



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 11 Nomor 1, Maret 2014

- *Corporate Social Responsibility: A Constitutional Perspective*  
Muchamad Ali Safa'at
- Konstruksi Pertentangan Norma Hukum dalam Skema Pengujian Undang-Undang  
Tanto Lailam
- Pengakuan Hak Konstitusional Pengelolaan Sumber Daya Industri Ekstraktif dalam Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat  
Cut Asmaul Husna TR
- Aspek Keadilan dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi  
Fajar Laksono Soeroso
- Putusan Ultra Petita Mahkamah Konstitusi  
Ach. Rubaie, Nyoman Nurjaya, Moh. Ridwan, Istislam
- Konstitusionalitas Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Mengelola Hutan Adat: Fakta Empiris Legalisasi Perizinan  
Wahyu Nugroho
- Hak Menolak Wajib Militer: Catatan atas RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara  
Robby Simamora
- Mahkamah Konstitusi sebagai *Human Rights Court*  
Titon Slamet Kurnia
- Prinsip Tanggung Jawab Orangtua Biologis terhadap Anak Di Luar Perkawinan  
Rachmadi Usman
- Karakteristik Sengketa Pemilukada Di Indonesia Evaluasi 5 Tahun Kewenangan MK Memutus Sengketa Pemilukada  
Rudy, Charlyna Purba

JK	Vol. 11	Nomor 1	Halaman 001 - 211	Jakarta Maret 2014	ISSN 1829-7706
----	---------	---------	----------------------	-----------------------	-------------------

Terakreditasi LIPI Nomor: 412/AU/P2MI-LIPI/04/2012  
Terakreditasi DIKTI dengan Nomor: 040/P/2014

KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL  
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA



MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA

**JURNAL KONSTITUSI**

<b>Vol. 11 No. 1</b>	<b>ISSN 1829-7706</b>	<b>Maret 2014</b>
<b>Terakreditasi Lipi dengan Nomor: 412/AU/P2MI-LIPI/04/2012</b> <b>Terakreditasi Dikti dengan Nomor: 040/P/2014</b>		

Jurnal Konstitusi memuat naskah di bidang hukum dan konstitusi, serta isu-isu ketatanegaraan. Jurnal Konstitusi adalah media dwi-bulanan, terbit sebanyak empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember).

**Susunan Redaksi**

*(Board of Editors)*

**Pengarah** : Dr. Hamdan Zoelva, S.H., M.H.  
*(Advisers)* Prof. Dr. Arief Hidayat S.H., M.S.  
Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H.  
Dr. H. Muhammad Alim, S.H., M.Hum.  
Dr. H. Ahmad Fadlil Sumadi, S.H., M.Hum.  
Dr. Anwar Usman, S.H., M.H.  
Dr. Patrialis Akbar, S.H., M.H.  
Prof. Dr. Aswanto S.H., M.Si. DFM.  
Dr. H. Wahiduddin Adams, S.H., MA.

**Penanggungjawab** : Dr. Janedjri M. Gaffar  
*(Officially Incharge)*

**Pemimpin Redaksi** : Wiryanto, S.H., M.Hum.  
*(Chief Editor)*

**Redaktur Pelaksana** : Heru Setiawan, S.E. M.S.  
*(Managing Editors)* Sri Handayani, S. IP, M.S.  
Fajar Laksono, S.Sos., M.H.  
Titis Anindyajati, S.E. M.H.  
Indah Karmadaniah, S.H., M.H.  
Ananthia Ayu D. S.H., M.H.  
Oly Viana Agustine S.H., M.H.  
Intan Permata Putri, S.H.

**Sekretaris** : Maria Ulfah, S.E.  
*(Secretariat)* Rumondang Hasibuan, S.Sos.  
Evi Soraya Eka P, S.H.

**Tata Letak & Sampul** : Nur Budiman  
*(Layout & cover)*

Alamat *(Address)*  
Redaksi Jurnal Konstitusi

**Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia**

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110  
Telp. (021) 23529000 Faks. (021) 352177  
E-mail: jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id

Jurnal ini dapat diunduh di menu e-jurnal pada laman [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

---

Isi Jurnal Konstitusi dapat dikutip dengan menyebutkan sumbernya  
*(Citation is permitted with acknowledgement of the source)*

---



## DAFTAR ISI

<b>Pengantar Redaksi</b> .....	iii - v
<i>Corporate Social Responsibility: A Constitutional Perspective</i>	
Muchamad Ali Safa'at .....	1-17
Konstruksi Pertentangan Norma Hukum dalam Skema Pengujian Undang-Undang	
Tanto Lailam .....	18-42
Pengakuan Hak Konstitusional Pengelolaan Sumber Daya Industri Ekstraktif dalam Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat	
Cut Asmaul Husna TR .....	43-63
Aspek Keadilan dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi	
Fajar Laksono Soeroso .....	64-84
Putusan Ultra Petita Mahkamah Konstitusi	
Ach. Rubaie, Nyoman Nurjaya, Moh. Ridwan, Istislam .....	85-108
Konstitusionalitas Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Mengelola Hutan Adat: Fakta Empiris Legalisasi Perizinan	
Wahyu Nugroho .....	109-129

Hak Menolak Wajib Militer: Catatan atas RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara	
Robby Simamora.....	130-148
Mahkamah Konstitusi sebagai <i>Human Rights Court</i>	
Titon Slamet Kurnia .....	149-167
Prinsip Tanggung Jawab Orangtua Biologis terhadap Anak Di Luar Perkawinan	
Rachmadi Usman .....	168-193
Karakteristik Sengketa Pemilukada Di Indonesia Evaluasi 5 Tahun Kewenangan MK Memutus Sengketa Pemilukada	
Rudy, Charlyna Purba .....	194-211

**Biodata**

**Pedoman Penulisan**

## Dari Redaksi



Jurnal Konstitusi Volume 11 Nomor 1 Maret 2014 kembali hadir dihadapan pembaca sekalian. Sebagaimana diketahui bahwa jurnal konstitusi merupakan sarana media cetak yang diterbitkan oleh Mahkamah Konstitusi dengan tujuan untuk melakukan diseminasi hasil penelitian atau kajian konseptual dengan domain utama terkait dengan konstitusi, putusan mahkamah konstitusi, dan berbagai isu yang tengah berkembang di masyarakat terkait dengan hukum konstitusi dan ketatanegaraan.

Jurnal konstitusi edisi pertama di tahun 2014 berisi berbagai naskah yang redaksi kumpulkan dalam tiga kelompok besar, yakni pertama terkait dengan konstitusi dimana dalam edisi ini diwakili dengan kajian yang ditulis oleh Muchamad Ali Safa'at dengan judul "*Corporate Social Responsibility: A Constitutional Perspective*". Artikel kedua berjudul "Konstruksi Pertentangan Norma Hukum dalam Skema Pengujian Undang-Undang" yang ditulis oleh Tanto Lailam. Artikel ketiga ditulis oleh Cut Asmaul Husna dengan artikel yang berjudul "Pengakuan Hak Konstitusional Negara Atas Pengelolaan Sumber daya Industri Ekstraktif Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat".

Artikel selanjutnya masuk dalam kelompok besar kedua yakni meliputi produk hukum mahkamah konstitusi yaitu berbagai putusan yang dihasilkan oleh maklamah konstitusi, yang antara lain ditulis oleh Fajar Laksono Soeroso dengan judul "Aspek Keadilan Dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi." Artikel kedua ditulis bersama-sama oleh Ach. Rubaie, Nyoman Nurjana, Moh. Ridwan dan Istislam dengan judul "Putusan Ultra Petita Mahkamah Konstitusi". Artikel ketiga ditulis oleh Wahyu Nugroho dengan judul "Konstitusionalitas Hak Masyarakat Hukum Adat Dalam Mengelola Hutan Adat: Fakta Empiris Legalisasi Perizinan".

Naskah berikutnya masuk dalam kelompok besar ketiga yakni terkait dengan isu konstitusi dan ketatanegaraan yang terwakili dengan tulisan yang berjudul "Hak Menolak Wajib Militer: Catatan Atas RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara" yang ditulis oleh Robby Simamora. Artikel kedua berjudul "Mahkamah Konstitusi sebagai *Human Rights Court*". Artikel ketiga berjudul "Prinsip Tanggungjawab Orangtua Biologis Terhadap Anak Di Luar Perkawinan" yang ditulis oleh Rachmadi Usman dan Artikel terakhir pada edisi ini ditutup dengan judul "Karakteristik Sengketa Pemilukada (Evaluasi 5 Tahun Kewenangan MK Memutus Sengketa Pemilukada)" yang ditulis oleh Rudy dan Charlyna Purba

Artikel pertama dengan judul “Corporate Social Responsibility: A Constitutional Perspective’ mengkaji tentang konsep tanggung jawab sosial perusahaan atau *corporate social responsibility* (CSR). Penulis mengungkapkan bahwa CSR berasal dari nilai dalam etika bisnis yang membebaskan tanggungjawab etik perusahaan terhadap lingkungan alam dan sosial. Dalam perspektif konstitusional, CSR yang bersifat wajib dapat dibenarkan dari jaminan hak asasi manusia dalam konstitusi. CSR adalah salah satu bentuk kewajiban menghormati, melindungi, memenuhi, dan memajukan hak asasi manusia. Kewajiban tersebut tidak hanya mengikat negara, tetapi juga semua warga negara termasuk perusahaan.

Artikel kedua dengan judul “Konstruksi Pertentangan Norma Hukum dalam Skema Pengujian Undang-Undang” mengkaji terkait dengan elaborasi konstruksi pertentangan norma hukum dalam skema pengujian Undang-Undang dengan berbagai variabel yang menjadi pisau analisis dalam konsep kajian artikel tersebut.

Artikel ketiga dengan judul “Pengakuan Hak Konstitusional Negara Atas Pengelolaan Sumberdaya Industri Ekstraktif Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat”. Artikel ini membahas terkait dengan pengelolaan sumber daya ekstraktif yang memiliki peran signifikan terhadap pendapatan negara. Penulis juga mengetengahkan konsep reformasi pengaturan hukum di bidang industri ekstraktif yang mutlak diperlukan dalam rangka mewujudkan kesejahteraan rakyat didasarkan pada pembentukan Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001, dengan mengacu pada Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 002/PUU-I/2003 dan Putusan Nomor 36/PUU-X/2012.

Artikel selanjutnya masuk dalam kelompok besar kedua yakni meliputi produk hukum mahkamah konstitusi yaitu berbagai putusan yang dihasilkan oleh maklamah konstitusi, yang antara lain ditulis oleh Fajar Laksono Soeroso dengan judul “Aspek Keadilan Dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi”. Penulis dalam artikelnya membahas mengenai bagaimana sifat Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) yang final sering dipersoalkan di masyarakat. Permasalahan ini terjadi ketika para pencari keadilan merasakan adanya ketidakadilan di dalam Putusan MK. Tidak ada lain yang dapat dilakukan kecuali menerima dan melaksanakan Putusan tersebut. Kendati keadilannya dibelenggu dan dipasung oleh Putusan MK, para pencari keadilan, khususnya Pemohon tidak punya pilihan lain. Pada titik ini, persoalan pada aspek keadilan pada sifat final Putusan MK dijumpai, khususnya keadilan bagi pencari keadilan.

Artikel selanjutnya berjudul “Putusan *Ultra Petita* Mahkamah Konstitusi”. Dalam tulisan ini, penulis membahas bahwa putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *ultra petita* pada dasarnya dapat diterima, sepanjang terkait dengan pokok permohonan dan mendasarkan pada pertimbangan yang dapat dipertanggungjawabkan secara filosofis. Wewenang membuat putusan yang bersifat *ultra petita* bagi Mahkamah Konstitusi dapat saja diberikan apabila terjadi kekaburan norma hukum (*vague normen*) melalui metode penafsiran hukum. Namun mengingat penafsiran hukum maupun penciptaan hukum bersifat sangat subyektif, maka dalam rangka mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan, penulis berpendapat agar kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam mengeluarkan putusan *ultra petita*, seharusnya dibatasi oleh prinsip-prinsip negara hukum demokratis, prinsip-prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak, dan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik.

Artikel berikutnya ditulis oleh Wahyu Nugroho dengan judul Konstitusionalitas Hak Masyarakat Hukum Adat Dalam Mengelola Hutan Adat: Fakta Empiris Legalisasi Perizinan. Dalam tulisannya, penulis menyatakan bahwa Konstitusi hijau (*green constitution*) menempatkan Indonesia sebagai negara yang memiliki konsekuensi yuridis konstitusional di dalam UUD 1945 untuk menerapkan prinsip-prinsip ekokrasi, yakni setiap kebijaksanaan atau pembangunan dibidang perekonomian selalu memperhatikan lingkungan hidup disegala sektor, termasuk kehutanan. Lebih lanjut penulis mengambil putusan MK No. 35/PUU-X/2012 sebagai obyek kajian dengan subjek hukumnya adalah masyarakat adat yang telah dilanggar hak konstitusionalnya.

Artikel dalam kelompok besar ketiga diawali dengan artikel berjudul Hak Menolak Wajib Militer: Catatan Atas RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara. Dalam pembahasannya penulis menjabarkan bahwa agenda wajib militer dalam RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara menuai kontroversi, karena ketiadaan pengaturan perlindungan warga negara yang menolak mengikuti wajib militer karena alasan keyakinan dan hati nurani (*conscientious objection*) berpotensi menyebabkan kriminalisasi dan pelanggaran hak-hak asasi orang-orang tersebut (*conscientious objector*) ketika wajib militer jadi diberlakukan sebagaimana yang terjadi di negara lain. Penulis berpendapat bahwa jaminan atas perlindungan *conscientious objection* sebagai bagian dari hak-hak sipil dan politik adalah sebuah keniscayaan jika pemerintah hendak memberlakukan wajib militer, apalagi Indonesia pernah mengakui keberadaan *conscientious objector* dalam sejarah wajib militer.

Artikel berikutnya berjudul Mahkamah Konstitusi sebagai *Human Rights Court*. Penulis dalam artikelnya menyoroti MKRI sebagai badan pemerintahan baru yang dibentuk berdasarkan Perubahan Ketiga UUD NRI 1945. Berdasarkan hal tersebut penulis membahas tentang fungsi seyogyanya yang mendasari kewenangan MKRI dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Sesuai dengan isu tersebut maka artikel ini berargumen bahwa MKRI harus diposisikan sebagai *human rights court* manakala menjalankan kewenangannya untuk menguji konstitusionalitas undang-undang. Fungsi MKRI sebagai *human rights court* menjustifikasi eksistensinya dan juga mempreskripsi prinsip operasionalnya. Hal ini bermakna bahwa dalam menguji konstitusionalitas undang-undang MKRI seyogyanya memajukan perlindungan HAM melalui *judicial policy* dan interpretasi konstitusinya.

Artikel kesembilan berjudul Prinsip Tanggungjawab Orangtua Biologis Terhadap Anak Di Luar Perkawinan. Di dalam artikelnya penulis berpendapat bahwa setiap anak harus mendapatkan perlindungan hukum, tidak terkecuali bagi anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Lebih lanjut penulis membahas perlindungan kepada anak yang dilahirkan di luar perkawinan serta mewajibkan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya untuk bertanggung jawab, dengan berdasarkan pada putusan Mahkamah Konstitusi yang memutuskan aturan hukum Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 secara bersyarat, yakni inkonstitusional sepanjang ketentuan tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga setiap anak yang dilahirkan di luar perkawinan tidak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, melainkan juga termasuk mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ibunya.

Artikel terakhir ditutup dengan pembahasan terkait dengan Karakteristik Sengketa Pemilu (Evaluasi 5 Tahun Kewenangan MK Memutus Sengketa Pemilu). Penulis dalam penelitiannya menemukan bahwa karakteristik pelanggaran sengketa pemilu adalah terstruktur, sistematis, masif, administratif dan substantif. Lebih lanjut penulis mendeskripsikan bahwa pelanggaran tidak hanya dilakukan oleh pasangan calon peserta pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah, melainkan juga penyelenggara pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah.

Akhir kata redaksi berharap semoga kehadiran Jurnal Konstitusi edisi ini dapat memperkaya khasanah pengetahuan para Pembaca mengenai perkembangan hukum dan konstitusi di Indonesia dan juga bermanfaat dalam upaya membangun budaya sadar konstitusi.

Redaksi

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

Safa'at, Muchamad Ali

### ***Corporate Social Responsibility: A Constitutional Perspective***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*Originally, the concept of CSR was come from business ethic values that impose corporation's ethical responsibly to their social and natural environment. That development of ethical business was part of social consciousness on the degradation of environment as impact of corporation activities. This reality also raised the deep environmental ethic or deep ecology which challenge anthropocentrism economical development and urged ecocentrism development. In Indonesia, this phenomenon was marked by the enactment of Act 4/1982 on Environmental Management.*

*The constitutional debate on CSR just began when the Indonesian Constitutional Court heard and decided the judicial review case of Act 40/2007 on Limited Liability Company which stipulate CSR mandatory law for corporation that have activity in natural resources areas. In its decision, Constitutional Court refused the petition. This means that the court affirmed that CSR mandatory law is not contrary to the Constitution. However, the legal argumentation of the court was not shifted from economical and environmental perspectives. The constitutional basis of the decision is Article 33 (4) concerning national economic principles and Article 33 (3) concerning state power on land, water, and natural resources. The Constitutional Court did not use the human rights concept as the source of CSR mandatory law.*

*In constitutional law perspective, we can justify the CSR mandatory law from human rights guarantee on the constitution. CSR is one of the obligations to respect, to protect, to fulfill, and to promote human rights. Those obligations are not only bind over the government, but also corporation and all citizens. In that perspective, CSR should be mandatory law not only for the corporation which manage or correlate with natural resource, but for all corporations that operate in the middle of the society.*

**Keywords:** *Corporate Social Responsibility, Constitutional Law, Human Rights, Corporate Constitutionalism, Mandatory CSR.*

Safa'at, Muchamad Ali

## **Tanggungjawab Sosial Perusahaan: Sebuah Perspektif Konstitusional**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 1-17

Konsep Tanggung Jawab Sosial Perusahaan atau *Corporate Social Responsibility* (CSR) berasal dari nilai dalam etika bisnis yang membebankan tanggungjawab etik perusahaan terhadap lingkungan ala dan sosial. Perkembangan etika bisnis tersebut merupakan bagian dari munculnya kesadaran sosial terhadap perusahaan lingkungan karena kegiatan perusahaan. Kenyataan ini juga melahirkan paradigma "*deep environmental ethic*" yang menantang paradigma pembangunan ekonomi yang berpusat pada manusia (*anthroposentris*). Di Indonesia, pergeseran ini ditandai dengan pembentukan UU Nomor 4 Tahun 1982 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Dalam perkembangan selanjutnya, CSR masih tetap dalam wilayah etika bisnis. Pembeneran CSR ada pada teori ekonomi, manajemen, dan lingkungan. Debat konstitusional tentang CSR baru mengemuka saat Mahkamah Konstitusi (MK) memeriksa dan memutus pengujian UU Nomo 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang mengatur CSR bersifat wajib bagi perusahaan yang bergerak di bidang sumber daya alam. MK memutuskan menolak permohonan, yang berarti MK menyatakan CSR yang bersifat wajib tidak bertentangan dengan konstitusi. Namun demikian argumentasi hukum yang menjadi dasar putusan MK belum bergeser dari perspektif ekonomi dan lingkungan. MK tidak menggunakan hak asasi manusia sebagai dasar CSR yang bersifat mandatory.

Dalam perspektif konstitusional, CSR yang bersifat wajib dapat dibenarkan dari jaminan hak asasi manusia dalam konstitusi. CSR adalah salah satu bentuk kewajiban menghormati, melindungi, memenuhi, dan memajukan hak asasi manusia. Kewajiban tersebut tidak hanya mengikat negara, tetapi juga semua warga negara termasuk perusahaan. Berdasarkan perspektif tersebut CSR harus bersifat wajib tidak hanya bagi perusahaan yang bergerak di bidang sumber daya alam, tetapi juga untuk semua perusahaan yang beroperasi dalam masyarakat.

**Kata Kunci:** Tanggungjawab Sosial Perusahaan, Hukum Konstitusi, Hak Asasi Manusia

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

*Lailam, Tanto*

### **Konstruksi Pertentangan Norma Hukum dalam Skema Pengujian Undang-Undang**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 18-42

Kajian ini mengelaborasi konstruksi pertentangan norma hukum dalam skema pengujian Undang-Undang. Hasil analisis, meliputi: (1) Pancasila dapat dijadikan tolok ukur untuk menilai “pertentangan norma”, (2) Mahkamah Konstitusi menguji seluruh Undang-Undang yang lahir sebelum dan sesudah amandemen dengan tolok ukur UUD 1945 yang sedang berlaku, (3) Undang-Undang Dasar 1945 harus dimaknai sebagai konstitusi yang hidup (*the living constitution*) guna menegakan hukum dan keadilan, (4) Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan dalam menguji Undang-Undang terhadap UUD baik secara vertikal maupun horizontal, (5) aspek keberlakuan sebuah Undang-Undang merupakan bagian dari pengujian materiil, bukan pengujian formil, (6) makna “bertentangan dengan UUD 1945” harus dielaborasi secara komprehensif dalam putusan dengan mengutamakan tegaknya hukum dan keadilan, (7) Mahkamah Konstitusi tidak boleh mengutamakan penafsiran original intent dan mengenyampingkan model penafsiran lain jika hal tersebut justru menyebabkan tidak berjalannya konstitusi; (8) ketentuan non konstitusi dapat dibenarkan dalam pengujian formil, namun dalam pengujian materiil tidaklah tepat, (9) pengeyampingan asas hukum acara “*nemo iudex in propria causa*” dapat dibenarkan demi tegaknya konstitusi dan mengutamakan asas *curia novit*, (10) pertentangan norma secara formil dapat disimpangi oleh asas kemanfaatan demi substansi Undang-Undang, (11) putusan berlaku surut menyebabkan ketidakpastian hukum yang adil.

**Kata kunci:** Pertentangan norma hukum, pengujian Undang-Undang

*Lailam, Tanto*

***Law Conflict Construction Of Norms In Testing Scheme Of Law***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*The study elaborated on the construction of “conflict of legal norms” in constitutional review scheme. There are eleven problems as result of this study, which include: (1) The ideology of the state “Pancasila” as a standard review of “conflict of legal norms” act against 1945 constitution, (2) Constitutional court has a review of act passed before and after 1945 Constitution amendment with standard of 1945 constitution, (3) 1945 constitution is “the living constitution” for the enforcing of law and justice, (4) Constitutional court has authority to review of act against 1945 constitution by vertical and horizontal perspective, (5) enforceability aspect of constitutional review is a part of material review, not formal review, (6) the meaning of “conflict of legal norms” must be comprehend elaborated in the decisions to enforcing of law and justice, (7) Constitutional Court does not used priority of the original intent interpretation and remained unfulfilled of other model interpretation if original intent interpretation caused ineffectiveness of constitution, (8) non constitution be permitted for the formal review, but in material review is not implement, (9) “nemo judex idoneus in propria causa” of procedural law principle can remained unfulfilled by “ius curia novit” principle to promote of the 1945 constitution, (10) the formal review of “conflict of legal norms” can remained unfulfilled by utility principle to priority of legal substance, (11) the retroactive decision caused legal uncertainly.*

***Key words: conflict of legal norms, constitutional review***

## **Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

Husna TR, Cut Asmaul

### **Pengakuan Hak Konstitusional Pengelolaan Sumber Daya Industri Ekstraktif dalam Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm 43-63

Pengelolaan sumber daya industri ekstraktif memiliki peran yang signifikan terhadap pendapatan negara. Sektor industri ekstraktif di Indonesia merupakan sektor industri yang sangat tertutup terutama mengenai penerimaan pendapatan negara yang diperoleh dari Kontrak Kerja Sama (KKS). Paradigma pengelolaan sumber daya industri ekstraktif selama ini dieksploitasi hanya untuk mengejar devisa akibat ketergantungan Anggaran Pendapatan Belanja Negara (APBN) dengan menafikan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. Globalisasi yang tak dapat dihindarkan telah mempengaruhi eksistensi Undang-Undang Nomor 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi yang bermuatan nilai liberalis-kapitalistik. Konsekuensinya, telah terjadi pergeseran paradigma KKS baik dari negara maupun rakyat kepada tirani modal mengakibatkan negara dan rakyat tidak bisa melakukan renegotiasi kontrak. Oleh karena itu, reformasi pengaturan hukum di bidang industri ekstraktif mutlak harus dilakukan dalam rangka mewujudkan kesejahteraan rakyat. Secara yuridis urgensi pembentukan Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001, didasarkan atas Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 002/PUU-I/2003 dan Putusan Nomor 36/PUU-X/2012. Masyarakat adil makmur, sebagai sebuah cita-cita, memerlukan perjuangan untuk menciptakan dasar-dasar, yang disebut sebagai kepentingan nasional bangsa Indonesia. Segala upaya dan perbuatan untuk memastikan penyelenggaraan negara tetap tertuju pada *terminus ad quem*, masyarakat adil makmur.

**Kata Kunci:** Hak Konstitusional, Industri Ekstraktif, Kesejahteraan Rakyat

Husna TR, Cut Asmaul

***Recognition Of Constitutional Rights In Extractive Resource Management Industry In Making People's Welfare***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*Resource management, extractive industries have a significant role to state revenues. Extractive industries sector in Indonesia is a very closed industry sectors primarily on revenues derived from state income Cooperation Contract (KKS). Resource management paradigm for the extractive industries exploited only to pursue exchange of reliance State Budget (Budget) by denying the maximum prosperity for the people. Globalization can not be avoided has affected the existence of Law No. 22 of 2001 on Oil and Gas value-laden liberal-capitalistic. Consequently, there has been a paradigm shift in both the PSC and the people of the country to the tyranny of capital resulted in the country and people can not renegotiate the contract. Therefore, reform of the legal arrangements in the extractive industries absolutely must be done in order to realize the people's welfare. Urgency juridical formation of the Draft Law on Amendments of Law No. 22 of 2001, based on the decision of the Constitutional Court Case No. 002/PUU-I/2003 and Decision No. 36/PUU-X/2012. Just and prosperous society, as a goal, requires the struggle to create the basics, which is referred to as the national interests of the Indonesian people. All efforts and actions to ensure the implementation of state remains fixed on the terminus ad quem, just and prosperous society.*

**Keywords:** *Constitutional Rights, Extractive Industries, Social Welfare*

## **Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Soeroso, Fajar Laksono**

### **Aspek Keadilan Dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 64-84

Sifat Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) yang final sering dipersoalkan. Problemnnya antara lain ketika para pencari keadilan merasakan adanya ketidakadilan Putusan MK. Tidak ada lain yang dapat dilakukan kecuali menerima dan melaksanakan Putusan tersebut. Kendati keadilannya dibelenggu dan dipasung oleh Putusan MK, para pencari keadilan, khususnya Pemohon tidak punya pilihan lain. Pada titik ini, persoalan pada aspek keadilan pada sifat final Putusan MK dijumpai, khususnya keadilan bagi pencari keadilan. Tulisan ini menegaskan tidak adanya persoalan pada aspek keadilan dalam sifat final Putusan MK manakala Para Pihak menyadari dan memahami sekurang-kurangnya 3 (tiga) hal, yaitu (1) sifat final dilekatkan pada hakikat kedudukan Konstitusi sebagai hukum tertinggi sehingga tidak ada hukum lain yang lebih tinggi darinya merupakan upaya untuk menjaga wibawa peradilan konstutusional dan kepastian hukum yang adil; (2) sifat final putusan MK merupakan upaya untuk menjaga wibawa peradilan konstitusional sehingga berbeda dengan peradilan umum; dan (3) kemungkinan Putusan MK salah tetap ada mengingat hakim konstitusi adalah manusia biasa, namun tidak ada alternatif yang lebih baik menggantikan sifat final Putusan MK.

**Kata Kunci:** Aspek Keadilan, Sifat Final, Putusan Mahkamah Konstitusi

**Soeroso, Fajar Laksono**

***Justice Aspects In Final Decision Of Constitutional Court***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*The final nature of the Constitutional Court's decisions is often questioned. The main problem, among others, when the justice seekers of Constitutional Court, there is nothing else to do but to accept and implement the Court's decision although shackled and deprived of justice by the Constitutional Court. This paper confirms the absence of the issue of the fairness aspect of the Constitutional Court when the justice seekers recognize and understand at least three (3) terms, namely (1) the nature of the final position is attached to the nature of the Constitution as the supreme law so that there is no other commandment greater height of it is an effort to keep constitutional judicial authority and legal certainty; (2) the nature of the final decision of the Constitutional Court is an attempt to preserve the constitutional authority of the courts so different from the general court; and (3) possibility Constitutional Court contains the error persists considering Constitutional Court Judges are human beings, but until now, there is no better alternative replaces the final nature of the Decision.*

**Keywords:** *Justice, Final decisions, The Decision of Constitutional Court*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

Rubaie, Ach, Nyoman Nurjaya, Moh. Ridwan, Istislam

### Putusan Ultra Petita Mahkamah Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 85-107

Dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan *ultra petita* adalah: (a) alasan filosofis dalam rangka menegakkan keadilan substantif dan keadilan konstitusional sebagaimana terkandung dalam UUD NRI 1945, (b) alasan teoritis berkaitan dengan kewenangan hakim untuk menggali, menemukan dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, apabila hukumnya tidak ada atau hukumnya tidak memadai lagi (usang), dan (c) alasan yuridis terkait dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 dan Pasal 45 ayat (1) UU No. 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, bahwa MK sebagai penyelenggara peradilan bertujuan menegakkan hukum dan keadilan sesuai alat bukti dan keyakinan hakim. Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *ultra petita* pada dasarnya dapat diterima, sepanjang terkait dengan pokok permohonan dan mendasarkan pada pertimbangan yang dapat dipertanggungjawabkan secara filosofis (yakni mengandung nilai-nilai keadilan, moral, etika, agama, asas, doktrin). Wewenang membuat putusan yang bersifat *ultra petita* bagi Mahkamah Konstitusi dapat saja diberikan apabila terjadi kekaburan norma hukum (*vague normen*) melalui metode penafsiran hukum, atau bilamana terjadi kekosongan hukum (*rechts-vacuum*) melalui metode penciptaan hukum (*rechtschepping*). Namun mengingat penafsiran hukum maupun penciptaan hukum bersifat sangat subyektif, maka dalam rangka mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan, kewenangan Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan *ultra petita*, seharusnya dibatasi oleh prinsip-prinsip negara hukum demokratis, prinsip-prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak, dan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik.

**Kata kunci:** Putusan Ultra Petita, Mahkamah Konstitusi RI.

Rubaie, Ach, Nyoman Nurjaya, Moh. Ridwan, Istislam

***Ultra Petita Decision On Constitutional Court***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*Basic considerations of the Constitutional Court made ultra petita verdict was: (a) philosophical reasons in order to enforce substantive justice and constitutional justice as embodied in the Constitution NRI 1945, (b) theoretical grounds related to the authority of the judge to explore, discover and follow the legal values that live in the community, if the law does not exist or insufficient legal anymore (outdated), and (c) juridical reasons relating to the provision of Article 24 paragraph (1) NRI 1945 Constitution and Article 45 paragraph (1) of Law no. 24 year 2003 on the Constitutional Court, that Court as organizers aim to enforce the judicial justice according to law and the evidence and the judge's conviction. The verdict the Constitutional Court which is ultra petita basically acceptable, all associated to the subject of the request and based on considerations which can be accounted for philosophical (ie, contains the values of justice, morality, ethics, religion, principle, doctrine). The authority to make ultra petita verdict for the Constitutional Court can only be given if there is vagueness of legal norms (vague normen) through the method of interpretation of the law, or if a legal vacuum (rechts-vacuum) through the creation of legal methods (rechtschepping). But considering the legal interpretation and legal formation are highly subjective, hence in order to prevent abuse of power, the Constitutional Court issued a verdict ultra petita, should be limited by the principles of a democratic state of law, the principles of fair trial and impartial, and general principles of good governance.*

**Keyword:** *Ultra Petita, Rule of Law, Constitutional Court of Indonesia Republic*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Nugroho, Wahyu**

### **Konstitusionalitas Hak Masyarakat Hukum Adat Dalam Mengelola Hutan Adat: Fakta Empiris Legalisasi Perizinan**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 108-128

Konstitusi hijau (*green constitution*) menempatkan Indonesia sebagai negara yang memiliki konsekuensi yuridis konstitusional di dalam UUD 1945 untuk menerapkan prinsip-prinsip ekokrasi, yakni setiap kebijaksanaan atau pembangunan dibidang perekonomian selalu memperhatikan lingkungan hidup disegala sektor, termasuk kehutanan. Hal ini bertujuan untuk menerapkan pilar-pilar pembangunan berkelanjutan (*sustainable development*) secara seimbang demi menyejahterakan rakyat (masyarakat). Objek kajian ini adalah putusan MK No. 35/PUU-X/2012 dengan subjek hukumnya masyarakat adat yang telah dilanggar hak konstitusionalnya. Tujuan dari pengkajian ini adalah: pertama, untuk menguji dan menganalisis konsistensi kewenangan negara atas doktrin *welfare state* dalam pengelolaan hutan negara dengan kewenangan masyarakat adat dalam pengelolaan hutan adat berdasarkan kajian *socio-legal* putusan Mahkamah Konstitusi; dan kedua, menjamin dan menganalisis terlaksananya prinsip-prinsip ekokrasi atas penguatan hak konstitusional masyarakat hukum adat sebagai *living law* dalam pengelolaan hutan adat, sebagai konsekuensi logis Indonesia penganut demokrasi berbasis lingkungan dan *green constitution*. Penulis menggunakan metodologi berdasarkan pengkajian putusan Mahkamah Konstitusi, dengan menelaah aspek *socio-legal* dalam putusan ini. Hasil kajian ini terungkap bahwa pertama, terdapat hubungan antara hak menguasai negara dengan hutan negara, dan hak menguasai negara terhadap hutan adat. Terhadap hutan negara, negara mempunyai wewenang penuh untuk mengatur dan memutuskan persediaan, peruntukan, pemanfaatan, pengurusan serta hubungan-hubungan hukum yang terjadi di wilayah hutan negara. Adapun hutan adat, wewenang negara dibatasi sejauhmana isi wewenang yang tercakup dalam hutan adat. Hak pengelolaan hutan adat berada pada masyarakat hukum adat, namun jika dalam perkembangannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan tidak ada lagi, maka hak pengelolaan hutan adat jatuh kepada Pemerintah. Kedua, Pelaksanaan pembangunan nasional ataupun daerah selama ini selalu memprioritaskan unsur ekonomi atau dalam konteks otonomi daerah lebih mengutamakan Pendapatan Asli Daerah, tanpa memperhatikan demokrasi lingkungan berbasis pembangunan berkelanjutan dan berwawasan lingkungan hidup.

**Kata kunci:** negara, masyarakat hukum adat, hutan negara, hutan adat, sumber daya alam

**Nugroho, Wahyu**

***Constitutionality of Indigenous Peoples Rights In Managing Indigenous Forest: Empirical Fact Permit Legalization***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*Green constitution placed Indonesia as a country that has a constitutional juridical consequences constitution in 1945 to apply the principles of ecocracy, that is any wisdom or development in the field of economy always looking environment in all sectors, including forestry. It aims to implement the pillars of sustainable development in a balanced manner for the sake of welfare of the people (society). The study object is the Constitutional Court decision No. 35/PUU-X/2012 with indigenous people's subject who has violated his constitutional rights. The purpose of this study are: first, to examine and analyze the consistency of state authority over the doctrine of welfare state in the management of state forest with indigenous authorities in the indigenous forest management based on socio-legal study of the Constitutional Court's decision, and second, guarantees and analyze the implementation of the principles ecocracy over strengthening the constitutional rights of indigenous people as a living law in the management of indigenous forest, as a logical consequence of Indonesia adherents of democracy based on the environment and green constitution. The author uses a methodology based on assessment of the Constitutional Court decision, by examining the socio-legal aspects of this decision. The results of this study revealed that first, there is a relationship between the state is the state forest, and the state is customary forests. To the state forest, the state has full authority to organize and decide the inventory, allocation, utilization, management, and legal relations that occur in the forest region of the country. The indigenous forests, state authority is limited extent authorized content covered in indigenous forest. Indigenous forest management rights of indigenous communities, but if the development of indigenous communities in question no longer exists, then the rights of indigenous forest management falls to the Government. Second, implementation of national and regional development has always prioritized economic element or in the context of regional autonomy prefers the original income, regardless of environmental democracy based on sustainable development and environmentally.*

**Keywords:** *state, indigenous and tribal peoples, state forests, indigenous forests, natural resources*

## **Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

Simamora, Robby

### **Hak Menolak Wajib Militer: Catatan atas RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 129-147

Agenda wajib militer dalam RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara menuai kontroversi. Ketiadaan pengaturan perlindungan warga negara yang menolak mengikuti wajib militer karena alasan keyakinan dan hati nurani (*conscientious objection*) berpotensi menyebabkan kriminalisasi dan pelanggaran hak-hak asasi orang-orang tersebut (*conscientious objector*) ketika wajib militer jadi diberlakukan sebagaimana yang terjadi di negara lain. Jaminan atas perlindungan *conscientious objection* sebagai bagian dari hak-hak sipil dan politik adalah sebuah keniscayaan jika pemerintah hendak memberlakukan wajib militer, apa lagi Indonesia pernah mengakui keberadaan *conscientious objector* dalam sejarah wajib militernya.

**Kata Kunci:** Wajib Militer, Hak Asasi Manusia, *Conscientious Objection*.

Simamora, Robby

### ***Conscription Rejecting Rights: Notes to the Reserve Component National Defence draft laws***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*The military service agenda proposed Components of the National Defense Bill sows controversy. The absence of protection of citizens who exercised their right of conscientious objection to military service could potentially lead to violations of human rights if the military service must be implemented as it happens in other countries. Guarantee the protection of conscientious objection as part of the civil and political rights is a necessity if the government want to impose military service, considering Indonesia had acknowledged the existence of conscientious objector in the history of its military service policy.*

**Keywords:** Military service, Human Rights, *Conscientious Objection*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Kurnia, Titon Slamet**

### **Mahkamah Konstitusi sebagai *Human Rights Court***

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 159-184

MKRI adalah badan pemerintahan baru yang dibentuk berdasarkan berdasarkan Perubahan Ketiga UUD NRI 1945. Sesuai dengan itu maka artikel ini membahas tentang fungsi seyogyanya yang mendasari kewenangan MKRI dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Sesuai dengan isu tersebut maka artikel ini berargumen bahwa MKRI harus diposisikan sebagai *human rights court* manakala menjalankan kewenangannya untuk menguji konstitusionalitas undang-undang. Fungsi MKRI sebagai *human rights court* menjustifikasi eksistensinya dan juga mempreskripsi prinsip operasionalnya. Hal ini bermakna bahwa dalam menguji konstitusionalitas undang-undang MKRI seyogyanya memajukan perlindungan HAM melalui *judicial policy* dan interpretasi konstitusinya.

**Kata-kata Kunci: MKRI; Fungsi; *Human Rights Court***

**Kurnia, Titon Slamet**

### ***Constitutional Court as a Human Rights Court***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*MKRI is a new governmental body which was established under the Third Amendment of the UUD NRI 1945. This article examines its proper function which underlies its jurisdiction to review the constitutionality of legislation. According to the issue, this article argues that MKRI should be treated as a human rights court whenever it undertakes its jurisdiction to review the constitutionality of legislation. The function of the MKRI as a human rights court justifies its existence and also prescribes principles for its operation. It means that in reviewing the constitutionality of legislation the MKRI should enhance the protection of human rights through its judicial policy and constitutional interpretation.*

**Key Words: MKRI; Function; *Human Rights Court***

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Rachmadi, Usman**

### **Prinsip Tanggung Jawab Orangtua Biologis Terhadap Anak Di Luar Perkawinan**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 168-193

Setiap anak harus mendapatkan perlindungan hukum, tidak terkecuali bagi anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Bila tidak demikian, yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut terlahir dalam kondisi suci dan tidak berdosa, sekalipun yang bersangkutan terlahir sebagai hasil zinah. Anak yang dilahirkan di luar perkawinan seringkali mendapat perlakuan yang tidak adil dan *stigma* di tengah-tengah masyarakat. Sehubungan dengan itu, dalam rangka memberikan perlindungan kepada anak yang dilahirkan di luar perkawinan serta mewajibkan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya untuk bertanggung jawab, Mahkamah Konstitusi memutuskan aturan hukum Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 secara bersyarat, yakni inkonstitusional sepanjang ketentuan tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga setiap anak yang dilahirkan di luar perkawinan tidak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, melainkan juga termasuk mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ibunya. Putusan Mahkamah Konstitusi ini telah menimbulkan pergeseran makna dan ruang lingkup hukum frasa “anak yang dilahirkan di luar perkawinan”, yang mengandung arti bahwa setiap anak yang dilahirkan di luar perkawinan, termasuk anak hasil zinah, sepanjang dapat dibuktikan menurut hukum mempunyai hubungan darah dengan laki-laki sebagai ayah yang menyebabkan kelahirannya, harus dimaknai mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya. Namun pada sisi lainnya, Mahkamah Konstitusi telah melahirkan prinsip tanggung jawab orangtua (ayah) biologis terhadap anak yang dilahirkannya, termasuk anak yang dilahirkan di luar perkawinan.

**Kata Kunci:** Tanggung Jawab, Ayah Biologis, dan Anak Di Luar Perkawinan

**Rachmadi, Usman**

***Principle Responsibilities Of Biological Parent Of Child Outside Marriage***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*Every children should get law protection, also children who born from unmarried parent. If it is not, that children be a victim, whereas they was born in holy condition without any mistakes, even they was born as a adultery action. The children who born from unmarried parents often get discrimination and stereotype in society. Because that, toward give protection for children who born from unmarried parents and obligate the father to responsible, Constitutional Court decide provision Article 43 paragraph (1) Act Number 1 of 1974 concerning Marriage is against Constitution of 1945 conditionally, unconstitutional as long as that provision interpretation omit private/civil relation between the man who proved by science and technology and/or other evidence by Law have relationship with their father, and then every children who born from unmarried parents have private/ civil relation not only with their mother and her family, but also with their father and his family. This decision rise change of meaning and law definition concerning children who born from unmarried parent, include children from adultery couple, as long as can prove by law they have relationship with the man as father also have private/ civil relation with their father and his family. But in other side, Constitutional Court also rise parent (father) biologic principle against children, include children who born from unmarried parent.*

***Keyword : Responsibility, Biologic father, Children who born from unmarried parent.***

## **Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Rudy dan Charlyna Purba**

### **Karakteristik Sengketa Pemilukada Di Indonesia: Evaluasi 5 Tahun Kewenangan MK Memutus Sengketa Pemilukada**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm. 194-215

Tujuan penelitian ini adalah menemukan karakteristik sengketa pemilukada di Indonesia dengan menggunakan metode studi kasus terhadap putusan-putusan MK sejak tahun 2008 sampai 2013. Hasil penelitian menunjukkan bahwa karakteristik pelanggaran sengketa pemilukada adalah terstruktur, sistematis, masif, administratif dan substantif. Berdasarkan penelitian terhadap putusan-putusan tersebut, dapat diketahui bahwa pelanggaran tidak hanya dilakukan oleh pasangan calon peserta pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah, melainkan juga penyelenggara pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah.

**Kata Kunci:** Karakteristik, Sengketa Hasil Pemilukada, Putusan MK

**Rudy dan Charlyna Purba**

*Characteristics of dispute general election in indonesia: 5 year evaluation authority MK breaking election dispute*

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 1*

*This study purports to ascertain the characteristic of the local election disputes in Indonesia by way case study through judgment reviews from 2008 to 2013. The research shows that the characteristic of the local election disputes in Indonesia can be classified as structured, systematic, masive, administrative, and substantive. The disputes of local election has been contributed by both the candidates and organizingelectionsof local eletion.*

**Keyword:** *Characteristic, Local Election Disputes, MK Judgments*

# ***Corporate Social Responsibility: A Constitutional Perspective***

**Muchamad Ali Safa'at**

Dosen Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang,  
Jalan MT. Haryono No. 169 Malang, Jawa Timur – Indonesia,  
sakuntalla@gmail.com

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## ***Abstract***

*Originally, the concept of CSR was come from business ethic values that impose corporation's ethical responsibly to their social and natural environment. That development of ethical business was part of social consciousness on the degradation of environment as impact of corporation activities. This reality also raised the deep environmental ethic or deep ecology which challenge anthropocentrism economical development and urged ecocentrism development. In Indonesia, this phenomenon was marked by the enactment of Act 4/1982 on Environmental Management.*

*The constitutional debate on CSR just began when the Indonesian Constitutional Court heard and decided the judicial review case of Act 40/2007 on Limited Liability Company which stipulate CSR mandatory law for corporation that have activity in natural resources areas. In its decision, Constitutional Court refused the petition. This means that the court affirmed that CSR mandatory law is not contrary to the Constitution. However, the legal argumentation of the court was not shifted from economical and environmental perspectives. The constitutional basis of the decision is Article 33 (4) concerning national economic principles and Article 33 (3) concerning state power on land, water, and natural resources. The Constitutional Court did not use the human rights concept as the source of CSR mandatory law.*

*In constitutional law perspective, we can justify the CSR mandatory law from human rights guarantee on the constitution. CSR is one of the obligations to respect, to protect, to fulfill, and to promote human rights. Those obligations are not only bind over the government, but also corporation and all citizens. In that perspective, CSR should be mandatory law not only for the corporation which manage or correlate with natural resource, but for all corporations that operate in the middle of the society.*

***Keywords:*** *Corporate Social Responsibility, Constitutional Law, Human Rights*

## **Abstrak**

Konsep Tanggung Jawab Sosial Perusahaan atau *Corporate Social Responsibility* (CSR) berasal dari nilai dalam etika bisnis yang membebaskan tanggungjawab etik perusahaan terhadap lingkungan alam dan sosial. Perkembangan etika bisnis tersebut merupakan bagian dari munculnya kesadaran sosial terhadap kerusakan lingkungan karena kegiatan perusahaan. Kenyataan ini juga melahirkan paradigma “*deep environmental ethic*” yang menantang paradigma pembangunan ekonomi yang berpusat pada manusia (*anthropocentric*). Di Indonesia, pergeseran ini ditandai dengan pembentukan UU Nomor 4 Tahun 1982 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Dalam perkembangan selanjutnya, CSR masih tetap dalam wilayah etika bisnis. Pembeneran CSR ada pada teori ekonomi, manajemen, dan lingkungan. Debat konstitusional tentang CSR baru mengemuka saat Mahkamah Konstitusi (MK) memeriksa dan memutus pengujian UU Nomo 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang mengatur CSR bersifat wajib bagi perusahaan yang bergerak di bidang sumber daya alam. MK memutuskan menolak permohonan, yang berarti MK menyatakan CSR yang bersifat wajib tidak bertentangan dengan konstitusi. Namun demikian argumentasi hukum yang menjadi dasar putusan MK belum bergeser dari perspektif ekonomi dan lingkungan. MK tidak menggunakan hak asasi manusia sebagai dasar CSR yang bersifat mandatory.

Dalam perspektif konstitusional, CSR yang bersifat wajib dapat dibenarkan dari jaminan hak asasi manusia dalam konstitusi. CSR adalah salah satu bentuk kewajiban menghormati, melindungi, memenuhi, dan memajukan hak asasi manusia. Kewajiban tersebut tidak hanya mengikat negara, tetapi juga semua warga negara termasuk perusahaan. Berdasarkan perspektif tersebut CSR harus bersifat wajib tidak hanya bagi perusahaan yang bergerak di bidang sumber daya alam, tetapi juga untuk semua perusahaan yang beroperasi dalam masyarakat.

**Kata Kunci:** *Tanggungjawab Sosial Perusahaan, Hukum Konstitusi, Hak Asasi Manusia*

## **INTRODUCTION**

Corporate Social Responsibility (CSR) is a new issue in legal perspective, especially since the promulgation of Act 19/2003 on State-Owned Enterprise, Act 25/2007 on Investment, and Act 40/2007 on Limited Liability Companies. The legal research of CSR at that time was also limited on corporate law. The Constitutional law perspective on CSR just rise when some corporations and privat enterprises associations submitted petition to Constitutional Court to review the constitutionality of CSR regulation, especially Article 74 of Act 40/2007 that

impose mandatory CSR for corporation that run business on or corelate with natural resources.<sup>1</sup>

However, the isu of CSR in Indonesia actually has developed for a long time since the rise of environmental conciousness that influent the concept of business ethics. Theoretically, the first concept of the economical development was anthropocentrism, that mean human is the centre of all consideration. That concept has already shifted by ecocentrism, that put the environment as centre of the development and human is part of the environment. In Indonesia, the first law that recognized ecocentrim was GBHN 1976 that adopt sustainable development as one of the national development principles. The Sustainable Development principle was the implementation of the Stockholm Declaration 1972. In the next stage, Indonesia enacted the first Act on Environment Management, Act 4/1982.

This paper analyze CSR from constitutional law perspective, especially human rights aspect. The first part will explain the CSR as part of the business ethic aspect. The second part will describe the development of the CSR on the light of constitutional law, mainly in corelation with the decision of Constitutional Court No. 53/PUU-VI/2008. The last part will explore the CSR from constitutional perspective, especially human rights aspect, in internasional level and national level, that tend to shift from ethical commitment become legal obligation.

## CSR AS PART OF BUSINESS ETHICS

Based on many definition of CSR, we can clearly understand that CSR is part of bussines ethics. In broadest sense, the term “corporate social responsibility” is used to describe corporate conduct which is ethical and has regard to social and environmental interest as well as financial consideration. The World Business Council for Sustainable Development defines CSR as the comitment of business to contribute to sustainable development, working wih employees, their families, the local community and society at large to improve their quality of life.<sup>2</sup> The European Commission has previously defined CSR as “a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on voluntary basis.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Case Number 53/PUU-VI/2008, decided on April, 15<sup>th</sup>, 2009.

<sup>2</sup> Philip Lynch, *Human Rights and Corporate Social Responsibility*, Submission to the Corporation Markets Advisory Committee Inquiry into Corporate Social Responsibility, Melbourne: Human Rights Law Resources Centre, 2006, h. 10.

<sup>3</sup> European Commission, *Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee on the Regions, A renewed EU strategy 2011 – 14 for Corporate Social Responsibility*, Brussel; European Com-

Furthermore, Article 1 para 3 Limited Liability Companies Act defines Social and Environmental Responsibility as a corporation commitment to participate on sustainable economic development to increase the quality of life and usefull environment, for the corporation, local community, as well as the whole society. This definition has similarity with the World Business Council for Sustainable Development above.

Based on definitions above, the concept of CSR at least consist of 3 components, i.e (1) as guidelines for corporation conduct, (2) that conduct based on ethical judgment consideration in corelation with the relation between corporation, society, and environment, and (3) that conduct is voluntary depend on the corporation commitment. The 3 constitutional justices who deliver dissenting opinion on decision number 53/PUU-VI/2008 gave legal argumentation based on the CSR concept as part of bussines ethic. Article 1 para 3 Limited Liability Companies Act was used as legal basis that CSR should not be mandatory. Even CSR is regulated by the law, it should not mandatory and should not replace state responsibility.

The emergence of CSR as part of bussines ethic is a result of economic paradigm shift. The old economic paradigm, as Milton Friedman said, is that the one and only goal of the corporation is to generate profit. The new paradigm is that the corporation should balance between three aspects, profit, environment (planet), and society (people). This paradigm is formulated by John Elkington as manifestation of the awareness toward the social and environmental impact of corporation activities.<sup>4</sup>

## **CSR ON CONSTITUTIONAL COURT DECISION**

Voluntary perspective of the CSR as part of the bussines ethic was the main basis conception of the corporations when they submitted judicial review case to the Constitutional Court. Several privat corporations and association of corporation owners challenge Article 74 of Limited Liability Companies Act that regulate CSR as mandatory for corporation. In their opinion, mandatory CSR will create legal uncertainty, discriminative, and inconsistent with the just and efficient economic democracy principle which stated on Article 33 Para 4 of the Constitution.

---

mission, 2011, h. 3.

<sup>4</sup> Edi Suharto, "Corporate Social Responsibility: What is and Benefits for Corporate", Presented Paper on Conference "CSR: Strategy, Management and Leadership", Jakarta 13-14 February 2008, h. 1.

Constitutional Court decided that CSR as Mandatory for the privat corporation is not contravene to the constitution. In that decision, Constitutional Court has six main legal argumentation. *First*, CSR is state legal policy to regulate common responsibility and cooperation between state, privat corporation, and society. The regulation of CSR is a affirmative regulation which based on natural law perspective not only should be obeyed by each subject but also demand a cooperation between stakeholders.

*Second*, CSR as stated in Article 74 of Limited Liability Companies Act is a *malum in se*, not just a *malum prohibitum*.<sup>5</sup> CSR activities have direct and high impact to the healthy and safety of the society that insist moral obedience and spirit to cooperate. State, society, and corporation that operate in natural resources exploitation must be morally and legally responsible to the negative impact to the environment.

*Third*, regulation of CSR as legal obligation is a legal policy of the law maker by imposing sanction. That regulations is formulated based on the worse past social and environment conditions due to corporation activities that did not aware to the social and environment aspects which lead to degradation of the social and environmental life. Between morality or ethics and law has graduall relation. Law is formalization or legalization of the moral values. Voluntary moral and ethic values which recognized as important values could be gradually transformed in to the law for the sake of bindingness. Regulating CSR as legal obligation has more legal certainty than voluntary CSR. Mandatory CSR regulation will avoid differentiation of interpretation by corporation and make that regulation has more power to enforce and to support corporation to perform their CSR activities. On the other hand, voluntary CSR does not have sufficient enforcement power. By increasing bindingness of the CSR from voluntary to mandatory the court hope the increasing of the corporation role to increase social welfare.

*Fourth*, the CSR formulation on Article 74 of Limited Liability Companies Act is a social justice manifestation. John Rawls corelate the concept of justice and 2 fundamental values of social order, that are freedom and equality.<sup>6</sup> Every person has the equal right of the basic freedom guarantee. If there are defferences based on social economic defferenciation on the free market competition society, state

<sup>5</sup> *"malum in se"* is an act or conduct that has evil in nature (evil in itself). *"malum prohibitum"* is and act or conduct become evil because prohibited by the law. Jimly Asshiddiqe and Muchamad Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press, 2012, h. 47.

<sup>6</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, h. 60 – 65.

policy should be put the least advantage as a priority. CSR is and instrument to create and give justice to the next generation.

*Fifth*, unequal treatment towards CSR obligations only apply to the company that runs its business activities in the field of or relating to natural resources, while the other company that is not related to the natural resources are not subject to the obligation of CSR is not discriminatory. The distinction was due to the Corporation that manage natural resources relating to Article 33 paragraph (3) of the 1945 Constitution that states have the right to set differently.

*Sixth*, changing in the nature of moral responsibility of CSR becomes a legal obligation in accordance with the basic principles of economy in Indonesia, namely people oriented economy. CSR arrangement with a legal obligation of the government is a way to encourage companies to participate in the economic development of society. Thus CSR regulation as legal obligations is not contrary to Article 33 paragraph (4) of the 1945 Constitution, especially in the fair efficiency phrase.

If we look at the legal reasoning in the decision of the Court, mandatory CSR regulation on the perspective of constitutional law based on the basic constitutional principle of social justice, control of the State over natural resources, and the principle of people oriented economy. Such decisions have not considered the constitutional provisions on human rights. This is in contrast to developments in the international CSR conception that has many human rights approach.

## **THE DEVELOPMENT OF CSR IN THE CONSTITUTIONAL LAW PERSPECTIVE**

One of the major issues in constitutional law is human rights, which in the national context become constitutional rights. Protection of human rights is the basic aspect of law making, including the regulation of economic activities carried out by the corporation.

However, it has been argued that human rights and international economic arrangements, in particular free trade regime, can not be met. They have always been strained due to assumptions and goals are contradictory. Delphine Rabet said that:

*“These two international regimes have developed without entering any real dialogue until very recently, although they are both claiming to serve the interests of humanity. The true goals of each of these movements, I argue, are contradictory and cannot be resolved – least of all by a movement such as corporate social responsibility (CSR), which originates in the corporate sector. Even though the human rights regime and the global economic regime had a similar normative ambition of advancing human welfare, rights and opportunities, the paradox of this ambition was that the structure of the global economic order made the achievement of these rights impossible. Whereas the primary responsibility for the enforcement of human rights standards lies with national governments, there is a growing acceptance that corporations also have an important role to play. Instruments of the human rights regime attempt to share or complement states responsibilities with private actors’ responsibility. Indeed, the human rights regime affirms explicitly the prevalence of the human right to fair remuneration over wealth creation, rationale of the free trade regime. The contradiction is apparent and the human right to fair remuneration highlights the incompatibility of the two regimes.”<sup>7</sup>*

Contrary to the Rabet’s opinion, various international organizations, especially the UN and the EU, has compiled documents that encourage human rights approach to the CSR. Antonio Tajani, affirm that Human rights are increasingly relevant to enterprises, and enterprises can have a strong influence on human rights, both positively and negatively.<sup>8</sup> Corporations can make important positive contributions to creating a global environment in which everyone can enjoy their universal human rights. They have an enormous capacity to create wealth, jobs and income, to finance public goods, and to generate innovation and development in many areas relevant to human rights and environmental protection. However, it holds equally true that corporations can have significant negative impacts on human rights and the environment in their global operations. Corporate conduct can impact on the full range of human rights, including civil and political rights, economic, social and cultural rights, and labour rights.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Delphine Rabet, “Human rights and Globalization: The Myth of Corporate Social Responsibility?”, *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences*, 2009, Vol. 1, No. 2, h. 463.

<sup>8</sup> Daniel Augenstein, Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union, The University of Edinburgh, Foreword by Antonio Tajani, Vice President of the European Commission, [http://www.academia.edu/1366068/ Study\\_of\\_the\\_Legal\\_Framework\\_on\\_Human\\_Rights\\_and\\_the\\_Environment\\_applicable\\_to\\_European\\_Enterprises\\_operating\\_outside\\_the\\_European\\_Union\\_Study\\_for\\_the\\_European\\_Commission\\_ENTR\\_09\\_045\\_2010\\_](http://www.academia.edu/1366068/Study_of_the_Legal_Framework_on_Human_Rights_and_the_Environment_applicable_to_European_Enterprises_operating_outside_the_European_Union_Study_for_the_European_Commission_ENTR_09_045_2010_), accessed 3/5/2013.

<sup>9</sup> *Ibid.*

UN Secretary-General on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (SRSG) developed the 'Protect, Respect, and Remedy' Framework for better managing business and human rights challenges (UN Framework) that builds on three pillars (i) the State duty to protect human rights against abuses by third parties, including corporations, through appropriate policies, regulation, adjudication and enforcement measures; (ii) the corporate responsibility to respect human rights, meaning to act with due diligence to avoid infringing on the rights of others; and (iii) greater access by victims to effective remedies, both judicial and non-judicial, for corporate-related human rights abuses.<sup>10</sup>

The adoption of human rights approach based on four key reasons. *First*, the human rights framework is universal and founded on a set of agreed core minimum standards with respect to the conduct of governments, enterprises and individuals. The human rights approach offers an explicit normative framework that of international human rights. Underpinned by universally recognized moral values and reinforced by legal obligations, international human rights provide a compelling normative framework for the formulation of national and international policies.<sup>11</sup>

*Second*, the human rights framework focuses attention on basic enabling conditions, the realization of which are necessary for people to live with human dignity and to participate in and contribute to civil, political, economic, social and cultural life. The framework also focuses attention on the various civil, political, economic, social and cultural impacts and spheres of influence of corporations.<sup>12</sup>

*Third*, as well as enshrining rights, the international human rights framework also imposes responsibilities and obligations of realization in relation to those rights. Implementation obligations imposed by the human rights framework on both ratifying governments and, arguably, corporations operating within their jurisdictions, include obligations to respect human rights (that is, refrain from interfering, directly or indirectly, with enjoyment of human rights), protect human rights (that is, prevent third parties, such as business partners or suppliers, from interfering in any way with the enjoyment of human rights) and fulfil human rights

---

<sup>10</sup> *ibid*

<sup>11</sup> *ibid.*

<sup>12</sup> *ibid.*

(in this context, take positive steps to promote and support the realisation of human rights within the relevant corporate spheres of activity and influence).<sup>13</sup>

*Fourth*, in addition to providing an important and useful framework to identify corporate impacts and impose obligations relating to the realisation of the civil, political, economic, social and cultural determinants of individual and community wellbeing, the human rights framework also enshrines important principles of human rights-based corporate management, stakeholder engagement and conduct, requiring that corporate programs and services be:<sup>14</sup>

- 1) fair and non-discriminatory: this requires that corporations and business enterprises ensure equality of opportunity and treatment;
- 2) consultative, participatory and empowering: this requires that corporations consult with, and enable the participation of, stakeholders and individuals and communities affected by their business affairs and conduct; and
- 3) transparent and accountable: this requires that corporations measure, report on and account for their social and environmental activities and impacts.

The European Commission has identified a number of factors that will help to further increase the impact of its CSR policy, including the need to give greater attention to human rights, which have become a significantly more prominent aspect of CSR.<sup>15</sup> The *UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights (Draft Norms)*, developed and approved by the UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights in 2003, are the most comprehensive, clear and complete standards developed in relation to socially responsible corporate behaviour. The *Draft Norms* enshrine, and impose obligations of realisation on corporations in relation to relevant human rights, including: the right to equal opportunity and non-discriminatory treatment; the right to security of persons; the rights of workers and their families; consumer rights and protections; and environmental rights and standards. The *Draft Norms* also require corporations to recognise and respect the public interest, development objectives and principles of transparency and accountability. Article 1 of the *Draft Norms* provides that:

---

<sup>13</sup> *ibid.*

<sup>14</sup> *ibid.*

<sup>15</sup> European Commission, *op cit*, h. 5.

Within their respective spheres of activity and influence, transnational corporations and other business enterprises have the obligation to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights.

While at this stage the *Draft Norms* are not legally binding yet, they envisage a range of operationalisation and enforcement mechanisms. These include:<sup>16</sup>

- 1) Corporations developing and implementing operating procedures that are compliant with the *Draft Norms*;
- 2) Corporations consulting with stakeholders and communities about their activities, influence and impact;
- 3) Corporations engaging in business only with other corporations, entities and natural persons that comply with the *Draft Norms*;
- 4) Corporations applying and incorporating the *Draft Norms* into contracts and other arrangements with other corporations, entities and natural persons;
- 5) Corporations periodically (at least annually) reporting on their activities, operation and performance in relation to implementation of the *Draft Norms* and social and environmental impacts; and
- 6) Monitoring by the United Nations and relevant international and national mechanisms in relation to implementation and application.

The other arguments to adopt human rights approach are the low rate of corporation that implement CSR and the permissive legislation concerning CSR. In Australia, less than 10 per cent of corporations demonstrate a developed understanding of the relationship between corporate social responsibility and business.<sup>17</sup> The Human Rights Law Centre concludes that current frameworks do not promote, and in some instances, constitute obstacles to, corporate social responsibility. Given the capacity of corporations and corporate conduct to either promote or derogate human rights and social, environmental and community interests. Human Rights Law Centre proposes a range of legislative and policy initiatives including in relation to directors duties, reporting and disclosure requirements, and government procurement to ensure that corporations consider the interests, values and rights of stakeholders and the broader community.<sup>18</sup>

The Study of Philip Lynch concluded that there are three patterns of human rights and environmental abuses allegedly committed by European corporations

<sup>16</sup> *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, art 15, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

<sup>17</sup> Lynch, *op cit*, 1

<sup>18</sup> *Ibid.*

operating outside the European Union.<sup>19</sup> *First*, the vast majority of alleged corporate human rights and environmental abuses examined were committed by subsidiaries or contractors of European corporations that are domiciled or resident in the country where the violation occurred, and are governed by the domestic regulatory and enforcement regime of that country. This is particularly problematic when subsidiaries and contractors operate in countries with legal regimes that provide lower levels of human rights and environmental protection than the 'home' State of the European corporation.

*Secondly*, where subsidiaries or contractors of European corporations violate human rights and environmental law outside the European Union, third-country victims can encounter significant obstacles in obtaining effective redress both in the third country and in the European Union. *Thirdly*, the States in which subsidiaries and contractors of European corporations operate and/or EU Member States from which European corporations operate are often at least indirectly involved in corporate abuses of human rights and the environment.<sup>20</sup>

In term of voluntary basis, some corporation do not implement CSR as ethical commitment and as human rights responsibility. The bias of CSR practice include:

- 1) Camouflage. The Company conduct CSR did not based commitments, but simply cover business practices that rise "ethical questions".
- 2) Generic. CSR programs are too general and lack of focus because it was developed based on a template or CSR programs of other party.
- 3) Directive. CSR policies and programs formulated top down and solely based on the mission and interests of the company (shareholders). CSR programs are not according to the participatory stakeholder engagement principles.
- 4) Lip Service. CSR is not a part of the corporate strategy and policy. Typically, CSR programs are not preceded by a needs assessment and is given only by mercy (charity).
- 5) Kiss and Run. CSR programs are ad-hoc and unsustainable. People are given the "kiss" in the form of goods, services or training, then abandoned. The program developed generally myopic, short-term and do not pay attention to the meaning of empowerment and social investment.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Augenstein, *op cit.*

<sup>20</sup> *ibid.*

<sup>21</sup> Suharto, *op cit.*, h. 8.

In the international context, Augenstein said that one of the CSR challenges is that international human rights law and international environmental law generally do not directly impose obligations on MNCs to protect human rights and the environment. While they often require States to regulate corporate activities harmful to human rights and the environment, and to enforce these regulations in case of corporate violations, they do not directly bind corporate actors. At the same time, those areas of law that are most relevant to the activities of corporations, including trade and investment law, corporate law, and private international law, primarily pursue different and conflicting objectives to the protection of human rights and the environment – which can lead to what the SRSR has termed ‘horizontal policy incoherence’. As a consequence, targeted or detailed human rights and environmental protection through these areas of law constitutes the exception rather than the norm.<sup>22</sup>

Based on the weaknesses above, the Human Rights Law Resources Center recommend The *UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* should be legislatively enacted. Consistently with the *Draft Norms*, the legislation should:

- 1) enshrine, and impose obligations of realisation on corporations in relation to, relevant human rights, including: the right to equal opportunity and non-discriminatory treatment; the right to security of persons; the rights of workers and their families; consumer rights and protections; and environmental rights and standards;
- 2) require corporations to recognize and respect the public interest, development objectives and principles of transparency and accountability;
- 3) require corporations, within their respective spheres of activity and influence, to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect for and protect human rights;
- 4) require corporations to develop and implement operating procedures that are compliant with the *Draft Norms*;
- 5) encourage corporations to consult with stakeholders and communities about their activities, influence and impact;
- 6) encourage corporations to engage in business only with other corporations, entities and natural persons that comply with the *Draft Norms*;

<sup>22</sup> Augenstein, *op cit.*

- 7) encourage corporations to apply and incorporate the *Draft Norms* into contracts and other arrangements with other corporations, entities and natural persons; and
- 8) require corporations to report at least annually on their activities, operation and performance in relation to implementation of the *Draft Norms* and social and environmental impacts.

Constitutional approach, especially human rights, has direct influence to the corporate regulation which for a long periode was perceived as private area based on shareholder contract. The constitution, as the highest law of the land, has legitimacy to give direction as the politic of the corporation regulation. Thoughts on the importance of the constitutional aspects, in the sense of attention to the public interest, in corporate law put forward by Stephen Bottomley in the book "The Constitutional Corporation" which is called by Angus Corbett and Peta Spender as a "corporate constitutionalism". Corporate constitutionalism presupposes that there are values and ideas in our public political life that provide useful insights when considering the legal regulation of corporate governance and decision-making. The application of constitutionalism to corporations is germane because corporations are both social actors and polities in themselves.<sup>23</sup>

Corporate constitutionalism provides a normative framework through which we can assess the legitimacy of corporate decision-making. It relies on three principles (i) Accountability, corporate decision-making processes should be characterised by a separation of decision-making powers; (ii) Deliberation, corporate decisions should be subject to deliberation; (iii) Contestability, corporate decisions which do not track the interests of members should be readily contestable. A system of corporate *accountability* must provide a framework that protects against the improper exercise of power and makes corporate decision-making power subject to a 'plurality of checks and balances'. This can be achieved through a division and separation of powers. The separation of powers concept is used in a broader and looser sense than the institutional separation of powers to which lawyers are accustomed. Since the concept is being applied in the private sector, one would expect that the taxonomies of power require different separations than the standard legal doctrine.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Angus Corbett and Peta Spender, "Corporate Conatitutionalism", 2009, 31 *Sydney Law Review* h. 147.

<sup>24</sup> *ibid.*

The principle of *deliberation* requires us to determine the legitimacy of corporate decisions by assessing the extent to which the processes are subject to deliberative input, meaning that, as far as possible, there should be processes that are open, genuine and represent a collective judgment about the issue at hand. Individual interests are subject to competing perspectives that are debated and transformed into a collective judgment about the corporate interest.<sup>25</sup>

Finally, concept of *contestability* mean that a decision that does not track the interests of the members can be effectively contested. However, he argues that contestability options are not confined to the courtroom, and a system of corporate contestability could encourage shareholders to consider non-judicial options such as questioning directors and requisitioning a general meeting.<sup>26</sup>

The above description shows that the international context of CSR has undergone rapid development, especially in the perspective of human rights and the constitution in general. These developments can be a reference for the development of the CSR legal framework in Indonesia.

In the Indonesian constitutional law perspective, the obligation of CSR for companies has 4 arguments related to human rights. First, the purpose of the state that defined in the Preamble of the 1945 Constitution is to realize social justice for all the people of Indonesia. We need protection, respect, fulfillment, and the promotion of human rights to achieve social justice. Achievement of the objectives of the state and the protection of human rights, of course binding not only on the state, but also the private sector and the citizens who exist and active in the Indonesian territory. Therefore, Section 28J (1) of the 1945 Constitution states "Each person has the obligation to respect the fundamental human rights of others while partaking in the life of the community, the nation, and the state." Of course everyone should be interpreted not only the individual, but also institutions, organizations, and corporations. This is consistent with principles that adopted by the UN.

Secondly, Article 28 I (4) states that "Protecting, promoting, upholding, and the full realization of human rights are the responsibilities of the state, foremost of the government." That state responsibility is a consequence of the social contract, in which the state has the power especially and mainly to protect and fulfill the rights of sovereignty owners. However, along with the social development,

---

<sup>25</sup> *ibid.*

<sup>26</sup> *ibid.*

protection and fulfillment are not only depend on the positive role of the state. The state has the power to make a regulation that requires the other party, especially a corporation, which is as it should be responsible for the protection and fulfillment of human rights, without decrease the role of the state.

Third, it has been described that corporate activity has a positive impact to human life. On the other hand it has been recognized also that a lot of the negative impact of corporate activity on the social life and the environment. In the 1945 there are various rights that could be threatened by the activities of the company, among other things:

1. the right to live and the right to defend his life and existence.
2. the rights of the child to live, grow up, and develop as well as the right to protection from violence or discrimination.
3. the right to self-realization through the fulfillment of his basic needs, the right to education and to partake in the benefits of science and technology, art and culture, so as to improve the quality of his life and the well-being of mankind.
4. the right to self-improvement by way of a collective struggle for his rights with a view to developing society, the nation, and the country.
5. the right to an occupation as well as to get income and a fair and proper treatment in labor relations.
6. the right to choose occupation.
7. the right to freely associate, assemble, and express his opinions.
8. the right to communication and to acquiring information for his own and his social environment's development, as well as the right to seek, obtain, possess, store, process, and spread information via all kinds of channels available. \*\*
9. the right of protection of self, his family, honor, dignity, the property he owns, and has the right to feel secure and to be protected against threats from fear to do or not to do something that is part of basic rights.
10. the right to a life of well-being in body and mind, to a place to dwell, to enjoy a good and healthy environment, and to receive medical care.
11. the right to facilities and special treatment to get the same opportunities and advantages in order to reach equality and justice.
12. the right to own private property and such ownership shall not be appropriated arbitrarily by whomsoever.

13. the right to be free from acts of discrimination based on what grounds ever and shall be entitled to protection against such discriminative treatment.
14. the cultural identities and rights of traditional communities are to be respected in conjunction with progressing times and civilization.

The rights that are vulnerable to the impact of corporations activities consist of civil and political rights as well as economic, social and cultural rights. Therefore, in accordance with the character of each of these rights, the role of the corporation is not only negative, in the sense of not doing activities that violate human rights, but also has a positive obligation, namely to take actions in order fulfillment and promotion of human rights.

#### Conclusion

The development of CSR regulation in the constitutional law perspective has a very solid foundation. CSR is one of the efforts to achieve social Justices as one of the basis of the state. Second, CSR is a form of corporate constitutional obligation to respect and promote human rights. Third, CSR mandatory regulation can be justified because the state holds the primary responsibility for the protection and fulfillment of human rights, including establishing a rule that imposes a CSR duty to the corporation. Fourth, there is a potential violation of human rights guaranteed by the 1945 Constitution both civil and political rights as well as economic, social, and cultural. This requires the company's role in the protection and promotion of human rights.

Based on conclusions above, CSR is one form of the corporation's obligation to respect, to protect, to fulfill, and to promote human rights. In that perspective, CSR should be mandatory law not only for the corporation which manage or correlate with natural resource, but also for all corporations that operate in the middle of the society.

## BIBLIOGRAPHY

Augenstein, Daniel, *Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union*, The University of Edinburgh. [http://www.academia.edu/1366068/Study\\_of\\_the\\_Legal\\_Framework\\_on\\_Human\\_Rights\\_and\\_the\\_Environment\\_applicable\\_to\\_European\\_Enterprises\\_operating\\_outside\\_the\\_European\\_Union\\_Study\\_for\\_the\\_European\\_Commission\\_ENTR\\_09\\_045\\_2010\\_](http://www.academia.edu/1366068/Study_of_the_Legal_Framework_on_Human_Rights_and_the_Environment_applicable_to_European_Enterprises_operating_outside_the_European_Union_Study_for_the_European_Commission_ENTR_09_045_2010_), accessed 3/5/2013.

- Corbett, Angus and Peta Spender, 2009, *Corporate Constitutionalism*.. 31, Sydney Law Review.
- Edi Suharto, 2008, *Corporate Social Responsibility: What is and Benefits for Corporate*, Presented Paper on Conference “CSR: Strategy, Management and Leadership”, Jakarta 13-14 February.
- European Commission, 2011, *Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee on the Regions, A renewed EU strategy 2011 – 14 for Corporate Social Responsibility*, Brussel; European Commission.
- Jimly Asshiddiqie and Muchamad Ali Safa’at, 2012, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Lynch, Philip, 2006, *Human Rights and Corporate Social Responsibility, Submission to the Corporation Markets Advisory Committee Inquiry into Corporate Social Responsibility*, Melbourne: Human Rights Law Resources Centre.
- Rabet, Delphine, 2009, *Human rights and Globalization: The Myth of Corporate Social Responsibility?*, *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences*, Volume 1, Nomor 2.
- Rawls, John, 1971, *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- United Nation, 2003, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, art 15, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

# Konstruksi Pertentangan Norma Hukum dalam Skema Pengujian Undang-Undang

**Tanto Lailam**

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta  
Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta, 55183.  
E-mail: tanto\_tatanegara@yahoo.com

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## **Abstrak**

Kajian ini mengelaborasi konstruksi pertentangan norma hukum dalam skema pengujian Undang-Undang. Hasil analisis, meliputi: Pancasila dapat dijadikan tolok ukur untuk menilai “pertentangan norma”; Mahkamah Konstitusi menguji seluruh Undang-Undang yang lahir sebelum dan sesudah amandemen dengan tolok ukur UUD 1945 yang sedang berlaku; Undang-Undang Dasar 1945 harus dimaknai sebagai konstitusi yang hidup (*the living constitution*) guna menegakan hukum dan keadilan; Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan dalam menguji Undang-Undang terhadap UUD baik secara vertikal maupun horizontal; aspek keberlakuan sebuah Undang-Undang merupakan bagian dari pengujian materiil, bukan pengujian formil; makna “bertentangan dengan UUD 1945” harus dielaborasi secara komprehensif dalam putusan dengan mengutamakan tegaknya hukum dan keadilan; Mahkamah Konstitusi tidak boleh mengutamakan penafsiran original intent dan mengenyampingkan model penafsiran lain jika hal tersebut justru menyebabkan tidak berjalannya konstitusi; ketentuan non konstitusi dapat dibenarkan dalam pengujian formil, namun dalam pengujian materiil tidaklah tepat; pengeyampingan asas hukum acara “*nemo iudex in propria causa*” dapat dibenarkan demi tegaknya konstitusi dan mengutamakan asas curia novit, pertentangan norma secara formil dapat disimpangi oleh asas kemanfaatan demi substansi Undang-Undang; putusan berlaku surut menyebabkan ketidakpastian hukum yang adil.

**Kata kunci:** Pertentangan norma hukum, pengujian Undang-Undang

### **Abstract**

*The study elaborated on the construction of “conflict of legal norms” in constitutional review scheme. There are eleven problems as result of this study, which include: The ideology of the state “Pancasila” as a standard review of “conflict of legal norms” act against 1945 constitution; Constitutional court has a review of act passed before and after 1945 Constitution amendment with standard of 1945 constitution; 1945 constitution is “the living constitution” for the enforcing of law and justice; Constitutional court has authority to review of act against 1945 constitution by vertical and horizontal perspective; enforceability aspect of constitutional review is a part of material review, not formal review; the meaning of “conflict of legal norms” must be comprehend elaborated in the decisions to enforcing of law and justice; Constitutional Court does not used priority of the original intent interpretation and remained unfulfilled of other model interpretation if original intent interpretation caused ineffectiveness of constitution; non constitution be permitted for the formal review, but in material review is not implement; “nemo iudex idoneus in propria causa” of procedural law principle can remained unfulfilled by “ius curia novit” principle to promote of the 1945 constitution; the formal review of “conflict of legal norms” can remained unfulfilled by utility principle to priority of legal substance; the retroactive decision caused legal uncertainly.*

**Key words:** *conflict of legal norms, constitutional review*

## **PENDAHULUAN**

Sistem norma hukum Indonesia membentuk bangunan piramida, norma hukum yang berlaku berada dalam suatu sistem yang berjenjang-jenjang, berlapis-lapis, sekaligus berkelompok-kelompok.<sup>1</sup> Dalam arti bahwa norma hukum tersebut berlaku, bersumber dan berdasar pada norma hukum yang lebih tinggi, dan norma hukum yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma hukum yang lebih tinggi pula, demikian seterusnya sampai pada suatu norma dasar negara Indonesia, yaitu: Pancasila (cita hukum rakyat Indonesia, dasar dan sumber bagi semua norma hukum di bawahnya).<sup>2</sup>

Bangunan piramida hukum ini untuk menentukan derajat norma masing-masing susunan norma hukum yang lebih tinggi dan norma yang lebih rendah. Konsekuensi bangunan piramida hukum adalah jika terdapat norma hukum/peraturan yang saling bertentangan (pertentangan norma), maka yang dinyatakan

<sup>1</sup> Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Yogyakarta, Kanisius, 1998, h. 25-26

<sup>2</sup> Jazim Hamidi, *Revolusi Hukum Indonesia: Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Jakarta, Konstitusi Press, 2006, h. 167

berlaku adalah yang derajatnya lebih tinggi. Dalam konteks ini berlaku asas hukum *lex superiori derogat legi inferiori* (hukum yang derajatnya lebih tinggi mengesampingkan hukum yang derajatnya lebih rendah).<sup>3</sup> Selain itu, konsekuensi bangunan piramida hukum tersebut adalah adanya harmonisasi antar berbagai lapisan hukum (misalnya setingkat Undang-Undang), dalam arti bahwa antar norma hukum dalam lapisan/ jenjang yang sama tidak boleh saling bertentangan.

Untuk menilai pertentangan norma hukum setiap negara memiliki skema yang berbeda. Setelah amandemen UUD 1945, di Indonesia kewenangan pengujian norma dipusatkan pada kekuasaan kehakiman, yakni Mahkamah Agung (menguji peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang terhadap Undang-Undang) dan Mahkamah Konstitusi (menguji Undang-Undang terhadap UUD). Pengujian norma hukum/Undang-Undang terhadap UUD oleh Mahkamah Konstitusi merupakan wujud prinsip atau asas konstiusionalitas Undang-Undang (*constitutionality of law*), yang mana konsekuensinya harus ada mekanisme yang dapat menjamin bahwa Undang-Undang yang dibuat oleh pembentuk Undang-Undang itu tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Pemberian kewenangan pengujian Undang-Undang pada Mahkamah Konstitusi tidak diatur secara detail dan jelas dalam konstitusi maupun dalam Undang-Undang organik, sehingga untuk melihat desain pengujian Undang-Undang khas Indonesia harus melakukan elaborasi komprehensif terhadap peraturan terkait berikut putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Hal ini yang membuat skema pengujian Undang-Undang baik ranah teoritis maupun praktik masih menyisakan berbagai problem: lemahnya bangunan nilai-nilai Pancasila/Pembukaan sebagai tolok ukur, tidak tepatnya penggunaan dualisme konstitusi sebagai tolok ukur, lemahnya penggunaan tolok ukur "UUD 1945" sebagai konstitusi yang hidup, ketentuan yang tidak jelas mengenai pemahaman pengujian norma hukum vertikal dan horizontal oleh Mahkamah Konstitusi dan batasan pengujian formil dan materiil serta implikasinya, rumitnya menyusun makna "bertentangan dengan UUD", ragamnya menyusun makna pertentangan norma hukum melalui penafsiran hukum, tidak adanya batasan penggunaan ketentuan non konstitusi, pertentangan antar asas-asas hukum acara dalam praktik, ketidakjelasan batasan pengenyampingan pertentangan norma hukum dan pemberlakuan surut demi nilai hukum. Dalam arti terkadang Mahkamah Konstitusi membuat putusan progresif terkait permasalahan tersebut, dan terkadang Mahkamah Konstitusi terjebak pada

<sup>3</sup> Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Yogyakarta, FH UII Press, 2003, h. 206.

pemahaman yang kurang tepat dalam memahami pertentangan norma hukum yang menyebabkan lemahnya bangunan sistem hukum.

## PEMBAHASAN

### 1. Pancasila dan/ atau Undang-Undang Dasar 1945

Pasal 24C UUD 1945 dan UU Mahkamah Konstitusi tidak mengatur secara jelas dan rinci apakah pengujian Undang-Undang dilakukan berdasarkan norma Pembukaan atau Pasal-pasal UUD, sebab dalam Pasal II Aturan Tambahan UUD 1945 disebutkan bahwa UUD 1945 terdiri atas Pembukaan dan Pasal-pasal. Dalam pandangan Maria Farida bahwa UUD 1945 terdiri atas dua kelompok norma, pembukaan dan batang tubuh (pasal-pasal). Pembukaan UUD 1945 dimaknai sebagai *staatsfundamentalnorm* atau norma fundamental negara, sedangkan batang tubuh (pasal-pasal) dimaknai sebagai *staatsgrundgeztz* atau aturan dasar negara.<sup>4</sup> Pembukaan UUD 1945 sebagai norma dasar kedudukannya lebih utama di bandingkan Pasal-pasal UUD 1945 karena Pembukaan UUD 1945 mengandung pokok-pokok pikiran yang tidak lain adalah Pancasila,<sup>5</sup> atau jiwa Pancasila,<sup>6</sup> yang merupakan *general acceptance of the same philosophy of government*.<sup>7</sup> Meminjam bahasa Notonagoro bahwa Pembukaan UUD 1945 mempunyai kedudukan penting dalam tertib hukum Indonesia, yaitu: *pertama*, menjadi dasarnya, karena pembukaan yang memberikan faktor-faktor mutlak bagi adanya tertib hukum Indonesia; dan *kedua*, memasukkan diri di dalamnya sebagai ketentuan hukum yang tertinggi sesuai dengan kedudukannya asli sebagai asas bagi hukum dasar lainnya, baik yang tertulis (UUD 1945) maupun yang *convention*, dan peraturan di bawahnya.<sup>8</sup>

Menurut Jimly Asshiddiqie bahwa Pembukaan dan Pasal-pasal UUD 1945 adalah satu kesatuan norma konstitusi, walaupun pembukaan memiliki tingkat abstraksi yang lebih tinggi dibanding pasal-pasal, namun tidak dapat dikatakan bahwa pembukaan memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari pasal-pasal, keduanya adalah norma-norma konstitusi yang *supreme* dalam

<sup>4</sup> Maria Farida Indrati Soeprapto, *Op.Cit.*, h. 48

<sup>5</sup> *Ibid.*, h. 40

<sup>6</sup> Dahlan Thaib, Ni'matul Huda, dan Jazim Hamidi, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers, 2005, h. 84

<sup>7</sup> Mahfud MD, "Ceramah Kunci Ketua MK Pada Kongres Pancasila Pada Tanggal 30 Mei 2009", dalam Agus Wahyudi, Rofiqul Umam Ahmad, Saldi Isra, Sindung Tjahyadi, dan Yudi Latif (ed), *Proceeding Kongres Pancasila: Pancasila Dalam Berbagai Perspektif*, Jakarta, Sekjen dan Kepaniteraan MK, 2009, h. 14

<sup>8</sup> Jazim Hamidi, *Op.Cit.*, h. 176

tata hukum nasional (*national legal order*).<sup>9</sup> Batu uji dalam pengujian Undang-Undang adalah UUD 1945, baik Pembukaan maupun Pasal-pasal, apakah suatu ketentuan Undang-Undang melanggar hak konstitusional atau bertentangan dengan UUD 1945 tidak hanya pasal-pasal, melainkan juga cita-cita dan prinsip dasar yang terdapat Pembukaan UUD 1945.<sup>10</sup>

Dalam pengujian Undang-Undang terdapat persoalan yang muncul, bagaimana desain penilaian pertentangan norma yang diinginkan Pancasila dan/atau UUD 1945 dan apakah Pancasila/Pembukaan UUD 1945 bisa menjadi tolok ukur dalam pengujian Undang-Undang ataukah cukup dengan pasal-pasal (batang tubuh) UUD 1945 yang merupakan kristalisasi dari nilai-nilai Pancasila, ataukah elaborasi keduanya sebagai kesatuan sistem. Mengingat sampai saat ini sangat jarang ada pihak yang mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang dengan menggunakan tolok ukur Pembukaan UUD 1945 (Pancasila). Berdasarkan Pasal 2 Undang-Undang No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, bahwa “Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara”, hal ini memiliki konsekuensi bahwa seluruh peraturan perundang-undangan dalam bangunan piramida hukum harus sesuai dan tidak boleh bertentangan terhadap Pancasila. Untuk menilai pertentangan norma hukum terhadap Pancasila dapat dilakukan melalui penafsiran hukum dalam pengujian Undang-Undang, artinya bahwa pengujian Undang-Undang merupakan suatu mekanisme untuk menjamin suatu peraturan perundang-undangan sesuai atau tidak bertentangan terhadap nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.

Dalam praktik justru terdapat putusan Mahkamah Konstitusi yang menggunakan tolok ukur Pembukaan UUD 1945 (Pancasila), seperti: Putusan No.140/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Undang-Undang No.1/PNPS/Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama. Pengujian Undang-Undang ini menggunakan tolok ukur Sila 1 Pancasila “Ketuhanan Yang Maha Esa”, Sila 1 tersebut menurunkan Undang-Undang yang mewajibkan setiap penyelenggara pendidikan mengajarkan agama sebagai suatu mata pelajaran, sesuai dengan agama masing-masing. Prinsip negara hukum Indonesia harus dilihat dengan cara pandang UUD 1945, yaitu negara hukum yang menempatkan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai prinsip

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, dalam “Implikasi Perubahan Undang-undang Dasar 1945 Terhadap Pembangunan Hukum Nasional”, Rofiqul-Umam Ahmad, M.Ali Safa’at, Rafiudin Munis Tamar (ed), *Konstitusi dan Kenegaraan Indonesia Kontemporer: Pemikiran Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie dan Para Pakar Hukum*, Bekasi, The Biography Institute, 2007, h. 11

<sup>10</sup> Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Jakarta, Sekjen dan Kepaniteraan MKRI, 2008, h. 25

utama serta nilai-nilai agama yang melandasi gerak kehidupan bangsa dan negara, bukan negara yang memisahkan hubungan antara agama dan negara (*separation of state and religion*), serta tidak semata-mata berpegang pada prinsip individualisme maupun prinsip komunalisme.

Sementara itu, Putusan No. 5/PUU-IX/2011 perihal Pengujian Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi menggunakan tolok ukur pasal-pasal UUD 1945, terutama Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945.

Berdasarkan hal di atas, Mahkamah Konstitusi dapat menjadikan Pancasila sebagai tolok ukur dalam menilai pertentangan norma hukum baik melalui pemahaman filosofi cita hukum bernegara, penafsiran hukum yang merujuk pada spirit moralitas konstitusi, dan tolok ukur ini dapat diterapkan secara langsung. Selain itu, bahwa desain pertentangan norma tidak semata pada kerangka yuridis (bertentangan dengan norma hukum di atasnya/UUD 1945), tetapi juga filosofis (bertentangan dengan cita hukum/Pancasila) dan sosiologis (bertentangan dengan tujuan hukum dalam masyarakat dalam konteks keadilan sosial dan kemanfaatan hukumnya). Artinya dalam konteks ini bahwa Pancasila merupakan batu uji dalam *constitutional review* karena Pancasila adalah sebagaimana termuat dalam Pembukaan UUD 1945,<sup>11</sup> hal ini tentunya berlandaskan pemikiran bahwa Pancasila sebagai dasar, ideologi dan filsafat bangsa dan negara, serta merupakan sumber dari segala sumber hukum negara, sehingga setiap materi peraturan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.<sup>12</sup>

## 2. Dualisme Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang

Pembatalan Pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi merupakan pintu masuk pengujian Undang-Undang sebelum amandemen UUD 1945. Artinya Undang-Undang yang lahir dengan landasan UUD 1945 sebelum amandemen, KRIS 1949, UUDS 1950 secara otomatis dapat diuji oleh Mahkamah Konstitusi. Sebab berdasar ketentuan Pasal I Aturan Peralihan UUD 1945 memberikan ketentuan bahwa seluruh peraturan perundang-undangan di bawah UUD akan tetap berlaku sebelum diganti yang baru.

<sup>11</sup> Moh. Mahfud MD, "Pancasila sebagai Tonggak Konvergensi Pluralitas Bangsa", dalam Surono dan Mifthakhul Huda (ed), *Prosiding Sarasehan Nasional 2011: Implementasi Nilai-nilai Pancasila dalam Menegakkan Konstitusionalitas Indonesia*, Yogyakarta, MK dan Universitas Gadjah Mada, 2011, h.27

<sup>12</sup> Tanto Lailam, dalam "Desain Tolok Ukur Pancasila dalam Pengujian Undang-undang untuk Mewujudkan Keadilan Substantif, *Jurnal Konstitusi P3KP Fakultas Hukum Universitas Jambi* Volume II No.1 h. 65-66

Pembatalan Pasal 50 UU Mahkamah Konstitusi dikaitkan dengan Pasal 24C UUD 1945 bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD. Frasa terakhir “menguji Undang-Undang terhadap UUD” memunculkan pertanyaan, apakah (1) Undang-Undang diuji terhadap UUD yang melandasi pembentukannya (misalnya Undang-Undang yang lahir pada masa berlakunya UUDS 1950 diuji terhadap UUDS 1950 tersebut) atau (2) seluruh Undang-Undang yang lahir sebelum atau setelah amandemen UUD 1945 diuji terhadap terhadap konstitusi positif (UUD 1945 hasil amandemen), atau (3) Undang-Undang tersebut diuji terhadap konstitusi yang melandasi dan sekaligus konstitusi yang sedang berlaku.

Terdapat konsekuensi terkait hal di atas, yaitu: jika Undang-Undang sebelum amandemen diuji berdasarkan konstitusi yang melandasi tentu menyebabkan permasalahan hukum. Yang menjadi pertanyaan, apakah tepat Undang-Undang yang masih berlaku diuji terhadap UUD yang sudah tidak berlaku? Perubahan UUD 1945 berarti terdapat suatu tertib hukum baru (*new legal order*) yang mengakibatkan tertib hukum yang lama (*old legal order*) kehilangan daya lakunya, misalnya saat ini ketentuan pasal-pasal dalam UUDS 1950 sudah tidak memiliki daya laku. Sehingga segala produk hukum yang lahir sebelum amandemen harus diuji terhadap UUD 1945 hasil amandemen. Konteks pertentangan norma hukum yang ideal dan perlu dipahami oleh Mahkamah Konstitusi adalah pertentangan norma hukum baik sebelum maupun sesudah amandemen UUD 1945 terhadap UUD 1945 yang sedang berlaku, hal ini yang kemudian menimbulkan konsekuensi pembatalan sebuah Undang-Undang atau pasal/ayat tertentu. Akan keliru jika Mahkamah Konstitusi membatalkan atau tidak membatalkan Undang-Undang sebelum amandemen dengan dalih bertentangan/tidak dengan konstitusi yang melandasinya, sementara norma-norma dalam konstitusi tersebut sudah tidak memiliki daya laku dan sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan ketatanegaraan Indonesia. Selain itu, akan tidak tepat jika Mahkamah Konstitusi menguji terlebih dahulu terhadap konstitusi yang melandasinya dan kemudian menguji terhadap konstitusi yang sedang berlaku.

Namun, fakta dalam putusan Mahkamah Konstitusi terdapat Undang-Undang yang diuji terlebih dahulu terhadap konstitusi yang menjadi landasannya sebelum menguji terhadap konstitusi yang sedang berlaku

(UUD 1945), misalnya Putusan Mahkamah Konstitusi No.8/PUU-VII/2010 tentang pengujian Undang-Undang No. 6 Tahun 1954 Tentang Penetapan Hak Angket Dewan Perwakilan Rakyat terhadap Undang-Undang Dasar Sementara, dalam argumentasi Mahkamah Konstitusi dikatakan bahwa Undang-Undang *a quo* tidak bertentangan dengan UUD yang melandasinya, dengan demikian pembentukan Undang-Undang No. 6 Tahun 1954 adalah konstitusional karena sesuai dengan ketentuan-ketentuan UUDS 1950 yang berlaku ketika itu. Jika merujuk pada pendapat Mahkamah Konstitusi tersebut, maka Undang-Undang *a quo* tidak bertentangan dengan UUDS 1950, sehingga tetap dapat dinyatakan berlaku. Bangunan argumentasi ini kurang tepat, argumentasi hanya menguraikan bahwa Undang-Undang telah dibentuk oleh Presiden bersama DPR (asas kelembagaan yang tepat), padahal dalam pengujian formil yang dinilai adalah fakta proses pembentukan Undang-Undang “apakah prosesnya sesuai dengan UUD”, dalam hal ini Mahkamah Konstitusi tidak menguraikan fakta yang mana yang konstitusional dan mana yang tidak konstitusional.

Pelaksanaan pengujian formil ini sangat sulit jika objek yang diuji Undang-Undang yang dibentuk sebelum amandemen UUD 1945, rekam fakta pembentukan Undang-Undang tidaklah komprehensif, sehingga sulit juga untuk menilai atau menemukan pertentangan norma hukum secara formil. Kesulitan menemukan rekam fakta pembentukan Undang-Undang yang menjadi latar belakang penilaian Undang-Undang *a quo* bersifat konstitusional. Namun, argumentasi lain dalam putusan yang sama bahwa Undang-Undang *a quo* bersifat inkonstitusional secara materiil, bahwa Undang-Undang *a quo* tidak dapat diteruskan keberlakuannya karena terdapat perbedaan sistem pemerintahan yang dianut dari kedua konstitusi yang mendasarinya, sehingga materi muatan Undang-Undang *a quo* bertentangan dengan UUD 1945.

Berdasarkan kasus tersebut, idealnya Mahkamah Konstitusi menguji seluruh Undang-Undang terhadap UUD 1945 amandemen, sebab suatu norma yang lebih rendah dengan sendirinya akan tercerabut atau tidak berlaku lagi, apabila norma hukum yang ada di atasnya yang menjadi dasar dan menjadi sumber berlakunya tersebut dicabut atau dihapus.<sup>13</sup> Artinya dalam hal ini perlu dilakukan pengujian Undang-Undang, jika materi Undang-Undang yang lahir sebelum amandemen UUD 1945 ternyata tidak bertentangan dengan

<sup>13</sup> Taufiqrohman Syahuri, dalam “Hubungan Norma Hukum Konstitusi dan Norma Hukum di Bawahnya”, Rofiqul-Umam Ahmad, M.Ali Safa’at, Rafudin Munis Tamar (ed), *Op.Cit.*, h. 145

UUD 1945 amandemen tidak akan menimbulkan masalah, dan Undang-Undang tersebut dapat dinyatakan tetap berlaku. Namun jika Undang-Undang yang lahir sebelum amandemen UUD 1945 bertentangan dengan UUD 1945 tentu menjadi persoalan baru, mana yang harus diikuti, tentu UUD 1945 amandemen yang harus diikuti daripada peraturan yang statusnya lebih rendah. Konsekuensinya semua peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945 amandemen, baik yang dibuat sebelum maupun sesudah amandemen UUD 1945. Dalam konteks teori daya laku konstitusi, maka semua peraturan perundang-undangan yang masih berlaku legitimasinya adalah konstitusi yang telah berubah tersebut.<sup>14</sup>

### 3. Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi yang Hidup

Pasal 24C UUD 1945 mengatur mengenai kewenangan pengujian Undang-Undang yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, dalam hal ini tidak dijelaskan apakah UUD 1945 yang dimaksud adalah teks belaka atau sebagai konstitusi yang hidup dalam masyarakat sehingga mampu menyesuaikan dengan perkembangan peradaban. Berkaitan dengan makna UUD tersebut, menurut Saldi Isra bahwa konstitusi adalah teks, benda mati yang berisi rangkaian kalimat. Meskipun demikian, dalam konteks filosofi konstitusi merupakan teks yang “hidup”, karena itu fungsinya harus berisi pasal-pasal yang mampu melewati berbagai zaman, namun sayang sering kali pasal konstitusi gagal “hidup” dan mampu berlari mengikuti perkembangan peradaban manusia.<sup>15</sup>

Jimly Asshiddiqie menguraikan bahwa salah satu masalah yang dihadapi dalam upaya mendekati UUD 1945 sebagai konstitusi kepada masyarakat umum serta menumbuhkan *the living constitution* adalah karena pembahasan masalah konstitusi dan materi muatan yang terkandung di dalamnya selalu menggunakan kerangka pikir, rujukan teori, dan rujukan praktik yang berasal dari luar negeri.<sup>16</sup> Permasalahan pemahaman konstitusi tersebut jangan sampai menyebabkan tidak berjalannya konstitusi sebagai pedoman hidup bersama, tentu pilihan yang tepat bagi Mahkamah Konstitusi adalah menggunakan pemahaman *the living constitution* sebagai jalan menegakan konstitusi. Hal ini

<sup>14</sup> Jimly Asshiddiqie, dalam “Pasal 50 UU MK dan Pelaksanaan Putusan MK”, Rofiqul-Umam Ahmad, M.Ali Safa’at, Rafiudin Munis Tamar (ed), *Op.Cit.*, h. 11

<sup>15</sup> Saldi Isra, 2011, dalam “Kata Pengantar”, Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945: Perubahan Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, h. xv

<sup>16</sup> Jimly Asshiddiqie, *Menuju...Op.cit.*, h. 42

dipertegas oleh pernyataan Mahfud MD sebagai Ketua Mahkamah Konstitusi dalam Pidato Penutupan Rapat Kerja Mahkamah Konstitusi-RI pada tanggal 22-24 Januari 2010, bahwa Mahkamah Konstitusi menganut hukum progresif, sebuah konsep hukum yang tidak terkukung pada konsep teks Undang-Undang semata, tetapi juga memperhatikan rasa keadilan yang hidup di masyarakat, Mahkamah Konstitusi tidak sekedar peradilan yang hanya menjadi corong sebuah Undang-Undang (*bouche de la loi*).<sup>17</sup>

Merujuk pada pandangan Satjipto Rahardjo bahwa hukum bukan apa yang ditulis atau dikatakan dalam teks, hukum tidak hanya peraturan (*rule*) tetapi juga perilaku (*behavior*), hukum sebagai teks akan diam dan hanya melalui perantaraan manusia ia menjadi hidup,<sup>18</sup> teks hanya sekedar *zombii* (mayat hidup) yang menakutkan, merusak, dan mengganggu kenyamanan hidup dan kehidupan manusia<sup>19</sup> jika tidak dapat diterapkan dan jika bertentangan dengan perilaku hukum masyarakat. Hukum dilihat tidak hanya yang tertulis, tetapi juga spirit dan jiwa yang ada di dalamnya,<sup>20</sup> selain itu Mahkamah Konstitusi dalam menguji suatu Undang-Undang wajib menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat berdasarkan UUD 1945 sebagai hukum dasar tertinggi maupun Undang-Undang sebagai penjabaran dari UUD 1945. Jadi jika ada Undang-Undang yang menimbulkan konflik, atau jika ada Undang-Undang yang tidak bermanfaat, tidak menciptakan kepastian hukum, tidak berkeadilan juga harus dinyatakan bertentangan dengan UUD sebab UUD 1945 merupakan cerminan perilaku masyarakat. Selain itu, jika ada Undang-Undang yang tidak berorientasi pada tata nilai yang berlaku (kosmologi Indonesia) juga harus dibatalkan, sebab dapat saja Undang-Undang ketinggalan atau tidak sesuai dari kenyataan-kenyataan yang masyarakat (*het recht hink achter de feiten aan*).

Jika merujuk pada ketentuan teks UUD 1945, Mahkamah Konstitusi tidak berwenang menguji Perpu, namun karena adanya pemahaman bahwa Perpu substansinya sama dengan Undang-Undang dan tidak boleh ketentuan dalam Perpu tersebut melanggar hak konstitusional sedetik pun, maka Mahkamah

<sup>17</sup> Saldi Isra, Yuliandri, Feri Amsari, Charles Simabura, Dayu Medina, dan Edita Elda, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di MK (Dari Berfikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)*, Padang dan Jakarta, Pusako FH Universitas Andalas dan Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MK Republik Indonesia, 2010, h. 2

<sup>18</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perilaku: Hidup Baik adalah Dasar Hukum Yang Baik*, Jakarta, Kompas, 2009, h. 20-21

<sup>19</sup> Sudjito bin Atmoreddjo, dalam "Negara Hukum Dalam Perspektif Pancasila", Agus Wahyudi, Rofiqul Umam Ahmad, Saldi Isra, Sindung Tjahyadi, dan Yudi Latif (ed), *Op.cit.*, h. 199-200

<sup>20</sup> Artidjo Alkostar, 2008, *Korupsi Politik di Negara Modern*, FH UII Press, Yogyakarta, h. 1

Konstitusi menafsirkan bahwa “lembaga” nya memiliki kewenangan menguji Perpu sebab tidak ada lembaga lain yang dapat menguji Perpu terhadap UUD 1945.

#### 4. Pengujian Norma Vertikal dan/atau Horizontal

UUD 1945 mengandung pembatasan fungsi pengujian norma yang menunjukkan bahwa seolah-olah yang terpenting dan sering menjadi masalah adalah derajat sebuah norma hukum dalam konteks norma vertikal, ketentuannya tertuang jelas dan lembaga yang menyelesaikan pertentangan norma secara vertikal (Mahkamah Konstitusi dan MA). Sementara norma-norma yang sederajat dan berkelompok (horizontal) seolah-olah tidak menimbulkan masalah, padahal secara faktual banyak Undang-Undang yang sederajat justru menimbulkan masalah (konflik hukum), banyak Undang-Undang yang saling bertentangan dan menimbulkan ketidakpastian hukum yang telah dijamin UUD 1945, dan persoalannya terkadang prinsip *lex specialist derogat legi generali* tidak mampu memberikan solusi terhadap persoalan ini, apalagi Indonesia belum memiliki desain yang menguji pertentangan norma hukum yang sederajat.

Pasal 24C UUD 1945 bahwa Mahkamah Konstitusi menguji Undang-Undang terhadap UUD, dalam hal ini tidak dijelaskan apakah satu Undang-Undang saja atau diperluas dalam pengertian bahwa dua Undang-Undang atau lebih yang saling bertentangan dapat diujikan melalui Mahkamah Konstitusi. Menurut Mahfud MD, dalam pengujian Undang-Undang Komisi Yudisial bahwa alasan ketentuan pengawasan yang ada dalam Undang-Undang Komisi Yudisial bersifat rancu dan tak sejalan dengan ketentuan-ketentuan yang telah ada dalam Undang-Undang lain. Apa yang ditunjukkan oleh Mahkamah Konstitusi adalah kerancuan Undang-Undang Komisi Yudisial dengan Undang-Undang lain, kalau benar ini yang menjadi alasan, maka putusan Mahkamah Konstitusi melampaui batas alias tidak benar. Sebab pembenturan isi satu Undang-Undang dengan Undang-Undang lainnya tidak dapat diselesaikan melalui *judicial review*.<sup>21</sup>

Dalam putusan Mahkamah Konstitusi No.018/PUU-I/2003 bahwa dengan diundangkannya Undang-Undang No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua, maka pemberlakuan Undang-Undang No.45 Tahun 1999

<sup>21</sup> Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers, 2010, h. 109

dinyatakan bertentangan dengan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, padahal substansi dua Undang-Undang tersebut berbeda, namun tetap dibatalkan dengan alasan sebagai solusi konflik di masyarakat akibat berlakunya dua Undang-Undang tersebut. Contoh lain adanya pembatalan Undang-Undang No. 6 Tahun 1954, pendapat Mahkamah Konstitusi bahwa:

*tata cara pembentukan dan mekanisme kerja panitia angket yang diatur dalam Undang-Undang No.6 Tahun 1954 telah diatur juga dalam Undang-Undang No.27 Tahun 2009, sehingga apabila Undang-Undang No.6 Tahun 1954 tetap dipertahankan akan menimbulkan ketidakpastian hukum yang justru bertentangan dengan UUD 1945.*

Penulis sedikit berbeda dengan pandangan Mahfud MD di atas, berdasarkan Pasal 24C UUD 1945 dapat ditafsirkan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak hanya memiliki kewenangan untuk menguji “satu” Undang-Undang terhadap UUD 1945, tetapi ketentuan ini merupakan pintu masuk (*entry point*) untuk menilai pertentangan norma Undang-Undang yang sederajat terhadap UUD 1945, artinya dua atau lebih Undang-Undang yang saling bertentangan secara horizontal dapat diuji dengan alasan bahwa pertentangan norma horizontal tersebut bertentangan secara vertikal dengan UUD 1945. Misalnya dua Undang-Undang yang saling bertentangan dapat diuji ke Mahkamah Konstitusi dengan alasan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1). Pasal 28D UUD 1945 mengandung arti bahwa UUD 1945 menjamin sistem hukum Indonesia yang berkepastian hukum yang adil, sehingga Undang-Undang yang saling bertentangan jelas akan merusak bangunan sistem hukum yang diinginkan oleh UUD 1945, sekalipun konsekuensinya salah satu dari Undang-Undang tersebut di batalkan, sementara Undang-Undang yang lainnya tetap berlaku.

##### **5. Batasan Pengujian Formil dan Materiil**

Ketentuan UUD 1945 dan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tidak mengatur secara jelas dan rinci dalam menilai dan menentukan pertentangan norma hukum, baik secara materiil maupun pengujian formil. Dalam pandangan M. Fajrul Falaakh bahwa pengaturan yang singkat dalam UUD 1945 terkait tidak diaturnya ketentuan Undang-Undang dapat diuji secara materiil dan formil merupakan permasalahan dalam *judicial review*.<sup>22</sup> Sebagai contoh adalah Putusan Mahkamah Konstitusi No.018/PUU-I/2003 mengenai pengujian

<sup>22</sup> M. Fajrul Falaakh, dalam “Konstitusi Dalam Berbagai Lapisan Makna”, *Jurnal Konstitusi Volume 3 Nomor 3 September 2006*, h. 113

Undang-Undang No. 45 Tahun 1999, pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam menyatakan Undang-Undang *a quo* bertentangan dengan UUD 1945 bukan berdasarkan pada materi (materiil) maupun proses pembentukan (formil), tetapi keberlakuan sebuah Undang-Undang. Mahkamah Konstitusi memaknai pengujian ini sebagai bagian dari pengujian formil dengan mendasarkan pada Peraturan Mahkamah Konstitusi No.06/PMahkamah Konstitusi/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, Pasal 4 ayat (3) yang mengatur mengenai pengujian formil, oleh Mahkamah Konstitusi hanya menguji aspek keberlakuan sebuah Undang-Undang.<sup>23</sup> Sementara itu pengaturan mengenai Pengujian Materiil termuat pada Pasal 4 ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005.

Dalam pandangan Jimly Asshiddiqie bahwa pengujian keberlakuan merupakan bagian dari pengujian formil dengan mendasarkan argumen bahwa pengujian formil termasuk pengujian atas hal-hal yang tidak termasuk dalam pengujian materiil,<sup>24</sup> namun argumen tersebut kuranglah tepat, sebab dalam pengujian Undang-Undang *a quo* didasarkan pada pertimbangan materi atau substansi Undang-Undang *a quo* yang secara keseluruhan menimbulkan ketidakpastian hukum dan secara sosial politis dapat berakibat konflik dalam masyarakat, bukankah ini bagian dari pengujian materiil dimana materinya/substansinya yang menimbulkan ketidakpastian hukum dan substansinya jika diterapkan akan menimbulkan masalah dan konflik di dalam masyarakat Papua.

Permasalahan lainnya adalah konsekuensi yang ditimbulkan dalam pengujian formil dan materiil, dalam pengujian formil jika proses pembentukan Undang-Undang bertentangan dengan UUD 1945 maka Undang-Undang tersebut secara keseluruhan dinyatakan tidak berlaku. Sementara dalam pengujian materiil jika materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian Undang-Undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka yang harus dibatalkan adalah muatan ayat, pasal, dan/atau bagian Undang-Undang bertentangan.

Hal yang berbeda dihadirkan dalam Putusan No.001-021-022/PUU-I/2003 perihal Pengujian Undang-Undang No. 20 Tahun 2002 tentang

<sup>23</sup> Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2010, h. 95

<sup>24</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-undang*, Jakarta, Yasrif Watampone, 2006, h. 63.

Ketenagalistrikan, bahwa ketentuan yang dipandang bertentangan dengan konstitusi pada dasarnya adalah Pasal 16, 17 ayat (3), serta 68, khususnya yang menyangkut *unbundling* dan kompetisi, akan tetapi karena pasal-pasal tersebut merupakan *jantung* dari Undang-Undang No. 20 Tahun 2002 padahal seluruh paradigma yang mendasari UU Ketenagalistrikan adalah kompetisi atau persaingan dalam pengelolaan dengan sistem *unbundling* dalam ketenagalistrikan yang tercermin dalam konsideran “menimbang” huruf b dan c UU Ketenagalistrikan. Hal tersebut tidak sesuai dengan jiwa dan semangat Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 yang merupakan norma dasar perekonomian nasional Indonesia. Konteks ini adalah pengujian materiil, idealnya yang harus di batalkan adalah Pasal 16, 17 ayat (3), serta 68 yang dinilai bertentangan dengan UUD 1945, namun secara faktual justru keseluruhan Undang-Undang ini dinyatakan batal.

## 6. Makna Bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945

Hasil penelitian Saldi Isra dan Pusat Studi Konstitusi (PUSaKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas, mempertanyakan *apakah yang dimaksud dengan bertentangan dengan UUD 1945?*<sup>25</sup> Perolehan hasil penelitian tersebut ditemukan pasal-pasal yang bersifat menjelaskan dan mengelaborasi ketentuan UUD 1945 justru dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.<sup>26</sup> Menurut Machmud Aziz bahwa pengertian bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi perlu mendapat penjelasan yang tepat.<sup>27</sup>

Pandangan Saldi Isra di atas ada benarnya, misalnya pengujian Undang-Undang No.22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial, dalam halaman 194 Putusan No. 006/PUU-IV/2006 secara eksplisit dinyatakan bahwa Pasal 20, Pasal 21, Pasal 22, Pasal 23 sepanjang mengenai pengawasan, Pasal 24 ayat (1) sepanjang yang menyangkut hakim konstitusi, dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) UU Komisi Yudisial serta Pasal 34 ayat (3) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman bertentangan dengan Pasal 24, Pasal 24A, dan Pasal 24B UUD 1945. Selain itu dalam kasus pengujian Undang-Undang No. 31 Tahun 1999, Mahkamah Konstitusi telah melanggar dengan membuat vonis *ultra petita*, dalam arti bahwa Mahkamah Konstitusi telah masuk atau mengintervensi

<sup>25</sup> Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlemen dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta, Rajawali Pers, 2010, h.308, lihat juga Saldi Isra, Yulianti, Feri Amsari, Charles Simabura, Dayu Medina, dan Edita Elda, *Op.cit.*, h. 100

<sup>26</sup> *Ibid.*, h. 101

<sup>27</sup> Machmud Aziz, dalam “Aspek-Aspek Konstitusional Pembentukan Peraturan Perundang-undangan”, *Jurnal Konstitusi Volume 3 No.3 September 2006*, h. 142

ranah legislatif karena memutus tanpa ada alasan yang kuat bahwa bagian dari Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 yang dibatalkan bertentangan dengan dengan seluruh atau bagian dari UUD.<sup>28</sup>

Salah satu penyebab putusan Mahkamah Konstitusi yang dinilai kurang tepat di atas adalah sebagaimana dikemukakan oleh Mahfud MD, bahwa Mahkamah Konstitusi sering menciptakan perspektif sendiri di luar perspektif teori yang terkonstruksi dalam konstitusi (UUD 1945), dalam kasus pengujian Undang-Undang Komisi Yudisial bahwa putusan Mahkamah Konstitusi itu belum tentu benar, tetapi sudah pasti mengikat. Kebenaran putusan Mahkamah Konstitusi itu bersifat relatif, tergantung pada pilihan perspektif, dalil, atau pasal-pasal yang dipergunakan untuk memutus, artinya sebuah putusan Mahkamah Konstitusi bisa salah jika yang dipakai untuk memutus adalah perspektif, dalil, dan pasal-pasal lain. Dalam bahasa sehari-hari dapatlah dikatakan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi itu bisa “sesuka-suka Mahkamah Konstitusi” dengan kebenaran yang relatif karena logikanya hanya dibangun dari perspektif tertentu yang hanya bisa logis dari perspektif itu sendiri.<sup>29</sup>

Untuk itu, makna bertentangan dengan UUD 1945 harus dielaborasi secara tepat dalam setiap putusan Mahkamah Konstitusi, jangan sampai penilaian pertentangan norma justru menyebabkan tidak berjalannya konstitusi, sehingga lebih lanjut menyebabkan ambruknya bangunan negara hukum Pancasila. Setiap pengujian harus berlandaskan pada patokan-patokan dan tak dapat hanya bermain dalam lapangan perspektif teoritis yang sangat luas, patokan dasarnya adalah apa yang sebenarnya diinginkan sebagai politik hukum pembentukan Mahkamah Konstitusi. Isi konstitusi suatu negara adalah apa yang ditulis dan latar belakang pemikiran apa yang melahirkan tulisan/ teks isi konstitusi tersebut tanpa harus terikat dengan teori dan apa yang berlaku di negara lain,<sup>30</sup> selain itu, harus menjadikan konstitusi sebagai *the living constitution*.

## 7. Ragamnya Metode Penafsiran

Belum adanya kriteria penggunaan metode penafsiran hukum dalam menentukan pertentangan norma hukum, hal ini disebabkan pemahaman

<sup>28</sup> Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers, 2010, h. 109

<sup>29</sup> Moh. Mahfud MD., dalam “Komisi Yudisial dalam Mosaik Ketatanegaraan Kita”, *Bunga Rampai Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, Jakarta, Komisi Yudisial, 2007, h. 7-8

<sup>30</sup> Moh. Mahfud MD, *Perdebatan*, *Op.cit.*, h. 100

dan implementasi pertentangan norma hukum tidak dapat dilakukan tanpa kewenangan untuk menginterpretasikan pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan yang memiliki kekuatan hukum.<sup>31</sup> Sehingga, perlu adanya batasan dan kriteria yang jelas dalam menilai dan menentukan pertentangan norma hukum, hal ini dapat dilakukan dengan memperjelas ketentuan-ketentuan yang masih menimbulkan permasalahan atau kurang jelas.

Pandangan Mahfud MD terkait dengan ketidakjelasan tolok ukur dalam memaknai pertentangan norma hukum yang berdasarkan pada pemaknaan, kriteria, penggunaan penafsiran *original intent* sebagai metode penafsiran dalam pengujian norma hukum, hal ini terkait dengan teori apa yang menjadi dasar dan semangat dalam perumusan konstitusi maupun pembentukan peraturan perundang-undangan. Hakim boleh menggunakan *original intent* suatu produk hukum sebagai tolok ukur, hal ini berdasarkan fakta bahwa secara teoritis pengujian norma hukum tersebut bertujuan untuk mengetahui makna atau maksud utama/maksud sebenarnya dari isi konstitusi atau peraturan perundang-undangan.<sup>32</sup> Sebab dengan pemahaman *original intent*, maka orisinalitas ataupun gagasan dan semangat asli dari suatu rumusan peraturan perundang-undangan dapat terlindungi, selain itu Mahkamah Konstitusi harus menjadikan *original intent* sebagai tolok ukurnya.<sup>33</sup> Dalam pandangan lain bahwa Mahkamah Konstitusi tidak boleh hanya semata-mata terpaku pada metode penafsiran *originalisme* yang mendasarkan diri pada *original intent* perumusan Pasal UUD 1945, terutama apabila penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD itu sendiri secara keseluruhan berkaitan dengan tujuan yang hendak diwujudkan.<sup>34</sup>

Rifqi S. Assegaf memberikan ilustrasi penafsiran hukum oleh Mahkamah Konstitusi yang dinilai kontroversial oleh masyarakat, misalnya penggunaan penafsiran historis dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 005/PUU/2006 perihal Pengujian Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Rifqi S. Assegaf membenarkan dan menyetujui penafsiran historis (*penafsiran original intent*) yang digunakan sebagai dasar pertimbangan, sebab tiada maksud atau tujuan dari penyusun Undang-Undang Dasar 1945 untuk menjadikan hakim

<sup>31</sup> Abdul Latif, *Fungsi MK: Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Yogyakarta, Total Media, 2009, h. 244

<sup>32</sup> Tim Penyusun Hukum Acara MK, *Op.cit.*, h. 65.

<sup>33</sup> Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta, Rajawali Pers, 2009, h.280

<sup>34</sup> Asosiasi Pengajar Hukum Acara MK, *Op.cit.*, h. 77-78.

konstitusi sebagai objek pengawasan Komisi Yudisial, namun penggunaan metode penafsiran historis *an sich* dalam putusan ini dapat diperdebatkan karena tidak ada ancaman atau tujuan konstitusional yang terlanggar jika hakim konstitusi diawasi oleh Komisi Yudisial. Lanjut Rifqi, bahwa idealnya Mahkamah Konstitusi menggunakan penafsiran teleologis mengingat prinsip akuntabilitas dalam negara hukum yang demokratis sebagai penyeimbang prinsip independensi peradilan.<sup>35</sup>

Menurut Majelis Eksaminasi Putusan Mahkamah Konstitusi No. 005/PUU/2006,<sup>36</sup> bahwa argumen Mahkamah Konstitusi dengan penggunaan penafsiran *original intent* menyebabkan argumen yang anti akuntabilitas, sebab penafsiran *original intent* tidak mudah dilakukan dan sering menimbulkan kontroversi karena multi interpretasi makna *original intent* itu sendiri.<sup>37</sup> Kontroversi tidak sebatas itu, menurut Majelis Eksaminasi bahwa putusan Mahkamah Konstitusi tersebut sangat kontroversial, meliputi: (1) putusan Mahkamah Konstitusi di luar harapan masyarakat karena menganulir pasal-pasal strategis dalam upaya menciptakan peradilan yang bersih; (2) Mahkamah Konstitusi dinilai bertindak terlalu jauh melampaui kewenangannya ketika menganulir beberapa pasal yang terkait dengan kewenangan Komisi Yudisial; (3) putusan Mahkamah Konstitusi dalam kasus ini terkesan dipaksakan karena klasula-klasula yang dinilai oleh Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan UUD 1945, sesungguhnya justru menjelaskan lebih detail ketentuan yang belum diatur secara jelas oleh Pasal 24B UUD 1945; (4) dengan putusan yang demikian, Mahkamah Konstitusi memiliki kecenderungan menjadi lembaga yang hegemonik dan berpotensi mengancam keseimbangan konsep *separation of powers* dan prinsip *checks and balances* yang menjadi dasar munculnya Mahkamah Konstitusi dalam UUD 1945.<sup>38</sup>

## 8. Urgensi Ketentuan Non Konstitusi?

UUD 1945 secara singkat menentukan “ketentuan lebih lanjut tentang tata cara pembentukan Undang-Undang diatur dengan Undang-Undang (Pasal

<sup>35</sup> Rifqi S. Assegaf, Putusan Mahkamah Konstitusi Atas Hak Uji Materiil Undang-Undang Komisi Yudisial: Momentum Penguatan Gerakan Anti “Mafia Peradilan”, makalah di sampaikan dalam Diskusi Publik Eksaminasi Putusan MK tentang UU KY yang diselenggarakan oleh PuKAT UGM dan Indonesian Court Monitoring, Yogyakarta, 28 September 2006, h. 5

<sup>36</sup> Majelis Eksaminasi terdiri dari Prof.Dr. Yohanes Usfunan, S.H., M.H., Firmansyah Arifin, S.H., Iwan Satriawan, S.H., M.C.L., Drs.Lukman Hakim Saifuddin, M.Fajrul Falaakh, S.H., M.A., M.Sc., Sahlan Said S.H., dan Saldi Isra, S.H., M.PA, Majelis Eksaminasi dibentuk oleh Pusat Kajian Anti Korupsi FH-UGM dan Indonesia Court Monitoring dan melakukan rapat pada tanggal 26-27 September 2006, lihat Hasil Eksaminasi Putusan Mahkamah Konstitusi No.005/PUU/2006 perihal Pengujian Undang-undang No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Undang-undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, h. 5

<sup>37</sup> *Ibid.* h. 4

<sup>38</sup> *Ibid.*, h. 1

22A)”. Ketentuan UUD 1945 ini secara eksplisit “menyerahkan” kewenangan kepada lembaga legislatif untuk mengatur ketentuan lebih lanjut tentang tata cara pembentukan Undang-Undang, yang kemudian dibentuk Undang-Undang No.12 Tahun 2011 (sebelumnya berlaku Undang-Undang No. 10 Tahun 2004). Problem yang terkait Pengujian Undang Undang yakni terkait tolok ukur yang digunakan, sebab UUD 1945 tidak menentukan tata cara pembentukan Undang-Undang.

Dalam pandangan M. Fajrul Falaakh bahwa, misalnya dalam pengujian Undang-Undang No.3 Tahun 2009, bahwa yang akan terjadi adalah menguji suatu fakta tentang tata cara pembentukan Undang-Undang No. 3 Tahun 2009 tentang MA yang diatur dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2004, praktis pengujian formil pada tingkat ini adalah pengujian tentang pembentukan Undang-Undang berdasarkan tolok ukur Undang-Undang (sederajat), termasuk yang menjadi tolok ukur adalah Undang-Undang No. 27 Tahun 2009 tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR, dan DPRD. Dalam kenyataan bahwa Undang-Undang juga mendelegasikan pengaturan lebih lanjut dengan peraturan tata tertib yang berlaku pada dan bagi masing-masing lembaga yang terlibat dalam pembentukan Undang-Undang. Hal ini memunculkan pertanyaan: sejauh mana pengujian formil terhadap pembentukan Undang-Undang harus mengikuti peraturan non konstitusi?<sup>39</sup>

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 27/PUU-VII/2009 perihal pengujian Undang-Undang No. 3 Tahun 2009 terhadap UUD 1945, dalam halaman 82-83 diuraikan bahwa: “Peraturan Tata Tertib DPR RI No. 08/DPR RI/2005 merupakan bagian yang sangat penting dalam perkara *a quo* untuk melakukan pengujian formil, karena hanya berdasarkan Peraturan Tata Tertib tersebut dapat ditentukan apakah DPR telah memberikan persetujuan terhadap Rancangan Undang-Undang yang dibahasnya sebagai syarat pembentukan Undang-Undang yang diharuskan oleh UUD 1945. Terkait dengan hal-hal tersebut, menurut Mahkamah Konstitusi jika tolok ukur pengujian formil harus selalu berdasarkan pasal-pasal UUD 1945 saja, maka hampir dapat dipastikan tidak akan pernah ada pengujian formil karena UUD 1945 hanya memuat hal-hal yang prinsip dan tidak mengatur secara jelas aspek formil proseduralnya, padahal dari logika tertib tata hukum sesuai dengan konstitusi,

<sup>39</sup> Dikutip dari M.Fajrul Falaakh, pendapat sebagai ahli dalam pengujian Undang-undang No.3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang No.14 Tahun 1985 tentang MA, dalam putusan MK No.27/PUU-VII/2009, h. 41.

pengujian secara formil tersebut harus dilakukan, oleh sebab itu sepanjang Undang-Undang, tata tertib produk lembaga negara, peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil proseduralnya itu mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi, maka peraturan perundang-undangan itu dapat dipergunakan atau dipertimbangkan sebagai tolok ukur atau batu uji dalam pengujian formil”.

Putusan di atas menimbulkan perdebatan dikalangan ahli hukum, termasuk lembaga pembentuk Undang-Undang, sebab pengujian formil di Mahkamah Konstitusi bisa saja tolok ukur tidak hanya UUD 1945 saja, tetapi juga Undang-Undang yang memiliki kedudukan sederajat, Peraturan Tata Tertib Dewan Perwakilan Rakyat, dan peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil proseduralnya itu mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi. Putusan ini menimbulkan pro dan kontra, sebab UUD 1945, Undang-Undang Mahkamah Konstitusi maupun dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 06/PMK/2005 tidak mengatur secara jelas terkait hal ini, yang menjadi pertanyaan apa dan bagaimana desain penggunaan non konstitusi dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945. Pro-kontra ini berusaha diselesaikan oleh lembaga pembentuk Undang-Undang dengan mengesahkan Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang No.24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Pasal 50A mengatur ketentuan pembatasan penggunaan non konstitusi sebagai tolok ukur.

Berdasar Putusan Mahkamah Konstitusi No. 49/PUU-IX/2011 ketentuan Pasal 50A Undang-Undang No.8 Tahun 2011 dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, argumentasi hukum yang dibangun Mahkamah Konstitusi adalah Indonesia sebagai negara hukum yang demokrasi konstitusional atau negara demokrasi yang berdasar atas hukum, salah satu syarat setiap negara yang menganut paham *rule of law* dan *constitutional democracy* adalah prinsip konstitusionalisme (*constitutionalism*), antara lain yaitu prinsip yang menempatkan UUD atau konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara.

## 9. Problem Hukum Acara Mahkamah Konstitusi

Hukum acara Mahkamah Konstitusi merupakan hukum yang mengatur prosedur dan tata cara pelaksanaan wewenang yang dimiliki Mahkamah

Konstitusi, sebagai hukum formil yang berfungsi untuk menegakkan hukum materilnya, yaitu bagian dari hukum konstitusi yang menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi. Dalam hukum acara terdapat asas-asas hukum acara atau prinsip-prinsip dasar yang bersifat umum sebagai panduan atau ruh dalam penyelenggaraan peradilan konstitusi. Asas diperlukan untuk mencapai tujuan penyelenggaraan peradilan konstitusi, yaitu tegaknya hukum dan keadilan, khususnya supremasi konstitusi dan perlindungan hak konstitusional warga negara. Namun, mengingat sifatnya yang umum dan tidak merujuk pada tindakan atau kasus tertentu, setiap asas memiliki pengecualian, misalnya asas peradilan terbuka untuk umum dapat dikesampingkan untuk perkara-perkara tentu yang sifatnya tertutup.<sup>40</sup>

Problem yang muncul adalah pertentangan antar asas-asas hukum acara yang asas-asas tersebut sangat urgen bagi tegaknya hukum dan keadilan, pertentangan asas-asas hukum acara ini terkait dengan kewenangan pengujian yang objeknya adalah Undang-Undang Mahkamah Konstitusi sendiri dan Undang-Undang lain yang memiliki keterkaitan dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi. Hal ini terkait dengan asas *nemo iudex in propria causa*, bahwa tidak seorang pun dapat menjadi hakim dalam perkaranya sendiri atau perkara yang berkaitan dengan kepentingannya. Disisi lain Mahkamah Konstitusi terikat dengan asas *ius curia novit*, asas *ius curia novit* mengamanatkan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memberikan penyelesaian masalah hukum yang diajukan kepadanya.

Dalam hal lain, selain memperkuat dan menambah kewenangan, dalam putusan lain Mahkamah Konstitusi justru terjebak pada logika anti akuntabilitas, menurut Majelis Eksaminasi Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 005/PUU/IV/2006 perihal Pengujian Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial dan Undang-Undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, bahwa putusan Mahkamah Konstitusi telah menyimpangi asas *nemo iudex idoneus in propria causa*, bahwa tidak seorang pun dapat menjadi hakim dalam perkaranya sendiri. Dengan dalih bahwa Mahkamah Konstitusi memiliki tanggung jawab konstitusional untuk mengawal UUD sehingga dapat mengesampingkan prinsip imparialitas. Pengesampingan asas ini tidak memiliki argumentasi hukum yang kuat karena kewajiban tersebut tidak boleh dijalankan dengan melanggar prinsip universalitas hukum acara

<sup>40</sup> Tim Penyusun Hukum Acara MK, *Op.cit.*, h. 14-15.

(*due process*) yang mengharuskan hakim memegang teguh prinsip keadilan dan imparcialitas. Penyimpangan ini dapat menimbulkan penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) akibat adanya benturan kepentingan (*conflict of interest*), padahal untuk menjaga prinsip imparcialitas hakim konstitusi harus terbebas dari benturan kepentingan dalam membuat putusan. Atas dasar demikian, karena mengenyampingkan asas *nemo iudex in propria causa*, maka hakim konstitusi telah melakukan *judicial misconduct*.<sup>41</sup>

## 10. Pengenyampingan Pertentangan Norma Demi Nilai Hukum

Luasnya makna pertentangan norma hukum, terutama dalam pengujian formil,<sup>42</sup> hal ini disebabkan belum adanya batasan dan kriteria yang jelas dalam menentukan pertentangan norma hukum tersebut. Sebagai contoh Putusan No.27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Undang-Undang No.3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No.5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No.14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut merupakan contoh nyata adanya pergeseran makna pertentangan norma hukum secara formil atau dalam bahasa yang lebih gambang adalah adanya pengenyampingan pertentangan norma hukum secara formil demi asas kemanfaatan hukum (materi muatan).

Pendapat Mahkamah Konstitusi yang merujuk pada hasil temuannya bahwa pembentukan Undang-Undang No.3 Tahun 2009 telah terbukti “cacat prosedural” atau pembentukan Undang-Undang yang tidak sesuai dengan UUD 1945. Idealnya jika merujuk pada logika positivisme hukum yang menekankan kepastian teks hukum (Undang-Undang No.24 Tahun 2003), maka Undang-Undang tersebut harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Putusan ini merupakan putusan yang bernalar hukum progresif yang tidak terkungkung oleh kepastian teks, tetapi lebih melihat proses dan materi sebagai satu kesatuan sistem dalam Undang-Undang. Argumentasi yang dibangun Mahkamah Konstitusi, jika Undang-Undang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka akan mengakibatkan keadaan yang tidak lebih baik karena: (i) dalam Undang-Undang *a quo* justru terdapat substansi pengaturan yang isinya lebih baik dari Undang-Undang yang diubah; (ii) sudah diterapkan dan menimbulkan akibat hukum dalam sistem

<sup>41</sup> Hasil Eksaminasi Putusan Mahkamah Konstitusi No.005/PUU/2006 perihal Pengujian Undang-undang No.22 Tahun 2004, *Op.cit.*, h. 3.

<sup>42</sup> Tim Penyusun Hukum Acara MK, *Op.cit.* h. 95.

kelembagaan yang diatur dalam Undang-Undang *a quo* dan yang berkaitan dengan berbagai Undang-Undang, antara lain Undang-Undang No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang No.49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No.2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum, dan lembaga lain seperti hubungan antara Komisi Yudisial dengan Mahkamah Agung yang sekarang telah berjalan berdasarkan Undang-Undang No.3 Tahun 2009.<sup>43</sup>

Penulis sependapat dengan putusan Mahkamah Konstitusi, meskipun terdapat cacat prosedural dalam pembentukan Undang-Undang, namun secara materiil Undang-Undang tersebut tidak menimbulkan persoalan hukum dan materinya lebih baik, sehingga penilaian cacat prosedural tersebut dijadikan koreksi pembentukan Undang-Undang. Pengenyampingan esensi pengujian formil demi asas kemanfaatan hukum adalah tepat dan benar, sebab pengujian formil terkait dengan proses pembentukan harus melihat terlebih dahulu substansi/materi Undang-Undang yang dilahirkan. Proses pembentukan Undang-Undang memberikan pengaruh terhadap kualitas Undang-Undang yang dihasilkan, namun jika proses yang cacat prosedural tetapi kualitas materinya baik dan tidak bertentangan dengan UUD 1945, maka Undang-Undang tersebut tidak harus dibatalkan. Pilihan jika terjadi pertentangan antara formalitas dengan substansi, maka demi keadilan substantif yang harus diutamakan Mahkamah Konstitusi adalah substansi Undang-Undang, artinya pertentangan norma hukum secara formil diperbolehkan disimpangi demi materi Undang-Undang yang berkualitas/baik.<sup>44</sup>

Substansi Undang-Undang yang baik inilah sebagai jalan untuk mencapai tujuan hukum, sebab secara filosofis tujuan hukum adalah mencapai kedamaian, kedamaian dalam arti keserasian antara nilai ketertiban dengan ketentraman.<sup>45</sup> Berdasarkan tujuan filosofis tersebut, maka asas kemanfaatan dari Undang-Undang adalah Undang-Undang tersebut memberikan kontribusi bagi penataan kelembagaan hubungan Komisi Yudisial dan Mahkamah Agung yang dalam Undang-Undang terdahulu menimbulkan banyak permasalahan. Asas perlunya pengaturan merupakan asas bahwa pembentukan Undang-Undang yang

<sup>43</sup> Tanto Lailam, dalam "Desain Pengujian Formil dalam Praktik Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstititusi PKK Fakultas Hukum Universitas Kanjuruhan Malang Volume II No.1 September 2013*, h. 87.

<sup>44</sup> Tanto Lailam, dalam "Asas-asas Hukum Sebagai Tolok Ukur Pertentangan Norma dalam Putusan Pengujian Undang-undang", *Jurnal Konstititusi PKK Fakultas Hukum Universitas Bengkulu Volume II No.1 September 2013*, h. 54.

<sup>45</sup> Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekano, *Ikhtisar Antinomi: Aliran Filsafat Sebagai Landasan Filsafat Hukum*, Jakarta, CV. Rajawali, 1993, h. 5.

berkaitan dibentuk untuk mengatasi masalah,<sup>46</sup> jadi Undang-Undang No. 3 Tahun 2009 dibentuk untuk mengatasi permasalahan kekosongan hukum dan konflik antara Mahkamah Agung dan Komisi Yudisial.

## 11. Pemberlakuan Surut Demi Nilai Hukum

Permasalahan lainnya adalah Pasal 47 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi mengandung ketentuan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh berlaku surut dan berlaku prospektif. Dalam berbagai putusan Mahkamah Konstitusi ketentuan ini justru disimpangi dan membuat ketentuan baru bahwa putusan Mahkamah Konstitusi dapat berlaku surut dan menjangkau permasalahan yang hadir sebelum putusan tersebut. Dengan bangunan argumentasi bahwa demi nilai kemanfaatan yang merupakan asas dan tujuan universal hukum maka untuk kasus-kasus tertentu Mahkamah dapat memberlakukan putusannya secara surut (*retroaktif*).

## PENUTUP

Kesimpulan yang dapat diketengahkan dalam kajian ini, meliputi: (1) Pancasila dan UUD 1945 merupakan satu kesatuan yang utuh, walaupun keduanya memiliki norma yang berbeda, dan keduanya dapat dijadikan tolok ukur untuk menilai apakah norma hukum bertentangan dengan Pancasila dan/atau UUD 1945; (2) Mahkamah Konstitusi menguji seluruh Undang-Undang yang lahir sebelum dan sesudah amandemen dengan tolok ukur UUD 1945 yang sedang berlaku; (3) UUD 1945 harus dimaknai sebagai konstitusi yang hidup (*the living constitution*); (4) Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan dalam menguji Undang-Undang terhadap UUD baik secara vertikal maupun horizontal; (5) Aspek keberlakuan sebuah Undang-Undang yang menjadi bagian dalam pengujian lebih dekat dan tepat dipahami dalam kerangka pengujian materiil, bukan formil; (6) Makna “bertentangan dengan UUD 1945” harus dielaborasi secara komprehensif dalam putusan Mahkamah Konstitusi; (7) Pilihan penafsiran dalam menentukan pertentangan norma hukum dapat dilakukan dan dipilih berdasarkan ukuran yang jelas, Mahkamah Konstitusi tidak boleh mengutamakan penafsiran *original intent* dan mengenyampingkan model penafsiran lain jika hal tersebut justru menyebabkan tidak berjalannya konstitusi. (8) Ketentuan non konstitusi dapat

<sup>46</sup> Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-undang Berkelanjutan*, Jakarta: Rajawali Pers, 2009, h. 142.

dibenarkan dalam pengujian formil, namun dalam pengujian materiil tidaklah tepat. (9) Pengesampingan asas hukum acara "*nemo iudex in propria causa*" dapat dibenarkan demi tegaknya konstitusi melalui pemberian kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi (asas *curia novit*). (10) Pengesampingan pertentangan norma secara formil dapat dilakukan demi asas kemanfaatan yang mengutamakan substansi Undang-Undang, (11) Putusan berlaku surut dalam pengujian Undang-Undang dalam putusan tertentu kurang memberikan kepastian hukum yang adil.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Latif, 2009, "*Fungsi MK: Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*", Yogyakarta, Total Media
- Artidjo Alkostar, 2008, "*Korupsi Politik di Negara Modern*", Yogyakarta, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Press
- Bagir Manan, 2003, "*Teori dan Politik Konstitusi*", Yogyakarta, FH UII Press
- Dahlan Thaib, Ni'matul Huda, dan Jazim Hamidi, 2005, "*Teori dan Hukum Konstitusi*", Jakarta, Rajawali Pers
- Jazim Hamidi, 2006, "*Revolusi Hukum Indonesia: Makna, Kedudukan, dan Implikasi Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaraan RI*", Jakarta, Konstitusi Press
- Jimly Asshiddiqie, 2006, "*Hukum Acara Pengujian Undang-undang*", Jakarta, Yasrif Watampone
- \_\_\_\_\_, 2008, "*Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*", Jakarta, Konstitusi Press
- M. Fajrul Falaakh, "Konstitusi Dalam Berbagai Lapisan Makna", *Jurnal Konstitusi Volume 3 Nomor 3 September 2006*, h. 113
- \_\_\_\_\_, makalah pendapat ahli dalam pengujian Undang-undang No.3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang No.14 Tahun 1985 tentang MA, dalam putusan MK No.27/PUU-VII/2009, h. 41.
- Machmud Aziz, "Aspek-Aspek Konstitusional Pembentukan Peraturan Perundang-undangan", *Jurnal Konstitusi Volume 3 No.3 September 2006*, h. 142
- Maria Farida Indrati Soeprapto, 1998, "*Ilmu Perundang-undangan: Dasar-dasar dan Pembentukannya*", Yogyakarta, Kanisius
- Moh. Mahfud MD, 2007, "*Komisi Yudisial dalam Mosaik Ketatanegaraan Kita*", *Bunga Rampai Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, Jakarta, Komisi Yudisial.
- \_\_\_\_\_, 2009, "Ceramah Kunci Ketua MK Pada Kongres Pancasila Pada Tanggal 30 Mei 2009", dalam Agus Wahyudi, Rofiqul Umam Ahmad, Saldi Isra, Sindung

- Tjahyadi, dan Yudi Latif (ed), *Proceeding Kongres Pancasila: Pancasila Dalam Berbagai Perspektif*, Jakarta, Sekjen dan Kepaniteraan MK.
- \_\_\_\_\_, "Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu", Jakarta:Rajawali Pers.
- \_\_\_\_\_, 2010, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers.
- \_\_\_\_\_, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta, Rajawali Pers.
- \_\_\_\_\_, 2011, "Pancasila sebagai Tonggak Konvergensi Pluralitas Bangsa", dalam Surono dan Mifthakhul Huda (ed), *Prosiding Sarasehan Nasional 2011: Implementasi Nilai-nilai Pancasila dalam Menegakkan Konstitusionalitas Indonesia*, Yogyakarta, MK dan Universitas Gadjah Mada.
- Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekano, 1993, "Ikhtisar Antinomi: Aliran Filsafat Sebagai Landasan Filsafat Hukum", Jakarta, CV. Rajawali
- Rifqi S. Assegaf, "Putusan Mahkamah Konstitusi Atas Hak Uji Materiil Undang-Undang Komisi Yudisial: Momentum Penguatan Gerakan Anti" Mafia Peradilan"", makalah di sampaikan dalam Diskusi Publik Eksaminasi Putusan MK tentang UU KY yang diselenggarakan oleh PuKAT UGM dan Indonesian Court Monitoring, Yogyakarta, 28 September 2006, h. 5
- Rofiqul-Umam Ahmad, M.Ali Safa'at, Rafiudin Munis Tamar, 2007, "Implikasi Perubahan Undang-undang Dasar 1945 Terhadap Pembangunan Hukum Nasional (ed) *Konstitusi dan Kenegaraan Indonesia Kontemporer: Pemikiran Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie dan Para Pakar Hukum*", Bekasi, The Biography Institute
- Saldi Isra, dkk., 2010, "Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di MK (Dari Berfikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)", Padang dan Jakarta, Pusako Fakultas Hukum Universitas Andalas
- Satjipto Rahardjo, 2009, "Hukum dan Perilaku: Hidup Baik adalah Dasar Hukum Yang Baik," Jakarta, Kompas
- Tanto Lailam, "Desain Pengujian Formil dalam Praktik Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi PKK Fakultas Hukum Universitas Kanjuruhan Malang Volume II No.1 September 2013*, h. 87.
- \_\_\_\_\_, "Desain Tolok Ukur Pancasila dalam Pengujian Undang-undang untuk Mewujudkan Keadilan Substantif, *Jurnal Konstitusi P3KP Fakultas Hukum Universitas Jambi Volume II No.1 h. 65-66.*
- \_\_\_\_\_, "Asas-asas Hukum Sebagai Tolok Ukur Pertentangan Norma dalam Putusan Pengujian Undang-undang, *Jurnal Konstitusi PKK Fakultas Hukum Universitas Bengkulu Volume II No.1 September 2013*, h. 54.
- Yuliandri, 2009, "Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-undang Berkelanjutan", Jakarta: Rajawali Pers

# **Pengakuan Hak Konstitusional Pengelolaan Sumber Daya Industri Ekstraktif dalam Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat**

**Cut Asmaul Husna TR**

Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh Kampus Bukit Indah  
Jl. Jawa Blang Pulo-Lhokseumawe  
E-mail: cut\_notariat@yahoo.co.id

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## **Abstrak**

Pengelolaan sumber daya industri ekstraktif memiliki peran yang signifikan terhadap pendapatan negara. Sektor industri ekstraktif di Indonesia merupakan sektor industri yang sangat tertutup terutama mengenai penerimaan pendapatan negara yang diperoleh dari Kontrak Kerja Sama (KKS). Paradigma pengelolaan sumber daya industri ekstraktif selama ini dieksploitasi hanya untuk mengejar devisa akibat ketergantungan Anggaran Pendapatan Belanja Negara (APBN) dengan menafikan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. Globalisasi yang tak dapat dihindarkan telah mempengaruhi eksistensi Undang-Undang Nomor 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi yang bermuatan nilai liberalis-kapitalistik. Konsekuensinya, telah terjadi pergeseran paradigma KKS baik dari negara maupun rakyat kepada tirani modal mengakibatkan negara dan rakyat tidak bisa melakukan renegotiasi kontrak. Oleh karena itu, reformasi pengaturan hukum di bidang industri ekstraktif mutlak harus dilakukan dalam rangka mewujudkan kesejahteraan rakyat. Secara yuridis urgensi pembentukan Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001, didasarkan atas Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 002/PUU-I/2003 dan Putusan Nomor 36/PUU-X/2012. Masyarakat adil makmur, sebagai sebuah cita-cita, memerlukan perjuangan untuk menciptakan dasar-dasar, yang disebut sebagai kepentingan nasional bangsa Indonesia. Segala upaya dan perbuatan untuk memastikan penyelenggaraan negara tetap tertuju pada *terminus ad quem*, masyarakat adil makmur.

**Kata Kunci:** Hak Konstitusional, Industri Ekstraktif, Kesejahteraan Rakyat

### **Abstrac**

*Resource management, extractive industries have a significant role to state revenues. Extractive industries sector in Indonesia is a very closed industry sectors primarily on revenues derived from state income Cooperation Contract (KKS). Resource management paradigm for the extractive industries exploited only to pursue exchange of reliance State Budget (Budget) by denying the maximum prosperity for the people. Globalization can not be avoided has affected the existence of Law No. 22 of 2001 on Oil and Gas value-laden liberal-capitalistic. Consequently, there has been a paradigm shift in both the PSC and the people of the country to the tyranny of capital resulted in the country and people can not renegotiate the contract. Therefore, reform of the legal arrangements in the extractive industries absolutely must be done in order to realize the people's welfare. Urgency juridical formation of the Draft Law on Amendments of Law No. 22 of 2001, based on the decision of the Constitutional Court Case No. 002/PUU-I/2003 and Decision No. 36/PUU-X/2012. Just and prosperous society, as a goal, requires the struggle to create the basics, which is referred to as the national interests of the Indonesian people. All efforts and actions to ensure the implementation of state remains fixed on the terminus ad quem, just and prosperous society.*

**Keywords:** *Constitutional Rights, Extractive Industries, Social Welfare*

## **PENDAHULUAN**

Langkah cerdas dan bijak yang ditempuh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 36/PUU-X/2012, yang sejak diputuskan menuai pro dan kontra dari berbagai kalangan, akhirnya menuai kebenaran. Pertimbangan pembubaran Badan Pelaksana Kegiatan Hulu Minyak dan Gas Bumi (BP Migas) dinilai Mahkamah Konstitusi adalah BP Migas merupakan organ inkonstitusional, tidak efisien dan memiliki potensi untuk menyalahgunakan kekuasaan. Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), menemukan adanya kontraktor yang memanipulasi perhitungan, yang merugikan negara sebesar 1,7 milyar US \$ (sekitar 16,1 trilyun rupiah). Semenjak diputuskan tentang pembubaran BP Migas, Pemerintah menindaklanjuti dengan pemberlakuan Peraturan Presiden (Perpres) Nomor 95 Tahun 2012 tentang Pengalihan Pelaksanaan Tugas dan Fungsi Kegiatan Hulu Minyak dan Gas Bumi dimana salah satu regulasi yang tertuang dalam Perpres mengenai alih fungsi dan tugas BP Migas kepada Kementerian Energi Sumber Daya Mineral (ESDM). Berdasarkan Peraturan Presiden tersebut lahirlah Peraturan Menteri

(Permen) ESDM Nomor 3135 Tentang Pengalihan Tugas, Fungsi dan Organisasi dalam Kegiatan Usaha Hulu Migas Bumi dan Permen ESDM Nomor 3136K/73/MEM/2012.

Ditelisik dari kedudukan Satuan Kerja Khusus (SKK) Migas mengindikasikan organ SKK Migas yang baru dibentuk akan menjadi beban negara diakibatkan dari ketidakjelasan posisi dan tugasnya dalam industri ekstraktif. Kekhawatiran sebagian masyarakat Indonesia terhadap organ SKK Migas, akhirnya terjawab dengan ditangkapnya Kepala SKK Migas oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) yang disinyalir menerima suap dari PT. Kernel Oil Pte Ltd dalam jumlah US \$ 700 ribu. Pada saat para pemangku negeri ini sedang giat-giatnya memperkaya diri sendiri, di saat yang lain jumlah penduduk miskin di Indonesia pada Maret 2012 mencapai 29,13 juta orang (11,96 persen). Selama periode Maret 2012, penduduk miskin di daerah perkotaan mencapai 10,65 juta orang pada Maret 2012, sementara di daerah perdesaan mencapai 18,48 juta.<sup>1</sup>

*Communis opinio doctorum*, penghasilan nasional per kapita merupakan ukuran pembangunan ekonomi suatu negara, adalah juga tolok ukur yang penting buat mengukur tinggi perkembangan teknologi. Pendapatan negara-negara Eropa seperti Norwegia dan Inggris yang berasal dari kegiatan industri ekstraktif, berkontribusi sangat besar terhadap transformasi ekonomi, penurunan tingkat kemiskinan, serta meningkatkan standar kehidupan masyarakat di *resource-rich countries*. Setidaknya, sekitar 60 (enam puluh) negara berkembang dan negara transisi dari empat benua menggantungkan perekonomiannya pada sektor industri ekstraktif. Kolombia, Brasil dan Venezuela<sup>2</sup> merupakan contoh negara dari Amerika Latin yang sangat bergantung pada hasil eksplorasi dan eksploitasi Migas. Terutama di negara-negara pecahan Uni Soviet seperti Kazakhstan dan Azerbaijan, pengelolaan sumber daya alam juga memiliki peran yang signifikan terhadap pendapatan negara.

Bila dihubungkan dengan situasi dan kondisi dunia saat ini merupakan refleksi atau cermin dari “kebijakan tanpa pedang atau kebijakan intervensi tanpa korban” atau memudarnya kebijakan yang berlandaskan kekuatan dari negara-

<sup>1</sup> Badan Pusat Statistik, “Maret 2012, Jumlah Penduduk Miskin Indonesia Mencapai 29,13 Juta Orang”, 2012.

<sup>2</sup> Selama tahun 2010, Venezuela tercatat memiliki 296,5 miliar barel cadangan minyak, naik dibandingkan tahun 2009 yang sebanyak 211,2 miliar. Sementara Arab Saudi yang semula memiliki cadangan minyak terbesar, akhirnya kalah karena pada tahun 2010 ‘hanya’ memiliki cadangan minyak 264,5 miliar barel, atau sama dengan tahun 2009. Beberapa negara seperti Aljazair, Kuwait dan Uni Emirat Arab tidak mengubah jumlah cadangannya pada tahun 2010, atau bahkan sejak tahun 2006. Produksi Migas Venezuela memperkuat posisi *Organization of Petroleum Exporting Countries* (OPEC) di dunia. OPEC tercatat menguasai 81,3% dari total cadangan minyak di dunia, naik dibandingkan tahun 2009 sebesar 79,6%.

negara adikuasa. Hal ini membuktikan terbenamnya negara-bangsa dan negara adikuasa. Sebagai konsekuensi dari semakin menurunnya kekuasaan negara-bangsa dan negara adikuasa, proteksi di bidang ekonomi yang dulu dilakukan dengan cara menguatkan peran negara, saat ini diubah dengan cara mengintegrasikan perekonomian nasional yang kompetitif ke dalam perekonomian global.<sup>3</sup>

Beranjak dari realitas analitis di atas, kehadiran tulisan bersahaja ini untuk mengungkap jejak kebenaran yang hilang dari sudut pandang yang berbeda dan mencari solusi atas kemelut tata kelola sumberdaya industri ekstraktif yang dihadapi bangsa Indonesia pada saat ini. Sehingga dengan cara demikian dapat ditelusuri lebih mendalam jejak kebenaran itu.

## PEMBAHASAN

### A. Hak Konstitusional Atas Pengelolaan Sumber Daya Alam

Dalam hal kekuasaan, negara dapat menguasai orang (*individual*), di samping sumber daya alam dan kekayaan (*things*). Kedua objek kekuasaan negara tersebut, oleh Montesquieu (1681-1755) dibedakan dengan memisahkan secara tegas antara konsep *imperium* dan *dominium*.<sup>4</sup> *Imperium* adalah konsep mengenai *the rule over all individual by the price*, sedangkan *dominium* adalah konsep mengenai *the rule over things by the individual*. Kedua konsep tersebut, merupakan cikal bakal pembedaan kekuasaan politik dan ekonomi atau pembedaan kedaulatan politik dan ekonomi. Dalam ilmu hukum pembedaan semacam itu, telah dilembagakan melalui pembedaan antara rezim hukum publik (*political law*) dan hukum privat (*civil law*).

Konsep mengenai kedaulatan Raja, pada masa lalu, ditemukan kenyataan bahwa keduanya sama-sama menjadi objek kekuasaan yang sama di bawah kendali pemegang kekuasaan tertinggi. Jika yang berdaulat adalah Raja, maka yang didaulat dari segi politik tentunya adalah rakyatnya (*rule over individuals by the prince*), sedangkan dari segi ekonomi adalah kekayaan atau harta benda (*rule over things by individuals*) seperti dalam konsep perdata, termasuk kekayaan atas tanah dan air sebagai sumber penghidupan. Karena itu,

<sup>3</sup> Arief Hidayat, "Bernegara Itu Tidak Mudah (Dalam Perspektif Politik dan Hukum)", *Makalah* disampaikan pada pengukuhan jabatan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 4 Februari 2010, Semarang, h.14-15

<sup>4</sup> Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve, 1994, h. 12

memang relevan untuk membedakan antara *sovereignty* dan *property* seperti terjadi dalam sejarah. *Sovereignty* adalah konsep mengenai kekuasaan Raja terhadap orang seperti dalam *imperium* yang merupakan wilayah politik yang dikuasai oleh Raja, sedangkan *property* adalah konsep mengenai kekuasaan Raja terhadap benda seperti dominium dalam sejarah Romawi.<sup>5</sup>

Pembedaan kedua konsep ini selama harus dipahami semata-mata karena produk sejarah yang timpang atau menurut Bung Hatta, tidak senonoh.<sup>6</sup> Montesquieu menyatakan dengan hukum publik (*political will*), kita memperoleh kebebasan (*liberty*), sedangkan dengan hukum perdata (*civil*), kita memperoleh hak milik (*property*). Keduanya menurut Montesquieu, tidak boleh dicampuradukkan dan dikacaukan satu sama lain.".....*we must not apply the principles of one to the other.*"<sup>7</sup> Dalam konteks ini, negara dapat ditegaskan sebagai petugas dan pemangku kewajiban (*duty-bearer*) untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfill*), sedangkan individu-individu yang berdiam dalam wilayah yurisdiksinya adalah sebagai pemangku hak (*rights holder*) dari pada kewajiban dan tanggung jawab negara.<sup>8</sup>

Munculnya negara modern memberikan tantangan baru bagi eksistensi hak konstitusional rakyat atas sumberdaya alam masyarakat. Dalam konteks kekuasaan penyelenggara negara, konstitusi pada hakikatnya merupakan suatu kontrak untuk mendefinisikan batas kewenangan politik penyelenggara negara dan hak-hak kebebasan warga masyarakat sipil.<sup>9</sup> Konstitusi memiliki fungsi sebagai arahan di dalam menjalankan roda pemerintahan untuk mencapai cita-cita negara. Arahan tersebut telah menjadikan konstitusi sebagai dasar bagi pemerintah untuk menjalankan kebijaksanaan-kebijaksanaannya, atau seperti diungkapkan oleh Oliver Cromwell sebagai *instruments of governments*. Fungsi yang demikian kemudian melahirkan konstitusionalisme, yakni paham mengenai pembatasan terhadap kekuasaan pemerintahan dan jaminan terhadap hak-hak warga negara maupun setiap penduduk di pihak lain.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 148.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Idrhal Kasim (Ed), *Hak Sipil dan Politik: Esai-esai Pilihan*, Jakarta: Elsam, 2001, h.xiv-xv.

<sup>9</sup> Soetandyo Wignjosebroto, "Konstitusi dan Konstitusionalisme," dalam Benny K. Harman & Hendardi (ed), *Konstitusionalisme, Peran DPR, dan Judicial Review*, Jakarta: Yayasan LBH Indonesia & Jarim, 1991,, h.6.

<sup>10</sup> Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, Bandung: Mandar Maju, 1995, h. 6.

## B. Geliat Pemikiran Hak Pengelolaan Sumber Daya Alam Dalam Berbagai Sistem Hukum

### 1. Sistem Hukum *Civil Law*

Sejarah pemikiran yang maksimal atau sekurang-kurangnya sisi pencapaian maksimal merupakan hikmah dan filsafat. Sejarah filsafat layak diketengahkan agar generasi kekinian dan masa depan dapat memahami berbagai peristiwa besar dalam dunia pemikiran dan segala perubahan. Terdapat tidak kurang dari 42 (empat puluh dua) sistem hukum di dunia.<sup>11</sup> Dalam konteks pembahasan tentang penguasaan negara atas sumber daya alam difokuskan pada 4 (empat) keluarga hukum utama di dunia, yaitu *civil law*, *common law*, *socialist law* dan *Islamic law*.

Sepanjang sejarah hukum, dimulai dari zaman Yunani dan Romawi<sup>12</sup> hingga saat ini telah terjadi pergeseran makna pengelolaan dan penguasaan hak milik oleh negara. Secara geografis, ideologis dan historis di dunia ini gelombang pemikiran filsafat hukum yang dihasilkan filsuf hukum merupakan akumulasi dari pemikiran ahli hukum yang secara terus menerus dari sejak dahulu sampai era globalisasi dan transformasi sosial sekarang ini dan pada akhirnya bertumpu pada tujuan hukum untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat dalam konteks penguasaan dan pengelolaan sumberdaya alam migas.

Plato (427-347 SM) memaklumkan, bahwa kesejahteraan bersama baru tercapai kalau setiap warganya melaksanakan hak dan kewajiban masing-masing. Aristoteles (384-322 SM) menyebutkan negara yang baik adalah negara yang sering memperhatikan kepentingan dan kesejahteraan masyarakat banyak. Urusan-urusan yang menyangkut kebaikan bersama memiliki nilai moral yang lebih tinggi dari pada urusan-urusan yang menyangkut kepentingan swasta. Oleh karenanya, negara adalah tidak

<sup>11</sup> Peter De Cruz, *Perbandingan Sistem Hukum Common Law, Civil Law, dan Socialist Law*, Terjemahan *Comparative Law in a Changing World*, Alih Bahasa, Narulita Yusran, Bandung: Nusa Media, 2010, h.4.

<sup>12</sup> Rome nama kerajaan yang didirikan oleh Romulus pada tahun 753 SM. Pada tahun 509 SM, bentuk negara yang semula kerajaan berubah menjadi republik. Pada masa ini posisi Senat sangat menentukan. Pembuatan undang-undang dalam berbagai sektor kemasyarakatan dilakukan dan penguasa pemerintahan ditentukan setiap tahunnya melalui pemilihan umum. Keadaan ini berlangsung sampai dengan tahun 27 SM, Rome berubah menjadi sebuah kekaisaran. Pada tahun 27 SM, Augustus Caesar berkuasa sebagai kepala negara yang kemudian dikenal sebagai Romawi. Wilayah kekuasaan meliputi seluruh bagian benua Eropa kecuali sedikit wilayah di sebelah Utara, Asia kecil dan Syam serta Afrika Utara pada tahun 117 M. Pada tahun 364 M Kaisar Valentian membagi kekuasaan dengan saudaranya Valens, sehingga kerajaan menjadi dua, Timur dan Barat. Lalu, pada tahun 395 M kekaisaran terpecah menjadi dua Romawi Barat dan Romawi Timur. Romawi Barat hancur oleh serangan bangsa barbar tahun 476 M, sedangkan Romawi Timur bertahan sampai abad ke-15 M. Berdasarkan rekam jejak kerajaan Romawi, oleh karenanya dapat diambil kesimpulan bahwa kerajaan Romawi yang ada pada masa b'tsah Rasulullah Saw adalah Romawi Timur yang saat itu pucuk kekuasaan di tangan Kaisar Heraklius (610-641 M).

mungkin memiliki tanah. Aristoteles di dalam bukunya *the politic*, menyatakan bahwa hukum yang adil sangat baik dalam kehidupan masyarakat, *law is just if it allow person to develop their capicities with in society. Law of that kind will result only from the exercise of mans reason, law can be determined only in relation to "the just".*<sup>13</sup>

Para ahli pikir Romawi telah meletakkan dasar ilmu hukum analitis modern, tetapi sumbangan mereka terhadap filsafat hukum tidaklah banyak. Apa yang ada, kebanyakan dipilih dari berbagai sumber yang sangat tua, seperti karangan Cicero dan Cenece.<sup>14</sup> Pemikiran-pemikiran tentang hukum alam terutama dikembangkan oleh aliran Stoic yang didirikan oleh Zeno. Akal, yang meresapi seluruh alam semesta dianggap sebagai dasar dari hukum dan keadilan oleh aliran Stoic. Cicero misalnya, sebagai ahli hukum dan negarawan terbesar Romawi, sangat dipengaruhi oleh ide-ide aliran Stoic.<sup>15</sup>

Konteks “Hak Penguasaan Negara” menjadi dasar untuk negara memiliki kekuasaan yang penuh untuk pengelolaan sumberdaya alam. Maka istilah “menguasai” harus diartikan sebagai “hak” dan “wewenang” untuk menentukan penggunaan dan pengelolannya, jadi dalam arti “*imperium*” dalam hukum Romawi, atau wewenang negara sebagai pengertian dalam hukum publik, bukan dalam arti “dimiliki” atau “*dominium*” dalam hukum Romawi atau “hak milik” sebagai pengertian hukum perdata.<sup>16</sup>

Dalam sejarah, kedua hal itu dibedakan orang sejak zaman Romawi kuno melalui konsep *imperium* versus *dominium*. Kedua hal inilah yang menurut Jimly, berperan penting dalam perkembangan pemikiran di kemudian hari mengenai demokrasi politik dan demokrasi ekonomi sebagai fenomena mengenai kedaulatan rakyat di bidang politik dan kedaulatan rakyat di bidang ekonomi.<sup>17</sup>

Para filsuf Romawi secara tegas membedakan dan memisahkan antara pengertian hukum publik (*jus publicum*) dan hukum privat (*jus*

<sup>13</sup> Aristoteles, *The Politic* dalam L.B. Curzon, *Jurisprudence*, Estover: MacDonal and Evans, 1979, h.52

<sup>14</sup> Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945-1990*, Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004, h.52.

<sup>15</sup> *Ibid.*, h.55

<sup>16</sup> Sunaryati Hartono, Sunaryati Hartono, *Kapita Selekta Perbandingan Hukum*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1991, h.59.

<sup>17</sup> Jimly Asshiddiqe, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia, Op.Cit.*, h. 147.

*privatum*), sesuatu hal baru yang belum dikembangkan sebelumnya oleh filsuf Yunani. Bahkan perkataan *jus* dalam bahasa Latin sendiripun tidak dikenal padanannya dalam bahasa Yunani kuno. Pembagian kedua bidang hukum tersebut, biasanya dibedakan dari sudut kepentingan yang dipertahankan. Hukum publik membela kepentingan umum yang tercermin dalam kepentingan negara, *the civitas*, sedangkan hukum privat menyangkut kepentingan orang perorang, *that which pertains to the utility of individuals*.<sup>18</sup>

Sejarah hukum Romawi sudah membedakan antara barang-barang yang dimiliki, dan barang-barang yang tidak dapat dimiliki. Menurut hukum Romawi ada barang-barang yang sejak semula tidak dapat dimiliki oleh manusia perorangan dibagi 3 (tiga) jenis, yaitu sebagai berikut:

- a. *Res communes*, yang sesuai dengan sifat alamiahnya tidak dapat dimiliki (udara, air, sungai, dan sebagainya);
- b. *Res publicae*, barang-barang yang sengaja dibuat untuk dipergunakan oleh umum, seperti tanam-tanaman, irigasi, jalan raya, dan sebagainya;
- c. *Res sanctae, res sacrae atau res religiosae*, barang-barang untuk tujuan keagamaan seperti, mesjid, wakaf dan lain-lain.<sup>19</sup>

Pengaruh filsuf Romawi kuno, diadopsi dalam sistem hukum Eropa Kontinental, khususnya Belanda, dengan pengklasifikasian hukum menurut isinya dibagi dalam 2 (dua) golongan besar, yaitu hukum publik dan hukum perdata. Pembagian ke dalam 2 (dua) golongan ini baru dikenal oleh Negara-negara Eropa Kontinental, setelah mereka mengenal hukum Romawi-Jerman, dimana kemudian mereka meresapinya. Hood Philips dalam "*A First Book of English Law*", menegaskan bahwa Hukum Kontinental, Eropa Barat (tanpa Skandivania), merupakan warisan hukum Romawi, karena klasifikasi-klasifikasi, lembaga-lembaga, dan peraturan-peraturan hukum perdata Romawi, yang sampai sekarang masih terpelihara.<sup>20</sup>

Hukum *Romanio Germania* mulai tumbuh dan berkembang di daratan Eropa dan dikembangkan oleh kalangan universitas sejak abad ke-12 sebagai suatu usaha bersama berlandaskan *Corpus Iuris Civilis* dari Kaisar

<sup>18</sup> *Ibid.*, h.14.

<sup>19</sup> Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale University Press, 1954, h. 110-111

<sup>20</sup> *Ibid.*, h.81.

Justinianus (483-565).<sup>21</sup> Atas dasar landasan tersebut dikembangkanlah ilmu pengetahuan hukum di negara-negara di daratan Eropa yang berintisarikan pengertian-pengertian serta prinsip-prinsip hukum yang sama serta disesuaikan dengan kebutuhan menurut waktu dan tempat.

## 2. Sistem Hukum *Common Law*

Kebudayaan dan sistem hukum bangsa Inggris berbeda dengan bangsa lain di Eropa. Menurut Gustav Radbruch perbedaan khas antara bangsa-bangsa lain di Eropa Kontinental, disebabkan oleh perkembangan sejarah bangsa Inggris di abad pertengahan dan abad modern ini tidak terdapat perbedaan yang kontras sebagaimana di Eropa Kontinental lainnya, sehingga hukum Inggris terbentuk secara evolusioner, tanpa meninggalkan asas-asasnya yang terdahulu.<sup>22</sup>

Inggris mempunyai sistem hukum tersendiri, yang sedikit sekali mendapat pengaruh hukum Romawi, sekalipun Inggris pernah dijajah oleh Romawi dan Normandia. Hukum yang pertama dikenal adalah hukum perdata, bahkan hukum pada asal mulanya bersifat sangat formil. Hukum materil timbul karena adanya hukum formil. Hukum kuno tidak mengenal *recht ohne haftung*. Hukum perjanjian di Inggris timbul setelah orang dapat dituntut membayar ganti kerugian. *The law of Contract* tumbuh dari gugatan *assumpsit* (suatu cara menggugat seseorang). Sejarah hukum Inggris telah menunjukkan bahwa tidak pernah sistem itu mengadakan klasifikasi hukum publik dan hukum perdata. Sebagai contoh klasifikasi hukum Inggris *Property Law* dan bukan seperti hukum Belanda dinamakan *zakenrecht*. Demikian pula *The law on Contracts and Tort* dan bukan mengenai *verbintenissenrecht*.<sup>23</sup>

Di Inggris, kata *state* berasal dari kata latin *status* yang semula berarti pangkat seseorang, pada abad ke-17 kata *status* berarti pangkat kebesaran dan pada abad ke-18 bergeser pemaknaan menjadi kumpulan orang-orang yang mempunyai pangkat kebesaran. Akhirnya *status* disamakan dengan kekuasaan, sehingga menjadi *sovereignty*.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Kaisar Justinianus terkenal karena kodifikasi hukum Romawi yang dilaksanakan di masa pemerintahannya. Kode Justinianus merupakan maha karya kreatif Romawi di bidang yurisprudensi yang selanjutnya menjadi awal dari dasar perkembangan hukum di negara-negara Eropa.

<sup>22</sup> Sunaryati Hartono, *Op.C it.*, h.97-98

<sup>23</sup> *Ibid.*, h.81-88

<sup>24</sup> *Ibid.*, h.86-87

Teori kontrak sosial beranggapan bahwa hubungan antara Raja dan rakyat didasari oleh suatu kontrak yang ketentuan-ketentuannya mengikat kedua belah pihak. Kontrak sosial menentukan di satu pihak bahwa Raja diberi kekuasaan oleh rakyat untuk menyelenggarakan penertiban dan menciptakan suasana dimana rakyat dapat menikmati hak-hak alamnya (*natural rights*) dengan aman. Di pihak lain rakyat akan mentaati pemerintahan Raja asal hak-hak alam itu terjamin.<sup>25</sup>

Revolusi Perancis merupakan akibat daripada aliran liberalis, yang berpokok-pangkal pada paham bahwa manusia itu dilahirkan bebas dan masing-masing mempunyai hak yang sama. Paham liberalisme yang menjadi akibat penemuan kembali manusia dalam abad *renaissance* sangat menonjolkan individu dan menginginkan kebebasan individu dengan semboyan *laissez faire, laissez aller*. Konsep *rechtsstaats* berkembang dalam suasana liberalisme dan kapitalisme abad ke-XVII yang digagas oleh Immanuel Kant (1724-1804) untuk menjabarkan paham *laissez faire, laissez aller* dan gagasan negara jaga malam (*nachwachtersstaat*).<sup>26</sup> Menurut Immanuel Kant, kebebasan untuk melaksanakan hak, hanya logis bilamana ia merupakan korelat dari tanggung jawab untuk melaksanakan kewajiban.<sup>27</sup> Perkembangan selanjutnya untuk negara hukum Immanuel Kant dikembangkan oleh Frederich Stahl.

Selanjutnya sejarah mencatat lahirlah negara-negara demokrasi Barat sebagai negara demokrasi politik yang murni. Para warganya memang mempunyai suara dalam pembuatan kebijakan politik oleh hak suara walaupun hal itu berdasarkan hak pilih sensus, jadi tergantung pada pemilihan, tapi kebijaksanaan politik sendiri tidak mempunyai kekuasaan pada kehidupan ekonomi. Kegiatan ekonomi sepenuhnya termasuk lingkungan pribadi secara individualisme.<sup>28</sup> Pengertian hak milik di

<sup>25</sup> Miriam Budiarjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2005, h.56.

<sup>26</sup> Jimly Asshiddiqie, *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di Abad Globalisasi*, Jakarta: Balai Pustaka, 1998, h.90.

<sup>27</sup> Budiono Kusumohamidjojo, *Ketertiban yang Adil Problematik Filsafat Hukum*, Jakarta: Grasindo, 1999, h.10.

<sup>28</sup> Dengan mengurangi dominasi negara terhadap kegiatan-kegiatan para warga, maka masing-masing orang akan menggunakan seluruh kemampuan dan kesempatan *survival of live* mengembangkan dirinya. Sebaliknya mereka yang melepaskan peluang atau tidak sanggup berjuang atas dasar kemampuannya sendiri maka mereka akan berhadapan dengan kegagalan atau tersisih secara alamiah. Penganut kebebasan individual menggunakan prinsip *the best government is the least governance*. Sifat individualistis ini nampak pada hukum perdata Belanda tentang hak milik yang menyatakan bahwa hak milik merupakan hak yang mutlak dan bebas untuk memilikinya, sehingga Pemerintahpun tidak dapat bertindak terhadap hak milik seseorang, meskipun hak itu diperlukan untuk kepentingan umum. Kasus yang terkenal dengan *laantempaal arrest* 14 Maret 1904.

Negara Eropa secara umum dihubungkan dengan hak-hak asasi manusia. Hak milik itu merupakan sesuatu hak asasi yang harus dilindungi dan dijamin oleh negara.

Namun demikian, baik kepentingan umum maupun individu, sebenarnya tetap berkaitan dengan kepentingan individu setiap warga negara. Seperti dikatakan oleh Rudolf van Jhering, hak-hak publik dan hak-hak privat tidak dapat dibedakan satu sama lain (*not distinguishable*). Subjek keduanya selalu persis sama, yaitu menyangkut *the natural person*, makhluk manusia. Perbedaan hakiki keduanya hanya terletak pada kenyataan bahwa "*privates rihghts affect private individuals exclusively, while all the individual citizen alike participate in the public*" (hak-hak privat, secara eksklusif, mempengaruhi dan menentukan pribadi-pribadi perseorangan, sedangkan individu warga negara semuanya sama-sama terlibat berpartisipasi dalam kegiatan publik tanpa kecuali.<sup>29</sup>

### 3. Sistem Hukum Sosialis

Reaksi dari pada filsafat hukum yang terlalu individualistis, di abad ke-19 lahirlah filsafat hukum sosialis komunistis, yang membedakan antara hak milik sosial (*social ownership*) dan hak milik pribadi (*private ownership*).<sup>30</sup> Jadi antara milik negara (yang mewakili masyarakat) dan hak milik perseorangan. Pada permulaan abad ini, keadaan kaum di Eropa Barat sangat menyedihkan. Kemajuan industri secara pesat telah menimbulkan keadaan sosial yang sangat merugikan kaum buruh. Keadaan buruk ini menggugah hati antara lain, Robert Owen di Inggris (1771-1858), Saint Simon (1760-1825) dan Fourier (1772-1837) di Perancis untuk mencoba memperbaikinya tanpa disertai tindakan maupun konsepsi yang nyata mengenai tujuan dan strategi dari perbaikan, sehingga disebut kaum *sosialis utopia*.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Loc. Cit., h.14.

<sup>30</sup> W. Freidmann, *Legal Theory*, Columbia University Press: New York, 1967. h.129

<sup>31</sup> Miriam Budiarmo, *Op. Cit.*,h.78.

Karl Marx<sup>32</sup> (1818-1883) menukil, masyarakat bukan terdiri atas individu-individu seperti pandangan Thomas Hobbes dan Jhon Locke, melainkan terdiri dari kelas-kelas. Menurut filsafat sosialis-komunis bahwa kolektivisme adalah mutlak, alat produksi berada pada kekuasaan negara, sehingga hubungan antar individu berkurang intensitasnya, ilmu pengetahuan di bidang hukum perdata menjadi minim dan semuanya menjadi hukum publik, karena yang diutamakan adalah kepentingan umum dan negara.<sup>33</sup> Filsafat sosialis-komunis membedakan antara hak negara dan hak perseorangan, dimana semua alat produksi (agraria maupun industri) dan apa yang dihasilkan olehnya dimiliki oleh negara, karena produksi ini diperuntukkan untuk penghidupan orang banyak.<sup>34</sup>

#### 4. Sistem Hukum Islam

Dalam pandangan Islam, kehidupan manusia tidak dapat dipisahkan menjadi kehidupan ruhiyah dan jasmaniyah, melainkan sebagai satu kesatuan yang utuh yang tidak terpisahkan, bahkan setelah kehidupan di dunia. Dalam rangka mengemban amanah sebagai khalifah di muka bumi, manusia diberi kebebasan untuk mencari nafkah sesuai dengan hukum yang berlaku serta dengan cara yang adil. Dengan demikian, Islam mengakui kepemilikan pribadi. Islam tidak membatasi kepemilikan pribadi, alat-alat produksi, perdagangan, hanya saja melarang perolehan kekayaan melalui cara-cara culas tidak bermoral. Islam sangat menentang pengambilan keuntungan yang tidak layak.

<sup>32</sup> Karl Marx adalah sosok pelopor utama gagasan "sosialisme ilmiah" dalam karya pertamanya *Das Kapital* tahun 1867, yang kemudian gagasannya diikuti Friederich Engels, dan diaplikasikan oleh Lenin (1870-1924) sebagai penganut Karl Marx yang paling gigih dan setia serta bertanggung jawab terhadap berdirinya Komunisme di Rusia. Karl Marx pada dasarnya hanya mengaitkan perlunya kediktatoran proletariat sekali-kali saja, akan tetapi Lenin sudah terlalu tergoda dengan gagasan Karl Marx sehingga ia mengatakan "diktatur proletariat tak lain dan tak bukan dari pada kekuasaan berdasarkan kekerasan yang tak ada batasnya, baik batas hukum maupun batas aturan absolut". Sesudah Lenin mati diawal tahun 1924, Joseph Stalin (1879-1953) melanjutkan gagasan diktatur proletariat. Diantara politik ekonomi yang ditegaskan Stalin adalah kolektivisasi paksa sektor pertanian, politik ini amat tidak populer di kalangan petani dan banyak diantara mereka menentanginya. Di awal tahun 1930-an dengan perintah Stalin, berjuta-juta petani dibunuh atau dibiarkan mati kelaparan. Politik Stalin lainnya adalah mendorong industrialisasi. Ini terselesaikan sebagian lewat serentetan "Rencana Lima Tahun" nya yang kemudian banyak ditiru oleh negeri-negeri di luar Uni Soviet, termasuk Indonesia pada masa Orde Baru dengan program "Repelita" Soeharto. Di masa hidupnya, Stalin mengirim berjuta orang ke alam baka, atau ke kamp-kamp kerja paksa (tak ada cara mengetahui persis berapa jumlah orang yang jadi korban akibat gerakan "sapu maut"nya, tapi mungkin bergerak di sekitar 20 juta jiwa). Stalin punya peranan penting dalam penyebarluasan komunisme ke seluruh dunia, termasuk ke Indonesia pada rezim Soekarno periode Demokrasi Terpimpin 1960. Jerih payah Stalin tidak sia-sia menyebarluaskan gagasan negara komunisme dan tertancap kuat di negeri-negeri satelit di Eropa Timur, dan di Cina kerja keras luar biasa diperbuat Mao Tse Tung (1893-1976) pemimpin partai komunis ke puncak kekuasaan di Cina, dan dalam jangka waktu 27 tahun sesudah memegang kendali pimpinan, perubahan-perubahan menakjubkan dan berjangka jauh terjadilah dalam sejarah suatu bangsa yang begitu besar jumlahnya. Keberhasilan Mao Tse Tung di Cina adalah perubahan sistem ekonominya dari sistem kapitalis ke sistem sosialis. Proyek Mao "Lompatan Jauh Ke Depan" di akhir tahun 1950-an dan proyek "Revolusi Besar Kebudayaan Proletariat" di akhir tahun 1960-an.

<sup>33</sup> R. Soeroro, *Perbandingan Hukum Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 1999, h.46.

<sup>34</sup> George C. Guins, *Soviet Law and Soviet Society*, Martinus Nijhoff: The Hague, 1954, h. 103.

Keterikatan tentang pemilikan dan penguasaan sumber daya alam, dalam Islam berupa hak milik, baik hak milik individu maupun kolektif, tidaklah mutlak, tetapi terikat oleh ikatan-ikatan untuk merealisasikan kepentingan umum dan mencegah kemudharatan, yakni hal yang membuat hak milik menjadi tugas masyarakat. Allah SWT berfirman:

*“Kepunyaan Allah-lah kerajaan langit dan bumi dan apa yang diantara keduanya”. (Q.S. Al-Maidah: 17).*

Pada surat Taha ayat 6 Allah berfirman:

*“Kepunyaan-Nyalah semua yang ada di langit, semua yang di bumi, semua yang diantara keduanya, dan semua yang di bawah tanah”. Pada surat lainnya, Allah SWT berfirman: “Kepunyaan Allah-lah kerajaan langit dan bumi dan apa yang ada di dalamnya”. (Q.S. Al-Maidah: 120).*

Hasil kekayaan alam merupakan hak Allah SWT yang berdiri sendiri, tidak bertalian dengan tanggung jawab manusia sebagai hamba-Nya yang wajib dilaksanakan sebagai tanda kepatuhan kepada-Nya.<sup>35</sup> Bila harta, sumber daya alam baik di atas, di permukaan atau di dasar perut bumi, adalah Milik Allah Raja Segala Raja, Yang Maha Kuasa atas segala sesuatu, maka tangan-tangan manusia hanyalah perantara suruhan untuk menjadi khalifah di muka bumi. Manusia hanyalah khalifah-khalifah Allah ‘Azza wa Jalla dalam mempergunakan, mengolah dan mengatur sumberdaya alam demi kemashalatan bersama. Sebagaimana firman Allah SWT dalam surat Al-Baqarah ayat 30:

*“Ingatlah ketika Tuhanmu berfirman kepada para Malaikat, ‘sesungguhnya Aku hendak menjadikan seorang khalifah di muka bumi’”.*

Istilah milik berasal dari bahasa Arab yaitu *milk* dan *al-haqq*. Milik dalam *lughah* (etimologi) dapat diartikan memiliki sesuatu dan sanggup bertindak secara bebas terhadapnya.<sup>36</sup> Menurut terminologi, milik dapat didefinisikan sesuatu *ikhtisas* yang menghalangi yang lain, menurut syari’at, yang membenarkan pemilik *ikhtisas* itu bertindak terhadap barang miliknya sekehendaknya, kecuali ada penghalang.<sup>37</sup> *Al milk* diartikan juga sebagai penguasaan terhadap sesuatu, sesuatu yang dimiliki (harta).

<sup>35</sup> M. Ali Hasan, *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam*, Jakarta: P.T. Raja Grafindo Persada, 2004, h.32

<sup>36</sup> Hasbi Ash Shiddieqy, *Pengantar Fiqh Mu’amalah*, Jakarta: Bulan Bintang, 1989, h.8.

<sup>37</sup> *Ibid.*

Hubungan seseorang dengan suatu harta yang diakui oleh syara' yang menjadikannya mempunyai kekuasaan khusus terhadap harta tersebut, sehingga ia dapat melakukan tindakan hukum terhadap harta itu.<sup>38</sup>

Sedangkan *al haqq*, secara etimologis hak mengandung pengertian yang banyak, tetapi semua mengacu kepada arti ketetapan dan kepastian, seperti milik, bagian, keadilan, kewenangan dan kebenaran.<sup>39</sup> Ulama fiqih menyatakan, bahwa hak merupakan hubungan spesifik antara pemegang atau pemilik hak dan kemashalatan yang diperoleh dari hak itu. Hubungan tersebut dalam Syari'at Islam tidak bersifat alamiah, yang bersumber dari alam, atau ketetapan akal manusia.<sup>40</sup> Sumber hak adalah Allah SWT, karena Allah SWT adalah pembuat Syari'at, undang-undang, dan hukum atas manusia dan seluruh alam. Oleh sebab itu hak selalu terkait dengan kehendak Allah SWT dan merupakan anugerah-Nya, yang dapat diketahui berdasarkan sumber-sumber hukum Islam.

Kepemilikan pribadi tidaklah bersifat mutlak/absolut (bebas tanpa kendali dan batas). Allah SWT berfirman:

*"berimanlah kamu kepada Allah dan Rasul-Nya dan nafkahkanlah sebageian hartamu yang Allah telah menjadikan kamu menguasainya". (Q.S. Al-Hadiid: 7).*

Pengertian menguasai disini, bukanlah penguasaan yang bersifat mutal/absolut, karena sesungguhnya yang menjadi pemilik mutlak dari harta benda tersebut adalah Allah Yang Maha Rahman dan Yang Maha Rahim. Kedudukan manusia sebagai khalifah Allah dalam penguasaan sumberdaya alam, pada hakikatnya menunjukkan manusia merupakan wakil atau petugas yang bekerja pada Allah SWT demi kemakmuran seluruh masyarakat.

Bagi hasil yang disepakati bersama tidak boleh memudharatkan pihak yang lain. Rasulullah SAW bersabda "tidak boleh memudharatkan (orang lain) dan tidak boleh pula dimudharatkan" (H.R. Ibnu Majah dan Dara Quthni). Jika pemilik modal dalam hal ini investor menggunakan haknya untuk memperoleh kemashalatan pribadinya, akan tetapi menimbulkan kemudharatan lebih besar kepada pihak lain (rakyat, negara

<sup>38</sup> Abdul Azis Dahlan (et all), *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve, 2001, h.486.

<sup>39</sup> M. Ali Hasan, *Op.Cit.* , h.27.

<sup>40</sup> *Ibid.*,h,28.

Indonesia) atau kemashalatan itu sebanding dengan kemudharatan yang ditimbulkannya, baik kemudharatan itu mengenai hak-hak masyarakat maupun hak-hak negara, maka tindakan tersebut tidak dibenarkan/harus dicegah oleh negara yang memiliki otoritas. Hal ini sesuai dengan kaidah fiqih “penggunaan hak tidak pada tempatnya dan muncul kemudharatan bagi orang lain”, dan “tindakan seorang penguasa senantiasa untuk kepentingan warganya”.

### C. Konstitusionalitas Pengelolaan Sumber Daya Alam

Sejak proklamasi kemerdekaan Indonesia pada 17 Agustus 1945, dan berlakunya UUD 1945, terjadi perubahan tata hukum dari tata hukum kolonial menjadi tata hukum nasional. Pada awal kemerdekaan NKRI, pengelolaan sumberdaya alam Migas untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat telah dituangkan secara yuridis dalam Pasal 33 UUD 1945. UUD 1945 yang diumumkan pada tanggal 10 Oktober 1945, pada Bab XIV tentang Kesejahteraan Sosial pasal 33 merumuskan sebagai berikut:

- a. Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan;
- b. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;
- c. Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.

Memahami rumusan Pasal 33 UUD 1945, membawa konsekuensi bahwa hubungan antara pernyataan tujuan negara (keadilan sosial dan kesejahteraan umum) yang terdapat di dalam pembukaan UUD 1945 dengan Pasal 33 UUD 1945 merupakan sebuah hubungan antara tujuan (Pembukaan UUD 1945) dengan sarana/cara (Pasal 33 UUD 1945). Dalam posisi yang demikian, Pasal 33 dan 34 UUD 1945 merupakan kaidah hukum yang fundamental dari UUD 1945 yang validitasnya bergantung pada pembukaan UUD 1945. Menurut Soekarno, maksud dan tujuan kesejahteraan sosial bahwa penataan pemilikan dan penguasaan tanah harus diupayakan seoptimal mungkin untuk mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran yang adil bagi seluruh masyarakat Indonesia. Kemakmuran yang adil berarti bukan kemakmuran seorang atau kelompok-kelompok tertentu.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Sutanto Dirdjosuparto, *Sukarno Membangun Bangsa: Dalam Kemelut Perang Dingin sampai Trikora*, Jakarta: BKS Yayasan Pembina dan Universitas 17 Agustus 1945 se Indonesia, 1998, h.21

Perkembangan selanjutnya, Konstitusi Republik Indonesia Serikat (KRIS) terdiri dari 197 pasal, Keputusan Presiden RIS 31 Januari 1950 Nr. 48, LN. 50-3 9 (du. 6 Februari 1950). Sama dengan UUD 1945, nuansa yang menyelubungi KRIS adalah nuansa politik dalam memperjuangkan kedaulatan suatu negara baru yang diwakili pemerintahnya. Atas pengutamaan itu, maka hal-hak yang berkaitan dengan hak warga negara, terutama hubungan warga negara dengan sumber daya alam, belum menjadi tema penting dijabarkan lebih lanjut dan konkrit.

Disamping pengakuan terhadap hak milik, UUDS 1950 menghidupkan kembali hak penguasaan negara atas sumber daya alam. Pada Bagian VI tentang Asas-asas Dasar Pasal 38 memuat rumusan yang persis sama seperti pada Pasal 33 UUD 1945.<sup>42</sup> Pada tataran praktis berikutnya, Soekarno mendeklarasikan Dekrit Presiden 5 Juli 1959 yang dipandang sebagai suatu usaha untuk mencari jalan keluar dari kemacetan politik melalui pembentukan kepemimpinan yang kuat. Dalam pidato kenegaraan tanggal 17 Agustus 1959 yang berjudul “Penemuan Kembali Revolusi Kita” Soekarno menjelaskan lagi butir-butir pengertian Demokrasi Terpimpin sebagai berikut:

- a. Tiap orang diwajibkan untuk berbakti kepada kepentingan umum, masyarakat, dan negara;
- b. Tiap orang mendapat penghidupan layak dalam masyarakat, bangsa dan negara.<sup>43</sup>

Penegasan Presiden Soekarno dalam “Berdiri di atas Kaki Sendiri” (BERDIKARI), kemudian diangkat menjadi Ketetapan MPRS No. V/MPRS/1960. Dalam Pasal 5 Ketetapan ini dikatakan “Cabang-cabang produksi yang vital untuk perkembangan perekonomian nasional dan menguasai hajat hidup rakyat banyak, dikuasai oleh negara, jika perlu dimiliki oleh negara”. Pada tahun 1959-1960 Manifesto Politik (Manipol) Soekarno memuat ketentuan sebagai berikut “amat perlu juga ialah supaya kita bisa mengikut-sertakan segala modal dan tenaga, segala *“funds and force”* bagi usaha-usaha pembangunan kita. Tetapi dalam usaha-usaha mengorganisir dan menghimpun segala *“funds and force”* itu, haruslah kita letakkan satu syarat pokok yaitu: modal dan tenaga yang hendak kita ikut sertakan itu, haruslah bercorak progresif (artinya

<sup>42</sup> *Ibid.*, h.262.

<sup>43</sup> *Ibid.*,h.56.

menguntungkan rakyat banyak). Segala modal dan tenaga yang memenuhi syarat itu kita sambut dengan kedua belah tangan".<sup>44</sup>

Perkembangan Demokrasi Terpimpin selanjutnya, Soekarno mengesahkan Undang-undang Nomor 5 tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria. Tafsir terhadap hak penguasaan negara dinyatakan di dalam Pasal 2 ayat (2) UUPA dari rumusan pasal tersebut, dapat diketahui bahwa fungsi dari negara tidak hanya melakukan pengaturan namun juga mengurus dan menyelenggarakan. Dalam melaksanakan hal ini, maka negara yang diwakili oleh aparatur pemerintah memiliki kewenangan bertindak untuk mencampuri kegiatan-kegiatan ekonomi guna melaksanakan tugas-tugas menyelenggarakan kepentingan umum.

Dalam kurun waktu lebih tiga dasawarsa terakhir, politik pembangunan hukum nasional diarahkan pada anutan ideologi sentralisme hukum (*legal centralism*). Hal ini secara sadar dimaksudkan untuk mendukung paradigma pembangunan yang semata-mata diorientasikan untuk mengejar pertumbuhan ekonomi (*economic growth development paradigm*). Implikasinya, sumberdaya alam sebagai modal utama pembangunan bukan dikelola secara berkelanjutan, tetapi justru dieksploitasi untuk mengejar target-target pertumbuhan ekonomi. Karena itu, instrumen hukum yang digunakan untuk mendukung paradigma pembangunan ekonomi seperti dimaksud di atas cenderung bercorak sentralistik, sektoral, memihak kepada pemodal besar (*capital oriented*), eksploitatif, dan bernuansa represif dengan menggunakan pendekatan sekuriti (*security approach*).<sup>45</sup> Amendemen UUD 1945 mengenai rumusan Pasal 33<sup>46</sup>, merupakan rumusan yang mengatur secara prinsip mengenai perekonomian negara yang dibangun pada masa reformasi.

Konsep penguasaan negara atas sumber daya alam dari rumusan ketentuan di atas terdapat beberapa konsep-konsep kunci yang menjadi perdebatan di dalam era sekarang. Konsep-konsep tersebut ialah penguasaan negara, cabang-cabang produksi yang penting serta menguasai hajat hidup orang

<sup>44</sup> Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia*, Jilid I, Jakarta: Djambatan, 2007, h.169-170.

<sup>45</sup> I Nyoman Nurjaya, Pengelolaan Sumberdaya Alam Dalam Perspektif Otonomi: Tinjauan Hukum dan Kebijakan, *Jurnal Suloh*, Vol.V, No.1 April 2007, Fakultas Hukum Unimal, Lhokseumawe, h.1

<sup>46</sup> Rumusan pasal 33 UUD 1945 hasil empat kali amendemen terdiri dari 5 ayat dengan rumusan (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan; (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara; (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat; (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional; dan (5). Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur di dalam undang-undang.

banyak, bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya, sumber daya alam dan kemakmuran rakyatnya. Pada masa Reformasi, pengertian "dikuasai negara" bergeser ke arah yang lebih praktis dan terbuka. Pemerintah memberikan peluang sebesar-besarnya kepada investor swasta atau asing untuk terlibat langsung dalam perusahaan sumber daya alam melalui pemberian izin langsung (*license*) atau Kontrak Kerja Sama (KKS). Sekarang, masalahnya bukan lagi persoalan setuju-tidak setuju dengan ketentuan konstitusional. Undang-Undang Dasar sebagai hukum tertinggi merupakan kesepakatan kewarganegaraan dan konsensus kebangsaan yang tertinggi yang harus dijadikan pegangan bersama dalam segenap aktifitas penyelenggaraan negara.<sup>47</sup>

Pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-X/2012 berimplikasi terhadap reposisi negara dalam penguasaan sumber daya alam Migas. Selama ini, hubungan antar negara dengan badan usaha yang melakukan pengelolaan Migas dengan hubungan keperdataan dalam bentuk Kontrak Kerja Sama (KKS). Apabila dianalisis, angka penerimaan negara dari KKS mengalami fluktuasi setiap tahunnya. Realisasi penerimaan negara pada tahun 2007 sebesar US\$23,79 miliar melonjak menjadi US\$35,79 miliar pada tahun 2011. Berdasarkan Nota Keuangan penerimaan sumberdaya Migas dalam APBN 2004 tercatat sebesar 44.0002,3 triliun sedangkan dalam APBN Perubahan sebesar 87.647,4 triliun. Angka tersebut diperoleh dari Minyak Bumi sebesar 28.247,9 triliun dalam APBN dan 63.863,9 triliun dalam APBN Perubahan. Sedangkan Gas Alam menyumbangkan 15.754,4 triliun dan 23.783,5 triliun masingmasing dalam APBN dan APBN Perubahan. Catatan penerimaan bukan pajak dari sektor sumber daya industri ekstraktif pada APBN tahun 2005 sebanyak 47.121,1 triliun, angka tersebut disumbangkan oleh sektor minyak bumi sebesar 31.855,7 triliun dan gas alam sebanyak 15.265,4 triliun.

Ironisnya, signifikansi kontribusi sektor industri ekstraktif berbanding terbalik dengan kontribusi terhadap peningkatan kesejahteraan masyarakat Indonesia. Sejak krisis ekonomi, beban hutang luar negeri semakin meningkat. Pesatnya pertumbuhan hutang luar negeri menjadi salah satu beban yang berat bagi APBN. Tata kelola hutang yang dilakukan pemerintah atas pelunasan kembali pinjaman-pinjaman dari luar negeri dan dalam negeri

<sup>47</sup> Suharsono Sagir, *Masalah-Masalah Ekonomi Indonesia 1980*, Bandung: Alumni, 1981, h. 212-213.

cenderung dilakukan dengan mengorbankan anggaran pembangunan secara berlebihan.

Dalam upaya merenegosiasi *production sharing contract* ke depan, yang lebih menguatkan posisi negara atas nama rakyat Indonesia di hadapan investor asing dan tentunya bertujuan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, bukan sebaliknya rakyat untuk sebesar-besarnya kemakmuran birokrasi, politis dan entitas bisnis. Selama ini rumusan hak dan kewajiban dalam *production sharing contract* sangat merugikan pendapatan negara, indikasi persekongkolan sejumlah elit mulai dari lingkaran birokrasi, politisi dan lingkaran pebisnis jelas terlihat dalam upaya membangun imperium bisnis yang berkiblat pada kepentingan “kelas” dan hari ini, posisi rakyat semakin termarginalkan di negerinya sendiri.

## KESIMPULAN

Masyarakat adil makmur, sebagai sebuah cita-cita, memerlukan perjuangan untuk menciptakan dasar-dasarnya. Inilah yang disebut sebagai kepentingan nasional bangsa Indonesia. Segala upaya dan perbuatan untuk memastikan penyelenggaraan negara tetap tertuju pada *terminus ad quem*, masyarakat adil makmur. Pada kenyataannya, dalam proses penyelenggaraan negara saat ini, banyak sekali kebijakan yang bertabrakan dengan kepentingan nasional dan akhirnya menjadi bumerang. Oleh karenanya perlu penginsafan seluruh elemen bangsa bahwa item hasil penemuan manusia, baik kapitalistik-liberalistik maupun sosialistik-komunistik, bertujuan untuk memberikan keuntungan material semata-mata bagi pengikut-pengikutnya sebagai tujuan dan cita-citanya.

Akibatnya terjadi persaingan yang menghancurkan antara berbagai negara dengan maksud menguasai sistem hukum, politik dan ekonomi, memonopoli pasar-pasar dan sumber-sumber bahan baku di berbagai negara. Bila kita menyakini adanya mazhab lain yang ketiga, yaitu mazhab Islam, yang dengan izin Allah SWT, akan mencabut komando dari dua mazhab kapitalis-liberalistik dan sosialis-komunistik, maka sudah pada tempatnya kita harus ikut andil dalam menjelaskan prinsip-prinsip Islam khususnya dalam hal penguasaan sumberdaya alam kepada seluruh umat manusia. Rasulullah SAW bersabda: “Akan terjadi masa kenabian diantara kamu beberapa lamanya. Kemudian Allah mengangkatnya kalau Dia menghendaki. Kemudian terjadi masa khalifah atas landasan kenabian, kemudian

terjadi masa kerajaan yang berpegang teguh pada kerajaannya beberapa lamanya sesuai dengan kehendak Allah, kemudian Allah Ta'ala mengangkatnya kalau menghendaknya, kemudian terjadi masa kerajaan diktator beberapa lamanya, kemudian Allah mengangkatnya kalau dikehendaknya, kemudian terjadi masa khilafah atas landasan kenabian. (HR. Imam Ahmad).

## DAFTAR PUSTAKA

- Arief Hidayat, 2010, "Bernegara Itu Tidak Mudah (Dalam Perspektif Politik dan Hukum)", *Makalah* disampaikan pada pengukuhan jabatan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 4 Februari.
- Bagir Manan, 1995, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, Bandung: Mandar Maju.
- Benny K. Harman & Hendardi (ed), 1991, *Konstitusionalisme, Peran DPR, dan Judicial Review*, Jakarta: Yayasan LBH Indonesia & Jarim.
- Badan Pusat Statistik (BPS), 2012, "Maret 2012, Jumlah Penduduk Miskin Indonesia Mencapai 29,13 Juta Orang".
- Budiono Kusumohamidjojo, 1999, *Ketertiban yang Adil Problematik Filsafat Hukum*, Jakarta: Grasindo.
- Curzon, L. B., 1979, *Jurisprudence*, Estover: MacDonal and Evans.
- De Cruz, Peter, 2010, *Perbandingan Sistem Hukum Common Law, Civil Law, dan Socialist Law*, Terjemahan *Comparative Law in a Changing World*, Alih Bahasa, Narulita Yusran, Bandung: Nusa Media.
- Guins, George C, 1954, *Soviet Law and Soviet Society*, Martimus Nijhoff: The Hague.
- Ifdhal Kasim (Ed), 2001, *Hak Sipil dan Politik: Esai-esai Pilihan*, Jakarta: Elsam.
- I Nyoman Nurjaya, 2007, "Pengelolaan Sumberdaya Alam Dalam Perspektif Otonomi: Tinjauan Hukum dan Kebijakan", *Jurnal Suloh*, Vol.V, No.1 April Fakultas Hukum Unimal, Lhokseumawe.
- Jimly Asshiddiqie, 1994, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve.
- , 1998, *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di Abad Globalisasi*, Jakarta: Balai Pustaka.

- , *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, 2006, Jakarta: Konstitusi Press.
- Friedmann, W, 1967, *Legal Theory*, Columbia University Press: New York.
- Hasbi Ash Shiddieqy, 1989, *Pengantar Fiqh Mu'amalah*, Jakarta: Bulan Bintang.
- Khudzaidah Dimiyati, 2004, *Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945-1990*, Surakarta: Muhammadiyah University Press.
- M. Ali Hasan, 2004, *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam*, Jakarta: P.T. Raja Grafindo Persada.
- Miriam Budiarto, 2008, *Dasar-dasar Ilmu Politik* (edisi revisi), Jakarta: Gramedia.
- Moh. Mahfud MD, 2003, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia: Studi tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan*, Jakarta: Rineka Cipta.
- R.Soeroso, 1999, *Perbandingan Hukum Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Suharsono Sagir, 1981, *Masalah-Masalah Ekonomi Indonesia 1980*, Bandung: Alumni.
- Sunaryati Hartono, 1991, *Kapita Selekta Perbandingan Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Sutamto Dirdjosuparto, 1998, *Sukarno Membangun Bangsa: Dalam Kemelut Perang Dingin sampai Trikora*, Jakarta: BKS Yayasan Pembina dan Universitas 17 Agustus 1945 se Indonesia.
- Pound, Roscoe, 1954, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale University Press.

# Aspek Keadilan dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi

**Fajar Laksono Soeroso**

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Mahkamah Konstitusi  
Jalan Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110  
email: fajarlaksono@yahoo.com

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## ***Abstrak***

Sifat Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) yang final sering dipersoalkan. Problemanya antara lain ketika para pencari keadilan merasakan adanya ketidakadilan Putusan MK. Tidak ada lain yang dapat dilakukan kecuali menerima dan melaksanakan Putusan tersebut. Kendati keadilannya dibelenggu dan dipasung oleh Putusan MK, para pencari keadilan, khususnya Pemohon tidak punya pilihan lain. Pada titik ini, persoalan pada aspek keadilan pada sifat final Putusan MK dijumpai, khususnya keadilan bagi pencari keadilan. Tulisan ini menegaskan tidak adanya persoalan pada aspek keadilan dalam sifat final Putusan MK manakala Para Pihak menyadari dan memahami sekurang-kurangnya 3 (tiga) hal, yaitu (1) sifat final dilekatkan pada hakikat kedudukan Konstitusi sebagai hukum tertinggi sehingga tidak ada hukum lain yang lebih tinggi darinya merupakan upaya untuk menjaga wibawa peradilan konstutusal dan kepastian hukum yang adil; (2) sifat final putusan MK merupakan upaya untuk menjaga wibawa peradilan konstutusal sehingga berbeda dengan peradilan umum; dan (3) kemungkinan Putusan MK salah tetap ada mengingat hakim konstitusi adalah manusia biasa, namun tidak ada alternatif yang lebih baik menggantikan sifat final Putusan MK.

**Kata Kunci:** Keadilan, Final, Putusan Mahkamah Konstitusi

## ***Abstract***

*The final nature of the Constitutional Court's decisions is often questioned. The main problem, among others, when the justice seekers of Constitutional Court, there is nothing else to do but to accept and implement the Court's decision although shackled and deprived of justice by the Constitutional Court. This paper confirms*

*the absence of the issue of the fairness aspect of the Constitutional Court when the justice seekers recognize and understand at least three (3) terms, namely (1) the nature of the final position is attached to the nature of the Constitution as the supreme law so that there is no other commandment greater height of it is an effort to keep constitutional judicial authority and legal certainty; (2) the nature of the final decision of the Constitutional Court is an attempt to preserve the constitutional authority of the courts so different from the general court; and (3) possibility Constitutional Court contains the error persists considering Constitutional Court Judges are human beings, but until now, there is no better alternative replaces the final nature of the Decision.*

**Keywords:** Justice, Final decisions, The Decision of Constitutional Court

## PENDAHULUAN

Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai peradilan konstitusi, mempunyai karakter khas yang membedakannya dengan peradilan umum atau peradilan biasa. Salah satu sifat khas tersebut ialah sifat putusan MK yang ditentukan bersifat final dan tidak ada upaya hukum lainnya.<sup>1</sup> Sifat ini berbeda dengan putusan lembaga peradilan di lingkungan Mahkamah Agung (MA) yang menyediakan mekanisme upaya hukum lain, termasuk melalui mekanisme Peninjauan Kembali (PK) dan/atau melalui Grasi. Mengenai sifat final Putusan MK, ditegaskan pada Pasal 24C Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) yang menyatakan, *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili perkara konstitusi dalam tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final...*

Ketentuan tersebut kemudian diderivasikan ke dalam Pasal 10 ayat (1) UU MK. Pasal 47 UU MK mempertegas sifat final tersebut dengan menyatakan bahwa *Putusan MK memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum*. Berdasarkan ketentuan tersebut, sifat final menunjukkan sekurang-kurangnya 3 (tiga) hal, yaitu (1) bahwa Putusan MK secara langsung memperoleh kekuatan hukum; (2). karena telah memperoleh kekuatan hukum maka Putusan MK memiliki akibat hukum bagi semua pihak yang berkaitan dengan putusan. Hal ini karena Putusan MK berbeda dengan putusan peradilan umum yang hanya mengikat para pihak berperkara (*interparties*). Semua pihak wajib mematuhi dan melaksanakan Putusan MK.

<sup>1</sup> Kekhususan MK lainnya misalnya adalah terkait jumlah hakim dan pencalonan hakim yang diusulkan oleh tiga cabang kekuasaan, peradilan tunggal yang berkedudukan di ibukota negara, putusannya *erga omnes*, dan mengadili norma abstrak bukan perkara-perkara konkrit.

Dalam Putusan MK terkait dengan pengujian undang-undang (PUU) misalnya, manakala MK memutus suatu UU bertentangan dengan UUD dan menyatakannya tidak memiliki kekuatan mengikat maka putusan tersebut tidak hanya mengikat bagi pihak yang mengajukan perkara di MK, melainkan mengikat juga semua warga negara seperti halnya UU mengikat secara umum bagi semua warga negara. Atas dasar itu, maka putusan MK bersifat *erga omnes*<sup>2</sup>; dan (3) karena merupakan pengadilan pertama dan terakhir, maka tidak ada upaya hukum lain yang dapat ditempuh. Sebuah putusan apabila tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh berarti telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*in kracht van gewijsde*) dan memperoleh kekuatan mengikat (*resjudicata pro veritate habetur*).

Dalam praktik, sifat Putusan MK yang final tersebut kerap kali dipersoalkan. Terlebih lagi, pernah terdapat beberapa perkara yang diajukan ke MK terkait sifat final tersebut yakni perkara Nomor 36/PUU-IX/2011 yang diajukan Salim Alkatiri, meskipun akhirnya MK dalam putusannya menolak permohonan tersebut. Pada tanggal 25 Februari 2014, MK menggelar sidang perdana untuk memeriksa permohonan Peninjauan Kembali (PK) terhadap Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap UUD 1945. Habibburahman selaku Pemohon dalam permohonannya mendalilkan, MK berwenang melakukan PK atas putusannya sendiri. Pemohon berpijak dari pemaknaannya atas ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Menurut Pemohon, frasa “pada tingkat pertama dan terakhir” dapatlah juga dimaknai bahwa MK berwenang menguji UU terhadap UUD “pada tingkat pertama” dan juga “pada tingkat terakhir” atau biasa disebut sebagai tingkat “Peninjauan Kembali”. Jadi, menurut Pemohon, peninjauan kembali merupakan upaya hukum terakhir yang diberikan kepada pencari keadilan. Karena keadilan berada di atas Undang-Undang, maka hukum tidak boleh hanya terpaku pada formil hukum belaka, dan dalam hal ini, ketentuan sifat final Putusan MK bersifat formil belaka.

Tidak hanya itu, pada 6 Maret 2014, MK telah mengucapkan Putusan Nomor 34/PUU-XI/2013 dalam perkara pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap UUD 1945. Pada pokoknya, putusan tersebut menyatakan Pasal 268 ayat (3) UU Nomor 8 Tahun 1981 bertentangan dengan UUD 1945 dan dinyatakan tidak lagi memiliki kekuatan hukum. Menurut MK, dengan hanya membolehkan peninjauan kembali satu kali (dalam kasus pidana), terlebih

<sup>2</sup> *Erga omnes* sering digunakan dalam hukum untuk menjelaskan terminologi kewajiban dan hak terhadap semua.

lagi manakala ditemukan adanya keadaan baru (*novum*) justru bertentangan dengan asas keadilan yang begitu dijunjung tinggi oleh kekuasaan kehakiman Indonesia untuk menegakkan hukum dan keadilan serta sebagai konsekuensi dari asas negara hukum. Dengan demikian, putusan tersebut mengandung konsekuensi, PK dapat diajukan lebih dari satu kali.<sup>3</sup> Dari putusan tersebut terkandung sebuah ironi, MK melalui putusannya membuka peluang Putusan MA dapat diajukan PK lebih dari satu kali, yang berarti akan menunda sifat final putusan tersebut. Jika demikian, lantas kenapa sifat final Putusan MK perlu ditegaskan? Apakah hanya karena ketentuan tersebut merupakan materi UUD 1945, atau ada argumentasi yang paling tepat untuk menjawab hal tersebut?

Dalam hal ini, pertanyaan mendasar yang dapat dimunculkan ialah apa sesungguhnya arti “final” pada ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 tersebut? Apakah putusan tersebut benar-benar berlaku mutlak sehingga menutup kemungkinan upaya hukum lain? Lantas, apakah betul-betul tidak ada mekanisme untuk melakukan koreksi terhadap Putusan MK? Pertanyaan-pertanyaan tersebut belum akan menemukan jawaban yang memadai mengingat segala upaya koreksi terhadap ketentuan sifat final putusan MK selalu dikembalikan dengan jawaban: hanya dapat dilakukan melalui perubahan terhadap UUD 1945 mengingat MK merupakan organ konstitusional.

Berangkat dari hal ini, timbul suatu tengarai bahwa sifat final Putusan MK tersebut kemudian turut menahbiskan MK menjadi organ konstitusional yang *superbody*. Artinya, melalui putusan yang bersifat final, MK memiliki kekuasaan yang luar biasa besar, melebihi kekuasaan lembaga-lembaga negara lainnya. Hal itu pula yang kemudian membuat MK kemudian tidak dapat dikontrol oleh lembaga manapun. Sejalan dengan hal tersebut, persoalan filosofis yang kemudian juga timbul ialah tertutupnya peluang pencari keadilan (*justisiabellen*) untuk menempuh upaya hukum atas Putusan MK, terutama tatkala putusan tersebut dirasakan tidak adil. Hal demikian menunjukkan bahwa ketentuan sifat final Putusan MK, sekalipun ditentukan dalam UUD 1945, pada hakikatnya menyimpan ruang bagi potensi ketidakadilan.

Berpijak pada argumentasi tersebut, beberapa kalangan memandang penting bahwa demi keadilan dan kebenaran, Putusan MK seharusnya dapat diperbaiki jika nyata-nyata terdapat kekhilafan atau kekeliruan fatal. Sebab, *alih-alih*

<sup>3</sup> Baca Putusan MK Nomor 34/PUU-XI/2013, Paragraf [3.16.3], h. 88.

melindungi hak konstitusional warga negara, bukan tidak mungkin putusan tersebut justru mencederainya. Upaya hukum merupakan hak dari pihak yang berkepentingan, karena itu pula, pihak yang bersangkutan sendiri yang harus aktif dengan mengajukannya kepada pengadilan yang diberi kekuasaan untuk itu jika menghendakinya. Hakim pun tidak dapat memaksa atau menghalangi pihak-pihak yang akan mempergunakan haknya mengajukan upaya hukum. Dengan kata lain, persoalan final dan tidak finalnya suatu putusan pengadilan berkaitan langsung dengan nilai adilnya suatu putusan. Oleh karenanya, tuntutan agar putusan pengadilan tidak serta merta bersifat final sehingga perlu membuka upaya hukum lain berkaitan erat dengan aspek keadilan.

Beberapa contoh terkait dengan hal tersebut terbukti telah terjadi. Misalnya terkait dengan gugatan sengketa hasil Pemilu di Kabupaten Donggala, Sulawesi Tengah, antara Partai Demokrat (PD) dengan Partai Amanat Nasional (PAN) pada Pemilu tahun 2009.<sup>4</sup> Hal serupa juga dialami Dahlan Rais, calon anggota Dewan Perwakilan Daerah (DPD) Jawa Tengah pada Pemilu 2009.<sup>5</sup> Bahkan kemudian, Dahlan Rais mengajukan fatwa kepada MK<sup>6</sup>, *“Bila terjadi permasalahan dengan putusan yang telah ditetapkan oleh MK padahal keputusan tersebut terdapat kesalahan yang sangat fatal dan berakibat ada pihak lain yang dirugikan. Bila terjadi permasalahan ini, apakah pihak yang dirugikan atau dikalahkan tidak ada upaya hukum lain untuk memperoleh keadilan? Karena itu kami mohon fatwa kepada MK terhadap permasalahan ini”*. Demikian pula yang terjadi dengan Salim Alkatiri. Karena dirasakan tidak adil dan menghambat terwujudnya keadilan pada dirinya, Salim Alkatiri mengajukan perkara Nomor 36/PUU-IX/2011 untuk menguji Pasal 10 ayat 1 huruf a, UU MK yang mengatur kewenangan MK mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Berdasarkan Putusan MK No.039/PHPU.C1-II/2004, PAN mendapatkan satu kursi. PD mengajukan gugatan di pengadilan umum karena ada dugaan PAN melakukan manipulasi suara dengan menggelembungkan suara. Akhirnya, Pengadilan Negeri Donggala memutus bahwa bukti-bukti yang diajukan pada dalam sidang MK adalah hasil manipulasi dari oknum yang melibatkan anggota KPU Kabupaten Donggala. Namun, ternyata putusan pengadilan yang terkait dengan manipulasi data dan penggelembungan suara hasil pemilihan umum tersebut, baik yang dilakukan oleh penyelenggara pemilu, maupun yang dilakukan oleh peserta Pemilu, tidak bisa dijadikan dasar oleh semua pihak untuk mengundul dan menggugurkan putusan MK. Hal ini dikarenakan putusan MK adalah putusan yang bersifat final dan mengikat. Putusan MK tetap dilaksanakan meskipun telah terjadi kesalahan dalam putusan tersebut.

<sup>5</sup> Dahlan Rais meminta MK membatalkan keputusan Komisi Pemilihan Umum (KPU) sepanjang menyangkut perolehan suara bagi Pemohon, sekaligus menetapkan hasil perhitungan suara yang benar. Dalam permohonannya, Dahlan tegas menyatakan menghormati Putusan MK pada 1 Juni 2004 yang meloloskan nama KH Achmad Chalwani sebagai calon anggota DPD Jawa Tengah di posisi keempat menggantikan Dahlan Rais. Namun, Dahlan mengeluhkan soal sifat final dan mengikatnya putusan MK.

<sup>6</sup> Berbeda dengan MA, MK tidak memiliki kewenangan mengeluarkan atau menjawab permohonan fatwa. Tidak ada pendapat MK yang disampaikan di luar persidangan dalam bentuk selain Putusan. Sejalan dengan itu, maka tidak pernah ada fatwa yang dibuat oleh MK.

<sup>7</sup> Sebelumnya, melalui Putusan Nomor 129/PUU-VII/2009, MK juga menyatakan “permohonan tidak dapat diterima” terkait pengujian ketentuan Pasal 10 ayat (1) UU MK menyangkut sifat final Putusan MK. Dalam argumentasinya, jika ketentuan tersebut diuji, secara tidak langsung MK akan menguji materi yang terdapat dalam Pasal 24A dan Pasal 24C UUD 1945, yang berarti MK akan menguji konstitusionalitas materi UUD 1945. Lihat Paragraf [3.9] Putusan Nomor 129/PUU-VII/2009, hal. 25. Terkait Putusan Nomor 36/PUU-IX/2011, Salim Alkatiri juga merasa dirugikan dengan keputusan MK Nomor 224/PHPU.D VIII/2010 mengenai Perselisihan Hasil Pemilukada Kab. Buru Selatan diucapkan tanggal

Melihat kenyataan tersebut, beberapa kalangan mengusulkan agar dibuka peluang dan kesempatan Peninjauan Kembali (PK) terhadap Putusan MK. Hal ini seperti yang pernah disuarakan oleh Komisi III DPR pada saat pembahasan revisi UU tentang MK, Mahkamah Agung (MA), dan Komisi Yudisial (KY) di tahun 2008.<sup>8</sup> Menurut Anggota Komisi III pada saat itu, Gayus Lumbuun, perlu ada upaya hukum lanjutan terhadap Putusan MK berupa PK.<sup>9</sup> Gayus Lumbuun berargumen bahwa upaya hukum PK diperlukan jika ditemukan bukti baru (*novum*).<sup>10</sup> Senada dengan hal tersebut, Majelis Ulama Indonesia (MUI) juga pernah mengusulkan adanya PK atas Putusan MK. Hal demikian terlontar pasca diketoknya Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 dalam perkara permohonan pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap UUD 1945 yang dinilai telah mengacak-acak syariat Islam.<sup>11</sup>

Wacana PK atas Putusan MK pernah juga mengemuka terkait dengan putusan dalam perkara perselisihan hasil pemilihan umum (PHPU). Hal demikian diungkapkan anggota Komisi Pemilihan Umum (KPU), I Gusti Putu Artha. Menurut I Gusti Putu Artha, dalam sidang sengketa hasil Pemilukada, para pihak mengajukan barang bukti. Setelah diperiksa dan kemudian diputus MK, ternyata belakangan diketahui bahwa alat bukti yang diajukan ke MK terbukti palsu. Pertanyaannya, bukankah berarti putusan tersebut cacat hukum, karena diputus dengan mendasarkan pada barang bukti palsu. Karena itulah menurut I Gusti Putu Artha, perlu ada mekanisme PK di MK.<sup>12</sup>

Fakta dan wacana tersebut menunjukkan bahwa di dalam ketentuan normatif-imperatif yang menyatakan sifat Putusan MK final tersebut setidaknya terkandung problematika, baik problem filosofis, yuridis, sosial, politik, maupun teoritik.<sup>13</sup> Ketika pihak-pihak merasakan ketidakadilan Putusan MK, sementara tidak tersedia upaya hukum lain, maka tidak ada lain yang dapat dilakukan kecuali menerima, menaati, dan melaksanakan putusan tersebut. Artinya, kendati keadilannya

31 Desember 2010 lalu. Dalam amar putusan Nomor 224/PHPU.D VIII/2010, MK menyatakan permohonan pasangan Salim Alkatiri-La Ode Badwi tidak dapat diterima. Putusan MK tersebut bersifat final dan mengikat. Hal inilah yang menjadi halangan bagi Salim untuk melakukan banding, sehingga Salim tidak bisa lolos sebagai calon peserta Pemilukada Buru Selatan karena pernah menjadi narapidana dengan vonis 2 tahun penjara.

<sup>8</sup> *Keputusan MK Diusulkan Bisa Ditinjau Kembali*, Koran SINDO, 9 Januari 2008.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *MK Tolak Wacana PK, Suara Karya*, 23 Agustus 2006. Dalam UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung disebutkan bahwa putusan kasasi di MA merupakan putusan akhir yang bersifat tetap, tetapi masih diberikan ruang PK bila ada bukti baru atau kekhilafan hakim.

<sup>11</sup> *Ketua MUI Ibaratkan MK Seperti Tuhan*, Rabu, 21 Maret 2012, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4f68c6f92726d/ketua-mui-ibaratkan-mk-seperti-tuhan>, Diakses 22 Maret 2012.

<sup>12</sup> *Perlu Upaya PK Atas Putusan MK*, Selasa, 18 Juli 2011, artikel berita di [www.mindcommonline.com](http://www.mindcommonline.com), diakses pada 22 Juli 2011.

<sup>13</sup> Malik, *Telaah Makna Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi yang Final dan Mengikat*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jurnal Konstitusi, Vol. 6 No. 1, April 2009.

dibelenggu dan dipasung oleh Putusan MK, para pencari keadilan tidak punya pilihan lain, kecuali melaksanakan kehendak putusan tersebut. Kiranya, pada titik inilah ditengarai adanya persoalan pada aspek keadilan pada sifat final Putusan MK dijumpai, khususnya dari sisi pandang pencari keadilan.

Problem yang kemudian penting dikemukakan ialah apakah sifat final Putusan MK tersebut benar-benar menjamin bagi terwujudnya keadilan. Atau, malah sebaliknya, ketentuan tersebut justru menghambat tercapainya keadilan bagi pencari keadilan? Putusan pengadilan merupakan hukum. Hal demikian seperti dinyatakan Van Apeldoorn bahwa wujud hukum tidak hanya sebatas peraturan perundang-undangan yang berlaku mengikat namun menjelma juga dalam putusan-putusan pengadilan yang juga bersifat mengatur dan memaksa.<sup>14</sup> Bahkan, putusan pengadilan sering diibaratkan sebagai putusan Tuhan (*judicium dei*). Oleh karenanya, sudah seharusnya putusan yang dijatuhkan benar-benar telah melalui proses peradilan yang jujur (*fair trial*) dengan pertimbangan yang didasarkan pada keadilan berdasarkan (*moral justice*), dan bukan semata-mata berdasarkan keadilan undang-undang (*legal justice*). Berdasarkan uraian tersebut, tulisan ini hendak mengemukakan tinjauan aspek keadilan terhadap sifat final Putusan MK.

## PEMBAHASAN

Mengingat ketentuan mengenai sifat final Putusan MK terdapat dalam UUD 1945, maka Penulis memandang penting untuk memulai analisis dari pertanyaan mengapa para pengubah UUD 1945 mendesain MK sebagai peradilan tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final? Untuk mengetahui makna suatu ketentuan dalam UUD 1945, maka seperti yang pernah dinyatakan dalam Penjelasan UUD 1945 sebelum Perubahan, *UUD di negara manapun tidak dapat dimengerti secara tepat manakala hanya dibaca teksnya begitu saja. Untuk dapat mengerti sungguh-sungguh maksud ketentuan UUD dari suatu negara, perlu dipelajari bagaimana terjadinya teks itu, harus dipahami keterangan-keterangannya, dan juga harus diketahui dalam suasana apa teks itu dirumuskan. Dengan demikian, akan diketahui maksud ketentuan undang-undang, bahkan peristiwa atau pikiran apa yang mendasari dan melingkupinya.*

<sup>14</sup> Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. XXIV, (terjemahan Oetarid Sadino), Jakarta: Pradnya Paramita, 1990, h. 4-5.

Seiring dengan hal tersebut, guna mendapatkan jawaban mengapa para pembuat UUD 1945 menempatkan MK sebagai peradilan tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final, diperlukan penelusuran ketentuan tersebut. Salah satu yang dapat dan paling tepat untuk dilakukan ialah melakukan penelusuran tafsir konstitusi dengan menggunakan metode *original intent*.

### 1. Urgensi Penerapan Metode Penafsiran *Original Intent*

Untuk mengetahui makna rumusan ketentuan konstitusi maka diperlukan penafsiran atau interpretasi. Penafsiran konstitusi dilakukan untuk memahami suatu ketentuan konstitusi. Menurut Gadamer, pemahaman terhadap sesuatu adalah menginterpretasi sesuatu, dan sebaliknya.<sup>15</sup>

Dalam teori konstitusi, muncul berbagai aliran penafsiran konstitusi. Aliran-aliran tersebut melahirkan teori mengenai bagaimana menafsirkan konstitusi, salah satunya interpretasi dengan menggunakan pendekatan historis atau penafsiran orisinal. Penafsiran ini merupakan penafsiran yang paling dekat dan paling sesuai dengan pengertian asli dari teks atau istilah-istilah yang terdapat dalam konstitusi. Penafsiran ini biasanya digunakan untuk menjelaskan teks, konteks, tujuan, dan struktur konstitusi.<sup>16</sup> Pada umumnya, penafsiran ini menggunakan pendekatan metode *original intent* terhadap norma-norma hukum konstitusi. Para *originalist* memiliki alasan sangat kuat dalam memegang pandangannya bahwa tidak ada yang lebih tepat menjelaskan mengenai maksud dari konstitusi dibandingkan para perumus konstitusi itu sendiri. Manakala terdapat persoalan berkaitan dengan konstitusi, maka pernyataan para perumus/penyusun konstitusi dapat sangat memengaruhi hakim dalam putusannya dibandingkan pernyataan-pernyataan pihak lain.

Pendekatan *original intent* yang merupakan bagian dari aliran *originalism*. Dalam aliran *originalism*, pada prinsipnya terdapat 2 (dua) teori besar yakni *original intent theory* dan *original meaning theory*.

a. *Original intent theory* menyatakan bahwa interpretasi dari sebuah konstitusi tertulis adalah (seharusnya) sesuai dengan apa yang dimaksud oleh orang-orang yang merancang atau merumuskan konstitusi.

<sup>15</sup> Lihat B. Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum, Sebuah Penelitian tentang Fundasi dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Bandung: Mandar Maju, 2000, h. 96.

<sup>16</sup> Lihat, Anthony Mason, *The Interpretation of a Constitution in a Modern Liberal Democracy*, dalam Charles Sampford (Ed.), *Interpreting Constitutions Theories, Principles and Institutions*, Sydney: The Federation Press, 1996, h. 14.

- b. *Original meaning theory* mencari pada makna teks dengan didasarkan pada saat teks tersebut dirumuskan. Dalam upaya menafsirkan makna konstitusi, penafsir tidak mencoba masuk ke alam pikiran seseorang, akan tetapi berdasarkan kata yang diucapkan seseorang yang didasarkan pada makna kata saat kata tersebut digunakan. Hal ini berarti menekankan pada bagaimana “teks” tersebut dipahami oleh seseorang berdasarkan makna dalam sejarah konstitusi itu dirumuskan atau dilaksanakan untuk pertama kali.

Menggunakan istilah berbeda, Steven D. Smith secara lebih jelas mendeskripsikan perbedaan *original intent theory* dan *original meaning theory*. Smith menggunakan istilah *enactors intentions* untuk *original intent theory* dan menggunakan *the words (in Historical Context)* untuk *original meaning theory*. Menurut Steven D. Smith, “*enactors intentions*”, mengandaikan bahwa penafsiran didasarkan pada niat penyusun konstitusi. Sementara, dalam konteks *the words (in Historical Context)*, kata-kata memiliki makna, yang diberikan oleh sesuatu seperti “aturan bahasa” pada saat itu, terlepas dari niat semantik penyusunnya. Jika yang dimaksud penyusun adalah A akan tetapi digunakan kata-kata yang (menurut aturan bahasa) berarti B, maka B yang benar.<sup>17</sup>

## 2. Makna Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 menurut *Original Intent*

Tanpa perlu mempertentangkan keduanya, *original intent theory* dan *original meaning theory*, dapat dipahami bahwa penafsiran dengan pendekatan *original intent* diperlukan untuk mengetahui niat, semangat, atau situasi kebatinan, dalam hal ini niat, semangat, atau situasi kebatinan para perumus UUD 1945 sehingga pada akhirnya menyepakati ketentuan mengenai sifat final Putusan MK bersifat final. Selengkapnya, Pasal 24C Ayat (1) menyatakan,

*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.*

<sup>17</sup> Steven D. Smith, *That Old-Time Originalism*, University of San Diego School of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 08-028, 2008. Diunduh dari <http://ssrn.com/abstract=1150447> pada 12 Juli 2010.

Dalam konteks ini, yang perlu digali secara mendalam melalui *original intent* ialah rumusan kalimat yang menyatakan “...*berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final...*”. Rumusan tersebut diterjemahkan ke dalam UU MK dengan menegaskan bahwa Putusan MK bersifat “final dan mengikat”. Melalui penelusuran *original intent*, akan diketahui maksud para perumus Perubahan UUD 1945 menyepakati rumusan tersebut.

Rumusan redaksional yang pada intinya menyatakan “*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final...*” telah muncul sejak Perubahan Pertama, ketika Panitia Ad Hoc I (PAH I) Badan Pekerja (BP) MPR membahas Perubahan ketentuan mengenai MA. Setelah melalui diskusi intensif di PAH I, akhirnya PAH I menyampaikan rumusan yang dihasilkan ke BP MPR. Pada rapat ke-5 BP MPR tanggal 23 Oktober 2001, Pimpinan PAH I menyampaikan laporan perkembangan pelaksanaan tugas PAH I kepada BP MPR. Terkait dengan rumusan dimaksud, PAH I melalui Jacob Tobing menyampaikan laporan. Dalam laporan tersebut, rumusan Pasal 24A ayat (2) menyatakan,<sup>18</sup>

*“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili perkara dari tingkat I dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang (dan peraturan perundang-undangan di bawahnya) terhadap Undang-Undang Dasar, memutuskan perselisihan kewenangan atau kompetensi antar lembaga (negara), memutuskan pembubaran partai politik (atas tuntutan yang sah), dan memutuskan perselisihan tentang hasil pemilihan umum.*”

Dari pembahasan pada masa Perubahan Pertama dan Perubahan Kedua, diskusi terjadi di seputar perlu tidaknya dibentuk MK. Diskusi masih berupaya mendalami terkait pembentukan MK. Kalau dibentuk apakah MK tersebut bersifat *ad hoc* atau permanen? Apakah MK akan diletakkan menjadi bagian MPR, bagian dari MA, atau berdiri sendiri. Pada kesempatan-kesempatan tersebut, belum dijumpai diskusi mengenai sifat Putusan MK. Bahkan setelah dicermati, diskusi mengenai sifat putusan MK sangat jarang. Usul konkrit mengenai sifat *final and binding* putusan MK baru muncul pertama kali dalam

<sup>18</sup> Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, *Buku Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, kerjasama Mahkamah Konstitusi dengan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Jakarta, 2010, h. 426-427.

Rapat Pleno PAH I ke-51 BP MPR tanggal 29 Juli 2000. BP MPR merumuskan kewenangan MK dalam Pasal 25B ayat (2) dan ayat (3), sebagai berikut:<sup>19</sup>

*Ayat (2)*

*Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan untuk menguji secara materiil atas undang-undang, memberikan putusan atas pertentangan antara undang-undang,*

*(Alternatif 1: memberikan putusan atas persengketaan kewenangan antar lembaga negara, antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah, dan antara pemerintah daerah. Alternatif 2: tidak perlu), serta menjalankan kewenangan lainnya yang diberikan oleh undang-undang)*

*Ayat (3)*

*Putusan Mahkamah Konstitusi merupakan putusan tingkat pertama dan terakhir.*

Dalam rapat Rapat Pleno PAH I ke-51 BP MPR tanggal 29 Juli 2000, disampaikan pandangan akhir fraksi terhadap hasil finalisasi Perubahan Kedua. Dalam hal ini, Hamdan Zoelva dari F-PBB antara lain menyatakan:<sup>20</sup>

*"Dalam usulan Perubahan UUD ini, kita semua telah sepakat adanya Mahkamah Konstitusi. Kita telah sepakat pula bahwa Mahkamah ini nantinya memiliki wewenang untuk menguji secara materi atas undang-undang, serta memberikan putusan atas pertentangan antar undang-undang. Putusan Mahkamah Konstitusi merupakan **putusan tingkat pertama dan tingkat terakhir**. (cetak tebal oleh Penulis). Oleh karena itu, putusan Mahkamah Konstitusi tidak dapat dilakukan upaya apapun untuk membatalkannya....."*

Namun demikian, ketentuan mengenai sifat final Putusan MK belum diakomodir. Dalam rumusan Pasal 25B yang dilaporkan sebagai rancangan amandemen UUD pada Sidang Tahunan MPR tanggal 7-18 Agustus 2000, terutama yang memuat usulan pembentukan MK, belum juga dijumpai. Dalam perkembangannya, Perubahan Kedua gagal menyepakati tentang konsepsi dan pembentukan MK. Sebagai akibatnya, MPR memberikan kewenangan kepada diri sendiri untuk menguji UU terhadap UUD sebagaimana diatur dengan

<sup>19</sup> Jimly Asshiddiqie, *Menegakkan Tiang Konstitusi, Memoar Lima Tahun Kepemimpinan Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., di Mahkamah Konstitusi 2003-2008*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, h. 36.

<sup>20</sup> *Ibid*, h. 470 dan h. 484.

Ketetapan Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan.

Pembahasan mengenai MK dilanjutkan pada Perubahan Ketiga. Pada kesempatan tersebut, mengenai sifat putusan MK mulai disinggung dan dibahas. Seperti diketahui, PAH I meminta Tim Ahli MPR untuk merumuskan rancangan Perubahan Ketiga. Gagasan mengenai sifat putusan MK yang final dan mengikat hanya disinggung oleh Prof. Jimly Asshiddiqie sebagai Tim Ahli PAH I BP MPR dalam hasil rumusan Tim Ahli. Jimly Asshiddiqie menyatakan:<sup>21</sup>

*Kemudian kami mengusulkan untuk merinci ketentuan Pasal 24 ini, ada tambahan Pasal 24A. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili perkara pada tingkat pertama dan terakhir, untuk menguji materi undang-undang dan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, memberi putusan atas pertentangan atau persengketaan antar lembaga negara, antara pemerintah pusat dan daerah dalam menjalankan peraturan perundang-undangan, serta menjalankan kewenangan lain yang diberikan oleh undang-undang.*

Namun demikian, Prof. Dr. Soewoto Mulyosoedarmo dalam pandangan sebagai Tim Ahli PAH I menyatakan perlunya dipertimbangkan MK di tingkat provinsi, sehingga lembaga ini bukan satu-satunya badan peradilan dalam tingkat pertama dan terakhir.<sup>22</sup> Menanggapi hal tersebut, Fraksi PDI-P juga menyatakan:<sup>23</sup>

*...bersamaan dari pandangan fraksi, dalam hal ini adalah perlu dibentuk Mahkamah Konstitusi. Masalah yang perlu dipersamakan adalah batas kewenangan, kedudukan Mahkamah Agung, dan Mahkamah Konstitusi di dalam susunan ketatanegaraan, dan perlu dipertimbangkan Mahkamah Konstitusi bukan satu-satunya badan peradilan dalam tingkat pertama dan terakhir.*

Berbeda dengan pendapat tersebut, Agun Gunanjar Sudarsa, anggota PAH I Fraksi Golkar menegaskan agar MA sebagai pengadilan tertinggi juga menjalankan fungsi MK. Sebagai pengadilan tertinggi maka dia melakukan kewenangan mengadili dan memeriksa perkara di tingkat kasasi.<sup>24</sup> Hal tersebut

<sup>21</sup> *Ibid*, h. 496.

<sup>22</sup> *Ibid*, h. 518.

<sup>23</sup> *Ibid*, h. 519.

<sup>24</sup> *Ibid*, h. 520.

berarti, kedudukan MK diusulkan menjadi bagian dari MA. Pada Rapat ke-35 PAH I MPR, Pataniari Siahaan dari F-PDIP menyampaikan bahwa anggota MK yang 9 (sembilan) orang dimaksudkan agar persidangan bisa singkat, cepat, tetapi representatif.<sup>25</sup>

Pada akhirnya, hasil kerja PAH I BP MPR terkait rancangan perubahan Bab IX UUD 1945 dilaporkan pada Rapat ke-5 BP MPR, 23 Oktober 2001. Terkait dengan MK, Jacob Tobing menyampaikan rumusan-rumusan yang dihasilkan PAH I BP MPR, antara lain:

Pasal 24A ayat (2),

*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili perkara dari tingkat pertama dan tingkat terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang (dan peraturan perundang-undangan di bawahnya) terhadap Undang-Undang Dasar, memutuskan perselisihan, kewenangan atau kompetensi antar lembaga (negara), memutuskan pembubaran partai politik (atas tuntutan yang sah) yang memutuskan perselisihan tentang hasil pemilihan umum.*

Rumusan-rumusan hasil pembahasan PAH I BP MPR tersebut selanjutnya diajukan dalam Sidang Tahunan MPR yang dilaksanakan pada 1 November sampai dengan 10 November 2001. Dalam Sidang Tahunan MPR 2001, rancangan Perubahan Ketiga UUD 1945 termasuk didalamnya rancangan BAB IX tentang Kekuasaan Kehakiman dibahas di Komisi A MPR.

Dalam pembahasan di Komisi A, tidak banyak dibahas soal sifat putusan MK. Bahkan, tidak ada yang mempersoalkan mengenai sifat putusan MK maupun keberadaannya sebagai lembaga peradilan yang mengadili perkara pada tingkat pertama dan terakhir. Hal yang banyak mengundang penegasan ialah terkait dengan keberadaan MK dalam struktur ketatanegaraan, apakah menjadi bagian MA atau berdiri sendiri. Selain itu, kewenangan-kewenangan MK juga mendapat perhatian, terutama apakah hanya menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar atau dapat pula menguji seluruh peraturan perundang-undangan.

Hasil pembahasan di Komisi A MPR dilaporkan ke Rapat Paripurna ke-6 MPR, 8 November 2001. Jacob Tobing menyampaikan Rancangan Perubahan Ketiga UUD 1945. Terkait dengan MK, rumusannya telah dikumpulkan ke

<sup>25</sup> *Ibid*, h, 534.

dalam Pasal 24C yang terdiri atas 6 (enam) ayat. Terkait dengan putusan MK, disebutkan dalam Pasal 24C ayat (1), yaitu:

*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil tentang hasil pemilihan umum.*

Rancangan tersebut kemudian dibawa ke Rapat Paripurna ke-7 MPR guna mendapatkan pandangan akhir dari fraksi-fraksi sebelum disahkan menjadi bagian dari Perubahan Ketiga UUD 1945. Secara umum, meskipun memberikan masukan, tetapi pada dasarnya pandangan akhir yang disampaikan fraksi-fraksi secara tegas menyepakati rumusan rancangan yang dilaporkan tersebut.

Akhirnya, pada Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tahun 2001, pembentukan MK disepakati dan secara resmi ditempatkan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di Indonesia, selain MA dan badan-badan peradilan dibawahnya. Rumusan Pasal 24C sebagaimana yang dilaporkan kemudian disahkan menjadi rumusan final. Jika dicermati, rumusan Pasal 24C ayat (1) memperlihatkan dengan jelas bahwa MK merupakan badan peradilan tingkat pertama dan terakhir, untuk mengadili perkara pengujian undang-undang, sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, pembubaran partai politik, dan perselisihan hasil pemilihan umum. Dengan demikian, dalam pelaksanaan kewenangannya, MK tidak mengenal adanya mekanisme banding dan kasasi.<sup>26</sup>

Berdasarkan telaah pembahasan dalam Perubahan Undang-Undang tersebut, gagasan mengenai sifat final Putusan MK sesungguhnya tidak terlepas dari kesepakatan untuk membentuk MK sebagai peradilan pada tingkat pertama dan terakhir. Artinya, disepakatinya MK sebagai peradilan pada tingkat pertama dan terakhir menimbulkan konsekuensi bahwa tidak ada mekanisme hukum di peradilan lain yang dapat membanding atau mengoreksi putusan tersebut. Karena itu, sebagaimana yang dikatakan Maruarar Siahaan, sifat putusan final dan mengikat MK, ukuran untuk menentukan apakah putusan satu peradilan telah bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum mengikat

<sup>26</sup> *Ibid*, h. 595.

adalah ada tidaknya badan yang berwenang secara hukum meninjau ulang (*review*) putusan pengadilan tersebut, serta ada tidaknya mekanisme dalam hukum acara tentang siapa dan bagaimana cara peninjauan ulang tersebut dilakukan.<sup>27</sup> Mengingat kewenangan MK itu merupakan atribusi konstitusi, tidak terdapat mekanisme dan peraturan hukum dibawahnya yang dapat menilai Putusan MK sebagai produk kewenangan.

Sebagai peradilan tunggal yang tidak membawahi peradilan manapun atau berada di bawah peradilan manapun, maka Putusan MK langsung memiliki kekuatan hukum mengikat dan tidak tersedia ruang upaya hukum lain. Dalam hal ini, ketiadaan ruang upaya hukum dimaksudkan agar MK melalui putusannya menyelesaikan persoalan dan memberikan kepastian hukum secara cepat sesuai prinsip peradilan yang cepat dan sederhana. Seandainya upaya hukum dibuka, sangat mungkin jadi Putusan MK akan dipersoalkan terus sehingga menimbulkan persoalan kepastian hukum. Padahal, MK mengadili persoalan-persoalan ketatanegaraan, yang membutuhkan kepastian hukum dan terikat dengan limitasi waktu terkait keberlangsungan agenda ketatanegaraan.

Ada semangat yang tersirat mengingat MK merupakan peradilan dengan kewenangan luar biasa besar, terlebih lagi mengadili perkara-perkara konstitusi, maka dibutuhkan peradilan yang sederhana dan cepat sehingga kepastian hukum dapat diwujudkan. Hal ini seperti yang dikemukakan Pataniari Siahaan bahwa MK adalah sidang pertama dan terakhir dan persidangannya tidak seperti persidangan dalam pengadilan yang biasa kita hadapi sehingga bisa diharapkan dalam sidang MK, semua masalah selesai dalam 1 (satu) kali sidang.

Menyadari kewenangan MK yang besar dengan putusan yang final dan mengikat, para pengubah UUD memberikan perhatian besar pada kehati-hatian dalam pengisian keanggotaan MK. Hal tampak dari kesimpulan yang dihasilkan dalam rapat lanjutan PAH I BP MPR pada pembahasan rancangan perubahan Bab IX UUD 1945 pada tanggal 10 Oktober 2001. Dalam poin ke-2 kesimpulan tersebut dinyatakan:<sup>28</sup>

*Keanggotaan MK disetujui untuk diisi oleh orang-orang yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, bersikap*

<sup>27</sup> Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, h. 275.

<sup>28</sup> *Ibid*, h. 560.

*sebagai negarawan yang menguasai konstitusi dan masalah-masalah ketatanegaraan, tidak merangkap dalam jabatan kenegaraan dan pemerintahan, serta memenuhi persyaratan lain yang ditentukan oleh undang-undang.*

Meskipun kemudian disepakati usulan yang menyatakan, *Mahkamah Konstitusi memiliki sembilan orang anggota, yang terdiri atas tiga orang yang diajukan oleh Presiden, tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat*<sup>29</sup>, persyaratan tersebut menjadi semangat utama yang dikedepankan, terlepas dari siapa orangnya, bagaimana, dan oleh siapa anggota-anggota atau hakim konstitusi tersebut berasal atau diusulkan.

### **3. Dasar Filsafat Putusan Pengadilan Memiliki Kekuatan Mengikat**

Filsafat hukum adalah cabang filsafat yang membicarakan apa hakekat hukum itu, apa tujuannya, mengapa dia ada dan mengapa orang harus tunduk kepada hukum. Filsafat hukum juga membahas soal-soal konkret mengenai hubungan antara hukum dan moral (etika) dan masalah keabsahan berbagai macam lembaga hukum. Filsafat hukum ialah merupakan ilmu yang mengkaji tentang hukum secara mendalam sampai kepada inti atau dasarnya yang disebut dengan hakikat.<sup>30</sup> Menurut Satjipto Raharjo, filsafat hukum mempersoalkan pertanyaan-pertanyaan yang bersifat dasar dari hukum. Pertanyaan-pertanyaan tentang hakikat hukum, tentang dasar-dasar bagi kekuatan mengikat dari hukum, merupakan contoh-contoh pertanyaan yang bersifat mendasar itu. Untuk lebih lanjutnya, dasar yang menunjukkan hukum itu mengikat dapat dilihat dari 4 (empat) teori sebagai berikut, yaitu:

- 1). Teori Teokrasi atau Teori Kedaulatan Tuhan
- 2). Teori Perjanjian Masyarakat atau Teori Kedaulatan Rakyat
- 3). Teori Kedaulatan Negara
- 4). Teori Kedaulatan Hukum

Dari teori-teori tersebut, dapat ditarik kesimpulan bahwa hukum ditinjau menggunakan teori apapun tetaplah menjadi entitas yang harus ditaati, baik karena hukum merupakan kesepakatan, kesadaran, maupun sebagai perintah yang memaksa untuk mengatur dan menciptakan ketertiban. Sejalan dengan hal tersebut, putusan pengadilan yang pada dasarnya merupakan hukum,

<sup>29</sup> *Ibid*, h, 585- 591.

<sup>30</sup> Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2002, h. 11.

bertujuan untuk menyelesaikan suatu persoalan atau sengketa dan menetapkan hak atau hukumnya. Para Pihak yang telah menyerahkan perkaranya pada pengadilan berarti menyerahkan dan mempercayakan sengketa kepada pengadilan untuk diperiksa, diadili, dan diputus. Konsekuensi yang timbul adalah pihak-pihak yang bersangkutan harus tunduk dan patuh pada putusan pengadilan. Putusan dijatuhkan pengadilan haruslah dihormati kedua belah pihak. Seluruh pihak tidak boleh melakukan tindakan yang melawan atau bertentangan dengan putusan.

Dengan kata lain, kekuatan mengikat putusan pengadilan dimaksudkan untuk menyelesaikan suatu persoalan atau sengketa dan menetapkan hak atau hukumnya. Manakala pihak yang bersangkutan menyerahkan dan mempercayakan sengketa kepada pengadilan atau hakim untuk diperiksa dan diadili, maka hal tersebut mengandung arti dan konsekuensi bahwa pihak-pihak yang bersangkutan akan tunduk dan patuh pada putusan yang dijatuhkan. Atas dasar itulah, putusan pengadilan yang telah dijatuhkan tersebut wajib untuk dihormati kedua belah pihak. Tidak boleh ada pihak yang kemudian bertindak bertentangan dengan putusan.

#### 4. Aspek Keadilan dalam Sifat Final Putusan MK

Putusan merupakan hakikat peradilan, inti dan tujuan dari segala kegiatan atau proses peradilan, memuat penyelesaian perkara yang sejak proses bermula telah membebani para pihak. Menurut Sudikno Mertokusumo putusan hakim adalah suatu pernyataan yang oleh hakim, sebagai pejabat negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan dipersidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau sengketa antara para pihak.<sup>31</sup>

Ada yang menyatakan bahwa ketentuan Putusan MK yang final tidak memberi kesempatan kepada *addresat* putusan untuk menempuh jalur hukum lain. Dengan kata lain, ketentuan tersebut mengandung ketidakadilan karena tidak terbuka ruang *me-review* kembali putusan tersebut. Padahal, sangat mungkin hakim melakukan kesalahan atau lalai dalam memutus sehingga putusan tidak tepat atau menimbulkan persoalan keadilan berikutnya. Untuk itu, jawaban terhadap problem keadilan dalam ketentuan sifat final Putusan MK pada dasarnya merupakan jawaban dari pertanyaan: *apakah*

<sup>31</sup> Irfan Fachrudin, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*, Bandung PT. Alumni, 2004, h. 227-228.

*landasan yang menopang sehingga putusan MK merupakan putusan tingkat pertama dan terakhir dan tidak dapat dilakukan upaya hukum apapun untuk membatalkannya?*

**Pertama**, Putusan final MK bukan hanya karena alasan MK merupakan satu-satunya lembaga atau institusi yang menjalankan kewenangannya, akan tetapi lebih dari itu, Putusan MK yang bersifat final tersebut dilekatkan pada hakikat kedudukan Konstitusi sebagai hukum tertinggi sehingga tidak ada hukum lain yang kedudukannya lebih tinggi darinya. Makna dari pernyataan tersebut, ketika suatu persoalan diperhadapkan kepada MK dan Konstitusi menjadi dasar pengujiannya, maka putusan terhadap persoalan tersebut mutlak bersifat final. Hal ini disebabkan, para pihak telah menempuh suatu upaya mencari keadilan dan jaminan terhadap hak-haknya dimana upaya tersebut ditautkan pada hukum yang memiliki derajat supremasi tertinggi sebagai dasar pengujiannya.

Jawaban terhadap persoalan hukum yang dihadapi oleh Para Pihak melalui upaya berperkara pada MK diberikan oleh suatu hukum dengan derajat tertinggi. Konstitusi sebagai hukum dengan derajat tertinggi memberikan jaminan kepada para pihak terhadap hak-haknya melalui sarana berperkara di MK, yang mana pemberian jaminan tersebut diselenggarakan oleh MK dalam suatu proses peradilan melalui hakim-hakimnya yang melakukan interpretasi terhadap Konstitusi yang diakhiri oleh suatu putusan sebagai putusan akhir. Pada konteks inilah sesungguhnya proses peradilan yang diselenggarakan di MK merupakan proses peradilan terakhir sebab penyelenggaraan peradilan di MK menggunakan tolok ukur Konstitusi.

Rasionalitas suatu proses peradilan dengan hukum tertinggi sebagai tolok ukurnya adalah putusan yang dijatuhkan peradilan tersebut adalah putusan tingkat terakhir. Sebab, tidak ada lagi proses peradilan dengan hukum yang lebih tinggi derajatnya sebagai acuan untuk menguji putusan tersebut. MK merupakan institusi yang menjalankan peradilan tingkat pertama dan tingkat terakhir yang merupakan konsekuensi logis dari eksistensi konstitusi sebagai hukum tertinggi.

**Kedua**, sifat final Putusan MK tidak lain merupakan upaya untuk menjaga dan melindungi wibawa peradilan konstitusional. Alasannya, jika peradilan Konstitusi mengakomodasi adanya upaya hukum, maka tidak ada bedanya

dengan peradilan umum. Pada peradilan umum biasanya perkara yang diajukan upaya hukum terhadap putusannya akan memakan waktu panjang sampai dengan kasus tersebut benar-benar tuntas (*inkracht*). Konsekuensinya antara lain, para pihak akan mengalami ketersanderaan, baik waktu, tenaga, maupun biaya, yang kesemuanya bertentangan dengan asas peradilan yang diselenggarakan secara cepat, sederhana, dan biaya ringan.

**Ketiga**, mengenai resiko Putusan MK yang mengandung kesalahan atau kekeliruan tidak mungkin ditiadakan meskipun dapat diminimalisir. Hal tersebut tidak terlepas dari fakta bahwa hakim konstitusi adalah manusia biasa yang secara kodrati memiliki kelemahan sehingga memungkinkan berlaku khilaf. Akan tetapi, terhadap hal tersebut, sebagaimana dikatakan Moh. Mahfud MD, Putusan MK haruslah tetap bersifat final karena, (1) pilihan vonis tergantung pada perspektif dan teori yang dipakai hakim; (2) *hukmul haakim yarfa'ul khilaaf*, yang berarti putusan hakim menyelesaikan perbedaan; dan (3) tidak ada alternatif yang lebih baik untuk menghilangkan sifat final.

Oleh karena itu, pemikiran perlunya memberi ruang upaya hukum lain bagi Putusan MK adalah sesuatu yang tidak dapat dibenarkan karena tidak memiliki landasan konstitusional. Sesuai dengan Undang-Undang Dasar, jangankan pihak lain, MK sendiri pun tidak diberi ruang kewenangan untuk meninjau kembali putusan yang telah dijatuhkan. Karenanya, kehendak untuk mengajukan upaya hukum lain terhadap Putusan MK berarti harus mengubah dulu ketentuan konstitusionalnya. Hal ini sejalan dengan pendapat Sri Soemantri Martosoewignjo yang menyatakan, apa pun alasannya, Putusan MK bersifat final dan mengikat. Tidak ada upaya hukum lain, termasuk upaya PK sekalipun. Kalau menginginkan Putusan MK dapat di PK, maka jalan satu-satunya adalah melakukan amendemen terhadap UUD 1945. Sebab, di dalam UUD 1945 itulah, dikatakan putusan MK ditentukan bersifat final.<sup>32</sup>

Lantas, bagaimana dengan ketidakadilan yang mungkin timbul dari penilaian atas Putusan MK, apakah dibiarkan? Aristoteles menyatakan bahwa kata adil mengandung lebih dari satu arti. Adil dapat berarti “menurut hukum”,

<sup>32</sup> Perlu dicermati bahwa putusan yang telah berkekuatan hukum mengikat belum tentu bersifat final. Sedangkan putusan yang bersifat final telah tertutup segala kemungkinan untuk menempuh upaya hukum dapat dipastikan telah mempunyai daya hukum yang mengikat (*inkracht van gewijdsse*). Misalnya, mengenai perkara pidana yang telah dijatuhkan sebuah putusan pada tingkat pertama di pengadilan negeri yang telah lebih dari jangka waktu 14 hari atau tidak dilakukannya upaya hukum banding oleh terpidana, maka putusan tersebut telah berkekuatan hukum mengikat. Namun, putusan tersebut tidak bersifat final karena ketika pada suatu hari ditemukan bukti baru (*novum*) yang menyatakan orang yang bersangkutan (terpidana) tidak terlibat dalam tindak pidana, maka yang bersangkutan dapat mengajukan Peninjauan Kembali (PK) atas putusan pengadilan tingkat pertama tersebut kepada MA. PK tersebut diajukan agar hakim mengoreksi putusan yang telah dijatuhkan pada tingkat pertama agar dijatuhkan putusan bahwa terpidana tersebut tidak bersalah.

dan “apa yang sebanding” atau “yang semestinya”. Maka dari itu, orang yang tidak menghiraukan hukum juga dapat dikatakan tidak adil, karena semua hal yang didasarkan kepada hukum sesungguhnya dapat dianggap sebagai adil.<sup>33</sup>

Berdasarkan uraian tersebut, Penulis menyatakan tidak ada persoalan pada aspek keadilan dalam ketentuan yang menyatakan bahwa Putusan MK bersifat final manakala sejak awal Para Pihak memahami sekurang-kurangnya 3 (tiga) hal di atas. Justru ketentuan sifat final tersebut turut menjamin terwujudnya lembaga peradilan MK sebagai pengawal konstitusi sebagaimana yang dikehendaki para pengubah UUD sekaligus mewujudkan hukum yang beresensi keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan dalam penyelesaian perkara-perkara konstitusional.

## KESIMPULAN

1. Berdasarkan penelusuran makna *original intent*, MK dikehendaki menjadi lembaga yang berwibawa mengawal konstitusi. Oleh karenanya, MK didesain sebagai peradilan tunggal, tidak membawahi peradilan manapun atau berada di bawah peradilan manapun. Dalam rangka mengawal dan melindungi Konstitusi, MK hanya tunduk pada ketentuan Konstitusi.
2. Ketentuan Putusan MK yang bersifat final dilekatkan pada hakikat kedudukan MK sebagai pengawal dan penjaga Konstitusi sebagai hukum tertinggi.
3. Tidak perlu ada persoalan aspek keadilan dalam sifat final Putusan MK manakala sejak awal Para Pihak memahami sekurang-kurangnya 3 (tiga) hal, yaitu (1) sifat final Putusan MK dilekatkan pada hakikat kedudukan Konstitusi sebagai hukum tertinggi; (2) sifat final Putusan MK merupakan upaya menjaga wibawa peradilan konstitusional; dan (3) Putusan MK final karena, (a) pilihan vonis tergantung pada perspektif dan teori yang dipakai hakim; (b) *hukmul haakim yarfa'ul khilaaf*, yang berarti putusan hakim menyelesaikan perbedaan; dan (c) tidak ada alternatif yang lebih baik untuk menghilangkan sifat final.
4. Ketentuan Putusan MK bersifat final justru menjamin terwujudnya lembaga MK sebagai pengawal konstitusi sebagaimana yang dikehendaki para pengubah UUD sekaligus mewujudkan putusan yang berkeadilan dalam penyelesaian

<sup>33</sup> Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok .....*, 2002, h.156

perkara-perkara konstitusional. Sifat final putusan MK merupakan upaya untuk menjaga wibawa peradilan konstitusional dan kepastian hukum yang adil.

5. Pertanyaan tentang aspek keadilan Putusan MK yang bersifat final tidak perlu muncul manakala figur hakim konstitusi benar-benar merupakan figur yang memenuhi persyaratan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 24C ayat (5) UUD 1945.

## DAFTAR PUSTAKA

- B. Arief Sidharta, 2000, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum, Sebuah Penelitian tentang Fundasi dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Bandung: Mandar Maju.
- Charles Sampford (Ed.), 1996, *Interpreting Constitutions Theories, Principles and Institutions*, Sydney: The Federation Press.
- Darji Darmodiharjo dan Shidarta, 2002, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Irfan Fachruddin, 2004, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*, Bandung: PT Alumni.
- Jimly Asshiddiqie, 2008, *Menegakkan Tiang Konstitusi, Memoar Lima Tahun Kepemimpinan Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., di Mahkamah Konstitusi 2003-2008*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Malik, 2009, *Telaah Makna Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi yang Final dan Mengikat*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi: Jurnal Konstitusi, Vol. 6 No. 1, April 2009.
- Maruarar Siahaan, 2006, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta Mahkamah Konstitusi RI.
- Satjipto Rahardjo, "Tidak Menjadi Tawanan Undang-undang", *Kompas*, 24 Mei 2000.
- Steven D. Smith, *That Old-Time Originalism*, University of San Diego School of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 08-028, 2008.
- Van Apeldoorn, 1990, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. XXIV, terjemahan Oetarid Sadino, Jakarta: Pradnya Paramita.

# Putusan Ultra Petita Mahkamah Konstitusi

Ach. Rubaie<sup>1</sup>, Nyoman Nurjaya<sup>2</sup>, Moh. Ridwan<sup>3</sup>, Istislam<sup>4</sup>

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## *Abstrak*

Dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan *ultra petita* adalah: (a) alasan filosofis dalam rangka menegakkan keadilan substantif dan keadilan konstitusional sebagaimana terkandung dalam UUD NRI 1945, (b) alasan teoritis berkaitan dengan kewenangan hakim untuk menggali, menemukan dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, apabila hukumnya tidak ada atau hukumnya tidak memadai lagi (*usang*), dan (c) alasan yuridis terkait dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 dan Pasal 45 ayat (1) UU No. 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, bahwa MK sebagai penyelenggara peradilan bertujuan menegakkan hukum dan keadilan sesuai alat bukti dan keyakinan hakim. Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *ultra petita* pada dasarnya dapat diterima, sepanjang terkait dengan pokok permohonan dan mendasarkan pada pertimbangan yang dapat dipertanggungjawabkan secara filosofis (yakni mengandung nilai-nilai keadilan, moral, etika, agama, asas, doktrin). Wewenang membuat putusan yang bersifat *ultra petita* bagi Mahkamah Konstitusi dapat saja diberikan apabila terjadi kekaburan norma hukum (*vague normen*) melalui metode penafsiran hukum, atau bilamana terjadi kekosongan hukum (*rechts-vacuum*) melalui metode penciptaan hukum (*rechtschepping*). Namun mengingat penafsiran hukum maupun penciptaan hukum bersifat sangat subyektif, maka dalam rangka mencegah terjadinya menyalahgunaan kekuasaan, kewenangan Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan *ultra petita*, seharusnya dibatasi oleh prinsip-prinsip negara hukum demokratis, prinsip-prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak, dan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik.

**Kata kunci:** Putusan Ultra Petita, Negara Hukum, Mahkamah Konstitusi

<sup>1</sup> Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang Tahun 2013.

<sup>2</sup> Promotor dan Guru Besar Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.

<sup>3</sup> Ko-promotor dan Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.

<sup>4</sup> Ko-promotor dan Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.

### **Abstract**

*Basic considerations of the Constitutional Court made ultra petita verdict was: (a) philosophical reasons in order to enforce substantive justice and constitutional justice as embodied in the Constitution NRI 1945, (b) theoretical grounds related to the authority of the judge to explore, discover and follow the legal values that live in the community, if the law does not exist or insufficient legal anymore (outdated), and (c) juridical reasons relating to the provision of Article 24 paragraph (1) NRI 1945 Constitution and Article 45 paragraph (1) of Law no. 24 year 2003 on the Constitutional Court, that Court as organizers aim to enforce the judicial justice according to law and the evidence and the judge's conviction. The verdict the Constitutional Court which is ultra petita basically acceptable, all associated to the subject of the request and based on considerations which can be accounted for philosophical (ie, contains the values of justice, morality, ethics, religion, principle, doctrine). The authority to make ultra petita verdict for the Constitutional Court can only be given if there is vagueness of legal norms (vague normen) through the method of interpretation of the law, or if a legal vacuum (rechts-vacuum) through the creation of legal methods (rechtschepping). But considering the legal interpretation and legal formation are highly subjective, hence in order to prevent abuse of power, the Constitutional Court issued a verdict ultra petita, should be limited by the principles of a democratic state of law, the principles of fair trial and impartial, and general principles of good governance.*

**Keyword:** *Ultra Petita, Rule of Law, Constitutional Court of Indonesia Republic*

## **PENDAHULUAN**

Gerakan reformasi yang memperoleh dukungan luas dari segenap elemen bangsa, di antaranya mahasiswa, pemuda, dan segenap komponen bangsa lainnya, telah berhasil memaksa Presiden Soeharto untuk menyatakan mengundurkan diri dari jabatannya tepatnya pada tanggal 21 Mei 1998. Berhentinya Presiden Soeharto di tengah krisis ekonomi dan moneter yang sangat memberatkan kehidupan masyarakat Indonesia menjadi awal dimulainya era reformasi di tanah air.<sup>5</sup>

Pada awal era reformasi, berkembang dan populer di masyarakat adanya tuntutan reformasi yang didesakkan oleh berbagai komponen bangsa, termasuk mahasiswa dan pemuda, antara lain sebagai berikut:

### **1. Amandemen Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.**

<sup>5</sup> Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Pemsyarakatan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta, 2002, h. 5.

2. *Penghapusan doktrin dwi fungsi Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (ABRI).*
3. *Penegakan supremasi hukum, penghormatan hak asasi manusia (HAM), serta pemberantasan Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (KKN).*
4. *Desentralisasi dan hubungan yang adil antara pusat dan daerah (otonomi daerah).*
5. *Mewujudkan kebebasan pers, dan*
6. *Mewujudkan kehidupan demokrasi.*<sup>6</sup>

Tuntutan amandemen atau perubahan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, selanjutnya disingkat UUD NRI 1945, pada era reformasi tersebut merupakan suatu langkah terobosan yang fundamental, karena pada era sebelumnya tidak dikehendaki adanya perubahan terhadap UUD NRI 1945. Dalam perkembangannya, tuntutan amandemen atau perubahan UUD NRI 1945 pada akhirnya menjadi kebutuhan bersama bangsa Indonesia. Selanjutnya, tuntutan itu diwujudkan secara komprehensif, bertahap, dan sistematis dalam empat kali perubahan UUD NRI 1945 melalui mekanisme empat kali sidang Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) sejak tahun 1999 sampai dengan tahun 2002.<sup>7</sup>

Seiring dengan momentum perubahan UUD NRI 1945 pada masa reformasi, gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia semakin menguat. Puncaknya terjadi pada tahun 2002 ketika gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi dimasukkan dalam perubahan UUD NRI 1945 yang dilakukan oleh MPR sebagaimana dirumuskan dalam ketentuan Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 dalam Perubahan Ketiga.<sup>8</sup> Di dalam Pasal 24 ayat (2) Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 yang ditetapkan MPR pada 9 November 2001, menambahkan lembaga pelaksanaan kekuasaan kehakiman baru, yakni Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disingkat MK).

Berkaitan dengan keberadaan MK sebagai lembaga peradilan baru, selengkapnya dirumuskan pada ketentuan Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 sebagai berikut: *“Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum,*

<sup>6</sup> *Ibid.* h. 6.

<sup>7</sup> *Ibid.* h. 6-7. Perubahan Pertama sebanyak 9 (sembilan) pasal, ditetapkan Majelis Permusyawaratan Rakyat (disingkat MPR) pada tanggal 19 Oktober 1999, Perubahan Kedua sebanyak 37 (tiga puluh tujuh) pasal, ditetapkan MPR pada 18 Agustus 2000, Perubahan Ketiga sebanyak 23 (dua puluh tiga) pasal, ditetapkan MPR pada tanggal 9 Nopember 2001, dan Perubahan Keempat sebanyak 18 (delapan belas) pasal, ditetapkan MPR pada tanggal 10 Agustus 2002.

<sup>8</sup> Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, *Profil Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Cetakan Pertama, Jakarta Oktober 2010, h. 3.

*lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah **Mahkamah Konstitusi***<sup>9</sup> (kursip, huruf tebal penulis).

Untuk merinci dan menindaklanjuti amanat Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 tersebut, Pemerintah bersama Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) membahas Rancangan Undang Undang (RUU) tentang Mahkamah Konstitusi. Setelah pembahasan dilakukan dengan mekanisme konstitusional dalam beberapa waktu lamanya, akhirnya RUU tentang Mahkamah Konstitusi tersebut disetujui bersama oleh Pemerintah dan DPR, dan kemudian disahkan dalam Sidang Paripurna pada tanggal 13 Agustus 2003. Pada hari dan tanggal itu juga, undang-undang tentang Mahkamah Konstitusi ini ditandatangani oleh Presiden Megawati Soekarno Putri dan diberi nomor Undang Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dimuat dalam Lembaran Negara Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4316.

Lebih lanjut, apabila diperhatikan ketentuan Pasal 24 ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945, yang dirumuskan bahwa: *“kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”*, maka berdasarkan ketentuan tersebut, dapat diketahui bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka, dengan tugas utama menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Dengan demikian, tugas utama dari MK, tidak saja menegakkan hukum, tapi juga menegakkan keadilan.<sup>10</sup>

Lebih jauh, jika dicermati secara seksama ketentuan Pasal 24 C ayat (1) dan (2) UUD NRI Tahun 1945, diketahui bahwa MK memiliki 4 (empat) kewenangan konstitusional (*constitutional authorities*) dan satu kewajiban konstitusional (*constitutional obligation*). Keempat kewenangan konstitusional tersebut adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final:

- (1) *menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar;*
- (2) *memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar;*
- (3) *memutus pembubaran partai politik; dan*
- (4) *memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.*

<sup>9</sup> Dikutip dari ketentuan Pasal 24 UUD NRI 1945 setelah amendemen.

<sup>10</sup> Secara konstitusional, menurut hemat penulis, tujuan peradilan Indonesia, yaitu menegakkan hukum dan keadilan, adalah ibarat dua sisi mata uang, dapat dibedakan tetapi tidak dapat dipisahkan satu sama lain, karena keduanya merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan.

Satu kewajiban konstitusional yang dimaksud adalah memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Dalam usianya menginjak 10 (sepuluh) tahun, haruslah diakui bahwa kehadiran dan eksistensi Mahkamah Konstitusi sejak tahun 2003 telah banyak memberikan sumbangan bagi penyehatan sistem ketatanegaraan RI, atau Mahkamah Konstitusi telah mempengaruhi perkembangan hukum dan sistem hukum di Indonesia. Kehadiran Mahkamah Konstitusi boleh dikatakan telah “menggoncang” dunia hukum dan peradilan di Indonesia, menerobos berbagai kemapanan yang sudah jumud, menjadi terasa lebih dinamis.<sup>11</sup>

Pada posisi demikian, Mahkamah Konstitusi melahirkan putusan-putusan yang mendobrak kebekuan hukum dengan membawa paradigma baru keadilan substantif yang terkadang meminggirkan dominasi penafsiran hukum lama, bahkan dalam beberapa perkara menyimpangi asas-asas hukum yang selama ini ini dipegang teguh oleh para yuris. Putusan-putusan yang lahir dari progresivitas Mahkamah Konstitusi dalam mendukung upaya tegaknya konstitusi, demokrasi dan nilai-nilai keadilan substantif telah tersebar dalam berbagai putusan Mahkamah Konstitusi, baik dalam perkara *judicial review* maupun putusan yang terkait dengan Perselisihan Hasil Pemilihan Umum (PHPU),<sup>12</sup> termasuk dalam hal ini adalah Putusan Sengketa Hasil Pemilihan Kepala Daerah (PSH Pemilukada).

Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi sering mengejutkan semua pihak, dan putusan-putusan tersebut tidak jarang menjadi polemik dan perdebatan di antara praktisi maupun teoritis hukum. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi tidak jarang mengejutkan semua pihak, sehingga sering mengundang tanya dan setengah keheranan, mengingat lembaga negara ini hanya dihuni dan diemban oleh 9 (sembilan) orang hakim, akan tetapi putusannya dapat menggugurkan sebuah produk undang-undang yang dibentuk oleh 560 (lima ratus enam puluh) anggota DPR yang telah dipilih melalui mekanisme demokrasi sebagai representasi rakyat yakni pemilihan umum.

Salah satu terobosan hukum Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusannya terletak pada keberaniannya dalam membuat putusan yang tidak jarang mengesampingkan asas dan norma hukum positif yang berlaku. Putusan-

<sup>11</sup> A. Mukhtie Fadjar, “Mahkamah Konstitusi dan perkembangan Hukum di Indonesia”, Orasi Ilmiah Dalam Rangka Dies Natalis Universitas Brawijaya Malang ke- 47, 20 Februari 2010, h. 1.

<sup>12</sup> A. Mukhtie Fadjar, *Ibid*, h. 1.

putusan Mahkamah Konstitusi sering keluar dari “*frame*” hukum positif yang sudah mapan. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi lebih mempertimbangkan aspek kemanfaatan dan keadilan dari pada aspek kepastian hukumnya, antara lain dengan mengeluarkan putusan yang bersifat *ultra petita*, yaitu putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi permohonan pemohon.

Berdasarkan uraian pada latar belakang permasalahan di atas, kontroversi atau perdebatan terhadap putusan *ultra petita* Mahkamah Konstitusi, menimbulkan beberapa pertanyaan penting, antara lain; apakah dapat dibenarkan MK mengeluarkan putusan *ultra petita*, apa dasar pertimbangan dikeluarkan putusan *ultra petita* tersebut? Adakah batas-batas kewenangan MK dalam mengeluarkan putusan *ultra petita*? Dan apakah dalam pelaksanaannya untuk menghindari penyalahgunaan wewenang, diperlukan pembatasan-pembatasan? Atas pertanyaan-pertanyaan tersebut, menurut hemat penulis, secara akademik perlu dilakukan kajian secara mendalam dan menyeluruh, baik secara filosofis, teoritis maupun yuridis dalam bentuk penelitian disertasi, dengan tema sentral mengenai “Putusan Ultra Petita Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia”.

Berdasarkan uraian pada latar belakang permasalahan di atas, diangkat dua isu hukum atau permasalahan pokok sebagai berikut: (1) Apa dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan bersifat *ultra petita*? (2) Adakah batas-batas kewenangan Mahkamah konstitusi dalam mengeluarkan putusan bersifat *ultra petita*?

## METODE PENELITIAN

Penelitian disertasi ini merupakan penelitian hukum normatif, yaitu penelitian hukum yang menitikberatkan pada telaah atau kajian hukum positif. Sesuai dengan karakter keilmuan hukum normatif, maka telaah hukum positif tersebut meliputi telaah dogmatika hukum, telaah teori hukum, dan telaah filsafat hukum.

Pada tataran dogmatika hukum titik-berat dilakukan terhadap identifikasi beberapa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi, sedangkan pada tataran teori hukum dilakukan telaah terhadap teori-teori yang dapat digunakan untuk menganalisis kewenangan Mahkamah Konstitusi, terutama yang berkaitan dengan kewenangan mengeluarkan putusan bersifat *ultra petita*. Dari segi filsafat hukum pengkajiannya dititikberatkan pada relevansi keberadaan penggunaan kewenangan Mahkamah Konstitusi

mengeluarkan putusan bersifat *ultra petita*, sebagai penyelenggara peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, dalam konteks dan spektrum yang luas dikaitkan dengan dianutnya prinsip-prinsip negara hukum demokratis dalam UUD NRI 1945.

Analisis yang digunakan dalam penelitian disertasi ini adalah analisis yuridis kualitatif, yaitu analisis yang mendasarkan atau bertumpu pada penalaran hukum (*legal reasoning*), interpretasi hukum (*legal interpretation*), dan argumentasi hukum (*legal argumentation*) secara runtut dan runtun, dengan ciri-ciri: (a) positivitas, mengandung maksud bahwa hukum harus memiliki otoritas, merupakan produk yang dihasilkan oleh lembaga yang berwenang, dan memiliki keberlakuan secara umum; (b) koherensi, hukum merupakan tata perilaku yang utuh, hukum harus dilihat dalam keterkaitannya dengan aspek-aspek yang lain sebagai tatanan kehidupan masyarakat dalam sebuah sistem; (c) keadilan, hukum mengandung nilai-nilai filosofis yang digunakan untuk mengatur hubungan antar manusia secara tepat.<sup>13</sup> Penggunaan teknik analisis yuridis kualitatif yang demikian diharapkan dapat menjelaskan permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian disertasi ini secara mendalam dan memadai.

## PEMBAHASAN

### 1. Dasar Pertimbangan Mahkamah Konstitusi Memutus *Ultra Petita*

Mencermati beberapa putusan Mahkamah Konstitusi, antara lain pada Putusan Pemiluka Provinsi Jawa Timur Tahun 2008 dan Putusan Pemilukada Kabupaten Bengkulu Selatan tahun 2008 serta putusan pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945, dalam hal ini putusan terhadap Pengujian Undang-Undang No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial *juncto* Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, diperoleh beberapa pertimbangan yang melatarbelakangi putusan tersebut, yaitu: (1) dalam rangka menegakkan keadilan substantif dan keadilan konstitusional, yakni rasa keadilan masyarakat/permohonan keadilan (*ex aequo et bono*); (2) undang-undang yang diminta diuji merupakan “jantungnya” undang-undang, dalam arti sebagai akibat pengujian itu, maka berakibat seluruh pasal dalam undang-undang tersebut tidak dapat dilaksanakan; (3) mempertimbangkan kepentingan umum yang menghendaki hakim tidak boleh terpasung pada

<sup>13</sup> Jazim Hamidi, “Makna dan Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia”, *Disertasi Program Pascasarjana*, Bandung: Universitas Padjjajaran, 2005, h. 29.

permohonan (*petitum*); (4) pengujian undang-undang menyangkut kepentingan umum akibat hukumnya bersifat *erga omnes* atau hukumnya tidak jelas.

Berdasarkan identifikasi pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang dipergunakan sebagai dasar pengambilan keputusan yang bersifat *ultra petita* dalam kasus-kasus tersebut di atas, dapat disederhanakan setidaknya-tidaknya terdapat 3 (tiga) dasar pertimbangan pokok. Untuk memperoleh kejelasan mengenai 3 (tiga) dasar pertimbangan putusan *ultra petita* tersebut diuraikan di dalam penjelasan berikut di bawah ini.

### 1.1. Dasar Pertimbangan Filosofis

Dasar pertimbangan filosofis ini teridentifikasi dengan dimasukkannya permohonan *subsidiar* yang berbunyi: “Apabila pengadilan berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*)”. Manakala pemohon mengajukan permohonan demi keadilan atau putusan seadil-adilnya, maka secara hukum dapat dianggap pemohon mengajukan kepada MK untuk mengabulkan hal yang tidak diminta atau melampaui permohonan pemohon. Sebagaimana diketahui bahwa secara filosofis tujuan hukum adalah untuk keadilan, di samping kepastian dan kemanfaatan, oleh karena itu hukum harus benar-benar mencerminkan tujuan filosofis tersebut, baik melalui undang-undang maupun pelaksanaan undang-undang.

Di Indonesia, keadilan merupakan hak konstitusional warga negara, hal ini tercermin di dalam ketentuan Pasal 28D ayat (1) UUD NRI 1945 yang dirumuskan, “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.” Sehubungan dengan hal ini, maka keadilan selalu berada dalam garis depan dalam setiap perjuangan menegakkan hak-hak masyarakat maupun dalam konteks penegakan hukum. Keadilan selalu menjadi simbol perjuangan rakyat ketika berhadapan dengan penguasa yang dianggap telah melakukan perampasan hak-hak normatif masyarakat.

Keadilan merupakan istilah yang lazim dipergunakan dalam hubungan antara rakyat dan pemerintah.<sup>14</sup> Plato mengemukakan bahwa : “keadilan sebenarnya merupakan masalah “kesenangan” (*convenience*) yang berbeda-beda atau bahkan saling bertentangan antara satu orang dengan

<sup>14</sup> Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu, 1987.

orang lainnya, akhirnya keadilan hanyalah suatu bentuk kompromi.<sup>15</sup> Bagi Plato keadilan adalah kebijakan yang mengandung keselarasan dan keseimbangan yang tidak dapat diketahui atau dijelaskan dengan argumentasi rasional. Selanjutnya Plato membagi kebijakan sebagai berikut: a) kebijaksanaan atau kearifan; b) keberanian atau keteguhan hati; c) kedisiplinan; serta keadilan.<sup>16</sup> Kebijakan merupakan unsur yang sangat perlu dipertimbangkan oleh hakim apabila dirinya dihadapkan kasus hukum yang harus diselesaikan.

Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *ultra petita* dalam putusan sengketa hasil pemilihan umum Kepala Daerah Provinsi Jawa Timur, nampaknya merupakan bukti dipergunakannya dasar pertimbangan rasa keadilan (keadilan substantif) terhadap masyarakat sebagai pemohon. Pertimbangan ini didasarkan atas fakta hukum bahwa proses pemilihan Kepala Daerah Provinsi Jawa Timur 2008 tersebut terbukti secara sah dan meyakinkan di hadapan mahkamah telah terjadi pelanggaran yang sistematis, terstruktur dan massif, yang mempengaruhi peroleh suara pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur.

Selanjutnya J. Bentham, John Stuart Mill, dan David Hume mengajarkan bahwa kebahagiaan (*happiness*) sebagai tujuan hukum merupakan prinsip untuk mengukur keadilan hukum. Keberadaan kelembagaan negara, termasuk institusi sosial, dan institusi hukum harus diukur dari segi kemanfaatannya, unsur manfaat menjadi ukuran atau kriteria bagi seseorang untuk mentaati hukum. Selanjutnya John Stuart Mill menyatakan: "...and the test of what laws there ought to be, and what laws ought to be, was utility."<sup>17</sup> Suatu peraturan perundang-undangan hanya dapat dilaksanakan dengan baik apabila bersifat adil. Keadilan bukan hanya sekedar tuntutan moral, melainkan secara faktual mencirikan hukum.<sup>18</sup> Keadilan yang dimaksud bukan hanya keadilan hukum atau *legal justice*, tetapi juga keadilan sosial atau *social justice*.

Dipergunakannya dasar pertimbangan keadilan sebagai unsur filosofis, antara lain terlihat dalam konsideran/menimbang dalam putusan sengketa Pemilihan Kepala Daerah Propinsi Jawa Timur, yang

<sup>15</sup> *Ibid*, h. 92

<sup>16</sup> Sudarsono, *Ilmu Filsafat suatu Pengantar*, Jakarta: Rineka Cipta, 2001, h. 271

<sup>17</sup> *Ibid*.

<sup>18</sup> Bambang Sunggono dan Aries Harianto, *Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Bandung: Mandar Maju, 2001, h. 93

dirumuskan: “Mahkamah untuk memutus *ex aequo et bono* yang diartikan sebagai permohonan kepada hakim untuk menjatuhkan putusan yang seadil-adilnya apabila hakim mempunyai pendapat lain daripada yang diminta dalam petitum. Sebagaimana pernah ditulis oleh Gustav Radbruch bahwa: “*Preference should be given to the rule of positive law, supported as it is by due enactment and state power, even when the rule is unjust and contrary to the general welfare, unless, the violation of justice reaches so intolerable a degree that the rule becomes in effect “lawless law” and must therefore field to justice.*”<sup>19</sup> (preferensi atau acuan yang diberikan oleh hukum positif atau peraturan perundang-undangan, yang didukung pelaksanaannya oleh kekuasaan negara, namun dalam pelaksanaannya tidak adil dan bahkan bertolak belakang dengan kesejahteraan umum, bahkan mencederai keadilan dalam batas yang tidak dapat ditoleransi, sehingga peraturan hukum atau peraturan perundang-undangan tersebut menjadi tidak berdaya, maka dimensi keadilanlah yang harus diutamakan, terjemahan bebas penulis).

Mengingat sifatnya sebagai peradilan konstitusi, Mahkamah Konstitusi tidak boleh membiarkan aturan-aturan keadilan prosedural (*procedural justice*) memasung dan mengesampingkan keadilan substantif (*substantive justice*), karena fakta-fakta hukum sebagaimana telah diuraikan dalam alat bukti, telah nyata merupakan pelanggaran konstitusi, khususnya Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 yang mengharuskan Pemilihan Kepala Daerah dilakukan secara demokratis, dan tidak melanggar asas-asas pemilihan umum yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 22E ayat (1) UUD 1945.

Selanjutnya dalam konsideran dinyatakan bahwa, satu prinsip hukum dan keadilan yang dianut secara universal menyatakan bahwa “tidak seorang pun boleh diuntungkan oleh penyimpangan dan pelanggaran yang dilakukannya sendiri dan tidak seorang pun boleh dirugikan oleh penyimpangan dan pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain” (*nullus/nemo commodum capere potest de injuria sua propria*). Mahkamah tidak boleh membiarkan aturan-aturan keadilan prosedural (*procedural justice*) memasung dan mengesampingkan keadilan substantif (*substantive justice*).<sup>20</sup>

<sup>19</sup> G. Radbruch, “Rechtsphilosophie”, *Fuller’s translation of formula in Journal of Legal Education 4th ed.* page 353, h. 181.

<sup>20</sup> Bab Menimbang Putusan Mahkamah Konstitusi dalam sengketa Pemilihan Kepala Daerah Propinsi Jawa Timur 2008.

Pertimbangan keadilan ini nampaknya didasarkan pada ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang dirumuskan: "Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan", dan juga memperhatikan ketentuan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, yang dirumuskan: "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum."

Selanjutnya substansi ketentuan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tersebut dituangkan kembali ke dalam Pasal 45 ayat (1) Undang Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang dirumuskan: "Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim". Mahkamah menyatakan bahwa peradilan menurut UUD 1945 harus menganut secara seimbang asas keadilan, asas kepastian hukum, dan asas manfaat, sehingga Mahkamah tidak dapat dipasung hanya oleh bunyi undang-undang melainkan juga harus menggali rasa keadilan dengan tetap berpedoman pada makna substantif undang-undang itu sendiri.

Lebih lanjut, jika diperhatikan pertimbangan hukum putusan Mahkamah Konstitusi untuk sampai pada putusan memerintahkan KPU Kabupaten Bengkulu Selatan tahun 2008 untuk menyelenggarakan pemungutan suara ulang, meskipun tidak diminta oleh pemohon, karena berdasarkan fakta-fakta hukum telah terbukti secara sah dan meyakinkan KPU Kabupaten Bengkulu Selatan dan Panwaslu Kabupaten Bengkulu Selatan telah melalaikan tugas, yakni tidak pernah memproses secara sungguh-sungguh laporan-laporan yang diterima tentang latar belakang dan tidak terpenuhinya syarat Pihak Terkait yaitu H. Dirwan Mahmud, sehingga Pemilukada berjalan dengan cacat hukum sejak awal. Kelalaian tersebut menyebabkan seharusnya Pihak Terkait tidak berhak ikut, dan karenanya keikutsertaannya sejak semula adalah batal demi hukum (*void ab initio*). Di samping itu, Mahkamah berpendapat bahwa apabila sejak awal Pihak Terkait, H. Dirwan Mahmud tidak menjadi peserta dalam Pemilukada sudah pasti konfigurasi perolehan suara masing-masing pasangan calon akan berbeda dengan yang diperoleh pada Pemilukada Putaran I maupun Putaran II.

Dalam konklusinya, Mahkamah berpendapat dilakukannya Pemungutan suara ulang dimaksudkan untuk mengawal konstitusi dan mengawal pemilukada yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil sebagai pelaksanaan demokrasi sebagaimana diamanatkan Pasal 18 ayat (4) dan Pasal 22E ayat (1) UUD NRI Tahun 1945.

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah berpendapat bahwa sebagai pengawal konstitusi, maka acuan utama penegakan hukum di Mahkamah adalah tegaknya prinsip kehidupan bernegara berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945. Selain itu, Mahkamah juga pernah memutuskan bahwa dalam mengawal konstitusi, Mahkamah tidak dapat membiarkan dirinya dipasung oleh keadilan prosedural (*procedural justice*) semata-mata, melainkan juga keadilan substansial. Salah satu landasan penting dari sikap ini adalah ketentuan Pasal 45 ayat (1) UU MK yang menyatakan bahwa Mahkamah memutus perkara berdasarkan UUD NRI Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim. Makna keyakinan hakim adalah keyakinan hakim berdasarkan alat bukti (*vide* Penjelasan Pasal 45 ayat (1) UU MK).

## 1.2. Dasar Pertimbangan Teoritis

Dalam keilmuan hukum, dua pengaruh tradisi *Civil Law System* dan *common Law System* merupakan fenomena yang tidak dapat dipungkiri lagi, bahkan secara jujur harus diakui kedua sistem hukum ini cukup aktif dan efektif mempengaruhi perkembangan sistem hukum bagi hampir semua negara di dunia ini. *Civil Law System* merupakan tradisi hukum yang dikembangkan di kawasan negara-negara Eropa Kontinental, sedangkan *Common Law System* merupakan tradisi hukum yang dikembangkan di negara-negara *Anglo Saxon*.

Pada tradisi keilmuan hukum *Continental Law System*, pengembangan hukumnya dilakukan melalui tradisi pembentukan produk peraturan perundangan formal, yang dibentuk secara formal oleh badan legislatif. Tradisi pembentukan undang-undang demikian didasarkan asas legalitas yang mengedepankan kepastian hukum, yang disandarkan pada hukum positif. Pada tradisi *Civil Law System* berusaha secara maksimal semua permasalahan diatur dengan undang-undang, sehingga di awal perkembangannya hukum disejajarkan dengan undang-undang, keabsahan

hukum disamakan dengan keabsahan undang-undang (*rechtmatigheid* sama dengan *wetmatigeheid*).

Dalam kaitannya dengan tradisi *Civil Law System* ini, Bagir Manan menyatakan, bahwa pada negara-negara yang berada dalam *Sistem Eropa Kontinental* selalu berusaha untuk menyusun hukum-hukumnya dalam bentuk tertulis, bahkan dalam suatu sistematika yang diupayakan selengkap mungkin dalam sebuah kitab undang undang (kodifikasi).<sup>21</sup> Pensistematisasian hukum dalam undang-undang ini selanjutnya dikenal dengan istilah kodifikasi hukum. Sistematisasi hukum yang demikian memang sangat dimungkinkan, sebab kondisi sosial kemasyarakatannya cenderung homogen, sehingga memudahkan dalam pengaturan, pentaatan, dan penegakan hukumnya.

Dalam perkembangannya, tradisi *Continental Law System* yang mengutamakan undang-undang sebagai satu-satunya sumber hukum, lambat laun juga mengakui keberadaan hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*), sebagaimana yang dikembangkan di *Common Law System* di kawasan *Anglo Saxon System*. Hal ini diungkapkan oleh Sirajuddin, dengan alasan karena terdesak oleh kebutuhan-kebutuhan yang berkembang, sementara penerapan hukum oleh hakim semakin jauh dari nilai-nilai keadilan, maka yurisprudensi dipergunakan untuk mengatasi kelemahan-kelemahan dalam peraturan perundang-undangan.<sup>22</sup>

Menurut paradigma positivisme, hukum positif merupakan aturan yang tertulis di dalam sebuah undang-undang atau peraturan perundangan formal lainnya. Hukum dipahami sebagai "*law as what written in the book*" (dan tidak pernah dipahami sebagai sebuah gejala yang hidup di dalam masyarakat). Hukum merupakan penetapan kaitan-kaitan logis antara kaidah-kaidah dan antara bagian-bagian yang ada dalam hukum. Setiap istilah yang dipakai selalu didefinisikan secara tegas,<sup>23</sup> dan mudah dipahami oleh masyarakat sebagai *stakeholder*.

Sistem hukum Indonesia sendiri sebagai negara jajahan Belanda, tentunya pengaruh *civil law system* tidak dapat dihindarkan, sebab Belanda berusaha menanam Mahkamah Konstitusi budayanya dalam rangka

<sup>21</sup> Bagir Manan, *Dasar Dasar Perundang-undangan Indonesia*, Jakarta: IN-HILL-Co, 1992, h. 6.

<sup>22</sup> Sirajuddin et.al, *Legislatif Drafting Dalam Pembentukan Peraturan Perundangan*, Malang: Yappika, 2006, h.6.

<sup>23</sup> Yulius Stone dalam Esmi Warasih, *Pranata Hukum Sebagai Telaah Sosiologi*, Semarang: Suryandaru Utama, 2005, h.2.

memperkuat kekuasaannya, termasuk di Indonesia, dan salah satunya melalui sistem hukum negaranya. Oleh karena itu, tidak mengherankan apabila sebagian ahli hukum di Indonesia memiliki persepsi yang berbeda terhadap hukum itu sendiri, tidak sedikit yang masih menempatkan hukum sebagai undang-undang, meskipun juga tidak sedikit yang berusaha keluar dari *frame* undang-undang dalam melihat hukum, termasuk di dalamnya *the living law*.

Secara interpretatif, ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman bukankah merupakan pintu masuk bagi penggunaan *Common Law System* di Indonesia, mengingat ketentuan pasal tersebut sebagai dasar atau landasan yuridis bagi penggunaan hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*). Secara jujur harus diakui bahwa Indonesia tidak lagi sebagai negara penganut *Continental System* secara murni yang mengagungkan undang-undang sebagai sandaran keabsahan hukum sebuah perbuatan. Indonesia merupakan negara penganut *Mix Legal System*, sebab di samping berlaku hukum negara (*state law*) atau hukum undang-undang (*statute law*), juga berlaku hukum agama (*religious law*), hukum adat (*adat law*), dan juga hukum kebiasaan (*customary law*). Bahkan dalam beberapa kasus, hukum adat dan hukum kebiasaan, sebagai hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*) ini sering mengesampingkan berlakunya hukum undang-undang (*state law*).

Ketidakmampuan hukum positif memenuhi tuntutan kebutuhan hukum masyarakat yang disebabkan oleh sifatnya yang kaku, formal, dan tertutup menyebabkan tidak luasnya penerap hukum (hakim) dalam menjalankan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Ketidakmampuan hukum positif yang demikian menyebabkan sebagian dari kalangan akademisi, dan praktisi mencoba mendekati diri pada aliran hukum yang lain, yaitu hukum empiris. Bahkan tidak sedikit yang merasa menemukan dunia hukum yang sebenarnya pada aliran hukum ini. Oliver Wendel Holmes yang berpendapat bahwa seorang ahli hukum harus memahami bahwa gejala kehidupan sebagai suatu yang realistik, hukum tidak selamanya netral atau bebas nilai (*free value*). Hukum memiliki keterkaitan dengan unsur-unsur lain, tidak steril dari unsur-unsur non hukum, termasuk situasi dan kondisi di mana hukum tersebut berlaku.

Berdasarkan paparan di atas, maka dasar pemikiran Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara yang bersifat *ultra petita* sementara ini tentunya dapat diterima. Putusan *ultra petita* yang diambil oleh Mahkamah Konstitusi, khususnya dalam sengketa pemilihan kepala daerah Provinsi Jawa Timur semata-mata untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat, kemanfaatan dan kepastian hukum.

Secara teoritis diakui berlakunya asas bahwa pengadilan tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukumnya tidak atau belum mengatur, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Di samping itu, hakim wajib menggali, menemukan dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Prinsip ini tercantum di dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

### 1.3. Dasar Pertimbangan Yuridis

Sebagaimana diketahui bahwa dalam ajaran *trias politica*, kekuasaan negara dibagi ke dalam 3 (tiga) kekuasaan yang terpisah, yaitu kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, dan kekuasaan yudisial, dengan mekanisme *checks and balances*. Tujuan pembagian kekuasaan ini dimaksudkan untuk menghindarkan terjadinya penumpukan kekuasaan negara yang dapat melahirkan pemerintahan absolutisme, yang menurut Lord Acton, *power tends to corrupt, but the absolutely power absolutely corrupts*<sup>24</sup>.

Di dalam negara hukum, setiap pembentukan organ atau lembaga negara selalu disertai dengan kewenangan yang diatur di dalam perundang-undangan. Hal ini dimaksudkan untuk menentukan ruang lingkup kewenangan, dasar penggunaan kewenangan, serta batas-batas kewenangan dari lembaga atau organ negara yang bersangkutan. Pengaturan demikian sekaligus dimaksudkan untuk memberikan dasar legalitas penggunaan wewenang dari organ negara yang bersangkutan, sehingga setiap penggunaan kewenangan dapat dikontrol penggunaannya serta terjamin akuntabilitasnya.

Landasan yuridis wewenang kekuasaan yudisial, yang selanjutnya disebut dengan istilah kekuasaan kehakiman, di Indonesia secara konstitusional diatur di dalam ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 yang dirumuskan, "*Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan*

<sup>24</sup> Kekuasaan cenderung disalahgunakan, tetapi kekuasaan mutlak pasti disalahgunakan.

*yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”.*

Berdasarkan ketentuan Pasal 24 ayat (1) tersebut bahwa kekuasaan kehakiman adalah merupakan kekuasaan yang merdeka, dengan tujuan menegakkan hukum dan keadilan. Dalam konteks pelaksana kekuasaan kehakiman, MK dalam menyelenggarakan peradilan, juga bertujuan tidak saja menegakkan hukum, tetapi juga menegakkan keadilan. Dalam konteks menegakkan keadilan itulah, Mahkamah Konstitusi lebih menitikberatkan pada tujuan menegakkan keadilan substantif (*substantive justice*) daripada keadilan prosedural (*procedural justice*), dengan alasan karena keadilan berdasarkan hukum tidak selalu terkait kepada ketentuan-ketentuan formal-prosedural. Paradigma yang dianut hakim konstitusi di MK telah sesuai dengan tugas hakim untuk selalu menggali nilai-nilai keadilan substantif di masyarakat dalam menghadapi berbagai perkara hukum.

Di samping itu, tujuan dan fungsi dari MK adalah memberikan perlindungan hak asasi manusia, sebagaimana termaktub pada pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi: *“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”.*

Sebagai tindak lanjut atau aturan pelaksanaan dari ketentuan yang terdapat pada pasal 24 ayat (1) dan 28D ayat (1) UUD 1945, dijabarkan pada Pasal 45 ayat (1) UU MK yang berbunyi, *“Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim”.*

Dengan demikian Mahkamah Konstitusi, sebagai pemegang kekuasaan kehakiman yang merdeka, guna menegakkan hukum dan keadilan, serta menjamin hak setiap orang atas pengakuan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, maka Mahkamah Konstitusi, dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang diajukan kepadanya, berdasarkan *alat bukti dan keyakinan hakim*, dapat membuat putusan bersifat ultra petita atau melebihi dari tuntutan pemohon, sepanjang dalam petitem pemohon memohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

## 2. Pembatasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi

### 2.1. Prinsip-Prinsip Negara Hukum

Dalam konteks dikeluarkannya putusan ultra petita MK, sesungguhnya tidak dapat dipisahkan atau lepaskan dari prinsip-prinsip negara hukum yang berlaku universal, antara lain, asas legalitas, asas kepastian hukum, asas persamaan di hadapan hukum, pembatasan kekuasaan beradarkan konstitusi, serta asas peradilan yang bebas dan tidak memihak. Pada prinsipnya setiap tindakan penyelenggara negara, termasuk lembaga yudisial, dalam hal ini, MK konstitusi memutuskan melebihi dari yang diminta oleh pemohon, harus berdasarkan aturan dan prosedur yang ditetapkan oleh hukum (*rule and procedure*).

### 2.2. Prinsip Peradilan Yang Merdeka, Bebas, dan Tidak Memihak

Di samping, dibatasi dengan prinsip-prinsip negara hukum demokratis, pembuatan putusan MK bersifat ultra petita, juga dibatasi oleh prinsip-prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak (*"independent and impartial tribunal"*). Istilah *"independent and impartial tribunal"* (peradilan yang bebas dan tidak memihak) dapat diketemukan pada Pasal 10 dari *Declaration of Human Right 1948* yang berbunyi: *"Everyone is entitled in full equality to fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge againts him"*, yang artinya "setiap orang berhak atas perlakuan yang sama secara penuh untuk memperoleh proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, dalam penentuan hak dan kewajibannya, dan terhadap setiap tuduhan pidana yang diajukan kepadanya". Berdasarkan Resolusi PBB 40/32 tanggal 29 November 1985 dan 40/146 tanggal 13 Desember 1985 ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan kekuasaan kehakiman yang bebas, merdeka, dan mandiri adalah "suatu proses peradilan yang bebas dari setiap pembatasan-pembatasan, pengaruh-pengaruh yang tidak proporsional, hasutan-hasutan, tekanan-tekanan, ancaman-ancaman atau campur tangan secara langsung atau tidak langsung dari setiap sudut kemasyarakatan atau dengan alasan apapun".

Dalam konteks Keindonesian, peradilan yang bebas dan tidak memihak diatur pada Pasal 24 (1) UUD 1945 Perubahan Ketiga yang

menyebutkan bahwa: "Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan".

Lebih jauh, mengenai prinsip-prinsip peradilan yang bebas, adil dan tidak memihak, jika dihubungkan dengan Peradilan Mahkamah konstitusi Indonesia, maka tidak bisa dilepaskan dari Peraturan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 09/PMK/2006 Tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik Dan Perilaku Hakim Konstitusi sebagaimana ditetapkan di Jakarta, pada tanggal 1 Desember 2006.

Penyusunan Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi ini merujuk kepada "*The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002*" yang telah diterima baik oleh negara-negara yang menganut sistem "*Civil Law*" maupun "*Common Law*", disesuaikan dengan sistem hukum dan peradilan Indonesia dan etika kehidupan berbangsa sebagaimana termuat dalam Ketetapan MPR Nomor VI/MPR/2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa yang masih tetap berlaku.

Bahwa "*The Bangalore Principles*" yang menetapkan prinsip independensi (*independence*), ketakberpihakan (*impartiality*), integritas (*integrity*), kepatantasan dan kesopanan (*propriety*), kesetaraan (*equality*), kecakapan dan keseksamaan (*competence and diligence*), serta nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia, yaitu prinsip kearifan dan kebijaksanaan (*wisdom*) sebagai kode etik hakim konstitusi beserta penerapannya, digunakan sebagai rujukan dan tolok ukur dalam menilai perilaku hakim konstitusi, guna mengedepankan kejujuran, amanah, keteladanan, kekesatriaan, sportivitas, kedisiplinan, kerja keras, kemandirian, rasa malu, tanggungjawab, kehormatan, serta martabat diri sebagai hakim konstitusi.

### **2.3. Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik**

Masuknya asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagai pembatasan penggunaan wewenang pemerintahan ini dilatarbelakangi oleh ketidakmampuan undang-undang dalam mengikuti perkembangan kebutuhan hukum masyarakat. Ketidakmampuan undang-undang dalam memenuhi kebutuhan hukum masyarakat ini berakibat pada seringnya penguasa bertindak tanpa didasari oleh undang-undang. Hal ini dalam

konsepsi negara hukum modern dapat saja dilakukan sebagai konsekuensi dari tugas *social service* pemerintah, yang dalam kepustakaan hukum administrasi disebut dengan wewenang bebas.

Penggunaan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik, didasarkan atas asumsi bahwa, di dalam negara hukum tidak ada kekuasaan yang bebas tanpa batas, kebebasan itu sebenarnya tidak pernah ada. Kekuasaan bebas tetaplah sebagai kekuasaan yang tunduk pada hukum, setidaknya tidaknya pada hukum tidak tertulis berupa asas-asas hukum,<sup>25</sup> asas ini hukum administrasi disebut dengan istilah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik.<sup>26</sup>

Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik, berasal dari istilah Belanda dengan nama *Algemene Beginselen van Behoorlijke Bestuur* (ABBB), sedangkan di Prancis disebut "*principles generaux du droit publique*", di Belgia disebut "*algemene rechtsbeginselen*", dan di Inggris digunakan istilah "*principles of natural justice*, yang juga disebut dengan istilah "*principles of proper administration* atau *principles of due administration*", dan di Jerman digunakan istilah "*verfassungsprinzipien*"<sup>27</sup>. Di Indonesia asas digunakan istilah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)<sup>28</sup>, juga disebut Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak (AAUPL)<sup>29</sup>. Namun setelah era reformasi, khususnya melalui berlakunya Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Bebas Dari Nepotisme, Kolusi dan Korupsi, menggunakan istilah Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik.

Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik menurut ketentuan Pasal 3 Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme terdiri atas:

1. asas kepastian hukum
2. asas tertib penyelenggaraan negara
3. asas kepentingan umum

<sup>25</sup> Philipus M Hadjon, *Pemerintahan Menurut Hukum, Op.Cit.*, h. 6.

<sup>26</sup> Istilah baik sesungguhnya merupakan terjemahan dari kata *behoorlijke*, yang artinya sebenarnya patut atau layak, dalam bahasa Inggris dikenal dengan istilah *proper*. *Algemene Beginselen van Behoorlijke Bestuur = Principles of Proper Administration or Principles of Due Administration*, tetapi di Indonesia sudah lazim diterjemahkan dengan istilah "yang baik", yang sebenarnya kurang tepat.

<sup>27</sup> Indroharto, *Op.Cit.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Jazim Hamidi, *Penerapan Asas Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak (AAUPL) di Lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara*, h. 21.

4. asas keterbukaan
5. asas proporsional
6. asas profesionalitas
7. asas akuntabilitas

Menurut ketentuan Pasal 53 ayat (2) butir b Undang Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986, mengenai yang dimaksud Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik meliputi asas:

- kepastian hukum;
- tertib penyelenggaraan negara;
- keterbukaan
- proporsionalitas;
- profesionalisme
- akuntabilitas.

sebagaimana dimaksud dalam Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Pemerintahan yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.

Menurut ketentuan Pasal 1 angka 6 Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Bebas Korupsi Kolusi, dan Nepotisme, memberikan pengertian tentang Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB), dengan istilah Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik, yang dirumuskan: "Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik merupakan asas yang menjunjung tinggi norma kesusilaan, kepatutan, dan norma hukum untuk mewujudkan penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme".

Pencantuman Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB) dalam hukum positif memberikan kepastian hukum bagi penggunaan wewenang pemerintahan, sebagai dasar hukum gugatan ke Pengadilan, maupun sebagai dasar pengujian keabsahan penggunaan wewenang yang didasarkan atas wewenang bebas oleh Pengadilan.

Berdasarkan pemaparan mengenai Asas-asas Umum Penyelenggaraan Negara Yang Baik sebagaimana diuraikan di atas, maka yang perlu dikemukakan, bahwa keberadaan asas-asas penyelenggaraan negara

yang baik, sangat diperlukan dalam rangka membatasi penggunaan wewenang bebas. Sebagaimana diketahui bahwa wewenang bebas lahir karena keterbatasan hukum positif dalam mengatur permasalahan yang ada, sedangkan permasalahan tersebut harus segera diselesaikan dalam rangka mewujudkan kepastian hukum dan keadilan masyarakat.

Dalam kaitannya dengan wewenang Mahkamah Konstitusi membuat putusan *ultra petita*, nampaknya asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan ini dapat dijadikan rujukan untuk membatasi kewenangan MK tersebut, dengan catatan bahwa MK merupakan salah satu organ penyelenggara negara, yakni lembaga yudisial. Sebab apabila kewenangan tersebut tidak dibatasi dikawatirkan terjadi penyalahgunaan kewenangan, dan pembatasan ini tentunya sesuai dengan prinsip negara hukum, bahwa setiap penggunaan wewenang selalu harus dapat ditentukan dan ditemukan dasar hukumnya dengan jelas, serta dapat diuji keabsahannya berdasarkan hukum yang mendasarinya.

Menurut Arif Hidayat, pada dewasa ini MK dalam kewenangan pengujian undang-undang selain membatalkan undang-undang, bagian, pasal, ayat, telah pula menuliskan atau menetapkan norma baru. Hal ini bisa di mengerti apabila dilakukan oleh MK dalam rangka untuk menghindari adanya kekosongan/kevakuman hukum dan menjaga supaya adanya tertib hukum dan kepastian hukum, sehingga tidak memunculkan kekacauan hukum dan sosial, politik, ekonomi di negara ini. Satu catatan yang harus diperhatikan bahwa secara filosofis-yuridis perubahan kewenangan tersebut yang sering disebut sebagai putusan bersifat *ultra petita* yang dapat dibenarkan atas pertimbangan tersebut di atas, tetapi batasan sebagai *negative legislator* harus tetap dipertahankan agar tidak menggeser dan melampaui kewenangan lembaga lain yaitu lembaga pembentuk undang-undang. Selain itu, pertimbangan lain yang lebih filosofis yang dapat dipergunakan adalah upaya MK dalam putusannya mencari dan menemukan keadilan yang bersifat substansif tidak semata-mata menemukan keadilan yang bersifat prosedural. Atas dasar pertimbangan formil dan filosofis ini, maka putusan MK yang menggunakan prinsip *ultra petita* harus dilakukan secara terbatas dan menggunakan prinsip kehati-kehatian.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Arief Hidayat, "Prinsip Ultra Petita Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945", *Makalah, Disampaikan pada saat fit and propter test di hadapan Komisi III DPR RI, pada tanggal 27 Februari 2013.*

Dari hasil uraian dan pembahasan tersebut di atas, diperoleh kesimpulan bahwa MK dapat mengeluarkan putusan *ultra petita* demi menciptakan keadilan substantif, sepanjang masih berkaitan dengan pokok permohonan pemohon, dengan menerapkan prinsip kehati-hatian dan pokok-pokok pembatasan sebagai berikut: (a) dibatasi oleh kewenangan atribusi Mahkamah Konstitusi sebagai tercantum dalam Psl 24C ayat 1 UUD NRI 1945, Pasal 10 UU No. 24 tahun 2003 dan Pasal 236 C UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 32 Tahun 2004. (b) dibatasi oleh prinsip-prinsip negara hukum demokratis, antara lain: asas legalitas, asas kepastian hukum, asas persamaan di hadapan hukum, asas jaminan perlindungan HAM, pembatasan kekuasaan berdasarkan konstitusi. (c) dibatasi oleh prinsip-prinsip peradilan yg merdeka, bebas dan tidak memihak, antara lain ; prinsip independensi (*independence*), ketakberpihakan (*impartiality*), integritas (*integrity*), kepastian dan kesopanan (*propriety*), kesetaraan (*equality*), kecakapan dan keseksamaan (*competence and diligence*), serta prinsip kearifan dan kebijaksanaan (*wisdom*). (d) dibatasi oleh prinsip-prinsip penyelenggaraan negara yang baik, antara lain; kepastian hukum, tertib penyelenggaraan negara; keterbukaan, proporsionalitas, profesionalisme dan akuntabilitas.

## PENUTUP

### Kesimpulan

1. Dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan *ultra petita* adalah (a) alasan filosofis dalam rangka menegakkan keadilan substantif dan prinsip-prinsip kehidupan bernegara yang terdapat dalam UUD NRI 1945 (keadilan konstitusional), (b) alasan teoritis berkaitan dengan kewenangan hakim untuk menggali, menemukan dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, apabila hukumnya tidak jelas mengatur atau sudah tidak memadai (usang), dan (c) adapun alasan yuridis terkait dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 dan Pasal 45 ayat (1) UU No. 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, bahwa bahwa MK sebagai penyelenggara peradilan bertujuan menegakkan hukum dan keadilan sesuai alat bukti dan keyakinan hakim.
2. Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *ultra petita* pada dasarnya dapat saja diterima, sepanjang pertimbangan-pertimbangan yang digunakan dapat dipertanggung jawabkan secara filosofis (mengandung nilai-

nilai keadilan, moral, etika, agama) dan secara teoritis dalam rangka mewujudkan keadilan konstitusional. Oleh karena itu, pembentuk Undang-Undang seyogyanya memberikan kewenangan itu dalam rangka menjalankan fungsinya sebagai lembaga penjaga konstitusi. Sebab kewenangan demikian lazim dimiliki oleh lembaga peradilan, dalam rangka menemukan keadilan substansial, sementara hukum positif yang berlaku tidak jarang tidak dapat memenuhi tuntutan kebutuhan masyarakat yang terus berkembang. Kewenangan itu diberikan apabila norma dalam konstitusi tidak mengatur secara jelas (*vague*) atau bermakna ganda, sehingga pandangan-pandangan serta pemikiran Mahkamah Konstitusi sangat diperlukan dalam menentukan dan menemukan maknanya melalui metode penafsiran maupun penemuan hukum.

3. Wewenang membuat putusan yang bersifat *ultra petita* bagi Mahkamah Konstitusi dapat saja diberikan apabila terjadi kekaburan norma hukum (*vague normen*) melalui metode penafsiran hukum, atau bilamana terjadi kekosongan hukum (*rechts-vacuum*) melalui metode penemuan hukum. Wewenang membuat *ultra petita* oleh Mahkamah Konstitusi seharusnya dibatasi oleh prinsip-prinsip negara hukum demokratis, prinsip-prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak, dan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik.

### Saran

1. Dasar pertimbangan dikeluarkan putusan *ultra petita* oleh Mahkamah Konstitusi karena didasarkan alasan filosofis berupa menggali dan menemukan keadilan substantif secara rasional bisa diterima, namun apa hakekat dan makna terdalam dari pengertian keadilan substantif terus menerus perlu dilakukan kajian dan telaah secara obyektif untuk sampai bisa diuji secara obyektif pula oleh komunitas sejawat profesi hukum dan ilmuwan hukum.
2. Mengingat yang memberikan wewenang konstitusional Mahkamah Konstitusi konstitusional adalah badan legislatif (MPR), maka dalam rangka pembatasan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam mengeluarkan putusan Ultra Petita perlu dilakukan amandemen lanjutan Pasal 24 C ayat 1 UUD NRI 1945 berkaitan dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Mukthie Fadjar, 2010, *Mahkamah Konstitusi Sebagai Pengawal dan Penafsir Konstitusi: Masalah dan Tantangan, dalam Konstitusionalisme Demokrasi*, Malang: in-TRANS Publishing.
- Achmad Roestandi, 2012, *Etika dan Kesadaran Hukum Internalisasi Hukum dan Eksternalisasi Etika*, Cetakan Pertama, Tangerang: Jelajah Nusa.
- Arief Hidayat, 2013, "Prinsip Ultra Petita Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Pengujian Undang Undang terhadap Undang Undang Dasar 1945", *Makalah, Disampaikan pada saat fit and propter test di hadapan Komisi III DPR RI*, pada tanggal 27 Februari.
- Bagir Manan, 1992, *Dasar Dasar Perundang-undangan Indonesia*, Jakarta: IN-HILL-Co.
- Bambang Sunggono dan Aries Harianto, 2001, *Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Bandung: Mandar Maju.
- Esmi Warasih, 2005, *Pranata Hukum Sebagai Telaah Sosiologi*, Semarang: Suryandaru Utama.
- G. Radbruch, "Rechtsphilosophie" , *Fuller's translation of formula in Journal of Legal Education 4th ed. page 353*, h. 181.
- Jazim Hamidi, 2005, "Makna dan Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", *Disertasi Program Pascasarjana* Bandung: Universitas Padjdjaran.
- , 2000, *Yurisprudensi tentang Penerapan Asas Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak*, Jakarta: Tata Nusa.
- Johnny Ibrahim, 2005, *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif Cetakan Pertama*, Malang: Banyumedia Publishing.
- Mahfud MD, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Mengawal Hak Konstitusional Warga Negara", diakses dari [http://www.mahfudmd.com/public/makalah/Makalah\\_21.pdf](http://www.mahfudmd.com/public/makalah/Makalah_21.pdf).
- Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Prenada Media.
- Philipus M Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu: Surabaya.
- Sirajuddin *et al.*, 2006, *Legislatif Drafting Dalam Pembentukan Peraturan Perundangan*, Malang: Yappika.
- Sudarsono, 2001, *Ilmu Filsafat suatu Pengantar*, Jakarta: Rineka Cipta.
- R. Wiyono, 2007, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Cet. I*, Jakarta: Sinar Grafika Offset.

# Konstitusionalitas Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Mengelola Hutan Adat: Fakta Empiris Legalisasi Perizinan

Wahyu Nugroho

Satjipto Rahardjo Institute dan Fakultas Hukum Universitas Sahid Jakarta  
Jl. Prof. Soepomo, SH. No. 84 Tebet Jakarta Selatan 12870  
E-mail: nugie\_hukum@yahoo.co.id

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## **Abstrak**

Konstitusi hijau (*green constitution*) menempatkan Indonesia sebagai negara yang memiliki konsekuensi yuridis konstitusional di dalam UUD 1945 untuk menerapkan prinsip-prinsip ekokrasi, yakni setiap kebijaksanaan atau pembangunan dibidang perekonomian selalu memperhatikan lingkungan hidup disegala sektor, termasuk kehutanan. Objek kajian ini adalah putusan MK No. 35/PUU-X/2012 dengan subjek hukumnya masyarakat adat yang telah dilanggar hak konstitusionalnya. Tujuan dari pengkajian ini adalah: pertama, untuk menguji dan menganalisis konsistensi kewenangan negara atas doktrin *welfare state* dalam pengelolaan hutan negara dengan kewenangan masyarakat adat dalam pengelolaan hutan adat berdasarkan kajian *socio-legal* putusan Mahkamah Konstitusi; dan kedua, menjamin dan menganalisis terlaksananya prinsip-prinsip ekokrasi atas penguatan hak konstitusional masyarakat hukum adat sebagai *living law* dalam pengelolaan hutan adat, sebagai konsekuensi logis Indonesia penganut demokrasi berbasis lingkungan dan *green constitution*. Penulis menggunakan metodologi berdasarkan pengkajian putusan Mahkamah Konstitusi, dengan menelaah aspek *socio-legal* dalam putusan ini. Hasil kajian ini terungkap bahwa pertama, terdapat hubungan antara hak menguasai negara dengan hutan negara, dan hak menguasai negara terhadap hutan adat. Terhadap hutan negara, negara mempunyai wewenang penuh untuk mengatur dan memutuskan persediaan, peruntukan, pemanfaatan, pengurusan serta hubungan-hubungan hukum yang terjadi di wilayah hutan negara. Adapun hutan adat, wewenang negara dibatasi sejauhmana isi wewenang yang

tercakup dalam hutan adat. Hak pengelolaan hutan adat berada pada masyarakat hukum adat, namun jika dalam perkembangannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan tidak ada lagi, maka hak pengelolaan hutan adat jatuh kepada Pemerintah. Kedua, Pelaksanaan pembangunan nasional ataupun daerah selama ini selalu memprioritaskan unsur ekonomi atau dalam konteks otonomi daerah lebih mengutamakan Pendapatan Asli Daerah, tanpa memperhatikan demokrasi lingkungan berbasis pembangunan berkelanjutan dan berwawasan lingkungan hidup.

**Kata kunci:** negara, masyarakat hukum adat, hutan negara, hutan adat, sumber daya alam

### **Abstract**

*Green constitution placed Indonesia as a country that has a constitutional juridical consequences constitution in 1945 to apply the principles of ecocracy, that is any wisdom or development in the field of economy always looking environment in all sectors, including forestry. The study object is the Constitutional Court decision No. 35/PUU-X/2012 with indigenous people's subject who has violated his constitutional rights. The purpose of this study are: first, to examine and analyze the consistency of state authority over the doctrine of welfare state in the management of state forest with indigenous authorities in the indigenous forest management based on socio-legal study of the Constitutional Court's decision, and second, guarantees and analyze the implementation of the principles ecocracy over strengthening the constitutional rights of indigenous people as a living law in the management of indigenous forest, as a logical consequence of Indonesia adherents of democracy based on the environment and green constitution. The author uses a methodology based on assessment of the Constitutional Court decision, by examining the socio-legal aspects of this decision. The results of this study revealed that first, there is a relationship between the state is the state forest, and the state is customary forests. To the state forest, the state has full authority to organize and decide the inventory, allocation, utilization, management, and legal relations that occur in the forest region of the country. The indigenous forests, state authority is limited extent authorized content covered in indigenous forest. Indigenous forest management rights of indigenous communities, but if the development of indigenous communities in question no longer exists, then the rights of indigenous forest management falls to the Government. Second, implementation of national and regional development has always prioritized economic element or in the context of regional autonomy prefers the original income, regardless of environmental democracy based on sustainable development and environmentally.*

**Keywords:** state, indigenous and tribal peoples, state forests, indigenous forests, natural resources

## PENDAHULUAN

Konstitusi perekonomian Indonesia secara eksplisit menegaskan bahwa bumi (tanah), air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan oleh sebesar-besar kemakmuran rakyat. Bunyi Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 tersebut terdapat spirit/filosofi bahwa adanya suatu kewajiban bagi negara untuk menyejahterakan rakyatnya, karena konsekuensi yuridis Indonesia sebagai negara penganut *welfare state*.<sup>1</sup> Penguasaan oleh negara melalui instrumen hukum tidak secara langsung menegasikan masyarakat tradisional/adat (*indigenous people*) untuk mendapatkan akses hutan adat atau mengambil alih hak kesatuan masyarakat hukum adat atas wilayahnya melalui instrumen perizinan oleh swasta, tanpa memperhatikan kearifan-kearifan lokal (*local wisdom*). Tergesernya peran masyarakat adat kawasan hutan baik secara langsung maupun tidak langsung akan mengakibatkan penguasaan hutan oleh negara tanpa batas dengan dalih pendapatan nasional ataupun daerah, melalui pemegang izin usaha.

Dalam praktiknya, pemerintah sering mengeluarkan keputusan penunjukan kawasan hutan tanpa terlebih dahulu melakukan pengecekan tentang klaim kesatuan masyarakat hukum adat atas kawasan tersebut yang bahkan pada kenyataannya telah ada pemukiman-pemukiman masyarakat adat di dalamnya. Data Kementerian Kehutanan dan Badan Pusat Statistik (BPS) menunjukkan bahwa terdapat 31.957 desa yang berinteraksi dengan hutan dan 71,06 % dari desa-desa tersebut menggantungkan hidupnya dari sumber daya hutan.<sup>2</sup> Selanjutnya, dalam Rencana Strategis Kementerian Kehutanan 2010-2014 menunjukkan data bahwa pada tahun 2003, dari 220 juta penduduk Indonesia terdapat 48,8 juta orang yang tinggal di pedesaan sekitar kawasan hutan, dan ada sekitar 10,2 juta orang.

Politik hukum UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan yang dikembangkan kemudian membagi kelembagaan pengelolaan hutan ke dalam dua kelompok, kelembagaan pengelolaan hutan yang dapat diakses oleh masyarakat lebih umum, meliputi masyarakat hukum adat dan yang bukan masyarakat hukum adat. Ketika

<sup>1</sup> Doktrin *welfare state* atau *welvaartsstaat* (negara kesejahteraan) muncul pada akhir abad ke-19 dan awal abad ke-20 sebagai bentuk perkembangan dan perubahan dari konsep negara penjaga malam (*nachwachterstaat*) dengan prinsip *the best government is the least government* di Eropa pada abad ke-18 dan abad ke-19. Karena berkembangnya disparitas pendapat dalam masyarakat yang menyebabkan munculnya fenomena kemiskinan massal di berbagai negara, maka timbul tuntutan kepada negara untuk memperluas tanggung jawab sosialnya guna mengatasi fenomena kemiskinan itu, akhirnya muncul dan berkembangnya aliran sosialisme dalam sejarah Eropa. Doktrin ini sangat mempengaruhi proses perumusan berbagai konstitusi di negara-negara Amerika dan Eropa sendiri. Lihat: Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Ed. 2, Cet. 2, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, h. 40. Dalam literatur lain, dikatakan *welfare state* merupakan gagasan yang telah lama lahir dan dirintis oleh Prusia di bawah Otto von Bismarck sejak 1850-an. Gagasan negara kesejahteraan itu di Eropa dan Amerika masa lampau berbenturan dengan konsepsi negara liberal kapitalistik. Periksa: Siswono Yudo Husodo, *Menuju Welfare State, Kumpulan Tulisan tentang Kebangsaan, Ekonomi dan Politik*, Cet. 1, Jakarta: Baris Baru, 2009, h. 65.

<sup>2</sup> Dikutip dari Pendahuluan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012

UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan lahir, pengakuan negara terhadap hak masyarakat hukum adat tidak membaik. Ada beberapa Pasal dalam UU No. 41 tahun 1999 ini yang mengatur mengenai masyarakat hukum adat dan hutan adat. Pasal mengenai hutan adat menyatakan hutan adat sebagai hutan negara yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat. Aturan ini seolah-olah memberikan pengakuan terhadap adanya hutan adat, tetapi pengakuan ini mengandung jebakan karena keberadaan hutan adat tersebut diikuti dengan kalimat hutan negara yang ada dalam wilayah masyarakat hukum adat.<sup>3</sup>

Ketentuan ini memberikan dampak yang besar di lapangan, karena pada prinsipnya aturan ini menyampaikan pesan bahwa hutan adat itu tidak ada sama sekali. Hedar Laudjeng menegaskan bahwa dengan Pasal 1 ayat (6) UU Kehutanan, sejak awal sudah menegaskan bahwa masyarakat hukum adat dalam wujud kolektifnya tidak berhak mempunyai hutan milik sendiri. Pasal ini mengasumsikan bahwa seluruh areal hutan Indonesia telah ditunjuk dan ditetapkan sebagai kawasan hutan (hutan negara dan hutan hak), dengan demikian tidak mungkin ada sisa areal hutan yang terlupakan, termasuk yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat.<sup>4</sup>

Dikaitkan dengan penjelasan Pasal 5 ayat (1) UU No. 41 tahun 1999 maka jelas bahwa yang dinyatakan sebagai hutan adat oleh pemerintah tidak lain adalah hutan kepunyaan masyarakat hukum adat, yang di setiap tempat memiliki nama lokal, misalnya hutan marga, hutan ulayat, hutan pertuanan, bengkar, dan lain sebagainya. Secara sepihak, hutan-hutan ini kemudian dicaplok oleh negara dengan balutan konsep hak menguasai oleh negara. Hal inilah yang dinamakan sebagai proses negaraisasi tanah (hutan) masyarakat hukum adat. Akibatnya, jika masyarakat hukum adat berkeinginan mengelola dan memanfaatkan harus terlebih dahulu memohon izin kepada negara cp.pemerintah, sebagai penguasa atau “pemilik” baru atas hutan itu.<sup>5</sup>

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012, pemohon melakukan uji materiil terhadap ketentuan Pasal 1 angka 6, Pasal 4 ayat (3), Pasal 5 ayat (1), (2), (3), (4), dan Pasal 67 ayat (1), (2) dan (3). Alasan pemohon melakukan *judicial review* antara lain menurut ketentuan Pasal 1 angka 6 UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan yang dilakukan pengujian terhadap UUD 1945.

<sup>3</sup> Andiko, Untuk Apa Pluralisme Hukum? Konsep, regulasi, negosiasi dalam Konflik Agraria di Indonesia, dalam *Upaya Tiada Henti Mempromosikan Pluralisme dalam Hukum Agraria di Indonesia*, Ed. I, Cet. I, Jakarta: Epistema Institute-HuMa-Forest Peoples Programme, 2011, h. 80.

<sup>4</sup> Hedar Laudjeng, Legal Opinion terhadap UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan, dalam San Afri Awang (ed), *Inkonsistensi Undang-Undang Kehutanan*, Yogyakarta: Bayu Indra Grafika, 1999, h. 81.

<sup>5</sup> Andiko, *Op.cit.*, h. 81.

Pasal-pasal tersebut yang dikabulkan oleh MK, sedangkan terhadap ketentuan Pasal 67 UU Kehutanan yang menyangkut hak-hak, eksistensi dan hapusnya masyarakat hukum adat ditolak mahkamah karena tidak terdapat muatan yang dianggap bertentangan dengan norma-norma HAM dalam UUD 1945. Perkara ini diajukan oleh Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Kenegerian Kuntu dan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Kasepuhan Sicitu.

Penelitian Charles V. Barber terungkap bahwa hak menguasai tanah negara merupakan cerminan dari implemtnasi nilai, norma, dan konfigurasi hukum negara yang mengatur penguasaan dan pemanfaatan lingkungan hidup dan sumber daya alam, atau merupakan ekspresi dari ideologi yang memberi otoritas dan legitimasi kepada negara untuk menguasai dan memanfaatkan lingkungan hidup dan sumber daya alam dalam wilayah kedaulatannya.<sup>6</sup>

Dalam konteks pengelolaan lingkungan hidup dan sumber daya alam, pemerintah cenderung memberlakukan peraturan perundang-undangan sebagai wujud hukum negara dan satu-satunya hukum yang mengatur pengelolaan lingkungan hidup dan sumber daya alam. Dengan demikian, pengaturan dalam bentuk hukum adat diabaikan dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan secara substansi maupun implementasi.<sup>7</sup> Hak-hak masyarakat hukum adat untuk melakukan pengelolaan lingkungan hidup sumber daya alam hutan adat dipasung oleh negara melalui instrumen perizinan, tidak melihat kearifan-kearifan lokal atau nilai-nilai adat lokal yang masih diberlakukan oleh masyarakat adat dan eksploitasi terhadap lingkungan hidup kawasan hutan adat.

Di dalam Pasal 1 UU Kehutanan terdapat dua jenis hutan, yakni hutan hak dan hutan negara. Dikatakan hutan hak apabila hutan itu tumbuh atau berada di atas tanah yang dibebani suatu hak atas tanah. Sebaliknya, dikatakan hutan negara bila hutan itu tumbuh atau berada di atas tanah yang tidak dibebani suatu hak atas tanah. Hutan adat bahkan secara langsung didefinisikan sebagai hutan negara yang tumbuh di atas tanah dalam wilayah masyarakat hukum adat. Bahkan tanpa argumen yang masuk akal sebagaimana dinyatakan Pasal 1 butir d, butir e dan butir f hutan adat serta merta masuk kategori hutan negara. Lebih gamblang lagi

<sup>6</sup> Charles V. Barber, *The State, the Environment and Development; the Genesis of Transformation of Social Forestry in New Order Indonesia*, Doctoral Dissertation of California University Berkeley, 1989, h. 14.

<sup>7</sup> Stefanus Laksanto Utomo, *Budaya Hukum Masyarakat Samin*, Ed. I, Cet. I, Bandung: PT Alumni, 2013, h. 7.

dinyatakan bahwa hutan negara dapat berupa hutan adat, sebagaimana disebut Pasal 5 ayat (1) UU Kehutanan.<sup>8</sup>

Mercermati beberapa Pasal di dalam UU Kehutanan, dalam praktik yang dilakukan oleh negara dan sejumlah perusahaan di sekitar kawasan hutan, hak-hak konstitusional masyarakat adat untuk mengakses dan melakukan pengelolaan terhadap hutan adat telah dipangkas dengan menjadikan kawasan hutan taman nasional sebagai hutan negara, termasuk hutan adat yang menjadi bagian dari hutan negara. Selanjutnya melalui instrumen perizinan, pemilik perusahaan dilegalkan dengan perizinan-perizinan yang ada untuk mengambil alih kawasan hutan adat menjadi usaha kawasan pertambangan, perkebunan kelapa sawit atau hutan tanaman industri.

## PEMBAHASAN

### 1. Konsepsi tentang Masyarakat Hukum Adat

Masyarakat bangsa Indonesia adalah masyarakat yang Bhinneka Tunggal Ika, yang berbeda-beda suku, agama, ras dan antar golongan (SARA), kemudian bersatu dalam kesatuan negara Pancasila sejak tanggal 17 Agustus 1945. sebelum Indonesia merdeka, berbagai masyarakat itu berdiam diberbagai kepulauan besar dan kecil yang hidup menurut hukum adatnya masing-masing.<sup>9</sup>

Bentuk dan susunan masyarakat hukum yang merupakan persekutuan hukum adat itu, para anggotanya terikat oleh faktor yang bersifat *territorial* dan *genealogis*. Di samping adanya masyarakat hukum yang terdapat di kalangan rakyat tersebut, Teer Haar mengemukakan adanya kelompok-kelompok masyarakat di lingkungan raja-raja dan kaum bangsawan dan di lingkungan kaum pedagang. Kelompok-kelompok masyarakat ini dipengaruhi oleh kehidupan hukum adat dan tempat kediaman yang terpisah dari masyarakat umum.<sup>10</sup>

Soepomo dalam pidatonya tanggal 2 Oktober 1901 yang mengutip pendapat Van Vollenhoven menyatakan: "bahwa untuk mengetahui hukum, maka adalah terutama perlu diselidiki buat waktu apabila pun dan di daerah

<sup>8</sup> Maria Rita Roewiastoeti, *Gerakan Reforma Agrarian Berbasis Masyarakat Suku-Suku Pribumi*, Jurnal Bina Desa Sadajiwa, Edisi khusus 35 tahun kelahirannya, Juni, 2010, h. 29-30.

<sup>9</sup> Hilman Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, Cet. 2, Bandung: PT Mandar Maju, 2003, h. 105.

<sup>10</sup> *Ibid.*

manapun, sifat dan susunan badan-badan persekutuan hukum, dimana orang-orang yang dikuasai oleh hukum itu, hidup sehari-hari".<sup>11</sup> Menurut Soepomo, maka masyarakat-masyarakat hukum adat di Indonesia dapat dibagi atas dua golongan menurut dasar susunannya, yaitu yang berdasarkan pertalian suatu keturunan (genealogi) dan yang berdasar lingkungan daerah (*territorial*), kemudian ditambah dengan susunan yang didasarkan pada kedua dasar tersebut, yakni genealogi-*territorial*. Dari sudut bentuknya, maka masyarakat hukum adat tersebut ada yang berdiri sendiri, menjadi bagian dari masyarakat hukum adat yang lebih tinggi atau mencakup beberapa masyarakat hukum adat yang lebih rendah, serta merupakan perserikatan dari beberapa masyarakat hukum adat yang sederajat. Masing-masing masyarakat hukum adat tersebut dapat dinamakan sebagai masyarakat hukum adat yang tinggal, bertingkat dan berangkai.<sup>12</sup>

## 2. Hak-Hak atas Tanah menurut Hukum Adat

Dalam konteks perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup sektor kehutanan, masyarakat adat memiliki peranan yang strategis untuk dapat mengelola sendiri yang dijamin oleh konstitusi. Terdapat sejumlah hukum adat dikenal berbagai jenis hak atas tanah, yaitu:

- a. Hak persekutuan atas tanah; *beschikkingrecht* atau hak ulayat
- b. Hak perorangan atas tanah:

## 3. Sistem Perizinan Bidang Lingkungan Hidup dalam UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan

Dalam rangka perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup yang menginduk kepada UU No. 32 tahun 2009, maka dalam konteks penyelenggaraan perizinan bidang lingkungan hidup diatur dalam undang-undang sektoral, yakni UU No. 41 tahun 1999 tentang kehutanan.

Sistem perizinan bidang kehutanan secara singkat dijelaskan di dalam penjelasan umum, yakni: "Penguasaan hutan oleh negara bukan merupakan pemilikan, tetapi negara memberi wewenang kepada pemerintah untuk mengatur dan mengurus segala sesuatu yang berkaitan dengan hutan, kawasan hutan dan hasil hutan; menetapkan kawasan hutan dan atau mengubah status kawasan hutan; mengatur dan menetapkan hubungan hukum antara orang

<sup>11</sup> Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, Ed. I, Cet. 9, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2008, h. 91.

<sup>12</sup> R. Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1977, h. 51.

dengan hutan atau kawasan hutan dan hasil hutan, serta mengatur pembuatan hukum mengenai kehutanan. Selanjutnya pemerintah mempunyai wewenang untuk memberikan izin dan hak kepada pihak lain untuk melakukan kegiatan dibidang kehutanan. Namun demikian, untuk hal-hal tertentu yang sangat penting, berskala dan berdampak luas serta bernilai strategis, pemerintah harus memerhatikan aspirasi rakyat melalui persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat”.<sup>13</sup>

Penjelasan umum tersebut menjadi alasan substansial adanya peran pemerintah dalam pengelolaan sumber daya hutan di Indonesia. Indonesia sebagai negara hukum kesejahteraan (*welfare legal state*) memiliki konsekuensi logis untuk menyejahterakan bagi rakyatnya disektor hutan, termasuk masyarakat hukum adat yang memiliki peran strategis untuk diberikan tempat dalam pengelolaan hutan adat. Peran serta masyarakat, khususnya masyarakat hukum adat sebagai hukum yang hidup (*the living law*) terdapat sejumlah kearifan-kearifan lokal yang dijunjung tinggi oleh komunitasnya. Hal tersebut mendapatkan pengakuan secara normatif dan diperkuat di dalam Pasal 70 ayat (3) huruf e UU No. 32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, yakni: “mengembangkan dan menjaga budaya dan kearifan lokal dalam rangka pelestarian fungsi lingkungan hidup”.

Penekanan fungsi hutan untuk kesejahteraan masyarakat ditegaskan kembali dalam penjelasan umum mengenai perizinan bidang kehutanan. Penulis berpendapat bahwa apabila diperhatikan penjelasan umum tersebut, negara memiliki kewajiban untuk menyejahterakan masyarakat melalui optimalisasi pengelolaan hutan, termasuk hutan adat yang tidak merupakan bagian dari hutan negara pasca putusan MK ini, akan dikelola oleh masyarakat adat sendiri. Dengan pemisahan hutan negara dan hutan adat dalam pengelolaannya berdasarkan putusan MK tersebut, maka harapannya kedepan tidak ada konflik lagi antara masyarakat hukum adat dengan negara, atau masyarakat hukum adat dengan perusahaan pemegang izin usaha. Melihat *empirical evident* berdasarkan keterangan sejumlah saksi yang diajukan pemohon, negara berkedok legalisasi perizinan kepada sejumlah perusahaan untuk dialihkan pengelolaan dan pemanfaatan hutan, sehingga masyarakat adat tidak mendapatkan tempat. Bahkan, terjadi konflik, pengusuran, perusakan,

<sup>13</sup> Periksa: di dalam Penjelasan Umum UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan.

diskriminasi dan tidak mendapatkan akses sumber daya alam hutan adat sebagai sumber penghidupannya.

Dikatakan oleh Helmi, bahwa era reformasi bidang kehutanan dengan lahirnya UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan, ternyata ‘setali tiga uang’. Perizinan bidang kehutanan yang mendelegasikan wewenang kepada pemerintah daerah justru makin memperparah kerusakan hutan di Indonesia. Bahkan, *illegal logging*, mengalami *booming* pada kurun waktu tahun 1999 sampai tahun 2004.<sup>14</sup> Pemanfaatan kayu dari hutan produksi dilegalisasi dengan keputusan izin para Kepala Daerah dalam bentuk Hak Pengusahaan Hutan skala kecil. Padahal, berdasarkan UU Kehutanan, HPH seharusnya merupakan wewenang pemerintah pusat dan kondisi tersebut disadari oleh pemerintah pada pertengahan 2004. Berbagai wewenang daerah yang semula didelegasikan ditarik kembali, terutama wewenang dalam hal izin pemanfaatan hasil hutan kayu.

Walaupun aktivitas ilegal dan legal pemanfaatan hutan produksi alam terutama kayu sudah berkurang, pengaturan yang tidak mempertimbangkan kelestarian fungsi, dalam jangka panjang dampak negatif makin terasa. Banjir dan tanah longsor pada musim hujan dan kebakaran hutan dan lahan di musim kemarau terbukti merugikan aktivitas ekonomi dan mengancam kenaikan suhu (panas) global.<sup>15</sup>

Berdasarkan UU No. 41 tahun 1999, terdapat sejumlah perizinan sektor kehutanan. Sejumlah perizinan tersebut dalam praktiknya, khususnya berdasarkan keterangan saksi-saksi pada putusan MK ini yang merupakan komunitas atau kesatuan masyarakat hukum adat, digunakan oleh pemegang izin usaha dalam mengoperasikan usahanya dengan mengabaikan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat hukum adat, sehingga tidak jarang mereka terjadi konflik dan pemerintah daerah pun sebagai mediator hanya macam ompong, sulit untuk menyelesaikan sengketa kedua belah pihak. Justru dinilai, terjadi legalisasi perizinan berkedok investasi daerah.

#### **4. Konstitusionalitas Hak Masyarakat Adat dalam Mengelola Sumber Daya Alam Hutan Adat: Legalisasi Perizinan Berkedok Investasi**

Paradigma dalam penguasaan, pemanfaatan dan pengelolaan sumber daya alam Indonesia oleh negara sebagai otoritas tercermin di dalam rumusan

<sup>14</sup> Helmi, *Hukum Perizinan Lingkungan Hidup*, Cet. I, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, h. 179.

<sup>15</sup> *Ibid.*, h. 180.

Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Ketentuan dasar tersebut memperlihatkan prinsip dasar hubungan antara negara dengan warga masyarakat berkaitan dengan tanah. Dalam ketentuan dasar tersebut, terutama terkandung maksud untuk menghapuskan prinsip dasar yang dikenal pada masa Hindia Belanda, maksudnya peran negara sebagai pemilik seperti digunakan dalam prinsip *domeinverklaring*. Asas ini bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat dan asas ketatanegaraan, juga tidak perlu negara merupakan pemilik tanah.<sup>16</sup>

Kewenangan negara untuk menguasai tanah selanjutnya diatur dalam Pasal 2 UU Pokok Agraria, yang menyatakan:

*“Atas dasar ketentuan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam Pasal 1, bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya itu pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh negara sebagai organisasi seluruh rakyat Indonesia. Secara sepintas dapat diketahui, hak menguasai oleh negara melebihi hak milik, juga hak lainnya yang dikenal di dalam masyarakat. Sesungguhnya hak menguasai oleh negara seperti dinyatakan dalam ayat (1) tersebut memberikan kewenangan kepada negara, untuk:”<sup>17</sup>*

- a. mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan, dari pemeliharaannya;
- b. menentukan dan mengatur hak-hak yang dapat dipunyai atas (bagian dari) bumi, air, dan ruang angkasa itu;
- c. menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air, dan ruang angkasa.

Filosofi yang terkandung di dalam paradigma atas penguasaan, pemanfaatan dan pengelolaan sumber daya alam Indonesia tersebut harus dipahami oleh penyelenggara negara dalam hal ini kekuasaan eksekutif untuk merumuskan suatu kebijaksanaan yang dikonkritkan menjadi kebijakan. Negara memiliki kewenangan penuh untuk melakukan pengelolaan atas sumber daya alam berupa hutan, akan tetapi perlu diperhatikan kesatuan-kesatuan masyarakat tradisional yang masih mempertahankan nilai-nilai

<sup>16</sup> Anang Husni, *Hukum, Birokrasi dan Budaya*, Cet. I, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009, h. 84.

<sup>17</sup> Lihat: Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang No. 5 tahun 1960 tentang Pokok Agraria.

budaya lokalnya di kawasan hutan. Kesatuan masyarakat adat tersebut merupakan bagian dari ekosistem alam yang perlu mendapatkan hak juga untuk mengelola dan memanfaatkan hutan adat. Masyarakat adat yang memiliki karakter lokal dan tradisional tersebut apabila ditelisik lebih dalam, mengandung nilai-nilai sakral, budaya, spiritual dan peraturan bersama (tidak tertulis) yang disepakati oleh komunitasnya. Oleh karena itu, penulis mengatakan masyarakat (hukum) adat disebut sebagai hukum yang hidup (*the living law*). Menurut Northop, sebagaimana dikutip oleh Bodenheimer, bahwa hukum itu memang tidak dapat dimengerti secara baik jika ia terpisah dari norma-norma sosial sebagai hukum yang hidup.<sup>18</sup>

Dalam konteks penguasaan, pemanfaatan dan pengelolaan sumber daya alam hutan dan lingkungan hidup di sekitarnya, Pasal 4 ayat (1) UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan, Frasa “dikuasai” dalam Pasal tersebut tidak dimaknai “dimiliki”, akan tetapi negara sebagai otoritas yang sah secara yuridis konstitusional mendapatkan amanah berupa kewenangan untuk melakukan pengaturan agar tercipta kepastian hukum dan ketertiban sosial. Rumusan Pasal 4 ayat (2) UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan secara eksplisit menjelaskan kewajiban dan kewenangan suatu negara untuk mengatur sumber daya alam hutan.

Dalam Peraturan Pemerintah No. 44 tahun 2004 tentang Perencanaan Kehutanan, dinyatakan bahwa dalam menyelenggarakan pengukuhan kawasan hutan, Menteri menetapkan kriteria dan standar pengukuhan kawasan hutan. Berdasarkan kriteria dan standar pengukuhan kawasan hutan tersebut, gubernur menetapkan pedoman penyelenggaraan penataan batas. Selanjutnya berdasarkan pedoman penyelenggaraan penataan batas yang ditetapkan oleh gubernur, Bupati/Walikota menetapkan petunjuk pelaksanaan penataan batas dan bertanggung jawab atas penyelenggaraan tersebut di wilayahnya. Kriteria dan standar pengukuhan kawasan hutan telah diatur dalam Keputusan Menteri Kehutanan No. 32/Kpts-II/2001 tentang Kriteria dan Standar Pengukuhan Kawasan Hutan. Dalam perkembangannya, Keputusan Menteri ini dicabut dan diganti dengan Peraturan Menteri Kehutanan No: P.50/Menhut-II/2011 tentang Pengukuhan Kawasan Hutan. Selanjutnya, peraturan ini dicabut dan diganti dengan Peraturan Menteri Kehutanan No. P.44/Menhut-II/2012 tentang

<sup>18</sup> Edgar Bodenheimer, *Yurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, Massachusetts, 1962, h. 106.

Pengukuhan Kawasan Hutan, yang ditetapkan pada tanggal 11 Desember 2012 dan diundangkan tertanggal 12 Desember 2012.

Norma hukum yang dibuat oleh individu, yakni kekuasaan eksekutif dalam pengelolaan kawasan hutan memiliki otoritas yang sah secara konstitusional. Hal ini dikatakan oleh Hans Kelsen, seorang legal positivis bahwa negara yang mempunyai ketentuan “legal” dibayangkan sebagai seseorang. Para individu merupakan representasi dari organ negara yang membentuk hukum. Seorang individu yang menjadi organ negara hanya berarti bahwa tindakan-tindakan tertentu telah dilakukannya bermanfaat bagi negara, yakni menjadi rujukan bagi kesatuan ketentuan legal. Jika sebuah norma ketentuan legal diciptakan sesuai dengan perundang-undangan dari norma lain, maka individu yang menciptakan hukum adalah sebuah organ dari ketentuan legal, yakni organ negara.<sup>19</sup> Dengan demikian, individu dalam ranah publik (*decision maker*) sangat menentukan dalam setiap kebijaksanaan yang akan dibuatnya, termasuk kebijaksanaan dalam pengelolaan sumber daya alam dan lingkungan hidup kawasan hutan negara dan hutan adat oleh masyarakat hukum adat.

Ketentuan Pasal di dalam UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan sebelumnya dilakukan *judicial review* yakni Pasal 1 angka 3 UU Kehutanan. Dalam putusan MK No. 045/PUU-IX/2011 ini, mengabulkan permohonan pemohon untuk seluruhnya dengan menghapuskan frasa “ditunjuk dan atau” dalam Pasal 1 angka 3 UU Kehutanan. Implikasinya, penentuan kawasan hutan tidak hanya sekedar pada penunjukan kawasan hutan, tetapi juga dilakukan proses penataan batas, pemetaan dan penetapan kawasan hutan. Sebaliknya, dalam bagian akhir putusan, MK juga memberikan pertimbangan mengenai ketentuan peralihan dari UU Kehutanan, khususnya Pasal 81 yang menyatakan, “Kawasan hutan yang telah ditunjuk dan atau ditetapkan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, sebelum berlakunya undang-undang ini dinyatakan tetap berlaku berdasarkan undang-undang ini”, menurut Mahkamah, meskipun Pasal 1 “ditunjuk dan atau ditetapkan”, namun berlakunya untuk yang “ditunjuk dan atau ditetapkan” dalam Pasal 81 Undang-Undang Kehutanan tetap sah dan mengikat.

Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, Kementerian Kehutanan telah menerbitkan Surat Edaran Nomor: SE.3/MENHUT-II/2012,

<sup>19</sup> Hans Kelsen, *Dasar-Dasar Hukum Normatif, Prinsip-Prinsip Teoritis untuk Mewujudkan Keadilan dalam Hukum dan Politik*, terj.dari aslinya: *What is Justice? Justice, Politic, and Law in the Mirror of Science*, Cet. II., Bandung: Ujungberung, 2009, h. 335.

tanggal 3 Mei 2012, ditujukan kepada: (1) Gubernur di seluruh Indonesia; (2) Bupati/Walikota di seluruh Indonesia; dan (3) Kepala Dinas Provinsi, Kabupaten/Kota yang membidangi kehutanan, intinya menegaskan sebagai berikut:<sup>20</sup>

- 1) *Pasal 1 angka 3 UU Kehutanan menjadi: kawasan hutan adalah wilayah tertentu yang ditetapkan oleh pemerintah untuk dipertahankan keberadaannya sebagai hutan tetap;*
- 2) *Keputusan penunjukan kawasan hutan provinsi maupun parsial yang telah diterbitkan Menteri Kehutanan serta segala perbuatan hukum yang timbul dari berlakunya Undang-Undang No. 41 tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 19 tahun 2004 tetap sah dan mempunyai kekuatan hukum mengikat.*
- 3) *Keputusan Menteri tentang penunjukan kawasan hutan, baik provinsi maupun parsial yang diterbitkan Menteri Kehutanan setelah putusan Mahkamah Konstitusi tetap sah dan dimaknai sebagai penetapan awal dalam proses pengukuhan kawasan hutan sebagaimana Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 19 tahun 2004.*

Masyarakat hukum adat juga diberikan tempat untuk perlindungan hutan yang menjadi kawasannya, yakni hutan adat. Hal ini ditegaskan di dalam Peraturan Pemerintah No. 45 tahun 2004 tentang Perlindungan Hutan, Pasal 8 ayat (4). Perlindungan kawasan hutan oleh masyarakat adat dilaksanakan berdasarkan kearifan tradisional yang berlaku dalam masyarakat adat yang bersangkutan dengan pendampingan dari pemerintah, pemerintah provinsi, dan pemerintah kabupaten/kota.<sup>21</sup>

Hutan adat dalam kenyataannya berada dalam wilayah hak ulayat. Dalam wilayah hak ulayat, terdapat bagian-bagian tanah yang bukan hutan dapat berupa ladang penggembalaan, kuburan yang berfungsi untuk memenuhi kebutuhan umum, dan tanah-tanah yang dimiliki secara perseorangan berfungsi memenuhi kebutuhan perseorangan. Keberadaan hak perseorangan tidak bersifat mutlak, sewaktu-waktu haknya menipis dan menebal. Jika semakin menipis dan lenyap, akhirnya kembali menjadi kepunyaan bersama. Hubungan antara hak perseorangan dengan hak ulayat bersifat lentur. Hak

<sup>20</sup> Bambang Eko Supriyadi, *Hukum Agraria Kehutanan; Aspek Hukum Pertanahan dalam Pengelolaan Hutan Negara*, Ed. , Cet. I, Jakarta: Rajawali Pers, 2013, h. 72.

<sup>21</sup> Lihat: Peraturan Pemerintah No. 45 tahun 2004 tentang Perlindungan Hutan.

pengelolaan hutan adat berada pada masyarakat hukum adat, namun jika dalam perkembangannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan tidak ada lagi, maka hak pengelolaan hutan adat jatuh kepada Pemerintah. Wewenang hak ulayat dibatasi seberapa jauh isi dari wewenang hak perseorangan, sedangkan wewenang negara dibatasi sejauh isi dan wewenang hak ulayat.

Berdasarkan hal tersebut di atas, maka diatur hubungan antara hak menguasai negara dengan hutan negara, dan hak menguasai negara terhadap hutan adat. Terhadap hutan negara, negara mempunyai wewenang penuh untuk mengatur dan memutuskan persediaan, peruntukan, pemanfaatan, pengurusan serta hubungan-hubungan hukum yang terjadi di wilayah hutan negara. Kewenangan pengelolaan oleh negara di bidang kehutanan seharusnya diberikan kepada kementerian kehutanan. Adapun hutan adat, wewenang negara dibatasi sejauhmana isi wewenang yang tercakup dalam hutan adat. Hutan adat disebut juga hutan marga, hutan pertuanan, atau sebutan adat lainnya berada dalam cakupan hak ulayat, karena berada dalam satu kesatuan wilayah (ketunggalan wilayah) masyarakat hukum adat, yang peragaannya didasarkan atas kearifan-kearifan lokal (*local wisdom*) dan mempunyai suatu badan perurusan pusat yang berwibawa dalam seluruh lingkungan wilayahnya. Para warga suatu masyarakat hukum adat mempunyai hak membuka hutan ulayatnya untuk dikuasai dan diusahakan tanahnya bagi pemenuhan kebutuhan pribadi dan keluarganya. Dengan demikian, tidak dimungkinkan hak yang dipunyai oleh warga masyarakat hukum adat tersebut ditiadakan atau “dibekukan” sepanjang memenuhi syarat dalam cakupan pengertian kesatuan masyarakat hukum adat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945.

Setelah dilakukan pembedaan antara hutan negara, hutan hak (hutan perseorangan dan hutan adat/ulayat), MK memandang bahwa tidak dimungkinkan hutan hak berada dalam wilayah hutan negara, atau sebaliknya hutan negara dalam wilayah hutan hak sebagaimana dinyatakan Pasal 5 ayat (2) dan penjelasan Pasal 5 ayat (1) UU *a quo*, serta hutan ulayat dalam hutan negara, sehingga menjadi jelas status dan letak hutan ulayat dalam kaitannya dengan pengakuan dan perlindungan kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat yang dijamin oleh Pasal 18B ayat (2) UUD 1945. Dengan demikian, hutan berdasarkan statusnya dibedakan menjadi dua, yaitu hutan negara dan hutan hak. Adapun hutan hak dibedakan antara hutan adat dan hutan

perseorangan/badan hukum. Ketiga status hutan tersebut pada tingkatan yang tertinggi seluruhnya dikuasai oleh negara.

Masyarakat hukum adat telah menguasai tanah dan kekayaan-kekayaan alam di suatu wilayah jauh sebelum pembentukan negara. Penguasaan tradisional itu mendapatkan pengakuan dari komunitas-komunitas lainnya. Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) mendeskripsikan:

*Jauh sebelum konsep negara kerajaan atau kesultanan dikenal, diseluruh pelosok nusantara ini (sebagian menjadi wilayah Indonesia) telah hidup dan berkembang kesatuan-kesatuan sosial politik yang berdaulat. Mereka secara otonom mengatur dan mengurus dirinya serta mengelola tanah dan sumber daya alam lainnya di habitat masing-masing. Komunitas-komunitas ini telah mengembangkan aturan-aturan (hukum) dan juga sistem kelembagaan (sistem politik/pemerintahan) untuk menjaga keseimbangan antar warga di dalam komunitas tersebut dan juga antara komunitas tersebut dengan alam di sekitarnya. Sekelompok penduduk yang hidup berdasarkan asal-usul yang diwariskan oleh leluhurnya ini secara mendunia dikenal sebagai indigenous peoples dan di Indonesia dikenal dengan berbagai penyebutan dengan pemaknaan masing-masing, seperti Masyarakat Hukum Adat, penduduk asli, bangsa pribumi, umumnya memiliki perbedaan antara satu komunitas dengan komunitas lain di sekitarnya. Keragaman sistem lokal ini sering juga muncul pada satu suku atau etnis atau bahkan pada sub-suku yang sama umumnya juga memiliki bahasa dan sistem kepercayaan/agama asli.<sup>22</sup>*

Dalam ketentuan konstitusional tersebut, masyarakat hukum adat dikatakan sebagai subjek hukum harus mendapatkan pengakuan dan penghormatan yang memiliki hak, salah satunya hak untuk mengakses pengelolaan sumber daya alam dan lingkungan hidup kawasan hutan adat. Adapun dasar konstitusional terdapat di dalam Pasal 33 ayat (1), (2), (3) dan (4). Ketentuan tersebut sebagai dasar pengaturan dalam pengalokasian sumber-sumber kehidupan bangsa untuk kesejahteraan, termasuk di dalamnya sumber daya alam hutan. Dalam konteks kebijakan negara tersebut, terdapat tiga elemen terpenting, *pertama*, penguasaan negara terhadap cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak; *kedua*, penguasaan negara terhadap bumi (tanah) dan air dan kekayaan alam yang

<sup>22</sup> World Agroforestry Centre (ICRAF), Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), Forest Peoples Programme (FPP), Jakarta: Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), 2003, h. 3-4.

terkandung di dalamnya, termasuk hutan adat; *ketiga*, penguasaan negara terhadap sumber daya alam berupa hutan, dikelola dalam rangka mewujudkan kemakmuran rakyat semua golongan, termasuk masyarakat (hukum) adat yang secara konstitusional diakui keberadaannya.

Dalam perspektif regulasi, Undang-Undang Kehutanan tidak memiliki kejelasan untuk mendapatkan hak atas tanah ataupun hutan, yang di dalam UUD 1945 justru mendapatkan tempatnya. Kekosongan peran dan ketidakberadaan masyarakat hukum adat dibidang pertanahan dan kehutanan adat, akan menyebabkan hilangnya potensial dan hilangnya hak untuk mendapatkan sumber daya alam hutan sebagai penghidupannya. Fakta-fakta empiris yang dipaparkan oleh saksi-saksi pemohon, sudah jelas membuktikan bahwa masyarakat adat tidak mendapatkan tempat, sehingga seringkali mereka terjadi konflik, baik dengan pemerintah maupun swasta (perusahaan).

Konsekuensi logis dari negara untuk menguasai dan melakukan pengelolaan hutan adalah terciptanya kemakmuran rakyat. Kemakmuran rakyat dapat juga diartikan sebagai kebahagiaan rakyat, sebagaimana yang dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo, seorang begawan hukum penggagas hukum progresif, menyatakan bahwa hukum itu dibuat untuk menyejahterakan rakyatnya, bukan malahan untuk menyengsarakan rakyatnya.<sup>23</sup> Hal itu juga diperkuat oleh Jeremy Bentham,<sup>24</sup> seorang penganut konsep *utilitarianism* berkebangsaan Inggris yang menghendaki agar hukum atau peraturan itu memiliki tujuan untuk memperbesar kebahagiaan rakyat dan mengurangi penderitaan rakyat.

MK memandang bahwa UUD 1945 telah menjamin keberadaan kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang dalam pasal 18B ayat (2) UUD 1945, sekalipun disebut masyarakat hukum adat. Gambaran masyarakat hukum adat masa lalu untuk sebagian, kemungkinan besar telah mengalami perubahan pada masa sekarang. Bahkan, masyarakat hukum adat

<sup>23</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Cet. 2, Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2007, h. 11.

<sup>24</sup> Jeremy Bentham (1748-1832) adalah salah seorang penganut aliran utilitarianisme di Inggris dikenal sebagai pejuang yang gigih untuk hukum yang dikodifikasikan dan untuk merombak hukum Inggris yang baginya merupakan sesuatu yang kacau. Tujuan akhir dari perundang-undangan adalah untuk melayani kebahagiaan yang paling besar dari sejumlah terbesar rakyat. Kontribusi terbesarnya adalah di bidang kejahatan dan pidana. Dalilnya adalah bahwa manusia itu akan berbuat dengan cara sedemikian rupa sehingga ia mendapatkan kenikmatan yang sebesar-besarnya dan menekan serendah-rendahnya penderitaan. Standar penilaian etis yang dipakai disini adalah apakah suatu tindakan itu menghasilkan kebahagiaan. Lihat: Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cet. 6, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006, h. 275.

dengan hak ulayatnya diberbagai tempat, lebih-lebih di daerah perkotaan sudah mulai menipis dan ada yang sudah tidak ada lagi.

Dalam rangka pelestarian fungsi lingkungan hidup, dan pengelolaan serta perlindungan lingkungan hidup, negara (pemerintah pusat dan daerah) diberikan tugas dan kewenangan atas setiap kebijaksanaannya terhadap masyarakat hukum adat. Hal ini sebagaimana dinyatakan di dalam UU No. 32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup Pasal 63 ayat (1) huruf t,<sup>25</sup> ayat (2) huruf n,<sup>26</sup> dan ayat (3) huruf k.<sup>27</sup> Dengan demikian, terhadap beberapa perusahaan sebagaimana yang dipaparkan oleh saksi pemohon di depan majelis hakim konstitusi, wajib mendirikan Hutan Tanaman Industri, PT Ledo Lestari, melalui instrumen perizinan dengan terbitnya Keputusan Presiden, Keputusan Menteri Kehutanan ataupun surat keputusan yang dikeluarkan Bupati, telah menyebabkan penderitaan bagi masyarakat adat, yakni terganggu dan tidak mendapatkan akses sumber daya alam untuk penghidupannya. Jadi, penulis menganggap bahwa pemerintah setempat tunduk kepada pemodal dengan dalih investasi dan Pendapatan Asli Daerah, sehingga mengabaikan rasa keadilan masyarakat adat dan nilai-nilai kearifan lokal yang ada.

Berdasarkan keterangan saksi yang bernama Jilung, masyarakat (suku) Talang Mamak yang terletak di Riau, tepatnya di Kabupaten Indragiri Hulu masih memegang erat nilai-nilai kearifan lokal (*local wisdom*), yang berhubungan dengan *folklore*, mitos, nilai, norma, etika, interaksi sosial, struktur sosial, tata ruang, modal sosial, potensi sosial, konflik sosial, kelembagaan, pemerintahan adat, pola permukiman, alat dan teknologi. Dalam kesehariannya mereka selalu merujuk kepada apa yang telah diwariskan oleh leluhur sebelumnya. Warisan-warisan dari leluhur yang mereka sebut sebagai aturan adat ini yang mengatur semua lini kehidupan, mulai dari pesta kawin, menanam padi, membuka lahan, upacara kematian, memilih bibit, sampai menentukan hari baik untuk beraktivitas. Jika dilihat secara holistik, mereka memiliki pola pengaturan hidup secara turun-temurun, termasuk dalam pengelolaan sumber daya alam hutan adat.

<sup>25</sup> Berbunyi: "Menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup.

<sup>26</sup> Berbunyi: "Menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat provinsi.

<sup>27</sup> Berbunyi: "Menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat kabupaten/kota.

Tanah dan hutan bagi suku Talang Mamak merupakan bagian dari kehidupan yang tidak dapat dipisahkan, sejak ratusan tahun mereka hidup damai dan menyatu dengan alam. Mereka hidup dari mengumpulkan hasil hutan dan melakukan perladangan berpindah. Terdapat aturan adat mengenai sumber daya alam hutan, yakni:

- a. kawasan hutan adalah kawasan dengan kepemilikan komunal;
- b. kawasan pemukiman dan perkebunan adalah kawasan dengan kepemilikan pribadi yang diturunkan berdasarkan keturunan;
- c. kawasan sungai adalah kawasan yang kepemilikannya berkelompok;

Kepemilikan tanah perorangan diakui oleh masyarakat lain jika ada yang akan mengelola lahan yang belum ada pemiliknya, maka akan dianggap sebagai orang yang berhak atas lahan tersebut, dan akan diturunkan ke generasi berikutnya, jika akan mengelola lahan yang sudah pernah dikelola oleh penduduk lain akan diperbolehkan jika telah mendapatkan ijin dari pengelola sebelumnya dan berstatus pinjam pakai serta tidak ada proses jual beli antar komunitas.

Keberadaan Talang Mamak sejak dulu sangat bergantung pada hutan. Lingkungan tempat mereka hidup diatur melalui hukum adat dan keputusan pengelolaannya diatur oleh seorang patih yang merupakan simbol kekuasaan tertinggi talang mamak di bawah Kesultanan Indragiri. Terdapat pepatah kuno dalam masyarakat talang mamak: *"lebih baik mati anak, daripada mati adat"*. Hal itu seakan menunjukkan identitas talang mamak tak bisa lepas dari hutan yang dikelola dengan hukum adat.

Melihat kentalnya kearifan lokal yang dimiliki oleh masyarakat adat tersebut, Satjipto Rahardjo menegaskan bahwa karakter hukum yang sebenarnya dibutuhkan oleh bangsa Indonesia sebagai alat untuk mencapai tujuan nasional adalah hukum yang dapat mengakomodir sifat kemajemukan bangsa yang tersebar dari sabang sampai merauke dengan berbagai suku bangsa dengan otoritas-otoritas lokal tradisional yang otonom,<sup>28</sup> atau Satjipto Rahardjo mengistilahkan sebagai *peculiar form of social life*, sebagai simbol penghormatan yang mendalam terhadap hukum Indonesia asli yang hidup dan berkembang sebagai *the living law*.

<sup>28</sup> Satjipto Rahardjo, *Op.cit.*, h. 189-193.

Mahkamah akhirnya berkesimpulan bahwa kata “negara” dalam Pasal 1 angka 6 Undang-Undang No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sehingga berubah menjadi: *“Hutan adat adalah hutan yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat”*. Sedang pada Pasal 4 ayat (3) berubah menjadi *“Penguasaan hutan oleh negara tetap memperhatikan hak masyarakat hukum adat, sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia”*. Pasal 5 ayat (1) menjadi: *“Hutan negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a, tidak termasuk hutan adat”*. Terhadap Pasal 5 ayat (3) menghilangkan kata *“dan ayat 2”*, sehingga menjadi: *“Pemerintah menetapkan status hutan sebagaimana dimaksud pada ayat (1); dan hutan adat ditetapkan sepanjang menurut kenyataannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan masih ada dan diakui keberadaannya”*.

## KESIMPULAN

Berdasarkan hasil kajian, analisis dan pembahasan penulis terhadap putusan MK yang mengabulkan sebagian permohonan pemohon tentang hutan adat yang bukan merupakan hutan negara dan masyarakat adat memiliki kewenangan masyarakat adat dalam konteks pengelolaan sumber daya alam hutan adat. Kesatuan-kesatuan masyarakat tradisional/hukum adat (*indigenous people*) merupakan bagian dari ekosistem sumber daya alam hutan adat mengandung nilai-nilai kearifan lokal (*local wisdom*), sakral-spiritual, budaya lokal dan peraturan bersama (tidak tertulis) yang disepakati oleh komunitasnya memiliki hak untuk mengelola hutan adat, tanpa adanya intervensi dari negara ataupun swasta. Legalisasi perizinan oleh negara terhadap para pengusaha untuk membuka izin usaha dan dikelola sejumlah perusahaan di kawasan hutan adat bertujuan untuk menggeser hak masyarakat adat untuk bisa mengakses sumber daya alam hutan. Tentunya hal tersebut menciderai konstitusi dan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya masyarakat hukum adat yang kental dengan nilai-nilai kearifan lokal (*local wisdom*).

Masyarakat hukum adat memiliki relasi antara ekosistem sumber daya alam hutan, kearifan lokal (*local wisdom*) dan penjagaan terhadap lingkungan hidup. Dalam konteks penerapan prinsip-prinsip ekokrasi atas penguatan hak konstitusional masyarakat hukum adat sebagai *living law* atas pengelolaan hutan

adat secara yuridis konstitusional mendapatkan tempat, yakni di dalam UUD 1945, UU No. 5 tahun 1960, UU No. 41 tahun 1999, UU No. 32 tahun 2009, dan sejumlah perda yang mengakui eksistensi masyarakat hukum adat sebagai hukum yang hidup (*the living law*), untuk melakukan pengelolaan atau dikelola sendiri terhadap hutan adat berdasarkan kearifan lokal (*local wisdom*) yang dimilikinya sebagai peran serta masyarakat adat dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup sumber daya alam hutan.

## DAFTAR PUSTAKA

- Andiko, Untuk Apa Pluralisme Hukum? Konsep, regulasi, negosiasi dalam Konflik Agraria di Indonesia, dalam *Upaya Tiada Henti Mempromosikan Pluralisme dalam Hukum Agraria di Indonesia*, Ed. I, Cet. I, Jakarta: Epistema Institute-HuMa-Forest Peoples Programme, 2011.
- Barber, Charles V., *The State, the Environment and Development; the Genesis of Transformation of Social Forestry in New Order Indonesia*, Doctoral Dissertation of California University Berkeley, 1989.
- Bodenheimer, Edgar, *Yurisprudence; The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, Massachusetss, 1962.
- Helmi, *Hukum Perizinan Lingkungan Hidup*, Cet. I, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.
- Husni, Anang, *Hukum, Birokrasi dan Budaya*, Cet. I, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.
- Husodo, Siswono Yudo, *Menuju Welfare State, Kumpulan Tulisan tentang Kebangsaan, Ekonomi dan Politik*, Cet. 1, Jakarta: Baris Baru, 2009.
- Kelsen, Hans, *Dasar-Dasar Hukum Normatif, Prinsip-Prinsip Teoritis untuk Mewujudkan Keadilan dalam Hukum dan Politik*, terj.dari aslinya: *What is Justice? Justice, Politic, and Law in the Mirror of Science*, Cet. II., Bandung: Ujungberung, 2009.
- Laudjeng, Hedar, Legal Opinion terhadap UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan, dalam San Afri Awang (ed), *Inkonsistensi Undang-Undang Kehutanan*, Yogyakarta: Bayu Indra Grafika, 1999.
- Rahardjo, Satjpto, *Ilmu Hukum*, Cet. 6, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006.
- Rahardjo, Satjipto, *Membedah Hukum Progresif*, Cet. 2, Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2007.

- Roewiastoeti, Maria Rita, *Gerakan Reforma Agrarian Berbasis Masyarakat Suku-Suku Pribumi*, Jurnal Bina Desa Sadajiwa, Edisi khusus 35 tahun kelahirannya, Juni, 2010.
- Soekanto, Soerjono, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, Ed. I, Cet. 16, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006.
- Soekanto, Soerjono, *Hukum Adat Indonesia*, Ed. I, Cet. 9, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2008.
- Soepomo, R., *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1977.
- Supriyadi, Bambang Eko, *Hukum Agraria Kehutanan; Aspek Hukum Pertanahan dalam Pengelolaan Hutan Negara*, Ed. , Cet. I, Jakarta: Rajawali Pers, 2013.
- Utomo, Stefanus Laksanto, *Budaya Hukum Masyarakat Samin*, Ed. I, Cet. I, Bandung: PT Alumni, 2013.

# Hak Menolak Wajib Militer: Catatan atas RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara

**Robby Simamora**

Komisi Hubungan Antar Kepercayaan Keuskupan Padang  
Jl. Khairil Anwar No.12 Padang, 25118  
robby\_simamora@yahoo.co.id

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## **Abstrak**

Agenda wajib militer dalam RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara menuai kontroversi. Ketiadaan pengaturan perlindungan warga negara yang menolak mengikuti wajib militer karena alasan keyakinan dan hati nurani (*conscientious objection*) berpotensi menyebabkan kriminalisasi dan pelanggaran hak-hak asasi orang-orang tersebut (*conscientious objector*) ketika wajib militer jadi diberlakukan sebagaimana yang terjadi di negara lain. Jaminan atas perlindungan *conscientious objection* sebagai bagian dari hak-hak sipil dan politik adalah sebuah keniscayaan jika pemerintah hendak memberlakukan wajib militer, apa lagi Indonesia pernah mengakui keberadaan *conscientious objector* dalam sejarah wajib militernya.

**Kata Kunci:** Wajib Militer, Hak Asasi Manusia, *Conscientious Objection*.

## **Abstract**

*The military service agenda proposed Components of the National Defense Bill sows controversy. The absence of protection of citizens who exercised their right of conscientious objection to military service could potentially lead to violations of human rights if the military service must be implemented as it happens in other countries. Guarantee the protection of conscientious objection as part of the civil and political rights is a necessity if the government want to impose military service, considering Indonesia had acknowledged the existence of conscientious objector in the history of its military service policy.*

**Keywords:** Military service, Human Rights, *Conscientious Objection*

## PENDAHULUAN

Isu wajib militer adalah salah-satu topik perdebatan dalam RUU Komponen Cadangan Pertahanan Negara (RUU Komcad). Analisis pertahanan dari Universitas Indonesia, Dr. Andi Widjajanto dalam artikelnya *Komponen Cadangan Pertahanan Negara* (Media Indonesia, 1/4/2013) meminta RUU Komcad untuk tidak memiliterisasi sipil dan menerapkan wajib militer secara hati-hati dan selektif kepada warga negara. Kekhawatiran itu bukan tidak beralasan, di negara-negara yang memberlakukan wajib militer, terdapat kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia yang mendesak kita untuk meninjau ulang pengaturan wajib militer dalam RUU Komcad. Malaysia misalnya, mempunyai kebijakan wajib militer yang bernama Program Latihan Khidmat Negara. Dalam kurun waktu 2004-2008, tercatat 16 orang peserta wajib militer meninggal dunia karena sakit, keracunan makanan, dan kerasnya pelatihan. Kemudian, beberapa perempuan peserta wajib militer menjadi korban perkosaan dan pelecehan seksual yang dilakukan para pelatih wajib militer yang didominasi dari suku tertentu. Beberapa Peserta lainnya dipenjara bersama para tahanan kriminal selama enam bulan karena absen selama pelatihan dan mengundurkan diri. Seorang Peserta yang pertama dipenjara bernama Ahmad Hafizal hanya karena kesalahan teknis absensi pelatihan.<sup>1</sup>

Pelanggaran HAM dalam wajib militer juga mengingatkan kita akan kasus-kasus yang menimpa tokoh-tokoh besar di masa lampau. Sir Bertrand Russel (1872-1970), filosof, matematikawan, sastrawan, peraih Nobel Perdamaian dan Nobel Sastra, dipecat sebagai dosen di Universitas Cambridge dan dipenjara selama beberapa bulan karena menolak masuk wajib militer Inggris dan mengkampanyekan gerakan perdamaian selama perang dunia pertama.<sup>2</sup> Di Amerika Serikat, dalam kurun waktu 1969 sampai 1971 telah terjadi gelombang unjuk rasa menentang perang Vietnam yang diikuti jutaan orang termasuk prajurit yang pulang dari Vietnam dan bertekad menghentikan kekejaman perang tersebut. Para demonstran menolak masuk wajib militer untuk dikirim ke Vietnam. Langkah mereka ini mengkhawatirkan Pentagon dan memenjarakan mereka yang menolak berperang atau masuk dinas militer. Di antara mereka yang dipenjara adalah mantan petinju legendaris Muhammad Ali yang memperjuangkan keyakinannya. Kasus fenomenal ini telah memaksa ketentuan wajib militer bagi AS berubah menjadi sukarela. Namun perubahan ini

<sup>1</sup> *Studi Wajib Militer di Malaysia*, News Letter Media Reformasi Sektor Keamanan edisi VII/09/2008, diterbitkan oleh Aliansi Jurnalis Independen (AJI) bekerjasama dengan Institute for Defense, Security, and Peace Studies (IDSPS) dan Frederich Ebert Stiftung (FES), h.7.

<sup>2</sup> K. Bertens, *Etika*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2007, h.61.

masih terbatas pada wajib militer bagi sipil saja, tidak termasuk pada prajurit. Masalah kemudian bergulir saat invasi AS ke Irak pada 2003. Seorang prajurit bernama Abdullah Webster dipenjara selama 14 bulan karena menolak dikirim kembali ke perang Irak pada 2004. Ia telah menyaksikan kebrutalan perang tersebut saat pertama kali dikirim ke sana dan keyakinannya mengatakan ia harus berhenti terlibat. Amnesty International kemudian mengadvokasi prajurit beragama Islam tersebut berdasarkan hak warga negara untuk menolak dinas militer karena keyakinan (*conscientious objection*). Akhirnya ia dibebaskan.<sup>3</sup> Sampai saat ini masih terjadi kasus-kasus serupa di berbagai belahan dunia<sup>4</sup> dan telah menjadi keprihatinan masyarakat internasional.<sup>5</sup>

Ketiadaan pengaturan hak warga negara untuk menolak wajib militer berdasarkan keyakinan (*conscientious objection*) dalam kebijakan wajib militer rawan mengakibatkan terjadinya pelanggaran HAM. Wacana pemberlakuan wajib militer di Indonesia melalui RUU Komcad yang telah masuk Prolegnas sejak 2006, juga tidak mengatur mekanisme *conscientious objection*. Menurut RUU Komcad, warga negara yang telah berusia lebih dari 18 tahun, bekerja sebagai PNS, karyawan swasta, dan mantan prajurit TNI, wajib menjadi anggota komcad dan mengikuti pelatihan kemiliteran (Pasal 8 RUU Komcad). Anggota komcad tersebut dimasukkan ke dalam tiga matra TNI (AL,AD,AU) untuk dikerahkan ke medan perang sehingga memperbesar kekuatan TNI. Dengan demikian, status warga negara yang menjadi anggota komcad tersebut adalah kombatan dan tunduk pada ketentuan hukum militer dan hukum perang internasional (pasal 29 RUU Komcad).

Persoalan timbul, ketika ada warga negara yang menolak mengikuti wajib militer karena hati nurani dan keyakinannya melarang ia untuk terlibat dalam

<sup>3</sup> Joel Andreas, *Nafsu Perang: Sejarah Militerisme Amerika di Dunia*, diterjemahkan dari *Addicted to War: Why the U.S., Can't Kick Militarism* oleh penerjemah Tim Profetik, Jakarta: Penerbit Profetik, 2004, h.63.

<sup>4</sup> Program wajib militer Korea Selatan sampai Februari 2013 telah memenjarakan selama 18 bulan 100 orang yang menolak wajib militer karena alasan kepercayaan. Kasus tersebut akhirnya sampai ke pengadilan (Min-Kyu Jeong et al v Republic of Korea) setelah sebelumnya United Nations Human Rights Committee mengeluarkan peringatan agar pengadilan menerima permohonan para *conscientious objector* tersebut. Kasus-kasus serupa juga belakangan terjadi (dalam kurun pertengahan 2011 sampai Februari 2013) di Israel, Turki, Kolumbia, Inggris, Denmark, Finlandia, dan kasus tiga orang *conscientious objector* yang masih mendekam di penjara (Paulos Eyassu, Negede Teklemariam, dan Isaac Mogos dipenjara sejak 19 tahun lalu tepatnya pada 24 September 1994 di penjara camp militer Sawa, negara Eritrea). Atas kasus-kasus tersebut War Resisters' International, sebuah LSM internasional yang mengontrol kebijakan perang, mengajukan permohonan kepada United Nations Human Rights Office of the High Commissioner agar membuat laporan empat bulanan mengenai perkembangan *conscientious objection* di negara-negara untuk dibahas di sidang Dewan HAM PBB, lihat H. Brock, 19 Februari 2013, *WRI Makes Submission to OHCHR on Conscientious Objection to Military Service*, <http://www.wri-irg.org/node/21269>, diakses pada 15 April 2013.

<sup>5</sup> PBB telah mengeluarkan beberapa resolusi kepada negara-negara agar melindungi hak para *conscientious objector* (No.46/1987; No.59/1989; No.84/1993; No.83/1995; No.77/1998; No.45/2002; No.35/2004) sebagai hasil penafsiran atas Pasal 18 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik yang menjamin hak beragama dan berkeyakinan. PBB juga mempublikasikan laporan tahunan perkembangan pelaksanaan hak *conscientious objection* di negara-negara, lihat United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Conscientious Objection to Military Service*, New York: United Nations, 2012, h.18-20.

setiap bentuk kekerasan dan penggunaan senjata serta pembunuhan sebagaimana yang terjadi dalam kasus-kasus di atas. Orang-orang seperti itu tidak mendapatkan perlindungan yang memadai dan sering dijatuhi hukuman penjara dan berbagai bentuk tindakan persekusi lainnya. RUU Komcad melalui ketentuan pidananya<sup>6</sup> dengan ketiadaan pengaturan *conscientious objection*, memperbesar terjadinya peluang tersebut. Tulisan ini hendak memaparkan konsep hak *conscientious objection* sebagai bagian dari HAM dan bagaimana peluang dan tantangan implementasinya di komunitas internasional, terutama di Indonesia sebagai negara yang secara konstitusional mengenal kewajiban bela negara.

## PEMBAHASAN

### A. Istilah *Conscientious Objection*

Sejak pertengahan abad ke-19, terminologi *conscientious objection* sudah sering digunakan untuk menunjuk orang-orang yang menolak mengikuti wajib militer karena alasan hati nurani. Salah-satu publikasi mengenai *conscientious objection* pada masa itu adalah *New York Assembly Committee on the Militia and Public Defense Report No. 170*, 4 Maret 1841. Kata “conscience” dalam *Concise Oxford English Dictionary* (twelfth ed.) diartikan sebagai “Pendirian moral seseorang tentang benar dan salah.” *Conscientious objection* tidak hanya berlaku di bidang kemiliteran, tapi juga berbagai bidang profesi lain yang menuntut putusan moral seperti bidang hukum, medis, pengembangan teknologi nuklir untuk kepentingan pertahanan (dalam beberapa kasus terdapat ilmuwan yang berhenti untuk terlibat dalam program senjata nuklir karena sadar akan akibat kemanusiaan dari senjata nuklir yang diciptakannya<sup>7</sup>), dsb. Namun sejak awal abad ke-20, terminologi *conscientious objection* dalam bahasa inggris, digunakan khusus untuk merujuk pada sikap penolakan terhadap wajib militer berdasarkan pertimbangan hati nurani dan atau kepercayaan.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Pasal 38 ayat (1) RUU Komcad: Setiap orang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (1) dan (2) yang memenuhi persyaratan, dengan sengaja tidak mematuhi panggilan menjadi Anggota Komponen Cadangan tanpa alasan yang sah dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 tahun. Ayat (2), Setiap orang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (3) yang memenuhi persyaratan, dengan sengaja tidak mematuhi panggilan menjadi Anggota Komponen Cadangan tanpa alasan yang sah dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 bulan.

Pasal 41 ayat (1), Setiap Anggota Komponen Cadangan yang tidak melaksanakan dinas aktif pada saat latihan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 tanpa alasan yang sah dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 tahun. Ayat (2), Setiap Anggota Komponen Cadangan yang tidak melaksanakan penugasan pada saat mobilisasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 tanpa alasan yang sah dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 tahun. Ayat (3), Setiap Anggota Komponen Cadangan yang menolak perpanjangan masa bakti pada saat mobilisasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat (1) tanpa alasan yang sah dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 tahun.

<sup>7</sup> Salah-satu kasus yang terkenal adalah Thomas Grissom, fisikawan nuklir yang berhenti dari industri persenjataan nuklir Amerika Serikat pada tahun 1986 setelah bekerja selama 15 tahun. Nuraninya tergugah saat membaca buku sejarawan Arnold Toynbee yang mengatakan, “Bila orang mempersiapkan perang, sudah ada perang.” Lihat K Bertens, *Op.Cit.*, h.54.

<sup>8</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Op.Cit.*, h.2.

Di dalam Black's Law Dictionary Ninth Edition, *conscientious objector* didefinisikan sebagai: "A person who for moral or religious reasons is opposed to participating in any war, and who may be excused from military conscription but remains subject to serving in civil work for the nation's health, safety, or interest."<sup>9</sup> Dengan demikian dapat dikatakan *conscientious objection* adalah hak seseorang untuk menolak berpartisipasi dalam peperangan atau bergabung dalam pasukan tentara karena alasan moral atau agama, kemudian orang ini karena haknya itu ditugaskan oleh negara untuk mengerjakan pekerjaan sipil sebagai pengganti dinas militernya seperti pelayanan kesehatan publik, keselamatan, dan kerja-kerja sosial sejenis lainnya.

Senada dengan pengertian di atas, Pasal 1 Resolusi Komisi HAM PBB<sup>10</sup> No.77/1998 menyebutkan bahwa *conscientious objection* adalah hak setiap orang untuk menolak mengikuti dinas militer karena keberatan hati nurani. Hak ini merupakan bagian yang sah dari hak atas kebebasan berpikir, berhati nurani, dan beragama sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 18 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia dan Pasal 18 Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik. *Conscientious objection* yang lengkapnya disebut *conscientious objection to military service* (keberatan hati nurani untuk dinas militer) berasal dari prinsip-prinsip hati nurani, termasuk keyakinan yang timbul dari moral, etika, kemanusiaan atau motif agama. *Conscientious objection* atau keberatan hati nurani juga diakui bagi setiap orang yang sedang menjalankan dinas militer.<sup>11</sup>

Defenisi *conscientious objection* juga datang dari ahli hukum dan filsafat. Peter Rowe, guru besar hukum militer dan hukum humaniter di Universitas Lancaster, sepakat dengan dua defenisi di atas. Ia mengungkapkan bahwa penerapan wajib militer harus mengakomodir *conscientious objection* sebagai hak berkeyakinan dari setiap anggota angkatan bersenjata di samping hak beribadah, hak berkumpul dan berorganisasi sebagaimana yang dijamin instrumen-instrumen hak asasi manusia dan diakui dalam kebiasaan kemiliteran. Ketua Masyarakat Internasional untuk

<sup>9</sup> Bryan A. Garner (*Editor in Chief*), *Black's Law Dictionary Ninth Edition*, Texas: Thomson Reuters, 2009, h.567.

<sup>10</sup> Sejak tahun 2006, Komisi HAM PBB berubah nama menjadi Dewan HAM PBB melalui Resolusi 60/251 tertanggal 15 Maret 2006. Perubahan itu menyangkut a.l.: peningkatan status organ Dewan HAM menjadi salah-satu badan utama PBB (tidak berada di bawah Dewan Ekonomi Sosial lagi seperti Komisi HAM sebelumnya) yang setara dengan badan-badan utama PBB (Dewan Ekonomi Sosial, Dewan Keamanan, Majelis Umum, Sekretariat); pengurangan jumlah negara-negara anggota dari 54 menjadi 47 dan negara-negara anggota tersebut diwajibkan menerima pemeriksaan mengenai praktek penegakan HAM-nya oleh Dewan HAM; diadakan lebih banyak konferensi HAM. Tugas-tugas dan prosedur kerja Komisi HAM tetap dilanjutkan oleh Dewan HAM, dan segala keputusan-keputusan yang dikeluarkan pada masa Komisi HAM dinyatakan tetap berlaku dan mengikat. Lihat Rhona K.M. Smith et al., *Hukum Hak Asasi Manusia*, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM UII), Yogyakarta: 2008, h.176. Bdk. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Loc.Cit.*, h.18.

<sup>11</sup> United Nations High Commissioner For Human Rights, *Commission on Human Rights Resolution 1998/77: Conscientious Objection to Military Service*, Jenewa: 1998, dokumen resolusi diunduh dari <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca/> pada tanggal 15 April 2011.

Hukum Militer dan Hukum Perang itu juga menyatakan bahwa bagi tentara wajib militer (*conscript soldier*) yang menolak dinas militer karena alasan hati nurani, dapat memilih berbagai dinas pengganti militer yang bersifat nonperang (*non-combatant military service or civilian alternative service*). Jadi yang bersangkutan dapat menghindari dari kewajiban militernya.<sup>12</sup> Kees Bertens, guru besar filsafat dan etika di Universitas Atmajaya, menyatakan bahwa *conscientious objection* merupakan hak keberatan seseorang untuk memenuhi wajib militer sebagai salah-satu kewajibannya sebagai warga negara karena alasan hati nurani. Bertens menyebut orang itu sebagai *conscientious objector* (CO).<sup>13</sup>

## B. Sejarah *Conscientious Objection*

Jejak *conscientious objection* sudah ditemukan dalam teks-teks keagamaan di masa lampau. Dalam kitab Hindu Bhagavad Gita misalnya, dikisahkan tokoh Arjuna dan Khrisna menunggangi kuda menuju medan perang. Namun setiba di medan pertempuran, Arjuna menyaksikan sanak-saudaranya, guru-guru, dan para sahabat menjadi tentara yang akan dilawannya. Melihat kenyataan itu, ia pun merasa sedih dan putus asa. Ia tidak tega berperang melawan semua kerabatnya. Akhirnya, busur saktinya jatuh dari tangannya. Ia pun tersungkur di dalam kereta. “Saya tidak mau membunuh mereka, sekalipun saya sendiri yang dibunuh,” ungkap Arjuna. Kepada Khrisna yang berusaha membangkitkannya, ia berkata, “Setelah mereka mati, masakan kita ingin hidup lagi?”. Akhirnya ia memutuskan pulang. “Saya tidak akan berperang,” tegasnya.<sup>14</sup>

Kisah Arjuna di atas juga terjadi dalam lintasan sejarah perang-perang di barat. Tahun 295 M pada masa kerajaan Romawi, hiduplah seorang pemuda Kristen berusia 21 tahun bernama Maximilianus. Ayahnya adalah veteran tentara Romawi. Ketika Maximilianus dipanggil masuk tentara, ia menolak karena bertentangan dengan ajaran agamanya. Komandan militernya di Numidia menjadi murka. Namun Maximilianus tetap pada pendiriannya. Akhirnya ia pun dihukum mati. Gereja Katolik kemudian mengkanonisasinya sebagai Santo Maximilianus.<sup>15</sup> Kisah Santo Maximilianus menambah jumlah *conscientious objector* yang menderita karena dipenjarakan, bahkan dihukum mati karena mempertahankan keyakinannya.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Peter Rowe, *The Impact of Human Rights Law on Armed Force*, New York: Cambridge University Press, 2005, h.50-52.

<sup>13</sup> K.Bertens, *Op.Cit.*, h.61.

<sup>14</sup> *Ibid.*, h.55.

<sup>15</sup> Peter Brock, *Pacifism in Europe to 1914*, Princeton University Press, 1972, h.13., sebagaimana dikutip dalam United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Op.Cit.*, h.2.

<sup>16</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Loc.Cit.*

*Conscientious objection* diakui oleh negara seiring dengan kebijakan wajib militer yang cenderung bersifat sukarela. Pada awalnya *conscientious objection* diberikan kepada kelompok minoritas keagamaan pecinta damai. Saat perang kemerdekaan Belanda tahun 1575, para penganut Mennonite (salah-satu aliran Kristen Protestan yang melarang jemaatnya berperang) dibebastugaskan dari kewajiban militernya. Begitu juga yang terjadi dalam kurun perang revolusi Prancis sebagai negara yang pertama kali memperkenalkan strategi perang semesta yang melibatkan pasukan wajib militer sebagai kekuatan utama.<sup>17</sup>

Pada awal abad ke-20, saat Perang Dunia Pertama, muncul gerakan-gerakan *conscientious objection* dari berbagai kelompok religius di wilayah-wilayah persemakmuran Inggris, Kanada, Amerika Serikat, dsb. Khusus di Inggris, *conscientious objection* dijamin oleh badan-badan pengadilan yang bertugas memeriksa permohonan para *conscientious objector*, dan para *conscientious objector* itu diberikan tugas pengganti dalam bidang-bidang pelayanan publik, atau dapat dibebastugaskan secara total.<sup>18</sup> Tercatat lebih dari 16.000 *conscientious objector* di Inggris dan 4.000 di Amerika Serikat yang menolak masuk pasukan wajib militer selama PD I. Ketika perang berakhir, parlemen kemudian membantu pembebasan para *conscientious objector* yang dipenjara.<sup>19</sup>

*Conscientious objector* juga terdapat di berbagai belahan benua Eropa lainnya. Di Rusia, pada masa Tsar, orang-orang Mennonite diizinkan melakukan penghijauan, bekerja di rumah sakit dan mengoperasikan mobil-mobil ambulans sebagai ganti dinas militernya. Setelah revolusi Rusia 1917, pendiri Uni Soviet menerbitkan kebijakan yang mengizinkan para penolak wajib militer dari kalangan religius untuk melaksanakan tugas sipil pengganti. Walaupun kebijakan itu belum sepenuhnya terlaksana. Di Kanada, kaum Mennonite secara otomatis dikecualikan dari wajib militer selama PD I. Saat perang usai, Denmark menjadi negara pertama yang melindungi *conscientious objector* dalam hukum militernya. Tahun 1922, Finlandia memperkenalkan pilihan-pilihan dinas sipil pengganti wajib militer (*non-combatant military service*), meskipun aturan pidana desersi tetap diberlakukan.<sup>20</sup>

Sejak PD II, ketika pasukan wajib militer digunakan secara luas, permasalahan *conscientious objection* menjadi semakin mendesak khususnya di negara-negara

<sup>17</sup> *Ibid.*, h.3.

<sup>18</sup> Devi Prasad, *War is a Crime against Humanity: The Story of War Resisters' International*, War Resisters' International, London: 2005, h. 78., dikutip dalam *ibid.*, h.4.

<sup>19</sup> D. Prasad dan T. Smythe (editor), *Conscription: A World Survey – Compulsory Military Service and Resistance to It*, War Resisters' International, London: 1968, h.56., dikutip dalam *ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*, h.5.

yang mempunyai pasukan wajib militer. Banyak negara telah mengatur *conscientious objection* dalam legislasi nasional dan bahkan ada yang menjaminkannya dalam konstitusi. Ketika negara mengadopsi DUHAM dan ICCPR, maka permasalahan *conscientious objection* menjadi bagian yang serius dari persoalan hak-hak asasi manusia.<sup>21</sup>

### C. *Conscientious Objection* dalam Instrumen HAM Internasional

Berkaitan dengan praktek penerapan wajib militer di berbagai negara yang disertai dengan sanksi pidana (pemenjaraan, ancaman hukuman mati) dan tindakan persekusi bagi penolaknya, PBB menganggap ini merupakan pelanggaran hak-hak asasi manusia terutama hak untuk hidup, hak kebebasan dan keamanan seseorang, hak kebebasan berpikir, berkeyakinan dan hati nurani, serta beragama. Maka pada tahun 1960, Komisi HAM PBB melalui Sub Komisi Pemajuan dan Perlindungan HAM (Sub Komisi) telah memeriksa isu terkait hak penolakan terhadap wajib militer sebagai hak yang diakui sebagai bagian dari kebebasan beragama dan berkeyakinan yang tidak boleh didiskriminasi.<sup>22</sup>

Pada tahun 1970, isu tersebut disepakati Komisi HAM PBB (Komisi) dalam agenda pertemuan bertema “Peran Kaum Muda dalam Perlindungan dan Pemajuan Hak Asasi Manusia”, yang membahas soal hak penolakan terhadap dinas atau wajib militer. Pada tahun 1981, Sub Komisi menetapkan dua orang Pelapor Khusus yang menyelesaikan dan menyampaikan laporan final mereka pada tahun 1984. Laporan itu merekomendasikan a.l: Negara harus mengakui (melalui hukum): (a) Hak orang yang karena alasan ajaran agama, etika, moral, kemanusiaan atau keyakinan lain yang serupa dengan itu, menolak untuk melakukan dinas militer. Setidaknya negara harus menyampaikan hak penolakan tersebut kepada orang-orang yang memiliki keyakinan yang melarang mereka untuk mengambil bagian dalam dinas militer dalam keadaan apapun; (b) Mengingat pertimbangan penolak wajib militer bahwa di masa lalu penggunaan kekuatan militer sering kali digunakan untuk melancarkan agenda apartheid dan pembersihan etnis (*genosida*) serta untuk pendudukan wilayah asing secara tidak sah (*illegal occupation*), maka negara seharusnya mengakui hak orang-orang untuk dibebaskan dari dinas/wajib militer karena pengecamannya terhadap segala bentuk kekerasan dan pelanggaran HAM yang diakibatkan perang; Negara juga harus menghormati hak

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Rachel Taylor dan Kasper Jon Larsen, *References to Conscientious Objection in the Documents Submitted to Resolution of the UN Commission on Human Rights*, Jenewa: Quaker United Nations Office, 2004, h.7.

orang untuk dibebaskan dari kewajiban bergabung dalam angkatan bersenjata karena pengecamannya terhadap penggunaan senjata pemusnah massal dan penggunaan senjata lainnya yang dilarang hukum internasional yang menyebabkan penderitaan yang tidak semestinya.<sup>23</sup>

Selanjutnya, tahun 1987, Komisi mengadopsi resolusi 1987/46 yang menyerukan negara-negara agar mengakui hak penolakan terhadap wajib militer dengan pertimbangan penghormatan terhadap hak kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama. Kemudian pada tahun 1989, hak penolakan terhadap wajib militer diakui Komisi dalam resolusi 1989/59 yang menyerukan agar negara membuat undang-undang yang bertujuan membebaskan *conscientious objector* dari dinas militer sehingga hak-hak asasinya terlindungi.<sup>24</sup>

Komisi berpandangan bahwa hak penolakan terhadap wajib militer berdasarkan artikel 3 dan 18 DUHAM terkait hak untuk hidup, kebebasan dan keamanan orang, kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama. Tahun 1993, dalam resolusi 1993/84, Komisi mengingatkan negara-negara yang memiliki sistem wajib militer agar membuat berbagai bentuk dinas pengganti bagi penolak wajib militer dan menekankan bentuk-bentuk dinas pengganti tersebut ditujukan kepada penduduk sipil nonkombatan untuk kepentingan publik dan ini bukan merupakan bentuk penghukuman.

Westerman v. The Netherlands, salah-satu kasus *conscientious objection*, Komite HAM PBB (Komite) mengeluarkan Komentar Umum No.22/1993 yang mengevaluasi penerapan ICCPR khususnya hak kemerdekaan berpikir, beragama, dan berhati nurani. Paragraf 11 Komentar Umum itu berbunyi:<sup>25</sup>

*"The Covenant does not explicitly refer to a right to conscientious objection, but the Committee believes that such a right can be derived from article 18, in as much as the obligation to use lethal force may seriously conflict with the freedom of conscience and the right to manifest one's religion or belief."*

Komite menyatakan bahwa kewajiban warga negara dalam berbagai bentuk penggunaan kekuatan bersenjata dapat menimbulkan masalah *conscientious objection* yang harus disediakan mekanisme komplainnya. Ini terjadi dalam kasus Westerman v. The Netherlands. Komite menegaskan bahwa jaminan atas

<sup>23</sup> *Ibid*

<sup>24</sup> *Ibid.*, h.8.

<sup>25</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Op.Cit.*, h.10

hak *conscientious objection* mesti dipastikan dalam berbagai bentuk kewajiban penggunaan kekuatan bersenjata. Kasus Westerman telah menciptakan istilah “total objector” yang berarti bahwa orang tidak hanya berhak menolak bergabung dalam berbagai bidang kemiliteran yang menggunakan kekuatan bersenjata, tetapi juga berbagai bidang kemiliteran lain termasuk dalam tugas-tugas non-kombatan. Westerman yang permohonannya telah ditolak pemerintah dan dipenjarakan selama sembilan bulan karena tidak mau mengenakan seragam militer dan mematuhi perintah-perintah kemiliteran, seharusnya ia diakui sebagai seorang *conscientious objector/CO*.<sup>26</sup>

Pada tahun 1995, Komisi HAM PBB di dalam resolusi 1995/83, juga menaruh perhatian terhadap hak setiap orang untuk memiliki hak penolakan terhadap wajib militer sebagai bagian yang sah dari kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama sebagaimana yang dijamin dalam artikel 18 DUHAM dan artikel 18 ICCPR. Komisi semakin meneguhkan perlindungan atas hak penolakan terhadap wajib militer (*conscientious objection*) melalui resolusi 1998/77 yang dikeluarkan pada tanggal 22 April 1998 pada rapat Komisi ke-58.

Resolusi 1998/77 menyebutkan bahwa *conscientious objection* merupakan bagian yang sah dari hak kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama, dan menyadari bahwa orang-orang yang mengikuti dinas militer boleh mengembangkan *conscientious objection*. Komisi menghimbau negara-negara<sup>27</sup> agar menetapkan badan-badan pembuat keputusan yang independen dan tidak berat sebelah (imparsial) dengan tugas menentukan apakah sebuah *conscientious objection* benar-benar dilaksanakan dan memperhatikan kebutuhan para *conscientious objector/CO* serta tidak mendiskriminasi mereka.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Amerika Serikat, misalnya, telah mengatur pelayanan konseling dan tata cara memperoleh *conscientious objection* serta dinas sipil pengganti bagi tentara dan penduduk sipil A.S., yang hendak menjadi *conscientious objector* sebagaimana yang diatur dalam *Department of Defense Instruction Number 1300.06 Subject to Conscientious Objectors*, tertanggal 5 Mei 2007. Dokumen dapat diunduh di *DoD Instruction 1300.06 Conscientious Objectors* 5 May 2007, <http://girrightshotline.org/en/military-knowledge-base/regulation/conscientious-objection-discharge/01-department-of-defense>, diakses pada 11 Juli 2013. Di Bulgaria pada tahun 1990, sekelompok warga negara penganut Saksi Jehovah (*Jehovah Witness*) dihukum penjara karena menolak masuk wajib militer. Pengadilan HAM Eropa kemudian mengadili kasus tersebut dan memutuskan membebaskan para *conscientious objector* tersebut. Sebagai gantinya, mereka melakukan dinas sipil alternatif di bawah ketentuan administrasi sipil Bulgaria. Pelaksanaan dinas sipil ini dilakukan dengan jangka waktu yang sama dengan masa wajib militer sebagaimana yang diatur dalam UU Wajib Militer Bulgaria yang telah direvisi sejak tahun 1991 guna mengkomodir putusan Pengadilan HAM Eropa tersebut. Atas putusan pengadilan tersebut, Komite Menteri-menteri Dewan Eropa mengeluarkan Rekomendasi No.R (67) 8 dan Rekomendasi Majelis Parlemen Dewan Eropa No.1518 tahun 2001 tentang Hak *Conscientious Objection* yang membebaskan para *conscientious objector* dari kewajiban dinas militernya dan sebagai gantinya melakukan dinas sipil alternatif seperti kerja-kerja sosial dan pelayanan publik dan apabila masih terjadi sengketa antara negara anggota dengan warga negaranya yang menjadi *conscientious objector*, maka dapat menempuh jalur Pengadilan HAM Eropa. Lihat Bhatara Ibnu Reza, *Wajib Militer: Perspektif Hak Asasi Manusia*, dalam Beni Sukardis (editor) et al., *Pertahanan Semesta dan Wajib Militer: Pengalaman Indonesia dan Negara Lain*, Jakarta: Lembaga Studi Pertahanan dan Studi Strategis Indonesia (LESPERSSI) dan *The Geneva Centre for The Democratic Control of Armed Force (DCAF)*, 2008, h.100.

<sup>28</sup> Bdk. Rachel Taylor dan Kasper Jon Larsen, *Op.Cit.*, h.8

Pasal 5 dan Pasal 6 Resolusi 1998/77 menekankan agar negara harus mengambil setiap tindakan yang perlu untuk menahan diri dari pengecaman dan penghukuman terhadap para CO karena pengabaian terhadap wamil. Ini untuk menjamin perlindungan hak-hak ekonomi, sosial, budaya, sipil, dan politik warga negara. Pasal 4 Resolusi menghimbau negara-negara penerap wajib militer yang belum mengatur *conscientious objection* agar para *conscientious objector* diberikan berbagai alternatif dinas pengganti wajib militer (*alternative civilian service*) untuk kepentingan publik seperti kerja-kerja sosial dan pelayanan publik yang sesuai bagi CO dan ini bukanlah sebagai bentuk penghukuman.

Dalam situasi di mana para CO terpaksa meninggalkan negaranya karena ancaman penghukuman oleh pemerintah setempat, atau karena ketakutan dari tindakan persekusi atau penyiksaan karena penolakan wajib militer mereka, sedangkan di negara yang bersangkutan tidak ada mekanisme pengaturan *conscientious objection*, maka Resolusi 1998/77 mendorong negara-negara lain untuk memberikan suaka (*granting asylum*) bagi para CO tersebut dengan mengacu kepada Konvensi 1951 tentang Status Pengungsi yang juga menjadi salah-satu landasan yuridis Resolusi (Pasal 7 Resolusi).

Resolusi 77/1998 juga merekomendasikan agar negara penerap wajib militer menyediakan informasi mengenai status CO serta cara-cara atau persyaratan untuk memperoleh status tersebut kepada semua orang yang dikenakan wajib militer termasuk di dalam angkatan bersenjata. Dan individu diizinkan untuk mendaftarkan dirinya sebagai CO setiap waktu baik sebelum, selama, atau sesudah mereka melaksanakan wajib militer atau pelaksanaan dinas militer (Pasal 8 Resolusi).

#### **D. Problem *Conscientious Objection* di Indonesia**

Indonesia memiliki sejarah yang panjang dengan wajib militer karena amat terkait dengan sejarah perjuangan kemerdekaan Indonesia dan doktrin pertahanan semesta sebagaimana yang termaktub dalam UUD 1945. Namun dalam sejarah wajib militer itu belum ditemukan jejak *conscientious objection* yang berarti mengingat kuatnya konsepsi wajib bela negara dalam doktrin pertahanan semesta sehingga perdebatan seputar *conscientious objection* kurang mendapat tempat. Namun secara tak terduga, dalam UU No.66/1958 tentang Wajib Militer ada satu Pasal yang mengatur *conscientious objection* yang luput dari pengamatan kita. Diperlukan penelitian mendalam mengenai asal-usul Pasal *conscientious*

*objection* tersebut dan penulis akan menyinggungnya dalam pembahasan berikut ini. Terlebih dahulu akan dipaparkan latar belakang wajib militer di Indonesia dan konsepsi wajib bela negara dalam doktrin pertahanan semesta sehingga akan tampak benturan doktrin pertahanan semesta dengan *conscientious objection* serta pandangan yang berusaha mengatasi benturan tersebut.

## 1. Wajib Militer di Indonesia

Wajib Militer merupakan salah-satu wujud kewajiban warga negara dalam membela negara untuk mempertahankan kedaulatan negara sebagaimana diamanatkan Konstitusi. Landasan filosofis pemberlakuan wajib militer bagi warga negara Indonesia adalah<sup>29</sup> pertama, Pertahanan Semesta Indonesia yang terbentuk dari kemanunggalan antara angkatan bersenjata dengan rakyat; Kedua, setiap warga negara wajib ikut serta dalam pembelaan negaranya; dan Ketiga, adagium dalam dunia kemiliteran: *si vis pacem para bellum*. Berikut uraiannya.

### a. Pertahanan Semesta

Pertahanan semesta pertama kali dipraktikkan di Prancis sejak Revolusi Prancis tahun 1789 di bawah kepemimpinan seorang perwira angkatan darat Prancis bernama Napoleon Bonaparte yang kemudian menjadi Kaisar Prancis pada akhir abad ke-18 hingga awal abad ke-19. Dalam revolusi itu, berkembang dengan pesat rasa kebangsaan rakyat Prancis yang melakukan pemberontakan terhadap kekuasaan kaum bangsawan yang telah menekan mereka dengan berbagai peraturan dan akhirnya rakyat Prancis berhasil merebut kekuasaan dengan semboyan kemerdekaan (*liberte*), persamaan (*egalite*), dan persaudaraan (*fraternite*). Kemudian, para raja dan bangsawan di negara tetangga Prancis berusaha membantu sesamanya dengan menyerang Prancis, lalu rasa kebangsaan rakyat Prancis bangkit dan mereka secara sukarela membentuk pasukan-pasukan perlawanan. Dalam masa perlawanan itulah sosok Napoleon Bonaparte menonjol karena ambisinya yang kuat disertai kecakapan dan kecerdasan, mendorongnya untuk merebut kepemimpinan bangsa Prancis yang sedang dikepung tentara kaum bangsawan. Rakyat Prancis kemudian memilih Napoleon menjadi konsul dan akhirnya menjadi pimpinan negara. Napoleon lalu menyusun tentara Prancis untuk tidak hanya bertahan

<sup>29</sup> A.Ridwan Halim, *Evaluasi Kuliah Filsafat Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1987, h.226

terhadap serangan tentara bangsawan, tetapi balik menyerang dengan memanfaatkan semangat kebangsaan rakyatnya yang sedang memuncak. Ia tidak hanya berhasil mengalahkan lawannya tetapi juga berhasil merebut kekuasaan negara tetangganya dan ia juga berambisi menguasai seluruh Eropa dari Prancis di pantai barat hingga Rusia di bagian timur. Untuk mewujudkan ambisinya itu, Napoleon membangun kekuatan pertahanan yang mewajibkan setiap laki-laki warga negara Prancis di atas umur 18 tahun sampai batas yang disesuaikan untuk menjalani dinas atau wajib militer selama waktu tertentu.<sup>30</sup> Itu adalah konsep dinas wajib militer pertama di mana rakyat berperan dalam pertahanan negara.<sup>31</sup>

Pengalaman kemenangan negara-negara lain yang berperang dengan melibatkan segenap rakyatnya melalui strategi perang yang bersifat semesta<sup>32</sup> sebagaimana pengalaman Cina mengalahkan Jepang, Uni Soviet mengalahkan Jerman, pada Perang Dunia II, dan Vietnam mengalahkan Amerika Serikat pada 1975, telah menginspirasi para pimpinan TNI pada awal tahun 1960 untuk menetapkan doktrin pertahanan yang dinamakan Perang Rakyat Semesta. Pada tahun 1970 doktrin itu diubah menjadi Doktrin Pertahanan Keamanan Rakyat Semesta atau Doktrin Pertahanan Rakyat Semesta. Pengalaman kesuksesan perang kemerdekaan Indonesia melawan Belanda dengan menggunakan strategi perang yang bersifat semesta tersebut juga semakin mengukuhkan Doktrin Pertahanan Rakyat Semesta (Hanrata).<sup>33</sup>

Buku Putih Pertahanan tahun 2008 mendefinisikan pertahanan semesta adalah<sup>34</sup> sistem pertahanan negara yang penyelenggaraannya didasarkan pada kesadaran akan hak dan kewajiban seluruh warga negara serta keyakinan pada kekuatan sendiri untuk mempertahankan kelangsungan hidup bangsa dan negara Indonesia yang merdeka dan berdaulat. Kesemestaan mengandung makna pelibatan seluruh rakyat dan segenap sumber daya nasional, sarana, prasarana nasional, serta

<sup>30</sup> Pada tahun 2001 Prancis menghapuskan program wajib militernya kemudian disusul Spanyol dan Itali serta Portugal pada 2002 karena agenda *Peace Devident* Uni Eropa yang hendak mengurangi angkatan bersenjata untuk peningkatan demokratisasi. Lihat Eric Hendra, *Kontroversi Konsepsi Bela Negara: Komponen Cadangan Pertahanan dan Wajib Militer dalam Perspektif Masyarakat Sipil Indonesia*, dalam Beni Sukardis (editor) et al., *Op.Cit.*, h.75

<sup>31</sup> Letjen TNI (Purn) Sayidiman Suryohadiprojo, *Si Vis Pacem Para Bellum: Membangun Pertahanan Negara yang Modern dan Efektif*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, 2005, h.32

<sup>32</sup> Perang yang bersifat semesta membawa seluruh bangsa turut serta dalam pertahanan negara, baik kombatan maupun penduduk sipil seperti petani, buruh pabrik, pegawai kantor, dll. Lihat *Ibid.*, h.43

<sup>33</sup> *Ibid.*, h.44

<sup>34</sup> Departemen Pertahanan Republik Indonesia, *Buku Putih Pertahanan Indonesia 2008*, Jakarta: 2008, h.45

seluruh wilayah negara Indonesia sebagai satu kesatuan pertahanan yang utuh dan menyeluruh. Sistem pertahanan negara yang bersifat semesta itu bercirikan kerakyatan, kesemestaan, dan kewilayahan. Ciri kerakyatan mengandung makna bahwa orientasi pertahanan diabdikan oleh dan untuk kepentingan seluruh rakyat. Ciri kerakyatan tersebut juga bermakna bahwa keikutsertaan seluruh rakyat warga negara sesuai dengan kemampuan dan keahliannya dalam komponen kekuatan pertahanan keamanan nasional.<sup>35</sup> Ciri kesemestaan mengandung makna bahwa seluruh sumber daya nasional didayagunakan bagi upaya pertahanan. Ciri kewilayahan merupakan gelar kekuatan pertahanan yang tersebar di seluruh wilayah NKRI, sesuai dengan kondisi geografis sebagai satu kesatuan pertahanan.<sup>36</sup>

Buku Putih Pertahanan juga menyebutkan bahwa upaya pertahanan yang bersifat semesta adalah model yang dikembangkan berdasarkan pertimbangan strategis bukan karena alasan ketidakmampuan dalam membangun pertahanan modern. Meskipun Indonesia telah mencapai tingkat kemajuan yang cukup tinggi, model tersebut tetap dikembangkan dengan menempatkan warga negara sebagai subjek pertahanan negara sesuai dengan perannya masing-masing.<sup>37</sup>

## 2. Kewajiban Bela Negara

Pertimbangan filosofis yang kedua terkait pemberlakuan wajib militer adalah pelaksanaan salah-satu kewajiban warga negara, yaitu kewajiban bela negara. Hukum positif memberikan hak-hak kepada orang dan sekaligus mengenakan kewajiban-kewajiban yang dapat dipaksakan pemenuhannya,<sup>38</sup> baik kewajiban-kewajiban konstitusional sebagai warga negara Indonesia maupun kewajiban sebagai manusia sebagaimana ditegaskan Moh. Mahfud MD. Lebih lanjut, Prof. Mahfud menjelaskan, sebagai warga negara, mereka dituntut untuk memiliki rasa kebangsaan (nasionalisme) atau rasa cinta yang mendalam terhadap tanah air sehingga harus siap membela dan berkorban demi kelangsungannya. Dengan demikian, ada prestasi timbal balik antara perlindungan atas hak-hak yang diberikan oleh negara serta kesediaan untuk berkorban bagi

<sup>35</sup> Brigjen (Purn). T.Suwardi,dkk, *Materi Pokok Pendidikan Kewiraan*, Universitas Terbuka, 1993, h.164

<sup>36</sup> Departemen Pertahanan Republik Indonesia, *Loc.Cit*

<sup>37</sup> *Ibid*

<sup>38</sup> J. van Kan dan J. H. Beekhuis, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pustaka Sardjana, 1961, h.200.

kelangsungan bangsa dan negara yang terwujud dalam Pasal 27 ayat (3) UUD 1945 tentang kewajiban warga negara untuk membela negara.<sup>39</sup>

Hans Kelsen menyebutkan bahwa tatanan hukum nasional menjadikan status kewarganegaraan sebagai kondisi dari hak dan kewajiban tertentu. Menurut Kelsen, di antara kewajiban tersebut, satu kewajiban yang cukup kontroversi yang dibebankan kepada warga negara yaitu kewajiban untuk menjalani dinas atau wajib militer.<sup>40</sup> Ia menjadi kontroversi, menurut Kelsen, karena akan bertubrukan dengan sistem norma moral lain yang melarang orang terlibat dalam setiap bentuk penggunaan senjata.<sup>41</sup>

Gubernur Lemhanas Profesor Budi Susilo Soepandji menyebutkan bahwa pelibatan penduduk sipil dalam usaha pertahanan dimaknai sebagai hak dan kewajiban warga negara Indonesia untuk membela dan mempertahankan kemerdekaan dan kedaulatan negara, keutuhan wilayah, dan keselamatan bangsa dari segala ancaman yang harus dilaksanakan dengan kesadaran akan hak dan kewajiban warga negara.<sup>42</sup>

Lebih lanjut Prof. Budi Susilo Soepandji menyebutkan bahwa usaha pertahanan negara dalam membela dan mempertahankan kemerdekaan dan kedaulatan negara dari segala ancaman yang dapat dibagi menjadi dua jenis ancaman, yaitu ancaman militer dan nonmiliter. Ancaman militer adalah ancaman dengan menggunakan kekuatan bersenjata yang terorganisir yang dapat membahayakan kedaulatan negara, keutuhan wilayah negara, dan keselamatan segenap bangsa. Ancaman militer dapat berupa agresi, pelanggaran wilayah, gerakan separatis, pemberontakan bersenjata, ancaman terorisme, ancaman keamanan laut dan udara, hingga konflik komunal yang berkembang meluas hingga mengancam keselamatan bangsa. Sedangkan ancaman nonmiliter adalah ancaman yang menggunakan faktor-faktor nonmiliter yang dapat membahayakan kedaulatan negara, keutuhan wilayah negara dan keselamatan segenap bangsa. Ancaman nonmiliter ini dapat berdimensi ideologi, politik, ekonomi, dan sosial budaya, serta informasi dan teknologi, serta keselamatan umum seperti bencana alam, kerusakan sosial hingga konflik horizontal yang berdimensi SARA.

<sup>39</sup> Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajawali Pers, 2009, h.247.

<sup>40</sup> Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Bandung: Nusa Media, 2010, h.332-333. Diterjemahkan dari Hans Kelsen, 1961, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York: Russell & Russell.

<sup>41</sup> *Ibid.*, h.526.

<sup>42</sup> Kolonel CPL Jan Pieter Ate, dalam Beni Sukardis (editor) et al., *Op.Cit.*, h.46

Khusus untuk menghadapi ancaman militer, sistem pertahanan semesta menempatkan Tentara Nasional Indonesia (TNI) sebagai komponen utama dengan didukung oleh komponen cadangan dan komponen pendukung yang terdiri dari warga negara, sumber daya alam, sumber daya buatan, dan sarana dan prasarana nasional. Komponen Cadangan dan Komponen Pendukung tersebut dibentuk dan dipersiapkan untuk dikerahkan guna memperbesar dan memperkuat kekuatan dan kemampuan TNI dalam menghadapi ancaman militer yang mengancam kedaulatan negara tersebut.<sup>43</sup>

### 3. *Si Vis Pacem Para Bellum*

Landasan filosofis yang ketiga terkait penerapan wajib militer di Indonesia adalah adagium *si vis pacem para bellum* yang secara harfiah berarti, siapa yang cinta damai harus siap berperang. Namun, maksud adagium ini sebenarnya adalah, tiada jalan lain selain berjuang tanpa kenal lelah<sup>44</sup> terutama dalam mewujudkan perdamaian.<sup>45</sup> Jadi penyelenggaraan pertahanan negara menurut Buku Doktrin Pertahanan Negara yang diterbitkan Kementerian Pertahanan Negara RI pada dasarnya tidak ditujukan untuk perang, tetapi untuk mewujudkan perdamaian, menjamin keutuhan NKRI, mengamankan kepentingan nasional, serta menjamin terlaksananya pembangunan nasional.<sup>46</sup>

Perang terjadi akibat kegagalan upaya pertahanan. Untuk mewujudkan perdamaian, negara harus membangun kekuatan serta memelihara kesiapsiagaan yang memiliki efek penangkalan yang disegani pihak lawan. Indonesia menganut prinsip *Si Vis Pacem Para Bellum*, yakni untuk memelihara kondisi damai, negara membangun kemampuan pertahanan yang kuat yang berdaya tangkal tinggi. Daya tangkal bangsa dan negara bersandar pada Sistem Pertahanan Semesta yang diselenggarakan melalui pertahanan militer dan pertahanan nirmiliter.<sup>47</sup>

Inti pertahanan nirmiliter adalah pemberdayaan sumber daya nasional yang meliputi fungsi kekuatan pertahanan nirmiliter dalam kerangka menghadapi ancaman militer, yakni dalam wujud Komponen

<sup>43</sup> *Ibid.*, h.49

<sup>44</sup> A.Ridwan Halim, *Op.Cit*

<sup>45</sup> Departemen Pertahanan Republik Indonesia, *Peraturan Menteri Pertahanan Nomor:Per/23/M/XII/2007 tentang Doktrin Pertahanan Negara Republik Indonesia*, Jakarta: 2007, h.45

<sup>46</sup> *Ibid*

<sup>47</sup> *Ibid*

Cadangan dan Komponen Pendukung, serta dalam kerangka pertahanan sipil untuk menghadapi ancaman nirmiliter sesuai dengan lingkup fungsi dan kewenangan instansi pemerintah di luar bidang pertahanan.<sup>48</sup>

Jadi, sebagaimana yang disebutkan guru besar Hukum Humaniter dan Hukum Militer Universitas Lancaster Prof. Peter Rowe, secara filosofis, semua warga negara dapat ikut serta dalam angkatan bersenjata sesuai dengan persyaratan (kualifikasi tertentu yang harus dipenuhi) yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.<sup>49</sup>

Sejarah wajib militer di Indonesia sejalan dengan sejarah perjuangan kemerdekaan bangsa Indonesia. Pada masa itu rakyat menjadi elemen pendukung dalam angkatan bersenjata Indonesia dalam memperjuangkan kemerdekaan dari penjajah pada masa itu.<sup>50</sup> Ketika Konferensi Tentara Keamanan Rakyat di Markas TKR Yogyakarta, 12 November 1945, Panglima Besar Jenderal Soedirman menyatakan,<sup>51</sup> “*Negara Indonesia tidak tjukup dipertahankan oleh tentara sadja, maka perlu sekali mengadakan kerdja sama jang seerat-eratnja dengan golongan serta badan-badan di luar tentara.*” Pernyataan Panglima Besar Soedirman itu memiliki landasan historisnya berkaitan dengan pelibatan rakyat dalam pertahanan negara dari masa ke masa dalam mempertahankan kemerdekaan dan kedaulatan bangsa Indonesia.

Konsepsi pertahanan dan wajib militer di Indonesia belum memberi ruang bagi jaminan atas hak warga negara untuk menolak wajib militer berdasarkan keyakinan dan hati nurani (*conscientious objection*). Namun sebenarnya dalam sejarah wajib militer di Indonesia, pernah ada pengaturan *conscientious objection* secara implisit dalam Undang-Undang Wajib Militer No.66 Tahun 1958. Penolakan warga negara terhadap wajib militer dalam UU ini juga mencakup alasan kesehatan, pendidikan, dsb. Telah diatur pula mekanisme penolakan atau banding terhadap putusan penyaringan peserta wajib militer. Tidak hanya itu, UU ini juga memberlakukan wajib militer bagi kaum perempuan dengan sukarela sehingga ia jauh lebih progresif dari RUU Komcad.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Tim Imparsial, *Reformasi di Persimpangan: Rancangan Komponen Cadangan Pertahanan Negara*, Jakarta: The Institute Human Rights Monitor (Imparsial), 2008, h.15

<sup>50</sup> Aliansi Jurnalis Independen (AJI), *Institute for Defense, Security and Peace Studies (IDSPS)*, dan *Frederich Ebert Stiftung (FES)*, *Op.Cit.*, h.2

<sup>51</sup> Kementerian Pertahanan RI, *Peraturan Menteri...*, *Op.Cit.*, h.12

<sup>52</sup> Pasal 2 ayat (2) UU No.66/1958: Mengikutsertakan kaum wanita dalam dinas wajib-militer harus disesuaikan dengan kodrat serta sifat kewanita-

## KESIMPULAN

Pengesahan Rancangan Undang Undang Komponen cadangan pasti akan menimbulkan prokontra yang luas permasalahan *conscientious objection* haruslah mendapat perhatian yang serius. Justifikasi moral dan hukum terhadap perlindungan *conscientious objector* telah diberikan beberapa akademisi dan berbagai regulasi internasional sebagaimana yang telah dijelaskan di atas. Prof. Hans Kelsen menambah barisan pendukung hak *conscientious objector*. Dalam bukunya Teori Umum tentang Hukum dan Negara, ia menyebutkan adanya suatu sistem norma yang menjamin hak untuk menolak mengikuti wajib militer yang bersumber dari ajaran moral tertentu seperti ajaran hukum alam yang melarang pembunuhan dan perang karena apabila mengikuti wajib militer berarti harus siap untuk membunuh dalam perang.

Pendapat para ahli dan resolusi-resolusi *conscientious objection* menjadi jalan tengah bagi negara yang memberlakukan wajib militer (tentunya dinas kemiliteran bukan satu-satunya bentuk pengabdian terhadap negara) sembari menghormati hak-hak asasi warga negaranya. Apalagi Indonesia pernah menjanjikan pengaturan lebih lanjut atas perlindungan *conscientious objector* sebagaimana yang diamanatkan UU No.66/1958 (*lihat catatan kaki nomor 52 di atas, kalimat cetak tebal*). Bahwa Indonesia pernah mengakui keberadaan *conscientious objector* dalam UU No.66/1958, haruslah disambut gembira dan penelusuran lebih lanjut terhadap jejak pengakuan tersebut adalah langkah awal perumusan regulasi perlindungan *conscientious objection* di Indonesia.

---

nya dan dengan taraf emansipasi wanita Indonesia atas dasar sukarela. (Bagian penjelasan UU ini berbunyi: Dengan tidak mengurangi hak dan kewajiban setiap warga-negara untuk ikut-serta dalam pertahanan Negara, serta memperhatikan tujuan emansipasi wanita, namun mengingat adat-istiadat perkembangan masyarakat Indonesia dan kepentingan keluarga maka setelah dipertimbangkan masak-masak, bagi kaum wanita wajib-militer itu tidak dijadikan suatu keharusan atau bersifat sukarela. Sebagai tugasnya di dalam dinas wajib-militer dapat disebut golongan perawat, dokter, farmasi dan administrasi. Pasal 11: (1) Pembebasan untuk dinas wajib-militer dikenakan kepada pewajib-militer yang: a. mempunyai alasan seperti tercantum dalam pasal 10 Undang-undang Pertahanan (Lembaran-Negara tahun 1954 No. 84); b. mereka yang sedang dalam pendidikan/pelajaran sebagai calon pejabat agama yang ajarannya tidak membolehkannya; ... d. oleh Majelis Penguji Kesehatan dinyatakan tidak memenuhi syarat kejasmanian dan kerokhaniaan untuk dinas wajib-militer. Pasal 12: (1) Penangguhan untuk dinas wajib-militer dikenakan kepada pewajib-militer yang: ... b. belum mencapai kebulatan pelajaran pada sekolah umum menurut ketentuan dalam Peraturan Pemerintah; c. dalam keadaan sakit sehingga tidak dapat melakukan dinas wajib militer. ... d. apabila ia melakukan dinas wajib-militer akan: 1. menimbulkan hambatan bagi perusahaan hayati di mana tenaganya sangat dibutuhkan atau 2. sangat merugikan atau menyulitkan keluarganya. Pasal 13: (1) Pewajib-militer berhak untuk mengajukan keberatan terhadap keputusan tentang hasil penyaringan mengenai dirinya dengan ketentuan bahwa keberatan tersebut disertai alasan yang nyata diajukan kepada Komisaris dalam waktu 14 hari setelah menerima pemberitahuan tentang keputusan penyaringan tersebut, dengan hak banding kepada Menteri Pertahanan dalam waktu 14 hari setelah menerima pemberitahuan tentang penolakan dari Komisaris. Penjelasan Pasal 11: Pasal 10 Undang-undang Pertahanan di mana di dapat juga syarat-syarat pembebasan (Lembaran Negara tahun 1954 No.84) berbunyi: "Wajib-militer tidak dikenakan terhadap: a. Mereka yang dalam, keadaan sedemikian, sehingga apabila mereka dipanggil untuk wajib-militer akan mengakibatkan kesukaran hidup bagi orang lain yang menjadi tanggungannya; b. Mereka yang menjabat suatu jabatan agama atau perikemanusiaan yang ajarannya tidak membolehkan; ... Dalam pasal ini belum dimuat ketentuan mengenai kemungkinan pembebasan dari golongan tertentu yang juga terdapat dalam masyarakat Indonesia, yaitu golongan yang tidak bersedia menjadi prajurit (secara sukarela maupun wajib) karena hal itu adalah bertentangan dengan kepercayaan yang dianutnya, (dalam bahasa Belanda "principiele dienst weigeraars"); Ketentuan-ketentuan tentang hal ini perlu diatur dalam Undang-undang tersendiri. Penjelasan Pasal 12: Sungguhpun penunjukan kewajiban sebagai pewajib-militer harus diutamakan, akan tetapi keadaan dari pewajib-militer sendiri sebagai dijelaskan pada ayat 1 pasal ini perlu sekali diperhatikan. Keadaan itu mungkin demikian rupa sehingga lebih berguna atau lebih adil jika ia dikenakan penangguhan.

## DAFTAR PUSTAKA

- A.Ridwan Halim, 1987, *“Evaluasi Kuliah Filsafat Hukum”*, Jakarta: Ghalia Indonesia
- Beni Sukardis (editor) et al., 2008, *Pertahanan Semesta dan Wajib Militer: Pengalaman Indonesia dan Negara Lain*, Jakarta: Lembaga Studi Pertahanan dan Studi Strategis Indonesia (LESPERSSI)
- Brigjen (Purn). T.Suwardi, dkk, 1993, *“Materi Pokok Pendidikan Kewiraan”*, Universitas Terbuka.
- Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009, *“Black’s Law Dictionary Ninth Edition”*, Texas: Thomson Reuters.
- H. Brock, 2013, *“WRI Makes Submission to OHCHR on Conscientious Objection to Military Service”*, <http://www.wri-irg.org/node/21269>, diakses pada 15 April 2013.
- Hans Kelsen, 2010, *“Teori Umum tentang Hukum dan Negara”*, Bandung: Nusa Media
- J. van Kan dan J. H. Beekhuis, 1961, *“Pengantar Ilmu Hukum”*, Pustaka Sardjana.
- Joel Andreas, 2004, *Nafsu Perang: Sejarah Militerisme Amerika di Dunia*, diterjemahkan dari *Addicted to War: Why the U.S., Can’t Kick Militarism* oleh penerjemah Tim Profetik, Jakarta: Penerbit Profetik
- K. Bertens, 2007, *“Etika”*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Letjen TNI (Purn) Sayidiman Suryohadiprojo, 2005, *“Si Vis Pacem Para Bellum: Membangun Pertahanan Negara yang Modern dan Efektif”*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama
- Moh.Mahfud MD, 2009, *“Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu”*, Jakarta: Rajawali Pers.
- Peter Rowe, 2005, *“The Impact of Human Rights Law on Armed Force”*, New York: Cambridge University Press.
- Rachel Taylor dan Kasper Jon Larsen, 2004, *“References to Conscientious Objection in the Documents Submitted to Resolution of the UN Commission on Human Rights”*, Jenewa: Quaker United Nations Office.

# **Mahkamah Konstitusi sebagai *Human Rights Court***

**Titon Slamet Kurnia, S.H., M.H.**

Staf Pengajar di Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana.  
Alamat: Jalan Diponegoro 52-60, Salatiga, 50711.  
Email: titonslamet@gmail.com

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## **Abstrak**

MKRI adalah badan pemerintahan baru yang dibentuk berdasarkan berdasarkan Perubahan Ketiga UUD NRI 1945. Sesuai dengan itu maka artikel ini membahas tentang fungsi seyogyanya yang mendasari kewenangan MKRI dalam menguji konstiusionalitas undang-undang. Sesuai dengan isu tersebut maka artikel ini berargumen bahwa MKRI harus diposisikan sebagai *human rights court* manakala menjalankan kewenangannya untuk menguji konstiusionalitas undang-undang. Fungsi MKRI sebagai *human rights court* menjustifikasi eksistensinya dan juga mempreskripsi prinsip operasionalnya. Hal ini bermakna bahwa dalam menguji konstiusionalitas undang-undang MKRI seyogyanya memajukan perlindungan HAM melalui *judicial policy* dan interpretasi konstiusinya.

**Kata-kata Kunci: MKRI; Fungsi; *Human Rights Court***

## ***Abstract***

*MKRI is a new governmental body which was established under the Third Amendment of the UUD NRI 1945. This article examines its proper function which underlies its jurisdiction to review the constitutionality of legislation. According to the issue, this article argues that MKRI should be treated as a human rights court whenever it undertakes its jurisdiction to review the constitutionality of legislation. The function of the MKRI as a human rights court justifies its existence and also prescribes principles for its operation. It means that in reviewing the constitutionality of legislation the MKRI should enhance the protection of human rights through its judicial policy and constitutional interpretation.*

**Key Words: MKRI; Function; *Human Rights Court***

## PENDAHULUAN

Tulisan ini hendak mendiskusikan isu mengenai makna hakiki kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) sesuai Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 yaitu menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar (atau *judicial review of the constitutionality of legislation*). Dalam konteks itu maka fokus analisis saya adalah untuk mengkonstruksikan fungsi ideal atau aspirasional di balik kewenangan tersebut. Kerangka pikir yang mendasari analisis ini adalah asas konstitusionalisme yang menentukan bahwa pembentukan kewenangan pada badan pemerintahan seyogyanya bertumpu pada pembatasan.

Pengertian ini eksplisit dalam pendapat McIlwain:

*"All constitutional government is by definition limited government."<sup>1</sup> Asas konstitusionalisme bersifat aspirasional karena secara konseptual pemerintahan konstitusional merupakan antitesis bagi pemerintahan despotik/arbitrer: "in all its successive phases, constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; its opposite is despotic government, the government of will instead of law."<sup>2</sup> Lebih lanjut McIlwain menjelaskan hakikat asas konstitusionalisme: "The two fundamental correlative elements of constitutionalism for which all lovers of liberty must yet fight are the legal limits to arbitrary power and a complete political responsibility of government to the governed."<sup>3</sup>*

Sedasar dengan penjelasan di atas maka argumen atau tesis yang hendak dipertahankan oleh tulisan ini adalah kewenangan badan pemerintahan merupakan konsekuensi normatif dari fungsi. Fungsi badan pemerintahan menentukan batas-batas kewenangannya. Tanpa dapat ditentukan hakikat fungsionalnya *a priori* maka keberadaan badan pemerintahan akan sewenang-wenang (*arbitrary; unreasonable*). Berdasarkan tesis atau argumen tersebut maka argumen spesifik tulisan ini adalah untuk menjustifikasi fungsi diadakannya MKRI sebagai *human rights court* melalui kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang. Implikasi praktisnya, fungsi tersebut, hasil pembahasan ini, merupakan kaidah prospektif bagi bagaimana seyogyanya kewenangan pengujian undang-undang dijalankan oleh MKRI.

<sup>1</sup> Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York-Ithaca: Cornell University Press, 1947, h. 21.

<sup>2</sup> *Ibid.*, h. 21-22.

<sup>3</sup> *Ibid.*, h. 146.

## PEMBAHASAN

### MKRI sebagai Pelaksana Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang

Gagasan pembentukan MKRI tidak dapat dipisahkan dari perdebatan sejak awal mula republik ini berdiri mengenai kewenangan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI).<sup>4</sup> Sub-judul ini mendiskusikan dua hal. Pertama, bagaimana pada mulanya isu ini disikapi. Kedua, perdebatan di MPR seputar pembentukan MKRI di dalam UUD NRI 1945 pada Perubahan Ketiga.

Untuk memutus isu konstitusionalitas undang-undang, pendirian *the founding fathers* terbelah antara *judicial review* dengan *non-judicial review*. UUD NRI 1945 orisinal tidak menjawab isu ini secara eksplisit sehingga disimpulkan bahwa pendekatan *non-judicial review* yang berlaku. Namun pengaturan UUD NRI 1945 orisinal tidak seperti *Art. 120 The Netherlands Constitution* yang tegas menganut *non-judicial review*. Oleh karena itu saya berpendapat bahwa UUD NRI 1945 belum final dengan pilihan *judicial review* atau *non-judicial review*.

Dalam proses pembahasan rancangan UUD NRI 1945 perdebatan tentang *judicial review* atau *non-judicial review* dipicu oleh usulan Yamin pada Sidang II BPUPKI (Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia) 11 Juli 1945 yang mengagendakan pembahasan tentang Warga Negara dan Rancangan Undang-Undang Dasar. Yamin mengusulkan perlunya Balai Agung (baca: Mahkamah Agung) untuk menjadi pembanding kesesuaian undang-undang dengan hukum adat, syari'ah dan Undang-Undang Dasar.<sup>5</sup> Pemikiran ini sangat dipengaruhi oleh *the Supreme Court of the United States*. Soepomo menanggapi bahwa sistem itu memang ada (Amerika Serikat, Jerman, Australia [*sic*: Austria] dan Ceko-slowakia), namun masih pro dan kontra. Sebelum menggunakan harus diketahui terlebih dahulu arti atau hakikatnya.<sup>6</sup>

Menurut Soepomo, Rancangan Undang-Undang Dasar Indonesia tidak memakai sistem yang membedakan secara prinsipil antara tiga badan: legislatif, eksekutif dan yudisial. Artinya pembentukan kekuasaan yudisial tidak untuk mengontrol kekuasaan undang-undang.<sup>7</sup> Jika timbul masalah konstitusionalitas undang-undang, hal itu bukan soal yuridis tetapi politis. Pengujian yudisial konstitusionalitas

<sup>4</sup> Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights: Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1993, h. 119-126.

<sup>5</sup> Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid I, Jakarta: Jajasan Prapantja, 1959, h. 336.

<sup>6</sup> *Ibid.*, h. 341.

<sup>7</sup> *Ibid.*

undang-undang tidak kompatibel dengan sistem yang hendak dibentuk bagi Indonesia:

*Undang-undang Dasar hanya mengenai semua aturan yang pokok dan biasanya begitu lebar bunjinya, sehingga dapat diberi interpretasi demikian, bahwa pendapat A bisa selaras, sedang pendapat B pun bisa juga. Jadi dalam praktek, djikalau ada perselisihan tentang soal, apakah sesuatu undang-undang bertentangan dengan Undang-undang Dasar atau tidak, itu pada umumnya bukan soal juridis, tetapi soal politis; oleh karena itu mungkin – dan di sini dalam praktek begitu, pula ada conflict antara kekuasaan sesuatu undang-undang dan Undang-undang Dasar. Maka menurut pendapat saja sistim itu tidak baik buat Negara Indonesia, yang akan kita bentuk.<sup>8</sup>*

Alasan lainnya karena para ahli hukum Indonesia sama sekali tidak berpengalaman dalam menghadapi isu-isu tersebut, sementara di beberapa negara yang mempraktikkan (Jerman, Austria dan Ceko Slowakia) isu tersebut ditangani oleh badan yudisial khusus, *constitutioneel-hof*.<sup>9</sup>

Hasil akhir perdebatan tersebut melahirkan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 orisinal: *“Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang.”*

Meskipun tidak dinyatakan secara tersurat, dapat diprediksi bahwa pendirian Soepomo sangat dipengaruhi oleh asas ketatanegaraan Belanda yang menempatkan undang-undang tidak dapat diganggu gugat, yaitu asas supremasi parlemen:

*“every statute that Parliament enacts is legally valid, and therefore that all citizens and officials, including the courts, are legally obligated to obey it. The courts’ legal obligation is therefore to interpret and apply every statute in a way that is consistent with Parliament’s legal authority to enact it, and their corresponding obligation to obey it.”<sup>10</sup> (Dalam konteks itu Soepomo memperhalus argumennya agar tidak Belanda-sentris dengan berdalih bahwa fungsi badan yudisial adalah juridis, sementara pengujian undang-undang adalah politis).*

<sup>8</sup> *Ibid.*, h. 341-342. Pernyataan ini paralel dengan pandangan James B. Thayer, yuris konstitusional terkemuka Amerika Serikat. Dengan pendirian yang sama Thayer tidak menolak *judicial review*, tetapi yurisdiksi tersebut seyogyanya digunakan secara terbatas, yaitu jika undang-undang sungguh-sungguh bertentangan dengan undang-undang dasar. Hal ini dikenal dengan doktrin *the Rule of the Clear Mistake*. James B. Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law,” *Harvard Law Review*, Vol. 7, 1893, h. 129-156. Lihat juga Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press, 1986, h. 35-46. Pandangan Thayer melahirkan konsep *judicial policy* bagi praktik pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang yang dikenal dengan sebutan *judicial self-restraint*. Richard A. Posner, “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint,” *California Law Review*, Vol. 100, 2012, h. 522-525.

<sup>9</sup> Muhammad Yamin, Id., h. 342.

<sup>10</sup> Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, h. 225.

Indikasi ini terbukti di kemudian hari dengan lahirnya Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 (Undang-Undang Dasar Sementara Negara Republik Indonesia 1950) yang menentukan bahwa undang-undang tidak dapat diganggu gugat, dan Soepomo adalah arsitek UUDS 1950 tersebut<sup>11</sup>. Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 bertumpu pada doktrin tentang kedaulatan dan pelaksana kedaulatan. Konstruksi UUDS 1950 bertolak dari asumsi bahwa Pemerintah dan DPR bersama-sama merupakan pelaksana kedaulatan di tangan rakyat. Menurut Sri Soemantri:

*Pemerintah bersama-sama dengan DPR yang merupakan pelaksana kedaulatan rakyat adalah juga pelaksana kekuasaan perundang-undangan (de wetgever). Ini berarti pula bahwa kedaulatan rakyat yang dilakukan/dijalankan oleh Pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat diwujudkan dalam bentuk undang-undang. Dengan melihat uraian di atas dapatlah kita mengerti apa sebab menurut sistem yang dianut UUDS 1950, Undang-Undang itu tidak dapat diganggu gugat atau tidak dapat diuji, apakah isinya bertentangan dengan Undang-Undang Dasar atau tidak. Dengan demikian setiap undang-undang tidak dapat dinyatakan berlawanan dengan undang-undang dasar atau tak menurut undang-undang dasar dengan dalih dan alasan apapun (kursif – saya).<sup>12</sup>*

Membandingkan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 orisinal dengan Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 tentang prospek pengujian yudisial sangat tajam kontrasnya. Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 secara eksplisit berposisi *non-judicial review*. Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 kebalikannya, cenderung ambigu. Atas dasar itu saya berpendapat bahwa kaidah ini tidak dapat dipisahkan maknanya dari asas kekuasaan yudisial universal, termasuk kemungkinan bahwa asas tersebut, dalam kaitan dengan Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945, membolehkan hakim menguji konstitusionalitas undang-undang. Posisi ini menyerupai kasus *Marbury v. Madison*.<sup>13</sup> Namun isunya lebih pada efektivitas pengujian oleh MARI karena

<sup>11</sup> Marsillam Simanjuntak, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*, Jakarta: Penerbit PT. Pustaka Utama Grafiti, 1997, h. 244.

<sup>12</sup> Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni, 1986, h. 25.

<sup>13</sup> *The Constitution of the United States* sama seperti UUD NRI 1945 orisinal di mana tidak ada ketentuan konstitusional sebagai landasan kewenangan atributif badan yudisial untuk melakukan pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang. Atas fakta itu Bickel menyatakan: "Curiously enough, this power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command. The authority to determine the meaning and application of a written constitution is nowhere defined or even mentioned in the document itself. This is not to say that the power of judicial review cannot be placed in the Constitution; merely that it cannot be found there." Alexander M. Bickel, *Op.cit.*, h. 1. Problematik ini lalu dijawab oleh Chief Justice Marshall dalam kasus *Marbury v. Madison*. Kasus *Marbury* memiliki pendirian: "(1) In a case properly before it, the court is bound by an oath to decide according to the law; (2) If two laws are in conflict in that case, the court must choose which law to apply; (3) If one of the laws is superior to the other in importance and authority, that law must be held by the court to nullify the lesser law; (4) The Constitution is a superior law to an ordinary statute and therefore must be held by the court to nullify a statute whose terms conflict with the Constitution; and (5) It is the special province of the judiciary to determine the meaning of all laws, including the Constitution." Robert J. Reinstein & Marc C. Rahdert, "Reconstructing Marbury," *Arkansas Law Review*, Vol. 57, 2005, h. 810. Secara abstraktif pendirian yang menjustifikasi yurisdiksi *judicial review* oleh the Supreme Court of the United States adalah aspek institusional dari badan yudisial yang fungsinya memeriksa, mengadili dan memutus perkara menurut hukum yang diperkuat secara tradisional oleh keahlian interpretasi hukum. Alexander Hamilton, *the Federalist No. 78* dalam Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist with Letters of Brutus* (Ter-

Indonesia tidak menganut asas preseden (hal ini berbeda dengan Amerika Serikat di mana keberlakuan putusan *the Supreme Court of the United States* bersifat *erga omnes* sesuai asas preseden tersebut).<sup>14</sup>

Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 menghasilkan perubahan signifikan dalam pengaturan terhadap kekuasaan yudisial. Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 menentukan: "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung ... dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi." Lalu Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945:

*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.*

Sesuai ketentuan tersebut maka eksistensi institusi pengujian yudisial menjadi eksplisit sebagai bagian dari komitmen konstitusional dalam undang-undang dasar kecuali di kemudian hari pembentuk undang-undang dasar berpendapat sebaliknya. Namun secara konseptual pemikiran di balik institusionalisasi MKRI ke dalam UUD NRI 1945 sangat sumir karena perdebatan lebih tertuju pada isu teknis posisi MKRI dalam konstitusi:

*"Pada tahap awal amendemen UUD 1945, kedudukan MK dalam sistem ketatanegaraan menjadi perdebatan yang cukup serius. Bahkan menyita waktu yang cukup lama. Pertanyaan pokoknya adalah, akan diletakkan di mana MK dalam sistem ketatanegaraan, khususnya terkait dengan hubungan dengan lembaga negara yang lain. Selain itu, bagaimana membedakan kewenangan MK dengan kewenangan MA.*

*Dari perdebatan yang terjadi di PAH I BP MPR 2000 dan 2001, paling tidak ada tiga gugus pemikiran yang mengemuka dalam meletakkan kedudukan MK, yaitu (i) MK merupakan bagian dari MPR, (ii) MK melekat atau menjadi bagian dari MA, dan (iii) MK didudukkan secara mandiri sebagai lembaga negara yang berdiri sendiri"<sup>15</sup>*

---

ence Ball ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2003, h. 377-383. Lihat juga: Aharon Barak, *The Judge in A Democracy*, New Jersey: Princeton University Press, 2006, h. 109-112; Diarmuid F. O'Scannlain, "Lawmaking and Interpretation: The Role of a Federal Judge in Our Constitutional Framework," *Marquette Law Review*, Vol. 91, 2008, h. 895-915. *Mutatis mutandis*, secara teori, preseden *Marbury v. Madison* dapat dijadikan justifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MARU.

<sup>14</sup> Gustavo Fernandes de Andrade, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review," *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 2001, h. 983-984.

<sup>15</sup> Tim Penyusun, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002: Buku VI Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h. 443. Khusus informasi tentang proses pembentukan MKRI lihat Petra Stockmann, *The New Indonesian Constitutional Court: A Study into Its*

Dengan demikian, refleksi historis terhadap hakikat dari perdebatan *the founding fathers* tentang institusi pengujian yudisial adalah kurang dipertimbangkannya karakter hukum dari UUD NRI 1945. Pengaruh Soepomo jelas tidak ada yang menandingi, khususnya dalam perumusan UUDS 1950. UUDS 1950 adalah pengkondisian yang disengaja supaya gagasan *non-judicial review* koheren dengan asas supremasi parlemen. Namun Soepomo mengabaikan isu sangat substansial: Apakah undang-undang dasar adalah hukum/bukan bagi legislator? Jika undang-undang dasar adalah hukum maka undang-undang tidak boleh bertentangan dengannya. Jika sebaliknya maka harus ada badan yang berwenang membatalkannya, bukan legislator sendiri. Menyerahkan kepada si pembuat untuk melakukan pengujian adalah *absurd* karena orang tidak dapat menjadi hakim bagi kasusnya sendiri (asas *nemo iudex in causa sua*). James Madison dalam *the Federalist No. 10* mengingatkan: “*No man is allowed to be a judge in his own cause; because his interest would certainly bias his judgment, and, not improbably, corrupt his integrity.*”<sup>16</sup> Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 hendaknya dipahami dalam konteks itu.

### **Fungsi Perlindungan HAM oleh MKRI**

Hasil pembahasan di atas menunjukkan satu isu serius terkait dengan institusionalisasi MKRI ke dalam UUD NRI 1945. Dalam agenda resmi pembahasan Perubahan UUD NRI 1945, perdebatan tentang pembentukan MKRI lebih banyak menyoroti isu kewenangan dan hal-hal teknis yuridis (kedudukan kelembagaan, yurisdiksi *ratione materiae*, pengisian jabatan), ketimbang mendiskusikan isu lebih substantif yaitu hakikat fungsi MKRI secara umum, dan fungsi dalam kaitan dengan perlindungan institusional terhadap HAM secara khusus. Perdebatan yang berlangsung tidak diperkaya dengan pemikiran atau ide-ide besar strategis dan visioner tentang hakikat fungsi dan kewenangan MKRI dalam sistem konstitusional Indonesia pasca Perubahan UUD NRI 1945.<sup>17</sup>

Menurut saya, isu kewenangan dan hal-hal teknis yuridis bukan yang utama. Isu terpenting adalah desain institusional *a priori* dan kerangka teoretis yang memadai dalam rangka menjustifikasi kebutuhan konstitusional untuk mendirikan MKRI. Isu kewenangan dan hal-hal teknis yuridis adalah bersifat implikasi belaka. Sementara isu tentang fungsi bagi diadakannya MKRI secara konstitusional adalah

---

*Beginnings and First Years of Work*, Jakarta: Hans Seidel Foundation, 2007, h. 7-19.

<sup>16</sup> Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *Op.cit.*, h. 42.

<sup>17</sup> Tim Penyusun, *Naskah Komprehensif ... Buku VI*, *Op.cit.*, h. 441-596.

jauh lebih strategis dan fundamental. Dengan demikian kerangka teoretis bagi MKRI adalah keniscayaan, khususnya untuk menjawab isu fungsi MKRI atas kewenangannya menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar yang mengandung karakter sebagai konstitusi HAM (*right-based Constitution*).<sup>18</sup>

Sub-judul ini berargumen bahwa MKRI merupakan upaya hukum bagi pelanggaran HAM oleh legislator. Argumen tersebut sesungguhnya bukan hal baru. Suardi Tasrif, salah seorang yuris-advokat terkemuka yang pernah dimiliki oleh Indonesia, dalam Seminar Hukum Nasional ke-IV, 26 – 30 Maret 1979 di Jakarta membawakan kertas kerja berjudul “Hak-hak Asasi Warga Negara Ditinjau dari sudut UUD-45 & Perundang-undangan.”<sup>19</sup> Dalam kertas kerjanya Tasrif mendorong supaya status HAM ditingkatkan dari *moral rights* menjadi *positive rights*, sehingga hak tersebut tidak sekadar dimiliki, tetapi juga dapat dilaksanakan atau dituntut pelaksanaannya sebagai usaha mengisi konsep Negara Hukum Indonesia sesuai amanat UUD NRI 1945.<sup>20</sup> Cita-cita Tasrif baru terwujud setelah Reformasi 1998 yang ditindaklanjuti dengan empat kali Perubahan UUD NRI 1945, di mana Perubahan II (2000) memberikan jaminan konstitusional terhadap HAM. Namun, sebelum hal itu terjadi, Tasrif telah mengemukakan pemikiran penting tentang bagaimana seyogyanya memberikan perlindungan secara institusional yang efektif terhadap kaidah-kaidah HAM dalam konstitusi:

*Yang ingin saya persoalkan selanjutnya adalah mengenai mekanisme kontrol dalam sistem hukum kita terhadap konstitusionalitas dari berbagai UU yang melaksanakan pasal-pasal UUD-45 mengenai hak-hak asasi. Sebagaimana kita ketahui menurut pasal 5 ayat (1) UUD-45, “Presiden memegang kekuasaan membentuk UU dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat”, yang diulangi dalam pasal 20 ayat (1) UUD-45: “Tiap-tiap UU menghendaki persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat”. Setiap produk legislatif berupa UU dengan demikian merupakan hasil kerjasama antara Presiden dengan DPR. Namun hingga kini dalam sistem hukum kita tidak terdapat suatu mekanisme kontrol terhadap konstitusionalitas dari setiap UU yang dibuat bersama oleh Presiden dengan DPR. Menjadi pertanyaan misalnya apakah UU Pokok Pers, UU Kepartaian, UU Pemilu dan lain-lain benar-benar menjabarkan hak-hak asasi tentang kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 UUD-45. Maka kita akan tiba lagi kepada persoalan yang*

<sup>18</sup> Titon Slamet Kurnia, “Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 9, No. 2, September 2012, h. 563-582.

<sup>19</sup> S. Tasrif, “Hak-hak Asasi Warga Negara Ditinjau dari sudut UUD-45 & Perundang-undangan,” 8 *Hukum dan Keadilan* 1979, Juli-Agustus, h. 6-29.

<sup>20</sup> *Id.*, h. 14.

*hingga kini tetap bersifat kontroversial, yaitu mengenai hak menguji UU secara materiil (judicial review) oleh Pengadilan untuk menyatakan suatu UU, baik sebagian maupun untuk keseluruhan batal karena isinya bertentangan dengan salah satu pasal dari UUD-45.<sup>21</sup>*

Pendapat di atas merefleksikan pemikiran cukup *genuine* dan futuristik pada masa itu dalam menjawab isu penting tentang pelembagaan HAM secara konstitusional dan sekaligus perlindungan institusional untuk menegakkan kaidah-kaidah HAM tersebut melalui pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang.

Saat ini, kandidat utama untuk memberikan perlindungan secara institusional terhadap HAM yang dijamin oleh UUD NRI 1945 adalah MKRI. Melalui kewenangan menguji yang dimilikinya MKRI dapat melakukan “koreksi” terhadap pertentangan antara undang-undang dengan HAM baik *enumerated* dalam UUD NRI 1945 maupun yang *unenumerated* dengan implikasi undang-undang secara keseluruhan atau secara parsial tidak memiliki kekuatan mengikat. Fungsi MKRI sebagai *the guardian and final interpreter of the Constitution* paralel dengan fungsi MKRI sebagai *human rights court* karena hakikat konstitusi, UUD NRI 1945, adalah hak sehingga MKRI adalah *the guardian of human rights* terhadap legislator.

Sebagai *human rights court*, kasus-kasus di bawah yurisdiksi MKRI adalah ketentuan undang-undang yang bertentangan dengan HAM. Secara prinsip, ketentuan undang-undang yang bertentangan dengan HAM tidak musti secara faktual berimplikasi pelanggaran HAM individual-konkret, akan tetapi baru bersifat potensial. Pelanggaran HAM individual-konkret umumnya terjadi pada tahap pelaksanaan undang-undang. Dengan demikian eksistensi MKRI sangat penting untuk mencegah kemungkinan terjadinya pelanggaran HAM individual-konkret yang *justifiabel*.

Hakikat fungsional MKRI sebagai *ratio legis* kewenangannya tidak dapat ditemukan secara eksplisit dalam Pasal 24C ayat (1) & (2) UUD NRI 1945 maupun UU No. 24 Tahun 2003 jo. UU No. 8 Tahun 2011. Namun fungsi tersebut secara teori dapat diabstraksi dari hakikat kewenangan atributif MKRI dalam UUD NRI 1945 maupun UU No. 24 Tahun 2003 jo. UU No. 8 Tahun 2011. Secara teori, dalam hubungan dengan konstitusi, MKRI memiliki fungsi untuk memberi efek yuridis terhadap konstitusi, UUD NRI 1945, sebagai *the supreme law of the land* yang berlaku kepada semua badan-badan pemerintahan, termasuk legislator. Karena

<sup>21</sup> *Id.*

kewenangan membentuk undang-undang diberikan konstitusi, maka undang-undang tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Argumen ini diperkuat oleh pendapat Schyff:

*At its core, the act of judicial review entails measuring the congruency or compatibility of what may be termed common or ordinary legal norms with higher legal norms. Legal norms cannot only be divided horizontally between various categories or topics, such as the law of contract or tort, but also vertically in various hierarchies such as between constitutional and non-constitutional norms. From a hierarchical point of view, higher norms are determinative for the validity of lower ordinary norms.*<sup>22</sup>

Lebih lanjut Schyff menjelaskan tentang sifat otoritatif hubungan antara konstitusi dengan undang-undang: “*Norms of higher law govern the legality as well as the legitimacy of lower norms. This means that higher law dictates not only the formal coming about of legal norms, the aspect of legality, but also whether the content of such norms is legitimate when measured against fundamental rights.*”<sup>23</sup> Pendapat ini mengafirmasi makna dari fungsi pengujian yudisial secara umum, dan fungsi MKRI secara khusus, dalam rangka kekuatan mengikat konstitusi terhadap undang-undang.

Isu tentang kekuatan mengikat konstitusi terhadap undang-undang sangat penting karena ada asumsi bahwa apakah konstitusi merupakan hukum atau tidak bergantung pada komitmen pelaksanaannya, kepatuhan subjek-subjeknya. Asumsi ini dipengaruhi ajaran positivisme. Dalam batas tertentu argumen ini cukup valid untuk menganalisis dimensi faktual dari eksistensi suatu ketentuan hukum yang dikonsepsikan *efficacy*. Karena suatu preskripsi belum tentu terjadi maka isu *efficacy* terletak pada tindakan sebagai respons jika yang seyogyanya itu tidak terjadi.<sup>24</sup> Dengan rasio ini maka pembentukan MKRI dilatar belakangi oleh ketidakpercayaan terhadap legislator atas itikad baik mereka dalam bentuk kepatuhan kepada konstitusi. Legislator memiliki kewenangan membentuk undang-undang, tetapi legislator tidak selalu kompeten dalam menjalankan kewenangannya sehingga hasilnya undang-undang yang *inkonstitusional*.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht: Springer, 2010, h. 5.

<sup>23</sup> *Id.*, h. 6.

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, 1961, h. 39-40.

<sup>25</sup> Hal ini paralel dengan tesis Ely untuk menjustifikasi *judicial review* yaitu *policing the process of representation*. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge-Mass.: Harvard University Press, 1980, h. 73-104.

Dengan membentuk MKRI maka UUD NRI 1945 secara sadar menganut konsep pengaturan bahwa HAM yang dijamin di dalamnya (Bab XA UUD NRI 1945) adalah hak yang memiliki *direct effect* bagi individu dan semua badan pemerintahan. Pengertian ini bertolak dari pendapat Sweet yang menjelaskan perubahan revolusioner di negara-negara Eropa (Jerman, Italia dan Spanyol) dalam memberikan perlindungan HAM dan sekaligus memberikan jaminan perlindungan institusional melalui badan yudisial.<sup>26</sup> Perubahan itu adalah:

*Litigants could invoke 'public liberties' in court, and judges could apply them, but only insofar as these liberties had been created by statutory law, that is, only after legislatures had commanded judges to enforce them. Thus, in traditional parliamentary systems, rights entered into the legal order indirectly, by virtue of a legislative act, rather than directly, by virtue of their higher law status. Today, the positive source of individual rights is the constitution.*<sup>27</sup>

Dengan adanya *direct effect* dari perlindungan HAM dalam konstitusi serta badan yudisial khusus yang memberikan perlindungan institusional terhadap ketentuan konstitusional HAM maka individu dapat secara langsung mengajukan klaim atas haknya ke pengadilan tersebut. Hal ini berlaku pula bagi Indonesia dan MKRI.

Pertanyaan sebagai isu hukum tentang hakikat fungsi dan kewenangan MKRI dalam rangka pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah: Apakah makna “penjaga konstitusi dan *interpreter* akhir konstitusi” dan *a fortiori* “penjaga atau pelindung HAM” *justifiabel* menurut UUD NRI 1945? Sebagai pokok argumen saya berpendirian bahwa institusionalisasi MKRI dalam UUD NRI 1945 sebagai penjaga konstitusi dan *interpreter* akhir konstitusi, dan pada analisis akhir sebagai penjaga atau pelindung HAM, adalah niscaya meskipun tidak dapat ditemukan secara eksplisit dalam teks UUD NRI 1945. UUD NRI 1945 menghendaki keberadaan badan yudisial dengan fungsi sebagai penjaga dan *interpreter* akhir bagi dirinya supaya sebagai konstitusi UUD NRI 1945 mengikat secara yuridis.

Fungsi sebagai penjaga dan *interpreter* akhir konstitusi tidak dapat diserahkan secara kolegal kepada badan-badan pemerintahan utama negara yang lain, meskipun hal ini tidak mengurangi fungsinya secara bersama-sama sebagai penjaga dan *interpreter* konstitusi. Yang diperlukan dengan kehadiran

<sup>26</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford: Oxford University Press, 2002, h. 93.

<sup>27</sup> *Id.*, h. 94.

MKRI adalah menjaga supaya dihasilkan interpretasi konstitusi yang tepat oleh badan-badan pemerintahan utama negara yang lain: "...menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi."<sup>28</sup> Fungsi ini semakin konkret jika dikaitkan dengan komitmen pelaksanaan *checks and balances* sebagai tujuan institusional MKRI.<sup>29</sup>

Ginsburg menjelaskan fungsi pembentukan mahkamah konstitusi dari perspektif kontraktarian dengan asumsi bahwa dalam rezim demokratis hubungan antara pemerintah dengan warga negara adalah hubungan antara agen dengan prinsipal: "*If the people are the principal on whose behalf the constitution is created, constitutional adjudication should reflect the need to monitor their political agents. Judicial review of legislation exists to prevent politicians from renegeing on the founding bargain with citizens.*"<sup>30</sup> Sesuai asumsi ini Ginsburg mengembangkan teori jaminan (*insurance model of judicial review*) yang menjelaskan hakikat fungsional mahkamah konstitusi:

*By serving as an alternative forum in which to challenge government action, judicial review provides a form of insurance to prospective electoral losers during the constitutional bargain. Just as the presence of insurance markets lowers the risks of contracting, and therefore allows contracts to be concluded that otherwise would be too risky, so the possibility of judicial review lowers the risks of constitution making to those drafters who believe they may not win power. Judicial review thus helps to conclude constitutional bargains that might otherwise fail.*<sup>31</sup>

Fokus dari teori jaminan adalah ketidakpastian yang ditimbulkan oleh kontestasi demokratis dalam memperebutkan kekuasaan secara sah, yang pada analisis akhir diwujudkan ke dalam undang-undang. Esensi dari teori jaminan adalah perlindungan kepentingan minoritas dari mayoritas legislator. Perlindungan diperlukan karena kontestasi demokratis menghasilkan pemerintahan mayoritas yang keputusannya belum tentu sesuai dengan harapan minoritas:

*By ensuring that losers in the legislative arena will be able to bring claims to court, judicial review lowers the cost of constitution making and allows drafters to conclude constitutional bargains that would otherwise be unobtainable. As democratization increases electoral uncertainty, demand for insurance rises. Although other institutions can also serve to protect*

<sup>28</sup> Penjelasan Umum UU No. 24 Tahun 2003.

<sup>29</sup> Id.

<sup>30</sup> Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, h. 23.

<sup>31</sup> Id., h. 25.

*minorities, judicial review has become particularly focal. This theory goes a long way toward explaining the rapid spread of judicial review in recently adopted constitutions.*<sup>32</sup>

Isu perlindungan minoritas sangat penting karena dasarnya HAM, bahwa setiap individu, minoritas sekalipun, berhak atas *equal respect and concern* dari pemerintahnya, tidak boleh sedikitpun dikorbankan atas nama mayoritas, demi *human dignity*-nya. Ketidakkampuan minoritas melindungi kepentingannya dalam kontestasi demokratis dikompensasi oleh hadirnya mahkamah konstitusi agar kepentingannya tidak dikorbankan secara sewenang-wenang. Ginsburg mengapresiasi mahkamah konstitusi sebagai institusi yang *countermajoritarian* dalam makna positif: “*judicial review can ensure that minorities remain part of the system, bolster legitimacy, and save democracy from itself.*”<sup>33</sup> Ginsburg menyimpulkan: “*Judicial review may be countermajoritarian but is not counterdemocratic.*”<sup>34</sup>

Dengan melindungi kepentingan minoritas maka mahkamah konstitusi memperkuat HAM. Pada poin ini, agar Bab XA UUD NRI 1945 fungsional, maka eksistensi MKRI adalah niscaya sesuai asumsi bahwa setiap mekanisme pembentukan undang-undang yang demokratis akan lebih fokus merealisasikan kepentingan mayoritas sehingga kepentingan minoritas sulit terwakili. Secara filosofis, MKRI sebagai *human rights court* merupakan pelembagaan keadilan korektif (*corrective justice*) dalam hubungan antara legislator versus rakyat untuk merealisasikan *maxim* klasik tentang konsep hak yaitu “*ubi ius, ibi remedium*” (*where there is a right there must be a remedy*).<sup>35</sup>

Dalam konteks itu urgensi bagi eksistensi MKRI ada dalam pendapat Rubin tentang syarat untuk memajukan perlindungan HAM melalui institusi pengujian

<sup>32</sup> Id., h. 33.

<sup>33</sup> Id., h. 22.

<sup>34</sup> Id., h. 31. Lihat juga Eugene V. Rostow, “The Democratic Character of Judicial Review,” *Harvard Law Review*, Vol. 66, 1952, h. 194-195; Samuel Issacharoff, “Constitutional Courts and Democratic Hedging,” *The Georgetown Law Journal*, Vol 99, 2011, h. 1010-1012. Berikut adalah beberapa pendirian penting tentang kompatibilitas pengujian yudisial dan demokrasi: John Hart Ely, Op.cit., h. 135-179 (menjelaskan tentang perlindungan minoritas dari mayoritas yang duduk di badan-badan perwakilan sebagai justifikasi pengujian yudisial); Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge-Mass.: The Belknap Press of the Harvard University Press, 1993, h. 2-4 & 191-195 (menjelaskan bahwa pengujian yudisial oleh *the Supreme Court of the United States* untuk mencegah Kongres melakukan perubahan konstitusi secara sepihak melalui undang-undangnya. Premis dari argumen Ackerman adalah hanya rakyat yang dapat mengubah konstitusi. Premis ini dikonsepsikan *dualist democracy*, di mana ada dua jenis keputusan demokratis dalam sistem konstitusional: oleh rakyat sendiri, *higher lawmaking* dan oleh pemerintah yang dapat dilakukan setiap saat, *normal lawmaking*. Keputusan pemerintah harus dijaga supaya sesuai dengan keputusan rakyat dalam *higher lawmaking*); lihat juga Bruce Ackerman, “Higher Lawmaking,” dalam Sanford Levinson, ed., *Responding Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, New Jersey: Princeton University Press, 1995, h. 63-87; John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1996, h. 231-240 (menjelaskan praktik *judicial review* oleh *the Supreme Court of the United States* sebagai *exemplar of public reason*, yaitu: *the reason of equal citizens who, as collective body, exercise final political and coercive power over one another in enacting laws and amending constitution*).

<sup>35</sup> *Judicial opinion* Chief Justice Marshall dalam kasus *Marbury*, yaitu: “*The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury.*” William W. van Alstyne, “A Critical Guide to *Marbury v. Madison*,” *Duke Law Journal*, 1969, h. 11.

yudisial konstitusionalitas undang-undang. Pertama, “*the codification of higher law in a form accessible to all.*” Kedua, “*an institution that can apply definitive interpretations of that law to the ruler.*” Ketiga, “*the agreement of allgovernment actors that these interpretations are definitive or supreme.*”<sup>36</sup> Eksistensi MKRI merupakan pemenuhan terhadap syarat kedua.

### Implikasi Praktis

Sesuai konstruksi fungsinya sebagai *human rights court* maka yang menjadi tuntutan institusional adalah MKRI seyogyanya memajukan perlindungan HAM di Indonesia dalam melaksanakan kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang. Tuntutan ini merupakan preskripsi bagi dua isu. Pertama, *judicial policy* MKRI yang seyogyanya dalam pengujian undang-undang supaya hasilnya berdampak positif bagi kepentingan perlindungan HAM. Kedua, teori interpretasi konstitusi yang seyogyanya bagi MKRI dalam pengujian undang-undang yang mampu memajukan perlindungan HAM.

Untuk isu pertama ini contoh kasus sebagai model atau kaidah adalah *the Warren Court*, yaitu *the Supreme Court of the United States* di bawah kepemimpinan *Chief Justice Earl Warren*. *The Warren Court* mempraktikkan *judicial policy* yang dikonsepsikan *judicial activism* dan *judicial supremacy* pada kasus-kasus HAM. Pilihan ini sejalan dengan penilaian Cox terhadap *the Warren Court* yang mengklaim: “*made ours a vastly more humane society, one freer, more equal, and more respectful of the human dignity of every individual.*”<sup>37</sup> Sebagai dasar pertimbangan bagi *judicial policy*-nya untuk aktif memajukan perlindungan HAM *the Warren Court* mempertahankan dua pendirian yang bersifat kondisional:

*(1) when the governing majority systematically disregarded the interests of a historically underrepresented group (such blacks, ethnic minorities, political dissidents, religious dissenters, and persons accused of crimes); and (2) when there was a risk that a governing majority was using its authority to stifle its critics, entrench the political status quo, and/or perpetuate its own political power.*<sup>38</sup>

Sesuai dua alasan di atas, *the Warren Court* memposisikan diri lebih membela kepentingan HAM dibandingkan dengan menundukkan diri terhadap kepentingan pemerintah atau legislator.

<sup>36</sup> Edward Rubin, “Judicial Review and the Right to Resist,” *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, 2008, h. 86.

<sup>37</sup> Archibald Cox, “The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?,” *Maryland Law Review*, Vol. 47, 1987, h. 129.

<sup>38</sup> Geoffrey R. Stone, “Citizens United and Conservative Judicial Activism,” *Illinois Law Review*, 2012, h. 493.

Kritik terhadap *judicial policy* ini adalah implikasi *overenforcement* terhadap HAM dan sekaligus “sabotase kekuasaan” legislatif sebagai media deliberasi demokratis untuk memperjuangkan hak secara terbuka seperti dikonsepsikan Waldron dalam argumen kontra *judicial review*-nya.<sup>39</sup> Tetapi kritik ini disanggah oleh Fallon, Jr. yang menyatakan: “*it is morally more troublesome for fundamental rights to be underenforced than overenforced.*”<sup>40</sup> Menjelaskan argumennya mengenai isu hubungan antara *court* dan *legislature* berkaitan dengan perlindungan HAM melalui *judicial review* Fallon, Jr. menyanggah poin keberatan Waldron sebagai berikut:

*even if courts are not better overall at identifying rights violations than are legislatures, courts have a perspective that makes them more likely to apprehend serious risks to some kinds of fundamental rights; that errors that result in the violations of fundamental rights are typically more morally disturbing than errors that result in the erroneous overenforcement of fundamental rights; and, perhaps most crucially, that a system of judicial review can be so designed that the total moral of rights costs of the overenforcement of rights that judicial review would likely produce will be lower than the moral costs that would result from the underenforcement that would occur in the absence of judicial review.*<sup>41</sup>

Konsisten dengan argumen di atas, isu ini seyogyanya disikapi berbeda secara fungsional. Legislatur membentuk undang-undang; badan yudisial menguji konstitusionalitasnya. Dikaitkan dengan fungsi perlindungan HAM oleh masing-masing, fungsi legislatur adalah preventif, membentuk undang-undang yang tidak bertentangan dengan HAM. Sebaliknya, fungsi badan yudisial adalah korektif, menilai kesesuaian undang-undang dengan batasan HAM yang berlaku; jika undang-undang bertentangan dengan HAM maka badan yudisial seyogyanya membatalkan.<sup>42</sup>

Terkait dengan isu kedua tentang teori interpretasi konstitusi saya berpendapat agar hakikat HAM seyogyanya lebih dipertimbangkan dalam praktik pengujian

<sup>39</sup> Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006, h. 1379-1386. Di sini Waldron mendiskusikan tentang *outcome-related reasons*, yaitu “*reasons for designing the decision-procedure in a way that will ensure the appropriate outcome (i.e., a good, just, or right decision)*,” yang sering digunakan untuk mendukung institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang dalam rangka melindungi hak. Waldron menentang argumen ini dengan menjustifikasi sebaliknya bahwa argumen tersebut justru lebih baik jika diterapkan pada badan legislatif ketimbang badan yudisial. Tidak seperti yang selama ini dibayangkan, badan legislatif juga terbuka untuk mendiskusikan dan memutuskan kasus-kasus individual melalui *hearing*, *lobbying* dan debat.

<sup>40</sup> Richard H. Fallon, Jr., “The Core for Uneasy Case for Judicial Review,” *Harvard Law Review*, Vol. 121, 2008, h. 1735.

<sup>41</sup> *Id.*, h. 1735-1736.

<sup>42</sup> Bdgk. dengan pendapat Fallon, Jr. yang mendukung pemikiran Frank B. Cross berikut ini: “*legislatures and courts should both be enlisted in protecting fundamental rights, that both should have veto powers over legislation that might reasonably be thought to violate such rights.*” *Id.*, h. 1695.

undang-undang oleh MKRI. Moore mengembangkan teori interpretasi konstitusi yang dipresumsikan mampu memajukan perlindungan HAM yang dinamai *the natural law theory of constitutional interpretation*. Teori ini dibangun berdasar argumen fungsionalitas pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang dalam rangka perlindungan HAM. Moore membela institusi pengujian yudisial dengan asas *no one should be a judge in their own case* sebagai *the universalist version of the right-based argument for judicial review*. Alasan Moore: *"courts have an incremental advantage if they, rather than the legislature, are assigned the business of rights protection."*<sup>43</sup>

Selanjutnya, menjelaskan teori interpretasi konstitusinya, Moore menyatakan:

*"If the authority of at least the rights-conferring clauses of our Constitution for judges is based on the incrementally greater protection of natural rights, then the right theory of interpretation for judges to use is one maximizing the protection of natural rights."*<sup>44</sup> Tuntutan spesifik dari teori interpretasi konstitusi yang dikemukakan Moore dalam rangka *maximizing the protection of natural rights* adalah *"judges are to identify the legal rights named in our Constitution with pre-existing natural rights. With such an identification, the task of finding the meaning of some constitutional right is the task of discovering the nature of the underlying moral right."*<sup>45</sup>

Berdasarkan praktik yang dipandang representatif dalam isu interpretasi konstitusi dan perlindungan HAM, Jayawickrama merumuskan sejumlah prinsip interpretatif sebagai berikut:

1. *The rules of statutory interpretation ought not to be applied.*
2. *The draftsman's intention is irrelevant.*
3. *A broad, liberal, generous and benevolent construction should be given, not a narrow, pedantic, literal or technical interpretation. A Bill of Rights must be broadly construed in favour of the individual rather than in favour of the State.*
4. *A purposive interpretation should be given; i.e. fundamental rights should be interpreted in accordance with the general purpose of having rights, namely the protection of individuals and minorities against an overbearing collectivity. The meaning of a right or freedom should also be ascertained by an analysis of the purpose of the guarantee; it*

<sup>43</sup> Michael S. Moore, "Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation," *Fordham Law Review*, Vol. 69, 2001, h. 2113-2114.

<sup>44</sup> *Id.*, h. 2115.

<sup>45</sup> *Id.*

*should be understood, in other words, in the light of the interests it is meant to protect. This analysis should be undertaken, and the purpose of the right or freedom sought by reference to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concept enshrined, and, where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the Bill of Rights.*

5. *A contextual approach is preferred to an abstract approach; i.e. the content of a right ought to be determined in the context of the real life situation brought to the court by the litigant and on the basis of empirical data rather than on the basis of some abstraction.*
6. *A hierarchical approach to rights must be avoided when interpreting a human rights instrument.*
7. *When examining the compatibility of legislation with a Bill of Rights, it is the effect of the legislation rather than its purpose or intent that is relevant. The purpose of the legislation, however, is the initial test of constitutional validity, and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.<sup>46</sup>*

Prinsip-prinsip interpretif tersebut menurut saya sangat otoritatif sebagai kaidah bagi MKRI dalam menginterpretasi ketentuan Bab XA UUD NRI 1945 tentang HAM dalam melaksanakan kewenangannya untuk menguji undang-undang yang sejalan dengan tuntutan untuk memajukan perlindungan HAM.

## KESIMPULAN

Pelajaran dari tulisan ini secara umum adalah perlunya sebuah kerangka teoretis yang memadai dalam setiap tindakan hukum. Hal ini secara khusus berlaku *mutatis mutandis* terhadap tindakan konstitusional dalam rangka pembentukan badan pemerintahan seperti MKRI.

<sup>46</sup> Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, h. 164-166.

Seperti telah saya kemukakan di atas, pembentukan MKRI melalui Perubahan Ketiga UUD NRI 1945 tidak disertai dengan argumen teoretis yang memadai melalui proses perdebatan secara intens tentang fungsinya di dalam sistem konstitusional baru, khususnya kewenangan pengujian konstitusionalitas undang-undang sebagai salah satu kewenangan ajudikasi konstitusional yang diatribusikan oleh UUD NRI 1945. Dengan demikian tulisan ini hanya salah satu versi dari teori tentang MKRI yang akan menjadi *raison d'être*-nya (alasan ada) supaya eksistensinya dapat dibenarkan (tidak sewenang-wenang) serta implikasi-implikasi praktisnya dalam pelaksanaan kewenangan pengujian undang-undang.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Ely, John Hart, 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge-Mass.: Harvard University Press.
- Ginsburg, Tom, 2003, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Goldsworthy, Jeffrey, 2010, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Jayawickrama, Nihal, 2002, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans, 1961, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell.
- Lubis, Todung Mulya, 1993, *In Search of Human Rights: Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- McIlwain, Charles Howard, 1947, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York-Ithaca: Cornell University Press.
- Rawls, John, 1996, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- Schyff, Gerhard van der, 2010, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht: Springer.
- Simanjuntak, Marsillam, 1997, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*, Jakarta: Penerbit PT. Pustaka Utama Grafiti.

Soemantri, 1986, Sri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni.

Sweet, 2002, Alec Stone, *Governing with Judges*, Oxford: Oxford University Press.

Yamin, Muhammad, 1959, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Jilid I, Jakarta: Jajasan Prapantja.

#### Jurnal

Alstyne, William W. van, 1969, "A Critical Guide to *Marbury v. Madison*," *Duke Law Journal*, , h. 1-47.

Andrade, Gustavo Fernandes de, 2001, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review," *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, h. 977-989.

Cox, Archibald, 1987, "The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?," *Maryland Law Review*, Vol. 47, h. 118-138.

Fallon, Jr, Richard H, 2008, "The Core for Uneasy Case for Judicial Review," *Harvard Law Review*, Vol. 121, h. 1693-1736.

Kurnia, Titon Slamet, 2012, "Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang," *Jurnal Konstitusi*, Vol. 9, No. 2, h. 563-582.

Moore, Michael S., 2001, "Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation," *Fordham Law Review*, Vol. 69, h. 2087-2117.

Rubin, Edward, 2008, "Judicial Review and the Right to Resist," *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, h. 61-118.

Stone, Geoffrey R., 2012, "*Citizens United* and Conservative Judicial Activism," *Illinois Law Review*, h. 485-500.

Tasrif, S., 1979, "Hak-hak Asasi Warga Negara Ditinjau dari sudut UUD-45 & Perundang-undangan," *Hukum dan Keadilan*, Vol. 8, Juli-Agustus, h. 6-29.

Waldron, Jeremy, 2006, "The Core of the Case Against Judicial Review," *Yale Law Journal*, Vol. 115, h. 1697-1713.

# **Prinsip Tanggung Jawab Orangtua Biologis terhadap Anak Di Luar Perkawinan**

**Rachmadi Usman**

Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat  
Jalan Brigjen. H. Hassan Basry Banjarmasin  
e-mail: rachmadiu@yahoo.co.id

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## **Abstrak**

Setiap anak harus mendapatkan perlindungan hukum, tidak terkecuali bagi anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Bila tidak demikian, yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut terlahir dalam kondisi suci dan tidak berdosa, sekalipun yang bersangkutan terlahir sebagai hasil zina. Anak yang dilahirkan di luar perkawinan seringkali mendapat perlakuan yang tidak adil dan *stigma* di tengah-tengah masyarakat. Sehubungan dengan itu, dalam rangka memberikan perlindungan kepada anak yang dilahirkan di luar perkawinan serta mewajibkan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya untuk bertanggung jawab, Mahkamah Konstitusi memutuskan aturan hukum Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 secara bersyarat, yakni inkonsistensial sepanjang ketentuan tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga setiap anak yang dilahirkan di luar perkawinan tidak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, melainkan juga termasuk mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ibunya. Putusan Mahkamah Konstitusi ini telah menimbulkan pergeseran makna dan ruang lingkup hukum frasa “anak yang dilahirkan di luar perkawinan”, yang mengandung arti bahwa setiap anak yang dilahirkan di luar perkawinan, termasuk anak hasil zina, sepanjang dapat dibuktikan menurut hukum mempunyai hubungan darah dengan laki-laki sebagai ayah yang menyebabkan kelahirannya,

harus dimaknai mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya. Namun pada sisi lainnya, Mahkamah Konstitusi telah melahirkan prinsip tanggung jawab orangtua (ayah) biologis terhadap anak yang dilahirkannya, termasuk anak yang dilahirkan di luar perkawinan.

**Kata Kunci:** Tanggung Jawab, Ayah Biologis, dan Anak Di Luar Perkawinan.

### Abstract

*Every children should get law protection, also children who born from unmarried parent. If it is not, that children be a victim, whereas they was born in holy condition without any mistakes, even they was born as a adultery action. The children who born from unmarried parents often get discrimination and stereotype in society. Because that, toward give protection for children who born from unmarried parents and obligate the father to responsible, Constitutional Court decide provision Article 43 paragraph (1) Act Number 1 of 1974 concerning Marriage is against Constitution of 1945 conditionally, unconstitutional as long as that provision interpretation omit private/civil relation between the man who proved by science and technology and/or other evidence by Law have relationship with their father, and then every children who born from unmarried parents have private/ civil relation not only with their mother and her family, but also with their father and his family. This decision rise change of meaning and law definition concerning children who born from unmarried parent, include children from adultery couple, as long as can prove by law they have relationship with the man as father also have private/ civil relation with their father and his family. But in other side, Constitutional Court also rise parent (father) biologic principle against children, include children who born from unmarried parent.*

**Keyword :** Responsibility, Biologic father, Children who born from unmarried parent.

## PENDAHULUAN

Kembali lagi Mahkamah Konstitusi memberikan terobosan baru yang progresivitas dalam menguji Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.<sup>1</sup> Pasalnya anak luar kawin mendapat perlakuan yang setara dengan anak sah, Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 menyatakan anak yang dilahirkan di luar perkawinan tidak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, melainkan juga mempunyai hubungan dengan ayahnya, yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. Hal ini mengandung

<sup>1</sup> Wahyu Nugroho, "Perlindungan Anak dan Hak-hak Konstitusional", *Majalah Konstitusi*, Nomor 61, Februari 2012, h. 6.

makna bahwa orang tua (ayah/bapak) biologis tetap mempunyai tanggung jawab terhadap anaknya, bilamana dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lainnya ternyata mempunyai hubungan darah dengan laki-laki yang menghamili ibunya.

Mahkamah Konstitusi dalam rapat permusyawaratan Hakim Konstitusi pada tanggal 13 Pebruari 2012 dan diucapkan dalam sidang pleno Mahkamah Konstitusi yang terbuka untuk umum pada tanggal 17 Pebruari 2012, memutuskan mengabulkan permohonan pengujian atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 untuk sebagian dan menolak untuk selain dan selebihnya. Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan, bahwa *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"*<sup>2</sup>, bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*), yakni *inkonstitusional* sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya. Sehubungan dengan itu, maka oleh karenanya ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut **harus dibaca**, bahwa *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*.<sup>3</sup>

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut di atas, maka Mahkamah Konstitusi secara tegas memberikan perlindungan kepada anak dan memberikan hukuman atas laki-laki yang menyebabkan kelahirannya untuk ikut bertanggung jawab, sepanjang hal itu dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum bahwa anak yang bersangkutan mempunyai hubungan darah dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya.

<sup>2</sup> Lihat Republik Indonesia, Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019).

<sup>3</sup> Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010, h. 36-37.

Artinya setiap anak yang dilahirkan di luar perkawinan tetap mempunyai hubungan perdata dengan ayah biologisnya yang menyebabkan kelahirannya, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. Dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 ini, pada dasarnya memberikan peluang bagi anak di luar perkawinan, selain mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, dapat pula mempunyai hubungan perdata dengan laki-laki sebagai ayah biologisnya yang menyebabkan kelahirannya, dengan syarat asal dapat dibuktikan adanya hubungan darah antara anak dan ayah biologisnya, baik berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum.

Terhadap putusan ini, Moh. Mahfud MD selaku Ketua Mahkamah Konstitusi menilai “putusan Mahkamah Konstitusi tersebut sangat penting dan revolusioner, karena sejak lahirnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, maka semua anak yang lahir di luar perkawinan resmi, baik itu dari kawin siri maupun perselingkuhan, mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya. Selain itu, ketentuan ini berlaku juga bagi laki-laki yang melakukan hubungan tanpa ikatan pernikahan. Konsekuensinya laki-laki tersebut harus bertanggung jawab terhadap anak yang lahir”.<sup>4</sup>

Putusan ini tentunya menimbulkan pro dan kontra di masyarakat, bagi pihak yang mendukung menilai putusan ini merupakan terobosan hukum yang progresif dalam melindungi anak, sedangkan bagi pihak yang kontra mengkhawatirkan putusan ini merupakan afirmasi dan legalisasi terhadap pernikahan siri maupun perbuatan zina, kumpul kebo (*samen laven*).<sup>5</sup> Selain itu bagi yang kontra, putusan tersebut juga dapat menjadi landasan hukum untuk tidak menegaskan dan meniadakan “kesakralan” lembaga perkawinan dengan cara “melegalkan” perzinaan, “meniadakan” lembaga pengakuan anak dan mengurangi hak anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah, yang status hukumnya setara dengan anak di luar perkawinan.

Adanya perbedaan dalam pemaknaan hukum (*legal meaning*) anak di luar perkawinan berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dapat membawa implikasi mendasar pada perubahan hukum keluarga terkait dengan masalah nasab, perwalian dan kewarisan. Selain itu, Mahkamah Konstitusi melalui putusannya melahirkan pula suatu prinsip hukum dalam bidang hukum

<sup>4</sup> Lihat “Laporan Utama: Bukan Legalkan Zina”, *Majalah Konstitusi*, Nomor 61, Februari 2012, h. 12.

<sup>5</sup> Eka N.A.M. Sihombing, “Kedudukan Anak Luar Nikah Pasca Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010”, <http://sumut.kemerkumham.go.id/berita/berita-utama/399-keduduk>, diunduh tanggal 15 Maret 2012, h. 1.

keluarga, yaitu prinsip tanggung jawab ayah biologis terhadap anak di luar perkawinan, yang tentunya membawa perubahan paradigma yang mewajibkan kedua orangtua kandung atau orangtua biologis bertanggung jawab terhadap anak (anak-anak) yang dilahirkan di luar perkawinan. Berdasarkan hal ini, perlu dianalisis apakah terdapat perbedaan pemaknaan hukum anak yang dilahirkan di luar perkawinan dan apa yang menjadi dasar konstitusional prinsip tanggung jawab ayah biologis terhadap anak yang dilahirkan di luar perkawinan seiring dengan keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

## **PERGESERAN PEMAKNAAN HUKUM ANAK DI LUAR PERKAWINAN**

Mahkamah Konstitusi pada tanggal 17 Pebruari 2012 mengeluarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, yang berawal dari uji materiil atas ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, yang diajukan oleh Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim dan Muhammad Iqbal Ramadhan bin 'Moerdiono' (?).

Dengan merujuk pada amar Penetapan Pengadilan Agama Tangerang Nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs., tanggal 18 Juni 2008, yang menyatakan: "... Bahwa pada tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah berlangsung pemikahan antara Pemohon (Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim) dengan seorang laki-laki bernama Drs. Moerdiono, dengan wali nikah almarhum H. Moctar Ibrahim, disaksikan oleh 2 orang saksi, masing-masing bernama almarhum KH. M. Yusuf Usman dan Risman, dengan mahar berupa seperangkat alat shalat, uang 2.000 Riyal (mata uang Arab), satu set perhiasan emas, berlian dibayar tunai dan dengan ijab yang diucapkan oleh wali tersebut dan qobul diucapkan oleh laki-laki bernama Drs. Moerdiono". Pernikahan yang seperti ini, menurut yang bersangkutan adalah sah, karena sesuai dengan ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan, bahwa: "*Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.*"<sup>6</sup>

Pernikahan mereka tersebut telah sesuai dengan akad nikah secara Islam, tetapi tidak di hadapan Pegawai Pencatat Nikah Kantor Urusan Agama Kecamatan yang berwenang, sehingga tidak dapat dicatatkan dalam buku Akta Nikah dan dengan sendirinya yang bersangkutan tidak mempunyai Kutipan Akta Nikah.

<sup>6</sup> Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, h. 3.

Padahal ketentuan dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyatakan, bahwa: *"Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku."* Dari pernikahan ini yang bersangkutan telah melahirkan seorang anak laki-laki yang diberi nama Muhammad Iqbal Ramadhan 'bin Moerdiano" (?)<sup>7</sup> sebagaimana identitas yang termuat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Dengan berlakunya ketentuan dalam Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, maka hak-hak konstitusional Hj. Aisyah Mochtar selaku ibu dan Muhammad Iqbal Ramadhan selaku anaknya untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahan serta status hukum anaknya yang dijamin oleh Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan. Padahal konsekuensi dari adanya ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 tersebut adalah setiap orang memiliki kedudukan dan hak yang sama, termasuk haknya untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahan dan status hukum anaknya. Norma konstitusi yang timbul dari Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 adalah adanya persamaan dan kesetaraan di hadapan hukum. Dalam praktiknya norma agama telah diabaikan oleh kepentingan pemaksa yaitu norma hukum. Hal ini dikarenakan norma agama direduksi oleh norma hukum yang menyatakan bahwa perkawinan yang sah menjadi tidak sah. Akibat dari direduksinya norma agama oleh norma hukum tersebut, maka tidak saja perkawinan Hj. Aisyah Mochtar yang statusnya menjadi tidak jelas, tetapi juga mengakibatkan keberadaan eksistensi anaknya di muka hukum menjadi tidak sah. Akibatnya, hilangnya status perkawinan antara Drs. Moerdiono dengan Hj. Aisyah Mochtar dan status Muhammad Iqbal Ramadhan sebagai anak Drs. Moerdiono.<sup>8</sup>

Sebagaimana diketahui ketentuan dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyatakan, bahwa *"Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku."* Dengan berlakunya ketentuan dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, maka hak-hak konstitusional mereka sebagai warga negara Indonesia telah dijamin oleh ketentuan dalam Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan. Ketentuan Undang-Undang Dasar 1945 ini melahirkan norma konstitusi bahwa Hj. Aisyah Mochtar dan Muhammad Iqbal Ramadhan yang merupakan warga negara

<sup>7</sup> Ali Wafa, "Memaknai Anak Di Luar Perkawinan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi", <http://www.pta-mataram.go.id>, diunduh tanggal 9 Oktober 2012, h. 2.

<sup>8</sup> Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, h. 5 dan 7-8.

Indonesia memiliki hak yang setara dengan warga negara Indonesia lainnya dalam membentuk keluarga dan melaksanakan perkawinan tanpa dibedakan dan wajib diperlakukan sama di hadapan hukum.<sup>9</sup>

Selanjutnya ketentuan dalam Pasal 28B ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 menyatakan, bahwa: “*Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.*” Ketentuan Undang-Undang Dasar 1945 ini melahirkan norma konstitusi sebagai warga negara Indonesia juga memiliki hak yang setara dalam membentuk keluarga dan melaksanakan perkawinan tanpa dibedakan dan wajib diperlakukan sama di hadapan hukum. Sedangkan ketentuan dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 menyatakan, bahwa “*Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.*” Ketentuan Undang-Undang Dasar 1945 ini jelas melahirkan norma konstitusi bahwa anak Pemohon juga memiliki hak atas status hukumnya dan diperlakukan sama di hadapan hukum.<sup>10</sup>

Namun Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 berkata lain, yang mengakibatkan Hj. Aisyah Mochtar dan Muhammad Iqbal Ramadhan dirugikan hak konstitusionalnya. Secara konstitusional, siapapun berhak melaksanakan perkawinan sepanjang itu sesuai dengan agama dan kepercayaannya masing-masing. Dalam hal ini, sesungguhnya Hj. Aisyah Mochtar dan Drs. Moerdiono telah melaksanakan perkawinannya sesuai dengan norma agama yang dianutnya yaitu Islam, serta sesuai dengan rukun nikah sebagaimana diajarkan oleh Islam. Konsekuensi dari tidak dicatatkannya pernikahan tersebut adalah keberadaan anak di muka hukum menjadi tidak sah menurut norma hukum dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.<sup>11</sup>

Sehubungan dengan itu ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang dasar 1945 menyatakan, bahwa: “*Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.*” Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, maka Muhammad Iqbal Ramadhan hanya mempunyai hubungan keperdataan ke ibunya, dan hal yang sama juga dianut dalam Islam. Hanya saja hal ini menjadi tidak benar, jika norma hukum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyatakan seorang anak di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, karena berpijak pada sah atau tidaknya suatu perkawinan

<sup>9</sup> *Ibid*, h. 4.

<sup>10</sup> *Ibid*.

<sup>11</sup> *Ibid*, h. 4-5 dan 7.

menurut norma hukum. Begitupun dalam Islam, perkawinan yang sah adalah berdasarkan ketentuan yang telah diatur berdasarkan Al-Quran dan Sunnah, dalam hal ini, perkawinan mereka tersebut adalah sah dan sesuai rukun nikah serta norma agama sebagaimana diajarkan Islam.<sup>12</sup>

Merujuk pada ketentuan Pasal 28D Undang-Undang Dasar 1945 ini, maka Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 tidaklah senafas dan sejalan serta telah merugikan hak konstitusional Hj. Aisyah Mochtar dan sekaligus anaknya. Ditilik berdasarkan kepentingan norma hukum jelas telah mereduksi kepentingan norma agama karena pada dasarnya sesuatu yang oleh norma agama dipandang telah sah dan patut menjadi berbeda dan tidak sah berdasarkan pendekatan memaksa dari norma hukum. Akibat dari bentuk pemaksa yang dimiliki norma hukum dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut adalah hilangnya status hukum perkawinan Hj. Aisyah Mochtar dengan Drs. Moerdino dan anaknya Muhammad Iqbal Ramadhan. Dengan kata lain, norma hukum telah melakukan pelanggaran terhadap norma agama.<sup>13</sup>

Sementara itu, pemohonnya juga menyatakan bahwa ketentuan dalam Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyebabkan kerugian terhadap hak konstitusional Hj. Aisyah Mochtar dan dan anaknya yang timbul berdasarkan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 serta Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, yakni hak untuk mendapatkan pengesahan terhadap pemikahan sekaligus status hukum anaknya Hj. Aisyah Mochtar. Sebagai sebuah peraturan perundang-undang, maka Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 mempunyai kekuatan mengikat dan wajib ditaati oleh segenap rakyat. Sekalipun sesungguhnya ketentuan tersebut mengandung kesalahan yang cukup fundamental karena tidak sesuai dengan hak konstitusional yang diatur Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, sehingga menimbulkan kerugian konstitusional bagi yang bersangkutan.<sup>14</sup>

Pemohon juga mengajukan dalil bahwa jelas hak konstitusional dari anak telah diatur dan diakui dalam Pasal 28B ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945. Kenyataannya sejak lahirnya Muhammad Iqbal Rahamdhhan telah mendapatkan perlakuan diskriminatif yaitu dengan dihilangkannya asal usulnya dengan

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, h. 5.

<sup>13</sup> *Ibid.*, h. 6.

<sup>14</sup> *Ibid.*

hanya mencantumkan nama ibunya dalam Akta Kelahirannya dan negara telah menghilangkan hak anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang karena dengan hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya menyebabkan Drs. Moediono sebagai suami dari Hj. Aisyah Mochtar tidak mempunyai kewajiban hukum untuk memelihara, mengasuh dan membiayai Muhammad Iqbal Ramadhan. Tidak ada seorang anakpun yang dilahirkan di muka bumi ini dipersalahkan dan diperlakukan diskriminatif karena cara pemikahan yang ditempuh kedua orang tuanya berbeda tetapi sah menurut ketentuan norma agama. Dan, anak tersebut adalah anak yang sah secara hukum dan wajib diperlakukan sama di hadapan hukum. Kenyataannya maksud dan tujuan diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 berkaitan pencatatan perkawinan dan anak yang lahir dari sebuah perkawinan yang tidak dicatatkan, dianggap sebagai anak di luar perkawinan sehingga hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya. Kenyataan ini telah memberikan ketidakpastian secara hukum dan mengganggu serta mengusik perasaan keadilan yang tumbuh dan hidup di masyarakat, sehingga merugikan mereka.<sup>15</sup>

Akibat perlakuan diskriminatif tersebut, ibunya Muhammad Iqbal Ramadhan secara objektif mengalami kerugian materi atau finansial, harus menanggung biaya untuk kehidupannya serta untuk membiayai dalam rangka pengasuhan dan pemeliharaan anak. Hal ini dikarenakan adanya ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyebabkan tidak adanya kepastian hukum atas pernikahannya dan anak yang dihasilkan dari pernikahan tersebut. Dalam hal ini tentunya tidak bisa menuntut hak atas kewajiban suami memberikan nafkah lahir dan batin serta biaya untuk mengasuh dan memelihara anak. Tegasnya, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak mencerminkan rasa keadilan di masyarakat dan secara objektif-empiris telah memasung hak konstitusional mereka sebagai warga negara Republik Indonesia untuk memperoleh kepastian hukum dan terbebas dari rasa cemas, ketakutan, dan diskriminasi terkait pernikahan dan status hukum anaknya.<sup>16</sup>

Dari petitum yang dimohonkan, akhirnya Mahkamah Konstitusi hanya mengabulkan untuk sebagian dengan menyatakan, bahwa ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1975 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan oleh karenanya tidak memiliki kekuatan hukum mengikat

<sup>15</sup> *Ibid*, h. 9.

<sup>16</sup> *Ibid*, h. 9-10.

sepanjang dimaknai dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut **harus dibaca**, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya*".<sup>17</sup>

Seperti diketahui salah satu pokok permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum frasa "anak yang dilahirkan di luar perkawinan". Frasa ini tidak hanya ditemukan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, tetapi juga dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 100 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan, bahwa "*Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya*." Artinya ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah paralel dengan syariat Islam sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 100 Kompilasi Hukum Islam, bahkan Kompilasi Hukum Islam menegasi makna "hubungan perdata" dengan "hubungan nasab". Kedua pasal ini jelas memberikan status hukum yang berbeda terhadap anak yang lahir di luar perkawinan dengan anak yang lahir dari perkawinan yang sah.

Berdasarkan ketentuan ini, berarti anak yang lahir di luar perkawinan tersebut mempunyai pertalian kekeluargaan dengan akibat-akibatnya, terutama hak waris, jadi hampir sama dengan status kekeluargaan dengan anak sah, hanya perbedaannya anak yang lahir di luar perkawinan tersebut tidak ada hubungannya dengan ayahnya, sebagai yang menyebabkan kelahirannya. Anak-anak tersebut hanya mempunyai hubungan hukum dengan ibunya, dalam pengertian antara anak dan ibu itu terdapat hubungan hukum dan sama seperti halnya dengan anak sah yang mempunyai ayah. Sebaliknya, anak sah mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya.<sup>18</sup> Hubungan ini biasa disebut dengan kekuasaan orang tua, yakni timbulnya hak dan kewajiban antara orang tua dan anak. Implementasinya adalah bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya memiliki hubungan yang menimbulkan adanya hak dan kewajiban dengan ibu dan keluarga ibunya. Agaknya dapat dinyatakan *mafhum mukhalafah* dari pernyataan

<sup>17</sup> *Ibid*, h. 36-37.

<sup>18</sup> Soedharyo Soimin, *Hukum Orang dan Keluarga: Perspektif Hukum Perdata Barat/BW, Hukum Islam, dan Hukum Adat*, Jakarta: Cv Sinar Grafika, 2004, h. 39-40 dan 41.

tersebut bahwa anak itu tidak mempunyai hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya dalam bentuk nasab, hak dan kewajiban secara timbal balik.<sup>19</sup>

Dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dapat diketahui pemaknaan frasa anak yang lahir di luar perkawinan, tidak terbatas hanya terhadap anak yang lahir dari perkawinan siri, yang sesungguhnya termasuk dalam kategori sebagai anak yang lahir dari perkawinan yang sah, melainkan dapat ditafsir berlaku pula bagi anak yang lahir di luar perkawinan lainnya. Tafsir ini cukup beralasan sebagaimana dikemukakan dalam bagian akhir pertimbangan hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang menyatakan sebagai berikut:

*“Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan stigma di tengah-tengah masyarakat. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan.”<sup>20</sup>*

Salah seorang diantaranya Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati yang mempunyai alasan berbeda (*concurring opinion*) juga menyatakan sebagai berikut:

*“Keberadaan Pasal a quo menutup kemungkinan bagi anak untuk memiliki hubungan keperdataan dengan bapak kandungnya. Hal tersebut adalah risiko dari perkawinan yang tidak dicatatkan atau perkawinan yang tidak dilaksanakan menurut UU 1/1974, tetapi tidaklah pada tempatnya jika anak harus ikut menanggung kerugian yang ditimbulkan oleh tindakan (perkawinan) kedua orang tuanya. Jika dianggap sebagai sebuah sanksi, hukum negara maupun hukum agama (dalam hal ini agama Islam) tidak mengenal konsep anak harus ikut menanggung sanksi akibat tindakan yang dilakukan oleh kedua orang tuanya, atau yang dikenal dengan istilah “dosa turunan”. Dengan kata lain, potensi kerugian akibat perkawinan yang dilaksanakan tidak sesuai dengan UU 1/1974 merupakan risiko bagi laki-laki dan wanita yang melakukan perkawinan, tetapi bukan risiko yang harus ditanggung oleh anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut.*

<sup>19</sup> Jumni Nelli, “Nasab Anak Luar Nikah Perspektif Hukum Islam dan Hukum Perkawinan Nasional”, [http://www.uinsuska.info/syariah/attachments/145\\_JUmni%2520Nel...](http://www.uinsuska.info/syariah/attachments/145_JUmni%2520Nel...), diunduh tanggal 16 Maret 2013, h. 22.

<sup>20</sup> Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, h. 35.

*Dengan demikian, menurut saya, pemenuhan hak-hak anak yang terlahir dari suatu perkawinan, terlepas dari sah atau tidaknya perkawinan tersebut menurut hukum negara, tetap menjadi kewajiban kedua orang tua kandung atau kedua orang tua biologisnya.*"<sup>21</sup>

Oleh karena tidak ada satupun kalimat dalam pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang menegaskan atau setidaknya dapat ditafsirkan hanya berlaku bagi anak yang dilahirkan dari perkawinan sirih, maka kaidah hukum yang menyangkut tentang perlindungan anak di luar perkawinan dalam putusan tersebut juga berlaku bagi semua jenis anak yang lahir di luar perkawinan. Memang beberapa pendapat bermunculan mengenai ruang lingkup maksud dan tujuan dari makna perlindungan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tersebut, sebagian menganggap wajar dan rasional jika Mahkamah Konstitusi memberikan perlindungan terhadap anak-anak yang lahir dari perkawinan siri, karena perkawinan siri merupakan perkawinan yang sah menurut agama. Namun jika putusan tersebut diberlakukan bagi anak-anak zina, maka akan timbul persoalan karena Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 akan dianggap melegalkan perbuatan zina.<sup>22</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi yang demikian akan dapat dimanfaatkan oleh mereka yang tidak ingin terikat tali perkawinan untuk melakukan perbuatan yang dilarang agama (perzinaan, perselingkuhan, *samen leven*), yang sudah tentu hal ini melecehkan lembaga perkawinan.<sup>23</sup>

Terkait dengan tafsir yang demikian, "Majelis Ulama Indonesia menilai, bahwa putusan Mahkamah Konstitusi tersebut terindikasi memutarbalikkan ajaran Islam dan lebih gawat lagi mengubah syariat Islam. Padahal dalam hukum Islam telah secara tegas dijelaskan tentang ketiadaan hubungan keperdataan anak hasil perzinaan dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya. Dengan dikabulkannya *judicial review* atas ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, berarti tidak ada perbedaan status antara anak di luar perkawinan dengan anak yang dilahirkan melalui perkawinan yang sah atau resmi."<sup>24</sup>

Padahal diketahui kesahan suatu perkawinan akan menentukan kedudukan hukum, peranan, dan tanggung jawab anak dalam keluarga. Dalam hal ini perlu

<sup>21</sup> *Ibid*, h. 44.

<sup>22</sup> D.Y. Witanto, *Hukum Keluarga: Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK tentang Hak Uji Materiil UU Perkawinan*, Jakarta: Prestasi Pustaka Publisher, 2012, h. 253-254.

<sup>23</sup> Bambang Ali Kusumo, "Kontroversi Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Perkawinan Sirri dan Hak Anak Luar Kawin", <http://ejournal.unisri.ac.id/index.php/Explorasi/article/view>, diunduh tanggal 16 Maret 2013, h. 58.

<sup>24</sup> Lihat "Lensa Khusus: Kontroversi Putusan MK tentang Anak di Luar Nikah", *Majalah MPA*, Nomor 308, Mei, 2012, h. 16.

diketahui, bahwa Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 membedakan anak dalam perkawinan itu atas anak yang lahir secara sah (anak sah) dan anak yang lahir di luar perkawinan (anak luar kawin). Keduanya mempunyai kedudukan hukum yang berbeda dalam keluarga.<sup>25</sup>

Menurut ketentuan dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Ketentuan yang sama dapat dijumpai dalam Pasal 99 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan, bahwa anak yang sah itu terdiri atas anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah dan anak hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

Dari ketentuan tersebut di atas, ini berarti bahwa anak yang sah itu meliputi:

1. *Anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah, yaitu anak-anak yang dilahirkan sesudah perkawinan yang sah dilangsungkan, termasuk pula kawin hamil;*
2. *Anak yang dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah, yaitu anak-anak yang dilahirkan sesudah perkawinan yang sah dilakukan, tetapi kemudian orangtuanya bercerai atau meninggal dunia.*<sup>26</sup>

Pengertian anak yang sah ini hendaknya termasuk pula anak-anak yang dilahirkan dari hasil pembuahan suami isteri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh isteri yang menikah secara sah dengan suaminya.<sup>27</sup>

Dalam hal ini yang termasuk anak yang dilahirkan di luar perkawinan atau anak yang lahir di luar pernikahan, meliputi:

1. *Anak yang dilahirkan oleh wanita yang tidak mempunyai ikatan perkawinan yang sah dengan pria yang menghamilinya;*
2. *Anak yang dilahirkan oleh wanita akibat korban perkosaan oleh satu orang pria atau lebih;*
3. *Anak yang dilahirkan oleh wanita yang di-li'an (diingkari) oleh suaminya;*
4. *Anak yang dilahirkan oleh wanita yang kehamilannya akibat salah orang (salah sangka), disangka suami ternyata bukan;*
5. *Anak yang dilahirkan oleh wanita yang kehamilannya akibat pernikahan yang diharamkan seperti menikah dengan saudara kandung atau saudara sepesusuan.*<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Rachmadi Usman, *Aspek Hukum Perorangan dan Kekeluargaan di Indonesia*, Jakarta: CV Sinar Grafika, 2006, h. 347.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Syamsul Anwar dan Isak Munawar, "Nasabah Anak Di Luar Perkawinan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 27 Februari 2012 Menurut Teori Fikih dan Perundang-undangan", <http://www.badilag.net/data/ARTIKEL/ARTIKEL%2520NASAB%2520ANAK>, diunduh tanggal 16 Maret 2013, h. 18.

Angka 4 dan angka 5 di atas dalam hukum Islam disebut *anak subhat* yang apabila diakui oleh ayah subhat-nya, nasabnya dapat dihubungkan kepadanya. Sebaliknya angka 1, 2, dan 3 adalah termasuk dalam kelompok anak zina.<sup>29</sup>

Dalam perspektif hukum perdata barat berdasarkan Kitab Undang-undang Hukum Perdata, pengertian anak luar kawin (anak-anak tidak sah, anak alami) digunakan dalam dua arti oleh undang-undang, yaitu:

- a. *dalam arti luas, adalah anak-anak yang dilahirkan di luar perkawinan termasuk di dalamnya anak hasil perselingkuhan (overspelig) dan sumbang (bloedschennig);*
- b. *dalam arti sempit, ialah anak-anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang bukan anak-anak hasil perselingkuhan atau sumbang.*<sup>30</sup>

Anak-anak yang termasuk dalam anak yang dilahirkan di luar perkawinan tersebut tidak mempunyai hubungan sama sekali dengan pria yang membenihkan (ayah biologis). Dengan hanya mempunyai hubungan perdata dari garis ibunya, maka anak-anak tersebut mendapat perlindungan dari undang-undang, artinya semenjak ia dilahirkan mendapat ibu dari wanita yang melahirkannya. Sebaliknya wanita itu tidak dapat menghindar bahwa anak-anak yang dilahirkannya bukan anaknya. Dalam akta kelahiran anak yang demikian, dicatat bahwa anak-anak tersebut dilahirkan dari seorang perempuan. Konsekuensi lainnya, dengan adanya hubungan perdata seperti dimaksud, maka anak-anak yang dilahirkan di luar perkawinan berhak mewarisi dari ibunya dan keluarga ibunya. Jika ibunya meninggal dunia, maka anak-anak itu tampil sebagai ahli waris. Begitu pula kalau ibunya meninggal dunia lebih dulu dari neneknya, anak-anak yang dilahirkan di luar perkawinan berhak menggantikan kedudukannya ibunya mewarisi sewaktu neneknya meninggal dunia.<sup>31</sup>

Sebagaimana diketahui ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyatakan, bahwa "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*", terdapat frase "*hanya*" yang berarti pembatasan, yakni hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya saja. Kemudian Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 berdasarkan Putusan Mahkamah

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> R. Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, *Hukum Orang dan Keluarga (Personen en Familie-Recht)*, Surabaya: Airlangga Universiyt Press, 2008, h. 180.

<sup>31</sup> Gatot Supramono, *Segi-segi Hukum Hubungan Luar Nikah*, Jakarta: Djambatan, 1998, h. 90-91.

Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 diubah menjadi *“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”*, di mana frasa *“hanya”* yang terdapat dalam ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dihapus dan diganti dengan frasa *“serta”* pada akhir ayat yang berarti penambahan hubungan perdata semua jenis anak yang dilahirkan di luar perkawinan dengan ayahnya dan keluarga ayahnya.

Dengan adanya perubahan rumusan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, berarti semua anak yang dilahirkan di luar perkawinan dengan sendinya tidak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, tetapi juga mempunyai hubungan perdata dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya apabila dapat dibuktikan dengan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum yang dapat membuktikan bahwa anak-anak yang dilahirkan di luar perkawinan tersebut mempunyai hubungan darah dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya (ayah biologis).

Jelas putusan yang demikian ini mengundang kontra, karena dalam putusan yang dibacakan ini tidak dinyatakan bahwa anak hasil di luar perkawinan jika anak hasil nikah siri. Apalagi penjelasan dari pihak yang mengeluarkan putusan pun mengatakan bahwa yang dimaksud dengan di luar perkawinan adalah nikah siri atau anak hasil perzinaan, kumpul kebo, selingkuh dan lain sebagainya yang penting anak tersebut bisa dibuktikan hubungan darahnya melalui teknologi yang canggih. Putusan ini menabrak nilai-nilai suci yang diajarkan agama manapun. Mengapa demikian, karena putusan ini akan membuka kran bagi perzinaan, perselingkuhan, dan jenis seks bebas lainnya. Khususnya bagi perempuan, mereka akan mudah melakukan seks bebas karena tidak takut lagi jika perbuatannya menghasilkan anak.<sup>32</sup>

Adapun bagi laki-laki akan menutup seks bebas karena khawatir perbuatannya akan menghasilkan anak. Ini merupakan argumen konyol, karena zaman sekarang banyak terjadi seks bebas yang tidak menghasilkan anak disebabkan pemerintah memprogramkan bagi-bagi kondom. Jika memang putusan ini dimaksudkan untuk mengurangi perzinaan, seharusnya yang dikabulkan adalah gugatan Machica yang

<sup>32</sup> Rahmat Hidayat, “Status Anak di Luar Nikah Menurut Hukum Perkawinan Nasional dan Hukum Islam”, <http://www.negarahunik.com>, diunduh tanggal 16 Maret 2013, h. 1.

pertama yaitu pengakuan nikah siri dan tidak perlunya pemaksaan pencatatan pernikahan negara, atau negara mempermudah proses pencatatan pernikahan bagi pasangan yang mau menikah dan mempermudah urusan akta kelahiran.<sup>33</sup>

Dalam rangka memberikan kepastian dan keadilan hukum terdapat perlakuan berbeda mengenai status dan kedudukan hukum anak sah dan anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Bagi anak yang dilahirkan luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, yang tidak berarti tidak dapat mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya. Dengan perubahan ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 membawa konsekuensi "*memberi legalitas hukum hubungan darah antara anak dengan ayah biologisnya dari sebuah realitas menjadi hubungan hukum yang membawa akibat hukum dalam lapangan hukum keluarga*".<sup>34</sup>

Perubahan ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 ini menimbulkan "ketidakadilan hukum bagi anak sah atau anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah", karena mereka diperlakukan sama dengan anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Artinya, Mahkamah Konstitusi tidak memberikan penghargaan bagi anak sah dibandingkan dengan anak yang dilahirkan di luar perkawinan, yang ternyata diberikan "perlakuan khusus". Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 melahirkan norma hukum yang "tidak berkeadilan hukum" bagi anak-anak sah, yang disetarakan dengan anak yang dilahirkan di luar perkawinan, yang tidak hanya berlaku dalam hubungan perdata antara anak dengan ayah biologisnya, juga berkenaan dengan hubungan nasab, hubungan perdata perwalian dalam perkawinan dan hubungan darah dalam kewarisan.

Kaidah hukum sebagaimana termuat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 ini dapat dikatakan "tidak bermoral", dengan tidak menghargai "kesakralan" atau "kesucian" dari lembaga perkawinan. Dengan perubahan kaidah hukum yang terdapat dalam ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, berarti lembaga perkawinan tidak diperlukan. Karena anak-anak yang dilahirkan di luar perkawinan dapat pula mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya, setelah

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Bandingkan pendapat A. Mukti Arto, "Diskusi Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 27 Februari 2012 Tentang Perubahan Pasal 43 UUP", sebagaimana dikutip Syamsul Anwar dan Isak Munawar. *Op.Cit.*, h. 26.

yang bersangkutan dapat dibuktikan mempunyai atau adanya “hubungan darah” dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya.

Putusan Mahkamah Konstitusi ini “menghalalkan” yang jelas “haram”-nya, hal ini berlawanan dengan syariat Islam. Ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, yang senada dengan Pasal 100 Kompilasi hukum Islam, jelas “*sejalan dengan teori fikih yang bersifat universal*”, di mana ikatan nasab seorang anak dengan orangtuanya (terutama ayahnya) berbeda-beda sesuai dengan ikatan perkawinannya.<sup>35</sup>

Dengan disetarakannya anak sah dengan anak yang dilahirkan di luar perkawinan, juga menimbulkan keadilan hukum yang tidak berkepastian hukum. Perubahan kaidah hukum sebagaimana termuat dalam ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 mengandung makna bahwa sesungguhnya hukum tidak memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status dan kedudukan hukum anak sah dan anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal keduanya mempunyai status dan kedudukan hukum yang berbeda, tetapi kemudian berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, status dan kedudukan hukum anak yang dilahirkan di luar perkawinan disetarakan dengan anak sah, padahal mereka berasal dari hubungan hukum perkawinan yang berbeda, yang seyogianya juga melahirkan keadilan dan kepastian hukum yang berbeda.

### KONSTITUSIONALITAS TANGGUNG JAWAB ORANGTUA BIOLOGIS TERHADAP ANAK YANG DILAHIRKAN DI LUAR PERKAWINAN

Sesuai dengan permohonan Hj. Aisyah Mochtar dan Muhammad Iqbal Ramadhan, dapat diketahui permohonan uji materiil Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 terhadap Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 28D Undang-Undang Dasar 1945, dengan hasil seperti tabel berikut ini:

UUD 1945	Pasal Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974	Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010
<b>Pasal 28B ayat (1):</b> “ <i>Setiap orang berhak membentuk keluarga dan</i>	<b>Pasal 2 ayat (2):</b> “ <i>Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan</i>	Ditolak

<sup>35</sup> Bandingkan Syamsul Anwar dan Isak Munawar. *Ibid*, h. 24.

<i>melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah”.</i>	<i>perundangundangan yang berlaku.”</i>	
<b>Pasal 28B ayat (2):</b> “Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan Diskriminasi.”	<b>Pasal 43:</b> “Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.”	<i>Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan</i>
<b>Pasal 28D ayat (1):</b> “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”		<i>darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya</i>

Perkawinan yang sah tersebut merupakan prasyarat untuk adanya hak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan itu. Negara tidak menjamin hak untuk membentuk keluarga dan mendapatkan keturunan tanpa terikat dalam perkawinan sah.<sup>36</sup> Kata-kata “melanjutkan keturunan” apapun pengertian pasti terjemahan kongkritnya adalah “anak”, yakni kehadirannya melalui pertemuan antara *ovum* dan *spermatozoa*, baik berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan, yang keberadaannya harus dilakukan melalui perkawinan yang sah.<sup>37</sup> Dengan demikian berarti, negara hanya akan menjamin memenuhi hak setiap orang untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan tersebut asal dilakukan melalui perkawinan yang sah. Juga sudah selayaknya negara hanya akan menjamin dan memberikan perlindungan pemenuhan hak-hak anak yang terlahir dari perkawinan yang sah.

<sup>36</sup> Jimly Asshiddiqie, *Komentar Atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009, h. 115.

<sup>37</sup> Chatib Rasyid, “Anak Lahir Diluar Nikah (Secara Hukum) Berbeda dengan Anak Hasil Zina (Kajian Yuridis Terhadap Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2012”, *Makalah dalam Seminar Status Anak Di Luar Nikah dan Hak Keperdataan Lainnya di IAIN Walisongo*, Semarang, 10 April 2012, h.14.

Mengenai pengertian hukum “perkawinan yang sah”, Penjelasan atas Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyatakan sebagai berikut:

*“Dengan perumusan pada Pasal 2 ayat (1) ini, tidak ada perkawinan diluar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, sesuai dengan Undang-undang Dasar 1945. Yang dimaksud dengan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam undang-undang ini”.*

Sebelumnya pada Penjelasan Umum angka 4 huruf b Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 juga dinyatakan, bahwa *“dalam Undang-undang ini dinyatakan, bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.”*

Berdasarkan Penjelasan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 di atas, berarti: (1) tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; (2) pengertian “hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu”, juga termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu; dan (3) hal ini sesuai dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Oleh karena itu pula menurut Undang-Undang Dasar 1945 ini, keturunan (anak) yang sah adalah keturunan yang dilahirkan dari perkawinan yang sah, yang berarti pula tidak melegalkan keturunan yang sah dari hubungan seorang laki-laki dan seorang perempuan tanpa ikatan perkawinan.<sup>38</sup>

Terhadap keturunan yang sah tersebut sudah seharusnya diberikan perlindungan hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 28B ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945. Pasal ini secara konstitusional mewajibkan orangtua sah menjamin kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang anak-anaknya dan memberikan perlindungan dari tindakan tidak manusiawi atau merendahkan martabatnya berupa kekerasan dan diskriminasi. Namun Pasal 28D Undang-Undang Dasar 1945 memberikan hak kepada setiap orang atas pengakuan, jaminan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Artinya setiap orang di sini tidak terbatas pada anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah, melainkan juga termasuk anak yang dilahirkan di luar perkawinan,

<sup>38</sup> Syamsul Anwar dan Isak Munawar, *Op.Cit*, h. 25.

juga harus mendapatkan perlindungan dan keadilan yang pasti dan kepastian yang berkeadilan.

Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 telah melakukan terobosan dengan memutus bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Karena anak luar kawin tidak memiliki hubungan dengan ayahnya. Alasan hukum yang melatarbelakangi *rechtfinding* tersebut untuk menegaskan bahwa anak luar kawin pun berhak mendapat perlindungan hukum.<sup>39</sup> Sebab Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menimbulkan ketidakadilan yang bertumpu pada alasan bahwa hukum meniadakan hak-hak keperdataan si anak terhadap ayah biologisnya.<sup>40</sup>

Menurut Mahkamah Konstitusi terkait dengan putusan tersebut dalam pertimbangannya menyatakan sebagai berikut:

*"..... Oleh karena itu, tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu. Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki, adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak."*

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dengan terobosan hukumnya tersebut membuka titik terang hubungan antara anak luar kawin dengan ayahnya. Hubungan darah antara anak dan ayahnya dalam arti biologis bisa dikukuhkan berdasarkan proses hukum. Membuka kemungkinan hukum untuk subyek hukum (ayah) yang harus bertanggung jawab terhadap anak luar

<sup>39</sup> Omer Law-Ger, "Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Terhadap Pengakuan Anak Luar Kawin", <http://bolmerhutasoit.wordpress.com/2012/10/04/dampak-putusan-mahkamah-konstitusi-no-46puu-viii2010-terhadap-pengakuan-anak-luar-kawin/>, diunduh tanggal 20 Maret 2013, h. 4-5.

<sup>40</sup> D.Y. Witanto, *Op. Cit.* h. 241.

kawin. Subyek hukum tersebut akan bertanggung jawab sebagai ayah biologis dan ayah hukumnya melalui mekanisme hukum dengan menggunakan pembuktian berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi mutakhir dan/atau hukum.<sup>41</sup>

Pengakuan Mahkamah Konstitusi terhadap anak yang dilahirkan di luar perkawinan ini tidak hanya mempunyai hubungan darah dengan ayah biologisnya, tetapi sekaligus mempunyai hubungan hukum yang berakibat timbulnya hak dan kewajiban antara anak dengan ayah dan ibunya berupa hubungan-hubungan nasab, mahram, hak dan kewajiban karena nasab ketika mereka sama-sama masih hidup dan wali nikah antara ayah dengan anak perempuannya. Namun, untuk menjadi wali nikah, ayah biologis tidak secara serta merta dan bertindak sebagai wali nikah bagi anak perempuannya, karena untuk menjadi wali nikah disyaratkan adanya legalitas hukum melalui putusan pengadilan dan telah mempunyai akta kelahiran.<sup>42</sup>

Dalam perspektif hukum Islam, tidak semua anak yang dilahirkan di luar perkawinan mendapatkan akibat hukum perdata yang sama dan seimbang, terutama terkait dengan hubungan nasab, waris, wali nikah dengan laki-laki sebagai ayah biologis yang menyebabkan kelahirannya. Bilamana semua anak yang dilahirkan di luar perkawinan disamakan dengan anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah (anak sah) akan berakibat merusak asal usul anak yang lahir dari ikatan perkawinan yang berbeda, sehingga wajar jika hukum memberikan kedudukan dan hak yang berbeda antara anak sah dan anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Kalau keduanya disamakan, akan menimbulkan ketidakadilan hukum yang pasti dan kepastian hukum yang adil terkait dengan konsep nasab (keturunan) dalam hukum keluarga.

Islam mensyariatkan perkawinan (pernikahan) dengan tujuan menentukan nasab atau keturunan, agar anak yang lahir dengan jalan pernikahan yang sah memiliki status yang jelas. Bila anak itu adalah anak sah, mempunyai ayah dan ibu. Namun, kalau anak itu lahir di luar perkawinan yang sah, statusnya menjadi tidak jelas, karena hanya mempunyai ibu, tidak mempunyai ayah.<sup>43</sup>

Perkawinan merupakan salah satu hubungan perdata yang akan melahirkan hubungan-hubungan keperdataan yang lain. Jika anak yang dilahirkan di luar perkawinan telah disamakan keberadaannya dengan anak sah, akan timbul

<sup>41</sup> Omer Law-Ger, *Op.Cit.*, h. 5.

<sup>42</sup> Abd. Rasyid As'ad, "Status Hukum Anak Luar Kawin", <http://badilag.net/artikel/12855-status-hukum-anak-luar-nikah-oleh-drs-abd-rasyid-asad-mh-910.html>, diunduh tanggal 20 Maret 2013, h. 9.

<sup>43</sup> Slamet Abidin dan Imanudin, *Fikih Munakahat Jilid I dan Jilid II*, Bandung: Pustaka Setia, 1999, h. 157.

persoalan lain bagi warga negara Indonesia yang memeluk agama tertentu, seperti Islam, diantaranya yakni dalam aspek hukum perwalian nikah dan kewarisan. Karena dari hubungan nasab-lah akan timbul hak bagi seorang ayah atau keluarga ayah dari garis keturunan laki-laki untuk menjadi wali nikah atas seorang anak perempuan. Begitu juga dalam aspek hukum waris, hak untuk mewarisi timbul disebabkan dengan adanya perkawinan dan hubungan darah yang timbul akibat perkawinan yang sah. Salah satu tujuan disyariatkannya perkawinan itu adalah untuk menjaga kesucian hubungan darah (nasab).<sup>44</sup>

Pembedaan status anak atas anak sah dan anak luar kawin dihadapan hukum bukanlah perlakuan diskriminasi, melainkan adanya dua peristiwa hukum yang berbeda, yang mengharuskan statusnya berbeda. Walaupun statusnya berbeda, kedua-duanya oleh negara harus diperlakukan sama. Apabila status anak sah dan anak luar kawin tersebut status nasabnya disamakan, persamaan ini akan bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, sebab seorang diberikan hak oleh hukum untuk mendapatkan keturunan “hanya” melalui perkawinan yang sah, arti kebalikan dari pasal ini adalah seorang tidak diberikan hak untuk mendapatkan keturunan dari hubungan badan seorang laki-laki dan seorang perempuan tanpa ikatan perkawinan yang sah.<sup>45</sup>

Dengan demikian dalam perspektif hukum Islam, tidak semua anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya, apalagi kalau anak itu merupakan anak zina dan anak *li’an*, sehingga mereka itu hanya dinasabkan kepada ibunya dan keluarga ibunya. Juhur ulama sepakat bahwa prinsip penetapan nasab adalah karena adanya hubungan perkawinan yang sah, selain itu tidak akan menimbulkan hubungan nasab. Tentu dengan sendirinya anak zina dan anak *li’an* hanya dinasabkan kepada ibunya, tidak dinasabkan kepada laki-laki yang menyebabkan kelahirannya.

Menurut hukum Islam, status anak yang dilahirkan di luar perkawinan (anak luar nikah) disamakan statusnya dengan anak zina dan anak *li’an*. Atas dasar itu tanggung jawab atas segala keperluan anak yang dilahirkan di luar perkawinan tersebut, baik materiil maupun spiritual adalah ibunya dan keluarga ibunya. Demikian pulanya dengan hak-mewaris.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Rio Satria, “Kritik Analisis Tentang Putusan Mahkamah Konstitusi Mengenai Uji Materil Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan”, [www.badilag.net/.../10391-kritik-analisis-tentang-putusan-mahkamah](http://www.badilag.net/.../10391-kritik-analisis-tentang-putusan-mahkamah), diunduh tanggal 21 Maret 2013, h. 15.

<sup>45</sup> Syamsul Anwar dan Isak Munawar, *op.cit.*, h. 26.

<sup>46</sup> Rahmat Hidayat, “Eksistem Anak Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Judicial Review Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan”, <http://www.negarahukum.com/hukum/eksistensi-anak-pasca-putusan>, diunduh tanggal 20 Juni 2012, h. 6.

Dalam rangka memperkuat kedudukan dan perlakuan anak hasil zina, pada tanggal 10 Maret 2012 Majelis Ulama Indonesia (MUI) melalui Komisi Fatwa mengeluarkan Fatwa Nomor 11 Tahun 2012, yang mengatur mengenai kedudukan anak hasil zina dan perlakuan terhadapnya. Berdasarkan fatwa ini ditetapkan, bahwa anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan nafkah dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya dan hanya mempunyai hubungan nasab, waris, dan nafkah dengan ibunya dan keluarga ibunya. Namun demikian ditegaskan, bahwa anak hasil zina tersebut tidak menanggung dosa perzinahan yang dilakukan oleh orang yang mengakibatkan kelahirannya. Siapa anak zina itu ditegaskan, adalah anak yang lahir sebagai akibat dari hubungan badan di luar perkawinan yang sah menurut ketentuan agama. Sebagai bentuk wujud tanggung jawab, menurut fatwa tersebut, pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman kepada laki-laki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkan kepadanya untuk mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut dan memberikan harta setelah ia meninggal dunia melalui wasiat wajibah. Hukuman dimaksud bertujuan untuk melindungi anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan ayah biologisnya atau laki-laki yang mengakibatkan kelahirannya.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan, baik Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 maupun Fatwa MUI Nomor 11 Tahun 2012, keduanya melahirkan spirit hendak memberikan perlindungan bagi anak yang dilahirkan di luar perkawinan, terkait dengan kewajiban dan tanggung jawab ayah biologis untuk ikut serta memenuhi kebutuhan dasar anak biologisnya. Kedua putusan tersebut telah memberikan hukuman atas laki-laki yang menyebabkan kelahirannya untuk tetap bertanggung jawab memenuhi kebutuhan dasar anak biologisnya. Sedangkan pemenuhan hak-hak lainnya dari anak yang dilahirkan di luar perkawinan dilakukan secara proporsional dan seimbang sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan serta adat istiadat yang berlaku yang mengatur mengenai hak keperdataan bagi anak sah dan anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Kaidah hukum yang dilahirkan Putusan Mahkamah Konstitusi ini tidak dapat diterapkan serta merta terhadap semua jenis anak yang dilahirkan di luar perkawinan, karena hal tersebut akan mengaburkan eksistensi lembaga perkawinan sebagai wadah melahirkan hubungan nasab yang sah menurut hukum.

## PENUTUP

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang bermaksud memberikan perlindungan hukum terhadap anak yang dilahirkan di luar perkawinan, ternyata menimbulkan kontroversial. Pada satu sisi bermaksud dengan pertimbangan hukumnya telah memberikan perlindungan hukum kepada anak yang dilahirkan di luar perkawinan dan memberikan hukuman atas laki-laki yang menyebabkan kelahirannya untuk bertanggung jawab, namun sisi lainnya dapat menjadi pembenaran terhadap perkawinan yang tidak sah secara hukum yang bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan hukum Islam berdasarkan Kompilasi Hukum Islam. Melalui putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi telah *me-review* Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, yang mengatur kedudukan anak yang dilahirkan di luar perkawinan tidak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, melainkan pula dengan “laki-laki sebagai ayahnya” yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.

Seiring dengan itu, Mahkamah Konstitusi telah memberikan pemaknaan hukum “anak yang dilahirkan di luar perkawinan” yang luas dan berbeda dari maksud Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Akibatnya semua jenis anak yang termasuk dalam ruang lingkup “anak yang dilahirkan di luar perkawinan”, dalam hal ini termasuk anak zina dan anak *li’an* mempunyai kedudukan dan hak yang sama dengan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah (anak sah). Padahal kedua jenis anak tersebut secara proporsional mempunyai perbedaan perlindungan hukumnya, yang tidak mungkin untuk saling dipertentangkan satu sama lainnya. Hal ini berarti hubungan perdata antara anak dengan ayah biologisnya yang dimaksud dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dapat dimaknai sempit atau luas, termasuk hubungan nasab, wali nikah, dan waris, sepanjang hal itu sesuai dan tidak bertentangan dengan hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Oleh karena itu, sesuai dengan amanat Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, maka sudah seharusnya pemerintah segera mungkin menetapkan aturan hukum mengenai kedudukan anak luar kawin dalam peraturan pemerintah.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abidin Slamet dan Imanudin, 1999, *Fikih Munakahat Jilid I dan Jilid II*, Bandung: Pustaka Setia.
- Ali Wafa, 2012, "Memaknai Anak Di Luar Perkawinan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi", <http://www.pta-mataram.go.id>, diunduh tanggal 9 Oktober.
- Syamsul Anwar dan Isak Munawar, 2013, "Nasabah Anak Di Luar Perkawinan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 27 Pebruari 2012 Menurut Teori Fikih dan Perundang-undangan". [www.badilag.net/data/ARTIKEL/ARTIKEL%2520NASAB%2520ANAK](http://www.badilag.net/data/ARTIKEL/ARTIKEL%2520NASAB%2520ANAK), diunduh tanggal 16 Maret.
- As'ad Abd. Rasyid, 2013, "*Status Hukum Anak Luar Kawin*", <http://badilag.net/artikel/12855-status-hukum-anak-luar-nikah-oleh-drs-abd-rasyid-asad-mh-910.html>. diunduh tanggal 20 Maret.
- Bambang Ali Kusumo, 2013, "Kontroversi Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Perkawinan Siri dan Hak Anak Luar Kawin". <http://ejournal.unisri.ac.id/index.php/Explorasi/article/view> diunduh tanggal 16 Maret.
- Chatib Rasyid, Chatib, 2012, "Anak Lahir Diluar Nikah (Secara Hukum) Berbeda dengan Anak Hasil Zina (Kajian Yuridis Terhadap Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2012)". *Makalah dalam Seminar Status Anak Di Luar Nikah dan Hak Keperdataan Lainnya* di IAIN Walisongo Semarang, 10 April.
- D.Y. Witanto, 2012. *Hukum Keluarga: Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK tentang Hak Uji Materiil UU Perkawinan*. Jakarta: Prestasi Pustaka Publisher.
- Departemen Agama Republik Indonesia, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, 1997/1998.
- Eka N.A.M Sihombing. 2012, "*Kedudukan Anak Luar Nikah Pasca Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010*". [sumut.kemenumham.go.id/berita/berita-utama/399-keduduk](http://sumut.kemenumham.go.id/berita/berita-utama/399-keduduk)., diunduh tanggal 15 Maret.
- Gatot Supramono, 1998, *Segi-segi Hukum Hubungan Luar Nikah*. Jakarta: Djambatan.
- Jimly Asshiddiqie, 2009, *Komentor Atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Law-Ger, Omer, 2013, "Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Terhadap Pengakuan Anak Luar Kawin", <http://bolmerhutasoit.wordpress.com/2012/10/04/dampak-putusan-mahkamah-konstitusi-no-46puu-viii2010-terhadap-pengakuan-anak-luar-kawin/>. diunduh tanggal 20 Maret.

- Nelli, Jumni, 2013. "Nasab Anak Luar Nikah Perspektif Hukum Islam dan Hukum Perkawinan Nasional", [http://www.uinsuska.info/syariah/attachments/145\\_JUmni%2520Nel...](http://www.uinsuska.info/syariah/attachments/145_JUmni%2520Nel...), diunduh tanggal 16 Maret.
- NN, 2012, "Laporan Utama: Bukan Legalkan Zina", *Majalah Konstitusi*
- NN, 2012, "Lensa Khusus: Kontroversi Putusan MK tentang Anak di Luar Nikah". *Majalah MPA*, Nomor 308.
- R. Soetoyo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, 2008, *Hukum Orang dan Keluarga (Personen en Familie-Recht)*, Surabaya: Airlangga University Press.
- Rachmadi Usman, 2006, *Aspek Hukum Perorangan dan Kekeluargaan di Indonesia*, Jakarta: CV Sinar Grafika.
- Rahmat Hidayat, 2012, "Eksistem Anak Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Judicial Review Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan", <http://www.negarahukum.com/hukum/eksistensi-anak-pasca-putusan>, diunduh tanggal 20 Juni.
- \_\_\_\_\_, 2013. "Status Anak di Luar Nikah Menurut Hukum Perkawinan Nasional dan Hukum Islam". <http://www.negarahukum.com>. diunduh tanggal 16 Maret.
- Rio Satria, 2013, "*Kritik Analisis Tentang Putusan Mahkamah Konstitusi Mengenai Uji Materil Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan*", [www.badilag.net/.../10391-kritik-analisis-tentang-putusan-mahkamah](http://www.badilag.net/.../10391-kritik-analisis-tentang-putusan-mahkamah), diunduh tanggal 21 Maret.
- Soedharyo Soimin, 2004, *Hukum Orang dan Keluarga: Perspektif Hukum Perdata Barat/BW, Hukum Islam, dan Hukum Adat*, Jakarta: CV Sinar Grafika.
- Wahyu Nugroho, 2012, "*Perlindungan Anak dan Hak-hak Konstitusional*", *Majalah Konstitusi* Nomor 61.

# **Karakteristik Sengketa Pemilukada Di Indonesia Evaluasi 5 Tahun Kewenangan MK Memutus Sengketa Pemilukada**

**RUDY**

Dosen Bagian Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Unila  
Jl. Soemantri Brodjonegoro No. 1 Bandarlampung 35145  
rudy.1981@fh.unila.ac.id

**CHARLYNA PURBA**

Mahasiswa Bagian Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Unila  
Jl. Soemantri Brodjonegoro No. 1 Bandarlampung 35145  
E-mail: charlyna\_shinta@yahoo.com

Naskah diterima: 30/01/2014 revisi: 30/02/2014 disetujui: 30/03/2014

## **Abstrak**

Tujuan penelitian ini adalah menemukan karakteristik sengketa pemilukada di Indonesia dengan menggunakan metode studi kasus terhadap putusan-putusan MK sejak tahun 2008 sampai 2013. Hasil penelitian menunjukkan bahwa karakteristik pelanggaran sengketa pemilukada adalah terstruktur, sistematis, masif, administratif dan substantif. Berdasarkan penelitian terhadap putusan-putusan tersebut, dapat diketahui bahwa pelanggaran tidak hanya dilakukan oleh pasangan calon peserta pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah, melainkan juga penyelenggara pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah.

**Kata Kunci:** Karakteristik, Sengketa Hasil Pemilukada, Putusan MK

## **Abstract**

*This study purports to ascertain the characteristic of the local election disputes in Indonesia by way case study through judgment reviews from 2008 to 2013. The research shows that the characteristic of the local election disputes in Indonesia can be classified as structured, systematic, masive, administrative, and substantive. The disputes of local election has been contributed by both the candidates and organizingelectionsof local eletion.*

**Keyword:** *Characteristic, Local Election Disputes, MK Judgments*

## PENDAHULUAN

Undang-Undang (UU) Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang terakhir diubah dengan UU Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah mengatur mekanisme pemilihan kepala daerah secara langsung oleh rakyat. Dalam perkembangannya, pemilihan kepala daerah secara langsung menimbulkan sengketa pemilu. Pada tahap awal demokratisasi Indonesia, sengketa pemilu diselesaikan oleh Mahkamah Agung (MA) sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman. Pada saat itu Mahkamah Konstitusi (MK) tidak mempunyai kewenangan menyelesaikan sengketa pemilu karena MK adalah salah satu lembaga negara pelaku kekuasaan kehakiman yang diberikan kewenangan hanya mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk antara lain memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.<sup>1</sup>

Terkait dengan kewenangan MK tersebut, terdapat pertanyaan penting mengenai “Apakah pemilihan kepala daerah masuk ke dalam rezim pemilihan umum atau tidak yang menjadi ranah kewenangan MK?” Pertanyaan tersebut dapat dijawab dengan menguraikan 3 (tiga) hal di bawah ini, yaitu:<sup>2</sup>

*Pertama*, pengaturan UU Pemda 2004 telah mengubah mekanisme pemilihan kepala daerah secara langsung oleh rakyat. Perubahan pengaturan terhadap mekanisme pemilihan kepala daerah langsung oleh rakyat, menimbulkan perdebatan apakah posisi pemilihan kepala daerah langsung sebagai bagian dari pemilu atau bukan. Perbedaan pendapat tersebut, mendorong beberapa kelompok masyarakat mengajukan permohonan *judicial review* terhadap pasal-pasal yang berkaitan dengan pemilihan kepala daerah langsung.<sup>3</sup>

*Kedua*, tanggal 22 Maret 2005 MK membuat putusan perihal pengujian UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Dalam amar putusan MK tersebut telah membatalkan pasal-pasal yang berkaitan dengan tanggungjawab Komisi Pemilihan Umum Daerah (KPUD) terhadap DPRD.

<sup>1</sup> Kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menyelesaikan sengketa perselisihan hasil pemilihan umum dapat dilihat dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 1 ayat (1) huruf d UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi *juncto* Pasal 29 ayat (1) huruf e Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>2</sup> Arif Wibowo, *Menata Ulang Sistem Penyelesaian Sengketa dan Pelanggaran Pemilu* dalam Demokrasi Lokal “Evaluasi Pemilu di Indonesia”, Jakarta: Konstitusi Press, 2012, h. 99-100.

<sup>3</sup> Pasal-pasal yang dilakukan *judicial review* adalah pasal-pasal yang berkaitan dengan independensi penyelenggara pemilu dan lembaga yang menangani sengketa pemilu yang dinilai bertentangan dengan Pasal 22E UUD 1945. Lebih jelas lihat Putusan MK No. 072-073/PUU-II/2004 tentang Pengujian UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

*Ketiga*, ketentuan yang terdapat dalam UU Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum menyebut pemilihan kepala daerah sebagai Pemilihan Umum Kepala Daerah (Pilukada)<sup>4</sup> yang dinyatakan secara jelas dalam Pasal 1 angka 4 “Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah adalah pemilihan umum untuk memilih kepala daerah dan wakil kepala daerah secara langsung dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”.

Dari ketiga hal tersebut di atas, dapat dijelaskan bahwa pilkada termasuk dalam rezim pemilihan umum yang menjadi ranah kewenangan MK. Dengan demikian, MK kemudian mempunyai legitimasi dalam penyelesaian sengketa pilukada di Indonesia. Dengan dasar legitimasi tersebut, peralihan kewenangan kemudian dilakukan dari MA ke MK. Peralihan kewenangan ini kemudian ditindaklanjuti melalui penandatanganan pengalihan wewenang memutus sengketa perselisihan hasil pemilihan umum kepala daerah (sengketa pilkada/pilukada)<sup>5</sup> dari MA kepada MK berdasarkan UU Nomor 12 Tahun 2008 yang menegaskan bahwa penanganan sengketa pilkada oleh MA dialihkan kepada MK paling lambat 18 (delapan belas) bulan setelah diundangkan.

Dengan demikian, sejak pengalihan tersebut, kewenangan memutus sengketa pilkada menjadi salah satu yurisdiksi MK.<sup>6</sup> Setelah MK menerima pengalihan wewenang memutus sengketa pilkada dari MA, terhitung sejak pada Oktober 2008 sampai Maret 2013, tercatat sebanyak 554 perkara diregistrasi di MK.<sup>7</sup> Dari jumlah tersebut, MK memutuskan sebanyak 56 perkara dikabulkan, 332 ditolak, 114 tidak dapat diterima, 15 perkara ditarik kembali, dan 1 gugur.

Penelitian tentang sengketa pilukada telah banyak dilakukan, akan tetapi belum ada peneliti yang secara spesifik meneliti tentang karakteristik sengketa pilukada. Itulah sebabnya, setelah 5 (lima) tahun pengalihan kewenangan dari MA kepada MK terhitung sejak Oktober 2008-Maret 2013, diperlukan evaluasi secara khusus mengenai karakteristik sengketa pilukada yang diharapkan dapat memberikan masukan (*input*) yang berguna dalam memberikan pertimbangan

<sup>4</sup> Dalam tulisan ini, penulis akan menyamakan penggunaan istilah “pilkada” dan “pilukada” untuk menyatakan pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah. Pemilu merupakan singkatan dari Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah. Penulis juga memasukkan istilah “pilkada” dikarenakan masyarakat memahami pilkada sebagai konteks umum mengenai pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah.

<sup>5</sup> Selanjutnya, akan digunakan istilah “sengketa pilkada” dan “sengketa pilukada” secara bergantian untuk menyatakan sengketa perselisihan hasil pemilihan umum kepala daerah/wakil kepala daerah.

<sup>6</sup> Janedjri M. Gaffar, *Politik Hukum Pemilu*, Jakarta: Konstitusi Press, 2012, h. 113.

<sup>7</sup> Mahkamah Konstitusi, “Rekapitulasi Perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah” <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.RekapPHPUD>, diunduh 2 April 2013.

untuk pengambilan kebijakan, khususnya yang berkaitan dengan masalah sengketa pemilu di Indonesia. Metode yang digunakan untuk menjawab permasalahan adalah menggunakan pendekatan *case of study* (studi kasus) yaitu mengkaji putusan MK tentang sengketa pilkada sejak Oktober 2008-Maret 2013.

## PEMBAHASAN

### 1. Desentralisasi dan Otonomi

Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) telah mengalami berbagai macam perubahan dalam mengikuti perkembangan zaman yang salah satunya mengenai pola pemerintahan yang awalnya sentralistik menjadi desentralisasi pada tahun 1999. Sejarah perubahan pola pemerintahan ini diawali oleh jatuhnya negara-negara dengan bentuk negara kesatuan pola sentralistik. Tidak berfungsi dan gagalnya sistem pembuatan keputusan yang sentralistik, dimana pemerintah pusat tidak dapat menyediakan solusi-solusi bagi tiap-tiap komunitas di tiap-tiap daerah yang beragam serta berawal dari kesadaran akan kebutuhan manajemen bahwa mengelola negara secara sentralistik dengan seribu satu macam permasalahan pemerintahan jelas tidak efektif dan melelahkan menjadi latar belakang dan asal muasal reformasi desentralisasi serta memunculkan tuntutan kebijakan otonomi daerah.<sup>8</sup>

Gejolak yang dialami oleh bangsa Indonesia semenjak kejatuhan *Asian Miracles*<sup>9</sup> akibat krisis ekonomi di Thailand yang berdampak pada negara-negara di kawasan Asia, termasuk Indonesia menimbulkan suatu gagasan untuk memasukkan prinsip desentralisasi dan otonomi daerah dalam pola pemerintahan yang selama ini sentralistik.

*“Diawali dengan proses amandemen UUD 1945 termasuk dalam ketentuan mengenai pemerintahan daerah, pemerintahan merespon kepada permintaan akan desentralisasi yang semakin keras ketika DPR dengan cepat menyetujui dua Undang-Undang pada April 1999 dengan menetapkan tanggal 1 Januari 2001 sebagai waktu dimulainya pelaksanaan desentralisasi yang drastis, yang bisa dikatakan big bang.”<sup>10</sup>*

<sup>8</sup> Rudy, *Hukum Pemerintahan Daerah Perspektif Konstitusionalisme Indonesia*, Bandar Lampung: Indepth Publishing, 2012, h. 19.

<sup>9</sup> Asian Miracles merupakan istilah yang sangat terkenal mengenai kesuksesan negara kesatuan sentralistik di Asia dimana negara-negara ini dengan sistem kekuasaan terpusat dapat meningkatkan pertumbuhan ekonomi yang sangat tinggi. Namun demikian, krisis ekonomi di Asia menyebabkan runtuhnya tesis mengenai Asia Miracles yang menyisahkan negara-negara Jepang sebagai negara yang masih menjadi kekuatan ekonomi di Asia. Baca Rudy, *Hukum Pemerintahan ...Op.cit.*, h. 15.

<sup>10</sup> *Ibid.*

Dengan berlakunya konsep desentralisasi di Indonesia, kekuasaan atau kewenangan oleh pemerintah pusat untuk mengurus berbagai kepentingan masyarakatnya diberikan kepada daerah-daerah untuk menjalankan tugas pemerintahan. Yang artinya, pemerintah di daerah diberikan kewenangan untuk mengurus sendiri daerahnya dengan prinsip otonomi. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), pengertian “otonomi” diartikan sebagai pemerintahan sendiri.<sup>11</sup>

*“Pada tingkat terendah, otonomi berarti mengacu pada perwujudan free will yang melekat pada diri-diri manusia sebagai satu anugerah paling berharga dari Tuhan. Otonomi adalah hak rakyat untuk mengatur pemerintahan di daerah dengan dengan caranya sendiri sesuai dengan hukum, adat dan tata kramanya. Otonomi seperti ini disebut otonomi yang mendasar dan indigeneus. Selain itu, otonomi sebagai perwujudan dari desentralisasi tidak pernah lepas dari aspek demokrasi yang menjadi inti dari otonomi itu sendiri.”<sup>12</sup>*

Dengan demikian, otonomi daerah sangat berkaitan dengan partisipasi masyarakat lokal sebagai bagian dari ide besar demokrasi. Hal ini juga diperkuat dengan oleh pendapat pakar G.S. Cheema Rondinelli<sup>13</sup> yang menekankan alasan perlunya desentralisasi yang beberapa diantaranya adalah:

- a. Peningkatan sensitivitas terhadap masalah dan kebutuhan setempat.
- b. Perwakilan lebih baik, dan
- c. Stabilitas politik yang lebih baik.

Pelaksanaan desentralisasi diharapkan akan lebih membuka kesempatan bagi masyarakat untuk berpartisipasi dalam berbagai aktivitas politik di tingkat lokal. Masyarakat di daerah dapat dengan elegan mempraktikkan bentuk-bentuk partisipasi politik, misalnya menjadi anggota partai politik dan kelompok kepentingan di samping mendapatkan kebebasan dalam mengekspresikan kepentingan dan aktif dalam proses pengambilan kebijaksanaan.<sup>14</sup> Jadi, dari pemaparan di atas dapat dilihat bahwa pentingnya

<sup>11</sup> Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Pusat Bahasa, 2008, h. 1025.

<sup>12</sup> Rudy, *Hukum Pemerintahan...Op.cit.* h. 31.

<sup>13</sup> G.S. Cheema Rondinelli mengemukakan bahwa alasan perlunya desentralisasi adalah sebagai: suatu cara untuk mengatasi berbagai kegawatan keterbatasan, mengatasi prosedur terstruktur ketat suatu perencanaan terpusat, peningkatan sensitivitas terhadap masalah dan kebutuhan setempat, penetrasi politik dan administrasi negara, perwakilan lebih baik, kapasitas dan kemampuan administrasi publik yang lebih baik, pelayanan lapangan dengan efektifitas lebih tinggi di tingkat lokal, meningkatkan koordinasi dengan pimpinan setempat, menciptakan cara-cara alternatif pengambilan keputusan, administrasi publik yang lebih fleksibel, inovatif dan kreatif, keanekaragaman fasilitas pelayanan yang lebih baik, stabilitas politik yang lebih baik. Lihat Rudy, *Hukum Pemerintahan...Op.cit.*, h. 20.

<sup>14</sup> Abdul Malik Gismar dan Syarif Hidayat, *Reformasi Setengah Matang*, Jakarta: Penerbit Hikmah (PT Mizan Publika), 2010, h. 118.

partisipasi masyarakat lokal untuk mewujudkan desentralisasi tersebut merupakan salah satu tujuan dari relevansi gagasan otonomi daerah.

Demokrasi tanpa partisipasi langsung oleh masyarakat merupakan bentuk pengingkaran terhadap demokrasi itu sendiri. Karena pada hakekatnya, instrumen pemilihan langsung mengandung nilai-nilai kebebasan, persamaan dan kedaulatan rakyat yang menjadi prinsip demokrasi.<sup>15</sup> Melalui pilkada, demokrasi nasional di daerah dapat dibentuk. Artinya, pembangunan demokrasi tidak hanya dilakukan di pusat pemerintahan dan dalam skala nasional saja.<sup>16</sup> Akan tetapi, demokrasi lokal, meminjam istilah Muhammad Asfar<sup>17</sup> memosisikan esensi pendistribusian dan pembangunan demokrasi dilaksanakan di tiap-tiap daerah melalui instrumen pemilihan kepala daerah secara langsung, implikasinya yang tidak lain adalah untuk mencerdaskan secara politik masyarakat daerah dan meningkatkan peran partisipasinya.

## 2. Pemilukada, Kedaulatan Rakyat dan Konsolidasi Demokrasi

Salah satu manifestasi utama demokrasi yaitu diinisiasikannya pemilukada untuk memilih Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati dan Walikota/Wakil Walikota sebagai pelaksanaan dari amanat UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang dianggap mampu mengekspresikan dan melembagakan kehendak rakyat yang berdasarkan pengakuan atas kedaulatan berada di tangan rakyat untuk memilih figur kepala pemerintah daerah yang menentukan perkembangan dan pembangunan daerah. Hal ini jelas dimuat dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 yang menyatakan “Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintahan daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis”.

Kesepakatan rumusan “secara demokratis” untuk pilkada dicapai dengan maksud agar bersifat fleksibel, baik dilakukan secara langsung oleh rakyat maupun secara tidak langsung oleh DPRD. Keduanya, asalkan dilakukan secara jujur dan adil serta sesuai dengan prinsip-prinsip pemilihan yang adalah secara demokratis.<sup>18</sup> Sama halnya dengan pendapat Kant yang dikutip oleh Sartono<sup>19</sup> dalam bukunya *Nasib Demokrasi Lokal di Negeri Barbar* bahwa “Pilkada yang demokratis sebagai salah satu bentuk konsep yang harus didukung dengan

<sup>15</sup> Sartono Sahlan dan Awaludin Marwan, *Nasib Demokrasi Lokal di Negeri Barbar*, Yogyakarta: Thafa Media, 2012, h. 71.

<sup>16</sup> *Ibid.* h. 73.

<sup>17</sup> Muhammad Asfar, *Mendesain Pilkada Panduan Bagi Stakeholder*, Surabaya: Pustaka Euroka dan PusDeHAM, 2006, h. 7.

<sup>18</sup> Janedri M. Gaffar, *Politik Hukum ...Op.cit.*, h. 95.

<sup>19</sup> Sartono Sahlan dan Awaludin Marwan, *Nasib Demokrasi...Op.cit.*, h. 60.

tertib hukum dan partisipasi manusia secara keseluruhan yang menjadi keselarasan yang ditentukan sebelumnya (*harmonia praestabilitia*) sebagai etika yang asasi yang berasal dari perasaan dan kepercayaan. Sedangkan, teori demokrasi menjadi bingkai pendukung terhadap pengembangan konsep politik yang mengarahkan pilkada yang jujur dan adil sebagai budaya demokratis suatu negara.”

Salah satu sifat penting dari kelembagaan penyelenggara pilkada adalah sifat mandiri. Sifat mandiri berarti bebas dari segala bentuk pengaruh atau intervensi pihak lain, yang dapat mengurangi kemampuan penyelenggara pilkada dalam melaksanakan pilkada yang luber dan jurdil.<sup>20</sup> Penyelenggara pilkada, baik KPU provinsi dan KPU kabupaten/kota maupun Bawaslu dan Panwaslu, harus independen dalam menjalankan tugasnya masing-masing, sesuai dengan peraturan perundang-undangan.<sup>21</sup>

UU Penyelenggara Pemilu telah mengatur mengenai kewajiban dan tanggung jawab para penyelenggara pilkada yang terdiri atas Komisi Pemilihan Umum<sup>22</sup> dan Badan Pengawas Pemilu<sup>23</sup> serta Dewan Kehormatan Pemilu<sup>24</sup> dengan berpegang teguh pada asas-asas<sup>25</sup> mandiri, jujur, adil, kepastian hukum, tertib, kepentingan umum, keterbukaan, proporsionalitas, profesionalitas, akuntabilitas, efisiensi, dan efektivitas.

Penghormatan terhadap hak rakyat di Indonesia dalam berpartisipasi untuk terselenggaranya pemerintahan dengan ikut serta dalam pilkada merupakan bagian dari demokrasi langsung.<sup>26</sup> Demokrasi langsung merupakan perwujudan dari kedaulatan rakyat dalam arti rakyatlah yang melaksanakan kekuasaan tertinggi.

### 3. Gambaran Umum Sengketa Pilukada

Sejak pertama kali dilaksanakannya pada tanggal 1 Juni 2005,<sup>27</sup> terdapat fenomena bahwa penyelenggaraan pemilihan kepala daerah hampir selalu

<sup>20</sup> *Ibid.*, h. 109

<sup>21</sup> *Ibid.*, h. 111.

<sup>22</sup> Pasal 1 angka 6 UU Penyelenggara Pemilu berisikan “Komisi Pemilihan Umum, selanjutnya disingkat KPU adalah lembaga penyelenggara pemilu yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri yang bertugas melaksanakan pemilu”.

<sup>23</sup> Pasal 1 angka 16 UU Penyelenggara Pemilu berisikan “Badan Pengawas Pemilu, selanjutnya disingkat Bawaslu adalah lembaga penyelenggara pemilu yang bertugas mengawasi penyelenggaraan pemilu di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI)”.

<sup>24</sup> Pasal 1 angka 22 UU Penyelenggara Pemilu berisikan “Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu, selanjutnya disingkat DKPP adalah lembaga yang bertugas menangani pelanggaran kode etik penyelenggara pemilu dan merupakan satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilu”.

<sup>25</sup> Pasal 2 UU tentang Penyelenggara Pemilu.

<sup>26</sup> Jimly menyatakan “Hubungan antara rakyat dan kekuasaan negara sehari-hari lazimnya berkembang atas dasar dua teori, yaitu teori demokrasi langsung (*direct democracy*) dan demokrasi tidak langsung (*representative democracy*)”. Baca Jimly Asshiddique, *Gagasan...Op.cit.*, h. 70.

<sup>27</sup> Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Kutai Kartanegara Tahun 2005.

diikuti dengan gugatan sengketa pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Sementara itu, dinamika politik hukum ditinjau dari aspek regulasi telah membawa perubahan skema penyelenggaraan pemilihan kepala daerah pasca disahkannya UU Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, dimana pada tahun 2005 sampai tahun 2006 berlaku rezim pemerintahan daerah dalam konteks penyelenggaraan pemilihan kepala daerah melalui UU Nomor 32 Tahun 2004, sementara sejak disahkannya UU Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu. Hal ini membawa implikasi terkait dengan penyelenggaraan pilkada yang secara mandiri diselenggarakan oleh KPU Kabupaten/Kota, dimana kewenangannya bersifat hierarkis sampai pada tingkatan KPU Provinsi dan KPU Pusat sebagaimana termaktub dalam Pasal 1 angka 5 UU Nomor 15 Tahun 2011 yang menggantikan UU Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu.

Saldi Isra<sup>28</sup> dalam *Mahkamah Konstitusi Bukan Mahkamah Kalkulator* dengan tegas menyatakan bahwa “Karena kepercayaan kepada Mahkamah Konstitusi, pembentuk Undang-Undang mengambil pilihan kebijakan menempatkan pemilihan umum kepala daerah sebagai bagian dari rezim pemilu”. Langkah ini ditegaskan dengan Pasal 236C UU Pemda yang menyatakan secara jelas “Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi paling lama 18 (delapan belas) bulan sejak Undang-Undang ini diundangkan”.

Berdasarkan data yang dirilis oleh MK saat sejak Oktober 2008 sampai Maret 2013 terdapat data sebagai berikut:

**Tabel 1**  
**Rekapitulasi Sengketa Pemilukada**

Tahun	Sisa yang Lalu	Terima	Jumlah	Amar Putusan	Jumlah	Sisa Tahun Ini
2008	0	27	27	Kabul: 3 Tolak: 12 Tidak Diterima: 3 Tarik Kembali: 0 Gugur: 0	18	9

<sup>28</sup> Veri Junaidi, *Mahkamah Konstitusi Bukan Mahkamah Kalkulator*, Jakarta: Themis Book, 2013, h. viii.

2009	9	3	12	Kabul: 1 Tolak: 10 Tidak Diterima: 1 Tarik Kembali: 0 Gugur: 0	12	0
2010	0	230	230	Kabul: 26 Tolak: 149 Tidak Diterima: 45 Tarik Kembali: 4 Gugur: 0	224	6
2011	6	132	138	Kabul: 13 Tolak: 87 Tidak Diterima: 29 Tarik Kembali: 2 Gugur: 0	131	7
2012	7	105	112	Kabul: 11 Tolak: 57 Tidak Diterima: 27 Tarik Kembali: 8 Gugur: 1	104	8
2013	8	27	35	Kabul: 2 Tolak: 17 Tidak Diterima: 9 Tarik Kembali: 1 Gugur: 0	29	6
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>524</b>	<b>554</b>	<b>Kabul: 56</b> <b>Tolak:332</b> <b>Tidak Diterima:114</b> <b>Tarik Kembali: 15</b> <b>Gugur: 1</b>	<b>518</b>	<b>-</b>

**Sumber** : Website Mahkamah Konstitusi [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

Berdasarkan tabel rekapitulasi diatas, MK telah menerima permohonan sengketa pilkada sebanyak 524 (lima ratus dua puluh empat) perkara dan telah diputus sebanyak 518 (lima ratus delapan belas) perkara dari kurun waktu Oktober 2008 sampai Maret 2013.<sup>29</sup> Dalam putusannya MK telah menyatakan 56 (lima puluh enam) perkara dikabulkan, 332 (tiga ratus tiga puluh dua) ditolak, dan 114 (seratus empat belas) perkara tidak dapat

<sup>29</sup> Mahkamah Konstitusi, "Rekapitulasi Perkara...", *Ibid.* Cetak tebal oleh penulis.

diterima, juga terdapat 15 (lima belas) perkara yang ditarik kembali serta 1 (satu) perkara yang gugur.<sup>30</sup>

Permasalahan proses pilkada sebenarnya sudah ada mekanismenya di dalam UU Pemilu dan hal tersebut bukan merupakan kewenangan MK. Demikian juga berkaitan dengan amar putusan, MK tidak lagi hanya membatalkan hasil penghitungan suara yang diumumkan oleh komisi pemilihan umum dan menetapkan hasil penghitungan yang benar, akan tetapi terdapat beberapa varian. Terdapat putusan-putusan yang memerintahkan tidak hanya penghitungan suara ulang namun juga pemungutan suara ulang dan ada juga yang diikuti dengan pengkualifikasian salah satu pasangan calon terpilih. Bahkan MK dalam putusannya juga pernah memerintahkan pilkada ulang. Terhadap *legal standing* pemohon, MK juga memberi kesempatan kepada bakal pasangan calon peserta pilkada. Kesemuanya terdapat dalam putusan-putusan yang amarnya menyatakan dikabulkan termasuk dikabulkan sebagian.

Berdasarkan hal tersebut maka titik tolak penelitian ini didasarkan atas putusan-putusan yang amarnya menyatakan mengabulkan baik secara keseluruhan maupun sebagian. Hal ini didasarkan pada pertimbangan bahwa putusan-putusan tersebut dapat mendeskripsikan hubungan pembuktian dan penafsiran. Di satu sisi proses pembuktian merupakan dasar penilaian sehingga meyakinkan hakim untuk menjatuhkan putusan. Di sisi lain secara normatif, MK dalam memutus telah dibatasi kewenangannya hanya untuk menyelesaikan persoalan kuantitas hasil pilkada sehingga diperlukan penafsiran yang juga mencakup kewenangan untuk mempersoalkan kualitas dalam proses pilkada.

#### 4. Karakteristik Sengketa Pilukada di Indonesia

Sejak MK pertama kali memberikan keputusan untuk sengketa Pilukada Jawa Timur<sup>31</sup> telah digunakan istilah terstruktur, sistematis, dan masif dalam memberikan pertimbangan terhadap pelanggaran yang terjadi. Namun, dalam putusan ini belum diberikan definisi ataupun pengertian yang jelas mengenai terstruktur, sistematis, dan masif tersebut. Tapi sejalan dengan banyaknya pelanggaran yang terjadi dalam pilkada sehingga MK harus memberikan

<sup>30</sup> Mahkamah Konstitusi, "Refleksi Kinerja...", *Ibid.*

<sup>31</sup> Putusan MK No. 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah Jawa Timur bertanggal 2 Februari 2008.

pertimbangan dalam perkara pilkada, pengertian istilah-istilah ini dapat ditemukan dalam Putusan Nomor 45/PHPU.D-VIII/2010<sup>32</sup> tentang Sengketa Pilkada Kotawaringin Barat sebagai berikut:

- a. *Terstruktur diartikan sebagai pelanggaran telah direncanakan secara matang, dan melibatkan pejabat serta penyelenggara pemilu secara berjenjang.*
- b. *Sistematis diartikan sebagai pelanggaran dilakukan dengan perencanaan yang matang dan dengan menggunakan strategi yang baik, dan*
- c. *Masif diartikan sebagai pelanggaran dilakukan secara komprehensif di wilayah yang luas,*

Akan tetapi, dalam pengklasifikasian karakteristik putusan MK tentang pilkada, peneliti tidak hanya menemukan sengketa dengan karakteristik terstruktur, sistematis, dan masif saja. Terdapat juga pelanggaran dengan karakteristik pelanggarannya bersifat administrasi dan substantif. Pelanggaran administrasi adalah pelanggaran terhadap segala kelengkapan berkas/dokumen persiapan pilkada, baik persyaratan pasangan calon sebagai peserta pemilukada maupun kelengkapan berkas penyelenggara pemilukada. Karakteristik pelanggaran substantif dicirikan dengan adanya prinsip-prinsip hukum secara substantif yang meliputi ide keadilan dan konstitusionalisme.

Berdasarkan penelitian terhadap putusan-putusan MK terkait sengketa pilkada yang telah dikabulkan dalam kurun waktu sejak Oktober 2008 sampai Maret 2013, ditemukan beberapa putusan yang karakteristik pelanggarannya terstruktur, sistematis, masif, administrasi dan substantif. Dengan demikian, penulis akan menguraikan satu karakteristik seperti tersebut di atas yang secara rinci akan disajikan dalam sub bab berikut:

#### **4.1 Sengketa Pemilukada dengan Karakteristik Terstruktur**

Pelanggaran dengan karakteristik terstruktur adalah pelanggaran yang telah direncanakan secara matang dengan melibatkan pejabat serta penyelenggara pemilukada yang dalam hal ini adalah penyelenggara pilkada secara berjenjang. Berdasarkan hasil penelitian, terdapat 40 putusan MK yang pelanggarannya mengandung karakteristik terstruktur dari total jumlah 56 putusan terhitung sejak Oktober 2008 sampai Maret 2013.

<sup>32</sup> Putusan MK No. 41/PHPU.D-VI/2008 yang diputus pada 2 Desember 2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah Kotawaringin Barat, h. 108.

Dalam karakteristik terstruktur tersebut, pejabat sebagai aparatur pemerintahan dan penyelenggara pilkada selalu terlibat. Keterlibatan penyelenggara ini dilakukan secara berjenjang mulai dari pejabat yang paling tinggi jabatannya. Jika dalam aparatur pemerintahan melibatkan penyelenggara negara secara berjenjang mulai dari Gubernur/Wakil Gubernur atau Bupati/Wakil Bupati sampai camat, kepala kelurahan, kepala desa dan RT/RW.<sup>33</sup> Tidak jauh berbeda dengan penyelenggara pilkada yang secara berjenjang mulai dari KPU Provinsi atau KPU Kabupaten/Kota, PPS, Bawaslu serta Panwaslu.<sup>34</sup>

Keterlibatan aparatur pemerintahan dalam pilkada dalam mendukung salah satu pasangan calon sebenarnya tidak menjadi masalah ataupun dapat dikategorikan sebagai pelanggaran hukum. Namun, yang menjadi masalah adalah ketika aparatur pemerintahan tersebut tidak dapat bersikap netral terhadap salah satu pasangan calon. Sehingga dengan berbagai cara berupaya untuk memenangkan pasangan calon tersebut, baik dengan menggunakan fasilitas negara, seperti menggunakan aula kantor untuk konsolidasi pemenangan salah satu pasangan calon. Atau pasangan calon yang menjadi peserta pilkada adalah *incumbent* tidak jarang menggunakan APBD dalam melakukan kampanye, mengumpulkan dana dari jajaran-jajarannya demi mencukupi kebutuhan logistik kampanye.

<sup>33</sup> Putusan MK Nomor 31/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Surabaya Tahun 2010. Putusan MK Nomor 41/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Kabupaten Mandailing Natal. Putusan MK Nomor 45/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Kabupaten Kotawaringin Barat. Putusan MK Nomor 137/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Tomohon Tahun 2010. Putusan MK Nomor 144/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Manado. Putusan MK Nomor 158/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Kabupaten Sumbawa. Putusan MK Nomor 166/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Kota Tanjung Balai. Putusan MK Nomor 190/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Pandeglang Tahun 2010. Putusan MK Nomor 191/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Konawe Utara.

Putusan MK Nomor 209-210/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Tangerang Selatan Tahun 2010. Putusan MK Nomor 120/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Gorontalo. Putusan MK Nomor 10 & 12 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Cianjur. Putusan MK Nomor 63/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Pekanbaru. Putusan MK Nomor 120/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Gorontalo.

<sup>34</sup> Putusan MK Nomor 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Jawa Timur. Putusan MK Nomor 44/PHPU.D-VI/2008 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Timor Tengah Selatan. Putusan MK Nomor 49/PHPU.D-VI/2008 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Tapanuli Utara. Putusan MK Nomor 9/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Bangli. Putusan MK Nomor 22/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Konawe Selatan. Putusan MK Nomor 25/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Sintang Tempunak. Putusan MK Nomor 28/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Gresik. Putusan MK Nomor 116/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Kabupaten Bangka. Putusan MK Nomor 59/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Pulau Morotai. Putusan MK Nomor 84/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Papua Barat. Putusan MK Nomor 78, 79, 80, 81, 82/PHPU.D-X/2012 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Paniai.

Pengerahan jajaran aparaturnya pemerintahan untuk pemenangan salah satu calon termasuk *incumbent* tidak dibenarkan dalam peraturan perundang-undangan. Namun, mengamati putusan-putusan MK yang telah terangkum diatas, pasangan calon yang merupakan kepala daerah *incumbent* justru melakukan intimidasi terhadap jajarannya (PNS),<sup>35</sup>

Sementara dalam hal penyelenggara pilkada dalam beberapa kasus terbukti menghalang-halangi terpenuhinya hak bakal pasangan calon yang menjadi peserta pilkada<sup>36</sup> baik pasangan calon perseorangan (*right to be candidate*) dan pasangan calon partai politik/gabungan (*right to propose candidate*) dengan tidak menerima berkas pencalonan peserta pemilukada. Hal ini semakin dikuatkan dengan tidak dilakukannya verifikasi administrasi dan klarifikasi faktual secara benar sesuai hukum sehingga pasangan calon yang lolos bukanlah pasangan calon yang memenuhi syarat berdasarkan peraturan perundang-undangan. Misalnya, persyaratan kesehatan atau persyaratan tidak pernah dijatuhi pidana penjara. Selain itu, masalah pokok yang sampai saat ini belum dapat didapat pemecahannya adalah mengenai Daftar Pemilih Tetap (DPT).

#### 4.2 Sengketa Pemilukada dengan Karakteristik Sistematis

Dari hasil penelitian diperoleh setidaknya 23 putusan MK yang pelanggarannya mempunyai karakteristik sistematis dari keseluruhan putusan yang dikabulkan terkait sengketa pilkada terhitung sampai Maret 2013 yang berjumlah 56 putusan. Pelanggaran sistematis yang dilakukan dengan perencanaan yang matang, menggunakan strategi yang baik dan langkah-langkah struktural dengan nyata dimaksudkan untuk memenangkan pasangan calon tertentu dinamakan pelanggaran yang sistematis.

<sup>35</sup> Putusan MK Nomor 137/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Kabupaten Tomohon. Putusan MK Nomor 144/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Kota Manado. Putusan MK Nomor 33/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Tebo.

Putusan MK Nomor 63/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Pekanbaru.

<sup>36</sup> Putusan MK Nomor 196-197/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Jayapura. Putusan MK Nomor 218 & 220/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Kepulauan Yapen. Putusan MK Nomor 91/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Buton. Putusan MK Nomor 124 & 125/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Maluku Tenggara Barat. Putusan MK Nomor 78, 79, 80, 81, & 82/PHPU.D-X/2012 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Paniai.

Pelanggaran yang satu ini tidak jauh dari politik uang (*money politic*).<sup>37</sup> *Money politic* dalam beberapa kasus terjadi sebelum dan saat pemilihan berlangsung yang dapat mempengaruhi pemilih. Sebelum pemilihan, *money politic* ini dilakukan pada saat penyusunan strategi pemenangan salah satu pasangan calon (konsolidasi) dan kampanye baik dalam bentuk uang secara langsung dibagi-bagikan ataupun dalam bentuk barang lain seperti jilbab, sembaki, baju koko, sarung, dan lain-lain. Sementara pada saat pemilihan, pasangan calon dengan sengaja membagi-bagikan piagam kepada siswa SD.

### 4.3 Sengketa Pemilukada dengan Karakteristik Masif

Dari hasil penelitian yang dilakukan, dari 56 putusan MK yang dikabulkan dalam perihal sengketa pilkada yang terjadi di Indonesia sejak Oktober 2008-Maret 2013 setidaknya terdapat 24 putusan MK dengan karakteristik pelanggaran masif. Pelanggaran masif dilakukan secara komprehensif di wilayah yang luas sehingga mempengaruhi sejumlah besar pemilih atau komunitas yang tidak dapat dihitung jumlahnya satu per satu.

Pada umumnya pelanggaran yang mempunyai karakteristik masif adalah pelanggaran yang dilakukan bersamaan dengan pelanggaran dengan karakteristik terstruktur dan sistematis. Dalam artian, pelanggaran ini merupakan akibat dari terjadinya pelanggaran dengan karakteristik terstruktur dan sistematis. Misalnya saja pelanggaran terstruktur yang

<sup>37</sup> Putusan MK Nomor 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Jawa Timur. Putusan MK Nomor 49/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Tapanuli Utara. Putusan MK Nomor 22/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Konawe Selatan. Putusan MK Nomor 25/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Sintang Tempunak. Putusan MK Nomor 28/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Gresik. Putusan MK Nomor 31/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Surabaya. Putusan MK Nomor 41/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Mandailing Natal. Putusan MK Nomor 45/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kotawaringin Barat. Putusan MK Nomor 144/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Manado. Putusan MK Nomor 145/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Minahasa Utara. Putusan MK Nomor 157/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Merauke. Putusan MK Nomor 158/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Sumbawa. Putusan MK Nomor 166/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Tanjung Balai. Putusan MK Nomor 169/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Manokwari. Putusan MK Nomor 190/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Pandeglang. Putusan MK Nomor 191/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Konawe Utara. Putusan MK Nomor 209-210/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Tangerang Selatan. Putusan MK Nomor 10 & 12/PHPU.D-IX/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Cianjur. Putusan MK Nomor 33/PHPU.D-IX/2011 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Tebo. Putusan MK Nomor 63/PHPU.D-IX/2011 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Pekanbaru. Putusan MK Nomor 94 & 95/PHPU.D-X/2012 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Kapuas.

dilakukan oleh peserta pilkada sebagai kepala daerah (*incumbent*) dengan mengerahkan sekaligus mengintimidasi aparaturnya pemerintahan di bawahnya dengan secara berjenjang untuk mendukungnya dalam pilkada sebagai upaya kemenangan peserta pilkada tersebut. Dengan adanya intimidasi yang dilakukan terhadap aparaturnya pemerintahan, maka mereka akan meneruskannya kepada masyarakat. Banyaknya aparaturnya pemerintahan (PNS) mulai dari tingkatan yang paling atas Kepala Dinas, Camat, Lurah, Kepala Desa serta RT/RW tidak memungkinkan dapat dihitung satu persatu karena sifatnya yang sangat luas dan komprehensif.<sup>38</sup>

#### 4.4 Sengketa Pemilukada dengan Karakteristik Pelanggaran Administratif

Pelanggaran administrasi adalah pelanggaran terhadap segala kelengkapan berkas/dokumen persiapan pilkada, baik persyaratan pasangan calon sebagai peserta pemilukada maupun kelengkapan berkas penyelenggara pemilukada. Pelanggaran administratif tidak semata-mata dilakukan oleh pasangan calon peserta pilkada, akan tetapi ada juga pelanggaran yang dilakukan oleh penyelenggara pilkada. Pelanggaran yang dilakukan oleh pasangan calon yang ikut serta sebagai peserta pilkada umumnya adalah pemalsuan dokumen/berkas persyaratan kepala daerah/wakil kepala daerah yang telah dijatuhi pidana lebih dari 5 (lima) tahun berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum

<sup>38</sup> Putusan MK Nomor 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Jawa Timur. Putusan MK Nomor 49/PHPU.D-VI/2008 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Tapanuli Utara. Putusan MK Nomor 9/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Bangli. Putusan MK Nomor 22/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Konawe Selatan. Putusan MK Nomor 25/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Sintang. Putusan MK Nomor 28/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Gresik. Putusan MK Nomor 31/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Surabaya. Putusan MK Nomor 41/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Mandailing Natal. Putusan MK Nomor 116/PHPU.D-VIII/2008 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Bangka. Putusan MK Nomor 145/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Minahasa Utara. Putusan MK Nomor 157/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Merauke. Putusan MK Nomor 158/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Sumbawa. Putusan MK Nomor 166/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Tanjung Balai. Putusan MK Nomor 190/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Pandeglang. Putusan MK Nomor 191/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Konawe Selatan. Putusan MK Nomor 209-210/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Tangerang Selatan. Putusan MK Nomor 216/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Buru Selatan. Putusan MK Nomor 10 & 12/PHPU.D-IX/2011 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Cianjur. Putusan MK Nomor 33/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Tebo. Putusan MK Nomor 59/PHPU.D-IX/2011 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Pulau Morotai. Putusan MK Nomor 63/PHPU.D-IX/2011 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Pekanbaru. Putusan MK Nomor 120/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Gorontalo.

tetap.<sup>39</sup> Dengan terbuktinya, pelanggaran tersebut akan menyebabkan pasangan calon peserta pilkada tersebut didiskualifikasi.

Sementara itu, pelanggaran yang dilakukan oleh penyelenggara pilkada dalam hal administratif biasanya disebabkan karena masalah internal penyelenggara pilkada, baik dalam hal penetapan jadwal dan tahapan pelaksanaan pemungutan suara<sup>40</sup> maupun inkonsistensi penyelenggara pilkada dalam menetapkan keabsahan surat suara<sup>41</sup> serta diloloskannya pasangan calon peserta pilkada yang tidak memenuhi syarat kesehatan berdasarkan hasil pemeriksaan kesehatan menyeluruh dari tim dokter.<sup>42</sup>

#### 4.5 Sengketa Pemiluakada dengan Karakteristik Substantif

Setelah mengamati beberapa penelitian tentang sengketa pilkada di Indonesia, ternyata belum pernah ada penelitian yang memberikan klasifikasi ataupun penamaan bagi pelanggaran yang tidak termasuk dalam pelanggaran dengan karakteristik terstruktur, sistematis, masif maupun administratif tersebut. Untuk itu, penulis akan menyebut putusan-putusan ini tergolong dalam pelanggaran sengketa pilkada dengan karakteristik substantif. Pelanggaran substantif adalah pelanggaran terhadap substansi hukum yang meliputi ide dasar demokrasi, pengakuan terhadap masyarakat adat dan prinsip-prinsip konstitusionalisme. Dalam hal ini MK berupaya untuk menegakkan substansi hukum yang ada dan tumbuh dalam masyarakat hukum adat dalam penyelesaian sengketa pilkada demi menjamin keadilan bagi setiap masyarakat adat di Indonesia.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Putusan MK Nomor 57/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Bengkulu Selatan. Putusan MK Nomor 100/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Bengkulu Selatan. Putusan MK Nomor 182/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Supiori. Putusan MK Nomor 56/PHPU.D-X/2012 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Aceh Tenggara.

<sup>40</sup> Putusan MK Nomor 97/PHPU.D-X/2012 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Deiyai Tahun 2012.

<sup>41</sup> Putusan MK No. 27/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Lamongan Tahun 2010. Putusan MK No. 38/PHPU.D-X/2012 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Maluku Tengah Tahun 2012. Putusan MK Nomor 137/PHPU.D-VIII/2010 tentang Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Tomohon.

<sup>42</sup> Putusan MK No. 98-99/PHPU.D-X/2012 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Morowali Tahun 2012.

<sup>43</sup> Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dengan Undang-Undang".

Dari keseluruhan total putusan MK yang dikabulkan perihal sengketa pilkada di Indonesia terhitung sejak Oktober 2008-Maret 2013 terdapat 2 (dua) putusan dengan karakteristik substantif.<sup>44</sup>

## PENUTUP

Berdasarkan hasil penelitian terhadap 56 (lima puluh enam) putusan di atas, baik yang dikabulkan sebagian maupun seluruhnya dapat dibuktikan bahwa karakteristik sengketa pemilukada yang paling sering terjadi adalah “terstruktur” yang dipaparkan dalam tabel berikut:

**Tabel Rekapitulasi Karakteristik Sengketa Pemilukada di Indonesia**

Tahun	Karakteristik				
	Terstruktur	Sistematis	Masif	Administrasi	Substantif
2008	3	2	2	0	0
2009	0	0	0	1	0
2010	21	15	16	4	0
2011	11	4	6	1	1
2012	5	2	-	3	1
2013	-	-	-	2	0
<b>Jumlah</b>	<b>40 putusan</b>	<b>23 putusan</b>	<b>24 putusan</b>	<b>11 putusan</b>	<b>2 putusan</b>

Dari sengketa pemilukada di Indonesia yang keseluruhan berjumlah 56 (lima puluh enam) putusan yang dikabulkan baik dikabulkan sebagian maupun sebagian terhitung sejak Oktober 2008-Maret 2013 terdapat 5 macam karakteristik, yaitu pelanggaran terstruktur yang berjumlah 40 putusan, pelanggaran sistematis yang berjumlah 23 putusan, pelanggaran masif yang berjumlah 24 putusan, pelanggaran administratif yang berjumlah 11 putusan dan pelanggaran substantif sebanyak 2 putusan.

Pengaturan mengenai penyelenggara pemilukada hendaknya dilaksanakan dengan sungguh-sungguh, baik oleh peserta pemilukada maupun penyelenggara pemilukada. Disamping itu, penyelenggara pemilukada harus lebih mengerti,

<sup>44</sup> Putusan MK Nomor 108/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Aceh. Putusan MK Nomor 3/PHPU.D-X/2012 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Dogiyai.

memahami tugas pokok, fungsi dan tanggung jawab dalam mengemban tugasnya dalam terselenggaranya pilkada yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil agar tidak mengulangi kesalahan yang sama.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Malik Gismar, dkk., 2010, *Reformasi Setengah Matang*, Jakarta: Penerbit Hikmah (PT Mizan Publika).
- Arif Wibowo, 2012. *Menata Ulang Sistem Penyelesaian Sengketa dan Pelanggaran Pemilukada*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Gamawan Fauzi, 2012, *Demokrasi Lokal Evaluasi Pemilukada di Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Helmi Kasim dkk., 2012, "Kompabilitas Metode Pembuktian dan Penafsiran Hakim Konstitusi dalam Putusan Pemilukada", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 9, No. 4.
- Janedjri M Gaffar, 2012, *Politik Hukum Pemilu*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2008, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Pusat Bahasa, Jakarta: Pusat Bahasa.
- Rudy, 2012, *Hukum Pemerintahan Daerah Perspektif Konstitusionalisme Indonesia*, Bandar Lampung: Indepth Publishing.
- Sartono Sahlan dkk., 2012, *Nasib Demokrasi Lokal di Negeri Barbar*, Yogyakarta: Thafa Media.
- Veri Junaidi, 2013, *Mahkamah Konstitusi Bukan Mahkamah Kalkulator*, Jakarta: Themis Book.

## Biodata

**Muchamad Ali Safa'at** Dosen Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang, yang beralamat Jalan MT. Haryono No.169 Malang, Jawa Timur – Indonesia, yang lahir pada 15 Agustus 1976, email: Sakuntalla@gmail.com

**Tanto Lailam.** Lahir di Jambi, 11 Maret 1983, menempuh jenjang pendidikan dasar hingga menengah atas di kampung halaman. Kemudian melanjutkan jenjang pendidikan Strata 1 (Sarjana Hukum) pada Fakultas Hukum (FH) Universitas Muhammadiyah Yogyakarta (2003-2007) dengan minat khusus kajian Hukum Tata Negara. Gelar *Master of Laws* (LL.M) diperoleh dari Program Studi Magister Ilmu Hukum konsentrasi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Semasa mahasiswa, aktif di Ikatan Mahasiswa Muhammadiyah, *Indonesian Court Monitoring* (ICM) Yogyakarta, Pusat Konsultasi dan Bantuan Hukum (PKBH FH UMY). Pada tahun 2010-2012 menjadi dosen pada Fakultas Hukum Universitas Bandar Lampung (UBL), mengajar Hukum Tata Negara.

Saat ini aktifitas keseharian sebagai Dosen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Selain mengajar, juga sebagai Editor Jurnal Media Hukum FH UMY dan Sekretaris Pusat Kajian Konstitusi dan Pemerintahan (PK2P) FH UMY. Phone: 081369333098

**Cut Asmaul Husna TR,** Lahir di Lhokseumawe, 25 Desember 1975. Dosen Fakultas Hukum Universitas Lhokseumawe sejak tahun 2002 sampai sekarang dengan konsentrasi Hukum Perdata/Kontrak. Lulusan Strata-1 Fakultas Hukum Universitas Syiah Kuala, tahun 2000 dan Lulusan Magister Kenotariatan Universitas Sumatera Utara, tahun 2006. Saat ini sedang melanjutkan studi pada Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya. Saat ini aktif sebagai Konsultan Hukum pada Kantor Hukum "Anwar&Associates". Aktif dalam berbagai penelitian dan pengabdian.

**Fajar L. Soeroso** Peneliti Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Mahkamah Konstitusi, Jalan Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta, email: fajarlaksono@yahoo.com

**Ach. Rubaie,** Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang Tahun 2013. **Nyoman Nurjaya,** Guru Besar Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang, **Moh. Ridwan,** Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang. **Istislam,** Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.

**Wahyu Nugroho,** Lahir di Wonogiri, 20 Juni 1986, menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum Islam di Institut Agama Islam Negeri Walisongo Semarang tahun 2009. Kemudian terpilih sebagai penerima Beasiswa Unggulan Kementerian Pendidikan dan kebudayaan RI pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang dan selesai tahun 2011. Pernah bekerja sebagai staff legal bagian advokasi non litigasi dan penyuluhan hukum di Lembaga Bantuan Hukum Jawa Tengah (LBH Jateng) tahun 2009. Mantan aktivis Himpunan Mahasiswa Islam (HMI) Cabang Semarang ini semenjak mendalami

ilmu hukum di almamater pascasarjananya aktif dalam forum diskusi komunitas Kaum Tjipian pemikiran Satjipto Rahardjo sampai menyentuh ke ranah filsafat hukum dan postmodernisme. Pengajar muda ini pernah memenangkan Hibah Penelitian Dosen Pemula oleh DIKTI tahun anggaran 2012 tentang “Konsistensi *Political Will* Pemerintah RI pasca Ratifikasi HAM Internasional”. Giat menulis di Jurnal Yudisial Komisi Yudisial, Media Kampus, Jurnal Supremasi Hukum Usahid, Jurnal Kewirausahaan Usahid, Jurnal Varia Hukum UIN Bandung serta beberapa artikel hukum di majalah Konstitusi. Penulis juga sebagai anggota Asosiasi Sosiologi Hukum Indonesia (ASHI) bersama rekan-rekannya sepakat untuk melembagakan komunitas tjipian yang bernama Satjipto Rahardjo Institute dengan visinya “menguak tabir hukum untuk manusia: menjadi organisasi keilmuan hukum progresif”. Penulis yang sekarang diberikan amanah sebagai Wakil Sekretaris Umum Korps Alumni Himpunan Mahasiswa Islam (KAHMI) Kota Depok ini suka mengkaji dan berdiskusi seputar filsafat hukum, sosiologi hukum dan teori hukum, yang ditautkan dengan kondisi penegakan hukum di Indonesia. Saat ini penulis bekerja sebagai staff peneliti dan koordinator di Satjipto Rahardjo Institute Kantor Perwakilan Jakarta dan Dosen Tetap Fakultas Hukum Universitas Sahid Jakarta. Email: nugie\_hukum@yahoo.co.id

**Robby Simamora** adalah alumnus Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, dan saat ini sedang menyelesaikan studi Magister Ilmu Hukum di almamaternya dengan fokus disiplin ilmu Hukum HAM Internasional. Selama mahasiswa aktif di Perhimpunan Mahasiswa Katolik Republik Indonesia (PMKRI) Cabang Padang dan menjadi Koordinator Divisi Pengkajian Lembaga Advokasi Mahasiswa dan Pengkajian Kemasyarakatan (LAM&PK) Fakultas Hukum Universitas Andalas periode kepengurusan 2010-2011. Saat ini ia menjadi anggota Komisi Hubungan Antarkepercayaan Keuskupan Padang dan secara otodidak menekuni tema-tema filsafat hukum dan filsafat politik kontemporer. Tulisan-tulisannya telah tersebar di berbagai media lokal dan nasional. Kontak dengan Robby Simamora melalui [robby\\_simamora@yahoo.co.id](mailto:robby_simamora@yahoo.co.id) atau 0853 7645 6097 serta <http://www.kompasiana.com/robbysimamora>.

**Titon Slamet Kurnia**, lahir di Tuban, 29 November 1978. Lulus Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana (Satya Wacana) dan Magister Hukum dari Universitas Airlangga (Surabaya). Menjadi staf pengajar Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana sejak tahun 2006. Publikasi: (1) Reparasi (Reparation) terhadap Korban Pelanggaran HAM di Indonesia (PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005); (2) Hak atas Derajat Kesehatan Optimal sebagai HAM di Indonesia (PT. Alumni, Bandung, 2007); (3) Pengantar Sistem Hukum Indonesia (PT. Alumni, Bandung, 2009); (4) Perlindungan Hukum terhadap Merek Terkenal di Indonesia Pasca Perjanjian TRIPs (PT. Alumni, Bandung, 2011); (5) Pendidikan Hukum, Ilmu Hukum dan Penelitian Hukum di Indonesia: Sebuah Reorientasi – ditulis bersama-sama dengan Sri Harini Dwiyatmi dan Dyah Hapsari P (Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2013). Penulis mengampu mata kuliah: Hukum Tata Negara, HAM dan Penemuan Hukum.

**Rachmadi Usman**, Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat, Jalan Brigjen. Hassan Basry Banjarmasin, e-mail: [rachmadiu@yahoo.co.id](mailto:rachmadiu@yahoo.co.id)

**Rudy** adalah Dosen Bagian Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Unila, Jl. Soemantri Brodjonegoro No. 1 Bandarlampung 35145, [rudy.1981@fh.unila.ac.id](mailto:rudy.1981@fh.unila.ac.id) dan Charlyna Purba adalah Mahasiswa Bagian Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Unila, Jl. Soemantri Brodjonegoro No. 1 Bandarlampung 35145, E-mail: [charlyna\\_shinta@yahoo.com](mailto:charlyna_shinta@yahoo.com)

# PEDOMAN PENULISAN

## JURNAL KONSTITUSI

### MAHKAMAH KONSTITUSI

Jurnal Konstitusi merupakan media triwulanan guna penyebarluasan (*diseminasi*) hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi dan putusan Mahkamah Konstitusi. Jurnal Konstitusi terbit empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember). Jurnal Konstitusi memuat hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi serta isu-isu hukum konstitusi dan ketatanegaraan yang belum pernah dipublikasikan di media lain. Jurnal Konstitusi ditujukan untuk kalangan pakar, akademisi, praktisi, penyelenggara negara, LSM, serta pemerhati hukum konstitusi dan ketatanegaraan.

Tata cara penulisan dan pengiriman naskah dalam Jurnal Konstitusi, sebagai berikut:

1. Naskah yang dikirim merupakan karya ilmiah original dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris sepanjang 20-22 halaman, kertas berukuran A4, jenis huruf Times New Roman, font 12, dan spasi 1,5. Menggunakan istilah yang baku serta bahasa yang baik dan benar.
3. Naskah ditulis dalam format jurnal dengan sistem baris kredit (*byline*).
  - Sistematika pembaban artikel **Hasil Penelitian** mencakup: Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci, Pendahuluan (berisi latar belakang masalah, permasalahan, dan metode penelitian), Pembahasan (berisi hasil penelitian, analisis dan sub-sub bahasan), Simpulan (berisi simpulan dan saran), dan Daftar Pustaka.
  - Sedang sistematika pembaban artikel **Kajian Konseptual** mencakup: Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci, Pendahuluan, Pembahasan (analisis dan sub-sub bahasan), Simpulan (berisi simpulan dan saran), dan Daftar Pustaka.
4. Judul artikel harus spesifik dan lugas yang dirumuskan dengan maksimal 12 kata (bahasa Indonesia), 10 kata (bahasa Inggris), atau 90 ketuk pada papan kunci, yang menggambarkan isi artikel secara komprehensif.
5. Abstrak (*abstract*) ditulis secara gamblang, utuh dan lengkap menggambarkan esensi isi keseluruhan tulisan dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris yang masing-masing satu paragraf.
6. Kata kunci (*key word*) yang dipilih harus mencerminkan konsep yang dikandung artikel terkait sejumlah 3-5 istilah (*horos*).
7. Cara pengacuan dan pengutipan menggunakan model catatan kaki (*footnotes*).

**Kutipan Buku:** Nama penulis, *judul buku*, tempat penerbitan: nama penerbit, tahun terbitan, halaman kutipan.

Contoh:

A.V. Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan, 1968, h. 127  
Moh. Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2007, h. 17.

Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada, 2010, h. 7.

**Kutipan Jurnal:** Nama penulis, "judul artikel", *nama jurnal*, volume, nomor, bulan dan tahun, halaman kutipan.

Contoh:

Rosalind Dixon, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March 2011, h. 647.

Arief Hidayat, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni 2009, h. 20.

Muh. Guntur Hamzah, "Mahkamah Konstitusi dan Rezim Hukum Pilkada", *Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa*, Volume 13, Nomor 2, Mei 2005, h. 65.

**Kutipan makalah/paper/orasi ilmiah:** Nama penulis, "judul makalah", *nama forum kegiatan*, tempat kegiatan, tanggal kegiatan, halaman kutipan.

Contoh:

Moh. Mahfud, MD., "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January 2011, h. 7.

Yuliandri, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli 2009, h. 5.

**Kutipan Internet/media online:** Nama penulis, "judul tulisan", alamat portal (website/online), tanggal diakses/unduh.

Contoh:

Simon Butt, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432), diunduh 28 Juli 2010.

Muchamad Ali Safa'at, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", [http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel\\_06.html](http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html), diunduh 27 Desember 2007.

8. Daftar Pustaka memuat daftar buku, jurnal, makalah/paper/orasi ilmiah baik cetak maupun online yang dikutip dalam naskah, yang disusun secara alfabetis (*a to z*) dengan susunan: Nama penulis (mendahulukan nama keluarga/marga), tahun, *judul*, tempat penerbitan: penerbit, dst., seperti contoh berikut ini:

Arief Hidayat, 2009, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni, h. 20 – 31.

Butt, Simon, 2010, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432), diunduh 28 July.

Dicey, A.V., 1968, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan.

Dixon, Rosalind, 2011, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March, h. 643 – 686.

Moh. Mahfud, MD., 2011, "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January.

Moh. Mahfud MD., 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.

Muchamad Ali Safa'at, 2007, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", [http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel\\_06.html](http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html), diunduh 27 Desember.

Muh. Guntur Hamzah, 2005, "Mahkamah Konstitusi dan Rezim Hukum Pilkada", *Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa*, volume 13, nomor 2, Mei, h. 60 - 72.

Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada.

Yuliandri, 2009, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli.

9. Naskah dalam bentuk file document (.doc) dikirim via email ke alamat email redaksi: [jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id](mailto:jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id) atau [puslitka\\_mk@yahoo.com](mailto:puslitka_mk@yahoo.com) Naskah dapat juga dikirim via pos kepada:

**REDAKSI JURNAL KONSTITUSI**

**MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

Jl. Medan Merdeka Barat, No. 6 Jakarta 10110

Telp. (021) 23529000; Faks. (021) 352177

Website: [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

Email: [jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id](mailto:jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id) atau [puslitka\\_mk@yahoo.com](mailto:puslitka_mk@yahoo.com)

10. Dewan penyunting menyeleksi dan mengedit naskah yang masuk tanpa mengubah substansi. Naskah yang dimuat mendapatkan honorarium. Naskah yang tidak dimuat akan dikembalikan atau diberitahukan kepada penulisnya.

# Indeks

## A

*Absolut* 54, 56  
*Abuse of power* 86  
*Adagium* 141, 145  
*A Fortiori* 159  
*Agresi* 144  
*Al-Haqq* 55  
*Alternative Civilian Service* 140  
*A Priori* 150, 155  
*A Quo* 178  
*Arbitrary* 150  
*Assumpsit* 51

## B

*Bouche de la loi* 27

## C

*Concern* 161  
*Concurring Opinion* 178  
*Civil Law* 48, 62, 96, 97, 102  
*Common Law*, 48, 96  
*Communis Opinion Doctorum*  
45  
*Conflict Of Interest* 13  
*Conscientious Objection* 147,  
130, 132, 134, 135, 136,  
138, 139, 140, 147  
*Conscientious Objector* 147,  
19, 23  
*Conscript Soldier* 135  
*Constitutional*  
*Approach* 20  
*Democracy* 17  
*Constitutionalism* 21, 150, 166  
*Constitutionality Of Law* 2  
*Constitutional Review* 152  
*Corporate Social Respon-*  
*sibility (Csr)* 161  
*Corrective Justice* 149  
*Corpus Iuris Civilis* 50

## D

*Dekrit Presiden* 58  
*Desersi* 136  
*Devisa* 43  
*Direct Effect* 159  
*Diskriminatif* 175, 176  
*Domeinverklaring* 38  
*Dominium* 46, 47, 49

## E

*Efficacy* 158  
*Egalite* 141  
*Eksekutif* 81, 99, 113, 151  
*Eksistensi* 35, 43, 47, 89, 111,  
128, 154, 157, 158, 161,  
173, 190, 191, 193  
*Eksplisit* 113, 119, 150, 151,  
153, 154, 157, 159  
*Eksplotasi* 45  
*Ekstraktif* 43  
*Empiris* 72, 66, 176  
*Enactors Intentions* 65  
*Enumerated* 161  
*Erga Omnes* 92

## F

*Fair Trial* 70, 86  
*Fallon, Jr* 163, 167  
*Folklore* 125  
*Fourier* 53  
*Fraternite* 141  
*Frederich Stahl* 52  
*Funds And Force* 58

## G

*Gadamer* 71  
*Genealogis* 114  
*Genosida* 137  
*Genuine* 157  
*Ginsburg* 160, 161, 166  
*Globalisasi* 43, 52, 62  
*Grasi* 109

## H

*Hierarkis* 201  
*Hukum*  
*Common Law* 48, 51, 62  
alam 168  
analitis 49  
formil 51  
frasa 144  
Inggris 51  
Islam 54, 56, 143  
kuno 51  
materiil 51  
perdata 47, 49, 50,  
51, 52, 54, 177, 181  
positif 134

privat 46, 49, 50  
publik 46, 47, 49, 50, 51,  
54  
Romanio Germania 50  
Romawi 49, 50, 51  
Sosialis 53

## I

*ICCPR* 137, 138, 139  
*Ikhtisas* 55  
*Illegal*  
*Logging* 117  
*Occupation* 137  
*Imperatif* 23  
*Imperium* 46, 47, 49, 61  
*Implementasi* 113  
*Incumbent* 205, 206, 208  
*Indigenous People* 25, 82  
*Inkonstitusional* 44, 158, 170  
*Interpreter* 157, 159  
*Intervensi* 45, 200  
*Islamic law* 48

## J

*Judicial*  
*Policy* 149, 152, 162, 163  
*Review* 47, 62, 70, 89,  
112, 120, 150-153, 155,  
157, 158, 160, 161,  
163, 164, 179, 195  
*Justifiabel* 157, 159  
*Justinianus* 51

## K

*Koheren* 155  
*Konstitusional* 20, 43, 46, 85,  
88, 89, 91, 92, 99, 106,  
107, 150, 152-157, 159,  
161, 165, 166, 169, 193  
*Konstitusionalisme* 47, 49, 53,  
62, 63, 150, 149, 204, 209  
*Konstitusionalitas* 57, 68, 109,  
117, 149, 150, 184

## L

*Laissez*  
*Aller* 52  
*Faire* 52  
*Legal*  
*Centralism* 59

- Justice* 70
- Meaning* 171
- Standing* 203
- Legislature* 4
- Lex Specialist Derogat Legi Generali* 141
- Liberalis-Kapitalistik* 43
- Liberalisme* 52
- Liberte* 109
- Limited Liability Companies Act* 111
- Lughah* 55
- M**
- Mahkamah Agung 20
- Mahkamah Konstitusi 85, 87-95, 97, 99-102, 105-108
- Marbury V. Madison 19, 21, 41
- Milk 55
- N**
- Nasionalisme 143
- Natural Rights* 52, 164
- Non-Judicial Review* 151, 153, 155
- Normatif 119
- O**
- Old Legal Order* 24
- Original*
  - Intent* 18, 19, 33, 34, 40, 71, 72, 73, 83
  - Theory* 71, 72
- Originalism 71
- Originalist 71
- Original Meaning Theory* 71, 72
- Overenforcement* 163
- P**
- Political Law* 46
- Private Ownership* 53
- Preventif* 163
- Production Sharing Contract* 61
- Property* 47
  - Law* 51
- R**
- Ratio Legis* 157
- Rechtfinding* 187
- Recht Ohne Haftung* 51
- Rechtschepping* 85, 86
- Rechts-Vacuum* 85
- Rechtsstaats* 52
- Refleksi 40, 45, 203
- Reformasi 86, 87, 103
- Renaissance* 52
- Renegosiasi* 43
- Res*
  - communes* 50
  - publicae* 50
  - Religiosae* 50
  - Sacrae* 50
  - Sanctae* 50
- Rule of Law* 86
- S**
- Socialist Law* 48
- Social Ownership* 53
- Sosialis Utopia* 53
- Sovereignty* 47
- Stoic* 49
- T**
- Terminus ad quem* 43, 44, 61
- Territorial 114, 115
- The law of contract* 51, 158
- The living constitution* 116, 119, 126, 128
- Transformasi 45, 48
- U**
- Ultra petita 31, 85, 86, 90, 91, 92, 93, 99, 100, 101, 105, 106, 107
- Unbundling* 31
- Unenumerated* 157
- Unreasonable* 150
- Utilitarianism* 124
- UUD 1945 57-59, 88, 94, 95, 100, 101, 153, 154, 166, 170, 173, 174, 175, 184, 195, 197, 199, 209
- UUDS 1950 58, 153, 155
- V**
- Vague normen* 85, 86, 107
- Verbintennisrecht* 51
- W**
- Welfare*
  - legal state* 116
  - state* 109, 110, 111
- Y**
- Yurisdiksi 152, 153, 155, 157, 196

# Indeks Pengarang

## A

Aristoteles 48, 49

## B

Bodenheimer 119, 128  
Budi Susilo Soepandji 144

## C

Charles V. Barber 113  
*Ceneca* 49  
*Cicero* 49

## D

Dara Quthni 56

## F

Fajar Laksono Soeroso 64

## G

Granting Asylum 140  
Gustav Radbruch 51, 94

## H

Hamdan Zoelva 5  
Hans Kelsen 112, 158  
Hedar Laudjeng 117  
Hood Philips 50  
H.R. Ibnu Majah 56

## I

Immanuel Kant 52

## J

Jacob Tobing 73, 76  
Jayawickrama 164  
Jhon Locke 54  
Jimly Asshiddiqie 38, 46, 47,  
49, 52, 53, 62 185, 193

## K

Karl Marx 54

## M

Mafhum Mukhalafah 177  
Mahfud MD 33, 38, 39, 40, 63,  
108, 171  
Maria Farida 29, 35, 41, 178  
Montesquieu 47

## O

Oliver Cromwell 47

## P

Pataniari Siahaan 76, 78  
Peter Rowe 134, 135, 146, 148  
Plato 48

## R

Robert Owen 53  
Rudolf van Jhering 53

## S

Saint Simon 53  
Saldi Isra 21, 26, 27, 31, 34,  
41, 42, 201  
Sartono 199, 211  
Satjipto Rahardjo 79  
Soedirman 109, 114  
Soekarno 54, 57, 58, 59  
Soepomo 82  
Sri Soemantri 72  
Sri Soemantri Martosoewignjo  
80

## T

Tanto Lailam 18  
Teer Haar 114  
Thomas Hobbes 54

## V

Van Apeldoorn 70, 84  
Van Vollenhoven 114

## Z

Zakenrecht 51



### **Visi Mahkamah Konstitusi**

Tegaknya konstitusi dalam rangka mewujudkan cita negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat.

## **MAHKAMAH KONSTITUSI LEMBAGA NEGARA PENGAWAL KONSTITUSI**

### **Misi Mahkamah Konstitusi**

- Mewujudkan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang modern dan terpercaya.
- Membangun konstitusionalitas Indonesia dan budaya sadar berkonstitusi

ISSN 1829-7706



9 771829 770696