



PUTUSAN

Nomor 018/PUU-IV/2006

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

Yang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, telah menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disebut KUHAP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945) yang diajukan oleh:

Mayor Jenderal (Purn). H. Suwarna Abdul Fatah, lahir di Bogor, 01 Januari 1944, alamat Jalan Gajah Mada Nomor 1 Rt. 008/003, Kelurahan Jawa, Kecamatan Samarinda Ulu, Kota Samarinda 75122, agama Islam, pekerjaan Gubernur aktif Provinsi Kalimantan Timur, kewarganegaraan Indonesia. Dalam hal ini memberi kuasa kepada K. G. Widjaja, S.H., M.H., Sugeng Teguh Santoso, S.H., P. D. D. Dermawan, S.H., LL.M., Yanuar P. Wasesa, S.H., dan Martinus F. Hemo, S.H. Tim Pembela Mayor Jenderal (Purn) TNI. Suwarna AF yang beralamat di The Landmark Center Tower B FL. 8, Jalan Jend. Sudirman Nomor 1, Jakarta 12910, berdasarkan Surat Kuasa Khusus bertanggal 9 Agustus 2006; Selanjutnya disebut sebagai ----- **Pemohon**;

Telah membaca permohonan Pemohon;

Telah mendengar keterangan Pemohon;

Telah mendengar keterangan Pemerintah dan membaca keterangan tertulis Pemerintah;

Telah membaca keterangan tertulis Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia;

Telah mendengar keterangan Pihak Terkait Kejaksaan Agung;

Telah membaca keterangan tertulis Pihak Terkait Kejaksaan Agung;

Telah mendengar keterangan Pihak Terkait Kepolisian Republik Indonesia;

Telah membaca keterangan tertulis Pihak Terkait Kepolisian Republik Indonesia;

Telah mendengar keterangan ahli yang dihadirkan oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia;

Telah mendengar keterangan ahli dari Pemohon;

Telah memeriksa bukti-bukti;

DUDUK PERKARA

Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan dengan surat permohonannya bertanggal 14 Agustus 2006 yang diterima dan terdaftar di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 29 Agustus 2006, dengan registrasi Perkara Nomor 018/PUU-IV/2006, yang telah diperbaiki dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah masing-masing pada tanggal 3 Oktober 2006 dan tanggal 9 Oktober 2006, yang mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

Pemohon mengajukan permohonan *Judicial Review* terhadap norma-norma yang terdapat didalam Pasal 21 Ayat (1), Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia 1981 Nomor 76 *jo.* Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209), karena melanggar hak konstitusional dari Pemohon sebagai warga negara, seperti dirumuskan dalam Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2) *jo.* Pasal 28G Ayat (1) *jo.* Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.

Sebelum Pemohon mengajukan alasan-alasan permohonan Pengujian Materiil Pasal 21 Ayat (1) KUHAP terhadap Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2) *jo.* Pasal 28G Ayat (1) *jo.* Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, terlebih

dahulu Pemohon akan menguraikan *Legal Standing* dari Pemohon dan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa dan memutuskan permohonan tersebut.

I. LEGAL STANDING DARI PEMOHON.

1. Bahwa Pemohon telah ditahan di Rumah Tahanan Negara Bareskrim Polri oleh Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi (dhi T. H. Panggabean, SH.) dengan Surat Perintah Penahanan No. Sprint. Han-10/VI/2006/P.KPK, tertanggal 19 Juni 2006, dan telah diperpanjang oleh Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi (dhi T.H. Panggabean, SH) dengan Surat Perintah Perpanjangan Penahanan No. Sprint.Han-09/PPJ/VI/2006/DIK/P.KPK, kemudian diperpanjang lagi dengan perpanjangan istimewa (dengan Pasal 29 Ayat (2) KUHAP) selama 30 hari sejak tanggal 09 Agustus 2006 sampai dengan tanggal 16 September 2006 dengan Penetapan Ketua Pengadilan Tindak Pidana Korupsi No.136/Pen.Pid/VIII/2006/PN.JKT.PST dan diperpanjang lagi oleh Ketua Pengadilan Tindak Pidana Korupsi No. 154/Pen.Pid/IX/2006/PN.JKT.PST dengan mempergunakan Pasal 29 Ayat (2) KUHAP selama 30 hari sejak tanggal 17 September 2006 dan akan berakhir pada tanggal 16 Oktober 2006, karena diduga telah melakukan tindak pidana korupsi dalam pelaksanaan Program Pembangunan Perkebunan Kelapa Sawit Sejuta Hektar di Kalimantan Timur yang diikuti dengan Penerbitan Ijin Pemanfaatan Kayu (IPK) pada tahun 1999-2002 tanpa mengindahkan atau tanpa memenuhi syarat-syarat sebagaimana yang diatur di dalam ketentuan yang berlaku, yang berakibat merugikan keuangan negara dan atau perekonomian negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 Ayat (1) dan/atau Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 atau Pasal 56 KUHP jo. Pasal 64 Ayat (1) KUHP.
2. Bahwa akibat dari penahanan tersebut hak-hak konstitusional dari Pemohon dilanggar yang mengakibatkan Pemohon mengalami kerugian sebagai berikut :
 - a. Merasa diperlakukan tidak adil,

- b. Tidak dapat pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama dihadapan hukum (Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945),
- c. Bahwa dengan penahanan ini Pemohon kehilangan haknya untuk bekerja sebagai Gubernur Kalimantan Timur berdasarkan Keputusan Presiden No. 103/M Tahun 2003, tanggal 18 Juni 2003 periode tahun 2003 sampai dengan tahun 2008 (**Bukti P-1**) seperti dirumuskan dalam Pasal 28D Ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945.
- d. Pemohon kehilangan kebebasannya,
- e. Keluarga Pemohon-pun ikut mengalami penderitaan,
- f. Kehormatan dan martabat Pemohon menjadi cidera,
- g. Harta benda yang ada dibawah kekuasaan Pemohon menjadi tidak terurus,
- h. Pemohon merasa kehilangan rasa amannya dan kehilangan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu (Pasal 28G Ayat (1) UUD 1945),
- i. Pemohon merasa diperlakukan sebagai objek dihadapan hukum sehingga kehilangan perlakuan sebagai pribadi dihadapan hukum (subjek hukum), sesuai dengan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945.

Dari uraian *Legal Standing* Permohonan seperti tersebut diatas Pemohon merasa bahwa sebagai perorangan warga negara Indonesia, telah memiliki *Legal Standing* untuk mengajukan Permohonan Uji Materiil dari Pasal 21 Ayat (1) KUHAP terhadap Pasal 28D Ayat (1), Pasal 28G Ayat (1), Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.

II. KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI UNTUK MEMERIKSA DAN MEMUTUSKAN PERMOHONAN UJI MATERIIL DARI PASAL 21 AYAT (1) KUHAP TERHADAP PASAL 28D AYAT (1) DAN AYAT (2), PASAL 28G AYAT (1), DAN PASAL 28I AYAT (1) UNDANG-UNDANG DASAR 1945

1. Bahwa Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 10 huruf a Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang Putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945.

2. Bahwa Pasal 50 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945 dengan perubahan terakhir yaitu perubahan ketiga yang disahkan pada tanggal 10 November 2001.
3. Bahwa KUHAP diundangkan pada tanggal 31 Desember 1981 dan mulai berlaku sejak diundangkan.
4. Bahwa Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, diundangkan pada tanggal 31 Desember 1981 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76 dan dalam Tambahan Lembaran Negara Nomor 3209.
5. Bahwa Pasal 50 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tersebut telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara Nomor 066/PUU-II/2004 tanggal 12 April 2005.
6. Bahwa dengan dinyatakannya Pasal 50 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, maka Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji secara materiil Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang diundangkan pada tanggal 31 Desember 1981, pada Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76 *jo.* Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209.

Mahkamah Konstitusi berwenang menguji secara materiil Pasal 21 Ayat (1) KUHAP yang diundangkan pada tanggal 31 Desember 1981 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia 1981 Nomor 76 dan dalam Tambahan Lembaran Negara Nomor 3209 terhadap Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), dan Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945. Karena Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh Putusan Mahkamah Konstitusi tanggal 12 April 2005 Nomor 066/PUU-II/2004.

III. ALASAN-ALASAN PEMOHON MENGAJUKAN PERMOHONAN UJI MATERIIL DARI PASAL 21 AYAT (1) KUHAP TERHADAP PASAL 28D AYAT (1) DAN AYAT (2), PASAL 28G AYAT (1), DAN PASAL 28I AYAT (1) UNDANG-UNDANG DASAR 1945

1. Bahwa alasan Penyidik KPK untuk menahan Pemohon adalah :
 - 1.1. Bahwa berdasarkan hasil pemeriksaan telah diperoleh bukti yang cukup tersangka diduga keras telah melakukan tindak pidana korupsi yang dapat dikenakan penahanan;
 - 1.2. Bahwa tersangka dikhawatirkan akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana.
2. Bahwa Pemohon mengajukan pemeriksaan praperadilan kepada Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada tanggal 12 Juli 2006 untuk memeriksa dan memutus sah atau tidaknya penangkapan dan penahanan Pemohon, dengan alasan:
 - 2.1. Bahwa bukti yang dianggap cukup oleh Penyidik KPK mohon diperiksa dan diputus oleh Hakim Praperadilan apakah alat bukti yang dipergunakan oleh KPK cukup sah untuk menimbulkan dugaan yang kuat bahwa Pemohon telah melakukan tindak pidana korupsi;
 - 2.2. Bahwa Hakim Praperadilan dimohonkan untuk memeriksa dan memutus apakah cukup ada alasan yang "**konkrit dan nyata**" yang dapat menimbulkan kekhawatiran bagi penyidik bahwa Pemohon akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana.
3. Bahwa menurut pendapat Pemohon tidak cukup alasan bagi Penyidik KPK untuk melakukan penahanan terhadap diri Pemohon tersebut.
 - 3.1. Bahwa alat bukti yang cukup untuk menduga keras bahwa Pemohon telah melakukan tindak pidana korupsi, masih belum memiliki kepastian hukum. Hukum Pembuktian dalam KUHAP mewajibkan bahwa alat-alat bukti itu haruslah terlebih dahulu dilakukan pengujian di sidang pengadilan negeri (*cross examination*) dan barulah ditetapkan oleh hakim bahwa alat bukti itu memiliki kekuatan pembuktian yang sah. Sebelum Hakim memiliki keyakinan akan kesalahan terdakwa, yang didasarkan pada minimal dua alat bukti

yang sah hakim belum dapat menyatakan kesalahan seseorang. Pemohon berpendapat bahwa Penyidik KPK telah secara melawan hukum menyatakan bahwa bukti-bukti yang didapat sudah *cukup sah* untuk menduga keras Pemohon telah melakukan tindak pidana korupsi yang sebesarnya kewenangan hakim untuk menyatakan sah atau tidaknya satu alat bukti.

- 3.2. Bahwa Pemohon berpendapat tidak ada cukup alasan apalagi bukti-bukti yang bersifat **konkrit dan nyata** yang dapat menimbulkan kekhawatiran bagi Penyidik KPK bahwa Pemohon akan melarikan diri karena Pemohon adalah seorang Gubernur Kalimantan Timur yang memiliki tanggung jawab yang besar terhadap pelaksanaan pembangunan di Provinsi Kalimantan Timur (lihat agenda kerja Pemohon sebagai Gubernur **Bukti P-2**); Juga tidak ada bukti-bukti yang bersifat konkrit dan nyata yang dapat menimbulkan kekhawatiran bagi Penyidik KPK bahwa Pemohon akan merusak, atau menghilangkan barang bukti karena semua dokumen-dokumen yang dibutuhkan Penyidik KPK telah dilakukan penyitaan (lihat **Bukti P-3 dan Bukti P-4**); Juga tidak ada bukti-bukti yang bersifat konkrit dan nyata yang dapat menimbulkan kekhawatiran bagi Penyidik KPK bahwa Pemohon akan mengulangi tindak pidana, padahal Pemohon sebagai seorang Gubernur dan Perwira Tinggi Militer Republik Indonesia belum pernah melakukan tindak pidana sedangkan tindak pidana korupsi yang disangkakan kepada Pemohon oleh KPK belumlah terbukti sama sekali kebenarannya (lihat bukti-bukti Tanda Jasa yang diterima Pemohon **Bukti P-5 dan P-6**). Pemohon pun mendapat penghargaan-penghargaan seperti terlihat dalam (**Bukti P-7**).
4. Bahwa Pemohon berpendapat dengan menggunakan alasan subjektif para Penyidik untuk melakukan penahanan merupakan sesuatu kesalahan yang besar, karena rasa kekhawatiran yang bersifat subjektif dalam melakukan penahanan seseorang akan menimbulkan terjadinya ketidakpastian hukum, menimbulkan kesewenang-wenangan yang melanggar asas persamaan perlakuan dihadapan hukum/tebang pilih/diskriminatif dalam penegakan hukum (lihat Surat Pemohon kepada Presiden Republik Indonesia

Bukti P-8), dan memberikan kesempatan bagi Penyidik untuk mengkomersialisasikan kewenangan subjektif tersebut.

5. Bahwa alasan yang bersifat subjektif untuk melakukan penahanan terhadap seseorang merupakan sebuah kekuasaan, yang perlu dibatasi dan diawasi karena dapat menjurus pada kesewenang-wenangan dan koruptif. Apa yang dikhawatirkan oleh Henry W. Ehrmann bahwa "*Legal Privileges Are Bestowed on Non-State Organizations Such as Powerful Organizations and Interest Groups and Individual Remained Isolated*" (Henry W. Ehrmann: "*Comparative Legal Cultures*" Englewood Cliffs, N. J. Prentice – Hall, Inc. 1976 Hal. 4, 6.);
6. Bahwa kekuasaan untuk menahan seseorang tanpa batasan dan tanpa pengawasan mengakibatkan kebebasan seseorang ditentukan oleh segelintir manusia, halmana bertentangan dengan *trend* kultur masyarakat kita yang menjunjung tinggi kebebasan.
7. Bahwa permohonan praperadilan dari Pemohon diperiksa oleh Hakim Kreshna Menon SH. yang memimpin sidang praperadilan secara maraton dari tanggal 20 Juli 2006 sampai dengan tanggal 26 Juli 2006
8. Bahwa Keputusan Hakim Kreshna Menon, SH. dalam praperadilan *a quo* (Nomor 01/PRAP/TPK/2006/PN.JKT/PST, tanggal 26 Juli 2006) menolak permohonan Pemohon dengan alasan yang bersifat formal, yakni bahwa telah terdapat Surat Perintah Penahanan yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Hakim sama sekali tidak melihat apakah ada alasan-alasan konkrit dan nyata bahwa Pemohon akan melarikan diri dan sebagainya.

Karena Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan kebijakan hukum yang ditempuh oleh KUHAP, maka Pasal 21 Ayat (1) KUHAP ini haruslah ditinjau, sehingga sesuai dengan kebijakan hukum yang digunakan oleh KUHAP.

9. Bahwa Pemohon berpendapat Hakim Kreshna Menon, SH., tidak dapat mempertimbangkan adanya bukti-bukti yang konkrit dan nyata yang dapat menimbulkan dugaan keras bahwa Pemohon akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana, karena hal tersebut tidak jelas dirumuskan dalam norma yang terdapat dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP.

10. Bahwa Hakim Kreshna Menon, SH. tidak dapat mempertimbangkan tolok ukur lain kecuali berdasar alasan-alasan subjektif yang terdapat dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP.
11. Bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP terletak pada BAGIAN KEDUA tentang penahanan yang merupakan bagian dari BAB V TENTANG PENANGKAPAN, PENAHANAN, PENGGELEDAHAN BADAN, PEMASUKAN RUMAH, PENYITAAN DAN PEMERIKSAAN SURAT. Melihat pada sistematika tersebut Pasal 21 Ayat (1) KUHAP seharusnya hanya memuat syarat-syarat penahanan saja, sehingga tidak perlu lagi dirumuskan bahwa **“seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, . . .”** karena pengertian seorang tersangka atau terdakwa sudah jelas di dalam Pasal 1 Angka 14 yang menyatakan, **“tersangka adalah seorang yang karena perbuatannya atau keadaannya, berdasarkan bukti permulaan patut diduga sebagai pelaku tindak pidana”** dan untuk terdakwa dirumuskan pada Pasal 1 Angka 15 yang menyatakan, **“Terdakwa adalah seorang tersangka yang dituntut, diperiksa dan diadili di sidang pengadilan”**. Dengan demikian siapa tersangka dan siapa terdakwa sudah dijelaskan dalam pasal-pasal tersebut di atas, sehingga tidak perlu lagi diulang dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP.
12. Berdasarkan pemikiran tersebut diatas, maka frasa-frasa **“melakukan tindak pidana”** dan frasa **“dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran”**, pada Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tersebut, haruslah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat, sehingga perumusan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP hanya menyangkut masalah syarat penahanan sebagai berikut:
- “Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras berdasarkan bukti yang cukup, bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana”**.
13. Bahwa permasalahan pokok adalah bahwa kekuasaan mutlak penyidik/penuntut umum untuk menahan seseorang perlu adanya pengawasan yang

rasional yang dilakukan oleh badan peradilan (*Judicial Supervision Of Pre-Trial Procedure*) karena penyidikan yang bersifat tertutup dan rahasia, menimbulkan kekhawatiran dalam masyarakat bahwa penyidik akan menggunakan wewenang yang berlebihan (*over exceeding power*) untuk mendapatkan pengakuan tersangka atau keterangan saksi.

14. Menurut O. W. Mueller dan Fre Le Poole – Griffith bahwa Amerika Serikat mempergunakan *Commisioner*, yaitu pejabat pengadilan yang melakukan pengawasan terhadap pemeriksaan pendahuluan yang dilakukan oleh penyidik polisi terhadap tersangka. Tugas *Commisioner* ini adalah untuk memastikan apakah sudah cukup syarat untuk memberikan polisi ijin hakim untuk melakukan penahanan atau untuk melakukan penggeledahan. Hakim *Commisioner* inilah yang memberitahukan hak-hak seorang yang disangka melakukan kejahatan, seperti haknya untuk diam, haknya untuk didampingi oleh penasihat hukum dan lain sebagainya. Hakim Komisioner di Amerika melakukan pengawasan dengan mempergunakan dua cara, Pertama adalah menerapkan hukum pembuktian (*exclusionary rule*), Kedua adalah menerapkan prinsip *Habeas Corpus*, (Gerhard O.W.Mueller dan Fre Le Poole-Griffith: “*Comparative Criminal Procedure*”. New York. New York University Press. London. London University Press Limited. 1969. Hal. 20-21);
15. Bahwa pengertian *Habeas Corpus* menurut Curtis R. Reitz dalam tulisannya yang berjudul *Principle of Habeas Corpus*, (Curtis R. Reitz: “*Habeas Corpus*” dalam *Encyclopedia of Crime And Justice*, Sanford H. Kadish, Ed. In chief. Vol. 2. New York - London. Collier Mcmillan Publisher. 1983. Hal. 843 – 849), merupakan perintah hakim yang berasal dari abad pertengahan, yang memerintahkan orang yang menguasai seorang tahanan untuk menampilkan sosok tahanan tersebut di hadapan seorang hakim. (*Habeas Corpus. A common-law writ of medieval origin, commands a person who has custody of a prisoner to produce the body of the prisoner before a judge*). Fungsinya yang sangat dikenal adalah bahwa perintah itu mengizinkan hakim untuk memutuskan apakah Kustodian tersebut diberi wewenang oleh hukum untuk melakukan penahanan terhadap seseorang. Bilamana hakim berpendapat bahwa penahanan itu melanggar undang-undang maka tahanan itu harus dilepaskan segera.

Dengan demikian setiap penahanan yang dianggap tidak *legal* dapat dimintakan pemeriksaannya melalui perintah *Habeas Corpus* dari Hakim. Seseorang yang ditahan dalam kasus pidana segera dapat meminta keputusan hakim untuk meninjau sah atau tidak penahanannya termasuk jangka waktu penahanannya dan kemungkinan dilepaskan dengan jaminan (*Bail*).

Habeas Corpus tidak saja dapat dimintakan dalam proses penyidikan tetapi dapat juga diminta setelah putusan dijatuhkan untuk meninjau apakah lamanya hukuman yang dijatuhkan oleh hakim sah menurut hukum.

16. Di Eropa Kontinental tugas tersebut diserahkan kepada Hakim Komisaris, yaitu hakim karier yang khusus diangkat untuk menjadi Hakim Komisaris untuk jangka waktu tertentu. Setiap orang yang ditahan oleh polisi atau Jaksa memiliki hak untuk dihadapkan kepada Hakim Komisaris dalam waktu 24 jam. Hakim Komisaris inilah yang memeriksa alat-alat bukti yang berhasil dikumpulkan oleh polisi apakah cukup syah untuk menimbulkan dugaan yang keras bahwa telah terjadi satu tindak pidana bahwa orang itulah yang dapat dipertanggungjawabkan sebagai pelakunya (Gerhard O.W. Mueller dan Fre Le Poole-Griffith Hal.34-35-36). Sistem Eropa ini, khususnya Negeri Belanda tidak menimbulkan kekhawatiran bahwa diskresi yang diberikan kepada penyidik polisi/jaksa untuk melakukan penahanan berdasarkan rasa kekhawatiran saja karena ada sistem pengawasan yang ketat oleh Hakim Komisaris dan sikap dari sistem peradilan Negeri Belanda yang sangat jarang menggunakan lembaga penahanan seperti yang dikatakan oleh Profesor J. F. Nijboer dalam "*Introduction to Dutch Law*" *Third revised edition, Jeroen Chorus, et. al. The Hague – London – Boston. Kluwer Law International* 1999. hal. 431.
17. Bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP merupakan pasal yang paralel dengan Pasal 75 Ayat (1) HIR, seperti terdapat dalam buku DR. A. Hamzah, SH. dan Irdan Dahlan; "*Perbandingan KUHAP-HIR Dan Komentar*". Jakarta Ghalia Indonesia. 1984 hal. 50-55.
18. Bahwa HIR dan KUHAP memiliki latar belakang filosofis yang berbeda seperti yang diuraikan oleh Herbert L. Packer dalam bukunya "*The Limits Of The Criminal Sanction*" USA. Stanford University Press, Stanford California. 1968, yang membagi dua model sistem peradilan pidana, yaitu *crime control*

model dan *due process model*. HIR mendekati konsep *crime control model* yang memiliki ciri-ciri sebagai berikut:

- 18.1. Fungsi yang terpenting dari proses pidana adalah memberantas adanya tindak pidana.
- 18.2. Proses pidana diharapkan menjadi proses yang efektif dalam memilih tersangka, menentukan kesalahannya dan menjamin para kriminal itu disingkirkan dari kehidupan masyarakat secepatnya.
- 18.3. Dengan efisiensi dimaksudkan bahwa proses pidana itu memiliki kemampuan untuk dengan cepat menangkap penjahat, mengadilinya, menghukumnya dan memenjarakan mereka dalam jumlah yang besar.
- 18.4. *Crime control model* haruslah dapat bekerja dengan kecepatan penuh dan hasilnya adalah final (*speed and final*). Kecepatan dan finalitas ini menimbulkan imajinasi seperti proses dalam pabrik yang menggunakan **system ban berjalan**; Dengan demikian maka sekali seseorang dinyatakan sebagai penjahat dalam proses penyidikan maka nasibnya sudah jelas dan akan dengan cepat sampai pada penghukuman.
- 18.5. *Crime control model* mulai bekerja dengan adanya “dugaan bersalah” (*presumption of guilt*). Sekali bilamana Polisi memiliki bukti-bukti yang cukup atas kesalahan tersangka maka proses selanjutnya dijalankan berdasarkan dugaan bahwa si tersangka besar kemungkinan telah bersalah. **Dugaan bersalah ini juga memberikan alasan bagi penyidik untuk menahannya.** Dugaan bersalah ini sudah mulai muncul bahkan sebelum proses pidana dimulai.

19. Bahwa KUHAP mendekati ciri-ciri *Due Process Model* :

- 19.1. Bilamana *crime control model* diibaratkan seperti proses ban berjalan, maka *due process model* dapat diibaratkan seperti lari gawang. Pada setiap tahap terdapat halangan untuk memproses si tersangka lebih lanjut.
- 19.2. *Due process model* tidak terlalu mempercayai kemampuan penyidik dan penuntut umum karena manusia memiliki kemampuan yang terbatas untuk merekonstruksi peristiwa yang telah terjadi dan

pengamatan mereka seringkali dipengaruhi oleh emosi. Keterangan yang diberikan oleh orang-orang yang dipanggil sebagai saksi maupun keterangan yang diberikan oleh tersangka kepada Penyidik seringkali didapat melalui tekanan-tekanan fisik maupun tekanan mental sehingga mereka memilih mengikuti kemauan penyidik (kooperatif) untuk membuktikan kesalahan tersangka. Bahwa kemungkinan besar terjadinya *human error* haruslah mendapat penelitian yang seksama.

20. Bahwa menurut Profesor Wirjono Prodjodikoro bahwa sifat inkusitur dalam HIR sangatlah menonjol. Terdakwa hanyalah seorang objek yang harus didengar wujudnya berhubung suatu pendakwaan. Pemeriksaan wujud ini berupa pendengaran si tersangka tentang dirinya oleh karena sudah ada pendakwaan yang sedikit banyak telah diyakini kebenarannya oleh pendakwa (Wirjono Prodjodikoro: *Hukum Acara Pidana di Indonesia*. Bandung, Penerbit *Vorkink – Van Hoeve* Tanpa tahun Penerbitan. Hal. 15). Dari uraian tentang ciri-ciri HIR yang mendekati *crime control model*, jelas menunjukkan bahwa seorang tersangka atau terdakwa adalah objek yang diperlakukan sebagai barang.

Bahwa KUHAP yang mendasarkan dirinya pada Asas Praduga Tak Bersalah menempatkan manusia sebagai subjek bukan sebagai objek, maka Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tidak memberi jaminan terhadap perlindungan hak asasi manusia seperti semangat KUHAP karena itu haruslah di *review*.

21. Pasal 75 Ayat (1) HIR jelas menunjukkan sifat inkusitur dari HIR yang memperlakukan manusia sebagai objek dalam perkara pidana. Jiwa Pasal 75 Ayat (1) HIR yang menjelma dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP menempatkan manusia sebagai objek; padahal KUHAP, dengan asas praduga tak bersalah, menempatkan manusia sebagai subjek hukum yang dilindungi oleh Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, "... hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum ...".

22. Bahwa Asas Praduga Tak Bersalah sesuai dengan cita-cita revolusi 1945 yang menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia seperti yang dirumuskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia

Tahun 1945 yang kemudian dijabarkan lebih rinci Bab XA yang berjudul HAK ASASI MANUSIA yang terdiri dari sepuluh pasal; khususnya pasal-pasal yang memberi jaminan hak konstitusional bagi Pemohon adalah Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), dan Pasal 28I Ayat (1).

23. Menurut Pemohon Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan *legal policy* dalam hal ini *criminal legal policy* atau kebijakan kriminal dari KUHAP dengan argumentasi sebagai berikut :

23.1. Kebijakan kriminal dari KUHAP adalah menempatkan asas praduga tak bersalah sebagai super asas yang menurut Pasal 8 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (yang telah diubah oleh Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 35 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, Lembaran Negara 1999 Nomor 147, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3879), adalah bahwa setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut dan/atau dihadapkan didepan pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sebelum adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan telah memperoleh kekuatan hukum tetap.

23.2. Berdasarkan asas praduga tak bersalah tersebut maka penahanan merupakan sesuatu yang sangat sensitif karena telah merampas kebebasan seseorang yang dapat diartikan seorang yang telah ditahan sudah dinyatakan bersalah (*presumption of guilt*).

23.3. Berdasarkan alasan bahwa penahanan merupakan sesuatu yang kontradiktif dengan asas praduga tak bersalah, maka dalam konsep Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) diintrodusir adanya lembaga komisararis yang mengawasi tindakan penyidik dalam hal melakukan penahanan seperti yang diuraikan oleh Loebby Loqman dalam bukunya "Praperadilan Di Indonesia". Jakarta. Ghalia Indonesia. Cet. I 1987 Hal. 32.

23.4. Bahwa Loebby Loqman mengatakan bahwa dalam draft Rancangan Undang-Undang (RUU) Hukum Acara Pidana yang diajukan oleh Pemerintah (Menteri KeHakiman Prof. Oemar Seno Adji) pada tahun 1973 dan 1974 terdapat lembaga Hakim Komisararis yang bertugas

antara lain untuk melakukan pengawasan terhadap pengetrapan penangkapan, penggeledahan badan, pemasukan rumah, penyitaan dan pemeriksaan surat-surat yang terdapat dalam Pasal 100 Ayat (1). Disamping itu Hakim Komisaris juga dapat melakukan sendiri penangkapan, penggeledahan badan, pemasukan rumah, penyitaan dan pemeriksaan surat-surat yang terdapat dalam Pasal 100 Ayat (2), [Loebby Loqman: "Praperadilan Di Indonesia". Jakarta. Ghalia Indonesia. Cet. I 1987 Hal. 32.];

- 23.5. Bahwa dari Penjelasan terhadap Pasal 100 Rancangan Undang-Undang tersebut dikatakan bahwa: "Dengan mengadakan jabatan Hakim Komisaris yang mempunyai tugas antara lain melakukan pengawasan terhadap penerapan ketentuan-ketentuan mengenai penangkapan, penahanan, penggeledahan, pensitaan dan pemeriksaan surat-surat, dimaksudkan untuk menjamin hak-hak asasi dari pada tersangka yang dikurangi, janganlah pengurangannya itu berlebih-lebihan dari keperluan yang sebenarnya, atau jangan sampai dihapus sama sekali, karena misalnya adanya penyelewengan dari kepastian hukum yang ada oleh petugas yang bersangkutan, sehingga dengan demikian tersangka sangat dirugikan". [Loebby Loqman: "Praperadilan Di Indonesia". Jakarta. Ghalia Indonesia. Cet. I 1987 Hal. 32];
- 23.6. Bahwa dari bunyi Penjelasan Pasal 100 Rancangan Undang-Undang tahun 1973/1974 tersebut tercermin adanya ketidakpercayaan publik terhadap polisi/penyidik yang dikhawatirkan akan mempergunakan upaya paksa yang berlebihan (*exceeding power*).
- 23.7. Bahwa adanya lembaga Hakim Komisaris yang diintrodusir dalam Rancangan Undang-Undang tentang KUHAP Tahun 1973-1974 menimbulkan keberatan dari berbagai kalangan, utamanya dari kalangan Kejaksaan. [Loebby Loqman: "Praperadilan Di Indonesia". Jakarta. Ghalia Indonesia. Cet. I 1987 Hal. 32.];
- 23.8. Bahwa dalam Rancangan Undang-Undang tentang KUHAP yang diajukan oleh Menteri Kehakiman Moedjono pada tahun 1979 Lembaga Hakim Komisaris sudah tidak dicantumkan lagi dan sebagai gantinya lahirlah lembaga praperadilan.

23.9. Bahwa tentang lahirnya lembaga praperadilan ini, Adnan Buyung Nasution menceritakan sebagai berikut:

“ . . . KUHAP sebenarnya merupakan draft baru yang dibuat langsung di DEWAN PERWAKILAN RAKYAT oleh Pansus DEWAN PERWAKILAN RAKYAT bersama Pemerintah dengan masukan-masukan dari masyarakat, . . . dengan meninggalkan Rancangan Undang-Undang yang dibuat oleh Pemerintah sebelumnya.

Salah satu hal baru yang merupakan terobosan dalam pembuatan undang-undang baru itu adalah gagasan praperadilan, yang kebetulan saya sendirilah penggagas awalnya Menteri Moedjono menerima baik gagasan tersebut, dan meminta saya merumuskannya secara tertulis. Untuk keperluan tersebut dibantu beberapa ahli, antara lain saudara Gregory Churchill, *lawyer* Amerika yang saat itu mengajar di Universitas Indonesia”. [Adnan Buyung Nasution: “Praperadilan vs. Hakim Komisaris” dalam Majalah Komisi Hukum Nasional Edisi April 2002 Halaman 10 – 15.];

Gagasan tersebut mendapat inspirasi dari lembaga *Habeas Corpus* dalam sistem peradilan pidana Anglo-Saxon yang memberikan jaminan fundamental terhadap hak asasi manusia khususnya hak kemerdekaan. Perintah *Habeas Corpus* itu dikeluarkan oleh Pengadilan (*writ of habeas corpus*) yang bunyinya sebagai berikut: “Si tahanan berada dalam penguasaan saudara. Saudara wajib membawa orang itu di depan pengadilan serta wajib menunjukkan alasan yang menyebabkan penahanannya”. [Adnan Buyung Nasution: “Praperadilan vs. Hakim Komisaris” dalam Majalah Komisi Hukum Nasional Edisi April 2002 Halaman 10 – 15.];

Gagasan praperadilan itu timbul karena melihat situasi dan kondisi saat itu di mana sering terjadi perkosaan hak asasi tersangka atau terdakwa oleh penyidik dan Jaksa Penuntut Umum.

23.10. Melihat pelaksanaan praperadilan saat ini, Adnan Buyung Nasution kecewa karena alasan-alasan sebagai berikut:

Pertama : Tidak semua upaya paksa dapat dimintakan pemeriksaan untuk diuji dan dinilai kebenarannya dan ketepatannya oleh lembaga praperadilan, misalnya tindakan

pengeledahan, penyitaan dan pembukaan serta pemeriksaan surat-surat tidak dijelaskan dalam KUHAP, sehingga menimbulkan ketidakjelasan siapa yang berwenang memeriksanya apabila terjadi pelanggaran. Disini lembaga praperadilan kurang memperhatikan kepentingan perlindungan hak asasi tersangka atau terdakwa dalam hal penyitaan dan pengeledahan, padahal pengeledahan yang sewenang-wenang merupakan pelanggaran terhadap ketentraman rumah tempat tinggal orang (*privacy*), dan penyitaan yang tidak sah merupakan pelanggaran serius terhadap hak milik seseorang;

Kedua : Praperadilan tidak berwenang untuk menguji dan menilai sah atau tidaknya suatu penangkapan atau penahanan tanpa adanya permintaan dari tersangka atau keluarganya atau pihak lain atas kuasa tersangka. Sehingga apabila permintaan tersebut tidak ada, walaupun tindakan penangkapan atau penahanan nyata-nyata menyimpang dari ketentuan yang berlaku, maka sidang praperadilan tidak dapat diadakan;

Ketiga : Lebih parah lagi sebagaimana dalam praktik pemeriksaan praperadilan selama ini, hakim lebih banyak memperhatikan perihal dipenuhi tidaknya syarat-syarat formil semata dari suatu penangkapan atau penahanan, seperti misalnya ada atau tidaknya adanya surat perintah penangkapan (Pasal 18 KUHAP), atau ada tidaknya surat perintah penahanan (Pasal 21 Ayat (2) KUHAP), dan sama sekali tidak menguji dan menilai syarat materilnya. Padahal syarat materil inilah yang menentukan apakah seseorang dapat dikenakan upaya paksa berupa penangkapan atau penahanan oleh pihak penyidik atau penuntut umum. Tegasnya, hakim pada praperadilan seolah-olah tidak peduli apakah tindakan penyidik atau Jaksa Penuntut Umum yang melakukan

penangkapan benar-benar telah memenuhi syarat-syarat materiil, yaitu adanya “dugaan keras” melakukan tindak pidana berdasarkan “bukti yang cukup” benar-benar ada alasan yang konkrit dan nyata yang menimbulkan kekhawatiran bahwa yang bersangkutan “akan melarikan diri, menghilangkan barang bukti ataupun mengulangi perbuatannya”. Para hakim umumnya menerima saja bahwa hal adanya kekhawatiran tersebut semata-mata merupakan urusan penilaian subjektif dari pihak penyidik atau penuntut umum. Akibatnya, sampai saat ini masih banyak terjadi penyalahgunaan kekuasaan dan kesewenang-wenangan dalam hal penangkapan dan penahanan terhadap seorang tersangka ataupun terdakwa oleh pihak penyidik ataupun penuntut umum, yang tidak dapat diuji karena tidak ada forum yang berwenang memeriksanya. Padahal dalam sistem *habeas corpus act* dari Negara Anglo-Saxon, hal ini justru menjadi tonggak ujian sah tidaknya penahanan terhadap seseorang ataupun boleh tidaknya seseorang ditahan.

23.11. Namun karena kuatnya pengaruh kekuasaan pada waktu KUHAP dirumuskan maka masalah penahanan ini paralel dengan Pasal 75 Ayat (1) HIR; padahal HIR memiliki kebijakan kriminal yang menempatkan manusia sebagai objek, tidak sebagai subjek seperti didalam KUHAP, karena itu haruslah di *review*.

IV. KESIMPULAN.

Dari uraian tersebut diatas Pemohon menyimpulkan sebagai berikut :

1. Dari uraian *Legal Standing* permohonan seperti tersebut di atas, Pemohon merasa bahwa sebagai perorangan warga negara Indonesia, telah memiliki *Legal Standing* untuk mengajukan permohonan Uji Materiil dari Pasal 21 Ayat (1) KUHAP terhadap Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.
2. Mahkamah Konstitusi berwenang menguji secara materiil Pasal 21 Ayat (1) KUHAP terhadap Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal

28G Ayat (1), dan Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945.

3. Karena Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan kebijakan hukum yang ditempuh oleh KUHAP, maka Pasal 21 Ayat (1) KUHAP ini haruslah ditinjau, sehingga sesuai dengan kebijakan hukum yang digunakan oleh KUHAP.
4. Bahwa KUHAP yang mendasarkan dirinya pada Asas Praduga Tak Bersalah menempatkan manusia sebagai subjek bukan sebagai objek, maka Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tidak memberi jaminan terhadap perlindungan hak asasi manusia seperti semangat KUHAP karena itu haruslah di *review*.
5. Bahwa dengan dinyatakan frasa "**melakukan tindak pidana**" dan frasa "**dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran**" tidak mempunyai kekuatan mengikat, maka yang mempunyai kekuatan mengikat dari Pasal 21 Ayat (1) KUHAP adalah:
"Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras berdasarkan bukti yang cukup, bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana "
6. Diharapkan tragedi salah tangkap seperti dalam kasus Sengkon – Karta, dan terakhir kasus Budi Harjono lihat Kompas, Jumat, 29 September 2006 Hal 27 (lihat **Bukti P-9** terlampir) tidak akan terulang lagi dan Amandemen Undang-Undang Dasar 1945 akan membawa perubahan pada masa depan bangsa Indonesia, yang memiliki harkat dan martabat, merdeka, dan berdaulat.

V. BERDASARKAN URAIAN DAN KESIMPULAN PEMOHON, PEMOHON MOHON KEPADA MAJELIS HAKIM MAHKAMAH KONSTITUSI UNTUK MEMUTUSKAN :

1. Menerima permohonan dari Pemohon untuk menyatakan frasa "**melakukan tindak pidana**" dan frasa "**dalam hal adanya keadaan**

yang menimbulkan kekhawatiran“ dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHP bertentangan Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1) dan Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.

2. Menyatakan frasa **“melakukan tindak pidana”** dan frasa **“dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran”** dari Pasal 21 Ayat (1) KUHP tidak mempunyai kekuatan mengikat, maka yang mempunyai kekuatan mengikat dari Pasal 21 Ayat (1) KUHP adalah:

“Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras berdasarkan bukti yang cukup, bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana “.

Menimbang bahwa untuk menguatkan dalil-dalil permohonannya, Pemohon telah mengajukan bukti tertulis yang telah diberi meterai cukup dan telah disahkan oleh Mahkamah, yang diberi tanda P-1 sampai dengan P-11, sebagai berikut:

- Bukti P-1 : Fotokopi KTP Pemohon H. Suwarna A.F;
- Bukti P-2 : Fotokopi Petikan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 103/M Tahun 2003, tentang Pengangkatan H. Suwarna Abdul Fatah sebagai Gubernur Provinsi Kalimantan Timur, masa jabatan tahun 2003-2008;
- Bukti P-3 : Fotokopi Agenda Kegiatan Gubernur Kalimantan Timur Tahun 2006;
- Bukti P-4 : Fotokopi Beritan Acara Penyerahan Data, Dokumen dan Keterangan Berkas Pemeriksaan) Nomor 045/1892/EK dari Sekretariat Daerah Provinsi Kalimantan Timur kepada Komisi Pemberantasan Korupsi;
- Bukti P-5 : Fotokopi Berita Acara Serah Terima Dokumen dari Dinas Kehutanan Pemerintah Provinsi Kalimantan Timur kepada Komisi Pemberantasan Korupsi;
- Bukti P-6 : Fotokopi Petikan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 091/TK/Tahun 1993, tentang Penganugerahan Bintang Kartika Eka Pakci Nararya kepada Kolonel Inf. Suwarna AF;

- Bukti P-7 : Fotokopi Petikan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 034/TK/Tahun 2002, tentang Penganugerahan Satyalancana Pembangunan kepada H. Suwarna AF;
- Bukti P-8 : - Fotokopi Penghargaan Pemberian Gelar Adat yang diberikan oleh Kepala Adat Masyarakat Dayak kepada H. Suwarna SF;
- Fotokopi Penghargaan ADCA kepada H. Suwarna AF, yang diberikan oleh Asean Program Consultant (APC);
 - Fotokopi Penghargaan ASEAN AWARD kepada H. Suwarna SF;
 - Fotokopi Penghargaan kepada H. Suwarna AF, sebagai Pembina K3 Kaltim, yang diberikan oleh Wakil Presiden Republik Indonesia;
 - Fotokopi Penghargaan REI kepada H. Suwarna AF;
- Bukti P-9 : Fotokopi Surat H. Suwarna AF, kepada Presiden Republik Indonesia Nomor 16.GKT/P-KT/VIII/2006, bertanggal 27 Agustus 2006;
- Bukti P-10 : Fotokopi kliping Koran KOMPAS;
- Bukti P-11 : - Fotokopi Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 76 Tahun 1981 tentang Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana;
- Fotokopi Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209 tentang Penjelasan Atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana;

Menimbang bahwa pada persidangan tanggal 16 November 2006, telah di dengar keterangan Pemerintah, Pihak Terkait Kejaksaan Agung dan Pihak Terkait Kepolisian Republik Indonesia serta keterangan di bawah sumpah ahli yang dihadirkan oleh Mahkamah, Prof. Dr. Andi Hamzah, SH. sebagai berikut:

Keterangan Pemerintah

Sehubungan dengan anggapan Pemohon yang menyatakan bahwa ketentuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disebut KUHAP), yang menyatakan, "*Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras **melakukan tindak pidana** berdasarkan bukti yang*

cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana”, dianggap bertentangan dengan Pasal 18 Ayat (4), Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), dan Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sebagai berikut :

(yang tercetak tebal diatas adalah materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang *a quo* yang dimohonkan untuk diuji).

Pasal 18 Ayat (4) yang menyatakan, “*Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis*”.

Pasal 28D yang menyatakan:

- (1) *Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*
- (2) *Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.*

Pasal 28G Ayat (1) yang menyatakan, “Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”.

Pasal 28I Ayat (1) yang menyatakan, “Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”.

Karena pada intinya telah menimbulkan hal-hal sebagai berikut:

1. Bahwa akibat penahanan yang dilakukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi, dianggap telah menghambat kewajiban Pemohon sebagai Gubernur Kalimantan Timur untuk melakukan pelayanan terhadap masyarakat, khususnya masyarakat Kalimantan Timur.

2. Bahwa ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP, telah mengabaikan hak-hak Pemohon sebagai tersangka atau terdakwa tindak pidana korupsi, yang semestinya mendapatkan perlindungan sesuai dengan prinsip/asas praduga tak bersalah (*presumption of innocence*).
3. Bahwa penangkapan dan penahanan yang dilakukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi terhadap Pemohon yang berstatus sebagai pejabat negara (Gubernur Kalimantan Timur) telah merugikan kepentingan hukum dan hak hukum, utamanya dalam rangka melaksanakan otonomi daerah seluas-luasnya sebagaimana dijamin oleh ketentuan Pasal 18 Ayat (5) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
4. Bahwa ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP, yang mengatur syarat-syarat penahanan justru mengingkari tujuan mulia Undang-Undang *a quo*, karena kepentingan penahanan tersebut hanya berdasarkan suasana kebatinan penyidik itu sendiri, sehingga dalam praktik seringkali penahanan tersebut tidak memperhatikan nilai-nilai rasionalitas dan urgensinya.

Penjelasan Pemerintah terhadap keberatan/anggapan Pemohon dalam permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), sebagai berikut:

1. Bahwa pada dasarnya masyarakat tidak dapat dipisahkan dari hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh seorang filsuf yang bernama Cicero yang menyatakan "*di mana ada masyarakat, di situ ada hukum*" (*ubi societas ibi ius*), karena itu hukum diperlukan sebagai sarana untuk mengatur masyarakat itu sendiri.
2. Bahwa tujuan utama dibentuknya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), selain untuk menggantikan peraturan hukum acara pidana yang lama, sebagaimana terdapat dalam *Het Herziene Inlandsh Reglement* atau *HIR (Staatsblad 1941 Nomor 44)*, juga dalam rangka membentuk unifikasi hukum acara pidana nasional yang sesuai dengan jiwa dan pandangan hidup bangsa Indonesia, yang lebih mengedepankan aspek-aspek jaminan dan perlindungan terhadap pelaksanaan hak asasi manusia dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia sebagaimana sewajarnya yang dimiliki oleh suatu negara hukum (*vide* penjelasan umum Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP, bagian pertama), misalnya terhadap

tersangka atau terdakwa untuk segera diperiksa, pemberitahuan apa yang disangkakan, pelimpahan segera ke pengadilan, mendapatkan bantuan hukum, mendapatkan kunjungan keluarga, dan lain-lain.

3. Bahwa ketentuan yang tercantum dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP, merupakan salah satu contoh pasal dalam KUHAP yang telah mengedepankan aspek-aspek jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia, karena untuk melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa diperlukan syarat-syarat yang ketat dan harus memperhatikan kondisi subjektif maupun objektif dari tersangka atau terdakwa itu sendiri. Selain itu penahanan atau penahanan lanjutan jika ditafsirkan secara *argumentum a contrario*, maka penahanan atau penahanan lanjutan **dapat tidak dilakukan** terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, **dalam hal tidak adanya** keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti atau mengulangi tindak pidana.
4. Bahwa kewenangan yang dimiliki penegak hukum untuk melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa, diatur dalam Pasal 20 sampai dengan 31 KUHAP, lebih lanjut Pasal 21 KUHAP pada prinsipnya mengatur syarat-syarat untuk dapat dilakukannya penahanan terhadap seorang yang diduga melakukan tindak pidana, yaitu sebagai berikut:
 - (1) Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup. Dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana.
 - (2) Penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan oleh penyidik atau penuntut umum terhadap tersangka atau terdakwa dengan memberikan surat perintah penahanan atau penetapan hakim yang mencantumkan identitas tersangka atau terdakwa dan menyebutkan alasan penahanan serta uraian singkat perkara kejahatan yang dipersangkakan atau didakwakan serta tempat ia ditahan.

- (3) Tembusan surat perintah penahanan atau penahanan lanjutan atau penetapan hakim sebagaimana dimaksud pada Ayat (2) harus diberikan kepada keluarganya.
 - (4) Penahanan tersebut hanya dapat dikenakan terhadap tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana atau percobaan maupun pemberian bantuan dalam tindak pidana tersebut dalam hal:
 - a. Tindak pidana tersebut diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih;
 - b. Tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 282 Ayat (3), Pasal 335 Ayat (1), Pasal 351 Ayat (1), Pasal 353 Ayat (1), Pasal 372, Pasal 378, Pasal 379 a, Pasal 453, Pasal 454, Pasal 455, Pasal 459, Pasal 480 dan Pasal 506 KUHP. Juga ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1995 tentang Kepabeanan, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai Bea, Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1992 tentang Keimigrasian, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika dan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika.
5. Bahwa secara teoritis dalam ilmu hukum acara pidana, ketentuan tersebut di atas dikategorikan sebagai syarat materil dan syarat formil untuk melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa. Kemudian syarat materil tersebut terdiri atas syarat objektif dan syarat subjektif. Syarat objektif tersebut adalah sebagaimana tercantum dalam Pasal 21 Ayat (4) KUHP yang meliputi:
- (1) Perbuatan yang diduga dilakukan pelaku diancam dengan pidana penjara 5 tahun atau lebih;
 - (2) Perbuatan tertentu yang ditentukan khusus dalam sub b Ayat (4) tersebut, meskipun ancaman pidananya kurang dari 5 tahun;
- Selain itu syarat subjektif untuk melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa adalah sebagaimana tercantum dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHP yang meliputi :
- (1) adanya kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri;
 - (2) adanya kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan merusak barang bukti; dan atau

(3) adanya kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan mengulangi tindak pidana.

Sedangkan syarat formil untuk melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa adalah:

(1) adanya bukti yang cukup;

(2) adanya surat perintah penahanan atau penetapan hakim, yang mencantumkan: identitas tersangka atau terdakwa, alasan penahanan dan uraian singkat tindak pidana yang dipersangkakan atau didakwakan.

6. Bahwa ketentuan Pasal 21 KUHAP, harus dipahami secara keseluruhan dan komprehensif, tidak sebagian dan sepotong-potong, karena hal-hal yang diatur dalam ketentuan Pasal 21 KUHAP tersebut merupakan satu kesatuan pemikiran/keputusan yang lahir atas pemikiran tertentu (*original intent*). Untuk dapat melakukan penahanan terhadap seorang tersangka atau terdakwa berdasarkan ketentuan ini diperlukan syarat-syarat yang cukup ketat. Hal ini didasari pemikiran bahwa seorang tersangka atau terdakwa yang ditahan akan berdampak buruk bagi dirinya sendiri, keluarga maupun lingkungan sosialnya.
7. Bahwa bila mengikuti alur pikir yang terdapat dalam Pasal 21 KUHAP, maka sebagai saringan pertama untuk menahan atau tidak menahan seorang tersangka atau terdakwa adalah adanya syarat objektif. Seorang tersangka atau terdakwa yang diduga melakukan suatu tindak pidana yang memenuhi syarat objektif pada prinsipnya dapat ditahan. Namun untuk melakukan penahanan tersebut, aparat penegak hukum (Kepolisian, Kejaksaan, Komisi Pemberantasan Korupsi) diminta untuk mempertimbangkan syarat berikutnya, yaitu syarat subjektif. Selain itu harus diperhatikan pula syarat formil apakah pelaksanaan kewenangan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa tersebut sah menurut hukum.
8. Bahwa pengaturan syarat subjektif untuk melakukan penahanan terhadap seorang tersangka atau terdakwa sebagaimana tercantum dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP mempunyai suatu tujuan agar penegak hukum tidak menyalahgunakan kewenangan dan tidak terburu-buru menggunakan kewenangan untuk melakukan penahanan, meski seorang tersangka atau terdakwa telah memenuhi syarat objektif. Hal ini berarti tujuan diaturnya syarat

subjektif tersebut sesungguhnya adalah untuk melindungi kepentingan tersangka atau terdakwa itu sendiri. Karena itu dengan adanya syarat subjektif, maka seorang tersangka atau terdakwa yang telah memenuhi syarat objektif untuk dilakukan penahanan, maka belum tentu tersangka atau terdakwa tersebut akan ditahan.

Dari uraian di atas, Pemerintah berpendapat bahwa kewenangan yang dilakukan oleh penegak hukum (Kepolisian, Kejaksaan, Komisi Pemberantasan Korupsi) untuk melakukan penahanan terhadap seorang tersangka atau terdakwa telah sejalan dengan prinsip proses hukum yang benar dan adil (*due process of law*), karena untuk dapat melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa diperlukan syarat-syarat yang ketat agar kewenangan yang sangat besar tersebut tidak disalahgunakan, yang pada gilirannya dapat memberikan perlindungan terhadap hak asasi manusia dan tidak merugikan tersangka atau terdakwa itu sendiri;

Jika kemudian dalam praktik timbul kesan bahwa ketentuan yang tercantum dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP, seolah-olah memberikan kewenangan yang sangat besar terhadap penegak hukum (Kepolisian, Kejaksaan, Komisi Pemberantasan Korupsi) untuk menentukan seorang tersangka atau terdakwa ditahan atau tidak, maka hal ini sama sekali tidak berkaitan dengan masalah konstitusionalitas keberlakuan suatu undang-undang, tetapi berkaitan dengan penerapan norma undang-undang yang dimohonkan untuk diuji, dan hal ini menjadi ranah kewenangan pembuat undang-undang (Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat) untuk melakukan perubahan dan penyesuaian (*legislative review*);

Dari uraian tersebut di atas maka ketentuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP) tidak merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon, dan tidak bertentangan dengan Pasal 18 Ayat (4), Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), dan Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Keterangan Pihak Terkait Kejaksaan Agung

I. UMUM

Bahwa peraturan yang menjadi dasar bagi pelaksanaan hukum acara pidana dalam lingkungan peradilan umum sebelum undang-undang ini berlaku adalah “*Reglemen Indonesia yang dibaharui*” atau yang terkenal dengan nama “*Het Herziene Inlandsch Reglement*” atau H.I.R (*Staatsblad* Tahun 1941 Nomor 44), yang berdasarkan Pasal 6 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951, seberapa mungkin harus diambil sebagai pedoman tentang acara perkara pidana sipil oleh semua pengadilan dan kejaksaan negeri dalam wilayah Republik Indonesia, kecuali atas beberapa perubahan dan tambahannya.

Dengan Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951 itu dimaksudkan untuk mengadakan satu hukum acara pidana yang berlaku bagi seluruh penduduk Indonesia (unifikasi hukum acara pidana), yang sebelumnya terdiri dari hukum acara pidana yang berlaku bagi Pengadilan Negeri pada zaman Hindia Belanda khusus untuk golongan Bumiputera dan Timur Asing (*landraad*) dan hukum acara pidana yang berlaku bagi Pengadilan Negeri pada zaman Hindia Belanda khusus untuk golongan Eropa dan yang dipersamakan (*raad van justitie*).

Adanya dua macam hukum acara pidana itu, merupakan akibat dari pemberlakuan perbedaan peradilan bagi masing-masing golongan penduduk tersebut di atas yang masih tetap dipertahankan, walaupun *Reglemen Indonesia yang lama* (*Staatsblad* Tahun 1948 Nomor 16) telah diperbaharui dengan *Reglemen Indonesia yang dibaharui* (R.I.B), karena tujuan dari pembaharuan itu bukanlah dimaksudkan untuk mencapai satu kesatuan hukum acara pidana, tetapi justru ingin meningkatkan hukum acara pidana bagi *raad van justitie*.

Meskipun Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951 telah menetapkan, bahwa hanya ada satu hukum acara pidana yang berlaku untuk seluruh Indonesia, yaitu *Reglemen Indonesia yang dibaharui* (R.I.B), akan tetapi ketentuan yang tercantum didalamnya belum memberikan jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia, perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia sebagaimana wajarnya dimiliki oleh suatu negara hukum. Khususnya mengenai bantuan hukum didalam pemeriksaan oleh penyidik atau penuntut umum, juga ketentuan mengenai pemberian kerugian tidak diatur dalam R.I.B tersebut.

Karena itu untuk kepentingan pembangunan dan pembaharuan dalam bidang hukum dan berkaitan dengan hal sebagaimana telah dijelaskan di atas, maka "*Het Herziene Inlandsch Reglemen*" (*Staatsblad* Tahun 1941 Nomor 44), Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951 (Lembaran Negara Tahun 1951 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Nomor 81) serta semua peraturan pelaksanaannya dan ketentuan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lainnya, sepanjang hal itu mengenai hukum acara pidana, perlu dicabut karena tidak sesuai dengan cita-cita hukum nasional dan diganti dengan undang-undang hukum acara pidana baru yang mempunyai ciri kodifikatif dan unifikatif berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Bahwa Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menjelaskan dengan tegas bahwa Negara Indonesia berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*), Hal itu berarti bahwa Negara Republik Indonesia ialah Negara Hukum yang demokratis berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, menjunjung tinggi hak asasi manusia dan menjamin segala warga negara bersamaan kedudukannya di hadapan hukum dan pemerintahan, serta wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.

Jelaslah bahwa penghayatan, pengamalan dan pelaksanaan hak asasi manusia maupun hak serta kewajiban warga negara untuk menegakkan keadilan tidak boleh ditinggalkan oleh setiap warga negara, setiap penyelenggaraan negara, setiap lembaga kenegaraan dan lembaga kemasyarakatan baik di pusat maupun di daerah yang perlu terwujud pula dalam dan dengan adanya hukum acara pidana ini.

Untuk itu perlu diadakan pembangunan serta pembaharuan hukum dengan menyempurnakan perundang-undangan serta dilanjutkan dan ditingkatkan usaha kodifikasi dan unifikasi hukum dalam bidang tertentu dengan memperhatikan kesadaran hukum dalam masyarakat yang berkembang kearah modernisasi menurut tingkatan kemajuan pembangunan di segala bidang.

Pembangunan yang sedemikian itu di bidang hukum acara pidana bertujuan, agar masyarakat dapat menghayati hak dan kewajibannya dan agar dapat

dicapai serta ditingkatkan pembinaan sikap para pelaksana penegak hukum sesuai dengan fungsi dan wewenang masing-masing kearah tegak mantapnya hukum, keadilan dan perlindungan yang merupakan pengayoman terhadap keluhuran harkat serta martabat manusia, ketertiban dan kepastian hukum demi tegaknya Republik Indonesia sebagai negara hukum sesuai dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Karena itu undang-undang ini yang mengatur tentang hukum acara pidana nasional, wajib didasarkan pada falsafah/pandangan hidup bangsa dan dasar Negara, maka sudah seharusnya di alam ketentuan materi pasal atau ayat tercermin perlindungan terhadap hak asasi manusia serta kewajiban warga negara seperti telah diuraikan di atas.

Dalam Undang-Undang Hukum Acara Pidana terkandung asas-asas yang mengatur perlindungan terhadap keluhuran harkat serta martabat manusia, sebagaimana juga telah dilekatkan dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, yaitu antara lain :

- a. Perlakuan yang sama atas diri setiap orang di muka hukum.
- b. Penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan hanya dilakukan berdasarkan perintah tertulis oleh pejabat yang diberi wewenang oleh undang-undang dan hanya dalam hal dan dengan cara yang diatur dengan undang-undang.
- c. Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut dan atau dihadapkan di muka sidang pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap.
- d. Kepada seseorang yang ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang dan atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang ditetapkan wajib diberi ganti kerugian dan rehabilitasi sejak tingkat penyidikan dan para pejabat penegak hukum yang dengan sengaja atau karena kelalaiannya menyebabkan asas hukum tersebut dilanggar, dituntut, dipidana dan atau dikenakan hukuman administrasi.

- e. Peradilan yang harus dilakukan dengan cepat, sederhana dan biaya ringan serta bebas, jujur dan tidak memihak harus diterapkan secara konsekuen dalam seluruh tingkat peradilan.
- f. Setiap orang yang tersangkut perkara wajib diberi kesempatan memperoleh bantuan hukum yang semata-mata diberikan untuk melaksanakan kepentingan pembelaan atas dirinya.
- g. Kepada seorang tersangka, sejak saat dilakukan penangkapan dan atau penahanan selain wajib diberitahu dakwaan dan dasar hukum apa yang didakwakan kepadanya, juga wajib diberitahu haknya itu termasuk hak untuk menghubungi dan minta bantuan penasihat hukum.
- h. Pengadilan memeriksa perkara pidana dengan hadirnya terdakwa.
- i. Sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum kecuali dalam hal yang diatur dalam undang-undang.
- j. Pengawasan pelaksanaan putusan pengadilan dalam perkara pidana dilakukan oleh ketua pengadilan negeri yang bersangkutan.

Dengan landasan sebagaimana telah diuraikan di muka dalam kebulatannya yang utuh serta menyeluruh, diadakanlah pembaharuan atas hukum acara pidana yang sekaligus dimaksudkan sebagai suatu upaya untuk menghimpun ketentuan acara pidana yang dewasa ini masih terdapat dalam berbagai undang-undang kedalam satu undang-undang hukum acara pidana nasional dengan tujuan kodifikasi dan unifikasi itu.

Undang-undang ini tidak saja memuat ketentuan tentang tata cara dari suatu proses pidana, tetapi juga undang-undang ini memuat hak dan kewajiban dari mereka yang tersangkut dalam suatu proses pidana.

II. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PEMOHON

Berdasarkan ketentuan Pasal 51 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia;

- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara.

Penjelasan pasal tersebut menyatakan bahwa yang dimaksud dengan "hak konstitusional" adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Bahwa Pemohon, dalam menentukan kualifikasinya sebagai Pemohon kabur dan tidak jelas, hal ini dapat dilihat pada halaman 2 permohonan Pemohon yang menyatakan, *".....bahwa Pemohon adalah pihak yang menganggap hak konstitusionalnya sebagai perorangan warga Negara Indonesia dan atau kewenangan konstitusionalnya sebagai Gubernur Provinsi Kalimantan Timur periode 2003-2008, yang merupakan sebuah lembaga negara dirugikan oleh ketentuan undang-undang tersebut di atas"*.

Bahwa Pemohon menyatakan dirinya sebagai perorangan warga negara Indonesia selanjutnya Pemohon juga menyatakan dirinya sebagai sebuah lembaga negara sehingga Pemohon telah kabur dan tidak jelas dalam menentukan kualifikasi dirinya sebagai Pemohon berdasarkan ketentuan pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo. Pasal 3 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.

Bahwa mengacu kepada ketentuan tersebut di atas, maka kualifikasi Pemohon harus secara jelas dan tegas dinyatakan terlebih dahulu oleh Pemohon sebagai dasar bagi Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk menguji kewenangan konstitusi dari Pemohon yang oleh Pemohon didalilkan telah dirugikan oleh berlakunya Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981.

Berdasarkan uraian tersebut di atas Pemerintah memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi agar memerintahkan Pemohon untuk membuktikan secara sah terlebih dahulu apakah benar Pemohon memiliki kedudukan hukum sebagai pihak yang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan. Pemerintah berpendapat bahwa **tidak terdapat**

kerugian terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon atas keberlakuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981.

Oleh karenanya, kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon dalam permohonan pengujian ini tidak memenuhi persyaratan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 51 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Lebih lanjut berdasarkan yurisprudensi Mahkamah Konstitusi RI, pengertian dan batasan tentang kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu undang-undang menurut Pasal 51 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, harus memenuhi 5 (lima) syarat yaitu:

- a. adanya hak konstitusional Pemohon yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. bahwa hak konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;
- c. bahwa kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Bahwa Pemohon di dalam uraian permohonannya telah tidak memenuhi 5 (lima) persyaratan tentang adanya kerugian konstitusional tersebut di atas.

Dengan demikian, berdasarkan kepada kualifikasi Pemohon yang kabur dan tidak jelas tersebut telah menyebabkan permohonan menjadi kabur (*obscuur libel*), sehingga sudah selayaknya Majelis Hakim pada Mahkamah Konstitusi menyatakan permohonan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

III. BANTAHAN PEMERINTAH TERHADAP ALASAN YANG DIKEMUKAKAN OLEH PEMOHON DALAM PERMOHONANNYA

Pemohon dalam permohonannya menganggap kewenangannya dirugikan dengan dalil sebagai berikut :

Bahwa menurut Pemohon Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 yang berbunyi, “(1) perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana”, telah merugikan hak konstitusional Pemohon dalam hal:

- a. Terhadap Pasal 18 Ayat (4) dan (5) UUD 1945; Pemohon adalah Gubernur Kalimantan Timur. Penahanan yang telah dilakukan oleh KPK terhadap Pemohon telah menghambat kewajiban Pemohon untuk melakukan pelayanan bagi masyarakat khususnya masyarakat Kalimantan Timur;
- b. Terhadap Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945; Bahwa penahanan terhadap Pemohon telah melecehkan Pemohon selaku warga negara dan pejabat negara yang harus dilindungi kepentingan hukum, sebab penahanan terhadap Pemohon yang dilakukan oleh KPK tidak mencerminkan asas praduga tidak bersalah, rasionalitas dan pentingnya Pemohon ditahan;
- c. Terhadap Pasal 28G UUD 1945; Penahanan terhadap Pemohon adalah tindakan pelanggaran hak konstitusional Pemohon, sebab penahanan tersebut tidak dilandasi oleh pertimbangan berdasarkan asas praduga tidak bersalah dan kehormatan Pemohon selaku pejabat publik yakni Gubernur Kalimantan Timur;
- d. Terhadap Pasal 28I Ayat (1) s.d. (5) UUD 1945; Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 berdasarkan pada filosofi pemikiran penghormatan terhadap hak manusia yang tentunya perlindungan hak asasi manusia itu dijamin oleh pemerintah. Karenanya *due process of law* dijadikan landasan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981. Tetapi sebaliknya dengan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 menyangkut syarat-syarat penahan justru mengingkari tujuan mulia Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 sendiri, sebab kepentingan penahan itu hanya berdasarkan suasana kebatinan penyidik sendiri, sehingga pada praktiknya penahanan tersebut tidak menilai rasionalitas penahanan dan urgensinya dalam melakukan penahanan.

Bahwa Pemerintah menolak dalil-dalil Pemohon yang menjadi dasar Pemohon menyatakan hak konstitusionalnya telah dirugikan dengan keberadaan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981, sebab:

- a. Terhadap dalil Pemohon tersebut dapat dijelaskan bahwa perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap tersangka atau terdakwa adalah operasionalisasi suatu norma yang apabila Pemohon keberatan dapat menyampaikan upaya hukum sesuai dengan hukum acara pidana yang berlaku. Peristiwa hukum yang dialami Pemohon tidak ada hubungannya dengan konstitusionalitas undang-undang *a quo*.
- b. Bahwa Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 harus diterapkan kepada semua orang yang memenuhi syarat objektif dan subjektif sebagaimana yang telah dinyatakan dalam ketentuan pasal tersebut, sehingga harus menerapkan asas persamaan di depan hukum (*equality before the law*). Bahwa **Pemohon menghendaki diberlakukannya perlakuan istimewa terhadap dirinya karena statusnya sebagai Gubernur**, dimana hal ini dapat dibuktikan dalam dalil Pemohon dimana Pemohon menghubungkan penerapan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 pada dirinya dengan statusnya sebagai Gubernur (pada halaman 1 permohonan Pemohon mendalilkan sebagai berikut, “... karena melanggar hak konstitusional Pemohon untuk melaksanakan hak dan kewajibannya sebagai Gubernur Provinsi Kalimantan Timur menjalankan otonomi seluas-luasnya seperti dirumuskan dalam Pasal 18 Ayat (5) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945...”).

Dalil Pemohon sebagaimana dikutip di atas menunjukkan keinginan Pemohon untuk diperlakukan secara berbeda karena Pemohon berkedudukan sebagai Gubernur Kalimantan Timur. Dalil ini jelas tidak mungkin dapat diterima, karena berdasarkan ketentuan Pasal 27 Ayat (1) UUD 1945, “semua warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum”, sehingga kedudukan seseorang sebagai Gubernur atau bukan sebagai Gubernur tidak boleh dibedakan di depan hukum.

- c. Pemohon mengemukakan dalam permohonannya pada halaman 5 bagian I Pendahuluan butir 5 yang menyebutkan, "*Demikian halnya dengan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana yang dibuat dengan sengaja mengabaikan hak-hak tersangka atau terdakwa khususnya hak Pemohon yang wajib mendapatkan perlindungan di bawah asas praduga tak bersalah. Oleh karenanya sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 khususnya Pasal 21 Ayat (1) Penahanan telah merugikan kepentingan hukum dan hak hukum seorang tersangka*"

Terhadap dalil tersebut Pemerintah menolak dengan tegas dan berpendapat bahwa Pemohon menjalani proses penyidikan, penuntutan, dan proses pemeriksaan di sidang pengadilan yang disertai penahanan adalah dalam rangka proses peradilan pidana sebagai bagian dari *integrated criminal justice system*. Apabila Pemohon mengaitkan dengan Pasal 28D Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dapat dijelaskan bahwa selama proses peradilan sedang berlangsung, maka terhadap Pemohon tetap dianggap tidak bersalah sesuai asas *presumption of innocence* (asas praduga tak bersalah). Asas praduga tidak bersalah tersebut berlaku untuk setiap orang yang disangka/didakwa melakukan tindak pidana, tidak hanya terhadap Pemohon. Pemohon dalam menjalani proses penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di sidang pengadilan dan menjalani penahanan adalah dalam rangka proses pembuktian terjadinya tindak pidana, dan tidak ada kaitan dengan hak konstitusional Pemohon. Berdasarkan pertimbangan tersebut, Pemerintah berpendapat bahwa nyata-nyata tidak terdapat hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dirugikan atas keberlakuan Undang-Undang *a quo*, karena pada kenyataannya peristiwa hukum yang dialami oleh Pemohon justru dalam rangka memberikan pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta pengakuan yang sama dihadapan hukum sebagaimana Pasal 28D Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

- d. Bahwa Pemohon telah keliru mendalilkan Pasal 18 Ayat (4) dan Ayat (5) UUD 1945 sebagai hak konstitusionalnya yang telah dilanggar dengan keberlakuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 sebab

kedudukan Pemohon dalam menjalani proses penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di sidang pengadilan dan menjalani penahanan adalah sebagai diri pribadi Pemohon bukan sebagai gubernur atau kepala daerah. Seharusnya Pemohon membedakan secara tegas kedudukan dan hak konstitusionalnya sebagai dirinya pribadi dengan kedudukan dengan hak konstitusionalnya sebagai Gubernur atau Kepala Daerah.

- e. Bahwa Pemohon telah keliru mendalilkan Pasal 28G Ayat (1) *jo.* Pasal 28I Ayat (1) s.d. (5) UUD 1945 sebagai hak konstitusionalnya yang telah dilanggar dengan keberlakuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981, sebab ketentuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 sama sekali tidak melanggar hak-hak konstitusional yang tercantum dalam Pasal 28G Ayat (1) *jo.* Pasal 28I Ayat (1) s.d. (5) UUD 1945.

Namun demikian apabila Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, berikut ini disampaikan argumentasi Pemerintah tentang materi Pengujian Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana .

IV. PENJELASAN PEMERINTAH ATAS PERMOHONAN PENGUJIAN PASAL 21 AYAT (1) UNDANG-UNDANG NOMOR 8 TAHUN 1981

- a. Bahwa masyarakat tidak dapat dipisahkan dari hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh **Cicero** sebagai *"ubi societas ibi ius"* yang berarti *"di mana ada masyarakat, di situ ada hukum"*, hukum diperlukan untuk mengatur masyarakat itu sendiri. **Darwan Prinst** dalam halaman 61 bukunya yang berjudul "Hukum Acara Pidana Suatu Pengantar" terbitan Djembatan dan Yayasan Lembaga Bantuan Hukum mengemukakan : *"...tujuan utama dibentuknya KUHAP menggantikan HIR adalah untuk membentuk suatu hukum acara pidana nasional yang sesuai dengan jiwa dan pandangan hidup bangsa Indonesia. Dan untuk lebih menjamin dihormatinya pelaksanaan hak-hak manusia. Oleh karena itu penonjolan dalam KUHAP adalah perlindungan terhadap hak asasi manusia"*.

Bahwa, Pemohon telah salah mendalilkan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 telah melanggar hak konstitusional Pemohon

yang diatur dalam Pasal 28D Ayat (1), 28G dan Pasal 28I UUD 1945 yang pada pokoknya mengatur ketentuan tentang Hak Asasi Manusia.

Bahwa Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 memberikan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia dari tersangka atau terdakwa dimana penahanan atau penahanan lanjutan dapat tidak dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa dengan memperhatikan kondisi subjektif dan objektif dari tersangka atau terdakwa.

Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 merupakan satu contoh asal dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 yang telah memberikan perlindungan kepada Hak Asasi Manusia. *Penahanan atau penahanan lanjutan apabila ditafsirkan secara argumentum a contrario dari rumusan pasal tersebut maka penahanan atau penahanan lanjutan **dapat tidak dilakukan** terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, **dalam hal tidak adanya** keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti atau mengulangi tindak pidana.*

Maka, peluang yang diberikan oleh Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 untuk tidak melakukan penahanan atau penahanan lanjutan tersebut merupakan *waiver* dalam hal tersangka atau terdakwa yang karena kondisi subjektifnya memang tidak memungkinkan untuk ditahan misalnya tersangka atau terdakwa sakit keras sedangkan tidak terdapat kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti atau mengulangi tindak pidana.

- b. Bahwa pemerintah memiliki kebijakan penegakan hukum yang harus dilaksanakan guna melindungi kepentingan negara, bangsa dan kepentingan umum, dalam menjalankan kebijakan tersebut pemerintah memiliki kewenangan diskresi atau disebut juga sebagai *Discretionary Power* menurut *Black's Law Dictionary Eight Edition*, **Bryan A. Garner** tahun 2004 pada halaman 499 adalah, "*A public official's power or right to act in certain circumstances according to personal judgement and conscience, often in an official or representative capacity*".

Kewenangan diskresi menurut **Satjipto Rahardjo** dalam bukunya yang berjudul *“Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis Hukum”* Terbitan Sinar Baru tahun 1983 halaman 11, mengemukakan bahwa :

“Hukum itu hanya dapat menuntut kehidupan bersama secara umum sebab begitu ia mengatur secara rinci dengan memberikan skenario langkah-langkah secara lengkap maka pada waktu itu pula kehidupan akan macet, oleh karena itu sesungguhnya diskresi merupakan kelengkapan dari sistem pengaturan oleh hukum itu sendiri”.

Paul B. Weston dalam bukunya yang berjudul *“Supervision in the Administration of Justice Police Corrections Courts”* terbitan Charles C. Thomas Publisher tahun 1965 pada halaman 151 menyatakan, *“Decision making has been termed the selection of the best, the most practical of a satisfactory course of action”*

Menurut **Soerjono Soekanto** dalam bukunya yang berjudul, *“Suatu Tinjauan Sosiologis Hukum Terhadap Masalah-masalah Sosial”* terbitan Citra Bakti tahun 1989 pada halaman 85 mengemukakan bahwa, *“diskresi merupakan suatu proses pengambilan keputusan untuk mengatasi masalah yang dihadapi dengan tetap berpegang pada peraturan”.*

Kewenangan diskresi tersebut diberikan oleh Undang-Undang untuk dapat mengoptimalkan pelaksanaan kebijakan penegakan hukum tersebut dimana undang-undang adalah statis sedangkan masyarakat adalah dinamis. Sejalan dengan uraian butir a di atas, Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 diperlukan untuk menghindari kewenangan penyidik, penuntut umum atau pengadilan **untuk harus selalu** melakukan penahanan atau penahanan lanjutan terhadap tersangka atau terdakwa yang karena kondisi subjektifnya bila ditinjau dari segi kemanusiaan tidak memungkinkan untuk dilakukan penahanan atau penahanan lanjutan.

- c. Bahwa rumusan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 telah memenuhi asas *lex scripta* (harus tertulis), *lex certa* (ketentuan tersebut harus jelas) dan *lex stricta* (ketentuan tersebut tidak ditafsirkan secara analogi atau secara sempit).

Dari uraian tersebut di atas maka ketentuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana tidak merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon, dan tidak bertentangan dengan Pasal 18 Ayat (4), Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), dan Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

V. KESIMPULAN

Hal-hal pokok yang dapat ditarik sebagai kesimpulan di dalam perkara ini adalah sebagai berikut:

- Pemohon pada prinsipnya menyatakan bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan UUD 1945.
- Selengkapnya Pasal 21 Ayat (1) KUHAP berbunyi sebagai berikut:
"Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana"
- Dengan demikian, Pasal 21 Ayat (1) KUHAP berhubungan dengan 3 hal, yaitu **wewenang untuk melakukan penahanan, alasan penahanan yang bersifat objektif** (adanya dugaan keras bahwa tersangka/terdakwa melakukan tindak pidana) dan **alasan penahanan yang bersifat subjektif** (adanya kekhawatiran dari pihak yang berwenang untuk melakukan penahanan bahwa tersangka/terdakwa akan melarikan diri dsb).
- Ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP yang berhubungan dengan **wewenang untuk melakukan penahanan** tidak bertentangan dengan UUD 1945, sebab:
 - Tidak ada ketentuan UUD 1945 yang melarang diberikannya wewenang untuk melakukan penahanan.
 - Di negara-negara yang menjunjung tinggi Konstitusi dan Hak-Hak Asasi Manusia, seperti di Amerika Serikat (yang Pembukaan Konstitusinya dimulai dengan kata-kata "*That men are created free and equal*") dan Inggris (tempat lahirnya "*Magna Charta*") wewenang untuk melakukan

penahanan tetap dinyatakan sebagai wewenang yang sah dan konstitusional. Kata “*detention*” atau “*pretrial detention*” yang berarti “penahanan” atau “penahanan sebelum peradilan” yang dikenal di dalam bahasa Inggris membuktikan bahwa wewenang untuk melakukan penahanan dikenal dan diterima sebagai wewenang yang sah di kedua negara yang menjunjung tinggi Konstitusi dan Hak Asasi Manusia tersebut.

- **Alasan objektif dalam penggunaan wewenang untuk melakukan penahanan** yang tercantum dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tidak bertentangan dengan UUD 1945, karena tidak ada satu ketentuan UUD 1945 yang melarang dilakukannya penahanan terhadap seseorang yang diduga telah melakukan tindak pidana.
- Terhadap **alasan objektif dalam penggunaan wewenang untuk melakukan penahanan** yang tercantum dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP, Pemohon mengemukakan:

“Bahwa dalam praktik di lapangan penahanan yang bersifat subjektif tersebut karena akibat dari frasa “dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran” menemukan berbagai persoalan mulai dari penahanan yang tidak perlu yakni penahanan yang tidak berdasarkan prinsip rasionalitas dan pertimbangan yang bersifat material hingga tindakan yang berdasarkan tindakan sewenang-wenang”.

(*Vide* Permohonan, halaman 5, angka 6 huruf b).
- Dengan apa yang dikemukakan sebagaimana dikutip di atas, Pemohon berpendapat bahwa alasan subjektif dalam melaksanakan wewenang penahanan yang tercantum di dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan UUD 1945.
- Pendapat Pemohon tersebut **tidak benar**, karena:
 - Jika alasan subjektif tidak diperkenankan, penahanan hanya dapat dilakukan berdasarkan alasan objektif saja. Ini berarti, semua tersangka/terdakwa yang disangka telah melakukan tindak pidana harus ditahan. Hak ini justru bertentangan dengan Hak-Hak Asasi Manusia.
 - Adanya alasan subjektif memang memberikan “diskresi” (keluasaan) kepada pihak Penyidik, Penuntut Umum, bahkan juga Hakim. UUD 1945 tidak memuat ketentuan yang melarang pemberian diskresi.

- Di negara-negara lain yang menjunjung tinggi Konstitusi dan HAM pun, adanya diskresi dikenal dan tidak dianggap sebagai sesuatu yang bersifat inkonstitusional. Kata "*discretion*" yang ada dalam Bahasa Inggris membuktikan bahwa hukum yang berlaku di AS dan Inggris menerima adanya diskresi sebagai sesuatu yang sah. Kata "*freis ermessen*" yang ada dalam bahasa Jerman, yang artinya sama dengan "*discretion*" dalam Bahasa Inggris, menunjukkan bahwa hukum yang berlaku di Jerman menerima adanya diskresi sebagai sesuatu yang sah dan tidak inkonstitusional.
- Timbulnya praktik negatif berupa "*penahanan yang tidak perlu yakni penahanan yang tidak berdasarkan prinsip rasionalitas dan pertimbangan yang bersifat material hingga tindakan yang berdasarkan tindakan sewenang-wenang*", seperti yang dikemukakan oleh Pemohon, tidak mengakibatkan ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP menjadi inkonstitusional. Pemerintah pun berpendapat bahwa praktik semacam ini harus dihentikan. Sekalipun demikian, cara penghentiannya tidak dengan cara menyatakan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP inkonstitusional, karena sesuai dengan ketentuan Pasal 57 Ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, suatu ketentuan undang-undang dinyatakan inkonstitusional sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh Mahkamah Konstitusi hanya apabila ketentuan tersebut bertentangan dengan UUD 1945.

Berdasarkan penjelasan dan argumentasi tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada yang terhormat Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang memeriksa dan memutus permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dapat memberikan putusan sebagai berikut :

1. Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*);
2. Menolak permohonan pengujian Pemohon (*void*) seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijke verklaard*);
3. Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;

4. Menyatakan:

Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, **tidak bertentangan** dengan Pasal 18 Ayat (4), Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), dan Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

5. Menyatakan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana **adalah sah dan tetap mempunyai kekuatan hukum dan berlaku mengikat** diseluruh Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia.**Keterangan Pihak Terkait Kepolisian Republik Indonesia**

Bahwa pada dasarnya keterangan dari Polri adalah tidak jauh berbeda dengan apa yang telah dikemukakan oleh Kejaksaan, karena pada dasarnya Kepolisian juga mengemban fungsi penyidikan, dalam hal ini melakukan fungsi penahanan;

Bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP mengandung dua hal, yang pertama syarat tentang penahanan yaitu syarat objektif yaitu lima tahun ke atas beserta pasal-pasal tertentu. Kemudian yang kedua adalah syarat subjektif, yaitu kalau pun orang tersebut sudah memenuhi syarat untuk ditahan maka dia perlu atau tidak ditahan, sangat bergantung pada situasi yang berkembang di lapangan;

Pada dasarnya Kepolisian diberikan kewenangan oleh undang-undang, dan adanya situasi yang berkembang di lapangan. Kadang-kadang ada orang itu tidak perlu ditahan karena mengingat orangnya kooperatif dan lain sebagainya, buat apa menghabiskan uang negara. Tetapi pada saat tertentu, harus menahan orang itu mengingat misalnya akan terjadi penghilangan barang bukti atau misalnya akan menimbulkan gejolak gangguan keamanan yang lebih luas. Oleh karena itu menurut Pihak Terkait Kepolisian syarat subjektif ini memberikan keleluasaan yang perlu atau yang tadi disebut diskresi kepada penyidik untuk membuat suatu keputusan yang tentu saja berdasarkan pertimbangan yang matang, demikian juga Kejaksaan, selalu mengadakan gelar perkara, untuk betul-betul memantapkan hasil penyidikan masalah perlu dan tidaknya penahanan.

Kalau penyidik, dalam hal ini Polri, melakukan pelanggaran terhadap Pasal 21 terutama syarat objektif, di mana seseorang tidak memenuhi syarat untuk ditahan kemudian ditahan, tidak usah menunggu lama-lama pasti sudah akan

dituntut dan ini diyakini benar oleh setiap penyidik. Tetapi untuk yang syarat subjektif menurut Pihak Terkait Kepolisian hal itu juga diperlukan untuk menegakkan rasa keadilan atau paling tidak untuk mengantisipasi situasi kekhawatiran. Sehingga penahanan dengan syarat subjektif, adanya kekhawatiran dapat saja dilakukan, misalnya seorang tersangka kira-kira nanti berhubungan dengan sesuatu, seperti mengubah alibi, dan sebagainya. Dengan demikian jika hal tersebut dinyatakan bertentangan dengan asas-asas yang berlaku dalam KUHAP, menurut Pihak Terkait Kepolisian hal tersebut belum relevan atau tidak relevan, karena kalau dikatakan melanggar hak asasi misalnya, menahan orang itu sendiri sudah melanggar hak asasi. Tetapi karena perlu ditahan sesuai dengan peraturan perundang-undangan maka itu dilakukan.

Bahwa mengenai kontrol atau pengawasan sudah ada, dalam forum ini kontrol yang menghantui penyidik bukan hanya dari sanksi hukum, sanksi sosial, wartawan, LSM, DPR, dan lain sebagainya tentu hal ini akan merupakan bahan yang harus sangat dipertimbangkan oleh Polri untuk tidak sewenang-wenang, dan hukum selalu siap untuk menerkam kita apabila kita salah dalam menerapkan hukum tersebut.

Mengenai proses pengawasan yang dilakukan oleh Kapolri terhadap penerapan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), sebagai berikut:

- a. Bahwa jawaban secara lisan yang berkaitan dengan proses pengawasan dalam penerapan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), telah disampaikan oleh Kapolri yang dalam hal ini diwakili oleh Wakil Kepala Divisi Pembinaan Hukum Polri, dalam persidangan yang telah dilaksanakan pada hari Kamis, tanggal 16 November 2006, dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dengan Jawaban ini.
- b. Sebenarnya eksistensi atau urgensi dari ketentuan Pasal 21 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP) harus dibaca secara keseluruhan tidak sepotong-sepotong, karena persyaratan untuk dilakukan *penahanan terhadap seorang Tersangka tidak cukup satu alasan saja*, yang jelas harus dipenuhi persyaratan formil maupun materiil, Persyaratan materiil menyangkut syarat objektif dan subjektif. Syarat objektif harus lebih dulu dipenuhi, yaitu adanya perbuatan yang diancam hukuman 5

tahun atau pasal-pasal khusus yang ditunjuk walaupun ancaman hukuman kurang dari 5 tahun [Pasal 21 Ayat (4) KUHP]. Sedangkan persyaratan formil yaitu adanya bukti permulaan yang cukup dan adanya surat perintah penahanan, yang tembusannya harus disampaikan kepada Tersangka, keluarganya atau penasihat hukumnya, dan dari semua tindakan yang dilakukan, oleh penyidik dibuat Berita Acara. Setelah syarat objektif yang harus dipenuhi, baru kemudian lahir persyaratan subjektif.

- c. Untuk melengkapi jawaban lisan yang telah disampaikan sebagaimana dimaksud pada angka 2 huruf a di atas, maka tanggapan atau jawaban selanjutnya diarahkan kepada 3 (tiga) pertanyaan yang intinya sebagai berikut:
 - 1.) a. Antisipasi terhadap penyalahgunaan wewenang dalam penahanan, sehingga diperlukan kontrol atau pengawasan.
 - b. Mekanisme kontrol dan pengawasan dalam proses penahanan.
 1. Pengawasan secara vertikal:
 - a. Dilakukan melalui pengawasan secara langsung oleh atasan dari Penyidik, apakah penahanan yang dilakukan oleh Penyidik telah sesuai dengan ketentuan perundang-undangan atau tidak, dengan berbagai mekanisme antara lain melalui laporan kemajuan perkara dan melalui gelar perkara yang melibatkan berbagai fungsi intern Polri.
 - b. Secara vertikal juga memperhatikan dasar hukum sebagaimana ditentukan dalam Pasal 123 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, yang menentukan:
 1. Tersangka, keluarga atau penasihat hukum dapat mengajukan keberatan atas penahanan atau jenis penahanan tersangka kepada penyidik yang melakukan penahanan itu.
 2. Untuk itu penyidik dapat mengabulkan permintaan tersebut dengan mempertimbangkan tentang perlu atau tidaknya tersangka itu tetap ditahan atau tetap ada dalam jenis penahanan tertentu.
 3. Apabila dalam jangka waktu 3 hari permintaan tersebut belum dikabulkan oleh penyidik, tersangka, keluarga atau penasihat

hukum dapat mengajukan hal itu kepada atasan penyidik.

4. Untuk itu atasan penyidik dapat mengabulkan permintaan tersebut dengan mempertimbangkan tentang perlu atau tidaknya tersangka itu tetap ditahan atau tetap ada dalam jenis tahanan tertentu.
 5. Penyidik atau atasan penyidik sebagaimana dimaksud dalam ayat tersebut di atas dapat mengabulkan permintaan dengan atau tanpa syarat.
- c. Demikian juga di lingkungan Polri terdapat pengemban fungsi pembinaan profesi dan pengamanan (Propam) untuk menampung dan meneliti setiap tindakan yang diduga menyimpang dari pelaksanaan profesi *c.q.* fungsi penyidikan. Apabila ditemukan adanya dugaan penyimpangan terhadap pelaksanaan fungsi profesi *c.q.* fungsi penyidikan, akan diajukan ke Sidang Komisi Kode Etik untuk diperiksa dan bila ternyata terbukti dapat dijatuhi hukuman antara lain yang terberat diberhentikan dengan hormat atau tidak dengan hormat dari anggota Polri. Apabila diduga melakukan tindak pidana akan diproses sesuai dengan Hukum Acara Pidana dan diajukan ke Jaksa Penuntut Umum untuk proses pemeriksaan di pengadilan.
- d. Pengawasan lainnya dalam intern Polri dilakukan oleh Inspektur Pengawas Umum (Irwasum Polri).
- e. Pengawasan secara institusional dilakukan melalui permohonan praperadilan ke Pengadilan Negeri, yang dapat diajukan oleh Tersangka/Terdakwa, keluarga Tersangka/Terdakwa, kemudian Penasihat Hukum, serta pihak ketiga yang merasa dirugikan, sebagaimana diatur dalam Pasal 77 s.d. Pasal 83 *jo.* Pasal 124 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981;

Pengawasan lebih lanjut adalah pengawasan secara horisontal/ sosial, antara lain melalui kontrol media massa (cetak dan elektronik), Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM), dan/atau oleh pihak-pihak yang berprofesi sebagai pengamat hukum (praktisi dan teoritis hukum) lainnya yang peduli terhadap penegakan hukum.

Sejauhmana keterikatan, kualitas Berita Acara Pemeriksaan, dan waktu penahanan yang terbatas, sehingga lebih sempurna:

- Pembatasan waktu penahanan tidak mempengaruhi kualitas pemeriksaan/berkas berita acara yang dibuat oleh Penyidik, dan walaupun penahanan sudah hampir habis, pemeriksaan/penyelesaian perkara tidak "dilakukan asal selesai", namun pelaksanaan proses pemberkasan perkara dilakukan dengan memperhatikan berbagai persyaratan formil maupun persyaratan materil yang harus dipenuhi. Pengujian mengenai persyaratan formil dan materil dilakukan dengan cara meminta petunjuk dari Jaksa Penuntut Umum sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 110 Ayat (1) dan Ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (dalam hal ini istilah administrasi dari Jaksa Penuntut Umum, sering disebut sebagai "P.19 atau "P.21", yaitu pengembalian berkas disertai petunjuk atau dilanjutkan berkas perkara tersebut untuk disidangkan), diatur sebagai berikut:
 1. Dalam hal penyidik telah selesai melakukan penyidikan, penyidik wajib segera menyerahkan berkas perkara itu kepada penuntut umum.
 2. Dalam hal penuntut umum berpendapat bahwa hasil penyidikan tersebut ternyata masih kurang lengkap, penuntut umum segera mengembalikan berkas perkara itu kepada penyidik disertai petunjuk untuk dilengkapi.
- Disamping alasan tersebut di atas, dalam praktik ada kalanya penyelesaian perkara tidak dapat dilakukan, padahal waktu penahanan terhadap tersangka sudah selesai. Hal ini disebabkan antara lain karena adanya aspek ketidakpastian dalam pelaksanaan proses hukum acara yang ditentukan dalam Pasal 110 Ayat (4) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), yaitu pembatasan waktu Jaksa Penuntut Umum dalam pemberian petunjuk atau memperbaiki berkas dalam waktu 14 hari. Dalam hal ini, mungkin dalam amandemen Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 perlu disarankan untuk difasilitasi pengadaan lembaga di luar tugas penyidikan dan tugas penuntutan (Hakim Komisi) yang berfungsi untuk melakukan harmonisasi, penilaian dan pertimbangan hukum atas proses hukum pidana tersebut.

Tentang jaminan uang dan orang:

Penanggungan penahanan dengan jaminan uang atau orang mekanismenya diatur dalam Pasal 35 dan Pasal 36 PP Nomor 27 Tahun 1983 tentang Pelaksanaan KUHAP;

a. Jaminan uang:

Penanggungan penahanan dengan jaminan uang dilakukan melalui permohonan kepada Penyidik, dengan membuat perjanjian yang isinya tidak akan melarikan diri, tidak mempersulit pemeriksaan, sewaktu-waktu bila diperlukan untuk kepentingan pemeriksaan sanggup hadir, dan mencantumkan jumlah uang untuk langsung dititipkan di Kepaniteraan Pengadilan Negeri setempat;

b. Jaminan orang:

Penanggungan penahanan dengan jaminan orang dilakukan melalui permohonan kepada Penyidik dengan membuat perjanjian yang isinya tidak akan melarikan diri, tidak mempersulit pemeriksaan, sewaktu-waktu bila diperlukan untuk kepentingan pemeriksaan sanggup hadir, dan kepada pihak/ subjek hukum penjamin diwajibkan untuk menyerahkan sejumlah uang ke kas negara melalui Kepaniteraan Pengadilan Negeri setempat.

Keterangan Ahli Prof. Dr. Andi Hamzah, SH.

Bahwa benar Pasal 21 Ayat (1) berasal dari Pasal 75 HIR, sedangkan sahnya penahanan Pasal 21 Ayat (4) berasal dari Pasal 83 HIR. Hal demikian juga diatur dalam KUHAP Perancis, di Perancis diatur terlebih dahulu mengenai sahnya penahanan. Sementara dalam KUHAP sahnya penahanan ditempatkan di Ayat (4), perlunya penahanan di Ayat (1);

Bahwa Tim Penyusun KUHAP baru sudah mencantumkan, sahnya penahanan harus dimuat pada Ayat (1), yaitu ancaman pidananya lima tahun ke atas, kemudian disebut satu persatu perbuatan pidana yang ditahan, baru dapat dikatakan orang tersebut sah untuk ditahan, karena kalau tidak, akan melanggar Pasal 33 KUHP yakni merampas kemerdekaan orang;

Bahwa menurut HIR atau KUHAP Belanda yang lama, syarat subjektif harus memenuhi, *pertama* ada tanda-tanda akan melarikan diri, *kedua*, mengulangi perbuatan, *ketiga*, menghilangkan barang bukti, kemudian diubah menjadi

meninggalkan barang bukti yang seharusnya mempersulit pemeriksaan. Di Perancis ditambah satu, untuk kepentingan keamanan tersangka sendiri;

Bahwa kemudian masalahnya adalah, praperadilan dalam Pasal 77 memang tidak jalan. Praperadilan ini hanya formalitas, polisi mencantumkan Pasal 335, perbuatan yang tidak menyenangkan, karena hanya menyatakan, “mukamu kayak monyet! di Ragunan”, hal demikian sama sekali bukan perbuatan Pasal 335 tetapi Pasal 310, sehingga tidak dapat ditahan, untuk dapat ditahan maka dicantumkan Pasal 335. Berkait dengan Pemohon, ahli sudah membaca surat dakwaan Pemohon, yang menurut ahli, tidak terlihat adanya tindak pidana korupsi dalam dakwaan tersebut, akan tetapi Pemohon ditahan;

Dengan demikian menurut ahli bukan masalah normanya, tetapi cara memakai norma itu. *(it is not the formula that decide the issue, but the man who have to apply the formula, it is not, Pasal 21 decide the issue, but the police decide the issue, yang menjalankan aturan itulah yang lebih penting;*

Bahwa berdasarkan pengalaman tersebut, Tim Penyusun KUHAP yang baru sudah mengganti praperadilan menjadi Hakim Komisaris, sama dengan di Belanda, di mana yang melakukan penahanan adalah Hakim Komisaris. Di Belanda, Perancis, penahanan hanya boleh dilakukan oleh polisi enam hari, hal tersebut sesuai dengan konvensi internasional. Tetapi Tim Penyusun KUHAP yang baru masih menerobos menjadi lima belas hari, penyidik melakukan lima belas hari, sesudah itu dilakukan penahanan oleh hakim komisaris atas permohonan penuntut umum;

Bahwa menurut ahli, permasalahannya adalah norma dari Pasal 21 itulah yang banyak disalahgunakan pelaksanaannya. Seharusnya yang ditindak adalah orangnya yang melaksanakan norma tersebut dan bukan normanya;

Menimbang bahwa pada persidangan tanggal 5 Desember 2006, telah didengar keterangan di bawah sumpah ahli dari Pemohon, bernama Dr. Chairul Huda, S.H., M.H. pada pokoknya sebagai berikut:

Keterangan Ahli Pemohon Dr. Chairul Huda, S.H., M.H.

Bahwa adanya perbedaan antara syarat dan alasan dalam melakukan penahanan. Karena syarat di satu sisi, ada alasan di sisi yang lain, yang tercantum di dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP adalah alasan subjektif dalam melakukan

penahanan, yang hanya merupakan salah satu dari syarat untuk melakukan penahanan;

Bahwa syarat melakukan penahanan sehubungan dengan kewenangan hakim praperadilan untuk menguji sah atau tidaknya penahanan, menurut pendapat ahli ada empat syarat:

Pertama, penahanan harus dilakukan untuk suatu tujuan tertentu.

Sebenarnya KUHAP sendiri sudah menentukan tujuan dilakukannya penahanan yaitu penahanan hanya dilakukan untuk penyidikan, untuk kepentingan penuntutan dan penahan untuk kepentingan pemeriksaan di sidang pengadilan;

Dalam hal penyidikan, maka penahanan dapat dilakukan apabila tujuan dilakukan penyidikan itu dapat terpenuhi. Menurut ketentuan KUHAP penyidikan adalah mencari dan mengumpulkan barang bukti untuk membawa terang suatu tindak pidana guna menemukan tersangkanya. Dengan demikian, maka penahanan dapat dilakukan dalam hal untuk mencari dan mengumpulkan barang bukti dan menemukan tersangka pelaku tindak pidana. Hal ini menjadi *confuse* kalau kita lihat dari pengertian penahanan itu sendiri.

Kedua, penahanan harus ada alasan. Ada dua alasan yaitu alasan subjektif dan alasan obyektif. Alasan subjektif ditentukan di dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP, yang kemudian diikuti adanya kekhawatiran bagi penyidik atau penuntut umum ataupun hakim bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, mengulangi tindak pidananya atau merusak barang bukti. Hanya dalam praktik penentuan adanya alasan yang subjektif ini tanpa didasarkan pada suatu kriteria yang objektif. Jadi semata-mata didasarkan pada subjektifitas dari pejabat yang melakukan penahanan. Sebenarnya anak kalimat "bukti yang cukup" yang ada di dalam ketentuan Pasal 21 Ayat (1) itu bukan hanya ditujukan terhadap tindak pidananya, jadi orang ditahan bukan hanya ada bukti yang cukup terhadap dia melakukan tindak pidana. Tetapi sebenarnya bukti yang cukup bahwa dia akan melarikan diri, dia akan mengulangi tindak pidananya, atau dia akan merusak barang bukti. Jadi kata bukti yang cukup di sini, bukan hanya ditujukan terhadap tindak pidananya, tetapi juga di dalam literatur disebutkan sebagai adanya keadaan yang konkrit dan nyata bahwa tersangka ini akan melarikan diri. Memang ketentuan Pasal 21 Ayat (1) ini seolah-olah adanya bukti yang cukup semata-mata ditujukan kepada tindak pidananya. Sehingga ketika penyidik berkesimpulan telah ada bukti yang cukup

terhadap tindak pidananya, maka dia berwenang menahan, padahal juga diperlukan bukti yang cukup untuk menunjukkan bahwa dia akan melarikan diri, menghilangkan barang bukti dan mengulangi tindak pidananya;

Selain itu, alasan yang sifatnya subjektif, ada juga alasan yang sifatnya objektif. Dalam hal ini adalah tindak pidana-tindak pidana yang sifatnya dapat ditahan (*arrested crime*). KUHAP menentukan tindak pidana yang ancaman tindak pidananya 5 tahun atau lebih, atau beberapa tindak pidana yang ditentukan secara khusus;

Ketiga, penahanan yang dilaksanakan menurut prosedur yang ditentukan oleh KUHAP. Dalam hal ini adanya surat perintah penahanan disertai dengan menguraikan alasan penahanan dan dimana ditahan dan seterusnya;

Keempat, adanya kewenangan lembaga yang melakukan penahanan. Dilihat dari pejabat yang melakukan kewenangan memang mempunyai kewenangan untuk melakukan penahanan;

Bahwa empat syarat dimaksud yang ahli sebut sebagai syarat-syarat melakukan penahanan untuk kemudian menilai sah atau tidaknya penahanan yang dilakukan oleh seorang pejabat tertentu. Namun sayangnya dalam praktik umumnya hakim praperadilan hanya memeriksa masalah-masalah yang berhubungan dengan administratif, dan tidak seluruh syarat-syarat penahanan ini telah diperiksa untuk menunjukkan ada sah atau tidaknya penahanan. Kenapa demikian? Hal ini berpangkal tolak dari rumusan undang-undang itu sendiri yang semata-mata memang persyaratan agar hakim praperadilan memeriksa hal-hal yang sifatnya administratif, tanpa lebih jauh mencampuri hal-hal yang sifatnya substansial dari penahanan itu yang sebenarnya ada di dalam syarat yang objektif. Hal demikian yang ahli lihat berdasarkan pengetahuan dan pengalaman, kerap kali ketika ahli memberikan keterangan di praperadilan, memang hanya semata-mata memeriksa apakah ada perintah penahanan atau tidak. Jadi hal-hal yang sifatnya administratif belaka, tanpa memeriksa hal-hal yang sifatnya substansial. Apakah memang alasan-alasan yang subjektif tadi ada pada diri tersangka/terdakwa atau tidak;

Bahwa berkenaan dengan penahanan, menurut ahli tidaklah menjadi persoalan, yang menjadi persoalan adalah bagaimana melakukan penahanan itu. Dalam literatur yang ahli baca, penahanan harus memenuhi empat syarat

sebagaimana yang jelaskan sebelumnya, hanya persoalannya adalah bagaimana caranya menahan, yang menurut ahli kurang jelas diatur dalam Pasal 21 KUHAP;

Bahwa apakah ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP ini bertentangan dengan ketentuan dalam Undang Undang Dasar? Ahli berpendapat tidak dalam kompetensi menjawab hal tersebut, tetapi yang paling pasti bahwa ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP dalam praktiknya menimbulkan penafsiran dimana kemudian pelaksanaan kewenangan penahanan semata-mata diletakkan pada pertimbangan-pertimbangan subjektif dari pejabat yang melakukan penahanan, tanpa ada ukuran-ukuran yang objektif untuk dapat melakukan penahanan terhadap kegunaan syarat-syarat yang objektif tadi.

Bahwa memang ada dua hal yang menyebabkan hakim praperadilan tidak memeriksa secara teliti mengenai sah tidaknya penahanan, *pertama*, adalah memang kadangkala Pemohon tidak mengemukakan dalil-dalilnya dengan baik, sehingga kemudian membuat hakim tidak juga dapat mempertimbangkan bahwa ini penahanan sah atau tidak, tetapi juga dalam kesempatan lain ketika Pemohon mengajukan dalil-dalilnya dengan cukup baik, tetapi hakimnya kemudian tidak mempertimbangkan itu. Sehingga faktor sumber daya manusia memang telah menafsirkan ketentuan tersebut begitu sempit. *Kedua*, memang normanya, norma undang-undang dari Pasal 21 Ayat (1) memang sepintas selalu menunjukkan bahwa tidak perlu adanya pertimbangan-pertimbangan yang objektif dalam menetapkan adanya alasan-alasan yang subjektif berkenaan dengan penahanan. Karena ada bukti yang cukup hanya digunakan bukti yang cukup terhadap tindak pidananya, selanjutnya koma, dalam hal adanya keadaan dimana timbulnya kekhawatiran. Dengan demikian, tidak ada kata bukti yang cukup untuk menunjukkan bahwa kekhawatiran itu berdasarkan bukti yang cukup pula. Jadi baik sumber daya manusianya maupun normanya yang membuat kemudian pemeriksaan di praperadilan itu semata-mata pemeriksaan yang sifatnya administratif;

Bahwa berkenaan dengan kewenangan, memang terjadi perluasan terhadap kewenangan praperadilan, seperti sah atau tidaknya penyitaan atau sah atau tidaknya penyidikan yang kemudian menjadi ruang lingkup yang diperiksa dalam praperadilan. Hal ini boleh jadi dianggap sebagai suatu perkembangan. Tetapi dalam proses pemeriksaannya, meskipun diperluas kewenangan dalam praktik, tetapi prosesnya semata-mata masih memeriksa hal-hal yang sifatnya

administratif belaka, dan ahli tidak pernah membaca literatur ataupun menghadiri pemeriksaan prapradilan yang kemudian hakimnya memeriksa sejauh hal-hal yang sifatnya substansial;

Bahwa memang dalam literatur, hal adanya keadaan tersebut, ditafsirkan sebagai adanya keadaan yang konkrit dan nyata berkenaan dengan kekhawatiran tersebut. Tetapi menurut pendapat ahli tidak cukup dengan adanya kata dalam hal adanya keadaan tersebut untuk menunjukkan sifat objektif dari kekhawatiran tersebut. Menurut pendapat ahli, justru yang sangat diperlukan adalah adanya kata bukti yang cukup. Sehingga kalau orang ingin melarikan diri, maka tentu dia sudah menyiapkan perjalanannya seperti sarana tiket ataupun keuangan yang berhubungan dengan hal itu. Dengan demikian, memang sangat diperlukan adanya bukti-bukti yang sangat diperlukan instrumen yang sifatnya lebih objektif daripada perkataan dalam hal keadaan, karena dalam hal adanya keadaan ini sangat kabur, lalu dapat ditafsirkan apa saja yang kemudian kembali lagi kepada pertimbangan-pertimbangan yang subjektif. Oleh karena itu, menurut pendapat ahli, ke depan agar ditambahkan juga kata bukti yang cukup di dalam syarat subjektif, supaya kemudian Hakim Komisaris nanti di dalam KUHAP yang akan datang dapat mempertimbangkan apakah memang penahanan yang dilakukan oleh penyidik ataupun penuntut umum, memang sah atau tidak, sebagaimana yang pernah ahli sampaikan usulan kepada Tim Penyusun KUHAP yang baru;

Bahwa ada perbedaan kecenderungan di negara-negara *common law* dan *civil law* berkenaan dengan hal alasan subjektif penahanan. Di negara-negara *common law* memang umumnya berkembang di dalam praktik, tidak dirinci dalam peraturan perundang-undangan walaupun mereka juga mempunyai model-model hukum acara pidana, tetapi di dalam negara-negara yang berpaham *civil law*, sepengetahuan ahli, di negara-negara Skandinavia ditentukan secara *rigid*. Persoalannya adalah persoalan *legal culture* yang berbeda. Hakim-hakim kita memang ternyata lebih kepada corong undang-undang berkenaan dengan hal tersebut, sehingga menurut pendapat ahli diperlukan juga rekayasa undang-undang terhadap para hakim dalam melakukan pemeriksaan yang berhubungan dengan praperadilan ini. Sejauh pengamatan ahli, hakim-hakim belum mengembangkan hal yang berkenaan dengan syarat-syarat atau alasan-alasan dilakukan penahanan di dalam praktik;

Bahwa di negara-negara yang berpaham *common law system* di mana kewenangan penahanan itu ada pada hakim. Jadi hakimlah yang menilai apakah penahanan itu sah atau tidak, dengan jaminan atau tanpa jaminan untuk kemudian orang tersebut ditahan;

Bahwa menurut ahli, kata bukti yang cukup hanya ditujukan terhadap bukti yang cukup telah dilakukannya tindak pidana oleh si tersangka, tetapi tidak pernah digunakan kata bukti yang cukup terhadap tersangka/terdakwa yang ingin melarikan diri, mengulangi tindak pidananya, atau merusak barang bukti;

Bahwa jika berkenaan dengan alasan subjektif, memang alasannya alternatif, tetapi untuk dapat menahan, pertama-tama harus ada bukti yang cukup bahwa dia telah diduga keras melakukan tindak pidana dan ada bukti yang cukup bahwa dia akan melarikan diri, mengulangi tindak pidananya, atau merusak barang bukti, salah satu di antara alasan tersebut itulah yang sifatnya menurut ahli kumulatif;

Bahwa berkenaan dengan pengawasan, sejauh ini ada pada hakim praperadilan. Akan tetapi dalam praktiknya hakim praperadilan hanya melihat hal-hal yang sifatnya administratif, apakah dalam melakukan penahanan ada surat perintah penahanan atau tidak? Tidak pernah diperiksa apakah ada bukti yang cukup bahwa orang tersebut akan melarikan diri, akan merusak barang bukti, akan mengulangi tindak pidananya. Sehingga memang norma undang-undangnya tidak memberi arahan yang cukup kepada hakim praperadilan untuk dapat melakukan pengawasan yang baik terhadap penggunaan kewenangan penahanan yang ada pada penyidik, penuntut umum dalam hal ini;

Menimbang bahwa Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia telah menyerahkan keterangan tertulis, yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 12 November 2006, yang menguraikan sebagai berikut:

A. Pasal dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang dimohonkan untuk diuji materiil adalah :

Ketentuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP yang menyatakan bahwa: "Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga

keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana”.

B. Hak konstitusional Pemohon yang dilanggar:

Pemohon dalam permohonannya mengemukakan hak konstitusionalnya yang dilanggar dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP.

Ketentuan Pasal 21 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP yang menyatakan bahwa: “Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana”. ***Hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dilanggar dan dirugikan dengan berlakunya Pasal 21 Ayat (1) tersebut khususnya pada frasa “melakukan tindak pidana” dan frasa “dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran”.***

Ketentuan pasal di atas oleh Pemohon dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, khususnya ketentuan Pasal 28D, Pasal 28G, dan Pasal 28I.

C. Keterangan DPR-RI

Atas dasar permohonan Pemohon dapat dijelaskan sebagai berikut :

1. bahwa kehadiran KUHAP dimaksudkan oleh pembuat undang-undang untuk "mengoreksi" pengalaman praktik peradilan masa lalu yang tidak sejalan dengan penegakan hak asasi manusia, misalnya penangkapan yang berkepanjangan, penahanan tanpa surat perintah dan tanpa penjelasan kejahatan yang dituduhkan. Selain itu KUHAP memberi landasan terhadap hak asasi bagi tersangka atau terdakwa untuk membela kepentingannya di dalam proses hukum.
2. bahwa pengakuan hukum yang tegas terhadap hak asasi manusia yang melekat pada diri tersangka atau terdakwa, merupakan jaminan untuk menghindari perlakuan sewenang-wenang. KUHAP telah memberi hak

kepada tersangka atau terdakwa untuk segera mendapat "pemeriksaan" pada tingkat penyidikan maupun mendapatkan putusan yang seadil-adilnya. Dengan demikian, baik tersangka, terdakwa maupun keluarga mereka, akan mendapat kepastian atas segala bentuk tindakan penegakan hukum. Tujuan pembentukan KUHAP antara lain juga sebagai pembentukan hukum nasional, sebagai pengganti hukum kolonial.

3. bahwa KUHAP sebagai hukum acara pidana nasional, juga didasarkan pada falsafah/pandangan hidup bangsa dan dasar negara, serta asas yang mengatur perlindungan terhadap keluhuran harkat serta martabat manusia. Asas tersebut juga ditegaskan kembali dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, antara lain yang dirumuskan sebagai berikut:
 - a. Tidak seorangpun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggung jawab, telah bersalah atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya. [Pasal 6 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman].
 - b. Tidak seorangpun dapat dikenakan penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan, selain atas perintah tertulis oleh kekuasaan yang sah dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang. (Pasal 7 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman)
4. frasa "melakukan tindak pidana" yang dipermasalahkan Pemohon, pada dasarnya tidak terdapat hal yang bertentangan dengan hak asasi manusia, jika cara memotong ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tidak keliru seperti dilakukan Pemohon. Pemahaman dari Pasal 21 Ayat (1) harus dimulai kata "yang diduga keras" sehingga menjadi "yang diduga keras melakukan tindak pidana". Dengan demikian penahanan tidak dilakukan secara gegabah tetapi berdasarkan dugaan yang keras artinya telah berdasarkan bukti permulaan yang cukup meyakinkan untuk melakukan penahanan. Jadi ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP pada dasarnya telah sejalan dengan ketentuan Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G

Ayat (1) dan Pasal 28I Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

5. bahwa frasa “dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran”, diperlukan untuk memberikan landasan hukum dalam hal terdapat tersangka/terdakwa yang tidak memiliki tempat tinggal/domisili yang tidak tetap dan jelas, dan bagi tersangka/terdakwa yang menunjukkan perilaku tidak kooperatif dengan petugas penegak hukum. Latar belakang pemikiran yang demikian tentunya tidak dapat diterapkan secara pilih-pilih, tetapi harus diberlakukan secara umum (general) tanpa mengesampingkan asas praduga tidak bersalah sebagaimana dimuat dalam KUHAP.
6. Ketentuan Pasal 20 Ayat (1) menyebutkan “Untuk kepentingan penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 berwenang melakukan penahanan”. Penyidik diberi kewenangan melakukan penahanan terhadap tersangka dimaksudkan agar tersangka tidak melakukan tindakan yang dapat menghambat jalannya penyidikan, misalnya menghilangkan alat bukti dan mengintimidasi saksi, dengan demikian tidak terdapat unsur-unsur yang melanggar hak asasi manusia sebagaimana diatur dalam Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), dan Pasal 28 Ayat (1). Hal tersebut, karena pelaksanaan hak asasi manusia, juga dibatasi dengan berlakunya Pasal 28J Ayat (2) yang menyebutkan “Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

Menimbang bahwa Pihak Terkait Kejaksaan Agung telah menyerahkan keterangan tertulis tambahan, yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 12 November 2006, yang menguraikan sebagai berikut:

- a. Sebagai unsur dari Administrasi Negara, Kejaksaan memiliki sistem pengawasan atau *control system*, yang setidaknya-tidaknyanya terdiri dari **Sistem**

Pengawasan Melekat atau pengawasan yang dilakukan oleh atasan langsung dan **Sistem Pengawasan Fungsional** atau pengawasan yang dilakukan oleh Pejabat Pengawasan yang berada di bawah pimpinan Jaksa Agung Muda Pengawasan. Pengawasan ini dilaksanakan terhadap setiap pelaksanaan tugas dan wewenang Kejaksaan. Dengan demikian, pengawasan tersebut dilaksanakan juga terhadap kegiatan para Jaksa Penyidik dan Jaksa Penuntut Umum dalam melaksanakan penahanan.

Tujuan pengawasan adalah untuk menentukan apakah suatu tindakan (seperti penahanan) telah dilaksanakan secara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan sesuai dengan petunjuk Pimpinan. Ketidaksesuaian akan dikualifikasikan sebagai penyimpangan dan penyimpangan akan ditindak dengan cara sebagai berikut:

- Jika penyimpangan tersebut hanya berupa penyimpangan terhadap ketentuan yang bersifat internal, pelaku penyimpangan akan dijatuhi sanksi disiplin sesuai dengan ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 1980 tentang Disiplin Pegawai Negeri Sipil.
 - Jika penyimpangan tersebut merupakan pelanggaran terhadap ketentuan hukum yang berlaku, pelaku penyimpangan akan dijatuhi sanksi hukum, termasuk sanksi Hukum Pidana.
- b. Alasan subjektif tidak pernah dijadikan jaminan untuk mengeluarkan surat perintah penahanan. Pertanyaan Hakim Konstitusi ini mungkin berhubungan dengan pelaksanaan Pasal 31 Ayat (1) KUHAP mengenai **penangguhan penahanan dengan jaminan**, baik jaminan uang maupun jaminan orang. Patut diakui bahwa ketentuan tersebut jarang digunakan di dalam praktik.

Penangguhan penahanan dengan jaminan uang (semacam "*bail*" yang dikenal di negara-negara Anglo Saxon), jarang dilakukan karena kurangnya ketentuan pelaksana. Menentukan besarnya jaminan bukan hal yang mudah. Uang jaminan sebesar Rp. 10.000.000,- misalnya, akan dirasakan ringan oleh beberapa Tersangka, tetapi mungkin akan dirasakan sangat berat oleh Tersangka lain. Dengan demikian, penentuan uang jaminan secara kurang cermat akan mengakibatkan diskriminasi antara Tersangka yang mampu secara ekonomi dengan Tersangka yang kurang mampu, di mana yang mampu akan merasa mudah untuk mendapat penangguhan penahanan dengan

jaminan uang, tetapi yang kurang mampu akan sulit untuk memperoleh penanggungan penahanan semacam itu.

Penanggungan penahanan dengan jaminan orang jarang dilaksanakan karena tidak adanya ketentuan yang mengatur mengenai apa yang harus dilakukan terhadap orang yang memberikan jaminan penanggungan penahanan, jika si Tersangka yang memperoleh penanggungan penahanan itu kemudian melarikan diri.

Kesulitan-kesulitan sebagaimana diuraikan di atas mengakibatkan ketentuan mengenai penanggungan penahanan dengan pemberian jaminan uang atau orang jarang dipraktikkan.

Pembatasan masa penahanan tidak pernah dijadikan sebagai alasan untuk melakukan penyidikan secara tergesa-gesa. Di dalam praktik, demi keseimbangan di dalam memenuhi tuntutan kepastian hukum dan tuntutan penghormatan terhadap HAM, penyidik dan penuntut umum lebih memilih membebaskan Tersangka dari tahanan secara demi hukum, daripada tergesa-gesa menyerahkan penanganan perkara ke tahap berikutnya.

a. Pasal 28J UUD 1945 masih belum ada pada saat KUHAP ditetapkan pada Tahun 1981. Sekalipun demikian, ketika KUHAP ditetapkan Pemerintah jelas mengetahui hal-hal sebagai berikut:

- Bahwa ketentuan-ketentuan tertentu di dalam KUHAP membatasi hak-hak asasi manusia (HAM), karena hukum pidana (termasuk hukum acara pidana) memang merupakan hukum yang berfungsi membatasi HAM demi terwujudnya ketertiban hukum dan demi perlindungan bagi HAM orang lain.
- Bahwa HAM bukan merupakan hak yang tidak dapat dibatasi. Deklarasi Dunia tentang HAM (*The Universal Declaration on Human Rights*), yang sudah dikenal pada saat KUHAP ditetapkan, mengandung ketentuan yang memperkenankan diterbitkannya UU yang membatasi HAM.

b. Banyak ketentuan hukum yang dapat dijadikan sebagai rambu dalam melaksanakan ketentuan Pasal 21 KUHAP (penahanan). Selain rambu Pasal 77 KUHAP, ketentuan hukum berikut ini dapat dijadikan sebagai rambu:

- Pasal 1365 atau 1366 KUHPerdata

Penahanan yang dilakukan secara sewenang-wenang atau serampangan merupakan perbuatan melawan hukum. Berdasarkan ketentuan Pasal 1365/1366 KUHPerdata pelaku perbuatan melawan hukum bertanggung jawab untuk membayar ganti rugi kepada pihak korbannya.

- Pasal 333 KUHP

Penahanan yang tidak sah dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan “merampas kemerdekaan secara melawan hukum” yang dapat dijatuhi hukuman (pidana) berdasarkan ketentuan Pasal 333 KUHP.

- Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 1980 tentang Disiplin Pegawai Negeri Sipil.

Penahanan yang dilakukan secara melanggar ketentuan hukum, ketentuan yang berlaku secara internal di dalam satu Instansi, atau petunjuk atasan dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan tercela, sehingga pelaku penahanan dapat dijatuhi hukuman disiplin sebagaimana diatur di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 1980 tentang Disiplin Pegawai Negeri Sipil.

Di samping itu, dalam melaksanakan penahanan harus juga diperhatikan norma-norma etika, karena sekalipun norma ini bukan merupakan ketentuan hukum positif, pelanggaran terhadap norma etika dapat dikualifikasi sebagai sesuatu yang bersifat melawan hukum (*wederechtelijk*) atau bertentangan dengan asas kepatutan/kelayakan, sehingga dapat dijadikan sebagai salah satu alasan bagi dijatuhkannya sanksi hukum pidana atau sanksi hukum perdata terhadap Penegak Hukum yang melakukan penahanan secara melanggar norma etika.

Diskresi adalah kewenangan yang demikian luas yang diberikan oleh hukum kepada seorang pejabat atau satu instansi. Secara teori, dapat dikatakan bahwa dalam hal ketentuan undang-undang memberikan wewenang yang demikian luas kepada seorang pejabat, maka undang-undang mempercayakan

kepada pejabat yang diberi wewenang tersebut untuk menentukan sendiri batas-batas dari wewenang itu.

Adanya diskresi merupakan sesuatu yang tidak dapat dielakkan. Negara-negara yang dikenal sebagai negara yang memiliki sistem hukum yang efektif pun mengenal adanya diskresi. Istilah "*discretion*" menunjukkan bahwa hukum yang berlaku di AS dan Inggris mengenal adanya diskresi, sementara istilah "*freis ermessen*" menunjukkan bahwa hukum yang berlaku di Jerman mengenal adanya diskresi.

Pemerintah mengakui bahwa diskresi dapat disalahgunakan. Oleh karenanya, diskresi harus dikendalikan dengan cara **membatasinya, mengawasinya** dan **menindak** penggunaannya secara sewenang-wenang atau penyalahgunaannya.

Pembatasan diskresi dilakukan oleh Pemerintah dengan cara menerbitkan petunjuk pelaksanaan (*directives*) mengenai penggunaan diskresi tersebut.

Pengawasan dapat dilaksanakan dengan cara:

- Pengawasan melekat

Atasan langsung dari pejabat yang memiliki diskresi mengawasi agar diskresi tersebut tidak dilakukan secara sewenang-wenang atau disalahgunakan.

- Pengawasan fungsional

Pejabat yang ditugaskan untuk melakukan pengawasan wajib untuk mengawasi agar diskresi yang diberikan kepada seorang pejabat tidak digunakan secara sewenang-wenang atau disalahgunakan.

- Pengawasan oleh masyarakat (*social control*)

Masyarakat melakukan pengawasan terhadap Pejabat yang memiliki diskresi agar diskresi tidak digunakan secara sewenang-wenang atau disalahgunakan.

- Pengawasan secara politik (*political control*)

Para pejabat politik, baik yang dipilih (seperti Presiden, Anggota DPR dan Kepala Daerah), maupun yang diangkat (seperti Menteri), melakukan

pengawasan terhadap pejabat yang memiliki diskresi agar diskresi tidak digunakan secara sewenang-wenang atau disalahgunakan.

Penindakan dapat dilakukan terhadap pejabat yang menggunakan diskresi secara sewenang-wenang atau menyalahgunakan diskresi yang diberikan oleh undang-undang kepadanya dengan cara:

- Penjatuhan sanksi administratif seperti yang diatur di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 1980.
- Penjatuhan sanksi hukum pidana.
- Penjatuhan sanksi hukum perdata.
- Penjatuhan sanksi sosial (berupa terbitnya anggapan umum masyarakat yang menyatakan bahwa pejabat yang menyalahgunakan diskresi merupakan orang yang tercela atau a sosial).

Menimbang bahwa Pemohon dan Pihak Terkait Kejaksaan Agung masing-masing telah menyerahkan Kesimpulan, yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 19 Desember 2006, yang isi selengkapnya ditunjuk dalam berkas perkara;

Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian Putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan ditunjuk dalam Berita Acara Persidangan, dan merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan Putusan ini;

PERTIMBANGAN HUKUM

Menimbang bahwa maksud dan tujuan permohonan Pemohon adalah sebagaimana tersebut di atas;

Menimbang bahwa sebelum memasuki pokok perkara, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) terlebih dahulu mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

1. Apakah Mahkamah berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan pengujian Pasal 21 Ayat (1) KUHAP;
2. Apakah Pemohon mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan pengujian Pasal 21 Ayat (1) KUHAP;

Terhadap kedua hal tersebut di atas, Mahkamah berpendapat sebagai berikut:

1. KEWENANGAN MAHKAMAH

Menimbang bahwa perihal kewenangan Mahkamah, Pasal 24C Ayat (1) UUD 1945, antara lain, menyatakan bahwa Mahkamah berwenang untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar. Ketentuan tersebut ditegaskan kembali dalam Pasal 10 Ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut UU MK).

Menimbang bahwa yang dimohonkan oleh Pemohon adalah pengujian undang-undang *in casu* KUHAP yang diundangkan pada tanggal 31 Desember 1981, jauh sebelum perubahan UUD 1945, yang menurut Pasal 50 UU MK tidak termasuk undang-undang yang dapat diuji di Mahkamah, namun sejak Putusan Mahkamah Nomor 066/PUU-II/2004 tanggal 12 April 2005, Pasal 50 UU MK dimaksud telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, oleh karena itu, Mahkamah berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan Pemohon;

2. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PEMOHON

Menimbang bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK dan Penjelasannya, Pemohon dalam pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

- (a) perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang warga negara Indonesia yang mempunyai kepentingan sama);
- (b) kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- (c) badan hukum publik atau privat; atau
- (d) lembaga negara.

Menimbang bahwa selain itu, sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan putusan-putusan berikutnya, Mahkamah telah menentukan 5 syarat mengenai kerugian hak konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 Ayat (1) UU MK, sebagai berikut:

- a. harus ada hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut dianggap telah dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut bersifat spesifik dan aktual, setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. ada hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional dengan undang-undang yang dimohonkan pengujian; dan
- e. ada kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Menimbang bahwa Pemohon di dalam permohonan mendalilkan hal-hal sebagai berikut:

1. Bahwa Pemohon telah ditahan di Rumah Tahanan Negara Bareskrim Polri oleh Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi (dhi T. H. Panggabean, SH.) berdasarkan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP, dengan Surat Perintah Penahanan No. Sprint. Han-10/VI/2006/P.KPK, bertanggal 19 Juni 2006, dan telah diperpanjang oleh Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi (dhi T.H. Panggabean, SH) dengan Surat Perintah Perpanjangan Penahanan No. Sprint.Han-09/PPJ/VI/2006/DIK/P.KPK, kemudian diperpanjang lagi dengan perpanjangan istimewa [dengan Pasal 29 Ayat (2) KUHAP] selama 30 hari sejak tanggal 09 Agustus 2006 sampai dengan tanggal 16 September 2006 dengan Penetapan Ketua Pengadilan Tindak Pidana Korupsi No. 136/Pen.Pid/VIII/2006/PN.JKT.PST dan diperpanjang lagi oleh Ketua Pengadilan Tindak Pidana Korupsi No. 154/Pen.Pid/IX/2006/

PN.JKT.PST berdasarkan Pasal 29 Ayat (2) KUHAP selama 30 hari sejak tanggal 17 September 2006 dan berakhir pada tanggal 16 Oktober 2006;

2. Bahwa akibat dari penahanan tersebut hak-hak konstitusional dari Pemohon dilanggar yang mengakibatkan Pemohon mengalami kerugian antara lain sebagai berikut:
 - a. Bahwa dengan penahanan ini Pemohon kehilangan haknya untuk bekerja sebagai Gubernur Kalimantan Timur berdasarkan Keputusan Presiden No. 103/M Tahun 2003, tanggal 18 Juni 2003;
 - b. Bahwa Pemohon merasa diperlakukan sebagai objek dihadapan hukum sehingga kehilangan perlakuan sebagai pribadi dihadapan hukum (subjek hukum), sesuai dengan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945;

Menimbang bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Pemohon memenuhi syarat sebagai Pemohon dalam pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, karena hak konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 dianggap dirugikan oleh berlakunya Pasal 21 Ayat (1) KUHAP *a quo*, dan kerugian Pemohon dimaksud bersifat spesifik dan aktual, serta terdapat hubungan kausalitas antara kerugian hak konstitusional dengan berlakunya Pasal 21 Ayat (1) KUHAP *a quo*, dan kerugian Pemohon dimaksud tidak akan terjadi apabila permohonan dikabulkan. Oleh karena itu, Mahkamah berpendapat Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam perkara *a quo*;

Menimbang bahwa, oleh karena Mahkamah berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan *a quo* dan Pemohon memiliki *legal standing*, maka Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan Pemohon lebih lanjut;

3. POKOK PERMOHONAN

Menimbang bahwa permohonan Pemohon yang selengkapny telah diuraikan pada bagian Duduk Perkara, pada pokoknya mendalilkan bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP berbunyi:

“Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, dan atau mengulangi tindak pidana”, adalah bertentangan dengan UUD 1945 yaitu:

(1) Pasal 28D Ayat (1) berbunyi:

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”;

(2) Pasal 28D Ayat (2) berbunyi:

“Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapatkan imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja”;

(3) Pasal 28G Ayat (1) berbunyi:

“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”;

(4) Pasal 28I Ayat (1) berbunyi:

“Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak atas kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”;

Menimbang bahwa Pemohon mendalilkan kekuasaan mutlak penyidik/penuntut umum untuk menahan seseorang perlu adanya pengawasan yang rasional yang dilakukan oleh badan peradilan (*judicial supervision of pre trial procedure*) karena penyelidikan yang bersifat tertutup dan rahasia, menimbulkan kekhawatiran dalam masyarakat bahwa penyidik akan menggunakan wewenang yang berlebihan (*over exceeding power*) untuk mendapatkan pengakuan tersangka atau keterangan saksi;

Menimbang bahwa Pemohon mendalilkan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP merupakan pasal yang paralel dengan Pasal 75 Ayat (1) HIR, di mana HIR memiliki latar belakang filosofis sistem peradilan pidana *crime control model*, sedangkan KUHAP mendekati ciri-ciri *due process model* yang lebih melindungi hak asasi manusia. Sifat HIR adalah inkuisitur di mana terdakwa hanyalah objek yang harus didengar oleh pendakwa berhubungan dengan telah adanya praduga bersalah oleh pendakwa, sedangkan KUHAP menerapkan asas praduga tak bersalah dan menempatkan manusia sebagai subjek hukum yang dilindungi oleh Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945 “... hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum ... “ Dengan demikian, menurut Pemohon, Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tidak sesuai dengan kebijakan kriminal (*criminal legal policy*) dari KUHAP;

Menimbang bahwa menurut Pemohon adanya ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP haruslah dilengkapi dengan lembaga hakim komisaris sebagaimana di Negara Eropa Kontinental yang akan dapat menjamin hak terdakwa karena hakim komisaris akan menilai apakah cukup alasan bagi penyidik atau penuntut umum untuk melakukan penahanan terhadap seseorang berdasarkan alat bukti yang didapatkan oleh penyidik untuk, atau adanya jabatan *commisioner* yang dikenal di Amerika Serikat yang mempunyai tugas untuk memastikan apakah cukup syarat bagi polisi untuk melakukan penahanan kepada seseorang;

Menimbang bahwa menurut Pemohon adanya lembaga praperadilan yang diatur dalam Pasal 77 KUHAP tidak dapat disamakan dengan adanya lembaga hakim komisaris di Negara Eropa atau lembaga *commisioner* di Amerika Serikat, karena dalam praktik praperadilan hakim hanya memeriksa persyaratan formal sebagai dasar untuk melakukan penahanan, sehingga hak-hak tersangka tidak terlindungi;

Menimbang bahwa berdasarkan alasan tersebut di atas Pemohon mendalilkan ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1), serta Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945. Oleh karena itu, agar ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945 maka frasa “melakukan tindak pidana“ dan frasa “dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran“ dalam

pasal *a quo* haruslah dihilangkan dengan cara dinyatakan oleh Mahkamah Konstitusi bahwa frasa-frasa tersebut bertentangan dengan UUD 1945 sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

Menimbang bahwa menurut Pemohon dengan hilangnya frasa tersebut, Pasal 21 Ayat (1) KUHAP akan berbunyi, "*Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seseorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras berdasarkan bukti yang cukup, bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana*". Bunyi Pasal 21 Ayat (1) KUHAP sebagaimana dirumuskan Pemohon tersebut akan menyebabkan penyidik atau penuntut umum dalam melakukan penahanan atau penahanan lanjutan harus mendasarkan pada dugaan keras yang disimpulkan dari adanya bukti yang kuat bahwa terdakwa atau tersangka akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan/atau mengulangi tindak pidana. Dengan demikian, penahanan dilakukan atas dasar bukti objektif dan tidak hanya berdasarkan penilaian subjektif penyidik atau penuntut umum saja yang seringkali disalahgunakan sehingga dapat menimbulkan kerugian konstitusional terdakwa atau tersangka. Rumusan yang baru yang mensyaratkan adanya bukti yang kuat untuk sampai pada dugaan keras, akan dapat digunakan dasar pengujian di sidang praperadilan apakah sebuah penahanan telah dilakukan secara sah atau tidak. Hal demikian akan menyebabkan sahnya penahanan tidak hanya diuji semata-mata berdasarkan syarat-syarat formal atau administratif saja;

Menimbang bahwa untuk memperkuat dalil-dalilnya, Pemohon mengajukan alat bukti tulis P-1 sampai dengan P-11, dan mengajukan seorang ahli yaitu Dr. Chairul Huda S.H., M.H., yang keterangan lengkapnya termuat dalam Duduk Perkara, pada pokoknya menerangkan hal-hal berikut:

- bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP hanya menentukan alasan subjektif untuk melakukan penahanan yaitu adanya "*kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, mengulangi tindak pidana, atau merusak barang bukti*". Seharusnya anak kalimat "*bukti yang cukup*" dalam pasal *a quo* bukan hanya ditujukan terhadap tindak pidana, tetapi juga digunakan

untuk menduga bahwa terdakwa atau tersangka akan melarikan diri, menghilangkan barang bukti dan mengulangi perbuatan pidana.

- Pasal 21 Ayat (1) KUHAP dalam praktik ditafsirkan bahwa untuk melakukan penahanan cukup didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan subjektif pejabat yang melakukan penahanan tanpa diperlukan adanya ukuran objektif. Norma pasal *a quo* sepintas lalu menunjukkan bahwa tidak diperlukan adanya pertimbangan objektif mengapa seseorang perlu untuk ditahan. Perumusan yang demikian menyebabkan praktik dalam praperadilan menyebabkan hakim tidak pernah mempertimbangkan hal-hal yang substansial tetapi hanya cukup memeriksa hal-hal yang administratif belaka.
- Hukum acara pidana semestinya mendasarkan pada asas "*no detention*" agar sesuai dengan asas praduga tak bersalah, dan bukan asas "*detention*" yang dapat melanggar hak-hak terdakwa atau tersangka;

Menimbang bahwa dalam memeriksa permohonan Pemohon, Mahkamah juga menghadirkan ahli Prof. Dr. Andi Hamzah, S.H. untuk didengar keahliannya sekaligus sebagai Ketua Tim Pembaharuan KUHAP yang ditunjuk oleh pemerintah yang keterangan lengkapnya telah dimuat pada bagian Duduk Perkara yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

- bahwa sistematika urutan ayat pada Pasal 21 KUHAP penempatannya terbalik. Ayat pertama dari Pasal *a quo* seharusnya ditempati oleh Ayat (4) sekarang, dan baru kemudian Ayat (1) yang sekarang menjadi ayat berikutnya, sehingga terdapat urutan logis antara syarat penahanan dan alasan penahanan.
- bahwa dalam praktik praperadilan, hakim hanya memeriksa formalitas. Dalam rancangan KUHAP yang sedang disusun di mana ahli sebagai ketuanya, pranata praperadilan yang diputus oleh hakim pengadilan negeri akan digantikan oleh peran hakim komisaris.
- bahwa praktik yang terjadi sekarang dalam menerapkan Pasal 21 Ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP disebabkan bukan oleh normanya, tetapi cara

menggunakan norma tersebut, *It is not the formula that decides the issue, but the man who has to apply the formula;*

Menimbang bahwa dalam pemeriksaan permohonan Pemohon, telah pula didengar oleh Mahkamah, keterangan Pemerintah serta keterangan dari Pihak Terkait dalam hal ini Kejaksaan Agung dan Kepolisian Republik Indonesia, yang selengkapnya dimuat dalam uraian mengenai Duduk Perkara, yang pada pokoknya menyatakan sebagai berikut:

Keterangan Pemerintah

Bahwa Pemerintah berpendapat, kewenangan yang dilakukan oleh penegak hukum (Kepolisian, Kejaksaan, Komisi Pemberantasan Korupsi) untuk melakukan penahanan terhadap seorang tersangka atau terdakwa telah sejalan dengan prinsip proses hukum yang benar dan adil (*due process of law*), karena untuk dapat melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa diperlukan syarat-syarat yang ketat agar kewenangan yang sangat besar tersebut tidak disalahgunakan, yang pada gilirannya dapat memberikan perlindungan terhadap hak asasi manusia dan tidak merugikan tersangka atau terdakwa itu sendiri;

Jika kemudian dalam praktik timbul kesan bahwa ketentuan yang tercantum dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP, seolah-olah memberikan kewenangan yang sangat besar terhadap penegak hukum (Kepolisian, Kejaksaan, Komisi Pemberantasan Korupsi) untuk menentukan seorang tersangka atau terdakwa ditahan atau tidak, maka hal ini sama sekali tidak berkaitan dengan masalah konstitusionalitas keberlakuan suatu undang-undang, tetapi berkaitan dengan penerapan norma undang-undang yang dimohonkan untuk diuji, dan hal ini menjadi ranah kewenangan pembentuk undang-undang (Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat) untuk melakukan perubahan dan penyesuaian (*legislative review*);

Keterangan Pihak Terkait Kejaksaan Agung

Bahwa terhadap dalil Pemohon tersebut dapat dijelaskan bahwa perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap tersangka atau terdakwa adalah operasionalisasi suatu norma yang apabila Pemohon

keberatan dapat menyampaikan upaya hukum sesuai dengan hukum acara pidana yang berlaku. Peristiwa hukum yang dialami Pemohon tidak ada hubungannya dengan konstitusionalitas undang-undang *a quo*;

Bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP harus diterapkan kepada semua orang yang memenuhi syarat objektif dan subjektif sebagaimana yang telah dinyatakan dalam ketentuan pasal tersebut, sehingga harus menerapkan asas persamaan di depan hukum (*equality before the law*);

Bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP memberikan perlindungan terhadap hak asasi manusia tersangka atau terdakwa di mana penahanan atau penahanan lanjutan dapat atau tidaknya dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa dengan memperhatikan kondisi subjektif dan objektif dari tersangka atau terdakwa;

Keterangan Pihak Terkait Kepolisian Republik Indonesia

Bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP mengandung dua hal. *Pertama*, syarat penahanan objektif, yaitu tindak pidana yang dilakukan diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih, atau melakukan tindakan pidana tertentu yang disebutkan dalam pasal-pasal tertentu. *Kedua*, syarat subjektif, yaitu kalau pun orang tersebut sudah memenuhi syarat untuk ditahan maka dia perlu-tidaknya ditahan, sangat bergantung pada situasi yang berkembang di lapangan;

Bahwa syarat subjektif memberikan keleluasaan yang perlu atau yang disebut diskresi kepada penyidik untuk membuat suatu keputusan berdasarkan pertimbangan yang matang, demikian halnya juga kejaksanaan, selalu mengadakan gelar perkara, untuk betul-betul memantapkan hasil penyidikan perihal perlu-tidaknya penahanan;

Bahwa eksistensi atau urgensi dari ketentuan Pasal 21 KUHAP harus dibaca secara keseluruhan tidak sepotong-sepotong, karena persyaratan untuk dilakukan *penahanan terhadap seorang tersangka tidak cukup satu alasan saja*, yang jelas harus dipenuhi persyaratan formil maupun materiil. Persyaratan materiil menyangkut syarat objektif dan subjektif. Syarat objektif harus lebih dulu dipenuhi, yaitu adanya perbuatan yang diancam hukuman 5 tahun atau pasal-pasal khusus yang ditunjuk

walaupun ancaman hukuman kurang dari 5 tahun [Pasal 21 Ayat (4) KUHP]. Sedangkan persyaratan formil yaitu adanya bukti permulaan yang cukup dan adanya surat perintah penahanan, yang tembusannya harus disampaikan kepada tersangka, keluarganya atau penasihat hukumnya, dan dari semua tindakan yang dilakukan, oleh penyidik dibuat Berita Acara. Setelah syarat objektif yang harus dipenuhi, baru kemudian lahir persyaratan subjektif;

Terhadap uraian-uraian tersebut di atas, Mahkamah akan mempertimbangkan sebagai berikut:

Menimbang bahwa dalam substansi hukum acara pidana haruslah diletakkan secara seimbang antara hak-hak asasi manusia yang dilindungi oleh undang-undang dasar dan kewenangan negara untuk membatasi hak-hak tersebut dengan tujuan untuk menciptakan ketertiban umum. Dalam hukum acara pidana tercerminkan penggunaan kekuasaan negara pada proses penyelidikan, penyidikan, di mana penggunaan kewenangan tersebut akan berakibat langsung kepada hak-hak warga negara. Penahanan merupakan tindakan yang diperlukan dalam proses penegakan hukum meskipun dalam penahanan itu sendiri terdapat pembatasan terhadap hak asasi manusia. Oleh karena itu, penahanan haruslah diatur dengan undang-undang yang di dalamnya ditentukan tata cara serta syarat-syarat yang jelas. Hal demikian dilakukan untuk seminimal mungkin menghindari pelanggaran hak asasi manusia. Perubahan Hukum Acara Pidana dari HIR kepada KUHP, dimaksudkan untuk lebih meningkatkan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Sebagaimana halnya dengan hukum acara pidana di negara lain, penahanan adalah hal yang tetap diperlukan dalam acara pidana. Oleh karena itu tidaklah mungkin dikeluarkannya penahanan dari ketentuan hukum acara pidana. Keberadaan penahanan dalam hukum acara pidana merupakan suatu hal menyakitkan tetapi diperlukan (*a necessary evil*). Usaha untuk meminimalisasi pelanggaran hak asasi manusia dalam penahanan dilakukan dengan banyak cara di antaranya dengan menetapkan syarat-syarat penahanan serta menetapkan alasan penahanan dan dengan memberikan upaya hukum kepada seseorang yang terhadapnya dikenai penahanan;

Menimbang bahwa dengan adanya Pasal 21 Ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP, Mahkamah berpendapat, hal tersebut haruslah dimaknai sebagai usaha untuk memberi dasar hukum bagi penahanan sekaligus sebagai usaha untuk mengurangi penggunaan kewenangan yang berlebihan dari penyidik atau penuntut umum dalam melakukan penahanan. Meskipun sebagaimana telah dinyatakan oleh ahli Dr. Chairul Huda, S.H., M.H., bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP tidak mensyaratkan “adanya cukup bukti” bagi kekhawatiran bahwa tersangka/terdakwa akan melarikan diri sebagai alasan penahanan, tetapi cukup karena adanya kekhawatiran dari penyidik atau penuntut umum bahwa terdakwa atau tersangka akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana. Dengan demikian, menurut ahli, pertimbangan penahanan sangatlah subjektif;

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

Menimbang bahwa menurut keterangan ahli Prof. Dr. Andi Hamzah, S.H., Tim Pembaharuan KUHAP akan melakukan penyempurnaan dengan cara membentuk hakim komisaris agar hak terdakwa atau tersangka lebih terlindungi. Adanya pranata praperadilan (*rechtsinstituut*) yang diatur dalam Pasal 77 KUHAP yang tujuannya untuk memeriksa sah tidaknya penahanan, seharusnya tidak hanya semata-mata menilai aspek formal atau administratif penahanan, tetapi juga aspek yang lebih dalam lagi yaitu rasionalitas perlu tidaknya dilakukan penahanan. Mahkamah berpendapat, ketiadaan frasa

“berdasarkan bukti yang cukup” untuk membuktikan adanya kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, dan/atau mengulangi perbuatan pidana, sebagai alasan penahanan, tidak menutup pintu bagi hakim praperadilan untuk menilai rasionalitas penahanan, karena dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP masih terdapat frasa “dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran”. Frasa ini dapat dijadikan dasar apakah memang ada keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bagi penyidik atau penuntut untuk melakukan penahanan, dan apabila keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersebut ternyata sangat lemah maka hakim praperadilan dapat menyatakan bahwa penahanan tidak mempunyai rasionalitas dan oleh karenanya dapat dinyatakan tidak sah;

Menimbang bahwa berdasarkan pertimbangan di atas maka jelas bahwa adanya pranata hukum (*rechtsinstituut*) penahanan tidaklah dapat dihilangkan dalam hukum acara pidana. Namun hal yang diperlukan adalah mengurangi dampak pranata penahanan terhadap pelanggaran hak asasi manusia. Pengurangan dampak tersebut dapat dilakukan dengan menentukan ukuran secara rasional alasan melakukan penahanan serta dengan cara menciptakan pranata kontrol. Pasal 21 Ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP termasuk pasal yang dimaksudkan untuk mengurangi dampak pranata hukum (*rechtsinstituut*) penahanan terhadap hak asasi manusia;

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

Menimbang bahwa terhadap dalil Pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (2), dan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945, Mahkamah berpendapat bahwa hal tersebut tidak beralasan karena Pasal 21 Ayat (1) KUHAP sama sekali tidak berhubungan dengan substansi Pasal 28D Ayat (2) UUD 1945. Pasal 21 Ayat (1) KUHAP berbunyi, "*Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana*" sedangkan Pasal 28D Ayat (2) UUD 1945 berbunyi, "*Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja*". Dengan demikian, keduanya memang ternyata tidak berkaitan satu dengan lainnya. Sementara itu, terhadap dalil Pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, "*Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun*", Mahkamah berpendapat bahwa hak yang dijamin oleh Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945 yang paling dekat dengan pranata penahanan adalah hak untuk tidak disiksa. Namun, hak untuk tidak disiksa yang dijamin oleh pasal ini adalah hak yang lazim dikenal sebagai *right against torture*, dan tidak berkaitan dengan pranata penahanan. Oleh karenanya dalil Pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945 tidak beralasan;

Menimbang bahwa terhadap dalil Pemohon yang menyatakan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28G Ayat (1) UUD 1945, Mahkamah berpendapat, bahwa pranata penahanan memang secara langsung bersinggungan dengan hak asasi manusia termasuk di dalamnya hak yang dijamin oleh Pasal 28G Ayat (1) UUD 1945. Namun dengan perumusan yang terdapat dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP pembentuk undang-undang telah berusaha juga untuk mempertimbangkan adanya hak asasi pada terdakwa atau tersangka, oleh karenanya KUHAP juga menyediakan pranata praperadilan.

Secara norma rumusan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP telah seimbang, karena mempertemukan dua kepentingan, yaitu kepentingan umum dan kepentingan perlindungan individual. Pranata penahanan dari sudut hak asasi manusia dan kepentingan umum menjadi suatu hal menyakitkan tetapi diperlukan (*a necessary evil*) dan tidak dapat dihindari, namun ketentuan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP secara norma tidaklah eksessif atau berlebihan, sehingga sesuai dengan Pasal 28J Ayat (2) UUD 1945, keberadaan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP masih dalam batas rasionalitas yang dapat dibenarkan. Dengan demikian Mahkamah berpendapat, bahwa dalil Pemohon yang menyatakan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28G Ayat (1) UUD 1945, tidak beralasan;

Menimbang berdasarkan seluruh uraian pertimbangan tersebut di atas, Mahkamah berpendapat, bahwa dalil-dalil Pemohon yang menyatakan Pasal 21 Ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (2), Pasal 28G Ayat (1) dan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945 tidaklah beralasan sehingga permohonan Pemohon harus dinyatakan ditolak;

Mengingat Pasal 56 Ayat (5) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316);

MENGADILI

Menyatakan permohonan Pemohon ditolak untuk seluruhnya;

*** **

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim Konstitusi pada hari Selasa, 19 Desember 2006, oleh sembilan Hakim Konstitusi, yang diucapkan dalam Sidang Pleno yang terbuka untuk umum pada hari ini, Rabu, 20 Desember 2006, yang dihadiri oleh sembilan Hakim Konstitusi Jimly Asshiddiqie sebagai Ketua merangkap Anggota, H. Harjono, I Dewa Gede Palguna, H.M.Laica Marzuki, H.A.S. Natabaya, H. Achmad Roestand, Abdul Mukthie Fadjar, Maruarar Siahaan, dan Soedarsono, masing-masing sebagai anggota dengan didampingi oleh

Cholidin Nasir sebagai Panitera Pengganti serta dihadiri oleh Pemohon/Kuasa Pemohon, Pemerintah atau yang mewakili, Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili, serta Pihak Terkait Kejaksaan Agung atau yang mewakili, dan Kepolisian Republik Indonesia atau yang mewakili;

KETUA,

TTD.

Jimly Asshiddiqie.
ANGGOTA-ANGGOTA

TTD.
Harjono

TTD.
I Dewa Gede Palguna

TTD.
H.M. Laica Marzuki

TTD.
H.A.S. Natabaya

TTD.
H. Achmad Roestandi

TTD.
Abdul Mukthie Fadjar

TTD.
Maruarar Siahaan

TTD.
Soedarsono

PANITERA PENGGANTI

TTD.
Cholidin Nasir