



Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara  
dan Pengelolaan Perpustakaan

2019

## LAPORAN PENELITIAN

# FORMULASI *DISSENTING OPINION* SEBAGAI *EXPERT OPINION* SUMBER HUKUM TATA NEGARA DALAM HUKUM ACARA MAHKAMAH KONSTITUSI

Kerjasama antara Mahkamah Konstitusi dan  
Asosiasi Pengajar Hukum Acara MK (APHAMK)  
Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret

**FORMULASI *DISSENTING OPINION* SEBAGAI *EXPERT OPINION* SUMBER  
HUKUM TATA NEGARA DALAM HUKUM ACARA MAHKAMAH KONSTITUSI**

**HASIL PENELITIAN**

**Kerjasama antara Mahkamah Konstitusi dan  
Asosiasi Pengajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi (APHAMK)  
Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret**

Ketua

Dr. Sunny Ummul Firdaus, S.H., M.H.

Anggota:

Rizky Kurniyanto Widyasasmito, S.H.

Usep Taryana S.H.

**Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan  
Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi  
Tahun 2019**

**LEMBAR PERSETUJUAN**

**FORMULASI *DISSENTING OPINION* SEBAGAI *EXPERT OPINION* SUMBER  
HUKUM TATA NEGARA DALAM HUKUM ACARA MAHKAMAH KONSTITUSI**

Ketua

Dr. Sunny Ummul Firdaus, S.H., M.H.

Anggota:

Rizky Kurniyanto Widyasasmito, S.H.

Usep Taryana S.H.

Mengetahui,

Plt kapuslitka

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Wiryanto', with a long horizontal stroke extending to the right.

**Dr. Wiryanto, S.H., M.Hum.**  
NIP. 19640605 198803 1 001

**LEMBAR PENGESAHAN**

**Penelitian Kompetitif Mahkamah Konstitusi 2019  
FORMULASI *DISSENTING OPINION* SEBAGAI *EXPERT OPINION* SUMBER  
HUKUM TATA NEGARA DALAM HUKUM ACARA MAHKAMAH KONSTITUSI**



**Tim Pengusul:**

**Dr. Sunny Ummul Firdaus, S.H. M.H.  
Rizky Kurniyanto Widyasasmito, S.H.  
Usep Taryana, S.H.**

Disetujui Oleh:

**Dekan Fakultas Hukum  
Universitas Sebelas Maret Surakarta**

**Prof. Dr. I GUSTI AYU KETUT RACHMI HANDAYANI, S.H., M.M.  
NIP 19721008 200501 2 001**

## LEMBAR ORISINALITAS

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa Penelitian Kompetitif Mahkamah Konstitusi 2019 dengan judul **FORMULASI *DISSENTING OPINION* SEBAGAI *EXPERT OPINION* SUMBER HUKUM TATA NEGARA DALAM HUKUM ACARA MAHKAMAH KONSTITUSI** adalah betul-betul karya sendiri. Hal-hal yang bukan karya saya dalam penelitian ini diberi tanda *citasi* dan ditunjukkan dalam daftar pustaka. Apabila di kemudian hari terbukti pernyataan kami tidak benar, maka kami bersedia menerima sanksi yang berlaku.

Surakarta, 21 Oktober 2019

Ketua Peneliti,

Dr. Sunny Ummul Firdaus, S.H., M.H  
NIP. 19700621 200604 2 001

## KATA PENGANTAR

Puji syukur kami panjatkan kehadiran Tuhan Yang Maha Esa atas limpahan rahmat dan karunia-Nya, sehingga kami dapat menyelesaikan Laporan Akhir Penelitian Kompetitif tentang "Formulasi *Dissenting Opinion* sebagai *Expert Opinion* Sumber Hukum Tata Negara dalam Hukum Acara Mahkamah Konstitusi". Penelitian ini merupakan kerjasama antara Mahkamah Konstitusi dengan Fakultas Hukum Perguruan Tinggi di Indonesia, khususnya kami yang berkolaborasi bersama Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta dengan Asosiasi Pengajar Hukum Acara Mahkamah Konstitusi (APHAMK).

Mahkamah Konstitusi merupakan anak kandung reformasi yang perlu memperoleh dukungan substantif dari publik. Kewenangan MK dalam menguji konstusionalitas suatu norma, memerlukan referensi yang tidak sekedar fakta hukum, melainkan juga teori-teori atau konsep akademis yang terkait, sehingga memperkaya basis keilmuan pada tiap-tiap putusannya. Hakim konstitusi sebagai "ruh" dari Mahkamah Konstitusi, tidak selalu terikat oleh penafsiran yang sama, karena masing-masing hakim memiliki kebebasan menentukan pikirannya dalam menjelajah suatu perkara yang diuji. Aktivitas yudisial semacam ini melahirkan banyak putusan, yang didalamnya tidak sedikit diikuti dengan *dissenting opinion* dari para hakim konstitusi.

Dalam perspektif hukum, *dissenting opinion* ini masih "bias" karena tidak memiliki kedudukan yang sama seperti *majority opinion* yang membentuk putusan. Padahal, hakim konstitusi merupakan seorang ahli yang memiliki kualifikasi akademik yang terpilih, sehingga opini hukum yang disampaikan adalah *expert opinion* yang perlu ditempatkan pada altar yang seidealnya. Dengan demikian, penelitian ini berfokus pada bagaimana

memformulasikan *dissenting opinion* hakim konstitusi dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi.

Atas selesainya Laporan Akhir ini, penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak yang telah membantu.

Surakarta, Oktober 2019

Tim Peneliti

## DAFTAR ISI

<b>HALAMAN JUDUL .....</b>	<b>i</b>
<b>LEMBAR PENGESAHAN .....</b>	<b>ii</b>
<b>LEMBAR ORISINALITAS .....</b>	<b>iii</b>
<b>KATA PENGANTAR .....</b>	<b>iv</b>
<b>DAFTAR ISI .....</b>	<b>vi</b>
<b>BAB I PENDAHULUAN</b>	
A. Latar Belakang .....	1
B. Rumusan Masalah.....	6
C. Tujuan Penelitian.....	6
D. Manfaat Penelitian .....	6
<b>BAB II KERANGKA TEROI DAN KONSEPTUAL</b>	
A. Mahkamah Konstitusi sebagai Penafsir Konstitusi .....	7
B. <i>Judicial Activism</i> Hakim Konstitusi .....	9
C. Dissenting Opinion Hakim Konstitusi .....	11
D. <i>Expert Opinion</i> sebagai Sumber Hukum Tata Negara .....	14
<b>BAB III METODE PENELITIAN</b>	
<b>BAB IV HASIL PENELITIAN</b>	
A. <i>Dissenting Opinion</i> Hakim Konstitusi sebagai <i>Expert Opinion</i> Sumber Hukum Tata Negara .....	20
B. Formulasi <i>Dissenting Opinion</i> Hakim Konstitusi dalam Hukum Acara Mahkamah Konstitusi.....	50
<b>BAB V PENUTUP</b>	
A. Kesimpulan .....	74
B. Saran.....	76
<b>DAFTAR PUSTAKA</b>	

## **BAB I**

### **PENDAHULUAN**

#### **A. Latar Belakang**

Kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan prasyarat utama akan tegaknya hukum di suatu negara. Kemerdekaan ini dapat diartikan bahwa tak ada instansi ataupun kepentingan dari luar manapun yang dapat mengintervensi lembaga peradilan dalam melaksanakan kekuasaan yudisialnya. Hakim adalah ujung tombak dari lembaga peradilan. Kemerdekaan kekuasaan kehakiman tercermin dalam sikap mandiri para hakim dalam pembuatan suatu putusan. Bahkan terdapat suatu ungkapan bahwa mahkota para hakim terletak pada putusannya. Dari putusan yang dibuat, setidaknya bisa terlihat bagaimana kualitas, integritas, dan kredibilitas dari para hakim tersebut. Oleh karena itu, maka hakim diberikan kebebasan dalam melaksanakan aktivitas yudisialnya (*judicial activism*).

Intisari kebebasan hakim dalam berpandangan berkaitan dengan proses penalaran hukum yang dilakukan oleh hakim itu sendiri. Menurut Shidarta, terdapat enam langkah utama penalaran hukum dalam proses pembuatan putusan hakim, yaitu<sup>1</sup>: *Pertama*, mengidentifikasi fakta-fakta untuk menghasilkan suatu struktur kasus yang sungguh-sungguh diyakini oleh hakim sebagai kasus yang riil terjadi; *Kedua*, menghubungkan struktur kasus tersebut dengan sumber hukum yang relevan sehingga ia dapat menetapkan perbuatan hukum dalam peristilahan yuridis; *Ketiga*, menyeleksi sumber hukum dan aturan hukum yang relevan untuk kemudian mencari tahu kebijakan yang terkandung didalam aturan hukum tersebut (*the policies*

---

<sup>1</sup> Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam konteks KeIndonesiaan*, (dalam) M.Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012, hlm. 87.

*underlying those rule*), sehingga dihasilkan struktur aturan yang koheren. *Keempat*, menghubungkan struktur aturan dengan struktur kasus. *Kelima*, mencari alternatif penyelesaian yang mungkin. *Keenam*, menetapkan pilihan atas salah satu alternatif untuk kemudian diformulasikan sebagai putusan akhir.

Dalam konteks Mahkamah Konstitusi, putusan yang diambil oleh hakim harus merupakan putusan yang digali dari prinsip-prinsip yang dipegang teguh sebagai seorang negarawan yang menguasai konstitusi. Prinsip-prinsip ini dijaga dalam rangka untuk memenuhi unsur-unsur keadilan yang menjadi tujuan daripada proses peradilan itu sendiri. Oleh sebab itu, maka dalam proses pembuatan putusan, hakim harus mempertimbangkan segala aspek yang bersifat yuridis, filosofis dan sosiologis, sehingga keadilan yang ingin dicapai, diwujudkan, dan dipertanggungjawabkan dalam suatu putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada keadilan hukum (*legal justice*), keadilan moral (*moral justice*), dan keadilan masyarakat (*social justice*).<sup>2</sup>

Hakim konstitusi yang tidak bersifat permanen, artinya masa jabatannya hanya selama lima tahun ditambah dengan kemungkinan untuk terpilih satu kali lagi masa jabatan, serta dapat diberhentikan apabila sudah mencapai usia 67 tahun, tentunya akan menunjukkan perbedaan dalam komposisi hakim yang ditinjau dari segi pandangan hakimnya sendiri. Pandangan ini dapat dilihat dari aspek mahzab hukum yang dianutnya, misalnya benturan antara hakim yang menganut paham hukum progresif dan mengutamakan keadilan restoratif dengan hakim yang mendahulukan kepastian hukum atau positivistis. Hal ini akan berimplikasi pada munculnya pandangan yang berbeda (*dissenting opinion*) dengan putusan mahkamah yang akan

---

<sup>2</sup> Firman Floranta Adonara, Prinsip Kebebasan Hakim dalam Memutus Perkara sebagai Amanat Konstitusi, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, Juni 2015, Hlm. 220.

berpengaruh terhadap perubahan-perubahan dalam putusan mahkamah dalam kasus yang serupa.

*Dissenting opinion* hakim konstitusi dalam membuat putusan merupakan esensi kebebasan personal hakim dalam rangka menemukan kebenaran materiil. Kebebasan dalam menyampaikan pandangan yang berbeda terhadap suatu perkara merupakan perwujudan dari kebebasan eksistensial hakim, yakni salah satu jenis kebebasan yang paling tinggi dan mencakup seluruh eksistensi dan personal hakim yang tidak terbatas terhadap satu aspek. Kebebasan eksistensial ini mendorong hakim untuk mewujudkan eksistensi hakim secara kreatif dalam merealisasikan pandangannya secara mandiri, berdikari dan tanpa adanya intervensi dari pihak manapun<sup>3</sup>.

Konstitusi dan Demokrasi (Kode) Inisiatif dalam penelitian berjudul "Tiga Belas Tahun Kinerja Mahkamah Konstitusi Dalam Memutus Pengujian Undang-Undang", menyebutkan bahwa terdapat sekitar 115 putusan MK dari tahun 2004-2016 yang didalamnya memuat *dissenting opinion*. Sebagian besar *dissenting opinion* terjadi pada pengujian undang-undang yang berkaitan dengan proses politik, seperti UU Pemilu, UU Pilpres dan UU Pilkada, sedangkan lainnya adalah pengujian terhadap UU yang berkaitan dengan penegakan hukum, seperti dalam pengujian UU KPK, KUHP, UU Pornografi, dan lainnya<sup>4</sup>.

Secara yuridis, UU Mahkamah Konstitusi memang memberikan kebebasan kepada hakim konstitusi untuk menafsirkan konstitusionalitas suatu norma, sehingga dalam waktunya memutus perkara, posibilitas putusan yang mengandung *dissenting opinion* masih besar. Beberapa diantara hakim konstitusi memiliki pandangannya

---

<sup>3</sup> Tata Wijayanta dan Hery Firmansyah, *Perbedaan Pendapat dalam Putusan Pengadilan*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2011, hlm. 75.

<sup>4</sup> Veri Junaidi, Adeline Syahda, dan Adam Mulya B.M. "Tiga Belas Tahun Kinerja Mahkamah Konstitusi Dalam Memutus Pengujian Undang-Undang". *Penelitian oleh Konstitusi dan Demokrasi Inisiatif*, Jakarta, 2016, hlm. 17-20.

masing-masing dalam menghadapi suatu perkara. Ada putusan yang terdapat satu orang hakim yang melakukan *dissenting*, namun tidak sedikit juga putusan yang terdapat sebanyak empat orang hakim yang *dissenting*.

Komposisi lima berbanding empat (5:4) dalam suatu putusan MK menunjukkan ruang rasionalitas hakim menjadi sangat terbuka. Putusan tersebut memperlihatkan pergulatan pemikiran hakim terhadap suatu perkara yang memerlukan pertimbangan hukum yang signifikan. Di sisi lain, perbandingan ini justru menunjukkan kualitas dari putusan yang terbentuk tidak memenuhi representatif penuh dari majelis hakim. Kendatipun lima hakim sudah cukup untuk membuat putusan tersebut sah dan memiliki kekuatan hukum tetap, namun apakah putusan tersebut memiliki kekuatan logis yang sama dengan putusan yang diputus secara aklamasi?

Dalam berbagai kasus yang dikategorikan 'hard case', sangat terbuka ruang untuk pertarungan paradigma antar hakim konstitusi. Tamanaha bahkan menyebutkan *bahwa "What jurists refer to as 'hard cases' usually fall into one of the two preceding categories: cases involving gaps, conflicts, or ambiguities in into one of the two preceding categories: cases involving gaps, conflicts, or ambiguities in the law, and cases involving bad rules or bad results. It confuses matters to lump the two together under the same label because they raise distinct dilemmas"*.<sup>5</sup> Jadi secara alamiah, ketika dihadapkan pada perkara yang rumit, hakim konstitusi bisa memiliki pandangan yang berbeda-beda.

Adanya putusan MK yang memiliki *dissenting opinion* hingga empat orang hakim tentunya masih menjadi perdebatan di kalangan ahli. Sebagian ahli menilai bahwa putusan tersebut sepanjang telah

---

<sup>5</sup> Brian Z. Tamanaha, *Beyond The Formalist-Realist Divide, Te Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, New Jersey, 2010. hlm. 192.

memenuhi ketentuan UU dan prosedur beracara yang benar, maka memiliki dasar pemberlakuan yang mengikat. Namun sebagian ahli menilai bahwa putusan MK yang demikian itu apabila diterapkan di Indonesia secara penuh, tidak memiliki kebermanfaatan bagi para pihak. Bahkan, meskipun *dissenting opinion* itu disatukan dalam naskah putusan, yang akan diterapkan secara definitif ialah putusan dari mayoritas hakim itu sendiri. Pandangan lain semakin kritis, ketika menyebut putusan yang diambil dengan selisih satu orang hakim, seharusnya tidak diputuskan atas dasar majelis hakim. Namun dikembalikan kepada legislatif sebagai *open legal policy*.

Perdebatan mengenai putusan mahkamah konstitusi yang mengandung *dissenting opinion* tentunya perlu diselesaikan secara akademis melalui pengkajian secara ilmiah dan mendalam. *Dissenting opinion* merupakan warisan sistem peradilan kontemporer yang dapat menjadi rujukan bagi hakim dalam melakukan penalaran hukum, karena *dissenting opinion* merupakan uraian argumentasi hakim pada suatu perkara tertentu. Tidak sedikit ahli yang menyebutkan bahwa *dissenting opinion* dapat menjadi alternatif pembaharuan hukum kedepannya, karena memuat gagasan-ide orisinal yang berbeda dari sifat putusan yang terkadang masih kasuistis.

Hal yang utama lainnya adalah bahwa *dissenting opinion* menggambarkan keahlian hakim konstitusi dalam memberikan penafsiran. Sehingga apabila *dissenting opinion* hanya dijadikan sebagai bentuk transparansi, seolah-olah menunjukkan bahwa pemikiran hakim itu diabaikan karena terpisah dari pertimbangan yang membentuk putusan. Padahal, apabila melihat latar belakang seorang hakim konstitusi yang harus cakap dan adalah seorang negarawan, seharusnya penafsiran hakim dalam bentuk *dissenting opinion* itu diformulasikan sebagai sumber hukum dalam acara mahakkamah

konstitusi sebagai *expert opinion*. Formulasi ini akan mengikat hakim konstitusi dalam mengambil putusan untuk selalu memperhatikan *dissenting opinion* ini kedepannya.

## **B. Rumusan Masalah**

1. Bagaimana *dissenting opinion* hakim konstitusi dapat dijadikan sebagai *expert opinion* sumber hukum tata negara?
2. Bagaimana formulasi *dissenting opinion* hakim konstitusi dalam hukum acara MK?

## **C. Tujuan**

Berdasarkan permasalahan di atas, penelitian ini bertujuan untuk:

1. Untuk mengetahui apakah *dissenting opinion* hakim konstitusi dapat dijadikan sebagai *expert opinion* sumber hukum tata negara.
2. Untuk menjelaskan formulasi yang tepat dalam menerapkan *dissenting opinion* hakim konstitusi dalam hukum acara MK.

## **D. Manfaat**

Adapun manfaat dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Menjadi pembaharuan dalam bidang hukum berkaitan dengan *dissenting opinion* yang selama ini hanya diartikan secara sempit sebagai opini hakim yang sekedar dipublikasikan, menjadi suatu *expert opinion* yang bisa mempengaruhi hukum acara Mahkamah Konstitusi;
2. Sebagai referensi bagi Mahkamah Konstitusi dalam menyusun suatu kebijakan yang berkaitan dengan kedudukan *dissenting opinion* dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi, ikut mendorong putusan-putusan hakim konstitusi yang berdasarkan pada ruang penafsiran yang lebih terbuka, namun tetap dalam koridor konsistensi putusan, yaitu tidak hanya terikat oleh suatu referensi tertentu, melainkan juga memperhatikan putusan-putusan sebelumnya.

## **BAB II**

### **KERANGKA TEROI DAN KONSEPTUAL**

#### **A. Mahkamah Konstitusi sebagai Penafsir Konstitusi**

Mahkamah Konstitusi dibentuk untuk menjamin konstitusi sebagai hukum tertinggi agar dapat ditegakkan, sehingga MK seringkali disebut dengan *the guardian of the constitution*. Produk legislatif seburuk apapun, sebelumnya akan tetap berlaku tanpa sama sekali terdapat lembaga yang bisa mengoreksi, kecuali kesadaran pembentuknya sendiri yang merevisi atau mencabutnya. Kondisi ini yang mendorong terbentuknya MK sebagai peradilan konstitusi yang dapat menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar. Dengan kata lain, kehadiran MK pasca amandemen UUD 1945, adalah dalam rangka merobohkan doktrin supremasi parlemen (*supremacy of parliament*) yang menjadi paradigma dasar UUD 1945 sebelum perubahan dan menggantikannya dengan ajaran supremasi konstitusi (*supremacy of constitution*).

Dalam menjalankan kewenangannya, MK juga melakukan penafsiran konstitusi, sehingga disebut sebagai *the Sole Interpreter of the Constitution*. Namun kewenangan menafsirkan itu sesungguhnya timbul dari sebuah tafsir pula, misalnya Pasal 24C UUD 1945 bahwa "*Mahkamah Konstitusi menguji undang-undang terhadap UUD*" sebagai ketentuan pemberian kewenangan *judicial review* (istilah yang bermakna sama dengan *constitutional review* dan/atau pengujian undang-undang terhadap UUD) kepada MK. Ketentuan tersebut tidak mengandung kewenangan MK untuk melakukan penafsiran terhadap konstitusi, namun sangatlah tidak mungkin dapat melakukan penilaian pertentangan norma sebuah undang-undang apabila tidak menggunakan penafsiran konstitusi, dalam hal ini MK sebagai penafsir

sah terhadap undang-undang dasar atau konstitusi (*the legitimate interpreter of the constitution*).<sup>6</sup>

Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa fungsi hakim dalam menjalankan dan menerapkan hukum (*the statute law*) dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu: (1) untuk menemukan fakta-fakta yang terjadi dalam suatu kasus tertentu, dan kemudian (2) untuk menemukan pengertian mengenai apa yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang yang selanjutnya dilakukan penafsiran oleh hakim.<sup>7</sup> Sehingga keberadaan MK sebagai penafsir konstitusi ialah dalam rangka untuk menjalankan kewenangannya dalam menerapkan hukum.

Hubungan antara hakim dengan konstitusi, tidak hanya terkait dengan menilai, melainkan termasuk menafsirkan sebagai sarana aktualisasi atau *up dating* konstitusi. Penafsiran tersebut dapat dalam bentuk mempersempit atau memperluas kaidah-kaidah konstitusi.<sup>8</sup> Dalam hal ini, hakim berperan untuk mengaktualisasikan konstitusi yang sejalan dengan prinsip *'to say what the law is'*, yang melekat dalam kewenangannya. Oleh sebab itu, menurut Craig R. Ducat, hakim identik sebagai seseorang yang memiliki kewajiban untuk menafsirkan konstitusi (*constitutional interpretation*).<sup>9</sup> Adapun penafsiran ini memang diperlukan agar konstitusi dapat terus berkembang dan hidup (*the living constitution*) ditengah berbagai kenyataan-kenyataan dan tuntutan-tuntutan baru. Meminjam istilah dari David A. Strauss, *"a living constitution is one that evolves, changes over time, and adapts to new*

---

<sup>6</sup> Tanto Lailam, "Penafsiran Konstitusi dalam Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945", *Jurnal Media Hukum*, Volume 21, Nomor 1, Juni 2014, hlm. 90.

<sup>7</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang* Rajawali Press, Jakarta, 2011, hlm. 175.

<sup>8</sup> Bagir Manan & Susi Dri Harijanti, *Memahami Konstitusi: Makna dan Aktualisasi*, Rajawali Press, Jakarta, 2015, hlm. 176

<sup>9</sup> Craig R. Ducat, *Constitutional Interperation*, Wordsworth Classic, California, 2004, hlm. 10.

*circumstances, without being formally amended*".<sup>10</sup> Sehingga, perlunya penafsiran oleh hakim ialah agar konstitusi lebih terbuka dan dapat bertahan dalam jangka waktu yang lama.

## **B. *Judicial Activism* Hakim Konstitusi**

Secara doktrinal, kewenangan hakim untuk melakukan penafsiran hukum dapat ditelusuri dari pendapat Paul Scholten dan Rescoe Pound. Scholten menyatakan bahwa: "*hukum memang ada di dalam undang-undang, tetapi masih harus ditemukan*". Hal ini menunjukkan bahwa maksud dari suatu undang-undang itu tidak hanya dapat dipahami lewat membaca teks undang-undang saja, tetapi juga perlu ada pemaknaan atau pemberian makna dari teks yang tertulis. Sedangkan Pound menyebutkan "*Law is a tool of social engineering*". Ungkapan Pound tersebut mengkonstruksikan hukum berperan sebagai alat rekayasa sosial.<sup>11</sup> Bahkan lebih dari itu, justru dipundak hukum juga mempunyai misi agar sektor hukum tersebut dapat secara aktif memodernisasi masyarakat. Hukum yang dimaksud oleh Pound di atas bukanlah berarti undang-undang, melainkan keputusan hakim.<sup>12</sup>

Paradigma ber hukum menitikberatkan mengenai bagaimana seorang hakim dapat menemukan keadilan substantif dengan cara memberikan perlakuan yang adil terhadap hak dan kewajiban. Hal ini dapat ditempuh apabila hakim memiliki kebebasan dalam menilai dan menafsirkan yang seringkali diasosiasikan dengan istilah aktivitas judisial hakim (*judicial activism*)<sup>13</sup>. Brian Galligan mendefinisikan *judicial activism* sebagai kontrol atau pengaruh oleh lembaga peradilan

---

<sup>10</sup> David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford University Press, London, 2010, hlm. 1.

<sup>11</sup> Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis (Paradigma Ketidakberdayaan Hukum)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 11

<sup>12</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, 2006, hlm. 166.

<sup>13</sup> Istilah ini pertama kali diperkenalkan oleh Arthur Schlesinger pada Januari 1947 dalam majalah *Fortune*. Lihat dalam Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'", *California Law Review*, Volume 92, Issue 5, Oktober 2004, hlm. 1446.

terhadap institusi politik dan administratif.<sup>14</sup> Sedangkan menurut Black's Law Dictionary, *judicial activism* diartikan sebagai berikut: "...A philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent."<sup>15</sup>

Salah satu bentuk *judicial activism* yang paling terlihat adalah berada pada kewenangan MK dalam memberikan penafsiran terhadap konstitusi. Fakta ini dapat ditarik dari embrio munculnya mekanisme *judicial review* sendiri yang berasal dari putusan yang bernuansa *judicial activism* yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam perkara *Marbury v. Madison* (1803).<sup>16</sup> Hal ini diperkuat dengan adanya fungsi hakim konstitusi sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman, dalam rangka menemukan hukum diberikan kemerdekaan dalam melakukan penafsirannya. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa: "*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*" Selain itu, dalam Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 005/PUU-IV/2006 juga dinyatakan secara tegas bahwa: "*...Kemerdekaan dimaksud 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.*"

---

<sup>14</sup> Brian Galligan, "Judicial Activism in Australia" dalam Kenneth M. Holland, editor, *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Macmillan, London, 1991, hlm. 71.

<sup>15</sup> Bryan A. Garner dan Henry Campbell, *Black's Law Dictionary 7th Ed*, West Group, Minnesota, 1997, hlm. 850.

<sup>16</sup> Pan Mohamad Faiz, "Dimensions of Judicial Activism In The Constitutional Court Decisions", *Jurnal Konstitusi*, Volume 13, Nomor 2, Juni 2016, hlm. 425.

Aktivitas judicial hakim konstitusi dalam memberikan penafsiran sangat mempengaruhi perkembangan hukum. Dalam kaitannya dengan konstitusi misalnya, Erwin Chemerinsky menjelaskan mengenai tiga faktor yang menjadikan penafsiran terhadap konstitusi semakin berkembang, yaitu:<sup>17</sup> *Pertama*, kenyataan bahwa secara tekstual Undang-Undang Dasar tidak secara eksplisit mempertimbangkan banyak hal. Artinya, komponen yang dimuat dalam Undang-Undang Dasar, tidak dapat sepenuhnya menjawab kebutuhan masyarakat terhadap kondisi yang selalu berubah. *Kedua*, aturan-aturan dalam konstitusi seringkali ditulis dalam bahasa yang terbuka (*open textured language*), dan bukan bersifat *self-defining*. *Ketiga*, dalam hukum tata negara, suatu pengadilan bersifat terbuka atas pertanyaan-pertanyaan yang berkaitan dengan batasan-batasan yang ditetapkan oleh pemerintah. Ketiga faktor inilah yang memperlihatkan bahwa hukum bergantung pada bagaimana hakim itu menafsirkan melalui aktivitas judicialnya.

### C. *Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi

Apabila dikaji dari perspektif perbandingan hukum, maka *dissenting opinion* merupakan terminologi dan substansi dari rumpun hukum *Anglo Saxon*, seperti Amerika dan Kerajaan Inggris dan merupakan salah satu bagian dari pendapat hukum (*legal opinion*).<sup>18</sup> Adapun legal opinion ini dapat terdiri atas: *judicial opinion* (pendapat hakim dalam memutuskan perkara); *majority opinion* (pendapat hakim yang disetujui oleh mayoritas); *dissenting opinion* (pendapat hakim

---

<sup>17</sup> Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Publisher, New York, 2002, hlm. 15-16.

<sup>18</sup> Secara lengkap, Melvin I. Urofsky telah menguraikan mengenai sejarah penggunaan *dissenting opinion*, khususnya di Amerika Serikat. Lihat bukunya "Dissent and the Supreme Court: Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue, Pantheon Books, New York, 2015. 541 halaman.

yang berbeda); dan *concurring opinion* (persetujuan hakim atas mayoritas dengan alasan yang berbeda).<sup>19</sup> Dalam Black's Law Dictionary, *dissenting opinion* diartikan sebagai "...*opinion by one or more judges who disagree with the decision reached by the majority-Often shortened to dissent-Also termed minority opinion.*"<sup>20</sup>

Tinjauan sejarah mengungkapkan bahwa, meskipun sedikit dan terisolasi, ada beberapa contoh pengakuan *dissenting opinion* dalam tradisi hukum sipil. Bahkan semakin berkembang tidak hanya pada peradilan umum, namun juga pada peradilan konstitusional.<sup>21</sup> Pemberlakuan *dissenting opinion*, sejalan dengan semangat keterbukaan. Jika pembacaan putusan majelis hakim bersifat terbuka, maka sudah semestinya proses pembentukan putusan itu pun terbuka. Penerapan *dissenting opinion* bukan sekadar perlu sebagai sarana mengontrol hakim, tetapi juga untuk pengembangan pendidikan hukum. Dengan mengetahui adanya *dissenting opinion* di antara hakim anggota majelis hakim, kalangan akademik bisa melakukan kajian.<sup>22</sup>

Pada mulanya, *dissenting opinion* hanya dicatat sebagai bagian dari persidangan, namun tidak diumumkan atau tidak dicantumkan dalam dokumen yang sama dengan putusan.<sup>23</sup> Sedangkan saat ini, *dissenting opinion* dicantumkan sebagai bagian yang tidak terpisah dari putusan. Bagi hakim secara individu, *dissenting opinion* yang diumumkan merupakan tanggung jawab akademis dan moral terhadap proses pengambilan putusan ketika memeriksa suatu perkara. Richard

---

<sup>19</sup> Imam Mahdi, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Teras, Yogyakarta, 2011, hlm. 294.

<sup>20</sup> Op.cit. Bryan A. Garner dan Henry Campbell, 1997, hlm. 1119.

<sup>21</sup> Katalin Kelemen, "Dissenting Opinions in Constitutional Courts", *German Law Journal*, Vol. 14, No. 08, 2013, hlm. 1351.

<sup>22</sup> Sunarmi dalam Haidar Adam, *Dissenting Opinion dan Concurring Opinion dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, *Al-Jinâyah: Jurnal Hukum Pidana Islam*, Vol. 3, No. 2, Desember 2017, hlm. 314.

<sup>23</sup> Ruth Bader Ginsburg, "the Role of Dissenting Opinions", *Minnesota Law Review*, Vol. 95, No. 1, 2010, hlm. 2.

A. Posner menyebutkan bahwa *dissenting opinion* akan berdampak secara langsung terhadap reputasi hakim itu sendiri, ia mengatakan ".....the benefit of dissenting derives from the influence of the dissenting opinion and the enhanced reputation of the judge who writes the dissent,"<sup>24</sup>

Simon Butt menyebutkan bahwa dalam putusan MK seringkali berisi *dissenting opinion*. Penyampaian *dissenting opinion* dalam suatu putusan oleh hakim konstitusi telah menjadi praktik yang jamak dilakukan sejak permulaan MK berdiri.<sup>25</sup> Awalnya, terdapat kekhawatiran bahwa pengumuman secara terbuka akan memperlihatkan bahwa putusan tidak memiliki otoritas dan argumentasi yang kuat atau setidaknya menunjukkan adanya ketidakstabilan putusan yang dikeluarkan. Akan tetapi, dalam perjalanan waktu, praktik pemuatan alasan dan pendapat berbeda tersebut justru dapat meningkatkan kepercayaan publik terhadap MK.

Meskipun begitu, Butt menilai bahwa tidak pernah ada konsensus yang mengkaji pentingnya *dissenting opinion*.<sup>26</sup> Padahal, kehadiran *dissenting opinion* memberikan jaminan bahwa para hakim itu melakukan tugas dan fungsinya secara tepat, dikarenakan ada perdebatan meskipun kemudian memperoleh putusan yang tidak secara aklamasi.<sup>27</sup> Sedangkan Joe McIntyre menyebutkan bahwa *dissenting opinion* ini dapat memberikan narasi hukum alternatif yang memperkaya dan memberikan dorongan perkembangan hukum di

---

<sup>24</sup> Richard A Posner, et.al., "Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis", *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, No. 510, 2010, hlm. 1-40.

<sup>25</sup> Simon Butt, *The Constitutional Court and Democracy in Indonesia*, Brill Nijhof, Leiden and Boston, 2015, hlm. 67.

<sup>26</sup> Simon Butt, "The Function of Judicial Dissent in Indonesia's Constitutional", *Constitutional Review*, Volume 4, Number 1, May 2018, hlm. 1.

<sup>27</sup> Andrew Lynch, "Is Judicial Dissent Constitutionally Protected?," *Macquarie Law Journal*, vol. 4, 2004, hlm. 81-104.

masa depan.<sup>28</sup> Pendapat ini relatif sama dengan Charles Hughes, bahwa "*A dissent in a Court of last resort is an appeal . . . to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed.*"<sup>29</sup>

Dalam hukum acara MK, UU MK telah mengakomodir *dissenting opinion* dengan menyebutkan frasa "...pendapat anggota majelis hakim yang berbeda". Ketentuan ini ditindaklanjuti dalam Peraturan MK, misalnya pada perkara pengujian undang-undang, disebutkan bahwa "*Pendapat Hakim Konstitusi yang berbeda terhadap putusan dimuat dalam putusan, kecuali hakim yang bersangkutan tidak menghendaki*". Dengan ketentuan tersebut, bisa ditafsirkan bahwa hakim yang memiliki *dissenting opinion* dalam suatu rapat permusyawaratan hakim (RPH) untuk mengambil putusan, dapat memilih, apakah *dissenting*-nya akan dituangkan dalam putusan atau tidak.

#### **D. *Expert Opinion* sebagai Sumber Hukum Tata Negara**

Sumber hukum merupakan landasan argumentasi, apalagi dalam praktik adjudikasi yang notabene harus memberikan hasil solutif sejalan dengan hukum. Sumber hukum memberikan batasan mana yang sesuai dan mana yang '*offside*' menurut hukum. Seperti dikatakan Aulis Aarnio, "*...the doctrine of the sources of law is thus a cornerstone of argumentation. It draws a boundary between what is legal and what is not... In a way, the sources of law locate the limit of law. However, the source problem is only a part of a more fundamental problem with the*

---

<sup>28</sup> Joe McIntyre, "In Defence of Judicial Dissent", *Adelaide Law Review*, No. 37, 2016, hlm. 457.

<sup>29</sup> Pendapat Chief Justice Charles Hughes dapat ditemukan dalam Ruth Bader Ginsburg, "Remarks on Writing Separately", *Washington Law Review*, Vol. 65, 1990, hlm. 133.

*limits of law.*<sup>30</sup> Landasan argumentasi tersebut adalah dalam bentuk batasan antara *what is legal and what is not*. Sumber hukum ini juga digunakan karena merupakan bagian esensial dari proses *legal reasoning*. Aarnio menyebutkan bahwa, “*..for the above reasons, the doctrine of the sources of law doctrine has been an essential part of the theory of legal reasoning, and as such very much discussed,*”.

Sumber hukum dapat dibedakan antara yang bersifat formal (*source of law in formal sense*) dan material (*source of law in material sense*). Setiap negara memiliki sistem hukum yang berbeda-beda sehingga sumber hukum yang digunakan berbeda pula. Namun, khusus dalam hukum tata negara pada umumnya yang bisa diakui sebagai sumber hukum ada lima, yaitu: Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis; yurisprudensi peradilan; konvensi ketatanegaraan; hukum internasional tertentu; dan doktrin ilmu hukum tata negara. Bagian terakhir, doktrin hukum tata negara merujuk pada pendapat atau pendirian ilmiah yang dikemukakan secara rasional dan dapat meyakinkan orang lain. Doktrin atau pendapat ilmiah ini dikenal juga sebagai *expert opinion*.

Doktrin yang dimaksud adalah doktrin *hukum (legal doctrine; doctrine of law)*. Peczenik menyebutkan, “*... the so-called doctrine is of significant importance for legal reasoning. The word “doctrine” refers first of all to the professional legal writing in legal dogmatics, whose task is to systematise and interpret valid law*”.<sup>31</sup> Sedangkan menurut *Black’s Law Dictionary*, “*doctrine: 1. A principle, esp. a legal principle, that is widely adhered to.*”<sup>32</sup> Pengertian tersebut menunjukkan doktrin sebagai prinsip terutama prinsip hukum yang secara luas dianut.

---

<sup>30</sup> Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer, Dordrecht, 2011, hlm. 147.

<sup>31</sup> Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Springer, Lund University, Sweden, 2008, hlm. 295.

<sup>32</sup> Op.cit. Bryan A. Garner dan Henry Campbell, 1997, hlm. 1457.

Namun, doktrin memiliki pengertian tidak sebatas itu melainkan juga dengan pengertian yang lebih luas dan mendalam. Doktrin merupakan ajaran (*teachings*) dari para ahli hukum yang mengelaborasi validitas hukum untuk kemudian diintegrasikan dalam suatu pemikiran yang tersistematisasi.<sup>33</sup>

Terlihat pokok pikiran yang bermaksud untuk menjelaskan bagaimana sebenarnya doktrin memiliki makna sebagai sistematisasi dari hukum itu sendiri. Suatu pemikiran yang berusaha ditunjukkan melalui metafora bahwa doktrin bermaksud bagaikan jaring yang saling mengikat dan berhubungan satu dengan yang lain. Sejalan dengan itu, Pattaro juga mengemukakan bahwa doktrin merupakan "*exposition of the law*". Doktrin disebut bahkan sebagai penjelasan yang terperinci mengenai hukum. Hal ini dikarenakan hukum berasal dari produktivitas ahli hukum, sebagaimana ia kemukakan dalam tulisannya: "*The term "legal doctrine" refers in this volume to the activity of scholars as well as to the products of this activity, that is, to the content of books and research. My original intention was to write about the products rather than about the activity. But an understanding of the products very often requires reference to the activity.*"<sup>34</sup>

Doktrin atau *expert opinion* merupakan sumber hukum yang bersifat otoritatif, namun dengan makna kewibawaan. Hal ini dikemukakan oleh Pattaro, bahwa "*Legal doctrine is a source of law that a jurist may take into account as an authority reason. In other words, one may pay attention to theses developed in legal writing not only because of the quality of the reasons proffered therein, but also due to the authoritative position that legal writers occupy....*" Kewibawaan

---

<sup>33</sup> Aleksander Peczenik, "A Theory of Legal Doctrine", *Ratio Juris*. Vol. 14 No. 1, Ebsco Publishing, 2003, hlm. 75.

<sup>34</sup> Enrico Pattaro et.al., "A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence", *Scientia Juris*, Vol. 4, Dordrecht, 2005, hlm. 1.

doktrin sebagai sumber hukum juga oleh karena bagaimana doktrin memberikan deskripsi rasional dan 'memurnikan' hukum, serta menjelaskan apa sebenarnya hukum itu. Doktrin memberikan penjelasan yang terintegrasi mengenai hukum itu sendiri dalam rangka penguatan dan pengembangan pengetahuan (*knowledge*) hukum.

### **BAB III**

### **METODOLOGI**

Jenis penelitian dalam penelitian hukum ini adalah penelitian hukum (*legal research*). Penelitian ini bertujuan untuk menemukan dan mendeskripsikan kerangka konsep pada hukum positif (hukum tertulis). Penelitian hukum disebut juga sebagai penelitian doktrinal (*doctrinal research*) yaitu penelitian dengan cara mencari dan meneliti bahan pustaka yang merupakan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan-bahan tersebut disusun secara sistematis, dikaji, kemudian ditarik suatu kesimpulan dalam hubungannya dengan masalah yang ditulis. Menurut Terry Hutchinson "*doctrinal research: research which provides a systematic exposition of the rules governing a particular legal category, analyses the relationship between rules, explain areas of difficulty and, perhaps, predicts future development.*"<sup>35</sup>

Penelitian ini bertujuan untuk menemukan dan mendeskripsikan kerangka konsep pada hukum positif (hukum tertulis). Oleh karena itu, penelitian ini memerlukan pendekatan penelitian yang berfungsi sebagai cara/metode agar peneliti mendapatkan informasi dari berbagai aspek untuk menemukan isu yang dicari jawabannya. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) yang berkaitan dengan Mahkamah Konstitusi beserta hukum acaranya, pendekatan konseptual (*conceptual approach*) yang berkaitan dengan doktrin-doktrin atau prinsip-prinsip tentang *dissenting opinion* dalam perspektif ketatanegaraan, dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*) dengan membandingkan pada praktik di negara lainnya yang menerapkan *dissenting opinion* beserta keragaman desain hukumnya.

---

<sup>35</sup> Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Lawbook, Pymont, 2006, hlm. 7.  
Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan  
Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi  
Tahun 2019

Metode yang digunakan dalam kajian ini adalah penelitian literatur dan diskusi terarah (FGD/*Focus Group Discussion*). FGD dilakukan untuk memperkaya referensi yang digunakan penulis dengan melibatkan akademisi dan unsur masyarakat. Bahan kepustakaan yang utama adalah literatur mengenai konstitusi, teori hukum, kekuasaan kehakiman, pendapat hakim, dan berbagai hasil serap aspirasi dari masyarakat. Bahan kepustakaan ini dianalisa untuk menjawab pokok-pokok permasalahan yang dirumuskan, khususnya berkaitan dengan dissenting opinion yang diformulasikan sebagai bagian dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi.

## **BAB IV**

### **HASIL PENELITIAN**

#### **1. *Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi sebagai *Expert Opinion* Sumber Hukum Tata Negara**

##### **A. Perkembangan *Dissenting Opinion* di Lembaga Peradilan**

Charles Evans Hughes, Hakim pada Mahkamah Agung Amerika Serikat, pernah menyebutkan bahwa "*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*". Teks konstitusional tidak mengumumkan atau menyatakan metodologi interpretifnya sendiri, karena interpretasi hukum merupakan aktivitas yudisial dari hakim itu sendiri. Oleh karena itu, sikap yudisial dan perbedaan pendapat para hakim merupakan konsekuensi logis dari diberikannya kewenangan untuk menafsirkan suatu hukum. Putusan yang diambil oleh seorang hakim adalah representasi dari pergulatan pemikirannya terhadap perkara yang sedang diperiksa. Sehingga, dalam putusan tersebut akan terakumulasi ratio legis yang digunakan oleh hakim dalam memutus apakah sama seperti suara mayoritas, atau memilih berbeda pendapat.

Istilah aktivitas yudisial adalah sama dengan "*judicial behaviour*" yang mengacu pada apa yang seorang hakim lakukan sebagai hakim. Lawrence Baum menyebutnya sebagai "*...the most consequential forms of judicial behaviour typically consist of decisions or contributions to decisions*".<sup>36</sup> Fungsi hakim adalah bagaimana menemukan interpretasi yang tepat, baik melalui penalaran tekstual maupun kontekstual, guna menghasilkan putusan yang berkeadilan. Mengenai kompleksitas hakim dalam memutus perkara, Charles Geyh

---

<sup>36</sup> Lawrence Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior*, Michigan University Press, Ann Arbor, 2005, hlm. 2.

misalnya menyebutkan bahwa "...the judges are complicated creatures whose decisions are variously influenced by law, ideology, strategic objectives, self-interest, and the audiences they address is neither...".<sup>37</sup> Sedangkan menurut Nancy Maveety, keputusan pengadilan adalah "...a mixture of law, politics, and policy and that judges' decisions were influenced by background, training, personality, and value preferences".<sup>38</sup>

Dyson Heydon<sup>39</sup>, seorang Hakim pada High Court of Australia, pernah menyampaikan pidato mengenai ancaman terhadap independensi peradilan yang ditimbulkan oleh tekanan internal pengadilan untuk menyesuaikan diri (menyepakati pendapat mayoritas) dan berkolaborasi dalam putusan yang bersifat tunggal. Dalam artikelnya yang berjudul "*Threats to Judicial Independence: The Enemy Within*", Heydon secara terang-terangan mengkritik pandangan Justice White, yang menyebutkan bahwa "...the only purpose which an elaborate dissent can accomplish, if any, is to weaken the effect of the opinion of the majority and thus engender want of confidence in the conclusion of courts of last resort." Menurut Hayden, *dissenting opinion* tidak mungkin menciptakan ketidakpastian, karena ia tidak bisa mengubah kekuatan mengikat dari putusan mayoritas. Bahkan sebaliknya, keputusan bulat memerlukan suatu kompromi, sedangkan kompromi "...can be misleading because

---

<sup>37</sup> Charles G Geyh, "Can Rule of Law Survive Judicial Politics?", *Cornell Law Review*, 97, 2012, hlm. 222.

<sup>38</sup> Nancy Maveety, *The Pioneers of Judicial Behaviour*, Michigan University Press, Ann Arbor, 2003, hlm.3.

<sup>39</sup> Sejak 2009, Justice Dyson Heydon merupakan hakim yang paling sering mengajukan *dissenting* di pengadilan Australia. Dalam banyak kasus *dissenting*, Ia tidak hanya mengkritisi kesimpulan mayoritas hakim, melainkan juga mengkritisi teknik interpretatif atau metode penalaran hukum yang digunakan oleh rekan-rekannya.

*by definition a compromise is a decision which no party to it believes to be entirely correct.*"<sup>40</sup>

Kamus *Webster* mendefinisikan *dissent* sebagai "*withhold(ing) assent; not approv(ing); object(ing)*".<sup>41</sup> Dari sudut pandang hukum, "*dissenting opinion means a different opinion in relation to the majority opinion, of one judge / some of the judges making up the panel, regarding the final solution which is to be delivered in a certain case*". *Dissenting opinion* ini berbeda dengan *concurring opinion* yang berarti pendapatnya bisa saja sama, namun alasan yang disampaikan berbeda. *Dissenting opinion* lebih banyak dibicarakan, karena secara tegas "membelot" dari suara mayoritas. Secara prinsipal, *dissenting opinion* bukan dimaksudkan untuk menguraikan solusi yang berbeda, melainkan menunjukkan bagaimana pertimbangan yang diperlukan dalam memutus perkara.

Jejak pertama *dissenting opinion* telah tercatat pada Abad ke-15 di Spanyol dengan nama *voto reservado*, yang merupakan bentuk dari ekspresi ketidaksetujuan para hakim yang ditulis dalam sebuah buku rahasia, yang tidak diterbitkan. Praktik ini telah dilestarikan dalam sistem peradilan Spanyol sampai 1985 ketika penggunaan *dissenting opinion* diperluas ke seluruh sistem peradilan. Sedangkan di daratan Eropa lainnya, tepatnya di Jerman, praktik ini sudah berkembang sejak tahun 1951. Kendati pada mulanya masih menimbulkan kontroversial karena dianggap tidak bermanfaat dan justru berpotensi memicu perpecahan di internal pengadilan, namun

---

<sup>40</sup> Dyson Heydon, "Threats to Judicial Independence: The Enemy Within", *Law Quarterly Review*, 129, 2013, hlm. 205.

<sup>41</sup> Philip B. Gove, *Webster's Third New International Dictionary of the English Language*, Merriam-Webster, Massachusetts, 1993, hlm. 656.

sejak tahun 1970-an, *dissenting opinion* tetap dipertahankan dan menjadi rujukan oleh negara-negara lain di dunia.<sup>42</sup>

Dalam tradisi hukum sipil yang sudah lama diterapkan di Eropa, dan di negara-negara yang pernah dikendalikan oleh *the continental power* (kolonialisme), putusan pengadilan selalu berdasarkan pada penilaian secara kolektif, dalam bahasa yang impersonal. *Dissenting opinion* tidak pernah diungkapkan, bersifat tertutup, seolah-olah bahwa putusan tersebut merupakan keputusan bersama. Hal ini berbeda dalam tradisi *common-law* di Inggris, para hakim yang mendengarkan suatu kasus, diberikan kewenangan untuk menyusun opini pribadi mereka sendiri, yang secara bersama-sama, mengungkapkan disposisi pengadilan. Kultur yang ada di Inggris mulai mempengaruhi pengadilan di Eropa, seperti yang dapat dilihat pada *The European Court of Human Rights* yang berkedudukan di Strasbourg, yang mempublikasikan *dissenting opinion* dari hakimnya.<sup>43</sup>

Sebelumnya, Alec Sweet dalam "*Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*", juga menjelaskan mengenai perbedaan kultur di pengadilan yang dilihat dari penggunaan tata-bahasa. Menurutnya, terdapat dua model penulisan hukum dalam pengadilan di eropa. Model pertama adalah yang berkembang di Perancis dan Italia, yang cenderung konvensional, isi keputusannya relatif singkat dan hanya bersifat "*declaratory of the law*". Mereka menggunakan format linguisitik yang sama dan diterapkan secara berulang-ulang. Sedangkan model kedua, corak yang relatif sama seperti *common-law*, berkembang di Jerman dan Spanyol. Putusan

---

<sup>42</sup> Peter E. Quint, Leading A Constitutional Court: Perspectives From The Federal Republic Of Germany, *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 154, 2006, hlm. 1853-1878.

<sup>43</sup> Michael D. Kirby, "Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions", *the Law Quarterly Review*, 123, 2007, hlm. 620-630.

pengadilan cenderung lebih panjang, lebih “dalam”, dan menguraikan kasus berdasarkan parameter keilmuan dari hakimnya. Di Jerman dan Spanyol, hakim pengadilan bahkan sering mengutip karya para sarjana hukum dan yurisprudensi dari pengadilan lain, seperti dari Mahkamah Agung Amerika Serikat.<sup>44</sup>

Pilihan untuk menerapkan *dissenting opinion* dalam sistem peradilan, telah memunculkan pertanyaan yang fundamental, apakah *dissenting opinion* tidak relevan dengan fungsi pengadilan itu sendiri yang seharusnya mewujudkan keadilan yang berkepastian hukum? Dalam hal ini, *The Hon Justice Michale Kirby* menjelaskan bahwa “...out of transparent reasons, even disagreement, and not from narrow, formal, syllogistic reasoning or enforced concurrence, wisdom and justice are more likely to emerge.” Bahwa putusan yang dihasilkan melalui perdebatan hukum antara para hakim itulah yang akan mewujudkan keadilan yang sesungguhnya. Hakim bersifat imparial dan tidak terikat oleh kepentingan apapun. Meskipun tidak semua pihak memandang perlu adanya *dissenting opinion*, namun menurut Kirby, “...the dissenting judge may, or may not, be vindicated by history. However, the true vindication for the dissenting judge arises at the moment of the decision when truth, as it is seen, is spoken and conscience is clear.”<sup>45</sup>

Joe McIntyre menyebutkan beberapa hal yang menjadi peran dari *dissenting opinion*, yaitu bahwa: “...dissent: as prophecy for the law; as embodying a democratic ideal; as an institutional form of civil disobedience; as safety mechanism against majority error; as a spur within the court to greater quality in decision-making; as clarifier of

---

<sup>44</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000, hlm. 46-48.

<sup>45</sup> Michael D. Kirby, “Judicial Dissent”, *James Cook University Law Review* 4, 1, 2005, hlm. 4-10.

*law and as a lever by which to undermine decisions*". Namun dalam setiap kasus, *dissenting opinion* memiliki nilai sebenarnya (*true value of dissent*) dalam hubungannya dengan nilai-nilai mendasar yang jarang diucapkan, yaitu bahwa *dissenting opinion* berperan untuk memastikan bahwa putusan telah mewujudkan suatu kejelasan, kepastian, akurasi dan kualitas yuridis, dan mungkin, adalah representasi sistem peradilan yang demokratis.<sup>46</sup>

Sedangkan Alder, menjelaskan mengenai lima fungsi utama dari *dissenting opinion*, yaitu: (1) untuk memastikan bahwa semua anggota panel hakim diperlakukan sama, tanpa ada sudut pandang yang ditekan; (2) untuk memperkuat kepercayaan publik terhadap peradilan dengan mempertajam alasan mayoritas, memastikan bahwa keputusan sepenuhnya dipertimbangkan dan bahwa masing-masing pembuat keputusan yang bertanggung jawab; (3) untuk mewujudkan nilai-nilai kebebasan berekspresi dan hati nurani sebagai nilai yang prinsipal; (4) untuk mengekspos kelemahan dalam proposisi hukum mayoritas; dan (5) dan memberi fokus pada publik untuk memperjelas pemahamannya mengenai masalah tersebut.<sup>47</sup>

Biasanya, ketika perkara di pengadilan sudah diputuskan dan diumumkan kepada publik, hanya pendapat hakim mayoritas saja yang dirangkum dan membentuk putusan tersebut. Pendapat berbeda, *concurring* atau *dissenting*, hanya dicatat, tetapi tidak pernah dijelaskan. Akan tetapi yang segera memperoleh perhatian adalah *dissenting opinion* tersebut. *Dissenting opinion* menunjukkan bahwa putusan tidak dihasilkan secara aklamasi, sehingga seolah-olah komposisi hakim terpolarisasi antara yang mayoritas dan minoritas. Pendapat hakim yang minoritas ini dianggap sebagai representasi dari

---

<sup>46</sup> Op. Cit. Joe McIntyre, 2016, hlm. 439-440.

<sup>47</sup> John Alder, "Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, hlm. 221.

kelompok masyarakat yang memiliki pandangan yang serupa. Sehingga, selalu membuka kesempatan adanya penafsiran lain di kemudian hari terkait dengan perkara yang sama. Bahkan, secara ekstrem Ginsburg menyebutkan bahwa dalam pandangan para disenter, "*the Court's opinion is not just wrong, but grievously misguided*"<sup>48</sup>.

Heather K. Gerken dalam "*Dissenting by Deciding*" menyebutkan bahwa *dissenting opinion* yang dimuat dalam putusan pengadilan terlihat lebih radikal apabila dibandingkan dengan sebelumnya yang bersifat moderat/tertutup (hanya diketahui oleh para hakim pada saat melakukan pemeriksaan). Hal ini dikarenakan hakim disenter dapat menggunakan instrumen ini untuk mengekspresikan ketidaksepakatannya dengan pendapat mayoritas. Gerken menjelaskan bahwa *dissenting opinion* akan meningkatkan persepsi sistem peradilan yang demokratis. *Dissenting opinion* akan memungkinkan masyarakat untuk menguji keakuratan dari putusan pengadilan tersebut.<sup>49</sup>

*Dissenting opinion* yang dipublikasikan akan berkontribusi secara langsung maupun tidak langsung terhadap kinerja pengadilan. Menurut Paulus E. Lotulung, mekanisme "*publication of dissenting opinion*" merupakan gambaran independensi hakim sebagai penegak hukum yang dijamin haknya dalam menyampaikan dan mempertahankan argumentasi yuridisnya masing-masing pada waktu musyawarah putusan. Sedangkan apabila dilihat dari fungsinya, *dissenting opinion* ini dapat memberikan beberapa hal, yaitu:

---

<sup>48</sup> Ruth Bader Ginsburg, "The Role of Dissenting Opinion", *Minnesota Law Review*, 95, 1, 2010, hlm. 1-2.

<sup>49</sup> Heather K. Gerken, "Dissenting by Deciding", *Stanford Law Review*, Vol. 56, 2005, hlm. 102-103.

*Pertama, dissenting opinion* memberikan keyakinan kepada para pihak yang terkait, bahwa posisi dan kepentingan mereka telah dipertimbangkan secara layak. "*A dissent reassures the losing party that their view has been heard; that at least one judge agreed with them*". Demikian pendapat Louis Campbell dalam "The Spirit of Dissent"<sup>50</sup>. Dalam perkara perdata misalnya, konflik yang melibatkan dua pihak atau lebih, mengharuskan hakim untuk menilai perkara tersebut secara adil. Demikian halnya pada perkara yang melibatkan antara negara dengan warga negara, hakim tidak mungkin hanya mempertimbangkan kepentingan negara, melainkan juga kepentingan dari warga negaranya.

*Kedua*, semua hakim berperan dalam memberikan argumentasi hukumnya dalam memutus perkara. *Dissenting opinion* tidak dibuat berdasarkan suatu pandangan dari keputusan mayoritas, melainkan pemikiran yang mendalam dari setiap hakim-nya. *Dissenting opinion* memberikan triangulasi yang lebih ketat dari hukum itu sendiri. Karena hukum adalah sistem yang terus bergerak (*law is a system in motion*), sehingga *dissenting opinion* ini akan memberikan suatu gambaran kemana hukum itu akan mengarah kedepannya.

*Ketiga*, publikasi *dissenting opinion* merupakan bukti pengadilan telah menjalankan akuntabilitas yudisial yang kuat, meneguhkan prinsip pengadilan yang terbuka, serta meningkatkan partisipasi publik dalam menilai suatu putusan. Publik perlu menilai suatu putusan pengadilan untuk menghindari "*judicial autocracy*" dan "*the arbitrary exercise of judicial power*" yang berbahaya bagi kelangsungan sistem peradilan<sup>51</sup>. Penilaian publik justru menjadi

---

<sup>50</sup> J. Louis Campbell, "The Spirit of Dissent", *Judicial Politics: Readings from Judicature*, Congressional Quarterly Press, Washington D.C., 2005, hlm. 425-430.

<sup>51</sup> Justice Michael Kirby, "Judicial Accountability in Australia", *Legal Ethics*, 6, 2003, hlm. 41-46.

stimulan yang efektif agar pengadilan dapat menghindari kesalahan, dan karenanya dapat meningkatkan integritas hakim itu sendiri. Hal ini terutama terjadi apabila hakim menghadapi kasus yang berkaitan dengan *incommensurable values* atau suatu "*hard case*" yang membutuhkan analisa yang tajam, tidak ada yang bisa memastikan bahwa keputusan mayoritas cenderung lebih benar daripada pendapat hakim disenter. Mungkin *dissenting opinion* ini dapat 'melemahkan' posisi mayoritas hakim dimata publik, namun juga dapat memperkaya '*marketplace of ideas*'<sup>52</sup> yang berpengaruh terhadap perkembangan hukum kedepannya.

Fungsi *dissenting opinion* yang dapat dijadikan sebagai rujukan bagi perkembangan hukum kedepannya, pernah disampaikan oleh Justice Hughes, "...*A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed*". Hughes menyebutkan bahwa *dissenting opinion* bisa menjadi semacam alternatif koreksi atas suatu kesalahan pengadilan dalam mengambil putusan. Suara mayoritas hakim dirasa adil pada saat putusan itu muncul, namun tidak serta merta putusan tersebut benar secara mutlak. *Dissenting opinion* memiliki potensi untuk meletakkan fondasi pada keputusan yang akan datang, yang secara bertahap dibangun oleh orang-orang yang tertarik mengembangkan pendekatan yang

---

<sup>52</sup> Istilah yang digunakan oleh Gerard Brennan, seorang Hakim Mahkamah Agung Australia, bahwa '*judges making law*' menunjukkan sistem peradilan sebagai tempat untuk mempertemukan pemikiran-pemikiran hakim dalam memutuskan suatu perkara. Pendapat hakim mayoritas tidak menjadikan pendapat minoritas itu buruk, begitupun sebaliknya, karena keduanya dapat menjadi referensi dalam perkembangan hukum setelahnya. Lihat dalam Gerard Brennan, "Judicial Independence", The Australian Judicial Conference (Australian National University), Canberra, November 1996, [http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/brennanj/brennanj\\_ajc.htm](http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/brennanj/brennanj_ajc.htm)

digunakan oleh hakim disenter tersebut. Dengan begitu, opini disenter diasosiasikan sebagai bahan dialog yang nantinya bermuara pada pemikiran hakim setelahnya ketika menghadapi kasus yang sama.

Di Kanada, sudah hal yang lumrah apabila *dissenting opinion* menjadi bahan kajian dari para akademis, untuk menguji relevansi antara substansi pendapat tersebut dengan persoalan yang sedang dan yang akan muncul kedepannya. Dialog semacam ini menunjukkan bahwa *dissenting opinion* tumbuh secara signifikan sebagai referensi bagi masyarakat sipil, yang dianggap dapat menyesuaikan (aklimasi) dengan nilai-nilai dan realitas baru di masyarakat. Claire L'Heureux-Dube menyebutnya sebagai "*the voice of future*", sebagaimana digambarkan dalam analoginya yang berbunyi: "*Seribu tahun lalu, paduan suara Eropa menyanyikan lagu Gregorian secara serempak; melodi mereka indah, jelas, dan teratur. Namun melodi ini tidak dapat memuaskan jiwa manusia, yang disusun dari banyak harmoni polifonik dan bentuk musik lainnya. Begitu juga di Pengadilan, mungkin dapat berbicara secara serempak atau dalam jumlah suara yang plural; namun tradisi perbedaan pendapat dalam sistem common law telah memungkinkan berlakunya polifonik tertentu dalam suara-suara hukum.*"<sup>53</sup>

Dalam praktiknya, kehadiran Mahkamah Konstitusi menambah "wadah" baru bagi perkembangan *dissenting opinion*. Apabila sebelumnya *dissenting opinion* dilakukan pada perkara-perkara yang menyangkut hak warga negara secara individual -baik perdata maupun pidana-, maka berikutnya, penafsiran hakim dilakukan juga pada persoalan yang menyangkut konstitusionalitas suatu norma atau kebijakan. Bahkan, kelahiran Mahkamah Konstitusi merupakan bentuk

---

<sup>53</sup> Claire L'Heureux-Dube, *The Dissenting Opinion: Voice of the Future*, *Osgoode Hall Law Journal*, Volume 38, Number 3 (Fall 2000), hlm. 496-516.

penafsiran yang radikal, yang terlihat pada kasus "Marbury versus Madison" tahun 1803. Pada saat itu Hakim Mahkamah Agung, John Marsall, menjalankan wewenang menafsirkan konstitusi untuk membatalkan undang-undang yang telah disahkan oleh Kongres Amerika.<sup>54</sup> Padahal, Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan untuk membatalkan undang-undang. Peristiwa ini yang menandai dimulainya suatu perubahan dalam sistem peradilan yang selanjutnya mempengaruhi ketatanegaraan di dunia.

## **B. Dissenting Opinion dalam Praktik di Mahkamah Konstitusi (Suatu Perbandingan)**

Sejak 1998, kita bisa melihat pertumbuhan kecenderungan hakim dalam mengeluarkan *dissenting opinion*. Rosa Raffaeli misalnya menyebutkan bahwa "*...in recent years, there has been a growing trend towards allowing at least constitutional judges to issue separate opinions. Many Eastern European Countries that have recently joined the EU follow this practice*". Tren *dissenting opinion* berkembang pesat pada praktik di negara-negara Eropa Timur dan Eropa Tengah, khususnya pada kasus *judicial review*. Jerman adalah salah satu negara yang menjadi rujukan dalam penerapan *dissenting opinion* di Mahkamah Konstitusi. Dalam Pasal 30 ayat 2 *The Federal Constitutional Court Act*, disebutkan bahwa "*...the judge who expresses a differing view on the decision or its reasoning, may set forth these views in a dissenting opinion, which shall be annexed to the decision,*".

Praktik *dissenting opinion* yang berlangsung di Jerman seringkali menjadi acuan bagi negara-negara eropa lainnya. Bahkan,

---

<sup>54</sup> Dean Alfange, Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom, *The Supreme Court Review*, Vol. 1993, No. 1, 1993, hlm. 329-446.

menurut Katalin Kelemen, Jerman (atau lebih tepatnya Jerman Barat, read-dulu), merupakan negara Eropa pertama yang secara yuridis ingin mengakui *dissenting opinion* dalam hukum positifnya. Selama penyusunan *Judicature Act (Gerichtsverfassungsgesetz)* pada tahun 1877, banyak pihak yang mengusulkan agar *dissenting opinion* diakui secara legal, sebagai produk yang dihasilkan oleh pengadilan. Namun, usulan ini memperoleh penolakan karena dianggap "*incompatible with the authority of the courts and good relations between the judges*" dan berpotensi menumbuhkan "*vanity and disputatiousness*". Baru setelah dibentuknya *the Federal Constitutional Court*, *dissenting opinion* diakui sebagai bagian dari independensi hakim dalam memberikan penafsiran konstitusional.<sup>55</sup>

Pengadilan konstitusional (seperti *the Federal Constitutional Court of Germany*) adalah institusi *sui generis*, karena mereka menggabungkan institusi peradilan (*dispute resolution*) dan politik (*lawmaking*). Mereka hanya terikat oleh undang-undang yang mengaturnya, sehingga tidak bisa dipengaruhi oleh basis kepentingan politik manapun.<sup>56</sup> Hal ini dikarenakan pengadilan konstitusional memiliki tugas etik untuk menjaga konstitusi. Karena fungsinya tersebut, pengadilan konstitusional adalah ruang yang ideal untuk berkembangnya *dissenting opinion*, karena bisa memainkan peran penting dalam memperkaya debat konstitusi dan dapat membantu proses evolusi hukum konstitusi kedepannya. Dalam kultur politik di Jerman, *dissenting opinion* telah meningkatkan kepercayaan masyarakat terhadap institusi tersebut.

Selain Jerman, penerapan *dissenting opinion* juga terjadi di Polandia. Pada tahun 2014, hampir 21% putusan yang dikeluarkan

---

<sup>55</sup> Op.cit. Katalin Kelemen, 2013, hlm. 1345-1372.

<sup>56</sup> Rudolf Streinz, "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics", *Ritsumeikan Law Review*, No. 31, 2014, hlm. 95-118.

mengandung pendapat yang berbeda. Bahkan sejak penunjukan hakim Przyłębska sebagai Presiden Mahkamah Konstitusi, dari 27 putusan telah dikeluarkan oleh Mahkamah, terdapat 11 *dissenting opinion* yang disampaikan dalam 7 perkara. Sebagian besar dissenting opinion muncul dalam kasus dengan konteks politik yang kuat, seperti pada pengaturan mengenai proses pemilihan hakim Mahkamah Agung.<sup>57</sup> *Dissenting opinion* ini diatur dalam Constitutional Tribunal Act. Dalam Pasal 69 misalnya, disebutkan bahwa :

1. *A ruling of the Tribunal shall be determined by a simple majority vote.*
2. *The presiding judge of an adjudicating bench shall request the judges to cast their votes in the order based on their age, beginning with the youngest judge; the presiding judge shall cast the last vote.*
3. *A judge of the adjudicating bench who disagrees with the majority of the bench voting in favour of a ruling may, before the delivery of the ruling, submit a dissenting opinion, providing a written statement of grounds for his/her dissent; the dissenting opinion shall be mentioned in the ruling. The dissenting opinion may also refer only to the statement of reasons for the ruling.*
4. *The ruling shall be signed by all the judges of the adjudicating bench, including the outvoted judge.*

Dalam aturan tersebut dijelaskan, bahwa sebelum menentukan keputusan akhir, masing-masing hakim diberikan hak untuk menyampaikan pendapat mereka berdasarkan usia mereka, dimulai dengan hakim yang termuda dan diakhiri oleh hakim ketua. Meskipun

---

<sup>57</sup> Konrad Kobylinski. The Polish Constitutional Court from an Attitudinal and Institutional Perspective Before and After The Constitutional Crisis of 2015-2016. *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, Vol. 6, No. 2, 2016, hlm. 94-105.

keputusan ditentukan berdasarkan suara mayoritas, seorang hakim dapat mengajukan *dissenting opinion*, mengajukan alasan tertulis mengenai alasan perbedaan pendapatnya, dan harus serta-merta disebutkan dalam putusan. Selain itu, *dissenting opinion* ini harus disampaikan pada saat ketua hakim membacakan putusan. Dalam Pasal 78 disebutkan bahwa, "...when justifying the ruling, the presiding judge or the judge rapporteur shall speak of main reasons for the ruling and shall inform about the submission of any dissenting opinions. A judge who has submitted a dissenting opinion shall present main reasons for his/her stance". Hal ini menunjukkan bahwa *dissenting opinion* tidak hanya ditulis sebagai dokumen tambahan dalam putusan, melainkan harus dijelaskan kepada publik terkait alasan dari perbedaan pendapat tersebut.

Demikian halnya dengan Republik Slovenia, *the Constitutional Court Act* menjelaskan bahwa Mahkamah Konstitusi merupakan *the highest body of the judicial power* yang melakukan perlindungan konstitusionalitas, hukum, dan hak asasi manusia serta kebebasan yang fundamental. Mahkamah Konstitusi adalah otoritas negara yang otonom dan independen, termasuk memberikan kebebasan yang sama bagi hakim untuk menafsirkan. Kendatipun putusan diperoleh berdasarkan suara terbanyak dari semua hakim. Apabila terdapat hakim yang menyampaikan *dissenting opinion*, maka hakim tersebut harus menyatakan pendapatnya secara terpisah. Dalam Pasal 40 disebutkan bahwa "...a judge who does not agree with a decision or with the reasoning of a decision may declare that he will write a separate opinion, which must be submitted within the period of time determined by the Rules of Procedure of the Constitutional Court".<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> The Constitutional Court Act Of The Republic Of Slovenia, No. 109/12.  
Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan  
Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi  
Tahun 2019

Sedangkan dalam Pasal 27 *Law on the Constitutional Court of Republic of Moldova*, menjelaskan mengenai mekanisme *voting* bagi para hakim yang mengalami "*deadlock*" atau tidak memenuhi kesepakatan dalam musyawarah. Hakim memiliki kebebasan untuk menghindari *voting* ataupun dapat mengajukan pendapat berbeda dengan hakim mayoritas. Atas dasar permintaannya, *dissenting opinion* tersebut dapat dicantumkan dalam putusan. Mekanisme *voting* ini juga diterapkan dalam hukum acara di Mahkamah Konstitusi Latvia. Dalam Pasal 30 ayat (6) dijelaskan bahwa "*..a judge who has voted against shall express in writing his dissenting opinion that shall be appended to the matter. The decision shall be written within 30 days after being rendered, and in three days after being written the decision shall be communicated to the participants (parties).*" Bahkan, apabila terdapat *dissenting opinion* yang belum dirumuskan, Ketua Mahkamah diberikan kewenangan untuk menambahkan pernyataan tertulis mengenai akibatnya.

Selain negara-negara di atas, masih banyak negara di Eropa yang menerapkan pola yang sama dalam mewadahi *dissenting opinion* di Mahkamah Konstitusi-nya. Marieta Safta misalnya, menjelaskan bahwa legislasi di Eropa memberikan ruang kepada hakim konstitusi untuk menerapkan *dissenting opinion*. Kebijakan ini dipengaruhi oleh proses pemahaman konstitusi secara mendalam, termasuk bagaimana kedudukan hakim konstitusi dalam sistem ketatanegaraan. Di Rumania misalnya, seorang hakim konstitusi sangat dihormati, karena diangkat oleh parlemen dan Presiden Rumania. Dalam kapasitas ini, hakim memiliki tugas besar yang harus dilaksanakan dengan seimbang dan di bawah transparansi kelembagaan<sup>59</sup>. Berikut ini

---

<sup>59</sup> Marieta Safta, *The Role Of Dissenting And Concurring Opinions In The Constitutional Jurisdiction*, *Perspectives of Business Law Journal*, Volume 5, Issue 1, November 2016, hlm. 207-213.

beberapa negara di Eropa yang memiliki kerangka pengaturan yang baku terkait dengan dissenting opinion di Mahkamah Konstitusi, yaitu:<sup>60</sup>

No	Negara	Ketentuan
1.	Bulgaria	Diatur dalam Pasal 32 <i>Regulations on the Organization of the Activities of the Constitutional Court</i> , bahwa " <i>The justices who do not agree with an adopted decision or with a resolution with which a motion is denied review may sign them with a dissenting opinion and must set out their opinion in writing,</i> ". Penandatanganan hakim disenter tidak berlaku bagi pemungutan suara yang dilakukan secara rahasia.
2.	Kroasia	Dalam Pasal 27 <i>The Constitutional Act on The Constitutional Court of The Republic Of Croatia</i> , disebutkan bahwa "... (4) <i>The judge of the Constitutional Court who has a separate opinion is due to give the reasons for it in writing. (5) The judge of the Constitutional Court who voted against the majority may, within a reasonable time from the day the decision or ruling was written, give reasons for his/her opinion in writing, and publish it</i> ".
3.	Romania	Tidak diatur dalam UU Mahkamah Konstitusi, namun diatur dalam Pasal 59 ayat (3) <i>Law no.</i>

<sup>60</sup> Caroline E. Wittig dalam disertasinya juga menjelaskan bahwa tidak hanya di Eropa, negara-negara lain di dunia juga mengakui *dissenting opinion*, sebagian besar justru memperbolehkan publikasinya. Lihat dalam Caroline E. Wittig, *The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court: An Analysis with a Novel Database, Dissertation*, University of Mannheim, Mannheim (Germany), 2016, hlm. 153-155.

		<i>47 / 1992 on the Organization and Operation of the Constitutional Court, bahwa "Judges who have given a negative vote may formulate a separate opinion. With regard to the reasoning of the decision, it is also possible to write a concurring opinion....".</i>
4.	Republik Ceko	Pengambilan keputusan dilakukan dalam " <i>the Plenum</i> ", yaitu pleno yang mempertemukan hakim untuk memutuskan suatu perkara. Dissenting opinion diperbolehkan dalam Pasal 14 dalam <i>182/1993 Sb. Constitutional Court Act</i> , bahwa " <i>A Justice who disagrees with the decision of the Plenum or with its reasoning, has the right to have their dissenting opinion noted in the record of discussions and appended to the decision with his name stated.</i> "
5.	Spanyol	Mahkamah Konstitusi Spanyol merupakan lembaga tertinggi penafsir konstitusi yang tidak tergantung pada lembaga lainnya. Kemerdekaan ini juga terderivasi pada kewenangan hakimnya untuk menafsirkan. Seperti penegasan atas dissenting opinion. Dalam Pasal 90 <i>Organic Law 2/1979 On The Constitutional Court</i> , disebutkan bahwa " <i>The President and the Judges of the Court may express their disagreement in the form of a dissenting opinion, in the case it was maintained in the course of the deliberations, concerning either the judgement or its grounds.</i> " Dissenting opinion harus dimasukkan dalam

		putusan, dan dalam kondisi tertentu, harus dipublikasikan secara umum.
--	--	--

Apabila negara-negara di atas menerapkan *dissenting opinion* berikut dengan keharusan untuk mempublikasikannya, beberapa negara di Eropa ini memperbolehkan *dissenting opinion*, namun tidak untuk dipublikasikan<sup>61</sup>. Di Belgia misalnya, sistem peradilannya masih menganut "*the principle of the secrecy of deliberations*", yang ditafsirkan masih melarang publikasi pendapat yang sifatnya individual. Mahkamah Konstitusi (yang disebut *Cour d'Arbitrage*) juga secara ketat mengikuti prinsip: "*separate opinions are never published*".<sup>62</sup> Demikian halnya di Perancis, Dewan Konstitusi (*Conseil Constitutionnel*) menerapkan prinsip yang sama, bahwa sejak awal hakim konstitusi diikat oleh sumpah untuk menjaga kerahasiaan musyawarah.<sup>63</sup> Sedangkan di Italy, *dissenting opinion* hanya boleh dicatatkan dalam suatu "*sealed envelope*", namun tidak dipublikasikan.

Pilihan antara mempublikasikan atau bersifat tertutup pada *dissenting opinion* akan bergantung pada politik hukum sistem peradilannya. Sebagian negara yang menerapkan prinsip keterbukaan dan imparialitas peradilan, ketentuan yang ada tentu akan memberi akses kepada pengadilan untuk mempublikasikan *dissenting opinion*, dengan asumsi, bahwa publik diperbolehkan untuk menilai putusan tersebut. Sedangkan negara yang secara konservatif masih

---

<sup>61</sup> Rosa Raffaelli, *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States*, European Parliament, Brussels, 2012, hlm. 17-20.

<sup>62</sup> Patrick Peeters dan Jens Mosselmans, *The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions*, University Toronto Press, Toronto, 2017, hlm. 79.

<sup>63</sup> Hal ini dapat dilihat pada <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-italie.52545.html>;

menjungjung kerahasiaan pengadilan, maka *dissenting opinion* akan dianggap sebagai pemicu sikap reaktif pihak-pihak yang menolak putusan tersebut, yang berbahaya bagi integritas peradilan. Kendati demikian, yang terpenting adalah bahwa pengadilan saat ini, secara agregatif telah meneguhkan peran dan kedudukan *dissenting opinion* dalam praktik beracaranya. Perkembangan ini turut menentukan wajah pengadilan yang terbuka terhadap pemikiran-pemikiran individu dari masing-masing hakimnya.

Perkembangan di atas menggambarkan kebutuhan untuk memastikan keseimbangan pada otoritas putusan yang diberikan dan pada kebebasan berekspresi para hakim konstitusi. Peran mereka adalah untuk berkontribusi pada pengembangan hukum dengan mempromosikan penilaian hukum tertentu, pendapat, yang mengungkapkan aspek-aspek lain dari fenomena hukum, yang dapat dijadikan referensi pada perkembangan hukum kedepannya. Kendati hakim konstitusi di Eropa tidak terlalu banyak menghasilkan *dissenting opinion*, namun dengan diaturnya ketentuan tersebut, menunjukkan bahwa negara-negara tersebut telah meneguhkan *spirit* kemerdekaan hakim dalam melakukan penafsiran pada suatu perkara tertentu. Bahkan, *dissenting opinion* tidak jarang menjadi semacam 'harapan' bagi warga negara dalam memperjuangkan hak-hak minoritas, maupun sebagai 'protektor' pada saat institusi yudisial sedang mengalami krisis.

Pada kasus dimana Mahkamah Konstitusi sulit terhindar dari pengaruh politik pemerintah, seperti di Makedonia, *dissenting opinion* adalah instrumen untuk meneguhkan perlindungan konstitusional bagi warga negaranya, sekaligus alat untuk mengevaluasi kebijakan pemerintah. Sonja Stojadinovic menjelaskan mengenai kondisi *dissenting opinion* pada Mahkamah Konstitusi Makedonia periode

2012-2015, yang dalam analisisnya menyebutkan bahwa banyak putusan Mahkamah Konstitusi yang kontroversial, seperti menolak perlindungan hak dan kebebasan berekspresi bagi jurnalis, dan bahkan disebut sebagai "*the last sanctuary from the corruption and criminal plaguing the state institutions*". *Dissenting opinion* inilah yang membuat publik masih menaruh kepercayaan pada Mahkamah Konstitusi. Bahwa apa yang diucapkan oleh hakim yang disenter, dapat menjadi pelajaran berharga bagi perbaikan Mahkamah Konstitusi kedepannya.<sup>64</sup>

Kondisi yang serupa terjadi pada *Russian Constitutional Court*. *Dissenting opinion* di Mahkamah Konstitusi Rusia menjadi antitesis dari kebijakan pemerintah Rusia untuk menekan bentuk-bentuk oposisi, kritik, dan perbedaan pendapat di segala bidang. Kendati *dissenting opinion* tidak bersifat mengikat, namun mereka membawa apa yang disebut oleh Alexandra V. Orlova, sebagai "*the soft power*", karena berani menentang konsensus yang umumnya mudah dipengaruhi oleh pemerintahan<sup>65</sup>. *Dissenting opinion* melegitimasi tantangan terhadap konsensus dengan menunjukkan keragaman pandangan masyarakat, termasuk pandangan-pandangan yang bertentangan pendapat populer yang tampaknya mengakar. *Dissenting opinion* ini mewakili kelompok-kelompok marjinal yang sering dikecualikan dalam dialog. Dalam hal ini, hakim disenter tidak bermaksud untuk mengubah suara mayoritas hakim dan membetuk polarisasi, melainkan mengundang diskursus mengenai hak-hak warga negara, bahwa "*forming a polity*

---

<sup>64</sup> Sonja Stojadinovic, "Political Influence on the Constitutional Court in the Republic of Macedonia: Reflections through the Dissenting Opinions in the Period of 2012-2015", *Constitutional Review*, Volume 5, Number 1, May 2019, hlm. 70-95.

<sup>65</sup> Alexandra V. Orlova, "The Soft Power of Dissent: The Impact of Dissenting Opinions from the Russian Constitutional Court", *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, Volume 52, 2019, hlm. 611-641.

*where people's rights are the subjects of an ongoing political debate.*<sup>66</sup>

*Dissenting opinion* tidak hanya meneguhkan independensi hakim, melainkan juga memainkan peran dalam pengembangan hukum. *Dissenting opinion* bukan untuk menunjukkan "*self-expression*" dari hakim, melainkan berdasarkan pada argumentasi dan alasan hukum yang konkret. *Dissenting opinion* memberikan kontribusi untuk meningkatkan tingkat kesadaran hukum masyarakat; menjamin persidangan yang adil dan terbuka; berkontribusi kepada publik debat tentang hukum, serta dialog antara berbagai tingkat pengadilan (yang merupakan titik utama demokrasi peradilan); dan menarik perhatian cendekiawan dan legislator untuk mengurus masalah hukum yang hadir di masyarakat. Dalam pendekatan yang lebih emosional, disebutkan bahwa *Dissenting opinion* bukanlah keluhan seorang yang kalah, tetapi sebuah argumen dari kemungkinan memenangkan perkara yang sama dari kenyataan hukum yang terus berkembang.

*Dissenting opinion* yang memuat atas ketidaksetujuan pendapat kadang-kadang dapat disebut dapat terdiri dalam beberapa bagian pendapat yang dimungkinkan karena adanya sejumlah alasan: interpretasi yang berbeda dari kasus hukum, penggunaan prinsip-prinsip yang berbeda, atau interpretasi yang berbeda dari fakta-fakta. *Dissenting opinion* ini akan ditulis pada saat yang sama seperti pada bagian putusan, dan sering digunakan untuk membedakan argumentasi hakim mayoritas dalam memutuskan perkaranya, sehingga cenderung terpisahkan. Namun dalam beberapa kasus, *dissenting opinion* dipertimbangkan sebagai argumentasi yang dapat membentuk putusan apabila ditemukan fakta bahwa pada perkara yang sama

---

<sup>66</sup> Dan Priel, "Are Jurisprudential Debates Conceptual? Some Lessons from Democratic Theory", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 50, 2012, hlm. 359-393.

sebelumnya, banyak *dissenting opinion* yang dikemukakan oleh hakim.

Dalam kaitannya dengan kedudukan Mahkamah Konstitusi sebagai "*the guardian of the constitution*", yang berwenang untuk menafsirkan konstitusi pada persoalan yang terkadang berkaitan dengan jaminan atas hak konstitusional warga negara, orang-orang khawatir apakah *dissenting opinion* ini dapat menghilangkan kepercayaan publik, karena putusan diambil tidak dalam keputusan bersama. Dalam hal ini, A.G. Gadjiev, seorang hakim pada the *Russian Constitutional Court*, menjelaskan peranan *dissenting opinion*, bahwa "*...a dissenting opinion does not weaken, but, on the contrary, strengthens the authority of the Court. It eliminates a certain hypocrisy by demonstrating what everyone already knows: two lawyers always three opinions..... a good dissenting opinion is aimed at resolving particularly complex legal problems; it can suggest how to avoid judicial errors in the future. In this sense, there is an undoubted correlation between the right to a dissent, liberalization of judicial practice, development of law in judicial acts, and the constitutional principle of democracy*".<sup>67</sup>

Pada negara-negara penganut sistem Eropa kontinental, *dissenting opinion* sebenarnya tidak dikenal. Akan tetapi, seiring dengan perkembangan zaman, maka *dissenting opinion* telah dikenal dan ditetapkan dalam praktik peradilan. Di Indonesia, *dissenting opinion* pertama kali lahir tidak mempunyai landasan yuridis formal karena praktik hakim yang berkembang. Pertama kalinya *dissenting opinion* ini memiliki landasan yuridis di dalam UU No. 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan (selanjutnya UU ini diubah dengan UU No. 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban

---

<sup>67</sup> Op.cit. Alexandra V Orlova, 2019, hlm. 617-618.

Pembayaran Utang. Pada awalnya, *dissenting opinion* ini diperkenalkan pada pengadilan niaga, namun kini telah diperbolehkan di pengadilan lain, termasuk dalam uji materiil undang-undang di Mahkamah Konstitusi-nya. Hal ini menunjukkan bahwa sistem-sistem lama dalam kultur eropa kontinental mulai ditinggalkan secara perlahan-lahan pada hal-hal yang mendasar di pengadilan, sekaligus menunjukkan bahwa *dissenting opinion* di Indonesia, merupakan terobosan penting dalam mewujudkan supremasi hukum.

### **C. Opini Hakim Disenter sebagai *Expert Opinion* dalam Hukum Tata Negara**

Secara mendasar sebagai suatu cabang kekuasaan kehakiman, Mahkamah Konstitusi memegang prinsip penyelenggaraan peradilan sebagai pihak yang tidak memihak (*imparsial*) dan independen. Sebab apapun sistem hukum yang dipakai dan sistem pemerintahan yang dianut, pelaksanaan *principles of independence and impartiality of the judiciary* haruslah dijamin di setiap Negara demokrasi konstitusional (*constitutional democracy*). Tidak memihak menandakan hakim harus selalu berada di tengah dalam setiap perkara yang dihadapinya. Hakim harus berada di antara semuanya secara seimbang. Sementara prinsip independensi harus tercermin dalam berbagai pengaturan mengenai hal-hal yang berkaitan dengan pengangkatan, masa kerja, pengembangan karir, sistem penggajian dan pemberhentian para hakim.

Sifat independen hakim konstitusi bukan merupakan *privilege* atau keistimewaan melainkan *built in* atau melekat, sifat tersebut adalah *inherent right/indispensable right*. Sehingga hakim konstitusi secara personal maupun Mahkamah Konstitusi dalam perspektif kelembagaan tidak dapat dipengaruhi dan di-intervensi dalam

memutus dan memeriksa perkara-perkara yang dihadapinya<sup>68</sup>. Sifat independen ini selanjutnya secara kontekstual disebut *Kemerdekaan Hakim*. Dalam suatu putusan MK, terdapat penjabaran *Kemerdekaan Hakim* yang memuat sikap Hakim Konstitusi terhadap konstelasi politik sebagai berikut: "...*Kemerdekaan dimaksud 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.*"

Hakim Konstitusi mempunyai sifat yang khusus. Hal ini dapat dilihat dari mekanisme pengangkatan dan persyaratan hakimnya. Mekanisme pengangkatan hakim konstitusi berbeda dari hakim biasa maupun Hakim Agung. Hakim konstitusi pada dasarnya bukanlah hakim sebagai profesi tetap, melainkan hakim karena jabatannya. Sehingga konsep pengangkatan hakim konstitusi adalah *entry point* bagi kebangunan karakteristik Mahkamah Konstitusi. Pengangkatan hakim konstitusi diatur secara spesifik dalam Konstitusi, dengan maksud untuk menjamin posisinya berada di tengah-tengah dinamika hubungan antar lembaga negara. Pengangkatan hakim konstitusi dilaksanakan untuk mencapai susunan 9 (sembilan) Hakim Konstitusi sebagaimana amanat pasal 24C ayat 3 UUD 1945, yaitu oleh DPR, Presiden, dan Mahkamah Agung, dengan masing-masing mengajukan 3 (tiga) orang hakim konstitusi.

Sebagai perbandingan, hakim konstitusi pada banyak negara di Eropa juga dilakukan melalui mekanisme yang luar biasa. Dari 12 hakim *the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria*, 3 orang ditunjuk oleh Presiden, 3 orang oleh Parlemen, 3 orang ditunjuk oleh *the*

---

<sup>68</sup> Mira Fajriyah, Refraksi dan Alinasi Pengangkatan Hakim Konstitusi, *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, Juni 2015, hlm. 237-263.

*Supreme Court of Cassation*, dan 3 orang oleh *the Supreme Administrative Court*. Di Austria, 14 orang hakim konstitusi dipilih oleh tiga institusi penting, yaitu 8 orang (termasuk presiden, wakil presiden, dan anggota) dipilih oleh Pemerintah Federal, dan 6 anggota dipilih oleh Dewan Nasional atau Dewan Federal. Selain 14 hakim konstitusi, Mahkamah Konstitusi Austria juga memiliki 6 orang hakim konstitusi yang dapat dipanggil untuk menggantikan hakim tetap apabila terdapat kondisi yang mendesak. Sedangkan di Jerman, 16 hakim *the Federal Constitutional Court* dipilih oleh dua parlemen yaitu *Bundestag* dan *Bundesrat*, masing-masing berjumlah 8 orang, dengan masa jabatan 12 tahun (dan tidak dapat dipilih kembali). Desain pemilihan hakim konstitusi yang berbeda dengan hakim biasa, menunjukkan bahwa hakim konstitusi memiliki keistimewaan yang melekat bersamaan dengan kewenangannya yang besar.<sup>69</sup>

Selain dilihat dari mekanisme pemilihannya, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) juga telah mengatur mengenai persyaratan hakim konstitusi. Pasal 15 UU MK, dikatakan bahwa seorang hakim konstitusi harus memenuhi syarat: (1) memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; (2) adil; dan (3) negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Di samping itu, seorang calon hakim konstitusi harus memenuhi syarat administratif (ayat 2), dan kelengkapan administratif (ayat 3). Syarat-syarat ini wajib dipenuhi oleh hakim konstitusi untuk menunjukkan kepada publik bahwa yang akan terpilih nantinya merupakan hakim konstitusi yang tidak hanya memiliki kapabilitas dan akseptibilitas, namun juga legalitas secara prosedural. Khusus untuk

---

<sup>69</sup> Katalin Kelemen, "Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective – with a Proposal for a New Model for Hungary", *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 54, No. 1, 2013, hlm. 11-12.

syarat sebagaimana dalam Pasal 15 ayat (1), syarat-syarat tersebut merupakan syarat yang mutlak yang harus dimiliki oleh hakim konstitusi.

Syarat pertama adalah seorang hakim harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela. Seorang yang berintegritas berarti seseorang yang memiliki kualitas kejujuran yang tinggi. Oleh karena kedudukannya sebagai seorang hakim yang dianggap sebagai "representasi Tuhan di Bumi", seorang hakim konstitusi harus memiliki prinsip kejujuran, yang tercermin baik dalam menjalankan profesinya maupun dalam kehidupan sehari-hari. Hakim konstitusi juga memiliki kepribadian yang tidak tercela yang dapat dimaknai sebagai suatu kepribadian yang jauh dari sifat-sifat buruk atau immoral. Oleh sebab itu, seorang hakim konstitusi harus mematuhi etika yang harus dipenuhinya. Etika ini yang dapat menjadi pegangan bagi hakim agar dapat menjaga integritas dan kepribadiannya.<sup>70</sup> Lahoti dalam "*Canons of Judicial Ethics*" menyebutkan bahwa "*The greatest strength of the judiciary is the faith of the people in it. Faith, confidence and acceptability cannot be commanded, they have to be earned. And that can be done only by developing the inner strength of morality and ethics*".<sup>71</sup>

Syarat kedua adalah seorang hakim konstitusi haruslah seorang hakim yang adil. *Oxford Dictionary of Law* mendefinisikan keadilan sebagai "*..a moral ideal that the law seeks to uphold in the protection*

---

<sup>70</sup> Dalam sejarah di MK, terdapat dua hakim konstitusi yang atas perbuatannya, memperoleh hukuman pidana dari pengadilan, yaitu Patrialis Akbar dan Akil Mochtar. Kedua hakim konstitusi ini menjadi contoh buruk bagi hakim konstitusi, karena tidak dapat lagi memenuhi syarat sebagai hakim yang berintegritas dan kepribadian yang tidak tercela.

<sup>71</sup> Lahoti J.R.C., "*Canons of Judicial Ethics*", *National Judicial Academy*, Bhopal, India, 2005, hlm. 15.

*of rights and punishment of wrongs*".<sup>72</sup> Adil berarti dalam mengambil keputusan, seorang hakim konstitusi tidak berat sebelah, mengambil keputusan berdasarkan kepentingan tertentu, yang karenanya dapat melanggar hak-hak siapa yang benar. Bahkan, untuk mewujudkan rasa adil, seorang hakim konstitusi harus berani mengambil putusan yang bersifat responsif dan progresif, meskipun dapat memunculkan kontroversi. Hal ini karena hakekat seorang hakim adalah mewujudkan tujuan hukum, yaitu keadilan yang bersandar pada moralitas dan kebenaran.

Syarat ketiga adalah syarat yang akan menjadi parameter kapasitas hakim konstitusi dalam menjalankan kewenangannya. Frasa "negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan" disebutkan dalam satu tarikan nafas, sehingga seorang hakim tidak hanya seorang negarawan, melainkan seorang negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Hakim konstitusi adalah hakim yang memiliki karakter negarawan yang memiliki keahlian di bidang konstitusi dan tata negara. Karakter negarawan yang memiliki integritas yang mengedepankan kepentingan bangsa dan negara, berbudi pekerti yang luhur, bertindak adil, berwibawa dan berwawasan luas yang didukung dengan keahlian dalam memahami konstitusi baik tertulis maupun tidak tertulis dan ketatanegaraan yang meliputi aturan hukum pembagian kekuasaan lembaga negara, hak asasi manusia, politik dan demokrasi.<sup>73</sup>

Dalam kultur di Inggris, seorang negarawan atau statesman merupakan seseorang yang mendahulukan kepentingan negara dibandingkan kepentingan lainnya. Seorang negarawan memiliki

---

<sup>72</sup> Jonathan Law, *A Dictionary of Law* (8th Ed), Oxford University Press, Oxford, hlm. 351.

<sup>73</sup> Danang Hardianto, *Hakim Konstitusi Adalah Hati dalam Tubuh Mahkamah Konstitusi*, *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 2, Juni 2014, hlm. 315-332.

kapasitas untuk berpikir jangka panjang (*the statesman has the capacity to think long-range*) dan bekerja berdasar pada prinsip-prinsip yang telah ditetapkan (*the statesman operates on enduring principles*). Seorang negarawan juga identik dengan "kepemimpinan", sebagaimana dikatakan Dwight Eisenhower, bahwa kualitas tinggi untuk seorang pemimpin adalah integritasnya tidak perlu diragukan lagi (*unquestionably integrity*), ajaran dan tindakannya mulia. Oleh sebab itu, seorang negarawan haru memiliki tujuan yang mulia dalam setiap ajaran dan tindakannya.

Seorang hakim yang negarawan, sebagaimana dikatakan oleh James E. Bond, bahwa "*...must necessarily look forward for inspiration because he must anticipate the future and fashion a solution for its predicted problems. The judicial statesman thus focuses primarily on the result. Is it wise, just or fair?*".<sup>74</sup> Seorang hakim negarawan harus bijak dan lihai dalam mengelola urusan publik melalui keputusannya di pengadilan. Oleh sebab itu, Neil S. Siegel menyebutkan bahwa "*...that judges must seek not only the "right answer" to legal questions as a matter of professional reason but also an answer that sustains the social legitimacy of law.*"<sup>75</sup> Seorang hakim harus mengetahui secara pasti kondisi sosial yang ada di masyarakatnya untuk mengukur apakah keputusan yang diambil berdampak positif bagi masyarakat.

Tidak cukup sebagai negarawan, seorang hakim konstitusi juga harus menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Istilah "menguasai" dapat diartikan sama seperti "ahli", yaitu orang yang dengan pengetahuan khusus, terampil atau terlatih dalam suatu bidang khusus. Dalam hal ini, seorang hakim konstitusi dapat disebut ahli

---

<sup>74</sup> James E. Bond, "The Perils of Judicial Statedmanship", *Oklahoma City University Law Review*, Volume 7, Number 3, 1982, hlm. 399-417.

<sup>75</sup> Neil S. Siegel, "The Virtue of Judicial Statedmanship", *Texas Law Review*, Volume 86, hlm. 961-1030.

apabila memiliki pengetahuan, keterampilan, terlatih dan profesionalitas di dalam bidang konstitusi dan ketatanegaraan. Hal ini bisa dilihat dari latarbelakang pendidikan, pengalaman, maupun metode lainnya yang digunakan untuk mengukur kualitas hakim konstitusi tersebut.

Persoalan kompetensi juga merupakan syarat mutlak dalam hampir semua peradilan konstitusi di dunia. Di Korea Selatan, *Constitutional Court Act 2001* telah membatasi kualifikasi untuk menjadi seorang hakim konstitusi hanya bagi Hakim, Jaksa dan Pengacara, yang memiliki pengalaman minimal 15 tahun. Khusus bagi pengacara misalnya, posisinya harus sama atau melebihi jabatan asisten profesor dari suatu perguruan tinggi yang terakreditasi. Sedangkan pada Mahkamah Konstitusi Hungaria, berdasarkan *the Constitutional Court Act 2011*, seorang anggota Mahkamah Konstitusi haruslah bergelar sarjana hukum, berusia 45-70 tahun, dan seorang pengacara teoretis yang memiliki pengetahuan luar biasa (seorang profesor atau doktor pada *Hungarian Academy of Sciences*), atau setidaknya memiliki pengalaman di bidang hukum selama 20 tahun. Syarat-syarat ini menunjukkan bahwa negara-negara tersebut sangat memperhatikan kompetensi dari hakim konstitusi, sebagaimana di Indonesia.<sup>76</sup>

Dalam Mahkamah Konstitusi, seorang hakim konstitusi harus memiliki keahlian mengenai aturan dan prinsip yang terkandung dalam UUD 1945, termasuk segala hal yang terkait dengan konstitusi seperti hukum kebiasaan yang hidup di masyarakat. Sedangkan dalam bidang ketatanegaraan, seorang hakim konstitusi harus mengetahui bagian-bagian penting dalam ketatanegaraan, semisal: *pertama*, mengetahui bagaimana pembagian kekuasaan lembaga-lembaga negara yang

---

<sup>76</sup> Lihat dalam <https://hunconcourt.hu/act-on-the-cc/>

mencakup, pokok, fungsi, pembatasan kewenangannya, hubungan antara lembaga-lembaga negara tersebut, individu dan/atau kelompok masyarakat; *kedua*, mengetahui bagaimana kedudukan warga negara dan hak-hak dasarnya; dan *ketiga*, mengetahui sistem dan praktik dalam politik dan demokrasi.

Hakim konstitusi yang merupakan seorang ahli merupakan kehendak awal pembentukan MK yang sudah diwacanakan sejak pembahasan konstitusi pada masa-masa awal kemerdekaan. Pada saat itu, Muh. Yamin mengusulkan agar ada suatu mekanisme pengujian keabsahan isi UU terhadap UUD yang dilakukan oleh suatu lembaga tertinggi kehakiman. Namun ide itu ditolak oleh Soepomo, dengan menyatakan bahwa Indonesia masih belum banyak memiliki ahli di bidang konstitusi dan ketatanegaraan. Sehingga untuk saat itu, Soepomo menilai bahwa lembaga ini belum waktunya untuk dibentuk.

Premis yang dibangun oleh Soepomo adalah bahwa lembaga yang berwenang untuk menafsirkan konstitusi adalah lembaga tertinggi yang diisi oleh hakim-hakim yang memiliki keahlian di bidang tersebut. Konstitusi merupakan dasar hukum bernegara yang didalamnya mengatur mengenai sistem ketatanegaraan yang begitu kompleks. Oleh sebab itu, konstitusi tidak bisa ditafsirkan oleh orang yang tidak cukup memiliki keahlian di bidang itu, dengan maksud untuk menghindari adanya kesalahan dalam penafsiran yang berujung pada hilangnya kepercayaan dan kepatuhan pada konstitusi tersebut.

Berdasarkan uraian di atas, seorang ahli konstitusi dan ketatanegaraan yang kemudian menjadi hakim konstitusi, tidak serta-merta kehilangan identitasnya sebagai seorang ahli. Hal ini ditunjukkan dengan adanya ketentuan bahwa putusan diambil setelah adanya Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) yang di dalamnya memuat mengenai argumentasi dari hakim konstitusi. Apabila suara itu diambil

secara bulat/aklamasi, maka isi putusan merepresentasikan opini dari keseluruhan hakimnya. Demikian halnya apabila ada *dissenting opinion* ataupun *concurring opinion*, hal tersebut juga menunjukkan bahwa setiap hakim memiliki kebebasan dalam menafsirkan konstitusi.

Opini hakim disenter adalah bukti konkret bahwa hakim konstitusi menafsirkan berdasarkan latarbelakangnya yang seorang ahli. Argumentasi yang disampaikan selalu berkenaan dengan penafsirannya secara individu terhadap suatu perkara. Kendati saat ini tidak bersifat mengikat, namun *dissenting opinion* berisi pengetahuan hakim yang digali dari pengalamannya di bidang konstitusi dan ketatanegaraan. Oleh sebab itu, opini hakim disenter merupakan bagian dari *expert opinion*, yang dapat menjadi kunci dalam perkembangan hukum di Indonesia.

## **2. Formulasi *Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi dalam Hukum Acara Mahkamah Konstitusi**

### **A. Beberapa *Dissenting Opinion* Hakim Konstitusi yang Memberikan Ruang Pembaharuan Hukum**

Secara eksplisit, tidak ada pengaturan tentang *dissenting opinion*. Frase yang dipakai dalam UU Mahkamah Konstitusi adalah "*pendapat anggota majelis hakim yang berbeda*". Pendapat yang berbeda menurut Jimly, dibedakan menjadi dua yaitu *dissenting opinion* dan *concurrent opinion* atau *consenting opinion*.<sup>77</sup> Suatu putusan dianggap sebagai *concurring* apabila terdapat argumentasi anggota majelis hakim yang berbeda dengan mayoritas anggota majelis hakim yang lain namun tidak berimbang pada perbedaanamar putusan. Di sisi lain, suatu putusan dikatakan *dissenting* jika pendapat

---

<sup>77</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 289-291.

suatu anggota majelis hakim berbeda dengan pendapat mayoritas anggota majelis hakim yang lain dan perbedaan tersebut tak sekedar dalam hal penalaran saja, melainkan sampai menyentuh pada amar putusan.

Penjabaran lebih lanjut dari UU Mahkamah Konstitusi tertuang dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK). Dalam kaitannya dengan hukum acara pengujian undang undang, MK telah mengeluarkan PMK No. 6/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Secara spesifik, ketentuan tentang pendapat berbeda diatur dalam pasal 32 ayat (6). Bunyi lengkap dari ketentuan dalam pasal tersebut adalah "*Pendapat Hakim Konstitusi yang berbeda terhadap putusan dimuat dalam putusan, kecuali hakim yang bersangkutan tidak menghendaki*". Dengan pengaturan yang demikian, bisa ditafsirkan bahwa bisa saja hakim memiliki pendapat yang berbeda dalam suatu rapat permusyawaratan hakim (RPH) namun pendapatnya tersebut tidak tertuang dalam putusan.

Penyampaian alasan atau pendapat berbeda dalam suatu putusan oleh hakim konstitusi telah menjadi praktik yang jamak dilakukan sejak permulaan Mahkamah Konstitusi berdiri. Awalnya, terdapat kekhawatiran bahwa pengumuman secara terbuka terhadap *dissenting opinion* dalam suatu putusan akan memperlihatkan bahwa putusan tidak memiliki otoritas dan argumentasi yang kuat atau setidaknya menunjukkan adanya ketidakstabilan putusan yang dikeluarkan. Akan tetapi, dalam perjalanan waktu, praktik pemuatan alasan dan pendapat berbeda tersebut justru dapat meningkatkan kepercayaan publik terhadap Mahkamah karena adanya transparansi dan peningkatan legitimasi serta akuntabilitas putusan yang dikeluarkan. Selain itu, pendapat berbeda pada umumnya dapat

menjadi basis bagi penajaman dan perubahan hukum ataupun putusan di masa mendatang.<sup>78</sup>

Dalam sejarah Mahkamah Konstitusi, terdapat beberapa hakim konstitusi yang secara aktif melakukan *dissenting*. Namun yang paling menonjol diantaranya adalah hakim konstitusi Maria Farida dan Maruarar Siahaan. Dalam buku "Serviam: Pengabdian dan Pemikiran Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati", selama menjadi hakim konstitusi (2018), Hakim Maria telah mengeluarkan setidaknya 20 (dua puluh) alasan dan pendapat berbeda yang terdiri dari: 3 (tiga) alasan berbeda yang bersifat tunggal dalam putusan; 6 (enam) pendapat berbeda yang juga bersifat tunggal dalam putusan; 6 (enam) pendapat berbeda yang ditulis bersama-sama dengan hakim konstitusi lainnya dalam putusan; dan 5 (lima) pendapat berbeda yang ditulis terpisah bersama dengan hakim dissenters lainnya dalam putusan.<sup>79</sup>

Salah satu *dissenting opinion* hakim Maria yang terkenal adalah terhadap pengujian UU Penodaan Agama. Hakim Maria menjadi satu-satunya hakim yang berani menyampaikan pendapat bahwa UU Penodaan Agama harus dihapuskan. Pendapatnya tersebut didasari dengan pertimbangan bahwa UU Penodaan Agama merupakan produk masa lampau. Meskipun secara formal masih memiliki daya laku, namun secara substansial dinilai mempunyai berbagai kelemahan karena telah terjadi perubahan yang mendasar pasca perubahan UUD 1945, khususnya terkait dengan ketentuan hak-hak asasi manusia. Hakim Maria juga beralasan, selain terdapat pertentangan di dalam ketentuan pasal-pasal, pelaksanaan UU *a quo* juga sering

---

<sup>78</sup> Peter W. Hogg dan Ravi Amarnath, —Why Judges Should Dissent|, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, No. 2, 2017, hlm. 126-141.

<sup>79</sup> Pan Mogamad Faiz, Dari Concurring Hingga Dissenting Opinion: Menelusuri Jejak Pemikiran Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati, dalam "*Serviam: Pengabdian dan Pemikiran Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati*", AURA, Bandar Lampung, hlm. 5.

menimbulkan berbagai permasalahan yang kerap menimbulkan tindakan yang sewenang-wenang.

Maruarar Siahaan sering disebut sebagai "*the greatest dissenter*" karena seringkali mengeluarkan dissenting opinion pada putusan yang menolak permohonan. Hakim Maruarar adalah hakim yang dianggap menganut aliran progresif, karena cenderung ingin mengabulkan permohonan. Bahkan, dalam beberapa hal, hakim Maruarar tidak mau terikat secara tekstual terhadap UUD 1945, apabila penafsiran konstitusi *statue quo* ternyata dirasa tidak memenuhi keadilan. Salah satu *dissenting opinion*-nya yang terkenal adalah pada perkara hak *recall* partai politik kepada anggota DPR. Hakim Maruarar menyatakan bahwa hak *recall* telah mengingkari atas sifat hubungan antara anggota DPR dengan konstituen, karena anggota DPR terikat oleh hukum publik. Dengan kata lain, hak *recalling* tidak bisa dibenarkan tanpa adanya *due process of law*.<sup>80</sup>

Praktik *dissenting opinion* berkembang secara signifikan di Mahkamah Konstitusi. Sejak kehadirannya tahun 2003, *dissenting opinion* telah menjadi bagian dari pilihan hakim dalam memutus perkara. Dalam banyak putusan, hakim menggunakan haknya untuk berselisih dengan mayoritas, sebagaimana dicontohkan di atas. Simon Butt menjelaskan bahwa *dissenting opinion* di Indonesia terbagi menjadi dua kategori besar sesuai dengan periode kepemimpinan: Tahun 2004-2008 adalah periode awal MK yang dipimpin oleh hakim Jimly Asshiddiqie, dengan *dissenting opinion* yang gemuk, yaitu berjumlah 54 *dissenting opinion* dari 153 putusan MK. Periode ini diisi oleh hakim konstitusi yang cenderung menganut aliran progresif. Sedangkan periode 2009-seterusnya, adalah periode yang mengalami

---

<sup>80</sup> Lihat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 008/PUU-IV/2006.

penurunan dari segi jumlah *dissenting opinion*, meskipun jumlah putusan yang dikeluarkan MK terus bertambah.<sup>81</sup>

Kendati *dissenting opinion* MK cenderung berkurang akhir-akhir ini, namun kemerdekaan hakim konstitusi dalam menyampaikan pendapatnya yang tetap dipertahankan, memberikan kepastian bahwa dalam setiap putusan MK, selalu berpotensi ada hakim konstitusi yang mengajukan *dissenting opinion*. Hal ini menunjukkan bahwa pengaruh *dissenting opinion* tidak bergantung dari banyaknya hakim yang mengajukan, melainkan dari argumentasi yang dibangun oleh hakim tersebut untuk perkembangan hukum kedepannya. Hal ini dapat dilihat dari beberapa contoh *dissenting opinion* sebagai berikut:

#### **A. Opini Hakim Disenter dalam Pengujian UU Penodaan Agama**

Pada tahun 2009, para pemohon yang terdiri dari perorangan dan badan hukum privat, termasuk diantaranya mantan Presiden K.H. Abdurrahman Wahid, mengajukan permohonan pengujian UU No. 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama (UU Penodaan Agama). Permohonan tersebut meminta MK untuk menguji pasal-pasal inti dari UU Penodaan Agama, yaitu Pasal 1 sampai Pasal 4, karena dianggap bertentangan dengan prinsip persamaan dalam hukum (*equality before the law*), hak atas kebebasan beragama, meyakini keyakinan, menyatakan pikiran dan sikap, dan hak asasi lainnya, yang dilindungi dan dijain oleh negara.

Secara singkat, permohonan ini dilatarbelakangi oleh tiga persoalan utama, yaitu: intervensi negara terhadap kebebasan beragama/berkeyakinan, karena negara melalui Departemen Agama, berwenang untuk menetapkan kebijakan terkait dengan

---

<sup>81</sup> Simon Butt, 2018, *ibid.*, hlm. 11.

agama; Bersifat diskriminatif karena hanya mengakui 6 (enam agama) saja, yaitu Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Khong Hu Cu (Confusius), sedangkan penanut aliran kebatinan/kepercayaan, seolah-olah dipaksa untuk mengikuti keagamaan tertentu, seperti misalnya dalam hal administratif/pencatatan; menjadi instrumen untuk mengkriminalkan pendapat/ekspresi yang berbeda.

Melalui putusan No. 140/PUU-VII/2009,<sup>82</sup> Mahkamah Konstitusi menolak permohonan tersebut. MK menilai bahwa UU Penodaan Agama tidak melarang orang untuk beragama, melainkan hanya menentukan batasan untuk mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang bersifat permusuhan. MK menilai bahwa UU Penodaan Agama adalah bukan undang-undang tentang kebebasan beragama sebagai hak asasi manusia, melainkan undang-undang mengenai larang penghinaan terhadap agama (*blasphemy atau defamation of religion*). MK menganggap bahwa UU Penodaan Agama dapat menjadi *general protection* terhadap konflik horizontal maupun vertikal di masyarakat.

Putusan MK ini tidak diperoleh secara aklamasi. Terdapat seorang hakim konstitusi Harjono yang mengajukan *concurring opinion*, dan seorang hakim Konstitusi Maria Farida Indrati yang memberikan *dissenting opinion*. Hal yang menarik adalah argumentasi dissenting dari Hakim Maria Farida, yang menjadi satu-satunya yang bertentangan dengan keputusan akhir hakim mayoritas. Hakim Maria Farida menyatakan bahwa uu Penodaan Agama adalah produk masa lampau, yang meskipun masih mempunyai daya laku (*validity*) menurut UUD 1945, namun secara

---

<sup>82</sup> Selain itu, terdapat dua putusan MK yang sama yang menguji UU Penodaan Agama, yaitu Putusan Mk No. 84/PUU-X/2012 dan Putusan MK No. 76/PUU-XVI/2018. Keduanya menyatakan menolak permohonan tersebut.

substansial mempunyai berbagai kelemahan, karena tidak 'menyentuh' prinsip-prinsip hak asasi manusia yang sudah diakomodir dalam UUD 1945 hasil perubahan.

Hakim Maria Farida tidak sekedar menolak eksistensi UU Penodaan Agama, tetapi lebih jauh dari itu. Menurut Hakim Maria Farida, UU Penodaan Agama telah menciptakan diskriminasi, terbukti di Departemen Agama (Depag) saat ini, hanya ada perwakilan enam agama resmi saja (Islam, Protestan, Katolik, Hindu, Budha, dan Kong Hu Cu). Bahkan sebelumnya, dengan berdasarkan UU tersebut, pemerintah orde baru melarang penganut agama Kong Hu Cu (termasuk larangan terhadap simbol-simbol, adat kebiasaan, bahasa, dan budaya). Kemudian, UU Penodaan Agama tersebut telah "memaksa" kelompok penghayat untuk "menundukkan diri" terhadap agama-agama yang diakui oleh negara. Hakim Maria Farida misalnya menyoroti bahwa dalam praktik, hanya enam agama yang "diakui" negara, seperti misalnya dalam Kartu Tanda Penduduk (KTP), yang dicantumkan hanya keenam agama tersebut.<sup>83</sup>

*Dissenting opinion* Hakim Maria yang menyinggung aliran kepercayaan dan KTP, kemudian menjadi terobosan penting yang dilakukan oleh MK, dalam memutus pengujian UU Administrasi Kependudukan. Dalam Putusan MK No. 97/PUU-XIV/2016, MK menyatakan bahwa aliran kepercayaan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari agama. Meskipun seringkali disebutkan secara terpisah, namun bukan berarti menjadikan keduanya memiliki sekat yang menjadikan agama kedudukannya lebih tinggi. Sehingga, UU Adminduk yang hanya mencantumkan kolom agama,

---

<sup>83</sup> Siti Aminah & Uli Parulian Sihombing, *Memahami Pendapat Berbeda (Dissenting Opinion) Putusan Uji Materiil Uu Penodaan Agama*, The Indonesian Legal Resource Center (ILRC), Jakarta, 2011, hlm. 8-9.

sedangkan bagi penganut kepercayaan hanya diperbolehkan untuk mengosongkan kolomnya atau memilih salah satu dari keenam agama yang diakui, telah senyatanya menimbulkan diskriminasi, dan karenanya bertentangan dengan konstitusi.

Pemikiran Hakim Maria Farida mengenai keadilan yang seharusnya diperoleh kelompok-kelompok yang termarginalkan oleh sistem, telah membawa perubahan dan turut mempengaruhi perkembangan dan penafsiran hukum saat ini. Kendati tidak disebutkan secara langsung, namun Putusan MK No. 97/PUU-XIV/2016 seolah merepresentasikan kekhawatiran hakim Maria Farida pada perkara pengujian UU Penodaan Agama. Kita tidak lagi berdebat secara konseptual mengenai polarisasi antara agama dan aliran kepercayaan, karena telah memperoleh penegasan secara hukum. Apabila ditemukan praktik yang melanggar, hal tersebut sepenuhnya karena proses hukum tidak dijalankan sebagaimana mestinya.

Bahkan, pernyataan Hakim Maria Farida yang menyebutkan bahwa UU Penodaan Agama adalah peraturan yang usang dan dapat menjadi instrumen untuk menghukum seseorang dengan dalih penistaan agama, perlu untuk dibawa dalam konteks yang lebih akademis. Dalam masa demokrasi yang bergantung pada jaminan dan perlindungan HAM, sistem yang mengunci hak berpendapat bagi setiap orang, adalah paradoks. Sehingga, perlu ada telaah lebih lanjut mengenai diskursus ini.

## **B. Opini Hakim Disenter dalam Perkara “Calon Presiden Independen”**

Undang-Undang yang berkaitan dengan pemilihan umum merupakan undang-undang yang cenderung sering diuji oleh MK. Jenis undang-undang yang bersentuhan secara langsung dengan

kepentingan politik memang menjadi 'langganan' di MK, beberapa diantaranya bahkan pernah mengalami pengulangan permohonan pada konteks yang sama (meskipun dalam undang-undang yang berbeda). Salah satu aspek pengaturan penyelenggaraan pemilu yang diuji secara berulang adalah pasal-pasal yang terkait dengan persyaratan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden yang berasal dari Parpol dan Gabungan Parpol. Terdapat dua putusan yang sama, yaitu Putusan No. No. 56/PUU-VI/2008 tentang pengujian UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pilpres dan Putusan MK No. 17/PUU-XI/2013 tentang Pengujian UU No. 2 Tahun 2011 tentang Parpol.

Pada tahun 2008, MK menerima permohonan pengujian pasal 1 ayat (4), pasal 8, pasal 9, serta pasal 13 ayat (1) UU Pilpres, yang merupakan pengaturan mengenai syarat pencalonan presiden dan wakil presiden. Dalam putusannya, MK menolak seluruh permohonan, dengan menyatakan bahwa persyaratan pencalonan Presiden dan Wakil Presiden yang harus berasal dari Parpol merupakan kehendak dari konstitusi yang mengacu pada original intent (kehendak awal) pasal 6A ayat (2) UUD 1945. Setiap warga negara berhak untuk menjadi calon, namun harus memenuhi ketentuan sebagaimana diatur dalam konstitusi.

Dalam perkara ini, terdapat tiga orang hakim konstitusi yang memiliki *dissenting opinion*, yaitu Hakim Abdul Mukhtie Fadjar, Hakim Maruarar Siahaan, dan Hakim M. Akil Mochtar. Adanya *dissenting opinion* tersebut setidaknya telah menaruh harapan bagi para pejuang demokrasi untuk dapat membuka peluang bagi capres independen tersebut dalam perwujudan politik yang komprehensif di Indonesia. Meskipun secara yuridis, putusan MK yang menolak capres independen tersebut bersifat final dan mengikat (*erga*

*omnes*), atau dengan kata lain harus dipatuhi oleh semua orang, namun masih ada celah untuk mendobrak putusan tersebut dengan berbagai cara lainnya, termasuk dengan melakukan amandemen kelima terhadap UUD 1945.

Hakim Mukhtie Fadjar dalam *dissenting opinion*-nya, menjelaskan bahwa pasal 6A UUD 1945 yang menjadi alasan utama MK menjatuhkan putusannya, bukanlah norma yang mengatur mengenai persyaratan, melainkan mengenai cara pencalonan. Artinya, pasal tersebut tidaklah menafikan siapapun yang memenuhi persyaratan untuk menjadi capres dan cawapres, baik itu yang bersangkutan mencalonkan diri secara pribadi, maupun dicalonkan oleh parpol atau gabungan parpol. Dia mengibaratkan, seperti seseorang yang bermaksud untuk masuk universitas tertentu, yang paling penting untuk dipenuhi ialah persyaratannya, dan bukan karena ia membiayai diri sendiri atau dibiayai oleh orang tua atau orang lain. Oleh karenanya, hal-hal yang sifatnya hanya prosedural seperti itu, tidak boleh mengesampingkan persyaratan. Dalam hal ini, partai politik haruslah kembali kepada esensi awalnya, yakni hanya sebagai 'kendaraan' atau 'tempat keberangkatan' bagi calon, yang tidak secara mutlak harus dipakai atau dilalui.

Hakim Maruarar Siahaan dalam *dissenting*-nya, menyebutkan bahwa seharusnya MK dapat mengacu pada Putusan MK No. 5/PUU-V/2007, yang membuka calon perseorangan dalam Pilkada. Kendati antara Pemilu dan Pilkada seringkali diartikan sebagai rezim yang berbeda, namun menurut Hakim Maruarar, apabila dilihat dari kategori pimpinan eksekutif negara, antara Presiden/Wakil Presiden dan Kepala Daerah, merupakan kategori yang sama (hanya kewenangannya yang berbeda). Demikian

halnya dengan kondisi saat ini yang terus berkembang, Hakim Marurara juga menilai bahwa ada kehendak masyarakat yang menginginkan capres independen sebagai alternatif, yang dibuktikan dengan berbagai survei. Hal ini menunjukkan bahwa di masyarakat telah tumbuh kesadaran baru untuk berpolitik dengan tidak bergantung sepenuhnya pada parpol.

*Dissenting opinion* dalam perkara ini telah memberikan harapan baru bagi masyarakat yang selama ini menginginkan adanya alternatif dalam Pilpres. Dalam beberapa pemilu terakhir, masyarakat tidak memiliki alternatif pilihan, karena Parpol hanya mencalonkan nama dan orang yang sama yang maju mewakili parpol tersebut dalam pemilu. Parpol yang sejatinya dibangun untuk mengakomodir kepentingan masyarakat melalui kader-kadernya, kini telah menjadi pragmatis dengan lebih mengutamakan kepentingan pribadi dan/atau kepentingan golongan. Selama ini, yang menjadi ukuran parpol untuk mengusulkan capres ialah dari popularitas dan elektabilitas seseorang, tanpa mau melihat kapabilitas yang dimilikinya, apakah telah sesuai dengan kriteria yang diharapkan masyarakat atau tidak. Alhasil, kepercayaan masyarakat terhadap parpol pun semakin merosot.

Meskipun tidak serta merta capres independen itu mutlak lebih baik dari yang berasal dari parpol, namun munculnya wacana capres independen merupakan langkah progresif yang bisa diadaptasi dalam sistem pemilu langsung yang diterapkan di Indonesia saat ini. Diantara landasan filosofis terbentuknya pilpres secara langsung ialah agar segenap rakyat bisa dengan lebih bebas menentukan pilihannya tanpa harus mewakilkan pada atau diwakili oleh parpol atau anggota MPR sebagaimana pilpres sebelum

amandemen. Dengan adanya alternatif tersebut, diharapkan mampu menghasilkan pemimpin yang jauh lebih baik. Itulah nilai yang paling esensial dari gagasan capres independen.

### **C. Opini Hakim Disenter mengenai Legal Standing bagi WNA**

Pada dasarnya, tidak semua orang dapat mengajukan permohonan ke MK. Adanya kepentingan hukum saja tidak cukup menjadi dasar, dengan berpedoman pada adagium *point d'interet point d'action*, yakni apabila ada kepentingan hukum boleh mengajukan gugatan. Seseorang harus memiliki *legal standing* agar permohonannya dapat dilanjutkan dalam persidangan di MK. Dalam hukum acara di MK, *legal standing* diberikan secara terbatas. Namun yang pasti, Warga Negara Asing (WNA) tidak memiliki legal standing dalam permohonan perkara di MK.

Dalam praktiknya, pernah terjadi permohonan pengujian undang-undang oleh 3 (tiga) warga negara asing sebagaimana Putusan MK No. 2-3/PUU-V/2007 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997. Dalam putusannya, MK memutuskan bahwa permohonan pengujian yang diajukan oleh ketiga warga negara asing tersebut tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*). Namun terhadap putusan ini, terdapat 4 (empat) hakim disenter, dan 3 (tiga) orang Hakim Konstitusi menyatakan dissenting-nya berkaitan dengan *legal standing* pemohon berkewarganegaraan asing, yaitu Hakim Konstitusi Harjono, Hakim Laica Marzuki, dan Hakim Maruarar Siahaan.

Hakim Harjono menyatakan bahwa WNA seharusnya memperoleh *legal standing*. Dalam kultur HAM di Indonesia, konstitusi menyebutkan hak konstitusional diberikan kepada "setiap orang" yang berarti berlaku juga pada WNA. WNA perlu diberikan *legal standing* karena ada undang-undang yang secara *legal policy*

berhubungan langsung dengan WNA, misalnya yang terkait dengan imigrasi atau undang-undang yang timbul karena perjanjian dengan negara lainnya. Demikian halnya Hakim Laica Marzuki, yang menyebutkan bahwa frasa "setiap orang" dalam konstitusi, bukan berarti citizen right, melainkan *equal right* yang berlaku bagi setiap orang di wilayah NKRI. Ia juga membandingkan dengan praktik di Mahkamah Konstitusi Jerman, bahwa terdapat Putusan *Bundesverfassungsgericht* tahun 2006, yang mengabulkan permohonan *constitutional complaint* dari seorang mahasiswa asing berkebangsaan Marokko.

Hakim Maruarar Siahaan juga menyatakan bahwa *access to justice* adalah hak setiap orang, terutama yang berkaitan dengan hak hidup, yang tidak bisa dibatasi oleh status kewarganegaraannya. Hakim Maruarar mencontohkan praktik penerimaan WNA sebagai *locus standing*, seperti dalam Konstitusi Dominika Tahun 1978, yang menyatakan orang asing sebagai "*a person within.....and is entitled to judicial review under....*", yang memberi legalitas bagi WNA untuk berperkara di pengadilan. Contoh lain, misalnya dalam perkara *Cabell v. Chavez-Salido* (1982), yang menyangkut pengujian seorang WNA atas Pasal 1031 (a) of *Cal.Govt Ann*, yang mensyaratkan bahwa "*public officers or employess declared by law to peace officers*", haruslah WNA. Permohonan perkara ini diterima oleh *the Supreme of Court*, meskipun putusan akhirnya adalah tidak mengabulkan permohonan.

Argumentasi para hakim disenter mengenai *legal standing* WNA merupakan suatu pemikiran yang progresif. Kedudukan negara sebagai bagian dari *global village*, menjadikan Indonesia tidak bisa lepas dari hubungan dengan negara lainnya. Jumlah

warga negara asing yang bertambah, dan kebijakan pemerintah yang membuka akses yang sama terhadap beberapa hak tertentu, membuat persinggungan antara WNA dengan negara tidak bisa diabaikan. Apabila ada hak WNA yang terlanggar misalnya, instrumen apa yang dapat digunakan oleh WNA tersebut? Hal ini yang perlu diperhatikan kedepannya.

Dalam penelitian Bagus Hermanto dkk. (2017), terdapat 3 (tiga) negara yang memperbolehkan WNA menjadi *legal standing*, yaitu Republik Federal Jerman, Republik Ceko, dan Mongolia<sup>84</sup>. Di Jerman misalnya, *Bundesverfas-sungsgericht* yang dibentuk bersamaan dengan ditetapkannya *Basic Law for the Federal Republic of Germany*, diberikan kewenangan besar untuk mengurus konstitusional di negara Jerman. Dalam *Article 90 Section (1) 36 Act on the Federal Constitutional Court*, pada pokoknya mengatur bahwa setiap orang berhak untuk mengajukan permohonan ke *Bundesverfas-sungsgericht* apabila merasa hak-hak dasarnya dirugikan atas berlakunya sebuah undang-undang, karena hak-hak dasar tidak hanya terbatas pada warga negara asli Jerman, tetapi juga menjadi hak warga negara asing. Sedangkan di Mongolia, Mahkamah Konstitusi Mongolia (Tsets), memberikan legal standing bagi WNA untuk mengajukan permohonan dan informasi kepada Tsets, berdasarkan pada *The law on Constitutional Court Procedure*.

Adanya, *dissenting opinion* yang secara lugas menguraikan bahwa konstitusi mengakomodir hak-hak yang sifatnya tidak terbatas pada *citizenship*, ditambah dengan fakta bahwa di beberapa negara telah memberikan legalitas kepada WNA untuk menjadi pemohon di pengadilan konstitusi, setidaknya dapat

---

<sup>84</sup> I Gede Yusa, dkk., "Gagasan Pemberian *Legal Standing* Bagi Warga Negara Asing dalam *Constitutional Review*", *Jurnal Konstitusi*, Volume 15, Nomor 4, Desember 2018, hlm. 752-773.

menjadi parameter bahwa kedepannya, Indonesia perlu menengok pada hubungan masyarakat antar negara yang terus berkembang. Frasa "setiap orang" yang diatur dalam konstitusi pada Bab Hak Asasi Manusia, memberikan asurans bahwa negara seharusnya mengakui hak-hak semua orang yang secara prinsipal hidup di Indonesia, baik WNI maupun WNA. Batasan yang ada hanya sekedar untuk memastikan agar hak WNI terlindungi, namun juga tidak mematikan hak prinsipal dari WNA-nya.

#### **D. Opini Hakim Disenter mengenai Hak Angket KPK oleh DPR**

Putusan MK No. 36/PUU-XV/2017 yang menguji konstitusionalitas objek hak angket DPR terhadap KPK menimbulkan permasalahan dan perdebatan hukum, khususnya dapat tidaknya penggunaan hak angket DPR terhadap KPK sebagai lembaga negara independen. Pasal yang diuji adalah Pasal 79 ayat (3) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD (UU MD3), yang menyebut "*Hak angket sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b adalah hak DPR untuk melakukan penyelidikan terhadap pelaksanaan suatu undang-undang dan/atau kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan hal penting, strategis, dan berdampak luas pada kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara yang diduga bertentangan dengan peraturan perundang-undangan*". Sedangkan dalam Penjelasan Pasal 79 ayat (3) tersebut, "*Pelaksanaan suatu undang-undang dan/atau kebijakan Pemerintah dapat berupa kebijakan yang dilaksanakan sendiri oleh Presiden, Wakil Presiden, menteri negara, Panglima TNI, Kapolri, Jaksa Agung, atau pimpinan lembaga pemerintah nonkementerian*".

Frasa yang terdapat dalam "*hak DPR untuk melakukan penyelidikan terhadap pelaksanaan suatu undang-undang dan/*

*atau kebijakan Pemerintah*”, menunjukkan lembaga negara yang menjadi objek dari hak angket adalah Pemerintah. Khususnya kata “Pemerintah” yang menggunakan “P” (huruf besar) kemudian menjadi perdebatan. Pendapat yang tidak setuju KPK menjadi objek hak angket DPR mengemukakan alasan bahwa Pemerintah dengan “P” huruf besar adalah eksekutif pemerintahan yakni Presiden dan organ yang ada di bawahnya, sementara KPK merupakan lembaga independen yang dijamin oleh UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK), sehingga KPK tidak dapat dijadikan objek dari hak angket. Sementara, kelompok yang setuju KPK menjadi objek hak angket DPR beralasan bahwa KPK memiliki fungsi penyelidikan, penyidikan dan penuntutan yang itu merupakan fungsi eksekutif, sehingga tetap dapat dilakukan hak angket.<sup>85</sup>

Dalam Putusan Nomor 36/PUU-XV/2017, MK memutuskan menolak permohonan pemohon yang pada intinya menyebut KPK bukan merupakan objek hak angket DPR. MK menyatakan bahwa KPK merupakan lembaga eksekutif, yang melaksanakan fungsi-fungsi dalam domain eksekutif, yakni penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan, yang walaupun bersifat independen, tidak berarti membuat KPK tidak independen dan terbebas dari pengaruh manapun. KPK independen dan bebas dari pengaruh kekuasaan manapun adalah dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya, sehingga KPK tetap dapat menjadi objek hak angket DPR sebagai bagian dari fungsi pengawasan yang melekat pada DPR.

Dalam Putusan MK tersebut tidak diambil secara aklamasi. Sebanyak 4 (empat) orang Hakim Konstitusi menyampaikan

---

<sup>85</sup> Mei Susanto, Hak Angket DPR, KPK, dan Pemberantasan Korupsi, *Jurnal Integritas*, Volume 4 Nomor 2, Desember 2018, hlm. 99-127.

*dissenting opinion*. 3 (tiga) orang Hakim Konstitusi diantaranya menyebut KPK bukanlah organ eksekutif sehingga tidak dapat menjadi objek hak angket DPR, dan 1 (satu) orang Hakim Konstitusi menyebut KPK termasuk dalam ranah eksekutif, namun karena independen sehingga tidak dapat menjadi objek hak angket DPR. *Dissenting opinion* dari keempat Hakim Konstitusi ini membuka ruang perdebatan mengenai kedudukan KPK dalam sistem ketatanegaraan, karena dapat dijadikan parameter untuk menilai sejauh mana independensi KPK, dan apakah DPR memang dapat mengajukan hak angket terhadap KPK.

Dalam *dissenting-nya*, 3 (tiga) Hakim Konstitusi yaitu Saldi Isra, I Dewa Gede Palguna dan Suhartoyo, mengatakan bahwa KPK merupakan lembaga independen yang bukan berada di dalam tiga cabang kekuasaan negara di dalam trias politika. Hal tersebut didasarkan pada pendapat teoritis dari Asimow dalam bukunya *Administrative Law* (2002), dengan mengatakan "*Unit of government created by statute to carry out specific task in implementing the statute. Most administrative agencies fall in the executive branch, but some important agencies are independent*". Dengan demikian, "*Organ negara yang disematkan status independen karenanya berada di luar ketiga cabang kekuasaan dalam doktrin trias politika*".

Selain berdasarkan pendapat Asimow, 3 Hakim Konstitusi juga mendasarkan pada pendapat William F. Funk & Richard H. Seamon yang mengatakan bahwa lembaga yang disebut independen itu tidak jarang mempunyai kekuasaan "*quasi legislative*", "*quasi executive*", "*quasi judicial*", yang sejalan dengan pendapat Jimly Asshiddiqie (2006) menyebut organ negara independen karena berada di luar cabang kekuasaan eksekutif,

legislatif, dan yudikatif, sehingga dengan penyematan posisi “quasi” tersebut, lembaga independen tidak termasuk cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, maupun yudikatif.

Keseluruhan perdebatan hingga keluarnya Putusan MK No. 36/PUU-XV/2017 telah menunjukkan bahwa MK menjadi ruang dialogis bagi para hakim konstitusi. Komposisi hakim mayoritas dan minoritas dengan perbandingan 5:4, memang seringkali menimbulkan pertanyaan pada legalitas putusan MK tersebut. Terutama dalam kasus yang terkait dengan persoalan yang bersinggungan dengan publik, seperti halnya KPK, Putusan MK akan mendapati sorotan publik. Dalam hal ini, *dissenting opinion* para hakim Konstitusi memberikan kesempatan untuk menunjukkan apakah memang benar, KPK merupakan lembaga yang layak di angket oleh DPR?

Sebagian besar *dissenting opinion* hakim konstitusi merujuk pada beberapa putusan MK sebelumnya, dalam pengujian UU KPK, yang menasbihkan KPK sebagai lembaga independen, seperti dalam: Putusan MK No. 012-016-019/PUU-IV/2006, tertanggal 19 Desember 2006; b) Putusan MK No. 19/PUU-V/2007, tertanggal 13 November 2007; c) Putusan MK No. 37- 39/PUU-VIII/2010, tertanggal 15 Oktober 2010; dan e) Putusan MK No. 5/PUU-IX/2011, tertanggal 20 Juni 2011. Secara umum, Putusan MK ini menegaskan bahwa: (1) KPK merupakan lembaga yang dianggap penting secara konstitusional (*constitutionally important*); (2) KPK merupakan lembaga negara yang bersifat independen yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bebas dari (campuran) kekuasaan manapun; dan (3) Pimpinan bersifat kolektif dan berakhirnya masa jabatan pimpinan (dapat) habis secara bergantian (*staggered terms*).

Riwayat Putusan MK di atas, ditambah dengan *dissenting opinion* pada Putusan MK No. 36/PUU-XV/2017, seharusnya dapat menjadi referensi akademis apabila kedepannya ada gugatan yang sama terhadap KPK, yang didalamnya berpotensi melemahkan kedudukan KPK. Hal ini dikarenakan KPK adalah 'kecambah' dari reformasi yang bertujuan untuk memberantas korupsi, yang oleh karenanya, diberikan kewenangan luar biasa oleh undang-undang. Independensi KPK ini adalah bagian terpenting yang berguna untuk memastikan bahwa KPK dapat bekerja secara optimal, tanpa adanya intervensi apapun.

## **B. Pengaturan *Dissenting Opinion* sebagai *Expert Opinion* dalam Hukum Acara Mahkamah Konstitusi**

Ketentuan mengenai *dissenting opinion* dalam hukum acara di MK sebenarnya telah diatur dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang MK. *Dissenting opinion* muncul sebagai konsekuensi apabila putusan tidak mencapai mufakat bulat. Artinya, MK menghendaki putusan yang diambil secara aklamasi. Namun dalam kondisi dimana terdapat hakim yang mengajukan *dissenting opinion*, putusan tersebut masih tetap sah. Dalam Pasal 45 UU MK disebutkan bahwa "*Dalam hal putusan tidak tercapai mufakat bulat, pendapat anggota Majelis Hakim yang berbeda dimuat dalam putusan.*" Pasal ini menunjukkan bahwa selain MK memperbolehkan *dissenting opinion*, opini hakim disenter tersebut juga dapat dicantumkan dalam putusan.

Apabila dicermati, Pasal 45 UU MK sejatinya tidak cukup memberikan kemerdekaan bagi hakim konstitusi untuk membuat *dissenting opinion*. Banyaknya *dissenting opinion* sejauh ini hanya berdasarkan pada praktik yang berkembang dalam hukum acara di MK sendiri. Hal ini yang terkadang masih menimbulkan pertanyaan,

apakah *dissenting opinion* mempengaruhi putusan yang diambil oleh MK? Tanpa adanya penegasan secara yuridis dalam undang-undang, *dissenting opinion* seolah menjadi pilihan 'ekstrim' dari hakim yang 'menyimpang' dari mayoritas hakim lainnya, namun tidak menemukan legitimasi yang secara spesifik memberikan kewenangan kepadanya.

Hal ini tercermin pada Peraturan MK yang mengatur mengenai pelaksanaan kewenangan MK. Dalam Peraturan MK No. 6/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Pengujian Undang-Undang, dapat ditemukan beberapa ketentuan yang menyinggung *dissenting opinion*. Pasal 32 ayat (5) menyebutkan bahwa "*Pendapat Hakim Konstitusi yang berbeda terhadap putusan dimuat dalam putusan, kecuali hakim yang bersangkutan tidak menghendaki*". Sedangkan dalam Pasal 33 dijelaskan bahwa *dissenting opinion* tersebut dimuat dalam Putusan. Demikian halnya dalam Peraturan MK No. 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara Sengketa Kewenangan Lembaga Negara, bahwa putusan diambil secara musyawarah mufakat, namun menurut Pasal 21, "*Dalam hal RPH untuk pengambilan keputusan akhir tidak mencapai mufakat, pendapat yang berbeda (dissenting opinion) ataupun alasan yang berbeda (concurring opinion) dimuat dalam putusan*". Namun terdapat pengecualian, sebagaimana dalam Pasal 28, yang menyatakan bahwa "*Dalam hal terdapat pendapat berbeda dari Hakim yang dimuat di dalam putusan, sedangkan Hakim yang bersangkutan tidak hadir dalam sidang pleno pengucapan putusan, pendapat berbeda tersebut tidak dibacakan*".

*Dissenting opinion* tidak hanya berkaitan dengan kewenangan MK untuk menguji undang-undang dan sengketa lembaga negara, melainkan juga pada perkara yang berkaitan

dengan proses impeachment bagi Presiden yang patut diduga melanggar ketentuan. Dalam Peraturan MK No. 21/PMK/2009 tentang Pedoman Beracara Memutus Pendapat DPR mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden, khususnya Pasal 18, menyatakan bahwa "*Dalam hal pengambilan putusan dilakukan dengan suara terbanyak, apabila ada hakim konstitusi yang ingin mengajukan pendapat berbeda, maka pendapat hukum konstitusi yang berbeda dimuat dalam putusan*". Akan tetapi, hal ini berbeda dengan Peraturan MK No. 12/2008 tentang Prosedur Beracara dalam Pembubaran Partai Politik, yang dalam ketentuannya tidak diatur mengenai *dissenting opinion*, sehingga dapat dimaknai, bahwa dalam hal pembubaran Parpol, putusan harus diambil secara musyawarah mufakat, atau dengan suara terbanyak yang ditentukan oleh ketua RPH.

Kendati dalam UU MK maupun dalam peraturan turunannya, MK telah mengatur sedemikian rupa mengenai pelaksanaan *dissenting opinion*, namun ketentuan tersebut tidak menjadikan *dissenting opinion* memiliki arti penting dalam hukum acara di MK. UU MK hanya menyebutkan bahwa *dissenting opinion* dapat dimuat dalam putusan, namun tidak diuraikan apakah dia bagian dari putusan yang dapat dijadikan sebagai referensi dalam pengambilan putusan yang sama, atau hanya sebagai lampiran saja untuk memenuhi akuntabilitas MK. Ketidakjelasan ini menimbulkan beragam pertanyaan mengenai kedudukan *dissenting opinion* dalam hukum acara MK dan fungsinya bagi perkembangan hukum kedepannya.

Sebagaimana telah dijelaskan di atas, *dissenting opinion* merupakan produk dari aktivitas yudisial yang dilakukan oleh hakim konstitusi, yang merdeka, dengan segala atribusi keahlian yang

melekat dalam dirinya. Hakim Konstitusi adalah seorang negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, sehingga sifat keahliannya tidak bisa dihilangkan, kendatipun memegang jabatan sebagai hakim konstitusi yang terikat oleh peraturan yang terkait institusinya. Sifat keahlian itu terjelma dari setiap keputusan yang diambil yang berdasarkan pada pertimbangan berbasikan pengetahuan dan pengalamannya dalam bidang konstitusi dan ketatanegaraan. Hal ini menunjukkan bahwa seharusnya *dissenting opinion* tidak hanya dijadikan sebagai 'ornamen' pengadilan semata, melainkan dijadikan sebagai bagian terpenting dalam hukum acara di MK.

Oleh sebab itu, perlu adanya formulasi *dissenting opinion* dalam hukum acara MK, yang diarahkan pada penegasan terhadap beberapa hal, yaitu:

**Pertama,** UU MK secara tegas harus menjelaskan bahwa hakim konstitusi memiliki hak untuk mengajukan *dissenting opinion*. Hak ini untuk memastikan bahwa dalam melaksanakan fungsinya untuk menafsirkan konstitusi, seorang hakim konstitusi memiliki kemerdekaan untuk menyusun argumentasi terkait penalarannya terhadap perkara yang dimohonkan. Kemerdekaan ini akan timbul apabila regulasi memberikan hak secara nyata. Hal yang sama yang diterapkan di beberapa negara di eropa, yang dalam undang-undangnya, memang secara tegas menjelaskan apa itu *dissenting opinion*, kapan *dissenting opinion* itu disampaikan, dan bagaimana mekanisme publikasinya.

**Kedua,** harus ada ketentuan yang menjelaskan bahwa *dissenting opinion* merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari putusan. Harus ada formulasi yang jelas bagaimana menempatkan *dissenting opinion* ini dalam putusan. Sebagai contoh, apabila

menggunakan penafsiran sistematis terhadap Pasal 33 PMK No. 6/PMK/2005, "*pendapat berbeda dari hakim konstitusi*" seharusnya ditempatkan setelah "*amar putusan*", dan sebelum "*hari dan tanggal putusan, nama dan tanda tangan Hakim Konstitusi, serta Panitera*". Namun dalam praktiknya, *dissenting opinion* selalu ditempatkan sebagai bagian yang terpisah dari putusan, yaitu ditempatkan setelah ada penandatanganan dari hakim konstitusi, sehingga menimbulkan asumsi bahwa *dissenting opinion* hanyalah 'lampiran' dari putusan MK tersebut.

**Ketiga,** UU MK beserta peraturan turunannya, harus mencantumkan bahwa *dissenting opinion* wajib dipublikasikan kepada publik. Tidak ada lagi mekanisme dimana publikasi *dissenting opinion* sangat bergantung pada kehendak hakim disenter, melainkan suatu keharusan untuk memuat *dissenting opinion* tersebut. Hal ini untuk menjaga marwah utama *dissenting opinion* sebagai bagian dari akuntabilitas peradilan kepada publik. Apalagi dengan fakta yuridis, bahwa putusan MK adalah bersifat *erga omnes*, dan selalu menarik perhatian publik, maka publikasi *dissenting opinion* merupakan suatu keniscayaan. Publik akan kesulitan memahami bagaimana dinamika perdebatan para hakim, apabial *dissenting opinion*-nya tidak dipublikasikan.

**Keempat,** adalah hal yang utama, bahwa UU MK beserta peraturan turunannya, harus mencantumkan norma yang menyebutkan bahwa *dissenting opinion* wajib diperhatikan oleh hakim konstitusi dalam memutuskan suatu perkara yang relatif sama atau saling berkaitan. *Dissenting opinion* adalah produk dari hakim konstitusi sebagai *expert opinion* (sebagaimana telah dijelaskan di atas), yang argumentasinya berisi kekuatan logis dan logis, yang dapat dijadikan referensi oleh hakim konstitusi lainnya dalam

memutus perkara yang sama. Tidak sedikit *dissenting opinion* hakim konstitusi yang memacu suatu perubahan mendasar pada beberapa aspek ketatanegaraan yang cenderung konservatif. Sehingga apabila *dissenting opinion* tersebut dijadikan referensi pada perkara yang dipengaruhi oleh perkembangan zaman seperti saat ini, maka akan tercipta suatu putusan yang komprehensif karena melihat dari berbagai sudut pandang hakim konstitusi.

Untuk mewujudkan suatu formulasi di atas, maka tidak mungkin mengindari adanya perubahan terhadap UU MK maupun pada Peraturan MK lainnya. Perubahan dimaksudkan untuk mencantumkan norma secara tegas, lugas, dan konkrit, pada hal-hal yang telah disebutkan di atas. Perubahan tidak hanya dimaksudkan untuk menambah norma-norma yang sifatnya melegitimasi secara penuh *dissenting opinion*, melainkan juga melakukan harmonisasi pada peraturan-peraturan tersebut yang saling berkaitan. Hal ini dengan maksud agar hukum acara MK, dapat menjamin suatu kondisi yang dapat melahirkan putusan yang berwibawa di mata publik, dengan adanya kepastian bagi hakimnya untuk memutus seadil-adilnya, termasuk apabila hakim tersebut menentukan untuk membuat *dissenting opinion*. Sesuatu yang perlu dipikirkan ulang mengingat sifat, status dan kedudukan hakim konstitusi yang luar biasa penting bagi perkembangan hukum dan konstitusi kedepannya.

## **BAB V**

### **PENUTUP**

#### **A. Kesimpulan**

Berdasarkan uraian hasil pembahasan di atas, dapat ditarik dua kesimpulan, yakni:

1. Sifat independen hakim konstitusi bukan merupakan *privilege* atau keistimewaan melainkan *built in* atau melekat, sifat tersebut adalah *inherent right/indispensable right*. Independensi hakim konstitusi dapat dilihat dari putusan yang tidak diambil secara aklamasi, karena terdapat hakim yang mengajukan *dissenting opinion*. Fenomena hakim yang mengajukan *dissenting opinion* merupakan kultur baru yang berkembang dalam praktik di Mahkamah Konstitusi. Bahwa hal yang perlu diperhatikan ialah *dissenting opinion* memiliki beragam fungsi yang secara strategis dapat berpengaruh terhadap perkembangan hukum kedepannya. Hal ini dikarenakan *dissenting opinion* memuat argumentasi hakim konstitusi yang merupakan seorang yang ahli dalam bidang konstitusi dan ketatanegaraan. Kondisi ini tercermin dari syarat seorang hakim konstitusi yakni bahwa selain harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, serta adil, harus juga seorang negarawan yang menguasai konstitusi. Dalam Mahkamah Konstitusi, seorang hakim yang ahli konstitusi dan ketatanegaraan, tidak serta-merta kehilangan identitasnya sebagai seorang ahli. Dalam menghadapi suatu perkara, argumentasi yang disampaikan selalu berkenaan dengan penafsirannya secara individu terhadap suatu perkara. Oleh sebab itu, opini hakim disenter merupakan bagian dari *expert opinion*, yang dapat menjadi kunci dalam perkembangan hukum di Indonesia.

2. Formulasi *dissenting opinion* diperlukan guna memperjelas kedudukannya dalam hukum acara di Mahkamah Konstitusi. Hal ini baru dapat dilaksanakan apabila instrumen hukum yang mengaturnya memberikan legitimasi secara utuh kepada hakim konstitusi dalam melakukan *dissenting*, berikut dengan mekanisme dan implikasinya bagi perkembangan hukum kedepannya. Namun substansi hukum yang berlaku tidak mampu mengimbangi frekuensi hakim yang melakukan *dissenting* serta kompleksitas perkara yang membutuhkan perdebatan argumentasi dari hakim konstitusi. Sehingga formulasi yang dimaksud harus diarahkan pada rumusan yang berkaitan dengan pengaturan. Bahwa UU MK harus secara tegas menjelaskan bahwa hakim konstitusi memiliki hak untuk mengajukan *dissenting opinion*, dengan maksud untuk memastikan bahwa dalam melaksanakan fungsinya untuk menafsirkan konstitusi, seorang hakim konstitusi memiliki kemerdekaan untuk menyusun argumentasi terkait penalarannya terhadap perkara yang dimohonkan. Bahwa harus ada ketentuan yang menjelaskan bahwa *dissenting opinion* merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari putusan, untuk mengoreksi praktik yang 'menyingkirkan' *dissenting opinion* dari bagian utama suatu naskah putusan. Bahwa publikasi *dissenting opinion* seharusnya menjadi suatu keharusan, tidak lagi bersifat fakultatif berdasarkan kehendak dari hakim konstitusinya. Bahwa yang utama adalah bagaimana peraturan dapat mencantumkan norma yang menyebutkan bahwa *dissenting opinion* wajib diperhatikan oleh hakim konstitusi dalam memutus suatu perkara yang relatif sama atau saling berkaitan. *Dissenting opinion* adalah produk dari hakim konstitusi sebagai *expert opinion*, yang argumentasinya berisi kekuatan logis dan logis, yang dapat dijadikan referensi oleh hakim konstitusi lainnya dalam memutus perkara yang sama.

## **B. Saran**

1. Perlu adanya perubahan peraturan yang mengatur mengenai hukum acara Mahkamah Konstitusi, khususnya yang memuat *dissenting opinion*, dengan mempertimbangkan hal-hal yang direkomendasikan. Harmonisasi peraturan juga diperlukan agar satu dan lainnya peraturan dapat memberikan kejelasan dan kepastian hukum dalam pelaksanaannya, agar proses beracara di Mahkamah Konstitusi dapat benar-benar berjalan sebagaimana mestinya.
2. Hakim Konstitusi sebagai seorang ahli konstitusi dan ketatanegaraan merupakan 'ruh' dari Mahkamah Konstitusi. Independensi yang melekat dalam dirinya merupakan bagian penting yang dapat memastikan kepada publik, bahwa putusan dihasilkan melalui dialog dan/atau perdebatan argumentasi yang sangat tinggi. Hal ini seyogyanya dapat dipahami bersama sebagai konsekuensi logis, apabila dalam suatu putusan tertentu, terdapat perbedaan pendapat yang secara signifikan mempengaruhi penilaian publik.
3. Dikarenakan penelitian ini bersifat konseptual, perlu kiranya ada tindak lanjut dari gagasan yang disampaikan, sehingga apabila gagasan ini dipertimbangkan sebagai kebijakan, Mahkamah telah memiliki telaah yang sangat mendalam agar implementasinya dapat berjalan sesuai yang diharapkan.

## DAFTAR PUSTAKA

### **Buku, Jurnal, Karya Ilmiah**

- Alec Stone Sweet. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. (Oxford: Oxford University Press, 2000).
- Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*. (Sweden: Springer (Lund University), 2008).
- Aleksander Peczenik. "A Theory of Legal Doctrine". *Ratio Juris*, Vol. 14, No. 1, Ebsco Publishing (2003).
- Alexandra V. Orlova, "The Soft Power of Dissent: The Impact of Dissenting Opinions from the Russian Constitutional Court". *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, Vol. 52, (2019).
- Andrew Lynch. "Is Judicial Dissent Constitutionally Protected?". *Macquarie Law Journal*. Vol. 4, (2004).
- Aulis Aarnio. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011).
- Bagir Manan & Susi Dri Harijanti. *Memahami Konstitusi: Makna dan Aktualisasi*. (Jakarta: Rajawali Press, 2015).
- Brian Galligan. "Judicial Activism in Australia". dalam Kenneth M. Holland (editor). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. (London: Macmillan, 1991).
- Brian Z. Tamanaha. *Beyond The Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. New Jersey: Princeton University Press, 2010).
- Bryan A. Garner dan Henry Campbell. *Black's Law Dictionary 7th Ed*. Minnesota: West Group, 1997).
- Caroline E. Wittig. *The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court. An Analysis with a Novel Database*. (Mannheim (Germany): University of Mannheim, 2016).

- Charles G. Geyh. "Can Rule of Law Survive Judicial Politics?". *Cornell Law Review*, Vol. 97, (2012).
- Claire L'Heureux-Dube. "The Dissenting Opinion: Voice of the Future". *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 38, No. 3, (2000).
- Craig R. Ducat. *Constitutional Interperation*. (California: Wordsworth Classic, 2004).
- Dan Priel. "Are Jurisprudential Debates Conceptual? Some Lessons from Democratic Theory", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 50, (2012).
- Danang Hardianto. "Hakim Konstitusi Adalah Hati dalam Tubuh Mahkamah Konstitusi". *Jurnal Konstitusi*, Vol. 11, No. 2, (2014).
- David A. Strauss. *The Living Constitution*. (London: Oxford University Press, 2010).
- Dean Alfange. "Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom" *The Supreme Court Review*, Vol. 1993, No. 1, (1993).
- Dyson Heydon. "Threats to Judicial Independence: The Enemy Within". *Law Quarterly Review*, Vol. 129, (2013).
- Enrico Pattaro et.al. "A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence". *Scientia Juris*, Vol. 4, (2005).
- Erwin Chemerinsky. *Constitutional Law: Principles and Policies*. New York: Aspen Publisher, 2002).
- Firman Floranta Adonara. "Prinsip Kebebasan Hakim dalam Memutus Perkara sebagai Amanat Konstitusi". *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12, No. 2, (2015).
- Haidar Adam. "Dissenting Opinion dan Concurring Opinion dalam Putusan Mahkamah Konstitusi". *Al-Jinâyah: Jurnal Hukum Pidana Islam*, Vol. 3, No. 2, (2017)
- Heather K. Gerken. "Dissenting by Deciding". *Stanford Law Review*, Vol. 56, (2005).

- I Gede Yusa, dkk. "Gagasan Pemberian *Legal Standing* Bagi Warga Negara Asing dalam *Constitutional Review*". *Jurnal Konstitusi*, Vol. 15, No. 4, (2018).
- Imam Mahdi. *Hukum Tata Negara Indonesia*. (Yogyakarta: Teras, 2011).
- J. Louis Capmbell. "The Spirit of Dissent". *Judicial Politics: Readings from Judicature*, Congressional Quarterly Press, Washington D.C., (2005)
- Jimly Asshiddiqie. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*. (Jakarta: Sinar Grafika, 2012).
- Jimly Asshiddiqie. *Perihal Undang-Undang*. (Jakarta: Rajawali Press, 2011).
- Joe McIntyre. "In Defence of Judicial Dissent". *Adelaide Law Review*, Vol. 37, (2016).
- John Alder. "Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, (2000).
- Jonathan Law. *A Dictionary of Law (8th Ed)*. Oxford: Oxford University Press.
- Justice Michael Kirby. "Judicial Accountability in Australia". *Legal Ethics*, Vol. 6, (2003).
- Katalin Kelemen. "Dissenting Opinions in Constitutional Courts". *German Law Journal*, Vol. 14, No. 08, (2013).
- Katalin Kelemen. "Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective – with a Proposal for a New Model for Hungary". *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 54, No. 1, (2013).
- Keenan D. Kmiec. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'". *California Law Review*, Vol. 92, Issue 5, (2004).
- Konrad Kobylinski. "The Polish Constitutional Court from an Attitudinal and Institutional Perspective Before and After The Constitutional Crisis of 2015-2016". *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, Vol. 6, No. 2, (2016).

- Lahoti J.R.C. "Canons of Judicial Ethics". Article in National Judicial Academy, Bhopal, India, (2005).
- Lawrence Baum. *The Puzzle of Judicial Behavior*. (Ann Arbor: Michigan University Press, 2005).
- Marieta Safta. "The Role Of Dissenting And Concurring Opinions In The Constitutional Jurisdiction". *Perspectives of Business Law Journal*, Vol. 5, Issue 1, (2016).
- Mei Susanto. "Hak Angket DPR, KPK, dan Pemberantasan Korupsi". *Jurnal Integritas*, Vol. 4, No. 2, 2018.
- Melvin I. Urofsky. *Dissent and the Supreme Court: Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*. (New York: Pantheon Books, 2015).
- Michael D. Kirby. "Judicial Dissent", *James Cook University Law Review*, Vol. 4, Nomor 1, (2005).
- Michael D. Kirby. "Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions". *the Law Quarterly Review*, Vol. 123, (2007).
- Mira Fajriyah. "Refraksi dan Alinasi Pengangkatan Hakim Konstitusi". *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12, No. 2, (2015)
- Munir Fuady. *Aliran Hukum Kritis (Paradigma Ketidakberdayaan Hukum)*. (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003).
- Nancy Maveety. *The Pioneers of Judicial Behaviour*. (Ann Arbor: Michigan University Press, 2003).
- Pan Mogamad Faiz. "Dari Concurring Hingga Dissenting Opinion: Menelusuri Jejak Pemikiran Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati". dalam "*Serviam: Pengabdian dan Pemikiran Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati*". (Bandar Lampung: AURA, 2018).
- Pan Mohamad Faiz. "Dimensions of Judicial Activism In The Constitutional Court Decisions". *Jurnal Konstitusi*, Vol. 13, No. 2, (2016).

- Patrick Peeters dan Jens Mosselmans. *The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions*. Toronto: University Toronto Press, 2017).
- Peter E. Quint. "Leading A Constitutional Court: Perspectives From The Federal Republic Of Germany". *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, (2006).
- Peter W. Hogg dan Ravi Amarnath. "Why Judges Should Dissent". *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, No. 2, (2017).
- Philip B. Gove. *Webster's Third New International Dictionary of the English Language*. (Massachusetts: Merriam-Webster, 1993).
- Richard A Posner, et.al. "Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis". *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, No. 510, (2010).
- Rosa Raffaelli. *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States*. Brussels: European Parlement, 2012).
- Rudolf Streinz. "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics". *Ritsumeikan Law Review*, No. 31, (2014).
- Ruth Bader Ginsburg. "Remarks on Writing Separately". *Washington Law Review*, Vol. 65, No. 144, (1990).
- Ruth Bader Ginsburg. "the Role of Dissenting Opinions". *Minesota Law Review*, Vol. 95, No. 1, (2010).
- Satjipto Rahardjo. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Kompas, 2006).
- Shidarta. "Karakteristik Penalaran Hukum dalam konteks Ke Indonesiaan". (dalam) M.Syamsudin. *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012).
- Simon Butt. "The Function of Judicial Dissent in Indonesia's Constitutional". *Constitutional Review*, Vol. 4, NO. 1, (2018).

- Simon Butt. *The Constitutional Court and Democracy in Indonesia*. (Leiden and Boston: Brill Nijhof, 2015).
- Sonja Stojadinovic. "Political Influence on the Constitutional Court in the Republic of Macedonia: Reflections through the Dissenting Opinions in the Period of 2012-2015". *Constitutional Review*, Vol. 5, No. 1, (2019).
- Tanto Lailam. "Penafsiran Konstitusi dalam Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945". *Jurnal Media Hukum*, Vol. 21, No. 1, (2014).
- Tata Wijayanta dan Hery Firmansyah. *Perbedaan Pendapat dalam Putusan Pengadilan*. Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2011).
- Terry Hutchinson. *Researching and Writing in Law*. (Pymont: Lawbook, 2006).

### **Artikel, Internet**

- The Constitutional Court Act Of The Republic Of Slovenia, No. 109/12.
- Gerard Brennan, "Judicial Independence", The Australian Judicial Conference (Australian National University), Canberra, November 1996, [http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/brennanj/brennanj\\_ajc.htm](http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/brennanj/brennanj_ajc.htm)
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-italie.52545.html>;