu prinsip esensial demokrasi, yaitu prinsip kebebasan[25] yang diakui oleh UUD NRI 1945, konsitusi bukan merupakan fungsi redusial HAM dari kekuasaan negara dan pemerintahan, melainkan sebaliknya merupakan fungsi redusial kekuasaan dari kebebasan dan HAM. Karena itu konstitusi tidak boleh memberi pembatasan terhadap HAM atau menjadikannya kekuasaan pemerintah semata.[26] Apabila kebebasan yang telah dijamin oleh UUD 1945 telah dilanggar oleh negara, maka kewenangan MK dalam mengadili kasus pembubaran partai diharapkan dapat melindungi prinsip kebebasan yang merupakan salah satu nilai universal HAM.

Adapun kewenangan MK dalam memeriksa perkara PHPU

24 Moh. Mahfud M.D., *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia Studi Tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan* (selanjutnya disingkat Moh. Mahfud M.D. II), (Jakarta: Rineka Cipta, 2003), hlm. 19.

25 Khairul Fahmi, *Pemilihan Umum & Kedaulatan Rakyat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2011), hlm. 37.

26 Moh. Mahfud M.D. I, *Op.Cit*., hlm. 153.

(termasuk perkara PHPU Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah),[27] sebagai perlindungan hak pilih (hak politik) warga negara yang sangat prinsipil, berkaitan erat dengan hak atas partisipasi dalam pemerintahan sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (3) UUD NRI 1945 yang berbunyi, "*Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam Pemerintahan*". Namun realitas mesin-mesin pelaksana pemilu yang tidak menutup kemungkinan membuat keputusan yang dapat mempengaruhi hasil pemilu, maka aspek keadilan pemilu harus memperhatikan pelaksanaan pemilu yang dapat memastikan penegakan hukum pemilu dengan maraknya kecurangan dan tindakan manipulatif oleh peserta pemilu sehingga harus dijaga dan dikawal melalui mekanisme hukum PHPU yang menjadi wewenang MK. Urgensi peran MK dalam hal ini tidak hanya sebagai penjaga demokrasi, melainkan sekaligus sebagai pelindung HAM dan pelindung hak konstitusional warga negara yang telah dijamin oleh konstitusi. Menurut Robert Alan Dahl dalam "*Polyarchy: Participation and Oposition*", hal ini karena keberadaan pemilu dipahami sebagai perwujudan hak asasi warga negara yang sangat prinsipil, pemilu merupakan perwujudan hak dan kebebasan warga negara.[28]

Selain 4 (empat) kewenangan yang diuraikan di atas, diaturnya kewajiban bagi MK untuk memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran hukum oleh Presiden dan Wakil Presiden, melekatkan peran MK sebagai pengawal konstitusi, sebagai penjaga demokrasi dan pelindung HAM sekaligus. Sebab, pendapat DPR sebagai wakil rakyat, merupakan keputusan politik, yang tidak

---

27 Prinsip demokratis pelaksanaan pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah (Pilkada) melalui Pasal 236C UU Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, DPR telah menerjemah pelaksanaan Pilkada dengan pemilihan lansung. Sehingga kewenangan mengadili perselisihan hasil Pilkada dialihkan dari MA ke MK menjadikan Pilkada (sekarang disebut dengan Pemilukada) tidak lagi menjadi bagian dari rezim otonomi daerah, melainkan termasuk ke dalam rezim pemilu. Dengan demikian, terdapat 3 (tiga) model pemilu dalam sistem pemilu nasional, yaitu: Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD; Pemilu Presiden dan Wakil Presiden; dan Pemilukada, yang semuanya apabila terjadi sengketa terhadap pelaksanaannya, MK adalah satu-satunya peradilan yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa PHPU tersebut.

28 Ramlan Surbakti et al., *Merancang Sistem Politik Demokratis; Menuju Pemerintahan Presidensial yang Efektif*, (Jakarta: Kemitraan bagi Pembaruan Tata Pemerintahan, 2011), hlm. 4-5.

memiliki daya ikat seperti putusan peradilan. Seperti halnya lembaga DPR, Presiden dan Wakil Presiden sebagai subjek pemerintahan pada kenyaannya dipilih lansung oleh rakyat. Terpilihnya Presiden dan Wakil Presiden dalam sistem demokrasi dengan sistem pemerintahan presidensil secara substantif adalah pengakuan dan persetujuan lansung dari rakyat. Dengan demikian presiden adalah pengemban kontrak sosial untuk melaksanakan apa yang dijanjikan representasi sistem politik demokrasi yang telah menjadi pilihan rakyat dalam pemilu.[29]

Penyediaan mekanisme kewajiban MK di atas memiliki relevansi dengan pemajuan dan perlindungan HAM. Kedaulatan rakyat yang termanifestasi dalam lembaga DPR dan lembaga Kepresidenan dilaksanakan melalui proses pemenuhan hak asasi warga negara yang sangat prinsipil yaitu pemilu. Kewajiban yang dimiliki MK ini diharapkan dapat melindungi hasil pemilu yang dilaksanakan melalui kerangka hukum pemilu yang harus diselesaikan dengan penyediaan mekanisme hukum pula, bukan melalui mekanisme politik. Apabila kewajiban MK tersebut tidak terlembagakan secara konstitusional sebagai kewajiban MK, situasi *chaos* ataupun perpecahan bisa saja tidak bisa dihindarkan. Buntutnya, kekerasan akibat situasi politik yang tidak menentu tidak terelakan. Dalam situasi tersebut, hak-hak asasi rakyat berpotensi untuk dilanggar baik melalui tindakan maupun melalui pembiaran oleh negara. Peran MK di sini telah mereprentasikan adanya mekanisme perlindungan terhadap kedaulatan negara, melain juga telah mengupayakan pencegahan kemungkinan terjadinya pelanggaran HAM pada saat Presiden dan Wakil Presiden melakukan pelanggaran yang tidak dibenarkan oleh konstitusi.

Jaminan HAM dalam UUD NRI 1945 menempatkan MK sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman sekaligus merupakan salah satu pilar negara hukum modern yang memiliki peran strategis dalam pemajuan dan perlindungan HAM. Artinya, sebagai peradilan konstitusi, hakikat kehadiran MK menjalankan dua fungsi utama yaitu:[30] *Pertama*, pengujian konstitusional dapat mencegah dan merestorasi penyimpangan yang mungkin saja dilakukan oleh lembaga-lembaga kekuasaan negara; dan *Kedua*, melalui pengujian

29 Hendarmin Ranadireksa, *Arsitektur Konstitusi Demokratik*, (Bandung: Fokus Media, 2007), hlm. 141

30 Ahmad Syahrizal, *Op.Cit*., hlm. 4.

konstitusional, konstitusi dapat dilindungi dari terpaan angin yang dapat saja merusak seluruh benteng negara hukum. Kedua asumsi ini melahirkan kesepakatan di antara para pemikir hukum dan politik kontemporer yang intinya mengatakan, sistem pengujian konstitusional adalah strategi muthakhir untuk melindungi dan mencegah terjadinya kontradiksi nilai-nilai konstitusi dari anasir-anasir politis.

3. Potret Pemajuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia Oleh Mahkamah Konstitusi

Di usianya yang genap satu dasarwarsa, harapan publik terhadap kesungguhan sang penegak konstitusiolitas terhadap pemajuan dan perlindungan HAM ini patut dipersoalkan. Meski paradigma putusan MK dianggap telah banyak menyahuti hajat pemenuhan hak konstitusional warga negara, namun tidak sedikit pula putusan tersebut yang menuai kritik publik, khususnya terhadap persoalan stagnasi pemajuan dan perlindungan HAM tersebut. Apalagi anggapan miring terhadap sang penegak konstitusionalitas tersebut terhadap proses peradilan yang bersih dan menjunjung tinggi prinsip keadilan, mengalami anti klimaks setelah operasi tangkap tangan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) terhadap Ketua MK, M. Akil Mochtar pada 2 Oktober 2013.[31] Peristiwa tersebut jelas berdampak buruk terhadap sang pengemban proses ajudikasi konstitusional akibat ulah salah seorang hakimnya di saat tingginya ekspektasi publik terhadap MK. Namun terlepas dari tragedi yang memalukan tersebut, MK telah banyak menorehkan tinta emas selama menjalanan mandat yang diberikan oleh konstitusi.

Sebagai pengawal konstitusi yang sekaligus merupakan penafsir akhir konstitusi, putusan MK yang bersifat final dan asas putusan yang memiliki kekuatan hukum mengikat (*erga omnes*). Putusan bersifat final dimaksud langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak terdapat upaya hukum untuk merubahnya. Sementara *erga omnes* berarti bahwa putusan MK memiliki akibat hukumnya berlaku bagi semua perkara yang mengandung persamaan yang mungkin terjadi pada masa yang akan datang. Sehingga secara *obligatoir*, putusan MK berlaku bagi seluruh organ negara, baik tingkat

31 http://www.tempo.co/read/news/2013/10/03/063518933/Akil-Ditangkap-Testimoni-Refly-Harun-Terbukti, dikunjungi pada tanggal 11 November 2013.

pusat dan daerah serta semua otoritas lainnya.[32] Kedua sifat putusan MK ini jelas berbeda dengan putusan yang dilahirkan oleh peradilan biasa. Hal tersebut karena putusan MK memiliki sifat kepentingan umum di dalamnya, sekalipun permohonan diajukan oleh seseorang (individu) tertentu saja. Karena keputusan yang dimintakan dan yang diberikan oleh MK tidak hanya berakibat kepada orang dan individu yang mengajukan permohonan, tetapi juga orang lain, lembaga negara, maupun pemerintahan.[33]

Nuansa kepentingan publik (*public interest*) dalam perkara yang ditangani MK, merupakan pertaruhan masa depan demokrasi dan negara hukum menghendaki konsistensi putusan yang dilahirkan oleh MK dengan putusan-putusan yang ditetapkan sebelumnya. Meskipun dalam proses ajudikasi sebuah kelaziman tugas akhir suatu peradilan yang melahirkan putusan yang tidak menutup kemungkinan perbedaan tafsir yang ditimbulkan, tak terkecuali terhadap sudut pandang keadilan yang digunakan oleh Hakim dalam melahirkan sebuah putusan. Sehingga lahirnya anggapan inkonsistensi MK dalam pemajuan dan perlindungan HAM yang dicita-citakan. Namun terlepas dari anggapan di atas, MK sesungguhnya telah banyak melahirkan terobosan dalam rangka pemajuan dan perlindungan HAM warga negara. Hal ini dapat dilihat dalam kasus-kasus terkait dengan penyelenggaraan pemilu sebagai perwujudan kedaulatan rakyat. MK telah banyak melahirkan putusan penting dalam pemajuan dan perlindungan HAM di ranah pemajuan hak politik warga negara.

Dalam Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003, MK telah telah memulihkan hak pilih bekas anggota Partai Komunis Indonesia (PKI) dan anggota partai terlarang lainnya yang dibatasi oleh ketentuan Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD. Pasal ini telah membatasi HAM warga negara terkait dengan persyaratan menjadi calon anggota DPR, DPD, dan DPRD, bukan bekas anggota organisasi terlarang PKI, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung ataupun

32 Abdul Rosyid Thalib, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 55.

33 Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hlm. 53-55.

tak langsung dalam Gerakan G30S/PKI, atau organisasi terlarang lainnya. Larangan tersebut dinilai inkonstitusional oleh MK karena bertentangan dengan prinsip negara hukum yang dianut Indonesia yang seharusnya pelarangan tersebut memiliki kaitan langsung dengan hak dan kebebasan warga negara harus didasarkan atas putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

Sementara dalam Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, MK telah menyelamatkan suara rakyat yang dibatasi oleh ketentuan Pasal 8 dan Pasal 111 ayat (2) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden. Menurut MK, ketentuan tersebut dinilai konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), sepanjang tidak menghilangkan hak pilih warga negara yang tidak terdaftar dalam daftar pemilih tetap (DPT). Terkait dengan putusan tersebut, MK dianggap progresif karena telah mengembalikan hak pilih rakyat, yang terhambat karena tidak terdaftar di DPT. Hasilnya, rakyat dimungkinkan untuk mengikuti pemilu dengan menggunakan kartu tanda penduduk, Paspor, Kartu Keluarga (KK) dan sebagainya. Bentuk penyelamatan suara rakyat lainnya juga dapat dilihat dari Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 terkait dengan keberadaan Pasal 214 huruf a, b, c, d, dan e Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD yang dianggap bertentangan dengan UUD NRI 1945. Sehingga prinsip prosedural demokrasi terkait penentuan calon terpilih berdasarkan suara terbanyak terselamatkan oleh putusan *a quo*. MK menilai bahwa filosofi setiap pemilihan atas orang adalah untuk menentukan pemenang berdasarkan suara terbanyak, maka penentuan calon terpilih harus pula didasarkan pada siapapun calon anggota legislatif yang mendapat suara terbanyak secara berurutan, dan bukan atas dasar nomor urut terkecil yang telah ditetapkan.

Dalam penyelesaian sengketa PHPU, MK telah bertransformasi dari sekedar mahkamah kalkulatif dalam kasus-kasus *electoral contest*. Diawali dengan Putusan MK dalam penyelenggaraan Pemilukada Jawa Timur 2008 yang telah melahirkan konstrukti atau penemuan hukum (*rechtvinding*) pelanggaran pemilu, yaitu pelanggaran bersifat terstruktur masif dan sistematis yang merusak sendi-sendi demokrasi, dalam perkembanganya MK telah banyak melahirkan putusan progresif dan mengejar substansi keadilan. Dalam putusan Sela MK Nomor 41/PHPU.D-VI/2008 (28 November 2008, hlm. 128) tentang Pemilukada Jawa Timur tersebut, MK memperkuat pertimbangan

hukumnya dengan pandangan Gustav Radbruch tentang hak pilih, yang mengatakan:

> "*Preference should be given to the rule of positive law, supported as it is by due enactment and state power, even when the rule is unjust and contrary to the general welfare, unless, the violation of justice reaches so intolerable a degree that the rule becomes in effect "lawlesslaw" and must therefore yield to justice*".

Meski menuai perdebatan, namun putusan MK dalam kasus Pemilukada Jawa Timur tersebut telah memperlihatkan terobosan hukum yang dilakukan MK yang berusan untuk melepaskan diri dari aturan-aturan keadilan prosedural (*procedural justice*) yang dianggap telah memasung keadilan substantif (*substantive justice*). Terungkapnya pelaksanaan Pemilukada di Jatim telah melanggar konstitusi, khususnya terhadap Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 yang mengharuskan Pemilukada dilakukan secara demokratis, dan tidak melanggar asas-asas pemilu yang bersifat jujur dan adil, hal demikian sejalan dengan prinsip hukum dan keadilan yang dianut secara universal, yaitu "*nullus/nemo commodum capere potest de injuria sua propria*". Putusan MK ini telah menjadi tren penyelesaian sengketa PHPUKada yang memang banyak diwarnai oleh kecurangan-kecurangan serupa.

Terobosan hukum yang cukup menarik lainnya terlihat pada pengakuan MK terhadap konstitusionalitas pelaksanaan pemilu secara tradisional di Kabupaten Yahukimo Papua. Dalam Putusan Sela Nomor 47-81/PHPU.A-VI/2009 pemilu legislatif tahun 2009, MK mengakui tata cara pemungutan suara dengan sistem kesepakatan warga atau sistem Noken, meskipun praktik pemilu di pedalaman Papua tersebut bertentangan dengan prinsip kepastian hukum pemilu yang menghendaki setiap pemilih harus memberikan suara secara langsung dan rahasia. Namun menurut MK (dalam putusan sela tersebut di atas, tanggal 7 Juni 2009, hlm. 49), kepastian hukum pemilu tidak bisa diterapkan bagi masyarakat tradisional yang masih kuat adat istiadatnya:

> "Menimbang bahwa Mahkamah dapat memahami dan menghargai nilai budaya yang hidup di kalangan masyarakat

> Papua yang khas dalam menyelenggarakan pemilihan umum dengan cara atau sistem "kesepakatan warga" atau "aklamasi". Mahkamah menerima cara pemilihan kolektif ("kesepakatan warga" atau "aklamasi") yang telah diterima masyarakat Kabupaten Yahukimo tersebut...."

Hingga sekarang, kasus-kasus Pemilukada yang mengakomodir sistem musyawarah telah diputus oleh MK sesuai dengan pertimbangan Putusan Sela Nomor 47-81/PHPU.A-VI/2009 tersebut. Dalam Putusan Nomor 3/PHPU.D-X/2012, mengenai PHPUKada Kabupaten Dogiyaki, MK menyatakan bahwa pemungutan suara yang dilakukan dengan mekanisme dan tata cara hukum adat adalah sah. Putusan MK telah menganulir Keputusan Komisi Pemilihan Umum (KPU) Kabupaten Dogiyaki yang telah membatalkan rekapitulasi hasil penghitungan suara PPD Distrik Piyaiye karena tidak terjadi pencoblosan dan rekapitulasi hasil penghitungan tidak sejalan dengan prosedur kerangka hukum pemilu.

Uraian di atas memperlihatkan urgensi peradilan konstitusi seperti yang pernah dikatakan Jimly Asshiddiqie, bahwa pengujian konstitusionalitas sebagai kesatuan yang tidak bisa dipisahkan dari negara yang mengakui kedaulatan hukum, serta menganggap bahwa sesungguhnya negara itu tidaklah memegang kedaulatan.[34] Di mana mekanisme uji konstitusionalitas tersebut ditempatkan pada peradilan untuk mencegah merosotnya makna dan status negara hukum menjadi negara kekuasaan. Artinya, pemilahan kekuasaan kehakiman menjadi peradilan biasa dan peradilan penegak konstitusionalitas, diharapkan memperkuat prinsip supremasi konstitusi yang dicita-citakan melalui wewenang MK sebagai penegak konstitusionalitas yang lahir dari kehendak konstitusi sebagai dokumen hukum tertinggi negara-negara modern. Karena konstitusi merupakan wujud kesepakatan bersama berdasarkan prinsip kedaulatan rakyat yang lahir sebagai bentuk perjanjian sosial.[35]

---

34 Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia Pergeseran Keseimbangan antara Individualisme dan Kolektivisme dalam Kebijakan Demokrasi Politik dan Demokrasi Ekonomi Selama Tiga Masa Demokrasi, 1945-1980-an*, (Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994), hlm. 10.

35 Deliar Noer, *Pemikiran Politik di Negeri Barat*, (Bandung: Mizan, 1998), hlm. 149-159.

4. Inskonsistensi dan Eklusivisme Putusan Mahkamah Konstitusi

Dari beberapa kasus terkait pemajuan dan perlindungan HAM warga negara dalam kasus-kasus pemenuhan hak politik warga negara sebagaimana yang telah dipaparkan, kehadiran MK telah memperlihatkan prospeksitas pemajuan dan perlindungan HAM yang cukup menggembirakan. Namun dalam beberapa kasus terkait dengan pemajuan dan perlindungan HAM, putusan MK terkesan elitis, ekselusif dan tidak konsisten. Salah satu putusan yang cukup menyita perhatian publik adalah Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 dalam kasus MA vs KomisI Yudisial (KY). Hal tersebut karena putusan MK telah mereduksi makna pengawasan hakim oleh KY sebagaimana diatur oleh Pasal 24B ayat (1) UUD 1945. Dalam perkara yang dimohonkan oleh 31 (tiga puluh satu) orang Hakim Agung tersebut, fungsi pengawasan yang dilaksanakan oleh lembaga bantu (*auxiliry organ*) seperti KY, menurut MK tidak dapat dilakukan terhadap lembaga utama negara.

Dalam amar putusannya, MK mengabulkan sebagian permohonan Hakim Agung. Putusan tersebut menyatakan bahwa KY tidak berhak melakukan pengawasan terhadap Hakim Agung dan Hakim Konstitusi. Sedangkan untuk Hakim di luar MA dan MK harus tetap dilakukan pengawasan oleh KY. Sikap ekslusif MK dalam kasus *a quo* telah menyebabkan pemaknaan Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945 menjadi rancu. Akibatnya fungsi pengawasan yang diamanatkan kepada KY sebagai organ eksekutif independen menjadi tumpul oleh karena dibonsai oleh putusan MK.[36] Hal ini jelas berbeda dengan putusan sebelumnya dalam perkara Nomor 017/PUU-III/ 2005. Di mana MK telah memutuskan bahwa pengawasan MA adalah pengawasan internal dan pengawasan oleh KY adalah pengawasan eksternal.

Selain putusan tersebut telah mengakibatkan perubahan makna Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945 yang berakibat perubahan konstitusi, namun lebih jauh, putusan MK telah menerabas prinsip-prinsip negara hukum yang mengagungkan transparansi dan kontrol sosial. Prinsip negara hukum lainnya yang dilanggar adalah pemangkasan kewenangan organ eksekutif independen yang telah diberikan oleh konstitusi. Kedua asas ini sangat penting untuk menjamin tegaknya

36 Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945; Perubahan Konstitusi Negara Republik Indonesia Melalui Keputusan Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2011), hlm. 215.

prinsip negara hukum dan demokrasi sekaligus.[37] Putusan tersebut telah mengakibatkan gagasan konstitusionalisme yang dianut oleh UUD 1945 menjadi kehilangan makna, oleh karena pembatasan kekuasaan yang diatur melalui fungsi pengawasan oleh KY tidak bisa lagi diterapkan kepada Hakim Agung dan Hakim Konstitusi. MK sepertinya tidak menginginkan adanya pengawasan terhadap mereka. Memang diskursus tentang pengawasan atau kontrol cabang kekuasaan kehakiman tidak sedikitpun boleh melanggar independensi dari cabang kekuasaan kehakiman tersebut, namun bukan berarti MK tidak bisa diaawasi secara eksternal, apalagi pengawasan eksternal yang dimiliki oleh KY tersebut telah dilembagakan dalam konstitusi. Hilangnya kewenangan KY untuk melakukan pengawasan eksternal terhadap Hakim Agung dan Hakim Konstitusi mengakibatkan gagasan konstitusionalisme yang termanifestasi melalui mekanisme *check and balances* yang dianut tidak berfungsi sebagaimana mestinya.

Inkonsistensi putusan MK juga terlihat pada dualisme tafsir MK berkaitan dengan tafsir delik penghinaan, pencemaran nama baik dan penistaan terhadap pejabat negara selain Presiden dan Wakil Presiden. Dalam putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006, MK menegaskan bahwa penuntutan terhadap penghinaan seharusnya dilakukan atas dasar pengaduan. Tafsir ini secara implisit menegaskan aspek material dari Pasal 207 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Hal ini juga terjadi dalam Pasal 160 KUHP tentang penghasutan yang dituangkan MK dalam Putusan Nomor 7/PUU-VII/2009. Namun dalam Putusan Nomor 014/PUU-VI/2008, MK berpendapat bahwa perlindungan pejabat negara yang sedang menjalankan tugas pulik, secara implisit menegaskan aspek formal Pasal dimaksud. Terlepas dari fleksibilitas Pasal 207 tersebut, kedua tafsir yang berbeda ini menimbulkan pertanyaan tersendiri terkait dengan konsistensi MK dalam membedakan antara penghinaan yang ditujukan pada pejabat negara dengan penghinaan terhadap kapasitas pribadinya.[38]

---

37 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia,* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 129-130.

38 Setara Institute, "*Ringkasan Laporan Riset 10 Tahun Kinerja Mahkamah Konsitusi; Mahkamah Konstitusi Sebagai Mekanisme Nasional Baru Hak Asasi Manusia*", (Jakarta: Setara Institute, November 2013), hlm. 19-20.

Inkonsistensi MK dalam melahirkan putusan tersebut memunculkan anggapan akan suramnya masa supremasi hukum begitu juga dengan pemajuan serta perlindungan HAM. Sebagai peradilan penegak konstitusionalitas, MK sejatinya diharapkan dapat memurnikan tindakan negara baik melalui kebijakan ataupun tindakan lainnya agar sejalan dengan maksud konstitusi melalui putusan yang dilahirkan. Namun putusan yang dilahirkan MK telah menjadi pertaruhan keberlanjutan masa depan negara hukum dan demokrasi sekaligus. Namun demikian, keberadaan peradilan konstitusi sebagai mekanisme yang tepat yang harus dipertahankan. Terkait dengan hal ini, keluhuran martabat Hakim perlu diperhatikan untuk dilakukan pembenahan. Mengingat dari segi komposisi Hakim Konstitusi secara politis bersumber dari tiga cabang kekuasaan negara, yaitu: DPR, Presiden dan MA, maka rekrutmen Hakim konstitusi yang bersumber dua lembaga politik yaitu DPR dan Presiden tidak menutup kemungkinan akan melahirkan putusan yang bersifat politis juga. Sejalan dengan pendapat Simon Shetreet, Djohansyah dalam Reformasi Mahkamah Agung meyatakan bahwa *independency of judiciary* terbagi atas 4 (empat) kategori, yaitu:[39] (1) *substantive independence* (independensi dalam memutus perkara; (2) *personal independence* (jaminan masa kerja dan jabatan); (3) internal independence (independensi dari atasan dan jabatan); dan (4) *collective independence* (partispasi dalam administrasi dan penentuan budged pengadilan). Hal ini secara implisit mengisyaratkan bahwa pentingnya memperhatikan perbaikan rekruitment personil Hakim yang boleh jadi juga akan diwarnai oleh *background* institusi yang menempatkannya dalam tubuh MK.

5. Kesimpulan

Jaminan perlindungan HAM dalam UUD NRI 1945 telah mencerminkan adanya gagasan konstitusionalisme yang diharapkan memajukan dan melindungi HAM warga negara. Konstitusi sebagai manifestasi perjanjian sosial dalam teori demokrasi, sekaligus merupakan landasan yuridis yang menempatkan kesederajatan manusia

39 Ziffany Firdinal, "Mengawal Kedaulatan Rakyat Melalui Pengawasan Hakim Konstitusi", *Jurnal Konstitusi* Volume II Nomor 1, September 2013, Kerjasama Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Konstitusi Universitas Andalas, hlm. 77.

sebagai prinsip utama. Kostitusi lahir sebagai bentuk pengakuan terhadap HAM dapat dimengerti memiliki jaminan perlindungan dan pemajuan HAM yang sekaligus kewajibatan negara yang menuntut negara bertanggungjawab untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fullfill*).

Kewenangan yag dimiliki MK untuk menyelesaikan perkara-perkara tertentu di bidang ketatanegaraan yang diatur langsung oleh konstitusi yang bercirikan adanya jaminan HAM, *mutatis mutandis* menempatkan MK sebagai pelindung HAM, sekaligus menjadikan MK memikul tanggung jawab terpenting dalam pemajuan HAM tersebut. Fungsi MK tersebut merupakan cerminan dari pembatasan kekuasaan negara yang didistribusikan kepada lembaga yudisial. Hal ini dilatarbelakangi oleh menguatnya paham supremasi konstitusi yang diyakini mesti dikawal secara konstitusional, institusional dan demokratis. Pemikiran tersebut melahirkan perlunya dibentuk pengadilan konstitusi untuk menjaga prinsip supremasi konstitusi. Sesuai dengan substansi yang terkandung dalam konstitusi, salah satu fungsi yang dimiliki oleh MK adalah untuk melindungi HAM.

Dari melahirkan produk putusan, ditemukan dualisme dan inkonsistensi MK. Namun di ranah pemenuhan hak politik warga negara, prosepeksitas pemajuan dan perlindungan HAM memperlihatkan Putusan-putusan yang progresif dalam memainkan peran pemajuan dan perlindungan HAM. Putusan-putusan yang menarik untuk disimak, di antaranya: pengembalian hak pilih bekas anggota PKI dan mantan narapidana tertentu; penyelematan suara rakyat dan prosedur penentuan calon terpilih; penemuan hukum di ranah pemilu terkait dengan pelanggaran tersetruktur, masif dan sistematis dalam penyelenggaraan pemilu; dan pengakuan pelaksanaan pemilu secara tradisional.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Amsari, Feri, *Perubahan UUD 1945; Perubahan Konstitusi Negara Republik Indonesia Melalui Keputusan Mahkamah Konstitusi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011.

Asshiddiqie, Jimly, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia Pergeseran Keseimbangan antara Individualisme dan Kolektivisme dalam Kebijakan Demokrasi Politik dan Demokrasi Ekonomi Selama Tiga Masa Demokrasi, 1945-1980-an*, PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 1994.

_____, *Model-model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*, Konstitutisi Press, Jakarta, 2006.

_____, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, P.T. Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, 2007.

_____, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia,* Sinar Grafika, Jakarta, 2010.

_____, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara,* P.T. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011.

Basah, Sjahran, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1994.

Budiardjo, Miriam, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, Penerbit PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008.

El-Muhtaj, Majda, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia; Dari UUD 1945 Sampai Amandemen UUD 1945 Tahun 2002*, Kencana, Jakarta, 2005.

Fahmi, Khairul, *Pemilihan Umum & Kedaulatan Rakyat*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011.

Held, David, *Demokrasi & Tatanan Global; Dari Negara Modern Hingga Pemerintahan Kosmopolitan*, (terjemahan Damanhuri), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2004.

Huda, Ni'matul, *UUD 1945 dan Gagasan Amandemen Ulang*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008.

Huda, Ni'matul, *Lembaga Negara dalam Masa Transisi Demokrasi*, UUI Press, Yogakarta, 2007.

Institute, Setara, *Ringkasan Laporan Riset 10 Tahun Kinerja Mahkamah Konsitusi; Mahkamah Konstitusi Sebagai Mekanisme Nasional Baru Hak Asasi Manusia*, Jakarta, November 2013.

M.D., Moh. Mahfud, *Membangun Politik Menegakkan Konstitusi*, P.T. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011.

_____, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia Studi Tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan*, Rineka Cipta, Jakarta, 2003.

Mahkamah Konstitusi RI, *Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi; Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009*, Sekretariat Jenderal Kepaniteraan MK, Jakarta, 2009.

MPR RI, *Panduan Pemasyarakatan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Sesuai dengan Urutan Bab, Pasal dan Ayat*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta, 2007.

Mujahidin, Ahmad, *Peradilan Satu Atap di Indonesia*, P.T. Refika Aditama, Bandung, 2007.

Mulyosudarmo, Soewoto, *Pembaharuan Ketatanegaraan Melalui Perubahan Konstitusi*, Asosiasi Pengajar HTN dan HAN dan In-TRANS, Malang, 2004.

Noer, Deliar, *Pemikiran Politik di Negeri Barat*, Mizan, Bandung, 1998.

Ranadireksa, Hendarmin, *Arsitektur Konstitusi Demokratik*, Fokus Media, Bandung, 2007.

Siahaan, Maruarar, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005.

Surbakti, Ramlan et al., *Merancang Sistem Politik Demokratis; Menuju Pemerintahan Presidensial yang Efektif*, Kemitraan bagi Pembaruan Tata Pemerintahan, Jakarta, 2011.

Syahrizal, Ahmad, *Peradilan Konstitusi; Suatu Studi tentang Ajudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, P.T. Pradnya Paramita, Jakarta, 2006.

Syahuri, Taufiqurrohman, *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011.

Thalib, Abdul Rosyid, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya*

dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006.

Jurnal:

Ziffany Firdinal, "Mengawal Kedaulatan Rakyat Melalui Pengawasan Hakim Konstitusi", *Jurnal Konstitusi* Volume II Nomor 1, September 2013, Kerjasama Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Konstitusi Universitas Andalas.

Disertasi:

Palguna, Dewa Gede, "Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara (Studi Kewenangan Mahkamah Konstitusi Indonesia dalam Perspektif Perbandingan)", ***Disertasi***, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia, 2011.

Putusan Pengadilan:

Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006.

Putusan MK Nomor 017/PUU-III/2005.

Putusan Sela MK Nomor 41/PHPU.D-VI/2008, Jakarta, 28 November 2008.

Putusan Sela MK Nomor 47-81/PHPU.A-VI/2009, tanggal 7 Juni 2009.

Peraturan:

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, LN RI Tahun 2003 Nomor 98 TLN RI Nomor 4316

Internet:

http://www.tempo.co/read/news/2013/10/03/063518933/Akil-Ditangkap-Testimoni-Refly-Harun-Terbukti

4

Optimalisasi Penerapan Asas Retroaktif dalam Penegakan Hak Konstitusional Warga Negara

Oleh: Rendi Hariwijaya

Pendahuluan

Wacana mengenai pemikiran Hak Asasi Manusia (HAM) mengalami perkembangan yang cukup signifikan akhir-akhir ini.[40] Istilah HAM yang berasal dari Bahasa Perancis yakni *droits d'el homme* atau dalam Bahasa Inggris sering dikenal dengan sebutan *Human Rights*.[41] Namun, perdebatan sengit terkait dengan isu HAM turut mewarnai eksistensi perkembangan HAM itu sendiri. Amartya Sen, dalam tulisannya berjudul *Elements of Theory Human Rights*, menjelaskan secara apik mengenai kontroversi perdebatan HAM pada masa berkembangnya pemikiran mengenai HAM itu sendiri, yaitu:

> "Few concepts are as frequently invoked in contemporary political discussions as human rights. There is something deeply attractive in the idea that every person anywhere in

40 Steven. R. Ratner, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", *Yale Law Journal,* Vol 111, hlm 446.

41 JCT Simorangkir et al., *Kamus Hukum* cet. 5 (Jakarta: Bumi Aksara, 1995), hlm 7-8 dalam Najid Jauhar, "Islam, Demokrasi, dan HAM sebuah Benturan Filosofis dan Teologis", *Jurnal Ilmu Sosial Politik*, Vol 11.

> the world, irrespective of citizenship or territorial legislation, has some basic rights, which others should respect..“[42]

Gagasan mengenai pemikiran HAM mencapai puncaknya semenjak Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) didengungkan pada tahun 1948, penghormatan dan pengakuan terhadap hak-hak individual menjadi semakin besar. Gelombang besar yang menaruh perhatian terhadap perlindungan HAM mencapai titik kemenangan dengan dideklarasikannya sejumlah kaedah yang mengatur mengenai HAM secara universal. Tak pelak, hal ini disadari oleh Masyarakat Internasional yang terdiri dari Negara dengan memasukkan naskah DUHAM 1948 ini kedalam konstitusi masing-masing. Kesadaran akan pentingnya HAM dalam wacana global muncul bersamaan dengan kesadaran akan pentingnya menempatkan manusia sebagai titik sentral pembangunan (*human centered development*).[43]

Dalam tulisannya, Hikmahanto Juwana menyatakan bahwa HAM dipercayai memiliki nilai universal, yang berarti tidak mengenal batas ruang dan waktu. Nilai universalitas HAM ini dikukuhkan dalam instrumen internasional termasuk perjanjian internasional dibidang HAM, seperti *International Covenant on Civil and Political Rights*; *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*; *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*.[44] Sehingga, dimensi konsep HAM ini bersifat multi-dimensi, menyentuh semua lini kehidupan manusia. Proses globalisasi yang bergulir pada dekade 1980-an membawa peran besar bagi perkembangan konsep HAM itu sendiri. Adanya globalisasi pergerakan HAM membawa pencerahan bagi perlindungan kelompok-kelompok yang potensial untuk dilanggar HAM-nya dan yang sudah

---

42 Henry J. Steiner and Philip Alston, *International Human Rights Law in Context : Law, Political, and Morals,* (New York : Oxford University Press, 2000).

43 Siti Musdah Mulia, *Hak Asasi Manusia dan Kebebasan Beragama*, Makalah disampaikan pada Acara Konsultasi Publik untuk Advokasi Terhadap Rancangan Undang-Undang KitabUndang-Undang Hukum Pidana diselenggarakan oleh Aliansi Nasional Reformasi KUHP, 4 Juli 2007, Jakarta.

44 Hikmahanto Juwana, *Pemberdayaan Budaya Hukum dalam Perlindungan HAM di Indonesia,* (Jakarta: Refika Aditama, 2009), hlm 70.

menjadi korban pelanggaran HAM. Konsep HAM yang sebelumnya bersifat teologis, ideologis, dan moralistik kini bertransformasi dan terinstitusionalisasi dalam bentuk peraturan perundang-undangan dan politik.[45]

Menurut Jimly Ashidiqie, HAM kini menjadi draf inti dari sebuah naskah undang-undang dasar negara modern.[46] Prinsip-prinsip non-diksriminasi sebagaimana menjadi ciri khas dalam konsep HAM menjadi perhatian penting mengingat pengakuan dan penghormatan terhadap sesama manusia yang dianggap sederajat adalah hal yang paling utama. Oleh karena itu, pengabaian hak-hak masyarakat akan mengakibatkan konsekuensi yuridis atas sebuah pelanggaran hak konstitusional. Karena, secara obyektif hak asasi itu melekat pada diri pribadi manusia. Ia tidak dapat diraih, tapi bernilai luhur dan melekat dengan hakekat martabat manusia.[47]

Dalam konteks ke-Indonesia-an, naskah mengenai pengakuan HAM telah diratifikasi sebagian dalam peraturan perundang-undangan nasional. Prinsip HAM di Indonesia selain mengacu kepada instrumen internasional, juga mengacu pada dan sejumlah sejumlah undang-undang yang berkaitan dengan penegakan HAM. Diantaranya, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Perlindungan Anak, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT) dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Internasional tentang Pemenuhan Hak-Hak Sipil dan Politik dari seluruh warga negara tanpa terkecuali.[48]

Kendati Indonesia telah mengakui sejumlah instrumen HAM Internasional kedalam hukum nasional, namun belum menjadi jaminan

---

45 Slamet Marta Wardaya et.al., *Hak Asasi Manusia*, (Semarang: Refika Aditama, 2004).

46 Jimly Ashidiqie, "Perempuan dan Konstitusi di Era Otonomi Daerah: Tantangan dan Penyikapan Bersama", disampaikan pada Dialog Publik dan Konsultasi Nasional Komnas Perempuan. Jakarta, 27 November 2007.

47 Gunawan Setiardja, *Hak Asasi Manusia Berdasarkan Ideologi Pancasila*, (Yogyakarta: Kanisius, 1997), hlm 74.

48 Siti Musdah Mulia, *Op.Cit.*, hlm 5.

Indonesia mampu melaksanakan dengan baik naskah pengakuan HAM yang diamanatkan melalui konstitusi serta pencegahan atas praktik-praktik yang dapat berpotensi menimbulkan pelanggaran HAM. Masuknya ketentuan HAM di Indonesia sebenarnya sudah terjalin sejak lama. Dalam sejarah ketatanegaraan, Indonesia yang pernah beberapa kali mengganti naskah Undang-Undang Dasarnya yang memuat sejumlah ketentuan HAM. Masuknya ketentuan HAM yang lebih komprehensif diawali melalui amandemen UUD 1945 kedua yang disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) melalui Sidang Tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Lebih lengkap baca UUD 1945. Sejumlah isu krusial yang fundamental, seperti hak kebebasan beragama, hak sipil, hak ekonomi, serta sejumlah hak mendasar lainnya masih belum mampu dilaksanakan dengan baik oleh *actus humanus* negara Indonesia. Hal ini tentu mengurai pertanyaan mendasar terkait hak dan kebebasan. Lantas seperti apa relasi keduanya, sehingga kita bisa mendefinisikan pelanggaran HAM terkait dengan pelanggaran hak kebebasan. Menurut Groome, kebebasan adalah kekuasaan atau kemampuan bertindak tanpa paksaan; ketiadaan penghalang atau hambatan; kekuasaan untuk memilih. Lebih jauh, konsep kebebasan yang dijabarkan oleh Groome akan diuraikan melalui *mindmap* berikut ini:

Dalam hal ini Groome sendiri menyadari betapa kebebasan itu tergantung dari dua institusi yang dapat mewujudkan konsep kebebasan itu sendiri, yang pertama adalah institusi peribadi yang berada dalam wilayah domestik. Artinya, perlindungan terhadap institusi pribadi akan menciptakan hegemoni kebebasan yang membuat manusia bebas menjalankan proses dan mempertahankan apa yang menjadi hak dan kemampuan yang ia miliki. Jika kita hubungkan dengan konsep HAM modern, konsep hak perlindungan pribadi yang diutarakan oleh Groome ini menyerupai prinsip dasar HAM yakni kewajiban positif untuk melindungi hak-hak tertentu. Namun, apa yang dimaksud dengan hak tertentu tersebut? Dalam konsep HAM modern (sebagaimana

dinyatakan dalam *Universal Declaration of Human Rights/UDHR*), Hak telah dibedakan secara gradual yakni Hak yang dapat dibatasi dan hak yang tidak dapat dibatasi. Pelanggaran kebebasan sebagaimana diuraikan oleh Groome mengakibatkan pengabaian sejumlah hak primitive yang dimiliki manusia. Dalam *US Declaration on Independence* gagasan mengenai Hak Primitif atau *Inalienable Rights* telah dimasukkan dan diperkuat dengan pengakuan gagasan mengenai hak primitive dalam *Bill of Rights US*.

Dalam perkembangan sejarah kehidupan berbangsa dan bernegara, konstitusi menempati posisi yang sangat penting. Pengertian dan materi muatan konstitusi senantiasa berkembang seiring dengan perkembangan peradaban manusia dan organisasi kenegaraan. Dengan meneliti dan mengkaji konstitusi, dapat diketahui prinsip-prinsip dasar kehidupan bersama dan penyelenggaraan negara serta struktur organisasi suatu negara tertentu. Bahkan nilai-nilai konstitusi dapat dikatakan mewakili tingkat peradaban suatu bangsa. Keberadaan sebuah konstitusi dalam sebuah organisasi kekuasaan menjadi peran penting dalam membangun arah organisasi setingkat negara kedepan. Hampir semua negara didunia telah memiliki konstitusi, tidak sedikit dari negara-negara tersebut sangat mempedomani apa yang termaktub dalam naskah konstitusi tersebut.

Dalam konstitusi negara Indonesia, *policy reform* terkait dengan rencana strategis pemajuan hak asasi manusia di Indonesia mengalami peningkatan pasca reformasi. Hingga amandemen terakhir pada tahun 2002, Indonesia telah memasukan naskah perlindungan HAM dalam UUD ditambah dengan beberapa undang-undang hasil ratifikasi dalam perjanjian internasional terkait dengan isu HAM.

Dalam Pasal 27 ayat (1) UUD NRI 1945 menegaskan bahwa segala warganegara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dengan tidak ada kecualinya. Pasal 28D ayat (1) UUD NRI 1945 menegaskan, bahwasannya setiap orang berhak atas jaminan pengakuan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum. Ditegaskan pula dalam Pasal 28 I ayat (2) UUD NRI 1945, bahwa setiap orang berhak bebas mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu; yang sesuai pula dengan *article 21 UDHR* yang menyatakan:

1. E*veryone has the right to take part in the government of his*

country, directly or through freely chosen representatives

2. *Everyone has the right of equal access to public service in his country*

3. *The will of the peple shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall b*e held by secret vote or by equivalent free voting procedures.

Selain itu, dalam perkembangan selanjutnya mengenai hak-hak asasi manusia yang berkaitan dengan hak-hak sipil politik, Persatuan Bangsa-Bangsa (PBB) pada tahun 1966 telah menghasilkan Kovenan tentang Hak-Hak Sipil dan Politik yang dikenal dengan sebutan *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*. Yang mana, dalam *article 25* ICCPR dimaksud mengatur sebagai berikut:

"*every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions :*

a. *To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives*

b. *To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors*

c. *To have access, on general term of equality, to public service in his country*

1. Hak Konstitusional Warga Negara

Rakyat ada sebelum Negara, hal tersebut dikatakan oleh Yap Thiam Hien, dalam ceramahnya disebuah diskusi panel YLBHI pada 10 Desember 1987. Terang saja, negara pada dasarnya merupakan gagasan ideal warga masyarakat yang memimpikan adanya satu bentuk

tatanan organis yang dapat mengatur urusan rakyat secara komunal. Baru kemudian, suatu wilayah dapat dikatakan sebagai sebuah negara. Dalam teori-teori klasik negara, telah banyak yang memaparkan asal muasal terbentuknya sebuah negara.

Pemikiran tentang negara mengalami perkembangan yang sangat pesat seiring dengan periodisasi zaman. Konsep negara berkembang mulai berkembang dari bentuknya yang paling sederhana sampai ke yang paling kompleks di zaman sekarang. [49] Philips, Jackson dan Leopold berpendapat bahwa "*an independent political society occupying by a defined territory, the members of which are united together for the purpose of resisting external force and the preservation of internal order*"[50] Sejak zaman *city-state* di era Yunani, keberadaan negara dikontrol melalui aturan yang disepakati oleh aturan rakyat Yunani. Selain itu, dalam konvensi Montevideo 1933, bahwa kedudukan rakyat menjadi sangat penting mengenai keabsahan suatu negara.[51] Tanpa kehadiran rakyat, mustahil sebuah negara dapat didirikan. Karena, negara hanyalah *statum organum* (organ statis) yang hanya akan bergerak dan bertransformasi apabila ada kendali dari *actus humanus*.

Gagasan tradisional mengenai rakyat dan negara sudah lama banyak dibahas dalam naskah-naskah kuno tentang negara pada zaman yunani kuno. Aristoteles, Plato dan Socrates telah mencontohkan bahwa keberadaan rakyat menjadi sangat vital dalam eksistensi suatu negara. Negara boleh jadi berwujud dan mendapat pengakuan dari masyarakat internasional, namun hal tersebut tidaklah menjadi jaminan apabila negara tersebut akan dapat terus eksis ditengah kompetisi global. Sehingga, gagasan konseptual sebuah naskah konstitusi tidak terlepas dari kehendak rakyat. Segala sesuatunya berasal dari kehendak rakyat. Sehingga bila terjadi pelanggaran terhadap kerugian hak konstitusional rakyat maka rakyat perlu melakukan nota keberatan terhadap sejumlah

---

49 Jimly Ashidiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara,* (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hlm 9.

50 O. Hood Philips et. Al., *Constitutional and Administrative Law,* 8th Edition, (London: Sweer and Maxwell, 2001), hlm 4.

51 Dalam Konvensi Montevideo, suatu daratan dapat dikatakan sebagai sebuah negara paling tidak mengandung empat unsur sebagai berikut : (i) *defined territory* (wilayah yang berdaulat); (ii) *permanent population* (adanya rakyat); (iii) *sovereign government* (pemerintahan yang berdaulat); (iv) *ability to make a relationship* (kemampuan untuk menjalin hubungan dengan negara lain).

aturan normatif yang patut diduga mengalami kontroversi.

Secara normative, berdasarkan ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi (UU 23/2004), hak konstitusional dapat diukur berdasarkan kedudukan hukum *(legal standing)* warga negara terhadap sejumlah peraturan perundang-undangan. Pihak yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang adalah pihak yang menganggap hak dan/ atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya suatu peraturan perundang-undangan, yaitu perorangan warga negara Indonesia, atau kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang, atau badan hukum publik atau badan hukum privat.[52]

2. Sejarah Asas Retroaktif

Dari sisi pengetahuan hukum, pemberlakuan asas rektoraktif dapat dipahami sepanjang diberlakukan secara rigid dan darurat sifatnya limitative, artinya apabila negara dalam keadaan darurat (*abnormal*) dengan prinsip-prinsip hukum darurat (*abnormal recht*), karena itu penempatan asas ini hanya bersifat temporer dan dalam wilayah hukum yang amat limit, dengan tetap memerhatikan prinsip-prinsip hukum Universal sehingga tidak terkontaminasi unsur-unsur yang dapat dikategorikan *abuse of power*.[53]

Pemberlakuan asas retroaktif terhadap beberapa kasus-kasus yang dianggap *extraordinary*, dipahami sebagai sebuah instrumen baru dalam hal penyelematan dan perlindungan hak asasi manusia dalam konteks yang lebih luas. Mengacu pada beberapa instrumen dasar terkait dengan sifat kejahatan luar biasa yang diakui secara umum, seperti aktifitas terorisme, korupsi, kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Bahkan, pemberlakuan asas retroaktif untuk kejahatan korupsi dianggap sebagai kejahatan terhadap masyarakat adalah salah satu hal yang dimungkinkan adalah melakukan perjuangan dalam

52 Soedarsono, *Putusan Mahkamah Konstitusi Tanpa Mufakat Bulat Catatan Hakim Konstitusi Soedarsono*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008).

53 *Ibid*., hlm 173.

rangkah mengakhir impunitas, juga agar dapat menyelesaikan secara tuntas dan adil tiap kejahatan korupsi yang telah menyengsarakan masyarakat. Kendati MK berpendapat bahwa pada dasarnya hukum itu harus berlaku kedepan *(prospectively)*.[54]

Saat ini tengah berlangsung upaya penegakan hukum *(rule of law)* termasuk penegakan peradilan yang adil. Adapun jaminan bagi suatu proses peradilan yang *fair* adalah: asas praduga tak bersalah (*presumption of innocence*), persamaan kesempatan bagi para pihak yang berpenkara, pengucapan putusan secara terbuka untuk umum, *asas ne bis in idem*, pemberlakuan hukum yang lebih ringan bagi perbuatan yang tengah berproses. Dengan demikian ternyatalah bahwa gagasan yang berada dibelakang atau yang mendahului asas *non-retroaktif* adalah berupa sejumlah asas hukum yang pada akhirnya, sebagaimana dikatakan oleh James Popple, bermuara pada satu pemahaman atau pengertian yaitu bahwa "tidak ada kejahatan atau hukuman diluar yang ditentukan oleh hukum."

Bahkan, dalam *Nuremberg Trial* dikatakan pula bahwa *asas retroaktif* tidaklah bersifat absolute-rigid. Melainkan dapat dipandang secara lebih partikularistik dan kasuistis. Dengan melihat dan mempertimbangkan batasan yang sangat limitative. Sebagaimana diutarakan dalam argumen antara lain:

a. Argumen yang diistilahkan sebagai *"strong" Radbruch argument of the superior compelling needs of justice;*
b. Argumen 'pengetahuan akan kesalahan dan/atau pengetahuan bahwa perbuatan tersebut dapat dikenakan hukuman yang dijatuhkan kemudian;
c. Argumen 'prinsip-prinsip umum keadilan menge-sampingkan hukum nasional yanmg ada/berlaku';
d. Argumen ketidakberlaku surutan melalui reinterprestasi terhadap hukum terdahulu;
e. Argumen pelanggaran yang nyata terhadap hukum sebelumnya.[55]

54 *Ibid*., hlm 84.

55 *Ibid.*

3. Optimalisasi Asas Retroaktif

Dalam lapangan ilmu hukum, asas retroaktif dipandang sebagai sebuah kemunduran terhadap perkembangan ilmu hukum. Hal inilah yang mendasari putusan MK Nomor 013/PUU-1/2003 mengenai pembatalan pasal-pasal yang mengandung unsur asas retroaktif melalui putusan Mahkamah Konstitusi mengenai pemberlakuan surut Peraturan Pemerintah Pengganti UndangUndang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme (Perpu 1/2002) atau Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, Menjadi Undang-Undang (UU 15/2003).

Terhadap argumen tersebut, pemerintah sebagai pihak yang berkepentingan dalam hal ini, secara ringkas mengajukan dua hal yang dianggap sebagai dasar pemberlakuan surut Perpu 1/2002 atau UU 15/2003. Pertama, berdasarkan penafsiran pemerintah, Pasal 28 I ayat (1) UUD NRI 1945 dalam pelaksanaannya dibatasi oleh Pasal 28 J UUD NRI 1945 yang menyatakan:

1. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara; dan
2. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk mematuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Pembatasan dari Pasal 28 J UUD NRI 1945 memungkinkan untuk dirumuskannya suatu peraturan hukum yang berlaku surut. Kedua, didasarkan pada pendapat bahwa terorisme merupakan salah satu bentuk *extra ordinary crime*. Sejumlah argumen yang dapat menguatkan argumentasi mengenai pemberlakuan surut sebuah peraturan perundang-undangan demi terlaksananya perlindungan hak konstitusional warga negara yang lebih luas. Hal ini dapat dilihat dari argumen yang dikonstruksikan oleh MK dalam putusannya yang berpendapat bahwa Perpu No. 1 Tahun 2002 atau UU 15/2003

bertentangan dengan UUD NRI 1945. Tentu saja putusan MK ini berimplikasi luas sebagaimana tercermin dari tanggapan pemerintah atas putusan itu yang secara singkat adalah sebagai berikut:

1. Pendapat dan putusan MK yang menegaskan bahwa asas non retroaktif bersifat mutlak karena ia merupakan asas *universal* dan tidak dapat ditafsirkan lain selain yang dituliskan dalam UUD dengan frasa "dalam keadaan apapun" (Pasal 28 I UUD NRI 1945), terbukti inkonsisten dengan pengakuan MK bahwa asas non retroaktif hanya dikecualikan untuk kasus pelanggaran HAM berat;
2. Sejak asas retroaktif diterapkan dalam Mahkamah Nuremberg (1946), Tokyo (1948), *Ad hoc Tribunal* di Rwanda dan Yugoslavia, maka sejak saat itu asas non retroaktif merupakan asas partikularistik dan bersifat kasuistik, tidak lagi merupakan asas *universal*;
3. Penerapan teori Hens Kelsen secara mutlak dalam penerapan asas retroaktif dalam UU 15/2003 atas peristiwa bom Bali mengabaikan sama sekali teori sebab akibat, mengabaikan keadilan masyarakat yang lebih luas termasuk korban dan menunjukkan ketertinggalan pemikiran MK dan juga tidak sejalan dengan perkembangan paradigma keilmuan dalam pendidikan ilmu hukum di Indonesia sejak tahun 1970-an sampai saat ini yang mengakui paradigma ilmu-ilmu sosial dalam ilmu hukum;
4. Putusan MK tidak mencerminkan keseimbangan perlindungan atas kepentingan tersangka atau terdakwa terorisme dengan perlindungan atas hak suatu negara yang berdaulat dan korban bom Bali;
5. Pertimbangan dan pendapat MK tentang kualifikasi kegiatan terorisme pada peristiwa bom Bali yang menegaskan bukan kejahatan luar biasa, dan hanya merupakan kejahatan biasa yang dilakukan secara kejam (*ordinary crime*) menunjukkan kerancuan pendekatan yang digunakan yaitu pendekatan hukum ketatanegaraan bukan pendekatan hukum pidana internasional yang seharusnya digunakan dan dipandang memiliki kredibilitas akademik dalam membedah peristiwa tersebut. Pendapat MK tersebut tersebut terlalu dini dan ceroboh.

Dengan adanya putusan MK ini maka hilang sudah penerapan asas retroaktif dalam Perpu 1/ 2002 atau UU 15/2003. Meski yang diputus bertentangan dengan UUD NRI 1945 adalah Perpu 1/2002 atau UU 15/2003, akan tetapi ini membawa dampak kepada ketentuan dalam Pasal 46 Perpu 1/2002 atau UU 15/2003. Dampak tersebut adalah tertutupnya kemungkinan untuk menetapkan peraturan pidana yang berlaku surut bagi tindak pidana terorisme atau tindak pidana lain yang berkaitan dengan terorisme. Artinya Pasal 46 Perpu 1/2002 atau UU 15/2003 merupakan ketentuan yang lahir untuk dimatikan karena tidak ada fungsinya sama sekali.

Sangat menarik untuk dikaji kembali putusan MK tersebut terutama dengan dasar pengambilan keputusan yang menguji taraf sinkronisasi vertikal Perpu 1/2002 atau UU 15/2003 terhadap UUD NRI 1945. Dimana UUD NRI 1945 merupakan konstitusi atau merupakan hukum tertinggi yang dinamakan *grundnorm*. Bagaimana jika Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU 39/1999) dan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (UU26/2000) diuji materiilkan terhadap UUD NRI 1945. Berdasarkan tata urutan perundang-undangan, tentunya UU 39/1999 dan UU 26/2000 bertentangan dengan Pasal 28 I ayat (1) UUD NRI 1945.

4. Kesimpulan

Keberadaan MK dengan kewenangan yang dimiliki memunculkan kebutuhan adanya lapangan hukum baru dalam rangka perlindungan hak konstitusional warga Negara. Munculnya strategi mekanisme perlindungan hukum yang baru ini tentu harus diantisipasi, salah satunya adalah dengan menjadikan perlindungan hak konstitusional menjadi tersistem dalam system hukum Indonesia. Selain itu, hukum acara MK turut pula memberikan wahana baru dalam rangkan perlindungan hak konstitusional warga Negara. Hal ini tidak hanya bermanfaat bagi mahasiswa, namun juha memperluas pengetahuan dan memiliki keterampilan untuk beracara di MK.

Dalam penggambaran hukum acara, diuraikan mengenai perkembangan yang terjadi dalam praktik peradilan di MK, disertai dengan dukungan kepada putusan MK yang telah ada dan menjadi dasar praktik hukum acara MK. Didalamnya terdapat pemikiran-pemikiran hukum yang berkembang dalam praktik terkait '*ijtihad*'

Hakim MK dalam rangka menemukan hukum guna menegakkan supremasi hukum.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Arto, Mukti, *Konsepsi Ideal Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2002.

Fatmawati, *Hak Menguji*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1983.

Holland, Jamie R., "Supreme Court, Powers of The Court, CQ Guide to Current American Government", Spring 1991, Washington DC, *Congressional Quaterly Inc*, 1991.

Lewis, Anthony, *Peranan Mahkamah Agung di Amerika Serikat*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1984.

Lijphart, Arend, Penerjemah Ibrahim R. Et.al, *Sistem Pemerintah Parlementer dan Presidensial*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1985.

Logemann, H.A., *Over de theorie van een stelling staatsrecht*, Leiden: Universitaire Press, 1948.

Manan, Bagir dan Magnar, Kuntana, P*eranan peraturan perundang-undangan Dalam Pembinaan Hukum Nasional*, Bandung: Armico, 1987.

Suseno, Frans Magnis, *Etika Politik: Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1994.

Syarif, Amiroedin, *Perundang-undangan Dasar: Jenis dan Teknik Membuatnya*, Jakarta: Bina Aksara, 1987.

5

Putusan Mahkamah Konstitusi Diabaikan Jaksa Agung

Oleh: Muhammad Daud Berueh

Pendahuluan

Politik Hukum di Indonesia belum sepenuhnya menghormati nilai-nilai universalitas Hak Asasi Manusia (HAM).[56] Hal ini terjadi karena setiap kebijakan yang diambil oleh negara terutama pemerintah dan DPR masih memiliki kelemahan sehingga berpotensi menimbulkan terjadinya pelanggaran HAM, hal ini terlihat dari masifnya kekerasan akhir-akhir ini karena ketiadaan nilai-nilai HAM dalam sebuah produk kebijakan. Hal tersebut diperparah lagi dengan minimnya komitmen yang serius dalam upaya penegakan HAM di Indonesia.

Indonesia baru bisa menghirup udara segar demokrasi setelah lengsernya kekuasaan Orde Baru (Orba) yang telah berkuasa di Indonesia selama 32 tahun.[57] Perangkat pertama jaminan HAM di

56 Lihat laporan Tahunan Hak Asasi Manusia KONTRAS 2006 yang mengangkat tema; HAM Belum Dijadikan Etika Dalam Politik. Hal ini terjadi karena setiap kebijakan politik negara yang diambil tidak berdasarkan pada etika dan nilai-nilai universalitas HAM.

57 Soeharto merupakan salah satu Presiden yang memiliki latar belakang Militer, setiap kebijakan yang diambil pada saat ia berkuasa bertentangan dengan HAM. Namun setelah ia lengser dari tampuk kekuasaan bangsa ini gagal memberikan penghukuman. Akibatnya ketika ia meninggal dunia status hukum terhadap Mantan Presiden yang diktator ini belum jelas. Bangsa ini mengulangi kembali kesalahannya pada masa lampau, ketika itu Presiden Indonesia yang pertama, Soekarno setelah lengser dari kekuasaan dipenjarakan oleh Soeharto tanpa status hukum yang jelas,

awal reformasi adalah melalui Ketetapan Majelis Permusyawaratan Republik Indonesia (TAP MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998) tentang HAM. Pasal 1 TAP MPR ini menyatakan; *"Menugaskan kepada Lembaga-lembaga Tinggi Negara dan seluruh Aparatur Pemerintah untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat."* Selain TAP MPR, pada tahun 1999 Indonesia juga mampu membuat Undang-Undang No 39/1999 tentang HAM. Dalam Undang-Undang ini dijelaskan peran dan tanggung jawab negara di dalam penghormatan, penegakan dan perlindungan HAM. Untuk memberikan penghukuman terhadap pelaku yang telah melakukan pelanggaran HAM yang berat baik yang dilakukan di masa lampau maupun yang akan datang dibuatlah Undang-Undang No 26/2000 tentang Pengadilan HAM. Selain itu Indonesia juga sudah meratifikasi beberapa konvensi internasional tentang HAM dan sudah diundangkan ke dalam hukum positif Indonesia. Selain hal tersebut, HAM sudah dimasukkan ke dalam UUD 1945 jadi pelanggaran terhadap HAM adalah pelanggaran terhadap UUD 1945 dan Konstitusi.[58]

1. Peristiwa Pelanggaran HAM Berat

Pelanggaran berat Hak Asasi Manusia (HAM) merupakan kejahatan yang serius *serious crime*. Kejahatan ini dilakukan secara sistematis atau meluas oleh sebuah rezim Pemerintah yang ototiter terhadap warga negaranya di masa lampau sehingga mengakibatkan penderitaan pada korban dan keluarganya serta berdampak buruk bagi publik. Pelanggaran berat HAM dalam instrumen internasional mencakup empat jenis kejahatan yang diatur dalam Mahkamah Pidana Internasional *International Criminal Court* adalah; kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan agresi dan kejahatan perang.

sampai akhirnya ia meninggal dunia.

58 Pada amandemen UUD 1945 ke-2 Jaminan terhadap HAM dimasukan secara eksplisit didalam UUD 45 dari mulai pasal 28 A-J memberikan jaminan terhadap HAM, berangkat dari hal tersebut ketika terjadi sebuah pelanggaran yang dilakukan oleh negara terhadap HAM maka negara pun melakukan pelanggaran terhadap UUD 45 dan konstitusi.

Dalam hal ini, Indonesia sudah mengadopsi dua bentuk kejahatan HAM internasional yang sudah dimasukkan ke dalam hukum positif nasional yaitu Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM; kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida melalui proses yang panjang setelah bergulirnya reformasi 1998. Kelahiran UU ini sangat penting bagi arah penegakan HAM di tanah air, terlebih saat rezim Orde Baru berkuasa banyak pelanggaran HAM yang dilakukan oleh negara terhadap warga negara yang kritis atas setiap kebijakan Pemerintah. Sehingga diperlukan sebuah penyelesaian yang komprehensif yaitu pelakunya diberikan sanksi hukuman *punishment* dan korban mendapatkan pemulihan (kompensasi, restitusi dan rehabilitasi). Hal ini menjadi tanggung jawab dan kewajiban negara untuk memenuhinya.

Kejahatan terhadap kemanusiaan *crimes against humanity* adalah salah satu bentuk kejahatan yang serius dan dikutuk oleh komunitas internasional sebagai musuh umat manusia *hostis humanis generis*. Atas dasar tersebut menghukum tindak kejahatan ini menjadi kewajiban masyarakat internasional secara keseluruhan *obligatio erga omnes*. Untuk itu setiap negara dapat menerapkan jurisdiksi peradilan pidananya terhadap kejahatan ini atau dikenal dengan prinsip yurisdiksi universal *universal jurisdiction*.

Sebagai gambaran singkat, akan disampaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi di Indonesia (sejak Orde Baru berkuasa) serta penjelasan singkat mengenai latar belakang peristiwa, perkembangan advokasi serta hambatan baik legal maupun politik. Kasus-kasus tersebut antara lain adalah kasus-kasus pelanggaran berat HAM yang penyelesaiannya terhenti di Kejaksaan Agung, yaitu; Peristiwa 1965-1966, Peristiwa Penembakan Misterius 1997-1998, peristiwa Trisakti, Semanggi I 1998 dan Semanggi II 1999, tragedi Mei 1998, Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktivis 1997-1998 serta Peristiwa Talangsari Lampung 1989.

1.1. Pelanggaran HAM periode 1965-1966

Paska rezim Orde Lama (Orla) tumbang, kepemimpinan Indonesia digantikan oleh rezim Orba. Soeharto dengan kecerdikan, kelicikan dan kepiawaiannya mampu merebut kekuasaan dengan bertindak seolah-olah ia adalah penyelamat bangsa. Setelah ia menjadi Presiden Republik Indonesia yang ke-2, demi mengamankan kekuasaan ia melakukan

penangkapan, penahanan secara sewenang-wenang terhadap masyarakat yang diduga terlibat di dalam Partai Komunis Indonesia (PKI). Banyak orang yang ditangkap, ditahan dan dipenjarakan di Pulau Buru dan tempat tahanan lainnya yang ada di Indonesia tanpa proses hukum yang jujur dan fair. Akibatnya para korban mengalami kerugian yang tak ternilai harganya, hidup berada di dalam ketidakpastian.[59]

Orang-orang yang ditangkap dan ditahan secara sewenang-wenang dalam kasus 65 adalah; eks Partai Politik PKI, Pegawai Negeri Sipil/PNS, TNI-POLRI, Pemuda/pelajar, serta orang-orang yang diduga memiliki keterikatan dengan PKI. Penderitaan dialami bukan hanya kepada korban saja, melainkan terhadap keluarga korban. Keluarga korban mendapatkan stigma yang negatif dari lingkungan masyarakat sekitar. Bahkan keluarga korban tidak bisa mencalonkan diri menjadi Kepala Desa.[60] Stigma terhadap keluarga korban 65 masih terjadi hingga saat ini, terutama bagi korban dan keluarga korban 65 di daerah.

Komnas HAM pada tahun 2008-2012 telah melakukan penyelidikan Pro-Justisia (untuk kepentingan proses hukum) atas peristiwa 1965-1966. Hasilnya Komnas HAM menemukan adanya dugaan pelanggaran HAM berat dalam peristiwa tersebut dan pada tahun 2012 Komnas HAM menyerahkan berkas penyelidikan kepada Jaksa Agung untuk ditindaklanjuti ke tahap penyidikan. Namun Jaksa Agung belum melakukan penyidikan dengan alasan hasil penyelidikan Komnas HAM masih belum cukup bukti terutama berkaitan dengan pelakunya, sehingga Kejaksaan Agung mengembalikan berkas tersebut kepada Komnas HAM.[61] Kemudian Komnas HAM mengembalikan berkas tersebut kepada Jaksa Agung, karena penyelidikan yang dilakukan Komnas HAM sudah sesuai dengan perintah didalam ketentuan UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

---

59 Kesaksian korban 65 yang pernah ditahan di Pulau Buru selama kurang lebih 12 tahun. Di Pulau Buru ia mengalami penderitaan; makan dengan seadanya, dipekerjakan secara paksa akibatnya korban mengalami trauma yang amat sangat besar, karena ia tidak tahu kenapa ia ditahan dan dipenjarakan di Pulau Buru dan ia tidak tahu sampai kapan ia akan dibebaskan.

60 Hal ini terjadi pada salah satu keluarga korban 65 yang berada di wilayah Kalimantan. Ia tidak bisa mencalonkan diri atau maju sebagai Kepala Desa lantaran ayahnya pernah tercatat di dalam Eks tahanan politik 65.

61 Lihat: http://nasional.kompas.com/read/2012/11/09/15511532/Kejagung.Kembalikan.Berkas.Kasus.1965.dan.Petrus.

1.2. Kasus Tanjung Priok 1984

Kasus Tanjung Priok yang terjadi pada tahun 1984 silam, merupakan sejarah kelam bangsa ini. Di mana terjadi penembakan oleh aparat Tentara Nasional Indonesia/ABRI pada waktu itu. Kasus ini tidak terjadi begitu saja, melainkan ada kebijakan negara yang melatarbelakangi timbulnya kasus tersebut . Adanya tafsir tunggal dari pancasila yang dihasilkan dari Sidang Umum Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) Nomor. II/MPR/1978 tentang Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila.[62]

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat sendiri pada saat itu mendapat reaksi keras dari partai politik, yaitu Partai Persatuan Pembangunan dengan melakukan *walk out*. Tidak hanya kebijakan tersebut yang melatarbelakangi kasus Tanjung Priok, melainkan ada beberapa kebijakan yang diskriminasi pada waktu itu. Pada bulan Mei tahun 1984, Pemerintah melalui Menteri Dalam negeri, mengajukan paket lima Rancangan Undang-Undang politik kepada Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, yang di antaranya mengatur Partai Politik dan Golkar, Lembaga Swadaya Masyarakat serta Organisasi Masyarakat menjadikan Pancasila sebagai asasnya.

Akibat kebijakan inilah yang membuat para tokoh partai dan juga tokoh agama, serta elemen masyarakat sipil memprotes kebijakan tersebut. Dengan membuat mimbar bebas atau tablig akbar untuk menyatakan protes terhadap kebijakan negara pada waktu itu. Namun ditanggapi secara represif oleh aparat ABRI sehingga menimbulkan korban jiwa dan luka, tepatnya pada peristiwa 12 September 1984. Pasca reformasi Komnas HAM atas desakan korban melakukan penyelidikan pada tahun (2001-2002) dan telah menyerahkan berkas ke Jaksa Agung yang ditindaklanjuti ke tahap penyidikan dan penuntutan pada Pengadilan HAM *ad hoc* (2003-2004) di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Hasilnya semua pelaku yang dihadirkan di Pengadilan HAM *ad hoc* lolos dari jeratan hukum. Akibatnya hak korban untuk mendapatkan kompensasi yang sudah diputuskan oleh Pengadilan HAM menjadi terabaikan.

62 Laporan KontraS: 2001

1.3. Kasus Penembakan Misterius/Petrus (1982-1985)

Kasus ini merupakan bentuk teror terhadap rakyat. Di mana pada saat itu banyak ditemukan korban akibat tembakan senjata api. Terutama orang yang memiliki tato/tanda pada bagian tubuh. Kegiatan ini dilakukan atas kebijakan resmi negara di dalam menumpas Preman, namun dalam perjalanannya disalahgunakan untuk memberangus kebebasan demokrasi, untuk mengikis orang-orang yang kritis terhadap segala kebijakan negara yang tidak berpihak kepada rakyat.

Komnas HAM pada tahun 2008-2012 melakukan penyelidikan atas peristiwa tersebut. Hasilnya pada tahun 2012, Komnas HAM menyerahkan berkas hasil penyelidikan kepada Jaksa Agung untuk ditindak lanjuti ke tahap penyidikan. Berkas tersebut dikembalikan oleh Kejaksaan Agung kepada Komnas HAM dengan alasan belum cukup bukti.[63] Kemudian Komnas HAM menyerahkan kembali berkas tersebut kepada Jaksa Agung.

1.4. Kasus Talangsari, Lampung, 1989

Kasus ini berawal dari Jamaah Pengajian Warsidi yang melakukan aktivitas keagamaan di salah satu dusun kecil yang berada di Lampung. Keberadaan pengajian ini dianggap mengusik dan merongrong stabilitas keamanan negara, akhirnya negara melalui aparatnya Komando Resert Militer (KOREM) Garuda Hitam melakukan penyerangan dengan terhadap jamaah Warsidi, akibatnya ratusan orang menjadi korban. Anak-anak dan perempuan dibakar di dalam satu rumah, harta benda dan rumah korban dirusak.

1.5. Kasus Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktivis 1997-1998

Kasus penculikan aktivis yang menimpa para aktivis pemuda dan mahasiswa yang ingin menegakkan keadilan dan demokrasi di masa pemerintahan Orde Baru. Mereka yang kritis dalam menyikapi kebijakan pemerintah dianggap sebagai kelompok yang membahayakan dan merongrong stabilitas keamanan negara. Gagasan-gagasan dan pemikiran mereka dipandang sebagai ancaman yang dapat menghambat jalannya roda pemerintahan. Berawal dari tahun 1996

63 Lihat; http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt509d2d009bef4/kejagung-kembalikan-dua-penyelidikan-komnas-ham

saat mulai maraknya kampanye Pemilu, di mana beberapa simpatisan PDI Perjuangan diculik tanpa ada berita atas kejelasan nasib mereka. Berlanjut pada saat kerusuhan Mei 1998, hingga penculikan para aktivis Partai Rakyat Demokratik dan Solidaritas Mahasiswa Indonesia untuk Demokrasi.

Penculikan Pius Lustrilanang, Desmon J Mahesa, Haryanto Taslam, Mugiyanto, Aan Rusdianto, Faisol Reza, Andi Arief, Rahardja W Jati dan Nezar Patria mendorong gerakan masyarakat sipil untuk mendesak pertanggungjawaban militer yang dianggap pelaku dalam peristiwa penculikan para aktivis. Satu persatu korban dikembalikan, namun hingga 2004 masih ada 13 orang yang masih hilang, yaitu Suyat, Yani Afri, Sonny, M. Yusuf, Noval Alkatiri, Dedy Hamdun, Ismail, Bimo Petrus, Abdun Naser, Hendra Hambali, Ucok Siahaan, Yadin Muhidin dan Wiji Thukul.

Komnas HAM atas desakan korban telah melakukan penyelidikan atas peristiwa tersebut pada tahun 2005-2006. Hasilnya Komnas HAM menemukan adanya dugaan pelanggaran HAM berat dalam peristiwa tersebut dan menyerahkan berkas hasil penyelidikan kepada Jaksa Agung. Namun Jaksa Agung menolak melakukan penyidikan karena masih menunggu terbentuknya Pengadilan HAM ad hoc terlebih dahulu. Pada tahun 2007-2009, DPR membentuk Panitia Khusus (Pansus) atas penanganan peristiwa Penghilangan Orang Secara Paksa periode 1997-1998. Hasilnya DPR merekomendasikan 4 (empat) hal kepada Presiden; Membentuk Pengadilan HAM *ad hoc*, melakukan pencarian terhadap 13 korban yang masih dihilangkan secara paksa, memberikan kompensasi dan rehabilitasi terhadap keluarga korban, meratifikasi Internasional konvensi Penghilangan Orang Secara Paksa. Rekomendasi tersebut hingga kini belum dijalankan oleh Presiden.

1.6. Kasus Trisakti Semanggi I (1998) dan Semanggi II (1999)

Peristiwa Trisakti (12 Mei 1998)

Kondisi ekonomi Indonesia mulai goyah pada awal 1998, yang terpengaruh oleh krisis ekonomi. Mahasiswa dari berbagai kampus melakukan aksi demonstrasi besar-besaran ke gedung DPR/MPR. Mahasiswa melakukan aksi damai dari kampus Trisakti menuju gedung DPR/MPR. Demonstrasi mahasiswa direspons represif oleh pasukan keamanan (ABRI dan Polisi)

sehingga mengakibatkan 4 (empat) mahasiswa universitas Trisakti tewas dan ratusan mahasiswa lainnya luka-luka. Meskipun pihak aparat keamanan membantah telah menggunakan peluru tajam, hasil otopsi menunjukkan kematian disebabkan peluru tajam.

Peristiwa Semanggi I (11-13 November 1998)

Pada bulan November 1998 pemerintahan transisi mengadakan Sidang Istimewa untuk menentukan Pemilu berikutnya dan membahas agenda-agenda pemerintahan yang akan dilakukan. Mahasiswa bergolak kembali karena mereka tidak mengakui pemerintahan Habibie yang merupakan perpanjang tangan dari kekuasaan Orde Baru dan anggota DPR/MPR masih bagian dari produk lama. Selain itu mahasiswa juga meminta penghapusan Dwi-fungsi ABRI. Demonstrasi mahasiswa direspons kembali secara represif oleh pasukan keamanan sehingga puluhan mahasiswa menjadi korban meninggal dan ratusan lainnya luka-luka.

Peristiwa Semanggi II (24 September 1999)

Pada 24 September 1999 mahasiswa kembali melakukan demonstrasi menolak untuk disahkannya rancangan Undang-Undang Penanggulangan Keadaan Bahaya (RUU PKB) yang materinya menurut banyak kalangan sangat memberikan keleluasaan kepada militer untuk kembali berperan dalam kehidupan politik. Aksi ini mendapatkan tindakan represif dari pasukan keamanan sehingga mengakibatkan Mahasiswa dari Universitas Indonesia, Yap Yun Hap meninggal dengan luka tembak di Jalan Semanggi.

DPR pada tahun 2001 membentuk Pansus Trisakti, Semanggi I dan II. Hasilnya justru mengecewakan korban, karena DPR menyatakan tidak ada pelanggaran HAM berat dalam peristiwa tersebut. Korban kembali mendesak Komnas HAM agar melakukan penyelidikan, karena hasil DPR cacat moral. DPR bukanlah lembaga yang memiliki kewenangan untuk menentukan ada atau tidaknya pelanggaran HAM berat. Tahun 2001-2002 Komnas HAM melakukan penyelidikan. Pada April 2002 Komnas HAM menyerahkan berkas hasil penyelidikan tersebut kepada

Jaksa Agung untuk ditindak lanjuti ke tahap penyidikan. Namun hingga kini Jaksa Agung belum melakukan penyidikan dengan berbagai alasan.

1.7. Peristiwa 13-15 Mei (1998)

Peristiwa ini dikenal dengan kerusuhan Mei. Kerusuhan ini bermula ketika sehari sebelumnya 4 (empat) mahasiswa yang menuntut adanya reformasi ditembak oleh aparat hingga tewas. Kerusuhan ini merupakan rentetan kekerasan yang terjadi sebelumnya; Kasus Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktifis 1997-1998 dan Penembakan mahasiswa di Kampus Trisakti. Ketika kondisi ekonomi mulai goyah sekelompok elit melalukan provokasi kepada massa untuk melakukan pembakaran terhadap plaza dan toko-toko besar di Jakarta dan kota-kota besar lainnya. Akibatnya ratusan warga menjadi dengan kondisi yang mengenaskan terpanggang oleh kobaran api. Selain itu kekerasan seksual terjadi kepada perempuan etnis Tionghoa, yang menimbulkan trauma yang mendalam bagi korban.[64] Terhadap peristiwa ini pemerintah telah membentuk Tim Gabungan Pencari Fakta (TGPF) yang terdiri dari Unsur Pemerintah, akademisi dan tokoh masyarakat pada tahun 1999. Hasilnya TGPF menemukan sejumlah fakta keterlibatan negara dalam kerusuhan tersebut. Kemudian pada tahun 2003 Komnas HAM membentuk tim penyelidik pro-justisia untuk melakukan penyelidikan dan hasilnya telah diserahkan kepada Jaksa Agung. Namun hingga kini Jaksa Agung masih belum melakukan penyidikan.

64 Lihat Laporan Tim Gabungan Pencari Fakta. Atas dasar desakan dari masyarakat sipil yang mendorong penuntasan kasus Mei 1998 akhirnya dibentuklah Tim Gabungan Pencari Fakta (TGPF) berdasarkan Keputusan Bersama Menteri Pertahanan Keamanan/Panglima Angkatan Bersenjata Republik Indonesia, Menteri Kehakiman, Menteri Dalam Negeri, Menteri Luar Negeri, Menteri Negara Peranan Wanita, dan Jaksa Agung pada tanggal 23 Juli 1998. Tim Gabungan ini bekerja dalam rangka menemukan dan mengungkap fakta, pelaku dan latar belakang peristiwa 13-15 Mei. 1998. TGPF terdiri dari unsur-unsur pemerintah, Komisi Nasional Hak-Hak Asasi Manusia Indonesia (Komnas HAM), Lembaga Swadaya Masyarakat, dan organisasi kemasyarakatan lainnya.

2. Peran Komnas HAM

Komnas HAM memiliki peranan yang amat strategis di dalam rangka penegakan HAM. Komnas HAM memiliki tujuan; mengembangkan kondisi yang kondusif bagi pelaksanaan hak asasi manusia sesuai dengan Pancasila, Undang-Undang Dasar 1945. dan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, serta Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia; dan meningkatkan perlindungan dan penegakan hak asasi manusia guna berkembangnya

pribadi manusia Indonesia seutuhnya dan kemampuannya berpartisipasi dalam berbagai bidang kehidupan.[65] Untuk mencapai tujuannya, Komnas HAM melaksanakan fungsi pengkajian, penelitian, penyuluhan. pemantauan, dan mediasi tentang hak asasi manusia.[66]

Komnas HAM dalam rangka penegakan HAM, terutama untuk menyelesaikan pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di masa lampau (sebelum UU No 26/2000) memiliki kewenangan untuk melakukan sebuah penyelidikan dengan membuat atau membentuk tim ad hoc yang terdiri atas Komnas HAM dan unsur masyarakat.[67] Komnas HAM memiliki kewenangan untuk menentukan ada atau tidaknya sebuah pelanggaran HAM yang berat yang terjadi berdasarkan hasil penyelidikannya.[68] Setelah Komnas menemukan bukti permulaan yang cukup atas terjadinya sebuah peristiwa pelanggaran HAM yang berat, maka kesimpulan hasil penyelidikan disampaikan kepada penyidik dalam hal ini Jaksa Agung.

Kasus-kasus pelanggaran HAM masa lampau yang sudah diselidiki oleh Komnas HAM adalah; Peristiwa Tanjung Priok 1984, Tragedi 1965-1966, Peristiwa Penembakan Misterius (1982-1985), peristiwa Talangsari Lampung 1989, Kasus Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktivis 1997-1998, Kasus Trisakti, Semanggi I (1998) dan Semanggi II (1999) dan kasus 13-15 Mei 1998. Peristiwa atau kasus tersebut berdasarkan hasil penyelidikan Komnas HAM ditemukan bukti permulaan yang cukup telah terjadi pelanggaran HAM yang berat. Berdasarkan hal tersebut, Komnas HAM mengirimkan

65 Lihat pasal 75 UU No 39/1999 tentang HAM

66 Lihat pasal 76 UU No 39/1999 tentang HAM

67 Lihat Pasal 18 UU No 26/2000 tentang Pengadilan HAM

68 Lihat Pasal 20 UU No 26/2000 Tentang Pengadilan HAM

hasil penyelidikan kepada Jaksa Agung untuk ditindaklanjuti ke tahap penyidikan. Selain kasus-kasus yang terjadi di masa lampu untuk kasus pelanggaran HAM yang terjadi setelah UU No 26/2000, Komnas sudah melakukan penyelidikan terhadap kasus Wasior-Wamena, Papua (2001-2003) dan menemukan bukti permulaan yang cukup telah terjadi pelanggaran HAM yang berat dalam peristiwa tersebut.[69] Hanya kasus Tanjung Priok 1984 yang berhasil maju hingga proses penyidikan dan penuntutan serta Pengadilan HAM *ad hoc,* namun hasilnya mengecewakan para korban karena semua pelaku yang terlibat dalam kasus Tanjung Priok lolos dari jeratan hukum.[70]

3. Pengadilan HAM di Indonesia dan Masalahnya

Pengadilan HAM yang telah digelar di Indonesia untuk kasus Tanjung Priok yang terjadi pada tahun 1984 dan Timur-Timor paska jajak pendapat. Kedua kasus tersebut bisa menembus hingga digelar Pengadilan HAM *ad hoc* atas perjuangan para korban dan desakan yang cukup luas bagi di nasional dan internasional. Pengadilan HAM ad hoc untuk kasus Tanjung Priok misalnya, yang telah digelar di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menimbulkan pertanyaan bagi kita semua terkait dengan bebasnya para pelaku. Pengadilan yang digelar sekitar 2003-2004 berlangsung cukup dramatis dalam pengadilan ini, para pelaku memanfaatkan kelemahan ekonomi korban agar mau mencabut Berita Acara Pemeriksaan dan memberikan keterangan palsu di Pengadilan.[71]

---

69 Lihat Laporan HAM tahun 2004 yang diterbitkan Komnas HAM dan laporan ringkasan eksekutif penyelidikan KOMNAS-HAM untuk kasus Wasior-Wamena, Papua

70 Pengadilan HAM ad hoc untuk kasus Tanjung Priok didasarkan kepada Keputusan Presiden (Keppres) 53/2001 yang kemudian diubah ke dalam Keppres perubahan untuk disempurnakan dengan lebih memperjelas tempat dan waktu tindak pidana (locus dan tempus delicti) pelanggaran hak asasi manusia yang berat Pengadilan HAM ad hoc yang digelar di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mengadili pelanggaran HAM yang berat yang terjadi pada kasus Tanjung Priok 1984 dan kasus Timor-Timur namun semua pelaku yang disidangkan di dalam Pengadilan HAM divonis bebas.

71 Hasil investigasi KONTRAS, menemukan beberapa kejanggalan dalam proses pengadilan HAM ad hoc pada kasus Tanjung Priok. Hal ini terjadi karena pelaku memecah belah korban, di dalam proses pengadilan ada dua kubu di tingkatan korban. Kubu pertama kubu yang menginginkan keadilan benar-benar ditegakan atau dikenal dengan sebutan Korban Tanjung Priok non islah yang jumlahnya sekitar 15 orang. Kubu Kedua, kubu yang pro-islah/islah, kubu inilah yang telah mencabut Berita Acara Pemeriksaan (BAP) dan memberikan keterangan yang tidak sebenarnya di Pengadilan

Hal yang sama terjadi pada Pengadilan HAM *ad hoc* untuk kasus Timur-Timor yang mengadili pelanggaran HAM yang berat yang terjadi pasca jajak pendapat. Pengadilan HAM *ad hoc* gagal memberikan keadilan bagi para korban. Akibatnya ruang para korban untuk mencari keadilan semakin sempit, sementara ruang bagi para pelaku semakin terbuka lebar untuk mengklaim dirinya tidak bersalah.

4. Hambatan Penyidikan oleh Jaksa Agung

Proses hukum kasus pelanggaran HAM masa lampau terhenti proses hukumnya di Kejaksaan Agung. Setelah menerima berkas penyelidikan dari Komnas HAM, Jaksa Agung tidak segera melakukan penyidikan sebagai mana mandat dari UU No 26/2000 tentang Pengadilan HAM. Namun, Jaksa Agung menolak melakukan penyidikan dengan alasan menunggu terbentuknya Pengadilan HAM *ad hoc*.[72] Alasan inilah yang dijadikan oleh Jaksa Agung untuk menolak melakukan penyidikan. Sejumlah kasus pelanggaran HAM berat yang proses hukumnya terhenti di Kejaksaan Agung, yaitu; Peristiwa 1965-1966, Penembakan Misterius 19982-1985, Kasus Trisakti, Semanggi I dan II, Kasus Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktivis 1997-1998 serta Kasus Wasior-Wamena, Papua.

Dalam hal ini Jaksa Agung sudah beberapa kali mengembalikan berkas penyelidikan ke Komnas HAM, terkhir Jaksa Agung mengembalikan berkas pada 28 Maret 2008. atas pengembalian berkas penyelidikan, Komnas HAM sudah mengembalikan lagi berkas kasus Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktivis 1997-1998, Trisakti, Semanggi I dan II dan kasus Mei kepada Jaksa Agung pada 28 April 2008. Sementara untuk kasus Wasior-Wamena, Papua, Komnas HAM mengembalikan kembali berkasnya kepada Jaksa Agung pada 15 September 2008. Alhasil, kasus-kasus tersebut sampai saat ini terhenti proses hukumnya di Kejaksaan Agung.

HAM *ad hoc* akibatnya para pelaku yang seharusnya dihukum lolos dari jeratan hukum.

72 Alasan ini digunakan oleh Jaksa Agung untuk menolak penyidikan pada kasus Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktivis 1997-1998 dan Tragedi 13-15 Mei 1998.

Penolakan Jaksa Agung untuk melakukan penyidikan dengan alasan;

4.1. Peristiwa Trisakti, Semanggi I dan II

Komnas HAM dengan surat Nomor : 1.384/TUA/IV/2002 tanggal 29 April 2002 telah menyerahkan laporan akhir KPP HAM Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II (TSS I dan II) kepada kami, mengenai peristiwa TSS tersebut, kami telah beberapa kami mengembalikan berkas hasil penyelidikan yang dimaksud kepada Komnas HAM, terakhir dengan surat kami Nomor: R-012/A/F.6/03/2008 tanggal 28 Maret 2008, dengan petunjuk bahwa berkas hasil penyelidikan dimaksud ***tidak dapat ditingkatkan ketahap pemyidikan***, karena Komandan dan aparat pelaksana di lapangan telah disidangkan di Pengadilan Militer dan perkaranya telah *inkrach* serta menjalani sanksi pidana dan pemecatan, sedangkan pertanggung jawaban komandan di atasnya (*Command Responsibility*) terhadap delik pembiaran (*Ommissi Delict*) tidak dapat dikenakan, karena telah dilaksanakan penghukuman terhadap bawahannya yang melakukan pelanggaran tersebut. Terhadap petunjuk kami Komnas HAM tetap menyerahkan kembali berkas hasil penyelidikan peristiwa TSS, terakhir dengan surat Nomor: 137/TUA/IV/2008 tanggal 28 April 2008.

5.2. Peristiwa Mei 1998

Komnas HAM dengan surat Nomor: 197/TUA/IX/2003 tanggal 19 September 2003 telah menyerahkan Laporan hasil Tim Ad Hoc Penyelidikan Kerusuhan Mei 1998 mengenai Peristiwa Kerusuhan Mei 1998, kami telah beberapa kali mengembalikan berkas hasil penyelidikan dimaksud kepada Komnas HAM, terakhir dengan surat kami Nomor: R-013/A/F.6/03/2008 tanggal 28 Maret 2008 dengan petunjuk menunggu ***terbentuknya Pengadilan HAM Ad Hoc***. Terhadap petunjuk kami dimaksud, Komnas HAM tetap menyerahkan kembali berkas hasil penyelidikan peristiwa Kerusuhan Mei 1998 teakhir dengan surat Nomor: 138/TUA/IV/2008 tanggal 28 April 2008.

5.3. Peristiwa Penghilangan Orang Secara Paksa

Komnas HAM dengan surat Nomor: 407/TUA/XI/2006 tanggal 21 November 2006 telah menyerahkan berkas hasil Penyelidikan Peristiwa Penghilangan Orang Secara Paksa (PPOSP). Mengenai PPOSP tersebut

kami telah beberapa kali mengembalikan berkas hasil penyelidikan dimaksud kepada Komnas HAM, terakhir dengan surat Nomor: R-014/A/F.6/03/2008 tanggal 28 Maret 2008. dengan petunjuk menunggu terbentuknya Pengadilan HAM Ad Hoc. Bahwa petunjuk kami terhadap peristiwa PPOSP tersebut Komnas HAM tetap menyerahkan kembali berkas penyelidikan peristiwa PPOSP terakhir dengan suratnya Nomor: 139/TUA/IV/2008 tanggal 28 April 2008.

4.4. Peristiwa Talangsari Lampung

Komnas HAM dengan surat Nomor: 435/TUA/IX/2008 tanggal 23 Oktober 2008 telah menyerahkan hasil Penyelidikan Peristiwa Talangsari, dan saat ini masih diteliti oleh Tim Peneliti Direktorat Penanganan Pelanggaran HAM yang berat, kelengkapan persyaratan formil dan materilnya.

4.5. Peristiwa Wasior-Wamena

Komnas HAM dengan suratnya Nomor : 290/TUA/IX/2004 tanggal 3 September 2004, telah menyerahkan berkas hasil penyelidikan Peristiwa Wamena-Wasior. Terhadap Peristiwa Wamena-Wasior (non-retroaktif) dengan surat kami terakhir Nomor: R-015/A/F.6/03/2008 tanggal 28 Maret 2008 telah mengembalikan berkas hasil penyelidikan disertai petunjuk untuk dilengkapi sesuai pasal 20 (3) UU No 26/2000, yang berbunyi "Dalam hal penyidik berpendapat bahwa hasil penyelidik masih kurang lengkap, penyidik segera mengembalikan hasil penyelidikan tersebut kepada penyelidik disertai petunjuk untuk dilengkapi dan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal diterimanya hasil penyelidikan penyelidik wajib melengkapi kekurangannya." Komnas HAM terakhir dengan surat No: 422/TUA/IX/2008 tanggal 15 September 2008 telah mengirim kembali hasil penyelidikan peristiwa Wamena-Wasior tanpa dilengkapi petunjuk yang diberikan oleh Komnas HAM menyatakan bahwa pengembalian berkas hasil penyelidikan dengan petunjuknya sama sekali tidak berdasar.

5. Hambatan Politik

Peranan DPR sangat penting dalam rangka penegakan HAM, terlebih DPR memiliki catatan buruk dalam menghambat upaya penuntasan kasus pelanggaran HAM melalui Panitia Khusus (Pansus)

Trisakti, Semanggi I dan II periode 1999-2004. Dalam hal ini DPR telah menganulir hasil penyelidikan Komnas HAM dengan menyatakan bahwa tidak ada pelanggaran HAM yang berat dalam kasus Trisakti, Semanggi I dan II.[73] Pada Maret 2007 DPR periode 2004-2009 mengulangi hal yang sama dalam menghambat upaya penegakan HAM. Didalam rapat Badan Musyawarah (Bamus) DPR, Bamus menolak usulan Komisi III DPR tentang pembentukan Pengadilan HAM ad hoc untuk kasus Trisakti,Semanggi I (1998) dan Semanggi II (1999), dan Mei 1998 yang akan dibahas atau diagendakan di dalam sidang paripurna. Dengan komposisi 6 fraksi menolak dan hanya 4 fraksi yang mendukung pembentukan pengadilan HAM dibawa ke sidang Paripurna.[74]

Panitia Khusus (Pansus) DPR atas Penanganan Pembahasan Kasus Penghilangan Orang Secara Paksa Periode 1997-1998 patut diapresiasi dengan berbagai catatan politiknya[75]. Pada 28 September 2009, Pansus menyampaikan rekomendasinya dalam sidang paripurna DPR RI. Korban dan keluarga korban menyaksikan langsung pembahasan rekomendasi ini. Melalui ketua Pansus, Efendi Simbolon, Pansus menyampaikan rekomendasi sebagai berikut:

1. Merekomendasikan kepada Presiden untuk membentuk Pengadilan HAM *Ad Hoc;*
2. Merekomendasikan kepada Presiden serta segenap

73 Hasil Panitia Khusus (Pansus) DPR RI untuk peristiwa Trisakti, Semanggi I dan II

74 Rapat Bamus dipimpin Ketua DPR Agung Laksono. Dalam rapat itu enam dari sepuluh fraksi menolak. Keenam fraksi itu adalah Fraksi Partai Golkar, Fraksi Partai Demokrat, Fraksi PPP, Fraksi PKS, Fraksi PBR, dan Fraksi Bintang Pelopor Demokrasi (BPD). Sementara fraksi yang secara konsisten mendukung usul itu dibawa ke paripurna adalah Fraksi PDIP, Fraksi Kebangkitan Bangsa (FKB), Fraksi PAN, dan Fraksi PDS.

75 Banyak kecurigaan dari beberapa kalangan terhadap Pansus Penghilangan Orang Secara Paksa periode 1997-1998 Pansus kembali diaktifkan berbarengan dengan menjelang pelaksanaan Pemilihan Presiden (Pilpres), salah satunya Prabowo yang menyatakan diri akan maju ke pencalonan Presiden. Prabowo merupakan salah satu orang yang diduga bertanggung jawab atas kasus Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktivis 1997-1998. Namun Pansus ini berhasil memberikan harapan akan adanya keadilan bagi korban dan keluarga korban Penculikan dan Penghilangan Paksa Aktivis 1997-1998 karena rekomendasi yang disampaikan atau yang dihasilkan oleh Pansus DPR merupakan harapan korban.

institusi pemerintah serta pihak–pihak terkait untuk segera melakukan pencarian terhadap 13 orang yang oleh Komnas HAM (*sic*) masih dinyatakan hilang;

3. Merekomendasikan kepada Pemerintah untuk merehabilitasi dan memberikan kompensasi terhadap keluarga korban yang hilang;
4. Merekomendasikan kepada pemerintah agar segera meratifikasi Konvensi Anti Penghilangan Paksa sebagai bentuk komitmen dan dukungan untuk menghentikan praktik Penghilangan Paksa di Indonesia;

Meskipun terdapat perdebatan, pada akhirnya Sidang Paripurna menyetujui rekomendasi ini secara aklamasi. Rekomendasi ini adalah langkah positif dalam penegakan HAM, khususnya untuk penyelesaian kasus-kasus pelanggaran HAM masa lalu yang terhambat penyelesaianya karena kendala politis, meskipun UU No 26 Tahun 2006 tentang Pengadilan HAM telah mengatur penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat Rekomendasi DPR ini menjadi preseden dan landasan politik dalam mendorong pembentukan pengadilan HAM *ad hoc* untuk kasus-kasus pelanggaran berat HAM lain yang terjadi di masa lalu di Indonesia. Lebih jauh, keputusan Paripurna DPR atas kasus ini otomatis mengakhiri debat hukum perihal prosedur pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* antara Jaksa Agung dan DPR.

Rekomendasi ini hingga kini tidak dijalankan oleh Presiden. Kemudian pada April tahun 2012 korban mengadukan Presiden melalui Ombudsman Republik Indonesia. Dalam pendapatnya Ombudsman menilai Presiden telah melakukan tindak mal-administrasi karena melakukan penundaan berlarut-larut *(undue delay)* dan mengingkari prinsip tata kelola pemerintahan yang baik. Selanjutnya Ombudsman mengirimkan surat permintaan surat klarifikasi sebanyak 2 (dua) kali kepada Presiden atas upaya yang telah, sedang dan akan dilakukan oleh Presiden dalam menjalankan rekomendasi DPR. Kedua surat tersebut hingga kini belum direspons oleh Presiden.

6. Putusan Mahkamah Konstitusi Tidak Dijalankan

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Republik Indonesia No. 18/PUU-V/2007 atas permohonan uji materiil terhadap pasal dan

penjelasan pasal 43 (2) UU No 26 tahun 2006 tentang Pengadilan HAM. MK dalam keputusannya menyatakan bahwa pasal 43 ayat 2 tetap berlaku. MK menyatakan untuk menentukan perlu tidaknya pembentukan pengadilan HAM ad Hoc suatu kasus tertentu menurut *locus* dan *tempus delicti* memang memerlukan keterlibatan institusi politik yang mencerminkan representasi rakyat yaitu Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), tetapi DPR dalam merekomendasikan pembentukan pengadilan HAM ad Hoc harus memperhatikan hasil penyelidikan dan penyidikan dari institusi berwenang, dalam hal ini Komnas HAM dan Kejaksaan Agung.

Dengan demikian, menurut MK, Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM sepanjang mengenai kata "dugaan" bertentangan dengan konstitusi dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Atas hal tersebut, DPR tidak bisa lagi bisa menduga-duga tentang ada atau tidaknya dugaan pelanggaran HAM berat, dalam hal merekomendasikan pembentukan pengadilan HAM ad hoc, DPR harus memperhatikan hasil penyelidikan yang dilakukan oleh Komnas HAM dan penyidikan oleh Kejaksaan Agung. Putusan MK bersifat final, yakni putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh.

7. Pentingnya Pemulihan Korban

Reparasi atau pemulihan merupakan istilah baru bagi pemenuhan hak-hak korban pelanggaran HAM yang berat. Kata ini masih sangat asing didengar oleh sebagian orang. Reparasi adalah upaya pemulihan kondisi korban pelanggaran Hak Asasi Manusia kembali ke kondisinya sebelum pelanggaran Hak Asasi Manusia tersebut terjadi pada dirinya.[76] Reparasi adalah mencakup keseluruhan hak-hak korban pelanggaran Hak Asasi Manusia. Hak-hak tersebut yaitu; kompensasi, restitusi dan rehabilitasi. Reparasi berasal dari kata *reparation* yang diterjemahkan menjadi pemulihan.[77] Hak-hak inilah yang sampai saat ini masih diabaikan oleh negara. Hak-hak korban pelanggaran Hak Asasi Manusia bukan hanya hak atas reparasi *right to reparation* saja,melainkan hak untuk tahu *right to now*, dan hak atas keadilan *right to justice*.

---

76 Usman Hamid dan Papang Hidayat, *Panduan Bantuan Hukum di Indonesia,* (Jakarta: YLBHI, 2006)hal304

77 Theo Van Boven . *Mereka yang Menjadi Korban*. (Jakarta: Elsam,2002)

Setiap pelanggaran terhadap Hak Asasi Manusia yang dilakukan terhadap warga negara yang menjadi korban, menimbulkan kewajiban negara untuk mengupayakan pemulihan (reparasi) efektif *effektive remedy* kepada para korbannya. Pemulihan ini bukan semata-mata mengandung nilai materilnya saja, pemenuhan terhadap hak-hak korban harus dilihat sebagai bagian dari usaha pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia secara keseluruhan. Untuk siapa saja yang menjadi korban atau ketegori seseorang adalah korban pelanggaran Hak Asasi Manusia, merujuk pada Deklarasi Prinsip-Prinsip Dasar Keadilan bagi Korban kejahatan dan penyalahgunaan Kekuasaan

(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power):

"Orang yang secara individual maupun kelompok telah menderita kerugian, termasuk cedera fisik maupun mental, penderitaan emosional, kerugian ekonomi atau perampasan yang nyata terhadap hak-hak dasarnya, baik karena tindakan langsung maupun karena kelalaian."[78]

Berdasarkan hal tersebut, negara harus menjamin bahwa seseorang atau siapa pun yang menjadi korban harus diberikan pemulihan yang cepat, tepat dan layak. Jangan biarkan para korban dan keluarganya terus dihantui dalam ketidakpastian dan penderitaan akibat kekerasan yang dilakukan oleh negara pada masa lampau.

8. Peran MK Dalam Melimpahkan Keadilan Korban

Berdasarkan uraian dan pemaparan singkat di atas, perihal hambatan politik dan hukum bagi penegakan HAM di Indonesia tengah memasuki babak krusial. Ruang korban untuk menyampaikan kebenaran semakin sempit karena perangkat hukum negara dari mulai Komnas HAM, Jaksa Agung dan DPR serta Presiden tidak bisa duduk bersama untuk menyelesaikan perdebatan hukum perihal penyidikan yang selama ini menjadi hambatan. Dukungan politik dari Presiden sebagai kepala pemerintahan tinggi negara dan DPR sangat dibutuhkan demi penegakan HAM.

78 Deklarasi Prinsip-Prinsip Dasar Keadilan bagi Korban kejahatan dan penyalahgunaan Kekuasaan

Dukungan politik yang dimaksud bukan dalam kerangka intervensi politik, melainkan adalah upaya Presiden dan DPR sebagai wakil dari rakyat. Dalam rangka penegakan HAM DPR memiliki kewenangan untuk memberikan usulan Pembentukan Pengadilan HAM ad hoc kepada Presiden. Sementara Presiden memiliki kewenangan dalam pembentukan Keputusan Presiden (Keppres) tentang Pengadilan HAM *ad hoc* untuk kasus pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di masa lampau (sebelum UU No 26/2000). Tanpa komitmen yang serius dan dukungan politik dari Presiden dan DPR, penegakan HAM mustahil terwujud.

Ketiadaan komitmen dari Pemerintah dan DPR adalah pertanda buruknya visi penegakan hukum di republik ini. MK harus memainkan perannya dalam melimpahkan keadilan bagi korban. Terlebih semua upaya hukum sudah mandek, bahkan berbagai upaya dan cara yang sudah dilakukan oleh korban semuanya sudah ditempuh. Hanya tinggal menunggu kesungguhan dan keseriusan dari Pemerintah dan seluruh perangkat penegak hukum untuk tunduk dan patuh pada aturan hukum dalam hal ini UU tentang Pengadilan HAM yang sudah memberikan kewenangan kepada Komnas HAM untuk melakukan penyelidikan, Jaksa Agung untuk melakukan penyidikan dan penuntutan, DPR memberikan usulan atau rekomendasi kepada Presiden untuk pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* baru kemudian Presiden mengeluarkan Keppres tentang Pembentukan Pengadilan HAM *Ad Hoc*.

Jika skema proses menuju akses keadilan dan kepastian hukum bagi korban tidak berjalan, maka MK-lah yang harus mengambil peran yang kontributif sebagai penjaga marwah negara hukum dan demokrasi![]

Daftar Pustaka

Buku:

Boven, Theo Van, *Mereka yang Menjadi Korban*, Jakarta: Elsam, 2002

Hamid, Usman dan Hidayat, Papang, *Panduan Bantuan Hukum di Indonesia,* Jakarta: YLBHI, 2006.

Laporan KontraS :2001

Laporan HAM tahun 2004

Internet:

http://nasional.kompas.com/read/2012/11/09/15511532/Kejagung.Kembalikan.Berkas.Kasus.1965.dan.Petrus.

http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt509d2d009bef4/kejagung-kembalikan-dua-penyelidikan-komnas-ham

Undang-Undang:

UU No 39/1999 tentang HAM

Lihat Pasal 18 UU No 26/2000 tentang Pengadilan HAM

Bab III
Mengawal Kelembagaan Mahkamah Konstitusi

Bab III
Mengawal Kelembagaan Mahkamah Konstitusi

1. Mengawal Integritas Hakim Mahkamah Konstitusi RI
   Oleh: Dri Utari Christina Rachmawati *363*

2. Pengawasan dan Pengawalan Hakim Konstitusi sebagai Upaya Optimalisasi Peran Mahkamah Konstitusi RI
   Oleh: Didik Sukriono *395*

3. Pengawasan atas Implementasi Putusan MK Demi Tercapainya Kepastian Hukum di Indonesia
   Oleh: Safrina Fauziyah R *421*

4. Mencari Sosok Hakim Konstitusi yang Ideal Berdasarkan Pancasila
   Oleh: Mompang L. Panggabean *437*

5. Menata Ulang Fungsi Kontrol Terhadap Kelembagaan MK
   Oleh: Ziffany Firdinal *457*

1

Mengawal Integritas Hakim Mahkamah Konstitusi RI

Oleh: Dri Utari Christina Rachmawati

Pendahuluan

Kewenangan *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) yang dicantumkan di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945) adalah merupakan pencapaian cita-cita M. Yamin pada saat proses pembahasan kewenangan Lembaga Yudisial di dalam UUD 1945 pada tanggal 11 Juli 1945. MKRI yang berdiri sejak diundangkannya Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstiusi telah menambah cara perlindungan terhadap Warga Negara Indonesia khususnya yang terkait dengan hak-hak konstitusionalnya. Diantara beberapa kewenangan dan satu kewajiban MKRI yang secara atribusi diberikan oleh Pasal 24C ayat (1) dan (2) UUD NRI 1945, pengujian undang-undang terhadap UUD NRI 1945 dan perselisihan tentang hasil pemilu merupakan "kasus primadona" di MKRI.

Kapasitas seorang Hakim MKRI secara ideal adalah seseorang dengan kualitas yang terbaik. Harapan terhadap sembilan Hakim yang terpilih agar mempunyai derajat yang lebih dibandingkan Hakim di Pengadilan lainnya bukanlah tanpa sebab, karena tugas mereka yang harus berperan sebagai *the guardian and the interpreter of the Constitution*. Saat ini kepemimpinan Hakim MK RI telah berganti tiga kali, selama itu dapat dirasakan perbedaan cara kepemimpinan dan bobot putusannya. Beberapa kejadian di masa lalu sempat membuat

MK dicurigai terlibat perbuatan yang melanggar hukum, bahkan juga sempat membuat posisi MK berada pada titik terendah sehingga tidak lagi mendapat kepercayaan dari masyarakat. Tidak ada asap jika tidak ada api, oleh sebab itu sudah seharusnya dipikirkan mekanisme pemilihan Hakim MK yang dapat menghasilkan Hakim yang "kembali" berkualitas. Selanjutnya penting diberlakukan pengawasan baik secara internal maupun eksternal, serta pengawasan secara preventif dan represif kepada Hakim yang terpilih.

1. Mekanisme *Checks And Balances* Antar Lembaga Negara Dalam Proses Pemilihan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

1.1. Konsep Negara Hukum

Pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945 menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Menyatakan diri sebagai Negara Hukum tentu saja harus disertai dengan konsekwensi pelaksanaan kehidupan bertatanegara harus sesuai dengan unsur-unsur negara hukum yang secara teoritis terbagi atas *Rule of Law* (*penganut Common Law*) dan *Recstsstaat* (*penganut Civil Law*), namun saat ini sudah sangat tipis perbedaan dalam implementasinya. Konsep Negara Hukum dapat dilacak pertama-tama pada Yunani Kuno *(ancient Greek)*, konsep ini berkaitan dengan pertanyaan dasar "*what would be the best form of governments": rule by man, which means the best men like a philosopher, or rule by law which was initially considered as the best option.* Dalam teori yang dikemukakan oleh Aristoteles ini, konsep negara hukum (*rule of law*) merupakan pemikiran yang dihadapkan (*contrast*) dengan konsep *rule of man*. Plato menyatakan bahwa *"that the government should be bound by the law because where the law is subject to some authority and has none its own, the collapse of the state is not far-off; but if law is the master of the government and the government is its slave, then situation full of promise and men enjoy all the blessings that the god shower on state"*.[1]

1 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, (London: Cambridge University Press, 2004), hlm. 9.

AV. Dicey adalah Sarjana dari abad 19 yang sangat mempengaruhi konsep negara hukum di Inggris dan juga negara *common law system* lainnya. Dalam bukunya yang berjudul *Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* Dicey tidak memberikan definisi Rule of Law tetapi mendeskripsikan unsurnya (karakternya), yaitu:

1. Asas Legalitas (dideskripsikan: "*no person is punishable except for a breach of law established in the ordinary manner before the ordinary courts of the land*");
2. Persamaan Hukum (dideskripsikan : *"that no man is above the law; that every person, whatever be his rank and condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals, or equality before the law and this excludes exemptions of officials or others from a duty to obey the law which governs citizens"*);
3. Supremasi Hukum (dideskripsikan : *"that general principles of the constitution are the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts"*).[2]

Konsep Negara Hukum Modern (*Rechtsstaat*) berkembang di Eropa bertumpu pada pemikiran dari John Locke, Immanuel Kant, Montesquieu dan JJ Rosseu yang menghasilkan pemikiran negara hukum liberal demokratis (*liberal democratische rechsstaat*). Ciri-ciri Rechsstaats yang dirangkum oleh Philipus M. Hadjon yaitu:

1. Adanya undang-undang dasar atau konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dan rakyat.[3] Pemerintahan berdasarkan asas legalitas dan supremasi konstitusi;
2. Adanya pembagian kekuasaan negara yang meliputi: kekuasaan pembuatan undang-undang yang ada pada parlemen, kekuasaan kehakiman yang bebas yang tidak

2 A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of The Law of the Constitution*, (London & Basingstoke : English Language Book Society and Macmillan, 1971), hlm. 188-203.

3 Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, (Surabaya: Bina Ilmu, 1987), hlm. 76.

hanya menangani sengketa antara individu rakyat tetapi juga antara penguasa dan rakyat, dan pemerintah yang mendasarkan tindakannya atas undang-undang.[4] Kekuasaan di dalam negara hukum harus didistribusikan (tidak boleh dipegang oleh satu orang atau satu lembaga secara absolut) dan selanjutnya harus ada *check and balance* antar kekuasaan;

3. Diakui dan dilindunginya hak-hak kebebasan rakyat.[5] Konstitusi dan undang-undang harus menjamin adanya perlindungan hukum bagi rakyat oleh penguasa.
4. Peradilan administrasi (menurut konsep FJ Stahl). Setiap tindakan pemerintahan yang melanggar kebebasan individu, melahirkan hak untuk menggugat di muka peradilan.[6]

Bahwa terdapat perbedaan unsur antara *Rule of Law* dan *Rechtsstaats* memang tidak bisa dipungkiri, tetapi kesamaan konsep diantara keduanya adalah bahwa tindakan pemerintah dan warga negara haruslah berdasarkan hukum sehingga hak dan kewajiban masing-masing pihak dapat dibatasi pelaksanaannya. Negara hukum menekankan bahwa setiap orang, tanpa memperdulikan derajat atau statusnya dalam masyarakat, harus tunduk pada hukum. Bagi warga negara, konsep negara hukum bersifat preskriptif sekaligus protektif. Preskriptif, karena ia menetapkan tindakan yang dipersyaratkan oleh hukum. Protektif, karena ia menentukan bahwa pemerintah harus bertindak sesuai dengan hukum.[7] Negara hukum pada dasarnya terutama bertujuan untuk melindungi warga negara dari tindakan pemerintah yang sewenang-wenang berdasarkan hukum yang berlaku di negara tersebut.

1.2 Pembagian Kekuasaan dan *Checks and Balances*

Salah satu unsur *Rechsstaat* adalah adanya pembagian kekuasaan negara yaitu antara lembaga legislatif, lembaga

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Ibid,* hlm. 77.

7 I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review, dan Welfare State*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, 2008), hlm. 107.

eksekutif, dan lembaga yudisial. Ide pembatasan kekuasaan negara adalah hasil dari pengalaman sejarah, contohnya di negara Inggris, Raja adalah sebagai *law-giver, the executor of the law, and the judge*, artinya tiga fungsi pemerintahan dilakukan oleh Raja seorang diri. Miriam Budiarjo berpendapat bahwa secara visual kekuasaan terbagi atas kekuasaan vertikal dan kekuasaan horizontal. Pembahasan artikel ini hanya terkait dengan kekuasaan secara horizontal yaitu pembagian kekuasaan menurut fungsinya secara horizontal. Pembagian ini menunjukkan pembedaan antara fungsi-fungsi pemerintahan yang bersifat legislatif, eksekutif, dan yudikatif yang lebih dikenal sebagai Trias Politika atau pembagian kekuasaan (*division of power*).[8]

Trias Politika adalah prinsip normatif bahwa kekuasaan-kekuasaan (*functions*) ini sebaiknya tidak diserahkan kepada orang yang sama untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan oleh pihak yang berkuasa. Dengan demikian diharapkan hak-hak asasi warga negara lebih terjamin.[9] Doktrin Trias Politika ini pertama kali dibahas oleh John Locke dalam buku *Two Treatises on Civil Government* tahun 1690 sebagai kritik atas kekuasaan absolut dari raja-raja Stuart serta untuk membenarkan revolusi gemilang tahun 1688 (*The Glorious Revolution*) yang telah dimenangkan oleh Parlemen Inggris. Selanjutnya, Montesquieu mengembangkan pemikiran John Locke dalam buku *L'Esprit des Lois* tahun 1748. Perbedaan antara keduanya adalah terkait dengan kekuasaan dalam negara, John Locke membaginya atas kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, dan kekuasaan federatif, yang masing-masing terpisah satu sama lain. Kekuasaan legislatif adalah kekuasaan untuk membuat peraturan dan undang-undang. Kekuasaan eksekutif dalam perspektif John Locke adalah kekuasaan melaksanakan undang-undang dan termasuk kekuasaan mengadili, sedangkan kekuasaan federatif termasuk dalam mengadakan hubungan luar negeri. Perspektif Montesquieu tampaknya lebih banyak diikuti saat ini, sebab Montesquieu membagi kekuasaan atas legislatif, eksekutif, dan

8 Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2010), hlm. 267.

9 *Ibid*, hlm. 282.

judisial. Ketiga kekuasaan tersebut harus terpisah satu sama lain, baik mengenai tugas (fungsi) maupun mengenai alat perlengkapan (organ) yang menyelenggarakannya. Perspektif Montesquieu mengeluarkan fungsi yudisial dari kekuasaan eksekutif, sebaliknya memasukkan kekuasaan federatif menjadi bagian dari kekuasaan eksekutif.[10]

Doktrin Trias Politika, sangat mempengaruhi berbagai negara dalam melaksanakan kekuasaannya, terutama dalam mengatur hubungan antar lembaga negaranya, antara lain Amerika (yang paling banyak mempertahankan doktrin tersebut) dan Inggris (menyelenggarakan dengan cara yang terbatas). Pada masa modern saat ini (abad 20), doktrin Trias Politika dengan perspektif *Separation of Power* sudah tidak dapat dilakukan, karena fungsi negara bergeser menjadi negara kesejahteraan (*Welfare State*), dimana menuntut pemerintah bertanggungjawab atas kesejahteraan seluruh rakyat, dan karenanya harus menyelenggarakan perencanaan perkembangan ekonomi dan sosial secara menyeluruh, sehingga fungsi negara sudah jauh melebihi tiga fungsi yang dkemukakan oleh Montesqieu.[11]

Perkembangan selanjutnya, doktrin *Separation of Power* ditafsirkan sebagai *Division of Power* atau *Distribution of Power*, artinya kekuasaan yang ada hanya dibagi atau didistribusikan, tidak lagi benar-benar dipisahkan. Menurut Carl J. Friedrich hal tersebut artinya, hanya fungsi pokoklah yang dibedakan menurut sifatnya serta diserahkan kepada badan yang berbeda (*distinct hand*), tetapi untuk selebihnya kerja sama di antara fungsi-fungsi tersebut tetap diperlukan untuk kelancaran organisasi.[12] Jimly Asshiddiqie juga berpendapat bahwa ketiga istilah tersebut yaitu *Separation of Power, Distribution of Power atau Division of Power* mempunyai makna yang tidak jauh berbeda. Mengutip pendapat O. Hood Phillips dan kawan-kawan yang mengatakan, *the question whether the separation*

10 *Ibid*, hlm. 282-283.

11 *Ibid*, hlm. 286.

12 *Ibid.*

of power (*i.e. the ditribution of power of the various powers of government among different organs*), sehingga keduanya dapat saja dipertukarkan tempatnya.[13]

Perkembangan selanjutnya adalah muncul istilah *Checks and Balances*, menurut pendapat Peter L. Strauss, istilah tersebut dapat dipersamakan dengan istilah *Distribution of Power*. Dalam tulisannya "*The Place of Agencies in Government: Separation of Power and Fourth Branch*, Strauss menjelaskan:

Unlike the separation of powers, the checks and balances idea does not suppose a radical division of government into three parts, with particular functions neatly parceled out among them. Rather, focus in on relationship and interconnections, on maintaining the conditions in which the intended struggle at the apex may continue.[14]

Berdasarkan pendapat Peter L. Strauss di atas, *Checks and Balances* dalam upaya menciptakan relasi konstitusional untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan di antara cabang-cabang kekuasaan negara untuk membangun keseimbangan hubungan dalam praktik penyelenggaraan negara. Jika dalam teori pemisahan kekuasaan dan pembagian kekuasaan lebih menggambarkan kejelasan posisi setiap cabang kekuasaan negara dalam menjalankan fungsi-fungsi konstitusionalnya, *checks and balances* lebih menekankan kepada upaya untuk membangun mekanisme perimbangan untuk saling kontrol antar cabang kekuasaan negara. Bagaimanapun, mekanisme *checks and balances* hanya dapat dilaksanakan sepanjang punya pijakan konstitusional guna mencegah kemungkinan terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh cabang-cabang kekuasaan negara.[15]

---

13 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Hukum Tata Negara, Jilid II*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan RI, 2006), hlm. 19.

14 Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi – Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2010), hlm. 78.

15 *Ibid.*

Menurut Meriam Budiardjo, sistem *checks and balances* ini, yang mengakibatkan satu cabang kekuasaan dalam batas-batas tertentu dapat turut campur dalam tindakan cabang kekuasaan lain, tidak dimaksud untuk memperbesar efisiensi kerja (seperti yang dilihat di Inggris dalam fungsi dari kekuasaan eksekutif dan legislatif), tetapi untuk membatasi kekuasaan dari setiap cabang kekuasaan secara lebih efektif.[16] Bambang Cipto menguraikan, untuk mengefektifkan prinsip *separation of power*, diperlukan sistem *checks and balances* antar ketiga pusat kekuasaan sedemikian rupa, sehingga selalu terjadi keseimbangan di antara ketiganya. Keseimbangan dan pembatasan diharapkan akan memperkecil peluang munculnya kekuasaan otoriter yang sering sulit dikontrol. Lebih lanjut, dapat dikatakan sekalipun ketiga pusat kekuasaan (legislatif, eksekutif, yudikatif) secara konstitusional terpisah, namun dalam praktiknya pemisahan dalam arti mutlak mustahil terjadi. Oleh karena itu, prinsip pemisahan kekuasaan juga dipahami dalam konteks berbagi kekuasaan (*sharing power*).[17]

Pendapat Peter L. Strauss adalah yang paling berbeda yaitu dengan harus terpenuhinya unsur konstitusional atas pelaksanaan mekanisme *checks and balances*. Artinya, meskipun bertujuan baik yaitu untuk menyeimbangkan kedudukan antara tiga kekuasaan yang ada, tetapi bila tidak disertai dasar hukum dalam konstitusinya maka akan timbul permasalahan baru. Hendaknya masing-masing kekuasaan beserta dengan "usaha campur tangannya" kepada kekuasaan lain mempunyai dasar yang konstitusional, sehingga tidak ada lagi supremasi satu kekuasaan diantara kekuasaan yang lain. Sumber kewenangan atribusi dari kontitusi kepada tiap-tiap kekuasaan untuk saling menge-*checks* dan mem-*balances* akan memberikan legalitas yang lebih sebab konstitusi adalah merupakan dokumen hasil rumusan yang bersifat *Politico Legal Document* (menurut definisi Henc van Maarseveen and Ger van Der Tang).

16 Miriam Budiardjo, *Op.cit.*, hlm. 284.

17 Gunawan A. Tauda, *Komisi Negara Independen – Eksistensi Independent Agencies sebagai Cabang Kekuasaan Baru dalam Sistem Ketatanegaraan*, (Yogyakarta: Genta Press, 2012), hlm. 44.

Teori *checks and balances* dapat dioperasionalkan melalui beberapa cara sebagai berikut:

1. Pemberian kewenangan terhadap suatu tindakan kepada lebih dari satu cabang pemerintahan. Misalnya kewenangan membuat satu undang-undang yang diberikan kepada pemerintah dan parlemen sekaligus.
2. Pemberian kewenangan pengangkatan pejabat tertentu kepada lebih dari satu cabang pemerintahan. Banyak pejabat tinggi negara di mana dalam proses pengangkatannya melibatkan lebih dari satu cabang pemerintahan, misalnya melibatkan pihak eksekutif maupun legislatif.
3. Upaya hukum impeachment dari cabang pemerintahan satu terhadap cabang pemerintahan lainnya.
4. Pengawasan langsung dari satu cabang pemerintahan yang satu terhadap yang lain. Seperti pengawasan terhadap cabang eksekutif oleh cabang legislatif dalam hal penggunaan budget negara.
5. Pemberian wewenang kepada pengadilan sebagai pemutus kata akhir (the last word) jika ada pertikaian antara badan eksekutif dan legislatif.[18]

Selanjutnya akan dijelaskan dalam bentuk tabel, beberapa contoh bentuk penerapan *checks and balances* yang diterapkan oleh negara Amerika Serikat (USA), sebagaimana dirangkum oleh Munir Fuady:

18 Munir Fuadi, *Teori Negara Hukum Modern* (*Rechtstaat*), (Bandung: PT. Refika Aditama, 2009), hlm. 125-126.

Tabel 1
Sistem *Checks And Balances* Menurut Hukum Amerika Serikat[19]

Pengontrol	Yang Dikontrol	Sarana Pengontrol
Eksekutif	Legislatif	• Presiden mengajukan rancangan UU ke Parlemen • Menveto UU yang dibuat Parlemen
Eksekutif	Yudikatif	• Presiden mengangkat Hakim-Hakim Federal • Presiden memberikan maaf terhadap warga negaranya dari hukuman pidana
Legislatif	Eksekutif	• Parlemen meng-*impeach*/ memeriksa anggota dari cabang Eksekutif • Parlemen dapat membatalkan veto dari Presiden
Legislatif	Yudikatif	• Parlemen dapat meng-*impeach*/ memeriksa anggota dari cabang Yudikatif • Parlemen dapat memutuskan berapa banyak Hakim Agung di Mahkamah Agung
Yudikatif	Eksekutif	• Pengadilan dapat menyatakan tidakan eksekutif melanggar konstitusi
Yudikatif	Legislatif	• Pengadilan dapat menyatakan UU produk Parlemen melanggar Konstitusi

Sumber : (*United States of information Service, Embassy of USA*: 12)
Catatan : Penulis hanya memilih beberapa contoh sarana pengontrol

19 *Ibid*, hlm. 125-126.

Dalam kepustakaan Eropa yang banyak membahas pelaksanaan mekanisme *Separation of Power* di United Kingdom (negara Inggris), setidaknya menjelaskan bahwa "*Essentially, components separation of powers are: i) a functional separation of powers; ii) institutional separation of powers; (iii) personal separation of powers.*[20] Pelaksanaan separation of powers di Inggris seringkali diingkari, contohnya adalah *"first, common law system means that the judges are also lawmakers and their function is not confined to interpreting laws made by others. Second, by convention, ministers who lead the executive must also be members of Parliament."*[21]

John Alder memberikan penjelasan atas componen *separation of powers* dan sekaligus menambahkan mekanisme *checks and balances* beserta praktiknya di negara Inggris. John Alder menyatakan bahwa:

> *Functional separation meaning that it is possible to define legislative, judicial and executive functions as conceptually separate; institutional separation meaning that each of the three institutions should exercise its functions independently and should be protected against interference from the others; separation of personnel meaning that no one should be a member of more than one branch so as to avoid conflicts of interest and the accumulation of power; lastly, checks and balances meaning that each branch should have powers to police the others. This rise a potential conflict with institutional separation.*[22]

Contoh pelaksanaan mekanisme *checks and balances* di negara Inggris yang terkait dengan lembaga judisial adalah: i) *the executive makes judicial appointments on the basis that a democratic element is desirable in order to prevent the existence of a self-perpetuating clique*; ii) *the executive and Parliament play a part in appointing and dismissing judges by means of mechanisms which themselves contain checks and balances.*[23] Sebagai perbandingan, selanjutnya akan diterangkan

---

20 A.w Heringa & Ph. Kiiver, *Constitutional Compared – An Introduction to Comparative Constitutional Law*, (Portland: Intersentia Antwerp – Oxford, 2009), hlm. 21.

21 John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, (Houndmills, Basingstoke, Hampshire, New York: Palgrave Macmillan, 2005), hlm. 152.

22 *Ibid*, hlm. 153.

23 *Ibid*, hlm. 160-161.

juga dalam bentuk tabel bentuk penerapan *checks and balances* yang dilakukan oleh negara Indonesia, sebagai berikut:

Tabel 2
Sistem *Checks and Balances* Menurut Hukum Indonesia

Pengontrol	Yang Dikontrol	Sarana Pengontrol beserta dasar hukumnya dalam UUD NRI 1945
Eksekutif	Legislatif	• Presiden dapat mengajukan RUU kepada DPR (Ps. 5 ayat (1)) • Presiden dapat membahas RUU dengan Presiden (Ps. 20 ayat (2)) • Presiden mengesahkan RUU yang telah disetujui bersama DPR (Ps. 20 ayat (4)) • Presiden dapat membuat Perpu dalam keadaan memaksa (Ps. 22 ayat (1))
Eksekutif	Yudisial	• Presiden mengajukan colon dan menetapkan calon Hakim MK RI (Ps. 24C ayat (3)) • Presiden memberi grasi dan rehabilitasi dengan pertimbangan MA(Ps. 14 ayat (1)) • Presiden memberi amnesti dan abolisi dengan pertimbangan DPR (Ps. 14 ayat (2))
Legislatif	Eksekutif	MPR melalui amandemen UUD: • Membatasi masa jabatan Presiden dalam waktu 5 tahun dan hanya dapat dipilih kembali untuk 1 kali masa jabatan (Ps. 7) • Mengamanatkan bahwa semua anggota MPR harus dipilih melalui pemilu (Ps. 2 ayat (1))

Pengontrol	Yang Dikontrol	Sarana Pengontrol beserta dasar hukumnya dalam UUD NRI 1945
		• DPR dapat mengajukan usul RUU dan membahas bersama dengan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama (Ps. 20 ayat (1) dan ayat (2))
Legislatif	Yudisial	• DPR menyetujui calon Hakim Agung yang diajukan oleh Komisi Yudisial (Ps. 24A ayat (3)) • DPR mengajukan calon Hakim MK RI (Ps. 24C ayat (3))
Yudisial	Legislatif	• MK dapat melakukan judicial review terhadap UU (Ps. 24C ayat (1)) • MA dapat melakukan judicial review terhadap peraturan di bawah UU (Ps. 24A ayat (1))
Yudisial	Eksekutif	MK memberi putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran Presiden/Wapres menurut UUD (Ps. 24C ayat (2))

Dari tabel tersebut di atas, nampak bahwa peran Presiden dan DPR yang mengajukan calon Hakim MKRI adalah salah satu bentuk pelaksanaan mekanisme *checks and balances* di Indonesia. Di negara Amerika Serikat, hal tersebut juga terjadi, Presiden Amerika Serikat juga mempunyai kewenangan untuk mengangkat hakim-hakim federal (demikian juga dengan negara Inggris). Pasal 24C ayat (3) UUD NRI 1945 adalah sesuai dengan cara operasional teori *checks and balances* nomor 2 (dua), yaitu memberikan kewenangan pengangkatan pejabat tertentu kepada lebih dari satu cabang pemerintahan, sehingga tidak ada yang salah dengan keterlibatan Presiden dan DPR dalam memilih Hakim MKRI.

2. Perbandingan Mekanisme Pemilihan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Federal Jerman

Mahkamah Konstitusi (MK) adalah Lembaga Negara yang melakukan fungsi kekuasaan kehakiman, dan dapat dikatakan merupakan lembaga pelaksana mekanisme *checks and balances* atas kekuasaan legislatif. Ide awal yang mulai dilaksanakan setelah berlalunya Perang Dunia ke I, beberapa negara Eropa berkeinginan untuk membuat legislatif seturut dan bahkan taat dengan pasal-pasal yang ada di dalam konstitus melalui mekanisme pengadilan. Hal tersebut adalah imbas dari perdebatan konsep antara kaum "Supremasi Parlemen" dengan kaum "Supremasi Konstitusi" yang dimulai sejak sbebelum abad 19. Pemikiran tersebut ditindak lanjuti dengan melaksanakan *judicial review* atau *constitutional review*.

Secara garis besar model pengujian undang-undang terhadap konstitusi terbagi atas model terdesentralisasi (model Amerika Serikat) dan model tersentralisasi atau model Eropa (*European Model of Constitutional Review*). Model Eropa setidaknya terbagi atas tiga variasi besar, yaitu:[24] a) Model Austria atau Model Kontinental; b) Model Jerman; c) Model Perancis. Negara Indonesia dalam UUD NRI 1945, menyatakan membentuk MKRI dengan mengikuti model Jerman, yang menerapkan sistem terpusat dimana MK dibentuk dengan wewenang eksklusif menyatakan undang-undang dan tindakan atau aktivitas bertentangan dengan konstitusi, namun semua pengadilan (lain) dapat mengesampingkan undang-undang yang dianggap bertentangan dengan konstitusi.[25]

2.1. Perbandingan Antara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Mahkamah Konstitusi Republik Federal Jerman

Penulis selanjutnya akan membandingkan mekanisme pemilihan Hakim MK antara negara Indonesia dengan negara Jerman, dari perspektif kedudukan, komposisi, syarat pengisian dan masa jabatan. Supaya mempermudah sistem perbandingan, maka penulis akan memaparkannya dalam bentuk tabel

24 I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit*., hlm. 85.

25 *Ibid.*

perbandingan, sehingga langsung diketahui baik persamaan atau perbedaan di antara keduanya. Berikut ini tabel perbandingan Hakim MK antara negara Indonesia dan negara Jerman:

Tabel 3
Perbandingan antara MK negara Jerman dan MK negara Indonesia

Indikator	Mahkamah Konstitusi Jerman	Mahkamah Konstitusi Indonesia
Kedudukan	• Ps. 97 Grundgesetz (GG) Kekuasaan kehakiman atau peradilan dilaksanakan oleh hakim-hakim yang independen dan hanya tunduk pada hukum • Ps. 93GG Kekuasaan peradilan dilaksanakan oleh Mahkamah Konstitusi Federal (Bundesverfassungsgericht), Pengadilan-Pengadilan Federal, dan Pengadilan-Pengadilan Negara-Negara Bagian • Ps. 1 ayat (1) Federal Constitutional Court Act (BVerfGG) Mahkamah Konstitusi Jerman (MK Jerman) adalah Mahkamah Federal yang merdeka dari organ-organ konstitusi lainnya. MK Jerman adalah pengadilan tertinggi dalam lembaga peradilan Jerman,	• Ps. 24 ayat (1) UUD NRI 1945 Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan • Ps. 24 ayat (2) UUD NRI 1945 Mahkamah Konstitusi (MK RI) adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang kedudukannya sederajat dengan Mahkamah Agung (MA) • Putusan MK No. 5/ PUU-IV/2006 MK RI kedudukannya sejajar dengan Lembaga Negara Utama lainnya yaitu MPR, DPR, DPD, Presiden & Wakil Presiden, MA, BPK.

Indikator	Mahkamah Konstitusi Jerman	Mahkamah Konstitusi Indonesia
	dan memiliki kedudukan sederajat dengan Presiden Federal (*Bunderpräsident*), Parlemen Federal (*Bundestag*), Dewan Federal Negara-Negara Bagian (*Bundesrat*), Pemerintah Federal (*Bundesregierung*)	
Komposisi	• Ps. 2 ayat (1) dan (2) BVerfGG MK Jerman memiliki 16 orang hakim dan dibagi ke dalam 2 panel (Senates) yang terpisah, masing-masing terdiri atas 8 orang • Ps. 2 ayat (3) BVerfGG 3 orang hakim dari masing-masing panel tersebut dipilih dari kalangan Hakim dari Mahkamah Agung Federal, dan harus sudah 3 tahun menjadi Hakim di MA Federal yang bersangkutan • Ps. 5 ayat (1) BVerfGG Hakim pada masing-masing Senate, setengahnya dipilih oleh *Bunderstag* dan sisanya dipilih oleh *Bundesrat*	• Ps. 24C ayat (3) UUD NRI 1945 MK RI memiliki 9 orang hakim yang diajukan masing-masing 3 orang oleh MA, 3 orang oleh DPR dan 3 orang oleh Presiden • Ps. 18 ayat (1) UU No. 24 tahun 2003 (UU MK) Hakim MK diajukan masing-masing 3 orang oleh MA, DPR, dan Presiden • Pasal 1 angka 5 dan Ps. 18A ayat (1) Perpu 1/2013 Kepatutan calon Hakim MK yang diusulkan MA, DPR dan Presiden akan diuji kelayakan dan kepatutannya oleh Panel Ahli

Indikator	Mahkamah Konstitusi Jerman	Mahkamah Konstitusi Indonesia
Syarat Pengisian	Ps. 3 ayat (1), (2), (3), (4) BVerfGG • Berumur minimal 40 tahun (maksimal 56 tahun)	Ps. 24C ayat (5) UUD NRI 1945 • Memiliki integritas dan kepribadian tidak tercela
	• Memenuhi kualifikasi sesuai dengan UU Hakim • Tidak boleh merangkap menjadi *Bundestag*, *Bundesrat*, *Bundesregierung,* anggota lembaga dari Negara Bagian ataupun aktivitas profesional lainnya • Boleh mengajar sebagai dosen hukum di Universitas Jerman • 3 orang dari masing-masing panel dipilih dari kalangan hakim dari Mahkamah Agung (MA) Federal	• Adil • Negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan • Tidak merangkap sebagai pejabat negara Ps. 15 ayat (2) Perpu 1/2013 • Berpendidikan S3 Hukum • Berusia minimal 47 tahun • Tidak pernah dijatuhi dipidana • Tidak sedang pailit • Punya pengalaman kerja minimal 15 tahun • Tidak menjadi angota Parpol dalam jangka waktu 7 tahun sebelum diajukan sebagai hakim Ps. 17 UU MK • Dilarang merangkap menjadi:

Indikator	Mahkamah Konstitusi Jerman	Mahkamah Konstitusi Indonesia
Masa Jabatan	Ps. 4 ayat (1) BVerfGG • Masa jabatan 12 tahun dan tidak dapat dipilih kembali • Pensiun pada usia 68 tahun	• Pejabat negara • Anggota partai politik • Pengusaha • Advokat • Pegawai Negeri • Ps. 22 UU MK Masa jabatan 5 tahun dan dapat dipilih kembali hanya untuk satu kali masa jabatan berikutnya • Ps. 23 ayat (1) huruf c UU MK Pensiun pada usia 67 tahun

Pengangkatan Hakim MK di negara Jerman sedikit berbeda dengan negara Indonesia, karena di negara Jerman Hakim MK hanya dipilih dari Lembaga Legislatif dan Lembaga Judicial, tanpa melibatkan Lembaga Eksekutif (seperti yang telah dilakukan negara Indonesia). Jumlah Hakim yang sangat memadai untuk menyidangkan kasus-kasus terkait dengan hak-hak dasar dan sengketa politik juga patut menjadi pertimbangan bagi MKRI dalam upaya menyelesaikan perkara tetapi tetap memperhatikan kualitas putusan. Terakhir adalah jangka waktu jabatan yang meskipun hanya satu kali pemilihan tetapi cukup untuk memaksimalkan potensi dari masing-masing Hakim. Masa jabatan yang hanya dilakukan satu kali ini mengurangi potensi untuk melakukan hal-hal yang melanggar hukum.

3. Pengawasan Kinerja Hakim Mahkakamah Konstitusi Republik Indonesia

Eksistensi Komisi Yudisial (KY) pada era modern sebagai sebuah lembaga yang men-*support* lembaga judisial adalah sebuah keharusan.

Keberadaannya juga sudah mulai dipertimbangkan di negara-negara Uni Eropa, dan menjadi *tren* di negara yang bercirikan demokrasi modern. Sebenarnya, di negara Indonesia ide untuk membangun suatu komisi khusus untuk menjalankan fungsi tertentu yang berhubungan dengan kekuasaan kehakiman bukanlah hal baru. Ketika membahas rancangan undang-undang tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman pada tahun 1968, sempat diusulkan pembentukan sebuah lembaga yang bertugas memberi pertimbangan, mengambil keputusan terakhir mengenai saran dan/atau usul tentang pengangkatan, promosi, perpindahan, pemberhentian dan hukuman pada hakim yang diusulkan oleh Mahkamah Agung ataupun Menteri Kehakiman, lembaga tersebut dinamakan Majelis Pertimbangan Penelitian Hakim (MPPH). Kenyataannya lembaga tersebut tidak berhasil dirumuskan dalam Undang-Undang No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Keinginan membentuk lembaga tersebut kembali menguat pada era reformasi di tahun 1998, dimana Majelis Permusyawaratan Rakyat mengeluarkan Ketetapan MPRRI No. X/MPR/1998 tentang Pokok-Pokok Reformasi Pembangunan dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional sebagai Haluan Negara. Tap MPR tersebut secara tegas menyatakan perlunya pemisahan antara fungsi-fungsi yudikatif dan eksekutif.

3.1 Kedudukan Komisi Yudisial

Pasal-pasal di dalam UUD NRI 1945 tidak mengatur tentang lembaga dan mekanisme pengawasan terhadap Hakim MK secara eksplisit, tetapi sebaliknya eksistensi KY dinyatakan secara eksplisit di Pasal 24B UUD NRI 1945. Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945 memberikan dua kewenangan secara atribusi kepada KY, kewenangan pertama yaitu mengusulkan pengangkatan Hakim Agung; kewenangan kedua, menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Kewenangan pertama menyatakan bahwa KY adalah sebuah lembaga negara yang mempunyai wewenang melayani, dengan demikian KY dapat dinamakan lembaga negara yang memberi pelayanan (*auxiliary body*). Tetapi, apabila kita perhatikan wewenang yang kedua, maka KY bukanlah *auxiliary Body*, artinya KY adalah lembaga negara utama. Dengan demikian, menurut Sri Sumantri dalam diri KY

terdapat dua sifat lembaga negara.[26]

Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa dengan adanya Komisi Yudisial sebagai salah satu lembaga negara yang bersifat penunjang (*auxiliary organ*) terhadap lembaga kehakiman. Kedudukan Komisi Yudisial dapat dikatakan sangat penting. Secara struktural kedudukannya diposisikan sederajat dengan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Namun perlu diingat, meskipun secara struktural kedudukannya sederajat dengan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, tetapi secara fungsional, peranannya bersifat penunjang (*auxiliary*) terhadap lembaga kehakiman. Komisi Yudisial, meskipun fungsinya terkait dengan kekuasaan kehakiman, tetapi tidak menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman. Komisi Yudisial bukanlah lembaga penegak norma hukum (*code of law*), melainkan lembaga penegak norma etik (*code of ethics*).[27]

Keberadaan KY sebenarnya berasal dari lingkungan internal hakim sendiri, yaitu dari konsepsi mengenai majelis kehormatan hakim yang terdapat di dalam dunia profesi kehakiman dan di lingkungan Mahkamah Agung. Artinya, sebelumnya, fungsi *ethical auditor* ini bersifat internal. Namun untuk lebih menjamin efektifitas kerjanya dalam rangka mengawasi perilaku hakim, maka fungsinya ditarik keluar menjadi *external auditor* yang kedudukannya dibuat sederajat dengan para hakim yang berada di lembaga yang sederajat dengan pengawasannya.[28]

3.2. Akibat Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006

Kewenangan KY yang pada awalnya disambut sangat optimis oleh kalangan kehakiman, pada akhirnya menimbulkan polemik terutama di kalangan Hakim Agung (Mahkamah Agung). Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006 adalah hasil pengajuan judicial review 31 Hakim Agung MA atas Undang-

26 Titik Triwulan Tutik, *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945*, (Jakarta: Prenada Media, 2010), hlm. 226.

27 Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, 2006), hlm. 187-188.

28 *Ibid*, hlm. 188.

Undang Nomor 22 tahun 2004 tetang Komisi Yudisial (UU KY) dan Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU KK). Berdasarkan putusan MK tersebut, maka yang bisa menjadi obyek pengawasan oleh KY adalah hanya Hakim Agung dalam lingkup MA dan juga badan peradilan di bawahnya, artinya Hakim MK dikeluarkan dari obyek pengawasan KY. Hakim Agung masuk kategori Hakim, hanya saja, Hakim Agung berada pada hierarki hakim yang paling tinggi dalam pengadilan.

Hasil putusan tersebut di atas sepertinya bertolak belakang dengan cetak biru membangun MK sebagai institusi peradilan konstitusi yang modern dan terpercaya. Cetak Biru yang dibuat pada tahun 2004 itu menyatakan bahwa pengawasan juga diperlukan untuk menjaga integritas dan mempertahankan performa kelembagaan yag lebih baik. Mekanisme pengawasan harus dilakukan secara terpadu, yaitu dengan pendekatan kelembagaan (*institutional approach*) dan pendekatan sistem (*system approach*). Mekanisme pengawasan pertama dilakukan oleh internal kelembagaan, sedangkan yang kedua meletakkan unsur eksternal dan masyarakat sebagai bagian dalam sistem pengawasan. Selain bermanfaat untuk mendeteksi kekurangan dan kelemahan yang ada dalam organisasi MK sehingga langkah-langkah perbaikan dan peningkatan dapat dilakukan. Adanya sistem pengawasan pada akhirnya akan dapat menciptakan organisasi MK yang sesuai dengan prinsip *clean government* dan *good governance.*[29]

Masih dalam buku cetak biru, dalam rangka menyelenggarakan organisasi yang akuntabel dan transparan, MK memiliki peran strategis dalam sistem ketatanegaraan, yang tercermin pada kewenangan yang dimilikinya. Untuk mengimbangi dan menjaga agar MK tetap menjalankan fungsinya secara bertanggung jawab, perlu ada mekanisme pengawasan terpadu terhadap MK. Menjadi penting bagi MK, untuk memberikan pengawasan terhadap integritas dan perilaku hakim kepada pihak eksternal yang memiliki kewenangan untuk itu. Komisi Yudisial,

29 Mahkamah Konstitusi RI, *Cetak Biru Membangun Mahkamah Konstitusi Sebagai Institusi Peradilan Konstitusi yang Modern dan Terpercaya*, (Jakarta: MKRI, 2004), hlm. 89-91.

secara yuridis memiliki kewenangan untuk mengawasi hakim, baik di lingkungan peradilan umum maupun MK.[30] Dasar hukum perlunya pengawasan terhadap Hakim MK dari pihak eksternal yang dalam hal ini adalah KY adalah Pasal 1 huruf 5 UU KY, yang dikemudian hari dianulir sendiri oleh putusan MK No. 005/PUU-IV/2006.

Pengertian Hakim juga dapat dilacak dari berbagai Risalah Rapat PAH I MPR ketika membahas tentang Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945. Jimly Asshiddiqie juga berpendapat terhadap dua kewenangan KY, dimana tugas pertama terkait dengan pengusulan pengangkatan Hakim Agung adalah hanya terkait dengan "Hakim Agung". Tugas kedua untuk mejaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim adalah terkait dengan "Hakim" saja, maka secara harafiah jelas sekali artinya, yaitu KY bertugas menjaga (preventif) dan menegakkan (korektif dan represif) kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku semua hakim di Indonesia. Dengan demikian, hakim yang harus dijaga dan ditegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilakunya mencakup hakim agung, hakim pengadilan umum, hakim pengadilan agama, hakim pengadilan tata usaha negara, dan pengadilan militer serta termasuk hakim konstitusi.[31]

Dari uraian di atas, nampak ketidak konsistenan Jimly Asshiddiqie atas kewenangan KY. Buku cetak biru tentang awal berdirinya MK dan pendapat beliau tentang kewenangan KY di buku Konstitusi dan Konstitusionalisme di Indonesia pada tahun yang sama yaitu tahun 2004 menyatakan perlunya Lembaga KY untuk mengadakan pengawasan secara eksternal kepada perilaku Hakim termasuk di dalamnya Hakim MK. Pendapat tersebut sangat bertolak belakang dengan Putusan MK No. 005/PUU-IV/2006 yang secara serta merta mengeluarkan Hakim MK dari obyek pengawasan KY.

30 *Ibid*, hlm. 121.

31 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: MK RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, 2004), hlm. 200.

3.3 Mekanisme Pengawasan: Internal dan Eksternal

Peran Hakim dalam sebuah proses pencarian keadilan adalah sangat dibutuhkan dalam rangka menegakkan kebenaran dan keadilan. Masyarakat menyoroti bahwa perilaku hakim baik dalam menjalankan tugas judisialnya ataupun perilaku kesehariannya masih jauh dari sempurna dan sering keluar dari aturan normatif yang seharusnya. Ada dua aspek terkait dengan permasalahan lembaga peradilan yaitu, pertama lembaga peradilan telah menjadi lembaga yang diyakini sangat korup (*judicial corruption*) dan penuh dengan praktik-praktik yang sangat mencederai nilai-nilai keadilan serta perdagangan perkara (mafia peradilan).[32] Permasalahan kedua, pengawasan kepada para Hakim termasuk Hakim Agung yang dilakukan oleh Mahkamah Agung (MA) telah memunculkan berbagai permasalahan pada diri hakim, termasuk Hakim Agung. Permaslahan ini berkenaan dengan integritas dan kepribadian para hakim pada umumnya.[33]

Menurut Mas Achmad Santosa, lemahnya pengawasan internal tersebut disebabkan oleh beberapa faktor, antara lain: kualitas dan integritas pengawas yang tidak memadai; proses pemeriksaan disiplin yang tidak transparan; belum adanya kemudahan bagi masyarakat yang dirugikan untuk menyampaikan pengaduan, memantau proses serta hasilnya (ketiadaan akses);[34] semangat membela sesama korps (*esprit de corps*) yang mengakibatkan penjatuhan hukuman tidak seimbang dengan perbuatan; tidak terdapat kehendak yang kuat dari pimpinan lembaga penegak hukum untuk menindak lanjuti hasil pengawasan internal terhadap hakim, sehingga membuka peluang bagi hakim yang terbukti melakukan pelanggaran hukum dan kode etik untuk

---

32 Ahsin Thohari, "Desain Konstitusional Komisi Yudiasial dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. VII No. 1 Maret 2010, hlm. 68-80.

33 Mahkamah Agung RI, *Cetak Biru Pembaharuan Mahkamah Agung RI*, (Jakarta: Kerjasama MA RI dengan LeIP, The Asia Foundation, USAID & Kemitraan, 2003), hlm. 93.

34 Mas Achmad Santosa, "Perspektif Fungsi Pengawasan Komisi Yudisial Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 005/PUU-IV/2006", *Jurnal Hukum Universitas Bung Hatta*, Vol. 1 No. 2 Desember 2007, hlm. 22-34.

mendapat 'pengampunan' dari pimpinan badan peradilan yang bersangkutan (tidak dikenakan sanksi sebagaimana mestinya).[35]

Kegagalan sistem pengawasan internal hingga saat ini belum dapat diatasi oleh lingkungan lembaga peradilan, walaupun pada waktu yang bersamaan juga dilaksanakan konsep peradilan satu atap (*one roof system*) khususnya pada lingkungan Mahkamah Agung (MA). Kondisi demikian justru menimbulkan kekhawatiran terjadinya monopoli kekuasaan,[36] sehingga mendorong lahirnya gagasan ke arah pembentukan lembaga independen yang berada di luar MA, yang dapat megimbangi agar tidak terjadi monopoli kekuasaan pada lembaga tersebut. Dalam rangka merealisasi gagasan tersebut dibentuklah Komisi Yudisial yang diharapkan menjadi *external auditor*, yang dapat mengimbangi pelaksanaan kekuasaan kehakiman.[37]

Pembahasan di atas, menyatakan bahwa adalah mustahil untuk dapat menggantungkan mekanisme pengawasan yang benar-benar independen dan efisien bila mekanisme pengawasan hanya dilakukan secara internal organisasi judisial, sehingga pemberlakuan pengawasan secara eksternal adalah sebuah keharusan yang sudah tidak dapat ditunda dan dihindari di masa yang akan datang. Menilik pada hasil penelitian yang dilakukan di beberapa negara Uni Eropa terhadap Komisi Yudisial, bahwa setiap negara pasti mempunyai perbedaan karakter, susunan dan wewenang atas Komisi Yudisialnya masing-masing. Hal yang patut dicermati adalah bahwa semua Komisi Yudisial tersebut bertujuan untuk memajukan independensi lembaga peradilan,[38] pihak-pihak

35 Ahmad Ashar, "Kewenangan Komisi Yudisial dalam Pengangkatan Hakim Agung Berdasarkan pada UU Nomor 22 tahun 2004 tentang Komisi Judisial", *Jurnal DA HA*, Vol. I No. 42 Januari 2009, hlm. 1-13.

36 Dian Rosita, "Mengkaji Ulang Konsep Rule of Law dalam Pembaharuan Peradilan di Indonesia", *Jurnal Konstitusi Mahkamah Konstitusi RI*, Vol. I No. 1 November 2008, hlm. 6-20.

37 Astriyani, "Mewujudkan Komisi Yudisial yang Ideal untuk Menjaga dan Menegakkan Kehormatan serta Keluhuran Martabat Hakim", *Jurnal Hukum Fakultas Hukum UI*, Vol. III No. 8 Mei 2004, hlm. 30-42.

38 Wim Voermans, *Komisi Yudisial Di Beberapa Negara Uni Eropa*, (Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP), 2002), hlm. 137.

yang diwawancarai dalam penelitian tersebut menyatakan bahwa Komisi Yudisial terbukti membantu pengawasan dan kemajuan sistem pelaksanaan peradilan.[39]

Dalam penelitian yang membagi Komisi Yudisial dalam dua bentuk yaitu model Eropa Selatan dan model Eropa Utara dapat diambil contoh tentang kewenangan yang bisa diberikan kepada Komisi Yudisial di Indonesia. Model Eropa Utara, yang dapat dilihat dari negara Belanda, Denmark, dan Irlandia telah atau akan mempercayakan Komisi Yudisial melakukan tugas-tugas administratif dan pendukung pengadilan (mulai dari pelatihan, akomodasi, otomatisasi, penyediaan informasi, membantu proses rekrutmen dan membantu panitia pengawas masalah pengangkatan), menjalankan wewenang dalam bidang anggaran, pendistribusian anggaran dan verifikasi (pengawasan) penggunaan anggaran.[40]

Keberhasilan Komisi Yudisial Swedia telah mempengaruhi eksistensi Komisi Yudisial penganut model Eropa Utara lainnya. Di Swedia, melalui penyerahan wewenang manajerial dan tanggung jawab penganggaran tertentu kepada suatu 'organisasi milik sendiri', maka tanggung jawab diri (*self-responsibility*) atas manajemen lembaga peradilan dapat diperluas dan lebih efisien. Di Swedia dinyatakan bahwa tanggung jawab diri organisasi peradilan ini secara keseluruhan telah meningkat, penyebabnya adalah adanya suatu organisasi yang bersifat profesional dan khusus, yang bertanggung jawab atas manajemen peradilan dan urusan anggaran serta bertindak sebagai perantara organisasi peradilan dengan pemerintah. Perantara ini juga merupakan suatu mitra dan pegawas. Kedua, kombinasi administrasi yang independen manajemen organisasi peradilan melalui KY-nya dan manajemen pengadilan yang terpadu. Pengadilan memiliki kebebasan yang luas untuk mengatur manajemen operasionalnya sendiri. Walaupun demikian, KY tetap dapat (mungkin) melakukan sebagian tanggung jawab administratif tersebut.[41]

39 *Ibid*, hlm. 136.

40 *Ibid*, hlm. 135.

41 *Ibid*, hlm. 135-136.

Model Eropa Selatan, pengawasan dilakukan melalui tanggung jawab peradilan atas kualitas individu hakim dan perkembangan karirnya. Di negara seperti Prancis dan Itali, melalui kewenangan dalam perekrutan, pelatihan, evaluasi, pengangkatan, kenaikan pangkat dan penempatan hakim, pengawasan terhadap kualitas pekerjaan hakim dapat dilakukan. Pengawasan ini dilaksanakan oleh para hakim sendiri. Melalui kewenagan dalam hal pemberian sanksi disiplin, sistem Eropa Selatan memungkinkan pemberian peringatan terhadap hakim. Pengawasan kualitas pelaksanaan peradilan biasanya digunakan pendekatan dalam bidang materiil. Melalui suatu organisasi sendiri, perhatian ditujukan pada kebutuhan organisasi peradilan. Dengan kemampuan untuk menangani kebutuhan materiil langsung dan memiliki sebuah pusat informasi sentral, KY model Eropa Selatan berusaha mencapai kualitas tertinggi dalam pemberian jasa peradilan. Peningkatan kualitas pelaksanaan peradilan diusahakan melalui peningkatan efisiensi.[42]

3.4 Peran Komisi Yudisial dalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

KY mulai dilibatkan (lagi) dalam lembaga MK melalui pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Perpu 1/2013). Setelah dianulir kewenangannya dalam mengawasi Hakim MK berdasarkan putusan MK No. 005/PUU-IV/2006, maka berdasarkan Perpu 1/2013, KY bersama dengan MK berwenang membentuk: a) Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (Pasal 1 angka 5); b) membentuk Panel Ahli (Pasal 18A ayat (1); c) menyusun dan menetapkan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi (Pasal 27A ayat (1).

Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (MKMK) adalah perangkat untuk menjaga kehormatan dan perilaku Hakim Konstitusi, sedangkan Panel Ahli berfungsi sebagai upaya untuk

42 *Ibid*, hlm. 136-137.

menguji kelayakan dan kepatutan calon Hakim Konstitusi yang diusulkan oleh MA, DPR, dan Presiden. Sebelum ditetapkan Presiden, maka calon Hakim MK yang diajukan oleh MA, DPR, dan Presiden harus melalui uji kelayakan dan kepatutan yang dilakukan oleh Panel Ahli. Kode etik dan dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi merupakan norma-norma yang harus dipatuhi setiap hakim MK dalam menjalankan tugasnya untuk menjaga kehormatan dan perilaku hakim MK.

Kewenagan KY dalam membentuk Panel Ahli nampaknya sangat diapresiasi oleh masyarakat sebab proses pemilihan Hakim oleh MA, DPR dan Presiden seringkali kurang atau bahkan tidak transparan. Sebagaimana pendapat Fajrul Falaakh (*Kompas*, 9 Oktober 2013) yang menyatakan sejak awal DPR melakukan perekrutan secara terbuka. Namun, MA tidak pernah transparan, Presiden mengumumkan pencalonan tanpa transparansi hasil seleksinya pada tahun 2008 dan tanpa transparansi lagi pada perekrutan tahun 2010 dan 2013, sedangkan keterbukaan perekrutan oleh DPR hanya untuk melegitimasi penjatahan hakim konstitusi bagi sejumlah anggota Komisi III (2003, 2008, 2009, dan 2013). Hasil akhirnya adalah dominasi "koalisi pendukung presiden" di tubuh MK. Perekrutan yudikatif mengalami politisasi dalam bentuk kooptasi yudikatif oleh koalisi dan distribuasi kepentingan sesuai konfigurasi politik di Komisi III DPR.[43]

Melalui Perpu 1/2013, Presiden ingin menyempurnakan mekanisme seleksi dan pengajuan hakim konstitusi, sehingga memperkuat prinsip transparansi, partisipasi dan akuntabilitas sesuai dengan harapan dan opini publik. Untuk itu, Hakim MK sebelum ditetapkan oleh Presiden, pengajuan calon Hakim Konstitusi oleh MA, DPR dan/atau Presiden, terlebih dahulu dilakukan proses uji kelayakan dan kepatutan yang dilaksanakan oleh Panel Ahli. Niatan Presiden untuk menyempurnakan proses seleksi, pemilihan dan pengajukan calon Hakim Konstitusi melalui Perpu 1/2013 sesungguhnya cukup bagus. Hal ini dimaksudkan untuk menghindari konflik kepentingan antar lembaga negara

43 Ni'matul Huda, Relasi Kekuasaan Presiden, DPR, MK & KY Dalam Perppu No. 1/2013, *Roundtable Discussion tentang Kajian Akademik terhadap Perppu No. 1 Tahun 2013*, Departemen HTN FH UII, Yogyakarta, 4 November 2013, hlm. 6-7.

MA, DPR, dan Presiden dalam rekrutmennya.[44]

Keberadaan Panel Ahli juga nampak sebagai upaya melaksanakan salah satu kewenangan KY yang ada di dalam Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945, selain mengusulkan pengangkatan Hakim Agung, tetapi norma kewenangan tersebut tidak memberikan kewenangan lebih kepada KY untuk menguji kelayakan dan kepatutan calon Hakim MK yang dicalonkan oleh MA, DPR dan Presiden. Terkait dengan hal ini Ni'matul Huda berpendapat:

> "Secara konstitusional, Pasal 24B UUD 1945 memberikan kewenangan kepada Komisi Yudisial (KY) untuk mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Pertanyaan yang muncul, dapatkah melalui Perppu kewenangan KY diperluas untuk membentuk Panel Ahli serta memfasilitasi Panel Ahli untuk melakukan uji kelayakan dan kepatutan bagi calon hakim konstitusi? Apakah tambahan kewenangan untuk KY serta menghadirkan lembaga baru Panel Ahli untuk menyeleksi calon Hakim Konstitusi tidak seharusnya diatur dalam konstitusi? Dalam persoalan ini, nampaknya Perpu 1/2013 sudah mengubah ketentuan Pasal 24B dan Pasal 24C ayat (3) UUD 1945. Seandainya isi Perpu yang berkaitan dengan Panel Ahli (Pasal 18A, Pasal 18B, Pasal 18C dan Pasal 20) diterima sebagai lembaga yang dipandang lebih kredibel untuk menyeleksi calon hakim konstitusi ke depan, maka seharusnya MPR segera melakukan amandemen (ulang) terhadap ketentuan Pasal 24B dan Pasal 24C ayat (3) UUD 1945."[45]

Perpu 1/2013 ini nampaknya ingin menggeser 'bandul' kewenangan tiga lembaga (MA, DPR dan Presiden) dalam pengajuan hakim konstitusi sebagaimana diamanatkan Pasal

44 *Ibid*, hlm. 7-8.

45 *Ibid*, hlm. 8.

24C ayat (3) UUD 1945, ke arah posisi KY, meskipun yang melakukan seleksi Panel Ahli. Perubahan besar tersebut pasti akan memunculkan 'tarik menarik' kekuasaan dan kepentingan di antara lembaga-lembaga negara.[46] Selain membentuk Panel Ahli, MK juga secara internal membentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 tahun 2013 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 tahun 2013 tentang Dewan Etik Hakim Konstitusi.

4. Kesimpulan

Pelaksanaan *checks and balances* antar Lembaga Negara, dalam proses pengajuan Hakim Konstitusi oleh MA, DPR, dan Presiden, saat ini sudah lebih baik dengan berlakunya Perpu 1/2013. Berdasarkan Perpu 1/2013, KY kembali diberikan kewenangan untuk ikut mengawasi Hakim MK, baik sejak proses awal pengajuan Hakim MK, sampai dengan ketika Hakim tersebut melaksanakan tugasnya. Kewenangan pengawasan KY terhadap calon Hakim MK sebelum ditetapkan oleh Presiden adalah kewenangan yang tidak ada di dalam UUD NRI 1945, sebab KY berdasarkan Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945 hanya berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung bukan Hakim MK. Keikutsertaan KY dalam proses pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi-lah yang bisa dikatakan sebagai usaha untuk melaksanakan kewenangan untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku Hakim (khususnya Hakim MK).

Sebagai upaya melegalkan mekanisme checks and balances antara KY, MA, DPR, dan Presiden dalam proses pengangkatan Hakim MK, maka perlu dilakukan amandemen UUD NRI 1945, khususnya tentang Pasal 24B ayat (1) tentang kewenangan KY. Kewenangan KY yang diberikan oleh Perpu 1/2013 sebagai lembaga yang mengawasi MK juga dapat dikategorikan sebagai pengawas eksternal. Hal tersebut tentu saja memperbaiki kelemahan pengawasan secara internal oleh Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (MKMK) yang sebelumnya berdasarkan Undang-Undang No. 8 tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

46 *Ibid*, hlm. 10.

yang menyatakan bahwa MK secara tunggal membentuk MKMK. Pembentukan MKMK dan penyusunan Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi oleh MK bersama-sama dengan KY adalah juga merupakan pelaksanaan pengawasan yang dilakukan oleh KY serta pelaksanaan mekanisme *checks and balances* antar Lembaga Negara.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Asshiddiqie, Jimly, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, MK RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta, 2004.

_____, Pengantar Hukum Tata Negara, Jilid II, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan RI, Jakarta, 2006.

_____, Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, Jakarta, 2006.

Alder, John, *Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan: Houndmills, Basingstoke, Hampshire, New York, 2005.

Budiardjo, Miriam, Dasar-Dasar Ilmu Politik, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2010.

Dicey, A.V., *An Introduction to the Study of The Law of the Constitution*, English Language Book Society and Macmillan, London and Basingstoke, 1971.

Fuadi, Munir, Teori Negara Hukum Modern (*Rechtstaat*), PT. Refika Aditama, Bandung, 2009.

Heringa, A.W. & Kiiver, Ph., *Constitutional Compared – An Introduction to Comparative Constitutional Law*, Intersentia Antwerp – Oxford, Portland, 2009.

Huda, Ni'matul Huda, Relasi Kekuasaan Presiden, DPR, MK & KY Dalam Perppu No. 1/2013, *Roundtable Discussion tentang Kajian Akademik terhadap Perppu No. 1 Tahun 2013*, Departemen HTN FH UII, Yogyakarta, 4 November 2013.

Isra, Saldi, Pergeseran Fungsi Legislasi – Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia, PT.

RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010.

M. Hadjon, Philipus, Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia, Bina Ilmu, Surabaya, 1987.

Palguna, I Dewa Gede, Mahkamah Konstitusi, Judicial Review, dan Welfare State, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, Jakarta, 2008.

Plato, *The Laws*, dalam Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004.

Republik Indonesia, Mahkamah Konstitusi, Cetak Biru Membangun Mahkamah Konstitusi Sebagai Institusi Peradilan Konstitusi yang Modern dan Terpercaya, 2004.

Republik Indonesia, Mahkamah Agung, Cetak Biru Pembaharuan Mahkamah Agung RI, Kerjasama MA RI dengan LeIP, The Asia Foundation, USAID & Kemitraan, Jakakarta, 2003.

Tauda, Gunawan A., Komisi Negara Independen – Eksistensi Independent Agencies sebagai Cabang Kekuasaan Baru dalam Sistem Ketatanegaraan, Genta Press, Yogyakarta, 2012.

Tutik, Titik Triwulan, Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, Prenada Media, Jakarta, 2010.

Voermans, Wim, Komisi Yudisial Di Beberapa Negara Uni Eropa, Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP), Jakarta, 2002.

Jurnal:

Astriyani, "Mewujudkan Komisi Yudisial yang Ideal untuk Menjaga dan Menegakkan Kehormatan serta Keluhuran Martabat Hakim", *Jurnal Hukum Fakultas Hukum UI*, Vol. III No. 8 Mei 2004.

Ashar, Ahmad, "Kewenangan Komisi Yudisial dalam Pengangkatan Hakim Agung Berdasarkan pada UU Nomor 22 tahun 2004 tentang Komisi Judisial", *Jurnal DA HA*, Vol. I No. 42 Januari 2009.

Rosita, Dian, "Mengkaji Ulang Konsep Rule of Law dalam Pembaharuan Peradilan di Indonesia", *Jurnal Konstitusi Mahkamah Konstitusi RI*, Vol. I No. 1 November 2008.

Santosa, Mas Achmad, "Perspektif Fungsi Pengawasan Komisi Yudisial Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 005/PUU-

IV/2006", *Jurnal Hukum Universitas Bung Hatta*, Vol. 1 No. 2 Desember 2007.

Thohari, Ahsin, "Desain Konstitusional Komisi Yudiasial dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. VII No. 1 Maret 2010.

2

Pengawasan dan Pengawalan Hakim Konstitusi sebagai Upaya Optimalisasi Peran Mahkamah Konstitusi RI

Oleh: Didik Sukriono

Pendahuluhan

Tanggal 13 Agustus 2003 merupakan tonggak sejarah dikukuhkannya lembaga negara yang bernama Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai hasil dari Perubahan Ketiga Undang Undang Dasar 1945 tanggal 9 Nopember 2001. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia adalah *Constitutional Court* yang ke-78 di dunia setelah Austria pada tahun 1920, Italia pada tahun 1947 dan Jerman pada tahun 1948. Keberadaan lembaga MK ini merupakan fenomena baru dan popular dalam dunia ketatanegaraan, terutama di lingkungan negara-negara (termasuk Indonesia) yang mengalami perubahan dari otoritarian menjadi demokrasi.

Gagasan pembentukan MK sebagai peradilan konstitusi yang berdiri sendiri diluar peradilan umum, sebenarnya telah dicanangkan Mr. Moh. Yamin pada saat sidang BPUPKI (Badan Pekerja Usaha-Usaha Persiapan Kemedekaan Indonesia) tanggal 15 Juli 1945, yaitu: Mahkamah Agung (Balai Agung) menjadi pula badan yang membanding, yakni *"… apakah undang-undang yang dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat tidak melanggar Undang Undang Dasar Republik atau bertentangan dengan hukum adat yang diakui, ataukah tidak bertentangan dengan syariah agama Islam."* Anggota BPUPKI Soepomo tidak menyetujui gagasan Mr. Moh. Yamin. Dikatakan,

pengujian undang undang terhadap Undang Undang Dasar hanya dikenal dalam suatu sistem pemerintahan yang mengenal pemisahan kekuasaan secara tegas (*check and balances* antara ketiga kekuasaan). Selanjutnya Supomo mengatakan *"…kita dengan terus terang akan mengatakan bahwa para ahli hukum Indonesia pun sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam hal ini, dan tuan Yamin harus mengingat bahwa di Austria, Chekoslowakia, dan Jerman waktu Weimar, bukan Mahkamah Agung, akan tetapi pengadilan spesial (constitutioneelhof), suatu pengadilan spesifik yang melulu mengerjakan konstitusi. Kita harus mengetahui, bahwa tenaga-tenaga, ahli-ahli tentang hal itu. Jadi, buat negara yang muda saya kira belum waktunya mengerjakan persoalan itu."*[1]

Dengan demikian keberadaan MK dalam perspektif politik, dapat dipahami sebagai bagian dari upaya mewujudkan mekanisme *checks and balances* antar cabang kekuasaan negara berdasar prinsip demokrasi, yaitu menguji konstitusionalitas peraturan perundang-undangan dan memutus sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara. Sedang dari perspektif hukum, keberadaan MK merupakan konsekuensi dari prinsip supremasi konstitusi, yaitu sebagai pengadilan khusus yang menjamin kesesuaian aturan hukum yang lebih rendah.

Selanjutnya dalam Pasal 24 Ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945) dinyatakan 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 Mahkamah Konstitusi". Ini artinya Mahkamah Agung (MA) tidak lagi sebagai *single top authority*, yakni kekuasaan kehakiman terbagi menjadi dua cabang, yaitu cabang peradilan biasa *(ordinary court)* yang berpuncak pada MA dan cabang peradilan konstitusi yang mempunyai wewenang untuk melakukan *constitutional review* atas produk perundang-undangan yang dijalankan oleh MK.

Dalam Pasal 24C Ayat (1) dan (2) jo 7B UUD NRI 1945 dinyatakan bahwa MK memiliki empat kewenangan dan satu kewajiban, yaitu:

1 Laica Marzuki, *Berjalan-Jalan Di Ranah Hukum,* (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006), hlm. 82-83.

(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 hasil pemilihan umum; dan (5) Berkewajiban untuk memeriksa, mengadili dan memutus mengenai pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Berdasar empat kewenangan dan satu kewajiban tersebut, memposisikan MK sebagai lembaga pengawal konstitusi *(the guardian of the constitution)* dan implikasinya MK berfungsi sebagai penafsir konstitusi *(the sole interpreter of the constitution)*. Dan selanjutnya konstitusi sebagai *legal ground* pengaturan penyelenggaraan negara berdasar prinsip demokrasi dan salah satu fungsinya melindungi hak asasi manusia, maka MK juga berfungsi sebagai pengawal demokrasi *(the guardian of democracy)*, pelindung hak konstitusional warga negara *(the protector of the citizen's of constitutional rights)* dan pelindung hak asasi manusia *(the protector of human rights)*.[2]

Eksistensi MK sebagai puncak kekuasaan yudikatif bersama MA telah memasuki usia 10 tahun dan MK telah menjalankan dan melaksanakan tiga macam perkara yang menjadi kewenangannya, yaitu: menguji undang-undang terhadap UUD NRI 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan Undang Undang Dasar dan memutus Perselisihan Hasil Pemilihan Umum (PHPU). MK belum pernah memutus pembubaran partai politik dan memberikan putusan mengenai pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

2 *Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah konstitusi 2003-2009*, (Jakarta: Sekretariat Jendral dan kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2009), hlm. 13.

Ekspektasi para *justisiabel* (pencari keadilan) terhadap MK sangat besar, bahkan MK diharapkan menjadi *"lokomotif"* bagi percepatan reformasi hukum di Indonesia. Keberadaan MK di tengah-tengah para *justisiabel* bukan seperti kapal-kapal yang melintasi laut di malam yang kelam sebagaimana digambarkan *Longfellow* dalam *Tales of Wayside Inn,* yang dikutip Laica Marzuki, yaitu: *"Ships that pass in the night, and speak each other in passing, only a signal show and distant voice in the darkness, So on the ocean of life, we pass and speak one another, only a look and a voice, then darkness again and silence*." Tetapi seyogianya MK ibarat kapal pengangkut jemaah haji yang datang dari tanah haram, dielu-elukan oleh rakyat banyak di pelabuhan setiba di tanah air.[3]

Publik mengakui bahwa sudah banyak kemajuan-kemajuan yang dicapai oleh MK sebagai institusi kehakiman. MK sudah membuktikan sebagai institusi hukum yang dapat dipercaya dan terhormat *(reliable and honoured court)* di Indonesia. Hal ini dapat dilihat dengan banyaknya putusan-putusan MK yang sangat progresif dan dapat menjadi acuan hukum bagi percepatan reformasi hukum di Indonesia. Beberapa contoh putusan MK adalah:

1) Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003, MK membatalkan Pasal 60g UU Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD yang melarang warga yang pernah menjadi anggota Partai Komunis Indonesia (PKI), karena pasal tersebut bersifat diskriminatif dan bertentangan Hak Asasi Manusia yang dijamin Konstitusi.
2) Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006, MK telah menyatakan pasal-pasal penghinaan kepada presiden dan pasal-pasal pidana ketertiban umum *(hatzaaiartikelen)* dalam KUHP, karena mengekang kebebasan dan membungkam kekritisan yang berarti menghambat demokrasi.
3) Putusan Nomor 5/PUU-V/2007, MK membatalkan Pasal 56 ayat (1), (2) dan (3) UU Nomor 32 Tahun 2004 karena bertentangan dengan UUD 1945, yakni hanya memberi kesempatan partai politik atau gabungan partai politik dan menutup hak konstitusional calon perseorangan.
4) Putusan Nomor 41/PHPU.D-VI/2008, MK berani melanggar UU karena UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan

3 Laica Marzuki, *Op.cit*., hlm. 88-89.

Daerah yang mengatur ketentuan "tidak ada pemilu kepala daerah yang diulang kecuali disebabkan oleh bencana alam", tidak dapat mengantarkan rasa keadilan.

5) Putusan sela atas perkara Bibit dan Chandra terkait kasus *"kriminalisasi"* pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK).
6) Dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikatnya Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2009 tentang Badan Hukum Pendidikan yang diargumentasikan menjurus pada *"pendidikan berbiaya mahal"*, serta putusan lainnya.[4]

Namun demikian juga tidak sedikit masyarakat yang kecewa dengan putusan-putusan MK yang dipandang kontroversial (menuai pro dan kontra), yaitu putusan-putusan dalam pengujian undang-undang yang bersifat *ultrapetita*, MK tidak hanya bertindak sebagai *negative legislator*, tetapi juga sudah memasuki area *positive legislator,* putusan-putusan PHPU Kepala Daerah yang dinilai banyak kejanggalan-kejanggalan dan klimaksnya tertangkapnya Ketua MK Akil Muchtar atas dugaan kasus suap perkara PHPU Kepala Daerah (Bupati) Lebak Banten dan Gunung Mas Kalimantan Tengah. Beberapa contoh putusan-putusan itu adalah:

1) Putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008, MK menyatakan Pasal 214 huruf a, b, c, d dan e UU Nomor 10 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, DPRD bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Putusan ini menghapus sistem nomor urut untuk menentukan anggota legislatif dalam pemilu.
2) Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, MK membolehkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) dipakai untuk mencontreng dalam Pemilu Presiden 2009 (legalisasi penggunaan KTP ataupun Paspor untuk menjadi pemilih pada pemilihan umum).
3) Putusan terkait pengakuan hak keperdataan dari anak diluar perkawinan yang sah terkait pengujian UU No 1 Tahun 1974

4 Didik Sukriono, "Dikotomi Keadilan Prosedural dan Keadilan Substansial Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia", *Jurnal Konstitusi Pusat Kanjian Konstitusi* (*PKK*), FH. Universitas Kanjuruhan Malang kerjasama dengan MKRI, 2012, hlm. 2.

tentang Perkawinan dan putusan lainnya.

Berdasar fakta-fakta hukum di atas, dapat dikatakan bahwa MK sebagai institusi hukum yang terpercaya dan terhormat perlu direvisi kembali. Pernyataan ini bersesuaian dengan pernyataan mantan Ketua MK Moh. Mahfud M.D., bahwa *"Hakim Konstitusi yang ada sekarang dapat saya ketahui kredibilitasnya, tetapi entah sepuluh tahun mendatang"*. Artinya mantan Ketua MK meragukan kelangsungan lembaga ini beserta kiprah para hakimnya. Memang sesuatu pekerjaan yang sudah menjadi rutinitas, maka semangat dan idealisme pelaksananya kerapkali menurun bahkan hilang sama sekali. Artinya untuk menjaga semangat dan idealisme hakim konstitusi, pengawasan dan pengawalan merupakan keniscayaan.

Secara kelembagaan, MK juga memiliki peran dalam fungsi *checks and balances* pada cabang kekuasaan negara lainnya, misalnya dengan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Presiden, fungsi tersebut tercermin di dalam kewenangannya melakukan uji konstitusionalitas suatu undang-undang. Kewajiban lainnya memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD NRI 1945. Hanya permasalahannya MK saat ini hanya memiliki pengawasan internal, yaitu Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi (MKHK) dan sifatnyapun *ad-hoc* sebagai akibat dari putusannya terhadap pengujian Undang-Undang Nomor 22 tahun 2004 tetang Komisi Yudisial pada tahun 2006 silam. Ziffany Firdinal menambahkan, bahwa perkembangan terakhir, MK juga mengeluarkan putusan yang mengubah komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang bertugas menjaga kode etik dan prilaku hakim konstitusi.[5]

Dari segi efisiensi, efektifitas dan keseimbangan dalam konsep *checks and balances*, maka konsep pengawasan yang hanya internal tersebut perlu dikaji ulang untuk dicarikan bentuk baru untuk diaplikasikan ke dalam praktik ketatanegaraan. Hal itulah yang melatarbelakangi perlunya pemikiran kembali mekanisme pengawasan

5 Ziffany Firdinal, "Reposisi Mekanisme Pengawasan Hakim Konstitusi Kepada Komisi Yudisial", *Zifan.blogspot.com/2012/11/reposisi-mekanisme-pengawasan-hakim.html*.

hakim konstitusi pada Komisi Yudisial, karena Lord Acton telah jauh hari mengingatkan dengan adagiumnya "*Powers tends to corrupt, but absolute powers corrupts absolutely.*"

1. Konsep Yuridis Hakim Konstitusi

Putusan MK Nomor 005/PUU IV/2006, tanggal 23 Agustus 2006, tidak memasukkan Hakim Konstitusi dalam lingkup pengawasan Komisi Yudisial (KY), merupakan contoh perbedaan penafsiran terhadap konsep Hakim dan Hakim Konstitusi. Pertanyaannya, apakah secara yuridis terdapat perbedaan makna Hakim biasa (pada umumnya) dengan makna Hakim Konstitusi, atau apakah pengertian Hakim Konstitusi termasuk dalam pengertian hakim pada umumnya.

Ketentuan Pasal 24 B ayat (1) UUD NRI 1945, 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." Pada tataran konstitusi tidak ada tafsiran mengenai makna Hakim dalam kalimat "dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku Hakim. Artinya UUD NRI 1945 tidak menjelaskan Hakim mana yang dimaksud dengan "Hakim" dalam ketentuan Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945 tersebut, tetapi MK menerjemahkan "Hakim" dalam ketentuan tersebut *excluding* Hakim Konstitusi.

Dasar pertimbangan Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Undang Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang dikembangkan MK bahwa Hakim Konstitusi berbeda dengan hakim biasa, adalah: (1) secara sistematis perumusan ketentuan mengenai KY tidak berkaitan dengan ketentuan mengenai MK (pasal tentang KY ditempatkan lebih dahulu daripada pasal tentang MK); (2) fungsi pengawasan terhadap perilaku Hakim Konstitusi dilakukan oleh Majelis Kehormatan; (3) makna Hakim Konstitusi berbeda dengan Hakim biasa, karena Hakim Konstitusi pada dasarnya bukan Hakim sebagai profesi tetap, tetapi Hakim karena jabatannya; (4) keseluruhan mekanisme pemilihan dan pengangkatan para Hakim Konstitusi yang diatur dalam UUD 1945 tidak terdapat keterlibatan peran KY sama sekali; dan (5) secara subtantif, jika perilaku Hakim Konstitusi menjadi obyek pengawasan KY, maka

kewenangan MK sebagai pemutus kewenangan konstitusional lembaga negara menjadi terganggu dan terjebak ke dalam pihak yang tidak dapat bersikap imparsial.

Terhadap dasar pertimbangan putusan MK Nomor 005/PUU IV/2006 tersebut sebenarnya kurang kuat *(debateable)* dan kurang meyakinkan. MK lebih mengedepankan penafsiran-penafsiran sistematis, namun jika yang digunakan adalah penafsiran yang lebih luas dalam kerangka untuk menegakkan peradilan yang terpercaya tentu diperlukan adanya pengawasan terhadap perilaku Hakim termasuk di dalamnya Hakim Konstitusi, terutama agar sifat kenegarawanan Hakim Konstitusi tetap terjaga. Jika menggunakan penafsiran *original intent*, bahwa dalam persidangan juga didengar keterangan dari saksi pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), maka dapat dipahami bahwa pengawasan KY juga dimaksudkan berlaku bagi Hakim Konstitusi.

Status Hakim Konstitusi sebagai Hakim karena jabatan yang dipilih untuk masa lima tahun, tentu bukan menjadi alasan yang cukup kuat untuk mengeluarkannya dari pengertian *"Hakim"* yang akan diawasi oleh MK. Terhadap Hakim Agung non karir-pun KY dapat melakukan pengawasan. Cara pengisian jabatan Hakim tentu kurang signifikan untuk dijadikan sebagai dasar pembedaan makna Hakim biasa dan Hakim Konstitusi sebagai objek pengawasan. Begitu juga pada saat KY memiliki kewenangan pengawasan terhadap perilaku Hakim MK, tidak menempatkan KY berada di atas MK dan materi pengawasan juga diluar perkara dan wewenang peradilan yang dijalankan oleh MK. Oleh karena itu pada saat KY menjalankan wewenang pengawasan terhadap perilaku Hakim Konstitusi, MK tidak perlu kemerdekaan dan imparsialitas mengadili dan memutus perkara sengketa kewenangan yang melibatkan MK sebagai salah satu pihak.

Dengan demikian dapat dikatakan, bahwa dasar pertimbangan MK tidak konsisten dan mengandung kelemahan. Konstitusi secara tegas mengatakan, bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh MA dan MK, artinya Hakim Konstitusi tidak dapat dikeluarkan dari definisi Hakim menurut Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945. Selain itu dalam risalah perubahan UUD 1945 dan ketentuan perundang-undangan, tidak pernah disebutkan bahwa Hakim Konstitusi tidak termasuk dalam pengertian Hakim dan tidak memisahkan pengertian Hakim berdasarkan ruang lingkup, sehingga semua Hakim dalam ranah

kekuasaan kehakiman termasuk Hakim Konstitusi harus dimaksudkan sebagai Hakim.

Selanjutnya dari perspektif sejarah hukum undang-undang yang mengatur mengenai kekuasaan kehakiman, yaitu: Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1948 tentang Susunan dan Kekuasaan Badan-Badan Kehakiman dan Kejaksaan (UU 19/1948), Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1964 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (UU 19/1964), Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (UU 14/1970) yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (UU35/1999), Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasana Kehakiman (UU 4/2004) dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU 48/2009), kecuali UU 48/2009 tidak pernah membedakan pengertian Hakim sehingga yang dimaksud dengan Hakim adalah seluruh Hakim mulai dari Hakim pada tingkat pertama hingga Hakim Agung serta Hakim Konstitusi setelah unsur pranata MK ini dibentuk.[6]

UU 4/2004 secara eksplisit tidak mendefinisikan apa itu Hakim Konstitusi, Pasal 12 yang mengatur tentang MK hanya menyebutkan mengenai tugas dan wewenang dari MK. UU 4/2004 mengatur mengenai kekuasaan kehakiman serta mencoba meletakkan prinsip- prinsip dasar kekuasaan kehakiman, yaitu suatu cabang kekuasaan negara yang berbada dengan cabang kekuasaan negara lainnya, yaitu eksekutif dan legislatif. Dalam kekuasaan kehakiman, Hakim merupakan komponen utama dan Hakim merupakan istilah yang khas yang berbeda dengan lembaga penyelesaian sengketa lainnya, seperti mediasi, arbitrase maupun yang lainnya. Meskipun Hakim terbagi dalam beberapa lingkungan peradilan maupun mahkamah, namun ditinjau dari sudut fungsi, hingga simbol-simbol, seperti penggunaan toga, palu, posisi ruang sidang dan lainnya, pada prinsipnya tidak ada perbedaan yang mendasar antara Hakim pada Mahkamah Agung serta peradilan di

6 Titik Triwulan Tutik, "Pengawasan Hakim Konstitusi dalam Sistem Pengawasan Hakim Menurut Undang Undang Dasar NRI 1945", *Jurnal Dinamika Hukum,* 2012, hlm. 10.

bawahnya dengan hakim pada Mahkamah Konstitusi.[7]

Selanjutnya konsep Hakim Konstitusi menurut Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU 24/2003) yang telah diubah menjadi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU 8/2011), hanya terdapat dalam satu pasal, yaitu Pasal 5 yang menentukan bahwa Hakim Konstitusi adalah pejabat Negara. UU 24/2003 maupun UU 8/ 2011 tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan pejabat Negara. Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme Bab I Ketentuan Umum Pasal 1 angka 1, *"bahwa Penyelenggara Negara adalah pejabat Negara yang menjalankan fungsi eksekutif, legislatif, atau yudisial ....."* Selain itu istilah Hakim semata dalam UU 24/2003 hanya terdapat dalam Pasal 45 ayat (1) Bagian Ketujuh tentang Putusan yang menetapkan: *"Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan Hakim."* Dari ketentuan Pasal tersebut, jelas istilah Hakim pada konteks keyakinan Hakim digunakan untuk menunjuk pengertian Hakim Konstitusi.

Jika ditelusuri pada risalah Rapat Pansus UU 24/2003, terdapat aspirasi untuk memasukkan Hakim Konstitusi dalam makna Hakim menurut Pasal 24B UUD NRI 1945, sebagaimana dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie, yaitu:

> *"... ketika RUUMK sedang dibahas oleh DPR dan pemerintah, tim ahli Pemerintah menyarankan agar hakim konstitusi juga ditentukan sebagai hakim yang diawasi oleh Komisi Yudisial dengan menafsirkan kata 'hakim' dalam Pasal 24B UUD 1945 secara luas. Akan tetapi, semua anggota Pansus UUMK yang sebagian besar adalah mantan anggota Panitia Ad Hoc BP MPR yang terlibat dalam perumusan ketentuan Pasal 24A, Pasal 24B, dan Pasal 24C UUD 1945, semua menolak karena alasan bahwa hal itu bertentangan dengan maksud UU 1945."*[8]

---

7 *Ibid.*

8 Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca*

Berdasarkan risalah tersebut, nampak bahwa sejak semula ada keinginan untuk memasukkan Hakim Konstitusi dalam makna hakim sebagaimana ketentuan Pasal 24B UUD NRI 1945, walaupun tidak diakomodasi dalam ketentuan pasal-pasal dalam UU 24/2003.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial (UU 22/204), Pasal 1 angka 5 memberikan perluasan makna Hakim, yakni Hakim adalah Hakim Agung dan Hakim pada badan peradilan di semua lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung serta Hakim Mahkamah Konstitusi. Perluasan makna Hakim yang menyangkut pengertian Hakim Konstitusi, pada dasarnya merupakan tafsir terhadap Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945 berdasarkan risalah-risalah sidang PAH BP MPR RI. Dalam risalah sidang PAH BP MPR RI, nampak terdapat keinginan agar kompetensi KY mencakup semua hakim, termasuk promosi dan mutasi hakim, maupun merekomendasikan pengangkatan Hakim MK, tetapi juga terdapat keinginan yang terbatas. Berdasar risalah Sidang MPR dan penafsiran konstitusi (semantik, historis *(original intent)*, dan struktural), kata Hakim yang bersifat umum disetujui namun hanya mengenai *"wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku Hakim*". Ketentuan ini selanjutnya dirumuskan dalam Pasal 1 angka 5 UU 22/2004, bahwa Hakim adalah Hakim Agung dan Hakim pada badan peradilan di semua lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung serta Hakim Konstitusi.

2. Independensi dan Imparsialitas Hakim Konstitusi

Salah satu dasar pertimbangan MK melalui Amar Putusan Nomor 005/PUU/IV/2006 yang menolak permohonan perluasan pengertian Hakim dalam Pasal 24B ayat (1) UUD NRI 1945 yang meliputi Hakim Konstitusi dan Hakim Konstitusi tidak termasuk dalam pengertian Hakim yang perilaku etiknya diawasi oleh KY, adalah pengawasan KY terhadap Hakim MK akan mengganggu independensi dan memandulkan MK sebagai lembaga pemutus sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara. Pertanyaannya adalah apakah independensi dan imparsialitas hakim termasuk Hakim Konstitusi bersifat absolut? Apakah independensi dan imparsialitas

Reformasi, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 113.

Hakim tarmasuk Hakim Konstitusi melarang intervensi cabang kekuasaan lain untuk melakukan pengawasan terhadap Hakim dalam melaksanakan tugas yustisialnya?

Independensi dan imparsialitas Hakim pada lembaga peradilan hakekatnya merupakan prasyarat yang pokok bagi terwujudnya cita negara hukum dan merupakan jaminan bagi tegaknya hukum dan keadilan.[9] Oleh karena itu independensi personal dan independensi kelembagaan merupakan dua hal yang tidak dapat dipisahkan. Djohansyah mengutip Simon Shetreet, bahwa *Independence of Judiciary* meliputi 4 kategori, yaitu: (a) *Substantive independence* (independensi dalam memutus perkara), (b) *Personal independence* (jaminan masa kerja dan jabatan), (c) *Internal independence* (independensi dari atasan dan jabatan), dan (d) *Coollective independence* (partisipasi dalam administrasi dan penentuan budget pengadilan).[10]

Sedangkan independensi dan imparsialitas hakim dan pengadilan menurut MK adalah: kemerdekaan Hakim, baik sendiri-sendiri maupun sebagai institusi, dari pelbagai pengaruh yang berasal dari luar diri Hakim berupa intervensi yang bersifat mempengaruhi secara langsung berupa bujuk rayu, tekanan, paksaan, ancaman, atau tindakan balasan karena kepentingan politik atau ekonomi tertentu dari pemerintah atau kekuatan politik yang berkuasa, kelompok atau golongan tertentu, dengan imbalan atau janji imbalan berupa keuntungan jabatan, keuntungan ekonomi, atau bentuk lainnya.

Selanjutnya Wignjosumarto[11] menguraikan, bahwa independensi Hakim sangat berkaitan erat dengan sikap tidak berpihak atau sikap imparsial Hakim, baik dalam pemeriksaan maupun dalam pengambilan keputusan, artinya Hakim yang tidak independen tidak dapat diharapkan bersikap netral atau imparsial dalam menjalankan tugasnya. Namun demikian kemerdekaan tersebut tidak pernah diartikan mengandung sifat yang mutlak, tetapi tetap dibatasi oleh

9 Denny Indrayana, "Negara Hukum Indonesia Pasca Soeharto: Transisi Menuju Demokrasi vs Korupsi", *Jurnal Konstitusi*, 2004, hlm. 101.

10 Djohansyah, J., *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman,* (Jakarta: Kesaint Blanc, 2008), hlm. 137.

11 Wignjosumarto, "Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum pada Era Reformasi dan Transformasi", *Varia Peradilan*, 2006, hlm. 69.

hukum dan keadilan. Independensi Hakim juga diartikan bahwa Hakim bebas memutus sesuai dengan nilai yang diyakininya melalui penafsiran hukum, walaupun putusan yang didasarkan pada penafsiran dan keyakinan demikian mungkin berlawanan dengan mereka yang mempunyai kekuasaan politik dan administrasi. Independensi Hakim harus dimaknai tetap dalam batas-batas yang ditentukan oleh hukum dan dalam rangka menerapkan hukum secara adil *(fair)*.[12]

John Ferejohn mengatakan, independensi peradilan merupakan konsep yang relatif, bukan absolut. Independensi peradilan adalah keadaan di mana peradilan dapat atau sanggup menjalankan tugasnya tanpa memiliki ketergantungan pada pihak lain. Relativitas konsep independensi peradilan ini akhirnya memang selalu memicu perdebatan yang pada akhirnya diterjemahkan secara berbeda-beda di setiap negara. Independensi peradilan dalam perkembangannya harus bersanding dengan konsep lain yang harus berdampingan secara harmonis, yakni akuntabilitas publik *(public accountability)*. Independensi peradilan tidak dengan sendirinya membebaskan hakim dari akuntabilitas publik, meski demikian, tekanan dan intervensi lembaga lain berpotensi melahirkan konflik antara independensi peradilan dan tekanan terhadap Hakim.[13]

Berdasarkan ketentuan di atas, maka independensi kekuasaan kehakiman atau peradilan itu memang tidak boleh diartikan secara absolut. Salah satu rumusan penting konferensi *International Commission of Jurist* menggarisbawahi bahwa *"Independence does not mean that the judge is entitled to act in an arbitrary manner"* yang berarti independensi tidak berarti bahwa hakim tanpa dasar untuk bertindak. [14] Oleh karena itu, sejak awal munculnya gagasan mengubah UUD 1945 telah muncul kesadaran bahwa sebagai pengimbang independensi dan untuk menjaga kewibawaan kekuasaan kehakiman, perlu diadakan pengawasan eksternal yang efektif di bidang etika kehakiman seperti beberapa negara, yaitu dengan dibentuknya KY.

---

12 Laica Marzuki, "Kesadaran Konstitusi dalam Kaitan Konstitusionalisme", *Jurnal Konstitusi*, 2009, hlm.

13 John Farejohn, Independent Judges, "*Dependent Judiciary, Explaining Judicial Independence*", (Southern California: Law Review, 1999), hlm. 352.

14 A. Ahsin Tohari, "Jalan Terjal Konstitusionalisme Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Vo. I No. 1, MKRI, Juli 2004, hlm. 161.

Menurut Paulus E. Lotulung , batasan atau rambu-rambu yang harus diingat dan diperhatikan dalam implementasi kebebasan itu adalah terutama aturan-aturan hukum itu sendiri. Ketentuan-ketentuan hukum, baik segi prosedural maupun substansial atau materiil merupakan batasan bagi kekuasaan kehakiman agar dalam melakukan independensinya tidak melanggar hukum, dan bertindak sewenang-wenang. Hakim adalah *subordinated* pada hukum dan tidak dapat bertindak *contra legem*. Selanjutnya harus disadari bahwa kebebasan dan independensi tersebut diikat pula dengan pertanggungjawaban atau akuntabilitas, di mana keduanya pada dasarnya merupakan dua sisi koin mata uang yang sama. Tidak ada kebebasan mutlak tanpa tanggung jawab. Dengan perkataan lain dapat dipahami bahwa dalam konteks kebebasan hakim haruslah diimbangi dengan pasangannya yaitu akuntabilitas peradilan *(judicial accountability)*. Wujud akuntabilitas publik dalam pengawasan, bahwa walaupun hakim sebagai pemegang kekuasaan kehakiman haruslah independen, tetapi independensi tersebut tidak boleh menjadikan hakim sebagai pelaku yang tidak terkontrol.[15]

Menurut Lintong O. Siahaan, pada prinsipnya peran hakim dalam memutuskan perkara dapat diuji melalui tiga hal, yaitu *social change, despite dan statement.* Berdasarkan parameter tersebut, dalam menjalankan kewenangannya hakim termasuk juga Hakim Konstitusi memiliki kebebasan yudisial dalam memutus sengketa, meski demikian Hakim bukanlah corong undang-undang *(la bouche de la loi)* yang hanya sekedar menuangkan dari apa yang ada dalam aturan hukum, tetapi ia memiliki kompetensi perilaku, yang meliputi perilaku secara individu (personal) maupun perilaku yudisial. Kompetensi hakim tersebut merupakan *the authority of judges judicial behavior* (kemandirian perilaku hakim dalam kekuasaan yudisial).[16]

Dengan kedudukan ini hakim menikmati otonomi yang tinggi dan tanpa batas, meski demikian hakim sebagai pelaku kekuasaan kehakiman, tidak bisa dibiarkan begitu saja menjalankan fungsi kekuasaan yudisial tanpa pengontrol dan pengimbang dari lembaga eksternal. Alasannya,

15 Paulus E. Lotulung, *Kebebasan Hakim Dalam Sistem Penegakan Hukum*, (Denpasar, 2003), hlm. 7.

16 Lintong O. Siahaan, "Peran Hakim dalam Pembaharuan Hukum di Indonesia", *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, Tahun ke 36 No. 1, Januari-Maret 2006, hlm. 36.

hal ini dapat melahirkan kekuasaan yudisial yang absolut (tirani yudisial), yaitu suatu format ketatanegaraan (pranata sosial) yang sama buruknya dengan tirani eksekutif dan tirani legislatif dimana kekuasaan yudisial dengan otoritasnya dapat menciptakan sah terhadap hal yang tidak sah *(necessitas facit liticum qoad atau non est liticum)*.[17]

Menurut Oemar Seno Adji, kebebasan Hakim tidak berarti bahwa Hakim bebas di dalam menentukan kerangka umum dan prinsip-prinsip dasar daripada kegiatan peradilan dan organisasinya, tetapi suatu kebebasan harus berdampingan dengan dua perkara, yaitu *factuele virjheid* dan *persoonlijke vrijheid*.[18] Paulus E. Lotulung berpendapat, bahwa untuk mewujudkan independensi Hakim, maka setiap independensi perlu diimbangi dengan tanggung jawab dalam bentuk akuntabilitas dan transparansi. Selanjutnya Hakim akan memperoleh kepercayaan publik jika mampu menjalankan independensinya bersamaan dengan dua langkah yang saling terkait erat, yaitu pengelolaan administrasi dan pengawasan *(control)*.[19]

Berdasarkan pendapat tersebut dapat disimpulkan, bahwa kemerdekaan Hakim di satu sisi haruslah diimbangi dengan akuntabilitas di sisi lain. Kemerdekaan dan akuntabilitas bagaikan dua sisi mata uang. Kedua unsur tersebut hadir bersamaan, tidak berdiri sendiri, karena itu harus dikatakan bahwa tidak ada kebebasan tanpa akuntabilitas. Paulus E. Lotulung menegaskan, bahwa independensi tidak berarti bahwa Hakim tidak dapat dikritik atau diawasi. Independensi harus ada akuntabilitas dan tanggungjawab untuk mencegah ketidakadilan. Mekanisme pengawasan harus dikembangkan oleh lembaga peradilan itu sendiri dan masyarakat dalam pengertian untuk menjamin akuntabilitas seorang hakim. Berdasarkan kenyataan tersebut, maka keberadaan lembaga pengawas hakim yang mandiri, dan bebas dari campur tangan lembaga lain mutlak diperlukan dalam rangka menegakkan kehormatan, menjaga keluhuran martabat serta perilaku hakim dalam rangka mewujudkan pemerintahan yang baik dan bersih *(clean and good governance)*.

---

17 Saharuddin Daming, "Wabah The Dark Juctice dan Tirani Peradilan", *Tempo*, 2011.

18 Umar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum,* (Jakarta: Erlangga, 1985), hlm. 109.

19 Paulus E. Lotulung, *Op.cit*, hlm. 18.

3. Pengawasan dan Pengawalan Hakim Konstitusi

Secara teoritik pengawasan merupakan salah satu unsur dalam kegiatan pengelolaan. Henry Fayol mengatakan "*Control consist in veryying wether everything pccur in infirmity with the plan adopted, the instruction issued and principle established. It has for object to point out weaknesses in error in order to rectivy then and prevent recurrence.*"[20] Artinya hakekat pengawasan adalah suatu tindakan menilai apakah sesuatu telah berjalan sesuai dengan yang telah ditentukan. Newman mengatakan "*control is assurance that the performance conform to plan*". Artinya titik berat pengawasan adalah suatu usaha untuk menjamin agar pelaksanaan suatu tugas dapat sesuai dengan rencana. Bagir Manan memandang pengawasan sebagai sebuah fungsi sekaligus hak sehingga lazim disebut dengan fungsi kontrol atau hak kontrol. Kontrol mengadung dimensi pengawasan dan pengendalian dan bertalian dengan arahan.[21]

Sedangkan pengawalan ialah tindakan memastikan aktifititas organisasi dilaksanakan mengikut perancangan yang telah dibuat pada peringkat awal. Perancangan dibuat oleh tiga peringkat, yaitu (1) pengurusan atasan; (2) pengurus pertengahan; dan (3) pengurusan bawahan. Pengawalan melibatkan pelbagai alat untuk memantau aktifitas dengan merekomendasikan hasil yang diperoleh dan kemudian membandingkan pencapaian sebenarnya dengan pencapaian yang dirancang. Perbedaan antara pencapaian sebenarnya dengan pencapaian yang dirancang akan mewujudkan *"sisihan"* dan *"sisihan"* ini menunjukkan penyelewengan telah berlaku. Setiap penyelewengan harus dikenal pasti dan segera ada upaya tindakan pembetulan yang tepat terhadap penyelewengan. Tujuan pengawalan adalah: (1) memastikan pelaksanaan mengikuti perancangan atau perencanaan; (2) membantu pengurus memprediksi dan mengambil tindakan terhadap berbagai perubahan; dan (3) memastikan agar warga organisasi dalam melakukan pekerjaan mengikuti prosedur dan peraturan yang ditetapkan.

Dengan demikian konsep dasar dari pengawasan dan pengawalan

---

20 Mucsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan PTUN di Indonesia,* (Yogyakarta: Liberty, 2000), hlm. 37.

21 Bagir Manan, *Menyongsong Fajar otonomi Daerah,* (Yoyakarta: Pusat Studi Hukum FH. UII, 2001), hlm. 201.

Hakim Konstitusi adalah: (1) sebagai upaya pengelolaan untuk mencapai hasil dari tujuan; (2) adanya tolak ukur yang dipakai sebagai acuan keberhasilan; (3) adanya kegiatan untuk mencocokkan antara hasil yang dicapai dengan tolak ukur yang ditetapkan; (4) mencegah terjadinya kekeliruan dan menunjukkan cara dan tujuan yang benar; dan (5) adanya tindakan koreksi apabila hasil yang dicapai tidak sesuai dengan tolak ukur yang ditetapkan.[22]

Terdapat sejumlah alasan yang mendasari pentingnya penegasan gagasan untuk menerapkan pengawasan dan pengawalan terhadap kekuasaan kehakiman (baik Hakim MA maupun Hakim MK), adalah: (1) Ada realitas sosial berupa situasi hukum dan penegakan hukum yang telah melahirkan ketidak percayaan masyarakat secara luas *(social distrust)* terhadap kinerja penegakan hukum terutama oleh hakim melalui putusan-putusannya yang *"janggal"* atau bernuansa ketidakadilan dan (2) Hakim memiliki posisi penting dengan segala kewenangan yang dimilikinya, misalnya seorang Hakim dapat mengalihkan hak kepemilikan seseorang, mencabut kebebasan warga negara, menyatakan tidak sah tindakan sewenang wenang pemerintah terhadap masyarakat, bahkan memerintahkan penghilangan hak hidup seseorang. Wewenang dan tugas Hakim yang besar demikian oleh karenanya harus dilaksanakan dalam rangka menegakkan hukum, kebenaran dan keadilan. Kewenangan Hakim yang sangat besar tersebut, di satu sisi menuntut tanggungjawab yang tinggi, sehingga putusan pengadilan yang diucapkan dengan irah-irah *"Demi Keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa"* mengandung arti bahwa kewajiban menegakkan kebenaran dan keadilan itu wajib dipertanggungjawabkan secara horizontal kepada manusia dan secara vertikal dipertanggungjawabkan kepada Tuhan Yang Maha Esa.[23]

Beberapa alasan khusus terkait urgensi pengawasan dan pengawalan terhadap hakim MK, adalah:

(1) UUD NRI 1945 Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 dalam kalimat *"dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan,*

22 Sirajjudin, "*Sistem Pengawasan Terhadap Dalam Format Negara Hukum",* Proposal Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya Malang, 2007, hlm. 32.

23 Dudu Duswara Machmudin, "Peranan Keyakinan Hakim dalam Memutus Suatu Perkara di Pengadilan", *Varia Peradilan*, 2006, hlm. 51.

keluhuran martabat, serta perilaku hakim", tidak memberikan penjelasan makna Hakim. Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 bahwa *"kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi"*. Artinya istilah Hakim adalah keseluruhan Hakim yang menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman termasuk Hakim Konstitusi dan pembedaan jenis-jenis Hakim hanyalah dimaksudkan untuk membedakan fungsi dari masing-masing jenis Hakim tersebut;

(2) Putusan MK bersifat final dan mengikat (Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 secara tegas menyatakan bahwa MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir). Pasal 10 UU 24/2003 juga menyatakan bahwa MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final. Pasal 47 UU 24/2003 ditegaskan bahwa putusan MK memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum. Terhadap putusan yang bersifat final tersebut memang menimbulkan pertanyaan mengapa bersifat final dan mengikat? Padahal setiap manusia (termasuk Hakim MK) mempunyai peluang salah, tidak adil, tidak *fair*, tidak obyektif dan tidak profesional. Dengan sifat putusan yang final dan mengikat tersebut juga telah menimbulkan persepsi MK sebagai *superbody,* apalagi tidak ada lembaga yang mengawasi MK.[24] Putusan final dan mengikat juga dikembangkan konstitusi negara lain, diantaranya: Afrika Selatan, Albania, Armenia, Belarusia, Georgia, Macedonia, Italia dan Polandia;

(3) Keberadaan institusi KY yang melakukan pengawasan tidak harus dipandang sebagai pengganggu independensi dan imparsialitas MK dan memposisikan KY memiliki kedudukan

24 Muchamad Ali Safa'at, *Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Checks And Balances,* Makalah Seminar Nasional Mekanisme *Constitutional Question* Sebagai Sarana Menuju Supremasi Konstitusi, Kerjasama Sekjen dan Kepaniteraan MKRI dengan PKK FH. Universitas Brawijaya Malang, 21 Nopember 2009, hlm. 6.

yang lebih tinggi dari MK. Seperti halnya kedudukan MK yang membatalkan UU produk DPR dan Presiden adalah tidak lebih tinggi dari kedua lembaga tersebut.[25] Hal ini menjadi relevan dikarenakan independensi kekuasaan kehakiman sangat penting dalam menjaga *rule of law* yang dicitakan oleh suatu negara. David Boies menyatakan bahwa: "*Judicial independence and judicial supremacy work together in an attempt to guarantee that the rule of law will not be eroded by the political pressures in existence at any particular point in time;*"[26]

(4) Keberadaan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi (MKHK) yang sifatnya *ad hoc* tidak cukup efektif dalam melaksanakan pengawasan perilaku hakim konstitusi. Artinya apakah lembaga *ad hoc* layak melakukan pengawasan terhadap lembaga yang bersifat permanen sebagaimana MK sebagaimana dinyatakan Harjono, bahwa fungsi menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku Hakim Konstitusi tidak bisa dilakukan oleh lembaga *ad hoc,* tetapi dibutuhkan lembaga yang juga permanen.[27] Mas Achmad Santosa dan Ahmad Ashar dalam Malik, mengatakan bahwa lemahnya pengawasan internal disebabkan oleh kualitas dan integritas pengawas yang tidak memadai, proses pemeriksaan disiplin yang tidak transparan, semangat membela sesama korps *(esprit de corps)* dan tidak ada kehendak yang kuat dari pimpinan lembaga penegak hukum untuk menindak lanjuti hasil pengawasan internal.[28]

Berdasarkan landasan pemikiran di atas, mekanisme pengawasan dan pengawalan hakim konstitusi dapat dilaksanakan melalui 2 (dua)

---

25 *Ibid.*, hlm. 8-9.

26 David Boies, "*Judicial Independence and the Rule of Law*", *Journal of Law & Policy*, Vol. 22:57, 2006, hlm. 58.

27 Harjono, "Lembaga Negara Dalam UUD 1945", *Jurnal Konstitusi*, Vol. IV, No. 2, Sekjen dan Kepaniteraan MKRI, Juni 2007, hlm. 101-113.

28 Malik, "Perspektif Pengawasan Komisi Yudisial Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 005/PUU/IV/2006", *Jurnal Hukum* Vol. 1 No. 2, Universitas Bung Hatta, Desember 2007, hlm. 22-23.

pendekatan, yaitu: bentuk *preventif* (pencegahan) dan bentuk *represif* (penindakan). Oleh karena MK merupakan lembaga permanen, maka lembaga yang melakukan pengawasan dan pengawalan juga harus lembaga permanen. Untuk pengawasan dan pengawalan internal dilakukan oleh MKHK yang dibentuk oleh MK dan KY. Sedangkan untuk pengawasan dan pengawalan eksternal adalah menghidupkan kembali KY sebagaimana diamanatkan UUD NRI 1945 Pasal 24B (1) dan Pasal 24 (2), yaitu: dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku Hakim termasuk Hakim Konstitusi.

Pengawasan dan pengawalan *preventif* terhadap Hakim Konstitusi dimulai pada proses seleksi bakal calon hakim konstitusi dari 3 (tiga) lembaga negara, yaitu: Pemerintah (Presiden), MA, dan DPR oleh Panel Ahli yang dibentuk oleh KY. Upaya menjaga objektifitas dan akuntabilitas kinerja Panel Ahli, KY dalam pembentukan Panel Ahli harus mengacu ketentuan Pasal 18C ayat (1,2,3,4,5) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Perpu 1/2013). Dimasa persidangan berikutnya, jika Perpu I/2013 ini disetujui DPR dan menjadi UU, maka terdapat tiga hal yang harus menjadi perhatian dalam proses seleksi Hakim Konstitusi, yaitu: pengaturan yang berkenaan tentang syarat-syarat Hakim Konstitusi, masa jabatan Hakim Konstitusi, dan proses perekrutannya.

Berkaitan dengan persyaratan untuk menjadi hakim konstitusi, syarat yang dapat dikembangkan adalah: calon Hakim Konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara dan non-partisan, sebagaimana ketentuan dalam Pasal 15 ayat (1,2,3) Perpu I/2013. Sampai saat ini masih belum ada kejelasan makna tentang konsep negarawan itu sendiri. Dalam kamus Bahasa Indonesia, negarawan diartikan ahli dalam kenegaraan, ahli dalam menjalankan negara (pemerintahan), pemimpin politik yang secara taat asas menyusun kebijakan negara dengan suatu pandangan ke depan atau mengelola masalah negara dengan kebijaksanaan dan kewibawaan. Dalam konsep Jawa, negarawan ditandai dengan empat sifat utama *(Catur Kamulyaning Narpati).* Empat sifat utama itu adalah: (1) *Jalma Sulaksana,* artinya seorang pemimpin hendaknya menguasai ilmu penegetahuan,

teknologi, agama dan spiritual baik teori maupun praktik; (2) *Praja Sulaksana,* artinya mempunyai perasaan belas kasihan kepada rakyat dan berusaha mengadakan perbaikan pada kondisi masyarakat; (3) *Wirya Sulaksana,* artinya berani untuk menegakkan kebenaran dan keadilan dengan prinsip berani karena benar dan takut karena salah; dan (4) *Wibawa Sulaksana*, artinya memiliki kewibawaan terhadap rakyat sehingga perintahnya dijalankan dan program yang direncanakan dapat terrealisasi.[29]

Berdasar Kamus Bahasa Indonesia dan mutiara kearifan Jawa di atas, ciri-ciri khas dari seorang negarawan dapat ditafsirkan sebagai berikut: (1) memiliki kemampuan yang sangat cemerlang dan jeli, lebih merupakan bakat yang terpadu dengan keberanian melawan arus dan bertekad melakukan perubahan dan pembaruan struktural; (2) berusaha memasuki hal-hal baru secara total, memilih menjadi pelopor atau pionir; (3) karena yang di kemukakan adalah hal yang total baru, maka konsep yang di kemukakan menjadi mengejutkan dan meragukan pihak-pihak yang masih berpikir dalam pola lama; (4) mampu menawarkan solusi secara tuntas, serta reformasi atau revolusi total yang positif dan konstruktif, hingga menawarkan konsep dan aksi menghentikan krisis besar yang melanda satu bangsa atau beberapa bangsa; (5) mampu menawarkan harapan dan peluang nyata, membangun harga diri dan bernilai tinggi; dan (6) berani menghadapi risiko bertentangan dengan rezim dan atau kekuatan yang berkuasa.

Terkait dengan masa jabatan, perlu diatur mekanisme yang memastikan rotasi atau pergantian Hakim Konstitusi yang tidak bersinggungan dengan periodisasi politik tertentu seperti saat ini, yakni 5 (lima) tahun sekali. Hal ini amatlah penting untuk dijaga karena cukup rentan untuk dipolitisasi, mengingat 6 (enam) bakal calon Hakim Konstitusi berasal dari 2 (dua) lembaga negara yang sarat akan kepentingan politik, yakni Presiden dan DPR. Selanjutnya proses perekrutan oleh Panel Ahli dari tiga lembaga negara (Pemerintah, DPR dan MA), harus dilaksanakan dengan prosedur yang ketat, transparan dan akuntabel. Artinya setiap bakal calon hakim konstitusi harus diumumkan ke publik, yakni melalui media cetak ataupun elektronik dan masyarakat diberikan akses untuk menilai figur calon tersebut.

---

29 Indi G. Khakim, *Mutiara Kearifan Jawa, Kumpulan Mutiara-mutiara Jawa Terpopuler,* (Pustaka Kaona, 2008), hlm. 82.

Sedangkan pengawasan dan pengawalan secara *represif* adalah melakukan penindakan atas pelanggaran kode etik hakim konstitusi oleh MKHK sebagai pengawas internal dan KY sebagai pengawas eksternal. Mekanisme pelaksanaan pengawasan secara *represif* terhadap Hakim Konstitusi, harus dilaksanakan secara seimbang antara pengawas internal dan pengawas eksternal. Argumentasinya untuk menjaga kemandirian dalam penegakan kode etik dan perilaku Hakim Konstitusi yang menjadi dasar dan acuan dalam pengawasan dan pengawalan Hakim Konstitusi.

Terdapat beberapa macam konsep yang dapat ditawarkan jika KY hendak dibangun dan disepakati menjadi institusi pelaksana sistem pengawasan kekuasaan kehakiman, terutama Hakim MK, yaitu: (1) Memasukkan gagasan KY sebagai pengawas tersebut dalam revisi UU MK dan revisi UU KY; (2) Memasukkan KY sebagai salah satu unsur dalam forum Majelis Kehormatan MK; (3) MK dan KY membuat *Memory of Understanding* (MoU) untuk menyepakati lingkup pengawasan yang dapat dilakukan KY; (4) Mengkondisikan pemahaman para Hakim (MK) untuk memiliki sifat untuk terbuka (membuka diri) untuk diawasi; dan (5) Melakukan Amandemen UUD NRI 1945 yang menegaskan secara eksplisit adanya kewenangan atau kekuasaan konstitusional KY untuk mengawasi hakim-hakim baik Hakim MA maupun Hakim MK.[30]

4. Kesimpulan

UUD NRI 1945 tidak memberikan penjelasan mengenai Hakim mana saja yang dimaksud dalam makna Hakim Pasal 24B ayat (1), dalam kalimat *"dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim"*. Berdasarkan Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan

30 Rekomendasi Seminar Nasional *"Sistem Pengawasan dan Kode Etik Hakim Konstitusi di Jerman dan Indonesia"*, Hanns Seidel Foundation (HSF) Indonesia bekerjasama dengan Departemen Hukum Tata Negara (HTN) dan Program Pascasarjana (S2 dan S3) Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (FH UII) Saphire Hotel, Borobudur Room, Senin, 21 Maret 2011.

tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, maka istilah Hakim adalah keseluruhan Hakim yang menjalankan fungsi Kekuasaan Kehakiman.

Reposisi institusi KY sebagai pengawas eksternal tidak akan mempengaruhi independensi dan imparsialitas Hakim Konstitusi dan tidak akan memposisikan KY memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari MK. Seperti halnya kedudukan MK yang membatalkan UU produk DPR dan Presiden adalah tidak lebih tinggi dari kedua lembaga tersebut. Pengawasan dan pengawalan KY terhadap perilaku Hakim Konstitusi tetap pada koridor independensi kekuasaan kehakiman dalam kerangka menjaga dan mewujudkan *rule of law* yang dicitakan oleh suatu negara. Pengawasan dan pengawalan terhadap Hakim Konstitusi oleh lembaga yang permanen, mandiri dan bebas dari campur tangan lembaga lain, baik internal (MKHK) maupun eksternal (KY) merupakan keniscayaan dalam rangka menegakkan kehormatan, menjaga keluhuran martabat serta perilaku hakim guna mewujudkan pemerintahan yang baik dan bersih *(clean and good governance).*

Beberapa saran yang dapat diberikan oleh penulis terkait dengan makalah ini adalah: *Pertama,* Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) harus melakukan amandemen UUD NRI 1945 untuk menegaskan secara eksplisit kewenangan dan/atau kekuasaan konstitusional KY untuk mengawasi Hakim, baik Hakim MA maupun Hakim MK. *Kedua,* mereview UU Mahkamah Konstitusi dan UU Komisi Yudisial dan menata kembali sistematika lembaga yang terkait kekuasaan kehakiman sehingga secara yuridis filosofis KY memiliki keterkaitan langsung dengan lembaga MA dan MK. *Ketiga*, memperluas kewenangan KY, yaitu tidak sekedar sebagai lembaga yang memiliki kewenangan untuk melaksanakan rekrutmen dan pengawasan terhadap Hakim, Hakim Agung dan Hakim Konstitusi, tetapi juga melakukan mutasi, pelatihan, promosi dan kebijakan tentang anggaran lembaga peradilan.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Asshiddiqie, Jimly, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.

Djohansyah, J., *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, Kesaint Blanc, Jakarta, 2008.

E Lotulung, Paulus, *Kebebasan Hakim Dalam Sistem Penegakan Hukum*, Denpasar, 2003.

Farejohn, John, *Independent Judges*, *Dependent Judiciary, Explaining Judicial Independence,* Law Review, Southern California 1999.

Khakim, Indi G., *Mutiara Kearifan Jawa, Kumpulan Mutiara-mutiara Jawa Terpopuler*, Pustaka Kaona, 2008.

Marzuki, Laica, *Berjalan-Jalan Di Ranah Hukum,* Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006.

Manan, Bagir, *Menyongsong Fajar otonomi Daerah,* Pusat Studi Hukum FH. UII, Yogyakarta, 2001.

Mucsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan PTUN di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 2000.

Seno Adji, Umar, *Peradilan Bebas Negara Hukum,* Erlangga, Jakarta, 1985.

Sekretariat Jendral dan kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, *Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah konstitusi 2003-2009,* Jakarta: Sekretariat Jendral dan kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Cetakan Pertama, 2009.

Jurnal:

Ahsin Tohari, A., "Jalan Terjal Konstitusionalisme Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Vo. I No. 1, MKRI, Juli 2004.

Asyar, Ahmad, "Kewenangan Komisi Yudisial dalam Pengangkatan Hakim Agung Berdasarkan pada UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial", *Jurnal DAHA*, Vol. I, No. 42, Januari 2009.

Boies, David, "*Judicial Independence and the Rule of Law*", *Journal of Law & Policy*, Vol. 22:57, 2006.

Chodijah, Nurul, "Eksistensi Komisi Yudisial dalam Mewujudkan Kekuasaan Kehakiman yang Merdeka", *Jurnal Ilmu Hukum Syiar Madani*, 2010.

Duswara Machmudin, Dudu, "Peranan Keyakinan Hakim dalam Memutus Suatu Perkara di Pengadilan", *Varia Peradilan*, Jakarta, 2006.

Harjono, "Lembaga Negara Dalam UUD 1945", *Jurnal Konstitusi*, Vol. IV, No. 2, Sekjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, Juni 2007.

Indrayana, Denny, "Negara Hukum Indonesia Pasca Soeharto: Transisi Menuju Demokrasi vs Korupsi", *Jurnal Konstitusi*, Jakarta, 2004.

Malik, "Perspektif Pengawasan Komisi Yudisial Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 005/PUU/IV/2006", *Jurnal Hukum* Vol. 1 No. 2, Universitas Bung Hatta, Desember 2007.

Marzuki, Laica, "Kesadaran Konstitusi dalam Kaitan Konstitusionalisme", *Jurnal Konstitusi*, Jakarta, 2009.

Siahaan, Lintong O., "Peran Hakim dalam Pembaharuan Hukum di Indonesia", *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, Tahun ke 36 No. 1, Januari-Maret 2006.

Sukriono, Didik, "Dikotomi Keadilan Prosedural dan Keadilan Substansial Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Pusat Kanjian Konstitusi (PKK) FH. Universitas Kanjuruhan Malang kerjasama dengan MKRI, 2012.

Titik, Tutik Triwulan, "Pengawasan Hakim Konstitusi dalam Sistem Pengawasan Hakim Menurut Undang Undang Dasar NRI 1945", *Jurnal Dinamika Hukum*, Jakarta, 2012.

Wignjosumarto, "Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum pada Era Reformasi dan Transformasi", Varia Peradilan, Jakarta, 2006.

Makalah:

Safa'at, Muchamad Ali, "Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Checks and Balances", *Makalah* Seminar Nasional Mekanisme Constitutional Question Sebagai Sarana Menuju Supremasi Konstitusi, Kerjasama Sekjen dan Kepaniteraan MKRI dengan PKK FH. Universitas Brawijaya Malang, 21 Nopember 2009.

Rekomendasi Seminar Nasional *"Sistem Pengawasan dan Kode Etik*

Hakim Konstitusi di Jerman dan Indonesia", Di Saphire Hotel, Borobudur Room, Hanns Seidel Foundation (HSF) Indonesia bekerjasama dengan Departemen Hukum Tata Negara (HTN) dan Program Pascasarjana (S2 dan S3) Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (FH UII), Senin, 21 Maret 2011.

Disertasi:

Sirajjudin, "Sistem Pengawasan Terhadap Dalam Format Negara Hukum", *Proposal Disertasi*, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya Malang, 2007.

Surat Kabar:

Daming, Saharuddin, "Wabah The Dark Juctice dan Tirani Peradilan," *Tempo*, 2011.

Putusan Pengadilan:

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Undang Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman terhadap Undang Undang Dasar 1945.

Peraturan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial.

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Perubahan Kedua UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Internet:

Firdinal, Ziffany, "Reposisi Mekanisme Pengawasan Hakim Konstitusi Kepada Komisi Yudisial", Zifan.blogspot.com/2012/11/reposisi-mekanisme-pengawasan-hakim.html

3

Pengawasan atas Implementasi Putusan MK Demi Tercapainya Kepastian Hukum di Indonesia

Oleh: Safrina Fauziyah R

1. Pendahuluan

Indonesia sebagai negara hukum, mengatur hubungan dengan warga nergaranya dalam konstitusi yang kemudian dianggap sebagai landasan hukum dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara.[1] Salah satu bentuk hubungan antara negara dan warga negaranya dapat dilihat dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan yang tertuang di dalam konstitusi.[2] Miriam Budiarjo menyatakan apanbila memandangan negara dari sudut kekuasaan dan memandangnya sebagai organisasi kekuasaan maka UUD 1945 dianggap sebagai lembaga atau kumpulan asas yang menetapkan bagaimana kekuasaan dibagi antara lembaga kenegaraan misalnya: legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Menurut beliau, di negara-negara demokrasi konstitusional, UUD mempunyai fungsi dalam membatasi kekuasaan negara agar

1 Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni: Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif (The Pure Theory of Law),* diterjemahkan oleh Raisul Muttaqin, (Bandung: Nusamedia, 2008), hlm. 317.

2 Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-undang Dasar Negara RI Tahun 1945: Buku VI Kekuasaan Kehakiman,* (Jakrta: Sekretariat Jenderal dan Kepantiteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), hlm. 451.

tidak bertindak sewenang-wenang.[3]

Sistem ketatanegaraan Indonesia mengalami perubahan pasca reformasi 1998 dengan adanya amandemen Undang-undang 1945. Sebelum dilakukannya amandemen, UUD 1945 mengandung banyak kekurangan salah satunya adalah tidak tersedianya mekanisme check & balances,[4] sehingga melumpuhkan kontrol yudisial terhadap pelaksanaan kekuasaan yang sentralistik dan otoriter. Pada akhirnya disadari bahwa untuk menciptakan pemerintahan yang demokratis yang konstitusional dibutuhkan lembaga yang memiliki kewenangan untuk melakukan kontrol yudisial terhadap penyelenggaraan negara.

Salah satu materi perubahan mendasar dalam amandemen UUD 1945 adalah diakomodasinya pengujian terhadap undang-undang (*review)*.[5] Salah satu pembahasan dalam amandemen tersebut adalah karena tidak diwadahinya upaya hukum jika terjadi pelanggaran konstitusi oleh Negara melalui produk hukum berupa undang-undang.[6] Oleh karena itu, urgensi di akomodasinya pengujian undnag-undang untuk menjamin pemenuhan hak konstitusional warga Negara merupakan sebuah kebutuhan yang fundamental.

Pembahasan mengenai kewenangan pengujian undang-undang ini kemudian melahirkan sebuah lembaga Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi (*The Guardian of The Constitution)*[7]. Mahkamah Konstitusi dibentuk berdasarkan amanat dari pasal 24C jo Pasal III Aturan Peralihan Perubahan UUD 1945. Fenomena keberadaan Mahkamah Konstitusi di dalam dunia ketatanegaraan merupakan sesuatu yang baru sehingga Mahkamah Konstitusi menjadi

---

3 Miriam Budiarjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik,* (Jakarta: Gramedia, 1982), hlm. 96.

4 Mekanisme *check and balances* adalah sebuah mekanisme yang menciptakan pembagian kekuasaan atau pemisahan kekuasaan yang memungkinkan adanya proses saling mengawasi dan mengimbangi diantara cabang-cabang kekuasaan negara yang ada.

5 Fatmawati, *Hak Menguji (Toetsingrecht) yang dimiliki Hakim dalam Sistem Hukum Indonesia,* (Jakarta: Raja Grafindo, 2005), hlm. 3.

6 Ikhsan Rosyada P, *Mahkamah Konstitusi: Memahami Keberadaannya dalam Ketatanegaraan RI,* (Jakarta: Rineka Cipta, 2006), hlm. 19.

7 Fatkhorohman, *et al*, Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004), hlm. 3.

trend terutama dinegara-negara yang baru mengalami perubahan rezim ke rezim demokratis[8].

Lahirnya Mahkamah Konstutisi memberikan susunan baru dalam kekuasaan kehakiman yang melakukan fungsi peradilan dalam menangani permasalahan ketatanegaraan berdasarkan otoritas UUD 1945 yang mengenai wewenangnya secara teoritis, Mahkamah Konstitusi dibentuk dengan maksud agar berfungsi sebagai lembaga yang memiliki otoritas didalam menafsirkan konstitusi, menyelesaikan sengketa antarlembaga negara yang sumber kewenangannya berasal dari konstitusi dan memberikan putusan mengenai pemberhentian presiden dan/atau wakil presiden[9]. Selain itu Mahkamah Konstitusi juga berperan di dalam melakukan *judicialization of politics.*[10] Realitasnya, ide dasar pembentukan Mahkamah Konstitusi tersebut ternyata tidak diakomodir seluruhnya walaupun terdapat penambahan. Hal tersebut terdapat dari rumusan Pasal 24 C ayat 1 perubahan ketiga UUD 1945 yang berbunyi:

> *"Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu".*

Disamping itu berdasarkan Pasal 24 C ayat 2 UUD berbunyi:

"Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas

---

8 KRHN, "*Gagasan Pembentukan Mahkamah Konstitusi"* Suatu Analisa Kritis, Makalah pada semiloka "RUU Mahkamah Konstitusi" yang diselenggarakan oleh PP-Otoda FH Universitas Brawijaya bekerjasama dengan KRHN, BATU, 18- Desember 2002, mengutip Jimly Asshidiqie, *Mahkamah Konstitusi: Fenomena Hukum TatatNegara Abada ke-20,* (Makalah Diskusi terbatas KRHN, 18 Juni 2002), hlm. 1-2.

9 Soehino, *Hukum Tata Negara, Sumber-sumber Hukum Tata Negara Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1985), hlm. 182.

10 Kontrol Yurisdiksionil adalah adanya peraturan-peraturan hukum yang menentukan hak-hak atau kekuasaan-kekuasaan tersebut dan semuanya itu pelaksanaannya diawasi dan dilindungi oleh organ-organ pengadilan dan lembaga-lembaga lainnya dengan tujuan membatasi kekuasaan penguasa, melainkan juga pemberian kekuasaan kepada lembaga peradilan untuk mengontrol, mengatur serta mengendalikan lembaga-lembaga politik dan lembaga-lembaga administrasi.

pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran presiden dan/ atau wakil presiden menurut UUD"

Kekuasaan Negara sebagai kekuasaan yang merdeka berarti bebas dan lepas dari campur tangan pemerintah atau badan Negara yang lain atau dari pihak lain yang akan mempengaruhi penyelenggaraan tugas serta kewenanngannya untuk menyelenggarakan peradilan guna menengakkan hukum dan keadilan. Berdasarkan pasal 24 ayat 2 Perubahan Ketiga UUD 1945, yag diberikan kewenangan oleh UUD untuk melakukan kekuasaan kehakiman adalah Mahkamah Agung beserta badan-badan peradilan dibawahnya dan Mahkamah Konstitusi. Badan-badan peradilan selaku pelaku kekuasaan kehakiman mengemban tugas pokok yakni melaksanakan pelayanan publik dalam pemberian keadilan.[11]

Jimly Asshiddiqie menjelaskan bahwa pembentukan Mahkamah Konstitusi memiliki latar belakang yang berrbeda pada setiap negara namun secara umum berawal dari suatu proses perubahan politik kekuasaan yang otoriter menuju demokratis[12]. Selain itu, adanya kekosongan pengaturan pengujian terhadap undnag-undang (*judicial review)* secara tidak langsung telah menguntungkan penguasa karena tidak ada pihak yang akan mengajukan keberatan atas produk hukum yang dibuat oleh penguasa. Karenannya untuk menjamin bahwa penyusunan peraturan perundang-undangan akan selaras dengan konstitusi harus ditentukan mekanisme untuk mengawasinya melalui hak menguji yang dimiliki oleh Mahakamh Konstitusi.[13]

Dikutip dari Indra Pahlevi dan Slamet Effendy[14], Wakil Ketua Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja Majelis Permusyarakatan Rakyat menyatakan bahwa latar belakang perlunya pembentukan Mahkamah Konstitusi di Negara ini adalah berasal dari kenyataan banyaknya

---

11 Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktik Sehari-hari: Upaya Penanggulangan Tunggakan Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan Mahkamah Agung,* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2001).

12 Ni'matul Huda, *Politik Ketatanegaraan Indonesia: Kajian terhadap Dinamika Perubahan UUD 1945,* (Yogyakarta: FH UII Press, 2003), hlm. 223.

13 *Ibid.,* hlm. 222.

14 Didit Hariadi Estiko dan Suhartono, *Mahkamah Konstitusi: Lembaga Negara Baru Pengawal Konstitusi,* (Jakarta: P3I Sekretariat Jenderal DPR RI, 2003), hlm. 159-162.

problem-problem ketatanegaraan yang bermula dari perbedaan atau sengketa dalam menginterpretasikan UUD oeleh lembaga-lembaga kenegaraan. Keberadaan Mahkamah Konstitusi dalam perimbangan kekuasaan lembaga-lembaga Negara adalah sebagai badan peradilan yang menjadi penyeimbang antara kekuasaan eksekutif dan legislatif, yaitu dengan menempatkan kekuasaan lembaga-lembaga Negara sesuai dengan proporsi atau ruang lingkup yang diatur menurut UUD 1945.

Kedudukan Mahkamah Konstitusi di bidang yudikatif adalah sebagai lembaga Negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan dan bertanggungjawab untuk mengatur organisasi, personalia, administrasi dan keuangannya sendiri.[15] Bahkan demi menjamin independensinya kedudukan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Undang-undang No. 24 Tahun 2003 menentukan pula bahwa anggaran Mahkamah Konstitusi dibebankan pada mata anggaran tersendiri dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara.[16] Demi kelancaran pelaksanaan tugasnya Mahkamah Konstitusi dibantu oleh sebuah Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan yang susunan organisasi, fungsi, tugas dan wewenangnya diatur melalui Keputusan Presiden atas usul dari Mahkamah Konstitusi.[17]

2. Wewenang Mahkamah Konstitusi Menguji UU terhadap UUD NRI 1945

Kewenangan untuk menguji UU terhadap UUD *(judicial review)* secara teoritik maupun secara praktik dikenal dengan dua macam yaitu: pengujian formal (*formele toetsingsrecht)* dan pengujian secara materil (*meteriele toetsingsrecht)*. Pengujian secara formal adalah wewenang untuk menilai apakah suatu produk legislative dibuat sesuai dengan prosedur atau tidak. Serta apakah suatu kekuasaan berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Sedangkan pengujian secara materil adalah wewenang untuk menyelidiki atau menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan bertentangan atau tidak dengan peraturan yang lebih tinggi.[18]

---

15 Pasal 2 jo Pasal 12 jo Pasal 86 Undang-undang No. 24 Tahun 2003

16 Pasal 9 Undang-undang No. 24 Tahun 2003

17 Pasal 7 jo pasal 8 Undang-undang No. 24 Tahun 2003

18 Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, (Bandung: Alumni,

Bilamana Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang dari pemohon beralasan maka amar putusan Mahkamah Konstitusi menyatakan permohonan dikabulkan.[19] Bila tidak beralasan maka amar putusan Mahkamah Konstitusi menyatakan permohonan tidak dapat diterima.[20] Terhadap permohonan yang dikabulkan, Mahkamah Konstitusi melakukan pemeriksaan untuk kemudian memutuskan apakah bertentangan atau tidaknya suatu undang-undang, baik karena pembentukan undang-undang yang tidak sesuai atau tidak berdasarkan UUD mamupun mengenai materi ayat, pasal, dan/atau bagian suatu undang-undang.[21]

Maka dari itu berdasarkan kewenangangan yang dimiliki Mahkamah Konstitusi untuk menguji konstitusionalitas, Mahkamah Konstitusi melalui putusannya dapat menyatakan bahwa rumusan dari suatu undang-undang tidak mempunyai kekuatan hukum karena bertentangan dengan UUD. Terhadap suatu undang-undang, Mahkamah Konstitusi dapat membatalkan keberlakuannya karena tidak sesuai dan tidak berdasarkan pada UUD. Mahkamah Konstitusi berfungsi sebagai peradilan yang secara positif mengoreksi undang-undang yang dihasilkan oleh DPR bersama Presiden dalam penyelenggaraan negara berdasarkan hukum yang mengatur perikehidupan masyarakat bernegara. Artinya bahwa, Mahkamah Konstitusi melalui pengujian secara materiil dan formil terhadap suatu undang-undnag mempunyai fungsi kontrol dalam suatu sistem hukum. Hal ini terwujud dalam bentuk pengujian secara materiil dan formil terhadap undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi.

3. Mahkamah Konstitusi sebagai Lembaga Negara yang Berwenang Melakukan Uji Materiil.

Pemberian wewenang *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi dirasa tepat karena:

a. Menurut paham konstitusionalisme, dimana UUD

1986), hlm. 47.

19 Pasal 56 ayat 2 Undang-undang No. 24 Tahun 2003

20 Pasal 56 ayat 1 Undang-undang No. 24 Tahun 2003

21 Pasal 51 jo pasal 56 Undang-undang No. 24 Tahun 2003

kedudukannya adalah sebagai bentuk peraturan yang tertinggi, maka hakim harus memiliki wewenang untuk membatalkan setiap tindakan presiden dan juga setiap UU yang bertentangan dengan UUD.[22]

b. *Judicial review* merupakan proses *judicialization of politics* terhadap produk legislative. Hal ini didasarkan pada asumsi bahwa UU merupakan produk politik yang sering kali lebih mengedepankan kepentingan politik suara mayoritas dan cenderung mengabaikan aspek keadilan dalam proses pengambilan keputusan. Oleh karenanya hal tersebut harus dikontrol. Diberikannya wewenang *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi telah mendorong mekanisme *check & balance* dalam penyelenggaraan kekuasaan Negara.

4. Putusan Mahkamah Konstitusi

Banyak pertanyaan yang diajukan berkenaan dengan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi karena banyak hal yang menarik perhatian banyak orang dan menjadi diskusi yang hangat. Tidak hanya karena susbtansi putusannya yang berkaitan dengan kebijakan negara yang berkaitan dengan kepentingan seluruh warga negara berdasarkan kewenangannya menguji undang-undang terhadap UUD, tetapi juga pada praktiknya implementasi putusan Mahkamah Konstitusi merupakan satu masalah tersendiri yang berkaitan erat dengan efektifitas mekanisme *check and balances*.[23] Beberapa diantara putusan Mahkamah Konstitusi mendapat reaksi dan kritik dari banyak pihak, terutama dari kalangan anggota DPR sebagai pihak pembuat undang-undang. Secara keras bahwa pernah ada anggota DPR yang menuduh Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan kewenangannya melakukan *abuse of power* dan melanggar ketentuan didalam undang-undang Mahkamah Konstitusi.[24]

Putusan Mahkamah Konstitusi merupakan pendapat tertulis

---

22 Harun Al Rasyd, *Posisi Mahkamah Agung dalam Ketatanegaraan Sekarang dan Seharusnya*", hlm. 50.

23 Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II,* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006), hlm. 24.

24 Maruar Siregar, *Undang-undang Dasar 1945: Konstitusi yang Hidup,* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan kepantiteraan Mahkamah Konstitusi, 2008), hlm. 394.

hakim tentang perselisihan yang dihadapkan padanya, putusan dibuat berdasarkan alat bukti minimal dan keyakinan hakim, yang merupakan tafsir atas ketentuan atau norma konstitusi terhadap mana norma undang-undang diuji. Putusan tersebut diambil dengan terlebih dahulu mencari konsensus melalui musyawarah hakim untuk mempersatukan sikap dan pendirian yang berbeda dari setiap hakim Mahkamah Konstitusi. Apabila konsensus yang telah diupayakan tidak tercapai, barulah pilihan voting dilakukan dengan suara Ketua Majelis yang memiliki posisi yang menentukan hasil akhir dan hakim Mahkamah Konstitusi yang tidak sependapat dapat menuliskan perbedaan pendapatnya (*Dissenting Opinion)* yang akan dimasukkan kedalam putusan Mahkamah Konstitusi nantinya.

Putusan Mahkamah Konstitusi tidak mengenal putusan sela kecuali dalam sengketa kewenangan lembaga Negara. Dalam pengujian undang-undang akan menghasilkan tiga (3) jenis dictum yakni:

1. Tidak dapat diterima, jika tidak memenuhi syarat *legal standing*, demikian juga jika tidak memenuhi syarat kewenangan yang menjadi dasar bagi Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili dan memutus permohonan pengujian yang diajukan;
2. Mengabulkan permohonan dengan menyatakan materi muatan, ayat, pasal dan/atau bagian undang-udang yang bertentangan dengan UUD 1945 dan karenanya, undang-undang tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat lagi Karena bertentangan dengan UUD;
3. Menolak permohonan karena undang-undang yang diajukan, baik mengenai pembentukannya maupun materinya, sebagian atau seluruhnya tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Setelah menyatakan bahwa suatu undang-undang batal (*nudd and void)* dan tidak berlaku lagi karena bertentangan dengan UUD 1945, Mahkamah Konstitusi memberikan jangka waktu tertentu agar undang-undnag tersebut dapat diperbaiki. Contohnya adalah undang-undang KPK tentang pembentukan Pengadilan Tipikor diberikan waktu tiga (3) tahun untuk merevisi undang-undang tersebut. Jika tidak dilakukan maka undang-undang tersebut secara serta merta tidak berlaku lagi.

Yang menjadi fokus saya disini adalah putusan yang mengabulkan karena putusan ini akan merubah hukum yang berlaku dengan menyatakan materi muatan, ayat, pasal dan/atau bagian undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 dan karenanya, undang-undang tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat lagi merupakan putusan yang besifat *declaratoir constitutief.* Artinya putusan tersebut merubah hukum yang berlaku melalui undang-undang yang dinyatakan inkonstitusional, hanya merupakan pernyataan atau deklarasi belakang.

Sifat konstitutif putusan Mahkamah Konstitusi berarti melahirkan satu keadaan hukum atau menciptakan satu hukum baru. Putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan suatu undang-undang bertentangan dengan UUD berarti telah meniadakan keadaan hukum yang timbul karena undang-undang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Status sebuah pasal dalam UU yang telah dinyatakan tidak mempunyai hukum mengikat oleh Mahkamah Konstitusi tidak dapat digunakan lagi sebagai dasar hukum. Dalam hal demikian, sebagaimana dikatakan oleh Hans Kelsen, hakim Mahkamah Konstitusi merupakan *negative legislator*[25] yang membatalkan undang-undang yang dibuat oleh DPR bersama Presiden (*positive legislator).* Hal itu sejalan dengan dasar pemikiran bahwa keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai *The Guardian of Constitution*. Disebut sebagai penjaga konstitusi karena pada dasarnya konstitusi merupakan "wujud mati" dan tidak akan dapat berbuat apapun tanpa ada lembaga yang dapat menegakkan prinsip-prinsip dasar yang ada. Oleh karena itu sebagai penjaga konstitusi, Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan melakukan penafsiran, apakah suatu undang-undang bertentangan dengan konstitusi atau tidak.

Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka utuk umum. Sifat putusan yang bersifat final tersebut berarti putusan Mahkamah

25 Henry Conserva, *Understanding The Constitution,* (Bloomington: AuthorHouse, 2011), hlm. 13. Negative Legislator berarti bahwa Mahkamah Konstitusi tidak dapat memuat norma baru karena wewenang dari Mahkamah Konstitusi hanya dapat menyatakan bahwa suatu UU yang diuji bertentangan atau tidak dengan UUD baik seluruh mapun sebagian. Sehingga UU tersebut dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum

Konstitusi mau tidak mau harus dilaksanakan dan tidak diperkenankan adanya upaya hukum lanjutan atas putusan tersebut seperti banding, kasasi dan Peninjauan Kembali (PK). Sifat final tersebut juga berarti bahwa putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dalam persidangan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh (*inkracht van gewijsde*). Sifat mengikat putusan Mahkamah Konstitusi berbeda dengan putusan peradilan pada umumnya.

Akibatnya, satu putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh berlaku surut/nonretroaktif melainkan sifatnya harus prospektif. Undang-undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa UU tersebut bertentangan dengan UUD. Ketentuan ini dikenal dengan *presumtion of constitutionality.* Umumnya di dalam perundnag-undangan Mahkamah Konstitusi di negara lain hal itu hanya dipandang sebagai asas yang mengenal pengecualian-pengecualian tertentu.

Jika di Peradilan Umum putusan hanya mengikat bagi para pihak berperkara (*interparties*) maka putusan Mahkamah Konstitusi juga mengikat bagi semua orang dan badan hukum yang ada di Indonesia. Sehingga putusan Mahkamah Konstitusi dikatakan sebagai *negatif legislator* yang bersifat *erga omnes.*[26] Makna mengikat (*in kracht van gewijsde)* berarti memiliki akibat hukum bahwa para pihak yang berperkara harus menanggung akibat putusan tersebut. Oleh karena Putusan Mahkamah Konstitusi adalah putusan yang mengikat dan final maka putusan tersebut haruslah didasari oleh nilai-nilai filosofi dan mempunyai nilai kepastian hukum yang mengikat, yang bertenggger pada nilai–nilai keadilan. Sehingga putusan Mahkamah Konstitusi selalu menjunjung tinggi nilai-nilai keadilan serta bermuara pada keadilan dan kepastian hukum.

Keadilan menjadi substansi utama yang idealnya menentukan putusan Mahkamah Konstitusi.[27] Mengacu pada pendapat Van

26 Erga omnes artinya putusan tersebut mengikat bagi seluruh warga Negara , jadi tidak hanya mengikat bagi pihak ynag berperkara saja.

27 Mariyadi Faqih, Nilai-Nilai Filosofi Putusan Mahkamah Konstitusi yang Final dan Mengikat", *Jurnal Konstitusi,* Volume 7 Nomor 3, Juni 2010, hlm. 114

Apeldoorn.[28] sebagaimana yang telah dikemukakan di atas yang menyatakan bahwa wujud hukum tidak hanya sebatas peraturan perundang-undangan yang berlaku mengikat namun juga menjelma dalam putusan-putusan hakim yang juga bersifat mengatur dan memaksa. Menurut K. C. Wheare, interpretasi hakim Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu cara perubahan konstitusi secara informal. Artinya putusan-putusan Mahkamah Konstitusi atas pengujian suatu undang-undang merupakan konstitusi baru yang memiliki kekuatan hukum mengikat. Tidak ada alasan bagi penyelenggara negara untuk tidak menjalankan putusan Mahkamah Konstitusi, karena kekuatan hukum putusan itu adalah sama dengan perintah konstitusi. Maruarar Siahaan menyebutkan putusan demikian sebagai putusan yang bersifat konstitutif.

5. Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi

Pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut berlangsung dengan sendirinya setelah pengucapan sidang putusan yang terbuka untuk umum. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dimuat dalam berita negara, fungsinya hanya merupakan pengumuman dan penyebarluasan informasi tentang perubahan hukum yang berlaku, sedangkan akibat hukumnya telah timbul dan mengikat sejak putusan diucapkan. Dan terdapat kewajiban untuk mengirimkan atau menyampaikan putusan kepada DPR, DPD, Presiden dan mahkamah Agung tidak merubah efektivitas keberlakuan akibat hukum putusan Mahkamah Konstitusi dan tidak merubah essensi Pasal 47 Undang-undang Mahkamah Konstitusi.

Berbeda dengan putusan Pengadilan Biasa, putusan Mahkamah Konstitusi yang berhadapan dengan undang-undang yang memuat kebijakan, maka Mahkamah Konstitusi tidak memiliki instrumen untuk memaksa pelaksanaan putusan tersebut (*enforcment).* Dalam putusan undang-undang yang memuat norma hukum berupa larangan dan keharusan, maka daya berlaku *prescription of norms* Mahkamah Konstitusi yang meniadakan *prescription of norms* pembuat undang-undang telah berlaku sendiri terhitung sejak tanggal pengucapan atau pengumuman putusan dalam sidang putusan yang terbuka untuk umum.

---

28 Van Apeldoorn, 1990, *Pengantar Ilmu Hukum,* Cet. XXIV, (terjemahan Oetarid Sadino), Jakarta: Pradnya Paramita, hlm. 4-5

Implementasinya akan ditegakkan oleh mekanisme hukum itu sendiri. Jika masih ada pihak-pihak yang masih menggunakan ketentuan hukum yang lama, yang telah dinyatakan inkonstitusional dan tidak berlaku lagi maka tuntutan ganti rugi dalam proses hukum pidana, perdata atau tata usaha negara boleh digerakkan. Dalah hal demikian juga dapat dikatakan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi baru menyelesaikan tataran nilai yang baru pada tingkat penyelarasan nilai yang termuat dalam UUD 1945 sebagai hukum dasar dan hukum tertinggi yang menjadi sumber legitimasi dari perundang-undnagan dibawahnya.

Mahkamah Konstitusi merupakan bagian peran serta serta dalam proses politik. Akan tetapi kekuasaan Mahkamah Konstitusi sepenuhnya akan tergantung pada diteriman dan dilaksanakan atau tidaknya putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi sendiri tidak dapat melaksanakan keputusan-keputusanya sendiri. Tidak ada polisi atau juru sita pengadilan atau instrumen lain yang turut memaksa pelaksanaan apa yang telah diputusakan oleh Mahkamah Konstitusi. Kekuasaan Mahkamah Konstitusi sebenarnya terletak pada konstitusi itu sendiri dan undang-undang Mahkamah Konstitusi yang menjelaskan kewenangan dari tugas Mahkamah Konstitusi tersebut.

Jadi pelaksanaan atas putusan Mahkamah Konstitusi terletak pada aturan hukum dan itikad baik dari kesepakatan seluruh lembaga dan pihak-pihak yang berpartisipasi dalam proses politik yang dapat berperan dalam implementasi putusan Mahkamah Konstitusi. Maka tidak dapat dielakkan bahwa interaksi-interaksi sosial akan menentukan implementasi putusan Mahkamah Konstitusi yang dapat digunakan untuk mengukur efektifitas berjalan atau tidaknya mekanisme *check and balances* melalui kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi. Maka dari itu terdapat beberapa keadaan yang memerlukan perhatian yaitu:

1. Apakah masyarakat cukup memahami, menerima dan bersedia memberikan dukungan terhadap implementasi putuan Mahkamah Konstitusi;
2. Sejauh mana keputusan tersebut dapat dilaksanakan oleh eksekutif dan legislatif dalam bentuk revisi undang-undang dan pembentukan peraturan pelaksana;
3. Serta seberapa jauh putusan tersebut dipatuhi oleh hakim dalam pengambilan keputusan (*decision making)* ketika

menyelesaikan perkara yang didasarkan pada undang-undang yang diuji tersebut.

Pada dasarnya permasalahan dalam Mahkamah Konstitusi terletak dalam implementasi putusannya karena tidak selalu pihak yang berkepentingan akan melaksanakan putusan tersebut. Karena bisa jadi bahwa sebagai pelaku politik mereka memiliki kepentingan politik dan karenanya mereka diharuskan untuk menyusun sebuah kebijakan berdasarkan kepentingan politiknya, sehingga apabila putusan Mahkamah Konstitusi tersebut berpotensi merugikan kepentinganya maka ia akan menentang dengan keras atas implementasi putusan Mahkamah Konstitusi. Atau bahkan mereka akan melakukan serangan balik kepada Mahkamah Konstitusi denan mengurangi kewenangan dan kekuasaan yang dimiliki Mahkamah Konstitusi.

Jika warga Negara menghargai kemandirian Mahkamah Konstitusi dan memandang penghormatan atas putusan Mahkamah Konstitusi penting, maka jika sikap para pejabat untuk menolak putusan bisa jadi mengakibatkan hilanganya dukungan publik. Kekhawatiran akan reaksi public dapat menjadi satu dorongan kuat untuk implementasi atas putusan Mahkamah Konstitusi. Tetapi implementasi putusan Mahkamah Konstitusi agar efektif, dukungan publik saja tidak cukup.

Contohnya adalah putusan Mahkamah Konstitusi yang membatalkan Pasal 50 Ayat 3 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional terkait keberadaan sekolah-sekolah Rintisan Sekolah Bertaraf Internasional (RSBI). Pasal ini dinilai bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan keputusan Mahkamah Konstitusi ini, sekolah internasional yang dibiayai pemerintah harus dihapuskan. Namun, putusan Mahkamah Konstitusi atas pasal ini tidak berarti banyak untuk perubahan pendidikan, jika implementasinya tidak diawasi oleh publik.

Selama ini, banyak putusan Mahkamah Konstitusi yang progresif menjadi mandul ketika diimplementasikan pada publik. Putusan Mahkamah Konstitusi tidak mengubah suatu keadaan jika tidak dikawal melalui berbagai pengawasan dalam implementasi Undang-undang baru atau revisinya. Pengawasan publik tidak akan efektif selama tidak ada pengawasan dari pihak internal Mahkamah Konstitusi untuk mengawasi implementasi putusan tersebut. Tetap dibutuhkan suatu

sistem pengawasan atas implementasi putusan Mahkamah Konstitusi agar didalam praktiknya tidak lagi ditemukan adanya pelaksanaan pasal dalam Undang-undang tersebut.

Apakah hal tersebut dimungkinkan? Mengingat bahwa implementasi putusan Mahkamah Konstitusi akan di tegakkan oleh mekanisme hukum itu sendiri. Kekuasaan Mahkamah Konstitusi sepenuhnya akan tergantung pada diterima dan dilaksanakan atau tidaknya putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi sendiri tidak dapat melaksanakan keputusan-keputusanya sendiri. Tidak ada polisi atau juru sita pengadilan atau instrumen lain yang turut memaksa pelaksanaan apa yang telah diputusakan oleh Mahkamah Konstitusi. Kekuasaan Mahkamah Konstitusi sebenarnya terletak pada konstitusi itu sendiri dan undang-undang Mahkamah Konstitusi yang menjelaskan kewenangan dari tugas Mahkamah Konstitusi tersebut. Jika masih ada pihak-pihak yang masih menggunakan ketentuan hukum yang lama, yang telah dinyatakan inkonstitusional dan tidak berlaku lagi maka tuntutan ganti rugi dalam proses hukum pidana, perdata atau tata usaha negara boleh digerakkan.

Implementasi atas putusan Mahkamah Konstitusi terletak pada aturan hukum, itikad baik dari kesepakatan seluruh lembaga dan pihak-pihak yang berpartisipasi dalam proses politik yang dapat berperan dalam implementasi putusan Mahkamah Konstitusi, kesediaan publik untuk memberikan dukungan terhadap implementasi putusan Mahkamah Konstitusi, sejauh mana keputusan tersebut dapat dilaksanakan oleh eksekutif dan legislatif dalam bentuk revisi undang-undang dan pembentukan peraturan pelaksana, serta seberapa jauh putusan tersebut dipatuhi oleh hakim dalam pengambilan keputusan (*decision making)* ketika menyelesaikan perkara yang didasarkan pada undang-undang yang diuji tersebut.

Jadi pengawasan internal atas implementasi putusan Mahkamah Konstitusi tidak lagi dimungkinkan untuk dilakukan. Sistem pengawasan memang masih menjadi permasalahan utama bangsa ini. Begitu juga dengan tidak adanya pengawasan atas implementasi putusan MK menyebabkan putusan MK tersebut menjadi mandul. Maka dari itu diperlukan pengawasan atas implementasi putusan MK agar terjadi kepastian hukum dan menjamin keadilan bagi masyarakat Indonesia.

6. Kesimpulan

Implikasi terbesar dari lembaga dan mekanisme baru dalam bentuk kewenangan Mahkamah Konstitusi tersebut adalah lahirnya pengawasan dan keseimbangan dalam penyelenggaraan kekuasaan negara yang selama ini tidak terbayangkan, yang membatasi keleluasaan legislatif dan eksekutif dalam menafsirkan dan menjalankan kewenangannya menurut UUD 1945. Kelemahan Mahkamah Konstitusi terletak pada praktiknya implementasi putusannya karena implementasi putusan Mahkamah Konstitusi akan di tegakkan oleh mekanisme hukum itu sendiri dan Mahkamah Konstitusi tidak dapat melaksanakan keputusan-keputusanya sendiri. Jadi tidak ada instrumen yang turut memaksa atas implementasi putusan Mahkamah Konstitusi, hanya dimungkinkan adanya tuntutan ganti rugi dalam proses hukum pidana, perdata atau tata usaha negara boleh digerakkan jika masih ada pihak-pihak yang masih menggunakan ketentuan hukum yang lama, yang telah dinyatakan inkonstitusional dan tidak berlaku lagi. Implementasi atas putusan Mahkamah Konstitusi hanya didasarkan pada itikad baik dari para terutama kesediaan publik untuk memberikan dukungan untuk melakukan pengawasan terhadap implementasi putusan Mahkamah Konstitusi.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Apeldoorn, Van, *Pengantar Ilmu Hukum,* Cet. XXIV. terjemahan Oetarid Sadino. Jakarta: Pradnya Paramita, 1990.

Asshiddiqie, Jimly, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II.* Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.

Budiarjo, Miriam, *Dasar-dasar Ilmu Politik.* Jakarta: Gramedia, 1982.

Conserva, Henry, *Understanding The Constitution.* Bloomington: AuthorHouse, 2011.

Estiko, Hariadi Didit dan Suhartono, *Mahkamah Konstitusi: Lembaga Negara Baru Pengawal Konstitusi.* Jakarta: P3I Sekretariat Jenderal DPR RI, 2003.

Fatkhorohman, *et al*., Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004.

Fatmawati, *Hak Menguji (Toetsingrecht) yang dimiliki Hakim dalam Sistem Hukum Indonesia.* Jakarta: Raja Grafindo, 2005.

Huda, Ni'matul, *Politik Ketatanegaraan Indonesia: Kajian terhadap Dinamika Perubahan UUD 1945.* Yogyakarta: FH UII Press, 2003.

Kelsen, Hans, *Teori Hukum Murni: Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif (The Pure Theory of Law).* diterjemahkan oleh Raisul Muttaqin. Bandung:Nusamedia, 2008.

Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-undang Dasar Negara RI Tahun 1945: Buku VI Kekuasaan Kehakiman.* Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepantiteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.

Panggabean, P. Henry, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktik Sehari-hari: Upaya Penanggulangan Tunggakan Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan Mahkamah Agung.* Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2001.

---------, *Mahkamah Konstitusi: Memahami Keberadaannya dalam Ketatanegaraan RI.* Jakarta: Rineka Cipta, 2006.

Siregar, Maruar, *Undang-undang Dasar 1945: Konstitusi yang Hidup*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan kepantiteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.

Soehino, *Hukum Tata Negara, Sumber-sumber Hukum Tata Negara Indonesia*. Yogyakarta: Liberty, 1985.

Soemantri, Sri. 1986. *Hak Menguji Material di Indonesia*. Bandung: Alumni.

Jurnal:

Faqih, Mariyadi. 2010. Nilai-Nilai Filosofi Putusan Mahkamah Konstitusi yang Final dan Mengikat. *Jurnal Konstitusi,* Volume 7 Nomor 3.

4

Mencari Sosok Hakim Konstitusi yang Ideal Berdasarkan Pancasila[1]

Oleh: Mompang L. Panggabean

A. Pendahuluan

Masyarakat Indonesia terperangah dan prihatin ketika baru-baru ini merebak kabar tentang suap yang menyeret salah seorang hakim konstitusi. Berbagai kasus suap atau korupsi yang melanda para penegak hukum di tanah air telah menumpuk dari waktu ke waktu dan seakan-akan tidak ada habisnya. Tak pelak lagi, timbul komentar masyarakat awam, setelah Mahkamah Konstitusi, lembaga mana lagi selanjutnya?

Indikator menurunnya/tergesernya kualitas pendekatan keilmuan dengan "pendekatan/orientasi lain" dalam penegakan hukum terlihat antara lain dalam fenomena adanya realita yang sering diresahkan masyarakat umum bahwa ada "budaya amplop", "budaya materi" atau "budaya permainan kotor/tercela" dalam praktik penegakan hukum.[2] Mafia peradilan yang telah lama ditengarai tumbuh dan berkembang dalam sistem penegakan hukum seakan-akan terus mengalami mutasi sesuai dengan perubahan dan perkembangan jaman. Berbagai

1 Disampaikan sebagai sumbangan pemikiran untuk Konferensi Nasional Mahkamah Konstitusi dan Perlindungan Konstitusional Hak Warga Negara, diselenggarakan oleh Setara Institute, 18-19 November 2013 di Royal Kuningan Hotel, Jakarta.

2 Barda Nawawi Arief, *Reformasi Sistem Peradilan: Sistem Penegakan Hukum di Indonesia*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2011), hlm. 43-44.

penamaan yang dipergunakan, seperti uang pelicin, uang semir, apel Malang, apel USA, dan sebagainya, seakan-akan belum cukup untuk menunjukkan kelindan yang begitu erat antara berbagai pihak yang berhubungan dengan penegak hukum dalam menyelesaikan perkara yang dihadapi.

Menilik perjalanan penegakan hukum di Indonesia, masih relevan untuk mengetengahkan pemikiran tentang sistem hukum menurut Lawrence Friedman, di mana unsur-unsur hukum menurutnya terdiri atas substansi, struktur dan budaya. Kaitan antara ketiganya sangatlah erat sebagaimana ia paparkan berikut ini.[3]

> "Struktur sebuah sistem adalah kerangka badannya; ia adalah bentuk permanennya, tubuh institusional dari sistem tersebut, tulang-tulang keras yang kaku yang menjaga agar proses mengalir dalam batas-batasnya. Struktur sebuah sistem yudisial terbayang ketika berbicara tentang jumlah para hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Sementara substansi tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan mengenai bagaimana institusi-institusi itu harus berperilaku. Selain kedua hal di atas, terdapat kekuatan-kekuatan sosial terus menerus menggerakkan hukum yang merupakan elemen sikap dan nilai sosial, yang disebut sebagai kultur hukum. Kultur hukum mengacu pada bagian-bagian yang ada pada kultur umum – adat kebiasaan, opini, cara bertindak dan berpikir – yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial menuju atau menjauh dari hukum dan dengan cara-cara tertentu. Suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks di mana stuktur, substansi, dan kultur berinteraksi."

Meskipun reformasi telah bergulir lima belas tahun di tanah air, tetapi dalam dunia penegakan hukum masih terus timbul pergulatan kemanusiaan yang tidak kunjung berhenti. Keberadaan Mahkamah

3 Lawrence M. Friedman, *Sistem Hukum. Perspektif Ilmu-ilmu Sosial,* diterjemahkan dari: *The Legal System. A Social Science Perspective* oleh: M. Khozim, (Bandung: Nusa Media, 2011), hlm. 15-19

Konstitusi sebagai *constitution guardian* mendapat ujian yang hebat dengan begitu banyaknya perkara yang harus ditangani oleh kesembilan orang anggotanya. Setidak-tidaknya telah banyak prestasi yang dapat dicatat meskipun di sana-sini ada persoalan yang memerlukan pemikiran dan pembenahan pada masa mendatang.

Tulisan ini berupaya untuk menjawab dua pertanyaan mendasar berkenaan dengan sosok hakim konstitusi, *pertama*, apakah faktor-faktor yang mempengaruhi seorang hakim konstitusi dalam menegakkan hukum berdasarkan falsafah Pancasila; dan *kedua*, bagaimanakah hakim konstitusi yang ideal yang dibutuhkan sebagai penjaga konstitusi dalam negara hukum Pancasila.

B. Sosok Hakim Konstitusi

Pasal 24 ayat (5) UUD NRI Tahun 1945 menyatakan, "Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara." Ketentuan ini ditegaskan kembali pada Pasal 15 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, bahwa Hakim konstitusi harus memenuhi syarat sebagai berikut: a. memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; b. adil; dan c. negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Syarat-syarat lebih lanjut tentang kompetensi seorang hakim konstitusi diatur lebih rinci dalam Pasal 16 UU No. 24 Tahun 2003. Sedangkan Pasal 17 berbunyi, Hakim konstitusi dilarang merangkap menjadi: a. pejabat negara lainnya; b. anggota partai politik; c. pengusaha; d. advokat; atau e. pegawai negeri.

Sejalan dengan ketentuan di atas, Pasal 5 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan, bahwa hakim dan hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, jujur, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum. Hal-hal yang digariskan dalam pasal ini sebagian merupakan bagian dari bidang cakupan yang merupakan kondisi psikologis seorang hakim dan hakim konstitusi, dan dilengkapi oleh keterampilannya secara profesional.

Dengan lahirnya UU No. 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, maka ketentuan Pasal 15 UU No. 24 Tahun 2003 ditambah dengan

adanya ayat (2), sehingga ketentuan Pasal 16 dihapus, karena materi muatannya telah diatur dalam Pasal 15 ayat (2). Apabila dicermati secara rinci, yang membedakan Pasal 16 UU No. 24 Tahun 2003 dengan Pasal 15 ayat (2) UU sebagaimana disebutkan dalam UU No. 8 Tahun 2011, yang mengalami penambahan atau perubahan dapat dilihat dalam tabel berikut:

No.	UU No. 24 Tahun 2003	UU No. 8 Tahun 2011
1.	warga negara Indonesia	warga negara Indonesia
2.	berpendidikan sarjana hukum	berijazah doktor dan magister dengan dasar sarjana yang berlatar belakang pendidikan tinggi hukum
3.		bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa dan berakhlak mulia
4.	berusia sekurang-kurangnya 40 (empat puluh) tahun pada saat pengangkatan	berusia paling rendah 47 (empat puluh tujuh) tahun dan paling tinggi 65 (enam puluh lima) tahun pada saat pengangkatan
5.		mampu secara jasmani dan rohani dalam menjalankan tugas dan kewajiban
6.	tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih	tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap
7.	tidak sedang dinyatakan pailit berdasarkan putusan pengadilan	tidak sedang dinyatakan pailit berdasarkan putusan pengadilan

8.	mempunyai pengalaman kerja di bidang hukum sekurang-kurangnya 10 (sepuluh) tahun	mempunyai pengalaman kerja di bidang hukum paling sedikit 15 (lima belas) tahun dan/atau pernah menjadi pejabat negara

Hal-hal yang ditambahkan ke dalam persyaratan hakim konstitusi adalah:

1. Bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa dan berakhlak mulia;
2. Mampu secara jasmani dan rohani dalam menjalankan tugas dan kewajiban.

Apabila soal ketakwaan berkelindan dengan keimanan dan penghayatan seorang calon hakim konstitusi terhadap keyakinan beragama yang dianutnya, maka yang kedua berhubungan dengan kondisi kesehatan seorang calon hakim konstitusi baik secara jasmani maupun secara rohani. Dengan demikian, hubungan antara seorang calon hakim konstitusi dengan Sang Khalik-nya dan sesamanya, juga didukung oleh kemampuan dirinya sendiri secara fisik dan rohani.

Sedangkan yang diubah adalah ketentuan tentang:

1. Pendidikan: doktor dan magister dengan dasar sarjana yang berlatar belakang pendidikan tinggi hukum;
2. Usia paling rendah: semula ditentukan 40 tahun, tetapi diubah menjadi 47 tahun, dan paling tinggi 65 tahun pada saat pengangkatan;
3. Berkaitan dengan kasus hukum: semula ditentukan "karena tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih" diubah menjadi "tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap;
4. Pengalaman kerja: sekurang-kurangnya 15 tahun di bidang hukum dan/atau pernah menjadi pejabat negara."

Masalah pendidikan menjadi suatu aspek yang menjadi perhatian, sebab kemampuan akademik seorang calon hakim konstitusi dapat dilihat juga dari kepakarannya dalam pendidikan formal. Sementara

batas usia yang semula 40 tahun menjadi 47 tahun tidak luput dari persoalan tingkat kematangan dan kemapanan seseorang dalam kemampuan emosional dan sosialnya. Kasus hukum yang semula hanya menyatakan tidak pernah dipidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap terhadap tindak pidana yang diancam lima tahun penjara atau lebih mendapat pengetatan tanpa mengindahkan lagi soal ancaman pidana di bawah lima tahun. Hal ini untuk memberikan jaminan kepada masyarakat bahwa yang menjadi seorang hakim konstitusi adalah seseorang yang tidak pernah dijatuhi pidana penjara terhadap kasus hukum. Demikian juga yang terakhir, pengalaman kerja di bidang hukum dan/atau pernah menjadi pejabat negara dalam kurun waktu sekurang-kurangnya 15 tahun membuktikan soal kematangan seseorang dalam pengalaman kerjanya.

Berbicara tentang syarat-syarat untuk diangkat menjadi hakim konstitusi sebagaimana diatur pada Pasal 24 ayat (5) UUD NRI Tahun 1945, maka menurut Jimly Asshiddiqie persyaratan integritas dan kepribadian yang tidak tercela merupakan persyaratan yang paling *musykil*,[4] sebagai berikut:

> "Belum ada kesamaan pendapat di antara para ahli mengenai apa yang dimaksud dengan perbuatan tercela, dan apalagi mengenai integritas dan/atau kepribadian yang tercela atau yang tidak tercela. Belum ada juga peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur mengenai perbuatan yang tercela dan yang tidak tercela, serta integritas, dan kepribadian yang tercela ataupun yang tidak tercela tersebut."

Demikian pula kriteria adil dan negarawan, tidak kalah *musykil* dan abstraknya dibandingkan dengan persyaratan di atas, sehingga untuk mengatasi kesulitan dipakai kriteria jumlah suara yang dianggap dapat membentuk persepsi dan pendapat umum dalam proses rekruitmen dan penentuan hakim konstitusi berdasarkan prinsip keterbukaan atau transparansi atau akuntabilitas.[5] Seringkali hal-hal yang bersifat abstrak demikian tidak dapat terungkap saat seorang calon hakim konstitusi diumumkan kepada publik untuk mendapatkan tanggapan

4 Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang,* (Jakarta: Sekjen dan Kepaniteraan MKRI, 2006), hlm. 347.

5 Asshiddiqie, *Op.Cit.,* hlm. 348

tentang adanya kelemahan yang dimiliki oleh seorang calon tersebut. Hal itu disebabkan oleh karena beberapa hal, di antaranya adalah rendahnya tingkat kepedulian masyarakat yang mengenal calon yang bersangkutan sehingga menganggap tidak perlu memberikan masukan kepada pihak pemerintah atau DPR mengenai kualitas pribadi seorang calon, selain itu kurangnya akses masyarakat yang benar-benar tahu tentang sang calon terhadap media massa yang mengumumkan tentang permintaan akan informasi yang lebih rinci menyangkut keadaan sang calon, dan belum terbangunnya sistem yang cukup memadai dalam sistem komunikasi massa akan pentingnya peran serta masyarakat terhadap penilaian seorang calon hakim konstitusi.

Sehubungan dengan adanya kasus yang menyangkut salah seorang hakim konstitusi AM, baru-baru ini, maka pada tanggal 17 Oktober 2013 Presiden Susilo Bambang Yudhoyono menerbitkan Perppu Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang berisi 3 (tiga) hal sebagai berikut:

1. Penambahan persyaratan untuk menjadi hakim konstitusi:

   Untuk mendapatkan hakim konstitusi yang makin baik, syarat hakim konstitusi sesuai Pasal 15 ayat (2) ditambah, tidak menjadi anggota partai politik dalam jangka waktu paling singkat 7 (tujuh) tahun sebelum diajukan sebagai calon hakim konstitusi.

2. Memperjelas mekanisme proses seleksi dan pengajuan hakim konstitusi:

   Mekanisme proses seleksi dan pengajuan hakim konstitusi disempurnakan sehingga memperkuat prinsi transparansi, partisipasi dan akuntabilitas sesuai dengan harapan dan opini publik, yang tercantum pula dalam Pasal 19 UU MK. Untuk itu, sebelum ditetapkan oleh Presiden, pengajuan calon hakim konstitusi oleh MA, DPA dan/atau Presiden, terlebih dahulu dilakukan proses uji kelayakan dan kepatutan yang dilaksanakan oleh Panel Ahli yang dibentuk oleh Komisi Yudisial. Panel Ahli beranggotakan tujuh orang yang terdiri dari:

   a. Satu orang diusulkan oleh MA;
   b. Satu orang diusulkan oleh DPR;

c. Satu orang diusulkan oleh Presiden; dan
d. Empat orang dipilih oleh Komisi Yudisial berdasarkan usulan masyarakat yang terdiri atas mantan hakim konstitusi, tokoh masyarakat, akademisi di bidang hukum, dan praktisi hukum.

3. Perbaikan Sistem Pengawasan Hakim Konstitusi

Perbaikan sistem pengawasan yang lebih efektif dilakukan dengan membentuk Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi (MKHK) yang sifatnya permanen, dengan tetap menghormati independensi hakim konstitusi. Oleh karena itu, MKHK dibentuk bersama oleh Komisi Yudisial dan MK dengan susunan keanggotaan lima orang terdiri dari:

a. Satu orang mantan hakim konstitusi;
b. Satu orang praktisi hukum;
c. Dua orang akademisi yang salah satu atau keduanya berlatar belakang di bidang hukum; dan
d. Satu orang tokoh masyarakat.

Menilik berbagai pengaturan di atas, maka seseorang yang terpilih menjadi hakim konstitusi adalah manusia Indonesia yang memiliki kompetensi yang luar biasa, tidak tercela dan merupakan teladan dengan kepemimpinan yang sudah teruji.

Namun menurut hemat penulis, persyaratan di atas masih perlu ditambahkan dalam kaitannya dengan reformasi dan optimalisasi penegakan hukum di Indonesia melalui tiga pendekatan keilmuan secara integral dalam penegakan hukum di Indonesia, yaitu (1) pendekatan juridis-ilmiah-religius; (2) pendekatan juridis-kontekstual; (3) pendekatan juridis berwawasan global/komparatif.[6] Ketiga pendekatan tersebut terkait dengan kompetensi akademik seorang calon hakim konstitusi yang sejatinya tidak hanya memiliki kemampuan di bidang hukum yang mumpuni, tetapi juga didukung oleh penghayatan keimanannya terhadap disiplin yang ia geluti, bagaimana ia memandang perkembangan dinamika dalam masyarakat secara utuh dan menyeluruh, dan bagaimana ia memiliki wawasan yang luas.

Salah satu tes yang menarik untuk dipergunakan untuk menilai

6 Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.,* hlm. 51.

berbagai kecerdasan yang dimiliki oleh seorang calon hakim konstitusi adalah tes dermatoglyphic, baik sebagai pemeriksaan pelengkap untuk mengamati aspek kejiwaan medis-hukum, sebab dapat memperkirakan batas-batas di mana tingkat abnormalitas seseorang dapat menyembunyikan perilaku patologis yang mungkin timbul dikemudian hari.[7] Dengan melakukan tes terhadap sidik jari seseorang dapat diketahui bagaimana kondisi kecerdasan sang calon hakim dan peluang melakukan penyimpangan. Di beberapa negara hal itu cukup membantu dalam menelusuri mengapa seseorang menjadi pelaku kejahatan atau menjadi delinkuen. Namun untuk konteks Indonesia, hal ini belum mendapat perhatian yang memadai dan masih memerlukan pengujian yang lebih mendalam untuk mendapatkan pengakuan terhadap keabsahan dan penerimaannya sebagai bagian dari rekruitmen hakim konstitusi.

C. Hakim Konstitusi sebagai Pengawal UUD NRI Tahun 1945

Apabila dicermati, pada diri penegak hukum setidak-tidaknya ada dua hal yang patut diperhatikan, *pertama*, sebagai orang atau unsur manusia dengan kualitas, kualifikasi, dan kultur kerjanya masing-masing; dan *kedua*, penegak hukum dilihat sebagai institusi, badan atau organisasi dengan kualitas birokrasinya sendiri-sendiri.[8] Dengan demikian, keberadaan seorang hakim konstitusi dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya berkaitan erat dengan kualitas institusi tempatnya berada. Hal itu berarti, ada tanggung jawab individual yang melekat dengan tanggung jawab institusional, di mana keduanya saling berhubungan dan bergantung.

Dalam sepak terjangnya, seorang hakim konstitusi juga memerlukan kepemimpinan berdasarkan dua syarat, yaitu: pertama, kepemimpinan diharapkan dapat menjadi penggerak yang efektif untuk tindakan-tindakan penegakan hukum yang pasti, kedua, kepempinan tersebut diharapkan dapat menjadi teladan bagi lingkungan yang dipimpinnya masing-masing mengenai integritas kepribadian orang

7 Ana Tarca, "Dermatoglyphics In Juvenile Delinquence," *Journal of Preventive Medicine,* 2007, hlm. 54

8 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Sekjen dan Kepaniteraan MKRI, 2006), hlm. 386.

yang taat aturan.[9] Berbagai penyelesaian permasalahan hukum di Indonesia seringkali mendapat hambatan akibat tidak berjalannya dengan baik aspek kepemimpinan akibat keteladanan yang semakin menurun di kalangan penegak hukum kita. Jabatan menurut sebagian orang bukan dipandang sebagai amanat rakyat yang harus ditunaikan dengan iman kepada Tuhan dan tanggung jawab kepada sesama, melainkan dipersepsikan sebagai kepentingan pribadi atau kelompoknya. Di sinilah pentingnya untuk menumbuh-kembangkan kultur keorganisasian atau kultur berorganisasi, kebiasaan untuk menaati aturan '*rule of game*'. Untuk itu diperlukan proses pelembagaan tradisi normatif yang bertingkat-tingkat, baik berkenaan dengan norma hukum, norma etika dan moral, serta norma hukum.[10] Kultur berorganisasi yang belum menjadi tradisi yang kuat ini tak pelak lagi belum terbangun secara permanen manakala para pemegang tampuk kepemimpinan tidak melanjutkan apa yang sebelumnya telah didirikan dan dibangun oleh pemimpin sebelumnya.

Secara umum penegakan hukum dapat diartikan sebagai tindakan menerapkan perangkat sarana hukum dengan tujuan untuk memaksakan sanksi hukum guna menjamin ditaatinya ketentuan yang ditetapkan. Hal ini memerlukan integritas penegak hukum, dan tidak cukup pengetahuannya belaka. Dari suatu penelitian, penulis pernah menemukan hakim yang memutus suatu kasus perlindungan konsumen berdasarkan Ordonansi Bahan Bahan Berbahaya Stb. 1949-377 produk kolonial Belanda, padahal seyogianya yang diterapkan adalah Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Kelemahan penegakan hukum dapat terjadi karena kelemahan dalam peraturan perundang-undangan, kemampuan dan perilaku para penegak hukum, sarana dan prasarana, sehingga menimbulkan keresahan akibat kurangnya jaminan perlindungan hukum, kesamaan perlakuan di depan hukum, penyelesaian perkara yang lamban, kurang tepat dan ada yang tidak sesuai dengan cita hukum. Sesuai topik tulisan ini, berbicara tentang kelemahan perilaku hakim sebagai bagian dari aparat penegak hukum, sejatinya bertalian dengan psikologi, bukan ranah pidana.

---

9 Asshiddiqie, *Op.Cit.,* hlm. 387

10 Jimly Ashiddiqie, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, (Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2009), hlm. 150.

Satjipto Rahardjo mengemukakan pendapat Ehrenzweig, bahwa hukum itu lebih berkaitan dengan ikhwal psikis (*mind*) daripada pengetahuan (*sophia*). Oleh karena itu, maka masalah-masalah hukum hendaknya lebih didalami dari segi psikologis daripada pengetahuan rasional. Cukup banyak masalah yang oleh hukum dianggap sebagai sesuatu yang tidak perlu dipersoalkan, sesungguhnya secara ontologik tidak demikian, karena komunitas hukum, secara tidak sadar, memonopoli kebenaran. Karena hukum merupakan institusi publik yang memiliki kewenangan mengatur, maka fungsi itu dilaksanakannya menurut apa yang dianggapnya benar dan harus dilakukan.[11] Memasuki ranah psikologi hukum menimbulkan kegelisahan dan mengajak kita merenungkan apakah hukum yang diterapkan atau dilaksanakan adalah hukum yang memihak pada kepentingan masyarakat dan bangsa atau sekadar melayani kepentingan mereka yang mampu membayar? Bertalian dengan itu, Satjipto Rahardjo kembali mengingatkan bahwa saat memasuki pelaksanaan hukum, maka kita memasuki ranah yang bukan lagi yuridis, melainkan lebih psikologis. Dikatakan olehnya:[12]

> "Apabila masalah pelaksanaan dikaitkan kepada kepastian hukum, maka kita berurusan dengan manusia atau perilaku manusia. Ia tidak ada hubungannya dengan '*secherkeit des Rechts selbst.*' Perilaku manusia dalam hukum akan selalu cenderung 'terjatuh di luar bagan' yang telah disediakan. Van Doorn, sosiolog hukum Belanda mengatakan, bahwa manusia sebagai adresat hukum mempunyai kecenderungan untuk melarikan diri dari hukum yang berlaku baginya. Ini disebabkan oleh bekerjanya faktor-faktor di luar hukum, seperti kepribadian, asal-usul sosial, tingkat pendidikan, kepentingan ekonomi dan politik serta pandangan hidup. Memerhatikan penjelasan sosiologis tersebut, masalah kepastian hukum dalam kaitan dengan pelaksanaan hukum, memang sama sekali tak dapat dilepaskan dari perilaku manusia. Kepastian hukum bukan mengikuti prinsip 'pencet tombol' (subsumsi otomat), melainkan sesuatu yang cukup

11 Sajipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, *Jakarta: UKI Press, 2006), hlm. 157.

12 Rahardjo, *Op.Cit.,* hlm. 138-139.

> rumit, yang banyak berkaitan dengan faktor di luar hukum itu sendiri. Berbicara mengenai kepastian, maka seperti dikatakan Radbruch, yang lebih tepat adalah kepastian dari adanya peraturan itu sendiri atau kepastian peraturan (*sicherkeit des Rechts*)."

Permasalahan yang dihadapi dunia peradilan Indonesia dapat dihimpun dalam dua masalah utama, yakni: penurunan tingkat kepercayaan terhadap aparat penegak hukum dan lemahnya penegakan hukum bagi aparat,[13] meskipun kesejahteraan aparat penegak hukum telah meningkat dan pengawasan diperbaiki, tetapi tetap ada masalah pada sistem rekrutmen dan birokrasi. Ada beberapa variabel yang mempengaruhi hakim dalam pengambilan keputusan, yakni: sistem politik, sistem hukum dan perundang-undangan, birokrasi peradilan, gaji hakim dan kualitas sumber daya manusia.[14] Suatu penelitian lain menyimpulkan bahwa faktor-faktor yang mempengaruhi putusan hakim dapat dibagi atas faktor yuridis dan nonyuridis.[15] Faktor yuridis mengacu pada hukum positif yang mengatur norma, sanksi, prosedur, dan penerapan putusan hakim, sedangkan faktor nonyuridis mencakup hal-hal di luar hukum yang mempengaruhi sang hakim.

Tidak dapat disangkal, bahwa hakim yang memiliki moralitas pribadi yang tinggi, tahu dan mampu membedakan perbuatan mana yang baik dan yang buruk, perbuatan yang benar dan yang salah serta perbuatan yang adil dan tidak adil menurut sebagian besar masyarakat. Oleh karena itu, sang hakim tersebut berani dan mampu menegakkan misi suci lembaga peradilan untuk menegakkan hukum dan keadilan, meskipun aspek-aspek lainnya (seperti sistem politik, sistem hukum dan perundang-undangan, remunerasi dan birokrasi peradilan) tidak

---

13 Masyarakat Pemantau Peradilan Indonesia, "Administrasi Peradilan-Laporan Akhir," Jakarta, 7 Februari 2002, hlm. 37-47; Moh. Mahfud M.D., "Politik Hukum Untuk Jurisprudensi Lembaga Peradilan", Jurnal Hukum Fak. Hukum UII, Yogyakarta, *Ius Quia Iustum*, No. 9 Vol. 6. 1997, hlm. 31

14 Antonius Sudirman, Hati Nurani Hakim Dan Putusannya: Suatu Pendekatan Dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudensi) Kasus Hakim Bismar Siregar, (Bandung: Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009), hlm. 77-78.

15 Dyah Irawati, *Pengaruh Faktor-faktor Non-Yuridis dalam Putusan Perkara Pidana*, Hasil Penelitian, FH Universitas Trisakti, Jakarta, 1996), hlm. 56.

memberikan dukungan yang berarti bahkan menghambat tugasnya. Selain itu ia siap menerima segala konsekuensi yang timbul dari keputusan yang diambilnya baik berupa ancaman keselamatan bagi diri dan keluarganya maupun karir dan jabatanya. Sedangkan hakim yang tidak bermoral biasanya hati nuraninya menjadi tumpul atau "mata hatinya" sudah buta, tidak tahu atau pura-pura tidak tahu dan atau tidak mampu membedakan perbuatan mana yang benar dan salah, baik dan buruk, adil dan tidak adil, sehingga dia tidak memiliki kemauan dan keberanian untuk mengambil keputusan yang sesuai dengan prinsip-prinsip moral dan rasa keadilan dalam masyarakat. Sebaliknya dia dengan berani dan tak tahu malu untuk mengambil keputusan yang sesuai dengan kepentingan penguasa, kekuatan politik/golongan tertentu, atau kaum *powerfull* lainnya dalam masyarakat, dengan memperhitungkan segala imbalan yang akan diterimanya baik imbalan dalam bentuk materi/finansial maupun karir dan atau jabatan. Biasanya untuk mewujudkan hal tersebut sang hakim cenderung memanfaatkan kelemahan sistem hukum dan perundang-undangan, prosedur formal, birokrasi peradilan yang berbelit-belit dan tertutup bagi orang luar (*outsiders*) bahkan secara terang-terangan mengabaikan ketentuan dalam UU yang dipandang tidak berpihak pada kepentingan orang yang dibelanya.[16] Hal ini menegaskan bahwa aspek moralitas pribadi hakim memegang peran sangat penting dalam mengadili suatu perkara.

Pasal 5 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan, bahwa hakim dan hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, jujur, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum. Jauh sebelumnya, Taverne pernah mengemukakan, "Berikanlah saya seorang jaksa yang jujur dan cerdas, berikanlah saya seorang hakim yang jujur dan cerdas maka dengan undang-undang yang paling buruk pun saya akan menghasilkan putusan yang adil."[17] Sejalan dengan itu, Andi Zainal Abidin Farid mengatakan, "Kalau saya disuruh memilih, peraturan hukum yang baik dengan pelaksanaan yang buruk atau peraturan hukum

16 Sudirman, *Op.Cit.,* hlm. 79-80.

17 Achmad Ali, *Perubahan Masyarakat, Perubahan Hukum dan Penemuan Hukum oleh Hakim*, Lembaga Penerbit Universitas Hasanuddin, Ujung Pandang, 1988), hlm. 14.

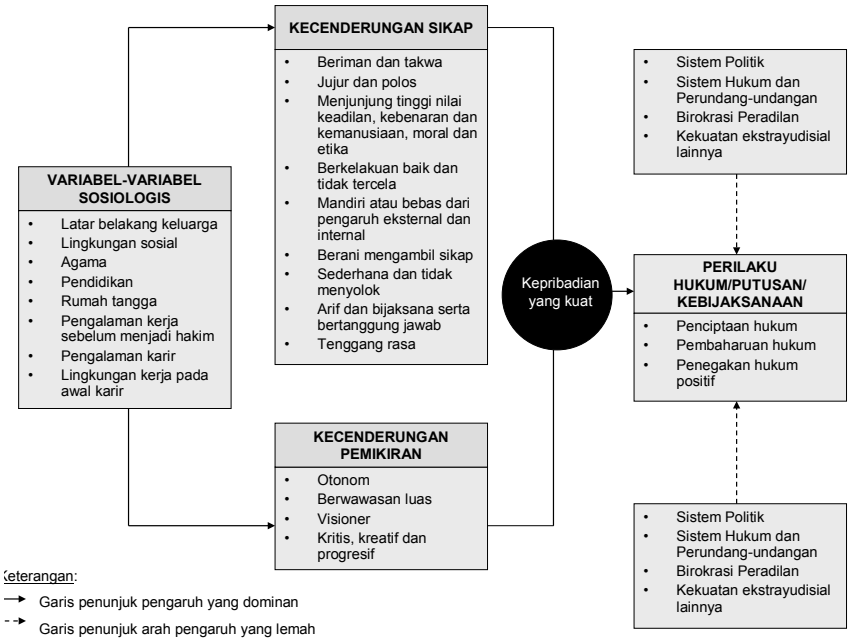
yang buruk dengan pelaksanaan yang baik, maka saya akan memilih peraturan yang buruk dengan pelaksanaan yang baik, tetapi lebih baik lagi jika ada peraturan yang baik dengan pelaksanaan yang baik.".[18] Jadi, moralitas dan integritas penegak hukum menjadi faktor penentu baik buruknya penerapan hukum. Apabila integritas dan kepribadian penegak hukum buruk, maka proses penegakan hukum takkan berjalan dengan baik meskipun peraturan yang ada lengkap dan mendekati kesempurnaan. Sebaliknya, jika integritas dan kepribadian penegak hukum baik, maka proses penegakan hukum dapat dilaksanakan dengan sebaik-baiknya walaupun peraturan perundang-undangannya tidak memenuhi syarat-syarat atau kaidah-kaidah yang diharuskan. Namun lebih baik lagi jika penegakan hukum dilakukan menurut peraturan yang baik oleh penegak hukum yang memiliki integritas dan kepribadian yang baik pula.

Dari penelitian tentang perilaku hukum dan putusan hakim Bismar Siregar, dikatakan bahwa bukan sistem politik, struktur dan birokrasi peradilan, dan bukan pula faktor perundang-undangan dan kekuatan ekstra yudisial lainnya dalam masyarakat, melainkan faktor sikap-sikap, ideologi, keyakinan-keyakinan hakim Bismar Siregar dan kepribadiannya yang mempengaruhi berbagai sikap dan perilakunya sebagai seorang hakim. Hal ini tergambar dengan melihat proses pengambilan keputusan[19] dan "misi suci" putusannya yakni menegakkan hukum berdasarkan perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat; menyuarakan hati nurani masyarakat marginal atau yang tidak berdaya (*powerless*), menerapkan hukum bukan menurut bunyinya melainkan berdasarkan jiwa atau semangat yang terdapat di belakangnya, dan melakukan penciptaan hukum atau pembaruan hukum; serta melakukan terobosan hukum dengan mendasarkan putusan-putusannya pada nilai-nilai agama Islam yang dianutnya dan hukum adat. Hal itu dilukiskan dalam ragaan berikut.[20]

18 Ali, *Op.Cit.,* hlm. V.

19 Sudirman, *Op.Cit,* hlm. 243.

20 *Ibid.,* hlm. 200-235.



Di dalam menjaga harkat, keluhuran dan martabat seorang hakim konstitusi, sebagai akibat dari adanya proses unifikasi dengan berbagai romantika dan berbagai permasalahan dari sudut politis dan ideologis, sehingga memunculkan gagasan untuk membuat mekanisme pengawasan terhadap kinerja hakim konstitusi, maka tidak dapat diabaikan urgensi, peran dan tanggung jawab Komisi Yudisial dan pihak lain yang ditugaskan untuk melakukan fungsi tersebut. Selain itu, dalam rangka mengawal pengawasan terhadap kinerja hakim konstitusi yang juga tidak luput dari godaan terhadap suap dan berbagai penyimpangan hukum yang mungkin terjadi, keberadaan lembaga lain baik yang bersifat *ad hoc* maupun permanen sangat diperlukan.

Keprihatinan Satjipto Rahardjo tentang proses pembentukan ilmu hukum sebagai ilmu yang positivistis normatif di abad kesembilan belas, yang meskipun di satu sisi mengalami kemajuan amat pesat, tetapi di lain sisi makin menjadi ranah intelektual yang terasing (*secluded*) dan esoterik. Mengikuti pendekatan holistik dalam ilmu hukum, maka menjadi tugas para ilmuwannya untuk mengutuhkan

kembali hukum, menyatukan kembali hukum dengan lingkungan, alam dan orde kehidupan yang lebih besar. Mencari sosok hakim yang memiliki watak Indonesia tidak cukup apabila hanya didukung oleh kemampuan intelektual semata, melainkan juga aspek lain secara sosiologis, anthropologis, ekonomis, termasuk psikologis.[21] Membentuk seorang hakim Indonesia dengan mengabaikan variabel-variabel sosiologis, kecenderungan sikap dan kecenderungan pemikiran, sebab hanya menjadikan sistem hukum, sistem politik, birokrasi, kekuatan ekstrayudisial lain sebagai pedoman kerja, pada gilirannya akan menghasilkan penegakan hukum yang hampa dan tanpa makna, yang hanya berkutat pada persoalan-persoalan kepastian hukum, tetapi melupakan pengakuan dan penghargaan terhadap hukum itu sendiri.

Eksistensi Pancasila dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara bagi setiap warga negara Indonesia, tidak dapat ditawar-tawar dalam membentuk hakim yang memiliki integritas dan kepribadian yang baik, sebagai insan ciptaan Tuhan yang berkedudukan sebagai mikrokosmos yang mutlak berlandasan, berorientasi dan manunggal dengan makrokosmosnya (bangsa dan negara) dalam perilakunya memperlengkapi diri dengan mahkota Pancasila, sebagai *Sapta Mancala Paradigm*, dengan menunjukkan kualitas manusia Indonesia yang berwatak ksatria, berjiwa besar, saleh, wirangi (waspada), anoraga (sopan santun susila), wicaksana (taat memahami, menghayati dan mengamalkan hukum) dan trampil (berdasarkan ilmu pengetahuan dan pengalaman). Pemahaman, penghayatan dan pengamalan Sapta Mancala Paradigm tersebut menuntut pendekatan metodis-sistematis, radikal dan marginal transendental berlandaskan makrifat kepada Tuhan Yang Maha Esa.[22]

Dalam kaitan dengan sistem hukum, dapat dikatakan bahwa sistem hukum menurut wawasan Pancasila yang sepatutnya dipahami dan dihayati oleh seorang hakim konstitusi, merupakan bagian integral dari keseluruhan sistem kehidupan masyarakat sebagai satu keutuhan dan karena itu berkaitan secara timbal-balik, melalui berbagai pengaruh dan interaksinya, dengan sistem-sistem lainnya. Dengan demikian proses pembentukan sistem hukum tidak tergantung secara deterministis, yang

21 Rahardjo, *Op.Cit.,* hlm. 35-36.

22 Soejono Koesoemo Sisworo, *Filsafat Hukum dan Teori Hukum berdasarkan Pancasila*. (Semarang: FH Undip, 1980), hlm. 25.

dikemukakan oleh materialisme historis yang mengandalkan kekuatan produksi semata-mata, juga tidak dengan sendirinya terwujud melalui keberhasilan atau kemajuan ekonomi yang berjalan secara unilinear. Ini menunjukkan bahwa pembentukan sistem hukum perlu dilakukan secara sadar dan terarah menurut orientasi ideologis. Dengan demikian Pancasila sebagai ideologi nasional memberikan ketentuan mendasar sebagai berikut: sistem hukum dikembangkan berdasarkan nilai-nilai Pancasila sebagai sumbernya, sistem hukum menunjukkan maknanya, sejauh mewujudkan keadilan bukan alat kekuasaan semata, sistem hukum mempunyai fungsi untuk menjaga dinamika kehidupan bangsa, dan sistem hukum menjamin proses realisasi diri warga bangsa dalam proses pembangunan.[23]

Kegagalan dalam menerima dan menerapkan Pancasila dalam berbagai pertautan dan kesatuan ilmu pengetahuan telah membawa konsekuensi yang buruk pada masa Orde Baru, sebab pemahaman tentang Pancasila hanya dilihat sebatas tataran normatif belaka yang tidak didiseminasikan ke dalam berbagai aspek kehidupan nyata. Akibatnya Pancasila tidak mendapatkan tempat yang selayaknya dalam dunia nyata, sebab berbagai ilmu yang dikembangkan dan berlaku dalam masyarakat berjalan masing-masing tanpa diarahkan pada hakikat ilmu pengetahuan yang seyogyanya diwujudkan melalui pemahaman dan pelaksanaan nilai-nilai Pancasila. Padahal Soekarno, di depan Sidang BPUPKI telah mencetuskan bahwa para pendiri negara ketika itu bersama-sama mencari persatuan *philosophische grondslag*, mencari satu "*Weltanschauung*" yang disetujui oleh semua kalangan.[24] Kesalahan yang terjadi pada masa lalu ialah bahwa dalam menafsirkan, memahami, dan melaksanakan Pancasila, dilepaskan dan diredusir dari asumsi-asumsi dasar filsafati yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945 sedemikian rupa, sehingga Pancasila disalahgunakan untuk tujuan-tujuan subjektif yang justru bertentangan dengan Pancasila itu sendiri. Oleh karena itu, Pancasila perlu direvitalisasi dan direvalidasi. Revitalisasi Pancasila sebagai dasar negara mengandung makna bahwa Pancasila harus diletakkan dalam keutuhannya dengan Pembukaan

23 Soerjanto Poespowardojo, *Filsafat Pancasila Sebuah Pendekatan Sosio-Budaya*. (Jakarta: PT Gramedia, 1994), hlm. 161.

24 Soekarno, *Pancasila dan Perdamaian Dunia (Sebuah Kumpulan Pidato)*, (Jakarta: Inti Idayu Press, 1985), hlm. 9-10.

UUD 1945, dieksplorasikan dimensi-dimensi yang melekat padanya, yaitu realitasnya, idealitasnya dan fleksibilitasnya.[25]

Namun harus dihindari upaya rezim atau orde tertentu untuk mengidentikkan dirinya sebagai orde Pancasila atau penyelamat Pancasila dengan berkaca pada makna-makna historis, sehingga terjadi pengidentifikasian yang sangat fatal, yaitu Pancasila dimaknai secara varian yang setingkat dengan agama. Oleh karena itu, perlu dilakukan pembacaan chaotik yang menawarkan model pembacaan berbeda terhadap Pancasila, yaitu pembacaan yang utuh baik secara maknawi dan relasi. Hal ini penting mengingat Pancasila sebagai fondasi pengembangan Ilmu Hukum Indonesia. Pembacaan chaotik tidak bersifat tunggal, pasti dan mutlak, tetapi sebaliknya bersifat intertekstualitas. Pembacaaan chaotik menawarkan sesuatu yang lebih terbuka dan dapat diterima.[26] Sebagai paradigma pembangunan hukum, Pancasila memiliki sekurang-kurangnya empat kaidah penuntun yang harus dijadikan pedoman dalam pembentukan dan penegakan hukum di Indonesia, yaitu: harus melindungi segenap bangsa dan menjamin keutuhan bangsa, harus menjamin keadilan sosial, harus dibangun secara demokratis sekaligus membangun demokrasi, dan tidak boleh diskriminatif.[27] Sangat sulit dipahami apabila seorang hakim konstitusi yang dalam proses seleksi melalui berbagai tahap tidak mampu menangkap esensi mendasar dari Pancasila sebagai dasar ideologi negara yang merupakan bagian integral dari UUD NRI Tahun 1945 yang dikawalnya, sehingga dalam menjalankan tugas dan tanggung jawabnya masih dapat tergoda untuk melakukan penyimpangan hukum.

D. Penutup

25 Kunto Wibisono Siswomihardjo, "Revitalisasi dan Revalidasi Pancasila dalam Era Globalisasi. Suatu Tinjauan Filsafati," disampaikan pada Pelatihan Nasional Dosen Mata Kuliah Pengembangan Kepribadian Pendidikan Pancasila, diselenggarakan oleh Bagian Proyek Pendidikan Tenaga Akademik Ditjen Pendidikan Tinggi Depdiknas, Semarang, 20-23 Agustus 2003, hlm. 6-7.

26 Anthon F. Susanto, "Menggugat Fondasi Filsafat Ilmu Hukum" dalam Sri Rahayu Oktoberina dan Niken Savitri (penyunting), *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum – Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta, S.H.* Bandung: Refika Aditama, 2008, hlm. 23-24.

27 Moh. Mahfud MD., *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*. Jakarta: Pustaka LP3ES, 2006, hlm. 56

Hukum dalam salah satu faset merupakan perilaku manusia, bukan semata-mata mesin yang berjalan secara otomatis, sehingga cara berhukum suatu bangsa juga ditentukan oleh bagaimana ideologi yang dimiliki oleh bangsa itu benar-benar mengakar dalam hati nurani setiap warga negaranya. Adanya perilaku menyimpang seorang hakim konstitusi sebagai sosok individual niscaya akan semakin menurunkan tingkat kepercayaan masyarakat akan penegakan nilai-nilai Pancasila di dalam konstitusi yang dikawal oleh sang hakim baik selaku individu maupun dalam keutuhannya dengan lembaga tempatnya bernaung.

Mencari sosok hakim konstitusi yang berwatak Indonesia tidak cukup apabila hanya didukung oleh kemampuan intelektual dan berbagai persyaratan administrasi semata, melainkan juga aspek lain secara sosiologis, anthropologis, ekonomis, termasuk psikologis, yang disinari oleh nilai-nilai Pancasila sebagai ideologi dan dasar negara yang harus dijunjung tinggi.[]

Daftar Pustaka

Ali, Achmad, *Perubahan Masyarakat, Perubahan Hukum dan Penemuan Hukum oleh Hakim*, Lembaga Penerbit Universitas Hasanuddin, Ujung Pandang, 1988

-------, *Keterpurukan Hukum di Indonesia (Penyebab dan Solusinya)*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2005.

Anthon F. Susanto, "Menggugat Fondasi Filsafat Ilmu Hukum" dalam Sri Rahayu Oktoberina dan Niken Savitri (penyunting), *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum – Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta, S.H.* Bandung: Refika Aditama, 2008

Asshiddiqie, Jimly (I), *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang,* Jakarta: Sekjen dan Kepaniteraan MKRI, 2006.

-------, (II), *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sekjen dan Kepaniteraan MKRI, 2006.

-------, (III), *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2009.

Awaloedin Djamin, "Pokok-pokok Uraian tentang Proses Pembinaan Cita Hukum dan Penerapan Asas-asas Hukum Nasional

(Ditinjau dari Aspek Penegakan Hukum)," dalam *Majalah Hukum Nasional Edisi Khusus 50 tahun Pembangunan Nasional*, BPHN, Jakarta, 1995

Friedman, Lawrence M., *Sistem Hukum. Perspektif Ilmu-ilmu Sosial* (diterjemahkan dari: *The Legal System. A Social Science Perspective,* oleh: M. Khozim), Bandung: Nusa Media, 2011.

Irawati, Dyah, *Pengaruh Faktor-faktor Non-Yuridis dalam Putusan Perkara Pidana*, Hasil Penelitian, FH Universitas Trisakti, Jakarta, 1996.

Koesoemo Sisworo, Soejono, *Filsafat Hukum dan Teori Hukum berdasarkan Pancasila*. FH Undip, Semarang, 1980.

Kunto Wibisono Siswomihardjo, "Revitalisasi dan Revalidasi Pancasila dalam Era Globalisasi. Suatu Tinjauan Filsafati," disampaikan pada Pelatihan Nasional Dosen Mata Kuliah Pengembangan Kepribadian Pendidikan Pancasila, diselenggarakan oleh Bagian Proyek Pendidikan Tenaga Akademik Ditjen Pendidikan Tinggi Depdiknas, Semarang, 20-23 Agustus 2003.

Mahfud M.D., Moh., "Politik Hukum Untuk Jurisprudensi Lembaga Peradilan", Jurnal Hukum Fak. Hukum UII, Yogyakarta, *Ius Quia Iustum*, No. 9 Vol. 6. 1997

-------, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*. Jakarta: Pustaka LP3ES, 2006

Masyarakat Pemantau Peradilan Indonesia, "Administrasi Peradilan-Laporan Akhir," Jakarta, 7 Februari 2002.

Nawawi Arief, Barda, *Reformasi Sistem Peradilan (Sistem Penegakan Hukum di Indonesia)*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2011.

Rahardjo, Sajipto, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, Jakarta: UKI Press, 2006.

Soekarno, *Pancasila dan Perdamaian Dunia (Sebuah Kumpulan Pidato)*. Jakarta: Inti Idayu Press, 1985.

Soerjanto Poespowardojo, *Filsafat Pancasila Sebuah Pendekatan Sosio-Budaya*. Jakarta: PT Gramedia, 1994.

Tarca, Ana, "*Dermatoglyphics In Juvenile Delinquence*," Journal of Preventive Medicine 2007.

5

Menata Ulang Fungsi Kontrol Terhadap Kelembagaan MK

Oleh: Ziffany Firdinal

"Power must never be trusted without a check"

John Adams (1735-1826)

Pendahuluan

Konsep demokrasi yang dicitakan ketika amandemen konstitusi 1999-2002 silam di Indonesia, justru mengarah ke *Juristocracy*[1]. Indonesia sebagai negara hukum menyatakan kedaulatannya di tangan rakyat, pelaksanaannya didasari oleh undang-undang dasar.[2] Dari konsep pelaksanaan kedaulatan rakyat yang diaplikasikan menurut undang-undang dasar (konstitusi)[3] maka akan terdapat korelasi kuat dengan empat kewenangan dan satu kewajiban salah satu lembaga negaranya, yakni Mahkamah Konstitusi (MK)[4] yang menjadi penafsir

1 Ran Hirsch, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism,* (Harvard: Harvard University Pers, 2004).

2 Ini merupakan penjabaran dari Pasal 1 ayat (2) dan (3) Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

3 Konstitusi dalam hal ini dimaknai sebagai Undang-Undang Dasar sebuah Negara, yakni secara sempit diluar makna konstitusi dalam artian luas yang di dalamnya juga terdapat konvensi dan kebiasaan ketatanegaraan.

4 Empat wewenang yang dimiliki adalah: 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 dibrikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu. Serta MK wajib memberikan

konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*), secara gamblang dapat dilihat bahwa kedaulatan rakyat dilaksanakan menurut konstitusi yang hanya boleh di intepretasikan oleh MK.

Terlepas dari perdebatan mengenai konsep kedaulatan negara tersebut, MK dalam melaksanakan fungsi dan kewenangannya tersebut banyak menelurkan terobosan-terobosan hukum yang sangat dibutuhkan oleh Indonesia dewasa ini. Sebagai contoh, legalisasi penggunaan KTP ataupun Paspor untuk menjadi pemilih pada pemilihan umum, putusan sela atas perkara Bibit dan Chandra terkait kasus "kriminalisasi" pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), putusan terkait kewenangan retroaktif KPK, dan lainnya. Walaupun terkadang terdapat pula putusan yang menuai pro dan kontra ditengah masyarakat, semisal, baru-baru ini diputus oleh Mahkamah Kostitusi, terkait pengakuan hak keperdataan dari anak diluar perkawinan yang sah terkait pengujian UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.[5]

Hubungan fungsi dan kewenangan MK juga sangat erat dengan keadilan sosial[6] yang merupakan salah satu falsafi bangsa Indonesia yang tertuang pada sila kelima Pancasila, serta pembukaan konstitusi negara ini. Karena secara konseptual, ide keadilan sosial merupakan salah satu asas utama yang dituangkan kedalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945). Sehingga peran MK sebagai *the sole interpreter of the constitution* merupakan bagian tak terpisahkan dalam tujuan filosofis menuju Indonesia yang berkeadilan sosial. Sebagai contoh, dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikatnya Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2009 tentang Badan Hukum Pendidikan yang diargumentasikan menjurus pada "pendidikan berbiaya mahal", serta putusan lainnya.

Secara kelembagaan, MK yang hadir pascareformasi merupakan

putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar

5 Lihat "*Anak diluar Nikah diakui Hukum*" pada http://nasional.kompas.com/read/2012/02/18/18330579/Anak.Luar.Nikah.Diakui.Hukum, serta "*Putuskan Nasib Anak di Luar Nikah, MUI: MK Seperti Tuhan*" pada http://news.detik.com/read/2012/03/20/182016/1872568/10/putuskan-nasib-anak-di-luar-nikah-mui-mk-seperti-tuhan, diakses pada 8 April 2012.

6 J. Djohansyah, *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman,* (Jakarta: Kesaint Blanc,2008), hlm. 75-81

salah satu cabang dari kekuasaan kehakiman di Indonesia.[7] Dalam kaitannya sebagai salah satu cabang kekuasaan negara, MK juga memiliki peran dalam fungsi *checks and balances* pada cabang kekuasaan negara lainnya. Semisal dengan DPR dan Presiden, fungsi tersebut tercermin di dalam kewenangannya melakukan uji konstitusionalitas suatu undang-undang. Serta dalam kewajibannya memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD NRI 1945.

Salah satu bentuk kontrol yang dilakukan oleh MK terhadap legislasi pada 27 Maret 2013 lalu.[8] Dalam hal ini MK mengembalikan kesetaraan DPD dan DPR dan Presiden, dalam mengajukan dan membahas undang-undang, tentu saja khusus terkait dengan daerah, semisal otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah.[9]

Berkaitan dengan fungsi *checks and balances* dalam hal pengawasan antar cabang kekuasaan negara, MK secara kelembagaan sebelum Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 diundangkan[10] hanya memiliki pengawasan Internal. Hal ini terjadi akibat dari putusannya terhadap Pengujian Undang-Undang Komisi Yudisial di 2006 silam. Bahkan pada perkembangan terakhir, MK juga mengeluarkan putusan yang mengubah komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang bertugas menjaga kode etik dan

---

7 Rumusan Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 menyatakan 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 MK*".

8 Putusan Nomor 92/PUU-X/2012 Atas Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD, DPRD dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

9 Lihat Ketentuan pada Pasal 22D ayat (1) Undang-Undang dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

10 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, ditetapkan dan diundangkan Pada tanggal 17 Oktober 2013

prilaku hakim konstitusi.[11]

Dalam praktiknya, pelaksanaan pengawasan hakim konstitusi dalam kaitan dugaan pelanggaran kode etik dan prilaku hakim konstitusi, pernah terjadi. Pada Tahun 2010 lalu, mencuat kabar bahwa telah terjadi praktik suap pada seorang hakim konstitusi, hal ini terkuak kepermukaan publik melalui kolom opini salah satu media cetak nasional (Kompas, 2010). Dalam menangani kasus tersebut, MK membentuk Tim Investigasi yang notabenenya tidak terdapat aturan baku mengenai hal ini, untuk menginvestigasi dugaan pelanggaran kode etik tersebut selama 1 (satu) bulan.[12]

Hasil penyelidikan Tim Investigasi, MK direkomendasikan agar membentuk Panel Etik dan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi untuk memeriksa dugaan pelanggaran tersebut.[13] Akhirnya Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi mengeluarkan putusan bahwa hakim konstitusi tersebut secara etik bersalah.[14] Pada 2012 lalu, -mantan-hakim konstitusi tersebut diduga juga turut andil di dalam kasus pemalsuan surat MK terkait Pemilu di Sulawesi Selatan. Bahkan secara empirik, salah satu bentuk nyata tidak tepatnya penataan kontrol dan pengawasan terhadap hakim konstitusi, yakni tertangkap tangannya Ketua Mahkamah Konstitusi pada Awal Oktober 2013.

Dari segi efisiensi dan kesetimbangan dalam konsep *checks and balances*, maka konsep pengawasan yang hanya internal tersebut perlu dikaji ulang untuk dicarikan bentuk baru untuk diaplikasikan kedalam praktik ketatanegaraan. Hal tersebutlah yang melatarbelakangi perlunya penataan ulang terhadap fungsi pengawasan hakim konstitusi dalam hal ini mereposisikan Komisi Yudisial kembali dalam kontrol kelembagaan Mahkamah Konstitusi,

---

11 Pada perkara pengujian konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang MK.

12 Antara News "Mahfud Tunjuk Refly Ketua Tim Investigasi MK" pada: http://www.antaranews.com/berita/230644/mahfud-tunjuk-refly-ketua-tim-investigasi-mk, diakses pada 8 April 2012

13 Harian *Kompas*, 3 Januari 2011, berita *"Dibentuk, Majelis Kehormatan MK"*

14 Berita: "Suap MK, Akil Direhabilitasi & Arsyad Ditegur, Majelis Kehormatan Hakim MK tidak menemukan bukti suap kepada hakim konstitusi", dalam http://nasional.vivanews.com/news/read/204149-mkh--akil-direhabilitasi--arsyad-ditegur, diakses pada 8 April 2012.

karena Lord Acton telah jauh hari memperingati dengan adagiumnya "*Powers tends to corrupt, absolute powers corrupts absolutely.*"

Pemisahan Kekuasaan berbalut *Checks and Balances*

Teori pemisahan kekuasaan yang paling berpengaruh dalam hukum tata negara adalah trias politika.[15] Teori ini pada mulanya dikemukakan oleh Jhon Locke (1690). Trias politika versi Jhon Locke menyatakan bahwa kekuasaan negara dapat dipisahkan kedalam cabang kekuasaan legislatif sebagai pemegang tampuk kekuasaan pembentukan undang-undang, eksekutif sebagai pelaksana undang-undang, dan federatif sebagai kekuasaan untuk melakukan hubungan diplomatik.

Selang beberapa waktu, teori trias politika ini berkembang dan disempurnakan oleh Baron de Montesquieu (1748) dengan menghilangkan kekuasaan federatif dan menggantinya dengan kekuasaan yudikatif, hal ini juga tidak lepas dari latar belakang Montesquieu sebagai seorang hakim.[16] Sejarah telah menunjukkan bahwa pembagian kekuasaan yang digambarkan oleh Montesquieu inilah yang digunakan dalam pengaplikasian bernegara.

Montesquieu menekankan memisahan kekuasaan karena apabila salah satu cabang kekuasaan berada di satu tangan maka kebebasan hilang dan segalanya berakhir hal ini tergambar pada pernyataanya bahwa:

> *When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner.*
>
> *Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the*

15 Moh. Mahfud MD, *Dasar & Struktur Ketatanegaraan Indonesia Edisi Revisi*, (Yogyakarta: Rineka Cipta, 2001), hlm 73.

16 Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi, Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hlm 75.

legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behavewith violence and oppression.

There would be an end of everything, were the same man or the same body whether of the nobles or of the people, to exercise those three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals.[17]

Dalam perkembangan selanjut, konsep pemisahan yang diidealkan oleh Montesquieu tersebut tidak mungkin dilaksanakan secarah utuh, karena pada dasarnya setiap cabang kekuasaan negara saling bersinggungan di dalam melaksanakan fungsi dan kewenangannya. Hal ini dikenal juga sebagai fungsi *cheks and balances* yakni mekanisme saling mengendalikan dan mengimbangi antar cabang kekuasaan negara.[18] Menurut *Black's Law Dictonary Eight Edition* istilah *cheks and balances* ini dimaknai "*The theory of governmental power and functions whereby each branch of government has the ability to counter the actions of any other branch, so that no single branch can control the entire government.*"[19]

Pada awal tahun 2000, Bruce Ackerman memunculkan konsep baru tentang pemisahan kekuasaan (*New Separation of Powers*), hal tersebut tergambar dari pernyataannya bahwa :

.....Granted, the function of representational reinforcement does not find an easy home within the standard legislative/ executive/judicial trichotomy. But so much the worse for the trichotomy! A better understanding of the separation of powers would recognize that agencies like the FEC -Federal Election Comission- deserve special recognition as a distinct part of the

17 Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Spirit of Law* (1748), (Translated by Thomas Nugent 1752), (Canada: Batoche Books Kitchener, 2001), hlm. 183-184.

18 Jimly Asshidiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (Jakarta: Bhuana Ilmu Populer,2007). Hlm 169, lihat juga Djohansyah, *Op Cit*, hlm. 107. Serta Gunawan A. Tauda, *Komisi Negra Independen, Eksistensi Independent Agencies sebagai Cabang Kekuasaan Baru dalam Sistem Ketatanegaraan*, (Yogyakarta: Genta Pers, 2012), hlm. 43.

19 Brian A Garner, *Black's Law Dictonary Edisi 8*,(West Publising Company, 2004) hlm. 713

system of checks and balances.[20]

Uraian tersebut menggambarkan bahwa teori Montesquieu terhadap trikotomi kekuasaan yang saling memainkan fungsi *cheks and balances* sudah tidak lagi tepat jika dilihat dari sudut kompleksitas ketatanegaraan kontemporer, komisi negara yang memiliki ciri *state auxiliary bodies* dan tergolong independen kini dapat memerankan peran dalam fungsi tersebut.

Secara umum konsep *New Separation of Powers* tersebut dapat mengacu pada muncul cabang kekuasaan keempat dalam pembagian kekuasaan negara. Indonesia sendiri telah mengaplikasikan hal ini dengan adanya lembaga negara semisal Badan Pengawas Keuangan yang tidak dapat digolongkan kedalam satu cabang kekuasaan klasik di teori trias politika.[21] Ackerman juga menyatakan:

> *At first glance, this may seem like an overly complicated structure. But is this first impression merely a product of the scheme's novelty? Af-ter all, the American system contains (at least) five branches: House, Senate, President, Court, and independent agencies such as the Federal Reserve Board. Complexity is compounded by the bewildering institutional dynamics of the American federal system. The crucial question is not complexity, but whether we Americans are separating power for the right reason.*

Bahkan kini, pengaplikasian konsep ini dapat dilihat dengan hadinya Komisi Yudisial, Komisi Pemilihan Umum, Komisi Hak Asasi Manusia, Komisi Pemberantasan Korupsi, dan lainnya.[22]

Apabila membicarakan pengawasan ataupun kontrol terhadap cabang kekuasaan kehakiman, maka tidak boleh sedikitpun melanggar independensi dari cabang kekuasaan tersebut. Hal ini menjadi relevan dikarenakan independensi kekuasaan kehakiman sangat penting dalam

---

20 Bruce Ackerman, "New Separation of Powers", *Harvard Law Review*. Volume 113, 2000, hlm. 714

21 BPK semenjak dikukuhkan oleh Undang-Undang Dasar 1945 sebelum maupun setelah perubahan tidak dapat dimasukkan ke dalam satupun cabang kekuasaan yang dikemukakan oleh Montesqieu, bahkan cenderung berdiri sendiri menjalankan tugas serta fungsi kewenangannya.

22 *Op. Cit*, Gunawan... hlm. 97-127

menjaga *rule of law* yang dicitakan oleh suatu negara, David Boies menyatakan bahwa: "*Judicial independence and judicial supremacy work together in an attempt to guarantee that the rule of law will not be eroded by the political pressures in existence at any particular point in time*".[23]

Dalam membicarakan independensi kelembagaan, tidak dapat dipungkiri bahwa independensi personal juga merupakan pokok bahasan yang mencerminkan institusionalnya. Simon Shetreet sebagaimana yang dikutip Djohansyah bahwa *Independence of Judiciary* terbagi atas 4 kategori yaitu: (a) *Substantive independence* (independensi dalam memutus perkara), (b) *Personal independence* (jaminan masa kerja dan jabatan), (c) *Internal independence* (independensi dari atasan dan jabatan), dan (d) *Coollective independence* (partisipasi dalam administrasi dan penentuan budget pengadilan).[24]

Mahkamah Konstitusi dalam Ketatanegaraan Indonesia

Sejarah telah mencatat bahwa hadirnya Mahkamah Konstitusi merupakan imbas tidak langsung dari reformasi yang bergulir pada tahun 1998 silam,[25] Lembaga Negara yang bertugas mengawal konstitusi ini secara normatif hadir ketika tahapan ketiga perubahan Undang-Undang Dasar 1945 ditahun 2000, dan kukuhkan pada 13 Agustus 2003.[26]

Bila ditelaah jauh kebelakang, munculnya MK tidak lepas dari sejarah kekuasaan kehakiman di Amerika, dalam hal ini kasus Marbury Vs Madison yang memunculkan konsep pengujian terhadap

23 David Boies, "Judicial Independence and the Rule of Law", *Journal of Law & Policy*, Vol. 22:57, 2006, hlm. 58.

24 *Op, Cit,* Djohansyah... hlm. 137.

25 Gerakan Reformasi mengajukan 4 tuntutan, yakni (a) Amandemen UUD 1945, (b) Berantas praktik Korupsi, Kolusi, Nepotisme (KKN), (c) Cabut paket 5 UU Politik yang dipandang menghambat perkembangan demokrasi, dan (d) Cabut Dwifungsi ABRI, sehingga dapat disimpulkan bahwa amandemen (perubahan) UUD 1945 merupakan salah satu karya langsung reformasi 1998.

26 Pengundangan Undang-undang tentang MK (UU No. 24 Tahun 2003), sebelumnya kewenangan dan fungsi lembaga negara ini dilakukan oleh Mahkamah Agung, berdasarkan Pasal III ketentuan pada Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan "*Mahmakah Konstitusi dibentuk selambat-lambatnya pada 17 Agustus 2003 dan sebelumnya dibentuk segala kewenangannya dilakukan oleh Mahkamah Agung.*"

konstitusionalitas suatu peraturan perundang-undangan. Kasus ini berkaitan dengan ditahannya surat ketetapan pengangkatan hakim perdamaian (*Justice of Peace*) oleh pemerintahan Thomas Jeferson, dan William Marbury mengajukan gugatan agar Mahkamah Agung Amerika mengeluarkan *a writ of mandamus,*[27] untuk memaksakan diserahkannya surat ketetapan tersebut.

Mahkamah Agung Amerika tersebut menyatakan bahwa mereka tidak memiliki kewenangan untuk memerintahkan agar pemerintahan Jeferson mengeluarkan surat ketetapan tersebut kepada Marbury. Bahkan Mahkamah Agungnya tersebut membatalkan ketentuan mengenai kewenangannya mengeluarkan *a writ of mandamus* yang terdapat pada Pasal 13 Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman (*The Judiciary Act*) 1789 yang menyatakan "*The act to establish Court "to issue writs of madamus, in cases warranted by the principle and usages of law, to any courts appointed, or person holding office, under the authority of United States.*" karena bertentangan dengan Konstitusi Amerika *Article III section 2* yang menyatakan:

> *The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or wihich shall be made, under their Authoriyi;--to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;--to all Cases of admiralty and maritime Juricdiction;--to Controversies to which the United States shall be a Party;--to Controversies between two or more States;--betwen a State and Citizens of another State;--between Citizen of different States;--between Citizens of the same State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.*
>
> *In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Juricdiction. In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Juricdiction, both as to Law and Fact, eith such Exceptions, and*

27 Black Law Dictonary 8 Edition, mandamus adalah "*A writ issued by a superior court to compel a lower court or a government officer to perform mandatory or purely ministerial duties correctly*" hlm. 3048-3049, ketentuan mengenai kewenangan Mahkamah Agung Amerika mengeluarkan *a writ of madamus* didasari oleh Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman (*The Judiciary Act*) 1789.

under such Regulations as the Congress shall make.

Dengan asumsi konstitusi merupakan *supreme law of the land* maka setiap undang-undang yang bertentangan dengannya harus dibatalkan.[28] Setidaknya ada 3 (tiga) alasan pokok mengapa konsep pengujian konstitusional ini dilakukan oleh Mahkamah Agung Amerika, yakni: (a) Hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi, sehingga apabila terdapat peraturan dibawahnya yang bertentangan maka ia harus melakukan uji materi; (b) Konstitusi adalah hukum hukum tertinggi dalam negara, sehingga harus ada pengujian atas peraturan yang di bawahnya, agar isi dari hukum tertinggi tersebut tidak dilangkahi; dan (c) Hakim tidak diperbolehkan menolak perkara, sehingga ketika ada permohonan pengujian undang-undang, maka harus dilakukan.[29]

Tidak seperti di Amerika, Hans Kelsen mengemukakan konsep peradilan konstitusi dengan ciri terpisah dari cabang kekuasaan kehakiman (peradilan) umum. Pembentukan lembaga yang diberi nama "*Verfassungsgerichtshoft"* (MK) yang berdiri sendiri di luar dari Mahkamah Agung, tercapai ditahun 1920 di Austria, dimana pada saat tersebut, Kelsen diangkat sebagai anggota lembaga pembaharuan konstitusi disana.[30]

Konsep peradilan konstitusi yang berdiri sendiri diluar peradilan umum inilah yang mengilhami Indonesia menghadirkan MK. Namun bila ditilik kembali pada saat sidang BPUPK (Badan Pekerja Usaha-Usaha Persiapan Kemedekaan)[31] telah ada ide mengenai lembaga

---

28 Lebih lanjut dapat dilihat pada buku Feri Amsari, Perubahan UUD 1945, Perubahan Konstitusi Negara Republik Indonesia Melalui Keputusan Mahkamah Kostitusi, (Jakarta: Rajawali Pers,2011), hlm. 50-58.

29 Fatmawati, "Peranan Mahkamah Konstitusi dalam Membangun Kesadaran Berkonstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Volume I Nomor 1, November 2010, hlm. 91-92

30 Lihat Jimly Asshidiqie, *Menuju Negara Hukum Demokratis*, (Jakarta: Sekretariat Jendral Mahkamah Konstitusi,2008), hlm. 333-334.

31 Dalam pencarian literatur yang penulis lakukan, ada dua peristilahan yang digunakan untuk *Dokuritsu Junbi Coosakai* ada dua, versi *pertama* adalah BPUPKI (Badan Pekerja Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia) dan *kedua* BPUPK (Badan Pekerja Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan) dan dalam hal ini penulis sepakat dengan penggunaan BPUPK, lihat Mahfud MD, *Dasar & Struktur Ketatanegaraan..., Op Cit*, hlm 28. Bandingkan C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, (1997), *Hukum Tata*

pengujian konstitusional yang dalam hal ini dicanangkan oleh Mr. Moh. Yamin "Mahkamah inilah yang setinggi-tingginya, sehingga dalam membanding undang-undang, maka balai Agung -Mahkamah Agung- inilah yang akan memutuskan apakah sejalan dengan hukum adat, syariah, dan undang-undang dasar".[32]

Dalam perkembangan selanjutnya, ide kewenangan pengujian konstitusional oleh Mahkamah Agung ini ditentang oleh rekan BPUPK, Soepomo yang menyatakan:

> Kecuali itu Paduka Tuan Ketua, kita dengan terus terang akan mengatakan bahwa para ahli hukum Indonesia pun sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam hal ini,dan tuan Yamin harus mengingat bahwa di Austria, Chekoslowakia, dan Jerman waktu Weimar, bukan Mahkamah Agung, akan tetapi pengadilan spesial, *constitutioneelhof,* -suatu pengadilan spesifik- yang melulu mengerjakan konstitusi. Kita harus mengetahui, bahwa tenaga-tenaga, ahli-ahli tentang hal itu. Jadi, buat negara yang muda saya kira belum waktunya mengerjakan persoalan itu.[33]

Setelah reformasi bergulir, MK hadir dengan 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban langsung dari Undang-Undang Dasar NRI 1945, dan kewenangan lain berdasarkan undang-undang berupa penyelesaian sengketa pemilukada.[34] Kewenangan untuk memutus sengketa ini awalnya berada pada Mahkamah Agung, namun berpindah ke MK, akibat diundangkannya Undang-Undang

---

Negara Republik Indonesia 1, (Jakarta, Rineka Cipta) hlm. 271. Serta lihat pula R,M. A.B. Kusuma, (2011), "Sengketa Antara Lembaga Negara" dalam *Jurnal Konstitusi* Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Volume II No. 1, Juni 2011, catatan kaki ke 2, hlm. 9.

32 *Op. Cit,* Feri Amsari..., hlm. 234.

33 *Ibid,* hlm. 62.

34 Pilkada yang semula diatur oleh Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan daerah lebih menonjolkan rezim pemilu kepala daerah ke daerah, bukanlah sebagai pemilihan umum sebagaimana diatur selanjutnya melalui Undang-Undang Nomor 22 tahun 2007, pengukuhan rezim pemilukada pada pemilu selanjutnya diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 (Perubahan UU Pemda). Lebih jauh menilik kebelakang, awal mula bergesernya Pemilihan Kepala Daerah dari rezim Pemerintahan Daerah ke rezim Pemilihan umum adalah implikasi dari Putusan MK No. 72-73/PUU/2004.

Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, serta hasil perubahan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah ditahun 2008.[35]

Fungsi dan kewenangan MK tersebut sebagian besar telah dilaksanakan, kecuali terhadap kewenangan pembubaran partai politik dan kewajiban memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut undang-undang dasar. Berkaitan dengan fungsi utama dari MK terkait *Judicial Review*[36] memainkan peran keadilan sosial di Indonesia. Hal ini dapat tergambar semisal dalam rencana pemerintah menaikkan harga BBM (Bahan Bakar Minyak) melalui Undang-Undang Tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Perubahan (APBN-P) yang baru disahkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat pada Sabtu 31 Maret 2012, lalu selang dua sehari setelahnya undang-undang ini diuji konstitutionalitasnya melalui MK.[37]

Bentuk Pengawasan Hakim Konstitusi di Indonesia

Pengawasan personal terhadap hakim konstitusi secara garis besar dapat dibagi kedalam dua periode, yakni sebelum adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial,[38] serta setelah pengujian terhadap undang-undang tersebut. Karena

35 Pasal 236C Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 yang menyatakan "*Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada MK paling lama 18 (delapan belas) bulan sejak Undang-Undang ini diundangkan.*"

36 Penulis mengasumsikan fungsi *judicial review* ini sebagai yang utama pada kewenangan MK karena pada dasarnya terbentuknya lembaga uji konstitusional ini karena proses "pengadaan" kewenangan menguji oleh lembaga yudisial, pembahasan lebih lanjut dapat dilihat pada bagian latar belakang hadirnya Mahmakah Konstitusi pada tinjauan pustaka tulisan ini.

37 Disahkan pada hari sabtu 31 Maret 2012 dan pada Senin tanggal 2 April 2012 diuji konstitusionalitasnya, lihat: http://nasional.kompas.com/read/2012/04/04/1154587/Tak.Perlu.Galau.Hadapi.Uji.Materi.UU.APBN-P.2012, diakses pada 4 April 2012.

38 Kini Undang-Undang Tentang Komisi Yudisial Nomor 22 Tahun 2004 ini telah mengalami revisi (perubahan), yakni Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2011.

ketika MK memutus pengujian undang-undang tersebut ikut merubah konsep pengawasan hakim konstitusi yang sebelumnya dimiliki oleh Komisi Yudisial.

Sebelum pengujian Undang-Undang tentang Komisi Yudisial, pengaturan mengenai pengawasan hakim konstitusi dilandasi oleh ketentuan pada undang-undang tersebut. Pengawasan hakim konstitusi dalam hal ini dilakukan apabila melanggar ataupun merendahkan martabat dalam prilaku hakim. Lebih lanjut, hal ini mengacu pada ketentuan pemberhentian hakim konstitusi secara tidak hormat, sebagaimana tertuang pada pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang MK, yakni hakim konstitusi diberhentikan secara tidak hormat apabila: 1) Dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih; 2) Melakukan perbuatan tercela;[39] 3) Tidak menghadiri persidangan yang menjadi tugas dan kewajibannya selama 5 (lima) kali berturut-turut tanpa alasan yang sah; 4) Melanggar sumpah atau janji jabatan; 5) Dengan sengaja menghambat MK memberi putusan dalam waktu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7B ayat (4) UUD NRI 1945; 6) Melanggar larangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17; atau 7) Tidak lagi memenuhi syarat sebagai hakim konstitusi.

Ketujuh penyebab dapat diberhentikannya hakim konstitusi secara tidak hormat tersebutlah yang menjadi kewenangan Komisi Yudisial untuk melaksanakan pengawasan disisi eksternal. Sementara disisi internal, pengawasan hakim konstitusi langsung berada ditangan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi sebagaimana diatur oleh Peraturan MK Nomor 02/PMK/2003 tentang Kode Etik dan Pedoman Prilaku Hakim.

Setelah pembacaan Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006 tersebut, maka konsep baru terkait pengawasan hakim konstitusi tanpa adanya campur tangan Komisi Yudisial-pun terwujud.[40] Selanjutnya

39 Lebih lanjut, pada penjabaran perbuatan tercela ini termaktub pada uraian Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 02/PMK/2003 tentang kode etik dan pedoman prilaku hakim, serta Peraturan Mahkamah Konsitusi Nomor 07/PMK/2005 tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi.

40 Karena Putusan Mahmakah Konstitusi bersifat deklaratoir, yaitu menyatakan

dalam pengawasan hakim konstitusi hanya dikenal jenis pengawasan internal melalui saluran Panel Etik Hakim Konstitusi dan putusan akhir oleh Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Pengaturan mengenai kedudukan dan fungsi Panel Etik dan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi didasari oeleh ketentuan pada Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2006 tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Prilaku Hakim Konstitusi serta Peraturan MK Nomor 10/PMK/2006 tentang Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi. Berkaitan dengan kode etik dan prilaku hakim konstitusi diilhami oleh *The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002*, yang secara garis besar menyatakan bahwa hakim secara personal harus memenuhi kriteria etik berupa:[41] Independensi (*independence*), Ketakberpihakan (*impartiality*), Integritas (*integrity*), Kepantasan dan Kesopanan (*propriety*), Kesetaraan (*equality*), Kecakapan dan Keseksamaan (*competence and diligence*), serta nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia, yaitu prinsip kearifan dan kebijaksanaan (*wisdom*) sebagai kode etik hakim konstitusi beserta penerapannya.

Dalam mekanisme pengawasan internal ini, dimulai dari laporan masyarakat pada MK terkait dugaan pelanggaran kode etik dan prilaku hakim. Setelah menerima laporan tersebut maksimal 14 hari setelah diterimanya laporan/pengaduan masyarakat tersebut dibentuklah Panel Etik Hakim Konstitusi untuk selanjutnya diadakan pemeriksaan awal, kewenangan panel etik berupa mengambil keputusan berupa perlunya pemeriksaan lanjutan dan/atau mengambil keputusan berupa rekomendasi penjatuhan sanksi terhadap pelanggaran ringan kepada Mahkamah, serta dalam hal laporan atau informasi tentang adanya pelanggaran Kode Etik tidak beralasan, Panel Etik merekomendasikan penetapan kepada Mahkamah bahwa laporan atau informasi dimaksud tidak benar (dismissal). Jika hasil putusan panel etik adalah dilanjutkan pemeriksaan pelanggaran kode etik dan prilaku hakim konstitusi, maka dibentuklah Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Selanjutnya Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi memiliki

---

maka otomatis putusan MK langsung berlaku dan tidak perlu dieksekusi, dalam hal ini membuat kondisi hukum baru "lepasnya" wewenang Komisi Yudisial untuk mengawasi martabat dan prilaku hakim konstitusi.

41 Lampiran Peraturan MK Nomor 10/PMK/2006, Bagian Deklarasi Kode Etik dan Prilaku Hakim Konstitusi.

wewenang memberikan rekomendasi berupa penjatuhan sanksi terhadap dugaan pelanggaran, atau pemulihan nama baik hakim terlapor. Dalam melaksanakan wewenangnya tersebut, memiliki hak untuk mengumpulkan informasi dan bukti-bukti terkait dengan adanya dugaan pelanggaran kode etik dan perilaku hakim, pemanggilan terhadap hakim terlapor, pemeriksaan terhadap hakim terlapor; dan penyampaian laporan kepada Mahkamah tentang hasil pemeriksaan terhadap hakim terlapor.

Pada perkembangannya, konsep pengawasan hakim konstitusi, dalam hal komposisi Majelis Hakim Konstitusi sempat diatur di dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dimana diatur bahwa komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi terdiri dari: 1 (satu) orang hakim konstitusi, 1 (satu) orang anggota Komisi Yudisial, 1 (satu) orang dari unsur Dewan Perwakilan Rakyat, 1 (satu) orang dari unsur pemerintah yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum, dan 1 (satu) orang hakim agung.[42]

Setelah dilakukan pengujian undang-undang tersebut, komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang berasal dari unsur DPR, Pemerintah, dan hakim agung dinyatakan inkonstitusional dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat,[43] namun patut dicatat bahwa akibat dari komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi yang dinyatakan tidak berlaku menimbulkan kekosongan hukum terhadap komposisi tersebut.

Terlepas dari kekosongan hukum tersebut, selama periode awal pengawasan hakim konstitusi, yakni sebelum putusan tentang pengujian Undang-Undang Komisi Yudisial tahun 2006, tidak ada satupun kasus yang berkaitan dengan pelanggaran kode etik dan prilaku hakim konstitusi. Namun pada peride kedua, setelah pengujian Undang-Undang Tentang Komisi Yudisal, terjadi dugaan pelanggaran kode etik dan prilaku hakim konstitusi, hal ini didasari oleh sebuah tulisan opini Refly Harun yang berjudul "MK Masih Bersih?" di harian Kompas 23 Oktober 2010.

---

42 Ketentuan Pasal Pasal 27A ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011

43 Lihat Amar Putusan MK Nomor Nomor 49/PUU-IX/2011

Berawal dari opini tersebut, MK membentuk Tim Investigasi yang dipimpin langsung oleh Refly Harun tersebut. Refly dan MK masing-masing menunjuk 2 (dua) orang anggota tim, akhirnya secara keseluruhan keanggotaannya adalah Refly Harun, Bambang Widjojanto, Adnan Buyung Nasution, Bambang Harimurti, dan Saldi Isra. Setelah melakukan investigasi, tim tersebut memberikan laporan pada MK, dalam laporan tersebut direkomendasikan agar dibentuk panel etik dan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Akhirnya panel etik dibentuk, dan selanjutnya Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi-pun ikut dibentuk. Hasil akhir dari pemeriksaan Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi adalah pemulihan nama baik bagi Hakim Konstitusi Akil Moctar, dan terbuktinya Hakim Konstitusi Arsyad Syanusi melanggar kode etik dan pedoman tingkah laku hakim konstitusi, tepatnya Prinsip Ketiga "Integritas", dan Prinsip Keempat, "Kepantasan dan Kesopanan"

Dalam tahun 2013 ini, terdapat perbaikan terhadap pengawasan hakim konstitusi. Tepatnya melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2013 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Perubahan yang paling mencolok dari Peraturan Mahkamah Nomor 10/PMK/2006 tentang Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi adalah ditiadakannya prosedur pemeriksaan awal oleh panel etik, serta majelis yang memeriksa pelanggaran etik tersebut dinamakan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, bukan lagi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Bahkan, setelah tertangkap tangannya Ketua Mahkamah Konstitusi, berhasil merusak pengawasan internal yang telah disusun oleh peraturan tersebut. Karena laporan aduan masyarakat, ditujukan kepada Ketua Mahkamah Konstitusi, untuk menyikapi hal tersebut dibentuklah Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi. Dalam perpu ini, ditambahkan peran Komisi Yudisial yang bersama mahkamah Konstitusi untuk membentuk Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, serta dalam pengajuan calon hakim konstitusi, Komisi Yudisial membentuk panel ahli untuk melakukan uji kelayakan dan kepatutan terhadap calon hakim konstitusi yang diajukan oleh DPR, Presiden dan Mahkamah

Agung.[44]

Pada perkembangan selanjutnya, Mahkamah Konstitusi justru membentuk Dewan Etik berdasarkan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2013 tentang Dewan Etik Hakim Konstitusi. Secara yuridis, hal ini menimbulkan kerancuan, karena secara langsung menindih pengaturan sebelumnya dalam peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi sebelumnya.

Kontrol Terhadap Hakim Konstitusi Kedepan

Pengawasan dari segi etimologi merupakan istilah yang dapat disandingkan dengan penilikan dan penjagaan.[45] Pada proses pengawasan, secara umum dapat dibagi lagi ke dalam 2 (dua) bentuk, yakni bentuk preventif (pencegahan) dan represif (penindakan). Apabila dikaitkan kedalam konsep ideal pengawasan hakim konstitusi, maka akan meliputi upaya pengawasan dalam artian preventif, yakni dari segi perekrutan dalam hal seleksi dan penyaringan bakal calon hakim konstitusi yang dimiliki oleh 3 (tiga) lembaga negara,[46] yaitu Pemerintah, Mahkamah Agung, dan Dewan Perwakilan Rakyat.

Serta dalam pengertian represif, maka hal ini bersinggungan dengan upaya penindakan atas pelanggaran kode etik profesi hakim konstitusi, yang kini hanya dilaksanakan oleh internal Mahkamah Kostitusi. Oleh sebab itulah dalam konsep ideal pengawasan hakim konstitusi, dibagi kedalam dua bentuk, yakni pengawasan dalam proses perekrutan dan dalam hal pelaksanaan tugas dan kewajibannya.

Dari sisi preventif, maka pengawasan hakim konstitusi melingkupi pengaturan yang berkenaan tentang syarat, masa jabatan, dan proses perekrutan. Berkaitan dengan persyaratan untuk menjadi hakim

---

44 Lihat Perubahan Pasal 1 yang tercantum dalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

45 Pusat Bahasa, Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Keempat,(Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), hlm.108.

46 Ketentuan pada 24C ayat (3) menyatakan "*MK mempunyai sembilan orang 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.*"

konstitusi yang harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara, sudah sangat tepat. Namun perlu juga ditambahkan syarat non-partisan, karena fungsi dan kewenangan MK yang amat rentan bersinggungan dengan kepentingan politis.

Terkait dengan masa jabatan, perlu diatur mekanisme yang memastikan rotasi /pergantian hakim konstitusi yang tidak bersinggungan dengan periodisasi politik tertentu seperti saat ini, yakni 5 (lima) tahun sekali. Hal ini amatlah penting untuk dijaga karena cukup rentan untuk dipolitisasi, mengingat 6 (enam) bakal calon hakim konstitusi berasal dari 2 (dua) lembaga negara yang sarat akan kepentingan politik, yakni Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat. Karena presiden diusung oleh partai politik ataupun gabungan partai politik, serta DPR merupakan dewan perwakilan rakyat yang diisi oleh kader partai politik.

Untuk menekan efek politisasi yang dapat timbul dari sisi masa jabatan tersebut, ada baiknya hakim konstitusi memiliki masa mengabdi seumur hidup seperti hakim agung di *Supreme of Court* Amerika, namun dengan syarat ketat terkait pengawasan represifnya. Pilihan lain dari masa jabatan seumur hidup adalah tempo waktu tertentu yang jauh dari periodisasi rezim pemerintahan, semisal 9 (sembilan) tahun ataupun lebih.

Hal ini relevan untuk dilakukan, karena beberapa negara penganut paham "*The Kelsenian Model*" dalam hal pemisahan atap antara peradilan konstitusi dengan umum justru memberikan masa jabatan yang jauh dari hiruk pikuk rezim politik tertentu. Semisal, di Afrika Selatan, hakim konstitusinya mendapatkan masa jabatan selama 12 tahun, tanpa perpanjangan, dan masa pensiun hingga 70 tahun, di Korea selatan selama 6 tahun dan dapat diperpanjang sekali lagi, dan di Lithuania maksimum 9 tahun dengan pergantian setiap 3 tahunnya.[47]

Dalam usaha pencegahan, proses perekrutan hakim konstitusi yang dilaksanakan oleh ketiga lembaga negara sebagaimana diuraikan di atas, haruslah transparan dan akuntabel. Dalam hal ini diharapkan

47 *Op. Cit,* Jimly Ashiddiqie, 2008..., hlm. 336-337

ketiga lembaga negara tersebut juga mengikutsertakan Komisi Yudisial untuk menelusuri rekam jejak (*track record*) bakal calon hakim konstitusi, serta dalam proses seleksinya harus mencerminkan transparansi dan aspirasi publik. Dalam hal ini, setiap bakal calon hakim konstitusi harus diumumkan ke publik, semisal melalui media cetak ataupun elektronik, serta diberikan akses bagi masyarakat untuk menilai figur calon tersebut.

Sementara itu, dari sisi represif terhadap pengawasan terhadap hakim konstitusi haruslah setimbang, antara internal dan eksternal kelembagaan, hal ini penting dijaga demi kemandirian dalam penegakan kode etik dan prilaku hakim konstitusi yang menjadi dasar dan acuan disisi pengawasan ini. Apabila melihat pada pelaksanaan pengawasan hakim konstitusi yang pernah terjadi di 2010-2011 lalu, sebenarnya kita melihat suatu kejanggalan. Secara normatif, ketentuan mengenai Tim Investigasi MK yang dibentuk untuk memeriksa dugaan pelanggran kode etik prilaku hakim tidak ditemui dalam peraturan manapun, baik dari sisi undang-undang ataupun peraturan internal MK.

Selain dari segi legitimasi, tenggat waktu yang diberikan kepada tim investigasi tersebut juga terlalu sempit, dengan hanya 1 (satu) bulan masa kerja, bahkan sempat terjadi perang media antara mantan anggota tim investigasi dengan hakim konstusi yang diduga melakukan pelanggaran etik tersebut.[48] Padahal seharusnya MK tidak perlu membentuk tim tersebut, justru harus langsung melangkah pada pembentukan Panel Etik Hakim Konstitusi, dan meminta Refly menyampaikan laporan atas dugaan pelanggaran tersebut sebagaimana diatur oleh Peraturan MK tentang Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.

Karena kewenangan baru Mahkamah Konstutusi untuk menyelesaikan sengketa pemilukada, menjadi sangat beralasanlah kini dibutuhkan pengawasan yang lebih ekstra terhadap hakim konstitusi disisi represif. Dari sisi represif ini, saya merasa perlu kembalinya Komisi Yudisial dalam mengawasi MK, karena pada dasarnya komisi ini dibentuk untuk menjaga keluhuran martabat hakim.[49] Walaupun

48 Berita "Arsyad: Saldi Isra Hanya Bisa Bicara", dalam http://nasional.kompas.com/read/20 10/12/18/19425098/Arsyad.Saldi.Isra.Hanya.Bisa.Bicara dikunjungi pada 9 April 2012

49 Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang*

telah dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat terhadap hal ini, namun diharapkan terobosan hukum dapat menjawab urgensi kembalinya Komisi Yudisial mengawasi hakim konstitusi. Terlebih pada Putusan MK Nomor 49/PUU-IX/2011, dalam amar putusannya Komisi Yudisial tetap masuk kedalam komposisi Majelis Kehormatan Hakim Konstitusi.[50]

Mekanisme Pelaksanaan Pengawasan Hakim Konstitusi oleh Komisi Yudisial

Dalam mengaplikasikan reposisi pengawasan sebagaimana diutarakan sebelumnya, maka perlu dilakukan perubahan UUD NRI 1945, khususnya ketentuan Pasal 24B mengenai Komisi Yudisial,[51] serta harmonisasi peraturan perundang-undangan yang terkait semisal Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-undang Tentang Mahmakah Konstitusi, dan Undang-Undang Tentang Komisi Yudisial. Tantangan terbesar dalam pengaplikasian konsep ini terletak pada perubahan undang-undang dasar (Konstitusi) karena tergolong *rigid* dari segi kesukaran dalam hal perubahan formal.[52]

Perubahan formal konstitusi di Indonesia tercermin dari ketentuan Pasal 37 UUD NRI 1945, yakni melalui prosedur pengagendaan sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) oleh sekurang-kurangnya 1/3 (sepertiga) dari jumlah anggota pada tahapan usul perubahan, dimana setiap usul perubahan pasal-pasal diajukan secara tertulis dan ditunjuk

---

Dasar Negarta Republik Indonesia tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002, Buku VI Kekuasaan Kehakiman, (Jakarta:Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah konstitusi,2008), hlm. 3-467.

50 Walaupun dalam pertimbangan Mahkamah di putusan ini MK tetap bersikukuh pada yurisprudensinya terhadap tidak berwenangnya KY mengawasi Hakim Konstitusi, namun pada amar putusan MK tidak menyatakan pasal 27 ayat (2) poin (a) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 inkonstitusional.

51 Ketentuan Pasal inilah yang menjadi dasar pertimbangan MK menyatakan Komisi Yudisial tidak berwenang mengawasi lembaganya, lebih lanjut dapat dilihat bagian Pertimbangan MK dalam Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006 dan 49/PUU-IX/2011.

52 Pembagian konstitusi berdasarkan sifatnya dapat dikategorikan kedalam 2 (dua) jenis, yakni tipe *rigid* (kaku) dan *flexible* (fleksibel), lebih lanjut dapat dilihat: Feri Amsari, *Op Cit*, hlm. 17, serta C F Strong, (1973), *Modern Political Constitutional*, Sidgwick & Jackson,London, hlm. 58.

dengan jelas bagian yang akan dirubah beserta alasannya, untuk selanjutnya disidangkan dengan kuorum kehadiran anggota MPR minimal 2/3 (duapertiga) dari jumlah keseluruhan anggota, serta pada proses persetujuan harus dengan persetujuan sekurang-kurangnya lima puluh persen ditambah satu dari jumlah anggota MPR.

Ketentuan yang tergolong kompleks baik dari sisi normatif maupun empirisnya, inilah yang menjadikan pelaksanaan konsep ideal pengawasan hakim konstitusi sulit dilakukan dengan perubahan formal konstitusi. Hal ini telah dicoba sebelumnya oleh Dewan Perwakilan Daerah pada tahun 2007 silam, dimana usulan perubahan tersebut tidak berhasil dilakukan.[53] Oleh karena itulah, saya mengusulkan agar dapat ditempuh jalur perubahan secara informal.

Secara teoritis, George Jellinek mengklasifikasikan perubahan konstitusi secara garis besar ke dalam 2 (dua) jenis cara, yakni melalui prosedur formal (*verfassungsanderung*), dan melalui prosedur Informal (*verfassungswandlung*) (Jimly Asshidiqie, 2006 : 144). Melengkapi pendapat George Jellinek, C. F. Strong membagi lagi secara lebih rinci cara perubahan konstitusi dengan prosedur formal (*vervassungsanderung*) tersebut kedalam 4 (empat) cara, yakni:[54] 1) *By the ordinary legislature but under certain restriction*, (Perubahan melalui lembaga legislatif biasa, tetapi melalui aturan-aturan tertentu); 2) *By the people through a referendum*, (Perubahan melalui referendum); 3) *By a majority for all units of a federal state*, (Oleh mayoritas dari seluruh negara bagian, dalam hal ini pada negara federal); 4) *By special convention*, (Oleh lembaga khusus)

Sementara itu, K. C. Wheare memiliki pendapat sendiri mengenai klasifikasi dalam perubahan konstitusi, ia membaginya ke dalam 4 (empat) jenis, yakni:

1) *Some primary forces* (perubahan melalui kekuatan/kekuasaan yang kuat);

---

53 Lihat berita "*Usulan Amendemen UUD 1945 Kandas*", 8 Agustus 2007, http://news.detik.com/read/2007/08/08/003628/814472/10/usulan-amandemen-uud-1945-kandas?browse=frommobile, diakses pada 8 April 2012.

54 Lihat Saldi Isra dan Feri Amsari, "Perubahan Konstitusi Melalui Tafsir MK", *Jurnal Konstitusi* PUSaKO Fak. Hukum Univ. Andalas Vol 1. No. 1, November 2008, hlm. 108.

2) *Formal amandement* (perubahan melalui jalur formal / ditentukan);[55]
3) *Judicial interpretation* (penafsiran oleh hakim / lembaga yudikatif);
4) *Usage and convention* (kebiasaan dan konvensi ketatanegaraan)

Dari beberapa jenis cara berubahnya konstitusi, saya mengambil beberapa mekanisme informal untuk mengaplikasikan gagasan ini, antara lain adalah dengan konvensi ketatanegaraan dan penafsiran hakim. Melalui konvensi ketatanegaraan, MK dapat "merelakan" diri untuk diawasi oleh Komisi Yudisial, hal ini sudah dipenuhi dengan perpu tentang perubahan undang-udang MK, namun diperlukan kerjasama dari DPR untuk menyetujui perpu tersebut.

Selain itu, pengaturan untuk menindaklanjuti perpu tersebut perlu dilakukan, yakni melalui perubahan undang-undang yang terkait, yakni Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman dan Undang-Undang Komisi Yudisial. Selain itu, MK juga harus memberikan tafsir konstitusional terhadap undang-undang yang akan dibuat tersebut nantinya. Karena melalui tafsirnya, bunyi tekstual dari konstitusi dapat berubah.[56]

Terkait Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006, dapat dikesampingkan didalam praktik selanjutnya.[57] Hal ini amat sesuai dengan semangat konstitusi yang hidup, karena semangat konstitusi yang hidup adalah "adaptasi" terhadap perkembangan dan kebutuhan zaman kekinian, mengutip apa yang disampaikan oleh David A. Strauss dalam bukunya *The Living Constitution*, "*Do we want to have a living constitution? A "living constitution" is one that evolves, changes over time,*

55 *Formal amandement*, oleh George Jellinek klasifikasikan sebagai *verfassungsanderung* (Perubahan melalui prosedur formal), sementara ketiga jenis lainnya, yakni *Some primary forces*, *Judicial interpretation*, U*sage and convention*, dapat diketegorikan ke dalam lingkup *vervassungswandlung* (Perubahan secara informal).

56 *Ibid,* Feri Amsari, 2011

57 Secara *original*, berdasarkan ketentuan Undang-Undang Dasar, Putusan MK terkait pengujian konstitusional undang-undang adalah final, tidak ada ketentuan mengikatnya. Namun di sisi undang-undang terkait justru ditambahkan sifat mengikat (*binding*) tersebut. Lihat Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945.

and adapts to new circumstances, without being formally amended.".[58] Jawabannya adalah "ya!", kita butuh konstitusi yang hidup, mampu berkembang sesuai keadaan dan kebutuhan zaman. Dalam hal ini menjawab kebutuhan akan Kontrol Kelembagaan Mahkamah konstitusi melalui Pengawasan Hakim Konstitusi oleh Komisi Yudisial, demi mengembalikan muruah lembaga pengawal konstitusi ini.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Amsari, Feri, *Perubahan UUD 1945, Perubahan Konstitusi Negara Republik Indonesia Melalui Keputusan Mahkamah Kostitusi.* Jakarta, Rajawali Pers, 2011.

Asshiddiqie, Jimly, *Pengantar Ilmu Hukum tata Negara Jilid I*, Jakarta, Sekertariat Jenderal dan kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.

---------, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta, Bhuana Ilmu Populer, 2007.

---------, *Menuju Negara Hukum Demokratis*, Jakarta, Sekretariat Jendral Mahkamah Konstitusi, 2008.

Djohansyah, J., *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman,* Jakarta, Kesaint Blanc, 2008.

Hirsch, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Pers, 2004.

Ibrahim, Jhonny, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif,* Malang, Bayumedia Publishing, 2006.

Isra, Saldi, *Pergeseran Fungsi Legislasi, Menguatnya Model Legislasi Parlementer dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta, Rajawali Pers, 2010.

Kansil, C.S.T. dan Kansil, Christine S.T., *Hukum Tata NegaraRepublik Indonesia 1*, Jakarta, Rineka Cipta, 1997.

58 David A. Strauss,*The Living Constitution*, (Oxford: Oxford University Pers,2010)

Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negarta Republik Indonesia tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002,* Buku VI Kekuasaan Kehakiman,Jakarta, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah konstitusi, 2008.

MD, Moh. Mahfud, *Dasar & Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Edisi Revisi, Yogyakarta, Rineka Cipta, 2001.

---------, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pascaamandemen Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers, 2010.

Secondat, Charles de, Montesquieu, Baron de, *The Spirit of Law* (*Translated by Thomas Nugent 1752*,Canada, Batoche Books Kitchener 2001.

Siahaan, Maruarar, *Undang-Undang Dasar 1945, Konstitusi yang Hidup*, Jakarta, Sekretariat Jendral Mahkamah Konstitusi, 2008.

Soekanto, Soerjono dan Mamudji, Sri, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat,* Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, 2006.

Strauss, David A., *The Living Constitution*, Oxford, Oxford University Pers, 2010.

Strong, C. F., *Modern Political Constitutional*, ,London, Sidgwick & Jackson, 1973.

Tauda, Gunawan A., *Komisi Negra Independen, Eksistensi Independent Agencies sebagai Cabang Kekuasaan Baru dalam Sistem Ketatanegaraan*, Yogyakarta, Genta Pers, 2012.

Jurnal:

Bruce Ackerman, (2000), *New Separation of Powers*, Volume 113 Harvard Law Review.633-729.

David Boies, (2006), *Judicial Independence and the Rule of Law*, Journal of Law & Policy, Vol. 22:57

Fatmawati, (2010), *Peranan Mahkamah Konstitusi dalam Membangun Kesadaran Berkonstitusi*, dalam Jurnal Konstitusi Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Volume I Nomor 1, November 2010

R.M. A.B. Kusuma, (2011) *Sengketa Antara Lembaga Negara* dalam Jurnal Konstitusi Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Volume II No. 1, Juni 2011

Saldi Isra dan Feri Amsari, (2008), *Perubahan Konstitusi Melalui Tafsir MK*, dalam Jurnal Konstitusi PUSaKO Fak. Hukum Univ. Andalas Vol 1. No. 1, November 2008.

Kamus, Website & dan lainnya:

Eko Endarmoko, (2006), *Tesaurus Bahasa Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama.

Bryan A. Garner, (2004) *Black's Law Dictonary 8 (Eight) Edition*, West Publishing Company.

Pusat Bahasa, (2008), *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Keempat*, PT Gramedia Pustaka Utama.

Laporan Penelitian & Makalah:

Laporan Penelitian Pusat Studi Konstitusi (PUSaKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi* (*Dari Berfikir Tekstual ke Hukum Progresif*), 2011.

Peraturan Perundang-undangan:

Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial.

Bab IV
Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi

Bab IV
Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi

1. Pengujian Peraturan Perundang-Undangan di Bawah Satu Atap Mahkamah Konstitusi
   Oleh: Ni'matul Huda *485*

2. Integrasi Pengujian Peraturan Perundang-Undangan dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga Negara
   Oleh: Ismail Hasani *505*

3. Penguatan Mahkamah Konstitusi Melalui Mekanisme *Constitutional Complaint* untuk Mewujudkan Negara Hukum Indonesia
   Oleh: Wiwin Suwandi *543*

4. *Constitutional Complaint* dan Perlindungan Hak Kebebasan Beragama/Berkeyakinan
   Oleh: Ria Casmi Arrsa *561*

1

Pengujian Peraturan Perundang-Undangan di Bawah Satu Atap Mahkamah Konstitusi

Oleh: Ni'matul Huda

Pendahuluan

Hadirnya Mahkamah Konstitusi (MK) melalui reformasi konstitusi dengan kewenangan antara lain melakukan pengujian (*judicial review*) undang-undang terhadap undang-undang dasar cukup membanggakan, karena selama pemerintahan Orde Baru memimpin tidak muncul politik hukum untuk pengujian undang-undang. Mahkamah Agung (MA) hanya dapat melakukan pengujian peraturan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, sehingga produk hukum yang represif dan bersebrangan dengan demokrasi maupun HAM tidak dapat disentuh oleh hukum untuk diuji substansinya. Setelah hadirnya MK, semua produk undang-undang dapat ditinjau substansi maupun prosedur pembuatannya. Sehingga hak-hak warga negara dan demokrasi dapat terlindungi dari kemungkinan potensi negatif pembentuk undang-undang yang ingin mereduksi bahkan menggerogoti prinsip-prinsip negara hukum, hak asasi manusia (warga negara) maupun substansi demokrasi.

Meskipun demikian, hasil amandemen UUD 1945 masih menyisakan persoalan karena memisahkan pengujian peraturan perundang-undangan di dua atap, yakni MK untuk pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar, dan MA untuk pengujian peraturan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.

Pemisahan ini tentu menimbulkan persoalan tersendiri, karena UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Sebagaimana Telah Diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) Pasal 55 menentukan, pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang sedang dilakukan MA wajib dihentikan apabila undang-undang yang menjadi dasar pengujian peraturan tersebut sedang dalam proses pengujian MK sampai ada putusan MK.

Perubahan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 24A ayat (1) menegaskan: "Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang". Selama ini, wewenang MA tersebut diatur dalam UU No. 14 Tahun 1985 yang telah diubah dengan UU No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Pengaturan judicial review oleh MA selanjutnya diatur dalam UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 18 ayat (2) huruf b dan ayat (3) yang menegaskan, "MA mempunyai kewenangan menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Putusan mengenai tidak sahnya peraturan perundang-undangan sebagai hasil pengujian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf b dapat diambil baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun berdasarkan permohonan langsung pada MA."

Dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 Pasal 24C ayat (1), Mahkamah Konstitusi ditentukan memiliki 4 (empat) kewenangan, yaitu: (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. Kewenangan tersebut adalah dalam tingkat pertama dan terakhir dan putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, yaitu langsung mempunyai kekuatan hukum tetap dan tidak terdapat upaya hukum untuk mengubahnya.

Selain pengujian yang dilakukan oleh MK dan MA, dalam UU No. 22 Tahun 1999 yang kemudian diganti dengan UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, ternyata juga mengatur perihal pembatalan (*executive review*) produk hukum daerah oleh

Presiden (melalui Menteri Dalam Negeri), yang hakikatnya juga pengujian peraturan perundang-undangan. Di dalam praktik, ternyata juga ditemukan adanya sejumlah Perda yang materi muatannya bersinggungan dengan materi muatan HAM yang dijamin oleh konstitusi.[1] Perda-perda semacam ini menyulitkan untuk pengujiannya, karena batu ujinya adalah UUD 1945. MA tidak memungkinkan untuk menguji Perda-perda tersebut karena batu ujinya UUD 1945, jika dipaksakan untuk mengujinya, MA hanya bisa menggunakan batu ujinya UU HAM. MK juga tidak memungkinkan untuk mengujinya meskipun materi muatan Perda bersinggungan dengan materi muatan UUD 1945, karena posisi Perda berada jauh di bawah undang-undang.[2]

Kemunculan Perda-perda bermasalah juga sempat mendapat perhatian anggota DPR RI. Pada 13 Juni 2006, 56 orang anggota DPR dari unsur fraksi Partai Damai Sejahtera (PDS) dan Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan (PDIP) menyampaikan memorandum menolak dan meminta Presiden mencabut berbagai Perda "antimaksiat" yang diindikasikan bermuatan syariat Islam. Pemberlakuan Perda tersebut

---

1 Kemunculan Perda-perda berbasis syariat oleh sebagian kalangan masyarakat dipandang secara substantif ada yang bertentangan dengan hak-hak asasi manusia yang telah secara tegas dijamin oleh UUD 1945. Misalnya, i) hak untuk hidup serta hak mempertahankan hidup dan kehidupannya (Pasal 28A); ii) hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukujm yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum (Pasal 28D ayat (1)); iii) hak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan (Pasal 28D ayat (3)); iv) hak atas kebebasan memeluk agama dan beribadah menurut agamanya (Pasal 28E ayat (1)); v) hak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya (Pasal 28E ayat (2)); vi) hak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi (Pasal 28G); dan vii) hak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu (Pasal 28I ayat (2)).

2 Baca putusan MA tentang Pengujian Perda Kota Tangerang No. 8 Tahun 2005 tentang Pelarangan Pelacuran. Majelis hakim MA memutuskan untuk menolak memeriksa substansi perkara itu dan hanya menguji kebenaran prosedur hukumnya. Menurut MA, Perda Kota Tangerang itu telah melewati proses demokratis dan melibatkan partisipasi publik yang luas. Oleh karena itu, MA memandang bahwa Perda tersebut merupakan implementasi politik pemerintah Kota Tangerang dan bukan merupakan materi yang dapat diuji secara hukum. Lihat "Perda Berbasis Agama dan Perlindungan Konstitusional Penegakan HAM", dalam *Jurnal Perempuan*, No. 60, Cetakan Pertama, Jakarta, September 2008, hlm. 27.

dinilai melanggar konstitusi dan Pancasila. Namun, pada 27 Juni 2006, 134 anggota DPR dari unsur fraksi PPP, PKS, PAN, BPD, PG, PBR, dan PKB menyampaikan "kontra memorandum" yang menolak pencabutan Perda-perda " antimaksiat" tersebut.[3]

Dari berbagai fenomena di atas, muncul usulan agar dilakukan kajian ulang berkenaan dengan kewenangan MA dan Pemerintah dalam pengujian peraturan perundang-undangan, dan sebaiknya diintegrasikan di bawah satu atap MK.

Problematika Pengujian oleh Pemerintah (*Executive Review*)

Pada saat dimulainya kebijakan otonomi daerah melalui UU No. 22 Tahun 1999, Indonesia dilanda ueforia otonomi daerah. Daerah berramai-ramai membuat peraturan daerah (Perda) yang diharapkan dapat meningkatkan pendapatan daerah melalui retribusi daerah dan pajak daerah. Seolah terjadilah "*booming*" Perda di seluruh Indonesia. Temuan Kamar Dagang dan Industri (Kadin) Indonesia di tahun 2000 cukup mengejutkan, karena ± ada 1.006 Perda di seluruh Indonesia yang dianggap memberatkan dunia usaha. Atas temuan tersebut Presiden akhirnya meminta Departemen Dalam Negeri (Depdagri) untuk melihat dan memonitor pelaksanaan otonomi daerah agar tidak membebani para pengusaha di daerah. Dari temuan tersebut kemudian Depdagri melakukan kajian intensif terhadap seluruh Perda yang dikeluarkan oleh Daerah Kabupaten dan Kota di Indonesia. Perda "bermasalah" temuan Kadin tersebut sebagian mengatur tentang pungutan terhadap hasil bumi, pajak reklame, label dalam botol minuman, dan seterusnya.[4]

Rekomendasi Kadin terhadap Perda "bermasalah" juga mendapat perhatian dari Dana Moneter Internasional (IMF), yang dalam draf *Letter of Intent* (LoI) IV memberikan sorotan khusus terhadap berbagai Perda yang dinilai bermasalah, dan meminta pemerintah untuk mencabut Perda-perda tersebut. Mengapa IMF sampai "turun tangan" untuk urusan Perda? Alasannya, Perda-perda itu dinilai tidak menciptakan

3 Lihat dalam Ni'matul Huda, "Hubungan Pengawasan Produk Hukum Daerah Antara Pemerintah dan Pemerintah Daerah Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia", *Disertasi*, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2009, hlm. 12-13.

4 *Kompas*, 6 September 2001. Majalah *Pilar*, Analisis Ekonomi & Bisnis, No. 19/ Th.IV/10-23 Oktober 2001, hlm. 36-41.

iklim usaha dan mengganggu perekonomian, karena banyak ketentuan yang mengharuskan pelaku bisnis membayar berbagai jenis pungutan dan retribusi.[5]

Terhadap permasalahan yang muncul di sekitar Perda "bermasalah" di atas, MPR dalam Sidang Tahunan 1-9 November 2001 telah mengeluarkan Ketetapan MPR No. X/MPR/2001 tentang Laporan Pelaksanaan Putusan MPR RI oleh Lembaga Tinggi Negara Pada Sidang Tahunan MPR RI Tahun 2001, yang merekomendasikan kepada MA untuk melakukan Uji Material (*Judicial Review*) terhadap semua Perda yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, tanpa melalui proses peradilan kasasi sesuai Pasal 5 TAP MPR Nomor III/MPR/2000.[6]

Perihal pembatalan Perda, di dalam UU No. 32 Tahun 2004 Pasal 145 telah ditentukan, "Perda disampaikan kepada Pemerintah paling lama 7 (tujuh) hari setelah ditetapkan. Perda yang bertentangan dengan kepentingan umum dan/atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dapat dibatalkan oleh Pemerintah (*executive review*). Keputusan pembatalan Perda ditetapkan dengan Peraturan Presiden paling lama 60 (enam puluh) hari sejak diterimanya Perda. Paling lama 7 (tujuh) hari setelah keputusan pembatalan, kepala daerah harus memberhentikan pelaksanaan Perda dan selanjutnya DPRD bersama kepala daerah mencabut Perda dimaksud. Apabila provinsi/kabupaten/kota tidak dapat menerima keputusan pembatalan Perda dengan alasan yang dapat dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan, kepala daerah dapat mengajukan keberatan kepada MA. Apabila keberatan dikabulkan sebagian atau seluruhnya, putusan MA tersebut menyatakan Peraturan Presiden menjadi batal dan tidak mempunyai kekuatan hukum. Apabila Pemerintah tidak mengeluarkan Peraturan Presiden untuk membatalkan Perda, Perda dimaksud dinyatakan berlaku".

Jika dikaitkan dengan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Daerah (Perda) menjadi salah satu jenis peraturan dalam hirarki peraturan perundang-undangan dan kekuatan hukum Perda tersebut sesuai dengan hirarkinya. Oleh

5 *Kompas*, 26 November 2001.

6 Sekretariat Jenderal MPR RI, *Putusan Sidang Tahunan MPR RI Tahun 2001*, Jakarta, 2001, hlm. 98.

karena itu, Perda dan produk-produk legislasi daerah lainnya menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari hukum nasional secara keseluruhan. Jika dilihat dari sisi pandang kesisteman, maka produk legislasi daerah ini adalah salah satu bagian dari sistem hukum nasional, khususnya pada sub-sistem peraturan perundang-undangan atau substansi hukum.[7]

Mengingat kedudukannya tersebut, penyusunan atau pembentukan Perda tunduk kepada aturan-aturan dan proses-prosedur yang ditetapkan untuk pembentukan peraturan perundang-undangan pada umumnya. Di samping itu, pengembangannya harus tetap berjalan di atas prinsip-prinsip dasar pengembangan hukum nasional pada umumnya, seperti prinsip dasar negara konstitusi dan negara hukum, prinsip kerakyatan, kesejahteraan, kesatuan, dan seterusnya, serta mengikuti asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik.[8]

Apabila dikaitkan dengan kewenangan MA untuk menguji peraturan di bawah undang-undang terhadap undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Pasal 24A UUD 1945, maka pengujian terhadap Perda seharusnya menjadi kompetensi MA. Pemerintah (eksekutif) sudah tidak tepat lagi kalau masih diberi kewenangan untuk menguji Perda. Seharusnya yang diujikan secara materiil ke MA bukan Peraturan Presiden yang membatalkan Perda, tetapi justeru Perdanya. MA sebagai lembaga yang netral dapat memberikan penilaian apakah tindakan Pemerintah membatalkan Perda memang sudah sesuai atau belum dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Jangan sampai pembatalan hanya didasarkan pada kepentingan sekelompok orang atau pihak 'asing' yang dapat memberikan tekanan (*pressure group*) pada Pemerintah, atau hanya didasarkan pada pertimbangan 'tertentu' dari kepentingan Pemerintah (eksekutif), dan bukan didasarkan pada pertimbangan kepentingan nasional yang objektif.[9]

---

7 Abdul Bari Azed, "Harmonisasi Legislasi Pusat dan Daerah Melalui Penguatan Peran dan Fungsi DPRD di Bidang Legislasi", dalam Tim Penyusun Buku Hakim Konstitusi, *Menata Ulang Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia Jejak Langkah dan Pemikiran Hukum Hakim Konstitusi Prof. HAS. Natabaya, SH, LL.M.*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm. 363.

8 *Ibid.*

9 Ni'matul Huda, *Problematika Pembatalan Perda*, FH UII Press, Yogyakarta, 2010, Hlm.

Keputusan Pemerintah yang membatalkan produk hukum daerah merupakan tindakan penetapan (*beschikking*), sehingga tidak tepat kalau ditetapkan dalam bentuk Peraturan Presiden. Peraturan Presiden adalah peraturan yang dibuat oleh Presiden dalam menyelenggarakan pemerintahan negara sebagai atribusi dari Pasal 4 ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Peraturan Presiden dibentuk untuk menyelenggarakan pengaturan lebih lanjut perintah Undang-Undang atau Peraturan Pemerintah baik secara tegas maupun tidak tegas diperintahkan pembentukannya.[10]

Sepanjang suatu norma hukum dituangkan dalam bentuk peraturan sebagaimana dimaksud dalam UU No. 12 Tahun 2011 dan tingkatannya berada di bawah undang-undang, maka sudah seharusnya yang diberi kewenangan untuk menilai Perda adalah MA, dan tidak diperkenankan lagi dibatalkan oleh Pemerintah (Presiden atau Menteri), apalagi Gubernur. Di dalam UU No. 12 Tahun 2011 Pasal 9 ayat (2) juga telah ditegaskan, "Dalam hal suatu peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang diduga bertentangan dengan undang-undang, pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Agung". Dengan demikian, pengaturan pembatalan Perda oleh Pemerintah menurut UU No. 32 Tahun 2004 jelas bertentangan dengan Pasal 24A UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta tidak sinkron dengan UU No. 48 Tahun 2009 jo UU No. 5 Tahun 2004 jo UU No. 3 Tahun 2009.

Pengujian oleh MA dan MK

Pembagian tugas di bidang pengujian peraturan (judicial review) atas peraturan perundang-undangan antara MA, MK, dan Pemerintah tidaklah ideal, karena dapat menimbulkan perbedaan penafsiran atau putusan yang saling bertentangan antara ketiga lembaga/institusi MA, MK, dan Pemerintah dalam lingkup kewenangan masing-masing, dan kurang efisien dari segi waktu penyelenggaraan pengujiannya.[11]

Pandangan senada juga disampaikan oleh Jimly Assihddiqie. Menurut Jimly, pembagian tugas di bidang pengujian peraturan (judicial

10 Lihat Penjelasan Pasal 13 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

11 Lihat ketentuan Pasal 55 UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

review) atas peraturan perundang-undangan antara MA dan MK sama sekali tidak ideal, karena dapat menimbulkan perbedaan atau putusan yang saling bertentangan antara MK dan MA. Ke depan, memang harus dipikirkan kemungkinan mengintegrasikan seluruh sistem pengujian peraturan di bawah kewenangan MK.[12] Ada empat alasan yang menyebabkan pemisahan pengujian peraturan tersebut menjadi tidak ideal. Pertama, pemberian kewenangan pengujian (judicial review) materi undang-undang terhadap undang-undang dasar kepada MK menegaskan hanya sebagian tambahan perumusan terhadap materi UUD secara mudah dan tambal sulam, seakan-akan konsepsi hak uji materiil peraturan yang ada di tangan MA tidak turut berpengaruh dengan hak uji yang diberikan kepada MK. Perumusan demikian terkesan seakan kurang didasarkan atas pendalaman konseptual berkenaan dengan konsepsi uji itu sendiri secara komprehensif. Kedua, pemisahan kewenangan itu masuk akal untuk dilakukan jika sistem kekuasaan dianut masih didasarkan atas prinsip pembagian kekuasaan dan bukan prinsip kekuasaan yang mengutamakan checks and balances sebagaimana yang dianut oleh UUD 1945 sebelum mengalami perubahan pertama dan kedua, UUD 1945 telah resmi dan tegas menganut prinsip pemisahan kekuasaan horizontal. Oleh karena itu, pemisahan antara materi undang-undang dan materi peraturan di bawah undang-undang tidak seharusnya dilakukan lagi. Ketiga, Dalam praktik pelaksanaannya nanti, secara hipotetis dapat timbul pertentangan substantif antara putusan MA dengan putusan MK. Oleh karena itu, sebaiknya sistem pengujian peraturan perundang-undangan di bawah konstitusi diintegrasikan saja di bawah MK. Dengan demikian, masing-masing Mahkamah dapat memfokuskan perhatian pada masalah yang berbeda. MA menangani persoalan keadilan dan ketidakadilan bagi warga negara, sedangkan MK menjamin konstitusionalitas keseluruhan peraturan perundang-undangan. Keempat, jika kewenangan pengujian materi peraturan di bawah UUD sepenuhnya diberikan kepada MK, tentu beban MA dapat dikurangi.[13]

Adanya dua kelembagaan (MA dan MK) dalam menguji peraturan

12 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Diterbitkan atas kerjasama Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi HTN FH Universitas Indonesia, Jakarta, 2004, hlm. 189.

13 Fatmawati, *Hak Menguji (Toetsingsrecht) Yang Dimiliki Hakim Dalam Sistem Hukum Indonesia*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2005, Hlm. 98.

perundang-undangan tersebut dapat menimbulkan permasalahan tersendiri, karena dengan demikian akan menimbulkan ketidaktegasan dan integralnya visi serta konsepsi hukum yang akan dibangun dalam kerangka pembaharuan hukum di Indonesia. Hal itu disebabkan karena kedua lembaga dapat dipastikan memiliki tolok ukur yang berbeda tentang visi hukum.[14] Selain itu, desain tersebut membuka ruang inkonsistensi putusan yang dikeluarkan antara MA dan MK. Sebagai contoh, dalam pengujian Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan KPU No. 26 Tahun 2009 dan Peraturan KPU No. 259 Tahun 2009 terhadap UU No. 10 Tahun 2008, MA memutuskan bahwa Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 pembentukannya bertentangan dengan UU No. 10 Tahun 2008. Namun di sisi lain, dalam perkara pengujian Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2008 terhadap UUD 1945, MK menyatakan bahwa Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (conditionally constitutional). Dua putusan judicial review dari lembaga MK dan MA terlihat secara jelas saling berbenturan, yang menimbulkan kesan seolah-olah MK lebih tinggi kedudukannya dibanding MA, sehingga putusan MA menjadi 'mubadzir'.[15]

Pembedaan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan antara MA dan MK sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari kenyataan, bahwa memang sejak sebelumnya MA berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Karena itu, ketika sepakat diadopsinya ide pembentukan MK dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tahun 2001, maka ketentuan lama berkenaan dengan kewenangan MA itu dituangkan dalam rumusan ketentuan Pasal 24A. Lagi pula, memang ada negara lain yang dijadikan salah satu sumber inspirasi oleh para anggota Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja MPR ketika merumuskan ketentuan mengenai MK ini, yakni MK Korea Selatan. Dalam konstitusi Korea Selatan, kewenangan judicial

14 Komisi Hukum Nasional, "Kajian Terhadap Amandemen UUD 1945", Bahan Panduan (Analisis Kuantitatif) Diskusi kelompok Terarah "Pertemuan Ahli" Penelitian KHN RI Tahun 2009, Jakarta, 18-19 November 2009, Hlm. 25-26.

15 Lihat Putusan MA No. 15P/HUM/2009 tentang Pengujian Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan KPU No. 26 Tahun 2009 dan Peraturan KPU No. 259 Tahun 2009 terhadap UU No. 10 Tahun 2008. Lihat juga Putusan MK No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009 tentang pengujian Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2008 terhadap UUD 1945.

review *(constitutional review)* atas undang-undang memang diberikan kepada MK, tetapi kewenangan judicial review atas peraturan di bawah undang-undang diberikan kepada MA.[16]

Bahkan, seperti juga terjadi di semua negara-negara lain yang sebelumnya menganut sistem supremasi parlemen dan kemudian berubah menjadi negara demokrasi, fungsi pengujian undang-undang ditambah fungsi-fungsi penting lainnya itu selalu dilembagakan ke dalam fungsi lembaga MK yang berdiri sendiri di luar organ MA. Kecenderungan seperti dapat dilihat di semua negara eks komunis yang sebelumnya menganut prinsip supremasi parlemen lalu kemudian menjadi demokrasi, selalu membentuk MK yang berdiri sendiri di luar MA. Tentu ada juga model-model kelembagaan MK yang berbeda dari satu negara ke negara lain.[17]

Setiap undang-undang yang telah disahkan pada pokoknya telah mencerminkan kehendak mayoritas rakyat Indonesia, karena DPR dan Presiden yang telah membahas dan menyetujuinya bersama memang mendapatkan mandat langsung dari rakyat untuk menjalankan tugasnya membentuk dan mengesahkan undang-undang. Akan tetapi, undang-undang hanya mencerminkan kehendak politik DPR bersama Presiden, yang belum tentu sama dengan kehendak seluruh rakyat yang berdaulat. Kehendak seluruh rakyat tercermin dalam Undang-Undang Dasar sebagai produk MPR sebagai lembaga permusyawaratan rakyat,

---

16 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi…, Op.Cit*, Hlm. 190.

17 Jimly Ashiddiqie mengelompokkan model Mahkamah Konstitusi yang ada ke dalam 6 model, yaitu model Austria/Jerman, model Perancis, model Belgia, model Amerika Serikat, model Venezuella, dan model negara yang menganut prinsip supremasi parlemen. Model yang terakhir ini tidak selalu terkait dengan ideologi komunisme yang menganut paham supremasi parlemen secara struktural. Selain negara komunis, ada pula negara yang menganut paham supremasi parlemen secara simbolik seperti Inggris dan Belanda dengan doktrin 'Queen in Parliament' ataupun 'King in Parliament' yang menyebabkan timbulnya pengertian bahwa undang-undang sebagai produk parlemen yang 'supreme' itu tidak dapat diganggu gugat oleh hakim. Karena itu, peninjauan terhadap undang-undang hanya boleh dilakukan melalui prosedur 'legislative review', dan bukan melalui 'judicial review.' Lihat dalam Jimly Asshiddiqie, "Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-undang", Makalah Kuliah Umum Program Doktor Ilmu Hukum FH UII, Yogyakarta, 2 Oktober 2004, Hlm. 4. Lihat juga dalam Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhry, Mahkamah Konstitusi: Ketentuan UUD, UU dan Peraturan Mahkamah Konstitusi di 78 Negara, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta, 2002.

bukan tercermin dalam UU yang hanya mencerminkan kehendak politik DPR bersama Presiden.[18]

Hasil kesepakatan dalam forum politik di DPR yang ditentukan berdasarkan prinsip 'rule by majority' tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai dan norma keadilan yang lebih tinggi derajatnya yang terkandung dalam konstitusi. Karena itu, meskipun mayoritas rakyat menghendaki sesuatu norma hukum yang mengikat untuk umum diatur dalam suatu undang-undang, jika lembaga pengawal Undang-Undang Dasar yang bernama MK menilainya dalam proses peradilan sebagai hal yang bertentangan dengan konstitusi, maka norma hukum yang bersangkutan dapat dinyatakan tidak boleh mengikat untuk umum. Suara mayoritas berdasarkan prinsip demokrasi betapapun juga tidak boleh mengabaikan prinsip-prinsip nomokrasi, meskipun hanya didukung oleh minoritas suara. Karena pada akhirnya, suara minoritas keadilan itulah yang sungguh-sungguh mencerminkan suara seluruh rakyat yang berdaulat.[19]

Penyatuan Pengujian Peraturan Perundang-undangan

Reformasi hukum di Indonesia, merupakan prasyarat untuk menjadi negara hukum yang demokratis. Bahwa prasyarat terwujudnya masyarakat yang demokratis dalam perspektif negara hukum klasik salah satunya adalah adanya pembagian kekuasaan yang dapat menjamin kemerdekaan kekuasaan kehakiman.[20] Langkah - langkah reformasi hukum tidak hanya dimulai dengan mereformasi substansi hukum (*legal substances*) saja, seperti perbaikan kualitas per-undang-undangan, dan peraturan-peraturan hukum lainnya, namun juga harus diikuti dengan perbaikan institusi kekuasaan kehakiman sebagai struktur hukum (*legal structures*).

---

18 Sambutan Ketua Mahkamah Konstitusi pada acara peringatan *Satu Tahun Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, 13 Agustus 2004 di Jakarta, yang dimuat dalam *Berita Mahkamah Konstitusi*, No. 06, September 2004, hlm. 15.

19 *Ibid*.

20 Bagir Manan, "Hubungan Antara Pusat dan Daerah Berdasarkan Asas Desentralisasi Menurut UUD 1945", *Disertasi* Doktor dalam Hukum Tata Negara, Fakultas Pascasarjana Universitas Padjajaran, Bandung, 1990, hlm. 39. Lihat juga Moh. Mahfud MD., *Politik Hukum Di Indonesia,* Cetakan Ketiga, LP3ES, Jakarta, 2006, hlm. 91.

Setelah mengkaji latar belakang dan implikasi pembedaan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan antara MA dan MK, maka sampailah kita kepada gagasan penyatuan pengujian peraturan perundang-undangan di satu atap MK. Mengapa perlu disatukan di bawah atap MK? Selain untuk mengurangi beban pekerjaan penanganan perkara yang luar biasa jumlahnya di MA, juga untuk memberikan kepastian dan keadilan kepada masyarakat karena tidak akan ada lagi perbedaan penafsiran atau putusan yang saling bertentangan antara MA dan MK, serta lebih efisien dari segi waktu penyelenggaraan pengujiannya. Dengan demikian, tidak perlu lagi ada pengaturan larangan bagi MA untuk menguji suatu peraturan di bawah undang-undang manakala di MK sedang diuji undang-undang yang berkaitan dengan peraturan yang akan diujikan di MA.

Diakui sudah banyak kemajuan-kemajuan yang dicapai oleh institusi kehakiman ini. Mahkamah Konstitusi sudah membuktikan sebagai institusi hukum yang dapat dipercaya dan terhormat (*reliable and honoured court*) di Indonesia. Hal ini dibuktikan dengan banyaknya putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang sangat progresif dan dapat menjadi acuan hukum bagi percepatan reformasi hukum di Indonesia. Secara kelembagaan MK sudah mampu membuktikan prestasinya dalam pengujian peraturan undang-undang. Perkara pengujian undang-undang yang sudah diputus oleh MK sejak 2003-2012 berjumlah 532 perkara. Dari angka tersebut 460 perkara dapat diselesaikan. Dari jumlah tersebut, 127 perkara dikabulkan (31%), 154 perkara ditolak (37%), 133 perkara tidak dapat diterima (32%), 45 perkara ditarik kembali dan 1 perkara tidak berwenang.[21] Melalui putusan-putusan MK dapat kita lihat dalam perkara pengujian undang-undang yang bertujuan untuk melindungi hak konstitusional warga negara dan hak asasi manusia yang sangat mendasar bagi tegaknya demokrasi, antara lain:[22]

---

21 Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi RI, *Dinamika Penegakan Hak Konstitusional Warga Negara*, Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi 2012, Jakarta, Januari 2013, Hlm. 72.

22 Maria Farida Indrati, "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Menguatkan Prinsip-prinsip Demokrasi di Indonesia", makalah disampaikan pada Simposium Internasional "*Negara Demokrasi Konstitusional*", yang diselenggarakan dalam rangka ulang tahun ke-8 Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, Selasa 12 Juli 2011. Lihat dalam Ni'matul Huda, *Dinamika Ketatanegaraan Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*,

1. Hak pilih bagi bekas anggota organisasi terlarang (Putusan No. 011-017/PUU-I/2003 bertanggal 23 Pebruari 2004);
2. Ketentuan penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden (Putusan No. 013-022/PUU-IV/2006 bertanggal 6 Desember 2006);
3. Delik permusuhan dapat menimbulkan penyalahgunaan kekuasaan (Putusan No. 6/PUU-V/2007 bertanggal 17 Juli 2007);
4. Calon perseorangan dalam Pemilu Kepala Daerah (Putusan No. 5/PUU-V/2007 bertanggal 23 Juli 2007);
5. Mengubah sistem keterpilihan Pemilu menjadi suara terbanyak (Putusan No. 22-24/PUU-VI/2008 bertanggal 23 Desember 2008);
6. Menghapuskan sanksi pers dan pelarangan survey serta quick count (Putusan No. 32/PUU-VII/2009 bertanggal 24 Pebruari 2009);
7. Mengesahkan syarat pemilih Pilpres dengan KTP atau Paspor (Putusan No. 102/PUU-VII/2009 bertanggal 6 Juli 2009).

Semula putusan MK hanya sekedar menyatakan suatu norma atau undang-undang bertentangan terhadap Undang-Undang Dasar, kemudian berkembang dengan memberikan tafsir suatu norma atau undang-undang yang diuji agar memenuhi syarat konstitusionalitas sehingga tidak terhindarkan MK membuat norma baru. Dalam beberapa putusannya MK telah melakukan pengujian atas produk legislasi sehingga norma atau undang-undang yang diuji memenuhi syarat konstitusionalitas. Putusan MK memberi tafsir (petunjuk, arah, dan pedoman serta syarat bahkan membuat norma baru) yang dapat diklasifikasi sebagai putusan konstitusional bersyarat (conditionally constitutional) dan putusan inkonstitusional bersyarat (conditionally unconstitutional).[23]

Jika tafsir yang ditentukan dalam putusan MK dipenuhi maka suatu norma atau undang-undang tetap konstitusional sehingga

Yogyakarta: FH UII Press, 2011, hlm. 55.

23 Hamdan Zoelva, "Mekanisme *Checks and Balances* Antar Lembaga negara (Pengalaman dan Praktik Di Indonesia)", makalah disampaikan pada Simposium Internasional "*Negara Demokrasi Konstitusional*", yang diselenggarakan dalam rangka ulang tahun ke-8 Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, Selasa 12 Juli 2011. Lihat dalam Ni'matul Huda, *Dinamika…, Ibid.,*hlm. 41.

dipertahankan legalitasnya. Adapun jika tafsir yang ditentukan dalam putusan MK tidak dipenuhi maka suatu norma hukum atau undang-undang menjadi inkonstitusional sehingga harus dinyatakan bertentangan dengan undang-undang dasar dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.[24]

Putusan-putusan MK yang dapat dikualifikasi sebagai putusan konstitusional bersyarat (conditionally constitutional) di antaranya sebagai berikut:[25]

1. Putusan MK No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Perkara No. 008/PUU-III/2005 bertanggal 19 Juli 2005 tentang Sumber Daya Air;
2. Putusan MK No. 19/PUU-III/2005 bertanggal 28 Maret 2006 tentang Persyaratan Badan Hukum Bagi Wakil Pelaksanaan penempatan TKI Swasta di Luar Negeri;
3. Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 bertanggal 25 Juli 2006 tentang Perbuatan Melawan Hukum Materiil dalam Tindak Pidana Korupsi;
4. Putusan MK No. 14-17/PUU-V/2007 bertanggal 11 Desember 2007 tentang Persyaratan Tidak pernah Dipidana untuk menduduki Jabatan Publik;
5. Putusan MK No. 29/PUU-V/2007 bertanggal 30 April 2008 tentang Ketentuan Sensor Film;
6. Putusan MK No. 10/PUU-VI/2008 bertanggal 1 Juli 2008 tentang Syarat Domisili Bagi Calon Anggota DPD;
7. Putusan MK No. 15/PUU-VI/2008 bertanggal 10 juli 2008 tentang Syarat Tidak Pernah Dipidana Bagi Calon Anggota DPR;
8. Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009 bertanggal 6 Juli 2009 tentang Penggunaan KTP dan Paspor Bagi WNI dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden 2009;
9. Putusan MK No. 7/PUU-VII/2009 bertanggal 22 Juli 2009 tentang Penerapan Pasal 160 KUHP sebagai delik materiil;
10. Putusan MK No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009 bertanggal

24 *Ibid.*

25 *Ibid.,* hlm. 41-42

7 Agustus 2009 tentang Penghitungan Perolehan Kursi DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota pada Tahap Kedua Bagi Partai Politik Peserta Pemilu Tahun 2009;

11. Putusan MK No. 49/PUU-VIII/2010 bertanggal 22 September 2010 tentang Masa Jabatan Jaksa Agung.

Adapun putusan-putusan MK yang dapat dikategorikan sebagai putusan inkonstitusional bersyarat (conditionally unconstitutional) di antaranya adalah:[26]

1. Putusan MK No. 54/PUU-VI/2008 bertanggal 14 April 2009 tentang Pembagian Hasil Cukai untuk Daerah Penghasil Tembakau;
2. Putusan MK No. 4/PUU-VII/2009 bertanggal 24 Maret 2009 tentang Tidak Pernah Dijatuhi Pidana terhadap Jabatan Publik yang Dipilih;
3. Putusan MK No. 133/PUU-VII/2009 bertanggal 25 November 2009 tentang Pemberhentian Pimpinan KPK secara Tetap;
4. Putusan MK No. 5/PUU-IX/2011 bertanggal 20 Juni 2011 tentang Masa Jabatan Pimpinan KPK.

Menurut Hamdan Zoelva, pergeseran MK yang seolah-olah menjadi positive legislator ini disebabkan karena adanya kebutuhan untuk menyeimbangkan secara proporsional antara kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Langkah demikian dilakukan oleh MK untuk menghindari kekosongan hukum jika MK hanya membatalkan suatu norma undang-undang. Kedudukan MK yang terkadang melalui putusannya menjadi positive legislator bukan berarti mengakuisisi kewenangan dan menguasai lembaga negara lainnya yang berarti melanggar ajaran checks and balances. Kedudukan tersebut tidak dapat dilepaskan dari peran MK sebagai penyeimbang dan kontrol terhadap kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif yang secara bersama-sama sebagai pembentuk undang-undang.[27]

Dari data dan fakta yang tersaji di atas, rasanya cukup optimis jika pengujian peraturan perundang-undangan di bawah satu atap MK akan

26 *Ibid.,* hlm.42.

27 *Ibid.* hlm. 42-43.

berjalan efektif dan baik. Sehingga MK tidak perlu lagi diberi tambahan kewenangan yang sebenarnya cukup diselesaikan di MA saja, misalnya sengketa Pemilukada.

Mekanisme peradilan konstitusi (constitution adjudication) itu sendiri merupakan hal baru yang diadopsikan ke dalam sistem konstitusional negara kita dengan dibentuknya MK. Peradilan konstitusional itu dimaksudkan untuk memastikan bahwa UUD sungguh-sungguh dijalankan atau ditegakkan dalam kegiatan penyelenggaraan negara sehari-hari. Pengujian terhadap lembaga lain oleh lembaga yang berbeda apakah yang bersangkutan sungguh-sungguh melaksanakan UUD atau tidak merupakan mekanisme yang sama sekali baru. Sebelumnya memang tidak dikenal dalam sistem hukum dan konstitusi negara kita.

Untuk menyatukan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah satu atap MK dibutuhkan political will dari berbagai pihak, mulai dari MPR, Pemerintah dan DPR. Lembaga-lembaga negara inilah yang diharapkan akan mengawal gagasan penyatuan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah satu atap MK. Di samping itu, perguruan tinggi, akademisi, media massa, dan masyarakat juga perlu ikut mendorong ide besar tersebut agar dapat terwujud.

Untuk menyatukan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah MK diperlukan langkah konstitusional untuk menata kembali kewenangan MA dan MK yaitu melalui amandemen UUD 1945. Sebagaimana yang sudah ditentukan dalam UUD 1945 Pasal 24A ayat (1), MA berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan MK berwenang menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar (Pasal 24C ayat (1) UUD 1945). Dengan demikian, kewenangan MA tersebut harus dialihkan kepada MK, sehingga MA tidak lagi memiliki kewenangan untuk menguji peraturan perundang-undangan, semuanya diintegrasikan kepada MK.

Konsekuensi penyatuan pengujian tersebut nantinya harus pula diikuti dengan political will dari Pemerintah dan DPR untuk mengintegrasikan pengawasan Perda ataupun produk hukum daerah juga kepada MK. Presiden tidak perlu lagi diberi kewenangan untuk melakukan pembatalan (executive review) Perda. Yang bisa dilakukan

oleh Pemerintah mengevaluasi dan mengklarifikasi (executive preview) rancangan Perda tertentu. Dalam konteks pengawasan Pemerintah Pusat terhadap produk hukum daerah, Pemerintah dapat menjadi salah satu Pemohon dalam pengujian Perda di MK.

Penutup

Penyatuan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah satu atap MK merupakan hal yang niscaya dilakukan, agar tercipta integralnya visi serta konsepsi hukum yang akan dibangun dalam kerangka pembaharuan hukum di Indonesia.

Penyatuan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah satu atap MK akan menguatkan kedudukan MK sebagai pengawal konstitusi (the guardian of the constitution) - terkait dengan empat wewenang dan satu kewajiban yang dimilikinya, serta fungsi sebagai penafsir konstitusi (the sole interpreter of the constitution). Konstitusi sebagai hukum tertinggi mengatur penyelenggaraan negara berdasarkan prinsip demokrasi dan salah satu fungsi konstitusi adalah melindungi hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi sehingga menjadi hak konstitusional warga negara. Oleh karena itu, penyatuan pengujian peraturan di bawah satu atap juga akan menguatkan fungsi MK sebagai pengawal demokrasi (the guardian of the democracy), pelindung hak konstitusional warga negara (the protector of the citizen's constitutional rights) serta pelindung hak asasi manusia (the protector of human rights).

Untuk itu, MPR perlu melakukan amandemen UUD 1945 untuk menata kembali kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan yang diintegrasikan di bawah satu atap MK. Hal ini bukanlah langkah yang kecil dan sederhana, tetapi butuh energi politik yang besar untuk menatanya. Dukungan berbagai pihak untuk menjadi sempurnanya sistem pengujian perundang-undangan sangat dibutuhkan, agar cita-cita negara hukum yang demokratis dan konstitusional segera tercipta.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Asshiddiqie, Jimly, dan Mustafa Fakhry, *Mahkamah Konstitusi: Ketentuan UUD, UU dan Peraturan Mahkamah Konstitusi di 78 Negara*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, 2002.

Asshiddiqie, Jimly, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Diterbitkan atas kerjasama Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi HTN FH Universitas Indonesia, 2004.

_____, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.

Fatmawati, *Hak Menguji (Toetsingsrecht) Yang Dimiliki Hakim Dalam Sistem Hukum Indonesia*, Jakarta : Rajagrafindo Persada, 2005.

Hadjon, Philipus M., et.al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Yogyakarta: Cetakan Ketiga, Gadjah Mada University Press, 1994.

Huda, Ni'matul, *Hubungan Pengawasan Produk Hukum Daerah Antara Pemerintah dan Pemerintah Daerah Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia*, Disertasi, Yogyakarta: Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2009.

_____, *Problematika Pembatalan Perda*, Yogyakarta: FH UII Press, 2010.

_____, *Dinamika Ketatanegaraan Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: FH UII Press, 2011.

Latief, Abdul, *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*, Yogyakarta : UII Press, 2005.

Mahfud , Moh., *Politik Hukum Di Indonesia,* Jakarta: Cetakan Ketiga, LP3ES, 2006.

_____, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2006.

Mahkamah Konstitusi RI, "Menuju Peradilan Modern & Terpercaya", *Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi RI*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2006.

Manan, Bagir, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Berdasarkan Asas Desentralisasi Menurut UUD 1945*, Disertasi Doktor

dalam Hukum Tata Negara, Bandung: Fakultas Pascasarjana Universitas Padjajaran, 1990.

Tim Penyusun Buku Hakim Konstitusi, *Menata Ulang Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia Jejak Langkah dan Pemikiran Hukum Hakim Konstitusi Prof. HAS. Natabaya, SH, LL.M.*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.

Media Massa:

Kompas, 6 September 2001.

Majalah *Pilar*, Analisis Ekonomi & Bisnis, No. 19/Th.IV/10-23 Oktober 2001.

Kompas, 10 September 2001.

Kompas, 26 November 2001.

Berita Mahkamah Konstitusi, No. 06, September 2004.

Jurnal Perempuan, No. 60, Cetakan Pertama, Jakarta, September 2008.

Makalah:

Jimly Asshiddiqie, "Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-undang", Makalah Kuliah Umum Program Doktor Ilmu Hukum FH UII, Yogyakarta, 2 Oktober 2004.

Komisi Hukum Nasional, "Kajian Terhadap Amandemen UUD 1945", Bahan Panduan (Analisis Kuantitatif) Diskusi kelompok Terarah "Pertemuan Ahli" Penelitian KHN RI Tahun 2009, Jakarta, 18-19 November 2009.

Maria Farida Indrati, "Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Menguatkan Prinsip-prinsip Demokrasi di Indonesia", makalah disampaikan pada Simposium Internasional "*Negara Demokrasi Konstitusional*", yang diselenggarakan dalam rangka ulang tahun ke-8 Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, Selasa 12 Juli 2011.

Hamdan Zoelva, "Mekanisme *Checks and Balances* Antar Lembaga negara (Pengalaman dan Praktik Di Indonesia)", makalah disampaikan pada Simposium Internasional "*Negara Demokrasi Konstitusional*", yang diselenggarakan dalam rangka ulang tahun ke-8 Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, Selasa 12 Juli 2011.

Aturan Dasar dan Peraturan Perundang-undangan:

Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Indonesia, UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

Indonesia, UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Indonesia, UU No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

Indonesia, UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

Indonesia, UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Putusan Pengadilan:

Putusan MA No. 15P/HUM/2009 tentang Pengujian Peraturan KPU No. 15 Tahun 2009 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan KPU No. 26 Tahun 2009 terhadap UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD.

Putusan MK No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009 tentang pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap UUD 1945.

2

Integrasi Pengujian Peraturan Perundang-Undangan dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga Negara

Oleh: Ismail Hasani

A. Pendahuluan

Konstruksi ketatanegaraan Indonesia pascaamandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (selanjutnya disebut dengan UUD Negara RI 1945) secara normatif telah menegaskan paham konstitusional sebagai dasar penyelenggaraan negara. Pasal 1 ayat 2 menyebutkan bahwa Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Sedangkan pada ayat 3 pasal yang sama disebutkan, Negara Indonesia adalah negara hukum. Rumusan dua ayat yang disepakati pada perubahan Ketiga UUD Negara RI 1945 ini merupakan tonggak penegasan demokrasi konstitusional Indonesia.

Penegasan prinsip demokrasi konstitusional dan prinsip negara hukum inilah yang menjadi pembeda paham konstitusional Indonesia sebelum dan sesudah amandemen UUD Negara RI 1945. Namun demikian, sesungguhnya paham konstitusional sudah sejak awal Kemerdekaan RI menjadi pilihan politik para pendiri bangsa. Hanya saja berbagai keterbatasan konsensus yang tertuang dalam UUD Negara RI 1945 dan berbagai penyimpangannya telah menjadikan bangsa Indonesia hidup di bawah otoritarianisme Orde Baru yang gagal menjawab dalil kehadiran sebuah negeri, yakni melindungi hak-

hak warga negara dan menciptakan kesejahteraan rakyat. Basis historis konstitusionalisme Indonesia jelas dapat dilacak dalam berbagai perdebatan di Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI).[1]

Para *founding fathers* atau *founding peoples* Indonesia[2] (istilah yang digunakan oleh Soetjipto Rahardjo), sejak awal sudah bersepakat untuk mendirikan sebuah negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*). Meskpun terdapat beberapa pendapat lain yang menginginkan bentuk negara selain negara hukum, akhirnya dengan penuh kesadaran, mereka menyetujui bahwa negara Indonesia adalah negara berdasarkan hukum (*rule of law*). Ketika sebuah negara mendasarkan pendiriannya di atas hukum, segala sesuatu yang berhubungan dengan penyelenggaraan negara harus ada dasar hukumnya. Dalam konteks negara hukum ini pula, maka konstitusi, yang mengatur penyelenggaraan negara, menjadi lebih *supreme* dari segalanya setelah penyelenggara negara memperoleh sumber legitimasi kedaulatannya. Ada tiga ciri utama yang menandai prinsip supremasi konstitusi, yaitu: (a) pembedaan antara norma hukum konstitusi dan norma hukum lainnya; (b) keterikatan penguasa terhadap Undang-Undang Dasar; dan (c) adanya satu lembaga yang memiliki kewenangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang dan tindakan hukum pemerintah.[3] Meskipun ciri tersebut merupakan ciri lahir dalam sistem negara lain, tetapi hal itu merupakan ciri yang diterima dan diakui secara universal.

Diadopsinya prinsip supremasi konstitusi dalam perubahan UUD Negara RI 1945 menimbulkan banyak permasalahan yang tidak dapat dilihat secara sederhana. Masalah utama yang dihadapi adalah bagaimana menjamin bahwa prinsip tersebut dipatuhi

---

1 Periksa, Risalah Sidang BPUPKI, PPKI, 28 Mei 1945-22 Agustus 1945, (Jakarta, Sekretariat Negara RI, 1995), Cet 1 Edisi 3.

2 Supomo misalnya, menginginkan bahwa negara Indonesia berbentuk negara integralistik, yang tentu saja memiliki pengaruh terhadap pembentukan undang-undang. Namun akhirnya, dengan besar hati Supomo menerima bahwa negara Indonesia didirikan berdasarkan hukum. Untuk lebih jelasnya, lihat Marsilam Simandjuntak, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur, dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945,* (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2003).

3 Jutta Limbach, "The Concept of the Supremacy of the Constitution", dalam The Modern Law Review, Vol. 64, No. 1, Januari 2001, hlm. 3.

sehingga terdapat konsistensi dan harmonisasi dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dan penyusunan kebijakan negara dengan menempatkan UUD Negara RI 1945 sebagai hukum tertinggi. Hal tersebut meliputi bentuk kelembagaan yang ditugasi untuk menegakkan prinsip supremasi konstitusi serta bagaimana mekanisme pelaksanaannya. [4]

Mengacu pada ciri utama dari supremasi konstitusi di atas, khususnya ciri ketiga, maka perubahan UUD Negara RI 1945 menegaskan pengaturan tentang mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan yang menjadi kewenangan Kekuasaan Kehakiman. Pasal 24 ayat 1 UUD Negara RI 1945 menyebutkan bahwa "Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan." Rumusan pasal di atas menegaskan bahwa visi utama dari kekuasaan kehakiman adalah menegakkan hukum dan keadilan. Dua prinsip ini mengandung arti bahwa selain mempunyai mandat menciptakan kepastian hukum melalui penegakan hukum, seluruh proses penegakkan hukum dan instrumen penegakan hukum, harus mampu menciptakan keadilan.

Terkait dengan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan, Pasal 24A ayat 1 menyebutkan bahwa Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang. Sementara pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar ditetapkan oleh Konstitusi RI sebagai kewenangan yang melekat pada Mahkamah Konstitusi. Pasal 24C ayat 1 menyebutkan "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."

Pasal 24A dan Pasal 24C UUD Negara RI 1945 adalah pasal

4 Maruarar Siahaan, "Uji Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undangan Negara Kita: Masalah dan Tantangan", dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 4, Agustus 2010, hlm. 10.

yang menjadi ciri utama dari salah satu prinsip supremasi konstitusi, yaitu adanya satu lembaga yang memiliki kewenangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang dan tindakan hukum pemerintah. *Judicial review* merupakan kewenangan lembaga peradilan untuk menguji kesahihan dan daya laku produk-produk hukum yang dihasilkan oleh eksekutif, legislatif, maupun yudikatif di hadapan konstitusi dan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pengujian oleh hakim terhadap produk-produk cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif adalah konsekuensi dari dianutnya prinsip *check and balances* berdasarkan pada doktrin pemisahan kekuasaan *(sparation of power).* Karena itu kewenangan untuk melakukan *judicial review* melekat pada fungsi hakim sebagai subyeknya, bukan pada pejabat lain. Jika pengujian dilakukan bukan oleh hakim, tetapi oleh lembaga parlemen, maka pengujian seperti itu dapat disebut dengan *legislative review*.[5] Jika pengujian dilakukan oleh pemerintahan yang berada pada struktur yang lebih tinggi terhadap produk peraturan perundang-undangan yang dihasilkan oleh pemerintahan yang berada pada struktur lebih rendah, maka pengujian itu disebut *administrative review.* Baik *judicial review*, *legislative review*, maupun *administrative review,* pada dasarnya merupakan kegiatan pengujian peraturan perundang-undangan, yang melahirkan konsekuensi keberlakuan dan atau perubahan sebuah undang-undang.

Secara ringkas dapat dirumuskan, kewenangan *judicial review* di Indonesia dijalankan oleh Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Mahkamah Konstitusi berwenang menguji konstitusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, sementara Mahkamah Agung berwenang menguji legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, termasuk peraturan daerah yang diproduk oleh pemerintah daerah. Baik kewenangan Mahkamah Konstitusi maupun kewenangan Mahkamah Agung kedua-duanya ditujukan dalam rangka memastikan konsistensi pembentukan peraturan perundang-undangan terhadap prinsip kepatuhan pada hirarki, menjalankan prinsip *check and balances,* dan memastikan hak-hak warga negara tidak terlanggar oleh adanya peraturan perundang-undangan.

5 Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, "Mekanisme Judicial Review", *Bahan Kursus* HAM untuk Pengacara X, Jakarta, 2005, hlm. 1.

Sebagai salah satu bentuk peraturan perundang-undangan, peraturan daerah merupakan peraturan yang cara pengujiannya ada di bawah kewenangan Mahkamah Agung. Perda Kabupaten/Kota dibentuk oleh DPRD Kabupaten/Kota bersama Bupati/Walikota. Sedangkan Perda Provinsi dibentuk oleh DPRD Provinsi bersama Gubernur. Pembentukan Perda semakin meningkat seiring dengan kebijakan otonomi daerah yang digulirkan sejak 1999 dan efektif berjalan pada tahun 2001. UU RI No. 22 Tahun 1999 sebagaimana diubah dengan UU RI No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, memberikan kewenangan pada pemerintah daerah untuk membentuk peraturan daerah guna menjalankan mandat otonomi daerah. Sepanjang pelaksanaan otonomi daerah hingga Agustus 2013, setidaknya terdapat 342 peraturan daerah yang diduga mengandung muatan diskriminatif dan bertentang dengan hak-hak konstitusional warga negara yang dijamin dalam Konstitusi RI.[6] Salah satu peraturan daerah yang mengandung muatan diskriminatif dan bertentangan dengan Konstitusi RI adalah Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran. Terlepas bahwa pelacuran merupakan tindak pidana, pengaturan tentang larangan pelacuran sebagaimana dibuat oleh Pemerintah Kota Tangerang telah melampaui jaminan hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh UUD Negara RI 1945. Pasal 4 (1) Perda No. 8E Tahun 2005 menyebutkan:

> "Setiap orang yang sikap atau perilakunya mencurigakan, sehingga menimbulkan suatu anggapan bahwa ia/mereka pelacur dilarang berada di jalan – jalan umum, di lapangan-lapangan, di rumah penginapan, losmen, hotel, asrama, rumah penduduk/kontrakan, warung-warung kopi, tempat hiburan, gedung tempat tontonan, di sudut-sudut jalan atau di lorong-lorong atau tempat-tempat lain di daerah.

Rumusan peraturan sebagaimana disebutkan di atas dibangun

6 Kamala Chandrakirana, dkk., *Atas Nama Otonomi Daerah: Pelembagaan Diskriminasi dalam Tatanan Negara dan Bangsa,* (Jakarta: Komnas Perempuan, 2009). Pemutakhiran jumalah Perda diperoleh dari Siaran Pers terbaru Komnas Perempuan. Dapat dilihat di http://www.komnasperempuan.or.id/2013/12/siaran-pers-mendesakkan-mekanisme-judicial-review-terbuka-sungguh-sungguh-dan-partisipatif-di-mahkamah-agung-melalui-eksaminasi-publik-untuk-penguatan-pemenuhan-ham-dan-hak-konstitusional-warga-negar/

di atas landasan "*presumption of guilty*" (praduga bersalah) yang bertentangan dengan hak konstitusional warga yang terdapat dalam Pasal 28D ayat 1 UUD Negara RI 1945: "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum". "Praduga bersalah" juga bertentangan dengan prinsip hukum yang berlaku universal yaitu, asas praduga tidak bersalah. Dengan rumusan yang bias sebagaimana disebutkan di atas, Perda No. 8E Tahun 2005 telah menjerat banyak korban salah tangkap dan mengikis rasa aman warga. Salah satu korban salah tangkap adalah Lilis Mahmudah yang kemudian meninggal dunia pada 2010 lantaran menanggung beban sebagai "pelacur" padahal dirinya adalah seorang guru sekolah dasar. Lilis Mahmudah, Tuti Rachmawati, dan Hesti Prabowo pada 2006 mengajukan pengujian peraturan daerah ini ke Mahkamah Agung, sebagai lembaga yang memiliki kewenangan menguji legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Namun demikian, pada Maret 2007, Mahkamah Agung memutuskan bahwa Perda No. 8E Tahun 2005 tentang Pelarangan Pelacuran dianggap legal dan sah diberlakukan.[7]

Merujuk pada masalah yang dikandung oleh Perda No. 8E Tahun 2005, dimana perda tersebut bertentangan dengan hak konstitusional warga negara, dapat disimpulkan bahwa perda ini bukan hanya mengandung masalah legal tapi yang utama justru mengidap problem konstitusional, karena materi muatannya yang bertentangan dengan Konstitusi RI. Namun demikian, karena MA hanya memiliki kewenangan menguji aspek legalitas peraturan perundang-undangan, maka pengujian yang dilakukan MA atas Perda No. 8E Tahun 2005 telah gagal menyentuh problem konstitusional perda tersebut. Sementara, Mahkamah Konstitusi yang memiliki kewenangan menguji aspek konstitusionalitas, tidak memiliki jangkauan untuk menguji peraturan daerah, karena kewenangannya dibatasi hanya pada pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Dengan demikian, tampak jelas bahwa mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan, baik yang menjadi kewenangan Mahkamah

7 "Perda Pelacuran Tangerang Tak Bertentangan dengan UU", Jakarta, 13 April 2007 16:24, http://arsip.gatra.com/2007-04-13/artikel.php?id=103802, diakses pada 11 Juni 2012.

Agung maupun Mahkamah Konstitusi keduanya gagal menjawab problem sebagaimana yang digambarkan dalam kasus Perda No. 8E Tahun 2005.

Merujuk pada pembagian kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan sebagaimana dalam Pasal 24A dan 24C UUD Negara RI 1945, maka dapat disimpulkan bahwa batasan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam UUD Negara RI 1945 masih menyisakan ruang terciptanya ketidakpastian hukum dan ketidakadilan yang menjadi visi dan cita-cita utama kekuasaan kehakiman, sebagaimana tertuang pada Pasal 24 UUD Negara RI. Inilah salah satu kesenjangan *(gap)* substantif yang tersisa dari Amandemen UUD Negara RI 1945, bahwa batasan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan membawa implikasi pada pemajuan, perlindungan, dan pemenuhan hak-hak konstitusional warga negara.

B. Fokus Kajian

Batasan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur pada Pasal 24A dan 24 C UUD Negara RI 1945 belum menjadi instrumen yang secara menyeluruh berkontribusi pada pemajuan, perlindungan, dan pemenuhan hak konstitusional warga negara. Dalam konteks kemunculan perda-perda yang diindikasi mengidap problem konstitusional, maka, baik mekanisme yang ada di Mahkamah Agung maupun mekanisme yang ada di Mahkamah Konstitusi, keduanya tidak mampu menjangkau dan mengatasi problem konstitusional. Sementara, batasan kewenangan sebagaimana disebutkan di atas telah diatur secara limitatif di dalam UUD Negara RI 1945 yang hanya bisa berubah jika UUD Negara RI 1945 kembali diamandemen.

Penelusuran atas risalah sidang Amandemen UUD Negara RI 1945 tentang kekuasaan kehakiman, tidak ditemukan argumen kokoh yang menjadi landasan pembagian kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan pada Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Padahal, jika merujuk pada hirarki peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam UU RI No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagaimana diubah dengan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, segala peraturan

perundang-undangan dalam konstruksi ketatanegaraan Indonesia haruslah tunduk pada UUD Negara RI 1945 sebagai hukum tertinggi di Republik Indonesia. Dengan demikian, peraturan perundang-undangan di bawah UUD Negara RI 1945 merupakan norma-norma derivatif yang semuanya bersumber pada UUD Negara RI 1945.

Pemetaan masalah sebagaimana diuraikan di atas, memungkinkan suatu kajian yang memperkuat kemungkinan integrasi kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang dimiliki Mahkamah Agung pada Mahkamah Konstitusi, sebagai badan peradilan yang memiliki kewenangan menguji seluruh peraturan perundang-undangan. Batasan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan juga sesungguhnya melahirkan potensi yang tidak konstruktif antara Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Dengan posisi kewenangan sebagaimana diatur selama ini, amat memungkinkan, putusan-putusan Mahkamah Agung secara tidak langsung kemudian dikoreksi oleh Mahkamah Konstitusi, manakala UU yang oleh Mahkamah Konstitusi sedang diuji akan tetapi pada waktu yang bersamaan sedang menjadi alat uji bagi Mahkamah Agung atas suatu peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Selama ini, potensi ini dijembatani dengan setiap perkara yang telah diregistrasi wajib diberitahukan kepada Mahkamah Agung, agar pemeriksaan atas perkara pengujian peraturan di bawah undang-undang yang bersangkutan oleh Mahkamah Agung dihentikan sementara sampai putusan atas perkara pengujian undang-undang yang bersangkutan dibacakan oleh Mahkamah Konstitusi.

C. Pembahasan

1. Prinsip Kepatuhan pada Hirarki

Pada umumnya, mekanisme pengujian hukum dalam bentuk *judicial review* ini diterima sebagai cara negara hukum modern mengendalikan dan mengimbangi (*check and balance*) kecenderungan kekuasaan yang ada di genggaman para pejabat pemerintahan untuk menjadi sewenang-wenang.[8] Namun, Jimly

8 Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara,* (Jakarta: Konpress, 2006), Cet. Ke-3, hlm. 2.

membedakan antara istilah *constitutional review* dengan *judicial review* karena dua alasan. *Pertama, constitutional review* selain dilakukan oleh hakim dapat pula dilakukan oleh lembaga selain hakim atau pengadilan, tergantung kepada lembaga mana UUD memberikan kewenangan untuk melakukannya. *Kedua,* dalam konsep *judicial review* terkait pula pengertian yang lebih luas objeknya, misalnya mencakup soal legalitas peraturan di bawah UU terhadap UU, sedangkan *constitutional review* hanya menyangkut pengujian konstitusionalitasnya, yaitu terhadap UUD.[9] Lebih lanjut Jimly mengingatkan kepada para sarjana hukum untuk tidak mengacaukan pengertian pengujian dengan hak uji, atau mengidentikkan konsep *toetsingsrecht* dengan *judicial review. Judicial review* lebih luas dari *constitutional review* karena objek yang diujinya tidak hanya mengenai produk hukum berbentuk undang-undang, tetapi mencakup pula peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.[10]

Norma hukum, menurut Hans Kelsen[11], memiliki jenjang atau hirarkhi yang menunjukkan derajat berlapis. Kelsen memperkanalkan 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)*.

Menurut Adolf Merkl, sebagaimana dikemukakan Maria Farida[12], suatu norma hukum itu selalu mempunyai dua wajah, di mana suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar

9 Jimly, *Model-model...,* hlm. 3.

10 *Ibid*., hlm. 4.

11 Hans Kelsen, *General theory Of Law And Satate,* (New York: Russell & Russell, 1945), hlm. 112-113.

12 Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System lichen Grundbegriffe,* (Einsiedeln/ Zürich/ Köln: Benziger, 1948), Cet. Ke-2, hlm. 31 dst. sebagaimana dikutip Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Peraturan perundang-undangan; Dasar-dasar dan Pembentukannya,* (Yogyakarta: Kanisius, 1998), Cet. Ke-11, hlm. 25.

pada norma yang di atasnya, sedangkan ke bawah ia juga menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma hukum yang ada pada hirarkhi di bawahnya. Dengan demikian suatu norma hukum yang ada atau diadopsi dalam sebuah peraturan perundang-undangan mempunyai masa berlaku *(rechtkracht)* yang relatif oleh karena masa berlakunya suatu norma hukum itu bergantung pada norma yang berada di atasnya. Sehingga, apabila norma hukum yang berada di atasnya dihapus atau dinyatakan tidak berlaku, maka norma-norma hukum yang berada di bawahnya terhapus dan tidak berlaku pula.

Hans Nawiasky, salah seorang murid Hans Kelsen mengembangkan teori Kelsen. Nawiasky juga berpendapat bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum dari suatu negara itu juga berkelompok-kelompok. Nawiasky[13] mengelompokkan norma-norma hukum dalam suatu negara itu menjadi empat kelompok besar yang terdiri atas:

1. *Staats fundamentaal norm* (norma fundamental negara)
2. *Staatsgrungessetz* (aturan dasar atau aturan pokok negara)
3. *Formell gesetz* (undang-undang formal)
4. *Verordnung* dan *Autonom Satzung* (aturan pelaksanaan dan aturan otonom).

Pandangan-pandangan Kelsen dan Nawiaski kemudian dalam kajian Ilmu Perundang-undangan, dikenal dengan istilah hirarkhi peraturan perundang-undangan. Prinsip kepatuhan pada hirarkhi kemudian menjadi salah satu asas pembentukan peraturan perundang-undangan untuk memastikan setiap peraturan perundang-undangan memiliki sumber legitimasi dari dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang ada di atasnya.

Dalam hal melakukan kontrol terhadap norma hukum, ada tiga mekanisme yang biasa diterapkan oleh negara-negara penganut demokrasi yaitu (1) *legislative control* atau *legislative review*, (2) *administrative* control atau *executive review* dan (3)

13 Maria Farida Indrati Soeprapto, *Op. Cit.* hlm. 27-35.

judicial control atau *judicial review*.[14] Menurut A.W. Bradley dan K.D. Ewing,[15] terdapat beberapa alasan substantif yang biasa dipakai untuk melakukan pengujian atau *judicial review* atas norma pengaturan (*regeling*) dan norma kongkrit (*beschikkings*), yaitu:

1. *The ultra vires rule (excess of power);*[16]
2. *Abuse of discreationary powers,*[17] *yaitu berupa:*
    a. *Irrelevant considerations;*
    b. *Improper purposes;*
    c. *Error of law;*
    d. *Unauthorised delegation;*
    e. *Discreation may not fe fettered;*
    f. *Breach of a local authority's financial duties;*
    g. *Unreasonableness (irrationality);*
    h. *Proportionality.*
3. *Failure to perform a statutory duty;*[18]

---

14 Kontrol terhadap norma hukum dimaksud dilakukan melalui pengawasan atau pengendalian politik misalnya oleh lembaga perwakilan rakyat atau parlemen, disebut dengan *legislative control* atau *legislative review.* Sedangkan kontrol norma hukum yang dilakukan oleh lembaga legislatif eksekutif dengan cara badan-badan yang diberi delegasi kewenangan oleh undang-undang untuk melaksanakan undang-undang yang bersangkutan mengambil prakarsa untuk mengevaluasi dan apabila diperlukan memprakarsai usaha untuk mengadakan perbaikan atau perubahan atas undang-undang yang bersangkutan dengan ketentuan yang berlaku, disebut dengan *administrative control* atau *executive review.* Sedangkan jika mekanisme kontrol terhadap norma hukum tersebut dilakan oleh pengadilan, maka disebut *legal control* atau *judicial control* atau *judicial review.* Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang,* (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), Cet. II, hlm. 6-7.

15 Dalam Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, hlm. 150.

16 Doktrin *ultra vires* dapat dipakai untuk menilai berlakunya suatu peraturan perundang-undangan. Apabila kekuasaan dari suatu otoritas publik dianggap berlebihan atau telah melampaui kewenangannya sendiri, maka peraturan yang ditetapkan di luar kewenangan itu tidak sah karena alasan *ultra vires*.

17 Pilihan kebijakan yang semula oleh pemerintah dianggap sah dan pilihan itu sudah diambil, karena suatu alasan, boleh jadi piilhan itu dinyatakan tidak sah oleh pengadilan.

18 Penilaian mengenai kegagalan untuk menjalankan tugas yang didasarkan perintah tertulis undang-undang dasar ataupun peraturan perundang-undangan yang terkait.

4. *The concept of jurisdiction;*[19]
5. *Mistake of fact;*[20]
6. *Acting incompatibly with Convention rights.*

Untuk mengawal konsistensi peraturan perundang-undangan, Kelsen menyatakan bahwa pelaksanaan aturan konstitusional tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji apakah suatu produk hukum itu konstitusional atau tidak, dan tidak memberlakukannya jika menurut organ ini produk badan legislatif tersebut tidak konstitusional. Untuk kepentingan tersebut, dapat diadakan organ khusus seperti pengadilan khusus yang disebut Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*), atau pengawasan konstitusionalitas undang-undang (*judicial review*) dapat juga diberikan kepada pengadilan biasa, khususnya Mahkamah Agung.[21]

Ide Hans Kelsen mengenai pengujian undang-undang di atas sejalan dengan gagasan yang pernah dikemukakan Muhammad Yamin dalam sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI). Ia mengusulkan seharusnya Balai Agung (atau Mahkamah Agung) diberi wewenang untuk "membanding" undang-undang.[22] Namun usulan Muhammad

19 Pertimbangan keempat terkait dengan konsep yurisdiksi. Doktrin *ultra vires* selain dapat dilihat dari segi kekuasaan, diskresi, dan tugas, dapat pula dilihat dari segi yurisdiksi (kewenangan). Karena konsep kekuasaan (*vires*) memang berhubungan erat dengan kewenagan (*jurisdiction*).

20 Menyangkut kekeliruan fakta. Jika keputusan pengaturan (*regeling*) ataupun keputusan administratif (*beschikking*) ditetapkan atas dasar data dan fakta yang salah, maka keputusan itu dapat dinilai cacat karena *error of fact.* Jika argumen ini digabung dengan argumen *irrelevant considerations*, maka dalil pengujian yang diajukan menjadi kuat untuk dikabulkan oleh hakim. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-undang,* hlm. 153.

21 Lima Tahun Mahkamah Konstitusi, 2005., Lihat juga Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara,* (Jakarta: Konpress, 2006), Cet. Ke-3, hlm. 50.

22 Lima Tahun Menegakkan Konstitusi, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2008), Lihat juga Risalah Sidang BPUPKI.. *Op. Cit*.

Yamin ini disanggah oleh Soepomo dengan 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 pengujian konstitusionalitas undang-undang yang diusulkan oleh Yamin tersebut tidak diadopsi dalam UUD 1945.

Baik Adolf Merkel maupun Hans Kelsen, sama-sama mengembangkan doktrin *hierarchy of norms* (*Stufenbau der Rechtsordnung*) dengan menempatkan konstitusi (*verfassungsrecht*) pada puncak hirarki norma hukum. Hukum tertinggi inilah yang menentukan bentuk dan lingkup isi undang-undang biasa (*einfaches gesetzesrecht, statutory law*). Udang-undang (*legislative acts*) sebagai produk legislasi, dapat dijabarkan lebih rinci ke dalam peraturan yang ditetapkan oleh pihak eksekutif (*executive acts*) yang disebut peraturan perundang-undangan (*verordnungen*). Semua peraturan yang bersifat umum (*general and abstract norms*) itu diaplikasikan ke dalam peristiwa hukum kongkrit atau kasus kongkrit oleh hakim/pengadilan dalam bentuk putusan berupa *administrative rulinggs* (*verwaltungsbescheide*) atau *court judgements* (*gerichtsurteile*).[23]

Dengan mengacu pada kerangka teori di atas, batasan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan di Mahkamah Agung dan di Mahkamah Konstitusi RI semestinya

23 Jimly, *Op.Cit.,* hlm. 52. Menurut Hans Kelsen dan Adolf Merkel, norma-norma yang bersifat umum (*general norms*) mengandung kurang atau lebih aturan-aturan abstrak yang ditujukan kepada subyek hukum secara umum, misalnya daalm bentuk undang-undang dasar, undang-undang, ataupun peraturan perundang-undangan lainnya. Sedangkan norma-norma yang bersifat kongkrit (*concrete norms*) memuat kaedah perintah atau larangan yang ditujukan kepada pihak atau individu tertentu, misalnya dalam bentuk putusan pengadilan (*vonnis*), dan keputusan-keputusan *administrative* (*beschikking*).

tidak terjadi, karena genealogi berbagai peraturan perundang-undangan tersebut memusat pada Konstitusi sebagai norma dasar. Penggunaan teori hirarkhi norma dalam mengkaji kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan akan semakin memperkuat argumen integrasi kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan dalam satu institusi kehakiman, Mahkamah Konstitusi RI.

2. Perda dan Potensi Pelanggaran Hak Konstitusional Warga Negara

Pelanggaran hak konstitusional warga negara adalah kondisi di mana otoritas negara melakukan suatu tindakan *(by commission)* yang bertentangan dengan kewajibannya untuk menjamin dan memenuhi hak-hak yang sudah dijamin oleh Konstitusi RI. Pelanggaran juga dapat terjadi ketika otoritas negara membiarkan *(by omission)* atau tidak melakukan pencegahan atas suatu tindakan yang menyebabkan tidak terpenuhinya hak-hak konstitusional warga.

Peraturan Daerah Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran, ditinjau dari kajian hukum dan perundang-undangan sesungguhnya mengidap masalah serius, yakni potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara. Perda No. 8E Tahun 2005 ini telah diujimateriilkan oleh Tim Advokasi Perda Diskriminatif (TAKDIR) ke Mahkamah Agung pada tanggal 20 April 2006.[24] Para pemohon adalah Lilis Mahmudah (warga Tangerang yang menjadi korban salah tangkap), Tuti Rachmawati (yang mewakili anaknya yang menjadi korban salah tangkap), dan Hesti Prabowo. Melalu kuasa hukumnya, mereka mendalilkan bahwa Perda No. 8E Tahun 2005 bertentangan dengan UU No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, UU No. 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, UU No. 32 Tahun 2004

24 Naskah Permohonan Hak Uji Materiil Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran, TAKDIR, Jakarta, 2006, hlm. 2-3.

tentang Pemerintahan Daerah, dan UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengasahan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.[25]

Pasal-pasal yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang menjadi batu uji sebagaimana dikemukakan di atas, antara lain, adalah:

Pasal 2 ayat (3) Perda No. 8E Tahun 2005:

> Larangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan (2) pasal ini, berlaku juga di tempat-tempat hiburan, hotel penginapan atau tempat-tempat lain di daerah.

Pasal 4 ayat (1) dan ayat (2) Perda No. 8 Tahun 2005:

> (1) Setiap orang yang sikap atau perilakunya mencurigakan, sehingga menimbulkan suatu anggapan bahwa ia/ mereka pelacur dilarang berada di jalan-jalan umum, di lapangan-lapangan, di rumah penginapan, losmen, hotel, asrama, rumah penduduk/kontrakan, warung-warung kopi, tempat hiburan, gedung tempat tontonan, di sudut-sudut jalan atau di lorong-lorong jalan atau tempat-tempat lain di Daerah.
>
> (2) Siapapun di larang bermesraan, berpelukan dan/atau berciuman yang mengarah kepada hubungan seksual, baik di tempat umum atau di tempat-tempat yang kelihatan oleh umum.

Rumusan pasal sebagaimana disebutkan di atas oleh para pemohon, menimbulkan pemahaman bahwa apapun bentuk pelanggarannya, di manapun ia berada selama menurut anggapan pemerintah daerah adalah seorang pelacur, maka ia dapat dikenakan sanksi pidana sebagaimana diatur dalam Perda tersebut. Asas hukum pidana, praduga tidak bersalah, menjadi tidak relevan dengan konstruksi klausul di atas. Di sinilah, menurut para pemohon, letak bahwa Perda No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi. Selain bertentangan dengan asas hukum, Perda di atas juga dianggap bertentangan dengan prinsip-prinsip *fair*

25 *Ibid.,* hlm. 18.

trial dalam UU No. 8E Tahun 1981 tentang KUHAP. Secara khusus, ketentuan acara di dalam Perda No. 8E Tahun 2005 bertentangan dengan ketentuan penangkapan, penahanan, dan penggeledahan dalam KUHAP. Razia dalam konstruksi Pasal 6 Perda No. 8E Tahun 2005, akan dilakukan terhadap setiap orang dalam keadaan sebagaimana diatur dalam Pasal 2, hanya menggunakan persangkaan. Dari persangkaan ini, kemudian dapat terjadi penangkapan dan penahanan, sebagaimana dialami oleh Lilis dkk. [26]

Selain mengandung masalah legal karena bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 yang paling utama juga, jika dikaji, maka Perda tersebut bertentangan atau setidaknya berpotensi melanggar hak-hak konstitusional warga negara. Dalam Ilmu Perundang-undangan, pembentukan Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 dan perda-perda diskriminatif mengandung kekeliruan sejak mula pembentukannya. Konsideran pembentukan perda-perda diskriminatif umumnya dilandasi oleh cita ideal yang menegasikan prinsip-prinsip kebhinnekaan. Sementara secara sosiologis pembentukan perda-perda itu sama sekali tidak menjawab persoalan dan kebutuhan nyata masyarakat.

Meskipun secara yuridis pembentukan perda-perda diskriminatif memiliki landasan 'pembenaran' formal dalam UU RI No. 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan[27] yang memungkinkan adanya muatan khusus sesuai kewilayahannya, hanya saja UU ini tidak menjelaskan kekhasan apa yang boleh diatur. Sementara UU RI No. 32/2004 Tentang Pemerintahan Daerah[28] juga memungkinkan hal serupa. Dalam praktiknya, masyarakat dan penyelenggara pemerintahan daerah kemudian menafsirkan secara bebas tentang segala sesuatu yang 'khas' daerah. Kekuasaan atas tafsir

26 *Ibid.,* hlm. 15-16.

27 Materi muatan Peraturan Daerah adalah seluruh materi muatan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah dan tugas pembantuan, dan menampung kondisi khusus daerah serta penjabaran lebih lanjut Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi.

28 Pasal 136 (3) Perda sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan penjabaran lebih lanjut dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dengan memperhatikan ciri khas masing-masing daerah.

inilah yang kemudian menegasikan kelompok-kelompok rentan dan minoritas yang tidak menguasai tafsir, tidak menguasai ruang publik, dan keterbatasan akses pada kekuasaan.

Ditinjau dari rumusan pasal yang diciptakan, nyata sekali bahwa kecakapan para perancang perda sangat terbatas. Dugaan atas praktik *copy-paste* dalam membentuk suatu perda tidak terbantahkan mengingat kesamaan-kesamaan yang dikandung dalam materi muatan perda. Penelusuran sejarah pembentukan perda-perda juga menunjukkan bahwa praktik studi banding antar wilayah menjadi sarana penyebaran perda-perda dari satu daerah ke daerah yang lain. Kekeliruan fundamental dalam pembentukan perda-perda yang dianggap diskriminatif adalah hasrat para perancang yang ingin mengatur moralitas publik. Kecuali perda-perda yang mengatur buruh migran, dari 158 perda diskriminatif yang didokumentasikan Komnas Perempuan pada 2009 adalah pranata-pranata yang merupakan domain moralitas dan bukan domain hukum. Perihal tata cara berbusana, kesalehan seseorang, dan tindakan yang masuk kategori maksiat dan bukan maksiat adalah domain moralitas yang tidak bisa diobyektivikasi kebenaran dan kesepakatannya kecuali di internal orang-orang yang meyakininya. Moralitas jelas berbeda dengan hukum yang menuntut adanya obyektivikasi. Mengutip pernyataan Prof. Dr. Sahetapy[29] dalam *judicial review* UU RI No. 44/2008 tentang Pornografi, bahwa moralitas tidak bisa diatur karena nilai relatif dan subyektifnya. Memaksakan moralitas (juga norma-norma non hukum) menjadi materi muatan peraturan perundang-undangan yang berlaku umum dipastikan akan menegasikan kelompok yang tidak sependapat dengan norma tersebut. Berangkat dari fakta sosiologis bangsa yang plural dan konsensus politik bentuk negara Indonesia, maka tidak bisa dibenarkan norma-norma yang tidak bisa diobyektivikasi diadopsi menjadi norma hukum.

Kehendak politik membentuk perda, konsideran perda, dan karakter muatan yang diskriminatif jelas bertentangan dengan asas-asas hukum yang harus dipatuhi dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Secara umum, prinsip-prinsip yang dapat dijadikan acuan dalam menilai substansi/materi muatan peraturan perundang-undangan adalah (1) nilai-nilai hak asasi manusia (HAM) dan keadilan jender

29 Risalah Sidang Uji Materil UU RI No. 44/ 2008 tentang Pornografi, Tanggal 6 Mei 2009, hlm. 39-44.

yang sudah tercantum di dalam Konstitusi RI; (2) jaminan integritas hukum nasional; dan (3) peran negara versus masyarakat dalam negara demokrasi. Ketiga prinsip dasar itu jika diturunkan secara lebih rinci, sebagaimana dimuat dalam UU RI No. 10 Tahun 2004 sebagaimana diubah dengan UU RI No. 12 Tahun 2011 antara lain: asas pengayoman, kemanusiaan, bhinneka tunggal ika, keadilan, kesamaan kedudukan di muka hukum dan pemerintahan, ketertiban dan kepastian hukum, keadilan dan kesetaraan jender, antidiskriminasi, dan lain-lain.

Dalam pemantauan Komnas Perempuan, pelanggaran asas-asas hukum dan asas pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut telah melahirkan pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara. Hak-hak konstitusional ini seharusnya mendapat perlindungan penuh dari negara. Tabel berikut adalah rekaman pengalaman perempuan yang mengalami pelanggaran hak konstitusional warga negara, akibat diberlakukannya perda-perda diskriminatif.

Tabel 1:

Pengalaman Pelanggaran Hak Konstitusinal Warga Negara[30]

Kebijakan Daerah	Pengalaman Perempuan	Hak yang Dilanggar	Jaminan Hak dalam Konstitusi
Busana	Tidak dapat berbusana sesuai dengan keinginannya sendiri	Hak kebebasan ekspresi sesuai dengan hati nuraninya. Hak perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi	Psl. 28E (2) Psl. 28 G (1)
	Dikucilkan bila tidak mengikuti aturan busana	Hak untuk bebas dari perlakuan diskriminatif	Psl. 28I(2)

30 Tabel diambil dari Kamala Chandrakirana, dkk., *Op.Cit.* , hlm. 55-57.

Kebijakan Daerah	Pengalaman Perempuan	Hak yang Dilanggar	Jaminan Hak dalam Konstitusi
Prostitusi	Salah tangkap akibat pengabaian asas praduga tidak bersalah	Hak atas kepastian hukum	Psl. 28 D (1)
	Perempuan kuatir keluar pada malam hari dan berbusana sebagaimana keinginannya	Hak perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi	Psl. 28 G (1)
	Perempuan yang diketahui adalah pekerja seks selalu ditangkap, dalam situasi apa pun dan diabaikan pengaduannya bila mengalami kekerasan	Hak atas kedudukan yang sama di hadapan hukum	Psl. 27 (1)
	Korban salah tangkap kehilangan pekerjaannya	Hak atas penghidupan yang layak	Psl. 27 (2)
	Pembedaan hak perempuan untuk memilih pekerjaan di malam hari	Hak untuk bebas dari perlakuan diskriminatif	Psl. 28I(2)
Khalwat	Salah tangkap akibat pengabaian asas praduga tidak bersalah	Hak atas kepastian hukum	Psl. 28 D (1)

Kebijakan Daerah	Pengalaman Perempuan	Hak yang Dilanggar	Jaminan Hak dalam Konstitusi
	Kuatir untuk memiliki relasi sosial dengan orang yang berbeda jenis kelamin	Hak perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi	Psl. 28 G (1)
	Diarak dan dipaksa mengaku dengan kekerasan	Hak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia	Psl. 28 G (2)
	Pemiskinan yang dialami oleh perempuan korban salah tangkap	Hak atas penghidupan yang layak	Psl. 27 (2)
	Menjadi target utama pelaksanaan karena jendernya	Hak untuk bebas dari perlakuan diskriminatif	Psl. 28I(2)
Buruh Migran	Tidak ada perlindungan khusus dari kerentanan kekerasan seksual	Hak atas perlakuan khusus	Psal 28 H(2)
	Pembatasan kesempatan bekerja karena (a) pembedaan jenis pekerjaan dan (b) perempuan bekerja ke luar	Hak atas penghidupan yang layak	Psl. 27(2)

Kebijakan Daerah	Pengalaman Perempuan	Hak yang Dilanggar	Jaminan Hak dalam Konstitusi
	negeri dianggap tidak sesuai dengan "norma kesusilaan" dan "agama"		

Penerapan Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 membawa berbagai persoalan sosial dan menyumbangkan kerancuan implikasi hukum. Keyakinan pemerintah dan DPRD Kota Tangerang tentang adanya dukungan masyarakat dan telah menempuh prosedur uji kelayakan publik patut dipertanyakan. Faktanya perda ini paling tidak menyimpan tiga persoalan, *pertama*, persoalan akses terhadap keadilan, *kedua*, penyimpangan ketentuan KUHP dan KUHAP dan *terakhir* kategorisasi pelacuran yang dimaksud merupakan tindak pidana ringan atau termasuk delik pidana biasa.

Pertama, ketentuan Perda Larangan Pelacuran sama sekali tidak memasukkan unsur akses keadilan bagi setiap subyek hukum. KUHAP menyebutkan dengan jelas berbagai hak tersangka dan terdakwa selama dalam proses penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan. Perda Larangan Pelacuran secara tersirat menegaskan bahwa dalam pelaksanaannya penyidik berpegangan pada ketentuan UU RI No 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Hak-hak tersebut tidak bisa dihilangkan, bahkan dalam keadaan terdesak sekalipun, hak-hak tersangka dan/atau terdakwa harus tetap dihormati dan dipenuhi. Ada beberapa ketentuan yang dilanggar baik dalam proses penyidikan, penuntutan, dan proses persidangan terhadap para tersangka dan/atau terdakwa yang dijerat dengan Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 tersebut.

Kedua, terkait dengan sanksi pidana, Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 telah mengesampingkan ketentuan hak-hak tersangka yang diatur dalam KUHAP. Dalam rumusan KUHAP hak-hak tersangka/ terdakwa diatur dari Pasal 50-68 dan 92 KUHAP, yaitu:

1. Dianggap tidak bersalah pada setiap tingkat pemeriksaan

sampai adanya putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

2. Segera mendapatkan pemeriksaan dari penyidik dan selanjutnya diajukan kepada penuntut umum.
3. Segera diajukan ke pengadilan dan segera diadili oleh pengadilan.
4. Memberikan keterangan secara bebas pada setiap tingkat pemeriksaan.
5. Mendapat bantuan hukum dari seorang atau lebih kuasa hukum pada setiap tingkat pemeriksaan.
6. Mendapatkan BAP yang berkaitan dengan diri tersangka/ terdakwa.
7. Diberitahukan kepada keluarganya atau orang yang serumah dengannya atas penahanan yang dilakukan oleh pejabat yang berwenang, serta untuk menghubungi penasihat hukum untuk mendapatkan penangguhan penahanan.
8. Mengajukan saksi dan atau seorang yang mempunyai keahlian khusus guna memberikan keterangan yang menguntungkan baginya.
9. Tidak dibebani kewajiban pembuktian.
10. Menolak keterangan saksi-saksi yang tidak sesuai dan menyatakan fakta yang benar kepada Hakim.
11. Mengajukan dan membacakan Nota Pembelaan.
12. Diadili dengan persidangan yang tertutup untuk umum dalam kasus-kasus kesusilaan.

Ketiga, dalam KUHP diterangkan bahwa ada dua jenis tindak pidana, yaitu kejahatan dan pelanggaran. Tindak pidana yang tercantum dalam Perda Kota Tangerang tentang Larangan Pelacuran termasuk dalam kategori tindak pidana pelanggaran, hal ini tercermin dalam pasal 9 ayat (2); "*Tindak pidana sebagaimana dimaksud ayat (1) pasal ini adalah pelanggaran*".

Menurut hukum pidana, dalam tindak pidana pelanggaran, pelaku harus terlebih dahulu melakukan tindak pidana tersebut sehingga dapat divonis pidana berupa kurungan ataupun denda. Terhadap masalah ini, KUHP telah menyatakan dengan tegas, bahwa Percobaan Pelanggaran tidak dapat dipidana. Dalam konteks ini, niat

dan usaha untuk melakukan pelanggaran saja tidak bisa menjadi unsur dari suatu delik pidana, perlu dilakukan suatu tindakan pelanggaran yang nyata sehingga seseorang dapat memenuhi unsur delik. Menjadi suatu kekeliruan yang sangat nyata dalam Pasal 4 ayat (1), yang berbunyi:

> *"setiap orang yang sikap atau perilakunya mencurigakan, sehingga menimbulkan suatu anggapan bahwa ia/mereka pelacur dilarang berada di jalan-jalan umu, di lapangan-lapangan, di rumah penginapan, losmen, hotel, asrama, rumah penduduk/kontrakan, warung-warung kopi, tempat hiburan, gedung atau tempat tontonan, di sudut-sudut jalan, atau di lorong-lorong jalan, atau di tempat-tempat lain di Daerah*".

Jika ditelaah lebih jauh dengan menggunakan ketentuan dalam KUHP tentang Percobaan Pelanggaran, maka ketentuan di atas telah melampaui KUHP. Seluruh uraian dalam Pasal 4 ayat (1) Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran pada dasarnya tidak melakukan atau belum melakukan tindak pidana pelanggaran pelacuran sebagaimana yang maksud dalam Pasal 2 ayat (1) Perda tersebut. Sehingga dapat ditarik kesimpulan bahwa dalam tubuh Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran sendiri mengandung kontradiksi. Mengacu pada prinsip kepatuhan pada hirarki sebagaimana dikemukakan oleh Hamid Attamimi dengan mengutip teori Hans Kelsen, di mana peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang di atasnya, keberadaan Perda Larangan Pelacuran juga bertentangan dengan KUHP. Ada perbedaan prinsipil antara pengaturan tentang pelacuran dalam Perda Kota Tangerang dengan yang terdapat dalam KUHP.

Istilah pelacuran berasal dari bahasa latin *pro-situere* yang berarti membiarkan diri berbuat zinah, melakukan persundalan, pencabulan. Secara sosiologis, pelacuran merupakan perbuatan yang dianggap merusak moral dan mental yang dapat menghancurkan pula keutuhan keluarga. Tetapi hukum positif Indonesia, sebagaimana tertuang dalam KUHP, mengindikasikan bahwa prostitusi tidak dilarang. Yang dilarang adalah pihak-pihak yang menyediakan tempat atau memudahkan terjadinya praktik prostitusi. Hal ini diatur dalam pasal 296 KUHP yang berbunyi sebagai berikut :

"Barang siapa dengan sengaja menyebabkan atau

> memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain, dan menjadikannya sebagai pencarian atau kebiasaan, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak lima belas ribu rupiah".

Dengan demikian, kebijakan mengkriminalkan atau kriminalisasi aktor-aktor pelacur atau pekerja seksnya, sebagaimana diatur dalam Perda Kota Tangerang, dapat dikatakan bertentangan dengan KUHP; atau setidaknya melampaui apa yang diatur dalam KUHP, sebuah peraturan perundang-undangan yang memiliki derajat hirarki lebih tinggi dari Perda.

Ketentuan lain dalam KUHP yang terkait dengan pelacuran adalah pasal 506 yang berbunyi "barangsiapa menarik keuntungan dari perbuatan cabul seorang wanita dan menjadikannya sebagai pelacur, diancam dengan pidana kurungan paling lama satu tahun".Yang dilarang dalam KUHP adalah mengeksploitir seksualitas orang lain baik sebagai "pencaharian ataupun kebiasaan" (Pasal 296 KUHP) atau 'menarik keuntungan' dari pelayanan seks (komersial) seorang perempuan dengan praktik germo (Pasal 506 KUHP). Pasal-pasal tersebut dalam KUHP hanya melarang mereka yang membantu dan menyediakan pelayanan seks secara illegal, artinya larangan hanya diberikan untuk mucikari atau germo, sedangkan pelacurnya sendiri tidak ada pasal yang mengaturnya.

Materi muatan Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 merupakan gambaran tidak berkualitasnya ratusan peraturan daerah yang dibentuk pasca-otonomi daerah sejak 1999. Selain disebabkan oleh kualitas *legal drafter* yang minimum, pembentukan Perda juga dimotivasi oleh berbagai alasan yang tidak berhubungan dengan konsideran pembentukan perda itu sendiri. Sehingga pada akhirnya, masyarakat yang seharusnya mendapatkan perlindungan hak-hak konstitusionalnya, justru menjadi pihak yang paling banyak dirugikan dengan adanya perda-perda tersebut. Karakter peraturan perundang-undangan, seperti Perda Kota Tangerang ini sulit ditegakkan atau *un enforceable.*

3. Implikasi Batasan Kewenangan Pengujian Peraturan Perundang-undangan terhadap Hak Konstitusional Warga Negara

Setelah ditetapkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan antara

Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD), sebagai lembaga legislatif dan Walikota Tangerang sebagai lembaga eksekutif, maka peraturan daerah yang telah disepakati itu menjadi perda yang bersifat mengikat dan berlaku untuk umum. Kehadiran Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 dapat diberlakukan bagi siapapun yang berdomisili dalam lingkup teritorial wilayah itu. Sebagai perda yang telah diundangkan, seluruh elemen masyarakat harus patuh dan harus siap menanggung implikasi atas pemberlakuannya. Perda Kota Tangerang itu termasuk salah satu yang teridentifikasi mengandung unsur diskriminatif dan melanggar hak konstitusional warga negara, karenanya memiliki dampak negatif pada masyarakat.

Harapan menciptakan situasi kondusif dan teratur di Kota Tangerang melalui pemberlakuan perda itu tidak mampu dicapai, justru keberadaannya menjadi bagian masalah yang harus ditanggung masyarakat. Masyarakat diatur secara ketat dan dibatasi melakukan aktivitas di luar rumah, apalagi di jam-jam malam hari. Pemberlakuan perda diskriminatif ini menuai banyak korban, perempuan merupakan warga sipil yang paling sering merasakan ketidakadilan itu. Para wanita karier misalnya, yang bekerja di perusahaan dan sektor industri jasa dibayang-bayangi rasa kekhawatiran dan tertekan. Tuntutan kerja yang terkadang memiliki kebijakan pada karyawannya untuk bekerja sampai larut malam, membawa resiko tersendiri bagi masyarakat kota Tangerang setelah disahkannya perda itu.

Kasus Lilis Mahmudah, korban salah tangkap yang mengalami depresi tinggi sehingga meninggal dunia merupakan fakta yang sulit disangkal akibat pemberlakuan perda tersebut. Setelah terjaring razia Satpol PP dan digiring untuk diinterogasi, korban merasa dihakimi tanpa dasar hukum yang kuat. Akibatnnya ia depresi tinggi karena merasa direndahkan derajat kemanusiaannya. Setelah berpindah-pindah tempat tinggal, Lilis kemudian meinggal dunia karena depresi menanggung rasa malu yang dipikulnya. Kejadian semacam ini memaksa korban untuk menentukan pilihan profesi sesuai kehendak perda, ini merupakan sebuah peristiwa yang secara terang-terangan mengabaikan hak asasi manusia yang dijamin konstitusi. Dampak dari keberadaan perda ini juga harus ditanggung sejumlah pelaku usaha yang bergerak di sektor bisnis jasa, di mana kebanyakan karyawannya merekrut perempuan. Selain pengusaha *high class*, pedagang kecil-kecilan yang membuka warungnya sampai larut malam juga harus

"berhati-hati" menjajakan dagangannya. Perda ini telah memasung kebebasan masyarakat Kota Tangerang untuk memilih profesi yang ditekuni, sebab semua jenis pekerjaan yang menyita waktu sampai malam tidak bisa dilakukan dengan leluasa. Masyarakat Kota Tangerang harus mempertimbangkan secara matang memilih jenis pekerjaan jika tidak ingin "diawasi" Perda Kota Tangerang No.8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran.

Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 juga "berhak" mematikan usaha masyarakat dengan menutup atau menyegel sebuah gedung perkantoran, ruko dan warung jika dinilai/diduga berdasarkan asumsi subyektif Walikota dan aparatur daerah sebagai tempat praktik pelacuran. Tindakan perampasan hak milik masyarakat yang dilegalkan perda merupakan perbuatan yang melanggar ketentuan yang dilindungi UUD NRI 1945.

Terhadap permohonan hak uji materiil yang diajukan oleh Tim Advokasi Kebijakan Diskriminatif (TAKDIR), Mahkamah Agung RI kemudian menyelenggarakan sidang dan memutus perkara tersebut dengan putusan bahwa pembentukan Perda No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran yang dikeluarkan oleh Pemerintah Kota Tangerang tidak bertentangan dengan undang-undang. Menurut juru bicara MA Djoko Sarwoko, melihat dari aspek prosedural, proses pembentukan Perda Kota Tangerang No. 8 Tahun 2005 telah melalui proses yang cukup lama, semua unsur masyarakat dilibatkan, dan tidak bertentangan dengan peraturan UU.[31]

Merujuk pada masalah yang dikandung oleh Perda No. 8E Tahun 2005, di mana perda tersebut bertentangan dengan hak konstitusional warga negara, penulis menyimpulkan bahwa perda ini bukan hanya mengandung masalah legal tapi yang utama justru mengidap problem konstitusional, karena materi muatannya yang bertentangan dengan Konstitusi RI. Namun demikian, karena MA hanya memiliki kewenangan menguji legalitas peraturan perundang-undangan, maka pengujian yang dilakukan MA atas Perda No. 8 Tahun 2005 telah gagal menyentuh problem konstitusional perda tersebut. Saat pengumuman putusan permohonan hak uji materiil ini, Mahkamah Agung RI sama

31 "Perda Pelacuran Tangerang Tak Bertentangan dengan UU", Majalah *Gatra*, Edisi 13 April 2007.

sekali tidak menyinggung bagaimana proses peradilan diselenggarakan, siapa ahli-ahli yang dihadirkan, dan argumen apa yang menyebabkan Perda tersebut dinilai tidak bertentangan. Meskipun menyatakan bahwa Perda Kota Tengerang dianggap sebagai legal (sah), para hakim yang memeriksa perkara ini hanya menguji aspek formilnya saja, dengan mengacu pada UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah yang menyatakan bahwa secara legal formal, pemerintah dan DPRD Kota Tangerang memiliki kewenangan membentuk sebuah perda, seperti Perda Kota Tangerang tersebut. Sementara aspek material yang disoal oleh pemohon bahwa Perda Kota Tangerang bertentang dengan KUHP juga diabaikan oleh MA.

Menyimak pengumuman yang disampaikan oleh juru bicara Mahkamah Agung dan kontroversi yang melingkupi proses uji materiil ini, dapat diduga bahwa majelis hakim yang terdiri dari Ahmad Sukarja, Imam Suebechi, dan Marina Sidabutar telah bekerja secara tidak profesional karena tidak memeriksa pokok perkara yang diajukan oleh pemohon. Pemohon sebagaimana tertuang dalam permohonannya menyoal aspek materiil dari Perda tersebut, bukan aspek formil. Baik argumen maupun petitum yang diajukannya pun merupakan argumen dan petitum terkait aspek materiil perda. Akan tetapi argumen penolakan Mahkamah Agung justru hanya bertolak dari aspek formil, sesuatu yang tidak dimohon oleh pemohon. Mengikuti ketentuan sebagaimana yang diatur oleh Pasal 24A UUD Negara RI 1945, dimana perda (yang merupakan salah satu peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang) hanya bisa diujimateriilkan di Mahkamah Agung, maka pascaputusan ini tidak ada ruang baru bagi para pemohon untuk menyoal kembali masalah legalitas dan konstitusionalitas peraturan daerah ini. Apalagi, sebagaimana diatur pada Pasal 24C UUD Negara RI 1945 bahwa pengujian perda bukanlah kewenangan Mahkamah Konstitusi, karena Mahkamah Konstitusi hanya berwenangan menguji konstitusionalitas undang-undang terhadap undang-undangan dasar.[32]

Putusan Mahkamah Agung atas uji materiil Perda Kota Tangerang

32 Dalam suatu dialog kebijakan, pada Januari 2008, Penulis menyampaikan perihal putusan Mahkamah Agung ini kepada Ketua Mahkamah Konstitusi, Jimly Ashshiddiqie. Atas informasi ini, Ketua Jimly menyarankan agar penulis melakukan *exercise* agar mengajukan permohonan judicial revie atas Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 sekaligus bersamaan dengan dengan UU yang digunakan oleh Mahkamah Agung sebagai batu uji. Penulis tidak melanjutkan upaya ini.

No. 8E Tahun 2005, dengan meyakini bahwa perda tersebut bermasalah, maka dapat dikatakan bahwa melalui putusannya, Mahkamah Agung telah turut memperkuat pelembagaan diskriminasi sebagaimana dikandung dalam Perda tersebut. Di sinilah letak bahwa baik batasan kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Agung maupun batasan kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi telah melahirkan implikasi tidak terpenuhinya hak konstitusional warga negara.

Problem konstitusionalitas yang dikandung Perda No. 8E Tahun 2005 tidak bisa diujimateriilkan oleh Mahkamah Konstitusi, sekalipun ada soal konstitusionalitas yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi karena problem konstitusionalitas itu melekat pada Perda, yakni peraturan perundang-undangan yang bukan merupakan domain kewenangan Mahkamah Konstitusi, maka tidak ada lagi mekanisme yang bisa ditempuh. Sementara, sekalipun Perda menjadi kewenangan Mahkamah Agung, akan tetapi karena Mahkamah Agung hanya memiliki kewenangan menguji legalitas perda terhadap UU, maka jalan ini pun buntu. Apalagi hakim Mahkamah Agung bekerja tidak profesional. Dengan demikian, tampak jelas bahwa mekanisme pengujian peraturan perundang-undangan, baik yang menjadi kewenangan Mahkamah Agung maupun Mahkamah Konstitusi keduanya gagal menjawab problem sebagaimana yang digambarkan dalam kasus Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran.

Putusan menolak permohonan *judicial review* atas dasar pertimbangan formil, telah menegaskan bahwa Mahkamah Agung telah berkontribusi melanggengkan supremasi demokrasi prosedural di atas demokrasi substantif dan mengorbankan konstitusi atas nama demokrasi dan otonomi daerah. Sebagai satu-satunya lembaga *judicial* yang dapat menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, putusan MA adalah putusan hukum terakhir yang mengikat semua institusi negara dan seluruh warga negara. Padahal, putusannya justru menghadirkan ketidakadilan baru, dan mengingat jenis kebijakan daerah yang dikokohkannya, juga potensial mengancam kebangsaan dan kebhinekaan Indonesia.

Praktik penolakan uji materi yang terjadi di MA telah menggambarkan secara nyata ketidaksempurnaan sistem ketatanegaraaan Indonesia, khususnya terkait dengan pengujian peraturan perundang-

undangan, karena masih menyisakan kevakuman mekanisme uji materi yang lebih berkeadilan. Warga negara yang terlanggar hak konstitusionalnya atas putusan MA tidak memiliki pilihan lain selain terus menjadi "pelanggar hukum" dan menjadi korban dari peraturan daerah yang melanggar hak konstitusionalnya. Meskipun sangat nyata bagaimana materi peraturan daerah tersebut bertentang dengan prinsip-prinsip Konstitusi, akan tetapi karena ketidaksempurnaan sistem sebagaimana digambarkan di atas, telah menjadikan warga tidak bisa menyoal secara konstitusional dengan menggunakan mekanisme uji konstitusional yang tersedia. Pasal 24C (1) UUD NRI 1945 menegaskan bahwa Mahkamah Konstitusi hanya memiliki kewenangan menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar[33]. Di sinilah arti implikasi nyata dari batasan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan yang diatur oleh Pasal 24A dan Pasal 24C UUD Negara RI 1945. Karena adanya pembatasan itu, maka warga negara tidak memiliki ruang baru untuk memperoleh keadilan konstitusionalnya, ketika peraturan daerah telah merenggut hak konstitusionalnya.

Dengan karakter materi muatan yang *un enforceable* dan implikasi potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara, pascaputusan MA pun Perda Kota Tangerang tetap memiliki keberlakuan normatif atau nisbi. Pascaputusan MA tidak ada lagi penegakan hukum atas Perda Kota Tangerang kecuali pada moment-moment tertentu, seperti menjelang Ramadhan dan lain-lain.

4. Integrasi Pengujian Peraturan Perundang-Undangan Di Mahkamah Konstitusi

Sehubungan dengan kewenangan pengujian peraturan daerah yang berada di bawah kewenangan Mahkamah Agung, saat mekanisme preventif tidak berfungsi dengan sempurna untuk menjaga jaminan konstitusional dalam sistem otonomi daerah, harapan yang tersisa berada di pundak Mahkamah Agung yang secara ekslusif memegang kewenangan yudisial untuk menguji materi peraturan daerah dan peraturan perundang-undangan lain di bawah undang-undang terhadap undang-undang.[34] Salah satu hasil kesimpulan yang dikeluarkan oleh

33 Komnas Perempuan, *Op. Cit*., *Atas Nama Otonomi Daerah..,* hlm. 99.

34 Uji materi terhadap perda dapat dilakukan terhadap materi muatan ayat,

Komnas Perempuan terkait dengan kevakuman mekanisme nasional dalam hal pengujian peraturan perundang-undangan terhadap undang-undang, adalah bahwa Mahkamah Agung gagal menjalankan fungsinya sebagai mekanisme terakhir untuk memelihara konsistensi hukum nasional, terkait pembatalan peraturan daerah. Mahkamah Agung menolak melakukan uji materi terhadap Perda Kota Tangerang No. 8 Tahun 2005 Tentang Larangan Pelacuran karena dianggap telah taat asas prosedural.[35]

Saat terjadinya amandemen UUD Negara RI 1945 yang terjadi antara rentang waktu dari tahun 2000-2003, terjadi perdebatan berkaitan dengan kewenangan Mahkamah Agung dan pembentukan Mahkamah Konstitusi. Hal ini misalnya bisa disimak dari apa yang disampaikan oleh Andi Mattalatta dari Fraksi Partai Golkar yang mengetengahkan bahwa perlu ada pembatasan terhadap wewenang Mahkamah Agung melakukan *judicial review*.

> Kami setuju kalau Mahkamah Agung mempunyai fungsi yang aktif untuk mengadakan *judicial review*, tetapi supaya ada kepastian hukum juga, ada batasannya. Katakanlah kalau peraturan pemerintah keluar hari ini, batasan *judicial review*-nya bisa dilakukan oleh Mahkamah Agung hanya tiga bulan, misalnya. Sesudah itu tidak ada lagi hak *judicial review* dari Mahkamah Agung, yang ada adalah gugatan dari warga negara kalau mereka merasa dirugikan oleh peraturan pemerintah tersebut. Karena itu, *ya* Mahkamah Agung ini, walaupun dia lembaga yang bebas, bukan berarti dia bebas sebebas-bebasnya. Dia juga perlu di *checks and re-checks*. Dia juga perlu dikontrol. Salah satu kontrolnya adalah pembatasan waktu kapan dia bisa melakukan *judicial review*. Fraksi Partai Golongan Karya mengusulkan, jangan sepanjang masa dia bisa melakukan, Pak. Tiga bulan tidak boleh lagi *judicial review*. Kalaupun peraturan itu mau di-*review*, bukan oleh Mahkamah Agung, tapi gugatan warga negara melalui proses pengadilan biasa.[36]

---

pasal dan/atau bagian dari Perda.

35 Komnas Perempuan, *Op.Cit.*, hlm. 112.

36 Tim Penyusun Naskah Komprehensif, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945: Latar Belakang, Proses, dan*

Hal senada juga disampaikan oleh Fraksi TNI/Polri, yang menyetujui mekanisme pengujian peraturan di bawah undang-undang di Mahkamah Agung. Sebagaimana yang disampaikan oleh Hendi Tjaswadi, yang mengatakan agar wewenang *judicial review* oleh MA berpatokan pada UUD 1945 dan supaya UUD 1945 mengatur bab tersendiri tentang Kekuasaan Kehakiman dan tentang Mahkamah Agung, agar tidak campur aduk.

> Mengenai Mahkamah Agung. *Judicial review* kami setuju dan ini berkaitan dengan *checks and balances* tadi, jadi antara DPR dengan Mahkamah Agung, dan berpatokan kepada Undang-Undang Dasar. Jadi yang dijadikan patokan oleh MA untuk *judicial review* adalah Undang-Undang Dasar. Kemudian *level*-nya adalah undang-undang ke bawah. Jadi bukan hanya PP tapi undang-undang ke bawah dan ini juga bisa me-*refer* kepada perubahan Tap XX/MPRS/1966 barangkali nanti kalau ada perubahan.[37]

Keragu-raguan dari berbagai kalangan akan kapasitas MA dalam melakukan *judicial review,* mendapat tanggapan dari Harun Al-Rasyid. Ia menjelaskan bahwa:

> *Judicial review* itu, terdefinisi itu, adalah kewenangan daripada hakim untuk menyatakan tidak sah undang-undang, peraturan yang melanggar Undang-Undang Dasar karena Undang-Undang Dasar itu merupakan *the supreme law of the land*, yang tertinggi. Kita ini bilang Undang-Undang Dasar tertinggi, tapi kalau ada yang melanggar tidak boleh diuji. Itu tidak benar, itu. Tapi sekarang sudah benarlah bahwa juga undang-undang harus bisa diuji. *Judicial review* juga mencakup hal di mana tindakan Presiden itu yang melanggar Undang-Undang Dasar bisa dibatalkan oleh hakim. Ini pernah, Presiden Truman itu menasionalisir industri baja dengan alasan keadaan darurat. "Omong kosong," kata hakim, "*nggak* ada keadaan darurat, saya batalkan tindakan Presiden." *Nah*, ini *judicial review.*

Hasil Pembahasan 1999-2002, Buku 6, (Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MK, 2008), Edisi Revisi, hlm. 39-40.

37 *Ibid*., hlm. 43.

> Kita di sini sebenarnya ini warisan Belanda itu *toetsing recht*, hak menguji. Hak menguji itu ada dua macam: hak menguji formal, hak menguji material. Nah, formal yang kayak tadi itu. Keppres itu salah itu, tidak boleh Keppres melanggar undang-undang dan sebagainya. Keppres itu kalau menurut dasar hukumnya itu tidak boleh mengatur. Dia itu hanya untuk mengangkat menteri, mengangkat duta besar, membentuk Komnas HAM. Tapi dia tidak boleh mengatur. Apalagi dengan Keppres membebaskan pajak, itu melanggar itu, apa namanya, ICW. Menurut ICW harus dengan undang-undang pembebasan, *vrijsteling van belasting* itu tidak bisa dengan Keppres.[38]

Merujuk pasal 51 ayat (3) UU RI No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah dengan UU RI No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan UU RI No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, terdapat dua macam pengujian undang-undang, yaitu:

1. Pengujian undang-undang secara formal *(formele toetsing)*, yaitu pengujian terhadap suatu undang-undang dilakukan karena aspek proses pembentukan undang-undang tersebut dianggap pemohon tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar.
2. Pengujian undang-undang secara materiil *(materieele toetsing)*, yaitu pengujian terhadap suatu undang-undang dilakukan karena terdapat materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian undang-undang yang dianggap pemohon bertentangan dengan undang-undang dasar.

Menurut Hans Kelsen, Mahkamah Konstitusi diharapkan berperan sebagai *"a negative legislator"* yang diberi kewenangan mengesampingkan bahkan membatalkan undang-undang yang nyata-nyata bertentangan dengan konstitusi. Selama Undang-Undang Dasar dipahami sebagai sebagai hukum dasar yang mempunyai kedudukan tertinggi dan Mahkamah Konstitusi dianggap penting untuk mengawal pelaksanaaan hukum yang tertinggi itu, maka fungsi lembaga ini sebagai *"a negative legislator"* memang tidak dapat dihindari.[39] Dengan mengacu pada kerangka teori yang dikembangkan oleh Hans Kelsen, Han

38 *Ibid.,* hlm. 63.

39 Jimly Asshiddiqie, *Model-model, Op.Cit.,* hlm. 96.

Nawiaski, dll., sebagaimana dikemukakan di atas, batasan kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan di Mahkamah Agung dan di Mahkamah Konstitusi RI semestinya tidak terjadi, karena genealogi berbagai peraturan perundang-undangan tersebut memusat pada Konstitusi sebagai norma dasar. Penggunaan teori hirarkhi norma dalam mengkaji kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan telah semakin memperkuat argumen integrasi kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan dalam satu institusi kehakiman, yakni Mahkamah Konstitusi RI.

Dalam konstruksi peraturan perundang-undangan di Indonesia, kepatuhan bahwa peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tidak diperkenankan membentuk norma baru tampaknya diabaikan. Sehingga banyak peraturan di bawah undang-undang, justru membentuk norma baru, yang bukan hanya bertentangan dengan undang-undangan tapi juga dengan konstitusi. Kebijakan otonomi daerah yang memberikan kewenangan khusus bagi daerah untuk membentuk peraturan daerah yang khas dengan daerahnya di lapangan telah membuka peluang terjadinya pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara yang tidak memiliki ruang dan mekanisme untuk dipersoalkan secara yudisial, karena Mahkamah Agung tidak menguji konstitusionalitas sebuah peraturan perundang-undangan.

Untuk mengatasi *gap* ini sebuah terobosan perlu dilakukan dengan mengubah UUD Negara RI 1945 khususnya Pasal 24A dan 24C yang mengatur batasan kewenangan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian peraturan perundang-undangan. Integrasi pengujian di institusi Mahkamah Konstitusi semata-mata dilakukan dalam rangka memastikan hak-hak konstitusional dapat ditegakkan dan disoal jika ia dilanggar oleh adanya peraturan daerah yang bertentangan dengan Konstitusi RI. Apalagi secara teknis manajerial, kinerja, mekanisme, dan akuntabilitas Mahkamah Agung tidak lebih baik dari Mahkamah Konstitusi.

D. Penutup

Implikasi batasan kewenangan pengujian peraturan daerah oleh Mahkamah Agung dan undang-undang Mahkamah Konstitusi terhadap pemenuhan hak konstitusional warga negara berimbas pada terjadinya jurang *(gap)* yang harus segera diatasi. Hal ini berkaitan

dengan kebuntuan mekanisme untuk menyoal konstitusionalitas sebuah peraturan daerah yang mengandung cacat atau bertentangan dengan konstitusi. Mahkamah Agung dibatasi hanya menguji aspek legalitas sebuah peraturan daerah, padahal banyak peraturan daerah mengandung masalah konstitusional. Sementara Mahkamah Konstitusi, sekalipun memiliki kewenangan menguji konstitusionalitas sebuah undang-undang tapi dibatasi hanya berwenang menguji undang-undang. Dengan batasan yang demikian, maka dipastikan setiap peraturan daerah yang bertentangan dengan UUD Negara RI 1945 tidak akan bisa disoal sehingga yang terjadi adalah pelanggaran hak konstitusional warga negara.

Dengan belum adanya mekanisme pengujian peraturan daerah yang dianggap bertentangan dengan UUD Negara RI 1945, maka eksistensi Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 pascaputusan uji materiil menjadi peraturan yang sah untuk diberlakukan, meskipun terdapat beberapa hal yang bertentangan dengan hak-hak konstitusional warga negara. Mahkamah Agung, karena keterbatasan kewenangannya telah memperkuat pelanggaran konstitusional yang terdapat di dalam Perda Kota Tangerang No. 8E Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran. Namun demikian, keberlakuannya nisbi karena karakter materi muatannya yang *un enforceable.*

Untuk memastikan pemenuhan hak konstitusional warga negara, integrasi pengujian peraturan perundang-undangan ke dalam satu institusi, yakni Mahkamah Konstitusi adalah jawaban untuk mengatasi *gap* sebagaimana disimpulkan pada bagian Pembahasan. Hanya saja, karena batasan kewenangan ini diatur dalam UUD Negara RI 1945, langkah menuju integrasi membutuhkan proses amandemen UUD Negara RI 1945. Gagasan integrasi pengujian peraturan perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi didasarkan pada argumen substantif bahwa hakikat dari peraturan perundang-undangan adalah derivasi dari peraturan perundang-undangan yang paling tinggi, yaitu UUD Negara RI 1945, karena itu setiap peraturan perundang-undangan yang merupakan derivasi itu sahih untuk diuji dengan batu uji UUD Negara RI 1945.

Argumen lain yang dapat dikemukakan adalah kondisi faktual penyelenggaraan otonomi daerah yang membuka ruang munculnya peraturan daerah yang memuat norma-norma baru dan potensial melanggar hak-hak konstitusional warga negara. Kebutuhan adanya

mekanisme pengujian yang holistik (menyeluruh) baik aspek legal maupun aspek konstitusional sebuah peraturan menjadi kebutuhan nyata. Secara manajerial, khususnya dalam hal penanganan perkara Pengujian Undang-undang (PUU) mekanisme, transparansi, dan akuntabilitas pengujian peraturan perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi jauh lebih dipercaya publik karena kualitas dan kinerja yang sudah teruji. Sementara kinerja Mahkamah Agung, sekalipun ini dapat dimaklumi karena tugas konstitusional MA yang sangat luas, masih jauh dari harapan publik. Membiarkan kewenangan pengujian peraturan daerah di Mahkamah Agung, sementara Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan menguji konstitusionalitas perda, sama saja melanggengkan potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Asshiddiqie, Jimly, dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum,* Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2006.

_____, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang,* Jakarta, Konstitusi Pres, 2006.

_____, Jimly, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi Revisi, Jakarta, Konstitusi Press, 2005.

_____, Jimly, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara,* (Jakarta: Konpress, 2006), Cet. Ke-3.

_____, Jimly, *Perihal Undang-Undang,* Jakarta, Konstitusi Press, 2006, Cet. II.

Budiarjo, Miriam, *Demokrasi di Indonesia: Demokrasi Parlementer dan Demokrasi Pancasila,* Jakarta, PT Gramedia Pustaka Utama, 1994.

Chandrakirana, Kamala, et all., *Atas Nama Otonomi Daerah: Pelembagaan Diskriminasi dalam Tatanan Negara dan Bangsa,* Jakarta: Komnas Perempuan, 2009.

Farida Indrati Soeprapto, Maria, *Ilmu Peraturan perundang-undangan;*

Dasar-dasar dan Pembentukannya, Yogyakarta: Kanisius, 1998, Cet. Ke-11.

Hausmaninger, Herbert, *The Austrian Legal System,* 3rd edition, Manz, Wien, 2003.

Isra, Saldi, *Pergeseran Fungsi Legislasi dalam Sistem Pemerintahan Indonesia Setelah Perubahan Undang-Undang Dasar 1945,* Disertasi Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2009.

Istanto, F. Sugeng, *Penelitian Hukum,* CV. Ganda, Yogyakarta, 2007.

Kelsen, Hans, *General theory Of Law And Satate,* New York: Russell & Russell, 1945.

Mahfudh, *Politik Hukum di Indonesia,* Rajawali Pers, Jakarta, 2009.

Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum,* Jakarta, Kencana, 2006

Muslmin, Amrah, *Aspek-Aspek Hukum Otonomi Daerah,* Bandung, Alumni, 1978.

Sekretariat Jenderal MK RI, Lima Tahun Mahkamah Konstitusi, 2005.

Sekretariat Negara RI, Risalah Sidang BPUPKI, PPKI, 28 Mei 1945-22 Agustus 1945, Jakarta, Sekretariat Negara RI, 1995, Cet 1 Edisi 3.

Simandjuntak, Marsilam, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur, dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945,* Jakarta, Pustaka Utama Grafiti, 2003.

Soekanto, Soerjono, dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat,* Jakarta, Rajagrafindo Persada, 2006

Syafrudin, Ateng, *Pasang Surut Otonomi Daerah,* Bandung, Bina Cipta, 1985.

Tim Penyusun Naskah Komprehensif, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945: Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002,* Buku 6, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MK, 2008, Edisi Revisi.

Waluyo, Bambang, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Jakarta, Penerbit Sinar Grafika, 2002.

Jurnal, Makalah, Risalah:

Arizona, Yance, Dispartis Pengujian Peraturan Daerah: suatu Tinjauan

Normatif, www.legalitas.org h. 3.

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, *Mekanisme Judicial Review,* Bahan Kursus HAM untuk Pengacara X, Jakarta, 2005.

Limbach, Jutta, *The Concept of the Supremacy of the Constitution,* dalam *"The Modern Law Review",* Vol. 64, No. 1, Januari 2001

Mahfud MD., "The Role of the Constitutional Court in the Development of Democracy in Indonesia", makalah disampaikan dalam *The World Conference on Constitutional Justice* di Cape Town, Afrika Selatan pada 23-24 Januari 2009.

Naskah Permohonan Hak Uji Materiil Perda Kota Tangerang No. 8 Tahun 2005 tentang Larangan Pelacuran, TAKDIR, Jakarta, 2006.

Risalah Sidang Uji Materil UU RI No. 44/ 2008 tentang Pornografi, Tanggal 6 Mei 2009.

Siahaan, Maruarar, *Uji Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undangan Negara Kita: Masalah dan Tantangan*, dalam Jurnal Konstitusi , Volume 7, Nomor 4, Agustus 2010

Peraturan Perundang-undangan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945

Undang-undang RI No. 5 Tahun 2004 jo. Undang-undang RI No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Pasal 20 ayat (2) UU RI No. 48 Tahun 2009

UU RI No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah dengan UU RI No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan UU RI No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

UU No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana

UU No. 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan,

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dan UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengasahan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.

UU RI 32/2004 Tentang Pemerintahan Daerah

Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 01 Tahun 2011 Tentang Hak Uji Materiil

Website:

Perda Pelacuran Tangerang Tak Bertentangan dengan UU, Jakarta, 13 April 2007 16:24, http://arsip.gatra.com/2007-04-13/artikel.php?id=103802, diakses pada 11 Juni 2012

http://www.seputar-indonesia.com/edisicetak/opini/supremasi-konstitusi-2.ht, diakses 21 Juni 2012.

http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Persidangan.RekapitulasiPUU pada tanggal 20 Juli 2012

http://putusan.mahkamahagung.go.id/pengadilan/mahkamah-agung/direktori/tun/hak-uji-materiil, artikel diakses pada tanggal 22 Juli 2012.

http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.BeritaInternalLengkap&id=4014, pada tanggal 20 Juli 2012

http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol11901/lbh-jakarta-ihopelessi-atas-kinerja-mahkamah-agung pada tanggal 20 Juli 2012

http://kepaniteraan.mahkamahagung.go.id/kegiatan/164-ma-ubah-tenggat-waktu-pengajuan-permohonan-hak-uji-materiil.html pada tanggal 22 Juli 2012

http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.ViewBeritaAdministrasi&id=10

3

Penguatan Mahkamah Konstitusi Melalui Mekanisme *Constitutional Complaint* untuk Mewujudkan Negara Hukum Indonesia

Oleh: Wiwin Suwandi

Pendahuluan

Amandemen Undang-Undang Dasar 1945 (sebanyak empat tahap dalam kurun waktu 1999-2002 telah membawa perubahan bagi rekonstruksi paradigma kenegaraan ke arah sistem yang lebih demokratis. Pemilu pada tahun 1999 kemudian dilanjutkan dengan Pemilu langsung pada tahun 2004 dan 2009 setidaknya membuktikan hal tersebut. Jatuhnya rezim Orba melalui *people power* tahun 1998 juga diakibatkan ide demokratisasi yang melanda dunia saat itu. Dalam aspek lain, ide demokratisasi juga berimbas pada wacana reformasi kelembagaan. Dalam hal ini, Huntington,[1] menyebut tiga syarat demokratisasi, yaitu: 1) berakhirnya rezim otoriter, 2) dibangunnya rezim demokratis atau disebut juga masa transisi demokrasi; dan 3) pengonsolidasian rezim baru. Menurut Dahl,[2] negara demokratis dicirikan dengan partisipasi secara menyeluruh warga negara dalam kehidupan politik; penentuan pendapat politik serta dalam pembuatan keputusan politik. Tentunya dengan instrumen pendukung yang

1 Samuel. P. Huntington, "*The Third Wafe Democratization in the Late Twentieth Century*", (Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991), hlm. 213.

2 Robert A. Dahl, "*Perihal Demokrasi: Menjelejah Teori dan Praktek Demokrasi Secara Singkat*", (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia (YOI), 2001).

juga dibuat dengan sistem yang demokratis. Negara demokratis juga ditandai dengan era keterbukaan dan perlindungan terhadap konsep hak asasi manusia (*human rights*). Dalam bingkai negara hukum seperti Indonesia, supremasi konstitusi untuk menjamin tegaknya keadilan dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia, serta melakukan pembatasan terhadap kekuasaan organ-organ negara sangatlah diperlukan.

Indonesia adalah negara hukum menurut Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945), bersanding dengan asas kedaulatan rakyat di Pasal 1 ayat (2) UUD NRI 1945. Dua ciri utama negara hukum adalah perlindungan terhadap hak asasi manusia (*human rights*) dan adanya peradilan konstitusi yang mandiri dan independen. Mahkamah Konstitusi (MK) adalah wujud dari ciri negara hukum Indonesia itu. MK hadir untuk menegakkan konstitusi, melindungi hak asasi manusia, dan untuk membatasi kekuasaan negara. MK hadir sebagai pelaksanaan prinsip *check and balances* antar organ kelembagaan negara.

Konstitusi pasca amandemen lebih menguatkan konsep negara hukum Indonesia. Kesimpulan ini didasarkan pada persandingan antara hasil amandemen dengan kriteria negara hukum berdasarkan doktrin Hans Kelsen[3] yang mengargumentasikan empat syarat *rechtsaat*, yaitu negara yang: 1) kehidupannya sejalan dengan konstitusi dan undang-undang, yang proses pembuatannya dilakukan oleh parlemen. Anggota-anggota parlemen itu sendiri dipilih langsung oleh rakyat, 2) mengatur mekanisme pertanggungjawaban bagai atas setiap kebijakan dan tindakan kenegaraan yang dilakukan oleh elit negara, 3) menjamin kemerdekaan kekuasaan kehakiman, dan 4) melindungi hak-hak asasi manusia.

Pembentukan MK merupakan wujud implementasi gagasan tentang negara hukum, yang salah satu cirinya adalah menempatkan konstitusi sebagai "hukum tertinggi". Melalui kewenangan untuk mengadili masalah-masalah yang berkait dengan konstitusi sekaligus kewenangan untuk "memaksakan" pentaatan terhadap ketentuan-ketentuan konstitusi, MK Telah menjadikan konstitusi sebagai

3 Hans Kelsen, "*General Theory of Law and State*" (terjemahan Anders Wedberg), (New York: Russel & Russel, 1961), hlm. 114.

"dokumen yang hidup" (*a living document*) yang memberi bentuk dan arah kekuasaan politik dalam suatu negara, bukan sekadar kumpulan kalimat-kalimat simbolik atau aspirasional.[4] Dengan demikian, MK memberi kontribusi besar bukan hanya bagi terciptanya kehidupan bernegara yang berdasar atas hukum tetapi juga bagi demokrasi.

Fungsi MK adalah melaksanakan *constitutional review*.[5] Sedangkan *constitutional review* yang merupakan produk sistem pemerintahan modern yang dilandasi oleh gagasan negara hukum (*rule of law*), pemisahan kekuasaan (*separation of powers*), dan perlindungan terhadap hak asasi manusia (*protection of fundamental rights*) memiliki dua tugas utama. *Pertama*, menjaga berfungsinya proses-proses demokrasi dalam hubungan saling mempengaruhi antara lembaga legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Dengan kata lain, *constitutional review* bertugas mencegah perebutan kekuasaan oleh salah satu cabang kekuasaan negara dengan mengorbankan cabang-cabang kekuasaan negara lainnya. *Kedua*, yang tidak kalah pentingnya dan berkait erat dengan tugas pertama itu, adalah untuk melindungi hak-hak atau kehidupan pribadi warga negara dari pelanggaran yang dilakukan oleh salah satu cabang kekuasaan negara.[6]

Keberadaan MK sebagai pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia diatur dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 (UU 24/2003) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi (UU8/2011). Pasal 2 UU 24/2003 menyebutkan bahwa MK merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakan hukum dan keadilan. Dalam doktrin pembagian kekuasaan (*distribution of power*), pembagian kewenangan *judicial review* maupun pelimpahan pekara penyelesaian sengketa pemilukada (berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun

4 Donald L. Horowitz, "*Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers*", *Journal of Democracy*, Volume 17, Number 4, October 2006, hlm. 126.

5 Jimly Asshiddiqie, "*Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*" (selanjutnya disingkat Jimly Asshiddiqie I), (Jakarta: Konpress, 2005), hlm. 15.

6 H. Hausmaninger, "*The Austrian Legal System*", (Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2003,) hlm. 139.

2004 Tentang Pemerintahan Daerah) antara MK dan Mahkamah Agung (MA) ini telah menyeimbangkan kedua badan peradilan ini dalam menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman (*judicial power*) di Indonesia.

Demikian pula dalam hubungan antara yudikatif dan legislatif, kewenangan MK dalam melakukan *judicial review* undang-undang terhadap UUD NRI 1945 telah menegasikan konsep *check and balances* antara MK sebagai badan kekuasaan kehakiman dan DPR sebagai badan legislatif. Produk legislasi atau undang-undang yang dibahas antara Dewan Prwakilan Rakyat (DPR) dan Presiden dapat diminta uji materi ke MK (*judicial review*) jika dalam undang-undang tersebut terdapat ketentuan norma yang bertentangan dengan UUD NRI 1945. Kemudian muncul masalah berkaitan dengan pelanggaran konstitusional terhadap hak-hak konstitusional warga negara namun perangkat hukum untuk membawa pelanggaran tersebut pada ranah hukum tidak mendapatkan sarana. Masalah ini bisa timbul karena upaya warga negara untuk melakukan upaya hukum melalui mekanisme *Constitutional Complaint* (CC) atau Pengaduan Konstitusi ke MK atas pelanggaran konstitusional yang terjadi, dimungkinkan hanya jika ada peraturan perundang-undangan yang berpotensi melanggar hak asasi. Pertanyaan yang muncul kemudian adalah mekanisme apa yang bisa ditempuh oleh warga negara jika hak asasinya dilanggar oleh sebuah peraturan, selain undang-undang atau putusan pengadilan? Kondisi ini kemudian melahirkan gagasan perlunya MK memutus perkara CC. CC adalah upaya hukum luar biasa diluar mekanisme *judicial review* yang bisa dilakukan warga negara untuk memperjuangkan hak-hak konstitusionalnya kepada MK.

1. *Constitutional Complaint* : Studi Beberapa Negara

Dibanyak negara CC dibutuhkan untuk menyelesaikan sengketa konstitusi yang norma hukumnya tidak tertulis atau masyarakat menganggap terdapat cacat hukum dalam putusan pengadilan atau dalam sebuah prosedur hukum. Berikut ini akan dibahas secara singkat CC di negara Jerman, negara Slovakia dan negara Hungaria:

1.1. Negara Jerman

Di Jerman, CC disebut dengan istilah *Verfassungsbeschwerde*. Setiap warga negara yang merasa hak-hak fundamentalnya dilanggar

oleh pejabat publik dapat mengajukan CC ke Mahkamah Konstitusi. Hanya saja, pengajuan ini diperkenankan apabila medium pengadilan lain telah dicoba. Pengajuan CC tidak dikenakan biaya dan tidak ada kewajiban didampingi oleh pengacara. Dalam kurun waktu 1951-2005, tercatat 157.233 permohonan didaftarkan ke *Federal Constitutional Court* (FCC). Dari jumlah itu, 151.424 yang masuk klasifikasi CC, namun, hanya 3.699 permohonan atau 2,5% yang berhasil.

Di Jerman, CC merupakan istilah yang mempunyai pengertian cukup luas. CC mempunyai arti gugatan perorangan yang didalilkan perorangan tersebut terjadi jika ada suatu legislasi melakukan pelanggaran terhadap hak konstitusionalnya. Tidak hanya itu, perorangan tersebut dapat mengajukan gugatannya kepada tindakan aparatur negara dan kepada putusan final MA yang diduga melanggar kaidah-kaidah *Basic Law*.[7] Contoh kasus yang cukup terkenal adalah ketika masyarakat muslim di Jerman mengajukan permohonan CC karena adanya larangan penyembelihan hewan berdasarkan UU Perlindungan Hewan. Masyarakat muslim merasa berkeberatan atas larangan itu karena dinilai bertentangan dengan kebebasan menjalankan agama. Ajaran Islam justru mewajibkan hewan disembelih sebelum halal dimakan. FCC mengabulkan permohonan dengan pertimbangan kebebasan beragama dijamin oleh konstitusi, sementara larangan penyembelihan hewan hanya diatur dengan aturan di bawah konstitusi.[8]

FCC memiliki kewenangan; *pertama*, pengujian CC digunakan untuk menyelesaikan perselisihan yang dihadapi oleh lembaga-lembaga tinggi negara. Kategori ini termasuk kewenangan untuk menyelesaikan sengketa kewenangan antara Pemerintah Federasi dengan negara bagian (*federal states*) atau perselisihan yang melibatkan organ-organ tinggi dalam pemerintah federal saja; *kedua*, judicial review, masing-masing digunakan ketika FCC melakukan pengujian norma hukum secara konkrit (*concrete norm control*), atau pada saat organ tersebut melakukan pengujian norma hukum secara abstrak, permohonan model ini biasanya sudah harus diajukan kepada FCC paling lambat 30 hari setelah RUU diadopsi secara final oleh parlemen, namun belum diundangkan; *ketiga*, permohonan CC adalah hak secara

7 Jimly Asshidiqie I, *Op.Cit*., hlm. 37.

8 "Dorongan Memperluas Kewenangan MK Semakin Meluas", http://Hukumonline.com

perseorangan ataupun kelompok, ketika pemohon mendalilkan bahwa hak konstitusional yang bersangkutan, seperti tercantum dalam *Basic Law* tahun 1949 telah dilanggar oleh aneka produk hukum atau putusan peradilan hukum atau putusan peradilan umum (*ordinary judges*); dan *keempat*, menyelesaikan sengketa hasil pemilihan umum, seperti ditentukan dalam *Article 41 II Basic Law*.[9]

1.2. Negara Republik Slovakia

Republik Slovakia adala negara yang juga mengalami proses transisi demokrasi, meskipun sudah memiliki mekanisme CC berdasarkan Konstitusi 1992 memandang perlu untuk melakukan amandemen terhadap mekanisme CC yang telah ada itu. Berdasarkan amandemen konstitusi yang mulai diberlakukan tahun 2001, kini di Slovakia bukan hanya orang perorangan dalam arti *natural person* yang dapat mengajukan pengaduan konstitusional ke Mahkamah Konstitusi Slovakia tetapi juga badan hukum (*legal person*) apabila mereka menganggap hak atau kebebasan fundamentalnya terlanggar dan hak fundamental dimaksud bukan hanya yang dijamin oleh Konstitusi Slovakia tetapi juga oleh perjanjian internasional yang ikut diratifikasi oleh Slovakia.[10]

1.3. Negara Hungaria

Negara Hungaria yang juga pernah bertahun-tahun berada di bawah rejim otoriter komunis, bahkan memberikan kesempatan yang lebih luas lagi. Ketika Mahkamah Konstitusi (MK) Hungaria dipimpin oleh László Sólyom, melalui doktrin *actio popularis*, MK Hungaria memberi *legal standing* kepada "setiap orang" untuk menggugat suatu undang-undang, tanpa memedulikan apakah orang yang bersangkutan menderita kerugian atau pengaruh langsung maupun tidak langsung. Doktrin itu diturunkan langsung dari Konstitusi Hungaria, sebagaimana diatur dalam Pasal 32A ayat (3) yang menyatakan, *"Everyone has the right to initiate proceedings of the Constitutional Court in the cases*

9 Jimly Asshiddiqqie I, *Op.Cit*.

10 I Dewa Gede Palguna, "*Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara (Studi Kewenangan Mahkamah Konstitusi Indonesia Dalam Perspektif Perbandingan)*", **Disertasi**, Program Doktoral Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 2011, hlm. 150.

specified by law".[11]

Sebagai akibat dari penerapan doktrin *actio popularis* tersebut, MK Hungaria pun dipenuhi oleh perkara pengujian undang-undang (yang berdasarkan doktrin tersebut dapat diajukan oleh siapa saja). Sebaliknya, perkara CC yang diatur dalam Pasal 1 huruf (d) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi Hungaria justru hanya sedikit sampai ke tangan MK Hungaria. Hal itu dikarenakan adanya persyaratan untuk menempuh semua upaya hukum yang ada terlebih dahulu.[12] Namun, dengan memperbolehkan setiap orang untuk menggugat undang-undang dengan alasan bertentangan dengan konstitusi juga berarti bahwa setiap orang bukan hanya yang menganggap hak konstitusionalnya dirugikan oleh diberlakukannya suatu undang-undang tetapi juga mereka yang tidak terkait langsung isu tersebut dapat langsung menggugat undang-undang itu di hadapan MK Hungaria. Hal ini berarti Hungaria, pada saat diberlakukannya doktrin *actio popularis* itu, justru menerapkan mekanisme CC secara sangat luas. Akibatnya, sebagaimana diterangkan oleh Ketua MK Hungaria sendiri, László Sólyom, pada saat doktrin *actio popularis* diberlakukan, bagian tebesar dari permohonan yang diputus oleh MK Hungaria diajukan oleh perorangan atau organisasi.[13]

2. Jejak Kasus Perlunya Memasukan *Constitutional Complaint* Kedalam Kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Dalam CC tidak terpaku pada ada atau tidaknya undang-undang sebagai batu uji, tetapi semua persoalan hukum yg berpotensi melanggar hak konstitusional warga negara bisa diajukan melalui mekanisme CC. CC adalah 'upaya hukum luar biasa' diluar mekanisme *judicial review*

---

11 Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri, "*Mahkamah Konstitusi. Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang dan Peraturan di 78 Negara*" (selanjutnya disingkat Jimly Asshiddiqie II), (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara dan HukumAdminstrasi Negara), hlm. 9

12 Heinz Klug, "*Constituting Democracy, Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*", (Cambridge-New York-Oakleigh-Madrid-Cape Town: Cambridge University Press:, 2000) hlm. 142.

13 Jimly Asshiddiqie II, *Op.Cit*., hlm.81.

yang bisa dilakukan warga negara untuk memperjuangkan hak-hak konstitusionalnya ke MK bila masyarakat menilai hak-hak dasarnya yg dijamin oleh UUD NRI 1945 dilanggar oleh sebuah putusan pengadilan atau keputusan pejabat publik. Gagasan memasukkan mekanisme CC di Indonesia telah muncul ketika Komisi Konstitusi membuat draf sandingan Perubahan UUD 1945, yaitu: "*... Mahkamah Konstitusi berhak memeriksa pengaduan konstitusional atau constitution complaint dari warga negara*". Komisi Konstitusi mengusulkan agar Pasal 24C Ayat (1) hasil Perubahan Ketiga UUD 1945 ditambah dengan pengaturan mengenai CC. Berdasarkan usulan tersebut, terlihat adanya kehendak dari Komisi Konstitusi untuk memasukkan masalah CC yang penanganannya menjadi kewenangan MK.

Pada prinsipnya, definisi CC secara bebas adalah pengaduan warga negara ke MK karena mendapat perlakuan dari negara yang bertentangan dengan konstitusi. Dibeberapa negara, mekanisme CC dimaksudkan untuk memperkuat supremasi hukum dan melindungi konsep hak-hak asasi manusia. I. Dewa Gede Palguna[14] mengemukakan bahwa obyek pengaduan konstitusional dapat ditujukan kepada badan-badan pemerintahan, putusan pengadilan, atau undang-undang. MK hanya menguji kesesuaiannya dengan konstitusi, sedangkan penilaian terhadap masalah-masalah hukum dan fakta-fakta lain adalah kewenangan dari pengadilan-pengadilan lain. Selama tidak ada pelanggaran terhadap hak-hak dasar atau hak-hak konstitusional, MK terikat oleh putusan pengadilan-pengadilan tersebut.

Menurut Mahfud MD.,[15] terdapat tiga cakupan yang dimuat oleh rezim CC yaitu:

1. Pengajuan perkara ke MK atas pelanggaran hak konstitusional yang tidak ada instrumen hukum untuk memperkarakan atau tidak tersedia lagi jalur penyelesaiaan hukum (peradilan);
2. Adanya peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang langsung melanggar isi konstitusi, tetapi tidak secara jelas melanggar peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi di bawah UUD 1945;

14 I.Dewa Gede Palguna, *Op.Cit*., hlm 2.

15 Moh. Mahfud MD, "*Konstitusi dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*", (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), hlm. 289.

3. Putusan pengadilan yang melanggar hak konstitusional padahal sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan tidak dapat dilawan lagi dengan upaya hukum ke pengadilan yang lebih tinggi. Misalnya peraturan kasasi yang telah memiliki kekuatan hukum tetap tetapi merugikan hak konstitusional seseorang.

Di Indonesia, mekanisme CC ini belum diatur secara tertulis, mekanisme yang mirip dengan CC ini adalah *judicial review* melalui Mahkamah Konstitusi. Namun masalahnya, baik UUD NRI 1945 maupun UU 24/2003 sebagaimana telah diubah dengan UU No 8/2011 tidak memasukkan CC sebagai salah satu kewenangan MK. Selama ini salah satu kewenangan MK sebatas menguji undang-undang dengan UUD NRI 1945. Dengan kata lain, hanya terkait pelanggaran hak konstitusional warga negara dalam bentuk undang-undang. Hal ini kemudian yang dikhawatirkan dapat memicu pelanggaran konstitusional yang meluas. Penulis berpendapat, tidak dimasukannya CC kedalam kewenangan MK karena saat itu perumus UU MK yang terlibat dalam Komisi Konstitusi menganggap CC telah diakomodasi dalam *Judicial Review* UU terhadap UUD NRI 1945.

Perlunya memasukkan mekanisme CC kedalam kewenangan MK melalui amandemen Pasal 24C UUD NRI 1945 jo Pasal 10 UU 24/2003 dan UU 8/2011 merupakan konsekuensi hukum yang terlanjur membuat stigma kelembagaan terhadap MK sebagai lembaga yang bertugas mengawal konstitusi (the guardian of the constitution) dan penafsir konstitusi *(the interpreter of the constitution)*. Hal didasari pertimbangan bahwa tidak semua bentuk pelanggaran terhadap norma hukum konstitusi mendapat sarana penyelesaian secara hukum walaupun telah ada upaya hukum melalui *judicial review* ke MA atau MK.

Umumnya, MK di dunia memiliki tiga kewenangan. Selain sebagai *forum previligiatium* dan *judicial review*, MK juga memiliki kewenangan untuk menerima pengaduan perkara *constitutional complaint* (keluhan konstitusional) yang diajukan seseorang kepada MK karena merasa hak konstitusionalnya dilanggar bukan karena berlakunya sebuah undang-undang melainkan karena putusan pengadilan yang mendasarkan pada peraturan perundang-undangan yang keliru. Pada saat mendirikan MK, para pembuat undang-

undang merasa cukup untuk mengadopsi dengan sedikit perubahan atas dua kewenangan yang pertama tanpa mengikutkan kewenangan CC. Berbeda dengan MK di negara lain, MK RI bersifat perantara dalam fungsinya sebagai *forum previligiatium*. Moh. Mahfud MD berpendapat:[16]

> "Jika kita diberi kewenangan itu (*constitutional complaint*), maka kita dapat menyelesaikan masalah tersebut. Banyak kasus di masyarakat yang belum ada saluran pengadilannya sementara hak asasi manusia sudah diinjak dan orang tidak berdaya atas nama kepastian hukum karena sudah diputus oleh Mahkamah Agung."

Mekanisme apa yang bisa ditempuh oleh warga negara jika mendapatkan hak-hak dasarnya dilanggar oleh konstitusi sementara norma hukum untuk mengatur pengaduan tersebut tidak tersedia? Kemudian, Jika muncul sebuah pelanggaran konstitusional tetapi lembaga pengadilan yang berwenang untuk menangani kasus tersebut tidak ada dikarenakan alasan yurisdiksi perkara, maka advokasi terhadap penegakan hak-hak dasar warga negara tidak mendapat perlindungan hukum semestinya dikarenakan kekakuan penerapan norma hukum.

Beberapa contoh kasus yang memicu diberikannya kewenangan CC kepada MK yaitu: *pertama*, ketika diterbitkan Surat Keputusan Bersama (SKB) mengenai Ahmadiyah, sejumlah pihak mengusulkan membawa masalah itu ke MK, padahal pengujian SKB bukan lingkup wewenang MK. Jika ingin perkara tersebut dibawa ke MA, SKB bukanlah peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Selanjutnya, jika diajukan ke Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) juga kurang tepat karena masalah Ahmadiyah bukan keputusan pejabat tata usaha negara yang bersifat individual dan konkrit. Terakhir, jika dibawa ke Pengadilan Agama (PA) pun bukan menjadi yurisdiksi PA untuk menyelesaikan sengketa tersebut.

16 Moh Mahfud MD, "MK Perlu Diberi Wewenang Selesaikan Constitutional Complaint", *Majalah Konstitusi*, No.24 Edisi Agustus-September 2008, hlm. 23.

Kedua, kasus Eggi Sudjana yang dituduh mencemarkan nama baik Presiden, dan ia dijerat dengan pasal-pasal penghinaan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Hakim yang menangani perkara Eggi bisa menanyakan ke MK apakah pasal-pasal yang didakwakan jaksa adalah konstitusional atau tidak. Ketika Eggi Sudjana mengajukan pengujian pasal 134, 136 *bis*, dan 137 KUHP ke MK, melalui Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006 tentang Uji Materi pasal 134, 136 *bis*, dan 137 KUHP MK menyatakan ketiga pasal tersebut bertentangan dengan UUD NRI 1945. Dalam putusan tersebut, tiga orang hakim menyatakan pendapat berbeda, Hakim konstitusi I Dewa Gede Palguna dan Soedarsono menyatakan bahwa kalau persoalannya selama ini banyak aktivis yang kritis dijerat polisi dengan pasal-pasal KUHP tadi, hal itu adalah penerapan norma. Kalau hanya penerapan norma, sebaiknya ditampung lewat *constitutional complaint*. Tapi masalahnya, Mahkamah Konsitusi belum diberi kewenangan untuk itu. Sementara selama tahun 2005 terhadap surat-surat maupun permohonan yang diterima oleh Kepaniteraan MK, sedikitnya terdapat 48 surat ataupun permohonan yang dapat dikategorikan sebagai bentuk CC atau sejumlah 3 (tiga) kali lipat permohonan *judicial review* pada tahun yang sama.[17]

Begitu pentingnya fungsi CC terkait dengan penegakan konstitusi dengan aras yang lebih konkret dan langsung mengenai kepada setiap warga negara, 2 (dua) orang Hakim Konstitusi dalam *dissenting opinion*-nya pada Putusan Nomor 001/PUU-IV/2006 mengenai perkara Badrul Kamal,[18] terlepas dari putusan akhir dari keduanya, kali ini secara tegas dapat dikatakan telah mulai menanamkan benih-benih CC dengan cara melakukan penafsiran bahwa MK seharusnya dapat menampung CC atas pelanggaran hak-hak konstitutional warga negara karena

17 Pan Mohamad Faiz, "Menabur Benih Constitutional Complaint", http://jurnalhukum.blogspot.com

18 Putusan Nomor 001/PUU-IV/2006 mengenai perkara Badrul Kamal dalam sengketa pemilukada kota Depok, Jawa Barat pada tahun 2006 lalu. Badru Kamal keberatan dengan keputusan MA yang membatalkan keputusan Pengadilan Tinggi yang memenangkan gugatannya terkait Pilwalkot Depok. Putusan MA ini bertentangan dengan pasal 106 UU No 32/2004. Saat itu MK belum berwenang memutus sengketa hasil pemilukada. Badru Kamal mempermasalahkan keputusan MA ini dengan melakukan uji materi UU No. 32 Tahun 2004 karena merasa MA telah melanggar hak-hak konstitusionalnya.

sesungguhnya telah memiliki dasar hukum yang cukup berdasarkan prinsip-prinsip konstitusi yang terdapat dalam UUD NRI 1945.

Dengan alasan tersebut, menurut Mahfud. MD perlu dipikirkan memasukkan CC dan *Constitutional Question (CQ)* ke dalam amandemen UUD NRI 1945. CC adalah pengajuan perkara oleh warga negara karena hak-hak konstitusional mereka dilanggar akibat penerapan norma, sementara tidak ada saluran hukum yang tidak tersedia lagi, sedangkan CQ adalah bahwa hakim yang tengah mengadili suatu perkara menanyakan kepada MK terlebih dahulu apakah suatu undang-undang konstitusional atau tidak. Hasil penelitian yang dilakukan oleh Genhard Dannemann dalam bukunya *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.[19]

Berdasarkan pemaparan tersebut di atas, salah satu solusi untuk menjawab masalah tersebut adalah dengan memasukkan mekanisme CC kedalam kewenangan MK. CC adalah upaya hukum luar biasa diluar mekanisme *judicial review* yang bisa dilakukan warga negara untuk memperjuangkan hak-hak dasarnya ke MK. Dikhawatirkan, jika mekanisme CC ini tidak dimasukkan kedalam kewenangan tambahan MK maka akan mengakibatkan kekosongan hukum yang dapat membahayakan kehidupan bernegara. Berikut ini beberapa contoh kasus yang bisa diajukan ke MK melalui mekanisme CC:

Tabel 1
Daftar Kasus Yang Bisa Diajukan Ke Mahkamah Konstitusi
Melalui Mekanisme *Constitutional Complaint*

No	Nama Kasus	Penjelasan Kasus	Keterangan
1	Kasus Lumpur Lapindo Kabupaten Sidoarjo, Jawa Timur	Warga masyarakat korban Lumpur Lapindo bisa membawa kasus ini ke MK melalui mekanisme CC dengan	Alat uji Pasal 28A UUD NRI 1945 "setiap orang berhak mempertahankan

19 Pan Mohamad Faiz, *Op.Cit*.

No	Nama Kasus	Penjelasan Kasus	Keterangan
		alasan telah melanggar hak-hak ekonomi, sosial dan budaya (Ekosob) masyarakat yang secara internasional telah mendapat pengakuan dalam ICESCR dan telah diratifikasi dengan UU No. 11 Tahun 2005, walaupun upaya hukum ke Pengadilan Negeri Sidoarjo telah dilakukan namun tidak mendapatkan keadilan sebagaimana mestinya.	hidup dan kehidupannya"
2	Kasus penyerobotan tanah milk masyarakat adat lain seperti yang terjadi di Jawa, Papua, Sumatera, dan Kalimantan dan Sulawesi	Komunitas masyarakat adat yang tersebar di Indonesia seperti yang ada di Kalimantan, dan Sumatera yang lahan adatnya diserobot oleh pihak-pihak terkait yang tidak disertai dengan prosedur hukum yang benar dan adil juga bisa membawa kasus ini melalui mekanisme CC ke MK dengan memakai dasar hukum perlindungan hak-hak masyarakat adat (*indigenous peoples*) yang telah mendapatkan pengakuan dalam Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1960 dan *Declaration on the Rights of Indigenous*	Alat uji Pasal 28A UUD NRI 1945 "setiap orang berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya" dan Pasal 18B UUD NRI 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

No	Nama Kasus	Penjelasan Kasus	Keterangan
		Peoples yang diterima oleh Dewan HAM PBB pada tanggal 29 juni 2006. (Definisi *indigenous peoples* dalam konteks indonesia adalah masyarakat hukum adat atau persekutuan hukum adat yang memiliki hak kolektif terhadap sumber daya alam)	Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang"
3	Keputusan pemerintah dalam kebijakan kenaikan harga Bahan Bakar Minyak (BBM), Tarif Dasar Listrik (TDL) dan telepon dengan alasan menutupi defisit APBN	Masyarakat Indonesia yang merasa dirugikan atau merasa keputusan pemerintah tersebut tidak didukung dengan alasan ekonomi yang kuat bisa membawa masalah ini ke MK melalui mekanisme CC dengan alasan telah melanggar hak dasar masyarakat untuk kehidupan yang layak demi kemanusiaan, selain melalui mekanisme hak interpelasi di DPR.	Alat uji Pasal 28A UUD NRI 1945 "setiap orang berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya"
4	Kasus Gereja Kristen Indonesia (GKI) Yasmin, Bogor	Kasus Izin Mendirikan Bangunan (IMB) GKI Yasmin di Bogor ini sudah dimenangkan hingga tingkat Kasasi	Alat uji Pasal 28D, 28E ayat (1) dan (2) dan Pasal 28I UUD NRI 1945 tentang jaminan

No	Nama Kasus	Penjelasan Kasus	Keterangan
		MA oleh warga Nasrani yang ingin mendirikan gereja, namun hingga kini gereja tersebut belum didirikan karena ditentang oleh sejumlah masyarakat di Bogor. Warga GKI bisa mengajukan mekanisme CC ke MK.	kebebasan berkeyakinan

3. Upaya Hukum Memperkuat Peran Dan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Melalui Mekanisme *Constitutional Complaint*

Penguatan perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM) dan supremasi hukum adalah tujuan CC, selain itu penulis berpendapat bahwa CC juga diperlukan untuk mengatasi 'kekosongan hukum' di Indonesia. Salah satu kelemahan negara hukum yang menganut ajaran kodifikasi (normativistik/positivistik) adalah semua penyelesaian sengketa harus didasarkan pada undang-undang atau peraturan tertulis sementara dalam banyak kasus, tidak semua pelanggaran terhadap hukum atau konstitusi tersebut memiliki norma hukum yang mengatur pelanggaran tersebut. Sehingga mekanisme CC sangat diperlukan untuk menjamin perlindungan terhadap konsep hak asasi manusia tersebut.

Dari penjelasan diatas, maka ada beberapa tawaran yang dapat diajukan untuk memperkuat kewenangan dan peran MK sebagai pengawal dan penafsir konstitusi melalui mekanisme CC yaitu: *pertama*, amandemen UUD NRI 1945 yang kemudian diikuti dengan revisi UU MK terkait kewenangan MK dengan memasukan CC kedalam kewenangan tambahan MK. *Kedua*, dilakukan penyaringan (*filterisasi*) terhadap CC yang masuk ke MK. Tentang *filterisasi* ini tidak perlu dimasukan dalam bahasa amandemen tetapi cukup menjadi aturan internal MK untuk membatasi pengaduan yang masuk. *Filterisasi* ini penting dilakukan untuk mencegah CC yang tidak memenuhi syarat konstitusionalitas (termasuk *legal standing* dan alasan permohonan) tertentu sehingga mengakibatkan penumpukan perkara di MK.

Filterisasi ini bukan dimaksudkan untuk membatasi hak warga negara dalam CC, namun untuk efisiensi dan efektivitas kinerja MK. Karena disamping CC, MK juga mempunyai kewenangan lainnya sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 24C UUD NRI 1945 *jo* Pasal 10 UU 24/2003 dan UU 8/2011. Saat ini, hanya undang-undang yang melanggar hak konstitusional warga negara saja yang bisa diuji, melalui CC diharapkan semua produk pemerintah maupun DPR yang dianggap melanggar hak warga negara bisa dibawa ke MK. Dalam rezim CC, MK memiliki kedudukan yang "lebih tinggi" dibanding MA. Putusan MK bisa membatalkan putusan pengadilan, termasuk putusan Kasasi di MA jika norma hukum (UU atau peraturan lain) yang dijadikan dalil putusan tersebut ternyata melanggar hak-hak konstitusional warga negara.

4. Kesimpulan

Menurut penulis, CC melalui MK adalah sarana yang lebih konkret untuk melindungi terutama hak-hak asasi warga negara yang dijamin konstitusi. Dengan pengaduan konstitusional, masyarakat memperoleh instrumen untuk mempertahankan dan memperjuangkan haknya. Dengan wewenang memutuskan suatu perkara dalam tingkat pertama dan terakhir (*final and binding*), termasuk dalam keputusan CC yang bersifat final dan mengikat, MK dapat secara cepat merestorasi pelanggaran HAM yang terjadi, dan memperkuat penegakan supremasi hukum di Indonesia. CC perlu dimasukkan dalam kewenangan MK, disamping kewenangan yang telah ada. Mekanisme ini penting untuk memberikan perlindungan terhadap hak konstitusional warga negara melalui mekanisme Pengadilan Tata Negara dalam perkembangan gagasan tentang negara hukum. CC sebagai mekanisme perlindungan hak konstitusional melalui Pengadilan Tata Negara yang dalam hal ini adalah MK akan lebih mengintensifkan perlindungan terhadap hak konstitusional itu sekaligus lebih memberi penekanan perihal kedudukannya dalam konstitusi.[]

Daftar Pustaka

Buku:

Asshiddiqie, Jimly, *Model-model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*, (Cetakan Kedua), Konpress, Jakarta, 2005.

--------, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konpress, Jakarta, 2005.

---------, dan Fakhri, Mustafa, *Mahkamah Konstitusi. Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang dan Peraturan di 78 Negara*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara dan HukumAdminstrasi Negara, Jakarta.

Dahl, Robert A, *Perihal Demokrasi: Menjelejah Teori dan Praktek Demokrasi Secara Singkat*, Yayasan Obor Indonesia (YOI), Jakarta, 2001.

Hausmaninger, H., *The Austrian Legal System*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung: 2003.

Huntington, Samuel. P, *The Third Wafe Democratization in the Late Twentieth Century,* University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1991.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* (translated by Anders Wedberg), Russel & Russel, New York, 1961).

Klug, Heinz, *Constituting Democracy. Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*", Cambridge University Press Cambridge, New York-Oakleigh-Madrid-Cape Town, 2000.

Mahfud MD, Moh., *Konstitusi dan Hukum Dalam Kontroversi Isu,* Rajawali Pers, Jakarta, 2009.

Jurnal:

Mahfud MD., Moh., *"*MK Perlu Diberi Wewenang Selesaikan Constitutional Complaint*", Majalah Konstitusi*, No.24 Edisi

Agustus-September 2008.

Horowitz, Donald L., "*Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers*", *Journal of Democracy*, Volume 17, Number 4, October 2006.

Disertasi:

Palguna, I Dewa Gede, "*Pengaduan Konstitusional:Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara (Studi Kewenangan Mahkamah Konstitusi Indonesia Dalam Perspektif Perbandingan)*". **Disertasi**, Program Doktoral Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Indonesia, 2011.

Peraturan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

UU No 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

UU No 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Kedua Atas UU No 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

UU No 12 Tahun 2011 tentang Tata Urutan Perundang-Undangan

Putusan MK:

Putusan Nomor: 001/PUU-IV/2006 tentang perkara Badrul Kamal dalam sengketa pemilukada kota Depok, Jawa Barat pada tahun 2006.

Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006 tentang Uji Materi pasal 134, 136 *bis*, dan 137 KUHP

Internet:

Pan Mohamad Faiz, "Menabur Benih Constitutional Complaint", http://jurnalhukum.blogspot.com

"Memperluas Kewenangan MK Semakin Meluas", http://Hukumonline.com

4

Constitutional Complaint dan Perlindungan Hak Kebebasan Beragama/Berkeyakinan

Oleh: Ria Casmi Arrsa

A. Pendahuluan

Fakta empiris potret kemajemukan bangsa Indonesia merupakan ilham yang senantiasa menjadi ruh bagi kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. falsafah perbedaan dimaksud sangat kontras dengan pupuh kakawin Sutasoma yang di gagas oleh Mpu Tantular yang berbunyi, *"Rwaneka dhatu winuwus wara Buddha Wiswa bhinneki rakwa ring apan kena parwanosen mangka ng Jinatwa kalawan Siwatatwa tunggal bhinneka tunggal ika tan han dharmma mangrwa (Pupuh 139: 5)"* (Terjemahan konon dikatakan bahwa wujud Buddha dan Siwa itu berbeda. Mereka memang berbeda namun, bagaimana kita bisa mengenali perbedannya dalam selintas pandang? Karena kebenaran yang diajarkan Buddha dan Siwa itu sesungguhnya satu jua. Mereka memang berbeda-beda, namun hakikatnya sama. Karena tidak ada kebenaran yang mendua). Berpangkal dari konteks kebhinekaan nampaknya dalam perjalanan pasca agenda reformasi telah terjadi sebuah problematika kebangsaan yang memprihatinkan. Problematika kebangsaan sebagaimana dimaksud ditandai dengan maraknya sejumlah aksi anarkisme massal yang berbasis pada isu kesukuan, keagamaan, maupun rasisme. (PPOTODA dan Tifa: 2012: 75)

Praktik brutalitas maupun aksi anarkis yang terjadi nampak pada serangkaian tindakan massal dalam perobohan tempat ibadah

(Masjid dan Gereja), pengeboman penyerangan dan/atau diskriminasi terhadap Jemaat Ahmadiyah, pembubaran diskusi teologi di Surabaya, penyerangan terhadap aksi solidaritas AKKBB, diskriminasi terhadap administrasi kependudukan dan pelayanan publik bagi penghayat kepercayaan terhadap Tuhan YME, terorisme, kekerasaan terhadap warga Syi'ah Sampang dan lain sebagainya merupakan potret buram serangkaian tindakan intoleran. Sementara itu dari sisi regulasi juga diketemukan berbagai bentuk inkonsistensi dan bias tafsir yang berujung pada penyesatan maupun kriminalisasi dalam memahami ajaran keagamaan sebagaimana termaktub di dalam UU No. 1/PNPS 1965 tentang Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama. Demikian halnya didalam Peraturan Bersama Menteri Nomor 9 dan Nomor 8 Tahun 2006 masih menunjukkan lemahnya mekanisme kontrol pemerintah dalam menciptakan harmoni kerukunan umat beragama khususnya dalam pendirian rumah ibadat. Hal ini semakin kompleks tatkala kelahiran berbagai Peraturan Daerah mengenai pendirian rumah ibadah, Peraturan Gubernur tentang larangan aktivitas jemaat Ahmadiyah yang memiliki kelemahan baik dari sisi pembuatan hukum *(law making process)* maupun penegakannya *(law enforcement).* (Ria Casmi Arrsa: 2013: 3)

Beranjak dari kondisi diatas maka situasi pergeseran rezim otoritarian menuju masyarakat yang demokratis tentunya akan menjadi kabar sedap bagi kebebasan beragama, berekspresi dan berasosiasi. Namun demikian, sejauh ini selalu saja bermasalah dalam tataran implementasinya. Bahkan, ketika pemerintahan sudah terbentuk melalui mekanisme demokratis, ternyata belum berdaya mengurangi intensitas problem kebebasan beragama dan berkeyakinan. Justru, Pemerintah Indonesia divonis sebagai pelaku diskriminasi dalam konteks kehidupan beragama, khususnya terhadap agama minoritas maupun kelompok keagamaan yang rentan dan termarginalkan. (Mahfud MD: 2009: 5)

Kenyataan-kenyataan diatas menguatkan *incompatibilitas* jaminan konstitusi atas kebebasan beragama dan berkeyakinan terhadap implementasi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Bagaimana ini terjadi? Fenomena paling mengusik adalah jaminan konstitusi terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan di Indonesia menjadi tidak lebih dari "teks mati" yang lemah dan sulit ditegakkan. Problematika itu ditengarai terkait erat dengan bias tafsir

atas pasal-pasal terkait dalam konstitusi. Tafsir yang bias menyeru menjadi justifikasi bagi hampir seluruh peristiwa pelanggaran kebebasan beragama.[1]

Berpangkal dari potret intoleransi dan diskriminasi dalam proses kebebasan dan berkeyakinan maka, dibutuhkan adanya sebuah mekanisme perlindungan konstitusional yang efektif dalam rangka melindungi hak-hak konstitusional warga negara Indonesia. Dalam konteks pemikiran maka keberadaan mekanisme *Constitusional Complaint* sebagai bagian dari dinamika perkembangan khasanah keilmuan di lapangan hukum konstitusi maupun praktik ketatanegaraan menjadi sebuah gagasan yang paradigmatik dalam rangka mewujudkan kepastian, kemanfaatan, dan keadilan konstitusional bagi warga negara dalam memperoleh jaminan perlindungan dan pemenuhan Hak Asasi Manusia sebagai bagian dari tanggung jawab negara. Namun demikian sebagai sebuah gagasan keberadaan mekanisme *Constitusional Complaint* mengalamai perdebatan maupun diskursus akademik yang kontroversial ditengah pembangunan tata hukum nasional Indonesia. Perdebatan dimaksud mengerucut pada dua gagasan yaitu (1) siapa yang lembaga berwenang untuk menjalankan mekanisme Constitusional Complaint dan (2) Bagaimana mekanisme pelaksanaannya agar memiliki dasar konstitusionalitas.

Sebagaimana kita ketahuhi bahwa dalam Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 24C ayat (1), Mahkamah Konstitusi ditentukan memiliki kewenangan, yaitu: (1) menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar; (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-

1 Pada Tahun 2008, SETARA Institute mencatat 367 tindakan pelanggaran kebebasan beragama dan berkeyakinan dalam 265 peristiwa, lihat *Laporan Kondisi Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan di Indonesia 2008* yang dipublikasikan oleh SETARA Institute. Sementara itu laporan penelitian PPOTODA Universitas Brawijaya dan Tifa pada tahun 2012 menyebutkan terdapat sekitar 60 kasus pendirian rumah ibadah di Jawa Timur, Bali, NTT, dan Jawa Barat baik dari sisi perizinan, diskriminasi, regulasi yang tumpang tindih serta bias tafsir FKUB dalam memahami Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri No 9 dan No 8 Tahun 2006. Sementara Menurut Laporan Wahid Institute di Kudus, seperti terjadi Ponorogo, MTA (Majlis Tafsir Al-Qur'an) didemo karena dianggap mengkritik tahlil yang sudah menjadi ritual kaum Nahdliyyin setempat. Sikap yang tidak toleran dari MTA ditanggapi dengan demonstrasi. Kejadian ini merupakan pekerjaan bagi kita semua agar bisa berdamai dengan perbedaan namun tetap santun dalam menyampaikan ajaran

Undang Dasar; (3) memutus pembubaran partai politik; (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Kewenangan tersebut adalah dalam tingkat pertama dan terakhir dan putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, yaitu langsung mempunyai kekuatan hukum tetap dan tidak terdapat upaya hukum untuk mengubahnya.(Ni'matul Huda: 2001: 195)

Berdasarkan kewenangan konstitusional Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud diatas memang tidak nampak adanya kewenangan Constitusional complaint yang melekat pada institusi MK RI secara tekstual. Namun demikian pada sisi kontekstual dan progresifitas penegakan hukummaka argumentasi hukum yang mendukung gagasan dimaksud meletakkan pemikiran *Constitutional Complaint* Sebagai bagain dari proses penegakan hukum *(law enforcement)* sehingga dibutuhkan adanya formulasi yang holistik dan komprehensif guna mengaplikasikan mekanisme *Constitusional complaint* dalam sistem peradilan konstitusi di Indonesia agar dalam praktik tidak menimbulkan inkonstitusionalitas dalam ranah ide dan implementasi. Perihal keberadaan mekanisme pengaduan konstitusional dalam konteks kebebasan beragama dan berkeyakinan dimaksud memang sangat penting mengingat diperlukan adanya sebuah progresifitas dalam penegakan hukum yang bersumber pada konstitusi sebagai hukum tertinggi (supremasi konstitusi) di Indonesia.

B. Konstitusionalitas Mekanisme *Constitusional Complaint Dalam Ranah Ide dan Implementasi*

Beranjak dari uraian diatas maka alangkah elok tatkala kita bersama memahami konstruksi hukum gagasan *Constitusional Complaint* baik dalam ranah ide maupun implementasi. Gagasan pengaduan konstitusional dalam bahasa Jerman disebut dengan istilah *verfassungsbeschwerde.* Dalam negara hukum yang demokratis *Constitutional complaint* merupakan upaya hukum untuk menjaga secara hukum harkat dan martabat yang dimiliki manusia yang tidak boleh di ganggu gugat dari tindakan kekuasaan negara. *Constitutional complaint* merupakan mekanisme gugatan konstitutional sebagai salah satu alat perlindungan hak asasi manusia. *Constitutional complaint* memberikan jaminan agar dalam proses-proses menentukan dalam penyelenggaraan negara baik dalam pembentukan perundang-undangan, proses administrasi negara dan putusan peradilan tidak

melanggar hak-hak konstitusional.(Slamet Riyanto: 2010: 3)

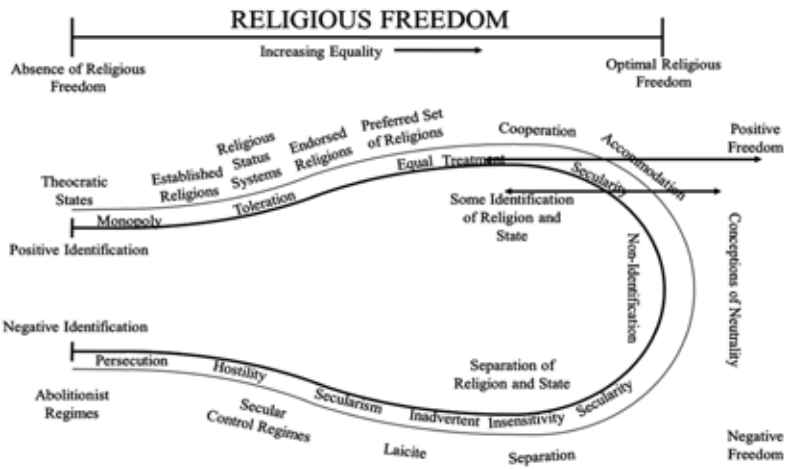
Menurut I Dewa Gede Palguna Istilah "pengaduan konstitusional" adalah terjemahan dari *constitutional complaint*, yaitu salah satu upaya hukum berupa pengaduan atau gugatan yang diajukan oleh perorangan warga negara kepada pengadilan (*c.q.* mahkamah konstitusi) terhadap perbuatan (*act*) atau kelalaian (*omission*) suatu lembaga atau pejabat publik (*public official*) yang mengakibatkan terlanggarnya hak-hak dasar atau hak-hak konstitusional orang yang bersangkutan. Pengaduan demikian baru dapat dilakukan jika semua upaya hukum (*legal remedy*) yang tersedia sudah terlampaui (*exhausted*), artinya sudah tidak tersedia lagi upaya hukum apa pun bagi persoalan itu. (I Dewa Gede Palguna: 2009: 2-3). Sejarah kelahiran gagasan pengaduan konstitusional berkait langsung dengan, bahkan merupakan konsekuensi logis dari, gagasan negara hukum. Secara ringkas, konstruksi teoretisnya sebagai berikut: ciri pertama dari negara hukum modern adalah *Constitutionalism*, yang berarti penyelenggaraan kehidupan bernegara di dasarkan atas dan (karena itu) tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Oleh karena itu maka konstitusi harus benar-benar terjelma atau ditaati dalam praktik, bukan sekadar sebagai dokumen aspirasional belaka. Untuk menjamin bahwa konstitusi benar-benar ditaati dan dilaksanakan dalam praktik lahirlah gagasan membentuk mahkamah konstitusi.

1. Perlindungan Hukum Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan

Menurut Philipus M Hadjon dalam konteks ilmu hukum pengertian perlindungan hukum bagi rakyat berkaitan dengan rumusan yang dalam kepustakaan berbahasa Belanda berbunyi,*"rechstbercheming van de burges tegen de overhead",* dan dalam kepustakaan bahasa Inggris, *"legal protection of the individual in relation to acts of administrative authorithy"*. (Philipus M Hadjon: 2007:33). Terkait kebebasan beragama, Pasal 28E ayat (1) dan (2) UUD 1945 mencerminkan nilai dasar Ketuhanan Yang Maha Esa dalam bentuk nilai yang lebih rinci yaitu kebebasan memeluk agama dan menjalankan ibadah menurut agamanya dan kepercayaannya masing-masing. Setiap warga negara harus patuh pada ketentuan peribadatan yang berlaku pada agamanya masing-masing. Ritual keagamaan yang dijalankan institusi agama bersama segenap elemen penganutnya harus turut mempertegas pelaksanaan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa dalam segala aspeknya, selain harus memperteguh persatuan dan persaudaraan dan bukan malah memicu

konflik.(Lukman Hakim S: 2009: 5) Ini sejalan dengan Nathan Lerner yang mengatakan bahwa salah satu hak dalam kebebasan beragama menurut, ialah hak untuk mendirikan dan memelihara harmonisasi individu dan masyarakat, dalam kaitannya dengan persoalan keagamaan dan kepercayaan, baik dalam level nasional dan juga internasional. (Jawahir Thontowi: 2006: 60) Dalam konteks tersebut maka konstruksi kenegaraan terkait dengan relasi agama, negara, dan kebebasan beragama/berkeyakinan sangat menarik untuk diperhatikan pendapat dari Cole Durham yang menggambarkan siklus kebebasan beragama sebagai berikut ini:

Bagan 1
Spektrum Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan



2. Mahkamah Konstitusi dan Gagasan Cita Hukum Indonesia

Mahkamah Konstitusi lahir dari sebuah pergolakan otoritarianisme kekausaan negara yang terangkum dalam produk Perundang-undangan. Keberadaan MK sebagai pengawal dan penafsir konstitusi merupakan pilar dalam rangka mewujudkan keadilan substantif di Indonesia. Menurut Ali Safaat bahwa ide keadilan sebagaimana

dimaksud telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani maupun sejarah perkembangan peradaban manusia itu sendiri. Kata "keadilan" dalam bahasa Inggris adalah "justice" yang berasal dari bahasa latin "iustitia". (Muchamad, Ali Safaat: 2008). Kata "justice" memiliki tiga macam makna yang berbeda yaitu; (1) secara atributif berarti suatu kualitas yang adil atau fair (sinonimnya justness), (2) sebagai tindakan berarti tindakan menjalankan hukum atau tindakan yang menentukan hak dan ganjaran atau hukuman (sinonimnya judicature), dan (3) orang, yaitu pejabat publik yang berhak menentukan persyaratan sebelum suatu perkara dibawa ke pengadilan (sinonimnya judge, jurist, magistrate). Sedangkan kata "adil" dalam bahasa Indonesia bahasa Arab "al 'adl" yang artinya sesuatu yang baik, sikap yang tidak memihak, penjagaan hak-hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan.(AbdurrahmanWahid: 1999)

John Rawls lebih menekankan pada keadilan sosial. Hal ini terkait dengan munculnya pertentangan antara kepentingan individu dan kepentingan negara Bangsa Indonesia sebenarnya telah menancapkan dasar kehidupan berbangsa dan bernegaranya atas dasar keadilan sosial. Dua kali istilah "keadilan sosial" disebutkan di dalam alinea keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945. Dengan demikian, keadilan sosial telah diletakkan menjadi salah satu landasan dasar dari tujuan dan cita negara *(staatsidee)* sekaligus sebagai dasar filosofis bernegara (*filosofische grondslag*) yang termaktub pada sila kelima dari Pancasila. Artinya, memang sejak awal the *founding parents* mendirikan Indonesia atas pijakan untuk mewujudkan keadilan sosial baik untuk warga negaranya sendiri maupun masyarakat dunia. Prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*) tercermin dari adanya ketentuan mengenai hak dan kebebasan warga negara (*constitutional rights and freedoms of citizens*) yang dimuat di dalam Bab XA tentang Hak Asasi Manusia, diantaranya yaitu Pasal 28E UUD 1945 mengenai kebebasan memeluk agama (*freedom of religion*), kebebasan menyatakan pikiran sesuai hati nurani (*freedom of conscience*), serta kebebasan berserikat dan mengeluarkan pendapat (*freedom of assembly and speech).*(Pan, Mohammad Faiz: 2009)

C. Pembahasan

1. Urgensi gagasan Mekanisme *Constitutional Complaint* di Indonesia.

Gagasan mekanisme pengaduan konstitusional tidak terlepas dari perkembangan teori dibidang hukum dan HAM dalam rangka memberikan perlindungan dan kemerdekaan hak-hak konstitusional warga neara yang harus dipenuhi oleh negara. Sebagai sebuah sistem pemikiran kehahidan *Constitusional complaint* sangat dibutuhkan untuk menghindarkan dari praktik diskriminasi dan otoritarianime kekuasaan yang dijalankan secara sewenang-wenang. Menurut Tanja Karakamisheva menyatakan bahwa:

> *Constitutional protection of the rights and freedoms of citizens is interesting but also complex question that takes a central position in all democratic states. The complexity derives from:*
>
> *a) The complex nature of the basic form of protection that is directly determined by the character of the regulation with which the material on rights and freedoms and their protection is regulated. Above all it is referred to the constitution, constitutional laws, laws, charters and declarations as well as acts of international law mostly because of recent tendencies that the guarantees of rights and freedoms should not be treated exclusively as an internal question of a certain state, but rather as universal principles that are guaranteed by the acts of international law. Nevertheless, the basic principle of the rights and freedoms of citizens, the method of their protection, the reasons and the form of their limitations should be approbated within the constitution, as the highest and primary legal act of the state.*
>
> *b) The systems of their protection, and by that referring to the bodies that achieve the protection (regular courts, constitutional courts, the ombudsman etc…);*
>
> *c) The basic principles on which the procedure for human rights protection is based on (the right to defense, two-*

tired legal protection, publicity etc…);

d) The instruments and legal measures available to citizens for their protection (complaints, constitutional complaints etc…).

Berdasarkan pendapat diatas maka urgensitas lahirnya gagasan pengaduan konstitusional dalam rangka memproteksi hak-hak konstitusional warga negara terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan di dasarkan beberapa aspek. Adapun aspek-aspek yang menjadi dasar pertimbangan adalah:

a. Aspek filosofis

Secara filosofis hubungan antara negara dan warga negara merupakan sebuah perwujudan dari hakekat kemanusiaan bahwa manusia tidak hanya sebagai mahluk individu melainkan juga mahluk sosial. Lahirnya gagasan pengaduan konstitusional tidak terlepas dari perkembangan dinamika sosial kemasyarakatan bahwa negara tidak boleh sewenang-wenang terhadap setiap individu yang telah dijaminkan haknya ke dalam konstitusi sehingga menjelma menjadi hak konstitusional warga negara. Sebagaimana diutarakan oleh Jimly Asshidiqie menegaskan bahwa organisasi negara hadir dan diperlukan oleh warga masyarakat politik agar kepentingan mereka bersama dapat dilindungi atau dipromosikan melalui pembentukan dan penggunaan mekanisme yang disebut negara. Jika negara-bangsa yang didirikan disandarkan pada prinsip kedaulatan rakyat dan ditujukan kepada seluruh bangsa yang terdiri atas beragam suku, budaya, dan agama, maka mekanisme demokrasi menjadi satu-satunya pilihan dalam proses pembentukan kesepakatan bersama. Dalam konsepsi demokrasi mengutamakan adanya dan pentingnya pluralisme dalam masyarakat. Di sisi lain, demokrasi tidak mungkin terwujud jika disertai absolutisme dan sikap mau benar sendiri. Demokrasi mengharuskan sikap saling percaya *(mutual trust)* dan saling menghargai *(mutual respect)* antara warga masyarakat di bawah tujuan yang lebih besar, yaitu kemaslahatan umum. Proses kompromi yang didasari sikap saling percaya *(mutual trust)* dan saling menghargai *(mutual respect)* dalam kontrak sosial menentukan cita-cita nasional dan prinsip-prinsip kehidupan berbangsa dan penyelenggaraan negara yang merdeka dan berdaulat.

b. Aspek Yuridis

Dalam konteks perundang-undangan di Indonesia. dasar pertimbangan urgensitas terhadap proteksi hak konstitusional warga negara dalam menjalankan aktifitas kebebasan beragama dan berkeyakinan adalah didukung dengan adanya sejumlah regulasi nasional maupun kesepakatan internasional. Berbagai instrumen hukum itu dapat dibagi dalam dua wilayah, yaitu forum internum dan forum eksternum.

c. Aspek Sosiologis

Aspek sosiologis berkenaan dengan pentingnya penerapan mekanisme *Constituistional complaint* di Indonesia adalah dengan diketemukan sejumlah pelanggaran terhadap hak-hak konstitusional warga negara baik yang dilakukan oleh individu, kelompok maupun negara. Potret anarkisme massal yang terjadai menunjukkan adanya sebuah dominasi kelompok mayoritas terhadap kelompok minoritas. Kondisi ini seharusnya membuat kita bertanya sejauh mana fakta keberagaman di Indonesia didukung oleh apresiasi terhadap nilai kebebasan beragama dan komitmen untuk menjamin hak asasi warga negara untuk beribadah dan berkeyakinan sesuai dengan nurani dan kepercayaan pribadinya. Sebagai daya dukung terhadap potret sosiologis pelanggaran kebebasan beragama dan berkeyakinan nampak pada sejumlah laporan investigasi oleh sejumlah lembaga. Berikut ini hasil investigasi yang di temui di lapangan.

Grafik 1
Bentuk intoleransi dan diskriminasi 2010

Sumber: The Wahid Institute 2010

Tabel 1
Kasus Intoleransi, Diskriminasi, Tindakan Represif

Korban	**Jumlah**	**Bentuk Tindakan**	**Jumlah**
Indivudu	35	*Condoning*	12
Jemaat gereja di berbagai daerah	29	Intimidasi	4
Kelompok masyarakat	20	Intoleransi	52
Warga Ahmadiyah berbagai daerah	19	Pelaporan	3
Komunitas yang diduga sesat	15	Pelarangan Aktivitas Keagamaan	6
Dunia usaha	8	Pelarangan Aliran Keagamaan	3
Pemimpin dan Pengikut Aliran Millata Abraham	7	Pelarangan Ibadah	16
Umat Buddha Tanjung Balai	4	Pembakaran Properti Umat	1
Instansi Pemerintah	5	Pemaksaan Pindah Keyakinan	2
Pengikut Aliran Surga Eden	2	Pelarangan Mendirikan Tempat Ibadah	17
Umat Konghucu	2	Pembakaran Tempat Ibadah	5
Pemimpin dan pengikut aliran Akmaliyah	2	Pemblokiran Akses Jalan	1
Pengikut Ahl al-bait Indonesia, Jawa Timur	1	Pembongkaran Properti	1
Pemimpin dan pengikut aliran Brayat Agung	1	Pembubaran Aktivitas Ibadah	1
Jemaat LDII	1	Penganiayaan	1

Pengikut tharikat Fatoriyah	1	Perusakan Properti	7
Santri dan Pengasuh Pondok Pesantren Terpadu Fajar Hidayah	1	Perusakan Tempat Ibadah	21
LSM	1	Pengusiran	1
Komunitas LGBT	1	Penutupan Tempat Ibadah	1
		Penyegelan Tempat Ibadah	8
		Penyerangan	8
		Penyesatan Aliran Keagamaan	11
		Percobaan Penyerangan	1
TOTAL	155	TOTAL	183

Sumber: The Wahid Institute 2010

Mengacu pada data diatas keberadaan Mahkamah Konstitusi melalui kewenangan *Constitutional complaint* sangat dibutuhkan mengingat bahwa MK berperan dalam mengawal proses singkronisasi antara konstitusi yang sudah disahkan sebelumnya dengan aturan-aturan/kebijakan di bawahnya yang bertentangan. Dengan demikian, fungsi mahkamah konstitusi adalah *constitutional review* (pengujian konstitusional), yang mencakup baik pengujian konstitusionalitas norma hukum maupun konstitusionalitas tindakan atau perbuatan. Berdasarkan wewenang yang dimiliki tersebut, MK merupakan pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) terkait dengan empat wewenang dan satu kewajiban yang dimilikinya.

d. Praktik Ketatanegaraan di berbagai Negara

1) Praktik *Constitutionl complaint* di Armenia

Republik Armenia merupakan negara kawasan eropa yang juga menerapkan mekanisme *Constitutional complaint.* Hampir sama dengan perkembangan pengadilan konstitusi

di berbagai negara Eropa alasan mendasar diberlakukannya mekanisme tersebut merupakan ruang untuk melindungi hak-hak warga negara. Dalam literatur diketemukan bahwa *The core of judicial protection of human rights lies in the constitutional complaint, since:*

a. *Human rights are attributes of any democratic legal system;*
b. *Constitutional complaint is (only) one of the legal remedies for protecting constitutions rights;*
c. *Constitutional complaint is an important remedy for the protection of human rights and can be considered a human right itself; the Constitution guarantees the constitutional complaint, in the same way as the rights it protects; at the same time, the constitutional complaint is limited by statute to the operational capacity of the Constitutional Court;*
d. *Its effectiveness is disputed, since successful constitutional complaints are in a clear minority, although that should be no reason for its restriction or abolition. Such a number of unsuccessful constitutional complaints is also very often the result of the great number of the same kind of cases filed before the Constitutional Courts;*

2) PraktIk *Constitutional complaint* di Spanyol

Di Spanyol hak perorangan untuk menyerahkan pengaduan konstitusional disebut amparo. Dalam sistem djudikasi konstitusional Spanyol pengaduan konstitusional baru dapat dimohonkan kepada peradilan konstitusi setelah seluruh upaya hukum biasa selesai ditempuh. Pada hakikatnya pengaduan konstitusional di Spanyol pada umumnya mempertanyakan putusan final pengadilan umum. Pada sistem yang berlaku di Spanyol lembaga Ombudsman memiliki kewenangan untuk menyampaikan petisi secara langsung kepada *Spain Constitutional Tribunal.*

Pada tahun 1984 parlemen Spanyol akhirnya mengadopsi Undang-Undang yang menjamin hak seseorang untuk dapat menolak keharusan mengangkat senjata demi negara. Melalui

proses pengaduan konstitusional *Tribunal Constitutional* mampu memberikan suatu tekanan kepada parlemen untuk segera mengatur persoalan tertentu dalam suatu Undang-Undang yang sebelumnya tidak diatur. Menurut Hakim Konstitusi Spanyol suatu hal yang tidak diatur dalam Undang-Undang kondisi ini secara fundamental telah melanggar hak konstitusional seseorang. Dibeberapa literatur diketahui bahwa keberadaan amparo mempunyai peran vital dalam rangka menjaankan fungsi *Constitutional complaint* di Spanyol. Menurut Tanja bahwa,

> *"The second basis for the constitutional complaint is found within Spanish legal tradition, or specifically with the institute procesos forales or recours deamparo. In details, the law of amparo is worked through the law for judicial protection of the basic citizen's rights from 1978, where it is stated that this legal remedy can be submitted with the objective of achieving judicial protection of the following rights:*
>
> *a. The right to free expression of the thoughts;*
> *b. The right of association;*
> *c. The right of secrecy in the communication;*
> *d. The right of free confession of own faith;*
> *e. The guarantee of the right to home privacy and,*
> *f. The freedom of movement.*
>
> *In 1979, with a decree of the King, the amparo was widened to the following rights:*
>
> *a. the right of dignity;*
> *b. the right of privacy in the family;*
> *c. the right of secrecy in telephone communications;*
> *d. the freedom of movement and*
> *e. the freedom of union.*

3) Praktik *Constitutional Complaint* di Austria

Ide pembentukan Mahkamah Konstitusi di Austria di awali dengan gagasan Hans Kelsen yang menawarkan uji konstitusionalitas produk hukum yang dikeluarka lembaga legislatif. Pemisahan kekuasaan kehakiman di

Austria berimplikasi dianutnya *decentralized* model cabang kekuasaan kehakiman. Menurut Briggite selaku Wakil Presiden MK Austria menjelaskan bahwa kewenangan MK Austria agak terbengkalai akibat banyaknya *Constitutional complaint* yang harus ditangani MK Austria. Tercatat sekitar 6.000 kasus *Constitutional complaint* datang dari undang-undang yang sudah disahkan. Briggite memaparkan proses pemeriksaan perkara *constitutional complaint* di MK Austria melalui proses yaitu:

a. Sebelum perkara masuk ke MK, terlebih dahulu diperiksakan kelengkapannya di Mahkamah Pengaduan yang berada di bawah MK.
b. Setelah berkas dinyatakan lengkap oleh Mahkamah Pengaduan, maka baru bisa diperiksa oleh MK. Akan tetapi, MK pun tidak bisa memutuskan sendiri karena tetap harus meminta persetujuan Parlemen.

   Selain itu, Briggite menegaskan bahwa MK Austria tetap harus menyelaraskan setiap putusan dengan peraturan Uni Eropa. Maka dari itu semua peraturan maupun putusan MK Austria harus sejalan dengan peraturan yang diberlakukan Uni Eropa. Organisasi MK Austria mempunyai 14 Hakim yang memiliki latar belakang sosial politik yang berbeda-beda mulai dari praktisi hingga akademisi. Syarat utama untuk menjadi Hakim MK Austria adalah harus memiliki 10 tahun pengalaman di bidang masing-masing.

4) Praktik *Constitutional Complaint* di Kroasia

Mekanisme pengaduan konstitusional atau dikenal dengan istilah *Constitutional complaint* juga dianut oleh negara Kroasia. Secara legitimate hal tersebut dapat dibaca pada pasal 62 Konstitusi Kroasia. Terhadap mekanisme pengaduan konstitusional dikenakan terhadap peran kontrol dan perlindungan hak-hak konstitusional warga negara. Secara detil dapat dijelaskan bahwa:

"The constitutional complaint was brought into the legal order of Croatia through the Constitution of the

Republic of Croatia[2]*, and with the Constitutional Law for the Constitutional Court.*[3] *According to article 62 of the Croatia Constitutional Law, every Croatia citizen has the right to file a constitutional complaint to the Constitutional Court if they feel that with a single act the state organ, organ of the local self-governance units i.e. the organ from the regional self governance unit, or some other organ with publicauthority has breached any of their human rights and freedoms guaranteed by the constitution.*

5) Praktik *Constitutional Compliant* di Slovenia
Sama halnya dengan di Kroasia Mekanisme *Constitutional complaint* juga diadopsi oleh Slovenia. Sumber referensi mengatakan bahwa,

> *"In accordance with article 160, point 6 of the Constitution of the Republic of Slovenia, the Constitutional court of Slovenia has the authority to act in terms of filed constitutional complaints from citizens for breaches of constitutionally guaranteed rights, or some single legal acts brought by an organ that has public authority. The constitutional court can decide in terms of submitted constitutional complaints only if all legal instruments for human rights protection were previously exhausted. The constitutional court decides whether or not to accept to proceed on the basis of the constitutional*

---

2 The basic competences of the Constitutional Court of Croatia are:

a. deciding on the compliance of laws with the Constitution, and is competent to nullify a law if it finds that the law is not in compliance with the Constitution;

b. decides on compliance of other pieces of legislation with the constitution, and with laws is competent to nullify or undo these acts if it finds that they are not in compliance with the constitution or against the law;

c. protects constitutional rights and freedoms of the citizen via the procedure of constitutional complaint;

3 Constitutional law of the Constitutional court of the Republic of Croatia (National Gazette No. 31/91, No. 49/02 – reviewed text). lihat dalam Tanja Karakamisheva, *Opcit*

complaint, in accordance with the criteria and procedures foreseen in the specific law for the constitutional court. If in the procedure the court establishes that the act is unconstitutional the court can nullify or abolish the act."

Berdasarkan aspek pertimbangan sebagaimana telah diurakan diatas menjadikan kedudukan Mahkamah Konstitusi RI dalam konteks negara hukum dan demokrasi memiliki peran penting sebagai pelindung hak-hak konstitusional warga negara yang menjunjung tinggi harkat seta martabat kemanusiaan sebagi konsep nilai yang bersifat universal.

2. Model Penerapan Mekanisme *Constitutional Complaint* Sebagai Wujud Penguatan Perlindungan Hak Konstitusional Warga Negara Di Bidang Kebebasan Beragama Dan Berkeyakinan

Berdasarkan pertimbangan dari aspek filosofis, yuridis, sosiologis dan praktik di beberapa negara sebagaimana telah diuraikan maka kontekstualisasi mekanisme *Constitutional complaint* ke dalam sistem peradilan konstitusi di Indonesia sangat penting dalam rangka melindungi hah-hak konstitusional warga negara dalam konteks perlindungan terhadap aktivitas kebebasan beragama dan berkeyakinan di Indonesia. Hadirnya mekanisme *Constitusional complaint* di Mahkamah Konstitusi diharapkan menjadi sarana ataupun jalur hukum bagi warga negara yang merasa dirugikan hak-hak konstitusionalnya oleh negara maupun individu dari serangkaian tindakan represif, intoleran dan represif dalam kehidupan keagamaan di Indonesia.

Namun demikian sebagai sebuah sistem proteksi konstitusional keberadaan mekanisme *Constitusional complaint* mengalami perdebatan akademik yang sangat kompleks. Perdebatan sebagaimana dimaksud hadir dalam bentuk apakah kewenangan *Constitutional complaint* merupakan penambahan ataukah justru bagian dari mekanisme pengujian terhadap Undang-Undang. Dalam konteks tersebut penulis berpandangan bahwa Mekanisme pengaduan kosntitusional memiliki karakteristik. Karakter sebagaimana dimaksud adalah:

a) *Constitutional complaint* merupakan bagian dari kewenangan

Mahkamah Konstitusi RI.

b) *Constitutional complaint* dapat diajukan apabila tidak tersedia upaya hukum atau seluruh upaya hukum yang ada di Indonesia telah dilalui *(exhausted)*.
c) Pihak yang mengajukan *Constitutional complaint* adalah Warga Negara Republik Indonesia.
d) Pengumpulan persidangan untuk pengajuan gugatan yang substansinya sama Petitum dalam pengaduan konstitusional tidak boleh meminta adanya ganti rugi materiil.
e) Hukum acara atau prosedur pengajuan *Constitutional complaint* sama dengan judicial review.
f) Putusan dari pengaduan konstitusional *(Constitutional complaint)* akan mengikat pemerintah selaku penyelenggara negara dan pelaksanaanya dapat dilakukan dengan sifat progresif yang dapat dipantau oleh masyarakat mengingat keterbatasan kemampuan pemerintah.

Berdasarkan karakteristik diatas maka penulis berpandangan bahwa Mekanisme *Constitusional complaint* sebagai sarana progresifitas dalam penegakan hukum dan keadilan substantif merupakan bagian integral dengan mekanisme pengujian Undang-Undang. Keberlanjutan dari pandangan tersebut maka dalam kerangka implementasi tidak membutuhkan adanya Amandemen UUD Negara RI Tahun 1945 mengingat bahwa pengaduan konstitusional merupakan perluasan dari kewenangan MK. Rasionalitas hukum penerapan mekanisme *Constitutional complaint* dalam sistem hukum peradilan konstitusi di Indonesia dapat ditempuh melalui permohonan pengaduan konstitusional itu tetap dikonstruksikan sebagai permohonan pengujian undang-undang, namun substansinya permohonan itu bukanlah mempersoalkan konstitusionalitas norma undang-undang yang dimohonkan pengujian tersebut melainkan konstitusionalitas tindakan pejabat publik (atau tidak dilakukannya tindakan oleh pejabat publik) sebagai akibat penafsiran yang keliru terhadap norma undang-undang itu sehingga mengakibatkan terlanggar atau dirugikannya hak-hak konstitusional warga negara. Sehingga yang diminta dalam *petitum* permohonan itu adalah pernyataan dari Mahkamah Konstitusi bahwa tindakan atau kelalaian pejabat publik itu bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.

Sebagaimana diutarakan oleh I Gede dewa Palguna bahwa, Jika pemikiran di atas dapat diterima maka perubahan cukup dilakukan terhadap beberapa pasal dalam UUMK, yaitu:

(1) Pasal 51 ayat (1) yang semula berbunyi,

"Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/ atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu...dst" diubah/ ditambah sehingga menjadi, "Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang dan/atau oleh tindakan atau kelalaian pejabat publik yang disebabkan oleh kekeliruan menafsirkan maksud undang-undang, yaitu...dst". Kemudian dalam Penjelasan terhadap pasal ini ditambahkan keterangan bahwa yang dimaksud pejabat publik adalah termasuk hakim atau pengadilan.

(2) Pasal 51 ayat (3) yang semula berbunyi,

"Dalam permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa:

a. pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan atau

b. materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945",

ditambahkan huruf c yang berbunyi, *"c. materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang telah keliru ditafsirkan yang berakibat dirugikannya hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon sehingga bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945."*

(3) Pasal 56 dilakukan perubahan/tambahan terhadap ayat (3) yang semula berbunyi,

"(3) Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi

menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945" menjadi *"(3) Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau dengan tegas menyatakan pejabat publik telah keliru menafsirkan materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang sehingga mengakibatkan dirugikannya hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon"*

(4) Pasal 57 yang semula terdiri atas tiga ayat ditambahkan satu ayat yang berbunyi,
"Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan pejabat publik telah keliru menafsirkan materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang sehingga mengakibatkan dirugikannya hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon, perbuatan atau kelalaian pejabat publik yang bersangkutan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945"

Berdasarkan ketentuan diatas diharapkan bagi setiap warga negara yang merasa mendapatkan sebuah perlakuan yang intoleran, diskriminatif, represif dalam konteks penyelenggaraan kehidupan beragama dan berkeyakinan tersedia jalur hukum sebagai wujud perlindungan hak konstitusional warga negara sekaligus memperkuat peran dan fungsi MK dalam mewujudkan negara hukum yang berdasar pada nilai-nilai Pancasila.

D. Penutup

1. Kesimpulan

Berdasarkan uraian pembahasan diatas maka dapat diambil kesimpulan antara lain:

a. Bahwa dasar pertimbangan pentingnya gagasan penerapan mekanisme *Constitusional complaint* di bidang kebebasan beragama dan berkeyakinan di Indonesia menitik beratkan pada aspek filosofis, yuridis, sosiologis, dan praktik penerapan pengaduan konstitusional di beberapa negara. Keberadaan aspek sebagaimana dimaksud diharapkan mampu menjadi kajian holistik dan komprehensif bagi hadirnya jalur hukum ang progresif dalam melindungi hak-hak konstitusional warga negara.
b. Bahwa mekanisme pengaduan konstitusionaldi Indonesia di konstruksikan sebagai bagian dari permohonan pengujian undang-undang, namun substansinya permohonan itu bukanlah mempersoalkan konstitusionalitas norma undang-undang yang dimohonkan pengujian tersebut melainkan konstitusionalitas tindakan pejabat publik (atau tidak dilakukannya tindakan oleh pejabat publik) sebagai akibat penafsiran yang keliru terhadap norma undang-undang itu sehingga mengakibatkan terlanggar atau dirugikannya hak-hak konstitusional warga negara.

2. Saran

Adapun saran yang ingin disampaikan adalah sebagai berikut:

a. Hendaknya pemerintah dan DPR merespon gagasan penerapan mekanisme pengaduan konstitusional melalui revisi UU MK sebagai wujud komitmen negara dalam kaitannya dengan perlindungan hak konstitusional warga negara di bidang kebebasan beragama dan berkeyakinan
b. Dibutuhkan kajian maupun riset lebih lanjut dengan melibatkan partisipasi aktif dari berbagai lintas disiplin keilmuan sehingga konsep *Constitusional complaint* dapat diterapkan sebagai bentuk perwujudan negara hukum yang bersendikan nilai-nilai Pancasila.[]

Daftar Pustaka

Arrsa, Ria Casmi, *Inkonsistensi Perlindungan Hukum Bagi Penghayat*, Jakarta: Jurnal Keadilan Sosial ILRC dan Hivos, 2013.

Asshiddiqie, Jimly, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Cetakan Kedua, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

Hadjon, Philipus M, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia (Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi,* Surabaya: Peradaban, 2007.

Huda, Ni'matul, *Politik Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta: FH UII Press, 2001.

Incres-Wahid Institute-TIFA, *Laporan Tahunan Kebebasan Beragama dan Situasi Keagamaan di Jawa Barat Tahun 2009*, Bandung, Tifa Fondation, 2009.

Karakamisheva, Tanja, *Constitutional Complaint- Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study–Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia)*, Associate Professor at the University "Ss. Cyril and Methodius", Faculty of Law "Iustinius Primus", Skopje, Republic of Macedonia, Deputy Member of the Republic of Macedonia in the Venice Commission.

Klucka, Jan, Workshop on "*The Functioning of the Constitutional Court of the Republic of Latvia*" Riga, Latvia, 3-4 July 1997.

Madjid, Nurcholish, *Indonesia Kita*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama bekerja sama dengan Universitas Paramadina Jakarta dan Perkumpulan Membangun Kembali Indonesia, 2003.

Mahfud MD, *Kebebasan Beragama Dalam Perspektif Konstitusi*, Makalah yang disampaikan dalam Konferensi Tokoh Agama ICRP: Meneguhkan Kebebasan Beragama di Indonesia, Menuntut Komitmen Presiden dan Wakil Presiden Terpilih, yang diselenggarakan oleh Indonesian Conference on Religion

and Peace (ICRP) pada Senin, 5 Oktober 2009 di Ruang Vanda II Wisma Serbaguna, Jakarta.

Palguna, I Dewa Gede, Makalah, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Dan Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Disampaikan pada Seminar "Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) dan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dalam Penegakan Hak-hak Konstitusional Warga Negara" yang diselenggarakan oleh Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Udayana, bertempat di Hotel Santika-Kuta, Bali, 12 Desember 2009.

PPOTODA dan Tifa, *Rumah Tuhan yang Illegal (Catatan Kritis Perspektif HAM dan Konstitusi)*, Malang: Intrans, 2013.

Riyanto, Slamet, *Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Dengan Mekanisme Constitutional Complaint Melalui Mahkamah Konstitusi,* diakses dari http://www.riyants.wordpress.com, diakses pada tanggal 2 Oktober 2013.

Saefuddin, Lukman Hakim, *Indonesia adalah Negara Agamis: Merumuskan Relasi Agama dan Negara dalam Perspektif Pancasila*, Makalah untuk "Kongres Pancasila" yang diselenggarakan oleh Universitas Gadjah Mada Yogyakarta dan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, di Yogyakarta, 30 Mei-1 Juni 2009.

Jawahir Thontowi, *Hak Konstitusional Perda Syariat Islam,* Makalah yang disampaikan dalam Diskusi Panel "Pro dan Kontra PERDA Syariah", diselenggarakan oleh Fakultas Ilmu Agama Islam-Magister Studi Islam UII, pada Sabtu, 20 Agustus 2006 di Kampus FIAI UII, Yogyakarta.

Para Penulis Naskah

Aidul Fitriciada Azhari, adalah Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia. Pria kelahiran Tasikmalaya, 1 Januari 1968 ini sekarang aktif sebagai dosen pada Program Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Surakarta. Karya-karya yang telah dihasilkan antara lain berjudul: *Menemukan Demokrasi (2005); Demokrasi dan Autokrasi Gagasan, Model, Rekonstruksi (2008); UUD 1945 Sebagai Revolutiegrondwet: Tafsir Postkolonial atas Gagasan Revolusioner dalam Wacana Konstitusi Indonesia (2011)*.

Ari Wuisang, lahir di Jakarta, 8 Januari 1980. Menyelesaikan Pendidikan Strata-1 Ilmu Hukum pada Universitas Pakuan Bogor, kemudian melanjutkan pendidikan Strata-2 pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Akademisi ini tercatat sebagai dosen Fakultas Hukum Universitas Pakuan Bogor sejak tahun 2003 dengan bidang keahlian Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, Hukum Pemerintahan Daerah, dan Hukum Internasional.

Didik Sukriono, lahir di Blitar, 26 Juli 1966. Adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Kanjuruhan Malang sejak tahun 2001. Menyelesaikan Pendidikan Strata-1 PPKN (Civics Hukum) pada IKIP Malang (UM-sekarang) dan Pendidikan Strata-1 Ilmu Hukum pada Universitas Wisnuwarhana Malang. Gelar Strata-2 Magister Hukum dan gelar Strata-3 Doktor Ilmu Hukum diselesaikan pada almamater yang sama yaitu Program Pascasarjana dan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya Malang. Merupakan anggota Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara Jawa Timur, mengelola Pusat Kajian Konstitusi Universitas Kanjuruhan

Malang, Dewan Redaksi Jurnal Law Enforcement, juga dipercaya sebagai Redaktur Jurnal Konstitusi yang terselenggara atas kerjasama Pusat Kajian Konstitusi Universitas Kanjuruhan Malang dengan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Tulisannya yang dimuat dalam Jurnal Konstitusi salah satunya berjudul *Dikotomi Keadilan Prosedural dan Keadilan Substansial Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (2012).*

Dri Utari Christina Rachmawati, lahir di Surabaya, 27 Mei 1979. Memperoleh gelar Sarjana Ilmu Hukum di Universitas Airlangga dan Master Hukum di Universitas Pune, India. Menjadi dosen pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga sejak tahun 2005 dengan sejumlah hasil riset: *Perlindungan Buruh Migran di Indonesia (2006); Lembaga Negara Pasca Amandemen UUD 1945 (2007); Analisis Rancangan Undang-Undang Tentang Komponen Cadangan Pertahanan Negara (Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia) (2011); Kedudukan Wakil Menteri Dalam Sistem Ketatanegaraan Di Indonesia (Kajian Dalam Sistem Presidensiil) (2012); Sistem Common Law Dalam Perbankan Di Indonesia (2012).*

Dwi Andayani Budisetyowati, lahir di Cirebon 24 Januari 1958, memperoleh gelar Doktor Hukum Tata Negara di Universitas Indonesia pada 2004. Saat ini tercatat sebagai dosen Fakultas Hukum Universitas Tarumanegara Jakarta. Menulis buku berjudul *Keberadaan Otonomi Daerah di Negara Kesatuan Republik Indonesia* dan penulis artikel yang dimuat dalam Jurnal Era Hukum Universitas Tarumanegara.

Fritz Siregar, memperoleh gelar sarjana [S1] dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Magister Hukum dari Erasmus University of Rotterdam dan University of New South Wales. Sejak 2011 menjadi peneliti pada University of Sydney Law School yang fokus pada tema penelitian tentang Indonesia termasuk penelitian *'Developing a legal framework for Indonesia's participation in an internationally sanctioned scheme for Reducing Emissions from Deforestation (and Degradation)' and 'Constitutional Court'* yang didanai oleh Australia Research Council. Menerima penghargaan Australian Leadership Award pada 2011, Fritz memfokuskan riset doktoralnya pada tema perilaku yudisial dan yudisialisasi Mahkamah Konstitusi Indonesia. Artikel terbarunya bersama dengan Associate Professor Simon Butt berjudul '*The BP Migas*

case: implications for the management of natural resources', diterbitkan oleh Journal of Energy & Natural Resources Law (vol 31(2) 2013). Pria yang pernah menjadi asisten hakim konstisusi Maruarar Siahaan ini sekarang sedang menyelesaiakan pendidikan doktoralnya di University of New South Wales, Sydney, Australia.

Ismail Hasani adalah Dosen Hukum Tata Negera pada Fakultas Syariah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah Jakarta dan Direktur Riset SETARA Institute. Tercatat sebagai pendiri termuda diantara 28 tokoh, pemikir, dan aktivis yang mendirikan SETARA Institute. Ia 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 Pascasarjan, Magister Ilmu Hukum diselesaikan pada 2003, juga di Universitas Muhammadiyah Jakarta. Lebih dari 5 buku riset telah ditulis dan puluhan artikel yang tersebar di berbagai media massa.

Ibnu Sina Chandranegara, adalah dosen pada Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta. Menempuh gelar kesarjanaan pada Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta dan meraih gelar Master di Sekolah Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Jakarta dengan Konsentrasi Studi Hukum Tata Negara. Merupakan Anggota Asosiasi Pengajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi (APHAMK), Sekretaris Bidang Hukum dan HAM pada Asosiasi Dosen Indonesia (ADI), juga merupakan Anggota Majelis Hukum dan Hak Asasi Manusia Pimpinan Pusat Muhammadiyah Periode 2010-2015. Pernah menulis untuk Jurnal Mahkamah Konstitusi dan Jurnal Komisi Yudisial dengan judul tulisan antara lain: *Pengujian PERPPU Terkait Sengketa Kewenangan Konstitusional Antar-Lembaga Negara; Ultra Petita dalam Pengujian Undang-Undang dan Jalan Mencapai Keadilan Konstitusiona*l.

Isharyanto, lahir di Gunung Kidul, Yogyakarta, 1 Mei 1978. Memperoleh gelar Sarjana Hukum dan Magister Humaniora pada Universitas Gadjah Mada Yogyakarta. Menjadi dosen pada Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta sejak 2004. Beberapa hasil karyanya yang diterbitkan dalam jurnal/prosiding nasional dan internasional antara lain: *Watak UUD 1945 dalam Kerangka Transisi ke Demokrasi (Jurnal*

Yustisia, No. 69 Tahun 2005); Menimbang Bikameral di Indonesia (Jurnal Yustisia, No. 70 Tahun 2005); Problematika Normatif Pengadilan HAM (Jurnal Respublica, No. 1, September 2007); Partisipasi Masyarakat dalam Penganggaran Daerah (Jurnal Voice of Contitution and Human Right, No. 1 Vol. 1 September 2007); The Rights of Health as The Basic Claim For Government Responsibilities in Term of Human Rights Fullfillment (Jurnal Voice of Constitution and Human Rights, Vol. 1 No. 2 Januari 2008.

M. Daud Berueh, lahir di Bogor, 6 Januari 1984. Setelah menyelesaiakan pendidikan Sarjana Hukum ia bekerja di Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan (KontraS) sebagai Staf Divisi Pemantauan Impunitas. Menulis di berbagai media massa dan aktif melakukan pendampingan korban pelanggaran HAM di Indonesia. Salah satu tulisannya yang pernah dimuat dalam Harian Kompas berjudul *Ratifikasi Konvensi Orang Hilang*.

Manotar Tampubolon, lahir 13 Juli 1969. Memperoleh gelar Sarjana Hukum dari Universitas HKBP Nommensen Medan dan M.A. International Relations dari University of Wollongong, Australia. Saat ini sedang menempuh pendidikan Doktoral Ilmu Hukum dengan spesialisasi Hak Asasi Manusia pada Universitas Pelita Harapan Jakarta. Salah satu karyanya berjudul *Deprivation of Rights to Freedom of Religion and Belief of the Protestant Batak Christian Church (HKBP) in Indonesia: Overview of Critical Social Science and Legal Philosophy Perspective*.

Mompang L. Panggabean, lahir di Pematang Siantar, 4 Februari 1963. Dosen tidak tetap pada Fakultas Hukum Universitas Islam Attahiriyah, Jakarta dan dosen tetap pada Fakultas Hukum Universitas Kristen Indonesia (UKI), Jakarta. Menyelesaikan Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, jurusan Hukum Pidana; Strata-2 ditempuh pada Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, Semarang, program Magister Hukum bidang Kajian Hukum dan Sistem Peradilan Pidana; dan lulus dari Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, pada tahun 2012 dengan disertasi berjudul "Kebijakan Legislatif dalam Hukum Pelaksanaan Pidana di Indonesia."

Muhammad Fauzan Azim, lahir pada 13 Maret 1981. Menyelesaikan pendidikan Pascasarjana Program Studi Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Andalas. Saat ini tercatat sebagai advokat dan peneliti di lembaga Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia Indonesia (PBHI), Padang, Sumatera Barat.

Ni'matul Huda, menyelesaikan pendidikan kesarjanaan di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, Program Magister Ilmu Hukum di Pascasarjana Universitas Padjadjaran, Bandung, dan Program Doktor Ilmu Hukum di Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta. Sejak tahun 1990 menjadi dosen tetap di Universitas Islam Indonesia Yogyakarta. Buku yang sudah ditulis antara lain: *Hukum Tata Negara, Kajian Teoritis dan Yuridis Terhadap Konstitusi Indonesia (1999); Teori dan Hukum Konstitusi (bersama Prof. Dr. Dahlan Thaib, SH, MSi. dan Jazim Hamidi, SH, MHum.) (2013); Politik Ketatanegaraan Indonesia Kajian terhadap Dinamika Perubahan UUD 1945 (2004); Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review (2005); Otonomi Daerah; Filosofi, Sejarah Perkembangan dan Problematika (2009); Hukum Tata Negara Indonesia (2013); Lembaga Negara Dalam Masa Transisi Demokrasi (2007); Pengawasan Pusat Terhadap Daerah dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah (2007); UUD & Gagasan Amandemen Ulang (2008); Hukum Pemerintahan Daerah (2009); Problematika Pembatalan Perda (2010); Ilmu Negara (2010); Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan (bersama R. Nazriyah, SH, MH) (2011); Dinamika Ketatanegaraan Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi, (2011); DIY dalam Perdebatan Konstitusi dan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia (2013)*.

Ronald Faber, memperoleh gelar Magister Iuris dari University of Vienna Law School (1998), Master of Laws (LL.M.) dari Yale Law School (2002), dan Doctor Iuris dari University of Vienna Law School (2004). Saat ini menjabat sebagai Kepala Departemen Hubungan Internasional dan Urusan Administrasi Umum; Layanan Konstitusi Kanselir Federal Austria (*Head of Department for International Affairs and General Administrative Affairs; Constitutional Service of the Federal Chancellery of Austria*) sejak 2007.

Rachmita Maun Harahap, memperoleh gelar Sarjana Arsitektur dari Universitas Mercu Buana Jakarta dan Master Interior Design Institut Teknologi (ITB) Bandung. Saat ini memegang beberapa jabatan dalam berbagai organisasi: Pendiri dan Ketua Yayasan Sehjira (*Sehjira Deaf Foundation)* sejak 2001; Wakil Ketua *Asia Pasific Federation of The Hard of Hearing and Deafened (APFHD)* sejak 2012; Koordinator *International Network of DPP-PPCI (Indonesia Disabled Person Association)* sejak 2012; Anggota BEAT *(Barriers-free Environment and Accessible Transportation ASEAN)*. Ia dikenal sebagai individu yang gemar melakukan edukasi dan advokasi publik terutama terkait isu disabilitas.

Rendi Hariwijaya, lahir pada 28 Mei 1992, adalah mahasiswa S1 pada Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, Palembang. Saat ini tercatat sebagai *freelancer* di Tribun Sumatera Selatan. Beberapa prestasi yang diraih: Beasiswa *Marubeni Japan Scholarship* selama 1 tahun sejak 2012; Top 5 Wakil dari Sumatera Selatan pada Kompetisi Parlemen Muda Indonesia (Indonesia Youth Parliament) diselenggarakan oleh Parlemen Muda Indonesia, 2012; *Runner-up* Lomba Review Berita Tingkat Nasional diselenggarakan oleh Tempo, 2012; Top 10 Olimpiade Debat APBN (Anggaran Pendapatan dan belanja Negara) diselenggarakan oleh Kementerian Keuangan RI Provinsi Sumatera Selatan, 2009.

Ria Casmi Arrsa, lahir di Rembang, 23 April 1987. Memperoleh gelar Sarjana Hukum dan Magister dari Universitas Brawijaya Malang. Sejak 2008 tercatat sebagai Kepala Bidang Penelitian dan Analisa Kebijakan Publik Pusat Pengembangan Otonomi Daerah (PP OTODA) Universitas Brawijaya. Beberapa karya ilmiah yang dihasilkan: Belajar dari Tokoh Pandawa dalam Membangun Kepemimpinan Pemuda di Era Krisis, (MENPORA-RI, 2007); Keselarasan MoU Indonesia-Malaysia tentang Pengerahan dan Penempatan TKI Domestik dengan Konvensi Buruh Migran dalam Mewujudkan Kondisi Kerja yang Pantas dan Adil (didanai oleh Dirjen DIKTI, 2007); Memperkuat Bargaining Politik Kepala Daerah yang Dicalonkan Secara Independen terhadap Kepala Daerah yang Dicalonkan oleh Partai Politik/Gabungan Partai Politik (Hibah Penelitian FH-Universitas Brawijaya, 2007); Revitalisasi Pengelolaan Zakat Sebagai Upaya Strategis Peran Negara Dalam Mengentaskan Kemiskinan (Studi terhadap Pelaksanaan UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat di Kota Pasuruan) (Hibah Penelitian FH-Universitas Brawijaya, 2007); dll.

Simon Andrew Butt, akademisi Indonesianis asal Autralia ini dikenal memiliki perhatian khusus terhadap Mahkamah Konstitusi. Diantara topik kajian yang pernah ditulisnya adalah terkait hukum masyarakat adat di Indonesia dan hak masyarakat dalam konteks hukum keluarga.

Safrina Fauziyah Rashor adalah mahasiswa S1 pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang gemar melakukan kajian dan menulis terutama tentang isu-isu hukum tata negara.

Uli Parulian Sihombing lahir di Tasikmalaya, 11 September 1971. Sekarang aktif sebagai peneliti dilembaga Indonesian Legal Resource Center [ILRC].

Veri Junaidi, lahir di Malang, 10 November 1984 dan meraih gelar Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Andalas dan Master Bidang Hukum di Universitas Indonesia. Aktif di Perludem [Perkumpulan untuk Pemilu dan Demokrasi] sejak Febuari 2011.

Wiwin Suwandi, lahir di Buton, 09 Mei 1985, gelar sarjana [S1] diperoleh dari Fakultas Hukum Universitas Hassanudin [Unhas], Makassar. Sekarang tercatat sebagai peneliti Pusat kajian Konstitusi [PKK], Unhas dan mahasiswa pascasarjana diinstitusi yang sama.

Yance Arizona, lahir di Kerinci, 23 Maret 1983, sekarang aktif sebagai peneliti pada lembaga Epistema Institute dan dosen President University, Jakarta.

Ziffany Firdinal adalah alumni Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang. Sekarang aktif sebagai peneliti Peneliti Hukum dan Kebijakan Publik pada Pusat Studi Konstitusi [PUSaKO] Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang.

***

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 penghapuskan 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	:	Hendardi
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. Hendardi
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

Gagasan penyelenggaraan Konferensi Nasional tentang Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Konstitusional warga bermula dari apresiasi yang berkembang di tengah masyarakat atas prestasi Mahkamah Konstitusi yang dianggap sebagai salah satu lembaga negara paling kredibel dalam menjalankan kewenangannya, khususnya dalam hal menjaga konstitusionalitas undang-undang. Mahkamah Konstitusi telah menjadi instrumen yang efektif untuk melimpahkan keadilan bagi masyarakat atas potensi pelanggaran HAM melalui pembentukan undang-undang yang restriktif terhadap hak asasi manusia.

Di tengah himpunan apresiasi yang luar biasa, SETARA Institute sejak awal menyimpan keraguan pada setiap putusan Mahkamah Konstitusi. Sekalipun di permukaan tampak populis dan progresif, tapi tidak jarang putusan itu gagal melimpahkan keadilan, karena hanya berhenti pada putusan normatif yang tidak sepenuhnya dipatuhi. Buku yang menyajikan 25 naskah terpilih memuat berbagai kajian konstruktif dan proyeksi masa depan Mahkamah Konstitusi. Buku ini semakin relevan di tengah aspirasi publik yang menghendaki penguatan Mahkamah Konstitusi. ■

SETARA Institute for Democracy and Peace adalah institusi riset dan advokasi kebijakan berbentuk perhimpunan. Didirikan oleh 28 pemikir, aktivis, dan tokoh masyarakat pada 14 Oktober 2005 didedikasikan untuk mewujudkan masyarakat setara dalam tata sosial politik demokratis. Mempromosikan pluralisme, hak asasi manusia, dan penguatan demokrasi konstitusional merupakan beberapa core utama yang menjadi pusat perhatian SETARA Institute. ■

SETARA
Institute for Democracy and Peace

Penerbitan didukung oleh:

Embassy of the
Federal Republic of Germany
Jakarta

9 786021 866856