



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 12 Nomor 1, Maret 2015

- *The Right of Self-Determination: Its Emergence, Development, and Controversy*  
Munafrizal Manan
- Mahkamah Konstitusi dan Hak Untuk Bebas Dari Perlakuan Diskriminasi  
Titon Slamet Kurnia
- Eksekusi Barang Rampasan Hasil Tindak Pidana Kehutanan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 021/PUU-III/2005  
Eddy Rifai, Rakhmat Triyono
- Nasab Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010  
Achmad Irwan Hamzani
- Implementasi Kewenangan DKPP Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 115/PHPU.D-XI/2013  
Muh. Salman Darwisa
- *Legal Reasoning* Pada Perkara Pengujian Undang-Undang (Studi Perbandingan)  
Laura Hardjaloka
- Kewenangan Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Hasil Pemilu Sebagai Bentuk *Judicialization of Politics*  
Abdurrachman Satrio
- Pengadilan Sebagai Lembaga Penegakan Hukum (*Perspektif Civil Law dan Common Law*)  
Anna Triningsih
- Mahkamah Konstitusi dan *Pseudo Judicial Review* dalam Perkara Pemilu  
Irfan Nur Rachman
- Konstitusionalitas dan Legalitas Norma dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945  
Mohammad Mahrus Ali

JK	Vol. 12	Nomor 1	Halaman 001 - 195	Jakarta Maret 2015	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. 12 No. 1</b>	<b>ISSN 1829-7706</b>	<b>Maret 2015</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** : Fajar Laksono, S.Sos., M.H.  
*(Managing Editors)* Helmi Kasim, S.S., S.H.  
Irfan Nur Rachman, S.H.  
Anna Triningsih, S.H., M.Hum.  
Mohammad Mahrus Ali, S.H., M.H.  
Ajie Ramdan, S.H., M.H.  
Ananthia Ayu D. S.H., M.H.  
Oly Viana Agustine S.H., M.H.

**Sekretaris** : Maria Ulfah, S.E.  
*(Secretariat)* Rumondang Hasibuan, S.Sos.

**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](mailto: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)*

---



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 12 Nomor 1, Maret 2015

## DAFTAR ISI

<b>Pengantar Redaksi</b> .....	iii - vi
<i>The Right of Self-Determination: Its Emergence, Development, and Controversy</i>	
Munafrizal Manan .....	001-020
Mahkamah Konstitusi dan Hak Untuk Bebas Dari Perlakuan Diskriminasi	
Titon Slamet Kurnia .....	021-042
Eksekusi Barang Rampasan Hasil Tindak Pidana Kehutanan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 021/PUU-III/2005	
Eddy Rifai, Rakhmat Triyono .....	043-056
Nasab Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010	
Achmad Irwan Hamzani .....	057-074
Implementasi Kewenangan DKPP Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 115/PHPU.D-XI/2013	
Muh. Salman Darwisa .....	075-093
<i>Legal Reasoning</i> Pada Perkara Pengujian Undang-Undang (Studi Perbandingan)	
Loura Hardjaloka .....	094-116

Kewenangan Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Hasil Pemilu Sebagai Bentuk <i>Judicialization Of Politics</i> Abdurrachman Satrio .....	117-133
Pengadilan Sebagai Lembaga Penegakan Hukum ( <i>Perspektif Civil Law dan Common Law</i> ) Anna Triningsih .....	134-153
Mahkamah Konstitusi dan <i>Pseudo Judicial Review</i> dalam Perkara Pemilukada Irfan Nur Rachman, .....	154-171
Konstitusionalitas dan Legalitas Norma dalam Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 Mohammad Mahrus Ali .....	172-195

## **Biodata**

## **Pedoman Penulisan**

# Dari Redaksi



Jurnal Konstitusi Volume 12 Nomor 1 Maret 2015 kembali hadir ke hadapan 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 2015 berisi berbagai naskah yang redaksi kumpulkan dalam tiga kelompok besar, yakni pertama terkait dengan konstitusi, produk hukum mahkamah konstitusi yaitu berbagai putusan yang dihasilkan oleh maklamah konstitusi dan isu konstitusi dan ketatanegaraan.

Artikel pertama dengan judul *“The Right Of Self-Determination: Its Emergence, Development, Controversy And Reservation”*. Dalam artikelnya penulis membahas aspek teoritis dan empiris hak penentuan nasib sendiri dari perspektif hukum internasional dan hukum hak asasi manusia internasional. Paper ini juga mengeksplorasi kontroversi and reservasi atas hak penentuan nasib sendiri. Ada perbedaan dan bahkan pertentangan penafsiran tentang hak penentuan nasib sendiri. Penulis mengangkat dua negara yakni Indonesia dan Thailand sebagai studi kasus pereservasi atas hak penentuan nasib sendiri.

Artikel kedua berjudul *“Mahkamah Konstitusi dan Hak Untuk Bebas Dari Perlakuan Diskriminasi”*. Penulis berpendapat bahwa interpretasi yudisial terhadap hak untuk bebas dari diskriminasi merupakan isu sentral dalam praktik pengujian undang-undang yang dilakukan MKRI. Artikel ini berusaha menggambarkan dan mensistematisasi praktik tersebut dan kemudian menyatakan kembali asas yang dinyatakan oleh MKRI dalam putusannya. Artikel ini menemukan bahwa, secara prinsip, praktik MKRI dalam

menentukan apakah suatu legislasi bertentangan dengan asas non-diskriminasi dilakukan dengan menerapkan dua dasar pengujian yang utama yaitu *strict scrutiny* dan rasionalitas

Artikel ketiga dengan judul “Eksekusi Barang Rampasan Hasil Tindak Pidana Kehutanan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 021/PUU-III/2005”. Dalam penelitian ini, penulis mengkaji terkait perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan dari tindak pidana di bidang kehutanan. Metode penelitian yang digunakan adalah metode pendekatan yuridis normatif dan yuridis empiris. Pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan negara dari tindak pidana dibidang kehutanan, yang amar putusannya menyatakan barang dirampas untuk negara tidak dapat dilakukan eksekusi yaitu berupa pelelangan, karena peraturan perundang-undangan melarang lelang hasil hutan yang diperoleh dari kejahatan di hutan lindung. Perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana dibidang kehutanan adalah dengan hakim menggunakan terobosan berdasarkan hukum progresif, yaitu pengadilan memutuskan dengan amar putusan yang berbunyi “Barang bukti dirampas untuk negara dan digunakan untuk kepentingan sosial”.

Artikel keempat berjudul “Nasab Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010”. Dalam tulisan ini penulis mengkaji putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, dimana dalam putusan tersebut Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pemohon yang telah menikah secara agama Islam, tetapi tidak dicatatkan. Dari perkawinan tersebut lahir seorang anak laki-laki. Setelah putusan MK, status anak luar kawin memiliki hubungan keperdataan dengan ayahnya dan keluarga ayahnya. Penulis berpendapat bahwa putusan Mahkamah Konstitusi berimplikasi luas, sebab anak di luar kawin mencakup anak yang lahir dari hasil perkawinan yang sah secara agama tetapi tidak dicatatkan, dan anak yang lahir dari hasil zina. Menurut hukum Islam, apabila diterapkan terhadap anak luar kawin dalam pengertian anak hasil perkawinan yang sah menurut agama tetapi tidak dicatatkan, Putusan MK sudah tepat. Perkawinan secara hukum sah apabila dilaksanakan sesuai ketentuan agama dan kepercayaan masing-masing. Apabila diterapkan terhadap anak luar kawin dalam pengertian anak hasil zina, menurut hukum Islam putusan MK tidak tepat diterapkan. Anak hasil zina menurut hukum Islam hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya.

Artikel kelima berjudul “Implementasi Kewenangan DKPP Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 115/PHPU.D-XI/2013”. Dalam artikelnya penulis berpendapat bahwa keberadaan DKPP sebagai salah satu lembaga penyelenggaraan Pemilu, menimbulkan berbagai persoalan dalam pelaksanaan kewenangannya. Hal ini disebabkan tidak adanya parameter yang cukup jelas yang digunakan oleh DKPP dalam menangani pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. Akibatnya, dengan dilandasi dalil keadilan restoratif, DKPP mengurus penyelenggaraan Pilkada dengan menetapkan pasangan calon peserta Pilkada dan mengurus penyelesaian sengketa penetapan pasangan calon Pilkada. Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 115/PHPU.D-XI/2013 memberikan teguran kepada DKPP agar konsisten pada koridornya memeriksa, mengadili, dan memutus pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu.

Artikel keenam berjudul “*Legal Reasoning* Pada Perkara Pengujian Undang-Undang (Suatu Perbandingan).” Penulis dalam artikelnya meneliti dan membandingkan alasan permohonan pengujian Undang-Undang yang telah diuji sebelumnya dan metode penalaran hukum yang digunakan dalam memutus perkara pengujian tersebut. Di dalam artikel tersebut terdapat 12 (dua belas) putusan Mahkamah Konstitusi yang menguji kembali beberapa undang-undang yang telah diuji konstitusionalitasnya. Berdasarkan penelitian yang dilakukan, terdapat perbedaan alasan permohonan dan penalaran hukum dalam menerima dan memutus kembali perkara yang telah diujikan sebelumnya. Adapun alasan permohonan yang dilihat perbedaannya ialah dari segi (i) kerugian konstitusional; (ii) isu konstitusional yang dibawa; dan (iii) batu uji yang digunakan dalam pengujian. Sedangkan untuk penalaran hukum, Mahkamah menggunakan metode penafsiran hukum dan konstruksi hukum yang tidak selalu sama dalam memutus perkara yang satu dan yang lainnya

Artikel ketujuh berjudul “Kewenangan Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Hasil Pemilu Sebagai Bentuk *Judicialization of Politics*”. Dalam artikelnya penulis membahas *judicialization of politics* merupakan suatu fenomena yang lazim terjadi dalam suatu negara demokrasi konstitusional, dimana terjadinya perpindahan kewenangan untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan yang terkait dengan pembuatan kebijakan publik dan bersifat politis, dari lembaga-lembaga politik kepada lembaga peradilan. Di Indonesia fenomena tersebut muncul dalam kewenangan-kewenangan Mahkamah Konstitusi, terutama dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi memutus perkara perselisihan hasil pemilu, yang sampai sejauh ini merupakan perkara yang paling banyak dimohonkan kepada Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi sebagai lembaga peradilan yang independen dan imparial tentunya Mahkamah Konstitusi harus membatasi diri dalam mengadili perkara-perkara yang bersifat politis seperti perselisihan hasil pemilu agar tidak menjadi objek politisasi dari cabang kekuasaan lainnya, namun mengingat fenomena *judicialization of politics* merupakan sesuatu yang tidak dapat dihindari saat ini oleh Mahkamah Konstitusi, dalam tulisannya penulis membahas mengenai pentingnya Mahkamah Konstitusi untuk mengedepankan prinsip *judicial restraint* dalam memutus perkara perselisihan hasil pemilu agar Mahkamah Konstitusi tidak menjadi objek Politisasi dari cabang kekuasaan lainnya.

Artikel kedelapan dengan judul “Pengadilan Sebagai Penegakan Hukum (*Perspektif Civil Law dan Common Law*)”. Penulis menyatakan bahwa hukum, sebagai institusi keadilan menjalankan fungsinya melalui suatu proses tertentu menuju ke suatu arah tertentu dalam rangka mewujudkan keadilan, sehingga keadilan menjadi sesuatu yang konkrit sebagai pemenuhan kebutuhan masyarakat yang paling mendasar. Penegakan hukum, dalam kehidupan ketatanegaraan dijalankan oleh pemerintah (*executive organ*) dan oleh pengadilan (*judicial organ*). Terdapat pendekatan yang berbeda di dalam penegakan hukum. Penegakan hukum di dalam *Civil Law System* yang dianut oleh negara-negara Eropa benua atau daratan menggunakan pendekatan hukum, disebut hukum acara, di dalam *Common Law System* yang dianut oleh Inggris dan negara-negara berbahasa Inggris, menggunakan

pendekatan administrasi, disebut *administration of justice*. Implementasi asas atau prinsip hukum, karena penekanannya pada ditempuhnya prosedur acara sebagaimana mestinya dapat menjadikan hukum sebagai mitos yang tidak realistis, tidak efisien dan jauh dari tujuan hukum serta berimplikasi pada terjadinya kehilangan kepercayaan dari masyarakat, sedangkan asas atau prinsip administrasi, karena penekanannya pada tercapainya tujuan secara efisien akan berimplikasi pada tiadanya kepastian pada penegakan hukum yang merupakan hal penting bagi pencapaian keadilan bagi semua orang. Di samping itu, dapat menjadi peluang bagi terjadinya kesewenang-wenangan pengadilan karena ruang diskresinya sangat luas. Setiap pendekatan, dengan demikian, memiliki kelebihan dan kekurangan masing-masing. Melakukan pilihan pendekatan sebagai kebijakan yang tepat dan baik dalam penegakan hukum sangat terkait dengan karakteristik dan tingkat kemajuan masyarakat serta lingkungan tempat hukum berlaku.

Artikel kesembilan berjudul “Mahkamah Konstitusi Dan *Pseudo Judicial Review* Dalam Perkara Pemilukada”. Penulis berpendapat bahwa dalam perkara pengujian undang-undang, Mahkamah Konstitusi dapat saja mengesampingkan, membatalkan atau memaknai materi muatan pasal/ayat/bagian dari sebuah undang-undang. Namun dalam perkembangan hukum acara di Mahkamah Konstitusi, ternyata dalam perkara Pemilukada Mahkamah Konstitusi melakukan *pseudo judicial review* (pengujian undang-undang semu) di mana Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian terhadap materi muatan/pasal/ayat atau bagian dari suatu undang-undang. Hasil penelitian menunjukkan bahwa secara formil, permohonan *judicial review* dalam perkara pengujian undang-undang dan permohonan *pseudo judicial review* dalam perkara perselisihan hasil Pemilukada adalah berbeda karena diatur oleh dua jenis hukum acara dalam kewenangan yang berbeda. Akan tetapi dalam konteks putusan, konstruksi *judicial review* dan konstruksi *pseudo judicial review* memiliki persamaan dan perbedaan yang akan dibahas pada tulisan di bawah ini.

Artikel terakhir ditutup dengan artikel berjudul “Konstitusionalitas Dan Legalitas Norma Dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945”. Dalam artikelnya penulis membahas konstitusionalitas norma tidak dapat dilepaskan dari model pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Hal ini dapat dilihat dari praktik pengujian norma abstrak dan norma konkrit oleh MK. Pengujian norma konkrit dalam *judicial review* undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 pada dasarnya berada di luar kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK). Pengujian norma yang dilakukan oleh MK secara teoritis bertitik tolak dari norma abstrak sebagai implikasi kedudukan MK yang menjadi pengadilan norma dan mengujinya terhadap konstitusi. Untuk menilai konstitusionalitas norma undang-undang, maka norma abstrak yang akan menjadi fokus pengujian oleh MK.

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**

**Manan, Munafrizal**

### **Hak Menentukan Nasib Sendiri: Kemunculan, Perkembangan, dan Kontroversinya**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 001-020

Paper ini membahas aspek teoretis dan empiris hak penentuan nasib sendiri dari perspektif hukum internasional dan hukum hak asasi manusia internasional. Pada tingkat teoritis, paper ini menelusuri kemunculan dan perkembangan penentuan nasib sendiri mulai dari sebagai prinsip politik hingga menjadi hak asasi manusia. Paper ini juga mengeksplorasi kontroversi and reservasi atas hak penentuan nasib sendiri. Ada perbedaan dan bahkan pertentangan penafsiran tentang hak penentuan nasib sendiri. Di samping itu, tidak ada konsensus tentang mekanisme melaksanakan hak penentuan nasib sendiri. Baik hukum internasional dan hukum hak asasi manusia internasional kurang begitu jelas mengatur tentang ini. Pada tingkat empiris, paper ini mendiskusikan keengganan negara-negara untuk menerima dan meratifikasi instrumen-instrumen hak asasi manusia yang memuat hak penentuan nasib sendiri. Terkait dengan ini, paper ini menyoroti isu reservasi atas hak penentuan nasib sendiri. Dua negara pereservasi atas hak penentuan nasib sendiri, yaitu Thailand dan Indonesia, diambil sebagai studi kasus.

**Kata Kunci:** Penentuan nasib sendiri, hak penentuan nasib sendiri, pemisahan diri, pemisahan diri remedial, hak asasi manusia

**Manan, Munafrizal**

### ***The Right Of Self-Determination: Its Emergence, Development, Controversy And Reservation***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*This paper discusses the theoretical and empirical aspects of the right of self-determination from international law and international human rights law perspective. At the theoretical level, it traces the emergence and development of self-determination from political principle to human right. It also explores the controversy of and the reservation to the right of self-determination. There have been different and even contradictory interpretations of the right of self-determination. Besides, there is no consensus on the mechanism to apply the right of self-determination. Both international law and international human rights law are vague about this. At the empirical level, it discusses the reluctance of states to accept the right of self-determination and ratify human rights instruments that contains the right of self-determination. In relation to this, the paper highlights the issue of the reservation of self-determination right. Two reserving states, these of Thailand and Indonesia, are taken as case studies.*

**Keywords:** *Self-determination, the right of self-determination, secession, remedial secession, human rights*

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

**Kurnia, Titon Slamet**

### **Mahkamah Konstitusi dan Hak Untuk Bebas dari Perlakuan Diskriminasi**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 021-042

Interpretasi yudisial terhadap hak untuk bebas dari diskriminasi merupakan isu sentral dalam praktik pengujian undang-undang yang dilakukan MKRI. Artikel ini berusaha menggambarkan dan mensistematisasi praktik tersebut dan kemudian menyatakan kembali asas yang dinyatakan oleh MKRI dalam putusannya. Artikel ini menemukan bahwa, secara prinsip, praktik MKRI dalam menentukan apakah suatu legislasi bertentangan dengan asas non-diskriminasi dilakukan dengan menerapkan dua dasar pengujian yang utama yaitu *strict scrutiny* dan rasionalitas.

**Kata kunci:** MKRI, Uji Undang-Undang, Non-Diskriminasi

**Kurnia, Titon Slamet**

### ***Constitutional Court and The Right of Free From Discriminatory Treatment***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*Judicial interpretation of the right to be free from discrimination is a central issue in the practice of judicial review of the constitutionality of legislation by the MKRI. This article tries to describe and systematize this practice and then to restate the legal principles as it is stated by the MKRI into its case law. This article finds that, as a matter of principle, the MKRI adopts two main tests i.e. strict scrutiny and rational basis test to determine whether a legislation is contrary to the principle of non-discrimination.*

**Keywords:** MKRI, Judicial Review, Non-Discrimination

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

**Rifai, Eddy dan Rakhmat Triyono**

### **Eksekusi Barang Rampasan Hasil Tindak Pidana Kehutanan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 021/PUU-III/2005**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 043-056

Penelitian mengkaji perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan dari tindak pidana di bidang kehutanan. Penelitian menggunakan metode pendekatan yuridis normatif dan yuridis empiris. Pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan negara dari tindak pidana dibidang kehutanan, yang amar putusannya menyatakan barang dirampas untuk negara tidak dapat dilakukan eksekusi yaitu berupa pelelangan, karena peraturan perundang-undangan melarang lelang hasil hutan yang diperoleh dari kejahatan di hutan lindung. Perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana dibidang kehutanan adalah dengan hakim menggunakan terobosan berdasarkan hukum progresif, yaitu pengadilan memutuskan dengan amar putusan yang berbunyi "Barang bukti dirampas untuk negara dan digunakan untuk kepentingan sosial".

**Kata Kunci:** Eksekusi, Putusan Pengadilan, Tindak Pidana Kehutanan

**Rifai, Eddy dan Rakhmat Triyono**

### ***Execution of The Crime of Forestry Confiscated After The Constitutional Court Decision No. 021/PUU-III/2005***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*This study examines the execution of the judgment against the spoils of crime in forestry. Research using normative juridical approach and empirical jurisdiction. Execution of judgments against the state spoils of criminal offenses in the field of forestry, the injunction decision declared goods confiscated for the state not to do execution the form of an auction, because of legislation prohibiting the sale of forest products obtained from crime in protected forests. Perspective execution of court decisions to loot the proceeds of crime in the field of forestry is to judge using breakthrough progressive law, the court ruled that the injunction which reads "Evidence confiscated to the state and used for social purposes".*

**Keywords:** *Execution, Court Decisions, Forestry Crime*

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

**Hamzani, Achmad Irwan**

**Nasab Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 057-074

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengabulkan permohonan Machica Mochtar yang telah menikah dengan Moerdiono secara agama Islam, tetapi tidak dicatatkan. Dari perkawinan tersebut lahir seorang anak laki-laki bernama Muhammad Iqbal Ramadhan. Setelah putusan MK tersebut, status anak luar kawin memiliki hubungan keperdataan dengan ayahnya dan keluarga ayahnya. Putusan MK berimplikasi luas, sebab anak di luar kawin mencakup anak yang lahir dari hasil perkawinan yang sah secara agama tetapi tidak dicatatkan, dan anak yang lahir dari hasil zina. Menurut hukum Islam, apabila diterapkan terhadap anak luar kawin dalam pengertian anak hasil perkawinan yang sah menurut agama tetapi tidak dicatatkan, Putusan MK sudah tepat. Perkawinan secara hukum sah apabila dilaksanakan sesuai ketentuan agama dan kepercayaan masing-masing. Apabila diterapkan terhadap anak luar kawin dalam pengertian anak hasil zina, menurut hukum Islam putusan MK tidak tepat diterapkan. Anak hasil zina menurut hukum Islam hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya.

**Kata kunci;** Mahkamah Kostitusi, nasab anak, luar kawin, hukum Islam.

**Hamzani, Achmad Irwan**

***The Descendants Of Children Outside Of Marriage After Constitutional Court Decision No. 46/PUU-VIII/2010***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*Constitutional Court Decision No. 46/PUU-VIII/2010 granted the petition Machica Mochtar, who is married with Moerdiono the Islamic religion in accordance, but not recorded. Of the marriage was born a boy named Mohammed Iqbal Ramadan. After the decision of the Court, the status of illegitimate children have a civil relationship with his father and his father's family. Child outside marriage include children born of the marriage legitimate religion but not recorded, and the children born from adultery. According to Islamic law, the Constitutional Court's decision is appropriate when applied to the child of a valid marriage according to religious but not registered. Meanwhile, when applied to children outside marriage adultery result, the Court's decision is contrary to Islamic law.*

**Keywords:** *The Constitution Court, the descendants of children, outside of marriage, Islamic law.*

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

**Darwis, Muh. Salman**

### **Implementasi Kewenangan DKPP Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 115/PHPU.D-XI/2013**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 075-093

Keberadaan DKPP sebagai salah satu lembaga penyelenggaraan Pemilu, menimbulkan berbagai persoalan dalam pelaksanaan kewenangannya. Hal ini disebabkan tidak adanya parameter yang cukup jelas yang digunakan oleh DKPP dalam menangani pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. Akibatnya, dengan dilandasi dalil keadilan restoratif, DKPP mengurus penyelenggaraan Pilkada dengan menetapkan pasangan calon peserta Pilkada dan mengurus penyelesaian sengketa penetapan pasangan calon Pilkada. Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 115/PHPU.D-XI/2013 memberikan teguran kepada DKPP agar konsisten pada koridornya memeriksa, mengadili, dan memutus pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. Disamping itu, seharusnya putusan DKPP bersifat rekomendasi dan tidak bersifat *final and binding* karena menimbulkan efek psikologis bagi jajaran KPU serta Bawaslu berupa ketakutan akan sanksi pemecatan atau pemberhentian sementara dan berpotensi menimbulkan polemik hukum yang berkepanjangan.

**Kata Kunci:** Mahkamah Konstitusi, Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu, dan Kewenangan Penyelenggara Pemilu.

**Darwis, Muh. Salman**

### ***The Implementation of DKPP Authority After The Decision of Constitution Court No.115/PHPU.D-XI/2013***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*The existence of DKPP as one of the administration institutions of elections, causing a variety of problems in the implementation of its authority. This is due to the absence of a sufficiently clear parameters or benchmarks used by DKPP in dealing the code violations of conducting the election. Finally, using the argument of the restorative justice, DKPP take care of in the implementation of the election by assigning candidate couple participants the election and do the resolution of disputes candidate couple election. The Constitutional Court decision No. 115/PHPU.D-XI/2013, warn the dkpp to be consisten , adjudicating , and cut the code of conduct violations organisers of the election. Besides that, should decisions DKPP spatially recommendation and not be final and binding because inflict psychological effects for as well as the ranks of kpu bawaslu ketakutan will be in the form of sanction dismissal or temporary dismissal and potentially incurring polemic prolonged law.*

**Keywords:** *Constitutional Court, Honor Election Council and Election Authority.*

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

**Hardjaloka, Laura**

### ***Legal Reasoning Pada Perkara Pengujian Undang-Undang (Studi Perbandingan)***

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 094-116

Pasal 24C Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar 1945 menjadi dasar Mahkamah Konstitusi untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final (antara lain) guna menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Dalam pengujian, Mahkamah memiliki pembatasan yakni larangan pengujian terhadap perkara *nebis in idem* kecuali apabila materi muatan dalam UUD 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda. Dalam tulisan ini, terdapat 12 (dua belas) putusan Mahkamah Konstitusi yang menguji kembali beberapa undang-undang yang telah diuji konstitusionalitasnya. Berdasarkan penelitian yang dilakukan, terdapat perbedaan alasan permohonan dan penalaran hukum dalam menerima dan memutus kembali perkara yang telah diujikan sebelumnya. Adapun alasan permohonan yang dilihat perbedaannya ialah dari segi (i) kerugian konstitusional; (ii) isu konstitusional yang dibawa; dan (iii) batu uji yang digunakan dalam pengujian. Sedangkan untuk penalaran hukum, Mahkamah menggunakan metode penafsiran hukum dan konstruksi hukum yang tidak selalu sama dalam memutus perkara yang satu dan yang lainnya. Dengan demikian, tulisan ini akan meneliti dan membandingkan (i) alasan permohonan pengujian Undang-Undang yang telah diuji sebelumnya dan (ii) metode penalaran hukum yang digunakan dalam memutus perkara pengujian tersebut.

**Kata Kunci:** *nebis in idem*, penalaran hukum, dan *judicial review*

**Hardjaloka, Laura**

### ***Legal Reasoning In Judicial Review (Comparison Study)***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*Article 24 C of Third Amendment of Constitution Law 1945 is the basis of the Constitutional Court to give the final and binding decision in terms of law examination against Constitution Law 1945. Constitutional Court has a restriction to not examine the nebis in idem case unless there is a different substance of Constitutional Law 1945 which is used as the based of examination. In this paper, there are 12 (twelve) Constitutional Court's decisions on law re-examination against the Constitutional Law 1945. Based on the research, which has been conducted, there are differences both in examination reasons and legal reasoning to accept and decide the cases which have been decided previously. The differences of examination reasons can be seen in (i) the constitutional loss; (ii) the constitutional issue which was brought by the applicant; and (iii) the substance of Constitution Law 1945 which are used in the examination. While as the legal reasoning, the Court uses the different legal interpretation and construction in deciding the case. Thus, this paper will examine and compare (i) the examination reason on law which has been examined previously and (ii) legal reasoning methods which are used in deciding the case.*

**Keywords:** *nebis in idem*, legal reasoning, judicial review

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

**Satrio, Abdurrachman**

### **Kewenangan Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Hasil Pemilu Sebagai Bentuk *Judicialization of Politics***

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 117-133

*Judicialization of politics* merupakan suatu fenomena yang lazim terjadi dalam suatu negara demokrasi konstitusional, dimana terjadinya perpindahan kewenangan untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan yang terkait dengan pembuatan kebijakan publik dan bersifat politis, dari lembaga-lembaga politik kepada lembaga peradilan. Di Indonesia fenomena tersebut muncul dalam kewenangan-kewenangan Mahkamah Konstitusi, terutama dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi memutus perkara perselisihan hasil pemilu, yang sampai sejauh ini merupakan perkara yang paling banyak dimohonkan kepada Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi sebagai lembaga peradilan yang independen dan imparsiial tentunya Mahkamah Konstitusi harus membatasi diri dalam mengadili perkara-perkara yang bersifat politis seperti perselisihan hasil pemilu agar tidak menjadi objek politisasi dari cabang kekuasaan lainnya, namun mengingat fenomena *judicialization of politics* merupakan sesuatu yang tidak dapat dihindari saat ini oleh Mahkamah Konstitusi, maka tulisan ini akan membahas mengenai pentingnya bagi Mahkamah Konstitusi untuk mengedepankan prinsip *judicial restraint* dalam memutus perkara perselisihan hasil pemilu agar nantinya Mahkamah Konstitusi tidak menjadi objek Politisasi dari cabang kekuasaan lainnya.

**Kata Kunci:** *Judicialization of politics*, PHPU, Politisasi, *Judicial Restraint*

**Satrio, Abdurrachman**

### ***Authority of Constitutional Court To Adjudicate Electoral Result Dispute As A Judicialization Of Politics***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*Judicialization of politics are the phenomenon which usually happen in a democratic constitutional state, which cause power movement to resolve problems which related to public policy making and political nature, from the political institution to judicial institution. In Indonesia this phenomenon arise in the authority of the Constitutional Court, especially in the authority of the Constitutional Court when they judge electoral result dispute, whichs so far, most widely submitted cases to the Constitutional Court. But, as a independent and impartial judicial institution the Constitutional Court must restrict to judge the political cases such as electoral result dispute so that this institution would not be Politicking object of another branch of government, however judicialization of politics phenomenon is something that Constitutional Court would not avoid, so that this article will examine how important the Constitutional Court to priority judicial restraint principle in order to judge electoral result dispute, so that Constitutional Court would not be Politisasi object of another branch of government.*

**Keywords:** *Judicialization of politics, Electoral Result Dispute, Politicking, Judicial Restraint*

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

**Triningsih. Anna**

**Pengadilan Sebagai Lembaga Penegakan Hukum (*Perspektif Civil Law dan Common Law*)**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 134-153

Hukum, sebagai institusi keadilan menjalankan fungsinya melalui suatu proses tertentu menuju ke suatu arah tertentu dalam rangka mewujudkan keadilan, sehingga keadilan menjadi sesuatu yang konkrit sebagai pemenuhan kebutuhan masyarakat yang paling mendasar. Penegakan hukum, dalam kehidupan ketatanegaraan dijalankan oleh pemerintah (*executive organ*) dan oleh pengadilan (*judicial organ*). Terdapat pendekatan yang berbeda di dalam penegakan hukum. Penegakan hukum di dalam *Civil Law System* yang dianut oleh negara-negara Eropa benua atau daratan menggunakan pendekatan hukum, disebut hukum acara, di dalam *Common Law System* yang dianut oleh Inggris dan negara-negara berbahasa Inggris, menggunakan pendekatan administrasi, disebut *administration of justice*. Implementasi asas atau prinsip hukum, karena penekanannya pada ditempuhnya prosedur acara sebagaimana mestinya dapat menjadikan hukum sebagai mitos yang tidak realistis, tidak efisien dan jauh dari tujuan hukum serta berimplikasi pada terjadinya kehilangan kepercayaan dari masyarakat, sedangkan asas atau prinsip administrasi, karena penekanannya pada tercapainya tujuan secara efisien akan berimplikasi pada tiadanya kepastian pada penegakan hukum yang merupakan hal penting bagi pencapaian keadilan bagi semua orang. Di samping itu, dapat menjadi peluang bagi terjadinya kesewenang-wenangan pengadilan karena ruang diskresinya sangat luas. Setiap pendekatan, dengan demikian, memiliki kelebihan dan kekurangan masing-masing. Melakukan pilihan pendekatan sebagai kebijakan yang tepat dan baik dalam penegakan hukum sangat terkait dengan karakteristik dan tingkat kemajuan masyarakat serta lingkungan tempat hukum berlaku.

**Kata Kunci:** Pengadilan, Penegakan Hukum, Keadilan, Masyarakat



**Triningsih. Anna**

***Court as a Law Enforcement Institution (Perspective of Civil Law and Common Law)***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*Law, as an justice institution run its functions through a specific process towards a certain direction in order to achieve justice. Justice now a days is needed as something concrete as the fulfillment of the most basic needs of the community. Law enforcement, in parliamentary life is run by the Government (the executive organs) and through the courts (judicial organ). There are different approaches in law enforcement. The rule of law in the Civil Law System which is shared by the countries in the European continent or land use law, also known as legal approach. In the Common Law System which is shared by the United Kingdom and the United Kingdom speaking countries, using the administration approach of the Administration, called the administration of justice. Implementation of the fundamental principles of the law, or because of its emphasis on the steps of a procedure in the event properly can make the law as an unrealistic myth, inefficient and far from the purpose of the law and implies the occurrence of loss of trust from the community, while the basic principles of administration, because of its emphasis on the achievement of business objectives efficiently will have implications for the lack of certainty in law enforcement that is essential for the achievement of Justice for everyone. Besides that addition, it also can be an opportunity for the Court arbitrariness because discretion has its wide open room. Every Legal Approach has its own advantages and disadvantages. Making option to choose which legal approach as an appropriate and good policy in law enforcement is related to the characteristics and level of knowledge of the community also the environment where these law applied.*

**Keywords:** *The Courts, Law Enforcement, Justice, Society*

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

**Rachman, Irfan Nur**

### **Mahkamah Konstitusi Dan *Pseudo Judicial Review* Dalam Perkara Pemilu**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm. 154-171

*Judicial review* adalah kewenangan menguji undang-undang terhadap UUD 1945 yang merupakan salah satu kewenangan Mahkamah konstitusi. Dalam perkara pengujian undang-undang, Mahkamah Konstitusi dapat saja mengesampingkan, membatalkan atau memaknai materi muatan pasal/ayat/bagian dari sebuah undang-undang. Namun dalam perkembangan hukum acara di Mahkamah Konstitusi, ternyata dalam perkara Pemilu Mahkamah Konstitusi melakukan *pseudo judicial review* (pengujian undang-undang semu) di mana Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian terhadap materi muatan/pasal/ayat atau bagian dari suatu undang-undang. Hasil penelitian menunjukkan bahwa secara formil, permohonan *judicial review* dalam perkara pengujian undang-undang dan permohonan *pseudo judicial review* dalam perkara perselisihan hasil Pemilu adalah berbeda karena diatur oleh dua jenis hukum acara dalam kewenangan yang berbeda. Akan tetapi dalam konteks putusan, konstruksi *judicial review* dan konstruksi *pseudo judicial review* memiliki persamaan dan perbedaan yang akan dibahas pada tulisan di bawah ini.

**Kata kunci:** *Judicial review, pseudo judicial review, Mahkamah Konstitusi*

**Rachman, Irfan Nur**

### ***Constitutional Court and Pseudo Judicial Review In Matters of Dispute The Results of Local Election***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*Judicial review is the test act against UUD 1945 that is one authority the constitutional court. In testing legislation affairs, the constitutional court could have cancel or material handling charge article / ayat / part of a statute. But in the legal developments event at the constitutional court, turned in regional head affair how the constitutional court to review (pseudo judicial testing legislation specious) where the constitutional court to do our tests material charge / article ayat / or part of a statute. The research results show that on formil, judicial review the request in the matter of the act of testing and supplication pseudo judicial review in the matter of the results of the upcoming general election strife is different because be set by two types of laws the event under the authority of the different. However, in the context of judicial review of the verdict, construction and construction of pseudo judicial review similarities and differences will be discussed in the article below.*

**Keywords:** *Judicial review, pseudo judicial review, constitutional court*

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

**Ali, Mohammad Mahrus**

### **Konstitusionalitas dan Legalitas Norma dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 1 hlm 172-195

Konstitusionalitas norma tidak dapat dilepaskan dari model pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Hal ini dapat dilihat dari praktik pengujian norma abstrak dan norma konkret oleh MK. Pengujian norma konkret dalam *judicial review* undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 pada dasarnya berada di luar kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK). Pengujian norma yang dilakukan oleh MK secara teoritis bertitiktolak dari norma abstrak sebagai implikasi kedudukan MK yang menjadi pengadilan norma dan mengujinya terhadap konstitusi. Untuk menilai konstitusionalitas norma undang-undang, maka norma abstrak yang akan menjadi fokus pengujian oleh MK. Pada dasarnya norma konkret lebih menitikberatkan implementasi atau penerapan norma. Penerapan norma tidak dapat dilepaskan dari legalitas norma yang menjadi kewenangan Mahkamah Agung (MA), sedangkan konstitusionalitas norma adalah menguji kesesuaian norma tersebut dengan batu uji pasal-pasal dalam konstitusi. Apabila landasan pengujian norma adalah Undang-Undang Dasar 1945 maka norma abstrak yang seharusnya menjadi materi utama untuk diuji. Sebaliknya ketika norma konkret yang akan diuji, maka yang harus dipertimbangkan juga adalah penerapan dari norma tersebut yang secara tidak langsung masuk dalam ranah kasus konkret. Penelitian ini menggunakan metode yuridis normatif dengan pendekatan kasus (*case approach*) yaitu 15 (lima belas) putusan Mahkamah Konstitusi sepanjang 2003-2013 dalam pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 secara materiil yang memfokuskan pada *ratio decidendi* hakim konstitusi dalam menentukan konstitusionalitas norma. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa MK dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 tidak memisahkan secara dikotomis antara norma abstrak dan norma konkret. Dalam upaya melindungi hak-hak konstitusional warga negara, tidak adanya upaya hukum lanjutan yang akan ditempuh oleh Pemohon, serta untuk memberikan kepastian hukum yang adil, MK mengabulkan pengujian norma konkret. Meskipun MK tetap tegas menyatakan bahwa hal tersebut adalah norma konkret, sehingga permohonan pemohon hanya dikabulkan sebagian pada pengujian norma abstraknya saja. Sedangkan dalam hal putusan MK yang menolak pengujian norma konkret karena norma yang diujikan bukanlah persoalan konstitusionalitas norma melainkan penerapan norma dan permintaan putusan provisi (putusan sela) yang tidak relevan dengan pokok perkara. Pengujian norma konkret dalam putusan menolak adalah bentuk kehati-hatian MK agar tidak mengadakan perkara yang menjadi kewenangan peradilan lain yaitu Mahkamah Agung serta peradilan di bawahnya. Adapun terkait putusan yang menyatakan tidak dapat diterima, MK menyatakan bahwa Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum serta MK tidak memiliki kewenangan untuk menguji norma tersebut. Kedepan, MK perlu menegaskan perihal kedudukan norma sebelum melakukan pemeriksaan lebih mendalam terhadap setiap permohonan yang diajukan. Di samping itu MK perlu diberikan kewenangan pengaduan konstitusional

(*constitutional complaint*) atau pertanyaan konstittusional (*constitutional question*) sehingga terciptanya harmonisasi penafsiran berdasarkan konstitusi.

**Kata kunci:** Konstitusionalitas Norma, Pengujian Undang-Undang, Mahkamah Konstitusi

**Ali, Mohammad Mahrus**

***Constitutionality And Legality of Norms In The Review of Laws Againts The 1945 Constitution***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 1*

*The Constitutionality of norms are inseparable with the model of judicial review of laws against the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. It can be see from the reviews of abstract and concrete norms by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia. The review of conrete norms in the decision of judicial review basically does not constitute authority of the Constitutional Court. Theoretically, norms review should be starting from abstract norms as the implications of the Constitutional Court authority. In order to review the constitutionality of laws, norms and abstract norms should be interpreted by the Constitutional Court. While concrete norms focuse more on the implementation or application of the norm itself. The application of norms cannot be separated from the legality of the norms, while constitutionality of norms is related to its coherence with with the Constitution. If the basis of norms review is the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia then abstract norms should be the main subject matter to be reviewed. Otherwise, when concrete norms are the subject matters to be reviewed, then the implementation of the norms that have been applied in concrete cases. This research is using normative juridical method with case approach in which 15 (fifteen) verdicts of the Constitutional Court of Republic of Indonesia over the period of 2003-2013 in judicial review of laws against the 1945 Constitution are analyzed. The focus is on the ratio decidendi of the Constitutional Court judges in determining the constitutionality of norms. The result of this research shows that, the Constitutional Court, in the judicial review of laws against the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia does not separate abstract norms and concrete norms dichotomously. In an attempt to protect the constitutional rights of citizens, the absence of legal remedies that can be further pursued by the applicant, as well as to provide legal certainty, the Constitutional Court, granted, in its decision, the review of concrete norms. Even though the Constitutional Court remains firm in satting that it is a concrete norms, the applicant's petition is granted in part which is concerning the review the abstract norms only. Whereas, with respect to the verdict of the constitutional court that rejected the review of concrete norms, it is because the review is not on the constitutionality of norms but the application of the norms and also concerns a petition for an interlocutory decision which is irrelevant to the subject matter of the case. The review of concrete norms in a rejecting ruling is a form of prudence by the Constitutional Court in order not to prosecute the matters which constitute the authority the other judicial bodies, namely the Supreme Court and the lower courts. As for the ruling which declared a petition inadmissible, the Constitutional Court stated that the applicant has no legal standing and the Constitutional Court does not have the authority to test these norms. In the future the Constitutional Court needs to affirm the status of norms before further examining in depth the petition filed. In addition, the Constitutional Court should be conferred with the authority to hear constitutional complaint and constitutional question in order to create the harmonization of interpretation based on the Constitution.*

**Keyword:** *The Constitutionality of Norms, Judicial Review, Constitutional Court.*

# ***The Right of Self-Determination: Its Emergence, Development, and Controversy***

## **Hak Menentukan Nasib Sendiri: Kemunculan, Perkembangan, dan Kontroversinya**

**Munafrizal Manan**

Dosen Universitas Al-Azhar Indonesia, Jakarta  
Jalan Sisingamangaraja, Kebayoran Baru, Jakarta Selatan  
munafrizal@uai.ac.id

Naskah diterima: 10/02/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

### ***Abstract***

*This paper discusses the right of self-determination from international law and international human rights law perspective. It traces the emergence and development of self-determination from political principle to human right. It also explores the controversy of the right of self-determination. There have been different and even contradictory interpretations of the right of self-determination. Besides, there is no consensus on the mechanism to apply the right of self-determination. Both international law and international human rights law are vague about this.*

***Keywords:*** *Self-determination, the right of self-determination, secession.*

### **Abstrak**

Paper ini membahas hak penentuan nasib sendiri dari perspektif hukum internasional dan hukum hak asasi manusia internasional. Paper ini menelusuri kemunculan dan perkembangan penentuan nasib sendiri mulai dari sebagai prinsip politik hingga menjadi hak asasi manusia. Paper ini juga mengeksplorasi kontroversi atas hak penentuan nasib sendiri. Ada perbedaan dan bahkan petentangan penafsiran tentang hak penentuan nasib sendiri. Di samping itu, tidak ada konsensus tentang mekanisme melaksanakan hak penentuan nasib sendiri. Baik hukum internasional dan hukum hak asasi manusia internasional kurang begitu jelas mengatur tentang ini.

**Kata Kunci:** Penentuan nasib sendiri, hak penentuan nasib sendiri, pemisahan diri.

## INTRODUCTION

Self-determination has long been debated in both international law and international human rights law. Although it has been admitted that people should enjoy the right of self-determination, there have been adversarial opinions on the application of this right. While its application has resulted in decolonization and the emergence of new states,<sup>1</sup> the debate still continues in the post-colonial period. Basically, the debate stems from the application of the principle of self-determination. Some argue that it was intended to be applied universally, while others argue that it was deliberately designed to a particular category of people.<sup>2</sup>

It is a fact that many peoples around the globe are still claiming the right to self-determination<sup>3</sup> and they have been slaughtering each other to pursue national self-determination.<sup>4</sup> A historical figure shows that at least fifty-five states had become independent and benefited from the right of self-determination from 1945 to 1970.<sup>5</sup> There are some parts of the world struggling to achieve the right to self-determination for minorities which shows that the right to self-determination remains highly relevant. It is estimated that 140 minority groups in every corner of the globe asserting their right to self-determination today.<sup>6</sup> They have been struggling by both armed conflict and peaceful movement. Some have successfully achieved the right to self-determination in terms of independent statehood, such as East Timor, Kosovo, and Southern Sudan. But others are still tirelessly struggling to achieve it such as Tibetans, Kashmiris, Palestinians, Chechens, South Ossetians, and the Abkhaz. Weller succinctly notes:

*At present, there are about 26 on going armed self-determination conflicts. Some are simmering at a lower level of irregular or terrorist violence; others amount to more regular internal armed conflicts, with secessionist groups maintaining control over significant swathes of territory to the exclusion of the central government. In addition to these active conflicts, it is estimated that there are another 55 or so campaigns for self-determination which*

<sup>1</sup> A figure shows that "[t]he growth of UN membership from its original 51 members States in 1945 to 149 in 1984 was essentially due to decolonization. The increase in this figure from 151 in 1990 to 191 at present has been essentially due, broadly speaking, to secession". Marcelo G. Kohen, Introduction, in Marcelo G. Kohen (ed.), *Secession: International Law Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p. 2.

<sup>2</sup> Helen Quane, "The United Nations and the Evolving Right to Self-Determination", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, Issue 03, July 1998, p. 554.

<sup>3</sup> Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 1,

<sup>4</sup> Charles Tilly, "National Self-Determination as a Problem for All of Us", *Daedalus*, Vol. 122, No. 3, Summer, 1993, p. 31.

<sup>5</sup> Jan Klabbbers, "The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law", *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 1, February 2006, p. 192.

<sup>6</sup> S. Eban Ebai, "The Right to Self-Determination and the Anglophone Cameroon Situation", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13 No. 5, 2009, p. 635.

*may turn violent if left unaddressed, with another 15 conflicts considered provisionally settled but a risk of reignition.*<sup>7</sup>

International law and international human rights law do not provide a clear mechanism how and in what circumstances enforcing the right to self-determination, unfortunately.<sup>8</sup> As a consequence, there are different interpretations of the legal status and application of the right to self-determination. The case of Kosovo and the recent case of Crimea, for example, confirmed such a view. This is the reason why the right to self-determination remains controversial today. In the famous words of the U.S. Secretary of State Robert Lansing, the right of self-determination is simply “loaded with dynamite”. Moreover, according to Lansing, “[i]t will raise hopes which can never be realized” and even “cost thousands of lives”.<sup>9</sup> Although such a view probably sounds pessimistic, this is particularly true in describing the realm of the right to self-determination.

The present paper aims to explore the issues of the right of self-determination from the perspective of both international law and international human rights law. There are two main issues will be addressed here. First, it proceeds with the normative status and scope of the right of self-determination in accordance with international legal perspective. It intends to explore what international human rights law say about the status and the scope of the right of self-determination. Second, if the right of self-determination has now been recognized as a human right, then why it is still viewed as a controversial right. Furthermore, if the right of self-determination is a controversial right, then how to enforce it in practice. To construct the argument, it is necessary to look at historical aspect of the emergence and development of the right of self-determination. The controversy of the right of self-determination should not, or perhaps cannot, be divorced from historical context.

## **ANALYSIS**

### **A. From Self-Determination to the Right of Self-Determination**

The attention to self-determination has emerged long before it then became a human right. Cassese has sketched well the emergence and development of

<sup>7</sup> Marc Weller, “Settling Self-Determination Conflicts: Recent Developments”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, 2009, p. 112.

<sup>8</sup> In this regard, Musgrave notes that “the exact parameters of the legal right of self-determination remain unclear. The post-war international instruments which invoke the ‘right to self-determination’ do not define that term in any detail”. Thomas D. Musgrave, *Self-Determination and National Minorities* (Oxford: Clarendon Press, 1997), p. 91.

<sup>9</sup> As cited by Antonio Cassese, *op.cit.*, p. 22.

self-determination from historical perspective. He noted that the origin of self-determination can be traced back to the American Declaration of Independence of 1776 and the French Revolution of 1789. During this period, the meaning of self-determination was viewed from philosophical perspective that was influenced by the enlightenment ideas. The attention to self-determination spread out to across the world following the wake of the First World War, the Second World War and the Cold War. During this interwar period, the notion of self-determination was seen from political perspective.<sup>10</sup>

After the Second World War, the notion of self-determination was increasingly viewed from legal perspective and adopted into written positive law. The signing of the United Nations Charter in 1945 marked for the first time the world admitted self-determination as an important international law principle.<sup>11</sup> It was also for the first time self-determination was adopted into a multilateral treaty. Article 1(2) of the UN Charter states that one of the purposes of the UN is “to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples”.<sup>12</sup> However, the UN Charter “did not define the concept or distinguish between various forms of self-determination”, “did not impose direct legal obligations on member states”, and “did not translate into the right for minority groups to separate from sovereign mother states, or into the right for colonized peoples to achieve independence”.<sup>13</sup> When proclaiming the principle or right self-determination of peoples, the UN Charter only pays attention to a people who has been denied their status and political right.<sup>14</sup>

Its culmination was probably the 1960 General Assembly Declaration on Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples which is then often viewed as a milestone of the decolonization. Paragraph 2 of the 1960 Declaration states that “[a]ll peoples have the right of self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development”.<sup>15</sup> Indeed, the emergence of a legal right to self-determination has a close relationship with the movement for decolonization

<sup>10</sup> Antonio Cassese, *ibid.*, especially Chapter 2, p. 11-32.

<sup>11</sup> Quane points out that “[t]he development of the legal right to self-determination is based on the UN Charter”. Helen Quane, *op.cit.*, p. 539. However, in the view of Mansell and Openshaw, “[t]he principle of self-determination was acknowledged in the UN Charter, but not as a legal right”. Wade Mansell and Karen Openshaw, *International Law: A Critical Introduction* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013), p. 55.

<sup>12</sup> Malcolm D. Evans, *Blackstone's International law Documents 11<sup>th</sup> Edition* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 10.

<sup>13</sup> Milena Sterio, *The Right to Self-Determination under International Law: "Selfistans," Secession, and the Rule of the Great Powers* (Oxon, New York: Routledge, 2013), p. 10.

<sup>14</sup> Heribert Franz Koeck, Daniela Horn, and Franz Leidenmuehler, *From Protectorate to Statehood: Self-Determination v. Territorial Integrity in the Case of Kosovo and the Position of the European Union* (NWV: Vienna, Graz, 2009), p. 75.

<sup>15</sup> Malcolm D. Evans, *op.cit.*, p. 78.



during the 1960s.<sup>16</sup> The elaboration of the right of self-determination in the 1970 Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations needs also to be taken into account here. The 1970 Declaration states that “all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development”.<sup>17</sup> The 1970 Declaration was therefore intended to emancipate colonial peoples and countries from colonial powers and colonial regimes.<sup>18</sup>

Going further, self-determination has now been recognized as a human right by international human rights law which is well-known as the right of self-determination or the right to self-determination. The right of self-determination can be found in the two international covenants: the International Covenant on Civil and Political Rights (the ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (the ICESCR). The two Covenants, which are part of the so-called International Bill of Human Rights, were adopted in 1966 and came into force in 1976 after a sufficient number of state had ratified the Covenants. Since then, the right of self-determination is formally admitted as a human right. Article 1 of these Covenant states that:

*All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development ... The State Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.*<sup>19</sup>

The guarantee of the right of self-determination can also be found in the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Article 3 and 4 of the Declaration provides that:

*Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development ... Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or*

<sup>16</sup> Matthew Saul, “The Normative Status of Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11 No. 4, 2011, p. 613.

<sup>17</sup> Malcolm D. Evans, *Op. Cit.*, p. 174.

<sup>18</sup> Heribert Franz Koeck, Daniela Horn, and Franz Leidenmuehler, *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>19</sup> Sandy Ghandhi, *Blackstone's International Human Rights Documents*, 8<sup>th</sup> Edition, (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 35-36.

*self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions.*<sup>20</sup>

On 18 December 2007, the General Assembly of the United Nations adopted a resolution namely Resolution for Universal Realization of the Right of Peoples to Self-Determination explicitly stating that “the universal realization of the right of all peoples, including those under colonial, foreign and alien domination, to self-determination is a fundamental condition for the effective guarantee and observance of human rights and for the preservation and promotion of such rights”.<sup>21</sup> The resolution reaffirms the legal character of the right of self-determination and obliges the States to respect it.

Although the right of self-determination is explicitly admitted by international law and international human right law, the debate remains arise regarding the exact meaning and scope of the right. It is not an easy task to define it precisely given that the meaning attributed to the right of self-determination has evolved over the last decades both with respect to its status and its scope.<sup>22</sup> Since norms have evolved, the interpretation of the right of self-determination has also evolved.<sup>23</sup> Accordingly, a working theory of the right of self-determination can even be interpreted differently.<sup>24</sup>

According to Saul, there are four different normative levels for the right to self-determination: human right, association with sovereignty, *erga omnes* and *jus cogens*.<sup>25</sup> First, with regard to human right, it should be noted that self-determination is not an absolute; hence its exercise must be subject to limitations and balances with other human rights. The problem with the right to self-determination is the lack of formal mechanism to enforce it.<sup>26</sup> Self-determination is therefore probably the most controversial provision included in the ICCPR.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>21</sup> The UN General Assembly, Universal Realization of the Right of Peoples to Self-Determination, Resolution Adopted by the General Assembly, A/RES/62/144, 28 February 2008, p. 2, available at <<http://www.refworld.org/docid/47cfd2b32.html>> (accessed on June 19, 2014).

<sup>22</sup> Helen Quane, *op.cit.*, p. 538; Simone van den Driest, *Pro-Democratic Regime Change and the Right to Political Self-Determination: A Case Study of Iraq* (Nijmegen, the Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2009), p. 1.

<sup>23</sup> Simon M. Weldehaimanot, “The ACHPR in the Case of Southern Cameroons”, *SUR-International Journal on Human Rights*, Vol. 9 No. 16, June 2012, p. 89.

<sup>24</sup> Klabbers, for example, argues that “judicial and quasi-judicial bodies have, since the 1970s, reconceptualized the right of self-determination to come to terms with the (virtual) end of decolonization. Now that self-determination can no longer simply be construed as a right of colonies to independence, it has evolved into a right of peoples to take part in decisions affecting their future”. Klabbers adds that “the right to self-determination is best regarded as a procedural right: the right to be taken seriously”. See Jan Klabbers, *Op. Cit.*, p. 189.

<sup>25</sup> Matthew Saul, *Op. Cit.*, p. 626.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 627-628.

<sup>27</sup> McGoldrick as cited by Matthew Saul, *Ibid.*, p. 628.

Second, with respect to the link between the right to self-determination and sovereignty, the legalization of popular sovereignty is provided under the framework of the right to self-determination. In this view, the right of self-determination become the purposes of the whole population. Also, the right to self-determination should be treated as the basis for the principle of non-intervention. When an intervention in the affairs of a state is permissible, it should be based on the scope and content of the right to self-determination.<sup>28</sup> Also important in the light of the link between sovereignty and self-determination is the law of occupation. In practice, the right of self-determination has brought an impact to the law of occupation.<sup>29</sup> The occupier should change the occupied state infrastructure, although it is for pursuing humanitarian interests, in accordance with the law of self-determination.

Third, the concept of *erga omnes* views that all states have an obligation to promote and respect international law. It is widely admitted that the right of self-determination has *erga omnes* status in international legal doctrine. The ICJ has affirmed that the norm of the right of self-determination entitles to the status and it is often cited by commentators as an example.<sup>30</sup> But, this *erga omnes* status has been used as a reason for states avoiding the scope and content of the right more determinate.<sup>31</sup>

Fourth, the relationship between self-determination and the *jus cogens* (peremptory norms) is also important here. The norms of *jus cogens* are established based on the 1969 Vienna Convention of the Law of Treaties stated in Article 53. There are different approaches of the relationships between self-determination and the *jus cogens* concept. The entirety approach argues that self-determination right can be *jus cogens* if it is accepted as peremptory status by the overwhelming majority of states. The qualified approach accepts that the norm of the right to self-determination has been qualified mannerly and applied to peoples under colonial and alien domination. The possible approach views that the right to self-determination possibly has *jus cogens* status but only for certain aspects.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Matthew Saul, *Ibid.*, p. 629.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 630.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 632.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 633.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 636. In the view of Eban, "[t]oday, the right to self-determination is considered *jus cogens* and a part of customary international law that imposes binding obligations on all nation states. It is considered not simply a principle of international law, but rather an affirmative right of all peoples. It is seen as a prerequisite to any genuine enjoyment of any of the human rights". See S. Eban Eban, *Op. Cit.*, p. 633.

## **B. The Controversy of the Right of Self-Determination**

As mentioned earlier, self-determination is a debatable concept. It has been debated since early twentieth century and still continues in the twentieth first century. In early 1900s, the USSR leader Vladimir Illyich Lenin and US President Woodrow Wilson had different views on self-determination. While Lenin talked of self-determination from socialist political philosophy, Wilson talked about it from Western democratic theory.<sup>33</sup> However, it should be noted that when Lenin talked of the right of self-determination in 1913, it was intended to unity rather than separation.<sup>34</sup> Similarly, Wilson did not intend the right to be absolute and universal, but rather meant giving identifiable peoples or nations to govern themselves under the framework of internal self-determination.<sup>35</sup>

Even though the principle of self-determination has resulted in the decolonization era and the right of self-determination has been adopted in international human rights law documents, the controversy of self-determination is not over yet. The right of self-determination is still viewed as a controversial human right today. It remains as one of the highly controversial norms of international law.<sup>36</sup> As an explanation of this controversy, Saul has advanced the argument that the normative status of the right of self-determination has still been vague and this is why many states have been reluctant to express firmly their standing points on the scope and content of the legal norm of the right in international law.<sup>37</sup> Accordingly, it is still a big question for international lawyers regarding *jus cogens* status of the legal norm of the right of self-determination, although actually the scope and content of the right is now relatively settled for the colonial context.<sup>38</sup> Moreover, as a consequence of the acceptance of the right as a *jus cogens* norm, any treaty that breached the right would be void.<sup>39</sup> In this light, scholars are still arguing about the exact legal meaning of the right of self-determination both in international law, international human rights law, and international practice.

---

<sup>33</sup> Antonio Cassese, *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>34</sup> Stanley W. Page, "Lenin and Self-Determination", *The Slavonic and East European Review*, Vol. 28, No. 71, April 1950, p. 351.

<sup>35</sup> Joshua Castellino, *International Law and Self-Determination: The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulations of Post-Colonial 'National' Identity* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2000), p. 13 & 15.

<sup>36</sup> Dinah Shelton, "Self-Determination in Regional Human Rights Law: from Kosovo to Cameroon", *The American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 1, January 2011, p. 60; Jan Klabbers, *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>37</sup> Matthew Saul, *Op. Cit.*, p. 609.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 612.

From the beginning, international law introduced the right to self-determination in vague terms. Both the legal content and normative status of the right to self-determination remains unsettled in international law.<sup>40</sup> As a result of the vagueness and indeterminacy of the normative status of the right to self-determination, states interpret the right to self-determination differently and selectively since this right is politically sensitive issue at the domestic level. The interpretation is suited with the context, interest, and changing political situation. This is why states are reluctant to decisively expose their views on the scope and content of the right to self-determination as a norm in international law. By so doing, it hopefully allows states to have plausible interpretation and anticipate unforeseen circumstances.<sup>41</sup>

Both in theory and State practice, the debate of the right of self-determination is dealing with the issues of “whether self-determination was in fact a legal norm or still only a political principle”, “whether self-determination in international law is a legal rule or a legal principle”, and “whether self-determination is a human right or a general international legal norm”.<sup>42</sup> Also, there is a debate about the conflict between the principles of territorial integrity of states and the right of self-determination.<sup>43</sup>

Another crucial issue regarding the debate over self-determination is about the term “people”, which is probably the most sensitive part of the topic self-determination. It has been debated which peoples would be entitled to the right of self-determination. Some scholars have simply argued that a “people” who are entitled to the right are only peoples under colonial rule, foreign occupation, or alien domination.<sup>44</sup> Some others argue that a “people” who are entitled to the right of self-determination refers, *mutatis mutandis*, to any distinct group as long as they have sufficient size living in a separate settlement area and are the victims of discrimination.<sup>45</sup> In the ICJ’s Kosovo Case, “common suffering” was added as an identity to identify the “people”, and is believed as the basis for a strong sense of identity.<sup>46</sup> For the Human Rights Committee of the ICCPR, “the scope of self-determination is not restricted to colonized peoples but continues to regulate

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 610, 643.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 609, 611, 612, 621.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 625-626.

<sup>43</sup> Simon M. Weldehaimanot, *Op. Cit.*, p. 88.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 90; Milena Sterio, *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>45</sup> Heribert Franz Koeck, Daniela Horn, and Franz Leidenmuehler, *op.cit.*, p. 99.

<sup>46</sup> Simon M. Weldehaimanot, *Op. Cit.*, p. 91.

the constitutional and political processes within states”.<sup>47</sup> However, “the United Nations and particularly the General Assembly in its numerous resolutions has restricted the meaning of “all peoples” to peoples living under colonial and racist regimes and those under alien occupation”.<sup>48</sup>

It is obvious that there is no a consensus on the meaning of “all peoples” for the purpose of the right of self-determination. Therefore it leaves room for interpretations. The restrictive view argues that the phrase of “all peoples” merely refers to them who have been colonized by external power and therefore they are entitled to a right to secede. In contrast, the broad view argues that the phrase of “all peoples” suggests that the right covering a wider group of people than colonized peoples. The phrase of “all peoples” should not be restricted to colonized peoples, but rather should be interpreted broadly to cover peoples living in post-independent countries.<sup>49</sup> Cassese has advanced the argument that the meaning of “all peoples” phrase can be applied “not only to the peoples of territories that have not yet attained independence but also to those of independent and sovereign states”.<sup>50</sup> Nevertheless, the broad view is probably more reasonable. If it is assumed that the right of self-determination is only for colonized peoples, then this right is actually not relevant to be adopted by post-independent states.

It is more complicated if the term of “peoples” is related to minority groups. Issues arise here whether all minority groups are included in the “peoples” or they must be distinguished from the “peoples” who are entitled to the right. It is worth noting that both Wilson and Lenin, when they spoke of self-determination after the First World War, actually did not imagine that the right of self-determination in terms of self-governance would be entitled to every minority group across the globe.<sup>51</sup> It should be noted that before the First World War self-determination for minority groups has not been discussed by international law.<sup>52</sup> Most states do not admit minorities have the right to secede as they view secession as a violation of the territorial integrity guaranteed by the UN Charter and also violation of

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>48</sup> Michael K. Addo, “Political Self Determination within the Context of the African Charter on Human and Peoples’ Rights”, *Journal of African Law*, Vol. 32, No. 182, 1988, p. 183.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>50</sup> Antonio Cassese, The Self Determination of Peoples, in Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), as cited by Michael K. Addo, *Ibid.*, p. 186.

<sup>51</sup> Milena Sterio, *Op. Cit.*, p. 2.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 9.

the doctrine of *uti possidetis juris*.<sup>53</sup> In such a view, *uti possidetis* has been used to restrain the proclaimed right of self-determination.<sup>54</sup>

Seen from historical context, the core meaning of the legal right to self-determination cannot be divorced from the idea of freedom from subjugation.<sup>55</sup> However, it is not clear whether the meaning and scope is within the context of colonial or post-colonial. In this regard, put it simply, there are two oppositional views on the scope of the right to self-determination: restrictive and dynamic view. The former argues that the right self to determination is applied within the colonial context, while the latter argues that it can be applied outside the colonial context. As Ebai points out that:

*For some, the right to self-determination is limited strictly to those individuals who are under colonial rule or foreign occupation. This is known as external self-determination, and it gives those under the aforementioned circumstances the right to conduct their own affairs without any foreign interference. Yet for others, the right to self-determination is not limited to those under colonial rule or foreign occupation, but rather is given to all peoples, including minorities and indigenous people who live within the boundaries of an existing nation state. This is known as internal self-determination, which gives minorities and indigenous people the right to determine their own destiny”.*<sup>56</sup>

With respect to the restrictive view, Frank argues that there a tendency to simply treat the notion of *uti possidetis* (territorial integrity) and self-determination as aspects of the same entitlement. To entitle the right of self-determination, a people must be inhabitants of a colony.<sup>57</sup> Thus, in order to exercise the right of self-determination, a people must previously be within colonial boundaries and then changing their status in accordance with their preference.<sup>58</sup> The view of

<sup>53</sup> S. Eban Ebai, *Op. Cit.*, p. 647.

<sup>54</sup> Wade Mansell and Karen Openshaw, *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>55</sup> Matthew Saul, *Op. Cit.*, p. 613.

<sup>56</sup> S. Eban Ebai, *Op. Cit.*, p. 633. Original emphasises.

<sup>57</sup> As cited by S. Eban Ebai, *Ibid.*, p. 633. It is worth adding that the notion of *uti possidetis* “has its origins in Roman private law as a Praetorian Edict to settle property ownership ... At the dawn of decolonization, *uti possidetis* evolved to be a binding principle of international law protecting territorial borders of states ... The first application of *uti possidetis* as a principle of international law principle was during the decolonization of Latin America at the turn of the nineteenth century. Within the Latin American context, *uti possidetis* marked an end to the concept of *terra nullius* by recognizing the decolonized states as possessors of all territories presumed to have been possessed by their colonial predecessors.” See Freddy M. Mnyongani, “Between a Rock and a Hard Place: The Right to Self-Determination versus *Uti Possidetis* in Africa”, *Comparative and International Journal of South Africa*, Vol. 41, 2008, p. 468-469. Moreover, “[t]he principle of *uti possidetis* established that the boundaries of the newly established states (i.e. the Latin American Republics) would be the frontiers of the Spanish provinces or colonies which they were succeeding.” See S. Kwaw Nyameke Blay, “Changing African Perspectives on the Right of Self-Determination in the Wake of the Banjul Charter on Human and Peoples’ Rights”, *Journal of African Law*, Vol. 29, No. 147, 1985, p. 147. Furthermore, “[u]ti possidetis, “as you possess” in Latin, is a principle in international law that territory and other property remains with its possessor. The principle was used to require that former colonies develop into states following colonial boundaries.” See Simon W. Weldehaimanot, *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>58</sup> S. Eban Ebai, *Op. Cit.*, p. 633.

Shaw is typical of a proponent of restrictive self-determination arguing that the doctrine of international law as a legal principle has restricted the right of self-determination to colonial situation. Accordingly, once a non-self-governing has attained independence, its territorial unity is protected by both the principle of self-determination and territorial integrity. Thus, in explaining a right of self-determination, Shaw pays more attention to resident minorities in an independent state and rejects that secession from a state is based on the right of self-determination.<sup>59</sup>

Within the context of colonialism, territorial aspects were more important to define the scope of self-determination than factors such as history, culture, and language of the colonial inhabitants.<sup>60</sup> This explains why nationalism spirit and the development of the scope of self-determination did not hand in hand influencing the application of the principle of self-determination during decolonization period.<sup>61</sup> Both nationalism and decolonization in fact took its own way rather than a mutual influence way regarding the development of the principle of self-determination.<sup>62</sup> Thus, it may be argued that the main focus of the restrictive view of the right of self-determination is dealing with territorial aspects rather than identity. In other words, the identity of people was not considered to exercise the right of self-determination within the colonial context.

Contrary to the restrictive view above, the dynamic view argues that right of self-determination should equally be applied to all peoples regardless of whether they belong to a non-self-governing state.<sup>63</sup> Franck, a proponent of dynamic view, points out that entering the post-Cold War and post-colonial era the meaning of self-determination entitlement and its territorial integrity has evolved in accordance with the context of post-modern tribalist secessionism including separatist movements in the disintegrating Soviet Union and Yugoslavia, Eritrea, Kurdistan, the Basque and the Corsican regions, Scotland, Wales, Tibet, Slovakia. It has also occurred in Quebec and in various homelands of Canada, Australia, New Zealand and the United States.<sup>64</sup> For Franck, based on the history of the emergence of the right to self-determination as a universal right, there are three phases of the development of the universal right of self-determination. First, the

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 633-634.

<sup>60</sup> Heribert Franz Koeck, Daniela Horn, and Franz Leidenmuehler, *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> S. Eban Ebai, *Op. Cit.*, p. 634.

<sup>64</sup> T. M. Franck, as cited by S. Eban Ebai, *Ibid.*



post-First World War applied to the territories of the defeated European powers, Germany and Turkey. Second, the post-Second World War and then followed by the establishment of the United Nations. The adoption of the Universal Declaration of Human Rights in this phase, made the right to self-determination has been applicable to everyone. Third, it was after the adoption of the two 1966 Covenants. This phase has transformed the status of the right to self-determination from a process of decolonization to a human right that applicable for all peoples.<sup>65</sup> Similar to this point, Koeck, Horn, and Leidenmuehler also reject the argument restricting the right of self-determination only to peoples who are and were colonized by foreign power. For them, any and all peoples must therefore be entitled to the right of self-determination.<sup>66</sup> From the perspective of this camp, the right of self-determination is an exercisable right that should continuously be applied beyond the colonial context.

In discussing the right of self-determination, the literature mostly distinct two parts of the legal concept of self-determination: internal self-determination and external self-determination. Internal self-determination is a kind of collective right that gives “essentially the protection of minority rights within a state”, while external self-determination or secession is “the right of the people to be independent and free from outside interference”.<sup>67</sup> It is internal self-determination if the realization of the right to self-determination does not affect the territory of the state, whereas it is external self-determination or remedial secession if it affects the territory.<sup>68</sup> In fact, external self-determination or remedial secession is generally disfavoured by states and almost no state has agreed to recognize a right to self-determination for a group within its own territory.<sup>69</sup> Some argue that external self-determination will encourage the territorial disintegration of states, the international anarchy, the failure of nation-states system, and the secession of indigenous communities.

Sterio explains the difference between the two in more detail. According to Sterio, internal self-determination can be applied to all peoples within their central state. The mother state should respect the cultural, social, political, linguistic, and religious rights of peoples. Accordingly, the people has no a lawful reason to

<sup>65</sup> S. Eban Ebai, *Ibid.*, p. 635.

<sup>66</sup> Heribert Franz Koeck, Daniela Horn, and Franz Leidenmuehler, *Op. Cit.*, p. 76.

<sup>67</sup> S. Eban Ebai, *Op. Cit.*, p. 635 & 637.

<sup>68</sup> Simon M. Weldehaimanot, *Op. Cit.*, p. 89.

<sup>69</sup> S. Eban Ebai, *Op. Cit.*, p. 635; Malvin Halberstam as cited by S. Eban Ebai, *ibid.*

secede from its mother if those rights are respected by the mother state.<sup>70</sup> With respect to external self-determination, Sterio notes that the oppressed peoples, whose fundamental rights are not being respected and are abused by the mother states, can apply a right to external self-determination, which includes a right to remedial secession and independence.<sup>71</sup> Moreover, Sterio underlines the distinction between internal versus external self-determination both in theory and reality as follows:

*In theory, the distinction between internal versus external self-determination is easy to draw, and a scholar or judge should have no difficulty deciding which minority groups should accrue the more drastic right to external self-determination. Simply look to the human rights record of the mother state, and, if the record shows violations, then the minority group should be allowed to separate. In reality, the distinction is very difficult to draw. Numerous minority groups around the globe have been mistreated and have asserted their rights to external self-determination, only to find themselves rebuffed by the world community.<sup>72</sup>*

The difference between the two is somewhat easy to be understood at the conceptual level, but it is rather difficult to be applied at the practical level. The difference between the two remains one of the main controversies surrounding the right to self-determination.

In the context of self-determination, the violation of human rights can be used as evidence to claim the right to self-determination. Such an argument is perhaps desirable for two reasons. First, a repressive approach committed by an independent state breaches the principle of equal right and self-determination;<sup>73</sup> second, discrimination of a national religious or linguistic minority can probably be a basis for becoming a people and claiming self-determination.<sup>74</sup>

Arguably, peoples are entitled to use remedial secession as the last resort if a state seriously and persistently, or even systematically, violates the rights of minorities.<sup>75</sup> Such an argument that is based on the premise that oppression legitimizes secession (the oppression theory) has been used to justify the secession of Bangladesh from Pakistan. Interestingly enough, the United Nations recognised

<sup>70</sup> Milena Sterio, *Op. Cit.*, p. 1.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 1-2.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>73</sup> Michael K. Addo, *Op. Cit.*, p. 187.

<sup>74</sup> Heribert Franz Koeck, Daniela Horn, and Franz Leidenmuehler, *op.cit.*, p. 89; Marcelo G. Kohen, *Op. Cit.*, p. 10-11.

<sup>75</sup> Christine Griffone, *Self-Determination as a Human Right: The Emergency Exit of Remedial Secession* (Utrecht: Science Shop of Law, Economics and Governance, Utrecht University, 2010), p. 89 & 93.

Bangladesh as an independent state which indicates that the oppression theory can be a valid basis for secession.<sup>76</sup> The case of Bangladesh demonstrated that a “non-people” is possibly able to transform into a ‘people’ when the remedial secession has succeeded creating a new state.<sup>77</sup>

Similarly, the precedent Kosovo also confirmed that human rights issues are important to pursue the right of self-determination. The issues have made the Kosovo claim was highly reasonable in the view of the ICJ. One of the reasons why Serbia had lost its sovereign authority over Kosovo was because the persistent and massive gross violations of fundamental rights of Kosovars committed by Serbia authority. Referring to the Kosovo precedent, it may be argued that any “people” who have been suffering from gross human rights violations, have a right to claim sovereign independence and statehood.<sup>78</sup>

Another term which is a part of the right of self-determination that has now been much discussed by many scholars is *remedial secession*. The very basic notion of remedial secession is that it functions as an *ultima ratio* or *ultimum remedium* in the sense that groups with a particular identity (minority and indigenous peoples) are entitled to remedial secession on the grounds that their political participation have been discriminated, their fundamental human rights have been violated systematically and persistently by a majority within a certain territory, and every local remedies available to find a peaceful solution to self-determination conflict have exhausted. Thus remedial secession is basically a consequence of the failure of a state to respect those matters. The above extreme circumstances can justify a right to secede unilaterally from the existing sovereign State. It means that remedial secession is an emergency exit only when the right of internal self-determination is breached and the right of external self-determination is almost impossible to be achieved consensually.<sup>79</sup>

To put simply, remedial secession is a unilateral secession. Both external self-determination and remedial secession are used to achieve an independent state. However, while the former may be achieved with consent from the

<sup>76</sup> Thomas D. Musgrave, *Op. Cit.*, p. 188-191.

<sup>77</sup> Marcelo G. Kohen, *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>78</sup> Richard Falk, “The Kosovo Advisory Opinion: Conflict Resolution and Precedent”, *The American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 1, January 2011, p. 56-58.

<sup>79</sup> See, Simone F. van den Driest, *Remedial Secession: A Right to External Self-Determination as a Remedy to Serious Injustice*. Volume 61 of School of Human Rights Research Series (Cambridge: Intersentia, 2013), especially Chapter IV, V, and VI p. 97-295; Christine Griffone, *op.cit.*, p. 94-98 &140-143; Antonello Tancredi, A Normative ‘Due Process’ in the Creation of States through Secession, in Marcelo G. Kohen (ed.), *Secession: International Law Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p. 175-177; John Dugard, *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo* (The Hague: Hague Academy of International Law, 2013), p. 141, 227, 277.

parent state, the latter *vice versa*. In other words, external self-determination is, to a certain extent, a consensual secession, whereas remedial secession is, mostly, a unilateral secession.<sup>80</sup> Remedial secession is especially applied beyond decolonization. Nevertheless, it must be borne in mind that, from a legal point of view, the application of remedial secession has been hotly debated by many scholars and very controversial issue. There is no consensus so far whether it is lawful or unlawful act in both contemporary international law and international human rights law.

Whether a remedial secession is lawful or unlawful, it very much depends on the recognition of other states and international organizations such as the United Nations and the International Court of Justice. It is important to note that in practice the right of self-determination is not only a legal issue, but also a political issue. Just because the right has now been adopted into both international law and international human rights law, it does not mean that the application of the right can be divorced from political aspect. More importantly, external self-determination and remedial secession cases have proved that political aspect is as important as legal aspect to successfully achieve the right of external self-determination or remedial secession.

Within that context, international recognition is necessary in order to be qualified as a separate and independent state. Unquestionably, this is a determining factor since the success of secession to build a newly statehood usually depends on the recognition of other states. As Dugard emphasizes, “[n]o secession can succeed without some measure of recognition”.<sup>81</sup> Indeed, almost all secessionist movements without the recognition of a large number of states would likely be meaningless.<sup>82</sup> In this regard, Dugard also underlines the importance of the role of the United Nations in determining the success or failure of the secession of a territory from a parent state. According to Dugard:

*By admitting a seceding entity to membership of the United Nations, the United Nations confers the imprimatur of statehood on that entity. Admission to the United Nations constitutes “legal” or “general” recognition that will be respected by all Member States of the United Nations. Conversely when the political organs of the United Nations call on States to refuse recognition*

<sup>80</sup> Glen Anderson, “Secession in International Law and Relations: What Are We Talking About?”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 35, Issue 3, 2013, p. 350-355.

<sup>81</sup> John Dugard, *Op. Cit.*, p. 35-36.

<sup>82</sup> Heribert Franz Koeck, Daniela Horn, and Franz Leidenmuehler, *Op. Cit.*, p. 107.

*to the seceding entity and withhold admission to the United Nations, the United Nations in effect denies the international legal personality of that entity. For this reason the success or failure of a secession is in large measure determined by the United Nations.*<sup>83</sup>

Likewise, Milena Sterio has suggested that the most important international support for external self-determination is by the most powerful states (the great powers in terms of potent military, economic and political powerhouses such as the United States, China, Russia, Japan, the United Kingdom, France, Germany, and Italy) since the fact has shown that peoples who have enjoyed supports by most of the great powers were able to exercise external self-determination right. These great powers often play their influences in global affairs to dictate the application of external self-determination right. Conversely, it is also a fact that people who have not enjoyed support by the great powers were denied their external self-determination right.<sup>84</sup>In this connection, Sterio asserts that:

*The great powers' rule dictates that for every self-determination people must demonstrate the existence of four criteria: that it has suffered heinous human rights abuses; that its mother state's central government is relatively weak; that the international community has already gotten involved through a form of international administration of the secessionist territory; and that it enjoys the support of most of the great powers ... that self-determination outcomes have been dictated over the past decades by the support, or lack thereof, of the great powers, and that the fourth criterion of the great powers' rule is the most important one.*

From international politics point of view, the four criteria above suggest that, in fact, it is not easy to pursue the right of self-determination unless the criteria have been fulfilled. This perhaps explains why the struggles to the right of self-determination in many places across the world have often failed.

## CONCLUSION

The meaning and the scope of self-determination has evolved from time to time in accordance with the spirit of the age (*zeitgeist*). Self-determination has been viewed from philosophical, political, legal, and human right. Today, self-determination has become the right of self-determination and has been enshrined

<sup>83</sup> John Dugard, *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>84</sup> Milena Sterio, *Op. Cit.*, p. xiv.

in human rights instruments. This suggests that the notion of self-determination is not only controversial, but also dynamic. However, there is no a consensus on the notion of the right of self-determination so far and therefore it leaves to different interpretations. To conclude, the problem of the right of self-determination has neither in theory nor in practice been solved satisfactorily.

## REFERENCES

Antonello Tancredi, 2006, A Normative 'Due Process' in the Creation of States through Secession, in Marcelo G. Kohen (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.

Antonio Cassese, 1995, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge: Cambridge University Press.

Blay, S. Kwaw Nyameke, 1985, "Changing African Perspectives on the Right of Self-Determination in the Wake of the Banjul Charter on Human and Peoples' Rights", *Journal of African Law*, Vol. 29, No. 147.

Charles Tilly, 1993, "National Self-Determination as a Problem for All of Us", *Daedalus*, Vol. 122, No. 3, Summer.

Christine Griffione, 2010, *Self-Determination as a Human Right: The Emergency Exit of Remedial Secession*, Utrecht: Science Shop of Law, Economics and Governance, Utrecht University.

Dinah Shelton, 2011, "Self-Determination in Regional Human Rights Law: From Kosovo to Cameroon", *American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 1, January.

Edward Aspinall and Mark T. Berger, 2001, "The Break-Up Indonesia? Nationalism after the Decolonisation and the Limit of the Nation-State in Post-Cold War Southeast Asia", *Third World Quarterly*, Volume 22, No. 6.

Glen Anderson, 2013, "Secession in International Law and Relations: What Are We Talking About?", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 35, Issue 3.

- Heribert Franz Koeck, Horn, Daniela, and Franz Leidenmuehler, 2009, *From Protectorate to Statehood: Self-Determination v. Territorial Integrity in the Case of Kosovo and the Position of the European Union*, NWV: Vienna, Graz.
- Jan Klabbers, 2006, "The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law", *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 1, February.
- Helen Quane, 1998, "The United Nations and the Evolving Right to Self-Determination", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, Issue 03, July.
- John Dugard, 2013, *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo*, The Hague: Hague Academy of International Law.
- Joshua Castellino, 2000, *International Law and Self-Determination: The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulations of Post-Colonial 'National' Identity*, The Hague: MartinusNijhoff Publishers.
- Malcolm D. Evans, 2013, *Blackstone's International law Documents 11<sup>th</sup> Edition*, Oxford: Oxford University Press.
- Marc Weller, 2009, "Settling Self-Determination Conflicts: Recent Developments", *The European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1.
- Marcelo G. Kohen, 2006, *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Matthew Saul, 2011, "The Normative Status of Self-Determination in International law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right", *Human Rights Law Review*, Vol. 11 No. 4.
- Michael K. Addo, 1988, "Political Self Determination within the Context of the African Charter on Human and Peoples' Rights", *Journal of African Law*, Vol. 32, No. 182.
- Milena Sterio, 2013, *The Right to Self-Determination under International Law: "Selfistans," Secession, and the Rule of the Great Powers*, Oxon, New York: Routledge.

- Neil J. Melvin, 2007, "Conflict in Southern Thailand. Islamism, Violence and the State in the Patani Insurgency", *SIPRI Policy Paper No. 20* (Sweden: SIPRI Institute).
- Richard Falk, 2011, "The Kosovo Advisory Opinion: Conflict Resolution and Precedent", *The American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 1, January.
- S. Eban Ebai, 2009, "The Right to Self-Determination and the Anglophone Cameroon Situation", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13 No. 5.
- Sandy Gandhi, 2012, *Blackstone's International Human Rights Documents*, 8<sup>th</sup> Edition, Oxford: Oxford University Press.
- Simone van den Driest, 2009, *Pro-Democratic Regime Change and the Right to Political Self-Determination: A Case Study of Iraq*, Nijmegen, The Netherlands: Wolf Legal Publishers.
- Stanley W. Page, 1950, "Lenin and Self-Determination", *The Slavonic and East European Review*, Vol. 28, No. 71, April.
- Thomas D. Musgrave, 1997, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford: Clarendon Press.
- Wade Mansell and Karen Openshaw, 2013, *International Law: A Critical Introduction*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.



# **Mahkamah Konstitusi dan Hak Untuk Bebas Dari Perlakuan Diskriminasi**

## ***Constitutional Court and The Right To Be Free From Discrimanatory Treatment***

**Titon Slamet Kurnia**

Staf Pengajar Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana,  
Jalan Diponegoro 52-60, Salatiga, 50711  
Email: titonslamet@gmail.com

Naskah diterima: 10/02/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

### **Abstrak**

Interpretasi yudisial terhadap hak untuk bebas dari diskriminasi merupakan isu sentral dalam praktik pengujian undang-undang yang dilakukan MKRI. Artikel ini berusaha menggambarkan dan mensistematisasi praktik tersebut dan kemudian menyatakan kembali asas yang dinyatakan oleh MKRI dalam putusannya. Artikel ini menemukan bahwa, secara prinsip, praktik MKRI dalam menentukan apakah suatu legislasi bertentangan dengan asas non-diskriminasi dilakukan dengan menerapkan dua dasar pengujian yang utama yaitu *strict scrutiny* dan rasionalitas.

**Kata kunci:** MKRI, Uji Undang-Undang, Non-Diskriminasi

### **Abstract**

*Judicial interpretation of the right to be free from discrimination is a central issue in the practice of judicial review of the constitutionality of legislation by the MKRI. This article tries to describe and systematize this practice and then to restate the legal principles as it is stated by the MKRI into its case law. This article finds that, as a matter of principle, the MKRI adopts two main tests i.e. strict scrutiny and rational basis test to determine whether a legislation is contrary to the principle of non-discrimination.*

**Keywords:** MKRI, Judicial Review, Non-Discrimination

## PENDAHULUAN

Tulisan ini adalah hasil penelitian yang saya lakukan terhadap putusan-putusan (*case law*) Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) periode 2003-2008 di bawah kepemimpinan Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie dalam pengujian undang-undang yang substansi kasusnya khusus tentang perlindungan terhadap hak untuk bebas dari diskriminasi. Isu hukum untuk dikaji adalah interpretasi MKRI terhadap hak untuk bebas dari diskriminasi. Terkait dengan pembahasan atas isu tersebut maka tulisan ini bertujuan melakukan *restatement of the law*, yaitu penarikan asas/kaidah, dengan produk spesifiknya asas/kaidah perlindungan HAM berdasarkan hak untuk bebas dari diskriminasi yang didistilasi dari interpretasi MKRI dalam pertimbangan hukum putusan-putusannya.

Dalam teori, *restatement of the law* sendiri merupakan proses penyimpulan secara generalisasi dari kasus-kasus individual. Dengan demikian, metode dari *restatement of the law* itu sendiri adalah induktif. Salah satu contoh penelitian yang orientasinya untuk menghasilkan *restatement of the law* adalah yang dilakukan oleh *the American Law Institute*. Tulisan ini kurang lebih memiliki ambisi serupa dengan misi yang diemban oleh *the American Law Institute* dalam melakukan *restatement of the law*, yaitu: “to summarize and state existing legal principles” berdasarkan putusan-putusan yudisial yang banyak tersebar.<sup>1</sup> Dengan *restatement* maka produk-produk putusan yudisial disistematisasi supaya dapat diklarifikasi dan disederhanakan kaidah-kaidahnya.<sup>2</sup>

Sistematika tulisan ini disajikan sebagai berikut. Pertama, saya akan membahas lebih dahulu makna hak untuk bebas dari diskriminasi secara teoretis-konseptual dengan pendekatan analitik dan perbandingan. Kedua, saya akan mendeskripsikan putusan-putusan MKRI tahun 2003-2008 yang terkait dengan isu hak untuk bebas dari diskriminasi. Ketiga, setelah dilakukan deskripsi atas putusan-putusan MKRI tersebut maka dilanjutkan dengan melakukan *restatement* yang akan menjadi hasil dari penelitian ini.

<sup>1</sup> Pendapat George Wickersham, Presiden *the American Law Institute* dalam Address 7 Mei 1933, seperti dikutip dalam Charles E. Clark, “The Restatement of the Law of Contracts,” *Yale Law Journal*, Volume 42, 1933, h. 644.

<sup>2</sup> *Ibid.*

## PEMBAHASAN

### A. Makna dan Cakupan Hak untuk Bebas dari Diskriminasi

Secara konstitusional ada beberapa ketentuan sebagai sumber hukum bagi hak untuk bebas dari diskriminasi. Subjek dari ketentuan tersebut dapat dibedakan menjadi dua. Pertama, setiap orang tanpa kualifikasi. Kedua, warga negara. Dengan demikian ketentuan tentang hak untuk bebas dari diskriminasi tersebut berlaku bagi hak-hak asasi manusia dan hak-hak warga negara.

Ketentuan konstitusional tentang HAM untuk bebas dari diskriminasi adalah sebagai berikut. Pasal 28D ayat (2) UUD NRI 1945 menentukan bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.<sup>3</sup> Pasal 28I ayat (2) UUD NRI 1945 menentukan bahwa setiap orang berhak bebas atas perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapat perlindungan atas perlakuan yang bersifat diskriminatif. Sementara ketentuan konstitusional tentang hak warga negara untuk bebas dari diskriminasi adalah Pasal 27 ayat (1) UUD NRI 1945 menentukan bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya serta Pasal 28D ayat (3) UUD NRI 1945 yang menentukan bahwa setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan.

Ketentuan konstitusional tentang hak untuk bebas dari diskriminasi juga mencakup perlindungan khusus bagi kelompok orang tertentu yang terkatagori sebagai kelompok rentan. Pasal 28H ayat (2) UUD NRI 1945 menentukan bahwa setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan. Hal ini dipertegas oleh Pasal 5 ayat (3) UU No. 39 Tahun 1999 yang menentukan bahwa setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya.

Secara fungsional, non-diskriminasi pada hakikatnya adalah asas dalam rangka implementasi perlindungan HAM terkait dengan kewajiban negara terhadap semua jenis HAM. Perlindungannya bersifat *accessory*, yaitu: *"it can only be applied*

<sup>3</sup> Ketentuan tersebut paralel dengan Pasal 5 ayat (1) UU No. 39 Tahun 1999: "Setiap orang diakui sebagai manusia pribadi yang berhak menuntut dan memperoleh perlakuan serta perlindungan yang sama sesuai dengan martabat kemanusiaannya di depan hukum."

*when any of those rights or freedoms has been violated.*"<sup>4</sup> Pengertian ini mengacu pada Art. 14 *the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.<sup>5</sup> Pengertian demikian tercermin secara inheren dalam Pasal 1 angka 3 jo. Pasal 2 ayat (3) UU No. 39 Tahun 1999, Art. 2 *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), Art. 2.(1) *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), dan Art. 2.(2) *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR). Sebagai implikasinya, tidak perlu ada ketentuan non-diskriminasi secara khusus karena hal itu telah melekat dalam semua ketentuan HAM di mana implementasi atau penikmatannya di antara individu-individu tidak boleh didiskriminasikan.<sup>6</sup> Pengertian ini berlaku umum, termasuk bagi Indonesia.<sup>7</sup> Namun khusus dalam sistem UUD NRI 1945, status perlindungan non-diskriminasi diposisikan sebagai hak tersendiri atau otonom.<sup>8</sup>

Sieghart menjelaskan, asas non-diskriminasi merupakan derivasi dari asas *universal inherence* dan asas *inalienability* HAM dengan implikasi: "*no such differentiation is today permissible in the case of 'human' rights ... the law must treat all members of the protected class with complete equality, regardless of their particular circumstances, features or characteristics.*"<sup>9</sup> Asas non-diskriminasi secara substantif bukan *a simplistic philosophy of egalitarianism*, tetapi lebih luas maknanya dan mempertimbangkan keunikan masing-masing individu manusia. Yang *pivotal* dari konsep non-diskriminasi adalah aspek fungsionalnya agar HAM dapat dinikmati setiap manusia tanpa dibeda-bedakan. Dalam konteks ini tujuan asas non-diskriminasi adalah "*to allow all individuals an equal and fair prospect to access opportunities available in a society.*"<sup>10</sup>

Ruang lingkup asas non-diskriminasi ada dua, yaitu melarang diskriminasi langsung (*direct discrimination*) dan tidak langsung (*indirect discrimination*). Dengan pengertian lain, diskriminasi langsung adalah "*treating one person less*

<sup>4</sup> P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, h. 533.

<sup>5</sup> Ketentuannya menyatakan: "*The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.*"

<sup>6</sup> Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, h. 175.

<sup>7</sup> Khususnya *vide* Pasal 2 ayat (3) UU No. 39 Tahun 1999.

<sup>8</sup> Pasal 28I ayat (2) UUD NRI 1945.

<sup>9</sup> Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1983, h. 17. Asas '*universal inherence*' dan asas '*inalienability*' pada hakikatnya adalah refleksi atas konsep HAM sebagai hak alamiah (*natural rights*).

<sup>10</sup> The European Court of Human Rights & the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European Non-Discrimination Law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011, h. 21.

*favourably than another on prohibited grounds and in comparable circumstances.”<sup>11</sup> Sementara diskriminasi tidak langsung adalah “a practice, rule, requirement or condition is neutral on its face but has a disproportionate effect on particular groups without any objective justification.”<sup>12</sup>*

Secara substantif, ketentuan non-diskriminasi pada hakikatnya paralel dengan ketentuan yang maknanya positif yaitu hak atas persamaan (*the right to equality*). *The Human Rights Committee* menyatakan: “*Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a basic and general principle relating to the protection of human rights.*”<sup>13</sup> Namun demikian Jayawickrama berpendapat bahwa hak atas persamaan pada hakikatnya adalah hak yang mandiri (*autonomous rights*), berbeda dengan ketentuan non-diskriminasi karena keberlakuannya tidak musti dikaitkan dengan atau bergantung pada jenis-jenis HAM yang lain.<sup>14</sup>

Landasan yuridis spesifik bagi hak atas persamaan adalah Art. 7 UDHR<sup>15</sup> dan Art. 26 ICCPR.<sup>16</sup> Ketentuan ini menjamin tiga bentuk perlindungan HAM: *equality before the law; equal protection of the law; dan protection from discrimination.*<sup>17</sup> Ketentuan tersebut paralel dengan Pasal 28D ayat (2) jo. Pasal 5 ayat (1) UU No. 39 Tahun 1999.

Berbeda dengan ketentuan non-diskriminasi yang sifatnya negatif (pelarangan), hak atas persamaan menuntut negara untuk mengambil langkah-langkah tertentu, kewajiban positif, guna memastikan terwujudnya persamaan.<sup>18</sup> Perlindungan terhadap hak atas persamaan juga tidak melarang bentuk perlakuan berbeda. Jayawickrama menyatakan: “*Equality before the law and the equal protection of the law do not mean identity or abstract symmetry of treatment. Distinctions need to be made for different classes and groups of persons, and a classification based on reasonable and objective criteria is permitted.*”<sup>19</sup> Beberapa contoh konkret untuk pernyataan ini adalah: larangan pada orang buta untuk menjalankan kendaraan,

<sup>11</sup> Nihal Jayawickrama, *Op.Cit.*, h. 177.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> The Human Rights Committee, *General Comment No. 18: Non-Discrimination*, Thirty-seventh Session, 1989, par. 1.

<sup>14</sup> Nihal Jayawickrama, *Op.Cit.*, h. 817.

<sup>15</sup> “All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.”

<sup>16</sup> “All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

<sup>17</sup> Paul Sieghart, *Op.Cit.*, h. 264.

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

<sup>19</sup> *Ibid.* Mengacu pada: *The State of West Bengal v. Anwar Ali Sarkar*, the Supreme Court of India (1952); *Apostolides v. The Republic of Cyprus*, the Supreme Court of Cyprus (1984); *Foin v. France* (1995), the Human Rights Committee.

wajib belajar bagi kelompok umur tertentu, pengenaan pajak secara progresif sesuai besaran penghasilan.<sup>20</sup>

Dalam kasus tertentu, asas persamaan menuntut negara agar melakukan *affirmative action* untuk mengurangi atau menghapuskan kondisi-kondisi yang menyebabkan diskriminasi atau membantu melanggengkan praktik diskriminasi. Praktik perlakuan berbeda untuk mengurangi atau menghapuskan diskriminasi dipandang sebagai bentuk diferensiasi atau pembedaan yang sah.<sup>21</sup> Jayawickrama menegaskan: “*The primary mission of an equality provision is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration.*”<sup>22</sup>

Di Amerika Serikat, sebagai perbandingan, perlindungan HAM dalam bentuk larangan diskriminasi dimaknai sinonim dengan *Equal Protection Clause* berdasarkan *the Amendment XIV of the Constitution of the United States*: “*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; ... nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*”<sup>23</sup> Secara fungsional *Equal Protection Clause* paralel fungsinya dengan asas non-diskriminasi, yaitu: “*creates no substantive rights ... Instead, it embodies a general rule that (government) must treat like cases alike but may treat unlike cases accordingly.*”<sup>24</sup>

Isu paling krusial dalam kaitan dengan *Equal Protection Clause* di Amerika Serikat adalah hubungan antar ras. Oleh karena itu *antidiscrimination principle* memiliki hakikat: “*the general principle disfavoring classifications and other decisions and practices that depend on the race (or ethnic origin) of the parties affected.*”<sup>25</sup> Tujuannya: “*it prevents and rectifies racial injustices without subordinating other important values.*”<sup>26</sup> Contoh kasus atas isu ini adalah *Korematsu v. United States* (1944) tentang penahanan yang dilakukan oleh pemerintah Amerika Serikat terhadap warga negara Amerika Serikat keturunan Jepang terkait dengan kepentingan Perang Dunia II. Dalam kasus ini *the Supreme Court of the United States* menentang tindakan pembatasan pemerintah terhadap warga negara dengan

<sup>20</sup> *Ibid.*, h. 818-819.

<sup>21</sup> *Ibid.*, h. 819. *General Comment No. 18, Op.Cit.*, par. 10.

<sup>22</sup> Nihal Jayawickrama, *Ibid.*

<sup>23</sup> Antonin Scalia, “Federal Constitutional Guarantees of Individual Rights in the United States of America,” dalam David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, h. 86.

<sup>24</sup> *The Supreme Court of the United States* dalam kasus *Vacco v. Quill* (1997). Ioannis G. Dimitrakopoulos, *Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, h. 903.

<sup>25</sup> Paul Brest, “The Supreme Court 1975 Term – Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle,” *Harvard Law Review*, Volume 90, 1976, h. 1.

<sup>26</sup> *Ibid.*, h. 5.

dasar pertimbangan rasial yang bertentangan dengan HAM: *“All legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect ... Courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.”*<sup>27</sup>

Dalam kasus *Romer v. Evans* (1996) *the Supreme Court of the United States* menyatakan: *“By requiring that the classification bear a rational relationship to an independent and legitimate legislative end, [the Court] ensure[s] that classifications are not drawn for the purpose of disadvantaging the group burdened by the law.”*<sup>28</sup> Lebih lanjut, dalam kasus yang sama, *the Supreme Court of the United States* menyatakan: *“[i]n the ordinary case, a statutory classification will be sustained if it can be said to advance a legitimate government interest, even if the law seems unwise or works to the disadvantage of a particular group, or if the rationale for it seems tenuous.”*<sup>29</sup> Akan tetapi klasifikasi yang didasarkan pada ras, kewarganegaraan, atau yang berpengaruh terhadap HAM akan dinilai secara ketat oleh pengadilan untuk menentukan konstitusionalitasnya. Artinya, agar klasifikasinya konstitusional, legislator harus membuktikan bahwa klasifikasinya: *“precisely tailored to serve a compelling governmental interest.”*<sup>30</sup> Dalam kasus *strict scrutiny*, implikasi yang potensial timbul adalah: *“If a statute is subject to strict scrutiny, the statute is always, or nearly always, ... struck down.”*<sup>31</sup> Di antara pengujian berdasarkan *rational basis* dengan *strict scrutiny* terdapat *intermediate scrutiny* yang ditujukan pada klasifikasi yang bersifat diskriminatif atas dasar jenis kelamin atau *illegitimacy*: *“To withstand intermediate scrutiny, a statutory classification must be substantially related to an important governmental objective.”*<sup>32</sup>

## B. Interpretasi MKRI atas Makna Hak untuk Bebas dari Diskriminasi

### 1. Kasus Hak Politik Eks-PKI

Kasus paling menyita perhatian publik pada tahun pertama MKRI adalah isu konstitusionalitas Pasal 60 huruf g UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang memuat larangan bagi

<sup>27</sup> *Ibid.*, h. 7. Putusan kasus ini sendiri menolak upaya hukum Korematsu dalam menentang upaya penahanan dirinya secara inkonstitusional oleh pemerintah Amerika Serikat.

<sup>28</sup> Ioannis G. Dimitrakopoulos, *Op.Cit.*, h. 904.

<sup>29</sup> *Ibid.*, h. 905.

<sup>30</sup> *The Supreme Court of the United States* dalam kasus *Plyler v. Doe* (1982), *Ibid.*

<sup>31</sup> Justice Thurgood Marshall, *the Supreme Court of the United States* dalam kasus *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia* (1976). Edward S. Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton University Press, New Jersey, 1978, h. 493.

<sup>32</sup> *The Supreme Court of the United States* dalam kasus *Clark v. Jeter* (1988). Ioannis Dimitrakopoulos, *Loc.cit.*

seseorang untuk dapat dicalonkan sebagai anggota DPR, DPD dan DPRD Provinsi maupun Kabupaten/Kota jika yang bersangkutan: “bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung atau pun tak langsung dalam G.30.S/PKI atau organisasi terlarang lainnya.”

Tentang konstitusionalitas Pasal 60 huruf g UU No. 12 Tahun 2003 MKRI menyatakan tidak mengemukakan alasan spesifik untuk menjelaskan bahwa Pasal 60 huruf g UU No. 12 Tahun 2003 inkonstitusional karena diskriminatif, tetapi menganggap sebagai hal yang *self-evident* bahwa hilangnya kesempatan bekas anggota organisasi terlarang PKI, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung atau pun tak langsung dalam G.30.S/PKI atau organisasi terlarang lainnya, untuk mencalonkan diri sebagai anggota DPR, DPD dan DPRD adalah bentuk diskriminasi berdasarkan keyakinan politik.

## 2. Syarat Menjadi Presiden dan Wakil Presiden

Isu hukum kasus ini adalah konstitusionalitas Pasal 6 huruf d UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden yang berisi syarat-syarat calon Presiden dan Wakil Presiden yaitu: “mampu secara rohani dan jasmani untuk melaksanakan tugas dan kewajiban sebagai Presiden dan Wakil Presiden.” Syarat tersebut dinilai diskriminatif oleh Abdurrahman Wahid (Gus Dur) karena menghalangi kesempatannya untuk mencalonkan diri sebagai Presiden Republik Indonesia melalui pemilu.

Atas dasar kerangka pikir tersebut MKRI menyimpulkan:

*pencantuman persyaratan kemampuan secara rohani dan jasmani bagi calon Presiden dan Wakil Presiden tidak dapat dipandang diskriminatif karena seseorang warga negara yang terpilih sebagai Presiden atau Wakil Presiden harus memenuhi persyaratan agar kelak mampu secara rohani dan jasmani melaksanakan tugas dan kewajiban kenegaraan dimaksud.<sup>33</sup>*

Menjelaskan rasionalitas klausul “mampu secara jasmani dan rohani” berdasarkan *constitutional intent*, MKRI menyatakan:

*calon Presiden dan Wakil Presiden harus dalam kondisi sehat secara rohani dan jasmani dalam melaksanakan tugas dan kewajiban kenegaraan dimaksud. Sehingga ketentuan tentang persyaratan*

<sup>33</sup> *Ibid.*, h. 27-28.



*termaksud bukan hanya tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 tetapi juga tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat Internasional.*<sup>34</sup>

Jika dikehendaki agar syarat sebagaimana dinyatakan oleh MKRI dalam kutipan di atas yang berlaku sebagai kaidah maka seyogyanya hal itu menjadi syarat tambahan atau khusus, yaitu syarat kesehatan. Penjelasan MKRI tersebut tidak relevan dengan klausul “mampu secara jasmani dan rohani” yang dijelaskannya karena maknanya sudah mengalami perubahan. Syarat kesehatan dimungkinkan sepanjang legislator mampu menjustifikasi bahwa syarat itu didasari oleh kepentingan yang tidak bersifat diskriminatif yaitu untuk mencegah kemungkinan terjadinya situasi di mana Presiden atau Wakil Presiden harus berhenti di tengah masa jabatan karena masalah kesehatan serius yang sebenarnya hal itu dapat diantisipasi sebelumnya.

### **3. Kebijakan Legislatif dalam rangka Penyederhanaan Partai Politik**

Isu hukum kasus ini adalah konstitusionalitas kebijakan legislator dalam rangka penyederhanaan partai politik melalui ketentuan *electoral threshold/ ET* (pembatasan untuk ikut serta dalam pemilu berikutnya berdasarkan ambang batas perolehan suara partai politik dalam pemilu sebelumnya). Secara substantif isu hukum ini diuji dengan ketentuan non-diskriminasi karena mengandung unsur pembedaan atau klasifikasi antara partai politik yang memenuhi ET dengan partai politik yang tidak memenuhi ET. Ketentuan yang diuji adalah Pasal 9 UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang menetapkan ambang batas perolehan suara nasional sebesar 3% bagi partai politik yang akan ikut serta dalam pemilu selanjutnya (Pemilu 2009).

Dalam pengujian terhadap Pasal 9 UU No. 12 Tahun 2003 ini MKRI berpendapat:

*Pasal 9 ayat (1) dan ayat (2) UU Pemilu tidak bertentangan dengan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 tentang hak untuk bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif, karena persyaratan untuk dapat mengikuti pemilu berikutnya itu berlaku untuk semua partai politik setelah melewati kompetisi secara demokratis melalui pemilu..*<sup>35</sup>

<sup>34</sup> *Ibid.*, h. 28.

<sup>35</sup> Putusan MKRI No. 16/PUU-V/2007, h. 81-82.

Pendapat MKRI pada hakikatnya telah tepat karena fokus dari pengujian apakah Pasal 9 UU No. 12 Tahun 2003 ini diskriminatif atau tidak bukan pada hasil akhir dari proses kompetisi pemilu di mana akan ada partai yang memenuhi ambang batas undang-undang dan ada yang tidak tetapi pada ketentuan undang-undang sendiri *a priori*. Pasal 9 UU No. 12 Tahun 2003 tidak dapat dikualifikasi diskriminatif karena perbedaan perlakuan yang dinikmati oleh partai-partai politik ditentukan oleh capaiannya sendiri yaitu apakah mampu atau tidak memperoleh suara sah sesuai dengan ambang batas yang ditentukan oleh undang-undang.

Selanjutnya MKRI mempertimbangkan bahwa ketentuan tersebut tidak datang tiba-tiba tetapi dilandasi oleh kepentingan tertentu:

*kebijakan hukum (legal policy) di bidang kepartaian dan pemilu tersebut bersifat objektif, dalam arti sebagai seleksi alamiah dan demokratis untuk menyederhanakan sistem multipartai yang hidup kembali di Indonesia di era reformasi, setelah dianutnya sistem tiga partai pada era Orde Baru melalui penggabungan partai yang dipaksakan. Dalam hal ini, di antara para Pemohon bahkan ada yang ikut menentukan besaran ET tersebut, dan secara keseluruhan para Pemohon dengan mengikuti Pemilu 2004 berarti secara sadar sudah menerima adanya ketentuan tentang ET dalam UU Pemilu.<sup>36</sup>*

Kepentingan legislator dalam rangka penyederhanaan partai politik adalah kepentingan yang dapat dimaklumi. Yang menjadi isu utama adalah cara dalam melakukan penyederhanaan tersebut apakah sewenang-wenang atau tidak. *Judicial reasoning* di atas menjawab negatif. Ketika partai-partai politik mengikuti Pemilu 2004 mereka telah menyetujui sebelumnya ketentuan Pasal 9 UU No. 12 Tahun 2003 beserta implikasinya. Ketika kemudian berdasarkan hasil pemilu partai-partai tersebut tidak mampu memenuhi ambang batas undang-undang sebagai syarat untuk dapat menjadi peserta dalam pemilu yang akan datang maka hal itu mencerminkan inkonsistensi sikap atau pendirian.

Legislator mengubah *legal policy*-nya tentang pengaturan pemilu untuk penyelenggaraan Pemilu 2009. Legislator menghasilkan UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah menggantikan UU No. 12 Tahun 2003. Dalam undang-undang yang baru ini legislator

<sup>36</sup> *Ibid.*, h. 82.

menggantikan sistem ET dengan sistem *parliamentary threshold* (PT) dengan tujuan sama yaitu untuk membangun sistem multi partai sederhana. Sistem PT memiliki orientasi membatasi tingkat kehadiran partai politik di parlemen dengan cara menentukan ambang batas minimal perolehan suara partai politik dalam pemilu agar dapat mendudukkan wakil-wakilnya di parlemen. Dengan pengertian lain, partai-partai politik yang perolehan suaranya tidak mencapai PT, meskipun telah mencukupi besaran perolehan kursi parlemen, tidak dapat mendudukkan wakil-wakilnya di parlemen. Besaran PT agar partai politik dapat mendudukkan wakil-wakilnya adalah perolehan minimal 2,5% jumlah suara nasional (Pasal 202 UU No. 10 Tahun 2008).

Dalam masa transisi dari sistem ET ke sistem PT timbul permasalahan tentang persyaratan kepesertaan partai politik dalam Pemilu 2009, i.c. partai-partai politik yang tidak memenuhi syarat ET sesuai hasil Pemilu 2004 (Pasal 316 UU No. 10 Tahun 2008). MKRI dalam kasus ini tidak memasalahkan konstitusionalitas PT, tetapi isu ketidaksamaan perlakuan terhadap partai politik yang memiliki kursi di DPR dengan partai politik yang tidak memiliki kursi di DPR dan sama-sama tidak mampu memenuhi syarat ET untuk menjadi peserta Pemilu 2009. Pasal 316 huruf d UU No. 10 Tahun 2008 menentukan bahwa partai politik yang memiliki kursi di DPR RI hasil Pemilu 2004 lolos sebagai peserta Pemilu 2009 tanpa melalui persyaratan verifikasi oleh Komisi Pemilihan Umum. Syarat ini memberatkan partai politik peserta Pemilu 2004 yang tidak lolos ET dan tidak memiliki kursi di DPR.

MKRI menyatakan pendiriannya dalam kasus ini atas Pasal 316 huruf d UU No. 10 Tahun 2008 sebagai berikut:

*(sic: ketentuan ini) memberikan perlakuan yang tidak sama kepada mereka yang kedudukannya sama, dalam hal ini Parpol yang memiliki wakil di DPR dan yang tidak memiliki wakil di DPR, pada hakikatnya kedudukannya sama, yakni tidak memenuhi electoral threshold baik menurut Pasal 9 ayat (1) UU 12/2003 maupun menurut Pasal 315 UU 10/2008, bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945.<sup>37</sup>*

Pendirian tersebut didasari pertimbangan bahwa Pasal 316 huruf d UU No. 10 Tahun 2008 tersebut tidak jelas *ratio legis*-nya jika dikaitkan dengan transisi dari sistem ET ke sistem PT. Yang dimaksud dengan ketidakjelasan

<sup>37</sup> Putusan MKRI No. 12/PUU-VI/2008, h. 129.

adalah apakah ketentuan tersebut hendak memberikan kemudahan untuk menjadi peserta Pemilu 2009 kepada seluruh partai politik peserta Pemilu 2004 yang sesungguhnya tidak memenuhi ET ataukah karena UU No. 10 Tahun 2008 menganut PT maka kemudahan bersifat terbatas hanya diberlakukan kepada partai-partai politik yang sudah memiliki kursi di DPR.<sup>38</sup> Atas dasar itu MKRI menyatakan alasan inkonstitusionalitas Pasal 316 huruf 'd' UU No. 10 Tahun 2008 adalah ketidaksamaan perlakuan, sehingga timbul ketidakadilan, di antara partai politik peserta pemilu yang tidak lolos ET dan tidak memiliki kursi di DPR karena harus menjalani proses administratif kepesertaan dalam Pemilu 2009 yang rumit.<sup>39</sup>

#### 4. Halangan bagi Bekas Narapidana untuk menjadi Pejabat Publik

Beberapa undang-undang yang mengatur mengenai syarat untuk menjadi pejabat publik menentukan: "tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau lebih." Jabatan publik dengan syarat tersebut adalah: Presiden dan Wakil Presiden (Pasal 6 huruf t UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden); Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah (Pasal 58 huruf f UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah); Hakim Konstitusi (Pasal 16 ayat [1] huruf d UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi); Hakim Agung (Pasal 7 ayat [2] huruf d UU No. 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung); Anggota Badan Pemeriksa Keuangan (Pasal 13 huruf g UU No. 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan); dan anggota DPR, DPD, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota (Pasal 50 ayat [1] huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah).

Syarat tersebut diuji konstitusionalitasnya berdasarkan hak untuk bebas dari diskriminasi. MKRI menyatakan pendirian umum atas isu ini bahwa jabatan publik atau jabatan dalam pemerintahan dalam arti luas adalah jabatan yang menuntut kepercayaan masyarakat (*vertrouwenlijk-ambt*). Oleh karena itu calon pejabatnya harus memenuhi persyaratan tertentu supaya didapatkan pejabat yang benar-benar bersih, berwibawa, jujur dan mempunyai

<sup>38</sup> *Ibid.*, h. 128.

<sup>39</sup> *Ibid.*

integritas moral yang tinggi. Dalam kaitan itu legislator memiliki kewenangan menentukan syarat-syarat untuk jabatan tersebut dengan batasan: kecuali yang ditentukan sendiri oleh UUD NRI 1945, legislator dapat menentukan sesuai kebutuhan yang menjadi tuntutan bagi jabatan publik tersebut dengan memperhatikan Pasal 28J Ayat (2) UUD NRI 1945 serta tidak bersifat diskriminatif dalam pengertian tidak membeda-bedakan orang atas dasar agama, ras, suku, bahasa, jenis kelamin, keyakinan politik, atau status sosial tertentu lainnya.<sup>40</sup>

Untuk menjawab tuntutan kepercayaan tersebut maka salah satu standar eligibilitas bagi jabatan publik yang sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 adalah standar moral. Batasan yang akseptabel dalam mengimplementasikan standar moral tersebut adalah apakah calon pejabat publik yang bersangkutan pernah atau tidak menjalani suatu hukuman karena melakukan tindak pidana tanpa mengurangi pengertian bahwa tidak semua tindak pidana adalah perbuatan tercela.<sup>41</sup> Hal ini tidak dapat dikecualikan oleh ajaran pembedaan yang menyatakan bahwa seseorang yang telah menjalani pidananya maka telah kembali menjadi manusia bebas.<sup>42</sup> Atas dasar kerangka pikir tersebut MKRI kemudian menjawab isu utama kasus ini dengan meletakkan dua kaidah sebagai pedoman interpretif agar penerapan syarat tersebut tidak diskriminatif.

Pertama, perlunya pembedaan unsur kesalahan dalam tindak pidana tersebut apakah hasil dari kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*) untuk menentukan sifat tercelanya tindak pidana yang dilakukan. Jika calon pejabat publik yang bersangkutan pernah dihukum melakukan tindak pidana karena kealpaan ringan (*culpa levis*) maka syarat tersebut tidak berlaku bagi dirinya.<sup>43</sup> Kedua, membatasi keberlakuan syarat pernah/tidaknyanya seseorang menjalani hukuman karena melakukan tindak pidana dengan mempertimbangkan karakter dari tindak pidana yang dilakukan. Menurut MKRI syarat ini tidak berlaku untuk tindak pidana atau kejahatan karena alasan politik. Jika syarat tersebut diberlakukan untuk tindak pidana atau kejahatan karena alasan politik maka MKRI berpendirian bahwa syarat tersebut diskriminatif. Dalam

<sup>40</sup> Putusan MKRI No. 14-17/PUU-VI/2007, h. 124.

<sup>41</sup> *Ibid.*, h. 125 & 129.

<sup>42</sup> *Ibid.*, h. 125.

<sup>43</sup> *Ibid.*, h. 130-131.

hal ini MKRI mempertahankan pendirian dalam putusan sebelumnya yaitu Putusan MKRI No. 011-017/PUU-I/2003.<sup>44</sup>

Dalam kasus lain yang sejenis dimasalahkan penentuan besaran lamanya hukuman bagi tindak pidana selama lima tahun sebagai syarat pengisian jabatan anggota DPR, DPRD dan DPD dalam Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008. Besaran lima tahun tersebut dipandang oleh Pemohon sebagai diskriminatif karena membedakan bekas pelaku tindak pidana berdasarkan berat-ringannya ancaman pidana untuk dapat dipilih dalam pemilihan umum.<sup>45</sup> MKRI dalam kasus ini tidak berhasil merasionalisasi bahwa argumen yang digunakan oleh Pemohon tidak berdasar. MKRI tetap mempertahankan pendiriannya dalam Putusan MKRI No. 14-17/PUU-V/2007.<sup>46</sup> Artinya, agar penerapan syarat tersebut tidak diskriminatif maka harus dikecualikan untuk *culpa levis* dan untuk narapidana kejahatan atas dasar alasan politik.

## 5. Syarat Sarjana Hukum bagi Calon Pimpinan KPK

Kasus ini memasalahkan konstitusionalitas Pasal 29 huruf d UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK) yang menentukan syarat untuk menjadi pimpinan KPK yaitu: "Sarjana Hukum atau sarjana lain yang memiliki keahlian dan pengalaman sekurang-kurangnya 15 (lima belas) tahun dalam bidang hukum, ekonomi, keuangan, atau perbankan." Pemohon menganggap syarat ini diskriminatif. Atas isu tersebut, syarat untuk menduduki jabatan publik yang tidak diskriminatif, MKRI meletakkan prinsip:

*persyaratan yang ditentukan oleh undang-undang untuk menduduki suatu jabatan publik atau pekerjaan tertentu tidaklah serta-merta dapat dikatakan sebagai pelanggaran terhadap hak asasi manusia ataupun hak konstitusional warga negara, lebih-lebih untuk suatu jabatan atau pekerjaan yang karena sifatnya memang menuntut keahlian dan/atau keterampilan tertentu. Yang dilarang adalah membuat persyaratan yang bersifat diskriminatif yang sama sekali tidak ada hubungannya dengan tuntutan kebutuhan pengisian suatu jabatan atau pekerjaan.<sup>47</sup>*

Dalam pendapatnya MKRI menekankan bahwa persyaratan untuk duduk dalam jabatan publik harus memiliki korelasi dengan tuntutan dari jabatan

<sup>44</sup> *Ibid.*, h. 132.

<sup>45</sup> Putusan MKRI No. 15/PUU-VI/2008, h. 12.

<sup>46</sup> *Ibid.*, h. 17-19.

<sup>47</sup> Putusan MKRI No. 19/PUU-VI/2007, h. 36.

publik tersebut, terutama yang menghendaki keahlian/ketrampilan tertentu. Tindakan legislator menentukan syarat untuk duduk dalam jabatan publik ini sejalan dengan ketentuan pembatasan HAM berdasarkan Pasal 28 J ayat (2) maupun Art. 29.(2) UDHR.<sup>48</sup>

MKRI berpendirian bahwa suatu persyaratan bersifat diskriminatif jika tidak memiliki korelasi dengan tuntutan dari jabatan publik tersebut, yaitu persyaratan seperti: “pertimbangan ras, suku, agama, bahasa, warna kulit, jenis kelamin, status ekonomi, status sosial, atau keyakinan politik tertentu.”<sup>49</sup> Atas dasar itu MKRI selanjutnya mempertimbangkan bahwa Pasal 29 huruf d UU No. 30 Tahun 2002 tidak diskriminatif karena:

*merupakan tuntutan kebutuhan sesuai dengan sifat kelembagaan KPK sebagaimana tampak dalam wewenang dan tugasnya. Adalah benar bahwa kemampuan seseorang tidak selalu tergambar dari kualifikasi pendidikannya akan tetapi syarat pendidikan tertentu telah diterima secara umum sebagai ukuran objektif bagi tolok ukur kemampuan yang diperlukan untuk melaksanakan tugas jabatan dalam pemerintahan.<sup>50</sup>*

MKRI memperkuat pendiriannya dengan beranjak dari asas keadilan distributif, yaitu: “memperlakukan sama untuk hal-hal yang memang sama dan memperlakukan berbeda untuk hal-hal yang memang berbeda.”<sup>51</sup>

## 6. Batas Umur Calon Kepala Daerah atau Wakil Kepala Daerah

Sumber isu hukum dalam kasus ini adalah Pasal 58 huruf d UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang menentukan salah satu syarat untuk menjadi calon Kepala Daerah atau Wakil Kepala Daerah harus berusia minimal 30 (tiga puluh) tahun. Syarat tersebut oleh Pemohon dianggap inkonstitusional, khususnya dikaitkan dengan Pasal 28D ayat (3) UUD NRI 1945 yang menentukan hak setiap orang untuk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan. MKRI menyatakan pendirian bahwa pemenuhan hak untuk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan bukan berarti negara tidak boleh mengatur dan menentukan syarat-syaratnya, sepanjang syarat-syarat tersebut secara objektif memang merupakan kebutuhan yang

<sup>48</sup> *Ibid.*, h. 37.

<sup>49</sup> *Ibid.*, h. 38.

<sup>50</sup> *Ibid.*, h. 40.

<sup>51</sup> *Ibid.*, h. 41.

dituntut oleh jabatan atau aktivitas pemerintahan yang bersangkutan dan tidak mengandung unsur diskriminasi.<sup>52</sup>

Selanjutnya MKRI mempertimbangkan berdasarkan kondisi yang ada dalam UUD NRI 1945 dimana syarat berdasarkan batas usia pada pejabat publik tidak dijumpai pengaturannya. Terhadap hal ini MKRI menyatakan:

*UUD 1945 menyerahkan penentuan batasan usia tersebut kepada pembentuk undang-undang untuk mengaturnya. Dengan kata lain, oleh UUD 1945 hal itu dianggap sebagai bagian dari kebijakan hukum (legal policy) pembentuk undang-undang. Oleh sebab itulah, persyaratan usia minimum untuk masing-masing jabatan atau aktivitas pemerintahan diatur secara berbeda-beda dalam berbagai peraturan perundang-undangan.<sup>53</sup>*

Sebagai implikasi dari pengertian tersebut MKRI menyatakan:

*Mungkin saja batas usia minimum bagi keikutsertaan warga negara dalam jabatan atau kegiatan pemerintahan itu diubah sewaktu-waktu oleh pembentuk undang-undang sesuai dengan tuntutan kebutuhan perkembangan yang ada. Hal itu sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk undang-undang yang tidak dilarang. Bahkan, seandainya pun suatu undang-undang tidak mencantumkan syarat usia minimum (maupun maksimum) tertentu bagi warga negara untuk dapat mengisi suatu jabatan atau turut serta dalam kegiatan pemerintahan tertentu, melainkan menyerahkan pengaturannya kepada peraturan perundang-undangan di bawahnya, hal demikian pun merupakan kewenangan pembentuk undang-undang dan tidak bertentangan dengan UUD 1945.<sup>54</sup>*

Pokok pendirian MKRI dalam kasus ini pada hakikatnya telah menjadi yurisprudensi. Seperti nampak di atas, meskipun bidang pengaturan atas isu ini diserahkan kepada *legal policy* legislator tetapi tetap ada kaidah yang membatasinya: rasionalitas dan tidak diskriminatif. Dengan kesimpulan seperti dinyatakan di atas maka secara tersirat MKRI mengakui bahwa dalam kasus ini, batas umur minimal 30 tahun sebagai syarat untuk mencalonkan diri sebagai Kepala Daerah atau Wakil Kepala Daerah tidak diskriminatif.

<sup>52</sup> Putusan MKRI No. 15/PUU-V/2007, h. 55.

<sup>53</sup> *Ibid.*, h. 56.

<sup>54</sup> *Ibid.*



## 7. Nomor Urut Calon Anggota Badan Legislatif

Isu hukum kasus ini tentang prosedur penentuan perolehan kursi dalam pemilu legislatif dalam UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Hal ini sangat terkait erat dengan sistem pemilu yang diterapkan oleh UU No. 12 Tahun 2003 yang merupakan kombinasi sistem proporsional dengan sistem distrik. Dalam sistem ini, pemilih diberikan kesempatan untuk tidak hanya mencoblos tanda gambar partai politik peserta pemilu, tetapi juga nama calon anggota badan legislatif. Namun sistem yang digunakan oleh UU No. 12 Tahun 2003 ini memprioritaskan nomor urut seorang calon anggota DPR maupun DPRD untuk bisa menjadi calon tetap anggota DPR maupun DPRD, dan bukan atas dasar perolehan suara (Pasal 107). Atas dasar itu Pemohon mendalilkan bahwa ketentuan ini diskriminatif (bertentangan dengan Pasal 28I ayat [2] UUD NRI 1945).

MKRI dalam kasus ini berpendirian bahwa substansi UU No. 12 Tahun 2003 merupakan ranah *legal policy* legislator sesuai Pasal 22E ayat (6) UUD NRI 1945. Oleh karena itu MKRI menyatakan pendapatnya yang bersifat implikatif sebagai berikut:

*Dalam UU Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD, pembentuk undang-undang telah memilih sistem proporsional dengan daftar calon terbuka untuk pemilihan anggota DPR dan DPRD. Sistem apapun yang digunakan mempunyai sisi positif dan negatif, dan untuk menentukan pilihan kebijaksanaan instrumental merupakan kewenangan dari pembuat undang-undang. Ketika menentukan pilihan kebijaksanaan itu pembentuk undang-undang telah mempertimbangkan sisi positif dan negatif itu, serta telah mempertimbangkan pula peranan parpol serta hak-hak para calon legislatif yang diusulkan oleh parpol yang bersangkutan.<sup>55</sup>*

Lebih lanjut, karena merupakan konsekuensi logis dari pilihan kebijakan yang ditempuh oleh legislator maka MKRI menyatakan bahwa prioritas kepada nomor urut caleg ketimbang perolehan suara caleg yang bersangkutan tidak diskriminatif: “hal tersebut merupakan konsekuensi logis dari pilihan sistem proporsional dengan daftar terbuka yang memasukkan unsur sistem distrik, sehingga tidak dapat dianggap diskriminatif yang bertentangan dengan Pasal 28I ayat (2) UUD.”<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Putusan MKRI No. 002/PUU-II/2004, h. 26.

<sup>56</sup> *Ibid.*, h. 26-27.

## 8. Larangan Rangkap Jabatan pada Organisasi Olahraga

Pasal 40 UU No. 3 Tahun 2005 tentang Sistem Keolahragaan Nasional memuat ketentuan yang melarang pejabat struktural dan pejabat publik untuk menjadi pengurus Komite Olahraga Nasional (KON). Ketentuan ini dianggap diskriminatif sehingga dilakukan pengujian oleh MKRI. Dalam mempertimbangkan diskriminatif atau tidaknya ketentuan tersebut MKRI beranjak dari pemikiran: "Diskriminasi adalah memperlakukan secara berbeda terhadap hal yang sama. Sebaliknya bukan diskriminasi jika memperlakukan secara berbeda terhadap hal yang memang berbeda."<sup>57</sup> Perbedaan perlakuan yang ada dalam Pasal 40 UU No. 3 Tahun 2005 menurut MKRI tidak diskriminatif karena subjek yang dibedakan berbeda, yaitu antara mereka yang menduduki jabatan struktural dan jabatan publik dengan mereka yang tidak menduduki jabatan tersebut.<sup>58</sup> Dengan demikian Pemohon tidak dirugikan oleh adanya ketentuan Pasal 40 UU No. 3 Tahun 2005 tersebut.

MKRI selanjutnya mempertimbangkan alasan untuk konstitusionalitas Pasal 40 UU No. 3 Tahun 2005. MKRI berpendirian bahwa ketentuan tentang syarat untuk menjadi pengurus KON dalam Pasal 40 UU No. 3 Tahun 2005 merupakan ranah *legal policy* legislator. Secara tersirat MKRI dapat menerima bahwa ketentuan Pasal 40 UU No. 3 Tahun 2005, maupun jika ditentukan sebaliknya, telah rasional sebagai *legal policy* legislator. Dalam kasus ini poin penting yang kurang menjadi perhatian adalah hakikat dari larangan rangkap jabatan itu sendiri yang tidak dielaborasi oleh MKRI karena adanya keyakinan bahwa pengaturan apapun tentang syarat untuk menjadi pengurus KON sama-sama mengandung untung ruginya sendiri.

## 9. Batasan Umur Advokat

Pasal 3 ayat (1) UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat menentukan syarat usia minimal untuk dapat dianggap sebagai advokat adalah 25 (dua puluh lima) tahun. Ketentuan ini oleh Pemohon dianggap diskriminatif dan membatasi kesempatan lulusan S-1 Fakultas Hukum yang belum mencapai usia itu untuk menjadi advokat. MKRI yang menguji konstitusionalitas ketentuan tersebut menyatakan pendirian bahwa pembatasan semacam itu dibenarkan oleh Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945. Pembatasan usia semacam

<sup>57</sup> Putusan MKRI No. 27/PUU-V/2007, h. 102.

<sup>58</sup> *Ibid.*

itu telah lazim diadakan dalam undang-undang, misalnya penentuan usia minimum 35 tahun untuk calon Presiden dan Wakil Presiden, usia untuk melakukan perkawinan 16 tahun bagi wanita dan 19 tahun bagi pria, 21 tahun untuk mendirikan parpol, 17 tahun untuk menjadi pemilih.<sup>59</sup> MKRI juga mempertimbangkan kelaziman dalam penentuan batasan umur tersebut. Kondisi bahwa sistem pendidikan hukum saat ini yang dapat menghasilkan lulusan S-1 pada usia 29 atau 21 tahun merupakan sesuatu yang jarang. Oleh karena itu, menjustifikasi kelaziman dari batasan umur tersebut, MKRI menyatakan: "Ketentuan hukum pada dasarnya menggunakan tolok ukur dan merujuk kepada sesuatu yang berlaku umum, tidak pada sesuatu yang sangat jarang."<sup>60</sup> Dengan demikian, pembatasan umur bagi seseorang untuk dapat diangkat menjadi advokat tidak diskriminatif.

#### 10. Guru dan Dosen yang Diangkat Pemerintah vs. Guru dan Dosen Swasta

Isu hukum kasus ini terkait dengan perbedaan antara guru dan dosen yang diangkat oleh pemerintah dengan guru dan dosen swasta sesuai UU No. 14 Tahun 2005 tentang Guru dan Dosen. Perbedaan ini terkait dengan penggajian, tunjangan fungsional dan pengaturan mengenai penggajian. Terhadap isu tersebut MKRI menyatakan bahwa hal berbeda diperlakukan berbeda, sehingga perlakuan berbeda antara guru dan dosen yang diangkat oleh pemerintah dengan guru dan dosen swasta adalah hal yang wajar. *A contrario* ini berarti bahwa perlakuan berbeda antara guru dan dosen yang diangkat oleh pemerintah dengan guru dan dosen swasta dapat dibenarkan sepanjang keduanya sama-sama memperoleh perlindungan hukum dari negara.

Isu terakhir tentang perbedaan pengaturan tentang penggajian. MKRI menyatakan pendirian bahwa perbedaan pengaturan tersebut tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945 karena:

*masing-masing sekolah tersebut memang dikelola oleh penyelenggara atau satuan pendidikan yang berbeda, dalam hubungan kerja yang berbeda, dengan hak dan kewajiban hukum yang berbeda pula. Hal demikian tidak dapat dianggap bertentangan dengan UUD 1945 yang berkenaan dengan hak mendapat pendidikan, hak untuk diperlakukan sama di depan hukum dan bebas dari perlakuan diskriminatif.*<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Putusan MKRI No. 019/PUU-I/2003, h. 25.

<sup>60</sup> *Ibid.*, h. 26.

<sup>61</sup> *Ibid.*

## 11. Pembatasan Masa Jabatan Kepala Daerah

Sumber isu hukum kasus ini adalah Pasal 58 huruf 'o' UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang menentukan syarat sebagai calon kepala daerah dan wakil kepala daerah yaitu: "belum pernah menjabat sebagai kepala daerah atau wakil kepala daerah selama 2 (dua) kali masa jabatan dalam jabatan yang sama." Pemohon mengajukan pengujian atas ketentuan tersebut karena merasa kesempatannya untuk mencalonkan diri sebagai kepala daerah terhalang setelah sebelumnya yang bersangkutan pernah menjabat sebagai bupati dua kali masa jabatan tetapi tidak berturut-turut dan di dua kabupaten berbeda.

MKRI menyatakan pendirian bahwa hak konstitusional untuk ikut serta dalam pemerintahan, i.c. untuk menjadi bupati, dapat dibatasi oleh Pasal 28J Ayat (2) UUD NRI 1945.<sup>62</sup> Semangat pembatasan yang tercermin dalam Pasal 58 huruf o UU No. 32 Tahun 2004 adalah penyelenggaraan prinsip demokrasi dan pembatasan kekuasaan yang justru merupakan *spirit* UUD NRI 1945.<sup>63</sup> Bentuk pembatasan sesuai Pasal 58 huruf o UU No. 32 Tahun 2004 memiliki tiga alternatif makna yang sama konstitusionalnya sebagai *legal policy* legislator, yaitu: (i) pembatasan dua kali berturut-turut dalam jabatan yang sama, atau (ii) pembatasan dua kali dalam jabatan yang sama tidak berturut-turut, atau (iii) pembatasan dua kali dalam jabatan yang sama di tempat yang berbeda.<sup>64</sup>

Terhadap isu hukum apakah Pasal 58 huruf o UU No. 32 Tahun 2004 tersebut diskriminatif MKRI menyatakan pendirian sesuai Pasal 1 angka 3 UU No. 39 Tahun 1999. Unsur pembedaan yang terkandung dalam Pasal 58 huruf o UU No. 32 Tahun 2004 tidak diskriminatif karena dasar pembedaan tersebut (i.c. pernah menjabat sebagai kepala daerah selama dua kali masa jabatan dalam masa jabatan yang sama), yang mengakibatkan seseorang tidak dapat menjalankan haknya untuk berpartisipasi dalam pemerintahan, tidak termasuk salah satu alasan pembedaan berikut ini: "agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik." Dengan demikian Pasal 58 huruf o tidak bertentangan dengan Pasal 28I ayat (2) UUD NRI 1945.<sup>65</sup> MKRI menegaskan: "Pembatasan sebagaimana diatur dalam Pasal 58 UU Pemda, khususnya huruf o, dapat saja dilakukan sepanjang hal tersebut ditetapkan dengan undang-undang berlaku

<sup>62</sup> Putusan MKRI No. 8/PUU-VI/2008, h. 18.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, h. 19-20.

terhadap semua orang tanpa pembedaan, sehingga tidak dapat dipandang sebagai diskriminatif.”<sup>66</sup>

## 12. *Restatement* Asas/Kaidah dari Putusan-Putusan MKRI

Dijk & Hoof menyatakan doktrin dalam perlindungan oleh asas non-diskriminasi sebagai berikut: “*A violation of the principle of equality and non-discrimination arises if there is (a) differential treatment of (b) equal cases without there being (c) an objective and reasonable justification, or if (d) proportionality between the aim sought and the means employed is lacking.*”<sup>67</sup> Pendapat yang dikemukakan Dijk & Hoff pada hakikatnya merupakan kaidah umum dalam rangka penyelesaian isu undang-undang yang diskriminatif, baik diskriminasi langsung maupun tidak langsung (mengacu pada efeknya yang menghasilkan pembedaan). Pendapat tersebut pada hakikatnya tidak berbeda dengan praktik *the Supreme Court of the United States* dalam penerapan *Equal Protection Clause* yang lazim menggunakan tiga dasar pengujian berbeda secara kasuistis dalam menjawab isu diskriminasi, yaitu: *rational basis*; *important governmental objective* atau *compelling governmental interest* dan *strict scrutiny*.

Meskipun pendirian MKRI atas isu-isu diskriminasi nampak belum terstruktur dan sistematis seperti praktik *the Supreme Court of the United States*, namun dalam menyikapi kasus-kasus pembedaan dalam legislasi, ketiga dasar pengujian tersebut telah diaplikasikan secara tersirat. Sebagai *restatement*, MKRI menganut pendirian *strict scrutiny* manakala alasan legislator melakukan pembedaan dimotivasi oleh alasan-alasan seperti tercakup dalam definisi diskriminasi menurut Pasal 1 angka 3 UU No. 39 Tahun 1999, yaitu: “agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa atau keyakinan politik.” Artinya, jika terbukti bahwa alasan pembedaan tersebut adalah agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa atau keyakinan politik maka pembedaan tersebut bersifat *per se* diskriminatif, sehingga bertentangan dengan Pasal 28I ayat (2) UUD NRI 1945.<sup>68</sup> Jika alasan pembedaan itu di luar Pasal 1 angka 3 UU No. 39 Tahun 1999 maka MKRI akan mempertimbangkan rasionalitas pembedaan itu<sup>69</sup> atau berdasarkan ada/tidaknya *important governmental objective*.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> *Ibid.*, h. 20.

<sup>67</sup> P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Op.Cit.*, h. 539.

<sup>68</sup> Misal: kasus hak politik eks-PKI (Putusan MKRI No. 011-017/PUU-I/2003).

<sup>69</sup> Rata-rata kasus diskriminasi yang dihadapi MKRI pada *term* pertama diuji dengan *rational basis*.

<sup>70</sup> Misal: kasus Gus Dur (Putusan MKRI No. 008/PUU-II/2004). Tetapi MKRI dalam kasus ini kurang berhasil dalam membangun justifikasi bahwa syarat sebagai Presiden tersebut merupakan tuntutan dari *important governmental objective*.

## **PENUTUP**

Untuk perbaikan ke depan, dalam menguji isu undang-undang yang diskriminatif, MKRI seyogianya menyatakan pendiriannya secara eksplisit terkait dengan dasar pengujian yang dipertahankan. Hal ini dapat lebih memudahkan evaluasi terhadap konsistensi atau koherensi pendirian MKRI menyangkut isu undang-undang yang diskriminatif. Lebih lanjut, dampak positifnya juga akan dirasakan oleh legislator karena lebih mempermudah pelaksanaan fungsi legislasinya.

## **DAFTAR PUSTAKA**

- Antonin Scalia, 1994, "Federal Constitutional Guarantees of Individual Rights in the United States of America," dalam David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Charles E. Clark, "The Restatement of the Law of Contracts," *Yale Law Journal*, Volume 42, 1933.
- Edward S. Corwin, 1978, "The Constitution and What It Means Today", New Jersey: Princeton University Press.
- Ioannis G. Dimitrakopoulos, 2007, "Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court", Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Nihal Jayawickrama, 2002, "The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence", Cambridge: Cambridge University Press.
- Otis H. Stephens Jr. & John M. Scheb II, 2008, "American Constitutional Law Vol. II: Civil Rights and Liberties", Belmont-California: Thomson Wadsworth.
- P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, 1990, "Theory and Practice of the European Convention of Human Rights", Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Paul Brest, "The Supreme Court 1975 Term – Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle," *Harvard Law Review*, Volume 90, 1976.
- Paul Sieghart, 1983, "The International Law of Human Rights", Oxford: Clarendon Press.

**Eksekusi Barang Rampasan  
Hasil Tindak Pidana Kehutanan  
Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi  
Nomor 021/PUU-III/2005**

***Execution of The Crime of  
Forestry Confiscated After  
The Constitutional Court Decision  
No. 021 / PUU-III / 2005***

**Eddy Rifai, Rakhmat Triyono**

Pengajar Fakultas Hukum Universitas Lampung, Mahasiswa PPS Magister Hukum  
Universitas Lampung Email: eddyrifai@ymail.com

Naskah diterima: 10/02/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

**Abstrak**

Penelitian mengkaji perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan dari tindak pidana di bidang kehutanan. Penelitian menggunakan metode pendekatan yuridis normatif dan yuridis empiris. Pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan negara dari tindak pidana dibidang kehutanan, yang amar putusannya menyatakan barang dirampas untuk negara tidak dapat dilakukan eksekusi yaitu berupa pelelangan, karena peraturan perundang-undangan melarang lelang hasil hutan yang diperoleh dari kejahatan di hutan lindung. Perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana dibidang kehutanan adalah dengan hakim menggunakan terobosan berdasarkan hukum progresif, yaitu pengadilan memutuskan dengan amar putusan yang berbunyi “Barang bukti dirampas untuk negara dan digunakan untuk kepentingan sosial”.

**Kata Kunci:** Eksekusi, Putusan Pengadilan, Tindak Pidana Kehutanan

### **Abstract**

*This study examines the execution of the judgment against the spoils of crime in forestry. Research using normative juridical approach and empirical jurisdiction. Execution of judgments against the state spoils of criminal offenses in the field of forestry, the injunction decision declared goods confiscated for the state not to do execution the form of an auction, because of legislation prohibiting the sale of forest products obtained from crime in protected forests. Perspective execution of court decisions to loot the proceeds of crime in the field of forestry is to judge using breakthrough progressive law, the court ruled that the injunction which reads "Evidence confiscated to the state and used for social purposes".*

**Keywords:** Execution, Court Decisions, Forestry Crime

## **PENDAHULUAN**

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

Tujuan penyelenggaraan hukum acara pidana dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) adalah untuk mencapai dan mendapatkan atau setidaknya mendekati kebenaran material (*substantial truth*) yaitu kebenaran yang selengkap-lengkapnyanya dari suatu peristiwa pidana dengan menerapkan ketentuan hukum acara pidana secara jujur dan tepat.<sup>1</sup> KUHP menentukan bahwa apabila putusan hakim merupakan pemidanaan maka putusan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang disertai pertimbangan keadaan yang memberatkan dan yang meringankan terdakwa.<sup>2</sup> Putusan pemidanaan berdasarkan Pasal 183 KUHP baru dapat dijatuhkan hakim apabila terdapat: (i) dua alat bukti yang sah dan (ii) hakim memperoleh keyakinan.<sup>3</sup> Menurut Luhut M.P. Pangaribuan<sup>4</sup> bukti yang ditemukan hakim dari sudut konsep KUHP dapat disebut sebagai "bukti yang sempurna" karena sebagai dasar untuk menyatakan kesalahan dan menjatuhkan hukuman.<sup>5</sup>

Berdasarkan ketentuannya menunjukkan bahwa KUHP menganut sistem pembuktian menurut undang-undang secara negatif. Sistem ini merupakan perpaduan antara sistem pembuktian menurut keyakinan hakim (*conviction*

<sup>1</sup> Lihat Penjelasan Umum KUHP

<sup>2</sup> Pasal 197 ayat (1) huruf f KUHP

<sup>3</sup> Pasal 183 KUHP bahwa hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya.

<sup>4</sup> Luhut M.P. Pangaribuan, Lay Judges dan Hakim Ad Hoc. Suatu Studi Teoritis Mengenai Sistem Peradilan Pidana Indonesia, Jakarta: Universitas Indonesia, 2009, h. 109.

<sup>5</sup> Dalam KUHP, selain "bukti yang sempurna" terdapat juga bentuk "bukti permulaan yang cukup" dan "bukti yang cukup". Bukti permulaan yang cukup itu padanannya adalah *probable cause* (dalam literatur adalah klausula untuk melakukan penangkapan). Bukti yang cukup padanannya adalah *probable cause* dan *reasonableness* (dalam literatur adalah klausula untuk melakukan penahanan).



*intime*) dengan sistem pembuktian menurut undang-undang secara positif (*positief wettelijke*). Dalam sistem pembuktian menurut undang-undang secara negatif ini, tidak cukup keterbuktian itu hanya didasarkan pada alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang saja, akan tetapi juga bersamaan dengan itu harus ada keyakinan hakim.<sup>6</sup>Dengan demikian untuk menentukan salah atau tidaknya terdakwa menurut sistem pembuktian menurut undang-undang secara negatif, harus dipenuhi dua komponen: (1) pembuktian harus dilakukan atas ketentuan, cara-cara dan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang; (2) keyakinan hakim juga harus didasarkan atas ketentuan, cara dan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang. Alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang diatur dalam Pasal 184 KUHAP.<sup>7</sup>Pada persidangan tahap pembuktian penuntut umum dibebani untuk mengajukan alat-alat bukti sebagaimana tersebut dalam Pasal 184 KUHAP. Pengajuan alat bukti oleh penuntut umum dimaksudkan untuk meneguhkan dan membuktikan dakwaannya. Sebaliknya terdakwa/penasehat hukum diberi kesempatan pula untuk mengajukan alat-alat bukti yang sama untuk melemahkan dakwaan penuntut umum terhadap dirinya.

Di samping alat bukti, penuntut umum juga mengajukan barang bukti di persidangan. Menurut Andi Hamzah<sup>8</sup>“barang bukti dalam perkara pidana ialah barang mengenai mana delik dilakukan (objek delik) dan barang dengan mana delik misalnya pisau yang dipakai untuk menikam orang. Termasuk juga barang bukti ialah hasil dari delik, misalnya rumah yang dibeli dari uang negara hasil korupsi”. Barang bukti tidak hanya diperoleh penyidik dari tindakan pengeledahan, tetapi dapat juga diperoleh dari pemeriksaan di tempat kejadian perkara (TKP), diserahkan sendiri secara langsung oleh saksi pelapor atau tersangka pelaku tindak pidana, diambil dari pihak ketiga dan dapat pula berupa temuan dan selanjutnya terhadap benda sita itu dapat menahannya untuk sementara waktu guna kepentingan pembuktian dalam penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di persidangan. Tindakan tersebut dalam KUHAP disebut dengan penyitaan dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah “*inbeslagneming*”.<sup>9</sup>

Ketentuan tentang penyitaan diatur dalam Pasal 1 angka 16 KUHAP<sup>10</sup> serta dalam Bab V Bagian Keempat dan sebagian dalam Bab XIV KUHAP. M. Yahya

<sup>6</sup> Elfi Marjuni, Peran Pengadilan dalam Penegakan Hukum Pidana di Indonesia, Makalah, Yogyakarta: Fakultas Hukum UMY, 2012, h. 9. Lihat juga. Andi Hamzah, Hukum Acara Pidana Indonesia, Jakarta: Sinar Grafika, 2011, h. 253-259.

<sup>7</sup> Pasal 184 ayat (1) KUHAP: Alat bukti yang sah ialah: a. keterangan saksi; b. keterangan ahli; c. surat; d. petunjuk e. keterangan terdakwa.

<sup>8</sup> Andi Hamzah, 1986. Kamus Hukum, Jakarta: Ghalia Indonesia, hal. 100.

<sup>9</sup> Ratna Nurul Afiah, Barang Bukti dalam Proses Pidana, Jakarta: Sinar Grafika, 1988, h. 69.

<sup>10</sup> Pasal 1 angka 16 KUHAP: Penyitaan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mengambil alih dan atau menyimpan di bawah penguasaannya benda bergerak atau tidak bergerak, berwujud atau tidak berwujud untuk kepentingan pembuktian dalam penyidikan, penuntutan dan peradilan.

Harahap<sup>11</sup> menyatakan bahwa yang dimaksud penyitaan dalam KUHAP adalah “upaya paksa yang dilakukan penyidik untuk mengambil atau merampas sesuatu barang bukti tertentu dari seorang tersangka, pemegang atau penyimpan. Tetapi perampasan yang dilakukan dibenarkan oleh hukum dan dilaksanakan menurut peraturan perundang-undangan. Setelah barangnya diambil atau dirampas, ditaruh atau disimpan di bawah kekuasaannya.” Dalam Pasal 94 Ned. Sv ditentukan bahwa yang dapat disita selain yang berguna untuk mencari kebenaran (pembuktian) juga benda-benda yang dapat diputus untuk dirampas, dirusakkan atau dimusnahkan.<sup>12</sup>Barang bukti dalam perkara pidana setelah proses peradilannya selesai, maka akan dilakukan eksekusi sesuai dengan bunyi amar putusan pengadilan yang tercantum dalam vonis sebagaimana ketentuan Pasal 46 ayat (2) KUHAP.<sup>13</sup> Barang bukti tersebut dapat dikembalikan kepada yang berhak, dirampas untuk negara atau dirampas untuk dimusnahkan atau tetap disita untuk barang bukti perkara lain. Terhadap putusan pengadilan yang amarnya menyatakan barang bukti dirampas untuk negara, eksekusinya melalui proses pelelangan yang hasilnya akan disetor ke kas negara.<sup>14</sup>

Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (UU Nomor 41 Tahun 1999) menentukan beberapa tindak pidana dibidang kehutanan, antara lain:

1. Menebang pohon atau memanen atau memungut hasil hutan di dalam hutan tanpa memiliki hak atau izin dari pejabat yang berwenang.Pasal 50 ayat (3) huruf e *jo* Pasal 78 ayat (5).
2. Menerima, membeli atau menjual, menerima tukar, menerima titipan, menyimpan atau memiliki hasil hutan yang diketahui atau patut diduga berasal dari kawasan hutan yang diambil atau dipungut secara tidak sah. Pasal 50 ayat (3) huruf f *jo* Pasal 78 ayat (5).
3. Mengangkut, menguasai atau memiliki hasil hutan yang tidak dilengkapi bersama-sama dengan surat keterangan sahnya hasil hutan. Pasal 50 ayat (3) huruf h *jo* Pasal 78 ayat (7).

Ketentuan Pasal 78 ayat (15) UU No. 41/1999 menyatakan: “Semua hasil hutan dari hasil kejahatan dan pelanggaran dan atau alat-alat termasuk alat

<sup>11</sup> M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Jakarta: Sinar Grafika, 2000, h. 102.

<sup>12</sup> J.M. van Bemmelen, *Strafvordering, Leerboek van het Ned. Strafrecht*.S-Gravenhage: Martinus Nijhoff, 1950, h. 198.

<sup>13</sup> Pasal 46 ayat (2) KUHAP: Apabila perkara sudah diputus, maka benda yang dikenakan penyitaan dikembalikan kepada orang atau kepada mereka yang disebut dalam putusan tersebut, kecuali jika menurut putusan hakim benda itu dirampas untuk negara, untuk dimusnahkan atau dirusak sampai tidak dapat dipergunakan lagi atau jika benda tersebut diperlukan sebagai barang bukti perkara lain.

<sup>14</sup> Barang sitaan untuk keperluan proses peradilan pidana disebut dengan benda sitaan (PP No. 27 Tahun 1983 sebagaimana telah diubah dengan PP No. 58 Tahun 2010). Benda sitaan menjadi bagian pemasukan non-pajak dalam PP No. 22 Tahun 1997 tentang Jenis dan Penyetoran Penerimaan Negara Bukan Pajak, yaitu: (1) Penerimaan dari penjualan barang rampasan; (2) Penerimaan dari penjualan hasil sitaan/rampasan; (3) Penerimaan dari ganti rugi dan tindak pidana korupsi; (4) Penerimaan biaya perkara; (5) Penerimaan lain-lain, berupa uang temuan, hasil lelang barang temuan dan hasil penjualan barang; (6) bukti yang tidak diambil oleh yang berhak; (7) Penerimaan denda.

angkutnya yang digunakan untuk melakukan kejahatan dan atau pelanggaran sebagaimana dimaksud dalam pasal ini dirampas untuk negara". Tetapi dalam prakteknya, terdapat ketentuan Pasal 3 Peraturan Menteri Kehutanan No. P.48/ Menhut-II/2006 tanggal 12 Juni 2006 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pelelangan Hasil Hutan Temuan, Sitaan dan Rampasan yang menyatakan: "Hasil hutan temuan, sitaan dan atau rampasan yang tidak dapat dilelang meliputi satwa dan atau tumbuhan liar dan hasil hutan yang berasal dari hutan konservasi dan atau hasil hutan kayu yang berasal dari hutan lindung".

Berdasarkan ketentuan di atas terhadap barang bukti yang berasal dari hutan lindung tidak bisa dilelang. Padahal pada Pengadilan Negeri Liwa terdapat 2 putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*)<sup>15</sup>, yaitu Perkara No. 96/Pid.B/2010/PN.LW dengan barang bukti balok dan papan kayu yang telah dinilai oleh appraisal seharga Rp699.840,00 dan Perkara No. 115/Pid.B/2010/PN.LW dengan barang bukti balok olahan yang telah dinilai oleh appraisal seharga Rp544.990,00 yang dalam amar putusan menyatakan barang bukti dirampas untuk negara. Dengan adanya ketentuan yang melarang pelelangan barang bukti tersebut, maka barang yang mempunyai nilai ekonomi tidak dapat menjadi salah satu sumber penerimaan negara. Bahkan seiring dengan berjalannya waktu barang tersebut nilai ekonominya semakin merosot atau rusak sehingga menjadi barang yang tidak berguna. Tidak dapat dilakukannya eksekusi menjadi tunggakan jaksa dalam penyelesaian pekerjaannya.

## **B. Permasalahan**

Berdasarkan uraian di atas masalah dalam penelitian ini adalah:

- (1) Bagaimana pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana kehutanan?
- (2) Bagaimana perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana kehutanan?

## **C. Metode Penelitian**

### **1. Tipe Penelitian dan Jenis Penelitian**

Tipe penelitian yang digunakan adalah bersifat deskriptif analitis yaitu penelitian yang berusaha untuk menggambarkan dan menguraikan tentang persoalan yang berkaitan dengan pelaksanaan eksekusi barang rampasan hasil tindak pidana kehutanan dan perspektif eksekusi barang rampasan hasil tindak pidana kehutanan.

<sup>15</sup> Terhadap terdakwa telah dijatuhi pidana, baik terdakwa maupun penuntut umum menerima putusan dan tidak mengajukan banding.

Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan yuridis normatif dan yuridis empiris. Pendekatan yuridis normatif yaitu pendekatan yang didasarkan pada peraturan perundang-undangan, teori-teori dan konsep-konsep yang berhubungan dengan penulisan penelitian, sedangkan pendekatan yuridis empiris yang dilakukan dengan mengadakan penelitian lapangan, yaitu dengan melihat fakta-fakta yang ada dalam praktek dan mengenai pelaksanaannya.

Dalam kaitan dengan penelitian normatif, pendekatan yang digunakan adalah:

- a. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu suatu pendekatan yang dilakukan terhadap berbagai aturan hukum yang berkaitan dengan tindak pidana kehutanan seperti UUNomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan; UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHP; UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan beberapa peraturan pelaksanaan yang berhubungan dengan objek penelitian.
- b. Pendekatan konsep (*conceptual approach*) digunakan untuk memahami konsep-konsep tentang: eksekusi, barang rampasan, dan tindak pidana kehutanan. Dengan adanya konsep yang jelas maka diharapkan penormaam dalam aturan hukum tidak lagi terjadi pemahaman yang kabur dan ambigu.

## 2. Sumber dan Jenis Data

Sumber data berasal dari dua sumber yaitu data lapangan dan data kepustakaan, sedangkan jenis data berupa data primer dan data sekunder:

- a. Data primer, yaitu data yang diperoleh secara langsung dari hasil penelitian di lapangan, baik melalui pengamatan atau wawancara dengan para responden, dalam hal ini adalah pihak-pihak yang berhubungan langsung dengan masalah penulisan penelitian ini.
- b. Data sekunder, yaitu data yang diperoleh dengan menelusuri literatur-literatur maupun peraturan-peraturan dan norma-norma yang berhubungan dengan masalah yang akan dibahas dalam penelitian ini. Data sekunder tersebut meliputi:
  - 1) Bahan hukum primer yaitu: UUNomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan; UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHP; UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
  - 2) Bahan hukum sekunder yaitu Peraturan Pemerintah, Peraturan dan Surat Keputusan Menteri, serta peraturan-peraturan lainnya yang berkaitan dengan eksekusi dan barang rampasan.

- 3) Bahan hukum tersier yaitu karya-karya ilmiah, bahan seminar, dan hasil-hasil penelitian para sarjana yang berkaitan dengan pokok permasalahan yang dibahas.

### **3. Penentuan Populasi dan Sampel**

Dalam penelitian ini, populasi terdiri dari jaksa kejaksaan negeri, pegawai/petugas lelang, pengacara/penasehat hukum, dan teoritis/akademisi. Untuk menentukan sampel dari populasi di atas digunakan metode *proportional purposive sampling* yang berarti bahwa dalam menentukan sampel disesuaikan dengan tujuan yang hendak dicapai dan proporsi masing-masing sampel yang dianggap telah mewakili populasi terhadap masalah yang hendak diteliti/dibahas. Sesuai dengan metode penentuan sampel dari populasi yang akan diteliti sebagaimana tersebut di atas maka sampel dalam membahas penelitian ini adalah: 1 orang jaksa Kejaksaan Negeri Sukadana; 1 orang pegawai/petugas lelang; 1 orang pengacara/penasehat hukum; dan 1 orang teoritis/akademisi.

### **4. Prosedur Pengumpulan dan Pengolahan Data**

Dalam pengumpulan data penulis mengambil langkah-langkah sebagai berikut:

Untuk memperoleh data sekunder, dilakukan dengan serangkaian kegiatan dokumenter dengan cara membaca, mengutip buku-buku, menelaah peraturan perundang-undangan, dokumen dan informasi lainnya yang berhubungan dengan permasalahan yang akan dibahas.

Untuk memperoleh data primer, dilakukan dengan cara melakukan studi lapangan di wilayah hukum Kejaksaan Negeri Liwa, dengan menggunakan metode wawancara. Dalam metode wawancara materi-materi yang akan ditanyakan telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh penulis sebagai pedoman, metode ini digunakan agar responden bebas memberikan jawaban-jawaban dalam bentuk uraian-uraian.

Setelah data tersebut terkumpul, pengolahan data dilakukan dengan cara:

1. *Editing*, dalam hal ini data yang masuk akan diperiksa kelengkapannya, kejelasannya, serta relevansi dengan penelitian.
2. *Evaluating*, yaitu memeriksa dan meneliti data untuk dapat diberikan penilaian apakah data tersebut dapat dipertanggungjawabkan kebenarannya dan digunakan untuk penelitian.

## 5. Analisis Data

Untuk menganalisis data yang telah terkumpul penulis menggunakan analisis kualitatif. Analisis kualitatif dilakukan untuk melukiskan kenyataan-kenyataan yang ada berdasarkan hasil penelitian yang berbentuk penjelasan-penjelasan, dari analisis tersebut dapat ditarik suatu kesimpulan secara induktif, yaitu cara berpikir dalam mengambil suatu kesimpulan terhadap permasalahan yang membahas secara umum yang didasarkan atas fakta-fakta yang bersifat khusus.

## PEMBAHASAN

### A. Pelaksanaan Eksekusi Putusan Pengadilan terhadap Barang Rampasan Hasil Tindak Pidana Kehutanan

Eksekusi yang dapat mengakibatkan lelang pada dasarnya merupakan barang bukti berupa barang hasil temuan, barang sitaan dan selanjutnya dapat menjadi barang rampasan negara dalam kaitan dengan perkara pidana. Barang sitaan yang dieksekusi lelang Kejaksaan adalah barang-barang sitaan yang merupakan barang bukti dalam perkara pidana, karena pertimbangan sifatnya yang cepat rusak, busuk, berbahaya atau biaya penyimpanannya terlalu tinggi, maka dapat dilelang mendahului putusan pengadilan berdasarkan Pasal 45 ayat (1) KUHP. Terhadap barang sitaan yang dijadikan barang bukti, maka Kejaksaan Negeri yang menangani perkara memohon izin kepada Ketua Pengadilan Negeri tempat perkara berlangsung untuk melelang barang sitaan dan uang hasil lelang digunakan sebagai bukti dalam persidangan.

Menurut responden Riyo Saputra,<sup>16</sup> jaksa pada Kejaksaan Negeri Liwa, barang sitaan yang digunakan sebagai barang bukti dalam perkara pidana dapat menjadi barang rampasan Kejaksaan, jika terdapat beberapa unsur yang dipenuhi oleh hakim untuk dapat merampas suatu barang, yaitu barang sitaan itu kepunyaan si terpidana yang diperoleh dari tindak pidana atau yang dengan sengaja dipakai untuk melakukan tindak pidana. Oleh karena itu, suatu barang sitaan dapat menjadi barang rampasan apabila barang tersebut merupakan barang kepunyaan pelaku, sedangkan jika barang sitaan walaupun digunakan oleh terpidana untuk melakukan tindak pidana atau merupakan hasil dari tindak pidana akan tetapi barang tersebut bukanlah milik terpidana maka terhadap barang tersebut tidak

<sup>16</sup> Riyo Saputra, jaksa selaku Kepala Seksi Pidana Umum Kejaksaan Negeri Liwa, wawancara tanggal 14 Desember 2012.

dapat dirampas tetapi hanya sebagai barang bukti dan harus dikembalikan kepada yang berhak.

Keterangan responden di atas berlaku untuk tindak pidana yang terdapat dalam KUHP dan peraturan perundang-undangan yang tidak mengatur ketentuan lain mengenai barang bukti, sedangkan terhadap beberapa peraturan perundang-undangan seperti UU Kehutanan, UU Narkotika dan UU Perikanan menentukan semua barang bukti dalam perkara tindak pidana dirampas untuk negara/dimusnahkan. Ketentuan ini bahkan didukung oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dalam Putusannya Nomor Perkara 021/PUU-III/2005<sup>17</sup> menolak permohonan pemilik barang (mobil truk) yang dikredit secara *leasing/fiducia*, sehingga barang tersebut masih milik *finance*, dimana mobil truk digunakan untuk melakukan tindak pidana kehutanan dan dijatuhkan putusan pengadilan barang dirampas untuk negara. Tetapi dalam putusan itu terdapat *dissenting opinion*, yang menyatakan bahwa kepemilikan barang dilindungi oleh Pasal 39 KUHAP, terhadap pemilik barang bukti yang tidak terbukti mengadakan “permufakat jahat” dengan pelaku tindak pidana, maka seharusnya barang bukti dikembalikan kepada yang berhak/pemilikinya.

Eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana mengacu pada Keputusan Jaksa Agung R.I. No. KEP-089/J.A/8/1988 tentang Penyelesaian Barang Rampasan yang menentukan: Barang rampasan adalah barang bukti yang berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap dinyatakan dirampas untuk negara (Pasal 1); Penyelesaian barang rampasan dilakukan dengan cara dijual lelang melalui Kantor Lelang Negara atau digunakan bagi kepentingan negara, kepentingan sosial atau dimusnahkan atau rusak sampai tidak dapat digunakan lagi (Pasal 3); Tenggang waktu untuk menyelesaikan barang rampasan selambat-lambatnya 4 (empat) bulan setelah putusan pengadilan memperoleh kekuatan hukum tetap (Pasal 4); Barang rampasan yang telah diputus oleh pengadilan dilimpahkan penanganannya kepada bidang yang berwenang menyelesaikan barang rampasan sesegara mungkin setelah putusan pengadilan memperoleh kekuatan hukum tetap, dengan menyertakan salinan vonis atau *extract vonis* dan pendapat hukum. Setelah menerima barang rampasan, bidang yang berwenang menyelesaikan barang rampasan mengajukan permohonan kepada Kepala Kejaksaan Negeri atau Kepala Kejaksaan Tinggi atau Jaksa Agung Muda yang berwenang menyelesaikan barang rampasan (Pasal 5);

<sup>17</sup> Putusan MK No. 021/PUU-III/2005 tanggal 28 Februari 2006. <http://www.mk.go.id/> diunduh 28 Desember 2012.

Menurut responden jaksa, permohonan izin untuk menjual barang rampasan dilampirkan dokumen atau surat-surat sebagai berikut:

1. Turunan putusan pengadilan atau *extract vonis* yang membuktikan bahwa barang bukti dimaksud telah dinyatakan dirampas untuk negara.
2. Pertelaan yang jelas dari barang-barang yang akan dilelang tersebut (macamnya, jenisnya, jumlahnya, karat-karatnya, berat dan sebagainya) dalam satu daftar.
3. Kondisi dari barang rampasan oleh instansi yang ada kaitannya dengan barang rampasan tersebut, seelah melakukan penelitian di tempat.
4. Perkiraan harga dasar yang wajar dari instansi berwenang yang didasarkan pada kondisi barang rampasan tersebut.

Pemohon lelang sebagaimana dimaksud, mengajukan permohonan kepada Kepala KP2LN setempat untuk dilaksanakan pelelangan. Pelelangan hasil hutan temuan dilakukan oleh Kepala Instansi yang menangani bidang kehutanan setempat, sedangkan untuk pelelangan hasil hutan sitaan menurut Pasal 6 Peraturan Menteri Kehutanan No. P.48/Menhut-II/2006 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pelelangan Hasil Hutan Temuan, Sitaan dan Rampasan dilakukan sebagai berikut:

1. Jika perkara pada tingkat penyidikan atau penuntutan, hasil hutan tersebut dijual lelang oleh penyidik atau penuntut umum dengan persetujuan dan disaksikan oleh pihak tersangka/kuasa hukumnya.
2. Dalam hal persetujuan dan kesaksian pihak tersangka/kuasa hukumnya sebagaimana dimaksud pada huruf a tidak dapat dilaksanakan, makaproses lelang tetap dilaksanakan.
3. Jika perkara pada tingkat pengadilan, hasil hutan tersebut dijual lelang oleh penuntut umum dengan atas izin hakim yang menyidangkan perkaranya dan disaksikan pihak terdakwa/kuasa hukumnya.
4. Jika perkara telah diputus oleh pengadilan dan telah mempunyai kekuatan hukum tetap serta dinyatakan hasil hutan dirampas untuk negara, maka hasil hutan dijual lelang oleh jaksa pelaksana putusan.

Selanjutnya barang rampasan yang telah diterbitkan Keputusan lain Lelang barang rampasan, segera dilaksanakan pelelangannya dengan perantara Kantor Pelayanan Piutang dan Lelang Negara (KP2LN). Dengan telah dilaksanakan lelang barang rampasan, maka hasil penjualan lelang barang rampasan segera disetor ke Kas Negara dan pelaksanaan penjualan lelang barang rampasan segera dilaporkan kepada Jaksa Agung Muda yang berwenang menyelesaikan barang rampasan.



Tetapi menurut responden jaksa, pelaksanaanekeekusi putusan pengadilan barang rampasan dalam tindak pidana di bidang kehutanan tidak dapat dilaksanakan, sebagai contoh adalah: putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*), yaitu Perkara No. 96/Pid.B/2010/PN.LW dengan barang bukti balok dan papan kayu yang telah dinilai oleh appraisal seharga Rp699.840,00 dan Perkara No. 115/Pid.B/2010/PN.LW dengan barang bukti balok olahan yang telah dinilai oleh appraisal seharga Rp544.990,00 yang dalam amar putusan menyatakan barang bukti dirampas untuk negara. Menurut Santoso,<sup>18</sup> responden petugas/pegawai lelang KP2LN, barang rampasan yang berupa kayu, baik yang sudah diolah maupun diolah yang berasal dari hutan lindung tidak dapat dilakukan lelang, berdasarkan Peraturan Menteri No.P.48/Menhut-II/2006. Oleh karena adanya penolakan dari KP2LN, maka menurut responden jaksa apabila Kejaksaan tidak melakukan esekusi adalah salah, karena kayu mempuntai nilai ekonomis dan menjadi tunggakan pekerjaan yang belum diselesaikan jaksa dan bahkan dapat menjadi temuan BPK (Badan Permeriksa Keuangan).

Menurut Gunawan Raka,<sup>19</sup> responden pengacara/penasehat hukum menyatakan pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan barang rampasan hasil tindak pidana di bidang kehutanan tidak dapat dilaksanakan karena terdapat adanya peraturan perundang-undangan yang melarangnya. Tetapi menurut Sanusi Husin,<sup>20</sup> responden teoritisi/akademisi menyatakan pelaksanaan eksekusi harusnya dapat dilaksanakan karena Peraturan Menteri yang melarang eksekusi adalah peraturan yang derajatnya lebih rendari pada UU Nomor 41Tahun 1999 dan KUHAP.Jadi jaksa tetap dapat menggunakan dasar hukum UU Nomor 41 Tahun 1999 dan KUHAP untuk melakukan pelelangan barang rampasan dari tindak pidana di bidang kehutanan sesuai dengan bunyi amar putusan pengadilan.

Berdasarkan uraian di atas dapat dikatakan bahwa pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan negara dari tindak pidana di bidang kehutanan, yang amar putusannya menyatakan barang dirampas untuk negara tidak dapat dilakukan eksekusi yaitu berupa pelelangan, karena peraturan perundang-undangan melarang lelang hasil hutan yang diperoleh dari kejahatan di hutan lindung.

<sup>18</sup> Santoso adalah pegawai/petugas lelang pada KP2LN Bandar Lampung, wawancara tanggal 17 Desember 2012.

<sup>19</sup> Gunawan Raka, SH, pengacara di Bandar Lampung, wawancara tanggal 27 Desember 2012.

<sup>20</sup> Prof. Dr. Sanusi Husin, SH, MH, Guru Besar Hukum Pidana Fakultas Hukum USBRJ, wawancara tanggal 28 Desember 2012.

## **B. Perspektif Eksekusi Putusan Pengadilan terhadap Barang Rampasan Hasil Tindak Pidana Kehutanan**

Beberapa yurisprudensi terkait dengan barang bukti menyatakan: status barang bukti dan persoalan kepada siapa barang bukti harus dikembalikan adalah termasuk kebijaksanaan *judex factie* kecuali kalau ditentukan lain oleh undang-undang (Putusan Mahkamah Agung No. 100 K/Kr/1974 tanggal 6 Mei 1975). Apakah diserahkan kepada pihak yang paling berhak (saksi korban atau pihak ketiga) dilampirkan dalam berkas perkara yang terpisah atau dirampas untuk negara. UU Nomor 7 Tahun 1955 dan Pasal 39 KUHP perampasan tidaklah diharuskan (Putusan Mahkamah Agung No. 22 K/Kr/1964 tanggal 22 Desember 1964). Tetap barang bukti yang terdiri dari barang yang diperoleh dari tindak pidana korupsi harus dirampas untuk negara (Putusan Mahkamah Agung No. 20 K/Kr/1976 tanggal 1 Juli 1978). Putusan pengadilan tentang status barang bukti merupakan wewenang *judex factie* majelis hakim (Putusan Mahkamah Agung No. 107 K/Kr/1977 tanggal 16 Oktober 1978). Dalam hal terdakwa dibebaskan dari segala tuntutan hukum, maka semua barang bukti harus dikembalikan kepada terdakwa (Putusan Mahkamah Agung No. 87 K/Kr/1970 tanggal 3 Maret 1972).<sup>21</sup>

Putusan MK No. 021/PUU-III/2005<sup>22</sup> yang menolak permohonan pemilik barang yang tidak terlibat kejahatan dalam *dissenting opinion* menyatakan bahwa apakah barang bukti merupakan milik terpidana atau milik orang lain yang digunakan terpidana untuk melakukan kejahatan harus dilihat dari *legal construction* kepemilikan barang tersebut. MK juga menyatakan bahwa penjatuhan pidana apakah barang akan dikembalikan pada pemilik, dirampas untuk negara, dirampas untuk dimusnahkan atau tetap disita untuk perkara lain diserahkan pada kebijaksanaan *judex factie*. Jadi hakim yang akan memutuskan mengenai status barang bukti tersebut.

Terhadap adanya barang rampasan hasil tindak pidana di bidang kehutanan yang dibiarkan rusak dan hancur sehingga tidak mempunyai nilai ekonomis adalah sangat disayangkan, maka dengan menggunakan *legal construction* yang ditentukan dalam putusan MK No. 21/PUU-III/2005 dan Pasal 3 Keputusan Jaksa Agung R.I. No. KEP-089/J.A/8/1988 tentang Penyelesaian Barang Rampasan yang menyatakan: "Penyelesaian barang rampasan dilakukan dengan cara dijual lelang

<sup>21</sup> Musri Nauli, 13 Agustus 2010, Barang Bukti, Alat Bukti dan Pembuktian. <http://www.musri.wordpress.com/> diakses tanggal 26 Desember 2012.

<sup>22</sup> Putusan MK, loc. cit.

melalui Kantor Lelang Negara atau digunakan bagi kepentingan negara, kepentingan sosial atau dimusnahkan atau dirusak sampai tidak dapat digunakan lagi”, maka perspektif eksekusi putusan pengadilan barang rampasan hasil tindak pidana di bidang kehutanan adalah sebagai berikut:

1. Kejaksaan Negeri meminta penetapan pengadilan untuk menambah amar putusan pengadilan tentang status barang bukti yaitu “barang dirampas untuk negara dan digunakan untuk kepentingan sosial”.
2. Putusan pengadilan negeri pada waktu yang akan datang dalam amarnya dapat membuat putusan yang berbunyi “barang dirampas untuk negara dan digunakan untuk kepentingan sosial”

Oleh karena KUHAP memberikan kebijaksanaan tentang status barang bukti yang diserahkan pada *judex factie*, maka dengan amar putusan pengadilan di atas, eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana di bidang kehutanan dapat dilaksanakan oleh jaksa dengan menyerahkan balok atau papan dari hasil kejahatan di hutan lindung untuk pembangunan sekolah, rumah-rumah ibadah, dan lain-lain yang sangat membutuhkan material-material tersebut, sehingga nilai ekonomis dari barang tetap dapat dimanfaatkan.

Berdasarkan uraian di atas, perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana dibidang kehutanan adalah dengan hakim menggunakan terobosan berdasarkan hukum progresif<sup>23</sup>, yaitu memutuskan dengan amar putusan pengadilan yang berbunyi “Barang bukti dirampas untuk negara dan digunakan untuk kepentingan sosial”.

## **PENUTUP**

### **A. Kesimpulan**

1. Pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan negara dari tindak pidana di bidang kehutanan, yang amar putusannya menyatakan barang dirampas untuk negara tidak dapat dilakukan eksekusi yaitu berupa pelelangan, karena peraturan perundang-undangan melarang lelang hasil hutan yang diperoleh dari kejahatan di hutan lindung.

<sup>23</sup> Lihat Satjipto Rahardjo, Hukum Progresif. Jakarta: Penerbit KOMPAS, 2007, h. 12.

2. Perspektif eksekusi putusan pengadilan terhadap barang rampasan hasil tindak pidana di bidang kehutanan adalah dengan hakim menggunakan terobosan berdasarkan hukum progresif, yaitu pengadilan memutuskan dengan amar putusan yang berbunyi “Barang bukti dirampas untuk negara dan digunakan untuk kepentingan sosial”.

## **B. Saran**

1. Perlu diadakan penyempurnaan Peraturan Menteri Kehutanan tentang Pelelangan Barang Sitaan agar tidak mencantumkan larangan melelang barang-barang hasil kejahatan dari hutan lindung.
2. Hakim harus berani melakukan terobosan hukum dengan membuat putusan berdasarkan hukum progresif.

## **DAFTAR PUSTAKA**

- Andi Hamzah, 1986, *Kamus Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia.
- \_\_\_\_\_, 2011, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Elfi Marjuni, 2012, *Peran Pengadilan dalam Penegakan Hukum Pidana di Indonesia*, Makalah, Yogyakarta: Fakultas Hukum UMY, h. 9.
- J.M. van Bemmelen, 1950, *Strafvordering, Leerboek van het Ned. Strafprocessrecht*. S-Gravenhage: Martinus Nijhoff.
- Luhut M.P. Pangaribuan, 2009, *Lay Judges dan Hakim Ad Hoc. Suatu Studi Teoritis Mengenai Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Jakarta: Universitas Indonesia.
- M. Yahya Harahap, 2000, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Musri Nauli, *Barang Bukti, Alat Bukti dan Pembuktian*. <http://www.musri.wordpress.com/>, diunduh pada 13 Agustus 2010.
- Ratna Nurul Afiah, 1988, *Barang Bukti dalam Proses Pidana*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Satjipto Rahardjo, 2008, *Hukum Progesif*. Jakarta: Penerbit KOMPAS.

**Nasab Anak Luar Kawin  
Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi  
Nomor 46/PUU-VIII/2010**

***The Descendants of Children Outside  
of Marriage After Constitutional Court  
Decision No. 46/PUU-VIII/2010***

**Achmad Irwan Hamzani**

Fakultas Hukum Universitas Pancasakti  
Jln. Halmahera Km. 1 Tegal, Jawa Tengah  
achmad\_irwanhz@yahoo.co.id

Naskah diterima:10/02/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

**Abstrak**

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengabulkan permohonan Machica Mochtar yang telah menikah dengan Moerdiono secara agama Islam, tetapi tidak dicatatkan. Dari perkawinan tersebut lahir seorang anak laki-laki bernama Muhammad Iqbal Ramadhan. Setelah putusan MK tersebut, status anak luar kawin memiliki hubungan keperdataan dengan ayahnya dan keluarga ayahnya. Putusan MK berimplikasi luas, sebab anak di luar kawin mencakup anak yang lahir dari hasil perkawinan yang sah secara agama tetapi tidak dicatatkan, dan anak yang lahir dari hasil zina. Menurut hukum Islam, apabila diterapkan terhadap anak luar kawin dalam pengertian anak hasil perkawinan yang sah menurut agama tetapi tidak dicatatkan, Putusan MK sudah tepat. Perkawinan secara hukum sah apabila dilaksanakan sesuai ketentuan agama dan kepercayaan masing-masing. Apabila diterapkan terhadap anak luar kawin dalam pengertian anak hasil zina, menurut hukum Islam putusan MK tidak tepat diterapkan. Anak hasil zina menurut hukum Islam hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya.

**Kata kunci;** Mahkamah Kostitusi, nasab anak, luar kawin, hukum Islam.

### **Abstract**

*Constitutional Court Decision No. 46/PUU-VIII/2010 granted the petition Machica Mochtar, who is married with Moerdiono the Islamic religion in accordance, but not recorded. If the marriage was born a boy named Mohammed Iqbal Ramadan. After the decision of the Court, the status of illegitimate children has a civil relationship with his father and his father's family. Child outside marriage include children born of the marriage legitimate religion, but not recorded, and the children born from adultery. According to Islamic law, the Constitutional Court's decision is appropriate when applied to the child of a valid marriage according to religious but not registered. Meanwhile, when applied to children outside marriage, adultery result, the Court's decision is contrary to Islamic law.*

**Keywords;** *The Constitution Court, the descendants of children, outside of marriage, Islamic law.*

## **PENDAHULUAN**

Pelaksanaan perkawinan di Indonesia menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2 ayat (2) harus dicatatkan. Lembaga yang diberi kewenangan untuk pencatatan perkawinan adalah Kantor Urusan Agama (KUA) bagi yang beragama Islam, dan Catatan Sipil bagi non Islam. Tujuannya untuk memperoleh legalitas hukum, sebab perkawinan juga termasuk ikatan keperdataan.

Namun demikian masih banyak orang yang melangsungkan perkawinan tidak dicatatkan atau "kawin bawah tangan". Persoalan yang sering muncul akibat perkawinan yang tidak dicatatkan adalah perkawinannya dianggap ilegal sehingga isteri dan anak-anak yang dilahirkan tidak mendapatkan perlindungan hukum seperti hubungan perdata dengan ayahnya. Disebutkan dalam pasal 43 ayat (1) Undang-Undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa "anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya".

Tuntutan pengakuan status dan hak keperdataan anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak dicatatkan melalui jalur hukum di pengadilan juga sering terjadi. Kasus yang populer adalah yang dialami oleh Aisyah Mokhtar yang dinikahi oleh Moerdiyono secara agama Islam tetapi tidak dicatatkan sehingga tidak memiliki kutipan akta nikah. Dari perkawinan tersebut dilahirkan seorang anak laki-laki bernama Muhammad Iqbal Ramadhan. Bahkan Aisyah Mochtar sampai mengajukan uji materil ke Mahkamah Konstitusi agar anaknya mendapat status hukum tetap sebagai anak Moerdiono. Tuntutan Aisyah Mokhtar dikabulkan oleh

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tanggal 27 Pebruari 2012 yang menyatakan; mengabulkan sebagian dari gugatan yang diajukan oleh Aisyah Mochtar alias Machicha binti Mochtar Ibrahim yaitu Pasal 43 ayat (1) bahwa anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Pasal ini dipandang menimbulkan ketidakadilan bagi si anak dan bertentangan dengan Konstitusi, yakni Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) Pasal 28B ayat (1).

Dengan adanya Putusan MK tersebut anak yang dilahirkan dari hasil perkawinan yang tidak dicatatkan akan memiliki status dan hak keperdataan yang sama dengan perkawinan yang dicatatkan. Putusan tersebut memunculkan berbagai implikasi hukum dan menjadi polemik, apakah mencakup anak yang lahir hasil zina atau tidak. Oleh karena itu perlu dikaji lebih lanjut terkait tentang status nasab anak luar kawin khususnya anak hasil zina menurut perspektif hukum Islam.

Permasalahan yang diangkat dalam penelitian adalah sebagai berikut: 1) Bagaimanakah implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU/VIII/2010 terhadap nasab anak luar kawin? 2) Bagaimanakah nasab anak luar kawin setelah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU/VIII/2010 **ditinjau menurut hukum Islam?**

Jenis penelitian ini merupakan penelitian kepustakaan (*library research*), karena data yang digunakan bersumber dari bahan pustaka atau tulisan. Penelitian kepustakaan adalah serangkaian kegiatan penelitian yang berkenaan dengan pengakajian data pustaka<sup>1</sup>. Sedangkan waktu penelitian dilakukan selama 5 bulan, 1 April – 30 Agustus 2013.

Sifat penelitian ini adalah deskriptif yang datanya disajikan secara kualitatif. Penelitian deskriptif adalah peneltian yang dimaksudkan untuk membuat pencandraan tentang situasi-situasi atau kejadian-kejadian<sup>2</sup>. Penelitian ini bersifat deskriptif karena hasilnya akan diuraikan secara naratif.

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perbandingan (*comparative approach*) hukum secara mikro. Perbandingan hukum mikro yaitu membandingkan isi aturan hukum dibatasi pada tema yang menjadi fokus penelitian ini<sup>3</sup>.

Karena penelitian termasuk jenis penelitian kepustakaan, maka sumber datanya termasuk data sekunder, yaitu data yang diperoleh melalui penelaahan

<sup>1</sup> Mestika Zed, *Metode Penelitian Kepustakaan*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2004, h. 3.

<sup>2</sup> Sumadi Suryabrata, *Metode Penelitian*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1995, h. 10.

<sup>3</sup> Bernard Arief Shidarta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju, 1999, h. 12.

bahan-bahan hukum. Sumber data adalah subjek dari mana data dapat diperoleh.<sup>4</sup> Selanjutnya, bahan hukum yang peneliti gunakan dikelompokkan menjadi bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

Metode analisis data yang digunakan adalah induktif kualitatif dengan model interaktif. Proses analisis meliputi 3 (tiga) kegiatan, yakni reduksi data, penyajian data dan penarikan kesimpulan atau verifikasi seperti pendapat Matthew B. Miles dan A. Michael Huberman<sup>5</sup>.

## HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

### A. Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 terhadap Nasab Anak Luar Kawin

#### 1. Perkawinan dan Kaitannya dengan Nasab Anak

Perkawinan dalam bahasa Indonesia berasal dari kata “kawin” yang menurut bahasa artinya membentuk keluarga dengan lawan jenis, melakukan hubungan kelamin atau bersetubuh.<sup>6</sup> Perkawinan dalam bahasa Arab disebut *nikah*, bermakna *dham*, artinya menghimpit, menindih, atau berkumpul. Arti kiasannya sama dengan bersetubuh (*wathi*). Kata *nikah* sering dipergunakan untuk arti persetubuhan (*coitus*), juga untuk arti akad nikah.

Menurut hukum Islam, terdapat beberapa definisi perkawinan, di antaranya yang dikemukakan oleh Wahbah Zuhaili bahwa “perkawinan menurut syara’ yaitu akad yang ditetapkan syara’ untuk membolehkan bersenang-senang antara laki-laki dengan perempuan”.<sup>7</sup> Abu Yahya Zakariya al-Anshari mendefinisikan bahwa “Nikah menurut istilah syara’ ialah akad yang mengandung ketentuan hukum kebolehan hubungan seksual dengan *lafadz* nikah atau dengan kata-kata yang semakna dengannya”.<sup>8</sup>

Melangsungkan perkawinan ialah saling mendapat hak dan kewajiban serta bertujuan mengadakan hubungan pergaulan yang dilandasi tolong-menolong. Karena perkawinan termasuk melaksanakan perintah agama maka di dalamnya terkandung tujuan mengharapkan ridha Allah Swt.

Undang-Undang RI Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 1 menyebutkan perkawinan sebagai berikut:

<sup>4</sup> Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian: Suatu Pendekatan Praktek*, Jakarta: Rineka Cipta, 1991, h. 101.

<sup>5</sup> Matthew B. Miles dan Michael Huberman, *Analisis Data Kualitatif*, Jakarta: UI Press, 1992, h. 22.

<sup>6</sup> Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, Cet. IV, 1994, h. 456.

<sup>7</sup> Wahbah Zuhaili, *Fiqh al-Islami wa Adillahutu*, Damaskus: Daar al-Fikr, 1989, h. 29.

<sup>8</sup> Abu Yahya Zakariya al-Anshari, *Fath al-Wahab*, Juz II, Singapura: Sulaiman Mar’iy, t.th., h. 30.



*Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga, rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.*

Sedangkan dalam Intruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, pengertian dan tujuan perkawinan seperti tertuang dalam Pasal 2:

*Perkawinan menurut hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau mitsaqan ghalizhan untuk mentaati perintah Allah dan melaksanannya merupakan ibadah.*

Perkawinan pada hakikatnya adalah “*aqad*” antara calon suami-istri untuk memperbolehkan keduanya bergaul sebagai suami-istri. *Aqad nikah* adalah perjanjian untuk mengikatkan diri dalam perkawinan antara seorang wanita dan seorang laki-laki.<sup>9</sup>

Aturan yang mendasar dalam suatu perkawinan ialah terpenuhinya syarat dan rukun pernikahan. Syarat sahnya perkawinan adalah; adanya calon mempelai laki-laki dan perempuan; calon mempelai laki-laki dan calon mempelai perempuan harus sudah baligh (berakal); adanya persetujuan bebas antara calon mempelai laki-laki dan calon mempelai perempuan, yang tidak ada paksaan dari manapun; wanita yang hendak dikawini oleh seorang laki-laki bukan termasuk salah satu macam wanita yang haram untuk dikawini. Rukun perkawinan yaitu; adanya calon mempelai laki-laki dan perempuan; wali nikah dari pihak mempelai perempuan; dua orang saksi; *ijab* dan *qabul*.<sup>10</sup>

Ikatan perkawinan dalam konstruksi hukum di Indonesia bukan hanya sebatas melaksanakan hukum agama, namun memiliki hubungan keperdataan. Artinya, ikatan perkawinan memiliki dua aspek yang harus diperhatikan; sebagai ibadah yang pelaksanaannya harus sesuai ketentuan agama (materil), dan ikatan perdata sehingga harus sesuai dengan norma hukum yang berlaku agar memperoleh legalitas (formil). Ketentuan tersebut dapat dilihat dalam Undang-undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2 ayat (1) dan (2):

Pasal 1:

(1) *Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.*

<sup>9</sup> Abd al-Rahman al-Jaziri, *al-Fiqh Ala Mazhab al-Arba'ah*, Mesir: Daar al-Ghad al-Jadid, 2005, h.135.

<sup>10</sup> Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2003, h. 70-73.

(2) *Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.*

Selama ini masih terjadi ambiguitas dalam memaknai syarat materil dan formil perkawinan di Indonesia. Secara ideal, agar tujuan negara dalam mewujudkan tertib administrasi perkawinan terwujud, pencatatan perkawinan seharusnya bukan hanya pada tataran administratif tetapi diintegrasikan menjadi syarat materil perkawinan. Perkawinan dianggap sah bukan hanya memenuhi syarat dan rukun seperti yang ditentukan oleh agama dan kepercayaan masing-masing, tetapi juga yang dicatatkan pada instansi yang berwenang.

Ada beberapa istilah untuk menunjuk suatu perkawinan yang tidak dicatatkan di Indonesia, yaitu perkawinan siri, perkawinan di bawah tangan, kawin kyai, dan kawin lari. Sebenarnya terdapat perbedaan yang sangat prinsip antara perkawinan siri dengan perkawinan tidak dicatatkan. Perkawinan siri jika merujuk pada pembahasan dalam *fiqh* adalah perkawinan yang syarat-syaratnya tidak terpenuhi, seperti tidak adanya wali dari mempelai wanita, tidak adanya saksi, ataupun perkawinan tersebut sengaja dirahasiakan. Adapun perkawinan siri yang dikenal oleh masyarakat Indonesia ialah perkawinan yang dilakukan oleh wali atau wakil wali dan disaksikan oleh para saksi, tetapi tidak dilakukan di hadapan Petugas Pencatat Nikah (PPN) sebagai petugas resmi pemerintah. Suatu perkawinan yang tidak tercatat akan menghilangkan hak istri dan anak-anak yang dilahirkan dan tidak mendapat perlindungan hukum. Menurut M. Quraish Shihab, perkawinan yang tidak tercatat merupakan salah satu bentuk pelecehan terhadap perempuan karena dapat menghilangkan hak-hak kaum perempuan.<sup>11</sup>

Sebagai salah satu konsekuensi dari perkawinan akan menimbulkan akibat hukum. Salah satu akibat hukum dari perkawinan adalah anak yang dilahirkan dari pernikahan tersebut adalah anak sah. Anak yang sah memiliki hubungan keperdataan secara sempurna dengan kedua orang tuanya, seperti ketentuan Pasal 42 Undang-undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan jo pasal 99 Inpres RI Nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Hubungan keperdataan yang dimaksud meliputi hak nasab anak dihubungkan kepada ayah dan ibu, hak pemenuhan nafkah terhadap anak, hak pemeliharaan dan pendidikan (*hadhanah*), hak mewarisi, hak perwalian nikah bagi ayah atas

<sup>11</sup> M. Quraish, *Perempuan*, Jakarta: Lentera Hati, 2006, h. 216.

anak perempuan, dan hak-hak keperdataan lainnya. Berbeda halnya dengan hubungan di luar perkawinan, tidak memiliki akibat hukum apapun.

Seorang laki-laki dan perempuan yang telah melakukan hubungan di luar nikah, tidak mendapat perlindungan hukum karena telah melakukan pelanggaran terhadap hukum tersebut. Sebagai sanksi hukum hak yang semestinya mereka dapatkan tidak diayomi oleh hukum. Hal ini merupakan risiko yang sangat logis dan dapat diterima secara hukum bagi yang melanggarnya.<sup>12</sup>

Hukum positif di Indonesia membedakan antara keturunan yang sah dan keturunan yang tidak sah. Keturunan yang sah didasarkan atas adanya perkawinan yang sah, dalam arti keturunan yang dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Sedangkan keturunan yang tidak sah adalah keturunan yang tidak didasarkan atas suatu perkawinan yang sah, yang disebut anak luar kawin.<sup>13</sup> Anak yang lahir di luar perkawinan yang sah hanya memiliki hubungan dengan ibunya, sehingga anak tersebut tidak memiliki hak apapun dari ayah biologisnya.

Kelahiran seorang anak dialatarbelakangi oleh dua sebab; lahir dari perkawinan kedua orang tuanya, dan lahir karena hubungan di luar perkawinan seperti zina atau pemerkosaan. Realitas di masyarakat Indonesia membagi anak ke dalam tiga macam status kelahirannya; (1) Anak yang lahir dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah, (2) Anak yang lahir di luar perkawinan, (3) Anak yang lahir tanpa perkawinan (anak hasil zina).<sup>14</sup>

## 2. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam *Judicial Review*

Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan lembaga tinggi negara dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yang memegang kekuasaan kehakiman bersama-sama dengan Mahkamah Agung (MA). Sebagai organ konstitusi, MK didesain untuk menjadi pengawal dan penafsir terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI) 1945 melalui putusan-putusannya.<sup>15</sup>

Praktek ketatanegaraan di Indonesia harus didasarkan pada ketentuan yang terkandung dalam konstitusi, yaitu UUD NRI 1945, sebagai peraturan tertinggi dalam hirarki perundang-undangan. Hal ini diatur dalam Undang-

<sup>12</sup> Rio Satria, "Tinjauan tentang Kedudukan Anak Luar Kawin dalam Sistem Hukum Perkawinan Indonesia", Makalah Bahan Diskusi di Pengadilan Agama Sengeti, t.th., h. 5-6.

<sup>13</sup> J. Satrio, *Hukum Harta Perkawinan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005, h. 5.

<sup>14</sup> Chatib Rasyid, "Anak Lahir di Luar Nikah (Secara Hukum) Berbeda dengan Anak Hasil Zina; Kajian Yuridis terhadap Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010", Makalah dalam Seminar Status Anak Luar Nikah dan Hak Keperdataan Lainnya, 10 April, 2012, IAIN Walisongo, Semarang, h. 4.

<sup>15</sup> Ni'matul Huda, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, Cetakan III, 2003, h. 222.

Undang RI Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Konsekuensinya, semua peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan UUD NRI 1945. Jika terdapat suatu peraturan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, maka perlu diadakan pengujian atau *judicial review* terhadap peraturan tersebut. Pengujian terhadap peraturan perundang-undangan di bawah Undang-undang dilakukan oleh MA. Sedangkan pengujian suatu Undang-undang terhadap UUD NRI 1945 dilakukan oleh MK.

*Judicial review* merupakan salah satu bentuk permasalahan negara yang diperuntukkan bagi kepentingan masyarakat. *Judicial review* dapat diajukan oleh masyarakat yang diatur dalam UUD NRI 1945 apabila ada masyarakat yang merasa haknya dirugikan oleh suatu Undang-undang. Salah satu syarat pengajuan pengujian Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar adalah adanya kedudukan hukum (*legal standing*). Berdasarkan Hukum Acara MK, *legal standing* adalah “kedudukan/hak gugat yang menganggap hak atau kewenangan konstitusinya dirugikan oleh berlakunya Undang-undang. Kedudukan hukum juga dapat disebut sebagai pemohon yang hak konstitusinya dirugikan oleh Undang-undang. Pemohon yang mengajukan *legal standing* bukan berlaku hanya pada pemohon saja, namun secara otomatis mewakili kepentingan orang lain yang juga menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusinya dirugikan oleh berlakunya Undang-undang.<sup>16</sup>

### 3. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010

Mahkamah Konstitusi (MK) pada Februari 2012 membuat putusan terkait dengan kedudukan hukum anak luar kawin, yaitu Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010. Putusan ini mengabulkan tuntutan Hj. Aisyah Mochtar alias Machica Mochtar yang mengajukan *judicial review* terhadap Undang-undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan (UU RI/1/1974) khususnya Pasal 34 ayat (1).

Adapun kronologis kasus hingga diajukan *judicial review* sebagai berikut: Hj. Aisyah Mochtar alias Machica Mochtar binti H. Mochtar Ibrahim, pada tanggal 20 Desember 1993, dinikahi oleh Moerdiono (Menteri Sekretaris Negara) di Jakarta dengan wali nikah almarhum H. Mochtar Ibrahim, disaksikan oleh 2 orang saksi, masing-masing bernama almarhum KH. M. Yusuf Usman

<sup>16</sup> Bambang Sutiyoso, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006, h. 49.

dan Risman, dengan mahar berupa seperangkat alat shalat, uang 2.000 Riyal (mata uang Arab), satu paket perhiasan emas dan berlian dibayar tunai. Moerdiono merupakan seorang laki-laki yang sudah beristri, menikah lagi dengan istri kedua, Machica Mokhtar, dengan akad nikah secara agama Islam tetapi tidak di hadapan PPN/KUA Kecamatan yang berwenang sehingga tidak dicatat dalam buku akta nikah dan tidak memiliki kutipan akta nikah. Dari perkawinan tersebut lahir seorang anak laki-laki bernama Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono.

Menurut UU RI/1/1974 Pasal 2 ayat (2) bahwa; “tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.” Pasal 43 ayat (1) menetapkan; “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Berdasarkan ketentuan tersebut, Machica Mochtar maupun Muhammad Iqbal Ramadhan merasa dirugikan hak konstitusionalnya karena tidak diakui menurut hukum sebagai isteri, dan anaknya, Muhammad Iqbal Ramadhan, tidak mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya, Moerdiono, dan keluarga ayahnya.

Machica Mochtar yang berkedudukan sebagai perorangan warga negara Indonesia mengajukan permohonan pengujian (*judicial review*) ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU RI/1/1974 yang pada intinya adalah:

- a. Menurut para Pemohon ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU RI/1/1974 menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi para Pemohon, khususnya yang berkaitan dengan status perkawinan dan status hukum anak yang dihasilkan dari hasil perkawinan Pemohon 1;
- b. Hak konstitusional para Pemohon telah dicerai oleh norma hukum dalam UU RI/1/1974. Norma hukum ini jelas tidak adil dan merugikan karena perkawinan Pemohon 1 adalah sah dan sesuai dengan rukun nikah dalam agama Islam.

Pengujian terhadap UU RI/1/1974 dilakukan untuk mengetahui akan keabsahan dari suatu perkawinan. Sebab perkawinan adalah suatu ikatan antara laki-laki dan perempuan yang tidak sedarah, dilakukan menurut agama atau kepercayaan masing-masing secara sah. Ada ketidaksesuaian antara Pasal 2 UU RI/1/1974 dengan Pasal 28B ayat (1) UUD NRI 1945. Jika merujuk pada norma konstitusional yang termuat dalam Pasal 28B ayat (1) UUD NRI 1945, maka perkawinan Pemohon 1 yang dilangsungkan sesuai rukun nikah adalah sah tetapi terhalang oleh Pasal 2 UU RI/1/1974. Perkawinannya menjadi tidak

sah menurut norma hukum perkawinan. Pemberlakuan norma hukum ini juga berdampak terhadap status hukum anak (Pemohon II) yang dilahirkan dari perkawinan Pemohon I, menjadi anak di luar nikah berdasarkan ketentuan norma hukum dalam Pasal 34 ayat (1) UU RI/1/1974. Pemohon I memandang ini sebagai perlakuan diskriminatif yang menimbulkan permasalahan karena status seorang anak di muka hukum menjadi tidak jelas dan tidak sah. Ketentuan ini bertentangan dengan ketentuan Pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD NRI 1945.

Sebagian permohonan tersebut dikabulkan oleh MK dengan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2012, bahwa Pasal 43 ayat (1) UU RI/1/1974 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara RI. No. 3019) yang menyatakan, “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, bertentangan dengan UUD NRI 1945, dan tidak 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. 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.*

Maksudnya, anak luar kawin akan menjadi anak yang sah jika dibuktikan melalui ilmu pengetahuan dan teknologi sebagai anak dari ayahnya. Pembuktian melalui ilmu pengetahuan dan teknologi biasanya dengan melakukan tes golongan darah atau DNA (*Deoksiribo Nuklead Acid*). Tes DNA berguna untuk mengetahui apakah ada kesamaan golongan darah anak dengan ayah dan keluarga ayahnya atau tidak. Tes DNA berlaku secara umum, baik untuk anak luar kawin yang dilahirkan dari pernikahan tidak dicatatkan, anak luar kawin dari hasil perzinahan, anak yang tidak diakui oleh ayahnya (*li'an*), anak yang tertukar, ataupun anak yang tidak diketahui asal-usul orang tuanya.

Dengan dikabulkannya permohonan *judicial review* tersebut status Mohammad Iqbal Ramadhan menjadi jelas, yaitu anak dari hasil perkawinan

Machica Mochtar dengan Moerdiono. Hak keperdataan Machica Mochtar sebagai Pemohon I dan Mohammad Iqbal Ramadhan sebagai Pemohon II juga terjamin secara hukum.

#### 4. Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 terhadap Nasab AnakLuar Kawin

Pengajuan *judicial review* yang diajukan oleh Machica Mochtar dalam Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang hak akan luar kawin kedudukan hukum (*legal standing*)nya adalah Machica Mochtar dan Mohammad Iqbal Ramadhan (sebagai anak dari Machica Mochtar). Putusan MK tersebut juga membawa dampak yang luas terhadap nasab anak luar kawin yang tidak hanya berlaku bagi Pemohon I dan II, tetapi untuk seluruh masyarakat Indonesia dengan kasus yang sama untuk mendapatkan hak keperdataan yang sama pula.

Setelah keluarnya putusan MK memberikan suatu dampak akan nasab yang didapat oleh anak luar kawin. Putusan MK tidak menjelaskan anak luar kawin yang seperti apa yang dimaksud. Padahal anak luar kawin mencakup anak luar kawin yang lahir dari pernikahan tidak dicatatkan dan anak hasil perzinahan.

Berdasarkan kasus yang diajukan oleh Machica Mochtar anak luar kawin yang dimaksud tentunya adalah anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan. Bahkan terkait dengan tidak adanya batasan anak luar kawin, Ketua Mahkamah Konstitusi ketika itu, Mahfud M.D., mengklarifikasi dengan menyatakan: “bahwa yang dimaksud majelis dengan frasa “anak di luar perkawinan” bukan anak hasil zina, melainkan anak hasil perkawinan tidak dicatatkan.<sup>17</sup>

Hubungan perdata yang diberikan kepada anak luar kawin juga tidak harus bermakna hanya terbatas pada nasab, waris, dan wali nikah. Namun hak yang lebih luas, yaitu hak menuntut pembiayaan pendidikan, hak menuntut ganti rugi, seperti yang diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdara atau hak untuk menuntut karena ingkar janji.

Pokok permohonan dalam *judicial review* yang diajukan oleh Machica Mochtar adalah pengujian konstitusional Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU RI/1/1974 dengan Pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD NRI 1945. Tidak seluruhnya gugatan Pemohon dikabulkan, misalnya tentang administratif pencatatan perkawinan seperti termuat dalam Pasal 2 ayat (2) UU RI/1/1974. Mahkamah Konstitusi memandang Pasal 2

<sup>17</sup> *Harian Jawa Pos*, 28 Maret 2012, h.1

ayat (2) UU RI/1/1974 tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945, karena pencatatan perkawinan yang diatur dalam pasal tersebut menurut penjelasan umum angka 4 huruf b UU RI/1/1974 hanya berkenaan dengan administrasi perkawinan, tidak menentukan keabsahan perkawinan. Perkawinan yang sah ialah perkawinan yang memenuhi syarat-syarat perkawinan yang ditentukan oleh agama dan kepercayaan masing-masing seperti disebutkan dalam Pasal 2 ayat (1) UU RI/1/1974. Keberadaan akta nikah sama halnya dengan keberadaan akta yang lain, seperti akta kelahiran dan kematian.

Pencatatan perkawinan tidak membatasi hak asasi seseorang. Pembatasan melalui pencatatan perkawinan hanya untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dengan pertimbangan ketertiban umum dalam suatu masyarakat. Hal ini sejalan dengan pasal 28 J ayat (2) UUD NRI 1945. Pencatatan perkawinan juga ditujukan untuk menjamin kepastian hak-hak yang ditimbulkan dari perkawinan seperti asal-usul anak.

Hubungan perdata yang timbul secara umum juga meliputi hubungan hukum, hak dan kewajiban antara anak dengan ayah dan ibunya seperti: 1) Hubungan nasab, 2) Hubungan mahram, 3) Hubungan hak dan kewajiban, 4) Hubungan pewarisan (saling mewarisi), 5) Hubungan wali nikah antara ayah dengan anak perempuannya.

Redaksi “anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya ...” cakupannya luas, tidak terbatas pada anak luar kawin dalam pengertian anak hasil perkawinan yang tidak dicatatkan, namun juga anak luar kawin hasil perzinahan. Namun demikian, perlu digarisbawahi bahwa Putusan MK merupakan putusan yang mengabulkan permohonan Machica Mochtar. Secara normatif, Machica Mochtar, yang mengajukan *legal standing*, dengan Moerdiono merupakan pasangan suami isteri yang menikah secara sah menurut agama Islam dan sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) UU RI/1/1974, dan Pasal 4 Inpres Nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Demikian juga anak yang dihasilkan, bukanlah anak hasil zina.

Peneliti berpendapat bahwa Putusan MK berlaku untuk semua orang Indonesia dengan kasus yang sama dengan Machica Mochtar dan Muhammad Iqbal Ramadhan, dan tidak dapat diberlakukan untuk anak hasil zina, karena kasusnya berbeda. Argumentasi ini juga dapat dilihat dari Putusan MK yang tidak mengubah ketentuan Pasal 42 UU RI/1/1974 bahwa “anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah”.



## **B. Nasab Anak Luar Kawin Setelah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Ditinjau menurut Hukum Islam**

### **1. Nasab Anak menurut Hukum Islam**

Nasab dalam hukum Islam merupakan sesuatu yang sangat penting. Nasab sebagaimana yang paling besar yang diturunkan oleh Allah Swt. kepada hamba-Nya, seperti firman dalam surat al-Furqan ayat 54:

*“Dan Dia (pula) yang menciptakan manusia dari air lalu Dia jadikan manusia itu (punya) keturunan dan mushaharahdan adalah Tuhanmu Maha Kuasa”. (Q.S. al-Furqan: 54).*

Nasab termasuk salah satu dari lima hal yang harus dijaga dalam hukum Islam (*maqasid al-syariah*). Nasab merupakan legalitas hubungan kekeluargaan yang berdasarkan pertalian darah, sebagai salah satu akibat dari pernikahan yang sah, nikah *fasid*, atau senggama *syubhat* (zina). Nasab juga sebuah pengakuan hukum Islam bagi hubungan seorang anak dengan garis keturunan ayahnya. Anak tersebut menjadi salah seorang anggota keluarga dari keturunan itu dan dengan demikian anak itu berhak mendapatkan hak-hak sebagai akibat adanya hubungan nasab seperti waris, *mahram*, perwalian dan lain sebagainya.

Penetapan asal usul anak dalam perspektif hukum Islam memiliki arti yang sangat penting. Asal-usul anak merupakan dasar untuk menunjukkan adanya hubungan nasab. Dengan penetapan itulah dapat diketahui hubungan nasab (*mahram*) antara anak dengan ayahnya. Meskipun pada hakikatnya setiap anak yang lahir berasal dari sperma seorang laki-laki dan sejatinya harus menjadi ayahnya, namun hukum Islam memberikan ketentuan lain. Seorang anak dapat dikatakan sah memiliki hubungan nasab dengan ayahnya jika terlahir dari perkawinan. Sebaliknya anak yang lahir tanpa perkawinan, tidak dapat disebut dengan anak yang sah, biasa disebut dengan anak hasil zina dan ia hanya memiliki hubungan nasab dengan ibunya.

Hukum Islam menentukan status hukum yang tegas berkenaan dengan anak yang sah. Kendatipun tidak ditemukan definisi yang jelas dan tegas berkenaan dengan anak yang sah, namun dilihat dari ketentuan ayat-ayat al-Qur'an dan hadits, dapat diberikan batasan, anak yang sah adalah anak yang lahir oleh sebab perkawinan yang sah. Selainnya disebut anak zina yang hanya memiliki hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya.

Secara implisit Q.S. al-Mu'minin ayat 5-6 menyebutkan:

*“Dan orang-orang yang menjaga kemaluannya. Kecuali terhadap isteri-isteri mereka atau budak yang mereka miliki; Maka Sesungguhnya mereka dalam hal ini tiada tercela (Q.S. al-Mu'minin: 5-6).*

Anak hasil zina merupakan kontra dari anak yang sah. Anak hasil zina adalah anak yang dilahirkan ibunya dari hubungan yang tidak sah. Termasuk anak zina adalah yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah tetapi disangkal oleh ayahnya melalui *li'an* sebagai anaknya. Anak hasil zina hanya memiliki hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya.<sup>18</sup> Hubungan ini bersifat alamiah dan tidak dapat disangkal, karena ibunyalah yang mengandung anak tersebut. Sedangkan ayahnya, sulit diidentifikasi karena bisa saja yang melakukan hubungan dengan ibunya lebih dari satu orang.

## 2. Nasab Anak Luar Kawin Setelah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Ditinjau menurut Hukum Islam

Putusan Mahkamah Konstitusi mengabulkan uji materil Pasal 43 ayat (1) Undang-undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan sehingga pasal tersebut harus dibaca menjadi: “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan ...”. Pertimbangan Majelis Hakim Konstitusi tentunya untuk mewujudkan kemaslahatan, yaitu perlindungan bagi anak di luar perkawinan agar dia mendapat jaminan kehidupan dan tidak lagi mendapat stigma negatif dalam pergaulan sehari-hari.

Menurut kaidah hukum Islam, salah satu tujuan penerapan hukum adalah untuk *maslahat*, bahkan dalam mazhab Maliki dikenal *masalahah mursalah* sebagai salah satu metode pengembangan hukum (*istimbath al-ahkam*). Hukum Islam sangat memperhatikan harmonisasi kehidupan manusia. Beban hukum yang dibawa manusia bukanlah untuk membinasakan manusia tetapi sebaliknya yaitu untuk mengantarkan manusia menuju kebahagiaan dunia dan akhirat. Namun demikian, menetapkan hukum dengan pertimbangan *maslahat* tidak berarti dapat menghalalkan yang jelas-jelas dilarang dan

<sup>18</sup> Fathurrahman Djamil, “Pengkakuan Anak Luar Nikah dan Akibat Hukumnya”, dalam Chuzaimah T. Yunggo dan Hafiz Ashary, *Problematika Hukum Islam Kontemporer*, Jakarta: Firdaus, 2002, h. 129.

mengharamkan yang dibolehkan. Pertimbangan *maslahat* juga tidak boleh mengabaikan kemungkinan kerusakan yang dapat ditimbulkan oleh hukum tersebut. Ada kaidah lainnya dalam hukum Islam “Menolak kerusakan harus diutamakan dari mewujudkan suatu kemaslahatan”.<sup>19</sup>

Penambahan pasal 43 ayat (1) yang dilakukan oleh MK melalui Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 tidak sebatas dengan hak perlindungan tetapi memiliki makna yang sangat luas seperti halnya makna yang melekat pada anak sah. Jika dihubungkan dengan UU RI/1/1974, pengertian anak luar kawin memuat dua makna yang secara prinsip berbeda:

- a. Anak yang dilahirkan akibat perkawinan yang sah secara agama, tetapi tidak memiliki legalitas, karena perkawinan kedua orang tuanya tidak dicatatkan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.
- b. Anak yang lahir dari orang tua yang tanpa pernikahan yang sah secara agama atau anak hasil zina.

Sesuai ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 4 Inpres RI Nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, dan ketentuan perkawinan menurut hukum Islam pada umumnya, terhadap anak yang dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah secara agama, Putusan MK Nomor 46/PUU-VII/2012 sudah tepat dan sesuai dengan hukum Islam. Menurut ketentuan hukum Islam, perkawinan sah apabila syarat dan rukunnya telah terpenuhi. Jika perkawinan sah menurut agama Islam, maka segala akibat hukumnya juga sah dan anak tersebut memiliki hubungan nasab dengan kedua orang tuanya.

Menurut Bagir Manan seperti dikutip oleh Neng Djubaedah, dalam memahami status hukum perkawinan antara orang Islam di Indonesia, harus diketahui terlebih dahulu asas legalitas (*legality, beginsel*) yang mendasari keberlakuan hukum perkawinan bagi orang Islam. Asas legalitas berarti setiap perbuatan (tindakan) hukum harus atau wajib mempunyai dasar tertentu yang telah ada sebelum perbuatan hukum itu dilakukan. Suatu perbuatan hukum yang sah, mengandung makna bahwa hubungan hukum dan akibat hukum menjadi sah pula. Perbuatan hukum yang sah sehubungan dilakukannya perkawinan yang sah antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan menunjukkan bahwa pasangan suami isteri tersebut adalah sah. Demikian pula dengan akibat hukum lainnya, misalnya terjadinya hubungan kekeluargaan

<sup>19</sup> Abu Ishaq al-Syathibi, *al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, Juz II, Beirut: Daar al-Kutb al-Islamiyah, t.th., h. 50.

yang berakibat timbulnya larangan perkawinan, dan juga terhadap harta kekayaan, maupun anak yang dilahirkan akibat perkawinan tersebut.<sup>20</sup>

Perkawinan yang sah adalah perkawinan yang memenuhi ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU RI/1/1974, yaitu sah menurut agama. Pencatatan perkawinan seperti ditentukan dalam Pasal 2 ayat (2) tidak menunjukkan kualifikasi sederajat yang bermakna sahnyanya perkawinan menurut agama adalah sama dengan pencatatan perkawinan, sehingga yang satu dapat menganulir yang lain. Perkawinan menurut hukum Islam sah apabila syarat dan rukunnya terpenuhi, dan merupakan syarat tunggal sahnyanya suatu perkawinan yang berakibat anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut sah. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian. Pencatatan perkawinan sekadar peristiwa penting, bukan suatu peristiwa hukum atau sebagai syarat hukum. Kedudukannya sama dengan pesta perkawinan, sebagai peristiwa penting. Pencatatan perkawinan tidak mempunyai akibat hukum, apalagi dapat mengesampingkan sahnyanya perkawinan yang telah dilakukan menurut masing-masing agama.<sup>21</sup>

Jika sebelum Putusan MK Nomor 46/PUU-VII/2012, bahwa Pasal 2 ayat (2) UU RI/1/1974 menentukan perkawinan yang tidak dilakukan di hadapan Pejabat Pencatat Nikah (PPN) tidak mempunyai kekuatan hukum, hal ini juga bertentangan dengan hukum Islam. Sebab perkawinan yang sah sesuai hukum Islam yang tidak memenuhi Pasal 2 ayat (2) UU RI/1/1974 diposisikan mempunyai hukum yang lemah, sehingga tidak dapat ditegakkan. Dengan demikian, hukum perkawinan Islam yang sesuai al-Qur'an dan sunnah itu lemah hukum, tidak mempunyai kekuatan hukum, tidak dapat ditegakkan jika tidak ditopang atau didukung oleh ketentuan hukum pencatatan perkawinan yang dibuat manusia.

Sedangkan terhadap anak hasil zina, jika Putusan MK Nomor 46/PUU-VII/2010 juga diberlakukan, bertentangan dengan hukum Islam. Menurut hukum perkawinan Islam, anak yang dilahirkan "tanpa perkawinan" orang tuanya, hanya memiliki hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Putusan MK tersebut tidak berlaku untuk anak hasil zina. Perkawinan sesuai dengan konsep yang diatur hukum Islam, kedudukannya sangat kuat sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) UU RI/1/1974 dan Pasal 4 KHI.

<sup>20</sup> Neng Djubaedah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatatkan menurut Hukum Tertulis di Indonesia dan Hukum Islam*, Jakarta: Dinar Grafika, h. 2010, h. 157.

<sup>21</sup> *Ibid.*

Salah satu tujuan pernikahan menurut hukum Islam adalah untuk menjaga kesucian hubungan nasab. Dari hubungan nasablah 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 hukum waris, hak untuk mewarisi timbul disebabkan dengan adanya perkawinan dan hubungan nasab yang timbul akibat perkawinan yang sah.

Jika dikaitkan dengan anak hasil zina maka penambahan Pasal 43 ayat (1) oleh MK menurut hukum Islam sebaiknya hanya sebatas berkaitan dengan hak pemeliharaan dan pendidikan, atau seperti yang dimaksud pasal 45 ayat (1) dan (2) Undang-undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 13 ayat (1) Undang-undang RI Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Anak berhak atas perlindungan dari diskriminasi, eksploitasi, penelantaran, kekejaman, kekerasan, penganiayaan, ketidakadilan dan perlakuan diskriminatif lainnya.

## **PENUTUP**

Berdasarkan pembahasan di atas dapat disimpulkan bahwa pokok permohonan dalam *judicial review* yang diajukan oleh Machicha Mochtar adalah pengujian konstitusional Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dengan Pasal Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Gugatan tersebut sebagian dikabulkan. Pasal 43 ayat (1) UU RI/1/1974 menurut Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 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”. Secara normatif, Machicha Mochtar, yang mengajukan *legal standing*, dengan Moerdiono merupakan pasangan suami isteri yang menikah secara sah menurut agama Islam dan sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) UU RI/1/1974, dan Pasal 4 Inpres Nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Demikian juga anak yang dihasilkan, bukanlah anak hasil zina. Oleh karena itu, Putusan tersebut berlaku untuk semua orang Indonesia dengan kasus yang sama dengan yang dialami Machicha Mochtar dan Muhammad Iqbal Ramadhan, dan tidak dapat diberlakukan untuk anak hasil zina, karena kasusnya berbeda. Menurut hukum Islam, Putusan MK sudah tepat untuk diterapkan

terhadap anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah secara agama tetapi tidak dicatatkan. Sedangkan jika diterapkan terhadap anak hasil zina, Putusan MK tersebut bertentangan dengan hukum. Anak hasil zina menurut hukum Islam hanya memiliki hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Sebaiknya terhadap anak hasil zina Putusan MK tersebut hanya sebatas berkaitan dengan hak pemeliharaan dan pendidikan.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abd al-Rahman Al-Jaziri, 2005, *al-Fiqh Ala Mazhahib al-Arba'ah*, Mesir: Daar al-Ghad al-Jadid.
- Abu Ishaq Al-Syathibi, t.th., *al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, Juz II, Beirut: Daar al-Kutb al-Islamiyah.
- Abu Yahya Zakariya al-Anshari, t.th., *Fath al-Wahab*, Juz II, Singapura: Sulaiman Mar'iy.
- Ahmad Rofiq, 2003, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.
- Bambang Sutiyo, 2006, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Bernard Arief Shidarta, 1999, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju.
- Fathurrahman Djamil, 2002, "Pengakuan Anak Luar Nikah dan Akibat Hukumnya", dalam Chuzaimah T. Yanggo dan Hafiz Anshary, *Problematika Hukum Islam Kontemporer*, Buku Pertama, Jakarta: Firdaus.
- J. Satrio, *Hukum Harta Perkawinan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005.
- M. Quraish Shihab, 2006, *Perempuan* Jakarta: Lentera Hati.
- Matthew B.Miles dan A. Michael Huberman, 1992, *Analisis Data Kualitatif*, Jakarta: UI Press.
- Neng Djubaedah, 2010, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatatkan menurut Hukum Tertulis di Indonesia dan Hukum Islam*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Ni'matul Huda, 2003, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, Cetakan III.
- Suharsimi Arikunto, 1991, *Prosedur Penelitian: Suatu Pendekatan Praktek*, Jakarta: Rineka Cipta.
- Sumadi Suryabrata, 2005, *Metode Penelitian*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Wahbah Zuhaili, 1989, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu* Damaskus: Daar al-Fikr.

# **Implementasi Kewenangan DKPP Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 115/PHPU.D-XI/2013**

## ***The Implementation of DKPP Authority After The Decision of Constitution Court No.115/PHPU.D-XI/2013***

**Muh. Salman Darwis,**

Pemerhati Hukum Tata Negara, Jl. Kaliurang KM 6,7 Yogyakarta  
saldie.darwis@gmail.com

Naskah diterima: 10/02/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

### **Abstrak**

Keberadaan DKPP sebagai salah satu lembaga penyelenggaraan Pemilu, menimbulkan berbagai persoalan dalam pelaksanaan kewenangannya. Hal ini disebabkan tidak adanya parameter yang cukup jelas yang digunakan oleh DKPP dalam menangani pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. Akibatnya, dengan dilandasi dalil keadilan restoratif, DKPP mengurus penyelenggaraan Pilkada dengan menetapkan pasangan calon peserta Pilkada dan mengurus penyelesaian sengketa penepatan pasangan calon Pilkada. Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 115/PHPU.D-XI/2013 memberikan teguran kepada DKPP agar konsisten pada koridornya memeriksa, mengadili, dan memutus pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. Disamping itu, seharusnya putusan DKPP bersifat rekomendasi dan tidak bersifat *final and binding* karena menimbulkan efek psikologis bagi jajaran KPU serta Bawaslu berupa ketakutan akan sanksi pemecatan atau pemberhentian sementara dan berpotensi menimbulkan polemik hukum yang berkepanjangan.

**Kata Kunci:** Mahkamah Konstitusi, Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu, dan Kewenangan Penyelenggara Pemilu.

### **Abstract**

*The existence of DKPP as one of the administration institutions of elections, causing a variety of problems in the implementation of its authority. This is due to*

*the absence of a sufficiently clear parameters or benchmarks used by DKPP in dealing with the violations of code of conducting for the election. Finally, using the argument of the restorative justice, DKPP takes care of the implementation of the election by assigning the couple candidate of participants for the election and solves the disputes of determination of couple candidate for the election. The decision of Constitutional Court No. 115/PHPU.D-XI/2013, warns the DKPP to be consistent, adjudicating, and determine the violations of code of conduct in the implementation of the election. Besides, decisions of DKPP should characteristically be recommendation and not be final and binding because it inflicts psychological effects for board of KPU as well as Bawaslu that is the fear of dismissal sanction or temporary dismissal and potentially incurring prolonged law polemic.*

**Keywords:** Constitutional Court, Honor Election Council and Election Authority.

## PENDAHULUAN

Penyelenggara pemilihan umum (Pemilu) berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilu (Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011), yaitu Komisi Pemilihan Umum (KPU), Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) dan Dewan Kehormatan Pemilihan Umum (DKPP).<sup>1</sup> Desain kelembagaan penyelenggara Pemilu yang meliputi 3 (tiga) institusi yang sejajar tersebut (KPU, Bawaslu, DKPP) merupakan kesatuan fungsi dalam mewujudkan penyelenggaraan Pemilu yang jujur dan adil. Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011, secara khusus telah membagi kewenangan penyelenggara Pemilu, dalam arti ditentukan keluasan dan kedalamannya. KPU beserta jajaran di bawahnya diberikan kewenangan untuk menyelenggarakan Pemilu, Pemilihan Umum Presiden (Pilpres), dan pemilihan kepala daerah (Pilkada), disemua tahapan, meliputi tahapan sebelum pemungutan suara,<sup>2</sup> tahapan pemungutan suara,<sup>3</sup> dan tahapan setelah berlangsungnya pemungutan suara.<sup>4</sup>

Bawaslu diberikan kewenangan untuk mengawasi penyelenggaraan Pemilu, Pilpres, dan Pilkada dalam rangka pencegahan dan penindakan pelanggaran

<sup>1</sup> Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 101 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5246.

<sup>2</sup> Tahapan sebelum pemungutan suara meliputi: a. Merencanakan program dan menetapkan jadwal; b. Menyusun dan menetapkan tata kerja c. Menyusun dan menetapkan pedoman teknis untuk setiap tahapan Pemilu; d. Mengoordinasikan, menyelenggarakan, dan mengendalikan semua tahapan Pemilu; e. Menetapkan Daftar Pemilih Tetap; f. Menetapkan standar serta kebutuhan pengadaan dan pendistribusian perlengkapan; g. Menindaklanjuti dengan segera rekomendasi Bawaslu atas temuan dan laporan adanya dugaan pelanggaran Pemilu; h. Mengenaikan sanksi administratif berdasarkan rekomendasi Bawaslu dan/atau ketentuan peraturan perundang-undangan; i. Melaksanakan sosialisasi penyelenggaraan Pemilu; j. Menetapkan kantor akuntan publik untuk mengaudit dana kampanye dan mengumumkan laporan sumbangan dana kampanye; l. melakukan evaluasi dan membuat laporan setiap tahapan penyelenggaraan Pemilu; dan m. Menetapkan Peserta Pemilu.

<sup>3</sup> Tahapan pemungutan suara meliputi : Membuat berita acara penghitungan suara dan sertifikat penghitungan suara serta wajib menyerahkannya kepada saksi peserta Pemilu dan Bawaslu.

<sup>4</sup> Tahapan setelah berlangsungnya pemungutan suara meliputi : a. Menetapkan dan mengumumkan hasil rekapitulasi penghitungan suara; b. Menetapkan dan mengumumkan perolehan jumlah kursi; c. mengumumkan calon terpilih.



Pemilu. Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012),<sup>5</sup> secara khusus memperkuat kewenangan Bawaslu dengan memberikan legitimasi untuk menyelesaikan sengketa hasil Pemilu. Namun untuk penyelesaian sengketa non hasil Pilkada merupakan kompetensi absolut Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN).<sup>6</sup>

DKPP sebagai lembaga baru yang melengkapi kelembagaan penyelenggara Pemilu merupakan lembaga *semi-judisial* atau *quasi yudisial*, khususnya di bidang etika penyelenggara Pemilu.<sup>7</sup> DKPP dibentuk untuk menjaga kemandirian, kredibilitas, integritas, dan menegakkan kode etik penyelenggara Pemilu.<sup>8</sup>

Kemunculan DKPP sebagai lembaga negara penunjang yang tidak berkaitan langsung dengan penyelenggaraan Pemilu, menimbulkan berbagai persoalan dalam pelaksanaan kewenangannya. Hal ini disebabkan tidak adanya parameter yang cukup jelas atau tolak ukur yang digunakan oleh DKPP dalam menangani pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. Akibatnya, terjadi kerancuan antara penegakan etik dan penegakan hukum yang berimplikasi menjadi kerancuan mengenai batas-batas peradilan etik dan peradilan hukum.<sup>9</sup>

Polemik kasus sengketa penetapan calon peserta Pilkada Kota Tangerang tahun 2013 dapat memberikan gambaran terkait kerancuan penegakan etik dan penegakan hukum. Di mana DKPP Melalui Putusan Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013, memerintahkan kepada KPU Provinsi Banten memulihkan hak konstitusional bakal pasangan calon Arief R. Wismansyah-Sachrudin dan bakal pasangan calon Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto.<sup>10</sup>

Langkah DKPP yang memulihkan hak konstitusional bakal pasangan calon Arief R. Wismansyah-Sachrudin dan bakal pasangan calon Ahmad Marju Kodri-

<sup>5</sup> Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316.

<sup>6</sup> Lihat Pasal 2 Huruf (g) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

<sup>7</sup> Jimly Asshiddiqie, "Pengenalan Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu", Makalah disampaikan dalam Forum Rapat Pimpinan Kepolisian Republik Indonesia, Jakarta, Februari 2013, h. 8.

<sup>8</sup> Berdasarkan Pasal 1 angka (6) Peraturan Bersama KPU, Bawaslu, dan DKPP Nomor 13, Nomor 11, dan Nomor 1 Tahun 2012 tentang Kode Etik Penyelenggara Pemilu, "Kode etik penyelenggara Pemilu adalah satu kesatuan landasan norma moral, etis dan filosofis yang menjadi pedoman bagi perilaku penyelenggara Pemilu yang diwajibkan, dilarang, patut atau tidak patut dilakukan dalam semua tindakan dan ucapan".

<sup>9</sup> Abdul Mukthie Fajjar, "Permasalahan Penegakan Hukum Pemilihan Umum: Antara Pelanggaran Pemilu, Sengketa Pemilu dan Perselisihan Pemilu", Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional Penegakan Hukum Pemilu, Hotel Tugu Malang, 12 September 2013, h. 4.

<sup>10</sup> Sebelumnya KPU Kota Tangerang hanya menetapkan tiga pasangan calon Pilkadkota Walikota dan Wakil Walikota Tangerang Tahun 2013, yakni pasangan calon Harry Mulya Zein-Iskandar Nomor Urut 1, Pasangan calon Abdul Syukur- Hilmi Fuad Nomor Urut 2, dan pasangan Dedy S Gumelar-Suratno Abu Bakar Nomor Urut 3. Hal tersebut sesuai dengan Surat Keputusan KPU Kota Tangerang Nomor 67/Kpts-Kota Tng/015.436421A/II/2013 tertanggal 24 Juli 2013 tentang peserta yang memenuhi syarat dalam Pilkadkota Kota Tangerang Tahun 2013.

Gatot Suprijanto sebagai pasangan calon peserta Pilkada Kota Tangerang secara konseptual dan yuridis melanggar ketentuan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilu, karena Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 hanya memberikan kewenangan menetapkan pasangan calon kepala daerah kepada institusi KPU daerah (KPUD),<sup>11</sup> sedangkan proses penyelesaian sengketa penempatan pasangan calon Pilkada merupakan ranah kewenangan lembaga peradilan (PTUN).

Ketentuan Pasal 1 angka (22) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011, menyatakan bahwa DKPP adalah lembaga yang bertugas menangani pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu dan merupakan satu kesatuan fungsi penyelenggaraan Pemilu. Oleh karena itu, DKPP hanya diberikan kewenangan mengurus penegakan kode etik penyelenggara Pemilu dan tidak diperkenankan masuk terlalu jauh memeriksa dan menilai substansi keputusan yang telah diambil oleh KPUD. Ketentuan Pasal 112 ayat (10) dan ayat (11) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 menguatkan kewenangan DKPP terbatas pada penegakan kode etik penyelenggara Pemilu dengan menyebutkan “putusan DKPP hanya berupa sanksi atau rehabilitasi”. Sanksi yang dimaksud dapat berupa teguran tertulis, pemberhentian sementara, atau pemberhentian tetap.

Pola hubungan kelembagaan penyelenggara Pemilu di atas, menunjukkan kecenderungan DKPP mendominasi serta memonopoli fungsi untuk mewujudkan Pilkada yang jujur dan adil. Tidak adanya parameter atau batasan penegakan kode etik penyelenggara Pemilu, menyebabkan pelanggaran kode etik itu merambah ke mana-mana, sehingga DKPP masuk terlalu jauh mengurus penyelenggaraan Pilkada (domain KPUD) dengan menetapkan pasangan calon peserta Pilkada dan mengurus penyelesaian sengketa-sengketa penempatan pasangan calon Pilkada (PTUN).<sup>12</sup>

Konsepsi negara hukum mewajibkan praktik pelaksanaan kewenangan lembaga negara harus berdasarkan pada ketentuan dasar hukumnya (konstitusionalitas). Kewenangan itu (*legal power*) merupakan kekuasaan yang sah menurut hukum untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu yang bersumber pada peraturan perundang-undangan.<sup>13</sup> Oleh karena itu, DKPP seharusnya menyadari koridor kewenangannya, karena praktik pelampauan kewenangan akan merusak tatanan

<sup>11</sup> Lihat ketentuan Pasal 9 ayat (3) huruf (g) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011.

<sup>12</sup> Didik Suprijanto et al, *Penguatan Bawaslu: Optimalisasi Posisi, Organisasi, dan Fungsi dalam Pemilu 2014*, Jakarta: Perludem, 2012, h.v.

<sup>13</sup> Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Rajawali Press, 2011, h. 100.

atau regulasi penegakan hukum Pemilu dan penegakan kode etik penyelenggara Pemilu.<sup>14</sup> Apalagi regulasi penegakan hukum Pemilu dimaksudkan sebagai upaya pembatasan dan pengamanan (*powerlimited by power*) serta prinsip *checks and balances*.

Serangkaian permasalahan diatas, menunjukkan tidak adanya jaminan kepastian hukum dan rancunya penegakan hukum Pemilu dan penegakan kode etik penyelenggara Pemilu. Oleh karena itu, peneliti akan menganalisis secara yuridis Putusan MK Nomor 115/PHPU.D-XI/2013 tentang PHPUD Kota Tangerang Tahun 2013 (studi kasus Putusan DKPP Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013 tentang pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu oleh KPU Kota Tangerang) serta implikasinya terhadap pelaksanaan kewenangan DKPP dalam penegakan kode etik penyelenggara Pemilu, sehingga jelas penggunaan kewenangan masing-masing institusi penyelenggara Pemilu.

## **B. Permasalahan**

Adapun rumusan masalah yang dibahas oleh penulis sebagai berikut :

1. Apa yang melatarbelakangi DKPP mengeluarkan putusan yang merupakan kewenangan KPU dan Bawaslu?
2. Apa dampak Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kota Tangerang Tahun 2013 No 115/PHPU.D-XI/2013 terhadap pelaksanaan kewenangan DKPP?

## **C. Metode Penelitian**

Penelitian ini merupakan penelitian yang bersifat yuridis-normatif dengan menggunakan data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Analisis data dilakukan dengan menganalisis bahan hukum kepustakaan secara kualitatif. Pendekatan yang digunakan yakni studi kasus yudisial (*case approach*) Putusan DKPP Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013. Hal ini dilakukan dengan mempelajari dasar-dasar atau landasan hukum sebagai bahan kajian. Di dalam penelitian ini, variabel bebasnya Putusan MK No 115/PHPU.D-XI/2013 tentang PHPU KDH Kota Tangerang Tahun 2013, sedangkan variabel terikatnya adalah kewenangan DKPP dalam menegakkan kode etik penyelenggara Pemilu.

<sup>14</sup> Mohammad Fajrul Falaakh, *Darurat Hukum (Sumbang Saran Anggota Komisi Hukum Nasional)*, Jakarta:Komisi Hukum Nasional, 2013, h. 185.

## D. Hasil Penelitian dan Pembahasan

### 1. Dalil Keadilan Restoratif dan Menjamin Penyelenggaraan Pemilu yang Beretika

Sepanjang penyelenggaraan Pilkada sejak 2005 titik persolan yang paling dominan muncul adalah sengketa administrasi pencalonan atau sengketa penetapan calon peserta Pilkada menjadi calon resmi oleh KPUD melalui sebuah keputusan tata usaha negara.<sup>15</sup> Pertanyaannya kemudian lembaga negara manakah yang diberikan kewenangan untuk memeriksa, mengadili, dan memutus persoalan administrasi pencalonan atau sengketa penetapan calon peserta Pilkada.

Berdasarkan ketentuan Pasal 2 huruf (g) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009), mengatur bahwa tidak termasuk pengertian keputusan tata usaha negara menurut undang-undang ini “keputusan panitia pemilihan, baik pusat maupun daerah, mengenai hasil pemilihan umum”.

Ketentuan Pasal 2 huruf (g) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tersebut secara limitatif mengatur bahwa keputusan mengenai pencalonan atau penetapan calon peserta Pilkada oleh KPUD adalah bukan keputusan tentang hasil Pemilu. Sejalan dengan itu, Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 7 Tahun 2010 (SEMA No 7 Tahun 2010), menyatakan keputusan KPU dalam penyelenggaraan Pilkada digolongkan sebagai keputusan yang diterbitkan oleh pejabat tata usaha negara (*beschikking*), dengan demikian lembaga peradilan yang berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus persoalan administrasi pencalonan atau sengketa penetapan calon peserta Pilkada, adalah PTUN.

Dalam menangani sengketa penetapan calon peserta Pilkada, PTUN dituntut melaksanakan pemeriksaan cepat untuk mewujudkan tertib administrasi negara serta menjaga ruh demokrasi di Indonesia. Namun faktanya selama ini mekanisme penyelesaian sengketa penetapan calon peserta Pilkada melalui saluran hukum pada institusi PTUN tidak memberikan jaminan pemulihan hak konstitusional pasangan calon kepala daerah yang

<sup>15</sup> Ivan Mawardi, *Dinamika Sengketa Administrasi di Pemilukada*, Yogyakarta: Rangkang Education, 2014, h. 112.

dirugikan oleh keputusan KPUD dan seringkali menimbulkan masalah baru dikemudian hari.

Penyebabnya putusan PTUN tidak menjadi salah satu alasan untuk menunda atau membatalkan (*schorsing*) tahapan Pilkada dan waktu penyelesaian perkara sengketa penetapan calon peserta terlalu lama.<sup>16</sup> Padahal seharusnya filosofi mekanisme penyelesaian sengketa melalui lembaga pengadilan adalah untuk memberikan solusi yang baik dalam rangka penegakan hukum Pemilu dan memastikan terlaksananya prinsip-prinsip Pemilu yang jujur agar hak seorang tetap dapat dilindungi dan kerugian yang dialami seseorang dapat dipulihkan.<sup>17</sup>

Menyadari kelemahan dalam proses penyelesaian sengketa penetapan calon peserta Pilkada melalui saluran hukum di PTUN, maka DKPP mengambil langkah (*ijtihad*) mengisi kelemahan itu, dengan menggunakan dalil keadilan restoratif dan menjamin penyelenggaraan Pemilu yang beretika, DKPP masuk ke ranah pemulihan hak konstitusional (*right to be candidate*). Salah satunya, langkah DKPP menyelesaikan sengketa penetapan bakal pasangan calon Pilkada Walikota dan Wakil Walikota Tangerang Tahun 2013.

Pada kasus Pilkada Kota Tangerang, KPU Kota Tangerang menyatakan bakal pasangan calon Arief R. Wismansyah-Sachrudin tidak memenuhi syarat (TMS) untuk ditetapkan sebagai pasangan calon peserta Pilkada Kota Tangerang. KPU Kota Tangerang mendalilkan bahwa Sachrudin tidak memenuhi ketentuan Pasal 59 ayat (5) huruf (g) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, yang menyatakan partai politik atau gabungan partai politik pada saat mendaftarkan calon partai politik, wajib: menyerahkan surat pernyataan mengundurkan diri dari jabatan negeri bagi calon yang berasal dari pegawai negeri sipil, anggota Tentara Nasional Indonesia, dan anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia. Menurut KPU Kota Tangerang pengunduran diri Sachrudin dari jabatannya tidak mendapatkan respon oleh atasannya (Walikota Tangerang), sehingga statusnya masih sebagai pegawai negeri dan tidak memenuhi syarat.

Sedangkan bakal pasangan calon Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto dinyatakan tidak memenuhi syarat (TMS) dukungan suara minimal dari partai

<sup>16</sup> Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi perihal Perselisihan Hasil Pemilihan Kepala Daerah Nomor 115/PHPU.D-XI/2013, 1 Oktober 2013.

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

politik atau/gabungan partai politik pendukung sesuai yang dipersyaratkan dalam Pasal 59 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan Pasal 62 angka (1) Peraturan KPU Nomor 9 Tahun 2012 tentang Pedoman Teknis Pencalonan Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah: Partai politik atau gabungan partai politik dapat mendaftarkan pasangan calon apabila memenuhi persyaratan perolehan sekurang-kurangnya 15% (lima belas persen) dari jumlah kursi DPRD atau 15% (lima belas persen) dari akumulasi perolehan suara sah dalam pemilihan umum anggota DPRD di daerah yang bersangkutan.

Bakal pasangan calon Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto tidak memenuhi syarat dukungan partai politik atau/gabungan partai politik pendukung sebanyak 15% kursi anggota DPRD atau 15 % suara sah, karena memiliki dualisme dukungan partai politik dengan bakal pasangan calon Harry Mulya Zein-Iskandar, yang sama-sama didukung oleh Partai Hati Nurani Rakyat (Hanura). Kemudian pada tanggal 15 Juni 2013 KPU Kota Tangerang mengeluarkan Surat Keputusan Nomor 312/KPU-Kota-015.436421/VI/2013 tanggal 15 Juni 2013, yang menyatakan bahwa:<sup>18</sup>

- 1) Kelengkapan administrasi pengajuan bakal calon Walikota dan Wakil Walikota Tangerang Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto oleh partai politik/gabungan partai politik tidak lengkap dan tidak memenuhi syarat;
- 2) Kelengkapan administrasi bakal calon Walikota dan Wakil Walikota Tangerang Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto tidak lengkap dan tidak memenuhi syarat bakal pasangan calon.

Pengusulan rangkap Partai Hanura tersebut menimbulkan persoalan yuridis, karena tidak mungkin sebuah partai politik dalam waktu yang sama mengusulkan dua pasangan calon kepala daerah dalam satu Pilkada.<sup>19</sup> Apalagi posisi kedua pasangan calon tersebut terancam tidak memenuhi syarat dukungan partai politik apabila usulan Partai Hanura ditetapkan untuk satu pasangan calon.

<sup>18</sup> Surat Keputusan KPU Kota Tangerang Nomor 312/KPU-Kota-015.436421/VI/2013 tanggal 15 Juni 2013

<sup>19</sup> Pasal 9 ayat (1) dan (3) Peraturan Komisi Pemilihan Umum Nomor 9 Tahun 2012 tentang Pedoman Teknis Pencalonan Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah ditentukan bahwa: "Pasal (1) Partai politik atau gabungan partai politik hanya dapat mengusulkan 1 (satu) bakal pasangan calon. Dan Pasal (3) Partai politik atau gabungan partai politik yang sudah mengajukan bakal pasangan calon dan sudah menandatangani kesepakatan pengajuan bakal pasangan calon, tidak dibenarkan menarik dukungan kepada bakal pasangan calon yang bersangkutan, dengan ketentuan apabila partai politik atau gabungan partai politik tetap menarik dukungan terhadap bakal pasangan calon yang bersangkutan, partai politik atau gabungan partai politik tersebut dianggap tetap mendukung bakal pasangan calon yang telah diajukan.

Dalam hal ini, KPU Kota Tangerang hanya mengakui legalitas dukungan partai Hanura kepada bakal pasangan calon Harry Mulya Zein-Iskandar, sesuai Surat Keputusan DPP Partai HANURA Nomor SKEP/B/683/DPP-HANURA/VI/2013 tertanggal 18 Juni 2013 tentang Pengesahan Nama calon Walikota dan Calon Wakil Walikota Tangerang Provinsi Banten Periode 2013-2018, sehingga secara otomatis bakal pasangan calon Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto tidak memenuhi syarat dukungan partai politik atau/gabungan partai politik pendukung.

Merasa dilanggar dan diabaikan hak konstitusionalnya oleh keputusan KPU Kota Tangerang, bakal pasangan calon Arief R. Wismansyah-Sachrudin mengajukan gugatan ke PTUN Serang tertanggal 29 Juli 2013 yang didaftarkan di Kepaniteraan PTUN Serang dengan Register Perkara Nomor 23/G/2013/PTUN-SRG. Pada saat yang bersamaan bakal pasangan calon Arief R. Wismansyah-Sachrudin dan bakal pasangan calon Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto juga mengadakan komisioner KPU Kota Tangerang ke DKPP atas dugaan pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu, dengan Nomor Perkara 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor Perkara 84/DKPP-PKE-II/2013.

Dilandasi dalil keadilan restoratif dan menjamin penyelenggaraan Pemilu yang beretika. DKPP melalui Putusan Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013, secara khusus memerintahkan kepada KPU Provinsi Banten untuk memulihkan hak konstitusional bakal pasangan calon Arief R. Wismansyah-Sachrudin dan bakal pasangan calon Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto. Menurut Jimly Asshiddiqie,<sup>20</sup> putusan DKPP Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013 adalah contoh keadilan yang memulihkan bukan sekadar keadilan retributif atau keadilan membalaskan dendam dengan hukuman. Namun ini adalah keadilan yang membalaskan atau mengganjar pelanggaran tapi juga memulihkan keadilan.

Keadilan restoratif merupakan proses penyelesaian tindakan pelanggaran hukum yang terjadi dilakukan dengan membawa korban dan pelaku bersama-sama duduk dalam satu pertemuan untuk sama-sama berbicara.<sup>21</sup> Umumnya, proses peradilan konvensional selalu dipahami dalam konteks paradigma keadilan retributif. Proses peradilan yang mengutamakan sistem sanksi

<sup>20</sup> Arif Firmansyah, "DKPP Pulihkan Hak Paslon Dua Walikota Tangerang", <http://www.beritasatu.com/politik/130363-dkpp-pulihkan-hak-paslon-dua-walikota-tangerang.html>, diakses 13 September 2014.

<sup>21</sup> Marlina, *Peradilan Pidana Anak di Indonesia: Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative of Justice*, Bandung:Refika Aditama, 2009, h. 180.

hukum yang bersifat menghukum, membalas dendam, melampiaskan sakit hati, atau menyalurkan kemarahan, baik korban dalam arti sempit ataupun korban dalam arti luas, yaitu masyarakat pada umumnya yang tidak puas, dan bahkan benci dan marah kepada penjahat.<sup>22</sup>

Teori pembalasan ini mendapatkan perlawanan yang semakin kuat dan kritis di kalangan para ahli, seiring makin berkembang-luasnya kesadaran baru mengenai standar-standar kemanusiaan global.<sup>23</sup> Hukuman atau pidana mati semakin dipersoalkan dalam teori dan praktik, dan demikian pula sanksi penjara dipandang makin lama makin tidak efektif dalam mengendalikan kecenderungan perilaku menyimpang dalam kehidupan masyarakat modern.<sup>24</sup> Perlawanan terhadap konsep keadilan retributif ini, melahirkan konsep pendekatan keadilan restoratif yang mengharuskan adanya pemulihan/mengembalikan kerugian korban yang ditimbulkan oleh tindak

Dalam konteks penegakan kode etik penyelenggara Pemilu, DKPP menggunakan konsep keadilan restoratif tersebut sebagai langkah memulihkan nasib korban (pemulihan hak konstitusional), yang tidak hanya terikat pada hukum *procedural* yang bersifat *formalistic* tapi dipahami sebagai instrumen keadilan yang bersifat substantif dengan memberikan solusi keadilan yang pasti dan kepastian yang adil.<sup>25</sup> Dalil keadilan restoratif merupakan landasan utama inovasi melalui *vonnis* atau putusan DKPP sebagai pengadilan etik yang mengoreksi keputusan KPU beserta jajarannya yang menggugurkan kepesertaan partai politik dan pasangan calon kepala daerah.

Pada praktiknya, dalil keadilan restoratif yang digunakan oleh DKPP dalam memeriksa dan memutus hasil keputusan penyelenggara Pemilu (KPU Kota Tangerang), telah memberikan legitimasi terjadinya dukungan ganda dari satu partai, dalam hal ini Partai Hanura. DKPP juga mengintervensi kewenangan PTUN Serang dengan masuk ke ranah pemulihan hak konstitusional (*right to be candidate*). Padahal Majelis Hakim PTUN Serang yang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara Nomor 23/G/2013/PTUN-SRG sedang melaksanakan pemeriksaan pendahuluan.<sup>26</sup> Akibatnya bakal pasangan calon R. Wismansyah-

<sup>22</sup> Jimly Asshiddiqie, *Op. cit.*, h. 4-5

<sup>23</sup> Jimly Asshiddiqie, "Pengenalan Tentang DKPP dalam Rangka Penegakan Kode Etik Penyelenggara Pemilu", Makalah disampaikan dalam Rangka Hari Ulang Tahun Ikatan Hakim Indonesia ke-61, Jakarta, Maret 2014, h. 6.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Deytri Robekka Aritonang, "DKPP Dinilai Ancam Pemilu", <http://nasional.kompas.com/read/2014/01/22/1940355/DKPP.Dinilai.Ancam.Pemilu>, diakses 14 September



Sachrudin mencabut gugatannya pada PTUN Serang pada tanggal 12 Agustus 2013, karena hak konstitusionalnya telah dipulihkan oleh DKPP.

Ramlan Surbakti, mengatakan dalih DKPP memberikan keadilan bagi pihak bersengketa dengan membatalkan keputusan KPU, malah melanggar kode etik yang dibuatnya bersama KPU dan Bawaslu. Alasan *restorative of justice* yang digunakan, sudah ada lembaga yang melakukannya, yakni PTUN.<sup>27</sup> Secara konseptual dan yuridis bukan tugas DKPP untuk mengembalikan hak konstitusional pihak bersengketa karena wewenang mengembalikan hak konstitusional pasangan calon merupakan kewenangan PTUN.

*Performance* DKPP dengan dalil keadilan restoratif (keadilan yang memulihkan), dalam pratiknya mengancam kemandirian lembaga penyelenggara Pemilu (KPU dan Bawaslu) dan lembaga peradilan (PTUN), karena konsepsi kelembagaan penyelenggara Pemilu menempatkan DKPP sebagai organ tata usaha negara dan bukan merupakan lembaga peradilan yang berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus sengketa penetapan pasangan calon peserta Pilkada yang didasarkan keputusan yang dikeluarkan oleh KPU Kota Tangerang (*vide* Pasal 24 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945).

## **B. Bawaslu Tidak Memaksimalkan Kewenangannya**

Dalam konteks kisruh penetapan calon kepala daerah Kota Tangerang, Panwaslu Kota Tangerang telah menerbitkan hasil kajian dari laporan bakal calon Wakil Walikota Tangerang Sachrudin, yang dinyatakan tidak memenuhi syarat pencalonan sebagaimana diatur Pasal 59 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 oleh KPU Kota Tangerang. Melalui rekomendasinya, Panwaslu Kota Tangerang menyatakan terjadi pelanggaran administrasi yang dilakukan oleh KPU Kota Tangerang dalam proses seleksi bakal pasangan calon Wakil Walikota Sachrudin.<sup>28</sup> Akan tetapi, rekomendasi Panwaslu Kota Tangerang tersebut tidak direspon oleh KPU Kota Tangerang.

Tidak adanya kewenangan Bawaslu Provinsi dan Panwaslu menyelesaikan sengketa Pilkada dan hanya terbatas menyampaikan rekomendasi ke instansi terkait, berimplikasi tidak maksimalnya kinerja Bawaslu beserta jajarannya dalam penyelenggaraan Pilkada. Apalagi institusi Bawaslu beserta jajarannya

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Ricardo, "KPU Tangerang Dituding Tak Ikuti Rekomendasi Panwaslu", <http://www.jpnn.com/read/2013/08/05/185100/KPU-Tangerang-Dituding-Tak-Ikuti-Rekomendasi-Panwaslu>, diakses 15 September 2014.

tidak memiliki keberanian untuk mengambil keputusan dan mengeluarkan diskresi dalam penyelenggaraan Pilkada, karena ancaman pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. Akibatnya, keberadaan Bawaslu beserta jajarannya tidak menjadi solusi atas berbagai persoalan dalam penyelenggaraan Pilkada. Malah DKPP dengan dalil keadilan restoratif mengambil peran itu.

Harus diakui bahwa saat ini DKPP dapat dikatakan menjadi pilar utama penegakan hukum Pemilu dan penegakan kode etik penyelenggara Pemilu. Artinya, hampir semua permasalahan Pemilu masyarakat selalu berpaling ke DKPP untuk mendapatkan keadilan. Hal ini dapat dipahami, karena rendahnya pemahaman masyarakat tentang mekanisme hukum yang ditempuh ketika berhadapan dengan pelanggaran atau penyimpangan dalam penyelenggaraan Pemilu dan Pilkada.<sup>29</sup>

Akumulasi dari serangkaian penggunaan kewenangan oleh DKPP yang melampaui kewenangannya, banyak pihak yang memperlakukan putusan DKPP. Puncaknya Keputusan KPU Provinsi Banten Nomor 083/Kpts/KPU. Prov.015/Tahun 2013 tentang Penetapan Nomor Urut Pasangan Calon Walikota dan Wakil Walikota Tangerang (merupakan perintah dari putusan DKPP), dipermasalahkan di MK oleh salah satu pasangan calon peserta Pemilukada Kota Tangerang Tahun 2013. Melalui utusan Nomor 115/PHPU.D-XI/2013, MK memberikan teguran ke DKPP bahwa putusan DKPP di luar kaitannya pelanggaran kode etik merupakan produk yang cacat hukum.

### C. Implikasi Putusan MK Nomor 115/PHPU.D-XI/2013 terhadap Kewenangan DKPP

Sesungguhnya tindakan MK yang menilai konstiusionalitas Putusan DKPP Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013 bertentangan dengan ketentuan Pasal 112 ayat (12) UU No. 15 Tahun 2011, yang menyatakan putusan DKPP bersifat *final and binding*. Akan tetapi, MK berpandangan bahwa putusan DKPP sama dengan keputusan KPU sebagai penyelenggara Pemilu, sehingga dapat dinilai dan diputuskan oleh MK.

Terlepas dari persoalan dasar kewenangan MK menilai putusan DKPP Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013. MK telah menyelesaikan kekisruhan penggunaan kewenangan oleh penyelenggara Pemilu karena MK tidak hanya sekedar memeriksa, menilai dan menguji

<sup>29</sup> Ivan Mawardi, *Op. cit.*, h. 19.

perselisihan hasil Pilkada Kota Tangerang yang dipersengketakan tapi MK juga bertindak memeriksa, menilai, dan menguji konstitusionalitas putusan DKPP, secara langsung ataupun tidak langsung MK telah meluruskan keadaan, sehingga jelas penggunaan kewenangan oleh masing-masing lembaga penyelenggara Pemilu dan lembaga peradilan (PTUN).

Selain itu, penulis berpendapat bahwa Putusan MK Nomor 115/PHPU.D-XI/2013 yang menilai konstitusionalitas Putusan DKPP Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013, pada dasarnya telah memberikan kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan. Adapun parameternya yaitu, Pertama putusan MK memberikan jaminan kepastian hukum bagi para pencari keadilan Pemilu; Kedua putusan MK memberikan jalan keluar (solusi) dari persoalan tumpang tindih kewenangan penyelenggara Pemilu; Ketiga putusan MK mengandung aspek stabilitas yaitu ketertiban penyelenggaraan Pemilu; dan Keempat putusan MK memberikan jaminan tidak adanya polemik penggunaan kewenangan penyelenggara Pemilu dikemudian hari (aspek kemanfaatan).

Apabila dihubungkan dengan pelaksanaan kewenangan DKPP, teguran MK melalui Putusan Nomor 115/PHPU.D-XI/2013 memberikan rambu kepada DKPP agar tidak hanya bermodalkan niat baik mengatur dan menentukan sendiri pelaksanaan kewenangannya jika tidak diperintahkan oleh undang-undang. DKPP sebagai lembaga penyelenggara Pemilu yang diamanatkan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang harus menempatkan hukum sebagai panglima yang tidak boleh dilanggar maupun diabaikan.

Jika teguran MK ini tidak dipatuhi oleh DKPP dan tetap berpedoman pada keadilan restoratif dengan menguji aspek-aspek di luar etika penyelenggara Pemilu, maka DKPP akan menurunkan kredibilitas penyelenggara Pemilu serta berpotensi menimbulkan sengketa Pemilu baru. Hal tersebut merupakan konsekuensi logis karena putusan DKPP yang keluar dari ketentuan dasar hukumnya (menegakkan kode etik penyelenggara Pemilu) akan menjadi objek sengketa hasil Pemilu yang penanganannya akan dilakukan oleh MK. Tentu segala akibat hukumnya sudah dapat dipastikan, yakni batal demi hukum.

Ramlan Surbakti mengatakan, apabila DKPP masih saja berusaha menguji hasil kerja atau keputusan DKPP, maka bisa jadi pihak yang menentukan hasil Pemilu adalah DKPP, bukan lagi KPU beserta jajarannya sebagai penyelenggara Pemilu disemua tahapan.<sup>30</sup> Hal ini dapat mengakibatkan penyelenggaraan

<sup>30</sup> Ivan Mawardi, *Op. cit.*, h. 274-275.

Pemilu dan Pilkada terancam krisis legitimasi hukum karena putusan lembaga penyelenggara Pemilu dan lembaga peradilan dapat saling mengoreksi.

DKPP harus menyadari bahwa etika bernegara di Indonesia telah membagi-bagi kewenangan itu,<sup>31</sup> tidak ada kekuasaan yang boleh dibiarkan bebas tanpa adanya pembatasan dan pengawasan (*checks and balances*).<sup>32</sup> Dalam suatu negara demokrasi, kedudukan dan peranan setiap lembaga negara haruslah sama-sama kuat dan bersifat saling mengendalikan dalam hubungan *checks and balances*.<sup>33</sup> Prinsip efisiensi dan efektivitas demokrasi juga mengharapkan lembaga penyelenggara Pemilu untuk saling menghormati dan bekerja sama demi terwujudnya Pemilu yang jujur dan adil.

Lembaga penyelenggara Pemilu harus saling mendukung kedudukan masing-masing dengan menahan diri untuk mengintensifkan kewenangan yang dimilikinya karena praktik pelampauan kewenangan akan menimbulkan ketidakpastian hukum yang justru mengacaukan tertib penyelenggaraan Pemilu dan Pilkada. Oleh karena itu, eksistensi KPU dan Bawaslu sebagai bagian dari penyelenggara Pemilu dan PTUN sebagai lembaga peradilan wajib dihormati oleh DKPP.

#### **D. Putusan DKPP yang Bersifat *Final and Binding***

Berdasarkan Pasal 112 ayat (12) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011, menyatakan putusan DKPP bersifat *final and binding*, artinya tidak ada ruang untuk menilai atau menginterpretasikan Putusan DKPP. Ketentuan Pasal 112 ayat (12) tersebut, dipertegas lagi dalam Pasal 34 Peraturan Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pedoman Beracara Kode Etik Penyelenggara Pemilu, menyatakan bahwa:

- 1) Putusan DKPP bersifat final dan mengikat.
- 2) Penyelenggara Pemilu wajib melaksanakan putusan DKPP paling lama 7 (tujuh) Hari sejak putusan dibacakan.
- 3) Bawaslu memiliki tugas untuk mengawasi pelaksanaan Putusan DKPP.

Frasa *final and binding* dalam putusan DKPP, mewajibkan KPU dan Bawaslu untuk segera melaksanakan putusan DKPP paling lama 7 hari sejak putusan dibacakan. Walaupun secara konseptual dan yuridis putusan DKPP melampaui kewenangan yang dimilikinya (menegakkan kode etik penyelenggara Pemilu).

<sup>31</sup> Mohammad Fajrul Falaakh, *Loc. cit.*

<sup>32</sup> HotmaP. Sibuea, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, dan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, Jakarta: Penerbit Erlangga, Jakarta, 2010, h. 140.

<sup>33</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2009, h. 402.

Salah satunya, Putusan DKPP Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013, yang memerintahkan kepada KPU Provinsi Banten untuk memulihkan dan mengembalikan hak konstitusional bakal pasangan calon Arief R. Wismansyah-Sachrudin dan bakal pasangan calon Ahmad Marju Kodri-Gatot Suprijanto. Meskipun secara konseptual dan yuridis DKPP tidak memiliki kewenangan memulihkan hak konstitusional bakal pasangan calon, tapi KPU Provinsi Banten diharuskan melaksanakan putusan DKPP karena bersifat *final and binding*.

Putusan MK Nomor 115/PHPU.D-XI/2013, yang memberikan tafsir terhadap keabsahan dan konstitusionalitas putusan DKPP yang melampaui kewenangannya, adalah putusan yang cacat hukum dan tidak wajib diikuti, menunjukkan bahwa putusan DKPP yang bersifat *final and binding* menimbulkan efek psikologis bagi jajaran KPU serta Bawaslu berupa ketakutan akan sanksi pemecatan atau pemberhentian sementara dan berpotensi menimbulkan polemik hukum yang berkepanjangan. Sifat putusan DKPP yang *final and binding* juga menegaskan kewenangan pembinaan dan supervisi yang dimiliki KPU dan Bawaslu.<sup>34</sup>

DKPP juga bukanlah lembaga yang menjalankan kekuasaan kehakiman sebagaimana merujuk ketentuan Pasal 24 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sehingga putusan DKPP yang bersifat *final and binding* tidak dapat dipersamakan dengan putusan lembaga peradilan yang bersifat final dan mengikat.

Seharusnya putusan DKPP hanya bersifat rekomendasi dan tidak bersifat *final and binding* karena memerlukan persetujuan administrasi lebih lanjut dari KPU dan Bawaslu. Sifat putusan yang *final and binding* telah membuat DKPP menjadi lembaga *superior* dan menghilangkan prinsip *checks and balances* di antara lembaga yang terkait dengan penyelenggaraan Pemilu.<sup>35</sup> Oleh karena itu, penting untuk parmeninjau kembali rumusan frasa *final and binding* dalam skema putusan DKPP, sekaligus menyediakan saluran hukum untuk menguji putusan DKPP.

Belakangan MK melalui Putusan Nomor 31/PUU-XI/2013, menyatakan bahwa putusan DKPP yang bersifat final dan mengikat sebagaimana dimaksud

<sup>34</sup> Irvan Mawardi, *Op. cit.*, h. 290.

<sup>35</sup> Zaki Mubaroq, *Kedudukan DKPP dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Lampung: Pasca Sarjana Ilmu Hukum Universitas Lampung, 2013, h. 96.

dalam Pasal 112 ayat (12) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011, dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dan tidak dapat disamakan dengan putusan final dan mengikat dari lembaga peradilan pada umumnya oleh karena DKPP adalah perangkat internal penyelenggara Pemilu yang diberi wewenang oleh Undang-Undang. Menurut MK sifat final dan mengikat dari putusan DKPP haruslah dimaknai final dan mengikat bagi Presiden, KPU, KPU Provinsi, KPU Kabupaten/Kota, maupun Bawaslu dalam melaksanakan putusan DKPP.

Adapun keputusan Presiden, KPU, KPU Provinsi, KPU Kabupaten/Kota, maupun Bawaslu adalah merupakan keputusan pejabat TUN yang bersifat konkrit, individual, dan final yang dapat menjadi objek gugatan di PTUN. Berdasarkan Putusan MK Nomor 31/PUU-XI/2013 tersebut, maka secara *mutatis mutandis* PTUN memiliki kewenangan untuk memeriksa atau menilai kembali putusan DKPP yang menjadi dasar pembuatan keputusan pejabat tata usaha negara.

#### **E. Menakar Urgensi Keberadaan DKPP**

Keberadaan DKPP sebagai salah satu penyelenggara Pemilu, mengakibatkan sistim Pemilu di Indonesia semakin kompleks jika dibandingkan negara demokrasi lainnya. Hal ini disebabkan keberadaan DKPP menambah banyaknya lembaga penyelenggara Pemilu (KPU, Bawaslu, dan DKPP) yang dibentuk untuk mengurus penyelenggaraan Pemilu. Padahal keinginan mewujudkan proses berdemokrasi yang baik, bukan berarti lalu membentuk institusi penyelenggara Pemilu sebanyak-banyaknya.<sup>36</sup> Justru semakin banyak lembaga yang mengurus proses penyelenggaraan Pemilu, maka semakin kompleks masalah yang ditimbulkan, baik dari segi kewenangan, fungsi maupun kelembagaan.

Ali Munhanif berpendapat bahwa DKPP tidak diperlukan karena kelembagaannya bersinggungan dengan Bawaslu, keberadaan DKPP terlalu besar untuk dibuat semata-mata mempunyai tanggung jawab etik, tetapi apa itu etika politik dan apa itu etika hukumnya tidak jelas.<sup>37</sup> Menurut Saleh Partaonan Daulay, keberadaan DKPP perlu ditinjau ulang, karena DKPP memposisikan dirinya lebih tinggi dari KPU dan Bawaslu. Padahal, anggota KPU dan Bawaslu dipilih melalui seleksi ketat dan melewati proses yang

<sup>36</sup> Ali Munhanif, DKPP Lembaga Karet tidak Diperlukan, *Jurnal Desain Hukum*, Volume 13, Nomor 8, September 2013, h.20.

<sup>37</sup> Ali Munhanif, *Loc. Cit.*

cukup panjang. Sementara, anggota DKPP tidak diseleksi dan hanya ditunjuk oleh pemerintah.<sup>38</sup> Oleh karena itu, sebaiknya fungsi penegakan kode etik penyelenggara Pemilu, dimasukkan ke dalam wadah institusi KPU dengan melaksanakan mekanisme pengawasan internal yang bersifat transparan, dan akuntabel. Seperti mekanisme pengawasan internal yang dilaksanakan oleh MK melalui Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi atau Komisi Pemberantasan Korupsi melalui Komite Etik Komisi Pemberantasan Korupsi.

Ke depan formulasi desain kelembagaan Pemilu, cukup KPU sebagai lembaga pelaksana Pemilu, Bawaslu sebagai lembaga penyelesaian sengketa dalam proses Pemilu, dan MK sebagai peradilan yang menyelesaikan perselisihan hasil Pemilu, sedangkan mekanisme pengawasan eksternal dilaksanakan oleh pemilih, peserta Pemilu, dan pemantau Pemilu. Untuk itu perlu dibentuk unit khusus pada lembaga penegak hukum yang bersinggungan dengan penyelenggaraan Pemilu sebagai saluran bagi pemilih, peserta Pemilu, dan pemantau Pemilu melaporkan adanya praktik pelanggaran Pemilu.

## KESIMPULAN

### A. Simpulan

Latar belakang DKPP mengeluarkan putusan yang merupakan kewenangan KPU dan Bawaslu yaitu. Pertama, mengisi kelemahan dalam proses penyelesaian sengketa penetapan calon peserta Pilkada melalui saluran hukum di PTUN. Kedua, dengan menggunakan dalil keadilan restoratif dan menjamin penyelenggaraan Pemilu yang beretika, DKPP masuk keranah penyelamatan *right to be candidate* (Putusan DKPP Nomor 83/DKPP-PKE-II/2013 dan Nomor 84/DKPP-PKE-II/2013). Ketiga, Bawaslu Provinsi dan Panwaslu tidak mampu memaksimalkan kewenangan yang dimilikinya karena hanya terbatas menyampaikan rekomendasi pelanggaran administrasi Pilkada kepada KPUD dan tidak adanya keberanian mengambil keputusan dan mengeluarkan diskresi karena ancaman pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu.

Implikasi Putusan MK Nomor 115/PHPU.D-XI/2013 terhadap pelaksanaan kewenangan DKPP. Pertama, DKPP sebagai lembaga penyelenggara Pemilu harus konsisten pada koridornya memeriksa, mengadili, dan memutus

<sup>38</sup> Saleh Partaonan Dauly, "DKPP Perlu Ditinjau Ulang", [http://www.jumas.com/news/93911/DKPP\\_Perlu\\_Ditinjau\\_Ulang/Nasional/Politik-Keamanan](http://www.jumas.com/news/93911/DKPP_Perlu_Ditinjau_Ulang/Nasional/Politik-Keamanan), diakses 20 September 2014.

pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu menghormati kewenangan lembaga yang diamanatkan oleh undang-undang (KPU, Bawaslu dan PTUN). Kedua, putusan DKPP seharusnya bersifat rekomendasi dan tidak bersifat *final and binding* karena menimbulkan efek psikologis bagi jajaran KPU serta Bawaslu berupa ketakutan akan sanksi pemecatan atau pemberhentian sementara dan berpotensi menimbulkan polemik hukum yang berkepanjangan. Ketiga, keberadaan DKPP perlu ditinjau ulang.

## **B. Saran**

Berdasarkan hasil pembahasan yang telah dilakukan dan disimpulkan di atas, makasaran yang dapat diberikan oleh peneliti adalah sebagai berikut:

1. Penyelenggara Pemilu harus membangun pola komunikasi dan kordinasi yang baik, sehingga Pemilu yang adil dan berkualitas dapat terwujud.
2. Penegakan kode etik penyelenggara Pemilu sebaiknya dimasukkan ke dalam wadah internal institusi KPU dengan melaksanakan mekanisme pengawasan internal yang bersifat efektif dan efisien terhadap jajaran di bawahnya.

## **DAFTAR PUSTAKA**

- Abdul Mukthie Fadjar, 2013, "Permasalahan Penegakan Hukum Pemilihan Umum: Antara Pelanggaran Pemilu, Sengketa Pemilu dan Perselisihan Pemilu", Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional Penegakan Hukum Pemilu, Hotel Tugu Malang, 12 September .
- Ali Munhanif, DKPP Lembaga Karet tidak Diperlukan, *Jurnal Desain Hukum*, Volume 13, Nomor 8, September 2013, h.20.
- Didik Supriyanto et al, 2012, "*Penguatan Bawaslu: Optimalisasi Posisi, Organisasi, dan Fungsi dalam Pemilu 2014*", Jakarta: Perludem.
- Hotma P. Sibuea, 2010, "*Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, dan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*", Jakarta: Penerbit Erlangga, Jakarta.
- Irvan Mawardi, 2014, "*Dinamika Sengketa Administrasi di Pemilu*", Jakarta: Rangkang Education.
- Jimly Asshiddiqie, 2009, "*Hukum Tata Negara*", Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.



Jimly Asshiddiqie, 2013, "*Pengenalan Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu*", Makalah disampaikan dalam Forum Rapat Pimpinan Kepolisian Republik Indonesia, Jakarta, Februari 2013.

Jimly Asshiddiqie, 2014, "Pengenalan Tentang DKPP dalam Rangka Penegakan Kode Etik Penyelenggara Pemilu", Makalah disampaikan dalam Rangka Hari Ulang Tahun Ikatan Hakim Indonesia ke-61, Jakarta, Maret 2014.

Marlina, 2009, "*Peradilan Pidana Anak di Indonesia: Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative of Justice*", Bandung: Refika Aditama.

Mohammad Fajrul Falaakh, , 2013, "*Darurat Hukum (Sumbang Saran Anggota Komisi Hukum Nasional)*", Jakarta: Komisi Hukum Nasional.

Ridwan HR, 2011, "*Hukum Administrasi Negara*", Jakarta: Rajawali Press.

Zaki Mubaroq, 2013, "*Kedudukan DKPP dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*", Lampung: Pasca Sarjana Ilmu Hukum Universitas Lampung,

# ***Legal Reasoning Pada Perkara Pengujian Undang-Undang (Studi Perbandingan)***

## ***Legal Reasoning In Judicial Review (Comparison Study)***

**Loura Hardjaloka,**

Bahar & Partners, Jl. DR. Ide Anak Agung Gde Agung Blok 6.2,  
Kawasan Mega Kuningan, Jakarta Selatan  
Email: [loura.hardjaloka@gmail.com](mailto:loura.hardjaloka@gmail.com)/[loura@baharandpartners.com](mailto:loura@baharandpartners.com)

Naskah diterima: 10/03/2015 revisi: 10/02/2015 disetujui: 20/03/2015

### **Abstrak**

Pasal 24 C Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar 1945 menjadi dasar Mahkamah Konstitusi untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final (antara lain) guna menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Dalam pengujian, Mahkamah memiliki pembatasan yakni larangan pengujian terhadap perkara *nebis in idem* kecuali apabila materi muatan dalam Undang-Undang Dasar 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda. Dalam tulisan ini, terdapat 12 (dua belas) putusan Mahkamah Konstitusi yang menguji kembali beberapa undang-undang yang telah diuji konstitusionalitasnya karena terdapat materi muatan dalam Undang-Undang Dasar 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda. Berdasarkan penelitian yang dilakukan, terdapat perbedaan penalaran hukum dalam menerima dan memutus kembali perkara yang telah diujikan sebelumnya yang mana penalaran hukum yang digunakan Mahkamah yakni dengan menggunakan metode penafsiran hukum dan konstruksi hukum yang tidak selalu sama dalam memutus perkara yang satu dan yang lainnya. Dengan demikian, tulisan ini akan meneliti dan membandingkan metode penalaran hukum yang digunakan dalam memutus perkara pengujian tersebut.

**Kata Kunci:** *nebis in idem*, penalaran hukum, dan *judicial review*

### **Abstract**

*Article 24 C of Third Amendment of Constitution Law 1945 is the basis of the Constitutional Court to give the final and binding decision in terms of law examination against Constitution Law 1945. Constitutional Court has a restriction to not examine the nebis in idem case unless there is a different substance of Constitutional Law 1945 which is used as the based of examination. In this paper, there are 12 (twelve) Constitutional Court's decisions on law re-examination against the Constitutional Law 1945 because using different substance of Constitutional Law 1945 as the based of examination. Based on the research, which has been conducted, there are legal reasoning differences in accepting and deciding the cases which have been decided previously which the Court uses different legal interpretation and construction in deciding the case. Thus, this paper will examine and compare legal reasoning methods which are used in deciding the case.*

**Keywords:** *nebis in idem, legal reasoning, judicial review*

## **PENDAHULUAN**

Penjelasan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi mengatur bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final yang artinya langsung memperoleh kekuatan hukum sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum lain yang dapat ditempuh sehingga selain sifat final juga mencakup kekuatan hukum mengikat (*final and binding*). Pembatasan dalam pengujian UU terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ("UUD 1945") oleh MK adalah dalam hal perkara *nebis in idem*. *Nebis in idem* diatur dalam Pasal 60 UU MK mengatur bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji tidak dapat dimohonkan pengujian kembali, kecuali jika materi muatan dalam UUD 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda. Dengan demikian, sifat final dan mengikat pada putusan MK berarti tidak dimungkinkannya untuk menempuh upaya hukum dan pengujian yang kedua kali terhadap materi muatan UU yang telah diuji oleh MK, kecuali adanya perbedaan materi muatan dalam UUD 1945 yang dijadikan dasar pengujian.

Berdasarkan putusan MK antara tahun 2003-2014, terdapat beberapa kasus dimana materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian UU diuji lebih dari sekali dengan pemohon yang berbeda-beda yang diantaranya terdapat 2 (dua) kasus di mana perkara yang diputus terdahulu dan perkara yang diputus kemudian

amar putusannya sama, yakni permohonan ditolak; dan 3 (tiga) kasus selebihnya terdapat perbedaan amar putusan antara perkara yang diputus terdahulu dengan perkara yang diputus kemudian, yakni ada yang ditolak dan ada pula yang dikabulkan. Adapun dalam memutus sejumlah perkara tersebut, hakim MK menggunakan berbagai penalaran hukum berupa metode penafsiran hukum dan metode konstruksi hukum sehingga dapat memberikan putusan yang tepat. Berdasarkan hal tersebut, tulisan ini akan membahas mengenai perbandingan metode penalaran hukum yang digunakan hakim konstitusi dalam memutus perkara pengujian materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang telah diuji sebelumnya.

Oleh karena tulisan ini bertujuan untuk mengungkapkan penalaran hakim MK dalam memutus materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian UU yang telah diuji konstitusionalitasnya maka metode penelitian yang digunakan ialah penelitian hukum normatif dengan analisis kualitatif. Penelitian hukum normatif merupakan penelitian kepustakaan berupa peraturan perundang-undangan, buku, artikel, hasil penelitian, dan pendapat ahli yang berkaitan dengan rumusan permasalahan di atas. Berdasarkan data dan informasi yang sudah diperoleh, akan dilakukan analisis kualitatif yakni suatu cara penelitian yang menghasilkan data deskriptif analitis, yaitu apa yang ditemukan dalam praktek dan literatur diteliti dan dipelajari sebagai sesuatu yang utuh.

## **PEMBAHASAN**

### **A. Penalaran Hukum: Sebuah Teori**

Secara sederhana, penalaran hukum merupakan silogisme yang dikenal sebagai cara menemukan kebenaran logis dengan memperhatikan kebenaran antara premis dan konklusi.<sup>1</sup> Dalam penalaran hukum, kesimpulan yang rasional harus ditunjang oleh premis yang juga rasional sehingga tidak terjadi kesesatan di dalamnya.<sup>2</sup> Dalam upaya menghindari terjadinya kesesatan hukum, hakim perlu menggunakan metode tertentu dalam melakukan penalaran hukum. Penalaran

<sup>1</sup> Bernard Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum: Sebuah Penelitian tentang Fundasi Keefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Bandung: Mandar Maju, 2009, h. 163.

<sup>2</sup> Secara garis besar, kesesatan terjadi karena persoalan semantik dan persoalan relevansi. Kesalahan semantik disebabkan oleh adanya ambiguitas makna kata atau adanya peluang tafsir ganda pada suatu kalimat. Sementara kesalahan relevansi terjadi karena konklusi tidak memiliki hubungan logis dengan premis. Dalam melakukan penalaran hukum, kesesatan hukum bisa terjadi karena ketidakpahaman (paralogis), bisa pula terjadi karena adanya unsur kesengajaan yang digunakan untuk menyesatkan pihak lain (sufisme). Lihat Philipus M. Hadjon dan Titiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2009, h. 15.

hukum dapat dilakukan melalui metode penafsiran hukum dan metode konstruksi hukum. Penafsiran hukum perlu dilakukan oleh hakim manakala terdapat norma ketentuan peraturan perundang-undangan yang tidak jelas atau kabur. Sedangkan konstruksi hukum dilakukan oleh hakim ketika menghadapi kekosongan hukum. Untuk mengisi kekosongan hukum itu hakim bisa menggunakan metode analogi, metode penyempitan hukum dan metode *a contrario*.<sup>3</sup>

## 1. Penafsiran Hukum

Penafsiran hukum dilakukan untuk memperoleh kejelasan norma hukum. Menurut Ronald Dworkin, kegiatan menafsir memiliki dua pengertian, yaitu (i) Menafsir berarti mencoba memahami sesuatu dengan cara tertentu. Dalam hal ini penafsir mencoba menemukan motif atau maksud dari apa yang tergambar dalam pernyataan, tulisan, atau lukisan, pada saat kesemua tersebut dibuat; (2) Menafsir berarti menghadirkan obyek yang ditafsirkan secara akurat sebagaimana adanya, bukan sebagaimana yang diinginkan oleh penafsirnya.<sup>4</sup> Adapun beberapa metode penafsiran hukum yang pokok dan lazim digunakan oleh hakim saat ini adalah sebagai berikut:

- a. Penafsiran Gramatikal (Objektif), merupakan penafsiran menurut bahasa. Penafsiran gramatikal memiliki arti penting karena bahasa merupakan sarana bagi hukum. Peraturan perundang-undangan menggunakan bahasa yang ditulis. Untuk mengetahui makna ketentuan peraturan perundang-undangan perlu penafsiran supaya mudah dijelaskan dalam bahasa umum sehari-hari. Penafsiran secara gramatikal ini merupakan penafsiran yang paling sederhana. Dengan metode penafsiran gramatikal, penafsiran atas kata-kata dalam undang-undang dilakukan sesuai dengan kaidah bahasa dan kaidah hukum tata bahasa. Arti naskah peraturan perundang-undangan dipahami menurut bunyi kata-katanya. Pengungkapan maknanya harus memenuhi standar logis dan mengacu pada bahasa umum yang lazim digunakan sehari-hari oleh masyarakat.<sup>5</sup>
- b. Penafsiran Sistematis, merupakan penafsiran yang mengaitkan suatu peraturan dengan peraturan lainnya. Dalam penafsiran sistematis, hakim melihat hukum sebagai satu kesatuan sistem peraturan. Suatu peraturan perundang-undangan tidak dilihat sebagai peraturan yang berdiri sendiri, melainkan sebagai bagian dari suatu sistem. Hubungan antara peraturan

<sup>3</sup> Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Bandung: Alumni, 2008, h. 52–53.

<sup>4</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, h. 54.

<sup>5</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2009, h. 57.

perundang-undangan yang satu dengan yang lain tidak hanya ditentukan oleh tempat berlakunya, tetapi juga oleh asas-asas yang sama yang menjadi dasar bagi peraturan perundang-undangan itu. Meski demikian, penafsiran sistematis tidak boleh keluar dari sistem peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam suatu negara.<sup>6</sup>

- c. Penafsiran Teleologis, merupakan penafsiran yang dilakukan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Penafsiran teleologis dilakukan dengan terlebih dahulu mencari tujuan suatu peraturan perundang-undangan. Tujuan ini dianggap lebih penting daripada isi peraturan perundang-undangan yang ada. Penafsiran teleologis hanya bisa dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan yang memiliki tujuan kemasyarakatan.<sup>7</sup> Dengan melakukan penafsiran teleologis atau sosiologis, hakim dapat mengatasi kesenjangan yang muncul antara sifat positif hukum dan kenyataan hukum yang berkembang. Di sinilah letak pentingnya penafsiran teleologis. Karena sifatnya yang terbuka dalam merespons perkembangan persoalan hukum, penafsiran teleologis atau sosiologis disebut juga sebagai penafsiran kontekstual.<sup>8</sup>
- d. Penafsiran Historis (Subjektif), merupakan penafsiran dengan merunut latar belakang perumusan suatu ketentuan hukum tertentu atau sejarah hukumnya. Di sini penafsiran historis hendak memahami konteks sejarah hukum, baik sejarah terbentuknya suatu peraturan perundang-undangan maupun sejarah hukum itu sendiri.<sup>9</sup> Dengan kata lain, ada dua macam penafsiran historis. Pertama, penafsiran menurut sejarah pengaturannya atau sejarah undang-undangnya. Penafsiran ini mencari maksud dari dibentuknya sebuah undang-undang sehingga kehendak pembentuk undang-undang menjadi sangat menentukan. Kedua, penafsiran menurut sejarah kelembagaan hukumnya. Penafsiran yang demikian ini hendak memahami asal usul munculnya hukum dalam pandangan masyarakat.<sup>10</sup>
- e. Penafsiran Komparatif, merupakan penafsiran dengan cara membandingkan peraturan perundang-undangan pada suatu sistem hukum dengan peraturan perundang-undangan yang ada pada sistem hukum lainnya.

<sup>6</sup> Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum: Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, Yogyakarta: UII Press, 2006, h. 86.

<sup>7</sup> Peter de Cruz, *Comparative Law in A Changing World*, London: Cavendish Publishing, 1999, h. 270.

<sup>8</sup> Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia Publishing, 2007, h. 223.

<sup>9</sup> Sudikno Mertokusumo, *op.cit.*, h. 60.

<sup>10</sup> Charles Grove Haines, *The Role of The Supreme Court in American Government and Politics 1789-1835*, London: Cambridge University Press, 1944, h. 27.

Penafsiran komparatif dilakukan dengan cara mencari kesamaan atau ketidaksamaan untuk menemukan penyelesaian persoalan hukum. Penafsiran komparatif dilakukan ketika hakim membutuhkan kejelasan suatu ketentuan peraturan perundang-undangan.<sup>11</sup> Metode penafsiran komparatif ini biasanya digunakan oleh hakim ketika menangani kasus-kasus yang menggunakan dasar hukum positif yang lahir dari perjanjian internasional. Di luar hukum perjanjian internasional, kegunaan penafsiran komparatif bersifat terbatas.<sup>12</sup>

- f. Penafsiran Futuristik, merupakan penafsiran dengan mengacu kepada rumusan dalam rancangan undang-undang atau rumusan yang dicita-citakan. Dengan kata lain, penafsiran futuristik merupakan penafsiran yang menggunakan sumber hukum yang belum resmi berlaku. Penafsiran futuristik dilakukan ketika hakim memiliki keyakinan bahwa sebuah rancangan UU pasti akan segera diundangkan.<sup>13</sup>

## 2. Konstruksi Hukum

Disamping menggunakan penafsiran hukum, penalaran hukum juga dapat menggunakan konstruksi hukum. Konstruksi hukum digunakan ketika hakim dihadapkan pada situasi kekosongan hukum, yakni tidak ada ketentuan peraturan perundang-undangan ataupun yurisprudensi yang bisa dijadikan dasar untuk menemukan hukum. Dalam keadaan demikian hakim dituntut untuk menggali hingga menemukan hukum yang hidup dan mencerminkan nilai-nilai keadilan di tengah-tengah masyarakat.

Dalam melakukan konstruksi hukum, hakim memerlukan metode berpikir yang tepat sehingga dapat mengantarkannya pada penemuan hukum. Adapun metode yang lazim digunakan dalam konstruksi hukum adalah sebagai berikut:

### a. Analogi

Pada metode ini, konstruksi hukum dilakukan dengan cara mengabstraksikan prinsip suatu ketentuan untuk diterapkan dengan memperluas keberlakuannya pada suatu peristiwa konkrit atau persoalan hukum yang belum ada pengaturannya. Dengan analogi, peristiwa yang serupa, sejenis, atau mirip dengan yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan diperlakukan sama. Dalam analogi, suatu peraturan khusus

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Peter de Cruz, *op.cit.*, h. 233.

<sup>13</sup> Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, h. 69.

dijadikan umum tetapi tidak tertulis kemudian digali asas yang terdapat di dalamnya dan disimpulkan dari ketentuan yang umum itu ke peristiwa atau persoalan yang khusus.<sup>14</sup> Peraturan umum yang tidak tertulis dalam undang-undang itu diterapkan terhadap peristiwa tertentu yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, tetapi mirip atau serupa dengan peristiwa yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.<sup>15</sup>

**b. Penyempitan Hukum**

Pada metode ini, konstruksi hukum dilakukan dengan cara mengabstraksi prinsip suatu ketentuan untuk kemudian prinsip itu diterapkan dengan seolah-olah mempersempit keberlakuannya pada suatu peristiwa konkrit sehingga terjadi pengecualian-pengecualian. Penyempitan hukum diperlukan apabila terdapat ketentuan peraturan perundang-undangan yang abstrak atau pasif, sehingga jika diterapkan sepenuhnya akan menimbulkan ketidakadilan. Suatu ketentuan hukum disebut abstrak apabila normanya terlalu luas dan bersifat umum sehingga kalau diberlakukan akan mencakup kepada hal-hal yang tidak ada relevansinya. Ketentuan hukum disebut pasif apabila normanya tidak memiliki akibat hukum.<sup>16</sup> Oleh karena itu, dalam penyempitan hukum dibentuk pengecualian-pengecualian atau penyimpangan-penyimpangan baru dari peraturan-peraturan yang bersifat umum.<sup>17</sup>

**c. *A Contrario***

Pada metode ini, konstruksi hukum dilakukan dengan cara mengabstraksi prinsip suatu ketentuan untuk kemudian prinsip itu diterapkan secara berlawanan arti atau tujuannya pada suatu peristiwa yang belum ditemukan jalan hukumnya. Ada kalanya suatu peristiwa tidak secara khusus diatur oleh UU, tetapi kebalikan dari peristiwa tersebut diatur oleh UU. Cara menemukan hukumnya ialah dengan pertimbangan bahwa apabila UU menetapkan hal-hal tertentu untuk peristiwa tertentu, maka peraturan itu terbatas pada peristiwa tertentu itu dan untuk peristiwa di luarnya berlaku kebalikannya. Metode *a contrario* ini menjelaskan maksud peraturan perundang-undangan didasarkan pada pengertian sebaliknya dari peristiwa konkrit yang dihadapi dengan

<sup>14</sup> Patrick Nerhot, *Legal Knowledge and Analogy, Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, Dordrecht: Kluwer Academic Publisher, 1991, h. 73–74.

<sup>15</sup> Sudikno Mertokusumo, *op.cit.*, h. 67.

<sup>16</sup> Ahmad Rifai, *op.cit.*, h. 83.

<sup>17</sup> Sudikno Mertokusumo, *op.cit.*, hal. 71.



peristiwa yang diatur dalam undang-undang. Apabila suatu peristiwa tertentu diatur, tetapi peristiwa lainnya yang mirip tidak diatur, maka untuk yang terakhir ini berlaku hal sebaliknya.<sup>18</sup>

## **B. Penalaran Hukum dalam Pengujian Kembali UU yang Telah Diuji dengan Amar Putusan Sama**

### **1. Pengujian ketentuan Intersepsi Komunikasi dan Larangan Dikeluarkannya SP 3 Tersangka Korupsi**

Dalam hal ini terdapat 2 (dua) nomor perkara yang menguji UU Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Korupsi (UU KPK) yang amar putusan pada keduanya ditolak, yakni dalam Perkara No. 006/PUU-I/2003 dan Perkara No. 012-016-019/PUU-IV/2006.

Pada kasus No. 006/PUU-I/2003, Para Pemohon mendalilkan bahwa penerapan ketentuan tentang intersepsi komunikasi dalam Pasal 12 ayat (1) huruf a UU KPK yang tidak memberi batasan, kriteria, dan kualifikasi tentang obyek penyadapan dan perekaman sangat mengganggu rasa aman, perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda setiap anggota masyarakat. Terlebih hal tersebut juga menyebabkan tidak adanya jaminan bahwa hasil intersepsi komunikasi itu tidak akan disalahgunakan untuk pemerasan dan tujuan negatif lainnya. Adapun ketentuan yang melarang KPK mengeluarkan SP3 sebagaimana diatur dalam Pasal 40 UU KPK juga dipersalahkan para pemohon karena dianggap tidak memberikan jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum bagi penyelenggara negara atau siapapun yang menjadi tersangka, manakala penyidikan yang dilakukan oleh KPK tidak menemukan cukup bukti atas dugaan korupsi terhadap tersangka. Dalam pandangan Para Pemohon, SP3 sangat diperlukan oleh setiap tersangka kasus korupsi karena terkait dengan pemberhentian sementara tersangka dari jabatannya. Oleh karena itu, para pemohon menganggap Pasal 12 ayat (1) huruf a bertentangan dengan Pasal 28D Perubahan Kedua UUD 1945 dan Pasal 40 UU KPK bertentangan dengan Pasal 28G ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945.

Pengujian Pasal 12 ayat (1) huruf a dan Pasal 40 UU KPK dilakukan kembali oleh Para Pemohon kasus No. 012-016-019/PUU-IV/2006 yang mendalilkan bahwa Pasal 12 ayat (1) huruf a UU KPK telah memberikan

<sup>18</sup> *Ibid*, h. 69.

sarana kepada KPK untuk mempersiapkan pola pengebakan dan mengganggu rasa aman, ketenangan, dan perlindungan pribadi Para Pemohon. Selain itu, pasal tersebut mencerminkan ketidakcermatan pembentuk UU yang tidak mempertimbangkan berlakunya ketentuan tentang larangan melakukan kegiatan penyadapan dalam Pasal 40 UU Nomor 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi. Disamping itu, diberikannya kewenangan bagi KPK untuk melakukan intersepsi komunikasi telah melanggar hak warga Negara khususnya untuk mendapatkan rasa aman dalam komunikasi. Sementara itu, sehubungan dengan Pasal 40 UU KPK yang tidak memberikan kewenangan pada KPK untuk mengeluarkan SP3 merupakan pelanggaran terhadap asas praduga tidak bersalah dan telah melanggar prinsip persamaan dimuka hukum, kepastian hukum, dan bersifat diskriminatif. Dengan demikian, berdasarkan Pasal 40 UU KPK, seseorang yang disidik atau diperiksa sebagai tersangka KPK secara otomatis menjadi terdakwa. Oleh karena itu, para pemohon menganggap Pasal 12 ayat (1) huruf a bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945, Pasal 28F Perubahan Kedua UUD 1945, dan Pasal 28G ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 dan Pasal 40 UU KPK bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) Perubahan Ketiga UUD 1945, Pasal 27 ayat (1) UUD 1945, Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945, Pasal 28I ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945.

Dalam kedua perkara tersebut, Pasal 12 ayat (1) huruf a UU KPK diuji konstusionalitasnya karena dianggap tidak memberi batasan, kriteria, dan kualifikasi mengenai obyeknya sehingga mengganggu rasa aman, perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda setiap anggota masyarakat. Akan tetapi, MK menilai bahwa ketentuan tersebut merupakan pembatasan hak asasi manusia yang konstusional. Adapun landasan yang digunakan oleh MK ialah Pasal 28J ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945 yang mewajibkan setiap orang untuk tunduk kepada pembatasan hak asasi yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud untuk menjamin hak dan kebebasan orang lain dan untuk menciptakan keadilan. Dengan demikian, MK telah melakukan penafsiran sistematis karena konstusionalitas Pasal 12 ayat 1 huruf (a) tidak hanya diuji berdasarkan batu ujinya saja melainkan juga dengan Pasal 28J ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945 sebagai suatu kesatuan sistem norma yang saling terkait satu dengan yang lainnya.

Selanjutnya terkait pengujian Pasal 40 UU KPK dalam Perkara No. 006/PUU-I/2003, MK menggunakan penafsiran teleologis guna menentukan apakah larangan mengeluarkan SP3 bagi KPK konstitusional atau tidak. Menurut MK, KPK tidak diberi kewenangan mengeluarkan SP3 bertujuan agar lembaga itu tidak menyalahgunakan kewenangannya yang sangat besar, yakni melakukan supervisi terhadap dan mengambil alih penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan tindak pidana korupsi dari aparat penegak hukum lain. Penalaran hukum dengan metode penafsiran teleologis inilah yang mematahkan anggapan bahwa tidak diberikannya kewenangan mengeluarkan SP3 bagi KPK menghilangkan jaminan perlindungan dan kepastian hukum bagi tersangka, manakala dari hasil penyidikan tidak ditemukan cukup bukti.

Sedangkan dalam pengujian pasal yang sama namun dalam putusan yang berbeda yakni Perkara No. 012-016-019/PUU-IV/2006, MK menggunakan dua metode penalaran hukum. Pertama, penafsiran sistematis yang mana MK menekankan pentingnya melihat kaitan antara ketentuan Pasal 40 UU KPK yang melarang KPK mengeluarkan SP3 dengan ketentuan Pasal 44 ayat (3) yang memerintahkan KPK menghentikan penyelidikan jika bukti permulaan dipandang tidak cukup. Kedua, penafsiran teleologis karena dalam argumennya MK mengemukakan tujuan dirumuskannya UU KPK yakni agar KPK tidak menyalahgunakan kewenangannya yang sangat besar. Penalaran hukum Mahkamah tersebut menepis anggapan bahwa ketentuan larangan dikeluarkannya SP3 bagi tersangka korupsi merupakan bentuk diskriminasi sekaligus merupakan pelanggaran terhadap asas praduga tidak bersalah, asas persamaan di muka hukum, dan asas kepastian hukum.

## **2. Pengujian Ketentuan Kualifikasi Tindak Pidana Korupsi**

Dalam hal ini terdapat 2 (dua) nomor perkara yang menguji UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi ("**UU 31/1999**") yang amar putusan pada keduanya ditolak, yakni dalam Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Perkara Nomor 20/PUU- VI/2008.

Pemohon dalam Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 yang juga merupakan tersangka tindak pidana korupsi oleh Kejaksaan Agung dalam kasus pengadaan tanah untuk proyek pembangunan jalan tol *Jakarta Outer Ring Road*, mendalilkan bahwa kata "*dapat*" dalam frasa "*dapat merugikan keuangan*

*negara atau perekonomian negara*” dalam ketentuan mengenai Pasal 3 UU 31/2009 mengandung dua pengertian, yaitu kerugian belum terjadi dan kerugian sudah terjadi. Menyamakan akibat hukum keduanya berarti melanggar kepastian hukum yang adil, sangat tidak adil, tidak manusiawi, dan cenderung irasional sehingga telah menyalahi prinsip kepastian hukum yang adil dalam Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945. Bagi Pemohon, asas kepastian hukum yang adil berarti bahwa terhadap tindak pidana korupsi yang telah mengakibatkan kerugian negara atau perekonomian negara diancam hukuman berat dan terhadap tindak pidana korupsi yang tidak mengakibatkan kerugian negara atau perekonomian negara diancam hukuman ringan.

Permohonan pengujian kembali Pasal 3 UU 31/1999 juga diajukan oleh Pemohon yang merasa dirugikan karena menjadi terpidana kasus korupsi pengadaan obat-obatan sewaktu berlakunya keadaan darurat sipil di Maluku. Adapun dalil yang diajukan oleh Pemohon, yakni *Pertama*, Pemohon menganggap kualifikasi dan hukuman tindak pidana korupsi Pasal 3 UU 31 Tahun 1999 telah berlaku diskriminatif pada Pemohon. Ketika Pemohon melaporkan dugaan korupsi dalam pengadaan alat-alat kesehatan di Dinas Kesehatan Kabupaten Buru, justru pemohon yang ditangkap dan dihadapkan ke persidangan oleh jaksa. Sebaliknya, menurut Pemohon, jaksa membela koruptor terbesar di Maluku. Selain itu, pada saat ditangkap, pemohon telah menduduki jabatan sebagai anggota DPRD dan penangkapan atas diri pemohon belum mendapat izin dari Gubernur. Adapun hal ini melanggar Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945. *Kedua*, menurut Pemohon seharusnya jaksa/penuntut umum menggunakan wewenangnya dengan mengesampingkan perkara pemohon demi kepentingan umum karena pemohon melaksanakan tugas kemanusiaan. Argumen ini didasarkan pada Pasal 12 dan Pasal 22 UUD 1945. *Ketiga*, Pemohon mendalilkan bahwa Pengadilan Negeri Ambon, Pengadilan Tinggi Maluku dan Mahkamah Agung telah salah menerapkan hukum yang mana kesalahan dikarenakan tidak sesuai dengan hukum acara dan berjalan sepanjang proses pemidanaan. Dengan demikian, hal ini bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945, Pasal 28G ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945, dan Pasal 28I ayat (1) dan ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945. *Keempat*, Pasal 3 UU 31 Tahun 1999 bertentangan dengan Pasal 18 ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945 karena

memberikan keleluasaan kepada pemerintah daerah kabupaten/kota untuk mengatur dan mengurus sendiri pemerintahan berdasarkan asas otonomi dan tugas pembantuan. Bertentangan pula dengan Pasal 18 ayat (5) Perubahan Kedua UUD 1945 yang memberikan jaminan kepada pemerintah daerah untuk menjalankan otonomi seluas-luasnya, serta Pasal 18 ayat (6) Perubahan Kedua UUD 1945 yang menyatakan bahwa pemerintah daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

Pada kedua kasus tersebut, MK memutus perkara menggunakan penalaran hukum dengan metode penafsiran gramatikal. Dalam Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006, persoalan konstitusionalnya terletak pada pengertian kata “dapat” dalam frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dianggap mengandung dua pengertian, yaitu kerugian belum terjadi dan kerugian sudah terjadi. Ketika akibat hukum keduanya disamaratakan sama saja dengan melanggar kepastian hukum yang adil. Namun, MK menafsir pengertian kata “dapat” secara gramatikal sehingga MK memaknai kata “dapat” tidak dalam pengertian materilnya melainkan dalam pengertian formalnya. Artinya, ketika tindak pidana korupsi telah memenuhi unsur-unsur formalnya, maka hukuman dapat dikenakan terhadap pelakunya. Sedangkan dalam Perkara Nomor 20/PUU-VI/2008 yang menyatakan bahwa Pasal 3 UU 31 Tahun 1999 tidak relevan untuk diberlakukan dalam keadaan darurat, keadaan di mana pemerintah daerah sedang melaksanakan otonomi, keadaan di mana pemberlakuannya bersifat diskriminatif, dan keadaan di mana hukumannya dirasa menyiksa terpidana. MK menilai berbagai keadaan tersebut tidak memiliki hubungan hukum dengan ketentuan mengenai kualifikasi tindak pidana korupsi dan hukumannya karena yang menjadi persoalan adalah implementasi UU, bukan konstitusionalitas UU.

### **C. Penalaran Hukum dalam Pengujian Kembali UU yang Telah Diuji dengan Amar Putusan Berbeda**

#### **1. Pengujian Ketentuan Larangan bagi Calon Independen dalam Pilkada**

Dalam hal ini terdapat 2 (dua) nomor perkara yang menguji UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (“UU Pemda”) yang amar putusan pada keduanya berbeda, yakni pada Perkara No. 006/PUU-III/2005 dan Perkara No. 5/PUU-VI/2007.

Pada Perkara No. 006/PUU-III/2005, Biem Benjamin sebagai Pemohon merasa Pasal 59 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Pemda telah merugikan kepentingannya untuk menjadi calon kepala daerah. Selain itu, Pemohon juga mempersoalkan konstitusionalitas setiap ketentuan pada Bagian Keempat tentang Pemerintah Daerah yang di dalamnya terdapat frasa “Pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah”, “Calon Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah”, “Pasangan Calon Gubernur dan Wakil Gubernur”, “Pasangan Calon Bupati dan Wakil Bupati”, dan “Pasangan Calon Walikota dan Wakil Walikota”. Menurut Pemohon, setiap ketentuan yang mengandung frasa-frasa tersebut tidak sesuai dengan Pasal 22E ayat (3) dan ayat (4) Perubahan Ketiga UUD 1945, Pasal 27 ayat (1) UUD 1945, dan Pasal 28D ayat (3) Perubahan Kedua UUD 1945. Meskipun banyak ketentuan yang diuji konstitusionalitasnya namun Pemohon hanya mampu membuktikan memiliki kedudukan hukum untuk melakukan pengujian terhadap dua ketentuan saja yaitu Pasal 59 ayat (1) dan ayat (3). Terhadap kedua ketentuan tersebut, Pemohon menganggap kedua ketentuan tersebut bersifat diskriminatif karena menutup kemungkinan bagi adanya calon perseorangan tanpa kendaraan partai politik atau yang disebut dengan calon independen untuk menjadi peserta pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Padahal, menurut Pemohon, konstitusi tidak anti calon independen dengan bukti memberi kesempatan kepada calon perseorangan dalam pemilihan umum anggota Dewan Perwakilan Daerah. Dalam perkara ini, MK menolak permohonan Pemohon. MK berpendapat bahwa dalil Pemohon sepanjang pengujian terhadap ketentuan yang menghalangi calon independen itu, tidak beralasan.

Lebih lanjut, melalui Perkara No. 5/PUU-VI/2007 Pasal 59 ayat (1) dan ayat (3) UU Pemda kembali diujikan karena menurut Pemohon, kedua ketentuan tersebut menghalangi calon independen untuk menjadi peserta pilkada mengingat yang menjadi kontestan dalam pemilihan kepala daerah harus diusung oleh partai politik sehingga menghilangkan makna demokrasi yang sesungguhnya diamanatkan dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945. Dengan demikian, adanya kedua ketentuan tersebut hanya memberikan hak kepada partai politik untuk mengusulkan pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah telah menutup peluang bagi pasangan calon yang tidak memiliki kendaraan partai politik, menurut Pemohon, kedua ketentuan itu bersifat diskriminatif dan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan ayat

(3), serta Pasal 28 I ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945. Dalam putusan terdahulu, MK telah menyatakan bahwa pengaturan tata cara pemilihan kepada daerah merupakan pilihan kebijakan pembentuk UU. UU No. 32 Tahun 2004 telah menjabarkan perintah Pasal 18 ayat (4) Perubahan Kedua UUD 1945 dengan menetapkan pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah dilakukan melalui pemilihan umum secara langsung dengan calon yang diajukan oleh partai politik atau gabungan partai politik. Namun demikian, menurut MK, setelah dikeluarkannya Putusan MK Nomor 006/PUU-III/2005 tersebut, pembentuk UU mengundangkan UU Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh yang di dalamnya memuat ketentuan tentang tata cara pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah sebagaimana diatur dalam Pasal 67 ayat (1) yang salah satunya mengatur diperbolehkannya calon independen. Adapun amar putusan ini berbeda dari putusan sebelumnya yang mana dalam kasus ini MK mengabulkan permohonan Pemohon sehingga ketentuan yang menghalangi calon independen dalam Pasal 59 ayat (1) dan ayat (3) UU Pemda menjadi tidak konstitusional. Hal ini dikarenakan bagi MK tidak boleh terdapat perbedaan perlakuan antara hak WNI yang tinggal di Nangroe Aceh Darussalam dengan WNI di provinsi lainnya untuk menjadi peserta pilkada karena bertentangan dengan Pasal 28D ayat (3) Perubahan Kedua UUD 1945.

Berdasarkan kasus di atas, dapat dilihat bahwa dalam Perkara No. 006/PUU-III/2005, MK menggunakan penalaran hukum dengan metode penafsiran teleologis dan penafsiran sistematis. Melalui penafsiran teleologis, MK berpendapat bahwa Pasal 59 ayat (1) dan ayat (3) UU Pemda ialah konstitusional karena ketentuan tersebut merupakan kebijakan pembuat UU yang bertujuan untuk membangun demokrasi dengan mekanisme partai politik. Selain itu, dengan penafsiran sistematis, MK menepis anggapan bahwa ketentuan mengenai larangan bagi calon independen dalam pilkada bersifat diskriminatif dengan mempertimbangkan pengertian diskriminasi dalam Pasal 1 ayat (3) UU Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia.

Sedangkan dalam memutus Perkara No. 5/PUU-VI/2007, MK menggunakan penalaran hukum dengan metode konstruksi hukum analogi. Adapun MK memandang bahwa Pasal 59 ayat (1) dan ayat (3) UU Pemda menutup peluang bagi calon independen sederajat dengan Pasal 67 ayat (1) UU Pemerintahan Aceh yang membolehkan calon independen pilkada Aceh. Dengan kata lain,

MK menganalogikan konstiusionalitas calon independen di provinsi selain Aceh dengan calon independen di Provinsi Aceh. Berdasarkan analogi tersebut, MK menilai pembuat UU Pemerintahan Aceh telah menggunakan tafsir baru terhadap Pasal 18 ayat (4) Perubahan Kedua UUD 1945 dengan cara membolehkan calon independen menjadi peserta pilkada di Aceh. Oleh karena itu, tidak adil jika terjadi perbedaan perlakuan antara calon independen di Provinsi Aceh dengan calon independen diluar Provinsi Aceh.

## **2. Pengujian Ketentuan Batas Maksimal Masa Jabatan Kepala Daerah**

Dalam hal ini terdapat 4 (empat) nomor perkara yang menguji UU Pemda yang amar putusan keseluruhannya berbeda, sebagai berikut:

### **a. Perkara No. 8/PUU-VI/2008**

Dalam kasus ini, Pemohon mengajukan pengujian Pasal 58 huruf o UU Pemda karena merasa dirugikan dengan adanya surat KPU tanggal 25 September 2007 Nomor 725/15/IX/2007 dan Surat dari Menteri Dalam negeri tanggal 5 September 2007 Nomor 100/1680/OTDA yang mana kedua surat tersebut menggunakan Pasal 58 huruf o UU Pemda sebagai pembatas masa jabatan kepala daerah, sehingga Pemohon tidak dapat mencalonkan diri lagi menjadi Bupati Mamasa untuk periode 2008-2013. Sedangkan, menurut Pemohon meskipun dirinya telah menjadi Bupati Bantaeng pada tahun 1998-2003 dan Bupati Mamasa 2003-2008 namun pada tahun 1998-2003, proses pemilihan dilakukan dengan sistem parlemen dan bukan pemilihan umum. Apabila Pemohon dianggap telah 2 (dua) kali menjabat, maka UU Pemda berarti telah diberlakukan secara surut. Disamping itu, Pemohon berdalil bahwa adanya perbedaan lokasi saat menjabat sebagai Bupati sehingga apabila didasarkan pada Pasal 58 huruf o UU Pemda maka Pemohon baru sekali menjabat sebagai Bupati. Oleh karena itu, menurut Pemohon Pasal 58 huruf o UU Pemda bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945, Pasal 28D ayat (3) Perubahan Kedua UUD 1945, dan Pasal 28I ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945. Meskipun demikian kasus ini ditolak MK karena MK berpendapat bahwa (i) Pasal 58 huruf o UU Pemda harus dipahami sebagai ketentuan yang mengatur syarat untuk menduduki jabatan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Sedangkan Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 28D ayat (3) Perubahan Kedua UUD 1945 mengatur ketentuan tentang persamaan kedudukan warga negara di



dalam hukum dan pemerintahan. Oleh karena itu, Mahkamah menegaskan bahwa setiap warga negara yang memenuhi syarat, yakni belum dua kali menjabat kepala daerah sebagaimana diatur dalam Pasal 58 Huruf o UU Pemda, harus diperlakukan sama untuk menduduki jabatan sebagai kepala daerah; (ii) sehubungan dengan diskriminasi, persyaratan Pasal 58 huruf o UU Pemda tidak ada kaitannya dengan jaminan untuk tidak dilakukan diskriminatif. Oleh karena itu dalil Pemohon tidak beralasan.

**b. Perkara No. 22/PUU-VII/2009**

Dalam kasus ini, Pemohon I telah menduduki dua kali jabatan Bupati Jembrana. Jabatan pertama pada periode masa bakti 2000-2005 merupakan hasil pemilihan kepala daerah melalui mekanisme pemilihan tidak langsung di DPRD Kabupaten Jembrana. Sedangkan jabatan kedua pada periode masa bakti 2005-2010 merupakan hasil pemilihan langsung yang diselenggarakan oleh KPU Kabupaten Jembrana. Adapun Pemohon II pertama kali menduduki jabatan Bupati Karimun per tanggal 25 April 2005 berdasarkan usulan Pj. Gubernur Kepulauan Riau kepada Menteri Dalam Negeri. Selanjutnya Pemohon II untuk kedua kalinya menduduki jabatan Bupati Karimun Masa Bakti 2006-2011 berdasarkan hasil pemilihan umum kepala daerah secara langsung yang diselenggarakan oleh KPUD Kabupaten Karimun.

Dalam perkara ini terdapat dua pihak terkait, yaitu Drs. Bambang Dwi Hartono, MPd., Walikota Surabaya, sebagai Pihak Terkait I dan Gabriel Manek, M.Si., Bupati Timur Tengah Utara sebagai Pihak Terkait II. Pihak Terkait I telah dua kali menjabat Walikota Surabaya, yaitu periode 2000-2005 dan periode 2005-2010. Hanya saja, pada periode 2000-2005, Pihak Terkait I menduduki jabatan Walikota Surabaya per tertanggal 4 Juni 2002 menggantikan walikota periode 2000-2005 yang berhalangan tetap. Sedangkan Pihak Terkait II memiliki persoalan yang sama dengan Pemohon II, yakni sama-sama menjabat dua kali sebagai kepala daerah. Namun, jabatan kepala daerah yang pertamakali diperoleh karena menggantikan kepala daerah yang berhalangan tetap pada paruh terakhir masa jabatan.

Para Pemohon mengajukan pengujian Pasal 58 huruf o UU Pemda beserta penjelasannya karena menurut mereka ketentuan tentang pembatasan jabatan tersebut bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan

ayat (3) Perubahan Kedua UUD 1945 serta Pasal 28G ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 karena menimbulkan ketidakjelasan atau multitafsir sehingga tidak memberi kepastian hukum. Lebih lanjut, Para Pemohon mendalilkan bahwa pembatasan masa jabatan kepala daerah yang diatur dalam Pasal 58 huruf o UU Pemda menimbulkan multitafsir karena penetapan dan pengangkatan kepala daerah dapat terjadi melalui beberapa mekanisme. *Pertama*, wakil kepala daerah bisa naik menjadi kepala daerah menggantikan kepala daerah yang berhalangan tetap. Persoalannya, apakah masa jabatan yang bersangkutan dapat dihitung sebagai satu kali masa jabatan kepala daerah atau tidak. *Kedua*, seseorang bisa diangkat menjadi penjabat kepala daerah, sehingga harus dipertanyakan apakah masa jabatan tersebut harus juga dihitung sebagai satu kali masa jabatan kepala daerah atau tidak. *Ketiga*, seseorang bisa diangkat sebagai kepala daerah melalui mekanisme pemilihan tidak langsung di DPRD, apakah masa jabatan tersebut dihitung satu kali masa jabatan atau tidak, mengingat pengangkatannya berbeda dengan pengangkatan kepala daerah melalui mekanisme pemilihan umum langsung yang merupakan rezim pemilu sebagaimana dianut UU Pemda.

Oleh karena itu, dalam petitumnya, Para Pemohon dan pihak terkait meminta agar MK menyatakan bahwa ketentuan yang membatasi masa jabatan kepala daerah sebagaimana diatur Pasal 58 huruf o UU Pemda bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat. Maksudnya, Pasal 58 huruf o UU Pemda tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat: *pertama*, tidak berlaku untuk masa jabatan kepala daerah yang ditunjuk sebagai penjabat kepala daerah; *kedua*, tidak berlaku untuk masa jabatan kepala daerah yang dipilih melalui mekanisme pemilihan di DPRD; *ketiga*, tidak berlaku untuk masa jabatan kepala daerah yang diperoleh karena penggantian oleh wakil kepala daerah.

Dalam kasus ini, MK mengabulkan permohonan ini dan hal tersebut tentu berbeda dibandingkan dengan putusan lainnya sebab dalam perkara ini Pemohon mempersoalkan mengenai masalah masa jabatan kepala daerah tidak penuh karena diperoleh dari penggantian kepala daerah yang berhalangan tetap. Oleh karena MK tidak berhak mengubah atau memperbaiki Pasal 58 huruf o UU Pemda namun MK dituntut mengisi kekosongan hukum dengan menegaskan bahwa “masa jabatan yang

dihitung satu periode adalah masa jabatan yang telah dijalani setengah atau lebih dari setengah masa jabatan.”

**c.** Perkara No. 29/PUU-VIII/2010

Dalam kasus ini, Pemohon mengajukan pengujian Pasal 58 huruf o UU Pemda yang mana menurutnya bertentangan dengan Pasal 7 Perubahan Pertama UUD 1945. Pemohon mendalilkan bahwa dalam Pasal 58 huruf o UU Pemda yang mengatur pembatasan masa jabatan kepala daerah tidak dijelaskan maksud dari frasa “belum pernah menjabat selama 2 (dua) kali masa jabatan.” Pemohon mempertanyakan pengertian jabatan yang sama, apakah hanya untuk masa jabatan yang sama dalam artian berturut-turut atautkah masa jabatan yang tidak berturut-turut pun masuk ke dalamnya. Menurut Pemohon, ketentuan pembatasan masa jabatan kepala daerah dalam Pasal 58 huruf o UU Pemda itu menimbulkan ketidakpastian hukum dan tidak memberikan jaminan kepada Pemohon dalam pencalonan sebagai kepala daerah di Kabupaten Karawang. Lebih lanjut, Pemohon menyatakan bahwa ketidakjelasan penafsiran Pasal 58 huruf o UU Pemda sangat nyata apabila dibandingkan dengan Pasal 7 Perubahan Pertama UUD 1945. Akan tetapi, dalam kasus ini MK menolak permohonan Pemohon karena dianggap batu uji yang digunakan tidak relevan dengan Pasal 58 huruf o UU Pemda.

**d.** Perkara No. 33/PUU-VIII/2010

Pada kasus ini, Pemohon I pernah menjadi Gubernur Provinsi Sulawesi Tengah periode 1996–2001 melalui pemilihan tidak langsung yang dinilai oleh pemohon tidak demokratis. Kemudian Pemohon I terpilih lagi sebagai Gubernur Sulawesi Tengah periode 2006–2011 melalui pemilihan langsung oleh rakyat. Sedangkan Pemohon II dan Pemohon III adalah pendukung yang berkepentingan untuk mencalonkan kembali Pemohon I sebagai Gubernur Sulawesi Tengah. Menurut Para Pemohon, Pasal 58 huruf o UU Pemda bertentangan dengan Pasal 18 ayat (4) Perubahan Kedua UUD 1945 yang menegaskan bahwa pemilihan kepala daerah dilakukan secara demokratis sebagai prasyarat yang sangat substansial dan esensial sebagai dasar dari suatu proses pemilihan. Para Pemohon mendalilkan, demokratisnya suatu pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah bukan sekadar masalah pemilihan langsung atau tidak langsung.

Lebih lanjut, Para Pemohon menilai bahwa tata cara penyelenggaraan pemilihan kepala daerah yang didasarkan pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan di Daerah, tidak dilakukan secara demokratis karena calon yang akan dipilih, maupun hasil pemilihan, tidak sepenuhnya didasarkan atas pilihan otonom para anggota DPRD. Proses pengangkatan gubernur diikuti oleh campur tangan yang kuat dari eksekutif atau diputuskan oleh Presiden melalui Mendagri untuk menentukan calon yang akan dipilih serta menentukan dan mengangkat salah satu calon dari dua kandidat yang lebih dulu sudah dipilih anggota DPRD. Oleh karena itu, para pemohon beranggapan bahwa pengangkatan Pemohon I sebagai Gubernur Sulawesi Tengah pada periode 1996–2001 tidak dapat dikualifikasi sebagai proses penyelenggaraan pengangkatan kepala daerah yang demokratis. Berdasarkan dalil yang diajukan Pemohon, MK menolak permohonan Pemohon karena MK berpendapat bahwa demokratis atau tidak demokratisnya suatu penyelenggaraan pemilihan kepala daerah bukan karena didasarkan kepada ketentuan Pasal 18 ayat (4) Perubahan Kedua UUD 1945 atau ketentuan lainnya. Pemilihan kepala daerah sebelum berlakunya UU Pemda tidak bisa dipastikan tidak demokratis sebagaimana pemilihan kepala daerah setelah berlakunya UU Pemda tidak bisa dipastikan demokratis. Masalah demokratis atau tidak demokratisnya suatu pemilihan, menurut MK, merupakan penilaian politis berdasar situasi pada masa tertentu, sedangkan keberlakuan konstitusi tetap sah selama belum diubah.

Berdasarkan kasus-kasus di atas, MK menggunakan penalaran hukum yang berbeda-beda. Dalam memutus Perkara No. 8/PUU-VI/2008 terlihat bahwa MK melakukan penafsiran sistematis melalui (i) konstitusionalitas Pasal 58 huruf o UU Pemda yang mengatur masa jabatan kepala daerah atau wakil kepala daerah ketika dihadapkan pada Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 28D ayat (3) Perubahan Kedua UUD 1945 harus dimaknai dalam bingkai Pasal 28J ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945; (ii) ketentuan yang diuji konstitusionalitasnya di hadapan Pasal 28I ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945 tersebut tidak bisa dianggap berlaku diskriminatif karena pengertian diskriminasi dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia tidak mencakup pembedaan berdasarkan pengalaman menjabat suatu jabatan.

Selanjutnya, MK pun menerima pengujian kembali atas masa jabatan kepala daerah yang diperoleh melalui pengangkatan wakil kepala daerah menjadi kepala daerah dan pengangkatan seseorang menjadi penjabat kepala daerah dalam Perkara No. 22/PUU-VII/2009. Dalam pengujian kembali Pasal 58 huruf o UU Pemda, MK memandang telah terjadi kekosongan hukum sehingga MK berpendapat bahwa kepala daerah yang menjalani masa jabatan dalam periode pertama tidak penuh karena yang bersangkutan menggantikan kepala daerah yang berhenti tetap tidak dapat dianggap sama antara satu kasus dengan kasus yang lain. Adanya pengecualian ini menunjukkan bahwa MK telah melakukan konstruksi hukum melalui penyempitan hukum.

Berbeda dengan perkara sebelumnya, dalam Perkara No. 29/PUU-VIII/2010, MK menjatuhkan putusan dengan menggunakan metode konstruksi *a contrario*. Hal ini dilihat dari pertimbangan hakim MK yang menilai tidak tepat apabila Pasal 7 Perubahan Pertama UUD 1945 dijadikan batu uji dalam pembatasan masa jabatan kepala daerah dan wakil kepala daerah karena ketentuan tersebut ialah untuk pembatasan masa jabatan presiden dan wakil presiden. Dengan demikian, MK telah menunjukkan irrelevansi pengujian pasal 58 huruf o UU Pemda terhadap Pasal 7 Perubahan Pertama UUD 1945.

Demikian pula dengan Perkara No. 33/PUU-VIII/2010 yang menunjukkan bahwa hakim MK memutuskan perkara melalui penafsiran teleologis. Hal tersebut terlihat dari pendapat MK yang menjelaskan tujuan pembatasan masa jabatan kepala daerah dalam ketentuan Pasal 58 huruf o UU Pemda yakni untuk mengejawantahkan prinsip pembatasan kekuasaan sehingga sesuai dengan prinsip demokrasi.

### 3. Pengujian Ketentuan Pembagian Kursi Tahap Kedua

Dalam hal ini terdapat 2 (dua) nomor perkara yang menguji UU Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD (“**UU Pemilu Legislatif**”) yang amar putusan pada keduanya berbeda.

Dalam Perkara No. 22-24/PUU-VI/2008, Para Pemohon mengajukan pengujian atas beberapa pasal namun dalam tulisan ini akan difokuskan pada Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif. Menurut salah satu Pemohon, adanya ketentuan tersebut baik dalam kapasitas sebagai calon anggota DPR maupun

dalam kedudukannya sebagai pemilih merasa dirugikan hak konstitusionalnya karena suara yang diraih calon anggota DPR pada satu Daerah Pemilihan dapat dialihkan ke calon anggota DPR lain di daerah pemilihan yang lain dengan alasan suara atau sisa suara kurang dari 50% dari Bilangan Pembagi Pemilih (“BPP”). Dengan adanya pembagian kursi pada penghitungan tahap kedua dalam ketentuan tersebut bertentangan dengan Pasal 22 E ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945 dan Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945. Dengan demikian, pembagian kursi tersebut telah mengabaikan prinsip keadilan. Meskipun demikian, MK menolak permohonan Para Pemohon.

Selanjutnya, dalam Perkara No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009, Para Pemohon mengajukan pengujian atas beberapa pasal namun dalam tulisan ini akan difokuskan pada Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif. Menurut Para Pemohon, ketentuan tersebut bertentangan dengan Pasal 22E ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945, Pasal 27 ayat (1) UUD 1945, Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945, dan Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945. Meski demikian, sebagian dari Para Pemohon memandang ketentuan tersebut tetap konstitusional sepanjang ditafsirkan sesuai dengan kepentingan Pemohon. Adapun dalil Para Pemohon ialah (i) ketentuan pembagian kursi berpotensi terjadinya penghitungan ganda dan mengacaukan sehingga dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Selain itu dapat mengakibatkan hilangnya suara pemilih karena penentuan sisa kursi ditentukan dengan pola BPP; (ii) ketentuan Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif menimbulkan multi tafsir; (iii) ketentuan Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif tidak memuat suatu kata yang dapat memberikan tafsiran adanya BPP baru sebesar 50% dari BPP yang ada pada tahap pertama, sehingga dianggap kabur dan bertentangan dengan kepastian hukum; (iv) adanya multitafsir pada kata “suara” dalam ketentuan Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif. Adapun dalam kasus ini, MK mengabulkan permohonan ini sebagian yaitu permohonan untuk menafsir secara konstitusional bersyarat atas ketentuan pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif.

Dalam Perkara No. 22-24/PUU-VI/2008, MK memandang bahwa Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif yang mengatur pembagian kursi pada penghitungan tahap kedua hanya berkaitan dengan perolehan kursi partai politik dan tidak berhubungan dengan terpilihnya calon anggota legislatif. Pembagian kursi dialamatkan kepada partai politik didasari oleh pemikiran

bahwa partai politiklah yang menjadi kendaraan rekrutmen politik. Adapun argumentasi MK didukung kuat dengan materi muatan Pasal 205 ayat (4) UU pemilu Legislatif yang secara jelas menyebutkan partai politik. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa pemahaman MK berdasarkan pemahaman secara letterlek pada ketentuan tersebut sehingga dalam membuat putusan MK menggunakan penafsiran gramatikal.

Sedangkan dalam Perkara No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009, putusan yang dibuat MK didasari dengan metode penafsiran historis. Hal ini dikarenakan dalam membuat putusan, MK telah menggali fakta sejarah untuk mendapatkan maksud asli dari kata “suara” yang terdapat dalam Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif. Adapun kata “suara” dalam ketentuan tersebut dianggap menimbulkan multitafsir. Jika kata “suara” tidak diartikan sebagai “sisa suara” maka akan terjadi penghitungan ganda (*double counting*). Sementara jika diartikan “sisa suara” dari partai politik yang memenuhi BPP, maka akan terjadi ketidakadilan, karena pada partai besar akan terjadi *over representation* dan pada partai kecil akan terjadi *under representation*. Melalui penafsiran historis, Mahkamah mengartikan kata “suara” dalam Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu Legislatif yang mengatur pembagian kursi tahap kedua sebagai “sisa suara” partai politik yang memenuhi angka BPP dan/atau “suara sah” partai politik yang tidak memenuhi angka BPP.

## KESIMPULAN

### A. Simpulan

Dalam memutuskan perkara pengujian yang dilakukan lebih dari sekali, MK menggunakan berbagai macam metode penalaran hukum, seperti penafsiran historis, konstruksi penyempitan hukum, konstruksi *a contrario*, dan lainnya. Adapun perbedaan metode penalaran hukum digunakan oleh karena perbedaan isu konstusionalitas yang dibawa oleh para pemohon. Metode penalaran hukum juga banyak digunakan lebih dari satu metode pada kasus tertentu guna menyelesaikan kompleksitas isu, seperti gabungan antara penafsiran sistematis dan penafsiran teleologis.

### B. Saran

Terhadap kasus yang seolah-olah terdapat perbedaan dengan putusan sebelumnya, yakni terdapat perbedaan pada batu uji namun sebenarnya memiliki

persamaan pada kerugian konstitusional dan isu konstitusional yang dibawa, disarankan MK memutuskan dengan amar tidak dapat diterima pada putusan kedua untuk menjaga konsistensi dengan putusan sebelumnya.

## **DAFTAR PUSTAKA**

- Ahmad Rifai, 2010, "*Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*", Jakarta: Sinar Grafika.
- Bambang Sutiyoso, 2006, "*Metode Penemuan Hukum: Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*", Yogyakarta: UII Press.
- Bernard Arief Sidharta, 2009, "*Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum: Sebuah Penelitian tentang Fundasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*", Bandung: Mandar Maju.
- Charles Grove Haines, 1944, "*The Role of The Supreme Court in American Government and Politics 1789-1835*", London: Cambridge University Press.
- Johnny Ibrahim, 2007, "*Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*", Malang: Bayumedia Publishing.
- Patrick Nerhot, 1991, "*Legal Knowledge and Analogy, Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*", Dordrecht: Kluwer Academic Publisher.
- Peter de Cruz, 1999, "*Comparative Law in A Changing World*", London: Cavendish Publishing.
- Philipus M. Hadjon dan Titiek Sri Djatmiati, 2009, "*Argumentasi Hukum*", Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Ronald Dworkin, 1986, "*Law's Empire*", London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Sudikno Mertokusumo, 2009, "*Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar*", Yogyakarta: Liberty.
- Yudha Bhakti Ardhiwisastra, 2008, "*Penafsiran dan Konstruksi Hukum*", Bandung: Alumni.



# **Kewenangan Mahkamah Konstitusi Memutus Perselisihan Hasil Pemilu Sebagai Bentuk *Judicialization of Politics***

## ***Authority of Constitutional Court To Adjudicate Electoral Result Dispute As A Judicialization of Politics***

**Abdurrachman Satrio**

Padjadjaran Law Research and Debate Society  
Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung  
Jalan Dipati Ukur No.35 Bandung  
Email: [abdurrachmanmarley@gmail.com](mailto:abdurrachmanmarley@gmail.com)

Naskah diterima: 10/03/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

### **Abstrak**

*Judicialization of politics* merupakan suatu fenomena yang lazim terjadi dalam suatu negara demokrasi konstitusional, dimana terjadinya perpindahan kewenangan untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan yang terkait dengan pembuatan kebijakan publik dan bersifat politis, dari lembaga-lembaga politik kepada lembaga peradilan. Di Indonesia fenomena tersebut muncul dalam kewenangan-kewenangan Mahkamah Konstitusi, terutama dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi memutus perkara perselisihan hasil pemilu, yang sampai sejauh ini merupakan perkara yang paling banyak dimohonkan kepada Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi sebagai lembaga peradilan yang independen dan imparisial tentunya Mahkamah Konstitusi harus membatasi diri dalam mengadili perkara-perkara yang bersifat politis seperti perselisihan hasil pemilu agar tidak menjadi objek politisasi dari cabang kekuasaan lainnya, namun mengingat fenomena *judicialization of politics* merupakan sesuatu yang tidak dapat dihindari saat ini oleh Mahkamah Konstitusi, maka tulisan ini akan membahas mengenai pentingnya bagi Mahkamah Konstitusi untuk mengedepankan prinsip pembatasan diri (*judicial restraint*) dalam memutus perkara perselisihan hasil pemilu agar nantinya Mahkamah Konstitusi tidak menjadi objek Politisasi dari cabang kekuasaan lainnya.

**Kata Kunci:** *Judicialization of politics*, PHPU, Politisasi, Pembatasan diri

### **Abstract**

*Judicialization of politics are the phenomenon which usually happen in a democratic constitutional state, which cause power movement to resolve problems which related to public policy making and political nature, from the political institution to judicial institution. In Indonesia this phenomenon arise in the authority of the Constitutional Court, especially in the authority of the Constitutional Court when they adjudicate electoral result dispute, whichs so far, most widely submitted cases to the Constitutional Court. But, as a independent and impartial judicial institution the Constitutional Court must restrict to adjudicate the political cases such as electoral result dispute so that this institution would not be politicking object of another branch of government, however judicialization of politics phenomenon is something that Constitutional Court would not avoid, so that this article will examine how important the Constitutional Court to priority judicial restraint principle in order to adjudicate electoral result dispute, so that Constitutional Court would not be politicking object of another branch of government.*

**Keywords:** *Judicialization of politics, Electoral Result Dispute, Politicking, Judicial Restraint*

## **PENDAHULUAN**

Pasca Amandemen sebanyak empat kali terhadap Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 yang berlangsung dari tahun 1999 sampai dengan tahun 2002 yang dilatar belakangi oleh kehendak untuk menciptakan suatu pemerintahan yang demokratis, maka kini sistem ketatanegaraan Indonesia mengalami beberapa perubahan yang fundamental. Salah satu wujud nyata perubahan yang didasari kehendak untuk menciptakan suatu pemerintahan yang demokratis tersebut adalah dengan dibentuknya Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai lembaga peradilan yang dibentuk dengan tujuan untuk menjaga pelaksanaan nilai-nilai konstitusi dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara. Dengan adanya MK maka saat ini kekuasaan kehakiman di Indonesia dijalankan oleh dua lembaga yaitu Mahkamah Agung (MA) dan MK.

Lahirnya MK sendiri merupakan jawaban atas keinginan agar lembaga yudisial dapat melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD yang sebelumnya tidak dapat dilakukan.<sup>1</sup> Sebagai sebuah lembaga yang dibentuk dengan tujuan untuk menjaga konstitusi, MK tidak hanya berwenang menguji konstitusionalitas

<sup>1</sup> Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers, 2011, h. 74.

dari suatu undang-undang, sebagaimana dikatakan Katherine Glenn Bass dan Sujit Choudry pada umumnya MK (*constitutional court*) memiliki kewenangan-kewenangan lainnya yang meliputi “*disputes over the constitutions provisions often involve the most sensitive political issues facing a country, including review of the country electoral laws and election, the powers of the various branches of government and other questions.*”<sup>2</sup> Atas dasar itulah, tidak heran apabila dalam Pasal 24C UUD 1945 kita melihat bahwa MK di Indonesia selain berwenang menguji konstitusionalitas undang-undang juga diberikan kewenangan lainnya yang berkaitan erat dengan masalah-masalah politik dan ketatanegaraan seperti memutus sengketa kewenangan antar lembaga negara, memutus pembubaran partai politik, memutus perselisihan hasil pemilihan umum, serta memutus pendapat DPR bahwa Presiden atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum. Bahkan apabila kita cermati dalam perkembangannya saat ini maka dapat dikatakan bahwa peran MK di Indonesia dalam menyelesaikan perkara-perkara yang berkaitan erat dengan masalah politik tersebut menjadi sangat vital, sebab perkara perselisihan hasil pemilu sampai sejauh ini merupakan perkara yang paling banyak diajukan di MK dimana dalam pemilu 2014 saja terdapat 702 kasus mengenai perselisihan hasil pemilu legislatif yang dimohonkan kepada MK, jumlah tersebut menunjukkan bahwa terjadi peningkatan dibanding pemilu tahun 2004 dimana terdapat 274 perkara, dan pemilu tahun 2009 dengan 627 perkara.<sup>3</sup>

Berdasarkan jumlah tersebut apabila kita bandingkan dengan kewenangan utama MK yaitu menguji konstitusionalitas undang-undang maka dapat dikatakan bahwa kewenangan MK memutus perselisihan hasil pemilu jauh lebih sering dimohonkan kepada MK.<sup>4</sup> Sehingga terjadi suatu pergeseran fungsi, dimana kini kewenangan utama yang dimiliki oleh MK adalah memutus perselisihan hasil pemilu bukan menguji konstitusionalitas undang-undang, karena meskipun pemilu itu sendiri hanya dilaksanakan 5 tahun sekali, namun jumlah perkara perselisihan hasil pemilu yang dimohonkan jauh lebih banyak dibandingkan perkara yang termasuk dalam kewenangan MK lainnya. Akan tetapi banyaknya jumlah perkara perselisihan hasil pemilu yang masuk ke MK tersebut juga menimbulkan suatu pertanyaan baru, karena apakah tepat bagi MK memutus perselisihan hasil pemilu

<sup>2</sup> Katherine Glenn Bass and Sujit Choudry, *Constitutional Review in New Democracies*, [http://www.democracy-reporting.org/files/dri-bp-40\\_en\\_constitutional\\_review\\_in\\_new\\_democracies\\_2013-09.pdf](http://www.democracy-reporting.org/files/dri-bp-40_en_constitutional_review_in_new_democracies_2013-09.pdf) diunduh pada 08 April 2014.

<sup>3</sup> Sidik Pramono (eds.), *Penanganan Sengketa Pemilu*, Jakarta: Kemitraan Bagi Pembaharuan Tata Pemerintahan di Indonesia, 2011, h. 19-20.

<sup>4</sup> Sejauh ini perkara pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 yang dimohonkan kepada MK berjumlah 1053 perkara sejak berdirinya MK dari tahun 2003-2014.

yang sebenarnya merupakan suatu perkara politik? Karena pengadilan sendiri sebagai lembaga yang independen dan imparial tentunya harus membatasi diri dari perkara-perkara yang memiliki unsur politis yang kuat agar tidak menjadi objek politisasi cabang kekuasaan lainnya. Apalagi dengan banyaknya perkara perselisihan hasil pemilu yang ada, tentu menimbulkan suatu tantangan bagi Hakim Konstitusi untuk menyeimbangkan antara keadilan, transparansi, serta keterbatasan waktu dalam memutus perkara perselisihan hasil pemilu. Apabila MK gagal memutus perkara perselisihan hasil pemilu dengan adil dan imparial tentu hal itu akan menimbulkan akibat politik yang serius.<sup>5</sup> Oleh karena itulah tulisan ini akan membahas mengenai pemberian kewenangan untuk memutus perkara perselisihan hasil pemilu yang sebenarnya merupakan suatu perkara yang bersifat politis kepada MK sebagai bentuk dari fenomena yang berkembang saat ini dan dinamakan *judicialization of politics*, serta bagaimana kira-kira langkah yang harus diambil oleh MK dalam menangani banyaknya perkara perselisihan hasil pemilu sebagai bentuk *judicialization of politics* tersebut agar MK dapat tetap menjaga kedudukannya sebagai lembaga peradilan yang independen dan imparial.

## PEMBAHASAN

### A. Perselisihan Pemilu sebagai Salah Satu Bentuk Sengketa Pemilu

Sebelum membahas mengenai makna perselisihan hasil pemilu, maka terlebih dahulu akan dibahas mengenai alasan mengapa terdapatnya suatu pemilu yang bersih merupakan keharusan dalam negara yang demokratis. Sebagaimana dikatakan oleh Abraham Lincoln, demokrasi merupakan suatu pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat, dan untuk rakyat. Oleh karena itu untuk menjamin berjalannya demokrasi, keberadaan pemilu yang bebas dan tidak memihak merupakan keharusan dalam suatu negara yang demokratis, hal itu juga diperkuat dengan pendapat dari *International Commission of Jurist* yang merumuskan bahwa salah satu syarat utama pemerintahan yang demokratis adalah adanya pemilu yang bebas dan tidak memihak.<sup>6</sup> Terutama saat ini dengan semakin luasnya wilayah negara maka demokrasi hanya dapat dijalankan dengan sistem perwakilan melalui wakil, sebab tidak mungkin mengikutsertakan seluruh rakyat dalam pemerintahan, hanya

<sup>5</sup> Veri Junaidi and Jim Della-Giacoma, *Clock Watching and Election Complaint in Indonesia Constitutional Court*, <http://asiapacific.anu.edu.au/newmandala/2014/05/20/clock-watching-and-election-complaints-in-indonesias-constitutional-court/> diunduh 25 Oktober 2014.

<sup>6</sup> Sri Soemantri, *Tentang Lembaga-Lembaga Negara Menurut UUD 1945*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1993, h. 15.

dengan adanya pemilu untuk memilih para wakil dari rakyat yang akan duduk di pemerintahanlah, para wakil yang dipilih tersebut akan bertanggungjawab kepada rakyat.<sup>7</sup> Begitu pentingnya keberadaan pemilu dalam suatu negara yang demokratis juga dapat kita amati dari tujuan pemilu seperti yang dirumuskan oleh Jimly Asshiddiqie yaitu:<sup>8</sup>

1. Untuk memungkinkan terjadinya peralihan kepemimpinan secara tertib dan damai.
2. Untuk memungkinkan terjadinya pergantian pejabat yang akan mewakili kepentingan rakyat di lembaga perwakilan.
3. Untuk melaksanakan prinsip kedaulatan rakyat.
4. Untuk melaksanakan prinsip-prinsip hak asasi manusia dan warga negara.

Melihat bahwa begitu pentingnya pemilu dalam menentukan berjalannya demokrasi, maka untuk menjamin berjalannya pemilu dengan benar yang nantinya akan melahirkan wakil-wakil yang sesuai dengan kehendak rakyat maka diperlukanlah mekanisme untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi akibat pelanggaran dalam proses pemilu. Sengketa pemilu (*electoral dispute*) itu sendiri sebagaimana dikemukakan oleh International IDEA memiliki makna sebagai “*Any complaint, challenge, claim or contest relating to any stage of the electoral process.*”<sup>9</sup> Berdasarkan pengertian yang didefinisikan oleh International IDEA tersebut dapat dikatakan bahwa cakupan dari *electoral dispute* sangat luas dan mencakup seluruh proses pemilu.<sup>10</sup> Sebab sebagai sebuah proses politik maka proses pemilu sangat rentan dengan pelanggaran-pelanggaran seperti pelanggaran peraturan tentang pemilu terutama yang menyangkut kampanye, permasalahan tindak pidana pemilu, permasalahan *money politics*, serta kecurangan-kecurangan dalam perhitungan suara yang sangat mungkin mempengaruhi hasil pemilu,<sup>11</sup> sehingga diperlukanlah mekanisme untuk menyelesaikan sengketa pemilu tersebut. Proses pemilu sendiri memiliki beberapa tahapan sebagaimana digambarkan oleh International IDEA melalui *electoral cycle* berikut:

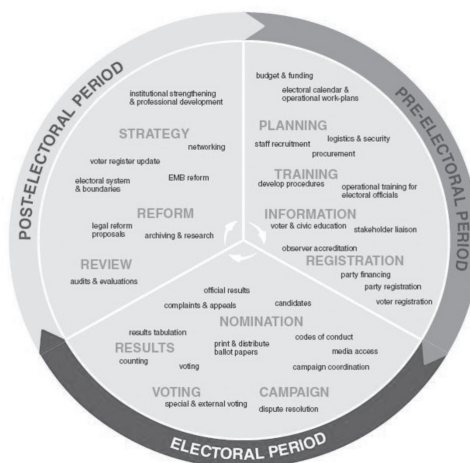
<sup>7</sup> Bagir Manan dan Kuntana Magnar, “Mewujudkan Kedaulatan Rakyat Melalui Pemilihan Umum”, dalam Bagir Manan, ed. *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia, dan Negara Hukum*, kumpulan Esai Guna Menghormati Prof. Dr. Sri Soemantri, Jakarta: Gaya Media Pratama, 1996, h. 67.

<sup>8</sup> Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Rajawali Pers, 2013, h. 418.

<sup>9</sup> International IDEA, *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, Stockholm: Bull Graphics, 2010, h. 199.

<sup>10</sup> Bisariyadi (et.al), Komparasi Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu di Beberapa Negara Penganut Paham Demokrasi Konstitusional, *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 3, September 2012, h. 539.

<sup>11</sup> Rahayu Prasetyaningih, Perselisihan Hasil Pemilihan Umum (PHPU) di Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya Hukum Terakhir dalam Penyelesaian Sengketa Pemilihan Umum, *Jurnal Konstitusi* Volume 1, Nomor 1, November 2009, h. 43.



Sumber: International IDEA<sup>12</sup>

Berdasarkan *electoral cycle* tersebut maka proses pemilu dapat dikatakan terbagi dalam tiga tahap. Dari ketiga tahapan yang terdapat dalam proses pemilu tersebut maka dapat dikatakan bahwa kewenangan MK memutus perselisihan hasil pemilu sebagaimana ditentukan oleh Pasal 24C UUD 1945 merupakan salah satu bentuk dari sengketa pemilu yaitu yang termasuk dalam kategori *post-electoral period*, karena perselisihan hasil pemilu di MK ini menyangkut penetapan hasil pemilu secara nasional yang dilakukan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU) yang membuat seorang yang seharusnya terpilih untuk menjadi anggota DPR, DPD, DPRD, hingga calon Presiden dan Wakil Presiden gagal dikarenakan terjadinya kekeliruan perhitungan suara hasil pemilu baik itu yang disengaja maupun tidak disengaja.<sup>13</sup> Namun saat ini terjadi perluasan mengenai makna perselisihan hasil pemilu yang dapat ditangani oleh MK, dimana berdasarkan tafsiran MK dalam Putusan nomor 41/PHPU.D-VI/2008 apabila terdapat pelanggaran yang bersifat terstruktur, sistematis, dan masif (TSM) yang secara signifikan mempengaruhi hasil pemilu maka pelanggaran tersebut dapat diproses oleh MK, yang berarti bahwa pelanggaran yang dapat mempengaruhi hasil tersebut tidak hanya dalam arti sempit berupa perhitungan suara, akan tetapi juga berkaitan dengan berbagai pelanggaran yang terjadi baik dalam perhitungan maupun dalam proses yang dapat mempengaruhi hasil pemilu.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> <http://aceproject.org/ero-en/topics/electoral-management/electoral%20cycle.JPG>, Lihat juga International IDEA, *Op. Cit.*, h. 18.

<sup>13</sup> Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011, h. 38.

<sup>14</sup> Sidik Pramono (eds.), *Op. Cit.*, h. 26.

## **B. Pemberian Kewenangan Memutus Sengketa Pemilu kepada Lembaga Peradilan**

Pada umumnya penyelesaian sengketa pemilu (*Electoral Dispute Resolution*) memiliki empat model utama yang dibagi berdasarkan lembaga yang menyelesaikannya yaitu:<sup>15</sup>

- *Legislative body (the legislature or other political assembly)*
- *Judicial body*
  - *Regular courts of the judicial branch*
  - *Constitutional court or council*
  - *Administrative courts*
  - *Specialized electoral courts*
- *Electoral Management Body with judicial power*
- *Ad hoc bodies created with international involvement or as an internal national institutional solution to a specific electoral process*

Awalnya penyelesaian sengketa pemilu tidak diberikan kepada lembaga peradilan, melainkan kepada lembaga legislatif, seperti Inggris yang memberikannya kepada Parlemen sampai dengan tahun 1868, atau Perancis yang sejak abad ke 18 memberikannya pada *Etats Generaux* hingga berlakunya Konstitusi Republik kelima pada 1958. Alasan pemberian mekanisme penyelesaian sengketa pemilu kepada lembaga legislatif saat itu juga sangat dipengaruhi oleh prinsip pemisahan kekuasaan yang cenderung kaku saat itu, dimana tiap cabang kekuasaan dianggap independen dari cabang kekuasaan lainnya dan tidak dapat membuat keputusan yang mempengaruhi komposisi cabang kekuasaan lainnya.<sup>16</sup>

Namun kini dalam perkembangannya banyak negara yang memberikan kewenangan memutus sengketa pemilu kepada lembaga peradilan baik itu pengadilan biasa, pengadilan konstitusi, pengadilan administratif, maupun pengadilan khusus pemilu. Dengan mempercayakan pada lembaga peradilan hal itu diharapkan dapat menjamin segala sengketa yang terjadi dapat diselesaikan secara hukum dan berdasarkan prinsip-prinsip yang terkandung dalam konstitusi,<sup>17</sup> karena negara-negara di dunia beranggapan bahwa dalam pemilu terdapat hak-hak dari warga negara yang merupakan HAM dan kebanyakan diakui oleh konstitusi negara-negara di dunia, sehingga untuk menjamin hak tersebut ditegakan maka

<sup>15</sup> International IDEA, *Op. Cit.*, h. 60

<sup>16</sup> *Ibid.*, h. 63-64.

<sup>17</sup> *Ibid.*, h. 62.

penyelesaian sengketa pemilu harus diberikan kepada pengadilan. Hak-hak tersebut menurut *International IDEA* terdiri dari: <sup>18</sup>

1. *The right to vote and to run for elective office in free, fair, genuine and periodic election conducted by universal, free secret and direct vote.*
2. *The right to gain access, in equal conditions, to elective public office.*
3. *The right to political association for electoral purposes.*
4. *And other rights intimately related to these, such as the right to freedom of expression, freedom of assembly and petition, and access to informaion on political electoral matters.*

### **C. Penyelesaian Sengketa Pemilu sebagai Bentuk *Judicialization of Politics***

Dengan munculnya anggapan bahwa penyelesaian sengketa pemilu memiliki fungsi utama untuk menjamin HAM yang dimiliki oleh warga negara dan diakui oleh konstitusi, maka kini banyak negara yang memberikan kewenangan memutus sengketa pemilu sebagai bagian dari kewenangan lembaga peradilan terutama pengadilan konstitusinya, dan Indonesia kini menjadi contoh salah satu negara yang memberikan kewenangan memutus salah satu tahap sengketa pemilu kepada pengadilan konstitusinya yaitu MK, bahkan kini tidak hanya terjadi di Indonesia perkara-perkara sengketa pemilu juga mulai masuk ke dua pengadilan konstitusi paling berpengaruh di dunia yaitu Mahkamah Agung Amerika Serikat, dan Mahkamah Konstitusi Federal Jerman. Contohnya dapat kita lihat dalam kasus *Bush v. Gore* yang tersohor dan diputus oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat, serta kasus *Hessen Election Review* yang diputus oleh Mahkamah Konstitusi Federal Jerman.<sup>19</sup> Contoh-contoh tersebut menunjukkan bahwa masuknya penyelesaian sengketa pemilu kedalam lingkup kewenangan pengadilan di seluruh dunia merupakan sesuatu yang lazim saat ini.

Namun sebenarnya, meski masuknya penyelesaian sengketa pemilu kepada lembaga peradilan dimaksudkan untuk menjaga hak-hak asasi warga negara sesuai dengan yang dijamin oleh konstitusi, akan tetapi tidak dapat kita kesampingkan pula bahwa sengketa pemilu merupakan perkara yang memiliki unsur politis yang kuat, sedangkan pengadilan itu sendiri tentu harus menjaga independensinya dan membatasi diri terhadap perkara-perkara yang memiliki unsur politis yang kuat. Dengan diberikannya lembaga peradilan kewenangan untuk memutus sengketa

<sup>18</sup> *Ibid*, h. 13.

<sup>19</sup> Russel A. Miller, *Lords of Democracy: The Judicialization of "Pure Politics" in the United States and Germany*, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 587, 2004, h. 599.



pemilu yang merupakan perkara yang memiliki unsur politis tinggi maka dapat dikatakan bahwa hal itu merupakan salah satu bentuk *judicialization of politics* atau suatu fenomena dimana terjadi perpindahan kewenangan dalam memutus pembuatan kebijakan publik yang bersifat politis dari lembaga politik seperti legislatif maupun eksekutif, kepada lembaga peradilan yang tidak representatif dan tidak akuntabel.<sup>20</sup> Saat ini dengan melihat contoh-contoh di berbagai negara maka fenomena *judicialization of politics* tersebut dapat dikatakan merupakan sesuatu yang lazim dalam suatu negara demokrasi konstitusional,<sup>21</sup> akan tetapi tidak sedikit pula yang bersifat skeptis terhadap fenomena tersebut dan mengkritiknya dikarenakan dengan masuknya perkara-perkara politik tersebut maka pengadilan akan menggunakan pertimbangan politik dalam pengambilan keputusannya, atas dasar itulah Jonghyun Park dalam tulisannya menyatakan bahwa fenomena *judicialization of politics* dapat menghancurkan nilai-nilai negara hukum (*rule of law*).<sup>22</sup>

Dalam kasus *Bush v. Gore* dan *Hessen Election Review* bahkan Russel A. Miller menganggap kedua kasus tersebut sebagai bentuk dari *judicialization of "pure politics"*. *Judicialization of "pure politics"* sendiri merupakan istilah yang diciptakan oleh Ran Hirschl dan merupakan suatu bentuk perkembangan ketiga dari *judicialization of politics* dimana menurutnya *judicialization of politics* memiliki tiga macam bentuk perkembangan yaitu:

1. *The spread of legal discourse, jargon, rules, and procedures into the political sphere and policy making forum and processes (Judicialization of social relation)*
2. *Judicialization of public policy-making through "ordinary" administrative and judicial review.*
3. *The judicialization of pure politics: The transfer to the courts of matters of an outright political nature and significance including core regime legitimacy and collective identity questions that define (and often divide) whole polities.*<sup>23</sup>

Masalah-masalah yang secara natural merupakan masalah politis dalam *judicialization of pure politics* tersebut menurut Hirschl termasuk juga masalah-masalah mengenai pemilu (*Electoral Matter*), menurutnya dengan meluasnya keikutsertaan pengadilan dalam masalah-masalah politik tersebut, maka peran pengadilan akan menjadi krusial, hal inilah menurutnya yang merupakan salah satu

<sup>20</sup> *Ibid*, h. 595.

<sup>21</sup> Jonghyun Park, The Judicialization of Politics in Korea, *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 10:1, 2008, h. 100.

<sup>22</sup> *Ibid*, h. 66.

<sup>23</sup> Ran Hirschl, The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide, *Fordham Law Review* Vol. 75, 2006, h. 723.

bentuk transisi menuju juristokrasi,<sup>24</sup> dan hal itulah yang membuat *judicialization of pure politics* menurut Miller menjadi suatu masalah karena merupakan suatu ancaman bagi demokrasi, sebab adalah tidak pantas mengangkat pengadilan sebagai institusi yang tidak representatif dan tidak akuntabel di atas institusi yang representatif dalam pembuatan suatu kebijakan publik yaitu dalam hal ini adalah proses pemilu.<sup>25</sup>

#### **D. *Judicialization of Politics* dalam Kewenangan MK Memutus Perselisihan Hasil Pemilu**

##### **a. MK sebagai Peradilan Politik**

Di Indonesia sendiri, terdapatnya fenomena *judicialization of politics* dalam kewenangan MK memutus perkara perselisihan hasil pemilu memang tidak dapat dilepaskan dari tujuan dibentuknya MK itu sendiri, karena memang sejak awal terlihat bahwa pertimbangan dibentuknya MK kental dengan muatan politis.<sup>26</sup> Hal itu dapat kita lihat, dimana ketika pembahasan amandemen UUD 1945 berlangsung, dalam pembahasan mengenai MK oleh Panitia *Ad Hoc* I Badan Pekerja MPR 2000 dan 2001 terdapat tiga pendapat mengenai kedudukan MK, yaitu: *Pertama*, MK merupakan bagian dari MPR. *Kedua*, MK melekat atau menjadi bagian dari MA. *Ketiga*, MK didudukkan sebagai lembaga negara tersendiri.<sup>27</sup> Usulan agar MK menjadi bagian dari MPR tersebut didasari oleh alasan bahwa nantinya MK akan menangani perkara-perkara yang sifatnya politis sehingga harus diletakkan sebagai bagian dari MPR, karena saat itu MPR merupakan lembaga tertinggi yang berfungsi untuk memutus hal-hal yang bersifat mendasar seperti menetapkan dan merubah UUD 1945, serta memberhentikan Presiden dan Wakil Presiden.<sup>28</sup>

Meskipun akhirnya usulan agar MK menjadi bagian dari MPR tersebut ditolak, akan tetapi hal itu membuktikan bahwa memang sejak awal tujuan dibentuknya MK adalah untuk mengadili perkara-perkara yang bersifat politis. Bahkan dapat kita telusuri dari salah satu pendapat anggota MPR ketika melakukan pembahasan Amandemen UUD 1945 tentang pembentukan MK

<sup>24</sup> *Ibid*, h. 727.

<sup>25</sup> Russel A. Miller, *Op. Cit*, h. 597.

<sup>26</sup> Wicaksana Dramanda, *Political Judicialization dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, <http://pleads.fh.unpad.ac.id/?p=152>, diunduh 16 November 2014.

<sup>27</sup> Tim Penyusun, 2010, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Buku VI Kekuasaan Kehakiman)*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, h. 443.

<sup>28</sup> *Ibid*, h. 476.

yaitu Soetjipto dari Fraksi Utusan Golongan yang menyatakan secara tegas bahwa MK memang dibentuk untuk menyelesaikan masalah-masalah politik:<sup>29</sup>

“Jadi bisa saja memang kalau rekrutmennya Mahkamah atau Hakim Konstitusi itu sembilan, tiga oleh DPR, tiga oleh DPD, dan tiga oleh Presiden. Karena perkara-perkara nanti memang berkisar masalah ketatanegaraan sengketa antar pemerintah daerah dengan pemerintah pusat, antar pemerintah daerah-pemerintah daerah dan juga masalah mengenai konstitusi dan juga masalah politik karena dari DPR..”

Salah satu alasan mengapa begitu politisnya tujuan dibentuknya MK tidak dapat dilepaskan dari konfigurasi politik yang ada ketika dibentuknya MK. Ketika dibentuknya Indonesia baru saja lepas dari pemerintahan yang otoriter dan memasuki era reformasi, dimana pada saat itu banyak muncul partai-partai politik baru, dan tidak terdapat satu kekuatan politik yang benar-benar menguasai MPR sebagai lembaga yang mengubah UUD 1945. Sebagaimana dikemukakan Tom Ginsburg pembentukan Mahkamah Konstitusi sangat dipengaruhi oleh konfigurasi politik yang ada ketika dibentuknya, apabila semakin terbaginya lingkungan politik dimana terdapat banyak partai yang saling bersaing untuk mendapatkan kekuasaan, akan membuat semakin kuatnya peran pengadilan yang akan dibentuk. Sebaliknya apabila terdapat satu partai politik yang kuat dan menguasai mayoritas lingkungan politik, maka peran pengadilan akan semakin lemah.<sup>30</sup> Maka dari itu dengan terdapatnya banyak partai dan tidak terdapatnya kekuatan politik yang sangat dominan ketika dibentuknya MK, tak heran apabila saat ini MK memiliki peran yang kuat dalam memutus masalah-masalah politik, sebagaimana hal itu tercermin dimana begitu banyaknya perkara perselisihan hasil pemilu yang diputus oleh MK.

b. Kewenangan MK Memutus Perselisihan Hasil Pemilu sebagai Objek Politisasi

Di Indonesia melalui kewenangannya memutus perkara perselisihan hasil pemilu yang merupakan bentuk *judicialization of politics*, maka terbuka kemungkinan bagi MK menjadi objek politisasi cabang kekuasaan lainnya karena pemilu itu sendiri merupakan salah satu mekanisme bagi para pesertanya untuk dapat duduk di cabang kekuasaan lain yaitu legislatif maupun

<sup>29</sup> *Ibid*, h. 537.

<sup>30</sup> Tom Ginsburg, *Constitutional Courts in New Democracies: Understanding Variation in East Asia*, *Global Jurist Advance*, Vol. 2, Issue 1, 2002, h. 17.

eksekutif. Terbukanya kemungkinan bagi MK menjadi objek politisasi tersebut dapat kita lihat dari banyaknya perkara perselisihan hasil pemilu yang dimohonkan kepada MK. Banyaknya perkara perselisihan hasil pemilu yang dimohonkan tersebut membuat MK sangat kerepotan dalam menanganinya. Bahkan sebelum ini MK tidak hanya kerepotan dalam menangani perselisihan hasil pemilu legislatif dan presiden saja yang dilangsungkan lima tahun sekali, tetapi juga kerepotan menangani perselisihan hasil pemilihan umum kepala daerah (pilkada) akibat terlalu banyaknya perkara sengketa pilkada yang masuk. Banyaknya perselisihan hasil pilkada yang masuk ke MK tersebut disebabkan adanya anggapan bahwa “apabila kalah dalam pilkada maka dibawa saja ke MK” yang membuat 90% pilkada berujung di MK.<sup>31</sup> Puncaknya adalah ketika mantan Ketua MK Akil Mochtar ditangkap karena menerima suap ketika menangani sengketa pilkada sehingga akhirnya MK melalui Putusan Nomor 97/PUU-XI/2013 menghapus kewenangan MK dalam memutus sengketa pilkada. Namun dapat dikatakan bahwa akibat terungkapnya perkara suap yang menimpa ketua MK tersebut membuat tereduksinya kepercayaan rakyat kepada MK.

Contoh tersebut tentu menunjukkan bahwa kewenangan MK memutus perselisihan hasil pilkada telah membuat MK menjadi objek politisasi dari para peserta pilkada. Saat ini, meskipun MK sudah tidak lagi berwenang memutus perselisihan hasil pilkada, namun perselisihan hasil pemilu legislatif dan eksekutif yang masuk ke MK setiap 5 tahun sekali tetap membuat MK kewalahan karena banyaknya jumlah perkara yang masuk. Salah satu masalah yang membuat terlampau banyaknya perkara perselisihan hasil pemilu yang diajukan kepada MK saat ini di akibatkan terdapatnya ketidaktahuan dari para peserta pemilu mengenai dasar gugatan yang diajukan. Contohnya sebagaimana dapat kita lihat dalam pemilu 2009, dari total 657 permohonan mengenai perkara perselisihan hasil pemilu yang diajukan kepada MK baik itu pemilihan anggota DPR, DPD, DPRD, dan Presiden hanya 71 perkara yang dikabulkan, selebihnya kebanyakan perkara ditolak, bahkan tak sedikit pula yang dinyatakan tidak dapat diterima.<sup>32</sup> Dalam permohonannya, ternyata banyak pemohon yang memasukan pelanggaran-pelanggaran administratif, tindak pidana pemilu, dan sengketa dalam proses pemilu sebagai dasar

<sup>31</sup> <http://www.gatra.com/politik-1/pemilu-1/pilkada-1/31178-fadel-90-persen-pilkada-berujung-pada-mk.html>

<sup>32</sup> Sumber <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.RekapPPHU>

gugatan.<sup>33</sup> Padahal permasalahan-permasalahan tersebut bukanlah kewenangan MK untuk menyelesaikannya seperti pelanggaran administratif dan sengketa pemilu yang merupakan kewenangan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) untuk menyelesaikannya,<sup>34</sup> sedangkan untuk perkara tindak pidana pemilu merupakan kewenangan kepolisian, penuntut umum, serta pengadilan.

Berkaca dari penjabaran tersebut maka tak mengherankan apabila banyak dari permohonan perselisihan hasil pemilu yang diajukan di MK ditolak atau tidak dapat diterima, penyebab banyaknya perkara yang masuk kepada MK yang sebenarnya merupakan masalah tindak pidana dan administratif pemilu adalah akibat tafsiran TSM yang dikeluarkan oleh MK dalam Putusan nomor 41/PHPU.D-VI/2008 tentang pilkada provinsi Jawa Timur yang kemudian menjadi *landmark decision*. Dalam putusan tersebut MK memberikan tafsiran yang luas dalam menangani sengketa pilkada, dimana MK tidak hanya mengadili perselisihan mengenai hasil pemilu, melainkan juga mengenai perselisihan dalam proses pemilu apabila terdapat pelanggaran yang bersifat terstruktur, sistematis, dan masif (TSM) yang akhirnya mempengaruhi hasil pemilu. Tafsiran tersebut menunjukkan bahwa telah terjadi perluasan makna dimana perselisihan tidak hanya dilihat dari hasil tetapi juga prosesnya. Salah satu pertimbangan hukum yang digunakan oleh MK dalam mengeluarkan tafsiran tersebut adalah MK tidak boleh membiarkan aturan keadilan prosedural (*procedural justice*) mengesampingkan keadilan substantif (*substantive justice*), karena fakta-fakta hukum dalam perkara tersebut jelas-jelas merupakan pelanggaran konstitusi, khususnya Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 yang mengharuskan kepala daerah dipilih secara demokratis, serta tidak melanggar asas-asas pemilu yang terdapat dalam Pasal 22E ayat (1) UUD 1945 yang mengharuskan pemilu dilakukan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil.<sup>35</sup>

Pasca adanya putusan tersebut banyak masuk perkara-perkara yang sebenarnya merupakan masalah tindak pidana dan administratif dalam pemilu yang sebenarnya bukan merupakan kompetensi MK untuk menanganinya, sehingga mengakibatkan banyaknya perkara yang akhirnya ditolak. Disini dapat kita lihat bahwa ketidaktahuan masyarakat mengenai dasar gugatan yang diajukan dalam perkara perselisihan hasil pemilu sebenarnya didasari oleh

<sup>33</sup> Sidik Pramono (eds.), *Op. Cit.*, h. 24.

<sup>34</sup> Lihat Pasal 73 UU Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggaraan Pemilihan Umum

<sup>35</sup> Lihat Pertimbangan Hukum Putusan MK nomor 41/PHPU.D-VI/2008

akibat tidak jelasnya batas-batas mengenai tafsiran TSM yang dikeluarkan oleh MK, karena dengan adanya tafsiran TSM tersebut maka kini MK tidak hanya memutus perselisihan mengenai hasil, namun juga memutus pelanggaran yang terjadi dalam proses pemilu, yang mana proses pemilu itu sendiri memiliki unsur politis yang tinggi, selain itu keluarnya tafsiran TSM tersebut oleh MK juga mereduksi kewenangan Bawaslu dan Panwaslu sebagai lembaga yang berwenang memutus sengketa dalam proses pemilu. Meskipun keputusan dari Bawaslu dalam memutus sengketa dalam proses pemilu disebut final dan mengikat, namun kerap diabaikan karena dianggap tidak sekuat putusan lembaga yudikatif yaitu MK.<sup>36</sup> Maka dari itu dapat dikatakan bahwa MK telah dengan sengaja mengembangkan *judicialization of politics* dalam perkara perselisihan hasil pemilu dengan dalih untuk menegakan keadilan substantif, yang pada akhirnya justru mereduksi kewenangan lembaga-lembaga lainnya yang juga berwenang menyelesaikan sengketa pemilu, dan juga membuka celah bagi MK untuk menjadi objek Politisasi dari cabang kekuasaan lainnya, dimana hal itu dapat dilihat dari banyaknya perkara perselisihan hasil pemilu yang dimohonkan pada MK.

#### **E. Pentingnya Prinsip *Judicial Restraint* dalam Memutus Perselisihan Hasil Pemilu**

Patut diingat pula bahwa sebagaimana dikemukakan oleh Alexander Hamilton "*the judiciary, from the nature of its function, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution.*" atau dengan kata lain pengadilan merupakan cabang kekuasaan terlemah dibanding dengan eksekutif dan legislatif.<sup>37</sup> Maka dari itu sebagai cabang kekuasaan terlemah pengadilan tentu harus membatasi dirinya dari perkara-perkara yang bersifat politis agar tidak menjadi objek politisasi cabang kekuasaan lainnya. Namun saat ini dengan adanya fenomena *judicialization of politics* yang merupakan kelaziman dalam suatu negara demokratis membuat pengadilan kini ikut terlibat dalam menyelesaikan masalah-masalah politik, maka pengadilan akan sangat rentan menjadi objek politisasi cabang kekuasaan lainnya, selain itu disatu sisi fenomena *judicialization of politics* juga merupakan sebuah ancaman bagi demokrasi sebab ikut sertanya pengadilan dalam memutus perkara politik bertentangan dengan nilai-nilai demokrasi karena pengadilan adalah lembaga yang tidak representatif. Untuk

<sup>36</sup> Sidik Pramono (eds.), *Op. Cit.*, h. 24.

<sup>37</sup> Alexander Hamilton, *Federalist Essay*, No. 78, 1788.

itulah dalam memutus perkara-perkara yang bersifat politis pengadilan harus berpegang teguh pada prinsip *judicial restraint*, keengganan atau ketidakmampuan pengadilan untuk menghormati prinsip pembatasan diri (*judicial restraint*) dapat membuat rakyat menganggap pengadilan sebagai partisan lainnya dari pemerintah, yang akhirnya akan menghilangkan citra pengadilan sebagai cabang kekuasaan yang imparisial, dan juga mereduksi kepercayaan rakyat pada pengadilan itu sendiri.<sup>38</sup> Sebagai perbandingan di Amerika Serikat pandangan yang menganggap pentingnya prinsip *judicial restraint* dalam perkara sengketa pemilu dapat diamati dalam kasus *Bush v. Palm Beach Country Canvassing Board* yaitu dalam *dissenting opinion* yang dikemukakan Chief Justice Wells, dimana menurutnya tidak tepat mempermasalahkan sengketa pemilu di pengadilan karena merupakan perkara yang secara natural adalah perkara politik, lebih lanjut menurutnya prinsip pembatasan diri (*judicial restraint*) sangat penting dalam perkara yang menyangkut sengketa pemilu, sebab demokrasi bergantung kepada pemilu yang ditentukan oleh pemilih dan bukan oleh hakim.<sup>39</sup>

Di Indonesia karena memang sejak dibentuknya, MK memiliki tujuan untuk menangani perkara-perkara politik maka sangat penting bagi MK untuk memegang teguh prinsip *judicial restraint*, terutama dalam perkara perselisihan hasil pemilu sebab terbukti bahwa saat ini kewenangan MK memutus perselisihan hasil pemilu justru membuatnya menjadi objek politisasi cabang kekuasaan lainnya.

## PENUTUP

Berdasarkan pembahasan diatas maka dapat disimpulkan bahwa sejak awal keberadaan MK memang dimaksudkan untuk menyelesaikan perkara-perkara politik dan ketatanegaraan yang salah satunya adalah mengenai perselisihan hasil pemilu, dengan begitu diharapkan permasalahan mengenai pemilu dapat diselesaikan secara hukum sesuai prinsip-prinsip yang terdapat dalam konstitusi, namun harus diingat pula bahwa kewenangan MK dalam memutus perselisihan hasil pemilu merupakan suatu bentuk *judicialization of politics* yang mesti diimbangi pula oleh prinsip pembatasan diri (*judicial restraint*) mengingat MK sebagai lembaga peradilan harus menjaga kedudukannya agar tidak menjadi objek politisasi dari cabang kekuasaan lainnya, dan juga apabila MK terlalu aktif

<sup>38</sup> Philip A. Talmadge, Understanding the Limits of Power: Judicial Restrain in General Jurisdiction Court Systems, *Seattle University Law Review*, Vol. 22:695, 1999, h. 696.

<sup>39</sup> Lihat *Bush v. Palm Beach Country Canvassing Board* (Wells, C.J., Dissenting).

dalam memutus perkara perselisihan hasil pemilu maka hal itu dapat mengarah kepada juristokrasi yang dapat mencederai nilai-nilai demokrasi. Salah satu bentuk pembatasan diri yang dapat dilakukan oleh MK adalah dengan membatasi makna dari tafsiran terstruktur, sistematis, dan masif (TSM) yang dikeluarkan oleh MK, sebab tidak adanya batas yang jelas mengenai tafsiran TSM tersebut justru membuka celah bagi MK untuk menjadi objek politisasi cabang kekuasaan lainnya yang terbukti dari banyaknya perkara perselisihan hasil pemilu yang dimohonkan pada MK, selain itu tafsiran tersebut juga mengakibatkan tereduksinya kewenangan lembaga-lembaga lainnya yang juga berwenang mengatasi sengketa pemilu seperti Bawaslu karena tafsiran tersebut memperluas kewenangan MK, dimana MK kini tidak hanya berwenang memutus perselisihan hasil pemilu saja, tetapi juga proses yang terdapat dalam pemilu.

## DAFTAR PUSTAKA

Alexander Hamilton, *Federalist Essay*, No. 78, 1788.

Bagir Manan, ed. 1996, *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia, dan Negara Hukum*, kumpulan Esai Guna Menghormati Prof. Dr. Sri Soemantri, Jakarta: Gaya Media Pratama.

Bisariyadi (et.al), 2012, "Komparasi Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu di Beberapa Negara Penganut Paham Demokrasi Konstitusional", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 3, September.

International IDEA, *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, Stockholm: Bull Graphics, 2010, h. 199.

Jimly Asshiddiqie, 2013, "*Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*", Jakarta: Rajawali Pers.

Jonghyun Park, The Judicialization of Politics in Korea, *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 10:1, 2008.

Katherine Glenn Bass and Sujit Choudry, *Constitutional Review in New Democracies*, [http://www.democracy-reporting.org/files/dri-bp-40\\_en\\_constitutional\\_review\\_in\\_new\\_democracies\\_2013-09.pdf](http://www.democracy-reporting.org/files/dri-bp-40_en_constitutional_review_in_new_democracies_2013-09.pdf) diunduh pada 08 April 2014

Mahfud MD, 2011, "*Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*", Jakarta: Rajawali Pers.



- Philip A. Talmadge, 1999, "Understanding the Limits of Power: Judicial Restrain in General Jurisdiction Court Systems", *Seattle University Law Review*, Vol. 22:695.
- Rahayu Prasetyaningih, 2009, "Perselisihan Hasil Pemilihan Umum (PHPU) di Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya Hukum Terakhir dalam Penyelesaian Sengketa Pemilihan Umum", *Jurnal Konstitusi* Volume I, Nomor 1, November.
- Ran Hirschl, 2006, "The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide", *Fordham Law Review* Vol. 75.
- Russel A. Miller, 2004, "Lords of Democracy: The Judicialization of "Pure Politics" in the United States and Germany", *Washington & Lee Law Review*", Vol. 587, h. 599.
- Jonghyun Park, 2008, The Judicialization of Politics in Korea, *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 10:1.
- Sidik Pramono (eds.), 2011, "*Penanganan Sengketa Pemilu*", Jakarta: Kemitraan Bagi Pembaharuan Tata Pemerintahan di Indonesia.
- Sri Soemantri, 1993, "*Tentang Lembaga-Lembaga Negara Menurut UUD 1945*", Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Tom Ginsburg, 2002, "Constitutional Courts in New Democracies: Understanding Variation in East Asia", *Global Jurist Advance*, Vol. 2, Issue 1.
- Veri Junaidi and Jim Della-Giacoma, *Clock Watching and Election Complaint in Indonesia Constitutional Court*, <http://asiapacific.anu.edu.au/newmandala/2014/05/20/clock-watching-and-election-complaints-in-indonesias-constitutional-court/> diunduh 25 Oktober 2014.
- Wicaksana Dramanda, *Political Judicialization dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, <http://pleads.fh.unpad.ac.id/?p=152>, diunduh 16 November 2014.

# **Pengadilan Sebagai Lembaga Penegakan Hukum (*Perspektif Civil Law dan Common Law*)**

## ***Court as a Law Enforcement Institution (Perspective of Civil Law and Common Law)***

**Anna Triningsih**

Peneliti Muda Pada Mahkamah Konstitusi RI  
Jln. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110  
Email: mkri\_annatriningsih@yahoo.com

Naskah diterima: 10/02/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

### **Abstrak**

Hukum, sebagai institusi keadilan menjalankan fungsinya melalui suatu proses tertentu menuju ke suatu arah tertentu dalam rangka mewujudkan keadilan, sehingga keadilan menjadi sesuatu yang konkrit sebagai pemenuhan kebutuhan masyarakat yang paling mendasar. Penegakan hukum, dalam kehidupan ketatanegaraan dijalankan oleh pemerintah (*executive organ*) dan oleh pengadilan (*judicial organ*). Terdapat pendekatan yang berbeda di dalam penegakan hukum. Penegakan hukum di dalam *Civil Law System* yang dianut oleh negara-negara Eropa benua atau daratan menggunakan pendekatan hukum, disebut hukum acara, di dalam *Common Law System* yang dianut oleh Inggris dan negara-negara berbahasa Inggris, menggunakan pendekatan administrasi, disebut *administration of justice*. Implementasi asas atau prinsip hukum, karena penekanannya pada ditempuhnya prosedur acara sebagaimana mestinya dapat menjadikan hukum sebagai mitos yang tidak realistis, tidak efisien dan jauh dari tujuan hukum serta berimplikasi pada terjadinya kehilangan kepercayaan dari masyarakat, sedangkan asas atau prinsip administrasi, karena penekanannya pada tercapainya tujuan secara efisien akan berimplikasi pada tiadanya kepastian pada penegakan hukum yang merupakan hal penting bagi pencapaian keadilan bagi semua orang. Di samping itu, dapat menjadi peluang bagi terjadinya kesewenang-wenangan pengadilan karena ruang diskresinya sangat luas. Setiap pendekatan, dengan demikian, memiliki kelebihan

dan kekurangan masing-masing. Melakukan pilihan pendekatan sebagai kebijakan yang tepat dan baik dalam penegakan hukum sangat terkait dengan karakteristik dan tingkat kemajuan masyarakat serta lingkungan tempat hukum berlaku.

**Kata Kunci:** Pengadilan, Penegakan Hukum, Keadilan, Masyarakat

### ***Abstract***

*Law, as an justice institution run its functions through a specific process towards a certain direction in order to achieve justice. Justice now a days is needed as something concrete as the fulfillment of the most basic needs of the community. Law enforcement, in parliamentary life is run by the Government (the executive organs) and through the courts (judicial organ). There are different approaches in law enforcement. The rule of law in the Civil Law System which is shared by the countries in the European continent or land use law, also known as legal approach. In the Common Law System which is shared by the United Kingdom and the United Kingdom speaking countries, using the administration approach of the Administration, called the administration of justice. Implementation of the fundamental principles of the law, or because of its emphasis on the steps of a procedure in the event properly can make the law as an unrealistic myth, inefficient and far from the purpose of the law and implies the occurrence of loss of trust from the community, while the basic principles of administration, because of its emphasis on the achievement of business objectives efficiently will have implications for the lack of certainty in law enforcement that is essential for the achievement of Justice for everyone. Besides that addition, it also can be an opportunity for the Court arbitrariness because discretion has its wide open room. Every Legal Approach has its own advantages and disadvantages. Making option to choose which legal approach as an appropriate and good policy in law enforcement is related to the characteristics and level of knowledge of the community also the environment where these law applied.*

**Keywords:** *The Courts, Law Enforcement, Justice, Society*

## **PENDAHULUAN**

Hukum dibuat oleh dan untuk manusia. Manusia, di dalam hidupnya mesti berhubungan dengan orang lain dalam rangka memenuhi kebutuhan untuk mempertahankan hidupnya (*to survive of life*). Hukum dibuat dalam kerangka hubungan antar manusia yang menurut Satjipto Rahardjo, baik secara jelas atau samar-samar, sangat terkait dengan keadilan. Membahas hukum, dengan demikian, akan terkait dengan keadilan. Perkaitan antara hukum dan keadilan berpangkal dari pertanyaan, apa yang menjadi dasar bagi hukum melarang suatu

perbuatan tertentu atau mengharuskan perbuatan lainnya. Teori memberikan jawaban keadilan.<sup>1</sup>

Keadilan dalam hukum merupakan suatu cita, merupakan sesuatu yang masih abstrak. Hukum, sebagai institusi keadilan menjalankan fungsinya melalui suatu proses tertentu menuju ke suatu arah tertentu dalam rangka mewujudkan keadilan, sehingga keadilan menjadi sesuatu yang konkrit sebagai pemenuhan kebutuhan masyarakat yang paling mendasar. Proses itu disebut dengan penegakan hukum, suatu proses akhir yang dijalani oleh hukum dalam rangka mewujudkan keadilan. Secara konseptual penegakan hukum merupakan kegiatan menyerasikan hubungan nilai-nilai yang terdapat di dalam kaidah-kaidah dan menjabarkan serta mengejawantahkannya menjadi sikap tindak sebagai rangkaian proses tahap akhir untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup. Penegakan hukum pada hakekatnya mengandung supremasi nilai substansial, yaitu keadilan.<sup>2</sup>

Penegakan hukum dalam kehidupan ketatanegaraan dijalankan oleh pemerintah (*executive organ*) dan oleh pengadilan (*judicial organ*). Kedua lembaga negara tersebut menjalankan fungsi penegakan hukum dengan cara yang berbeda. Pemerintah menjalankan fungsi penegakan hukum dengan cara aktif agar semua warga negara berperilaku sesuai dengan hukum seperti, antara lain, memberi penyuluhan dan bimbingan hukum dengan mewujudkan kesadaran hukum masyarakat; sementara pengadilan menjalankan fungsi penegakan hukum dengan cara pasif, menunggu orang mengajukan sengketa hukum (*legal dispute*) ke pengadilan untuk memperoleh putusan hukum (*verdict, vonis*).<sup>3</sup> Pengadilan memproses sengketa tersebut melalui tahapan-tahapan tertentu sampai pada putusan. Putusan itulah bentuk konkrit keadilan terkait dengan sengketa tertentu dan subjek hukum tertentu yang mengalami kerugian terkait dengan hak yang dimilikinya. Putusan pengadilan memulihkan keadaan yang semula tidak adil, yang terjadi karena suatu pelanggaran hukum, ke keadaan semula (*restitutio in integrum*). Itulah puncak dari penegakan hukum yang merupakan fungsi yang penting dan menentukan dalam mewujudkan keadilan hingga menjadi suatu kenyataan dalam hidup sehari-hari.

<sup>1</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cetakan IV, Bandung: Cita Aditya Bakti, 2006, h. 159.

<sup>2</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta: Genta Publishing, h. vii.

<sup>3</sup> Satjipto Rahardjo, *Pendidikan Hukum Sebagai Pendidikan Manusia, Kaitannya Dengan profesi Hukum dan Pembangunan Hukum Nasional*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.

Penegakan hukum yang dijalankan oleh pengadilan yang bentuk mekanisme dan prosedurnya sangat dipengaruhi oleh sistem hukum yang dianut oleh suatu masyarakat atau negara tempat hukum itu berlaku. Setiap sistem hukum memiliki pilihan bentuk mekanisme dan prosedur penegakan hukum dengan pendekatan yang berbeda dari sistem hukum lainnya. Sistem hukum yang dianut oleh negara-negara di dunia ini lebih dari satu, namun tulisan ini membahas penegakan hukum dalam dua sistem hukum yang dianut oleh sebagian besar negara-negara di dunia, yaitu sistem hukum Eropa benua yang untuk pembahasan ini kita gunakan *Civil Law System* dan *Common Law System* untuk sistem hukum Inggris.<sup>4</sup> Sejalan dengan itu, maka permasalahan-permasalahan yang akan dibahas adalah sebagai berikut:

1. Pendekatan, asas, dan prinsip apa saja yang terdapat di dalam penegakan hukum yang dimiliki oleh setiap sistem hukum yang dianut oleh suatu masyarakat atau negara?
2. Bagaimana implementasi dan implikasi asas-asas atau prinsip-prinsip tersebut memandu penegakan hukum dalam rangka mewujudkan keadilan?
3. Bagaimana pula melakukan pilihan-pilihan yang tepat terkait dengan ini?

## PEMBAHASAN

### A. SISTEM HUKUM

#### 1. Civil Law System

*Civil Law Sistem* mula-mula merupakan sistem hukum Eropa benua atau daratan. Kemudian dianut oleh banyak negara di dunia melalui suatu proses penyebaran tertentu, sehingga negara-negara penganutnya dimasukkan ke dalam kelompok *Civil Law System*. Modal *Civil Law System* adalah hukum Romawi-Jerman dan hukum Gerejani yang mengalami evolusi sejak Eropa memasuki zaman *Renaissance* pada akhir abad XI atau abad XII, dan terus berlangsung sampai zaman *Modern*. Ketika itu, tumbuh semangat untuk mempelajari kebudayaan Yunani dan Romawi yang dianggap memiliki keunggulan-keunggulan tertentu. Dalam bidang hukum dipelajarilah hukum Romawi sebagai hukum materilnya yang telah dihimpun oleh *Justinianus* ketika berkuasa menjadi Kaesar Romawi, dan hukum Gerejani, atau hukum Kanonik, sebagai hukum formilnya. Hukum yang merupakan pencerminan

<sup>4</sup> Untuk uraian prinsip-prinsip *The Rule of Law*, lihat A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Penerjemah Nurhadi, Bandung: Nusamedia, 2007.

perkembangan politik, ekonomi, dan kehidupan sosial yang tinggi, sehingga dapat memenuhi kebutuhan masyarakat yang maju secara ekonomis dan budaya.<sup>5</sup>

Ide-ide yang ada di dalam hukum Romawi maupun hukum Gerejani tidak dimaksudkan sekedar untuk dibuka dan dipelajari saja, akan tetapi hendak ditempatkan ke dalam konteks masa itu guna menjawab kebutuhan sosial dalam menyelesaikan konflik-konflik yang terjadi, terutama konflik pada tataran teks hukum yang otoritatif. Konflik yang membuat gundah gereja, yaitu konflik antara gereja dan otoritas-otoritas sekuler, juga konflik antar otoritas-otoritas sekuler. Dipelajarinya hukum Romawi dan hukum Gerejani telah melahirkan hukum dengan karakter dan spirit baru, yang mampu menyelesaikan konflik sosial dan situasi kesejarahan Eropa Barat.

Pilihan pada hukum Romawi sebagai modal, memang disebabkan oleh adanya suatu penilaian, bahwa karya *Justinianus* itu sebagai pencerminan dari budaya Romawi yang dianggap ideal. Orang-orang Romawi dengan kejeniusannya telah membangun institusi dan akal sehatnya yang praktis dapat menghasilkan penyelesaian yang memuaskan terhadap masalah hukum yang dihadapkan kepadanya. Penyelesaian itu dilakukan berdasarkan hukum yang telah disusun dan diberlakukan oleh kaisar. Karena itu ketika hukum Romawi mula-mula dipelajari dan kemudian akan digunakan untuk menghadapi permasalahan sosial yang berkembang, hukum tersebut diinterpretasi dan diberikan komentar oleh para *Glossator* dan *Comentator*. Dengan dasar interpretasi dan komentar tersebut, hukum Romawi memperoleh aktualitasnya dalam tataran praksis. Di samping itu hukum Romawi memiliki kekuatan berlaku secara langsung sebagai perintah dari kekaisaran Romawi (*imperium romanum*).<sup>6</sup>

*Post Glossator* memakai hukum Romawi untuk menghadapi perkembangan masyarakat yang lain sama sekali dengan masyarakat ketika hukum Romawi itu digunakan, juga ketika mula pertama dipelajari, sehingga penyajian karyanya menjadi sistematis. Suatu penyajian yang sangat berbeda dengan aslinya yang bersifat kasuistis. Metoda yang digunakanpun bukan lagi metoda yang dipakai oleh hukum Romawi karena hendak dibawa untuk mampu menghadapi perkembangan zaman. Hukum Romawi pada saat itu diarahkan

<sup>5</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan I, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008, h. 263.

<sup>6</sup> *Ibid*, h. 267.

untuk menyempurnakan dan menjadikannya sebagai hukum yang lengkap. Singkatnya, hukum Romawi disistematisasi dan dimodernisasi oleh universitas, suatu *usus modernus Pandectarum* untuk menghadapi perubahan sosial yang terjadi.

*Civil Law System* dikembangkan dalam universitas atau melalui penulisan doktrinal oleh ilmuwan yang dipengaruhi oleh madzhab Hukum Alam yang menekankan pada faktor manusia (*humanisme*) dan penggunaan akal (*rasionalisme*), sehingga peran universitas adalah mengajarkan hukum ideal sebagai model hukum yang berkeadilan. Madzhab Hukum Alam mengembangkan sistematisasi hukum atas dasar penggunaan peristilahan dan pemikiran logis serta aksiomatis sejalan dengan perkembangan ilmu alam ketika itu, sehingga hukum bukanlah fenomena alam, melainkan hasil pemikiran manusia. Akal menjadi sarana bagi manusia dalam membentuk hukum dan menjadi tolok ukur keadilan. Keadilan yang menjadi ide di balik hukum didasarkan pada humanitas dan rasionalitas manusia sesuai dengan tingkat perkembangan peradaban pada zamannya.

Universitas memberikan kontribusi besar dalam evolusi hukum yang bermodalkan hukum Romawi dengan konsep dan sistem kaidah atau *rule* yang memberikan kerangka sebagai pedoman dalam membuat putusan dan menyelesaikan sengketa. Kaidah-kaidah itu merupakan produk dari para penulis doktrinal yang melakukan sistematisasi keputusan-keputusan hakim dalam soal-soal konkrit dan melakukan ekstraksi kaidah dari bahan terdekat dalam kehidupan sehari-hari. Karena itu, kaidah-kaidah itu tidak bersifat konkrit, melainkan bersifat abstrak yang dalam perumusannya mengandung *generalklausen* atau *principes generaux*. Hal ini dimaksudkan agar penggunaannya dalam memutus atau menyelesaikan kasus konkrit, hakim dapat memberikan isi keadilan kepadanya. Jadi, hakim mewujudkan keadilan yang menjadi tujuan hukum di dalam putusannya terhadap kasus konkrit berdasarkan *generalklausen* yang terkandung di dalam hukum.<sup>7</sup>

*Civil Law System* mula-mula diberlakukan di Italia, tempat pertama kali universitas mengajarkan hukum Romawi dan hukum Gerejani serta interpretasi-interpretasi para *glossator*. Selanjutnya seluruh Eropa Barat menggunakan dan menempatkannya sebagai hukum yang memiliki otoritas

<sup>7</sup> Satjipto Rahardjo, *Op. Cit, Ilmu Hukum*, h. 241-244.

untuk digunakan di pengadilan-pengadilan di wilayah tersebut, hingga menjadi hukum yang memiliki kekuatan untuk dipraktikkan.<sup>8</sup> Ketika *Civil Law System* diterima dan diberlakukan oleh suatu negara, maka “hukum buatan manusia” (*enacted law*) yang dikodifikasi ini menjadi ciri dan sekaligus sebagai sumber hukum. Tercakup ke dalam ciri ini adalah ciri sebagai hukum tertulis yang selanjutnya disebut hukum perundang-undangan, di samping ciri yang lain, yaitu tidak mengenal preseden dan sistem peradilan bersifat inkuisitorial yang memberikan peran besar kepada hakim untuk mengarahkan dan memutus perkara. Hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti. Terkait dengan teori pemisahan kekuasaan negara, maka sumber hukum yang berupa peraturan perundang-undangan merupakan produk dari badan pembuat undang-undang (*legislatif*).

## 2. *Common Law System*

*Common Law System* adalah lawan kata dari *Civil Law System*, merupakan nama tatanan hukum Inggris yang tumbuh dan berkembang sejak abad XII dari putusan-putusan pengadilan kerajaan, yang selanjutnya dalam perkembangannya juga berasal dari *equity* dan *statute law*. *Common Law* juga digunakan sebagai lawan kata *commune loy* atau *loi commune*. *Common Law* merupakan kesatuan hukum yang berlaku di seluruh Inggris, sementara *commune loy* merupakan kebiasaan-kebiasaan lokal yang berlaku di daerah-daerah. *Common Law* juga dilawankan dengan “hukum umum” (*ius commune*) dalam sistem hukum Eropa benua.<sup>9</sup>

Satjipto Rahardjo menyebutkan, berbeda dengan *Civil Law System* yang hukumnya dikembangkan oleh peran yang sangat besar dari universitas, hukum dalam *Common Law System* dikembangkan oleh para praktisi dan proseduralis, dimana pengadilan kerajaan memegang saham sangat besar. Perkembangan *Common Law* terjadi melalui tahapan sebagai berikut:

1. Sebelum penaklukan Norman tahun 1066
2. 1066 sampai ke penggabungan Tudor 1485, merupakan periode pembentukan penetapan *Common law* dan penyisihan kaidah lokal.
3. 1485 – 1832, merupakan perkembangan kaidah *equity* yang berfungsi melengkapi atau kadang menyaingi *Common law*.

<sup>8</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit, Pengantar Ilmu Hukum*, h. 270.

<sup>9</sup> John Gilissen & Frits Gorle, *Sejarah Hukum, Suatu Pengantar*, Penyadur Freddy Tengker, Cetakan I, Bandung: Refika Aditama, 2007, h. 347-348.



4. 1832 – sekarang, merupakan periode modern dengan berkembangnya penggunaan hukum buatan atau hukum perundang-undangan (*enacted law*).

Sebelum tahun 1066, pengadilan *The assemblies of free men*, atau yang disebut *Country of Hundred Courts* menerapkan kebiasaan-kebiasaan lokal. Pembentukan hukum untuk seluruh Inggris dilakukan oleh *The Royal Court of Justice* yang juga disebut *The Court of Westminster*. Ketika itu kekuasaan raja sebagai hakim pemegang kedaulatan bagi seluruh negeri semakin bertumbuh. Seiring dengan itu rakyatpun mulai memandang pengadilan kerajaan memiliki kelebihan daripada pengadilan yang lain, sehingga bertumbuhlah hasrat untuk membawa sengketa ke pengadilan kerajaan. Raja melakukan peradilan adalah suatu kebaikan atau kemurahan hati, bukan merupakan hak rakyat dan menjadi kewajiban raja. Karena itu, apabila rakyat ingin mengajukan perkara untuk diperiksa raja, rakyat harus mengajukan permohonan kepada pejabat kerajaan yang disebut *the Chancellor*, meminta untuk dikeluarkan *writ*. Untuk itu rakyat harus membayar sejumlah uang kepada *Chancery* sebagai pemasukan untuk kas negara.<sup>10</sup>

Pada abad XV praktik *Common Law* yang makin teknis, prosedur *writ*, dan kinerja hakim bersifat rutin, sehingga tidak dapat mengakomodasi penyelesaian yang memadai bagi munculnya perkara baru akibat kemajuan sosial, politik, ekonomi dan budaya. Ketika itu pikiran orang menengok ke belakang, ke abad XII dan XIII di mana raja merupakan sumber andalan bagi keadilan dan kelayakan (*fons iustitiae*). Melalui jalan pikiran seperti itu maka pada abad XV tersebut muncul *Court of Chancery*, di mana *Chancellor* atas nama raja berdasarkan *equity*, keadilan dan kelayakan, tanpa memperhatikan dan memperhitungkan aturan tradisional *Common Law* menerapkan hukum acara tertulis yang digunakan oleh Gereja, dan memutus perkara berdasarkan prinsip-prinsip hukum yang diturunkan dari hukum Romawi. Dengan ini maka dalam pandangan konsep dan kategori hukum Inggris terdiri atas *Common Law* dan *Equity*. Kedua pengadilan sebagai sumber hukum itu berjalan sendiri-sendiri, sehingga kadang berfungsi melengkapi, tapi juga sering menyaingi, sampai pada suatu ketika di tahun 1873 berdasarkan *Judicature Acts* terjadi peleburan yang kemudian dikonfirmasi dengan *Supreme Court Act* pada tahun 1981.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Satjipto Rahardjo, *Op. Cit, Ilmu Hukum*, h. 245-248.

<sup>11</sup> John Gilissen dan Frits Gorle, *Op. Cit, Sejarah Hukum, Suatu Pengantar*, h. 359-362.

Sampai abad XVIII dan XIX pendapat yang menjadi panutan adalah bahwa peraturan perundang-undangan (*Acts of statutes*) hanya menduduki tempat kedua sebagai sumber hukum di Inggris. Sumber utamanya adalah peradilan. Bahkan peraturan perundang-undangan dipandang sebagai kekecualian atas *Common Law*, sehingga hakim harus menafsir secara sempit terhadap peraturan perundang-undangan sesuai kata-katanya, bukan jiwanya. Pandangan yang demikian itu berubah ketika situasi politik baru dampak dari kemenangan partai buruh dan pengaruh dari perubahan makna dari negara hukum yang berintikan *welfare state* yang menuntut negara turut campur dalam penciptaan kesejahteraan warganya. Tuntutan keterlibatan ini menuntut pula peran parlemen dalam pembentukan peraturan perundang-undangan terkait dengan bidang ekonomi dan sosial yang banyak melibatkan negara dalam mewujudkan kesejahteraan. Seiring dengan demokratisnya parlemen, maka terjadi peningkatan pula peran perundang-undangan, terutama terkait dengan perubahan-perubahan mendasar di dalam susunan dan acara peradilan.<sup>12</sup> Evolusi *Common Law* bermodalkan hukum Inggris yang merupakan hasil tradisi dalam sejarah panjang tidak diganggu oleh revolusi, sehingga sistem hukum *Common Law* berciri utama tradisional. Ia berkembang secara mandiri dengan sangat sedikit dipengaruhi oleh hukum lain, tidak tersentuh modernisasi, dan juga tidak mengenal transformasi dari tertulis, diundangkan (*enacted*) dan terkodifikasi. *Common Law* mendasarkan pengembangannya pada prosedur formal pada *writ*, sehingga orientasinya tidak ke arah penggarapan keadilan sebagaimana *Civil Law*, melainkan lebih merupakan kumpulan prosedur yang dirancang untuk mencapai penyelesaian sengketa. Keluarga besar *Common Law* adalah negara-negara yang berbahasa Inggris dengan beberapa kekecualian.<sup>13</sup>

## B. PENDEKATAN DALAM PENEGAKAN HUKUM

Hukum, baik yang dibuat oleh badan tertentu di dalam suatu negara atau yang tumbuh dan berkembang di dalam masyarakat, akan secara efektif berfungsi mewujudkan ketertiban dan keadilan manakala perilaku anggota dalam masyarakat sesuai dengan hukum itu. Manakala tidak demikian, maka keadilan dan ketertiban masyarakat akan jauh dari terwujud. Penegakan hukum merupakan proses untuk

<sup>12</sup> *Ibid*, h. 364-365

<sup>13</sup> Satjipto Rahardjo, *Op. Cit*, *Imu Hukum*, h. 248.

mewujudkan keadilan dan ketertiban itu dalam masyarakat yang ber hukum melalui pendekatan-pendekatan tertentu. Penegakan hukum dalam rangka keadilan dan ketertiban harus dikelola dengan baik guna menjamin dipatuhinya hukum dalam masyarakat.<sup>14</sup>

Penegakan hukum sebagai upaya untuk menjamin dipatuhinya hukum di dalam negara modern, baik yang dilakukan oleh pemerintah (*executive organ*) maupun pengadilan (*judicial organ*), masing-masing sebagai organ atau lembaga negara yang memiliki fungsi penegakan hukum dengan menggunakan pendekatan-pendekatan sebagaimana disebutkan di muka sesuai dengan sistem hukum yang dianut. Di dalam *Civil Law System* penegakan hukum menggunakan pendekatan hukum, yang dikenal dengan hukum acara, sedangkan di dalam *Common Law System* penegakan hukum menggunakan pendekatan administrasi, yang dikenal dengan *administration of justice*.

### C. PENDEKATAN HUKUM

Pendekatan hukum di dalam penegakan hukum menurut *Civil Law System* adalah melalui penyelenggaraan hukum, yaitu dimulai dengan membuat peraturan hukum, merumuskan sanksi, dan seterusnya menurut pola yuridis. Pola penegakan hukum dengan pendekatan hukum yang selama ini dipraktikkan adalah menggunakan hukum acara yang, bila dikaitkan dengan hukum materiil yang ditegakkannya, menjadi hukum acara perdata atau hukum acara pidana. Masing-masing hukum acara tersebut memiliki asas dan prinsipnya sendiri, namun demikian penyelenggaraannya secara umum ditekankan pada cara-cara menurut hukum, sehingga dalam penegakan hukum dengan pendekatan hukum ini tolok ukurnya adalah jawaban dari permasalahan pokok, apakah hukum -dalam hal ini hukum acara- telah dijalankan sebagaimana mestinya?

Hukum acara merupakan peraturan hukum yang mengatur bagaimana cara untuk menjamin dipatuhinya hukum dengan perantaraan hakim yang menjalankan kekuasaan negara. Hakim menjalankan kekuasaan dimaksud dengan melakukan pemeriksaan, mengambil putusan dengan menentukan secara tegas apa dan siapa yang memperoleh kemenangan secara hukum dalam suatu sengketa hukum itu. Salah satu pihak harus melaksanakan suatu perbuatan tertentu untuk pihak yang lain. Bila pihak yang berdasarkan putusan tersebut harus melaksanakan, tapi

<sup>14</sup> Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2008.

tidak melaksanakan secara sukarela, maka pengadilan, demi hukum dan keadilan, akan menjalankannya sendiri secara paksa. Hukum, dalam hal ini hukum acara, sebagai cara pendekatan juga harus ditaati baik oleh hakim maupun oleh para pihak pencari keadilan dalam proses penegakan hukum ini.<sup>15</sup>

Jadi, untuk mencapai keadilan yang terdapat di dalam hukum materiil, perilaku orang mesti memenuhi ketentuan di dalam hukum materiil. Bila tidak demikian, persoalan tidak dipenuhinya hukum materiil itu harus ditegakkan di pengadilan melalui proses-proses yang sejalan dengan ketentuan hukum prosedural, yang disebut sebagai hukum acara. Dipatuhinya hukum, baik yang materiil maupun yang prosedural merupakan orientasi pokok di dalam penegakan hukum berdasarkan pendekatan hukum. Inilah pangkal permasalahan keadilan sebagai tujuan hukum materiil yang mesti dicapai dalam penegakan hukum. Proses-proses hukum dalam hukum acara, sebagaimana hukum lainnya, mengasumsikan objektif, datar dan dilakukan oleh penegak hukum yang jujur, tanpa ada kemungkinan menyalahgunakan. Di samping itu, proses-proses itu diasumsikan pula seolah berjalan di dalam ruang steril yang kedap dari pengaruh luar yang mendorong ke arah yang sebaliknya, sehingga hukum itu menjadi suatu mitos, seperti dikatakan oleh Chambliss dan Seidman yang dikutip oleh Satjipto Rahardjo, yang setiap hari dibuktikan kebohongannya.<sup>16</sup>

Hakim di dalam menjalankan peradilan, pada pokoknya memeriksa kenyataan yang terjadi melalui proses tertentu sesuai hukum acara dan menghukuminya dengan peraturan yang berlaku dengan memberikan putusan sesuai hukum materiilnya. Pemeriksaan kenyataan sampai dengan putusan ini merupakan tahapan-tahapan proses hukum yang sangat formal, bisa jadi berbelit-belit karena berbagai faktor tertentu, dan berjalan sangat panjang, sehingga akan menguras energi dan waktu yang tidak sedikit. Hal ini dapat terjadi karena asumsinya, sebagaimana diuraikan di muka, jauh dari kenyataan dan orientasinya yang legalistik dan formal yang menekankan pada bagaimana hukum acara itu berjalan secara tertib. Orientasi yang demikian mengabaikan keadilan sebagai tujuan hukum, sehingga pengadilan yang diidealkan sebagai penegak hukum dan keadilan menjadi jauh dari kenyataan. Idealnya, memang, pada waktu perkara diputuskan mengenai apa dan bagaimana hukumnya untuk suatu kasus, maka pada waktu itulah penegakan hukum mencapai puncaknya, mewujudkan keadilan secara

<sup>15</sup> Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 1988, h. 3-4.

<sup>16</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, Jakarta: UKI Press, 2009, h. 11.

konkrit pada kasus tertentu yang di ajukan oleh pencari keadilan. Tapi, lagi-lagi, apa yang diidealkan itu hanya di atas kertas saja, jauh dari kenyataan. Lagi-lagi hukum adalah sebuah mitos yang setiap hari dibuktikan kebohongannya.<sup>17</sup>

Di samping itu, jauhnya pencapaian tujuan hukum dengan pendekatan ini juga disebabkan oleh penggunaan sistem inkuisitorial dalam peradilan. Suatu sistem yang memberikan kepada hakim peranan yang besar dalam mengarahkan dan memutus perkara. Hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti. Hakim berusaha untuk mendapatkan gambaran yang lengkap dari peristiwa yang dihadapinya sejak awal. Atas dasar ini maka diperlukan hakim yang profesional dan jujur yang tidak mudah ditemukan dalam kehidupan sehari-hari.<sup>18</sup>

Permasalahannya justru terdapat pada syarat yang terakhir ini. Yaitu terkait dengan sulitnya tolok ukur dan tingkat profesionalitas yang tidak sama pada setiap orang, baik ketika masih dalam tahap rekrutmen ataupun ketika menjalankan tugas setelah menjadi hakim. Dalam *Civil Law System* hakim dan pejabat peradilan lainnya direkrut dari lulusan universitas (*fresh graduate*). Universitas sebagai sumber personil hakim dan pejabat peradilan lainnya hanya memberikan bekal pengetahuan teoritikal tanpa pengalaman yang memadai, sedangkan profesionalitas teknis mengadili justru menuntut kematangan yang terbentuk berdasarkan pengalaman. Demikian pula mengenai kejujuran. Permasalahannya adalah bagaimana menjamin orang yang direkrut atau yang menjalankan tugas setelah menjadi hakim itu berlaku jujur, sedangkan manusia itu sangat dinamis, sehingga bias saja terjadi ketika seseorang dites dalam rangka rekrutmen sangat jujur, tapi ketika sungguh-sungguh menjalankan tugasnya kemudian berubah menjadi tidak jujur. Kedua syarat tersebut, lebih-lebih mengenai syarat kejujuran, bila tidak didukung oleh syarat yang lain, akan menjadikan keadilan sebagai tujuan dalam penegakan hukum semakin jauh dari tercapai, yang berarti akan kembali menjadikan hukum suatu mitos yang setiap hari dibuktikan kebohongannya.

#### **D. PENDEKATAN ADMINISTRASI**

Pendekatan yang lain dalam penegakan hukum adalah pendekatan administrasi yang disebut dalam bahasa Inggrisnya, *administration of justice*. Sesuai pengertian inti menurut bahasa, pendekatan ini memandang penegakan hukum sebagai suatu

<sup>17</sup> Satjipto Rahardjo, *Op. Cit, Ilmu Hukum*, h. 182-183.

<sup>18</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit, Pengantar Ilmu Hukum*, h. 294.

proses kerja sama. Doktrin yang digunakan, dengan demikian, adalah doktrin administrasi. Suatu doktrin manajemen yang lebih memikirkan efisiensi kerja lembaga-lembaga yang terlibat dalam proses mengadili atau menegakkan hukum dan keadilan, yang didukung pula dengan analisis atau pendekatan sistem.<sup>19</sup>

Pendekatan yang sama adalah suatu pendekatan yang dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo dalam *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, yang disebutnya sebagai “pola sosiologis”. Pola ini mencari pemecahan alternatif terhadap bekerjanya hukum, dengan menekankan pada efisiensi dan efektifitas atau keberhasilan tujuan hukum, sehingga permasalahan pokoknya adalah, apakah tujuan hukum tercapai?; bukan pertanyaan, apakah hukum telah dilaksanakan sebagaimana mestinya. Dalam pendekatan administrasi, pemecahan alternatif merupakan proses kerja sama yang melambangkan usaha-usaha inovatif dan kreatif dalam memilih dan merancang jalannya sendiri dalam mencapai tujuan hukum. Berbeda dengan pendekatan hukum yang jalannya ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan, sehingga menjadikan warga negara sebagai *adresat* hukum dan menjadikan hubungan antara negara dan warga negara *asimetris*. Permasalahan pokok dalam pola sosiologis adalah penegakan hukum dan kepatuhan warga, dan hubungan negara dengan warga negara *simetris*, sehingga menghadapi orang atau badan sebagai rekan dialog, bukan sebagai sasaran penegakan hukum. Penegakan hukum dengan pendekatan administrative lebih mengutamakan preventif.<sup>20</sup>

Dalam *Common Law System* dikenal adanya *adversary system* dalam proses peradilan. Dalam sistem ini para pihak yang bersengketa menggunakan *lawyer* ketika berhadapan satu sama lain di pengadilan. Para pihak dengan dibantu oleh *lawyer* masing-masing menyusun strategi untuk meyakinkan hakim, agar memperoleh kemenangan di dalam berperkara. Para pihak ibaratnya seperti memasuki medan pertempuran, alat-alat bukti dan saksi-saksi adalah persenjataan dan amunisi yang harus dikelola secara efektif dan efisien dalam penggunaannya demi kemenangan di dalam pertempuran. Keterangan saksi lawan dan alat-alat bukti yang diajukan dicermati secara mendalam untuk kemudian dicari, dihimpun dan diajukan keterangan dan alat bukti yang sebaliknya untuk melumpuhkan lawan. Dapat juga sistem ini digambarkan seperti drama, bila penglihatan kita arahkan kepada posisi dan peran *lawyer*. *Lawyer* tak ubahnya seperti aktor atau aktris yang berakting di depan hakim, juga publik. Juga seperti sepak bola,

<sup>19</sup> Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.*, *Ilmu Hukum*, h. 183-184.

<sup>20</sup> Satjipto Rahardjo, *Sisi-Sisi Lain Dari Hukum Di Indonesia*, Cetakan I, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2003, h. 194-195.

manakala kita melihat posisi dan peran hakim. Hakim bak seorang wasit dalam pertandingan sepak bola. Ia pemimpin yang mengelola jalannya pertandingan supaya berlangsung secara *fair play*. Dalam rangka itu, ia akan mengeluarkan kartu kuning bila ada pemain yang melanggar aturan main. Bila pelanggaran itu menurut penilainnya begitu berat, atau telah tiga kali melanggar dan telah tiga kali pula diberikan kartu kuning, ia akan mengeluarkan kartu merah. Ia yang memastikan dengan keputusannya, berdasarkan fakta yang ditampilkan, bahwa salah satu dari tim yang bertanding menang. Atau bila ia berpendapat memerlukan *jury*, ia akan memerintahkan *jury* untuk menyatakan menang atau kalah, benar atau salah. Pernyataan *jury* itu merupakan putusan yang harus diterima oleh hakim, terlepas ia setuju atau tidak setuju.<sup>21</sup>

## E. IMPLIKASI DAN PILIHAN PENDEKATAN

### 1. Implikasi

Bila sudut pandang hukum materiil yang kita lihat dalam penegakan hukum yang kita bahas, kiranya masing-masing sistem hukum, baik *Common Law System* maupun *Civil Law System*, sesuai perkembangan terakhirnya sampai pada zaman modern ini, kedua-duanya dengan kadar yang berbeda, adalah berkenaan dengan hukum yang dibuat oleh negara, yaitu hukum perundang-undangan (*enacted law*). Ketika hukum telah menjadi urusan dan dibuat oleh negara, ketika itu pula terjadi permasalahan, terutama terhadap hal yang terkait dengan kesadaran hukum masyarakat yang justru merupakan permasalahan yang menentukan dalam bekerjanya hukum. Negara mengharapkan masyarakat berlaku sesuai dengan hukum yang dibuatnya, sementara itu masyarakat memiliki harapan sendiri mengenai perilaku individu-individu di dalamnya sesuai dengan nilai-nilai dan sikap yang lebih dulu telah menjadi kesadarannya dalam kehidupan sehari-hari. Kesenjangan ini akan menjadi permasalahan yang mengemuka tatkala penegakan hukum, dalam hal ini hukum perundang-undangan, dilakukan. Karena bisa jadi justru menimbulkan resistensi di dalam masyarakat dan berakibat terjadinya ketidakadilan dan ketidaktertiban dalam masyarakat. Suatu keadaan yang kontraproduktif dalam penegakan hukum.

<sup>21</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit*, *Pengantar Ilmu hukum*, h. 298.

Bagaimana keadaan sebagaimana diuraikan di muka dapat dijelaskan?. Untuk itu kiranya patut dirujuk teori dari Chambliss dan Seidman yang menyatakan, setiap anggota masyarakat adalah *adresat* hukum. Sebagai *adresat* hukum setiap anggota masyarakat adalah “pemegang peran” (*role occupant*) yang diharapkan oleh hukum untuk berperan, atau lebih mudahnya berperilaku, sebagaimana ditentukan dalam hukum; ya hukum yang diundangkan oleh negara itu.<sup>22</sup> Permasalahannya adalah, apakah harapan kepada setiap anggota masyarakat untuk berperilaku sesuai hukum perundang-undangan tersebut pasti dapat terpenuhi?. Jawabannya, belum tentu; bisa iya bisa tidak. Mengapa demikian? Karena pada setiap orang terdapat berbagai faktor yang memengaruhi pada setiap perilakunya. Faktor itu adalah nilai-nilai dan pilihan-pilihan sikap yang terdapat di dalam kultur yang ada lebih dulu dan dipelihara dengan baik oleh masyarakat.

Terkait dengan ini, maka orang akan berperilaku sesuai hukum tatkala nilai-nilai dan pilihan-pilihan sikap yang melatari pemebentukan hukum perundang-undangan parallel dengan nilai-nilai dan pilihan-pilihan sikap tindak yang menjadi kesadaran kulturalnya. Apabila tidak demikian, maka akan terjadi sebaliknya, perilaku yang diharapkan oleh hukum tidak dapat terpenuhi. Bahkan dalam keadaan yang ekstrim, sebagaimana diuraikan di muka, bisa jadi resisten. Hal yang sama akan terjadi ketika proses penegakan hukum modern dilakukan, baik dengan pendekatan hukum maupun dengan pendekatan administratif. Keduanya merupakan proses-proses yang memerlukan syarat professional dan tehnik-tehnik yang rumit yang hanya dapat diketahui dan dilakukan secara baik oleh mereka-mereka yang memenuhi syarat-syarat tersebut.

Proses yang demikian ini menyebabkan orang kemudian enggan untuk menyelesaikan permasalahannya di pengadilan karena terkait dengan syarat-syarat tersebut atau bila menggunakan jasa *lawyer* akan memakan biaya tinggi, sehingga bila dihitung secara ekonomis tidak menguntungkan. Terkait dengan permasalahan ini, ada ungkapan “membawa persoalan kehilangan kambing ke pengadilan akan menyebabkan kehilangan pula sapi”. Pendekatan hukum dalam proses penegakan hukum di pengadilan, menjadikan penglihatan proses-proses yang berlangsung di dalam sistem peradilan sebagai proses hukum

<sup>22</sup> Esmi Warassih, *Pranata Hukum, Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: PT. Suryandaru Utama, 2005, h. 115.



semata, dengan tekanan pada aspek dogmatik- normatif yang mengakibatkan proses peradilan berjalan sangat lambat, sehingga mendorong pencari keadilan untuk mencapai tujuan hukum tersebut mencari jalan lain, yaitu melalui pola sosiologis seperti *alternative dispute revolution*.<sup>23</sup>

Ketika pilihan penyelesaian perkara beralih, tidak lagi ke pengadilan, pengadilan akan kehilangan predikatnya sebagai *house of justice* seperti ketika mula-mula diciptakan. Hal tersebut mula-mula terjadi karena faktor kelambatan proses peradilan (*justice delaid*), kemudian diperparah dengan terjadinya korupsi (*judicial corruption*), dan kolusi (*judicial colution*) yang menyebabkan terjadinya ketidakpercayaan masyarakat pada hukum dan keadilan (*distrusting of law and justice*). Lalu, pengadilan ditinggalkan. Apabila hal ini berterusan dikhawatirkan akan berakhir pada tumbanganya keadilan (*the absence of justice*). Di samping itu, gejala-gejala patologi sosial yang bersifat sistemik merebak di masyarakat maupun di kalangan para penegak hukum seperti: main hakim sendiri (*eigenrichting*), ketidaktaatan masyarakat (*civil disobedience*), pengabaian hukum (*disregarding the law*), dan ketidakhormatan pada hukum (*disrespecting the law*) akan berkontribusi besar pada percepatan tumbanganya keadilan.

## 2. Pilihan Pendekatan

Pendekatan dalam penegakan hukum sebagaimana telah diuraikan di muka, baik pendekatan hukum maupun pendekatan administrasi, masing-masing jelas memiliki kekurangan dan kelebihanannya sendiri-sendiri. Lebih dari itu, kedua pendekatan tersebut merupakan pilihan dari suatu masyarakat dan lingkungan yang jelas berbeda satu dengan lainnya. Bagaimana dengan Indonesia? Untuk menjawab permasalahan ini kiranya perlu diteliti lebih lanjut secara seksama perihal kesamaan dan perbedaannya, demikian pula perlu kita cari dan temukan kekhasan dari masyarakat Indonesia ini. Kemudian atas dasar itu baru dapat ditentukan sitem dan pendekatan yang lebih tepat sesuai dengan kekhasannya, dan juga kekhasan lingkungannya. Terkait dengan itu, kiranya Pancasila, sebagai dasar negara yang telah ditetapkan oleh pendiri negara ini dapat kita jadikan *entry point* dalam penelitian lebih lanjut, baik mengenai masyarakat dan lingkungan Indonesia.

<sup>23</sup> Satjipto Rahardjo, *Op. Cit, Penegakan Hukum...*, h. 166.

Apa yang telah diuraikan tersebut memunculkan permasalahan yang mendasar tentang efektifitas penegakan hukum terkait dengan kultur sebagai salah satu faktor yang memengaruhi bekerjanya hukum dalam masyarakat yang permasalahannya adalah, bagaimana melayani keadilan kepada masyarakat secara efektif (*How to deliver justice to the people effectively*)?. Untuk menjawab permasalahan ini, kiranya dua kenyataan yang terkait dengan permasalahan hukum, yaitu kenyataan berupa sistem hukum dan kenyataan manusia sebagai subjek hukum serta lingkungannya merupakan pertimbangan pertama dan utama dalam perumusan kebijakan penegakan hukum. Sistem hukum memiliki rasionalitasnya sendiri, manusia bertingkah laku memiliki rasionalitasnya sendiri berdasarkan budayanya. Rasionalitas sistem hukum yang berjarak terlalu jauh dari kultur masyarakat tempat hukum itu berlaku akan mengalami hambatan-hambatan yang sangat signifikan dalam penegakannya, karena hukum yang ditegakkan itu terlalu asing bagi masyarakat. Ini terjadi ketika hukum modern yang tumbuh dan berkembang di Eropa Barat dicangkokkan di Indonesia yang budayanya berbeda dan bahkan sangat jauh dari kultur Eropa.

Kenyataan lain adalah, bahwa kultur pada dasarnya mempertahankan nilai-nilai dan pola yang acapkali terlepas dari pertimbangan kemajuan dari masyarakatnya. Kenyataan tersebut berseberangan dengan fungsi negara yang salah satu fungsinya adalah memajukan kesejahteraan umum. Untuk Indonesia, mengenai fungsi kesejahteraan, misalnya, telah termaktub di dalam Pembukaan UUD 1945. Perumusan fungsi kesejahteraan dimaksud mencerminkan suatu tekad yang dilatari oleh fakta ketertinggalan bangsa ini sebagai akibat penjajahan yang terlalu lama.

Dalam keadaan seperti diuraikan itu, akankah negara yang kita bentuk itu sebagai lokomotif kemajuan, atau sebaliknya, kita akan menjadikan negara semata-mata sebagai akomodasi dari kultur masyarakat yang tidak selalu sejalan dengan, atau bahkan merintangki kemajuan? Akankah negara ini harus membiarkan ketertinggalan masyarakatnya, atau haruskah negara ini membuat masyarakat mampu mengejar ketertinggalannya?

Terkait dengan permasalahan-permasalahan tersebut, manakala kita menengok pada Pembukaan UUD 45 tersebut, jelas mengamanatkan kepada negara untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa..., sehingga negara tidak boleh membiarkan masyarakatnya dalam

keadaan tertinggal. Negara harus berusaha sekeras-kerasnya untuk memajukan kesejahteraan umum dan tujuan-tujuan lain sesuai dengan fungsinya menurut undang-undang dasar. Sementara itu, keadaan riil masyarakat harus mendapat perhatian secara seksama. Atas dasar ini, maka persoalan intinya adalah terletak pada pilihan-pilihan mengenai bagaimana cara memajukan bangsa, yang salah satu di antaranya dengan menggunakan instrumen hukum perundang-undangan terkait dengan keadaan riil masyarakat. Supaya hukum itu dapat menjadi instrumen efektif, maka hukum itu harus benar-benar ditaati dan dilaksanakan dengan sungguh-sungguh. Hukum, secara lebih spesifik hukum perundang-undangan, sejatinya merupakan instrumen yang dipergunakan masyarakat untuk mengatur tingkah laku. Karena itu secara substantif hukum adalah schema tingkah laku. Tingkah laku manusia tidak hanya ditentukan oleh hukum saja, melainkan dibingkai oleh sub sistem-sub sistem yang ada di dalam masyarakat, termasuk kultur dan lingkungan fisiknya. Karena itu manakala hukum diharapkan dapat secara efektif berfungsi, maka sub sistem-sub sistem sosial dan lingkungan harus menjadi pertimbangan dalam menentukan pilihan-pilihan dalam berhukum. Dengan kata lain, jangan hanya mempertimbangkan dari aspek rumusan aturan dan logikanya saja demi suatu kemajuan yang bias jadi jauh dari masyarakatnya.

Untuk mewujudkan hukum yang demikian itu, kiranya analisis Sumner dapat menjadi acuan. Menurutnya, perilaku yang bertentangan dengan hukum itu lebih disebabkan oleh sikap moral (*mores*) masyarakat yang tidak sejalan dengan isi peraturan tersebut. Sulit mengubah sikap moral masyarakat itu, lebih-lebih perubahan besar-besaran dan mendadak. Apapun alat dan rencana yang dipakai untuk itu. Karena itu menurutnya, sikap moral memang dapat diubah, tetapi harus dengan cara perlahan-lahan dan usaha yang terus-menerus serta bervariasi, sehingga secara sosiologis kaidah-kaidah baru yang dibentuk melalui hukum perundang-undangan tersebut diresapi oleh masyarakat.<sup>24</sup>

## KESIMPULAN

Terdapat pendekatan yang berbeda di dalam penegakan hukum. Penegakan hukum di dalam *Civil Law System* yang dianut oleh negara-negara Eropa benua atau daratan menggunakan pendekatan hukum, disebut hukum acara, di dalam

<sup>24</sup> Esmi Warassih, *Op. Cit*, *Pranata Hukum...*, h. 117.

*Common Law System* yang dianut oleh Inggris dan negara-negara berbahasa Inggris, menggunakan pendekatan administrasi, disebut *administration of justice*.

Asas atau prinsip yang terdapat di dalam pendekatan hukum di dalam *Civil Law System* adalah asas atau prinsip hukum yang menekankan pada berlakunya hukum acara itu sebagaimana mestinya, sedangkan asas atau prinsip pendekatan administrasi adalah asas atau prinsip efektif dan efisien yang menekankan pada tercapainya tujuan hukum secara efisien.

Implementasi asas atau prinsip hukum, karena penekanannya pada ditempuhnya prosedur acara sebagaimana mestinya dapat menjadikan hukum sebagai mitos yang tidak realistis, tidak efisien dan jauh dari tujuan hukum serta berimplikasi pada terjadinya kehilangan kepercayaan dari masyarakat, sedangkan asas atau prinsip administrasi, karena penekanannya pada tercapainya tujuan secara efisien akan berimplikasi pada tiadanya kepastian pada penegakan hukum yang merupakan hal penting bagi pencapaian keadilan bagi semua orang. Di samping itu, dapat menjadi peluang bagi terjadinya kesewenang-wenangan pengadilan karena ruang diskresinya sangat luas. Setiap pendekatan, dengan demikian, memiliki kelebihan dan kekurangan masing-masing. Pemilihan pendekatan sebagai kebijakan yang tepat dan baik dalam penegakan hukum sangat terkait dengan karakteristik dan tingkat kemajuan masyarakat serta lingkungan tempat hukum berlaku.

## DAFTAR PUSTAKA

- A.V. Dicey, 2007, *An Introduction to The Study of the Law of The Constitution*, Penerjemah Nurhadi, Bandung: Nusamedia.
- Esmi Warassih, 2005, "*Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*", Editor: Karolus Kopong Medan dan Mahmutarom, HR, Semarang: PT. Suryandaru Utama.
- John Gilissen & Frits Gorle, 2007, *Sejarah Hukum, Suatu Pengantar*, Penyadur Freddy Tengker, Cetakan III, Bandung: PT Refika Aditama.
- Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan I, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Satjipto Rahardjo, 2003, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Jakarta: Kompas Media Nusantara.

- \_\_\_\_\_, 2006, *Ilmu Hukum*, Cetakan VI, Bandung: Cita Aditya Bakti.
- \_\_\_\_\_, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Editor: Urfan, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Editor: Urfan, Genta Press, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Pendidikan Hukum Sebagai Pendidikan Manusia, Kaitannya dengan Profesi Hukum dan Pembangunan Hukum Nasional*, Editor: Urfan, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.
- Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 1988.

# **Mahkamah Konstitusi dan *Pseudo Judicial Review* dalam Perkara Pemilukada**

## ***Constitutional Court and Pseudo Judicial Review In Matters of Dispute The Results of Local Election***

**Irfan Nur Rachman<sup>1</sup>**

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara dan  
Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi  
Jl. Medan Merdeka Barat Nomor 6, Jakarta Pusat  
(irfan\_nrachman@yahoo.com)

Naskah diterima: 10/02/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

### **Abstrak**

*Judicial review* adalah kewenangan menguji undang-undang terhadap UUD 1945 yang merupakan salah satu kewenangan Mahkamah konstitusi. Dalam perkara pengujian undang-undang, Mahkamah Konstitusi dapat saja mengesampingkan, membatalkan atau memaknai materi muatan pasal/ayat/bagian dari sebuah undang-undang. Namun dalam perkembangan hukum acara di Mahkamah Konstitusi, ternyata dalam perkara Pemilukada Mahkamah Konstitusi melakukan *pseudo judicial review* (pengujian undang-undang semu) di mana Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian terhadap materi muatan/pasal/ayat atau bagian dari suatu undang-undang. Hasil penelitian menunjukkan bahwa secara formil, permohonan *judicial review* dalam perkara pengujian undang-undang dan permohonan *pseudo judicial review* dalam perkara perselisihan hasil Pemilukada adalah berbeda karena diatur oleh dua jenis hukum acara dalam kewenangan yang berbeda. Akan tetapi dalam konteks putusan, konstruksi *judicial review* dan konstruksi *pseudo judicial review* memiliki persamaan dan perbedaan yang akan dibahas pada tulisan di bawah ini.

**Kata kunci:** *Judicial review*, *pseudo judicial review*, Mahkamah Konstitusi

---

<sup>1</sup> Penulis adalah Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara serta Pengelolaan TIK Mahkamah Konstitusi RI.

### **Abstract**

*Judicial review is the test act against UUD 1945 that is one authority the constitutional court. In testing legislation affairs, the constitutional court could have cancel or material handling charge article / ayat / part of a statute. But in the legal developments event at the constitutional court, turned in regional head affair how the constitutional court to review (pseudo judicial testing legislation specious) where the constitutional court to do our tests material charge / article ayat / or part of a statute. The research results show that on formil, judicial review the request in the matter of the act of testing and supplication pseudo judicial review in the matter of the results of the upcoming general election strife is different because be set by two types of laws the event under the authority of the different. However, in the context of judicial review of the verdict, construction and construction of pseudo judicial review similarities and differences will be discussed in the article below.*

**Keywords:** *Judicial review, pseudo judicial review, constitutional court*

### **PENDAHULUAN**

*Judicial review* adalah istilah yang sering dipakai untuk menyebut kewenangan Mahkamah Konstitusi (Selanjutnya disebut MK) dalam menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Manakala ada produk undang-undang yang dibuat Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) setelah diundangkan ternyata menimbulkan kerugian konstitusional bagi warga negara, maka materi muatan norma itu dapat diuji konstitusionalitas dengan UUD 1945 sebagai hukum tertinggi (*the supreme law of the land*). Apabila terbukti bertentangan dengan UUD 1945, maka MK akan menyatakan bahwa materi muatan pasal atau ayat bertentangan dengan UUD 1945 dan menyatakan terhadap materi muatan pasal atau ayat itu tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Namun dalam perkembangannya, tatkala menjalankan kewenangan untuk memutus perselisihan hasil Pemilu kepala daerah, MK secara tidak langsung juga melakukan *judicial review* terhadap materi/muatan/ayat atau bagian dalam undang-undang, terutama Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang pemerintah daerah *juncto* Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Padahal pengujian undang-undang bukan berada dalam ranah kewenangan MK memutus perselisihan hasil pemilihan umum kepala

daerah. Pengujian ini diistilahkan oleh hakim konstitusi Harjono disebut dengan *pseudo judicial review*.<sup>2</sup> *Pseudo judicial review* adalah pengujian konstitusionalitas secara tidak langsung terhadap ketentuan Undang-Undang.<sup>3</sup>

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, MK mempunyai 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban, yaitu: MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

- 1) menguji undang-undang terhadap UUD;
- 2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD;
- 3) memutus pembubaran partai politik; dan
- 4) memutus perselisihan hasil pemilihan umum.
- 5) memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Dalam perkembangannya, kewenangan MK dalam memutus perselisihan hasil pemilihan umum diperluas tidak hanya Pemilihan Umum anggota DPR, DPD dan DPRD serta Pemilihan Presiden, tetapi juga memutus perselisihan hasil pemilihan umum kepala daerah. Berdasarkan pasal 236C Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah bahwa Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi paling lama 18 (delapan belas) bulan sejak Undang-Undang ini diundangkan. Dengan diberlakukannya pasal tersebut penyelesaian sengketa Pemilu menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi dan Pemilu menjadi bagian dari rezim hukum Pemilu.<sup>4</sup>

Sementara itu, dalam mengadili perselisihan hasil Pemilu, sebelum

<sup>2</sup> Wawancara langsung dengan Hakim Konstitusi Harjono pada Desember 2013.

<sup>3</sup> Janedjri M. Gaffar, *Pseudo Judicial Review*, <http://nasional.sindonews.com/read/754088/18/pseudo-judicial-review>, diakses pada tanggal 1 September 2014.

<sup>4</sup> Pergeseran Pemilu menjadi bagian dari rezim hukum Pemilu ini juga tidak terlepas dari pengaruh Putusan Mahkamah Konstitusi No. 72-73/PUU/2004 tentang Pengujian UU No. 32 Tahun 2004. Meskipun dalam pertimbangan putusan tersebut dinyatakan bahwa Pilkada langsung tidak termasuk dalam kategori pemilihan umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22E UUD 1945 dan penyelenggaraannya dapat berbeda dengan Pemilu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22E UUD 1945, namun tiga hakim konstitusi yaitu H.M. Laica Marzuki, A. Mukthie Fadjar dan Maruar Siahhan memberikan *dissenting opinion* (pendapat berbeda) yang mengkategorikan Pilkada sebagai bagian dari rezim hukum Pemilu. Pendapat berbeda (*dissenting opinion*) itulah yang kemudian diakomodir oleh pembentuk Undang-Undang ke dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum dan Pasal 236C Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Kedua undang-undang tersebut mengkategorikan Pemilu sebagai bagian dari rezim hukum Pemilu dan mengamankan kepada Mahkamah Konstitusi (MK) untuk mengadili sengketa hasil Pemilu.



memasuki pemeriksaan pokok permohonan, MK terlebih dahulu akan menilai apakah permohonan yang diajukan merupakan kewenangan MK, apakah Pemohon memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak, dan apakah permohonan diajukan masih dalam tenggang waktu yang ditentukan dalam undang-undang. Syarat kedudukan hukum (*legal standing*) meliputi aspek *subjektum litis*, yakni Pemohon yang dapat mengajukan permohonan perselisihan hasil Pemilu adalah pasangan calon kepala daerah sebagaimana ketentuan Pasal 106 ayat (1) UU Pemda menyatakan, "Keberatan terhadap penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah hanya dapat diajukan oleh pasangan calon kepada Mahkamah Agung dalam waktu paling lambat 3 (tiga) hari setelah penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah" dan ketentuan Pasal 3 ayat (1) huruf a Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah (selanjutnya disebut PMK 15/2008) menentukan pasangan calon sebagai Pemohon. Adapun KPU/KIP Provinsi atau KPU/KIP Kabupaten/Kota sebagai Termohon dan pasangan calon selain Pemohon dapat menjadi Pihak Terkait.<sup>5</sup>

Dalam perkara Pemilu, yang menjadi objek (*objektum litis*) adalah hasil penghitungan suara sebagaimana diatur dalam Pasal 106 ayat (2) UU Pemda yang menyatakan, "Keberatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya berkenaan dengan hasil penghitungan suara yang mempengaruhi terpilihnya pasangan calon".

Namun tatkala Mahkamah Konstitusi memeriksa, mengadili, dan memutus perselisihan hasil Pemilu Jawa Timur, MK tidak hanya mengadili sengketa hasil penghitungan suara, tetapi mengadili pula pelanggaran yang berpengaruh terhadap hasil penghitungan suara.

Dalam pertimbangan hukum Putusan Nomor 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah Provinsi Jawa Timur ternyata MK melakukan *judicial review* Pasal 106 ayat (2) UU Pemda terhadap UUD 1945 sehingga outputnya adalah penafsiran terhadap ketentuan Pasal 106 ayat (2) UU Pemda. Padahal perkara yang diperiksa MK bukanlah perkara pengujian undang-undang, melainkan perkara perselisihan hasil Pemilu. *Judicial review* yang dilakukan MK saat memutus perkara selain kewenangannya dalam perkara pengujian undang-undang dikenal dengan istilah *pseudo judicial review*.

<sup>5</sup> Pasal 3 PMK 15/2008 menyatakan, "(1) Para pihak yang mempunyai kepentingan langsung dalam perselisihan hasil Pemilu adalah: a. Pasangan calon sebagai Pemohon; b. KPU/KIP Provinsi atau KPU/KIP Kabupaten/Kota sebagai Termohon; (2) Pasangan calon selain Pemohon dapat menjadi Pihak Terkait dalam Perselisihan Hasil Pemilu";

Pada 2010, ketika MK memutus Perkara Nomor 45/PHPU.D-VIII/2010 tentang perselisihan hasil Pemilu Kabupaten Kotawaringin Barat dan perkara-perkara Pemilu lainnya, MK juga menggunakan argumentasi hukum yang sama untuk mengadili tidak hanya terkait dengan hasil penghitungan suara, melainkan juga pelanggaran yang bersifat terstruktur, sistematis, dan masif yang memengaruhi hasil perolehan suara.

Tatkala MK memutus perkara perselisihan hasil Pemilu Kota Jayapura dan Kabupaten Bangkalan, MK kembali melakukan *pseudo judicial review* terhadap ketentuan Pasal 106 ayat (1) UU 32/2004 dengan menyatakan bahwa bakal pasangan calon dapat memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam mengajukan permohonan perselisihan hasil pemilu.

*Pseudo judicial review* Pasal 106 ayat (2) UU Pemda yang dilakukan oleh MK ketika mengadili perkara perselisihan hasil Pemilu, diperkuat dengan putusan Nomor 75/PUU-VIII/2010 tentang pengujian Pasal 106 ayat (2) UU Pemda yang menegaskan bahwa MK sebagai pengawal konstitusi diberi kewenangan menafsirkan secara luas suatu undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945. Berikut pendapat MK selengkapnya.

*“Dalam melaksanakan kewajiban dan tanggung jawabnya untuk menegakkan dan mengawal konstitusi, Mahkamah diberi kewenangan untuk menafsirkan secara luas. Termasuk di dalamnya Mahkamah dapat menyatakan suatu Undang-Undang bertentangan dengan UUD 1945 dan menyatakan tidak mengikat (termasuk bertentangan secara bersyarat) dan mengesampingkan suatu norma (vide putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 066/PUU-II/2004, bertanggal 12 April 2005), menyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mengikat secara hukum dengan syarat-syarat tertentu.”*

Namun *pseudo judicial review* yang dilakukan MK tatkala memutus perselisihan hasil Pemilu masih menyisakan pertanyaan, yakni bagaimana konstruksi *judicial review* dalam perkara perselisihan hasil pemilihan umum kepala daerah apabila dibandingkan dengan *judicial review* dalam perkara pengujian undang-undang. Oleh karena itu perlu dilakukan telaah terhadap putusan-putusan pengujian undang-undang yang memuat ragam konstruksi *judicial review* yang berbeda-beda, yaitu Putusan Nomor 004/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985, Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan

Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008 tentang Pengujian Pasal 12 huruf c Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Perkara Nomor 4/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat, dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, Putusan Nomor 016-PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden. Kemudian dibandingkan dengan konstruksi *pseudo judicial review* dalam putusan Nomor 41/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Pemilu Pilkada Provinsi Jawa Timur, Putusan Nomor 44/PHPU.D-VI/2008 tentang Perselisihan Pemilu Pilkada Kabupaten Timur Tengah Selatan, Putusan Nomor 196-197-198/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Pemilu Pilkada Kota Jayapura, dan Putusan 45/PHPU.DVIII/2010 tentang Perselisihan Pemilu Pilkada Kabupaten Kotawaringin Barat.

Meskipun saat ini kewenangan mengadili perkara perselisihan hasil Pemilu Pilkada tidak lagi menjadi kewenangan MK berdasarkan Putusan Nomor 97/PUU-XI/2013, bertanggal 19 Mei 2014. Namun *pseudo judicial review* dalam perkara tersebut masih relevan untuk dijadikan bahan penelitian. Oleh karena itu, saya pun tertarik untuk melakukan penelitian dengan judul *Pseudo Judicial Review* dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Pilkada di Mahkamah Konstitusi.

## **PEMBAHASAN**

### **A. Perbandingan Konstruksi Judicial Review Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Dan Konstruksi Pseudo Judicial Review Dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah**

Dalam perkara pengujian undang-undang, apabila ada suatu materi muatan pasal/ayat/bagian dari suatu undang-undang bertentangan dengan UUD 1945, maka MK akan menyatakan norma tersebut bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, sehingga norma tersebut tidak berlaku lagi. Akan tetapi dalam perkembangannya, terdapat beberapa ragam

*judicial review* dalam perkara pengujian undang-undang yang menunjukkan betapa dinamisnya perkembangan hukum acara MK.

Dari segi substansi, adakalanya MK mengenyampingkan materi muatan pasal/ayat/bagian dari suatu undang-undang, seperti putusan MK yang pertama memuat pengesampingan norma, yaitu Putusan Nomor 004/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985. Dalam hal ini, MK mengenyampingkan ketentuan Pasal 50 UU MK yang memuat pembatasan ruang lingkup kewenangan MK dalam menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Ketentuan Pasal 50 UU MK menyatakan, "Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945". Dalam perkara ini, MK menafsirkan pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang salah satunya menyatakan bahwa MK memiliki kewenangan menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Dalam norma Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, tidak ada satu norma pun yang membatasi kurun waktu MK dalam menguji suatu undang-undang. Oleh karena itu MK menafsirkan norma pasal 24C ayat (1) UUD 1945 sehingga MK akhirnya mengesampingkan Pasal 50 UU MK yang secara nyata membatasi kewenangan dalam menguji undang-undang, padahal dalam UUD 1945 tidak terdapat pembatasan yang demikian.<sup>6</sup>

Dalam perkara *judicial review* lainnya, adapula model *judicial review* di mana MK membuat syarat konstitusional tertentu terhadap suatu materi muatan pasal/ayat/bagian dari suatu undang-undang agar norma tersebut tidak bertentangan dengan konstitusi, maka MK memaknai atau membuat tafsir konstitusional terhadap materi muatan pasal/ayat/bagian dari suatu undang-undang karena jika MK membatalkan materi muatan pasal/ayat/bagian dari suatu undang-undang, maka akan menyebabkan kekosongan hukum (*recht vacuum*). Oleh karena itu, untuk mencegah kekosongan hukum, norma tersebut diputus oleh MK dengan putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) maupun inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Artinya suatu materi muatan pasal/ayat/bagian dari suatu undang-undang itu konstitusional jika mengikuti tafsir MK atau tidak konstitusional jika tidak ditafsirkan menurut tafsir MK sebagaimana Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008, Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009.

MK juga dapat menunda pemberlakuan inkonstitusionalitas suatu norma sebagaimana Putusan Nomor 016/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-

<sup>6</sup> MK mengenyampingkan norma tersebut karena Pemohon tidak mengajukan pengujian Pasal 50 UU MK. Namun dalam perkara selanjutnya, MK menyatakan bahwa Pasal 50 UU MK bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disebut UU KPTPK) yang menyatakan Pasal 53 UU KPTPK tetap dinyatakan konstitusional selama tiga tahun pasca putusan dibacakan dalam sidang pleno terbuka untuk umum. Hal ini dikarenakan, apabila MK menyatakan Pasal 53 UU KPTPK yang menjadi dasar hukum keberadaan pengadilan tindak pidana korupsi dinyatakan inkonstitusional maka akibat hukum sebagai dampak pembatalan pasal 53 UU KPTPK akan bersifat serius dan *massive*<sup>7</sup> sehingga menghambat semangat pemberantasan tindak pidana korupsi yang menjadi musuh bersama.

Dalam Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, MK membolehkan penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku bagi warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT. Dalam putusan ini, MK merumuskan pedoman bagi KPU dalam membuat teknis pelaksanaan penggunaan hak pilih bagi warga negara yang terdaftar dalam DPT. Akan tetapi, pedoman teknis ini diwujudkan dalam bentuk putusan konstitusional bersyarat.

Di sisi lain, dalam permohonan perkara perselisihan hasil Pemilu, khususnya dalam petitum permohonan Pemohon, pada umumnya berisi permintaan kepada Mahkamah untuk membatalkan hasil penghitungan suara yang ditetapkan oleh Termohon dan permintaan untuk menetapkan hasil penghitungan suara yang benar menurut Pemohon. Meskipun demikian, tatkala Mahkamah mengadili perkara Pemilu, ternyata Mahkamah melakukan *pseudo judicial review* terhadap materi muatan pasal/ayat atau bagian dari undang-undang dengan cara memberikan penafsiran hukum terhadap norma suatu undang-undang baik secara eksplisit maupun secara implisit.

Dalam putusan Nomor 41/PHPU.D-VI/2008, bertanggal 2 Desember 2008, Mahkamah telah menafsirkan dan memaknai frasa “hasil penghitungan suara” karena frasa ini telah membatasi ruang lingkup kewenangan Mahkamah untuk mengadili perkara Pemilu hanya terbatas pada “hasil penghitungan suara” yang didasarkan pada selisih angka-angka perolehan suara para pasangan calon

<sup>7</sup> Akibat hukum yang bersifat serius *massive* karena dapat menyebabkan hal-hal sebagai berikut:

1. Akibat hukum atas kekuatan mengikat Pasal 53 UU KPK tersebut harus cukup mempertimbangkan agar proses peradilan Tipikor atas pemeriksaan perkara yang sedang ditangani tidak terganggu atau tidak macet, apa lagi menimbulkan kekacauan hukum;
2. Putusan yang diambil oleh Mahkamah jangan sampai menyebabkan timbulnya ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) yang dapat mengakibatkan kekacauan dalam penanganan atau pemberantasan tindak pidana korupsi;
3. Putusan Mahkamah tersebut jangan sampai pula menimbulkan implikasi melemahnya semangat (*disinsentive*) pemberantasan korupsi yang telah menjadi musuh bersama bangsa dan masyarakat Indonesia;
4. Untuk melakukan penyempurnaan UU KPK dan penataan kelembagaan pengadilan khusus yang diperlukan untuk itu, tidak dapat diselesaikan seketika sehingga dibutuhkan waktu yang cukup.

lalu menetapkan perolehan suara yang benar. Langkah ini adalah koreksi atas hasil kerja KPU jika KPU melakukan kesalahan baik karena kelalaian maupun karena adanya unsur kesengajaan. Selain itu Mahkamah juga menafsirkan Pasal 236C UU Pemda dimana peralihan kewenangan mesti dimaknai secara luas sesuai dengan karakter Mahkamah sebagai peradilan Konstitusi yang berdasarkan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 MK merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menegakkan hukum dan keadilan. Mahkamah sebagai peradilan konstitusi memiliki fungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*), pengawal demokrasi (*the guardian of democracy*), penafsir akhir konstitusi (*the final interpreter of the constitution*), pelindung hak asasi manusia (*the protector of human rights*), dan pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of citizen constitutional rights*). Dengan fungsi-fungsi tersebut, Mahkamah sebagai peradilan konstitusi tidak dapat membiarkan pelanggaran-pelanggaran yang sifatnya sistematis, terstruktur, dan *massive*<sup>8</sup> yang bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil".

Oleh karena itu Mahkamah melakukan aktivisme judisial (*judicial activism*) dengan menafsirkan makna frasa "hasil penghitungan suara" yang mesti dimaknai bahwa yang dapat diadili oleh Mahkamah tidak hanya hasil penghitungan suara, namun pelanggaran-pelanggaran yang menyebabkan terjadinya hasil penghitungan suara yang kemudian dipersengketakan itu harus pula dinilai untuk menegakkan hukum dan keadilan dan dasar batu uji yang digunakan Mahkamah adalah Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Selain itu, Mahkamah juga menggunakan batu uji Pasal 22E ayat (1) UUD 1945 yang mengatur asas-asas penyelenggaraan Pemilu yang menegaskan bahwa pemilihan umum diselenggarakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil sebagaimana ditegaskan MK dalam Putusan Nomor 45/PHPU.D-VIII/2010 tentang Sengketa Pemilu Kota Kabupaten Kotawaringin Barat. Hasil penilaian Mahkamah terhadap konstitusionalitas penyelenggaraan Pemilu berupa penafsiran Mahkamah terhadap pasal 106 ayat (2) UU Pemda.

<sup>8</sup> Pelanggaran dalam proses Pemilu atau Pemiluada yang berpengaruh terhadap hasil Pemilu atau Pemiluada seperti *money politic*, keterlibatan oknum pejabat atau PNS, dugaan pidana Pemilu, dan sebagainya. Pelanggaran yang seperti ini dapat membatalkan hasil Pemilu atau Pemiluada sepanjang berpengaruh secara signifikan terhadap perolehan suara dan terjadi secara terstruktur, sistematis, dan masif yang ukurannya telah ditetapkan dalam berbagai putusan Mahkamah, yakni.

- Pelanggaran itu bersifat sistematis, artinya pelanggaran ini benar-benar direncanakan secara matang (*by design*);
- Pelanggaran itu bersifat terstruktur, artinya pelanggaran ini dilakukan oleh aparat struktural, baik aparat pemerintah maupun aparat penyelenggara Pemiluada secara kolektif bukan aksi individual;
- Pelanggaran itu bersifat masif, artinya dampak pelanggaran ini sangat luas dan bukan sporadis. (Lihat Putusan Nomor 166/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilu Kota Tanjung Balai, dimana MK menjabarkan pelanggaran sistematis, terstruktur dan *massive*).

Dalam Putusan Nomor 44/PHPU.D-VI/2008, Mahkamah juga melakukan *pseudo judicial review* agar dapat mengadili pelanggaran yang bersifat serius, signifikan dan terstruktur. Di samping itu, Mahkamah melakukan penafsiran hukum terhadap ketentuan Pasal 233 ayat (2) dan ayat (3) UU Pemda yang memuat larangan pelaksanaan PemiluKada pada tahun 2009 karena bertepatan dengan pemilihan umum legislatif dan Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden. Padahal perkara ini diputus pada tanggal 11 Desember 2008.

Sementara itu, Mahkamah memerintahkan agar pemungutan suara ulang dilaksanakan paling lama 45 hari sejak putusan diucapkan dan penghitungan suara ulang paling lama 30 hari sejak putusan diucapkan sehingga perintah Mahkamah untuk melaksanakan penghitungan dan pemungutan suara ulang berpotensi melampaui tenggat tahun 2008. Oleh karena itu Mahkamah menegaskan bahwa pemungutan suara ulang dan/atau penghitungan suara ulang *a quo* bukanlah merupakan PemiluKada baru melainkan kelanjutan PemiluKada yang telah diselenggarakan sebelumnya, sehingga pelaksanaan pemungutan suara ulang dan/atau penghitungan suara ulang pada awal tahun 2009 tidak dapat dinilai bertentangan dengan ketentuan undang-undang tersebut di atas.

Dalam Putusan Nomor 45/PHPU.D-VIII/2010 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah Kabupaten Kotawaringin Barat, MK melakukan diskualifikasi calon pasangan kepala daerah yang terpilih karena terbukti melakukan pelanggaran yang bersifat sistematis, terstruktur, dan *massive*. Putusan MK tentang perselisihan hasil PemiluKada Kotawaringin Barat ini memang berbeda dengan putusan MK yang lainnya yang mana di dalam pertimbangan sama-sama terbukti terdapat pelanggaran bersifat sistematis, terstruktur dan *massive*. Akan tetapi dalam amar putusannya, MK tidak melakukan pemungutan dan/atau penghitungan suara ulang, tetapi malah melakukan diskualifikasi pasangan calon. Dalam konteks *pseudo judicial review*, putusan yang amarnya melakukan diskualifikasi pasangan calon merupakan perkembangan baru dalam hukum acara pengujian perselisihan hasil PemiluKada karena pada dasarnya dalam perkara PemiluKada, jika MK menyatakan penghitungan suara yang dilakukan oleh KPU adalah keliru, maka MK akan menetapkan perolehan suara yang benar. Dalam perkara ini MK melakukan metode penafsiran *argumentum a contrario* dengan menetapkan pemenang, berdasarkan ketentuan Pasal 77 ayat (3) UU 24/2003 *juncto* Pasal 13 ayat (3) huruf b PMK 15/2008 yang menyatakan, "*Dalam hal*

*permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan membatalkan hasil penghitungan suara yang diumumkan oleh Komisi Pemilihan Umum dan menetapkan hasil penghitungan suara yang benar”.*

Dalam Putusan Nomor 196-197-198/PHPU.D-VIII/2010 tentang Pemilu Kota Jayapura, Mahkamah kemudian melakukan *pseudo judicial review* dengan menggunakan penafsiran yang luas terhadap Pasal 106 ayat (1) UU Pemda yang menyatakan, “Keberatan terhadap penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah hanya dapat diajukan oleh pasangan calon kepada Mahkamah Agung dalam waktu paling lambat 3 (tiga) hari setelah penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah”. Semula, permohonan hanya dapat diajukan oleh pasangan calon kepala daerah, tetapi dengan putusan ini, yang dapat mengajukan permohonan keberatan bukan hanya pasangan calon, tetapi juga bakal pasangan calon. Meskipun dalam putusan ini tidak secara eksplisit mencantumkan pasal yang diuji, yakni Pasal 106 ayat (1) UU Pemda. Namun secara implisit konstruksi *pseudo judicial review* termuat pada bagian Pertimbangan Hukum, sub bagian pokok permohonan berupa penafsiran ekstensif atas Pasal 106 ayat (1) UU Pemda. *Pseudo judicial review* dalam putusan ini dilatarbelakangi oleh tindakan KPU Kota Jayapura yang terbukti telah menghalang-halangi hak Pemohon III untuk maju sebagai Pasangan Calon Peserta Pemilu Kota Jayapura Tahun 2010 (*rights to be candidate*) sehingga hal ini merupakan pelanggaran serius terhadap hak konstitusional Pemohon III yang dijamin oleh konstitusi. Akan tetapi terdapat dua syarat yang harus dipenuhi agar bakal calon Pasangan dapat memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam perkara perselisihan Pemilu, yaitu, pertama, Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota dengan sengaja mengabaikan Putusan dari suatu lembaga peradilan meskipun masih ada kesempatan untuk melaksanakannya; Kedua, Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota bertendensi untuk menghalang-halangi terpenuhinya syarat bakal Pasangan Calon atau sebaliknya berupaya untuk meloloskan bakal Pasangan Calon yang tidak memenuhi persyaratan untuk menjadi peserta Pemilu dengan motif pemihakan atau untuk memenangkan ataupun mengalahkan Pasangan Calon tertentu.

Apabila dicermati, konstruksi *pseudo judicial review* terhadap Pasal 106 ayat (1) UU Pemda memiliki kemiripan dengan konstruksi perkara *judicial review* dalam perkara pengujian undang-undang, terutama pengujian undang-undang yang putusannya memuat amar konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) atau putusan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Dalam



putusan konstitusional bersyarat, suatu norma atau materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang adalah konstitusional jika dimaknai sesuai dengan tafsir atau syarat yang ditentukan oleh MK atau putusan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yang memiliki makna suatu norma atau materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang adalah inkonstitusional jika tidak dimaknai sesuai dengan tafsir atau syarat yang ditentukan oleh MK.

Pasal 106 ayat (1) UU Pemda menyatakan bahwa keberatan terhadap penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah hanya dapat diajukan oleh pasangan calon kepada Mahkamah Agung dalam waktu paling lambat 3 (tiga) hari setelah penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Dalam pasal ini, keberatan terhadap hasil Pemilu hanya dapat diajukan oleh pasangan calon. Mahkamah dalam Putusan Nomor 196-197-198/PHPU.D-VIII/2010 tentang Pemilu Kota Jayapura menetapkan syarat agar bakal calon dapat menjadi pemohon dalam mengajukan keberatan terhadap hasil Pemilu ke MK, yaitu pertama, Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota dengan sengaja mengabaikan Putusan dari suatu lembaga peradilan meskipun masih ada kesempatan untuk melaksanakannya; Kedua, Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota bertendensi untuk menghalang-halangi terpenuhinya syarat bakal Pasangan Calon atau sebaliknya berupaya untuk meloloskan bakal Pasangan Calon yang tidak memenuhi persyaratan untuk menjadi peserta Pemilu dengan motif pemihakan atau untuk memenangkan ataupun mengalahkan Pasangan Calon tertentu. Dalam konteks putusan konstitusional bersyarat kita dapat membaca pasal ini sebagai berikut.

1. Frasa “Pasangan Calon” dalam Pasal 106 ayat (1) adalah konstitusional sepanjang dimaknai bahwa bakal pasangan calon dapat mengajukan keberatan terhadap penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah jika memenuhi syarat:
  - a. Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota dengan sengaja mengabaikan Putusan dari suatu lembaga peradilan meskipun masih ada kesempatan untuk melaksanakannya;
  - b. Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota bertendensi untuk menghalang-halangi terpenuhinya syarat bakal Pasangan Calon atau sebaliknya berupaya untuk meloloskan bakal Pasangan Calon yang tidak memenuhi persyaratan untuk menjadi peserta Pemilu dengan motif pemihakan atau untuk memenangkan ataupun mengalahkan Pasangan

Calon tertentu.

Atau putusan inkonstitusional bersyarat sebagai berikut:

2. Frasa “Pasangan Calon” dalam Pasal 106 ayat (1) adalah inkonstitusional atau bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai bahwa bakal pasangan calon dapat mengajukan keberatan terhadap penetapan hasil pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah jika memenuhi syarat:
  - a. Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota dengan sengaja mengabaikan Putusan dari suatu lembaga peradilan meskipun masih ada kesempatan untuk melaksanakannya;
  - b. Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota bertendensi untuk menghalang-halangi terpenuhinya syarat bakal Pasangan Calon atau sebaliknya berupaya untuk meloloskan bakal Pasangan Calon yang tidak memenuhi persyaratan untuk menjadi peserta Pemilu dengan motif pemihakan atau untuk memenangkan ataupun mengalahkan Pasangan Calon tertentu.

Namun Mahkamah tidak memutus demikian karena dibatasi oleh hukum acara dalam perkara Pemilu. Walaupun penafsiran ekstensif yang dilakukan oleh Mahkamah saat mengadili Perkara Nomor 196-197-198/PHPU.D-VIII/2010 juga merupakan tindakan Mahkamah yang tidak sesuai dengan hukum acara perselisihan hasil Pemilu. Mahkamah dalam putusan Pemilu sering pula menegaskan bahwa sebagai peradilan konstitusi, Mahkamah tidak boleh membiarkan aturan-aturan keadilan prosedural (*procedural justice*) memasing dan mengesampingkan keadilan substantif (*substantive justice*).

Pada saat mengadili perkara *judicial review*, Mahkamah sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) lazim menggunakan metode penafsiran hukum baik penafsiran hukum terhadap norma yang ada di dalam UUD 1945 maupun penafsiran hukum terhadap norma dalam suatu undang-undang. Penafsiran hukum terhadap norma konstitusi kerap dilakukan oleh Mahkamah, sebagaimana penafsiran terhadap Pasal 24C UUD 1945 ketika Mahkamah mengadili perkara *judicial review* UU Kekuasaan Kehakiman yang dituangkan dalam Putusan 004/PUU-I/2003.

Di sisi lain, penafsiran hukum oleh Mahkamah terhadap norma undang-undang lazimnya digunakan Mahkamah pada putusan yang amarnya bersifat konstitusional

bersyarat (*conditionally constitutional*) dan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Hal ini biasanya dilakukan oleh Mahkamah manakala pembatalan terhadap materi muatan pasal/ayat/bagian dari suatu undang-undang akan menimbulkan kekosongan hukum, sehingga agar tidak terjadi kekosongan hukum, Mahkamah menafsirkan secara bersyarat suatu materi muatan pasal/ayat/bagian dari suatu undang-undang sebagaimana telah diuraikan diatas, dalam Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Putusan Nomor Nomor 4/PUU-VII/2009 tentang pengujian UU Pemilu DPR, DPD, dan DPRD dan UU Pemda; Serta Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden dan putusan-putusan setelahnya.

Dari uraian-uraian dan pembahasan di atas antara *judicial review* dan *pseudo judicial review* dapat diidentifikasi persamaan dan perbedaannya sebagaimana diuraikan dalam tabel dibawah ini

**Tabel 1**  
*Judicial Review dan Pseudo Judicial Review*

No.	Persamaan dan Perbedaan	
	Judicial Review	Pseudo Judicial Review
1.	Konstruksi permohonan dan putusan <i>judicial review</i> dalam perkara pengujian undang-undang diatur dalam hukum acara tentang pengujian undang-undang.	Konstruksi permohonan dan putusan <i>pseudo judicial review</i> dalam perkara perselisihan hasil Pemilu mengikuti hukum acara dalam perkara perselisihan hasil Pemilu.
2.	Dalam <i>judicial review</i> perkara pengujian undang-undang, lazimnya materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang yang akan diuji lazimnya diperhadapkan <i>vis-a-vis</i> dengan pasal-pasal dalam UUD 1945 sebagai batu uji dan terdapat penegasan tentang pertentangan materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang dengan UUD 1945.	Dalam Putusan Pemilu yang memuat <i>pseudo judicial review</i> , tidak secara jelas diuraikan materi muatan pasal/ayat secara <i>vis-a-vis</i> dengan UUD 1945 sebagai batu uji dan tidak ada pernyataan pertentangan antara materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang dengan UUD 1945.

3.	<p>Dalam perkara pengujian undang-undang, MK dapat mengesampingkan, membatalkan, menafsirkan, dan menunda keberlakuan materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang. Bahkan dapat merumuskan norma baru. Hal ini dikarenakan MK dengan karakternya sebagai peradilan konstitusi selain memiliki fungsi mengawal konstitusi dan penafsir tunggal konstitusi, juga memiliki fungsi lainnya, yaitu mengawal demokrasi, melindungi hak asasi manusia, dan melindungi hak konstitusional warga negara.</p>	<p>Dalam perkara Pemiluakada, MK hanya dapat melakukan <i>pseudo judicial review</i> dengan cara mengesampingkan dan menafsirkan materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang karena amar putusannya haruslah sesuai dengan hukum acara perselisihan hasil Pemiluakada.</p>
4.	<p>Dalam konstruksi <i>judicial review</i> dalam perkara pengujian undang-undang, Mahkamah menggunakan metode penafsiran hukum baik terhadap norma konstitusi dalam UUD 1945 maupun terhadap norma dalam suatu undang-undang. Apabila MK menyatakan suatu materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang bertentangan dengan UUD 1945, maka MK akan menyatakan materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang batal dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat (<i>null and void</i>).</p>	<p>Dalam konstruksi <i>pseudo judicial review</i> dalam perkara perselisihan hasil Pemiluakada, Mahkamah menggunakan metode penafsiran hukum baik terhadap norma konstitusi dalam UUD 1945 maupun terhadap norma dalam suatu undang-undang.</p>
5.	<p>Dalam perkara <i>judicial review</i>, MK kerap melakukan aktivisme judisial (<i>judicial activism</i>), misalnya dengan mengesampingkan sebuah norma, memuat penafsiran atau memaknai norma agar tetap konstitusional, dan putusan MK dapat menunda keberlakuan norma.</p>	<p>MK tidak bisa membatalkan dan menyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat suatu materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang meskipun bertentangan dengan UUD 1945.</p>

6.	Dalam perkara <i>judicial review</i> , materi muatan pasal/ayat yang direviu oleh Mahkamah harus tersurat atau eksplisit.	Dalam putusan PemiluKada di atas, <i>pseudo judicial review</i> lazimnya dilakukan oleh Mahkamah tatkala ada ketentuan yang membatasi kewenangan Mahkamah dalam mengadili perkara PemiluKada, padahal Mahkamah dengan karakternya sebagai peradilan konstitusi dapat mengadli pelanggaran-pelanggaran yang bersifat sistematis, terstruktur dan <i>massive</i> maupun yang bersifat serius dan signifikan yang bertentangan dengan UUD 1945 (melakukan aktivisme judicial).
7.	Jika MK menafsirkan secara konstitusional suatu materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang, maka akan tercermin dalam amar putusan yang bersifat konstitusional/inkonstitusional bersyarat.	<i>Pseudo Judicial review</i> yang dilakukan oleh Mahkamah dalam perkara perselisihan hasil PemiluKada bersifat terbatas karena tidak membatalkan rumusan norma hukum dari suatu undang-undang dan bersifat kasuistis pada kasus PemiluKada tertentu saja dapat digunakan metode <i>pseudo judicial review</i> yang secara nyata terdapat pelanggaran terhadap UUD 1945.
8.		<i>Pseudo judicial review</i> juga dilakukan Mahkamah ketika ada materi muatan pasal/ayat atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945.
9.		<i>Pseudo judicial review</i> termuat pada bagian Pertimbangan Hukum, pada sub bagian Pokok Permohonan.
10.		Dalam <i>pseudo judicial review</i> , materi muatan pasal/ayat yang direviu oleh Mahkamah tidak harus tersurat atau eksplisit, namun bisa juga secara tersirat atau implisit.
11.		<i>Pseudo judicial review</i> hanya terdapat pada perkara PHPU Kada yang dikabulkan, tepatnya pada bagian pertimbangan hukum sub bagian pokok permohonan atau kewenangan Mahkamah.

12.		Dalam amar putusan perkara Pemiluakada, Mahkamah tidak membatalkan materi muatan pasal/ayat/bagian dari undang-undang yang telah diuji ( <i>pseudo judicial review</i> ), meskipun Mahkamah melakukan penafsiran hukum atas materi muatan pasal/ ayat/bagian dari undang-undang dan mengesampingkan keberlakuan pasal yang diuji tersebut.
-----	--	--

Lahirnya *pseudo judicial review* yang merupakan terobosan hukum baru dalam perkara Pemiluakada meskipun hal ini tidak termuat dalam petitum permohonan Pemohon. Hal ini didasari oleh hakim yang bersifat aktif dalam menggali nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat sebagaimana termaktub dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman) yang menyatakan, "Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat." Spirit sifat hakim yang aktif yang dijabarkan dalam Pasal 5 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman berasal dari ketentuan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, "Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan".

Hakim dapat bertindak aktif dalam persidangan karena hakim dipandang mengetahui hukum dari suatu perkara. Hal ini juga sesuai dengan asas *ius curia novit*, yang juga dapat diterjemahkamahkan bahwa hakim mengetahui hukum dari suatu perkara.<sup>9</sup> Oleh karena itu pengadilan tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak ada hukumnya, dan hakim di pengadilan itu dapat aktif di persidangan.<sup>10</sup> Sifat aktif hakim konstitusi dapat diistilahkan pula dengan istilah aktivisme judisial (*judicial activism*).<sup>11</sup> Aktivisme judisial terinspirasi dari makna filosofis penafsiran konstitusi yang memandang konstitusi bukan sekedar katalog peraturan hukum, namun lebih sebagai pernyataan prinsip-prinsip pemerintahan

<sup>9</sup> Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2006, h.78.

<sup>10</sup> Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, 2010, h. 23.

<sup>11</sup> Menurut Black Law Dictionary, "*judicial activism* memuat arti, "A philosophy of judicial decision making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent". Lihat Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, United States of America: Thomson Reuters, 2009, h.924.

konstitusional yang wajib dijalankan. Aktivisme yudisial sendiri merupakan proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda. Pendekatan ini menurut Satyabrata melebihi filsafat hukum lama, karena dianggap lebih modern dan dekat dengan kehidupan riil masyarakat. Aktivisme yudisial juga dipahami sebagai dinamisme para hakim yang memegang kekuasaan kehakiman ketika membuat putusan tanpa melampaui batas-batas konstitusi.<sup>12</sup>

## KESIMPULAN

Setelah membandingkan konstruksi *judicial review* dalam perkara pengujian undang-undang dan konstruksi *pseudo judicial review* dalam perkara perselisihan hasil Pemilu dapat disimpulkan bahwa terdapat persamaan dan perbedaan konstruksi *judicial review* dalam perkara pengujian undang-undang dan *pseudo judicial review* dalam perkara Pemilu. *Pseudo judicial review* merupakan hasil aktivisme yudisial yang kerap dilakukan hakim konstitusi. Aktivisme yudisial merupakan manifestasi dan implementasi ketentuan yang berasal dari Pasal 24 UUD 1945 yang menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menegakan hukum dan keadilan. Selain itu, desain dan karakter MK sebagai peradilan konstitusi, membuat MK bebas dalam membuat putusan yang seringkali memecah kebuntuan hukum yang terjadi, salah satunya dengan melakukan *pseudo judicial review* saat memutus perkara Pemilu.

## DAFTAR PUSTAKA

- Bryan A. Garner, 2009, *Black's Law Dictionary*, United States of America: Thomson Reuters.
- Maruarar Siahaan, 2006, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

<sup>12</sup> <http://panmohamadfaiz.com/2009/08/25/konstitusi-dan-aktivisme-yudisial/> diakses pada tanggal 17 November 2014.

# **Konstitusionalitas dan Legalitas Norma dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945**

## ***Constitutionality and Legality of Norms in The Review of Laws Against The 1945 Constitution***

**Mohammad Mahrus Ali**

Peneliti pada Pusat P4TIK Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia  
Jl. Medan Merdeka Barat No.6 Jakarta  
E-mail: ali\_alfikri@yahoo.com

Naskah diterima: 10/03/2015 revisi: 10/03/2015 disetujui: 20/03/2015

### **Abstrak**

Konstitusionalitas norma tidak dapat dilepaskan dari model pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Hal ini dapat dilihat dari praktik pengujian norma abstrak dan norma konkret oleh MK. Pengujian norma konkret dalam *judicial review* undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 pada dasarnya berada di luar kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK). Pengujian norma yang dilakukan oleh MK secara teoritis bertitik tolak dari norma abstrak sebagai implikasi kedudukan MK yang menjadi pengadilan norma dan mengujinya terhadap konstitusi. Untuk menilai konstitusionalitas norma undang-undang, maka norma abstrak yang akan menjadi fokus pengujian oleh MK. Pada dasarnya norma konkret lebih menitik beratkan implementasi atau penerapan norma. Penerapan norma tidak dapat dilepaskan dari legalitas norma yang menjadi kewenangan Mahkamah Agung (MA), sedangkan konstitusionalitas norma adalah menguji kesesuaian norma tersebut dengan batu uji pasal-pasal dalam konstitusi. Apabila landasan pengujian norma adalah Undang-Undang Dasar 1945 maka norma abstrak yang seharusnya menjadi materi utama untuk diuji. Sebaliknya ketika norma konkret yang akan diuji, maka yang harus dipertimbangkan juga adalah penerapan dari norma tersebut yang secara tidak langsung masuk dalam ranah kasus konkret. Penelitian ini menggunakan metode yuridis normatif dengan pendekatan kasus (*case approach*) yaitu 15 (lima belas) putusan Mahkamah Konstitusi sepanjang



2003-2013 dalam pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 secara materiil yang memfokuskan pada *ratio decidendi* hakim konstitusi dalam menentukan konstitusionalitas norma. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa MK dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 tidak memisahkan secara dikotomis antara norma abstrak dan norma konkret. Dalam upaya melindungi hak-hak konstitusional warga negara, tidak adanya upaya hukum lanjutan yang akan ditempuh oleh Pemohon, serta untuk memberikan kepastian hukum yang adil, MK mengabulkan pengujian norma konkret. Meskipun MK tetap tegas menyatakan bahwa hal tersebut adalah norma konkret, sehingga permohonan pemohon hanya dikabulkan sebagian pada pengujian norma abstraknya saja. Sedangkan dalam hal putusan MK yang menolak pengujian norma konkret karena norma yang diujikan bukanlah persoalan konstitusionalitas norma melainkan penerapan norma dan permintaan putusan provisi (putusan sela) yang tidak relevan dengan pokok perkara. Pengujian norma konkret dalam putusan menolak adalah bentuk kehati-hatian MK agar tidak mengadakan perkara yang menjadi kewenangan peradilan lain yaitu Mahkamah Agung serta peradilan di bawahnya. Adapun terkait putusan yang menyatakan tidak dapat diterima, MK menyatakan bahwa Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum serta MK tidak memiliki kewenangan untuk menguji norma tersebut. Kedepan, MK perlu menegaskan perihal kedudukan norma sebelum melakukan pemeriksaan lebih mendalam terhadap setiap permohonan yang diajukan. Di samping itu MK perlu diberikan kewenangan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) atau pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) sehingga terciptanya harmonisasi penafsiran berdasarkan konstitusi.

**Kata kunci:** Konstitusionalitas Norma, Pengujian Undang-Undang, Mahkamah Konstitusi.

### **Abstract**

*The Constitutionality of norms are inseparable with the model of judicial review of laws against the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. It can be seen from the reviews of abstract and concrete norms by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia. The review of concrete norms in the decision of judicial review basically does not constitute authority of the Constitutional Court. Theoretically, norms review should be starting from abstract norms as the implications of the Constitutional Court authority. In order to review the constitutionality of laws, norms and abstract norms should be interpreted by the Constitutional Court. While concrete norms focus more on the implementation or application of the norm itself. The application of norms cannot be separated from the legality of the norms, while constitutionality of norms is related to its coherence with the Constitution. If the basis of norms review is the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia then abstract norms should be the main subject matter to be reviewed. Otherwise, when*

*concrete norms are the subject matters to be reviewed, then the implementation of the norms that have been applied in concrete cases. This research is using normative juridical method with case approach in which 15 (fifteen) verdicts of the Constitutional Court of Republic of Indonesia over the period of 2003-2013 in judicial review of laws against the 1945 Constitution are analyzed. The focus is on the ratio decidendi of the Constitutional Court judges in determining the constitutionality of norms. The result of this research shows that, the Constitutional Court, in the judicial review of laws against the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia does not separate abstract norms and concrete norms dichotomously. In an attempt to protect the constitutional rights of citizens, the absence of legal remedies that can be further pursued by the applicant, as well as to provide legal certainty, the Constitutional Court, granted, in its decision, the review of concrete norms. Even though the Constitutional Court remains firm in satting that it is a concrete norms, the applicant's petition is granted in part which is concerning the review the abstract norms only. Whereas, with respect to the verdict of the constitutional court that rejected the review of concrete norms, it is because the review is not on the constitutionality of norms but the application of the norms and also concerns a petition for an interlocutory decision which is irrelevant to the subject matter of the case. The review of concrete norms in a rejecting ruling is a form of prudence by the Constitutional Court in order not to prosecute the matters which constitute the authority the other judicial bodies, namely the Supreme Court and the lower courts. As for the ruling which declared a petition inadmissible, the Constitutional Court stated that the applicant has no legal standing and the Constitutional Court does not have the authority to test these norms. In the future the Constitutional Court needs to affirm the status of norms before further examining in depth the petition filed. In addition, the Constitutional Court should be conferred with the authority to hear constitutional complaint and constitutional question in order to create the harmonization of interpretation based on the Constitution.*

**Keyword:** *The Constitutionality of Norms, Judicial Review, Constitutional Court.*

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Mekanisme kontrol norma hukum (*legal norm control mechanism*)<sup>1</sup> pada dasarnya dapat diimplementasikan melalui pengawasan politik, pengendalian administratif atau melalui kontrol hukum (*judicial*).<sup>2</sup> Tujuan utama adanya kontrol tersebut untuk menjaga agar kaidah-kaidah konstitusi yang termuat dalam Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan konstitusional

<sup>1</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta:Konstitusi Press, 2006, h.6

<sup>2</sup> *Ibid.*,

lainnya tidak disimpangi atau dilanggar maka diperlukan adanya institusi serta tata cara pengawasannya. Terdapat tiga norma hukum yang dikenal dalam pengujian norma hukum yaitu keputusan normatif yang mengatur (*regeling*) dan bersifat *general and abstract*, keputusan normatif yang mengandung penetapan administratif (*beschikking*) bersifat *individual and concrete norm*, keputusan normatif yang bersifat penghakiman (*judgement*) merupakan *general and abstract norm* disebut vonis.<sup>3</sup> Jimly Asshidiqqie menegaskan bahwa kaidah hukum yang bersifat umum dan abstrak (*general and abstract norm*) hanya dapat diawasi melalui jalur hukum pengadilan dengan mekanisme *judicial review*.<sup>4</sup>

Dalam kaitannya dengan pengawasan norma melalui pengadilan khususnya norma dalam sebuah undang-undang yang telah disahkan dan telah diundangkan secara resmi, maka pengujian atasnya dapat disebut *judicial review*.<sup>5</sup> Hal tersebut merupakan pengawasan kekuasaan kehakiman terhadap kekuasaan legislatif dan eksekutif untuk menjamin tindakan hukum legislatif dan eksekutif selaras dengan hukum tertinggi.<sup>6</sup>

Pengujian konstitusional undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) yang diajukan kepada Mahkamah Konstitusi (MK) adalah untuk menilai kesesuaian antara produk hukum yakni undang-undang dengan UUD 1945 yang didasarkan pada norma-norma yang tertulis di dalamnya. Umumnya, norma dikategorikan menjadi norma umum (*algemeen*) dan norma individual (*individueel*) serta norma yang abstrak (*abstract*) dan norma yang konkret (*concrete*). Perbedaan antara yang umum dan yang individual didasarkan pada mereka yang terkena aturan norma tersebut (*adressat*), ditujukan pada orang atau sekelompok orang yang tidak tertentu atau ditujukan kepada orang atau sekelompok orang yang tertentu. Norma hukum konkret dimaknai sebagai suatu norma hukum yang melihat perbuatan seseorang secara lebih nyata (konkret)

<sup>3</sup> Nimatul Huda, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: FH UII Press, 2011, h.23

<sup>4</sup> Asshidiqqie, *op.cit.*, h.7

<sup>5</sup> Jimly Asshidiqqie berpandangan bahwa terdapat perbedaan antara '*judicial review*' dengan '*constitutional review*', hal tersebut juga berbeda dengan pengertian '*judicial preview*' seperti dalam sistem Perancis. Apabila terkait dengan hak atau kewenangan untuk menguji, maka dapat menggunakan istilah hak untuk menguji atau hak uji ('*toetsingsrecht*'). Hak uji ('*toetsingsrecht*') diberikan kepada hakim disebut '*judicial review*' atau *review* oleh lembaga peradilan. Ketika kewenangan menguji diberikan kepada lembaga legislatif, maka disebut '*legislative review*'. Sedangkan "*executive review*" yang melakukan pengujian adalah pemerintah. Kemudian jika pengujian dilakukan terhadap norma hukum yang bersifat abstrak dan umum (*general and abstract norms*) secara "*a posteriori*", maka pengujian itu dapat disebut sebagai "*judicial review*". Akan tetapi, apabila pengujian bersifat "*a priori*", yaitu terhadap rancangan undang-undang yang telah disahkan oleh parlemen tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya disebut '*judicial preview*'. Adapun "*constitutional review*" atau pengujian konstitusional adalah pengujian yang dilakukan dengan menggunakan konstitusi sebagai alat pengukur, hal tersebut disebut dengan pengujian mengenai konstitusionalitas dari norma hukum yang sedang diuji (*judicial review on the constitutionality of law*). Lihat Jimly Asshidiqqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h.6-7

<sup>6</sup> Nimatul Huda, *op.cit.*,

Sedangkan norma hukum abstrak adalah suatu norma hukum yang melihat pada perbuatan seseorang tidak ada batasnya dalam arti tidak konkret.<sup>7</sup> Dengan kata lain, norma ini merumuskan suatu perbuatan secara abstrak. Sedangkan perbedaan antara norma abstrak dengan norma konkret didasarkan pada hal yang diatur dalam norma tersebut, untuk peristiwa-peristiwa yang tidak tertentu atau untuk peristiwa-peristiwa tertentu.<sup>8</sup>

Pengujian terhadap norma undang-undang adalah pengujian mengenai nilai konstitusionalitas undang-undang, baik dari segi formil ataupun materiil. Karena itu, pada tingkat pertama, pengujian konstitusionalitas haruslah dibedakan dari pengujian legalitas. MK pengujian konstitusionalitas, sedangkan Mahkamah Agung (MA) melakukan pengujian legalitas, bukan pengujian konstitusionalitas.<sup>9</sup> Dalam perkara *judicial review* undang-undang, baik menurut UUD 1945 maupun menurut UU MK, ditegaskan MK hanya berwenang menilai atau mengadili konstitusionalitas sebuah UU terhadap UUD 1945. MK hanya dapat menyatakan apakah sebuah UU, sebagian isinya, kalimat, atau frasenya, bertentangan dengan konstitusi atau tidak. MK tidak dapat menerobos batas kompetensi konstitusionalitas dan masuk ke dalam kompetensi legalitas. Dalam perkara *judicial review*, amar putusan MK tidak dapat masuk ke ranah yang bersifat legalitas.<sup>10</sup>

Kewenangan konstitusional MK dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar adalah mengenai konstitusionalitas norma. Otoritas MK berada dalam ranah pengujian norma abstrak bukan implementasi norma (kasus konkret). Tugas MK adalah menilai sesuai atau tidaknya satu undang-undang dengan Undang-Undang Dasar 1945. Dalam memutus pengujian norma undang-undang, MK berlandaskan pada Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim.<sup>11</sup> Untuk memperkuat keyakinan hakim konstitusi dalam memutus suatu perkara, hakim konstitusi menerapkan berbagai model penafsiran konstitusi<sup>12</sup> yang menjadi metode penentuan hukum terhadap

<sup>7</sup> Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan 1. Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Cetakan ke-6, Kanisius: Jakarta, 2011, h. 27

<sup>8</sup> A. Hamid S. Atamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, (Suatu Studi Analisa Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan Dalam Kurun Waktu Pelita I- Pelita IV), Disertasi Doktor Universitas Indonesia, dalam Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi*, Pradnya Paramita: Jakarta, 2006, h. 274- 275

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Cetakan Kedua, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, h.5-6

<sup>10</sup> Mahfud MD, *Masalah Konstitusionalitas dan Legalitas*, Seputar Indonesia, Sabtu 9 Juni 2012.

<sup>11</sup> Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011.

<sup>12</sup> Pemilihan dan penggunaan metode interpretasi merupakan otonomi atau kemerdekaan hakim dalam penemuan hukum. Terkait dengan hal ini, Mahkamah Konstitusi juga pernah mengemukakan: ....Kemerdekaan dimaksud juga diartikan bahwa hakim bebas memutus sesuai dengan nilai yang diyakininya melalui penafsiran hukum, walaupun putusan yang didasarkan pada penafsiran dan keyakinan demikian mungkin berlawanan

suatu perkara konstitusionalitas norma. Pandangan ini semakin menegaskan bahwa pengujian konstitusionalitas norma adalah kompetensi MK yang berimplikasi pada setiap perkara yang diajukan haruslah menyangkut konstitusionalitas norma bukan penerapan norma.

Selama satu dasawarsa MK telah melaksanakan 3 (tiga) kewenangan, yaitu pengujian undang-undang, sengketa kewenangan lembaga negara, dan perselisihan hasil pemilihan umum. Sejak 13 Agustus 2003 hingga 12 Desember 2013, tercatat 1.333 perkara telah ditangani oleh MK. Dari jumlah tersebut, jika dipilah berdasarkan kewenangan, terdapat 602 perkara (45,16%) PUU, 24 perkara (1,8%) SKLN, 116 perkara (8,7%) PHPU Legislatif dan Presiden/Wakil Presiden, serta 591 perkara (44,34%) PHPU Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah. Dari total penanganan perkara tersebut, MK telah menjatuhkan putusan 1.247 perkara, yang terdiri atas 1.169 (93,74%) putusan dan 78 (6,26%) ketetapan. Terhadap total 1.169 putusan, jika dipilah berdasarkan amar, 243 perkara (20,79%) dikabulkan, 616 perkara (52,69%) ditolak, dan 310 perkara (26,52%) tidak dapat diterima.<sup>13</sup>

Untuk penanganan perkara Pengujian UU (PUU) memang hampir selalu terjadi peningkatan tiap tahunnya. Jumlah penanganan PUU semakin meningkat pada 2009, 2010, 2011, dan 2012 yakni masing-masing Sebesar 90 perkara, 120 perkara, 145 perkara, dan 169 perkara. Peningkatan jumlah penanganan perkara di MK masih berlanjut pada 2013. Pada 15 Juli 2013 permohonan PUU yang ditangani MK telah mencapai angka 142 perkara. Di mana jumlah perkara pada masing-masing tahunnya, sudah termasuk perkara yang masih dalam proses pada tahun sebelumnya. Selanjutnya, dari total 602 perkara PUU yang ditangani sejak 2003 sampai 15 Juli 2013, MK telah menjatuhkan vonis terhadap 532 perkara. Jumlah ini terdiri dari 476 (89,47%) putusan dan 56 (10,53%) perkara melalui ketetapan.<sup>14</sup>

Dalam kurun waktu tersebut MK telah mengeluarkan putusan dengan amar Dikabulkan, Ditolak dan Tidak Dapat Diterima namun dengan pertimbangan hukum bahwa pokok permohonan merupakan persoalan implementasi norma. Dalam hal amar Ditolak dan Tidak Dapat Diterima, MK umumnya menyatakan bahwa permohonan Pemohon berkaitan dengan kasus konkret bukanlah persoalan

---

*dengan mereka yang mempunyai kekuasaan politik dan administrasi.* Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang permohonan pengujian Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>13</sup> Jejak Langkah Satu Dasawarsa Mengawal Konstitusi 2003-2013, Cetakan Pertama, Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2013 h.197-198.

<sup>14</sup> *Ibid.*, h.200-201

konstitusionalitas norma hukum. Substansi permohonan Pemohon merupakan masalah penerapan norma hukum, dengan kata lain yang dipermasalahkan bukanlah pertentangan norma suatu Undang-Undang terhadap UUD 1945. Sedangkan dalam hal amar dikabulkan, MK lebih cenderung menilai terhadap penerapan dari norma dibandingkan menguji konstitusionalitas norma terhadap UUD 1945.

Dalam kaitannya dengan pengujian undang-undang, adalah bagaimana hakim konstitusi dapat menjelaskan perihal kedudukan norma yang akan diuji, apakah ia norma abstrak atau konkret. Apabila yang dimohonkan untuk diuji adalah norma konkret maka hakim konstitusi tidak lagi berwenang mengadilinya, karena hal tersebut sama saja mengadili kewenangan peradilan lain selain MK. Secara teoritis, pengujian norma konkret.

Dengan demikian, penelitian ini memfokuskan pada aspek konstitusionalitas norma dalam kaitannya dengan kedudukan norma konkret serta kualifikasinya pada putusan pengujian undang-undang yang di dalam pertimbangan hukumnya Mahkamah menyatakan bahwa perkara yang diajukan oleh pemohon bukanlah mengenai konstitusionalitas norma melainkan penerapan norma. Apabila merujuk pada jenis amar putusan MK, hal yang mendasar yang harus diteliti adalah dalam kondisi seperti apa MK menjatuhkan putusan mengabulkan, menolak dan tidak dapat menerima permohonan pemohon. Di samping itu, penelitian ini meneliti akibat hukum pengujian norma konkret terhadap amar putusan MK.

## **B Perumusan Masalah**

Berdasarkan latarbelakang di atas, penelitian ini dirumuskan dalam dua permasalahan yaitu *Pertama*, bagaimana kedudukan norma konkret dalam konteks legalitas dan konstitusionalitas pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 ?. *Kedua*, bagaimana akibat hukum pengujian norma konkret dalam putusan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945?.

## **C. Metode Penelitian**

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif dengan cara meneliti putusan-putusan MK atau data sekunder. Pembahasan secara deskriptif digunakan untuk menganalisis putusan-putusan MK mengenai pengujian norma konkret terhadap Undang-Undang Dasar. Penelitian ini merupakan penelitian deskriptif yaitu penulisan yang dilakukan untuk memberikan sesuatu gambaran umum tanpa

didahului adanya suatu hipotesa. Penelitian ini mengungkap konstitusionalitas norma dalam kaitannya dengan kedudukan norma konkret dalam pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Di samping itu, mengenai akibat hukum pengujian norma konkret dalam putusan MK. Penelitian ini merupakan yuridis normatif<sup>15</sup> dengan pertimbangan bahwa persoalan yang diteliti bertitik tolak pada putusan- putusan MK mengenai pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 secara materiil yang di dalam pertimbangan hukumnya memuat aspek pengujian norma konkret. Data yang digunakan dalam penelitian hukum ini adalah data sekunder yang terdiri dari bahan-bahan hukum. Penelitian ini akan meneliti putusan-putusan pengujian undang-undang dari tahun 2003 sampai dengan tahun 2014 sebanyak 15 (lima belas) putusan berdasarkan aspek penafsiran terhadap norma, kualifikasi yang dilekatkan pada norma yang sedang diuji serta jenis amar putusan. Putusan-putusan tersebut terdiri dari Dikabulkan sebanyak 4 (empat) putusan, Ditolak sebanyak 7 (tujuh) putusan dan Tidak Dapat Diterima sebanyak 4 (empat) putusan.

Terkait dengan metode analisis yang dipergunakan adalah dengan pendekatan kualitatif. Adapun analisis data dilakukan secara deskriptif kualitatif yaitu data yang diperoleh disajikan secara deskriptif atau data digambarkan melalui penguraian kalimat dan dianalisis secara kualitatif, yaitu dengan klasifikasi data penelitian sesuai dengan permasalahan penelitian, hasil klasifikasi data selanjutnya disistematiskan, kemudian data dianalisis untuk dijadikan dasar dalam mengambil kesimpulan. Penelitian ini menggunakan pendekatan kasus (*case approach*), yaitu meneliti alasan hukum (*ratio decidendi*)<sup>16</sup> yang digunakan hakim konstitusi dalam memutuskan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. Alasan hukum hakim konstitusi tersebut terdapat dalam 15 (lima belas) putusan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 yang memuat pertimbangan mengenai kedudukan pengujian norma konkret dalam ranah pengujian konstitusionalitas norma.

<sup>15</sup> Penelitian yuridis normatif, dapat diandalkan untuk menghasilkan analisis hukum yang tajam berdasarkan doktrin dan norma-norma yang telah ditetapkan dalam sistem hukum, baik yang telah tersedia sebagai bahan hukum maupun yang masih harus dicari sebagai bahan kajian guna memecahkan masalah hukum faktual. Penelitian hukum memiliki kekhasan tertentu yang kemudian menjadi identitas tersendiri di hadapan penelitian ilmu-ilmu pengetahuan lainnya. Lihat Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif; Suatu Tinjauan Singkat* Jakarta: Rajagrafindo, 2004, h. 1-2.

<sup>16</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana, 2008, h. 119-125. Pendekatan kasus bukan saja karena *ratio decidendi*-nya adalah penafsiran atau penghalusan hukum, melainkan juga dalam hal undang-undang tidak mengaturnya. Peter juga mengaskan bahwa selain putusan pengadilan (umum) yang berkuatan hukum tetap, putusan Mahkamah Konstitusi juga dapat dijadikan bahan pendekatan kasus.

## PEMBAHASAN

### 1. Kualifikasi Norma Konkret dalam Putusan MK

Kedudukan MK sebagai pengadilan hukum (*court of law*)<sup>17</sup> dalam konteks kewenangannya adalah menguji konstitusionalitas norma undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Pengujian dapat berupa formil dan materiil yang dimohonkan oleh Pemohon. Dalam praktik pengujian terhadap norma tersebut, MK menjadikan konstitusi sebagai landasan dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara konstitusi yang diajukan oleh Pemohon.<sup>18</sup> Berbagai undang-undang diuji ke MK menitikberatkan pada pengujian keabsahan norma-norma pasal atau ayat terhadap konstitusi. Norma yang diajukan oleh Pemohon pada dasarnya norma abstrak yang termuat dalam sebuah undang-undang. Hal tersebut juga telah diatur dalam UU MK yang menegaskan bahwa MK menguji terhadap norma-norma pasal yang masih bersifat abstrak dalam sebuah undang-undang.<sup>19</sup>

Perihal kualifikasi norma dalam pengujian undang-undang terdapat dua jenis norma yaitu abstrak dan konkret. Dalam tahap pengujian norma abstrak, MK umumnya tidak mempersoalkan kedudukan norma yang diujikan namun lebih fokus pada penilaian atas kadar konstitusionalitas norma terhadap UUD 1945. Hal ini berbeda dengan pengujian norma konkret dimana umumnya pemohon meminta putusan provisi, sehingga MK menolak permohonan pemohon atau menyatakan tidak dapat menerima untuk pemohon yang substansi permohonannya norma konkret serta tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*). Pada bagian ini akan dibahas mengenai kualifikasi atau kriteria norma konkret dalam putusan MK secara umum, selanjutnya

<sup>17</sup> Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak berurusan dengan orang per orang, melainkan dengan kepentingan umum yang lebih luas. Perkara-perkara yang diadili di Mahkamah Konstitusi pada umumnya menyangkut persoalan-persoalan kelembagaan negara atau institusi politik yang menyangkut kepentingan umum yang luas ataupun berkenaan dengan pengujian terhadap norma-norma hukum yang bersifat umum dan abstrak, bukan urusan orang per orang atau kasus demi kasus ketidakadilan secara individual dan konkret. Yang bersifat konkret dan individuil hanya yang berkenaan dengan perkara *'impeachment'* terhadap Presiden/Wakil Presiden. Oleh karena itu, untuk memudahkan pembedaan, Mahkamah Agung pada hakikatnya adalah *'court of justice'*, sedangkan Mahkamah Konstitusi adalah *'court of law'*. MA mengadili ketidakadilan untuk mewujudkan keadilan, sedangkan MK mengadili sistem hukum dan sistem keadilan itu sendiri. Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, materi kuliah umum di Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta, Kamis, 2 September, 2004.

<sup>18</sup> Sebagaimana diatur dalam Pasal 45 ayat (1) UU MK dinyatakan bahwa MK memutus perkara berdasarkan UUD 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim.

<sup>19</sup> Dalam Pasal 51A ayat (5) huruf b UU MK menyatakan bahwa dalam hal pengujian materiil hal-hal yang dimohonkan untuk diputus oleh Pemohon adalah menyatakan materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian dari undang-undang dimaksud bertentangan dengan UUD 1945. Pasal ini mengandung makna bahwa secara normatif MK hanya akan menguji materi muatan dari ayat, pasal dan/atau dari undang-undang bukan penerapan atau implementasi dari materi muatan pasal tersebut. Dengan kata lain, materi yang diuji oleh MK adalah norma abstrak yang akan diuji konstitusionalitasnya terhadap UUD 1945.



dibahas lebih khusus dalam hal amar Dikabulkan, Ditolak dan Tidak Dapat Diterima. Kemudian pembahasan dilanjutkan pada kedudukan norma konkret dalam pengujian undang-undang Berikut ini kualifikasi norma konkret dalam beberapa putusan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, yaitu;

**Tabel.1**

**Kualifikasi norma konkret dalam putusan pengujian undang-undang**

No	Nomor Putusan	Amar	Unsur Norma Konkret
	133/PUU-VII/2009	Dikabulkan (tidak konstitusional bersyarat)	MK hanya dapat mengabulkan mengenai penundaan <u>penerapan</u> Pasal 32 ayat (1) huruf c <i>juncto</i> Pasal 32 ayat (3) UU KPK oleh Presiden, yakni tindakan administratif berupa pemberhentian Pimpinan KPK yang menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan.
	48/PUU-IX/2011	Dikabulkan	Terkait dengan permohonan putusan Provisi, MK menilai bahwa: dalam pengujian Undang-Undang ( <i>judicial review</i> ), putusan Mahkamah hanya menguji norma abstrak, tidak mengadakan kasus konkret seperti memberitahukan kepada Pengadilan Tinggi Jawa Timur atau Mahkamah Agung Republik Indonesia untuk menghentikan atau menunda proses peradilan dalam tingkat banding atau kasasi
	101/PUU-VII/2009	Dikabulkan (tidak konstitusional bersyarat)	Keharusan bagi Advokat mengambil sumpah sebelum menjalankan profesinya merupakan kelaziman dalam organisasi dan suatu jabatan/ pekerjaan profesi yang tidak ada kaitannya dengan masalah konstitusionalitas suatu norma <i>in casu</i> norma hukum yang dimohonkan pengujian, sehingga tidak bertentangan dengan UUD 1945

No	Nomor Putusan	Amar	Unsur Norma Konkret
	5/PUU-X/2012	Dikabulkan	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Penyelenggaraan satuan pendidikan pada semua jenjang pendidikan untuk dikembangkan menjadi satuan pendidikan yang bertaraf internasional.</li> <li>- Penggunaan Istilah “ internasional”</li> <li>- Penggunaan bahasa inggris sebagai pengantar</li> </ul>
	008/PUU-IV/2006	Ditolak	Pemberhentian antarwaktu sebagai anggota DPR karena diusulkan oleh partai politik Pemohon sendiri ( <i>recall</i> ) bukanlah persoalan konstitusionalitas norma undang-undang melainkan persoalan penerapan atau pelaksanaan norma undang-undang
	11/PUU-V/2007	Ditolak	Apabila dalam praktik terdapat pemilik tanah pertanian tidak/belum melaporkan luasnya padahal dia mengetahui luasnya melebihi 20 hektar dan tidak/belum dikenakan sanksi pidana seperti orang tua Pemohon itu adalah masalah implementasi (penegakan hukum) undang-undang <i>a quo</i> , bukan masalah konstitusionalitas norma undang-undang, sehingga bukan kewenangan Mahkamah untuk menilainya
	12/PUU-V/2007	Ditolak	Dalil Pemohon mengenai pembatasan poligami berdasarkan perbandingan jumlah laki-laki dan perempuan tidak ada kaitannya dengan konstitusionalitas norma undang-undang yang dimohonkan pengujian
	14/PUU-VI/2008	Ditolak	Delik penghinaan yang didalilkan pemohon merupakan argumentasi yang mempersoalkan penerapan norma, bukan mempersoalkan konstitusionalitas norma.

No	Nomor Putusan	Amar	Unsur Norma Konkret
	16/PUU-VI/2008	Ditolak	Hak untuk mengajukan Peninjauan Kembali (PK) yang memungkinkan tafsiran secara luas dalam UU 4/2004 semata-mata merupakan masalah penerapan atau implementasi undang-undang. Hal tersebut bukan merupakan persoalan konstitusionalitas norma Pasal 23 ayat (1) UU 4/2004
	50/PUU-VIII/2010	Ditolak	Dalam Pengujian Undang-Undang ( <i>judicial review</i> ), putusan Mahkamah hanya menguji norma abstrak, tidak mengadili kasus konkret seperti menghentikan sementara proses pembahasan RUU Badan Penyelenggara Jaminan Sosial oleh Dewan Perwakilan Rakyat
	31/PUU-X/2012	Ditolak	Sah atau tidak sahnya LPHKKN yang dibuat dan diterbitkan oleh BPKP tidak berkaitan langsung dengan konstitusionalitas norma yang mengatur tugas KPK untuk berkoordinasi dengan instansi-instansi lainnya.
	12/PUU-VII/2009	Tidak Dapat Diterima	Persoalan yang dihadapi Pemohon bukan persoalan konstitusionalitas norma hukum atau norma Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, melainkan merupakan masalah penerapan norma hukum, baik norma hukum yang terkandung dalam UU Kepabeanan maupun norma hukum terkait putusan pengadilan yang tidak dapat dieksekusi.
	119/PUU-VII/2009	Tidak Dapat Diterima	Tidak terpilihnya Pemohon sebagai anggota DPR bukanlah karena Pasal 206 UU 10/2008, melainkan terkait dengan penerapan norma hukum yang terkandung dalam Pasal 205 dan Pasal 206 <i>juncto</i> Pasal 208 UU 10/2008.

No	Nomor Putusan	Amar	Unsur Norma Konkret
	23/PUU-IX/2011	Tidak Dapat Diterima	Permohonan Pemohon tidak terkait dengan persoalan konstitusionalitas norma Undang-Undang <i>in casu</i> Pasal 6 UU 13/1985, melainkan terkait dengan persoalan Surat Edaran Direktur Jenderal Pajak Nomor SE-13/PJ.5/2001 tentang Intensifikasi Bea Materai Direktur Jenderal Pajak, tanggal 5 Juni 2001 yang memberikan kewenangan kepada Citibank ataupun perusahaan lainnya untuk memungut pajak bea materai dalam penagihan ( <i>billing statement</i> ) kartu kredit.
	56/PUU-IX/2011	Tidak Dapat Diterima	Pokok permohonan bukan merupakan pertentangan norma suatu Undang-Undang terhadap UUD 1945 melainkan tafsir-tafsir atas isi suatu Undang-Undang yang melahirkan yurisprudensi Mahkamah Agung sehingga tidak terdapat permasalahan konstitusionalitas norma suatu Undang-Undang.

Dari tabel di atas dapat dilihat dasar-dasar pertimbangan MK dalam menilai norma konkret sehingga terciptanya melahirkan kualifikasi pengujian norma konkret dikaitkan amar putusan. MK tetap memberikan penafsiran yang tegas mengenai kedudukan norma konkret atau abstrak dalam suatu pengujian undang-undang yang pada akhirnya melahirkan kecenderungan sebagai berikut;

1. Pengujian norma konkret dalam putusan mengabdikan lebih terkait perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia pemohon. Meskipun MK tetap tegas menyatakan bahwa hal tersebut adalah norma konkret, sehingga permohonan pemohon hanya dikabulkan sebagian yaitu pada pengujian norma abstraknya saja.
2. Pengujian norma konkret dalam putusan menolak karena norma yang diujikan bukanlah mengenai konstitusionalitas norma melainkan implemetasi norma. Hal ini merupakan merupakan penegakan bahwa MK menilai konstitusionalitas bukan pada aspek legalitas. Penilai atas legalitas adalah kewenangan Mahkamah Agung serta peradilan di bawahnya.

3. Pengujian norma konkret dalam putusan tidak dapat diterima di samping Pemohon tidak memenuhi kedudukan hukum serta kerugian konstitusional, persoalan yang dialami pemohon tidak menjadi kewenangan MK.

Dengan adanya model kualifikasi maka semakin jelas bahwa pengujian norma di MK adalah berfokus pada norma abstrak yang bersifat umum dan tidak menyangkut kepentingan orang perorangan. Hal ini juga sebagai implikasi sifat putusan MK yang *erga omnes* (berlaku umum) sehingga tidak hanya menyangkut kepentingan Pemohon namun seluruh warga negara.

## 2. Kedudukan Norma Konkret Dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945

Dalam konteks pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 hal yang penting untuk digarisbawahi adalah mengenai jenis norma yang diuji konstitusionalitasnya. Secara teoritis, MK menguji norma yang bersifat umum dan abstrak yang terkait dengan kepentingan umum karena sifat putusan MK adalah *erga omnes*.<sup>20</sup> Bertolak dari keberlakukannya putusan MK yang sifatnya meluas dan tidak hanya berlaku pada Pemohon dan pihak-pihak yang berperkara (*inter partes*) sebagaimana putusan MA dan peradilan di bawahnya, maka norma konkret dalam pengujian undang-undang perlu diposisikan secara tepat agar tidak terjadi tumpang tindih kewenangan antara MA dan MK. Dari beberapa putusan yang sudah dibahas pada bab III, MK dengan tegas menolak putusan provisi karena tidak terkait dengan pokok perkara dan lebih menitikberatkan pada penerapan norma daripada konstitusionalitas norma. Penerapan norma adalah bagian dari norma konkret sedangkan konstitusionalitas norma berada dalam pengujian norma abstrak.

Apabila ditelusuri dalam putusan MK terdapat banyak perdebatan antar sesama hakim konstitusi yang berujung pada munculnya pendapat berbeda, salah satu pendapat berbeda dalam Putusan Nomor 5/PUU-X/2012 hakim dissenter menyatakan bahwa;

<sup>20</sup> Khusus dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, tugas hukum acara MK adalah untuk mempertahankan hak dan kepentingan konstitusional yang dilindungi oleh konstitusi, yang dijabarkan dalam undang-undang. Undang-undang tersebut mempunyai daya laku yang bersifat umum (*erga omnes*). Meskipun perorangan atau kelompok orang yang memiliki kepentingan yang sama mengajukan pengujian satu undang-undang karena dinilai melanggar hak konstitusional yang dilindungi UUD 1945, namun kepentingan demikian tidak hanya menyangkut perorangan yang mengklaim kepentingan dan hak konstitusional yang dilanggar, karena undang-undang yang diujikan tersebut berlaku umum dan mengikat secara hukum serta menimbulkan akibat hukum yang lebih luas daripada sekedar mengenai kepentingan Pemohon sebagai perorangan. Lihat Maruarar Siahaan, *Undang-Undang Dasar 1945 Konstitusi yang Hidup*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, h. 396

*“pengujian atas norma bukanlah pengujian atas praktek norma yang merupakan kasus-kasus yang terjadi dalam masyarakat. Mungkin normanya sudah baik tetapi prakteknya tidak sama baiknya dengan norma tersebut, hal itu tidak mungkin dibatalkan. Misalnya semua orang percaya bahwa filosofi kita yang disebut Pancasila baik, tetapi banyak praktek korupsi dalam masyarakat yang tidak sesuai dengan Pancasila. Pertanyaannya apakah Pancasila yang harus diganti? Jelas rumusan pasal yang baik tidak selalu diikuti dengan praktek yang baik. Mengapa orang tidak kembali pada pendapat salah seorang founding fathers, sekalipun UUD kurang sempurna, yang penting ada semangat yang baik untuk melaksanakannya. Dari perjalanan pelaksanaan undang-undang orang dapat memilah dan memilih mana yang baik dan mana yang tidak baik untuk bangsa ini. Yang kurang baiklah yang yang harus diperbaiki”<sup>21</sup>*

Kedudukan norma konkret dalam pengujian undang-undang dapat dilihat dari model Putusan MK terkait pengujian norma konkret dengan amar mengabulkan, menolak dan tidak dapat diterima.

Dalam hal putusan mengabulkan norma konkret MK mempersyaratkan adanya kondisi sebagai berikut;

1. Pengujian norma konkret untuk memenuhi jaminan atas perlindungan hak-hak konstitusional Pemohon yang dirugikan oleh penerapan norma undang-undang.
2. Pengujian norma konkret untuk mewujudkan kepastian hukum yang adil.
3. Pengujian norma konkret dilandasi dengan kehati-hatian.

Dalam hal putusan mengabulkan MK memposisikan pengujian norma konkret sebagai norma yang tidak hanya bersifat normatif yang berlandaskan pada praktek namun juga terkait dengan perlindungan hak-hak konstitusional pemohon dari bentuk-bentuk pelanggaran terhadap hak asasi manusia. Hal ini tidak dapat dilepaskan dari salah satu peran MK sebagai pelindung hak-hak asasi manusia (*the protector of human rights*).

Dalam kaitannya dengan pengujian norma konkret yang mengabulkan, maka dapat dilihat dari pertimbangan MK dalam putusan Nomor 133/PUU-VII/2009 mengenai putusan provisi;

<sup>21</sup> Achmad Sodiki, *dari dissenting opinion menuju living constitution* Pemikiran Hukum Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H. Hakim Konstitusi Periode 2008-2013, UB Press, Malang, 2014, h. 67-68.

MK memandang perlu menjatuhkan putusan provisi dalam perkara *a quo* dengan mendasarkan pada aspek keadilan, keseimbangan, kehati-hatian, kejelasan tujuan, dan penafsiran yang dianut dan telah berlaku tentang kewenangan Mahkamah dalam menetapkan putusan sela. Dalam praktik pemeriksaan perkara pengujian undang-undang seringkali untuk kasus-kasus tertentu dirasakan perlunya putusan sela dengan tujuan melindungi pihak yang hak konstitusional amat sangat terancam sementara pemeriksaan atas pokok permohonan sedang berjalan. Putusan sela perlu untuk diterapkan apabila dengan putusan tersebut tidak akan menimbulkan kerancuan hukum di satu pihak, sementara di pihak lain justru akan memperkuat perlindungan hukum.

Pertimbangan hukum yang demikian, menegaskan bahwa MK tidak hanya melihat permohonan Pemohon dari aspek undang-undang yang diuji namun juga dilihat dari upaya perlindungan terhadap hak konstitusional Pemohon. Permintaan putusan provisi tidak memasuki pada proses hukum yang sedang dijalani oleh Pemohon. MK dalam permohonan tersebut hanya mengabulkan putusan provisi (putusan sela) dalam hal penundaan menunda penerapan Pasal 32 ayat (1) huruf *c juncto* Pasal 32 ayat (3) UU KPK oleh Presiden yang di dalam mengatur pemberhentian pimpinan KPK.

Bahwa meskipun pada awalnya permohonan provisi adalah ranah hukum acara perdata, namun hukum acara Mahkamah juga mengatur permohonan provisi dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara sebagaimana dimuat dalam Pasal 63 UU MK yang berbunyi, "*Mahkamah dapat mengeluarkan penetapan yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi*". Selain itu, jika diperlukan untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara, Pasal 86 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Penjelasannya memberikan kewenangan kepada Mahkamah untuk mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan jika terjadi kekosongan/kekurangan dalam hukum acara. Dalam praktik selama ini, Mahkamah telah menggunakan Pasal 86 tersebut untuk memutus perkara perselisihan hasil pemilihan umum melalui beberapa putusan sela yang berlaku mengikat dan telah dilaksanakan. Tambahan pula, dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD, berdasarkan Pasal 16 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman

Beracara dalam Pengujian Undang-Undang juga dibuka kemungkinan bagi Mahkamah untuk menerbitkan ketetapan atau putusan didalam permohonan provisi. Jadi walaupun di peradilan perdata sering kita temui prakteknya akan tetapi MK mengakomodir hal yang sama untuk mencari kebenaran dalam kasus Bibit dan Chandra ini.

Mahkamah Konstitusi secara terus menerus mengikuti perkembangan kesadaran hukum dan rasa keadilan yang tumbuh di masyarakat yang menjadi dasar agar Mahkamah tidak berdiam diri atau membiarkan terjadinya pelanggaran hak konstitusional warga negara. Oleh karenanya, meskipun dalam UU MK tidak dikenal putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang, seiring dengan perkembangan kesadaran hukum, kebutuhan praktik dan tuntutan rasa keadilan masyarakat serta dalam rangka memberikan perlindungan dan kepastian hukum yang adil, Mahkamah memandang perlu menjatuhkan putusan provisi dalam perkara *a quo* dengan mendasarkan pada aspek keadilan, keseimbangan, kehati-hatian, kejelasan tujuan, dan penafsiran yang dianut dan telah berlaku tentang kewenangan Mahkamah dalam menetapkan putusan sela.

Dalam pandangan MK putusan sela perlu untuk diterapkan apabila dengan putusan tersebut tidak akan menimbulkan kerancuan hukum di satu pihak, sementara di pihak lain justru akan memperkuat perlindungan hukum. Menimbang bahwa relevansi dan signifikansi diterbitkannya putusan provisi dalam perkara pengujian undang undang terhadap UUD adalah untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia apabila suatu norma hukum diterapkan sementara pemeriksaan atas pokok permohonan masih berjalan padahal hak-hak konstitusional Pemohon yang dirugikan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir.

Demikian pula dalam putusan nomor 101/PUU-VII/2009, mengenai sumpah advokat yang mengalami kendala dalam pelaksanaannya dikarena adanya Surat Mahkamah Agung yang melarang Pengadilan Tinggi mengambil sumpah para calon Advokat sebelum organisasi advokat bersatu antara KAI dan Peradi. Permohonan ini sudah jelas bertitik tolak dari penerapan norma hukum, hal ini dipertegas oleh MK yang menyatakan bahwa terjadinya hambatan yang dialami oleh para Pemohon untuk bekerja dalam profesi Advokat pada dasarnya bukan karena adanya norma hukum yang terkandung dalam Pasal 4 ayat (1) UU Advokat. MK juga menegaskan bahwa Pasal 4 ayat



(1) UU Advokat berpotensi menegasikan hak-hak pemohon untuk bekerja sebagaimana dijamin UUD 1945, MK tetap mengabulkan permohonan dengan membatalkan norma pasal *a quo* namun dengan memberikan sejumlah persyaratan konstiusional. Sehingga dengan adanya putusan tersebut hak-hak pemohon untuk menjadi advokat tidak terhambat.

Selain dalam hal putusan mengabulkan, MK juga menentukan adanya kualifikasi dalam hal putusan menolak, sebagai berikut;

1. Norma yang diujikan bukan mengenai konstitusionalitas norma namun penerapan norma
2. Mengenai putusan provisi (putusan sela) yang diajukan Pemohon, tidak terkait pokok perkara atau tidak relevan.
3. MK tetap berpegang teguh pada prinsip pengujian undang-undang yaitu *constitutional review* norma abstrak terhadap konstitusi.

Sedangkan dalam putusan yang tidak dapat diterima, MK menyatakan sebagai berikut;

1. Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum dalam pengujian undang-undang terhadap UUD 1945
2. MK menyatakan tidak berwenang mengadili permohonan yang diajukan
3. Pokok perkara tidak terkait dengan pertentangan antara norma undang-undang dengan konstitusi melainkan pada ranah implementasi.

Antara penerapan undang-undang dengan konstitusionalitas undang-undang tersebut adalah dua hal yang berbeda. Memang suatu Undang-Undang harus diterapkan dan berlaku mengikat kepada seluruh warga dan penduduk, namun belum diterapkannya suatu Undang-Undang tidak lantas membuat Undang-Undang tersebut tidak konstitusional. Tindakan yang tidak konstitusional, dalam arti melanggar hak asasi manusia yang dilindungi oleh Pasal 28I ayat (2) UUD 1945, adalah ketika suatu ketentuan Undang-Undang yang sama diterapkan secara berbeda kepada warga negara, namun sekali lagi, perbedaan dalam penerapan yang demikian bukan merupakan persoalan konstitusionalitas norma.

Suatu norma yang konstitusional tatkala diterapkan di dalam praktik oleh aparat penegak hukum memang terdapat kemungkinan melanggar hak-hak konstitusional seseorang, antara lain karena keliru dalam menafsirkannya. Namun, kekeliruan dalam penafsiran dan penerapan norma sama sekali

berbeda dengan inkonstitusionalitas norma. Untuk mengatasi persoalan demikian itulah mahkamah konstitusi di negara lain, di samping diberi kewenangan untuk mengadili perkara pengujian undang-undang (*judicial review* atau *constitutional review*), juga diberi kewenangan untuk mengadili perkara-perkara *constitutional question* dan *constitutional complaint*.

Norma konkret adalah norma yang tidak dapat diuji konstitusionalitasnya terhadap UUD 1945 melainkan diuji legalitasnya terhadap UU oleh MA. Dalam hal putusan mengabulkan, MK lebih menekankan pada aspek perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, jaminan akan kepastian hukum yang adil, penegakan keadilan substantif dengan pertimbangan yang mendalam dan hati-hati. Unsur kehati-hati tersebut dapat dilihat dari penafsiran MK terhadap norma *a quo* yang pada akhirnya tidak hanya mendudukan norma sebagai norma yang berdiri sendiri namun ia harus berjalan seiring dengan norma-norma yang lain. Norma konkret lebih bersifat teknis atau implementasi dari norma abstrak. Norma konkret lahir dari peristiwa hukum yang telah terjadi dan mempunyai akibat hukum bagi si pelaku. Pengujian norma konkret dapat dilihat formulasi kedudukan hukum pemohon yang merasa dirugikan dengan berlakunya suatu UU, dengan kerugian yang sangat spesifik. Norma hukum sudah tepat, namun lebih pada penerapan dari norma hukum tersebut yang bermasalah. Norma konkret dapat dikualifikasi dalam konstitusionalitas perbuatan.<sup>22</sup>

### 3. Akibat Hukum Pengujian Norma Konkret Terhadap Putusan Pengujian Undang-Undang

Kedudukan norma mempengaruhi amar putusan pada dasarnya mempengaruhi amar putusan. Amar putusan berdampak pada status norma yang diuji. Dalam hal norma konkret yang diuji maka akibat hukumnya apabila dikabulkan terlindunginya hak konstitusional pemohon dan mk menerapkan penafsiran yang luas terhadap norma konkret. Akibat hukum terhadap norma konkret semuanya bermuara pada sifat putusan yang *erga omnes*. Putusan MK Tetap berlaku umum meskipun setelah amar dijatuhkan yang mendapatkan perlindungan hak-hak konstitusional terlindungi adalah hak konstitusional pemohon. Akan tetapi putusan tersebut tetap berlaku untuk pemohon dengan kasus yang sama di masa mendatang. Akibat hukum

<sup>22</sup> I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h.133.

pengujian norma konkret dalam hal dikabulkan adalah merupakan bentuk penafsiran luas dari sifat putusan yang *erga omnes*. MK dengan mengabulkan pengujian norma konkret seperti dalam permohonan UU KPK merupakan *erga omnes* yaitu makna berlaku umumnya suatu UU terkait perkara yang dialami pemohon yaitu pemberhentian sementara pimpinan KPK sebelum adanya putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap terhadap pimpinan KPK yang terlibat kasus hukum. Dalam kaitannya dengan akibat hukum putusan pengujian norma konkret, MK menyatakan bahwa meskipun hal yang diuji adalah penerapan dari norma pasal, namun hanya tersebut untuk melindungi pejabat publik dalam hal ini pimpinan KPK. MK menyatakan Pimpinan KPK menjadi terdakwa dalam tindak pidana kejahatan diberhentikan dari jabatannya, merupakan suatu bentuk hukuman atau sanksi, padahal pemberian dan penjatuhan sanksi atau hukuman harus terlebih dahulu melalui putusan peradilan pidana dalam kasus yang didakwakan, agar hak-hak konstitusional para Pemohon tetap dihormati, dilindungi dan dipenuhi dari kemungkinan tindakan sewenang-wenang aparat negara, seperti polisi, jaksa, hakim, dan pejabat pemerintah lainnya maupun masyarakat.

Dalam konteks pengujian norma konkret, terdapat beberapa putusan yang tidak secara dikotomis memisahkan antara yang praktik dengan masalah konstitusionalitas norma. Putusan Mahkamah yang memberi sifat *conditionally constitutional*<sup>23</sup> pada hakikatnya adalah putusan yang mempertimbangkan praktik atau pelaksanaan norma, karena Mahkamah menentukan konstitusionalitas norma tergantung pada bagaimana sesuatu ketentuan yang diuji akan diterapkan atau dilaksanakan. Apabila ketentuan undang-undang dilaksanakan sesuai dengan pendapat Mahkamah, maka ketentuan undang-undang tersebut tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, sedangkan apabila ketentuan tersebut dilaksanakan tidak sesuai dengan pendapat Mahkamah maka ketentuan tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Mahkamah sangat berhati-hati dalam menafsirkan

<sup>23</sup> Gagasan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) muncul saat permohonan pengujian UU Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air. Dalam Pasal 56 UU MK diatur tiga jenis amar putusan, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak. Jika hanya berdasarkan pada ketiga jenis putusan tersebut akan sulit untuk menguji UU di mana sebuah UU seringkali mempunyai sifat yang dirumuskan secara umum, padahal dalam rumusan yang sangat umum itu belum diketahui apakah dalam pelaksanaannya akan bertentangan dengan UUD atau tidak. Sedangkan putusan tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) juga disebabkan karena jika hanya berdasarkan pada amar putusan yang diatur dalam Pasal 56 UU MK, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak, maka akan sulit untuk menguji UU di mana sebuah UU seringkali mempunyai sifat yang dirumuskan secara umum, padahal dalam rumusan yang sangat umum itu belum diketahui apakah dalam pelaksanaannya akan bertentangan dengan UUD atau tidak. Lihat Muchammad Ali Safaat (ed), *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h. 142-143

kedudukan norma konkret dan abstrak, meski putusan dikabulkan sebagian, namun norma konkretnya tetap dinyatakan tidak berlawanan menurut hukum.

Mayoritas putusan MK menolak pengujian norma konkret karena bukan kompetensi peradilan konstitusi. Tingginya perkara pengujian UU yang bertitiktolak dari kasus konkret yang dikemas dalam pengujian undang-undang Apabila MK tidak menerapkan suatu kriteria yang tegas atau semacam yurisprudensi (seperti yurisprudensi mengenai *legal standing*), maka kondisi ini akan menimbulkan ketidakpastian hukum bagi pemohon dalam pengujian UU. Karena pemohon senantiasa berharap akan mendapatkan keadilan dalam permohonan yang diajukan.

## KESIMPULAN

### Simpulan

Konstitusionalitas dan legalitas norma dapat dilihat dari bagaimana MK menafsirkan norma undang-undang dalam proses *judicial review*. Dalam pengujian norma konkret yang bertitiktolak pada aspek legalitas, MK tidak langsung masuk pada pokok perkara yang dialami oleh Pemohon, melainkan menafsirkan apakah yang dialami oleh adalah persoalan yang terkait dengan benturan antara norma undang-undang dengan konstitusi. MK tidak menilai sebuah persoalan hukum yang dikemas dalam *judicial review* hanya semata berdasarkan peristiwa yang dialami oleh Pemohon, namun MK menjadi konstitusi dalam hal ini UUD 1945 sebagai landasan uji konstitusionalitas. Apabila persoalan hukum yang diajukan oleh Pemohon tidak terdapat unsur-unsur pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi, maka hal tersebut berada dalam ranah legalitas yang bermula dari sebuah penerapan norma (norma konkret). Namun apabila persoalan pemohon adalah mengenai konflik undang-undang dengan konstitusi, maka hal tersebut masuk dalam wilayah konstitusionalitas norma yang aspek kepentingannya tidak hanya mengenai per individu, namun semua orang (*erga omnes*). Pada dasarnya norma konkret merupakan norma yang tidak dapat diuji konstitusionalitasnya oleh Mahkamah konstitusi karena bersifat individual, kasuistik, dan bertitiktolak dari penerapan norma undang-undang. Dalam hal MK mengabulkan permohonan Pemohon terkait pengujian norma konkret terdapat tiga persyaratan: *pertama*, pengujian norma konkret untuk memenuhi jaminan atas perlindungan hak-hak

konstitusional Pemohon yang dirugikan oleh penerapan norma undang-undang. *Kedua*, pengujian norma konkret untuk mewujudkan kepastian hukum yang adil. *Ketiga*, pengujian norma konkret dilandasi dengan kehati-hatian. Adapun dalam putusan menolak, MK menentukan adanya persyaratan yaitu, pertama, norma yang diujikan bukan mengenai konstitusionalitas norma namun penerapan norma. *Kedua*, mengenai putusan provisi (putusan sela) yang diajukan Pemohon, tidak terkait pokok perkara atau tidak relevan. *Ketiga*, MK tetap berpegang teguh pada prinsip pengujian undang-undang yaitu *constitutional review* norma abstrak terhadap konstitusi. Pada putusan yang tidak dapat diterima, MK menentukan persyaratan sebagai berikut; pertama, Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum dalam pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. *Kedua*, MK menyatakan tidak berwenang mengadili permohonan yang diajukan. *Ketiga*, pokok permohonan tidak terkait dengan pertentangan antara norma undang-undang dengan konstitusi melainkan pada ranah implementasi. Dalam putusan-putusan MK yang menolak permohonan putusan provisi dengan tegas dinyatakan bahwa MK hanya menguji norma abstrak, tidak mengadili kasus konkret.

Mahkamah Konstitusi dalam prakteknya juga mengadili perkara yang bertolak dari norma konkret. Permasalahan tersebut diajukan sebagai permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 maka MK harus memeriksa, mengadili, dan memutusnya. MK sangat berhati-hati dalam menjatuhkan putusan karena perkara-perkara tersebut tidak hanya menyangkut kepentingan individu semata. Dalam hal kasus konkret yang dialami pemohon belum tentu dialami juga oleh seluruh masyarakat yang tidak menjadi pemohon oleh karena itu, putusan MK selalu menekankan pada aspek kemaslahatan umum, berlandaskan pada norma abstrak, bukan norma konkret yang dialami per individu yang mana hal tersebut bukanlah kerugian konstitusional, melainkan kerugian finansial-material. Putusan yang akan diambil oleh MK tidak dapat dilepaskan dari kedudukan norma itu sendiri. Apabila yang diuji norma abstrak, Pemohon memiliki kedudukan hukum serta kerugian konstitusional kemudian dalam persidangan dalil-dalil pemohon dinyatakan beralasan menurut hukum, maka MK akan mengabulkan permohonan tersebut. Akan tetapi berbeda apabila yang diujikan adalah norma konkret, MK akan menilai mengenai kedudukan hukum dan kerugian konstitusional serta dalil-dalil pemohon, apabila salah satu atau kedua syarat tersebut tidak dipenuhi maka MK akan menolak atau menyatakan tidak dapat menerima permohonan Pemohon.

Apabila dalam pengujian norma konkret pemohon memiliki kedudukan hukum, serta dalil-dalil Pemohon beralasan menurut hukum, maka MK akan mengabulkan permohonan Pemohon meskipun dengan putusan inkonstitusional bersyarat.

### **Saran**

Mahkamah Konstitusi dalam penafsiran mengenai konstitusionalitas norma khususnya terkait dengan norma konkret dan abstrak perlu menegaskan perihal kedudukan norma sebelum melakukan pemeriksaan lebih mendalam terhadap permohonan yang diajukan. Hal ini sangat penting untuk memberikan kepastian hukum yang adil bagi Pemohon agar perkara-perkara yang bukan termasuk konstitusionalitas norma dapat segera diputus lebih cepat, karena perkara-perkara tersebut lebih cenderung di luar kewenangan MK.

Melihat banyaknya perkara pengujian norma konkret yang diajukan ke MK yang dikemas dalam bentuk pengujian konstitusionalitas norma, maka kedepan perlu adanya kewenangan pengaduan konstitusional (*contitutional complaint*) atau pertanyaan konstitusional (*constitutional question*) untuk memberikan jawaban atas problematika ketatanegaraan khususnya terkait peraturan perundang-undangan yang tidak dapat diselesaikan oleh lembaga-lembaga penegak hukum lainnya sehingga terciptanya harmonisasi penafsiran berdasarkan konstitusi.

### **DAFTAR PUSTAKA**

Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta:Konstitusi Press.

\_\_\_\_\_, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Cetakan Kedua, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta.

\_\_\_\_\_, 2006, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press.

Huda, Ni'matul, 2011, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: FH UII Press.

Indrati, Maria Farida, 2011, *Ilmu Perundang Undang-Undangan 1, Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Cetakan ke-6, Jakarta: Kanisius.

Marzuki, 2008, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana.

- Palguna, I Dewa Gede, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Safaat, Muchammad Ali (ed), 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Siahaan, Maruarar, 2008, *Undang-Undang Dasar 1945 Konstitusi yang Hidup*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Sodiki, Achmad, 2014, *dari dissenting opinion menuju living constitution Pemikiran Hukum Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H. Hakim Konstitusi Periode 2008-2013*, Malang: UB Press.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, 2004, *Penelitian Hukum Normatif; Suatu Tinjauan Singkat* Jakarta: Rajagrafindo.
- Syahrizal, Ahmad, 2006, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, Cetakan Pertama, Jakarta: PT. Pradya Paramita.

## Biodata

**Munafrizal Manan**, adalah Dosen di Universitas Al-Azhar Indonesia, Jakarta. Latar belakang pendidikannya multidisipliner dan meminati kajian interrelasi Ilmu Politik dan Ilmu Hukum. Meraih Magister Ilmu Politik dari Universitas Gadjah Mada; *Master of International Politics* dari *The University of Melbourne*, Australia (Beasiswa AusAid); dan Master of Laws (LL.M) dari Universiteit Utrecht, Belanda (Beasiswa StuNed). Artikelnya dipublikasikan di *Kompas*, *Koran Tempo*, *Republika*, *Bisnis Indonesia*, *The Jakarta Post*, dan lain-lain. Publikasi bukunya yaitu *Gerakan Rakyat Melawan Elite* (2005), *Pentas Politik Indonesia Pasca Orde Baru* (2005), *Dinamika Demokrasi dan Politik Nasional Pasca Orde Baru* (2008), *Penemuan Hukum oleh Mahkamah Konstitusi* (2012), dan *Democratic Constitutionalism: The Case of Indonesia* (2013). Tulisannya dimuat di *Journal of Politics and Law*, *Bulletin of Indonesian Economic Studies*, *Asian Journal of Comparative Law*, *Jurnal Mondial*, *Jurnal Legislasi Nasional*, *Multiversa: Journal of International Studies*, dan *Jurnal Ilmiah Hubungan Internasional*. Esainya berjudul "Indonesia Towards a Living Constitution" dipilih sebagai pemenang runner-up dalam *Student and Alumni Essay Competition 2009* yang diadakan oleh *Australian Indonesia Governance Research Partnership (AIGRP)*.

**Titon Slamet Kurnia**, lahir di Tuban, 29 November 1978. Lulus Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana (Salatiga) dan Magister Hukum dari Universitas Airlangga (Surabaya). Menjadi staf pengajar Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana sejak tahun 2006. Pada bulan Juni 2014 menyelesaikan pendidikan doktoral dan memperoleh gelar Doktor Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Penulis mengampu mata kuliah: Hukum Tata Negara, HAM dan Penemuan Hukum.

**Eddy Rifai, Rakhmat Triyono**, Pengajar Fakultas Hukum Universitas Lampung, Mahasiswa PPS Magister Hukum Universitas Lampung, Email: eddyrifai@ymail.com

**Achmad Irwan Hamzani**, Fakultas Hukum Universitas Pancasakti, Jln. Halmahera Km. 1 Tegay, Jawa Tengah, email: achmad\_irwanhz@yahoo.co.id

Muh. Salman Darwis, Pemerhati Hukum Tata Negara, Jalan Kaliurang KM 6,7 Yogyakarta, email: saldie.darwis@gmail.com

**Loura Hardjaloka**, Bahar & Partners, Jl. DR. Ide Anak Agung Gde Agung Blok 6.2, Kawasan Mega Kuningan, Jakarta Selatan, Email: loura.hardjaloka@gmail.com atau loura@baharandpartners.com



**Abdurrachman Satrio**, Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung, Jalan Dipati Ukur No.35 Bandung, email:abdurrachmanmarley@gmail.com

**Anna Triningsih**, Menyelesaikan pendidikan Program Pascasarjana Magister Hukum (S-2) pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Saat ini Penulis menjabat sebagai Peneliti Muda pada Pusat Penelitian Pengkajian Perkara dan Pengelolaan Teknologi Informasi Komunikasi, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Penulis juga sebagai pengajar pada beberapa perguruan tinggi, antara lain, Fakultas Hukum Universitas Internasional Batam (2005-2010), Batam dan Fakultas Hukum Esa Unggul (2013-sekarang), Jakarta. Selain itu Penulis juga sebagai Editor buku “Pengawasan dan Pembinaan Pengadilan, Fungsi Pengawasan dan Pembinaan Mahkamah Agung Terhadap Pengadilan Di Bawahnya Setelah Perubahan UUD 1945” dan “Politik Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi, Aktualisasi Konstitusi Dalam Praksis Kenegaraan, Penerbit Setara, Malang, 2013. Beberapa karya ilmiah yang telah dipublikasi, antara lain, *“Aspek Hukum Pembuktian Digital Evedence Dalam Kontrak Dagang”*, (*Journal of Judicial Review*, Volume 01 Nomor 01, Juni 2006), *“Dasar Pertimbangan Yuridis Kedudukan Hukum (Legal Standing) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Dalam Proses Pengujian Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi”*, (*Jurnal Konstitusi*, Volume 8 Nomor 5, Oktober 2011), *“Komparasi Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu Di Beberapa Negara Penganut Paham Demokratis Konstitusional”*, (*Jurnal Konstitusi*, Volume 9 Nomor 3, September 2012), *“Merancang Kebijakan Perijinan Sektor Transportasi Darat (Studi Kasus di Kota Batam)”*, (*Jurnal Penelitian Transportasi Darat*, Volume 15 Nomor 2, Juni 2013), *“Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Dalam Judicial Review Undang-Undang Perkebunan”*, (*Jurnal Kajian DPR*, Volume 18 Nomor 3, Sept 2013). *“Masalah Demografis dan Kebijakan Pemerintah Provinsi Kepulauan Riau”*, (*Jurnal Kependudukan Indonesia*, Volume 8 Nomor 2, Tahun 2013), *“Implikasi dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-X/2012 tentang SBI dan RSBI”*, (*Jurnal Konstitusi*, Volume 10 Nomor 4, Des 2013), dan Resensi Buku *“Yurisprudensi Hukum Acara Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi”*, (*Majalah Konstitusi*, No 94-Des 2014).

**Irfan Nur Rachman**, lahir pada 2 Agustus 1981 di Bandung, Jawa Barat adalah Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara dan Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi. Pada 2010 – 2013 menjadi peneliti pada Ketua Mahkamah Konstitusi, pada 2013-2015 menjadi peneliti pada Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi, dan pada 2015 kembali diberikan amanat sebagai peneliti pada Ketua Mahkamah Konstitusi. Gelarnya sebagai sarjana hukum diraihinya dari Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran (Unpad) pada 2005 dan pada 2015 mendapat gelar Magister Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia (UI). Semasa kuliah aktif dalam berbagai organisasi baik yang berbasis kampus

maupun yang berbasis kemasyarakatan, diantaranya pernah menjadi Ketua Umum Keluarga Mahasiswa Fakultas Hukum Unpad dan aktif di LBH PAHAM Bandung. Selain itu pernah beberapa kali menjadi salah satu pembicara dalam OASE (Obrolan Seputar Hukum) di Radio MQ FM Bandung. Karya tulis yang pernah dihasilkan adalah "*Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Perubahan 1999-2002 Buku III tentang Lembaga Permusyawaratan dan Perwakilan (Edisi Sebelum Revisi)*" dan tulisan pada jurnal kontitusi dengan judul "*Penguatan Fungsi Pengawasan Legislatif terhadap Eksekutif Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi, Politik Hukum Pengaturan Right to Vote And Right to Be Candidate Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi*" dan tulisan saat ini yang berjudul *Konstruksi Pseudo Judicial Review Dalam Perkara Pemilu Di Mahkamah Konstitusi*.

**Achmad Irwan Hamzani**, Fakultas Hukum Universitas Pancasakti, Jln. Halmahera Km. 1 Tegal, Jawa Tengah, achmad\_irwanhz@yahoo.co.id

**Mohammad Mahrus Ali**, lahir di Pamekasan, 24 Oktober 1982, meraih gelar Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (2006), menyelesaikan pendidikan Magister Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2015). Selama menempuh pendidikan di perguruan tinggi menggeluti dunia Jurnalistik dan menjadi redaktur di majalah kampus yaitu Majalah Keadilan (Persma FH UII) serta Warta Himpunan (HMI) disamping itu menjadi editor buku antara lain; *Membangun Jalan Demokrasi, Kumpulan Pemikiran Jakob Tobing Tentang Perubahan UUD 1945* (2008), *Politik Hukum Agraria* (2012), *Dari Dissenting Opinion menuju Living Constitution, Pemikiran Hukum Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H., Hakim Konstitusi Periode 2008-2013* (2014). Selain menjadi editor, beberapa penelitian yang telah dilakukan dengan tim peneliti Pusat P4TIK diantaranya adalah; *Penafsiran Konstitusional Terhadap Sengketa Kewenangan dan Lembaga Negara dalam Perkara Sengketa Kewenangan Lembaga Negara di Mahkamah Konsititusi* (2011), *Penafsiran Mahkamah Konstitusi Tentang Pelanggaran Pemilihan Umum Kepala Daerah Yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif* (2011). *Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang, Studi Putusan Tahun 2003 -2012* (2013). *Tindak Lanjut Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Konstitusional Bersyarat dan Inkonstitusional Bersyarat Serta Memuat Norma Baru* (2014). Saat ini menjadi Peneliti pada Pusat P4TIK Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Goresan penanya dapat diakses melalui [www.elawcorner.co.nr](http://www.elawcorner.co.nr).

# **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* 77  
*A contrario* 97, 100, 113, 115, 163  
*Acts of statutes* 142  
*Administration of justice* 134, 135, 143, 145, 152  
*Adresat* 146, 148  
*Adversary system* 146  
*Affirmative action* 26  
*Algemeen* 175  
*Alternative dispute resolution* 149  
*Ambiguitas* 62  
*Analisis Sumner* 151  
*Aqad* 61  
*A quo* 163, 182, 187, 188, 189, 190  
*Argumentum a contrario* 163  
*Asimetris* 146  
*Autonomous rights* 25

## B

*Baligh* 61  
*Beginsel* 71  
*Beschikking*, 80, 175

## C

*Case approach* 79, 88, 89  
*Chambliss* 144, 148  
*Chancellor* 141  
*Chancery* 141  
*Checks and balances* 117, 126, 127  
*Chief Justice Wells* 131  
*Civil disobedience* 149  
*Law System* 134, 135, 137, 139, 140, 143, 145, 147, 151, 152  
*Coitus* 60  
*Commentator* 138  
*Common Law System* 134, 135, 137, 140, 143, 146, 147, 152  
*Commune* 140  
*Comparative approach* 59  
*Conceptual approach* 48  
*Concrete norm* 175  
*Conditionally constitutional* 160, 191  
unconstitutional 160, 164, 167  
*Constitutional Complaint* 173, 174, 190  
*court* 119  
*intent* 28  
*question* 173, 174, 190, 194  
*review* 175, 189, 190, 193

*Conviction intime* 44  
*Country of Hundred Courts* 141  
*Court of Chancery* 141  
*of law* 180  
*Covenant* 5, 10  
*culpa* 33, 34  
*levis* 33, 34

## D

*Decolonization* 2, 4, 6, 8, 11, 12, 13, 16  
*Demokrasi* 80, 88  
*Deoksiribo Nukleat Acid* 66  
*Deskriptif* 59  
*Dham* 60  
*Direct Discrimination* 24  
*Diskresi* 86, 91  
*Disrespecting the law* 149  
*Dissenting opinion* 51, 54, 131, 156, 186, 195  
*Distrusting of law and justice* 149  
*Dolus* 33  
*Double counting* 115

## E

*Eigenrichting* 149  
*Eksekusi* 43, 50, 51, 54  
*Electoral*  
*Cycle* 121, 122  
*Dispute* 121  
*Resolution* 123  
*Matter* 125  
*Threshold* 29, 315  
*Enacted* 140-142, 147  
*Law* 140, 141, 147  
*Entry Point* 149  
*Equity* 140, 141  
*Erga Omnes* 6, 7, 185, 190, 191, 192  
*Etats Generaux* 123  
*Executive Organ* 134, 136, 143  
*Extract vonis* 51, 52

## F

*Fair play* 147  
*Fasid* 69  
*Final and Binding* 75, 76, 86, 88, 89, 92, 95  
*Finance* 51  
*Fiqh* 62  
*Fons iustitiae* 141  
*Formalistic* 84

## G

*Generalklausen* 139  
*Glossator* 138, 139

## H

*Hadhanah* 62  
*Hak konstitusional* 77, 80, 81, 83, 84, 85, 89  
*Hirschl* 125, 133  
*Hokum* 77  
*humanisme* 139

## I

*Ijab* 61  
*Ijtihad* 81  
*Imperium Romanum* 138  
*Inalienability* 24  
*Inbesilagneming* 45  
*Indigenous Peoples* 5  
*Indirect Discrimination* 24  
*Inkonstitusional* 160, 161, 164-167, 169  
*Inkracht Van Gewijsde* 47, 53  
*Inkuisitorial* 140, 145  
*Institusi* 76, 78,-80, 85, 92  
*Inter Partes* 185  
*Interpretasi* 138, 139  
*Istimbath Al-Ahkam* 70  
*Ius Commune* 140  
*Curia Novit* 170

## J

*Judex Factie* 54, 55  
*Judicature Acts* 141  
*Judicial*  
*activism* 162, 168, 170  
*colution* 149  
*corruption* 149  
*Judicialization of Politics* 117  
*Judicial*  
*Organ* 134, 135, 136, 143  
*Reasoning* 149  
*Restraint* 117, 118, 131  
*Review* 21, 64-67, 73, 94, 95, 154-161, 163, 164, 166-176, 181, 183, 190, 192  
*Juncto* 155, 163  
*Jury* 147  
*Jus Cogens* 6  
*Justice Delaid* 149  
*Justinianus* 137, 138

## K

Keadilan 81, 83, 84, 85, 86, 87, 91  
 Restoratif 80  
 Kepastian hukum 79  
 Kode etik penyelenggara Pemilu 78, 79, 83, 84, 86, 87, 88, 91, 92  
 Konklusi 96  
 Konstitusionalitas 178, 86, 87, 89  
 Koridor 78  
 Kualitatif 59, 60

## L

Lafadz 60  
*Landmark Decision* 129  
*Lawyer* 146, 148  
*Legal*  
     *Construction* 54  
     *Dispute* 136  
*Legalitas* 172, 176  
*Legality* 71  
*Legal*  
     *Policy* 30, 36-38, 40  
     *Power* 78  
     *Reasoning* 94  
     *Standing* 64, 67, 68, 73, 157, 158, 164, 174, 180, 192  
 Legitimasi 77, 84, 88  
*Leidenmuehler* 4, 5, 9, 12-14, 16, 19  
*Li'an* 66, 70  
*Library Research* 59  
*Loi Commune* 140

## M

Mahram 68, 69  
*Maqasid Al-Syariah* 69  
 Maslahat 70, 71  
*Massive* 161, 162, 163, 169  
*Mitsaqan Ghalizhan* 61  
 Moral 77  
 Mores 151

## N

Nasab 57, 60, 67, 69, 70  
*Nebis In Idem* 94, 95  
*Null and Void* 168

## O

*Objek Delik* 45  
*Objektum Litis* 157  
*Over Representation* 115

## P

*Parliamentary threshold* 31  
 Partai Politik 81-84  
 Pasangan Calon 75, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 89  
 Pemilu 76, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93  
 Penafsiran  
     Futuristik 99  
     Gramatikal 97  
     Historis 98  
     Komparatif 98  
     Istematis 97  
     Teleologis 98, 103, 107, 113, 115  
 Pilkada 76, 77, 78, 80, 81, 82, 85, 86, 87, 88, 91  
*Positief Wettelijke* 45  
*Possidetis Juris* 11  
 Post-Electoral 122  
     *Period* 122  
     *Glossator* 138  
*Powerlimited By Power* 79  
*Premis* 96  
*Principes Generaux* 139  
*Procedural* 84  
     *Justice* 129, 166  
*Progresif* 26, 43, 99  
*Proportional Purposive Sampling* 49  
*Pseudo Judicial Review* 154, 156, 159, 167

## Q

Qabul 61  
 Quasi Yudisial, 77

## R

*Rasionalisme* 139  
*Ratio Decidendi* 173, 174, 179  
*Recht Vacum* 160  
*Regeling* 175  
 Rekomendasi 75, 76, 85, 89, 91, 92  
*Remedial Secession* 13-16  
*Renaissance* 137  
*Restatement of The Law* 22  
*Restitutio In Integrum* 136  
*Restoratif* 75, 81, 83-86, 91  
*Restorative of Justice* 85  
*Rights To Be Candidate* 164  
*Right To Be Candidate* 81, 84, 91  
*Role Occupant* 148  
*Rule Of Law* 125

## S

*Schorsing* 81  
*Self-Determination* 1-6, 8, 11, 14, 15, 18-20  
*Semi-Judisial*, 77  
 Sengketa Pemilu 87  
*Silogisme* 96  
 Simetris 146  
*Statute Approach* 48  
*Strict Scrutiny* 21, 27, 41  
*Subjektum Litis* 157  
*Substantial Truth* 44  
*Substantive Justice* 129, 166  
*Sujit Choudry* 119, 132  
*Supreme Court Act* 141  
 Syara 60  
 Syubhat 69

## T

*The Absence of Justice* 149  
*The Assemblies of Free Men* 141  
*The Chancellor* 141  
*The Final Interpreter of The Constitution* 162  
*The Guardian of Constitution* 162  
     *Democraton* 162  
     *the Constitution* 166  
*The Protector of Citizen Constitutional Rights* 162  
*The Protector Of Human Rights* 162, 186

## U

Ultima Ratio 15  
 Ultimum Remedium 15  
 Under Representation 115  
 Usus Modernus Pandectarum 139  
 Uti Possidetis 11

## V

Verdict, Vonis 136  
 Vertrauensliijk-Ambt 32

## W

Wathi 60  
 Welfare State 142  
 Writ 141, 142

## Z

Zeitgeist 17

# Indeks Pengarang

## A

Abdurrahman Satrio 117  
Abraham Lincoln 120  
Abu Yahya Zakariya al-Anshari  
60, 74  
Achmad Irwan Hamzani 57  
Alexander Hamilton 130, 132  
Ali Munhanif 90, 92  
A. Michael Huberman 60, 74  
Andi Hamzah 45, 56  
Anna Triningsih 134

## B

Bagir Manan 71

## E

Eddy Rifai 43

## G

Gunawan Raka 53

## H

Harjono 156

## J

Jayawickrama 24, 25, 26, 42  
Jimly Asshiddiqie 22, 77, 83, 84,  
88, 92, 93, 121, 132, 175  
*Jonghyun Park* 125, 132, 133

## K

Katherine Glenn Bass 119, 132  
Koeck, Horn 13, 19

## L

Loura Hardjaloka 94  
Luhut M.P. Pangaribuan 44, 56

## M

Mahfud M.D. 67  
Matthew B. Miles 60  
mazhab Maliki 70  
Miller 124, 125, 126, 133  
Mohammad Mahrus Ali 172  
M. Quraish Shihab 62, 74  
Muh. Salman Darwis, 75  
Munafrizal Manan 1

mutatis mutandis 90

M. Yahya Harahap 45, 46, 56

## R

Rakhmat Triyono 43  
Ramlan Surbakti 85, 87  
Riyo Saputra 50  
Ronald Dworkin 97, 116

## S

Saleh Partaonan Daulay 90, 91  
Satjipto Rahardjo 55, 56, 135,  
136, 139-146, 149, 152  
Seidman 144, 148

## T

Titon Slamet Kurnia 21  
Tom Ginsburg 127, 133

## W

Wahbah Zuhaili 60, 74  
Woodrow Wilson 8





LEMBAGA  
ILMU  
PENGETAHUAN  
INDONESIA



Panitia  
Penilai  
Majalah  
Ilmiah

## SERTIFIKAT

Nomor: 412/AU/P2MI-LIPI/04/2012

### Akreditasi Majalah Ilmiah

Kutipan Keputusan Kepala Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia  
Nomor: 395/D/2012 Tanggal 24 April 2012

Nama Majalah : Jurnal Konstitusi  
ISSN : 1829-7706  
Penerbit : Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan,  
Mahkamah Konstitusi

Ditetapkan sebagai Majalah Ilmiah

### TERAKREDITASI

Akreditasi sebagaimana tersebut di atas berlaku selama 3 (tiga) tahun

Cibinong, 24 April 2012  
Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia  
Ketua Panitia Penilai Majalah Ilmiah-LIPI

*Prof. Dr. Rochadi*

Prof. Dr. Rochadi,  
NIP 195007281978031001



## Sertifikat

Kutipan dari Keputusan Menteri Pendidikan  
dan Kebudayaan Republik Indonesia  
Nomor: 040/P/2014, Tanggal 14 Februari 2014  
Tentang Hasil Akreditasi Terbitan Berkala Ilmiah  
Periode II Tahun 2013

Nama Terbitan Berkala Ilmiah  
Jurnal Konstitusi  
ISSN: 1829-7706

Penerbit: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah  
Konstitusi RI

Ditetapkan sebagai Terbitan Berkala Ilmiah

### TERAKREDITASI

Akreditasi sebagaimana tersebut di atas berlaku selama  
5 (lima) tahun sejak ditetapkan.

Jakarta, 18 Februari 2014

Direktur Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat,  
Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi



Prof. Agus Subekti, M.Sc., Ph.D.  
NIP-19600801 198403 1 002

**Visi:**

Mengawal Tegaknya Konstitusi Melalui  
Peradilan Konstitusi yang Independen, Imparsial dan Adil

**Misi:**

- Membangun Sistem Peradilan Konstitusi yang Mampu Mendukung Penegakan Konstitusi
- Meningkatkan Pemahaman Masyarakat Mengenai Hak Konstitusional Warga Negara

ISSN 1829-7706



9 771829 770696