



SALINAN

PUTUSAN
Nomor 4/PUU-XVI/2018

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:



Nama : **Sutarjo, S.H., M.H.**
Pekerjaan : Advokat
Alamat : Perum Bumi Citra Fajar Blok SS-A, RT 11, RW 03,
Kelurahan Rangkah Kidul, Kecamatan Sidoarjo,
Kabupaten Sidoarjo

Dalam hal ini berdasarkan Surat Kuasa Khusus, bertanggal 5 Januari 2018 memberi kuasa kepada Muhammad Sholeh, S.H., Imam Syafi'i, S.H., Agus Setia Wahyudi, S.H., Muhammad Saiful, S.H., Elok Dwi Kadja, S.H., dan Moh. Noval Ibrohim Salim, S.H., M.H., para Advokat pada Sholeh & Partners, yang beralamat di Jalan Ngagel Jaya Indah B Nomor 29, Surabaya, baik secara bersama-sama maupun sendiri-sendiri bertindak untuk dan atas nama pemberi kuasa;

Selanjutnya disebut sebagai -----**Pemohon;**

- [1.2] Membaca permohonan Pemohon;
Mendengar keterangan Pemohon;
Mendengar dan membaca keterangan Presiden;
Mendengar keterangan ahli para pihak;
Memeriksa bukti-bukti Pemohon;
Membaca kesimpulan Presiden.

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan bertanggal 8 Januari 2018 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 8 Januari 2018 berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 4/PAN.MK/2018 dan telah dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi pada tanggal 9 Januari 2018 dengan Nomor 4/PUU-XVI/2018, yang telah diperbaiki dan diterima Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 26 Januari 2018 (via *email*) dan pada tanggal 29 Januari 2018, pada pokoknya menguraikan hal-hal sebagai berikut:

A. Kewenangan Mahkamah Konstitusi

Bahwa ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar. Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut UU MK) menegaskan hal yang sama, yakni menyebutkan Mahkamah Konstitusi berwenang untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final, antara lain “menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”, memutus Sengketa Kewenangan Lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, Memutus Pembubaran Partai Politik dan Memutus Perselisihan tentang Hasil Pemilihan Umum.

Penegasan serupa dikemukakan oleh Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, sementara ketentuan Pasal 9 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan menyatakan “Dalam hal suatu Undang-Undang diduga bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pengujiannya dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi”.

Berdasarkan uraian di atas, maka Pemohon berkeyakinan, bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang untuk mengadili permohonan Pengujian Pasal 7 ayat (1)

huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) Terhadap Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

B. Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

1. Bahwa Pasal 51 ayat (1) UU MK, menyatakan 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.
2. Penjelasan Pasal 51 ayat (1) UU MK menyatakan bahwa yang dimaksud dengan “hak konstitusional” adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945.
3. Bahwa, Pemohon adalah warga negara Indonesia dengan Kartu Tanda Penduduk Elektronik Nomor 3515083112710009
4. Bahwa, Pemohon pernah ditetapkan menjadi Tersangka dan ditahan oleh Kepolisian Daerah Jawa Timur dituduh melakukan dugaan tindak pidana melanggar Pasal 263 *juncto* Pasal 311 dan Pasal 317 KUHP.
5. Bahwa, tuduhan *a quo* berawal dari Laporan Polisi Nomor LPB/973/VI/2015/UM/JATIM tertanggal 16 Juni 2015 atas nama Pelapor Sdr. MASHUDI, SH. dengan dugaan tindak pidana Pemalsuan dan/atau Fitnah dan/atau Pengaduan Palsu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 263 KUHP dan/atau Pasal 311 KUHP dan/atau Pasal 317 KUHP, yang menjadi Terlapor adalah Sdr.i KHOYANAH alias KHOYANA, dkk (Pemohon).
6. Bahwa, Pemohon merupakan Kuasa Hukum dari seseorang bernama Sdri.

KHOYANAH alias KHOYANA, yang beralamat di Jalan Dr. Wahidin Sudirohusodo, Singorejo, RT.003 RW.004 Desa Dahanrejo, Kabupaten Gresik, berdasarkan surat kuasa khusus tertanggal 8 Agustus 2014.

7. Bahwa, adapun perkara yang ditangani oleh Pemohon adalah berkenaan dengan sengketa jual beli tanah tambak yang terletak di Desa Banjarsari, Kec. Cerme, Kab. Gresik Persil 90 dt III seluas 3.754 ha, di mana Klien Pemohon Sdr.i KHOYANAH alias KHOYANA merupakan Pihak Penjual, sedangkan sebagai Pihak Pemalan Rangkah I Nomor 59 Kelurahan Rangkah, Kecamatan Tambaksari, Surabaya; 3 Bahwa, jual beli sebagaimana dimaksud pada butir 2 di atas terlebih dahulu dibuatkan Pengikatan Jual Beli antara para pihak, sebagaimana ternyata dari Akta Pengikatan Jual Beli Nomor 3 tanggal 18 Mei 2009 yang dibuat oleh dan di hadapan Sdr. MASHUDI, SH., MKn. (Pelapor) Notaris/PPAT di Kabupaten Gresik yang beralamat di Ruko Andalusia Square Jalan Kartini Nomor 07 Kav. B-3 Gresik.
8. Bahwa, berdasarkan penuturan dan informasi dari Sdri. KHOYANAH alias KHOYANA kepada Pemohon pada mulanya Sdr.i KHOYANAH alias KHOYANA ini tidak mengetahui bahwasanya pengikatan jual beli atas tanah tambak miliknya tersebut – sebagai Pihak Pembelinya adalah Sdr. UFUK TEGUH WIBOWO, SE. yang notabene merupakan putra dari Advokat AZIZ GUNAWAN WIBOWO, SH., sebelum menunjuk dan memberikan kuasa kepada Pemohon. KHOYANAH alias KHOYANA bersama-sama dengan suaminya yang bernama HARI MOERTI merupakan klien dari Advokat AZIZ GUNAWAN.
9. Bahwa, karena merasa dirugikan adanya Pengikatan Jual Beli No. 3 tanggal 18 Mei 2009 yang dibuat oleh dan di hadapan Sdr. MASHUDI, SH., MKn. (Pelapor) Notaris/PPAT di Kabupaten Gresik. Pemohon mengadukan Notaris MASHUDI ke MAJELIS PENGAWAS DAERAH Notaris Gresik. Melalui surat Pengaduan dari Pemohon yang ditujukan kepada Majelis Pengawas Daerah Notaris Gresik Surat Nomor 8/SS/SP/VIII.14 tanggal 8 Agustus 2014.
10. Bahwa, rupa-rupanya tidak terima dengan pengaduan dimaksud, Sdr. MASHUDI, SH., MKn. (Pelapor) Notaris/PPAT di Kabupaten Gresik

selanjutnya telah melaporkan Sdr.i KHOYANAH alias KHOYANA dan Pemohon (sekala kuasa hokum KHOYANA di Kepolisian Negara Republik Indonesia Daerah Jawa Timur (POLDA JATIM), sebagaimana ternyata dari Laporan Polisi Nomor LPB/973/VI/2015/ UM/JATIM tertanggal 16 Juni 2015 dengan dugaan tindak pidana Pemalsuan dan/atau Fitnah dan/atau Pengaduan Palsu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 263 KUHP dan/atau Pasal 311 KUHP dan/atau Pasal 317 KUHP.

11. Bahwa, setelah Pemohon dipanggil sebagai saksi, lalu sebagai Tersangka dan Pemohon ditahan oleh Penyidik dengan Surat Perintah Penyidikan Nomor SP.Gas/2104/XI/2015/Direskrimum, tanggal 30 November 2015 dan Surat Perintah Penahanan Nomor SP.Han/02/I/2016/Ditreskrimum, Direskrimum Polda Jatim tanggal 15 Januari 2016.

12. Bahwa, Pemohon adalah seorang Advokat, seharusnya dalam bekerja melakukan pembelaan terhadap klien Pemohon mempunyai hak imunitas. Baik di dalam persidangan maupun diluar persidangan sebagaimana di tegaskan di dalam Putusan Mahkamahah Konstitusi Nomor 26/PUU-XI/2013, Mahkamah menyatakan, Pasal 16 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai, "Advokat tidak dapat dituntut baik secara perdata maupun pidana dalam menjalankan tugas profesinya dengan iktikad baik untuk kepentingan pembelaan klien di dalam maupun di luar sidang pengadilan.

13. Bahwa, Tetapi Pihak Penyidik Direskrimum Polda Jatim tidak memperhatikan kedudukan Pemohon sebagai Advokat yang sedang menjalankan profesinya dan tanpa melalui ijin dari Organisasi Advokat Peradi untuk melakukan penyidikan dan juga tidak dilakukan pemeriksaan Etik terlebih dahulu oleh Dewan Kehormatan Advokat. Penyidik rupanya tidak memperhatikan keberatan proses penyidikan oleh Organisasi Advokat PERDAI Cabang Sidoarjo dengan suratnya Nomor 02/Peradi/DPC-SDA/VI/2015 tertanggal tanggal 30 Juni 2015. Pemohon sangat dirugikan oleh karena sebagai Advokat tidak diperlakukan sesuai dengan UU Advokat sebagai payung hukumnya. Bahkan KOMNAS HAM melalui surat jawaban

Nomor 945/K-PMT/VI/2017 tanggal 19 Juni 2017 atas Surat Permohonan Perlindungan Hukum Pemohon tanggal 8 November 2016 yaitu pada intinya KMNAS HAM berkirim surat kepada Irwasda Polda Jatim tanggal guna mempertanyakan Proses Penyidikan terhadap Advokat yang sedang menjalankan profesi yang sudah menjalankan profesinya sesuai prosedur.

14. Bahwa, penahanan yang dilakukan oleh penyidik polda Jatim terhadap Pemohon sangat merugikan hak konstitusional Pemohon sebagai Advokat yang mempunyai hak imunitas di dalam menjalankan profesinya baik di dalam persidangan maupun di luar persidangan dalam rangka pembelaan terhadap Klien.
15. Bahwa, meski Pemohon pernah mengajukan gugatan Praperadilan terhadap penetapan tersangka dan penahanan terhadap diri Pemohon, dan praperadilan mengalahkan Pemohon. Namun bagi Pemohon ketentuan Pasal 82 ayat (1) KUHAP berpotensi merugikan hak konstitusional Pemohon, sebab ketentuan *a quo* tidak memberikan hak Pemohon untuk membuktikan di dalam persidangan praperadilan terkait pelanggaran hukum yang dilakukan oleh penyidik maupun penuntut umum. Karena ketentuan *a quo* menyatakan sejak persidangan pertama digelar maka gugatan praperadilan menjadi gugur. Padahal gugatan praperadilan durasi waktunya cuman 7 hari. Harusnya pokok perkara dihentikan dulu menunggu putusan praperadilan apakah dikabulkan atau ditolak.
16. Bahwa, menurut Pemohon Pasal 82 ayat (1) KUHAP berpotensi disalahgunakan oleh penyidik dan penuntut umum, untuk menggagalkan gugatan praperadilan dengan mempercepat pelimpahan perkara pokok ke pengadilan.
17. Bahwa, Pemohon berkeyakinan dengan adanya ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik. dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) melanggar hak-hak konstitusional Pemohon sebagaimana dijamin oleh UUD 1945 terutama sekali Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang

Dasar 1945. Dengan demikian, menurut Pemohon maka Pemohon telah memenuhi kualifikasi sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) huruf a UU MK.

18. Bahwa selanjutnya dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 010/PUU-III/2005 telah menentukan 5 (lima) syarat kerugian konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK, sebagai berikut:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional 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 (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 hak dan/atau kewenangan konstitusional dengan undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak lagi terjadi.

19. Bahwa, berdasarkan kriteria-kriteria tersebut Pemohon merupakan pihak yang memiliki hubungan sebab akibat (*causal verband*) yang memiliki kerugian konstitusional dengan berlakunya pasal undang-undang yang dimohonkan untuk diuji karena Pengujian Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) terhadap Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

20. Bahwa, dari berbagai argumentasi di atas, Pemohon berpendapat bahwa Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai pihak dalam permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945.
21. Bahwa, Pasal yang diuji oleh Pemohon sudah pernah diuji di Mahkamah Konstitusi melalui perkara Nomor 94/PUU-XIV/2016, dan oleh Mahkamah Konstitusi sudah diputus pada tanggal 21 Februari 2017 dengan amarnya menyatakan permohonan *a quo* tidak dapat diterima. Sebab Pemohon-nya tidak mempunyai *legal standing*.
22. Bahwa, Pemohon juga memahami ketentuan Pasal 60 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang menyatakan; Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali (*Nebis In Idem*).
23. Bahwa, menurut Pemohon makna *nebis in idem* adalah ketika pasal yang diuji oleh Mahkamah dalam putusannya menyatakan pasal yang diuji tidak bertentangan dengan UUD 1945 sehingga permohonan Pemohon ditolak, atau permohonannya dikabulkan. Sementara dalam perkara Nomor 94/PUU-XIV/2016 permohonan tidak dapat diterima karena Pemohon tidak mempunyai *legal standing*, sehingga pokok permohonan tidak dipertimbangkan oleh Mahkamah Konstitusi. Itu artinya dalam perkara Nomor 94/PUU-XIV/2016 Mahkamah Konstitusi belum pernah melakukan pengujian materi muatan ayat Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) yang sekarang diuji oleh Pemohon. Wajar kiranya jika perkara *a quo* bukanlah kategori *nebis in idem*.

C. Pokok Permohonan

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Pasal 7

- (1) Penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) huruf a karena kewajibannya mempunyai wewenang:
- a. menerima laporan atau pengaduan dari seorang tentang adanya tindak pidana;
 - b. melakukan tindakan pertama pada saat di tempat kejadian;
 - c. menyuruh berhenti seorang tersangka dan memeriksa tanda pengenal diri tersangka;
 - d. melakukan penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan;
 - e. melakukan pemeriksaan dan penyitaan surat;
 - f. mengambil sidik jari dan memotret seorang;
 - g. memanggil orang untuk didengar dan diperiksa sebagai tersangka atau saksi;
 - h. mendatangkan orang ahli yang diperlukan dalam hubungannya dengan pemeriksaan perkara;
 - i. mengadakan penghentian penyidikan;
 - j. mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab.
- (2) Penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) huruf b mempunyai wewenang sesuai dengan undang-undang yang menjadi dasar hukumnya masing-masing dan dalam pelaksanaan tugasnya berada di bawah koordinasi dan pengawasan penyidik tersebut dalam Pasal 6 ayat (1) huruf a.
- (3) Dalam melakukan tugasnya sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2), penyidik wajib menjunjung tinggi hukum yang berlaku.

Pasal 11

Penyidik pembantu mempunyai wewenang seperti tersebut dalam Pasal 7 ayat (1), kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik.

Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2)

- (1) Untuk kepentingan penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 berwenang melakukan penahanan.
- (2) Untuk kepentingan penuntutan, penuntut umum berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan.

Undang-Undang Dasar 1945

- Pasal 24 ayat (1)
 - (1) Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- Pasal 28D ayat (1)
 - (1) Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.**)

D. Argumentasi Konstitusional sebagai berikut

1. Bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 adalah sebuah “negara hukum”. Para penyusun UUD 1945 menjelaskan bahwa negara Republik Indonesia adalah negara berdasar atas hukum (*rechtsstaat*) dan bukan berdasar atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*). Digunakannya istilah “*rechtsstaat*” ini menunjukkan bahwa para penyusun UUD 1945 menggunakan konsep negara hukum di Jerman di masa itu. Julius Sthal, seorang ahli hukum Jerman, menyebutkan ada tiga ciri negara hukum dalam konsep “*rechtsstaat*” itu, dua diantaranya ialah “perlindungan terhadap hak asasi manusia” dan “pemerintahan haruslah berdasarkan atas Undang-Undang Dasar”. Sementara para penyusun UUD 1945 tegas mengatakan bahwa negara Republik Indonesia tidaklah berdasarkan atas “kekuasaan belaka” atau “*machtsstaat*” yang dalam Bahasa Jerman mengandung arti negara itu dijalankan semata-mata berdasarkan kekuasaan, bukan berdasarkan atas hukum.

2. Bahwa pernyataan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, menurut Jimly Asshiddiqie mengandung pengertian adanya pengakuan terhadap supremasi hukum dan konstitusi, dianutnya prinsip pemisahan dan pembatasan kekuasaan menurut sistem konstitusional, adanya jaminan hak asasi manusia, adanya prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak yang menjamin persamaan setiap warga negara dalam hukum, serta menjamin keadilan bagi setiap orang termasuk terhadap penyalahgunaan wewenang oleh pihak yang berkuasa.
3. Bahwa untuk memenuhi unsur-unsur agar disebut sebagai negara hukum, khususnya dalam pengertian *rechtstaat*, Julius Stahl mensyaratkan beberapa prinsip, yang meliputi:
 - a. Perlindungan hak asasi manusia (*grondrechten*).
 - b. Pembagian kekuasaan (*scheiding van machten*)
 - c. Pemerintahan berdasarkan undang-undang (*wetmatigheid van bestuur*).
 - d. Adanya peradilan administrasi—tata usaha negara (*administratieve rechtspraak*) (vide bukti P-15)
4. Bahwa berdasarkan pendapat dari Jimly Asshiddiqie, sedikitnya terdapat 13 (tiga belas) prinsip pokok negara hukum yang berlaku di zaman sekarang ini. Keseluruhannya merupakan pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya suatu negara yang demokratis konstitusional, sehingga dapat disebut sebagai negara hukum dalam arti yang sebenarnya. Salah satu pilar dari ketigabelas prinsip pokok negara hukum tersebut ialah perlindungan hak asasi manusia (*human rights protection*).
5. Bahwa perlindungan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia, sebagai pilar terpenting dari negara hukum dimaksudkan untuk mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap HAM sebagai ciri yang penting suatu negara hukum yang demokratis. Setiap manusia sejak kelahirannya menyandang hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang bersifat bebas dan asasi. Terbentuknya negara dan demikian pula penyelenggaraan kekuasaan suatu negara tidak boleh mengurangi arti atau makna kebebasan dan hak asasi kemanusiaan itu. Bahkan A.V. Dicey menekankan prinsip bahwa isi konstitusi suatu negara yang menganut negara hukum-*the rule of law*, harus mengikuti perumusan hak-hak dasar

(*constitution based on human rights*). Selain prinsip *the supremacy of law*, dan *equality before the law* (Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca reformasi, Pengarang Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., hal. 296-311).

6. Bahwa menurut Kusumadi Pudjosewojo dikarenakan Indonesia adalah negara hukum, maka segala kewenangan dan tindakan alat-alat perlengkapan negara harus pula berdasarkan dan diatur oleh hukum. Penguasa bukanlah pembentuk hukum, melainkan pembentuk aturan-aturan hukum, oleh sebab itu hukum berlaku bukan karena ditetapkan oleh penguasa, akan tetapi karena hukum itu sendiri. Hal ini membawa konsekuensi, bahwa penguasa pun dapat dimintai pertanggungjawaban jika dalam menjalankan kekuasaannya melampaui batas-batas yang telah diatur oleh hukum, atau melakukan perbuatan melawan hukum. Kewenangan penguasa dan organ-organ negara sangat dibatasi kewenangan perseorangan dalam negara, yang berupa hak asasi manusia. Pendapat tersebut menegaskan bahwa hak asasi manusia merupakan unsur penting dalam sebuah Negara. (hukum Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia, Pengarang Prof. Kusumadi Pudjosewojo, S.H., hal. 150, 195-204).
7. Bahwa salah satu bentuk jaminan perlindungan hak asasi manusia tersebut dituangkan dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 yang 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".
8. Bahwa merujuk pada pendapat dari Bryan Z. Tamanaha, perlindungan terhadap martabat seseorang serta harta benda yang di bawah kekuasaannya, merupakan salah satu bagian tak terpisahkan dari negara hukum. Salah satu bentuk dari negara hukum menurut Tamanaha adalah adanya perlindungan terhadap martabat (*right of dignity*), yang memberikan jaminan terhadap martabat seseorang, termasuk jaminan atas hak atas keadilan. (*On The Rule of Law: History, Politics, Theory*. Oleh Brian Z. Tamanaha, Cambridge University Press, hal. 91).

9. Bahwa bentuk perlindungan terhadap martabat seseorang salah satunya diwujudkan dengan adanya jaminan hak seseorang tidak boleh ditangkap dan ditahan secara sewenang-wenang, hal ini sebagaimana ditegaskan oleh Pasal 9 *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) 1948, "Tidak seorang pun boleh ditangkap, ditahan atau dibuang dengan sewenang-wenang".
10. Pada konsep awalnya perubahan hukum acara dari HIR menjadi KUHAP dilatarbelakangi oleh pemikiran tentang pentingnya perlindungan hak-hak terdakwa dalam proses peradilan pidana, karena tersangka cukup lama tidak memperoleh perlindungan hukum yang layak dan manusiawi. Konsekuensi logis dari perlindungan terhadap hak-hak tersangka atau terdakwa adalah adanya hukum acara yang ketat, sebagai jaminan tidak dilanggarnya hak tersangka maupun terdakwa. Maka, hukum acara pidana juga merupakan suatu undang-undang yang membatasi tindakan para penguasa dan atau penegak hukum. Perihal batasan ini, sama diakui baik dalam model *crime control model* maupun oleh model *due process model*, dimana terhadap kewenangan penguasa dalam melakukan penyidikan maupun kewenangan penanganan terhadap mereka yang dituduh melakukan tindak pidana, diberikan batasan-batasan tertentu. Hanya saja, batasan yang tampak dalam model *crime control model* relatif lebih longgar dibandingkan *due process model*.
11. Bahwa, dari segi asas yang dipakai, KUHAP mengikuti asas 'praduga tak bersalah' (*presumption of innocent*) – yang biasa dipakai dalam model *due process model*, bukan asas 'praduga bersalah (*presumption of guilty*) yang biasa dipakai dalam model *crime control model*. Hal ini tampak dalam Penjelasan KUHAP, Bagian I Umum ke-tiga, yang menyatakan: 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. Selain menunjukkan asas apa yang dipakai oleh KUHAP, penjelasan tersebut juga mengisyaratkan bahwa putusan pengadilan (yang berkekuatan hukum tetap) adalah 'inti' dari proses

peradilan, karena penentuan salah atau tidaknya terdakwa sangat tergantung padanya.

12. Bahwa, asas *presumption of innocent* adalah asas yang adanya adalah dalam model *due process model*, dan salah satu ciri khas dari *due process model* lainnya adalah pentingnya peran pengadilan sebagai tujuan akhir proses dan sebagai tempat untuk menentukan bersalah atau tidaknya terdakwa.

Sehingga, bila dilihat dari segi asas yang dipakai dan peran dari pengadilan dalam rangkaian proses peradilan, secara normatif KUHAP cenderung pada model *due process model*. Hal tersebut adalah bila dilihat dari hukum acara secara umum.

13. Bahwa, dalam sistem hukum pidana nasional Penyidikan adalah serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang dengan bukti itu membuat terang tentang tindak pidana yang terjadi dan guna menemukan tersangkanya. Sebagaimana dijelaskan dalam KUHAP Pasal 1 angka 2.
14. Sedangkan Penuntut umum adalah Jaksa yang diberi kewenangan oleh undang-undang untuk melakukan penuntutan dalam sidang peradilan, kecuali dalam kasus korupsi Jaksa juga bisa menjadi penyidik. Sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 30 ayat (1) UU Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan *juncto* Pasal 284 KUHAP.
15. Bahwa, guna untuk kepentingan pemeriksaan, penyidik diberikan kewenangan melakukan penahanan, sementara Jaksa Penuntut Umum tidak hanya diberikan kewenangan melakukan penahanan tapi juga persetujuan perpanjangan panahanan terhadap Tersangka.
16. Bahwa, kenapa Tersangka harus ditahan, hal ini dengan argumentasi baik penyidik maupun JPU tidak terhalangi saat melakukan pemeriksaan, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP.

- (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 dalam ayat (2) harus diberikan kepada keluarganya.
- (4) Penahanan tersebut hanya dapat dikenakan terhadap tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana dan atau percobaan maupun pembenian bantuan dalam tindak pidana tersebut dalam hal:
 - a. tindak pidana itu diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih;
 - b. tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 282 ayat (3), Pasal 296, 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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Pasal 25 dan Pasal 26 *Rechtenordonnantie* (pelanggaran terhadap ordonansi Bea dan Cukai, terakhir diubah dengan Staatsblad Tahun 1931 Nomor 471), Pasal 1, Pasal 2 dan Pasal 4 Undang-Undang Tindak Pidana Imigrasi (Undang-Undang Nomor 8 Drt. Tahun 1955, Lembaran Negara Tahun 1955 Nomor 8), Pasal 36 ayat (7), Pasal 41, Pasal 42, Pasal 43, Pasal 47, dan Pasal 48 Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1976 tentang Narkotika (Lembaran Negara Tahun 1976 Nomor 37, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3086).

17. Apakah itu penahanan? makna penahanan telah dijelaskan dalam KUHP Pasal 1 angka 21 yang menyatakan; Penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya, dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini.

Pasal 22 KUHP

(1) Jenis penahanan dapat berupa:

- a. penahanan rumah tahanan negara;
- b. penahanan rumah;
- c. penahanan kota.

18. Bahwa, Seorang tersangka atau terdakwa yang ditangkap atau ditahan, seolah olah berada di dalam suatu ruang gelap dan tidak berdaya sama sekali. Mereka merasakan penderitaan karena merasa sangat tidak berdaya karena tiba-tiba direnggut kemerdekaannya dan dimasukkan tahanan, dan sama sekali tidak bisa berhubungan dengan dunia luar termasuk keluarga.

19. Bahwa, makna penahanan, baik yang diatur KUHP maupun pidana penjara pidana pokok dalam Pasal 10 huruf a angka 2 KUHP hakekatnya sama yaitu menempatkan seseorang dalam tempat tertentu, dengan menghilangkan kemerdekaan seseorang tersebut. Artinya jika seorang Terdakwa yang sebelumnya sudah ditahan oleh Penyidik, atau JPU dan diputus bersalah oleh Hakim, maka putusan hakim hanya menguatkan tindakan yang dilakukan oleh Penyidik maupun JPU. Artinya Hakim hanya menjadi tukang stempel terhadap tindakan penahanan yang dilakukan oleh Penyidik maupun JPU.

Pasal 10 huruf a KUHP

a. pidana pokok:

1. pidana mati;
2. pidana penjara;
3. pidana kurungan;
4. pidana denda;
5. pidana tutupan.

20. Bahwa, karena penahanan dan pidana penjara baik makna dan implementasi sama. Misalnya ruang penahanan di kepolisian, ruang

penahanan di rumah tahanan negara maupun ruang tahanan di lembaga pemasyarakatan hakikatnya sama. Dimana seseorang yang ditahan kemerdekaannya dirampas. Tahanan maupun nara pidana harus mengikuti semua aturan yang ada. Sehingga kemerdekaannya menjadi hilang. Karena ini menyangkut perampasan kemerdekaan kemanusiaan, maka yang berwenang melakukan penahanan adalah hakim, bukan Penyidik maupun JPU.

21. Bahwa, secara tidak langsung hakekat penahanan adalah perampasan kemerdekaan seseorang yang dilakukan aparat penegak hukum yang berlandaskan Undang-Undang. Bahwa, karena penahanan adalah perampasan kemerdekaan seseorang, seharusnya pembentuk Undang-Undang memberikan control terhadap aparat penegak hukum dalam melakukan penahanan agar tidak terjadi pelanggaran hak asasi manusia.
22. Pertanyaannya, jika seseorang, Tersangka kooperatif, tidak mempersulit penyidikan, tidak melarikan diri dalam penyidikan, penyidik maupun JPU tetap saja bisa melakukan penahanan. Faktanya seringkali kewenangan penahanan menjadi sarana transaksional, tergantung selera dari Penyidik maupun JPU menahan atau tidak terhadap Tersangka. Tersangka tidak diberikan hak untuk membela diri agar tidak dilakukan penahanan.
23. Bahwa, yang lebih lucu lagi, jika Tersangka ditahan oleh Penyidik, dan dalam penyidikan prosesnya belum selesai sehingga, harus meminta perpanjangan penahanan kepada JPU, tiba-tiba JPU memberikan persetujuan perpanjangan penahanan tanpa pernah bertemu dengan Tersangka, apakah Tersangka kondisi sehat? Apakah Tersangka, kooperatif dalam penyidikan atau tidak, semua permohonan perpanjangan penahanan langsung disetujui oleh JPU. Padahal penahanan ini adalah hak asasi manusia yang dirampas oleh Penyidik, tetapi JPU dengan seenaknya memperpanjang tanpa pernah menanyai keberatan-keberatan Tersangka atas penahanan *a quo*.
24. Bahwa, dalam setiap amar putusan pidana dimana Terdakwa ditahan, selalu berbunyi menghukum Terdakwa misalnya, dengan pidana penjara selama 1 tahun dikurangi masa penahanan. Jika Terdakwa, sudah

menjalani penahanan 8 bulan, maka tinggal 2 bulan lagi jika putusan *a quo* sudah *incraght*.

25. Pertanyaannya, siapa yang bertanggung jawab jika pada persidangan terhadap Terdakwa yang ditahan ternyata diputus bebas oleh hakim, padahal Terdakwa sudah berbulan-bulan ditahan?

26. Bahwa, selain batasan waktu, kewenangan penahanan ini juga dibatasi dengan syarat objektif dari penahanan, yaitu hanya dapat dikenakan terhadap tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana dan atau percobaan maupun pemberian bantuan dalam tindak pidana yang diancam dengan penjara lima tahun atau lebih dan tindak pidana tertentu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 21 ayat (4) huruf b KUHP. Selain syarat objektif tersebut, juga dikenal adanya syarat subjektif yaitu tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti permulaan yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana.

Dengan demikian jika mengacu pada syarat objektif maka tidak semua tersangka atau terdakwa yang diduga melakukan tindak pidana dapat dilakukan penahanan, harus terlebih dahulu dilihat jenis dan ancaman tindak pidananya. Lebih jauh karena syarat objektif dan syarat subjektif tersebut bersifat kumulatif, maka jikalau dilihat dari jenis dan ancaman tindak pidananya dapat ditahan maka tidak otomatis akan langsung ditahan, harus dilihat juga syarat subjektif dari penahanan itu. Karena hal ini terkait dengan kewenangan dari penyidik, penuntut umum dan hakim, maka syarat subjektif penahanan tersebut ada pada siapa yang berwenangan melakukan penahanan. Singkatnya tidak semua tersangka atau terdakwa ditahan selama menjalani proses hukum perkara pidana.

27. Bahwa, hakekat penahanan adalah penghukuman terhadap seseorang, ketika berbicara bentuk hukuman, kewenangan mengadili atau menghukum seseorang adalah hakim. Hal ini sebagaimana ditegaskan oleh Pasal 183 KUHP yang menyatakan; Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang

sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya.

28. Bahwa, sementara itu pemidanaan berupa hukuman adalah penerapan sanksi pidana berupa penderaan yang dijatuhkan oleh pengadilan yang diatur oleh undang-undang sebagai konsekuensi atas perbuatan yang menurut proses peradilan dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah dilakukan oleh terdakwa. Pemidanaan atau hukuman dalam perkara pidana terdiri dari pidana pokok dan pidana tambahan. Pidana pokok dapat berupa pidana mati, penjara, kurungan, dan denda. Sedangkan untuk pidana penjara dibagi menjadi dua yaitu pidana penjara seumur hidup dan pidana penjara untuk waktu tertentu. Pidana penjara selama waktu tertentu itu sekurang-kurangnya satu hari dan selama-lamanya lima belas tahun, dan dalam hal tertentu bisa menjadi dua puluh tahun dan tidak boleh lebih dari dua puluh tahun.
29. Bahwa, pemidanaan, yang salah satunya berupa pidana penjara selama waktu tertentu itu dilaksanakan apabila putusan pengadilan sudah berkekuatan hukum tetap. Hal ini berbeda dengan penahanan yang harus dilaksanakan segera setelah adanya penetapan penahanan dari yang berwenang melakukan penahanan.
Dari perbedaan penahanan dan pemidanaan di atas, menjadi menarik ketika mengerucut pada jenis penahanan rumah tahanan negara dikaitkan dengan pidana penjara selama waktu tertentu. Dalam pelaksanaannya ada kesamaan diantara keduanya, yaitu tersangka atau terdakwa yang menjalaninya keduanya sama-sama dikekang atau dibatasi kebebasannya dalam suatu tempat yaitu sel dalam rumah tahanan negara dan adanya jangka waktu tertentu. Meskipun penahanan pada hakekatnya bukan merupakan pemidanaan, ketentuan hukum acara mewajibkan untuk mengurangkan masa penahanan yang telah dijalani dari pidana yang dijatuhkan.
30. Bahwa dalam konteks hukum pidana nasional, untuk menegakkan prinsip-prinsip negara hukum khususnya yang terkait dengan perlindungan hak asasi manusia, maka dirumuskanlah Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), yang bertujuan untuk menerapkan suatu hukum acara

yang baru, serta untuk mencapai tegaknya hukum materil dan pencapaian terhadap keadilan yang seadil-adilnya tanpa menghadapi perpecahan antar kepentingan dan penegakan prosedural semata.

31. Bahwa oleh karena itu maka pemberlakuan sistem Hukum Acara Pidana berdasarkan KUHAP haruslah benar-benar disesuaikan standar hak asasi manusia yang telah diratifikasi oleh Negara Republik Indonesia. Dengan demikian pemberlakuan dan penerapan hukum haruslah merupakan suatu sistem kaidah (norma) yang merupakan cerminan dari prinsip negara hukum untuk dan demi keadilan.
32. Bahwa salah satu bentuk tindakan yang memiliki potensi besar untuk dilakukan secara sewenang-wenang dalam pelaksanaan hukum yang dilakukan oleh penyidik dan atau penuntut umum adalah kewenangan untuk melakukan upaya paksa diantaranya adalah upaya penangkapan dan penahanan. Bahwa berdasarkan Pasal 21 ayat (1) KUHAP yang 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" adalah dasar dari kewenangan aparat negara untuk melakukan penangkapan dan penahanan.
33. Bahwa dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 secara tersurat dapat dipahami bahwa perintah penangkapan dan penahanan oleh aparaturnegara tidak memerlukan izin dari pengadilan. Situasi ini secara umum ada kondisi terkini dianggap dapat menimbulkan *Lack of Control* atau minimnya kontrol yang erat kaitannya pada potensi penyalahgunaan kekuasaan oleh aparaturnegara.
34. Bahwa, penahanan yang dialami oleh Pemohon, tentu sangat merugikan hak konstitusional Pemohon. Dengan ditahannya Pemohon, akhirnya Pemohon tidak bisa melanjutkan pekerjaan, padahal Pemohon adalah kepala rumah tangga yang menghidupai anak dan istri. Pemohon meyakini penahanan *a quo* hakekatnya adalah penghukuman terhadap Pemohon.

Sementara Pemohon meyakini yang berhak melakukan penghukuman adalah hakim, bukan penyidik maupun JPU.

35. Bahwa, penahanan terhadap Pemohon yang dilakukan oleh Penyidik dan JPU, sama saja mereka tidak menerapkan prinsip kehati-hatian, tidak menggunakan prinsip bahwa sebelum ada putusan yang berkekuatan hukum tetap, maka tersangka/terdakwa wajib dianggap tidak bersalah.
36. Bahwa, M. Yahya Harahap, Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP, Penyidikan dan Penuntutan, Sinar Grafika, 2009, halaman 273-274, .menguraikan: *Ketua Pengadilan Negeri harus benar-benar mempertimbangkan "relevansi" dan "urgensi" penyitaan secara obyektif berdasarkan Pasal 39 KUHP. Pemberian ijin khusus Ketua Pengadilan atas penyitaan Minuta Akte Notaris berpedoman kepada Petunjuk teknis dan operasional yang digariskan dalam Surat MA No. MA/Pemb/3429/86 (12 April 1986) . Pada prinsipnya minuta Akta menurut Pasal 40 PJN hanya boleh diperlihatkan atau diberi tahu kepada orang yang berkepentingan langsung.*
37. Bahwa, pembentuk UU berlaku tidak adil, di satu sisi Penyidik diberikan kewenangan melakukan penyitaan barang, namun kewenangan a quo mendapatkan kontrol yaitu harus mendapat persetujuan pengadilan sebagai sarana kontrol. Bahwa, kontrol ketua pengadilan pada upaya penyitaan terhadap barang bukti agar penyidik tidak sewenang-wenang. Hal ini sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 38 KUHAP yang menyatakan; (1) Penyitaan hanya dapat dilakukan oleh penyidik dengan surat izin ketua pengadilan negeri setempat. (2) Dalam keadaan yang sangat perlu dan mendesak bilamana penyidik harus segera bertindak dan tidak mungkin untuk mendapatkan surat izin terlebih dahulu, tanpa mengurangi ketentuan ayat (1) penyidik dapat melakukan penyitaan hanya atas benda bergerak dan untuk itu wajib segera melaporkan kepada ketua pengadilan negeri setempat guna memperoleh persetujuannya.
38. Bahwa, yang menjadi pertanyaan adalah, jika di dalam penyitaan yang dilakukan oleh penyidik KUHAP memberika saran kontrol agar penyidik tidak berlaku sewenang-wenang. Kenapa dalam persoalan penahanan yang dilakukan oleh penyidik dan JPU, KUHAP tidak mewajibkan ijin Ketua

Pengadilan? Itu artinya permasalahan kewenangan penahanan yang diberikan kepada penyidik dan penuntut umum menjadi kewenangan yang absolute tanpa kontrol dari lembaga lain apapun.

39. Bahwa, menurut Pemohon, kewenangan penahanan adalah mutlak milik Hakim, bukan Penyidik maupun JPU. Sebab hakimlah yang berwenang atas nama keadilan bisa merampas kemerdekaan seorang Tersangka atau Terdakwa. Jadi Pengujian Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik. dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) mengandung ketidakpastian hukum sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.
40. Bahwa pentingnya kepastian hukum sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tidak hanya dianut dalam tradisi *rechtsstaat*, tradisi *the rule of law* juga memberikan penegasan tentang pentingnya kepastian hukum. *The rule of law* sendiri dimaknai sebagai "*alegal system in which rules are clear, well-understood, and fairly enforced*" sebuah sistem hukum yang jelas (kecil kemungkinan untuk disalahgunakan), mudah dipahami, dan menjaga tegaknya keadilan. Kepastian hukum menjadi salah ciri *the rule of law*, yang di dalamnya mengandung asas legalitas, prediktibilitas, dan transparansi.
41. Bahwa kepastian hukum (*certainty*), salah satunya mengandung pengertian bahwa hukum haruslah dapat diprediksi, atau memenuhi unsur prediktibilitas, sehingga seorang subjek hukum dapat memperkirakan peraturan apa yang mendasari perilaku mereka, dan bagaimana aturan tersebut ditafsirkan dan dilaksanakan.
42. Bahwa, dalam rancangan KUHP, sudah mengatur perubahan kewenangan penahanan, dengan memasukkan hakim Komisaris sebagai lembaga yang berwenang melakukan penahanan pada tingkat penyidikan. Ini menunjukkan jika pada Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) inkonstitusional, sebab kewenangan hakim diambil oleh penyidik dan JPU.

43. Bahwa, menurut Adnan Buyung Nasution artikel/2005, istilah hakim komisaris sebenarnya bukan barang baru di Indonesia, sebab pada saat diberlakukannya *Reglement op de Strafvoerdering*, hal itu sudah diatur dalam title kedua tentang *Van de regter-commissaris* berfungsi pada tahap pemeriksaan pendahuluan sebagai pengawas (*examining judge*) untuk mengawasi apakah tindakan upaya paksa (*dwang middelen*), yang meliputi penangkapan, penggeledahan, penyitaan dan pemeriksaan surat-surat, dilakukan dengan sah atau tidak. Selain itu, dalam *Reglement op de Strafvoerdering* tersebut Hakim Komisaris atau *regter-commissaris* dapat melakukan tindakan eksekutif (*investigating judge*) untuk memanggil orang, baik para saksi (Pasal 46) maupun tersangka (Pasal 47), mendatangi rumah para saksi maupun tersangka (Pasal 56), dan juga memeriksa serta mengadakan penahanan sementara terhadap tersangka (Pasal 62). Akan tetapi setelah diberlakukan *Herziene Indische Reglement* (HIR) dengan Staatsblad Nomor 44 Tahun 1941, istilah *regter-commissaris* tidak digunakan lagi.
44. Bahwa, istilah Hakim Komisaris mulai muncul kembali dalam konsep Rancangan Undang-Undang Hukum Acara Pidana yang diajukan ke DPR pada tahun 1974, pada masa Prof. Oemar Seno Adjie, S.H., menjabat sebagai Menteri Kehakiman. Dalam konsep ini, Hakim Komisaris memiliki wewenang pada tahap pemeriksaan pendahuluan untuk melakukan pengawasan pelaksanaan upaya paksa (*dwang middelen*), bertindak secara eksekutif untuk ikut serta memimpin pelaksanaan upaya paksa, menentukan penyidik mana yang melakukan penyidikan apabila terjadi sengketa antara polisi dan jaksa, serta mengambil keputusan atas keberatan-keberatan yang diajukan oleh pihak-pihak yang dikenakan tindakan. Latar belakang diintrodusirnya Hakim Komisaris adalah untuk lebih melindungi jaminan hak asasi manusia dalam proses pidanan dan menghindari terjadinya kemacetan oleh timbulnya selisih antara petugas penyidik dari instansi yang berbeda. Penangkapan dan penahanan yang tidak sah merupakan pelanggaran serius terhadap hak asasi kemerdekaan dan kebebasan orang. Penyitaan yang tidak sah merupakan pelanggaran serius terhadap hak milik orang, dan penggeledahan yang tidak sah

merupakan pelanggaran terhadap ketentraman rumah tempat kediaman orang.

45. Bahwa, jika diteliti lebih jauh, dasar pemikiran adanya hakim komisaris dalam sistem Eropa Kontinental, antara lain Belanda, sebenarnya tidak bisa dilepaskan daripada fungsi hukum acara pidana yang bertujuan mencari dan menemukan kebenaran sejati serta menjalankan atau melaksanakan hukum pidana materiil. Hukum pidana materiil memiliki asas fundamental bahwa tidak ada suatu tindak pidana tanpa ada undang-undang yang mengatur sebelumnya (*nullum delictum nulla poena praviae siena lege poenali*). Asas ini yang dimuat dalam Pasal 1 *Wetboek van Straftrecht Belanda*, mempengaruhi keseluruhan proses hukum acara pidana, baik di dalam penyidikan, penuntutan maupun penggeledahan.
46. Bahwa, untuk seseorang yang dinyatakan sebagai tersangka atau terdakwa, maka hukum acara mensyaratkan harus adanya dugaan keras bahwa orang tersebut bersalah melakukan suatu tindak pidana. Begitu pula seseorang yang ditahan harus dipenuhi syarat bahwa ada cukup bukti bahwa orang tersebut bersalah terhadap tindak pidana yang dilakukannya. Demikian juga didalam hal memasuki rumah seseorang (menggeledah), harus ada dugaan keras bahwa telah terjadi tindak pidana. Sebab, jika tidak dipenuhi syarat-syarat tersebut maka pihak tersangka dapat melakukan perlawanan (*verzet*) yang dapat dibenarkan hakim.
47. Bahwa, dapat dimengerti munculnya fungsi hakim komisaris dalam sistem Eropa Kontinental seperti Belanda bertujuan mengawasi jalannya proses hukum acara pidana khususnya pelaksanaan wewenang pihak eksekutif, dalam hal ini pihak penyidik dan penuntut umum yang dalam rangka mencari bukti pada pemeriksaan pendahuluan melakukan tindakan-tindakan upaya paksa berupa penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan dan pembukaan surat-surat. Dengan demikian pengawasan hakim komisaris ini pada dasarnya merupakan hak kontrol dari pihak yudikatif (*control van rechterlijkemacht*) terhadap eksekutif. Karena itulah hakim diberi wewenang yang demikian luas mencampuri bidang tugas penyidik maupun penuntut umum dalam hal pemeriksaan pendahuluan.

48. Sekalipun demikian di Negeri Belanda sendiri sampai sekarang, masih menjadi persoalan sampai sejauh mana batasan wewenang hakim komisaris dalam mengawasi pemeriksaan pendahuluan, karena dianggap mencampuri bidang eksekutif yaitu bidang penyidikan yang merupakan wewenang penyidik dan atau kejaksaan selaku penuntut umum. Sebab, misalnya dikhawatirkan pada saat seorang hakim komisaris memasuki bidang eksekutif dan harus berhadapan dengan masalah kebijakan, maka hakim tidak akan bisa lagi bersikap netral.
49. Bahwa, Hakim Komisaris menurut RUU KUHAP memiliki kewenangan yang lebih luas dari Praperadilan. Menurut Pasal 75 RUU KUHAP Hakim Komisaris memiliki tugas dan kewenangan untuk (a) menentukan perlu tidaknya diteruskan penahanan yang dilakukan oleh Penyidik atau Penuntut Umum; (b) menentukan perlu tidaknya penghentian penyidikan atau penuntutan yang dilakukan oleh Penyidik atau Penuntut Umum; (c) menentukan perlu tidaknya pencabutan atas penghentian penyidikan atau penuntutan yang dilakukan oleh Penyidik atau Penuntut Umum; (d) menentukan sah atau tidaknya suatu penyitaan, penggeledahan tempat tinggal atau tempat yang lain yang bukan menjadi milik Tersangka; (e) memerintahkan Penyidik atau Penuntut Umum membebaskan tersangka atau terdakwa dari tahanan sebelum berakhir masa penahanan tersebut, jika terdapat dugaan kuat adanya penyiksaan atau kekerasan pada tingkat penyidikan atau penuntutan.
50. Bahwa, tugas dan wewenang Hakim Komisaris tersebut dilakukan dengan permohonan atau tanpa permohonan oleh tersangka atau terdakwa, keluarga, atau kuasanya kepada Hakim Komisaris. Dengan demikian tindakan Hakim Komisaris pada tahap pemeriksaan pendahuluan bersifat aktif, dan berfungsi baik sebagai *examining judge* maupun *investigating judge*.
51. Bahwa pada dasarnya setiap tindakan upaya paksa, seperti penangkapan, penggeledahan, penyitaan, penahanan, dan penuntutan yang dilakukan dengan melanggar peraturan perundang-undangan adalah suatu tindakan perampasan hak asasi manusia, sehingga dengan adanya praperadilan diharapkan pemeriksaan perkara pidana dapat berjalan sesuai dengan

peraturan hukum yang berlaku. Pengawasan oleh pengadilan negeri sebagai badan peradilan tingkat pertama dimaksudkan untuk mengontrol, menilai, menguji, dan mempertimbangkan secara yuridis, apakah dalam indakan upaya paksa terhadap tersangka/terdakwa oleh penyidik/penyidik atau penuntut umum telah sesuai dengan KUHAP.

52. Bahwa, meskipun permohonan ini diajukan untuk kepentingan Pemohon, tetapi jika permohonan *a quo* dikabulkan oleh Mahkamah, maka ketentuan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP berlaku untuk umum, sehingga penyidik dan JPU tidak berwenang melakukan penahanan tersangka. Bahwa, ketentuan *a quo* juga berlaku pada KOMISI PEMBERANTASAN KORUPSI (KPK). Sebab penahanan yang dilakukan oleh penyidik dan JPU pada KPK juga menggunakan ketentuan KUHAP sebagaimana ditegaskan di dalam Pasal 38 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

(1) Segala kewenangan yang berkaitan dengan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana berlaku juga bagi penyidik, penyidik, dan penuntut umum pada Komisi Pemberantasan Korupsi.

(2) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana tidak berlaku bagi penyidik tindak pidana korupsi sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang ini.

53. Bahwa, kekuasaan kehakiman sebagaimana ditegaskan di dalam Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 adalah merdeka, merdeka bermakna bahwa hakim di dalam membuat keputusan tidak tergantung oleh siapapun, tidak harus koordinasi dengan siapapun, tidak tunduk kepada atasan dan lain lain. Hakim berbeda dengan penyidik, dan JPU yang mereka punya atasan, ketika mau buat keputusan untuk menahan Tersangka masih harus dikonsultasikan dengan atasannya. Hal ini tentu tidak tepat jika kewenangan melakukan penahanan diberikan kepada penyidik maupun Jaksa.

54. Bahwa, kemerdekaan kekuasaan kehakiman, sejalan dengan makna, bahwa hakim adalah wakil Tuhan. Maka keputusan hakim harus dimaknai

sebagai keputusan yang benar, yang adil karena hakim adalah representasi wakil Tuhan.

55. Bahwa, jika ada orang salah tangkap, salah menahan atau diadili, penyidik dan JPU bisa dipidana atas kesalahannya sebagaimana ditegaskan di dalam Pasal 9 UU Nomor 48 Tahun 2009. Sementara jika hakim salah dalam memutus perkara tidak bisa diberikan sanksi kecuali jika hakim melakukan pelanggaran kode etik, itupun sanksinya tidak berpengaruh terhadap keputusan yang sudah dibuat.

Pasal 9 UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

- (1) Setiap orang yang ditangkap, ditahan, dituntut, atau diadili tanpa alasan berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkannya, berhak menuntut ganti kerugian dan rehabilitasi.
 - (2) Pejabat yang dengan sengaja melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipidana sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
 - (3) Ketentuan mengenai tata cara penuntutan ganti kerugian, rehabilitasi, dan pembebanan ganti kerugian diatur dalam undang-undang.
56. Bahwa, berdasarkan argumentasi di atas, menjadi jelas dan terang jika Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP merugikan hak konstitusional Pemohon, sebab akibat berlakunya pasal *a quo* Pemohon yang disangka melanggar Pasal 263 KUHP, *juncto* Pasal 311 *juncto* Pasal 317 KUHP akhirnya ditahan oleh penyidik dan dilanjutkan oleh JPU. Bahwa, jika Pasal *a quo* tidak berlaku tentu Pemohon tidak mengalami kerugian konstitusional.
57. Bahwa, ada yang berpendapat jika Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) dibatalkan oleh Mahkamah akan terjadi kekosongan hukum. Bahwa, untuk menghindari terjadinya kekosongan hukum Pemohon memberikan alternatif pilihan.

Pertama, bahwa pasal *a quo* dinyatakan bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang belum ada aturan baru mengenai kewenangan penahanan dilakukan oleh hakim komisaris. Maka penyidik dan JPU masih berwenang melakukan penahanan. Hal ini pernah dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan lembaga peradilan PILKADA vide Putusan MK Nomor 97/PUU-XI/2013 dimana dalam putusan *a quo*, MK menyatakan Mahkamah Konstitusi tidak berwenang mengadili sengketa Pilkada, tetapi agar tidak terjadi kekosongan hukum, sepanjang sebelum ada peradilan khusus terkait sengketa pilkada. Maka sengketa pilkada akan ditangani Mahkamah Konstitusi.

58. Bahwa, pilihan ke dua adalah, setelah Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, presiden mengeluarkan Peraturan Pengganti Undang-undang (PERPU) yang mengatur hukum acara persidangan dan kewenangan hakim komisaris dalam melakukan penahanan terhadap Tersangka.
59. Bahwa, melalui pertimbangan-pertimbangan di atas, menurut Pemohon Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik. dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) mencerminkan perbedaan kedudukan dan perlakuan (*unequal treatment*), ketidakadilan (*injustice*), ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*), dan bersifat diskriminatif terhadap Pemohon.
60. Bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas, maka Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik. dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) merugikan hak hak konstitusional Pemohon dan Pemohon menganggap pasal *a quo* bertentangan dengan UUD 1945 khususnya Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.

61. Bahwa, dengan demikian ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28 Dayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. harus dinyatakan "*tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat*".

Petitim

Berdasarkan segala yang diuraikan di atas, Pemohon memohon agar Mahkamah Konstitusi memberikan putusan yang amarnya sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon seluruhnya;
2. Menyatakan:

Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

4. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;

Atau, apabila Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.2] Menimbang bahwa untuk menguatkan dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-6 sebagai berikut:

1. Bukti P-1 : Fotokopi Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

2. Bukti P-2 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana;
3. Bukti P-3 : Fotokopi Surat Perintah Penahanan Nomor SP. Han/02/I/2016/ Ditreskrimum, bertanggal 15 Januari 2016;
4. Bukti P-4 : Fotokopi Surat Perintah Penangkapan Nomor SP. Kap/02/I/2016/ Ditreskrimum, bertanggal 14 Januari 2016;
5. Bukti P-5 : Fotokopi Surat dari Kepolisian Negara Republik Indonesia Daerah Jawa Timur, kepada Kepala Kejaksaan Tinggi Jawa Timur, bertanggal 25 Juni 2015;
6. Bukti P-6 : Fotokopi Kartu Advokat dari Peradi, atas nama Sutarjo, SH., MH.

Selain itu Pemohon mengajukan ahli yang didengar keterangannya di depan persidangan pada tanggal 5 Maret 2018 dan juga menyerahkan keterangan tertulisnya yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

Dr. Nurul Ghufron, S.H., M.H.

Konstitusi dan HAM

Cita-cita luhur pendiri Bangsa Indonesia, sebagaimana dinyatakan dalam pembukaan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD 1945), yaitu: melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia; memajukan kesejahteraan umum; mencerdaskan kehidupan bangsa; ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Dalam tujuan bangsa tersebut ada dua hal yang sangat bersinggungan dengan hukum dari pilar-pilar pokok berdirinya bangsa dan Negara Republik Indonesia, yakni perlindungan bagi segenap bangsa dan keadilan sosial (*social justice*) – yang karenanya Indonesia mendeklarasikan diri sebagai Negara hukum.

Pilihan Indonesia menjadi bagian dari negara hukum (konstitusi) adalah dalam rangka menjamin dan melindungi hak-hak asasi manusia. Konstitusi merupakan kesepakatan dasar tentang prinsip-prinsip dasar penyelenggaraan negara, hak-hak warga negara yang harus dilindungi. Konstitusionalisme, adalah sebuah paham mengenai pembatasan kekuasaan dan jaminan hak-hak rakyat melalui konstitusi. Dalam pengertian yang jauh lebih luas jangkauannya, menurut

Soetandyo, ide konstitusi disebutnya sebagai konstitutionalisme, dan digambarkan bahwa paradigma hukum perundang-undangan sebagai penjamin kebebasan dan hak yaitu dengan cara membatasi secara tegas dan jelas mana kekuasaan yang terbilang kewenangan (dan mana pula yang apabila tidak demikian harus dibilang sebagai kesewenang-wenangan) inilah yang di dalam konsep moral dan metayuridisnya disebut “konstitutionalisme”.

Prinsip dasar dari negara hukum adalah adanya pemberian jaminan perlindungan, dan penghormatan terhadap HAM. HAM secara jelas diatur dalam konstitusi UUD 1945 pasca Amandemen. Dalam UUD 1945 yang diamandemen, HAM secara khusus diatur dalam Bab XA, mulai Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J. Dalam penegakan hukum Prinsip ini dalam konstitusi kita tertuang dalam Pasal 27 UUD 1945, bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan itu tanpa terkecuali.

Manifestasi dari negara memberikan perlindungan dan perlakuan yang sama di hadapan hukum adalah dengan membangun sebuah sistem penegakan hukum. Sistem penegakan hukum merupakan sebuah sistem yang dibangun untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup yang selaras dengan kaidah, dalam hal ini kaidah hukum/peraturan perundang-undangan, yang berlaku dalam masyarakat.

Secara makro penegakan hukum adalah penerapan hukum di berbagai aspek kehidupan berbangsa dan bernegara guna mewujudkan ketertiban dan kepastian hukum yang berorientasi pada keadilan sosial. Sedangkan dalam pengertian mikro, yang sering kita asumsikan sebagai penegakan hukum dapat diartikan sebagai rangkaian kegiatan di dalam sistem peradilan (khususnya pidana) yang bersifat preventif, represif dan edukatif. Penegakan hukum dimulai dari proses menentukan tujuan, menyusun peraturan dan melaksanakannya merupakan proses dari kebijakan hukum. Kebijakan hukum secara umum dapat dimaknai prinsip-prinsip umum yang berfungsi untuk mengarahkan pemerintah (dalam arti luas termasuk penegak hukum) mengelola, mengatur atau menyelesaikan urusan-urusan publik, masalah-masalah masyarakat atau bidang penyusunan peraturan perundang-undangan dan mengalokasikan hukum/

peraturan dengan suatu tujuan (umum) yang mengarah pada upaya mewujudkan kesejahteraan atau kemakmuran masyarakat (warga negara).

Berdasarkan pemikiran tersebut dapat ditarik benang merah bahwa:

1. Salah satu tujuan Negara Indonesia adalah untuk melindungi segenap bangsa Indonesia, setidaknya perlindungan tersebut dalam perlindungan, penghormatan dan pemenuhan hak-hak dasar;
2. Pilihan bangsa Indonesia sebagai negara hukum adalah untuk melindungi warga Negara dalam penyelenggaraan Negara oleh pemerintah agar tidak terjadi kesewenangan dan penyalahgunaan wewenang atas nama negara;
3. Penegakan hukum adalah upaya menegakkan dan melindungi hak-hak dasar warga negara, jangan sampai proses menegakkan dan melindungi hak dasar warga tersebut melanggar hak-hak warga negara yang lain, karena itu kita menegakkan prinsip penegakan hukum dilaksanakan secara *due proses of law* (penegakan hukum berdasarkan hukum);

Permasalahan

Dalam kesempatan ini, opini kami buat untuk memberikan sumbangsih pemikiran mengenai, bagaimana sesungguhnya Penahanan seharusnya dilakukan dalam Negara hukum yang melindungi HAM berdasarkan UUD 1945. Opini ini kami susun atas permintaan pemohon Uji Materiil mengenai Penahanan dalam pemeriksaan pidana sebagaimana diatur dalam KUHAP.

Apa itu penahanan?

Memulai pembahasan ini, kami uraikan dari apa definisi dan pelaksanaan penahanan. **Penahanan** adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya, dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini (Pasal 1 angka 21 KUHAP).

Dalam praktiknya, seringkali status tahanan menjadi berkepanjangan karena proses pemeriksaan di pihak kepolisian masih berjalan. Menurut Pasal 7 ayat (1) huruf d KUHAP, penyidik (dalam hal ini kepolisian) karena kewajibannya memiliki wewenang melakukan penahanan. Selain itu, penahanan juga bisa dilakukan oleh penuntut hukum atau hakim sesuai tahapan proses peradilan pidana (Pasal 20 KUHAP).

Pelaksanaan Penahanan ada tiga jenis, yaitu penahanan rumah tahanan negara, penahanan rumah, dan penahanan kota. Penahanan rumah dilaksanakan di rumah tempat tinggal atau rumah kediaman tersangka atau terdakwa dengan mengadakan pengawasan terhadapnya untuk menghindarkan segala sesuatu yang dapat menimbulkan kesulitan dalam penyidikan, penuntutan atau pemeriksaan di sidang pengadilan. Penahanan kota dilaksanakan di kota tempat tinggal atau tempat kediaman tersangka atau terdakwa, dengan kewajiban bagi tersangka atau terdakwa melapor diri pada waktu yang ditentukan.

Sehingga secara mudah dapat disimpulkan sesungguhnya Penahanan merupakan pembatasan kebebasan terhadap warga negara yang diduga melakukan tindak pidana, seorang warga negara yang belum ditentukan kebersalahan atas dugaan perbuatan yang sedang diperiksa. Pelanggaran atas hak warga untuk bebas beraktivitas dan bergerak. Penahanan adalah pelanggaran atas HAM nya warga Negara untuk proses hukum.

Masa jangka waktu penahanan, KUHAP membedakan antara tahap penyidikan, penuntutan atau pemeriksaan di sidang pengadilan. Penyidik dapat menahan tersangka paling lama 20 hari dan dapat diperpanjang paling lama 40 hari. Penuntut umum dapat menahan tersangka paling lama 20 hari dan dapat diperpanjang hingga paling lama 30 hari. Hakim pengadilan negeri dapat menahan terdakwa paling lama 30 hari dan dapat diperpanjang hingga 60 hari. Hakim pengadilan tinggi dapat menahan terdakwa paling lama 30 hari dan dapat diperpanjang hingga 60 hari. Hakim mahkamah agung dapat menahan terdakwa paling lama 50 hari dan dapat diperpanjang hingga paling lama 60 hari (Pasal 24, 25, 26, 27 dan Pasal 28).

Tujuan penahanan dapat kita temui pengaturannya dalam Pasal 20 KUHAP, yakni:

- a. Untuk kepentingan penyidikan,
- b. Untuk kepentingan penuntutan,
- c. Untuk kepentingan pemeriksaan hakim di sidang pengadilan;

Fungsi dilakukannya penahanan dapat kita ketahui secara implisit dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP yang mengatakan 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. Jadi, fungsi dilakukannya penahanan itu adalah mencegah agar tersangka atau terdakwa tidak melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana.

Penahanan adalah Pembatasan Kebebasan/Pelanggaran HAM

Penahanan merupakan penempatan dan pembatasan pada batas tempat tertentu, sehingga membatasi seseorang untuk memenuhi kebutuhannya:

1. Bekerja;
2. Berkomunikasi dan berhubungan dengan orang lain;
3. Memenuhi kebutuhan biologis;
4. Stigma sosial sebagai orang bersalah;
5. Kehilangan hak tertentu (mundur/berhenti dari jabatan tertentu/ tidak dapat mengajukan untuk jabatan tertentu)

Sehingga secara realita penahanan yang membatasi tersangka pada tempat tertentu, merupakan pembatasan/pelanggaran atas HAM nya warga Negara. Prinsip fundamental dalam upaya untuk memenuhi, menjamin dan melaksanakan hak asasi manusia baik dibidang hak sipil, politik, ekonomi, sosial, hukum dan budaya adalah prinsip proporsionalitas. Prinsip proporsionalitas, dan *nessesity* yang mempunyai tiga unsur penting:

1. Sebuah peraturan perundang-undangan yang dibuat harus bertujuan untuk melindungi hak asasi setiap manusia secara adil tanpa diskriminasi.
2. Jika ada pembatasan terhadap hak asasi manusia, harus sesuai dengan prinsip umum pembatasan hak asasi manusia, yakni untuk melindungi kepentingan, keamanan dan ketertiban umum serta melindungi hak fundamental orang lain.
3. Pembatasan harus berdasarkan hukum yang berlaku dan merupakan instrumen terakhir yang harus dipilih semata-mata melihat kepentingan umum yang mendesak.

Mekanisme Penahanan dan kewenangannya

Mekanisme dan kewenangan penahanan selama ini dipertautkan kepada dalam fase pemeriksaan apa penahan dilakukan, maka penahan dilakukan oleh

penegak hukum yang bertanggung jawab pada fase tersebut, sebagaimana dalam Pasal 20 KUHAP, yakni:

- a) Untuk kepentingan penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik berwenang melakukan penahanan;
- b) Untuk kepentingan penuntutan, penuntut umum berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan;
- c) Untuk kepentingan pemeriksaan hakim di sidang pengadilan dengan penetapannya berwenang melakukan penahanan.

Sehingga penahanan dilakukan secara langsung oleh penegak hukum yang memeriksanya.

Status dan konsekuensi Penahanan

Tanggung jawab yuridis penahanan untuk setiap tahapan pemeriksaan adalah pada Penegak hukum yang berwenang melakukan penahanan. Dalam Hal penyidikan yang bertanggung jawab penyidik, dalam hal penuntutan yang bertanggung jawab JPU. Dalam hal pemeriksaan sidang acara biasa berada pada pengadilan sejak perkara tersebut di limpahkan sedangkan untuk acara pemeriksaan acara singkat sejak saat penyidikan perkara tersebut.

Sejak putusan berkekuatan hukum tetap status terdakwa beralih menjadi narapidana. Terhadap putusan bebas atau putusan lepas dari tuntutan hukum dimana Jaksa Penuntut Umum mengajukan kasasi terdakwa harus dikeluarkan dari tahanan demi hukum.

Konsekuensi masa penangkapan dan atau penahanan terhadap masa pidana adalah dikurangkan seluruhnya dari pidana yang dijatuhkan. Untuk penahanan kota pengurangan tersebut seperlima dari jumlah lamanya waktu penahanan sedangkan untuk penahanan rumah sepertiga dari jumlah lamanya waktu penahanan (Pasal 22). Berdasarkan Pasal 238 KUHAP ayat (2) dalam penjelasannya dinyatakan Jika penahanan yang dikenakan kepada pembanding mencapai jangka waktu yang sama dengan pidana yang dijatuhkan oleh pengadilan negeri kepadanya, ia harus dibebaskan seketika itu.

Apabila masa penahanan telah sama dengan pidana penjara yang diputuskan oleh Pengadilan maka terdakwa dikeluarkan dari tahanan demi hukum.

Apabila lamanya terdakwa ditahan telah sesuai dengan pidana penjara yang diputuskan oleh Pengadilan Tinggi, maka Ketua Pengadilan Negeri dapat

memerintahkan terdakwa dikeluarkan dari tahanan demi hukum. Surat perintah tersebut tembusannya dikirim ke Mahkamah Agung dan Jaksa kalau perkaranya kasasi. Apabila dalam tingkat banding, maka lamanya penahanan telah sama dengan pidana yang dijatuhkan Pengadilan Negeri, maka Ketua Pengadilan Negeri dapat mengeluarkan dari tahanan atas izin Ketua Pengadilan Tinggi.

Hal ini artinya masa penahanan diperhitungkan sebagai masa menjalani pemidanaan. Padahal semestinya jika konsisten bahwa penahan merupakan mekanisme hukum yang memiliki *ratio legis* tersendiri yaitu dalam rangka tujuan untuk menjamin agar tersangka tidak melarikan diri, mengulang perbuatan pidana atau akan menghilangkan alat bukti, dengan demikian penahan memiliki rasionalitas tersendiri yang tidak bisa ditautkan dengan masa pemidanaan.

Sebaliknya jika masa penahanan diperhitungkan sebagai masa pemidanaan akan menimbulkan kekacauan kewenangan penentuan masa pemidanaan yang merupakan wewenang hakim, berkurang wewenang ini karena harus mengakomodir masa penahanan yang telah dilakukan oleh Penyidik dan JPU. Bahkan terkesan Penyidik dan JPU telah *me-vaitkomply* (menjebak) hakim baik untuk menentukan kebersalahannya dan menentukan masa pemidanaan yang merupakan wewenang hakim namun secara struktural dikurangi oleh wewenang penahanan penyidik dan JPU.

Sehingga adalah seharusnya bahwa penahanan yang secara hukum mengurangi masa pemidanaan dilakukan atas seijin hakim (ketua pengadilan).

Hakim sebagai wakil Tuhan yang berwenang membatasi HAM

Sejarah sistem organisasi negara, sejak dalam konsep teori kedaulatan Tuhan sampai pada konsep negara modern. Pembatasan kebebasan warga/ pembatasan HAM diberikan kepada Hakim. Dalam konsep teori negara kedaulatan Tuhan, yang berkembang pada abad ke 5 hingga 16 di Eropa. Saat itu, muncul dua organisasi kekuasaan yaitu organisasi kekuasaan negara yang dipimpin oleh raja dan organisasi kekuasaan gereja yang dipimpin oleh Paus. Negara memandang bahwa yang menjadi wakil Tuhan di dunia adalah Raja. Sedangkan organisasi kekuasaan gereja berasumsi bahwa yang menjadi wakil Tuhan adalah Paus. Namun dari kedua sumber kedaulatan tersebut kedua teori ini melimpahkan kuasa untuk mencabut dan membatasi hak seseorang kepada Hakim.

Seiring perkembangan zaman, konsep ini berkembang menjadi teori Kedaulatan Negara dan berevolusi menjadi teori Kedaulatan Rakyat. Seiring gerak sejarah, beragam teori ini pun masuk ke Indonesia dan menjadi bagian dari konstitusi Indonesia sekarang. Dalam organisasi Negara modern, berkembang dua model system peradilan yang major, yaitu *Anglo saxon* dan *common law*. Dalam dua model system peradilan dunia ini:

1. *Anglo saxon* peran seorang hakim yang memutus bersalah atau tidak bersalahnya seseorang (*guilty or not guilty*) dan menentukan berapa lama sanksi pidana yang merupakan perampasan HAM dijatuhkan.
2. *Common Law* penentuan bersalah tidak bersalahnya seorang terdakwa itu oleh sekumpulan juri (*jurors*), hakim yang menentukan berapa lama atau apa bentuk hukuman kepada seorang terdakwa itu.

Berdasarkan uraian di atas baik dalam sejarah system negara kedaulatan tuhan maupun negara modern, pembatasan HAM adalah wewenang hakim, bukan pada lembaga pemerintahan (*executive*) pun lembaga legislative.

Penyitaan untuk mengamankan Barang seijin Ketua Pengadilan.

Membandingkan dengan proses penyitaan yang tujuannya juga untuk menjaga agar barang tidak diganggu selama proses pemeriksaan hampir setujuan dengan penahanan. Perbedaannya penyitaan atas barang dan penahanan atas orang.

Berdasarkan Pasal 1 angka 16 KUHAP, yaitu:

“Penyitaan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mengambil alih dan atau menyimpan di bawah penguasaannya benda bergerak atau tidak bergerak, berwujud atau tidak berwujud untuk kepentingan pembuktian dalam penyidikan, penuntutan dan peradilan”.

Sehingga secara jelas Penyitaan termasuk dalam salah satu upaya paksa (*dwang middelen*) yang dapat melanggar Hak Asasi Manusia, maka sesuai ketentuan Pasal 38 KUHAP, Penyitaan hanya dapat dilakukan oleh penyidik dengan izin dari Ketua Pengadilan Negeri setempat, namun dalam keadaan mendesak, Penyitaan tersebut dapat dilakukan penyidik lebih dahulu dan kemudian setelah itu wajib segera dilaporkan ke Ketua Pengadilan Negeri, untuk memperoleh persetujuan.

Mencermati tatacara pelaksanaan penyitaan yang merupakan pengamanan atas barang dilakukan dengan cara yang sangat etis dan menghormati HAM yaitu dengan ijin ketua pengadilan. Namun penahanan yang merupakan pembatasan/ pelanggaran HAM warga dilakukan secara langsung oleh Penyidik dan JPU tanpa memerlukan ijin Ketua PN.

Dengan itu dapat ditarik benang merah bahwa penyitaan adalah sebanding tujuannya dengan penahanan, namun mekanisme penyitaan jika dibandingkan dengan penahanan dalam hal ini menunjukkan perlakuan hukum yang tidak selayaknya dan tidak adil yang bertentangan dengan kepastian hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 27 UUD 1945.

Realita Dampak Sosial Penahanan

Penahanan adalah suatu fase dalam pemeriksaan perkara pidana yang sangat ditakuti dan karenanya tersangka akan melakukan apapun untuk dapat terhindar dari penahanan ini, akibat hal ini penahanan kemudian menimbulkan dampak ikutan yang lebih krusial. Keresahan masyarakat tersebut dapat diterima sebagai keresahan hukum karena menunjukkan antara norma dan implementasi penahanan meninggalkan masalah, yaitu:

1. Terdapat syarat objektif dan syarat subjektif yang mengakibatkan ketidakpastian hukum, syarat subjektif itu terdiri dari penilaian apakah tersangka memiliki keadaan yang menimbulkan kekhawatiran akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana. Penilaian ini tidak ada indikator mengapa tersangka dikhawatiri akan melarikan diri, dalam banyak kasus barang bukti sudah disita semua dan juga tindak pidananya bukan tindak pidana yang memungkinkan diulangi namun tetap tersangka ditahan;
2. Masa penahanan dan perpanjangan masa penahanan semestinya untuk kepentingan pemeriksaan, namun masih banyak kasus pemeriksaan sudah selesai atau bahkan pada masa perpanjangan penahanan ditambah namun dalam masa penahanan dan perpanjangannya tersangka tidak juga dilakukan pemeriksaan apapun;
3. Dalam beberapa kasus tertentu bahkan penahanan dijadikan standard yang baku (wajib) ketika seseorang ditetapkan sebagai tersangka, penahan yang semestinya berdasar kebutuhan pemeriksaan namun terhadap tersangka yang

sudah diperiksa pun (tidak memiliki alasan untuk ditahan) tetap dilakukan penahanan. Hal ini bertentangan dengan prinsip *nesesity* (hanya karena kebutuhan).

4. Penahanan menimbulkan stigma bagi tersangka sebagai pihak yang bersalah dihadapan masyarakat dan bagi hakim pun seakan terbebani untuk kemudian memutus salah tersangka karena tersangka sudah ditahan.
5. Penahanan dengan segala ketidak jelasan dan ketidak pastian merupakan sisi gelap sistem peradilan pidana, untuk tidak ditahan atau dibantarkan cenderung menimbulkan korupsi dalam penegakan hukum.

Penahanan dibeberapa negara

Penahanan di Perancis dilakukan oleh hakim khusus untuk melakukan penahanan yang disebut *juge des liberte at de la detention* (hakim pembebasan dan penahanan). Sehingga penentuan tersangka ditahan atau tidak adalah *juge des liberte at de la detention*.

Di Amerika, menurut **Prof. Dr. iur. Stephen C. Thaman** mengingatkan dan kritikan atas Rancangan KUHAP, agar hal tersebut disesuaikan dengan **ICCPR** yang telah diratifikasi oleh Indonesia, sehingga toleransinya hanya sampai dua kali dua puluh empat jam penahanan yang dilakukan oleh penyidik. Selibhnya ditambahkan pada hakim komisariss, sehingga penahanan oleh Hakim Komisariss yang kemudian dapat diperpanjang oleh hakim Pengadilan Negeri. Hakim Pengadilan Negeri dapat memperpanjang menjadi 3 kali 30 hari. Jaksa tidak melakukan penahanan, akan tetapi dia memegang formulir penahanan, baik yang dilakukan oleh hakim komisariss maupun oleh hakim Pengadilan Negeri, karena pada prinsipnya menurut **ICCPR**, hakimlah yang berwenang melakukan penahanan. Akan tetapi bagaimana pun juga penuntut umumlah yang mengajukan permohonan kepada hakim.

Akan tetapi sejak diratifikasikannya **Internasional Covenant on Civil and Political Rights** yang menunjukkan pada Pasal 9 bahwa jika penyidik melakukan penangkapan, maka *promptly* harus membawa tersangka (secara fisik) ke hakim yang akan melakukan penahanan. Bahwa *promptly* itu artinya maksimum dua kali dua puluh empat jam atau *a couple of days*, kecuali untuk terorisme. **Prof. D. Schaffmeister** dan **N. Keijzer** Penahanan dilakukan dengan membawa secara fisik oleh polisi ke kantor kejaksaan.

Lama masa penahanan di Perancis penahanan oleh penyidik hanya berlangsung satu kali dua puluh empat jam yang diperpanjang oleh jaksa satu kali dua puluh empat jam.

Selanjutnya penahanan oleh hakim khusus yang disebut *juge des liberte et de la detention* (hakim pembebasan dan penahanan). Jika diperhatikan kata *liberte* (pembebasan) disebut lebih dulu dari *detention* (penahanan), yang artinya penahanan itu *ultimum remedium* (obat terakhir). Hakim pembebasan dan penahanan ini dapat mengeluarkan perpanjangan penahanan sampai 400 hari. Tersangka dibawa secara fisik oleh polisi disertai penuntut umum yang memohon perpanjangan penahanan. Penasihat hukum boleh hadir pula dan memohon jangan dilakukan penahanan dengan alasan tertentu. Saat itu juga hakim itu menentukan tersangka ditahan atau tidak yang hampir tidak ada permohonan penahanan yang ditolak.

Kesimpulan

1. Penahan adalah pelanggaran HAM, yang seharusnya dilakukannya atas perintah, persetujuan atau ijin dari Hakim, dengan ditunjukkan tersangka secara fisik dihadapan Hakim.
2. Penahanan hanya untuk tujuan tertentu dengan syarat yang jelas dan terukur;
 - a. Perlindungan bagi masyarakat, korban dan diri tersangka;
 - b. Perlindungan atas proses penegakan hukum; (melarikan diri, menghilangkan alat bukti)
3. Penangguhan penahanan dimudahkan dengan dasar tidak lagi dipenuhi prasyarat penahanan atau telah terpenuhinya tujuan penahanan. Demikian halnya dengan perpanjangan penahanan harus dipastikan diperketat dengan memastikan bahwa proses pemeriksaan sebelumnya memang tidak cukup waktu, tidak boleh diperpanjang penahanan jika tidak tampak kinerja pemeriksaan sebelumnya;
4. Penahanan adalah ultimum remedium, tidak boleh ada hukum acara yang memastikan harus ditahan dalam status tersangka pada kasus tertentu, kewenangan penahanan hanya kepentingan pemeriksaan bukan karena status/ jenis tindak pidananya;
5. Masa penahan yang dikurangkan terhadap masa pemidanaan dengan demikian kewenangan Hakim telah direduksi oleh wewenang Penyidik dan

Penuntut umum, oleh karena itu penahanan oleh penyidik dan penuntut umum harus dilakukan seijin Hakim.

6. keadilan itu adalah perlakuan yang sama kepada subyek dan atas perbuatan yang sama, penahanan adalah setuju dengan penyitaan, sementara mekanisme penahanan yang merupakan pembatasan atas orang dilakukan secara langsung, sementara penyitaan yang hanya membatasi barang dilakukan seijin ketua PN.

Oleh karenanya Penahanan sebagaimana diatur dalam KUHAP yang dilakukan oleh Penyidik dan Penuntut Umum harus dinyatakan melanggar mekanisme pembatasan HAM dan karenanya bertentangan dengan prinsip-prinsip penegakan HAM sebagaimana diatur dalam Pasal 28C, Pasal 28G ayat (1), Pasal 29 ayat (1) UUD 1945. Atau Penahanan sebagaimana diatur dalam KUHAP yang dilakukan oleh Penyidik dan Penuntut Umum konstitusional sepanjang dilakukan dengan se-ijin Ketua Pengadilan negeri setempat.

[2.3] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Presiden menyampaikan keterangan lisan di depan persidangan dan juga menyerahkan keterangan tertulis serta keterangan tertulis tambahan yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

I. Pokok Permohonan Pemohon

Bahwa pada pokoknya Pemohon mengajukan permohonan uji materi atas ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11 dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP yang dianggap bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Adapun bunyi ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11 dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP sebagai berikut:

Pasal 7 ayat (1) huruf d KUHAP:

(1) Penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) huruf a karena kewajibannya mempunyai wewenang:

d. melakukan penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan;

Pasal 11 KUHAP

Penyidik pembantu mempunyai wewenang seperti tersebut dalam Pasal 7 ayat (1), kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik.

Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP

- (1) *Untuk kepentingan penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 berwenang melakukan penahanan.*
- (2) *Untuk kepentingan penuntutan, penuntut umum berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan.*

bertentangan dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 sebagai berikut:

Pasal 24 ayat (1) UUD 1945

Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Dengan alasan-alasan sebagai berikut:

1. Bahwa jika seseorang Tersangka kooperatif, tidak mempersulit penyidikan, tidak melarikan diri dalam penyidikan, penyidik maupun Jaksa Penuntut Umum (JPU) tetap saja bisa melakukan penahanan. Faktanya seringkali kewenangan penahanan menjadi sarana transaksional, tergantung dari Penyidik maupun JPU menahan atau tidak terhadap Tersangka. Tersangka tidak diberikan hak untuk membela diri agar tidak dilakukan penahanan.
2. Bahwa Penahanan terhadap Pemohon sangat merugikan hak konstitusional Pemohon yang tidak bisa melanjutkan pekerjaan, padahal Pemohon adalah kepala rumah tangga yang menghidupi anak dan istri. sementara Penyidik dan JPU didalam melakukan penahanan terhadap Pemohon tidak menerapkan prinsip kehati-hatian, tidak menggunakan prinsip bahwa sebelum ada putusan yang berkekuatan hukum tetap, maka tersangka/terdakwa wajib dianggap tidak salah karena Pemohon meyakini kewenangan penahanan adalah mutlak milik Hakim, bukan Penyidik maupun Jaksa Penuntut Umum dengan alasan bahwa hakimlah yang berwenang atas nama keadilan untuk dapat merampas

kemerdekaan seorang tersangka atau terdakwa. Sehingga pemohon menganggap Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP mengandung ketidakpastian hukum.

3. Menurut Pemohon bahwa kepastian hukum salah satunya adalah mengandung pengertian bahwa hukum haruslah dapat diprediksi atau dapat memenuhi unsur prediktilitas, sehingga subjek hukum dapat memperkirakan peraturan apa yang mendasari perilaku mereka dan bagaimana aturan tersebut ditafsirkan dan dilaksanakan.
4. Pemohon juga mendalilkan bahwa dalam RUU KUHAP sudah mengatur perubahan kewenangan penahanan dengan memasukkan konsep hakim komisaris sebagai lembaga yang berwenang melakukan penahanan pada tingkan penyidikan.

Dari seluruh uraian pokok Permohonan di atas, Pemerintah pada kesimpulannya menganggap bahwa Pemohon merasa dirugikan hak konstitusinya dengan ditahannya Pemohon oleh penyidik dan dilanjutkan penahanan oleh JPU, karena kewenangan untuk melakukan penahanan terhadap Pemohon adalah Hakim.

II. Tentang Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

Ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

1. Perorangan warga negara Indonesia;
2. Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
3. Badan hukum publik atau privat; atau
4. Lembaga negara.

Ketentuan di atas dipertegas dalam penjelasannya, bahwa yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945.

Dengan demikian, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu Pemohon harus menjelaskan dan membuktikan:

1. Kualifikasi dalam permohonan *a quo* sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011;
2. Hak dan/atau kewajiban konstitusionalnya dalam kualifikasi dimaksud yang dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang diuji;
3. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Para Pemohon sebagai akibat berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian.

Lebih lanjut sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 tanggal 31 Mei 2005 *juncto* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007 tanggal 20 September 2007, dan putusan Mahkamah Konstitusi selanjutnya telah secara tegas memberikan pengertian dan batasan kumulatif perihal kerugian konstitusional terkait dengan berlakunya suatu norma undang-undang, yaitu:

1. Adanya hak konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
2. Bahwa hak konstitusional tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;
3. Kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual, atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
4. Adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji; dan
5. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Sehubungan dengan kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, Pemerintah memberikan keterangan sebagai berikut:

1. Pemerintah telah mempelajari permohonan Pemohon dalam mengajukan uji materi ini yang pada pokoknya Pemohon mendasarkan pada kerugian akibat berlakunya Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP.

2. Dalam dalil kerugiannya Pemohon pernah ditetapkan menjadi tersangka dan ditahan oleh Kepolisian Daerah Jawa Timur dengan tuduhan melanggar Pasal 263 *juncto* Pasal 311 dan Pasal 317 KUHP.
3. Bahwa Pemohon ditetapkan sebagai tersangka dalam posisinya sebagai kuasa hukum khoyanah dalam menangani sengketa jual beli tanah.
4. Kerugian pemohon dalam uji materi ini secara faktual bahwa dirinya merasa sebagai kuasa hukum yang sedang menjalankan tugas namun berdasarkan aduan Sdr. Mashudi dengan tuduhan dugaan tindak pidana pemalsuan dan fitnah sebagaimana dimaksud Pasal 263 *juncto* Pasal 311 dan Pasal 317 KUHP. Berdasarkan hal tersebut Pemohon dipanggil sebagai saksi yang selanjutnya menjadi tersangka dan ditahan oleh penyidik.
5. Pemohon merasa dirugikan karena Pemohon sebagai advokat tidak diperlakukan sesuai Undang-Undang Advokat dimana didalamnya bahwa advokat dalam bekerja melakukan pembelaan terhadap klien mempunyai hak imunitas.

Berdasarkan hal tersebut di atas, Pemerintah perlu memberikan pandangan dan mempertanyakan kepentingan Pemohon apakah sudah tepat sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya ketentuan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHP, juga apakah terdapat kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (*khusus*) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi, dan apakah ada hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji.

Dengan demikian, Pemerintah berpendapat tidak terdapat kerugian konstitusional (*constitutional rights*) yang dialami oleh para Pemohon terhadap keberlakuan pasal *a quo*. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, permohonan ini tidak memenuhi **kualifikasi** sebagai pihak yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dan adalah tepat jika Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi secara bijaksana **menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima** (*niet ontvankelijke verklaard*)

Namun demikian Pemerintah menyerahkan sepenuhnya kepada Yang Mulia Ketua/Majelis hakim konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilainya apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak, sebagaimana yang ditentukan oleh Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 maupun berdasarkan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu (vide Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007).

III. Tentang Kewenangan Mahkamah Konstitusi Untuk Memeriksa, Mengadili Dan Memutus Permohonan A Quo.

Bahwa dalil Pemohon terhadap kewenangan Mahkamah konstitusi untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara *a quo*, sebagai berikut:

1. Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, secara tegas menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus terhadap suatu norma Undang-Undang bertentangan dengan konstitusi (*constitutional review*), sementara terhadap *constitutional complaint* UUD 1945 tidak mengaturnya;
2. Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, mempunyai peranan penting dalam usaha menegakkan konstitusi dan prinsip Negara hukum sesuai dengan tugas dan wewenangnya sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Dasar 1945. Dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi.

Setelah membaca dengan cermat permohonan Pemohon, Pemerintah berpendapat bahwa yang dipermasalahkan Pemohon adalah penerapan norma (*implementasi*) suatu undang-undang, namun oleh Pemohon permasalahan tersebut, diajukan sebagai permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, dengan dalil bahwa ketentuan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP yang dimohonkan pengujian itu bertentangan dengan pasal-pasal UUD 1945.

Bahwa kelemahan atau kekurangan yang terjadi dalam proses penerapan norma, tidaklah benar jika diatasi dengan jalan mencabut norma itu. Sebab, kalau hal tersebut dilakukan, maka apabila terjadi kekurangan dalam suatu penerapan suatu norma undang-undang tidak harus dengan cara mencabut norma tersebut, karena hal tersebut tidak akan menjamin adanya kepastian hukum.

Berdasarkan peraturan perundang-undangan tersebut diatas, dan setelah membaca dengan cermat permohonan Pemohon, Pemerintah berpendapat bahwa yang dipermasalahkan Pemohon adalah penerapan norma (*implementasi*) suatu Undang-Undang dan saran yang ditujukan kepada pembuat undang-undang (*Legislatif*) agar kewenangan penahanan sebagaimana ketentuan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP sepenuhnya adalah kewenangan Hakim namun oleh Pemohon permasalahan tersebut, diajukan sebagai permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, dengan dalil bahwa ketentuan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon bertentangan dengan pasal-pasal UUD 1945, dan hal ini merupakan kewenangan dari Dewan Perwakilan Rakyat dan Pemerintah (*legislative review*), serta substansi yang diajukan oleh Pemohon sudah masuk dalam RUU KUHAP, dengan demikian Mahkamah Konstitusi tidak berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara *a quo*.

Quod non Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat Mahkamah Konstitusi berwenang untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara *a quo*, namun harus dibedakan antara pengujian konstiusionalitas norma undang-undang (*constitutional review*) dan persoalan yang timbul sebagai akibat dari penerapan suatu norma Undang-Undang yang di sejumlah negara dimasukkan ke dalam ruang lingkup persoalan gugatan atau pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*). Dalam *constitutional review*, yang dipersoalkan adalah apakah suatu norma undang-undang bertentangan dengan konstitusi, sedangkan dalam *constitutional complaint* yang dipersoalkan adalah suatu perbuatan pejabat publik (atau tidak berbuat sesuatunya pejabat publik) telah melanggar suatu hak dasar (*basic rights*) seseorang.

IV. Penjelasan Pemerintah Atas Permohonan Pengujian Undang-Undang Yang Dimohonkan Oleh Pemohon

1. Secara yuridis landasan penahanan meliputi dasar hukum, keadaan serta syarat-syarat yang dapat memberi kemungkinan penegak hukum untuk melakukan penahanan. Semua unsur-unsur tersebut saling menopang sehingga jika salah satu unsur tersebut tidak ada, maka penahanan tersebut dapat mengurangi asas legalitas. Yang secara yuridis unsur pertama disebut sebagai dasar hukum, karena undang-undang sendiri telah menentukan pasal-pasal tindak pidana mana penahanan dapat diterapkan. Tidak semua tindak pidana dapat dilakukakan penahanan atas tersangka atau terdakwa. Undang-undang telah menentukan secara umum dan terperinci pelaku kejahatan yang dapat dikenakan penahanan. Norma tentang penahanan dalam KUHAP telah berdasarkan asas-asas hukum pidana yang diawali dari *doktrin habeas carpus* yang dilandasi dari prinsip dasar bahwa pemerintah harus selalu tunduk pada hukum. Yang kemudian ditegaskan dalam *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* pada tahun 1789 buah dari Revolusi perancis yang terinspirasi dari *doktrin habeas carpus* yang terkenal dengan deklarasi hak atas *surete*. Dimana hak yang menjamin bahwa tidak seorang pun bisa ditangkap dan ditahan secara sewenang-wenang. Selain hal ini ditegaskan oleh Perancis juga ditegaskan oleh Inggris dan Amerika serikat bahwa "setiap orang tidak dapat ditangkap dan ditahan secara sewenang-wenang". Dalam konteks yang lebih umum hal tersebut dikemukakan oleh *Universal Declaration of human rights* (UDHR) 1948 khususnya Pasal 9 yang menyatakan, tidak seorang pun boleh ditangkap, ditahan dengan sewenang-wenang. Klausul jaminan di dalam Pasal 9 UDHR diatur secara terinci namun secara garis besar dapat dipahami diantaranya:
 - a. Tidak seorang pun dapat dirampas kebebasannya kecuali berdasarkan alasan-alasan yang sah sesuai dengan prosedur yang ditetapkan oleh hukum;
 - b. Setiap orang yang ditangkap wajib diberi tahu mengenai tuduhan yang dikenakannya;

- c. Setiap orang yang ditahan wajib segera untuk dihadapkan kedepan pengadilan;
 - d. Setiap orang yang dirampas kebebasannya dengan cara penangkapan atau penahanan berhak disidang dipengadilan yang bertujuan dapat menentukan keabsahan penangkapan atau penahanannya;
 - e. Setiap orang yang dirampas kebebasannya dengan cara penangkapan atau penahanan yang tidak sah berhak untuk mendapat ganti rugi.
2. Doktrin *habeas corpus* tidak menciptakan hak hukum substantif melainkan memberikan pemulihan atas pelanggaran hak-hak hukum atau atas tindakan pengabaian kewajiban hukum. Dengan kata lain bahwa doktrin *habeas corpus* adalah mekanisme prosedural penegakan hukum atas hak dan kewajiban yang diberikan dikenakan, atau diakui pada otoritas lainnya. Dalam hal ini Indonesia dalam menerjemahkan doktrin *habeas corpus* menjadi mekanisme Praperadilan. Bahwa seseorang yang merasa diperlakukan penangkapan atau penahanan secara sewenang-wenang yang tidak sah atau tidak sesuai prosedur yang berlaku berhak di sidang di pengadilan yang bertujuan dapat menentukan keabsahan penahanan dalam setiap peristiwa tindak pidana sehingga penegakannya diperlukan pengaturan secara prosedural untuk dapat mengontrol kesewenang-wenangan dalam penangkapan atau penahanannya;
 3. Bermula dari doktrin *habeas corpus* KUHP kita telah memberikan batasan pengaturan dalam Pasal 20 tentang tahapan penahanan yakni untuk kepentingan penyidikan, penyidik berwenang melakukan penahanan, untuk kepentingan penuntutan, penuntut umum berwenang melakukan penahanan dan untuk kepentingan pemeriksaan hakim di sidang pengadilan berwenang melakukan penahanan, sehingga dapat dikatakan yang menjadi penekanan didalam doktrin *habeas* adalah dilarangnya pelaksanaan penahanan secara sewenang-wenang sehingga diperlukan prosedur atau tata cara yang benar, bukan dipermasalahkan siapa yang menahan;

4. Penahanan baik yang dilakukan oleh polisi sebagai penyidik, jaksa sebagai penuntut umum atau hakim dalam rangka pemeriksaan sepanjang tidak dilakukan secara sewenang-wenang dan telah ditentukan secara hukum yang telah dilegalkan tidak dapat dikategorikan sebagai pelanggaran hak hukum.
5. Penekanan doktrin *habeas carpus* diberbagai negara dianggap sangat penting Amerika Serikat menekankan hal tersebut dalam konstitusi yang menyatakan "*pengadilan harus tegas mengawasi semua kasus yang memiliki dampak nyata dan cukup besar atau gangguan yang signifikan dengan pelaksanaan hak-hak fundamental seseorang*". Begitu juga Indonesia juga telah menekankan doktrin *habeas carpus* dalam ketentuan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;
6. Sepanjang penahanan telah dibentuk dalam suatu sistem yang jelas tertuang dalam hukum acara dimana hukum acara tersebut telah memuat tatacara penahanan dalam rangka menghindari perilaku penahanan secara sewenang-wenang penahanan baik yang dilakukan polisi atau jaksa bukan merupakan pelanggaran konstitusional.
7. Bahwa dalam Undang-Undang Hukum Acara Pidana terkandung asas-asas yang mengatur perlindungan terhadap keluhuran harkat serta martabat manusia, 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.

8. Didalam kerangka fungsi hukum Steven Vago dalam bukunya "*Law And Society-Third Edition*, Saint Louis University, Pretince Hall, Englewood Cliffs, New Jersey 07632, 1991 halaman 12 mengemukakan keuntungan (*advantages*) dan kerugian (*disadvantages*) yang mungkin dihadapi jika menggunakan hukum sebagai sarana untuk melakukan *social changes* dalam pembahasannya disebutkan 3 (tiga) keuntungan utama yakni (1) hukum dibentuk oleh lembaga yang sah dan memiliki kewenangan untuk membentuk dan memberlakukan hukum sehingga dapat dengan mudah menimbulkan kepatuhan (*legitime authority*) (2) hukum memiliki kekuatan mengikat serta dapat ditegakkan oleh aparat yang diberi wewenang untuk itu (*the binding force of law*) dan (3) hukum memiliki kemampuan sanksi yang tegas (*sanction*). Sedangkan kerugiannya adalah bahwa hukum memiliki kemampuan yang sangat terbatas karena (1) hukum hanya merupakan salah satu instrument kebijakan yang hanya dapat berfungsi

denan baik jika dipergunakan secara berbarengan dengan instrumen kebijakan lainnya (*law as a policy instrument*) dan (2) hukum sangat tergantung pada moralitas dan standar nilai serta prinsip-prinsip umum yang berlaku dalam suatu masyarakat (*morality and values*), hal ini senada dengan pendapat Romli Atmasasmita didalam bukunya Sistem Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan abolisionisme halaman 36 menjelaskan bahwa berdasarkan ketentuan penahanan pembentuk Undang-Undang memberikan perhatian pada 4 (empat) hal yakni:

- a. Lamanya penahanan;
- b. Aparat penegak hukum yang berwenang melakukan penahanan;
- c. Batas perpanjangan waktu penahan dan kekecualiannya;
- d. Hal yang dapat menanggihkan penahanan;

Dari keempat hal tersebut di atas dapat dilihat bahwa cita-cita perlindungan atas harkat dan martabat tersangka atau terdakwa secara formal telah terpenuhi

9. Berdasarkan landasan tersebut, Pemerintah menyatakan bahwa ketentuan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP telah mengedepankan aspek-aspek jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia, dengan memberikan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum yang menyentuh seluruh lapisan masyarakat dan tidak membeda-bedakan seperti profesi Pemohon sebagai advokat saat ini, secara teoritis dan filosofis dari penahanan Penyidik dan JPU diberikan kewenangan untuk melakukan penahanan dimana tujuan dilakukannya penahanan terhadap seorang tersangka atau terdakwa menurut Pasal 20 KUHAP adalah :

- a. Untuk kepentingan penyidikan. Dalam tahap penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu berwenang untuk melakukan penahanan terhadap tersangka;
- b. Untuk kepentingan penuntutan. Dalam tahap penuntutan, Penuntut Umum selaku Jaksa yang diberi wewenang oleh KUHAP untuk melakukan penuntutan berwenang untuk melakukan penahanan atau penahanan lanjutan terhadap tersangka;

- c. Untuk kepentingan pemeriksaan. Dalam tahap pemeriksaan di sidang pengadilan, Hakim berwenang untuk mengeluarkan penetapan untuk melakukan penahanan terhadap terdakwa.

10. Bahwa 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. Terkait kewenangan yang dimiliki penegak hukum untuk melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa, diatur dalam Pasal 20 sampai dengan Pasal 31 KUHAP. Berdasarkan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP, memberikan tingkatan yang berbeda kepada pihak yang berwenang untuk melakukan penahanan yaitu dalam tahap penyidikan maka yang melakukan penahanan adalah Penyidik atau penyidik pembantu, sedangkan dalam tahap penuntutan maka yang melakukan penahanan adalah Penuntut Umum selaku Jaksa sedangkan tahap pemeriksaan di sidang pengadilan maka yang mengeluarkan penetapan penahanan adalah hakim. Lebih lanjut terhadap unsur-unsur Pasal 20 KUHAP tersebut dapat diketahui bahwa pihak yang berwenang untuk melakukan penahanan untuk kepentingan penyidikan, penuntutan dan kepentingan penuntutan di sidang pengadilan telah diatur juga masing-masing sebagai berikut:

- a. Penyidik atau Penyidik Pembantu [Pasal 11 ayat (1) KUHAP]
- b. Penuntut Umum [Pasal 11 ayat (2) KUHAP]
- c. Hakim [Pasal 11 ayat (3) KUHAP], hanya memperpanjang penahanan yang dilakukan oleh jaksa.

Sedangkan mengenai fungsi dilakukannya penahanan dapat kita ketahui secara implisit dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP yang mengatakan 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, jadi fungsi dilakukannya penahanan itu adalah

mencegah agar Tersangka atau Terdakwa tidak melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti atau mengulangi tindak pidana;

11. Bahwa kasus yang dialami Pemohon menjadi tersangka dan ditahan, tentunya penegak hukum melihat bahwa Pemohon telah memenuhi dasar-dasar penahanan sebagaimana yang diatur dalam ketentuan Pasal 21 ayat (1) dan ayat (4) KUHAP dimana harus memenuhi Unsur Objektif atau Unsur Subjektif (Unsur Keadaan Kekhawatiran). Selain itu, dengan Pemohon menjalani proses penyidikan, penuntutan, bahkan dapat berlanjut hingga proses pemeriksaan di sidang pengadilan yang disertai penahanan adalah dalam rangka proses peradilan pidana sebagai bagian dari *integrated criminal justice system*. Sehingga Pemerintah berpendapat bahwa kewenangan yang dilakukan oleh penegak hukum untuk kepentingan penyidikan, penuntutan umum hingga pemeriksaan 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;
12. Bahwa pendapat Pemohon yang menyatakan Penahanan sebagai bagian dari hukuman sehingga harus Hakim yang berperan dalam hal tersebut adalah tidak tepat karena bertentangan dengan asas praduga tak bersalah (*presumption of innocent*), apabila Penahanan oleh Penyidik atau JPU dipandang sebagai hukuman, maka hal ini bermakna dengan dilakukannya penahanan berarti pidana yang disangkakan seakan-akan telah terbukti seperti asas praduga bersalah (*presumption of gulty*);
13. Terhadap dalil Pemohon yang menyatakan bahwa pemohon tidak diberikan hak untuk membela diri agar tidak dilakukan penahanan hal ini tidaklah benar, karena sesungguhnya dapat dimungkinkan seorang tersangka tidak ditahan, yaitu jika tersangka tidak memenuhi ketentuan dalam Pasal 21 ayat (4) KUHAP dan tidak ada keadaan-keadaan sebagaimana terdapat dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP. Selain itu, UU

telah mengatur bahwa Pemohon telah diberi kepastian hukum dan perlindungan hukum untuk dapat melakukan penangguhan penahanan (terhadap seorang dengan status tersangka atau terdakwa) yang diatur dalam Pasal 31 ayat (1) KUHAP. Tersangka atau terdakwa juga dapat melakukan suatu upaya hukum mengenai tindakan penahanan terhadap dirinya. Upaya hukum yang dimungkinkan oleh KUHAP adalah mengajukan Permohonan Praperadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 77 *juncto* Pasal 79 KUHAP. Dalil Pemohon juga menyatakan bahwa upaya praperadilan telah dilakukan, sehingga terhadap hal ini apabila semua upaya itu dilakukan tentunya kerugian konstitusional tidaklah terjadi sebagaimana yang didalilkan, tetapi lebih kepada merupakan kerugian hukum akibat menjadi tersangka dan ditahan. 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.

14. Bahwa sebagai informasi pada saat ini pemerintah sedang menyusun Rancangan KUHAP yang pernah juga memasukkan konsep sistem hakim komisaris yang kemudian berubah menjadi konsep sistem hakim pemeriksaan pendahuluan yang diatur dalam pada BAB IX Pasal 111 s/d 122 RUU KUHAP tentang Hakim Pemeriksaan Pendahuluan.

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas apabila mencermati permohonan Pemohon maka, permohonan tersebut tidak lagi terbatas pada perubahan substansi pada ketentuan pidana sebagaimana pasal *a quo* tetapi perubahan sistim hukum pidana, maka sangat tidak tepat apabila perubahan sistim hukum pidana diajukan dalam pengajuan uji materiil di Mahkamah Konstitusi. Apabila permohonan para Pemohon dikabulkan maka akan terjadi kekosongan hukum pidana yang justru membawa dampak lebih luas bagi sistim hukum Indonesia. Apabila dicermati lebih lanjut akan lebih tepat apabila aspirasi para pemohon disampaikan kepada

tim pembahas RUU KUHP terbaru di DPR dan bukan kepada Mahkamah Konstitusi. Karena apa yang dimintakan oleh para Pemohon merupakan bagian *ius constituendum*, yakni hukum yang akan diharapkan pada masa akan datang, bukan merupakan *ius constitutum*.

V. **Petitum**

Berdasarkan penjelasan dan argumentasi tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang memeriksa, memutus dan mengadili permohonan pengujian Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP terhadap UUD 1945, dapat memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menolak permohonan pengujian Pemohon seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian Pemohon tersebut tidak dapat diterima (*niet ontvankelijke verklaard*);
2. Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
3. Menyatakan Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum (*Legal Standing*);
4. Menyatakan ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Namun demikian apabila Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya (*ex aequo bono*).

Keterangan Tambahan

Menindaklanjuti persidangan di Mahkamah Konstitusi tanggal 15 Februari 2018 atas permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Perkara Nomor 4/PUU-XVI/2018), berikut Pemerintah sampaikan keterangan tambahan atas pertanyaan yang diajukan oleh Yang Mulia Hakim Suhartoyo dan Yang Mulia Hakim I Dewa Gede Palguna yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. Bahwa penyitaan merupakan perampasan kepemilikan barang milik orang yang belum tentu dinyatakan sebagai barang yang akan dirampas yang hanya sifatnya sementara dan harus ada izin dari pengadilan. Namun, mengapa perampasan kemerdekaan seseorang tidak ada izin dari pengadilan?

2. Mengapa ada filosofi merampas kemerdekaan orang karena hal ini juga dihadapkan kepada perampasan atau perkosaan hak asasi korban. Bagaimana keseimbangan ketika dihadapkan dengan kerugian yang dialami korban?
3. Bagaimana sejarah awal mulanya merampas kemerdekaan orang bisa dilakukan oleh Penyidik Pembantu? Apakah yang diatur dalam Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20 hanya semata-mata alasan formalitas belaka? (Semangat yang melatarbelakangi pasal-pasal tersebut)

Berdasarkan pertanyaan-pertanyaan tersebut, Pemerintah memberikan keterangan sebagai berikut:

1. Bahwa Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) memiliki latar belakang/pembaharuan, yang semangatnya adalah:
 - a. Agar masyarakat menghayati hak dan kewajiban dan untuk meningkatkan pembinaan sikap para pelaksana penegak hukum sesuai fungsi dan wewenang masing-masing ke arah tegaknya hukum, keadilan, dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia, ketertiban serta kepastian hukum demi terselenggaranya negara hukum sesuai dengan UUD 1945;
 - b. Bahwa HIR sudah tidak sesuai dengan cita-cita hukum nasional.
 - c. Mengadakan pembaharuan dalam melaksanakan peradilan bagi pengadilan dalam lingkungan peradilan umum dan Mahkamah Agung dengan mengatur hak dan kewajiban bagi mereka yang ada dalam proses pidana. Dengan demikian, dasar negara hukum dapat ditegakkan.

Artinya negara menjamin dan melindungi individu-individu atas segala hak yang melekat dalam dirinya sebagai manusia yang memiliki harkat dan martabat yang tidak dapat dirampas semena mena oleh siapapun.

2. Penyitaan

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

Berdasarkan Pasal 38 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP yang berbunyi:

- (1) Penyitaan hanya dapat dilakukan oleh penyidik dengan surat izin ketua pengadilan negeri setempat;
- (2) Dalam keadaan yang sangat perlu dan mendesak bilamana penyidik harus segera bertindak dan tidak mungkin untuk mendapatkan surat izin terlebih dahulu, tanpa mengurangi ketentuan ayat (1) penyidik dapat melakukan penyitaan hanya atas benda bergerak dan untuk itu wajib segera melaporkan kepada ketua pengadilan negeri setempat guna memperoleh persetujuannya.

Bahwa suatu benda bergerak atau tidak bergerak, berwujud atau tidak berwujud, untuk kepentingan pembuktian dalam proses penegakan hukum diperlukan upaya hukum berupa penyitaan yang memerlukan ijin dari pengadilan. Hal ini karena benda atau barang dimaksud merupakan benda yang dapat dipindahkan, rusak, berkurang nilainya, berkurang mutunya, berkurang jumlahnya, dan benda juga dapat hilang ataupun dijual yang sepenuhnya tergantung siapa penguasa atau pemiliknya, Hakim lah yang akan menentukan siapa yang berhak atas status hak benda tersebut sebagai pemilik hak keperdataan, sehingga tindakan penggeledahan dan penyitaan memerlukan ijin dari pengadilan.

3. Pasal 1 angka 21 KUHAP mengatur bahwa Penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya, dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini. Lebih lanjut dalam Pasal 20 KUHAP yang berbunyi:
 - (1) Untuk kepentingan penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 berwenang melakukan penahanan;
 - (2) Untuk kepentingan penuntutan, penuntut umum berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan;
 - (3) Untuk kepentingan pemeriksaan hakim di sidang pengadilan dengan penetapannya berwenang melakukan penahanan.

Bahwa perintah penahanan atau penahanan lanjutan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga telah melakukan tindak pidana berdasarkan alat bukti yang cukup, didasari dengan adanya kekhawatiran terhadap seorang tersangka atau terdakwa:

1. Melarikan diri;
2. Merusak atau menghilangkan alat bukti;
3. Mengulangi tindak pidana

Oleh karena itu penahanan dilakukan oleh penyidik atau penyidik pembantu, penuntut umum sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

Apabila tindakan penahanan terhadap seseorang tersangka, terdakwa yang dilakukan oleh penegak hukum bertentangan dengan ketentuan, tersangka atau terdakwa telah diberikan ruang oleh undang-undang guna dapat mengakomodir tindakan penegak hukum yang dianggap bertentangan. Tindakan penahanan yang dilakukan oleh Penyidik atau Penyidik Pembantu [vide Pasal 20 ayat (1) KUHAP], Penuntut Umum [vide Pasal 20 ayat (2) KUHAP] dan Hakim [vide Pasal 20 ayat (3) KUHAP] *juncto* Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2010 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 tentang Pelaksanaan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana sebagai pejabat yang diberi kewenangan oleh peraturan perundang-undangan dengan persyaratan yang ketat, senantiasa memperhatikan keseimbangan antara pembatasan terhadap kebebasan atau kemerdekaan tersangka atau terdakwa.

Sangat dimungkinkan seseorang tersangka berusaha untuk menyulitkan pemeriksaan, dengan meniadakan kemungkinan akan diperiksa baik sebagai saksi maupun tersangka, terdakwa agar terhindar dari hukuman pidana seperti melarikan diri, bersembunyi yang dapat menyulitkan proses penyidikan.

Adapun alasan penahanan yang meliputi alasan subyektif dan obyektif telah diatur dalam KUHAP sebagai berikut:

Alasan subjektif ini terkait dengan Pasal 21 ayat (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*”.

Alasan objektif

Alasan objektif penahanan hanya dapat dikenakan terhadap tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana dan atau percobaan maupun pemberian bantuan dalam tindak pidana tersebut dalam hal:

- a. tindak pidana itu diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih;
- b. tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 282 ayat (3), Pasal 296, 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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

4. Kewenangan penahanan dalam rangka penyidikan dan penuntutan

Kebebasan bergerak adalah hak asasi manusia yang dijamin oleh Negara sehingga penahanan adalah merupakan pengekangan atas kebebasan seseorang yang ditahan, maka hal tersebut hanya dapat dilakukan atas perintah undang-undang serta dalam hal dan menurut cara-cara yang ditetapkan. Tiap penahanan harus benar-benar mengindahkan hak-hak asasi manusia dan segala sesuatu tindakan terhadap kebebasan seseorang dan harus didasarkan atas hukum. Pengaturan KUHAP sesungguhnya bukan merampas kemerdekaan seseorang dan sesuai dengan pengertian Penahanan (vide Pasal 1 angka 21 KUHAP) dalam rangka penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik atau penyidik pembantu, atau penuntut umum atau hakim. Penahanan merupakan pelaksanaan dari asas 'demi kepentingan umum' dengan persyaratan yang ketat, artinya penyusun KUHAP terdahulu sudah mengamanatkan tidak perlu adanya izin tapi untuk melaksanakan asas 'demi kepentingan hukum' dengan persyaratan yang ketat (syarat objektif dan subjektif). Selain itu, Negara Kesatuan RI adalah negara kepulauan dimana Penyidik atau Penyidik Pembantu, Penuntut Umum, dan Hakim berada pada daerah-daerah tertentu (bahkan pulau-pulau terpencil). Sehingga kedudukan Pengadilan Negeri yang ada di tiap-tiap Kab/Kota menjadi salah satu kendala dimana Penyidik atau penyidik pembantu dan Penuntut Umum tidak memungkinkan untuk memerlukan izin dari pengadilan. Sementara pelaku harus segera dilakukan upaya penangkapan maupun penahanan yang tidak lain adalah demi keamanan tersangka/terdakwa serta demi ketertiban umum. Hal ini juga untuk memenuhi penyelenggaraan proses perkara pidana yang cepat, sederhana dan biaya ringan. Proses perkara ini

apabila dapat terselenggara dengan baik akan mewujudkan hukum acara pidana sebagai salah satu sarana hukum yang bersifat melayani kepentingan masyarakat banyak dan memenuhi kebutuhan hukum. Jika terjadi seorang penegak hukum melanggar ketentuan yang telah ditetapkan, misalnya menahan orang lebih dari waktu penahanan yang ditentukan undang-undang maka tahanan tersebut harus dibebaskan demi hukum.

Berdasarkan Pasal 59 ayat (2) HIR:

- 1) *Apabila tindak pidana kedapatan tertangkap tangan, maka pegawai, pejabat dan orang-orang yang tersebut dalam Pasal 39 HIR (para pegawai/penyidik) boleh memerintahkan bahwa seorangpun walau siapa juga tidak boleh meninggalkan rumah atau pergi dari tempat tindak pidana dilakukan selama pemeriksaan setempat belum selesai.*
- 2) *Barang siapa yang melanggar perintah ini akan ditangkap dan boleh ditahan sampai berita acara pemeriksaan selesai dibuat.*

Berdasarkan ketentuan diatas bahwa yang berwenang menahan semua pegawai atau pejabat dan orang-orang yang tersebut dalam Pasal 39 HIR adalah para pegawai penyidik. Sedangkan lamanya penahanan dimulainya perintah menahan cukup dengan lisan tetapi harus disebutkan dalam Berita Acara yang bersangkutan. Sedangkan syarat penahanan ada terjadinya peristiwa pidana tertangkap tangan (Pasal 57 HIR). Pegawai penyidik dalam konteks Indonesia dilakukan oleh petugas kepolisian atau pejabat lain yang diberi kewenangan oleh undang-undang.

Ketertiban dan keamanan umum memang amat erat pertaliannya dengan keadilan masyarakat yang senantiasa selalu berubah dengan kecepatan yang tidak disangka-sangka sehingga pembuat undang-undang tidak mungkin dapat mengujarnya. Namun sesuai tugas dan kewajibannya harus menjaga ketertiban dan keamanan umum harus juga dapat mengikuti perubahan-perubahan keadaan masyarakat dengan tidak menunggu ketentuan yang baru.

Berdasarkan Pasal 62 ayat (1) dan Pasal 71 HIR bahwa apabila yang diduga dalam tertangkap tangan telah melakukan tindak pidana maka Jaksa menurut Pasal 71 HIR juga Jaksa Pembantu dapat memerintahkan agar supaya orang yang diduga bersalah itu ditahan dan dihadapkan kepadanya. Apabila orang itu telah didengar keterangannya dan ada keterangan cukup menunjukkan, bahwa ia bersalah maka jaksa atau Jaksa Pembantu dengan mengingat peraturan pada

ayat (2) dapat mengeluarkan surat perintah untuk menahan orang (surat perintah) dengan disebutkan alasan-alasan menahan dan tempat penahanan. Berdasarkan Pasal 83k ayat (3) HIR jika tersangka berada dalam tahanan dan perkara itu tidak dapat dibawa ke muka pengadilan sebelum lewat waktu yang tersebut dalam Pasal 72 ayat (1) HIR atau tidak dapat dibawa ke hadapannya selambat-lambatnya 8 hari sesudah tersangka didengar keterangannya oleh Jaksa, sebagaimana tersebut dalam Pasal 83f ayat (5) HIR dan mengingat Pasal 83c ayat (1) HIR, Jaksa hendaklah memutuskan tersangka harus ditahan dalam penjara atau tidak.

Berdasarkan Pasal 75 *juncto* Pasal 62 HIR apabila keterangan-keterangan cukup menunjukkan bahwa tersangka bersalah dan ia perlu sekali ditahan untuk keperluan pemeriksaan atau untuk menjaga jangan sampai ia melarikan diri maka dalam hal-hal yang ditentukan dalam Pasal 62 ayat (2) HIR Jaksa atau Jaksa Pembantu yang melakukan pemeriksaan itu dapat mengeluarkan surat perintah untuk menahan sementara.

Sesuai lahirnya penahanan baik yang dilakukan oleh Penyidik atau Penyidik Pembantu maupun Penuntut Umum dilakukan dalam rangka kebutuhan hukum dalam rangka mendukung sistem peradilan agar dapat terciptanya penegakan hukum secara baik untuk menciptakan keadilan. Peranan Penyidik atau Penyidik Pembantu dan Penuntut Umum merupakan tugas yang diberikan oleh peradilan (tugas kehakiman). Untuk dapat melaksanakan peranannya Penyidik atau Penyidik Pembantu dan Penuntut Umum diberi kewenangan untuk melakukan penahanan sesuai kebutuhan. Secara fungsi bahwa penahanan yang dimiliki Penyidik atau Penyidik Pembantu maupun Penuntut Umum melekat pada tugas peradilan sebagai sarana untuk melaksanakan tugas kehakiman untuk menciptakan hukum yang dapat memenuhi rasa keadilan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.

Oleh karena itu, penahanan tidak terkait dengan hak keperdataan seseorang maka tidak diperlukan persetujuan hakim, karena dalam hal penahanan yang dipidana adalah perbuatannya, bukan kebendaan.

Selain itu Presiden mengajukan ahli yang didengar di depan persidangan pada tanggal 21 Maret 2018 dan menyampaikan keterangan tertulis ahli yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

1. Prof. Dr. Topo Santoso, SH., MH.

A. Pendahuluan

Pada perkara pengujian undang-undang ini, pada intinya Pemohon mengajukan permohonan uji materi atas ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata Penahanan, Pasal 11 sepanjang kalimat; kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) yang dianggap bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Adapun bunyi ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11 dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHP sebagai berikut:

Pasal 7 ayat (1) huruf d KUHP:

- (1) *Penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) huruf a karena kewajibannya mempunyai wewenang:*
d.melakukan penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan;

Pasal 11 KUHP

Penyidik pembantu mempunyai wewenang seperti tersebut dalam Pasal 7 ayat (1), kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik.

Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHP

- (1) *Untuk kepentingan penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 berwenang melakukan penahanan.*
 (2) *Untuk kepentingan penuntutan, penuntut umum berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan.*

Ketentuan-ketentuan di atas dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 sebagai berikut:

Pasal 24 ayat (1) UUD 1945

Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

B. Permasalahan Hukum

Berdasarkan argumen yang diajukan Pemohon pada Perkara ini, maka saya berpandangan ada beberapa *legal issues* (permasalahan hukum) yang perlu dibahas dalam Pendapat Hukum ini, yaitu:

1. apakah penahanan (*detention*) pada hakikatnya sama dengan pemidanaan (*punishment*)?
2. apakah penahanan bertentangan dengan kepastian hukum (*legal certainty*)?
3. apakah penahanan bertentangan dengan *presumption of innocence*?
4. apakah penahanan bertentangan dengan *due process of law/ due process model*?
5. apakah penahanan pada tahapan penyidikan dan penuntutan harus mendapat *judicial authority*?

C. Pembahasan

1. Penahanan (*detention*) dan Pemidanaan (*punishment*)

Apakah penahanan hakikatnya sama dengan pemidanaan? Pertanyaan ini menarik untuk dibahas sebab ada beberapa kesamaan antara penahanan dengan pemidanaan, khususnya pemidanaan berupa perampasan kemerdekaan (penjara atau kurungan). Namun demikian, antara penahanan dan pemidanaan jelas berbeda.

Menurut Pasal 1 angka 21 KUHAP, "Penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya, dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini." Dari pengertian ini jelas bahwa penahanan dapat dilakukan oleh penyidik, penuntut umum atau hakim. Sesuai Pasal 20 KUHAP maka, tujuan dari penahanan oleh penyidik adalah untuk kepentingan penyidikan, penahanan yang dilakukan oleh penuntut umum adalah untuk kepentingan penuntutan, dan penahanan oleh hakim adalah untuk kepentingan pemeriksaan di pengadilan.

Sementara itu, pemidanaan/penghukuman merupakan suatu instrumen kontrol yang memiliki beberapa tujuan antara lain *retribution* (pembalasan), *incapacitation* (membuat terpidana tidak mampu

melakukan tindak pidana lagi), *special deterrence* (penangkalan khusus, agar pelaku tidak mengulangi lagi), *general deterrence* (penangkalan umum, agar masyarakat tidak mengikuti perbuatan pelaku), *rehabilitation* (rehabilitasi perilaku terpidana), dan *restoration* (perbaikan).

Khusus mengenai tujuan pemidanaan berupa perampasan kemerdekaan yang dilakukan di lembaga pemasyarakatan, maka pemasyarakatan dimaksudkan agar pelaku menyadari kesalahan, memperbaiki diri, dan tidak mengulangi tindak pidana sehingga dapat diterima kembali oleh lingkungan masyarakat, dapat aktif berperan dalam pembangunan, dan dapat hidup secara wajar sebagai warga yang baik dan bertanggung jawab (Pasal 1 angka 2 UU Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan).

Putusan pemidanaan dijatuhkan oleh hakim yang mengadili, sebagaimana Pasal 193 ayat (1) KUHP yang menyatakan bahwa, "Jika pengadilan berpendapat bahwa terdakwa bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya, maka pengadilan menjatuhkan pidana."

Dengan demikian penahanan dan pemidanaan merupakan dua hal yang berbeda baik dari segi pengertian maupun tujuannya, serta pihak yang berwenang untuk membuatnya.

2. Penahanan dan Kepastian Hukum (*legal certainty*)

Apakah ketentuan tentang penahanan dalam KUHP di Pasal 7, Pasal 11 dan Pasal 21 bertentangan dengan kepastian hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan: "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*" ?

Ada 6 (enam) argumen yang menegaskan bahwa ketentuan penahanan dalam Pasal 7, Pasal 11 dan Pasal 21 tidak bertentangan dengan kepastian hukum, bahkan menghadirkan kepastian hukum, dibandingkan pengaturan mengenai penahanan dalam HIR. Keempat argumen itu adalah: 1) kesatuan konsep penahanan; 2) pembatasan waktu lamanya penahanan; 3) pejabat yang dapat membuat surat

penahanan; 4) batasan tindak pidana apa yang tersangka/ terdakwa dapat ditahan; dan 5) dasar/ alasan untuk melakukan penahanan.

ad 1) Kesatuan Konsep Penahanan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 21 yang menyatakan bahwa: "Penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya, dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini", maka semua instansi penegak hukum mempunyai wewenang untuk melakukan penahanan. Dari ketentuan itu juga jelas adanya satu nomenklatur penahanan saja, tidak ada lagi istilah "penahanan sementara". Penahanan juga jelas dibedakan dengan penangkapan. Ini serupa dengan di negara lain, dimana penahanan biasa disebut dengan detention, sementara penangkapan disebut dengan arrest.

ad 2) Pembatasan Waktu Lamanya Penahanan

Dalam KUHAP juga diatur batasan waktu penahanan untuk setiap tahapan. Pasal 24 ayat (1) KUHAP menyatakan bahwa perintah penahanan yang diberikan oleh penyidik berlaku paling lama 20 hari. Apabila diperlukan guna kepentingan pemeriksaan yang belum selesai, dapat diperpanjang oleh penuntut umum paling lama 40 hari [Pasal 24 ayat (2) KUHAP]. Sebelum masa tahanan itu berakhir, tersangka dapat dikeluarkan dari tahanan jika kepentingan pemeriksaan sudah terpenuhi [Pasal 24 ayat (3) KUHAP]. Setelah waktu enam puluh hari tersebut, penyidik harus sudah mengeluarkan tersangka dari tahanan demi hukum [Pasal 24 ayat (4) KUHAP].

Batasan waktu penahanan juga berlaku pada penuntut umum. Pasal 25 ayat (1) KUHAP menyatakan bahwa perintah penahanan yang diberikan oleh penuntut umum hanya berlaku paling lama 20 hari. Jika diperlukan guna kepentingan pemeriksaan yang belum selesai, maka dapat diperpanjang oleh ketua pengadilan negeri untuk waktu paling lama 30 hari [Pasal 25 ayat (2) KUHAP]. Sebelum masa tahanan itu berakhir, tersangka dapat dikeluarkan dari tahanan jika kepentingan pemeriksaan

sudah terpenuhi [Pasal 25 ayat (3) KUHAP]. Setelah waktu enam puluh hari tersebut, penuntut umum harus sudah mengeluarkan tersangka dari tahanan demi hukum [Pasal 25 ayat (4) KUHAP].

Begitu juga dengan surat perintah penahanan oleh hakim pengadilan negeri pada tingkat pertama juga ada batasan waktunya yakni 30 hari, dan dapat diperpanjang oleh ketua pengadilan negeri paling lama 60 hari [Pasal 26 KUHAP]. Pada tingkat banding juga ada batasan waktu yaitu hakim pengadilan tinggi dapat mengeluarkan surat perintah penahanan paling lama 30 hari, dan dapat diperpanjang oleh ketua pengadilan tinggi paling lama 60 hari [Pasal 27 KUHAP]. Bahkan kewenangan hakim Mahkamah Agung dalam memberikan perintah penahanan pun dibatasi jangka waktu penahanannya paling lama 50 hari, dan dapat diperpanjang paling lama 60 hari [Pasal 28 KUHAP].

Jadi singkatnya, KUHAP memberikan kepastian hukum dalam hal membatasi masa penahanan pada tiap tahapan dalam proses peradilan pidana mulai dari tahapan penyidikan, penuntutan, pemeriksaan pengadilan di tingkat pertama, banding, hingga kasasi. Semua diberi batasan waktu. Jadi tidak terjadi masa penahanan yang tanpa batas atau berlurut-lurut. Prinsip pembatasan jangka waktu penahanan dan perpanjangan penahanan diberikan secara limitatif. Setiap instansi diberikan limitasi waktu yang tidak bisa ditawar-tawar atau dilenturkan. Jika masa penahanan telah habis maka harus dilepaskan demi hukum [M.Yahya Harahap, Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP- Penyidikan dan Penuntutan, Jakarta: Sinar Grafika, 2000, hlm. 181].

ad 3) Pejabat yang dapat membuat surat penahanan

Kepastian hukum juga dilakukan dengan jelasnya pejabat mana yang dapat mengeluarkan surat perintah penahanan dan memberikan perpanjangan penahanan. Untuk tingkat penyidikan, penahanan dilakukan penyidik [Pasal 7 ayat (1) huruf d KUHAP] atau penyidik pembantu atas perintah penyidik [Pasal 11 dan Pasal 20 ayat (1) KUHAP]. Untuk tingkat penuntutan, penuntut umum lah yang berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan [Pasal 20 ayat (2) KUHAP]. Untuk tingkat pemeriksaan di sidang pengadilan maka hakim

yang dengan penetapannya berwenang melakukan penahanan. Begitu seterusnya, hingga pemeriksaan di tingkat banding dan kasasi, sudah ditentukan dengan jelas pejabat mana yang berwenang membuat penetapan untuk melakukan penahanan.

ad 4) Batasan tindak pidana apa yang tersangka/ terdakwa dapat ditahan

Kepastian hukum dalam kaitan penahanan juga dicerminkan dalam KUHAP melalui pengaturan tentang batasan tindak pidana apa yang tersangka/terdakwa dapat ditahan. KUHAP telah menentukan terhadap pasal-pasal tindak pidana yang mana penahanan dapat diterapkan, jadi tidak semua tindak pidana, tersangka/ terdakwa dapat ditahan. Ini juga berlaku secara limitatif diatur dalam KUHAP. Ketentuan ini disebut dengan dasar yuridis atau obyektif [M.Yahya Harahap, Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP- Penyidikan dan Penuntutan, Jakarta: Sinar Grafika, 2000, hlm. 162]. Hal itu diatur di Pasal 21 ayat (4) KUHAP yang menyatakan bahwa:

"Penahanan tersebut hanya dapat dikenakan terhadap tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana dan/atau percobaan maupun pemberian bantuan dalam tindak pidana tersebut dalam hal:

a. tindak pidana itu diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih;

b. tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 282 ayat (3), Pasal 296, 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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Pasal 25 dan Pasal 26 *Rechordonnantie* (pelanggaran terhadap Ordonansi Bea dan Cukai, terakhir diubah dengan Staatsblad Tahun 1931 Nomor 471), Pasal 1, Pasal 2, dan Pasal 4 Undang-Undang Tindak Pidana Imigrasi (Undang-Undang Nomor 8 Drt Tahun 1955, Lembaran Negara Tahun 1955 Nomor 8), Pasal 36 ayat (7), Pasal 41, Pasal 42, Pasal 43, Pasal 47, dan Pasal 48 Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1976 tentang Narkotika (Lembaran Negara Tahun 1976 Nomor 37, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3086)."

ad 5) Dasar/ alasan untuk melakukan penahanan

Penahanan tidak dapat dilakukan tanpa alasan, atau hanya semata-mata sesuai kemauan dari pejabat yang dapat melakukan penahanan. Harus ada kebutuhan tertentu untuk melakukan penahanan. KUHAP menegaskan hal itu dalam Pasal 21 ayat (1) 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."

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 [Pasal 21 ayat (2) KUHAP].

Jadi menurut Pasal 21 ayat (1) KUHAP di atas, alasan untuk menahan seorang tersangka atau terdakwa adalah: (1) ada dugaan keras dia melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup; (2) adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa: akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti; dan/atau mengulangi tindak pidana.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, jelas bahwa ketentuan penahanan di KUHAP justru dimaksudkan untuk mengadakan suatu kepastian hukum antara lain dengan membatasi tindak pidana yang diancam tindak pidana paling lama lima tahun serta beberapa tindak pidana yang ditentukan secara limitatif pada Pasal 21 ayat (4) huruf b KUHAP saja yang tersangka atau terdakwanya dapat ditahan. Bukan hanya itu saja pembatasannya, tetapi juga harus ada alasan bagi penyidik atau jaksa untuk melakukan penahanan sebagaimana diatur dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP.

Dengan pendekatan perbandingan, kita dapat melihat bahwa alasan untuk penegak hukum menahan tersangka/ terdakwa sangat bervariasi, tetapi banyak yang memiliki kesamaan dengan ketentuan dalam KUHAP. Sebagai contoh alasan penahanan di Australia adalah: (1) *Risk of the person being a threat to themselves or others* [risiko dari orang itu membahayakan dirinya sendiri atau membahayakan orang lain], (2) *High probability of the person not appearing for trial* [kemungkinan besar tersangka/terdakwa tidak muncul di pengadilan], atau (3) faktor lain

seperti tingkat keseriusan dakwaan (Carlos Carcach and Anna Grant, *Imprisonment in Australia: The Remand Population*, Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology, 2000).

Sementara itu, alasan untuk penahanan di Kanada adalah: (1) *Ensure that the accused person does not flee* [memastikan bahwa tersangka tidak melarikan diri], (2) *Protect the public if there is a high likelihood of reoffending* [melindungi masyarakat jika ada kemungkinan besar tersangka mengulangi tindakannya], (3) *Maintain confidence in the administration of justice* [menjaga kemantapan dari administrasi peradilan pidana (Stephen Harper, "Tackling Crime through Bail Reform," November 23, 2006).

Di negara lain yakni Jerman, alasan untuk penahanan adalah: (1) *Strong suspicion of flight risk* [dugaan kuat adanya risiko tersangka melarikan diri]; (2) *Suspicion that evidence may be tampered with* [dugaan tersangka mencemari/mengubah alat bukti]; dan (3) *Strong risk of reoffending in the case of serious crimes* [risiko besar tersangka mengulangi kejahatannya pada kasus kejahatan yang serius] (Jörg-Martin Jehle, *Criminal Justice in Germany*, Berlin, Germany: Federal Ministry of Justice, 2009).

Di Inggris (England) dan Wales sebagaimana diatur pada Pasal 38 dari *The Police and Criminal Evidence (PACE) Act 1984*, alasan penahanan adalah: (1) *the suspect's name and address cannot be verified*; (2) *they are considered unlikely to appear in court*; (3) *they are likely to interfere with witnesses or further investigations*; dan (4) *they are likely to commit further crimes* [Francis Pakes, *Comparative Criminal Justice*, Second Edition, Devon: Willian Publishing, 2010, p. 72].

Dilihat dari alasan-alasan tersebut, sebenarnya alasan-alasan penahanan sebagaimana tertulis dalam KUHAP sudah tepat diatur di sana, dan memiliki kesamaan atau kemiripan dengan alasan-alasan di beberapa negara lain, seperti adanya kekhawatiran tersangka melarikan diri, merusak alat bukti atau mengulang tindak pidananya. Begitu juga tidak semua tindak pidana yang tersangka/terdakwanya dapat ditahan, melainkan diatur secara limitatif.

3. Penahanan dan *presumption of innocence*

Apakah penahanan bertentangan dengan *presumption of innocence*?

Dalam KUHAP, asas praduga tak bersalah dijelaskan dalam Penjelasan Umum KUHAP butir ke 3 huruf c yaitu:

“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.”

Sedangkan dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dinyatakan bahwa:

“Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut, atau dihadapkan di depan pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan telah memperoleh kekuatan hukum tetap.”

Berdasarkan kedua ketentuan tersebut jelas bahwa prinsip praduga tak bersalah atau *presumption of innocence* ini dianut di Indonesia dan juga menjadi asas penting dalam KUHAP. Pertanyaannya apakah ketentuan penahanan yang diatur dalam Pasal 7, Pasal 11 dan Pasal 20 KUHAP bertentangan dengan prinsip *presumption of innocence* ini?

Penahanan yang dilakukan pada tahap penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di pengadilan, bukanlah suatu pemidanaan (*sentencing*), bukan suatu pemenjaraan (*imprisonment*) sehingga tidak melanggar prinsip praduga tak bersalah (*presumption of innocence*). Di beberapa negara penahanan sebelum seseorang diadili ini kadang disebut dengan *administrative detention*, *non-punitive detention*, *pre-trial detention* dan lain-lain. Detention atau penahanan sebelum seseorang diadili itu juga dilakukan di banyak negara, dengan prosentase sekitar 10-30 persen dari tersangka/terdakwa yang kemudian dihukum dengan hukuman penjara (*imprisonment*). Dalam piagam PBB, dalam berbagai konvensi terkait hukum pidana, penahanan juga dapat dilakukan sepanjang memenuhi syarat tertentu, seperti harus diatur dalam undang-undang dan sebagainya.

Jadi, selama dalam tahanan baik dalam tahap penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di pengadilan, bukan berarti tersangka/

terdakwa sudah dianggap melakukan tindak pidana. Penahanan semacam itu dilakukan bukan untuk mencapai tujuan pemidanaan (*retributif/special deterrence/general deterrence, rehabilitation, dsb*) melainkan untuk kepentingan pemeriksaan penyidikan, kepentingan penuntutan, dan kepentingan pemeriksaan di pengadilan. Sifatnya bukan punitif, melainkan untuk alasan tertentu seperti mencegah tersangka/terdakwa melarikan diri, menghilangkan alat bukti, dan mengulangi perbuatannya. Di negara lainnya, penahanan juga dimaksudkan untuk menghindari bahaya dari tersangka/terdakwa bagi korban, dll.

Untuk lebih jelasnya bahwa penahanan tidaklah dapat dikatakan melanggar prinsip praduga tak bersalah, kita dapat melihat pada Konvensi HAM Eropa 1950, *The 1950 European Convention on Human Rights*. Konvensi ini mengatur adanya "*presumption of innocence*" pada Pasal 6 (2) juga "*right to liberty and security of person*" pada Pasal 5(1). Akan tetapi, pada saat bersamaan konvensi ini juga menerima pembatasan atas hak atas kebebasan itu atau dengan kata lain penahanan bisa dijustifikasi dengan sejumlah persyaratan yang diatur di Pasal 5 konvensi ini. Jadi, adanya penahanan bisa berdampingan dengan "*presumption of innocence*" dan hak atas kemerdekaan, sepanjang memenuhi syarat tertentu.

4. Penahanan dan *due process of law/due process model*

Apakah penahanan bertentangan dengan *due process of law/due process model*? Kita mulai dengan pengertian dari *due process of law*. *Due process of law* adalah:

"a fundamental principle of fairness in all legal matters, both civil and criminal, especially in the courts. All legal procedures set by statute and court practice, including notice of rights, must be followed for each individual so that no prejudicial or unequal treatment will result. While somewhat indefinite the term can be gauged by its aim to safeguard both private and public rights against unfairness." [West's Encyclopedia of American Law, edition 2. (2008).

[suatu prinsip yang fundamental tentang *fairness*/keadilan di dalam semua urusan hukum, baik hukum perdata maupun hukum pidana, khususnya di pengadilan. Semua prosedur hukum yang ditulis di undang-

undang dan praktik pengadilan, termasuk informasi/keterangan tentang hak-hak, harus ditaati bagi setiap orang sehingga tidak terjadi perlakuan yang merugikan atau membeda-bedakan. Tujuan dari *due process* ini adalah sebagai perlindungan baik untuk hak-hak pribadi maupun hak-hak publik melawan ketidakadilan}.

Sementara itu *due process model* merupakan konstruksi dari Herbert Packer, seorang profesor dari Stanford University, Amerika Serikat. Dua *process model* ini disandingkan dengan *crime control model* sebagai dua model dalam sistem peradilan pidana yang saling bersaing. Meskipun demikian, tidak ada negara yang menganut masing-masing model secara absolut, seringkali kedua model itu sama-sama dianut, hanya dengan titik berat salah satunya. *Due process model* terdiri atas beberapa argumen berikut: (1) fungsi utama dari sistem peradilan pidana adalah menjamin adanya proses hukum yang adil (*due process of law*), atau keadilan yang fundamental berdasarkan hukum; (2) sistem peradilan pidana seharusnya terfokus pada hak-hak tersangka/terdakwa, bukan hak-hak korban; (3) kewenangan polisi harus dibatasi untuk mencegah penekanan petugas pada individu; (4) sistem peradilan pidana harus bertanggungjawab atas aturan, prosedur, dan pedoman untuk menjamin keadilan dan konsistensi dalam proses peradilan pidana; (5) proses peradilan pidana harus beroperasi seperti "halang rintang", yang terdiri atas rangkaian rintangan/halangan dalam bentuk perlindungan prosedural yang menjamin orang-orang yang tak bersalah agar tidak dihukum.

Seperti dikatakan di atas, tidak ada satu negara yang sistem peradilan pidana beroperasi dengan model dua *process* secara mutlak, begitu yang beroperasi dengan *model crime control* secara mutlak. Keduanya tidak ada yang keliru, hanya orientasi yang berbeda. *Crime control model* orientasi utamanya adalah melindungi masyarakat dari kejahatan, sedangkan *due process model* orientasi utamanya adalah melindungi individu dari tindakan yang melanggar hak-haknya sehingga menimbulkan ketidakadilan. Ada yang berpandangan bahwa KUHAP menganut *due process model*, sehingga semua aturannya seharusnya tidak boleh bertentangan dengan *due process*. Sementara itu ada juga yang berpandangan bahwa KUHAP menganut kedua model tersebut.

Pertanyannya kemudian, apakah ketentuan tentang penahanan di dalam KUHAP bertentangan atau tidak sesuai dengan *due process of law* dan *due process model*?

Dalam *due process of law* ada jaminan setiap orang bebas dari perampasan kebebasannya dengan cara sewenang-wenang. Pasal 9 dari *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) dan Pasal 9 ayat (1) dari *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) sama-sama menjamin ketentuan tentang hak atas kebebasan dan larangan atas penangkapan dan penahanan yang sewenang-wenang ini. Dalam Pasal 9 UDHR dinyatakan: "*No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile.*"

Ada dua pembatasan yang diijinkan atas hak kebebasan seseorang itu menurut Pasal 9. Pertama, membatasi hak kebebasan seseorang diijinkan hanya jika hal itu dilakukan "*in accordance with procedures as are established by law*" [sesuai dengan prosedur yang ditentukan dalam undang-undang]. Jadi, penangkapan dan kemudian penahanan harus secara jelas dilakukan secara sah dan diatur jelas oleh undang-undang. Kedua, undang-undang itu sendiri dan para penegak hukumnya tidak boleh sewenang-wenang. Prinsip ini bertujuan terciptanya prosedur yang sah secara hukum. [Y. Dinstein, '*Right to Life, Physical Integrity, and Liberty*' in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights* (Columbia University Press, New York, 1981), 130].

Pada awalnya perkataan "sewenang-wenang" ("*arbitrary*") dalam pembahasan UDHR disamakan artinya dengan "illegal" [tidak sah], atau "*unjust*" [tidak adil] atau "*illegal and unjust*" [tidak sah dan tidak adil]. Pada akhirnya, keduanya tidak masuk dalam teks deklarasi UDHR. Pada tahun 1965, PBB menggunakan definisi ini:

"An arrest of detention is arbitrary if it is (a) on grounds or in accordance with procedures other than those established by law, or (b) under the provisions of a law the purpose of which is incompatible with respect for the right to liberty and security of person."

[suatu penangkapan atau penahanan adalah sewenang-wenang apabila hal itu (a) didasarkan atau sesuai dengan prosedur di luar yang sudah ditentukan oleh undang-undang, atau (b) di bawah ketentuan-ketentuan suatu undang-undang yang tujuannya tidak sesuai dengan penghormatan atas hak kebebasan dan keamanan seseorang].

Jadi jika kita tinjau, bagaimana penahanan dilakukan, dengan dasar apa dan alasan apa, siapa pejabat yang dapat melakukan penahanan, batasan tindak pidana apa yang tersangka/terdakwa nya dapat ditahan, berapa lama penahanan dilakukan, apa saja jenis penahanan, dan prosedur bagaimana penahanan dilakukan telah diatur di undang-undang, dalam hal ini KUHAP. Oleh sebab itu tinggal dilihat saja, apakah penegak hukum sudah melakukan sesuai dengan ketentuan dalam KUHAP tersebut atau tidak. KUHAP juga sudah memberikan perlindungan melalui mekanisme pra-peradilan untuk menguji sah atau tidaknya penangkapan tersebut.

5. Penahanan dan *judicial authority*

Apakah penahanan pada tahapan penyidikan dan penuntutan harus mendapat *judicial authority*? Berbagai negara mengatur secara berbeda dalam hal ini, adanya yang penahanan menjadi kewenangan dari polisi untuk waktu yang ditentukan, serta lembaga lain yang diberi wewenang. Ada juga lembaga seperti *magistrat* independen yang mengontrol penahanan, ada juga atas perintah hakim, ada juga yang jadi wewenang polisi atau lembaga penegak hukum lain dan kemudian pada waktu yang ditentukan dikontrol oleh hakim.

Ketentuan dalam KUHAP mengatur secara sistematis tahapan-tahapan dalam proses peradilan pidana seperti penyidikan, penuntutan, pemeriksaan pengadilan, dan seterusnya. Dalam setiap tahapan itu KUHAP memberikan wewenang bagi pejabat yang memiliki kewajiban dalam masing-masing tahapan tersebut. Dalam setiap tahapan itu, undang-undang juga memberikan kewenangan penahanan dengan syarat tertentu dan ada kontrol dari pejabat atau lembaga lainnya. Ketentuan penahanan dalam KUHAP sudah menganut standar sebagaimana berlaku secara internasional, yakni pengaturan di dalam undang-undang. Meskipun tidak mungkin praktik negara-negara dalam penahanan sama satu dengan yang lain. Ada perbedaan, tetapi dengan ada kesamaan yakni harus dilakukan sesuai hukum dan tidak sewenang-wenang, harus ada *probable clause*, bukti yang cukup, harus jelas tindak apa, atau tingkat keseriusan kejahatan yang disangkakan/didakwakan, alasan-alasan apa yang mendasari

perintah penahanan itu, dan sebagainya. Ketentuan tersebut dalam dilihat dari (1) Adanya ketentuan menurut hukum ; (2) Adanya kontrol dari hakim; (3) Perpanjangan penahanan ada batasnya dan dilakukan oleh pejabat/ lembaga lain.

ad 1) Ada kontrol dalam pelaksanaan penahanan.

Penahanan menurut KUHAP harus ada surat perintah penahanan, tidak bisa dilakukan dengan semena-mena. 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 [Pasal 21 ayat (2) KUHAP].

ad 2) Adanya kontrol dari hakim

Penahanan merupakan salah satu objek yang dapat dipersoalkan oleh pihak yang ditahan melalui pra-peradilan. Artinya, hakim dapat menilai apakah penahanan itu sah atau tidak secara hukum. Dengan penahanan menjadi obyek gugatan dalam pra-peradilan, maka menurut KUHAP, penyidik tidak bisa semauanya sendiri dalam melakukan penahanan. Harus ada syarat-syarat yang mesti dipenuhi sesuai ketentuan dalam KUHAP. Jika hal itu tidak dipenuhi maka, penahanan bisa dinyatakan tidak sah secara hukum. Di sini ada peranan judicial atau *judicial authority* dalam pelaksanaan penahanan.

ad 3) Perpanjangan penahanan ada batasnya dan dilakukan oleh pejabat/ lembaga lain

Upaya agar penahanan tidak dilakukan semena-mena dan tanpa kejelasan, oleh KUHAP diatur yakni perpanjangan penahanan tidak dilakukan sendiri oleh pejabat yang melakukan penahanan, melainkan oleh pejabat/ lembaga lainnya sehingga ada kontrol. Penahanan oleh penyidik dapat diperpanjang, bukan oleh dia sendiri, melainkan oleh penuntut umum dan ada batas waktunya yakni selama 40 hari [Pasal 24 ayat (2) KUHAP]. Penahanan oleh penuntut umum dapat diperpanjang oleh ketua pengadilan

negeri dan ada batasan waktunya yakni paling lama 30 hari [Pasal 25 ayat (2) KUHAP]. Penahanan oleh hakim pengadilan negeri yang mengadili perkara dapat diperpanjang oleh ketua pengadilan negeri dan ada batasan waktunya paling lama 60 hari [Pasal 26 ayat (2) KUHAP]. Penahanan oleh hakim pengadilan tinggi yang mengadili perkara dapat diperpanjang oleh ketua pengadilan tinggi dan ada batasan waktunya yakni paling lama 60 hari [Pasal 27 ayat (2) KUHAP]. Begitu juga, penahanan yang dilakukan oleh hakim Mahkamah Agung yang mengadili perkara dapat diperpanjang oleh Ketua Mahkamah Agung paling lama 60 hari [Pasal 28 ayat (2) KUHAP].

D. Penutup

Demikianlah pokok-pokok pendapat saya mengenai pasal-pasal dalam KUHAP yang berkaitan dengan penahanan. Pada intinya ketentuan penahanan itu, tidaklah melanggar prinsip *presumption of innocence*, melanggar hak kebebasan seseorang, karena dia bisa berjalan pada saat yang sama, dan itu diatur juga di berbagai negara, dan berbagai konvensi, yang memberi justifikasi adanya penahanan sepanjang memenuhi syarat-syarat tertentu yang diatur dalam undang-undang di negara masing-masing. Penahanan juga tidak dapat dikatakan melanggar *due process model* atau *due process of law*, yang melindungi hak-hak individu dalam proses peradilan pidana, sepanjang dilakukan sesuai ketentuan yang diatur di dalam undang-undang. Ketentuan penahanan dalam tahapan penyidikan dan penuntutan yang diatur di KUHAP, antara lain di Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20, serta pasal lainnya, sudah memberikan batasan tentang bagaimana penahanan dilakukan, siapa yang berwenang, berapa lama waktu penahanan, bagaimana kontrol atas penahanan melalui lembaga pra-peradilan, serta perpanjangan penahanan oleh pejabat/ lembaga lainnya.

2. Dr. Chairul Huda, S.H., M.H.

Menurut hemat saya, permohonan *judicial review* Nomor 4/PUU-XVI/2018, ini menyangkut kewenangan Penyidik sebagaimana dimaksud dalam KUHAP melakukan “penahanan” terhadap Tersangka. Persoalan pokoknya terkait dengan kenyataan bahwa penahanan merupakan pengurangan hak asasi

manusia, terutama hak atas kebebasan, yang didalilkan Pemohon seharusnya hanya menjadi kewenangan Hakim, dan bukan kewenangan Penyidik, atau setidaknya sekalipun hal itu diberikan kepada Penyidik, maka kewenangan itu hanya dapat digunakan atas izin Hakim. Terhadap persoalan ini, sebagaimana Keterangan Ahli yang pernah saya sampaikan dalam persidangan pengujian undang-undang lainnya, perkenankanlah saya mengemukakan pandangan-pandangan seputar masalah tersebut, terutama dengan mengkaitkannya dengan asas-asas hukum pidana dan acara pidana.

Kewenangan Penahanan oleh Penyidik dan Asas Legalitas

Masalah “penahanan” memang berada dalam dua ranah, yaitu ranah “norma” dan ranah “pelaksanaan” dari norma tersebut. Berkenaan yang pertama, yaitu masalah norma hukum terkait dengan penahanan, persoalan konstitualitasnya menjadi *domain* Mahkamah Konstitusi, tetapi mengenai masalah yang kedua, tentu terkait keabsahan tindakan pejabat yang melakukan penahanan, pengujian validitasnya merupakan *domain* Praperadilan di Pengadilan Negeri. Oleh karena itu, pertama-tama yang harus didudukkan dalam perkara permohonan uji materil ini, harus dipastikan benar bahwa yang dipersoalkan adalah norma hukum tentang penahanan, dan bukan masalah praktek hukum dimana penahanan yang diduga dilakukan secara sewenang-wenang.

Norma hukum terkait dengan penahanan berhubungan dengan masalah penegakan hukum pidana (*law enforcement*), dan sekaligus terkait pula dengan masalah perlindungan *civil rights*, yang termasuk diantaranya *right to freedom* dalam negara demokrasi. Dengan demikian, norma hukum berkenaan dengan penahanan sebagai bentuk pengurangan hak (proses) akan kebebasan, harus dilengkapi dengan mekanisme perlindungan hak (prosedur), dalam rangka memastikan bahwa setiap tindakan penahanan masih dalam kerangka penegakan *rechtsstaat* (*rule of law*). Prosedur ini merupakan **“the procedural guarantees”**, yang diperlukan untuk “menjamin” bahwa tindakan penahanan tidak lebih banyak lagi merusak hak atas kebebasan itu sendiri, yang keberadaannya telah dijamin dalam negara demokratis.

Berdasarkan di atas, persoalan konstitusionalitasnya kemudian terletak pada kenyataan dimanakah norma terkait penahanan tersebut diatur,

mengingat Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 mengisyaratkan bahwa hanya undang-undang yang dapat mengurangi kebebasan, untuk “memenuhi tuntutan yang adil... sesuai dengan pertimbangan... ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”. Dengan demikian, *right to freedom* dalam negara demokrasi dapat dikurangi sepanjang pengurangan itu ditentukan dalam undang-undang. Pengaturan penahanan dalam undang-undang merupakan wujud dari pertimbangan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat, dalam rangka penegakan hukum.

Berangkat dari hal di atas, kemudian pembentuk undang-undang menentukan dalam UU Nomor 8 Tahun 19981 (KUHAP) perihal kewenangan penahanan dimaksud. Hal ini menyebabkan proses dan prosedur dalam penegakan hukum, terkait dengan penahanan, telah dilakukan dalam undang-undang. Dalam Hukum Pidana bahkan hal ini menjadi asas penting, dikenal dengan **asas legalitas**, baik yang ditentukan dalam Hukum Pidana Materil, yang mempersyaratkan bahwa suatu tindak pidana hanya dapat diadakan dengan undang-undang, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, maupun dalam Hukum Acara Pidana keharusan untuk menyelenggarakan peradilan pidana berdasarkan ketentuan undang-undang, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 KUHAP. Dalam hal ini, pengaturan mengenai penahanan bersifat konstitusional, jika ditentukan bahwa hal itu hanya dilakukan terhadap mereka yang disangka/didakwa melakukan perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana dalam undang-undang (tindak pidana) tertentu, dan dilakukan dalam hal dan menurut cara yang ditentukan dalam undang-undang. Hukum Pidana dan penagakannya seperti dikatakan Baker, seharusnya menjadi manifestasi perlindungan *“the right is not only about having freedom do as one choose so long as its does not wrong others, but also about not being subjected to harmful consequences that flow from unfair criminalization”* (Baker, 2001: 2).

Proses dan prosedur penahanan yang diatur memiliki sifat *lex scripta*, *lex stricta*, dan *lex certa*, sehingga tekanan konstitusionalitasnya disini terutama pada keharusan normanya dimuat dalam hukum tertulis, diatur hanya dapat diterapkan dengan persyaratan yang ketat, dan dirumuskan dalam ketentuan yang tidak multitafsir. Oleh karena itu, dilihat dari segi ini apakah

“penahanan” yang *notabene* mengurangi hak akan kebebasan itu, dilakukan oleh Hakim, atau aparat peradilan lainnya, semisal Penyidik atau Penuntut Umum, sama sekali bukan persoalan konstiusionalitas norma. Sepanjang dilakukan oleh pejabat yang “diberi wewenang” oleh undang-undang, siapapun itu, dan dilengkapi dengan prosedur tertentu sehingga dapat sejauh mungkin menghindari kesewenang-wenangan, maka pengaturan yang demikian sah dalam *rechtsstaat* (*rule of law*) atau konstiusional.

Berdasarkan hal di atas, apakah penahanan itu menjadi kewenangan Hakim, atau juga menjadi kewenangan pejabat peradilan lainnya, seperti Penyidik atau Penuntut Umum sepenuhnya merupakan kewenangan pembentuk undang-undang. Hal itu merupakan kebijakan hukum yang terbuka (***open legal policy***), yang tidak dicampuri Konstitusi. Pembentuk undang-undang (KUHAP) memilih untuk bukan saja memberikan kewenangan itu kepada Hakim, tetapi juga kepada Penyidik dan Penuntut Umum. Boleh jadi hal ini merupakan upaya pembentuk undang-undang untuk memastikan peralihan dari sistem *Herzeine Inlandsch Reglement* (*HIR*) menjadi sistem KUHAP berlangsung secara evolusioner.

Dalam hal pembentuk undang-undang menghendaki, dapat saja sistem penahanan yang diatur dalam KUHAP tersebut diganti, dengan hanya memberikan kewenangan penahanan kepada Hakim atau setidaknya jika Penyidik diberikan kewenangan untuk menahan maka hal itu hanya dapat dilakukan atas izin Hakim, seperti konsep *habes corpus* di negara-negara *common law*. Akan tetapi tidak juga mengapa jika sekarang dan pada masa mendatang tetap dipertahankan sistem yang memberi kewenangan penahanan kepada Penyidik, Penuntut Umum atau Hakim. Berkenaan dengan kewenangan Penyidik seperti yang sebagian ditentukan dalam Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan (2) KUHAP, berdasarkan konsepsi di atas, tidak ada sama sekali masalah konstiusionalitasnya dalam hal ini.

Penahanan oleh Penyidik, antara *Atribution Power* atau *Unauthorized Discretion*

Perlindungan terhadap *civil rights*, yang termasuk diantaranya *right to freedom*, bukan berarti tidak dapat dikurangi, dengan adanya pembatasan-

pembatasan, termasuk diantaranya pengenaan penahanan, sepanjang dilakukan dengan undang-undang. Terhadap siapakah kewenangan penahanan tersebut diberikan, sepenuhnya merupakan *domain* pembentuk undang-undang. Apakah hal itu hanya diberikan kepada Hakim, atau juga kepada Penyidik dan/atau Penuntut Umum, merupakan pilihan-pilihan yang dapat ditentukan oleh pembentuk undang-undang sendiri, dengan memperhatikan berbagai aspek. **Aspek historis**, yaitu keharusan untuk membuat hukum berkesinambungan dari sistem HIR menuju kepada sistem KUHAP, atau **aspek geografis** yaitu keharusan untuk mempertimbangkan keluasan wilayah penegakan hukum (*area law enforcement*) yang tidak memungkinkan pengadilan berada di setiap pelosok, ataupun **aspek pragmatis**, yaitu keharusan memperhatikan efisiensi dan efektivitas penegakan hukum, tentunya merupakan parameter penting untuk menentukan kepada siapakah kewenangan melakukan penahanan tersebut diberikan.

Pemberian kewenangan melakukan penahanan kepada penyidik, setidaknya seperti yang ditentukan dalam Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan (2) KUHAP, merupakan pemberian kewenangan atributif (*atribution power*) yang diberikan pembentuk undang-undang. Pembentuk undang-undang memberikan Penyidik kewenangan yang bersifat fakultatif, yang digunakan dalam keadaan yang benar-benar perlu. Asas penggunaan kewenangan penahanan adalah, ***“non arrested is principle, and arrested is exception.”*** Oleh karena itu, penggunaan kewenangan penahanan berdasar prinsip ini tidak ada kaitannya dengan masalah konstitusionalime, terkait dengan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Bukankah ketika Konstitusi berbicara masalah “kekuasaan kehakiman”, diakui pula “badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang”, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (3) UUD 1945. Polri sebagai pengemban fungsi Penyidikan merupakan satu diantara badan-badan lain dimaksud, sehingga pemberian kewenangan kepada Penyidik untuk melakukan penahanan yang diatur dalam KUHAP dan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia, merupakan wewenang atribusi yang konstitusional.

Begitu pula ketika gagasan "*legal certainty*" dan "*equality before the law*" diintrodusir dalam penegakan hukum, bersandar pada Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, maka tidak berarti hal itu merupakan "monopoli" pemegang kekuasaan kehakiman. Penahanan yang dilakukan Penyidik, atas dasar prinsip "*non arrested is principle, and arrested is exception*", tidak berarti tidak mengakui, menjamin, dan melindungi "*legal certainty*" dan "*equality before the law*" yang menjadi hak setiap orang. *Toh*, Hakim di pengadilanpun menggunakan prinsip "*non arrested is principle, and arrested is exception*", dan penahanan bukan "kewajiban" bagi Hakim.

Sama sekali merupakan logika yang *absurd*, jika ketika kewenangan melakukan penahanan diberikan hanya pada Hakim, sehingga seolah-olah Penyidik tidak boleh diberi kewenangan tersebut, maka apa artinya Pasal 24 ayat (3) UUD 1945. Bukankah hal ini merupakan isyarat bahwa Kekuasaan Kehakiman tidak dapat "sendiri" menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, tetapi perlu sekali diadakan *sharing power* dengan badan-badan lain, termasuk institusi pengembalian fungsi penyidikan, untuk melaksanakan tugas konstitusional tersebut. Selain itu, juga merupakan logika yang dangkal jika pengakuan, jaminan dan perlindungan setiap orang sehingga mendapatkan "*legal certainty*" dan perlakuan "*equality before the law*", hanya dapat diwujudkan oleh Hakim, sehingga penahanan hanya menjadi wewangnya. Seolah-olah Penyidik tidak mengakui, menjamin dan melindungi kepastian hukum dan perlakuan yang sama di muka hukum, sehingga tidak dapat diberikan kewenangan penahanan.

Berdasarkan, *common law system* dengan *habeas corpus*, yang membuat penahanan oleh Penyidik hanya dapat dilakukan oleh Hakim, sebatas pada persoalan teknis untuk memastikan bahwa penahanan oleh Penyidik telah memperhatikan aspek *rechtmatic* dan *doelmatig*. Pada hakekatnya hal ini merupakan pilihan-pilihan pengaturan saja, untuk menghindari penggunaan diskresi yang tidak sah (*unauthorized discretion*).

Selain itu, kewenangan Penyidik melakukan penahanan, yang dalam sistem KUHAP dapat dilakukan tanpa izin/persetujuan Hakim, tidak dapat diperbandingkan dengan keharusan Penyidik mendapat izin Ketua Pengadilan Negeri untuk melakukan penyitaan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38

ayat (1) KUHAP. Tidak “*apple to apple*” perbandingan tersebut, karena perlakuan terhadap benda yang tidak mempunyai kehendak sendiri tidak dapat dibandingkan dengan perlakuan terhadap Tersangka/Terdakwa, yang pada dasarnya mempunyai *free will*. Selain itu, hak asasi juga yang memungkinkan seseorang “mempunyai kekuasaan penuh” terhadap dirinya sendiri, sedangkan benda sitaan memungkinkan dimiliki oleh pihak-pihak yang tidak terkait dengan suatu tindak pidana yang dipersangkakan/didakwakan terhadap Tersangka/Terdakwa.

Penahanan oleh Penyidik dan Mekanisme Pengendaliannya (*Control Mechanisme*)

Skolnick menyatakan, dalam negara demokrasi, akan selalu terjadi konflik antara norma-norma yang diperlukan untuk mewujudkan ketertiban masyarakat dan mekanisme pertanggungjawabannya atas dasar prinsip *rechtsstaat (rule of law)*, yang menjadi dasar yang membenarkan berbagai kewenangan Polisi melaksanakan hal itu (Skolnick: 166:17). Tentunya sinyalemen Skolnick tersebut termasuk masalah norma hukum berkenaan dengan penahanan yang ditentukan dalam KUHAP dalam hal ini. Dengan demikian, **konstitusionalitas penahanan bukan ditentukan oleh dalam hal bagaimana dan menurut cara seperti apa Penyidik melakukan penahanan, tetapi terletak pada apakah norma undang-undang yang mengatur masalah penahanan menyebabkan tindakan penahanan yang dilakukan oleh Penyidik dapat dipertanggungjawabkan sesuai dengan prinsip *rechtsstaat (rule of law)*.**

Pengaturan mengenai penahanan oleh Penyidik, apakah konstitusional atau tidak, dapat dilihat dari mekanisme pengendalian (*control mekanisme*), yang disediakan KUHAP. Oleh karena itu, konstitusionalitas Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP harus dikaitkan dengan pengaturan terkait hal itu dalam ketentuan lainnya, terutama yang memastikan adanya pengendalian yang komprehensif mengenai hal ini. Baik oleh Penyidik sendiri (*self control*), pengendalian oleh aparat sistem peradilan pidana lainnya (*horizontal control*), maupun pengendalian oleh pengadilan (*judicial control*). Hal inilah yang membedakan kewenangan penahanan oleh Penyidik menurut KUHAP dengan sistem lama dalam HIR.

Sekalipun KUHAP seperti juga HIR memberikan kewenangan kepada Penyidik melakukan penahanan, tetapi pengaturannya sangat jauh berbeda. Dalam hal ini pengaturan KUHAP berkenaan dengan penahanan telah sungguh-sungguh memberikan perlindungan *civil rights*, yang termasuk diantaranya *right to freedom* dalam negara demokrasi. **Konstitusionalitas Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP tidak dapat semata-mata dilihat dari ketentuan pasal-pasal tersebut, tetapi harus dihubungkan dan dikaitkan dengan pengaturan lainnya dalam KUHAP.** Memang benar Penyidik (dan Penuntut Umum) diberi kewenangan mengurangi hak atas kebebasan dengan penahanan, tetapi prosedur yang ditentukan dalam KUHAP cukup menjamin dapat dihindarinya kesewenang-wenangan.

Hal ini setidaknya terlihat dari tiga hal. **Pertama**, kewenangan Penyidik melakukan penahanan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP, dihubungkan dengan ketentuan tentang tenggang waktu penahanan yang relatif terbatas, yang menyebabkan institusi Penyidik “mengendalikan sendiri” terhadap perintah-perintah penahanan yang dikeluarkannya. Dalam hal ini penahanan yang dapat dilakukan Penyidik ditentukan secara limitatif, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 KUHAP. Berbeda dengan HIR yang memberi keleluasaan kepada Penyidik untuk melakukan penahanan tanpa batas waktu.

Administrasi penyidikan, yang diantaranya berupa tenggang waktu dilakukannya penahanan yang dinyatakan dengan tergas dalam surat-surat perintah untuk melakukan penahanan, dengan sendirinya menjadi sarana pengendali “atasan” Penyidik terhadap pelaksanaan penahanan yang dilakukan “bawahannya”. Hal ini merupakan satu diantara sekian banyak mekanisme *self control* terhadap penahanan menurut KUHAP, yang tidak ditemukan dalam HIR.

Selain itu, juga merupakan *self control* penahanan, kewenangan Penyidik melakukan penahanan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP, dikaitkan dengan prosedur, dalam hal dan dengan cara bagaimana, penahanan dapat dilakukan oleh Penyidik. Penyidik dapat melakukan penahanan, ketika memiliki alasan subyektif (Pasal 21 ayat (1) KUHAP) maupun alasan obyektif (Pasal 21 ayat (4)

KUHAP). Alasan-alasan ini menjadi bagian yang paling diperhatikan ketika proses berlangsung oleh berbagai elemen di instansi Penyidik, seperti ketika diadakan “gelar perkara”.

Alasan subjektif melakukan penahanan adalah dalam hal adanya kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak barang bukti dan/atau mengulangi tindak pidana. Hanya saja, karena istilahnya (alasan subjektif), dalam praktik hukum umumnya alasan ini kerap dipandang ada atau tidak tergantung pada subjektivitas penyidik, atau sering dipandang telah ada tanpa ukuran-ukuran yang objektif. Padahal ukuran objektif dari alasan subjektif ini juga telah tercermin dari ketentuan Pasal 21 ayat (1) 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 tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak barang bukti dan/atau mengulangi tindak pidana.”

Dalam hal ini “berdasarkan bukti yang cukup” seharusnya bukan saja digunakan untuk menentukan ada atau tidaknya alasan objektif, tetapi juga digunakan untuk menentukan ada atau tidaknya alasan subjektif. Artinya penahanan dilakukan terhadap Tersangka/Terdakwa yang “berdasarkan bukti yang cukup” diduga keras melakukan tindak pidana, dan Tersangka/Terdakwa itu “berdasarkan bukti yang cukup” pula adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak barang bukti dan/atau mengulangi tindak pidana”. Dengan demikian, “bukti yang cukup” Tersangka/Terdakwa akan melarikan diri, merusak barang bukti atau mengulangi tindak pidana bukan suatu hal yang tergantung pada subjektivitas Penyidik semata. Misalnya, sebagai seseorang yang akan melarikan diri ke luar negeri, tersangka/terdakwa masih memiliki visa atau mengajukan visa ke negara tertentu. Demikian pula jika ternyata yang bersangkutan telah bersiap melakukan perjalanan jauh, seperti menyiapkan tiket perjalanan ataupun sejumlah uang. Begitu seterusnya, yang pasti “bukti yang cukup” untuk melarikan diri dan seterusnya itu telah benar-benar ada.

Berdasarkan hal di atas, sungguh pemberian kewenangan kepada Penyidik untuk melakukan penahanan bukan suatu “*blank check*”, melainkan prosedur yang cukup ketat, yang dapat dikontrol sendiri oleh instansi penyidik. Hal ini perlu diatur tidak lain dalam rangka perlindungan *civil rights*, berupa hak atas kebebasan, yang dengan adanya penahanan dirancang dengan prosedur ketat sebagaimana ditentukan dalam KUHAP, sehingga cukup menjamin dapat dihindarinya kesewenang-wenangan.

Kedua, kewenangan Penyidik melakukan penahanan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP, yang diberikan dalam tenggang waktu yang relatif terbatas, dapat dilanjutkan oleh Penuntut Umum karena kewenangannya, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 KUHAP, dan dalam keadaan tertentu dapat diperpanjang oleh Hakim, sebagaimana dimaksud dalam 29 KUHAP. Dalam hal ini, alasan-alasan penahanan yang dijadikan dasar oleh Penyidik akan dikaji ulang ketika Penuntut Umum atau Hakim melaksanakan kewenangannya melakukan penahanan. Kewenangan yang bersifat fakultatif ini memungkinkan Penuntut Umum dan/atau Hakim bersikap berbeda dengan Penyidik terkait dengan penahanan, sehingga horizontal control sesama aparat peradilan pidana juga sebagai sarana untuk memastikan perlindungan *civil rights*, berupa hak atas kebebasan, dan menjamin dapat dihindarinya kesewenang-wenangan.

Ketiga, kewenangan Penyidik melakukan penahanan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP, dikaitkan dengan Pasal 77 KUHAP yang telah menentukan bahwa penahanan yang dilakukan oleh Penyidik (dan Penuntut Umum) dapat diuji keabsahannya melalui permohonan Praperadilan. Hal ini merupakan mekanisme kontrol dari Hakim (*judicial control*) terhadap Penyidik dalam menggunakan kewenangannya itu, sehingga dapat dipastikan bahwa hal itu dilakukan atas dasar prinsip *rechtsstaat* (*rule of law*)

Dalam negara demokrasi, tidak boleh ada kekuasaan yang tidak dapat dikontrol, termasuk kekuasaan (baca kewenangan) Penyidik untuk melakukan penahanan. Sekalipun sistem yang dianut KUHAP memberikan kewenangan ini kepada Penyidik, dan untuk pelaksanaannya Penyidik tidak memerlukan izin

Hakim, tetapi bukan berarti pelaksanaan kewenangan ini tidak dalam kontrol Hakim. Memang dalam hal ini, “semua penahanan yang dilakukan Penyidik (dan Penuntut Umum) adalah sah, kecuali dinyatakan sebaliknya oleh Hakim Praperadilan. Dengan demikian, penahanan oleh Penyidik (dan Penuntut Umum) didasarkan pada **asas praduga sah**. Asas ini dimaksudkan untuk mengefisiensikan sistem peradilan pidana.

Pada dasarnya dengan undang-undang (KUHAP) kewenangan Penyidik melakukan penahanan diasumsikan “sah” karena dilakukan dengan mekanisme yang “ketat”, namun demikian karena kewenangannya Hakim dapat “mencabut” kewenangan itu, jika dalam permohonan Praperadilan Tersangka dapat membuktikan bahwa penahanan yang ditetapkan padanya melanggar “*the procedural guarantees*”, yang diperlukan untuk “menjamin” bahwa tindakan penahanan tidak lebih banyak lagi merusak hak atas kebebasan itu sendiri, yang keberadaannya telah dijamin dalam negara demokratis.

[2.4] Menimbang bahwa Presiden menyerahkan kesimpulan yang diterima Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 29 Maret 2018 yang pada pokoknya tetap pada pendiriannya;

[2.5] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan cukup ditunjuk dalam Berita Acara Persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini.

3. PERTIMBANGAN HUKUM

Kewenangan Mahkamah

[3.1] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945), Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003

tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), dan Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076, selanjutnya disebut UU Kekuasaan Kehakiman), Mahkamah berwenang, antara lain, mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945;

[3.2] Menimbang bahwa oleh karena permohonan Pemohon adalah permohonan untuk menguji konstitusionalitas norma undang-undang, *in casu* Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3258, selanjutnya disebut KUHAP) terhadap UUD 1945, maka Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;

Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang 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;

Dengan demikian, Pemohon dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan terlebih dahulu:

- a. kedudukannya sebagai para Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. ada tidaknya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian dalam kedudukan sebagaimana dimaksud pada huruf a;

[3.4] Menimbang bahwa Mahkamah sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 tanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 tanggal 20 September 2007 serta putusan-putusan selanjutnya, telah berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi 5 (lima) syarat, yaitu:

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

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan uraian ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK dan syarat-syarat kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana diuraikan di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon sebagai berikut:

1. Bahwa norma Undang-Undang yang dimohonkan oleh Pemohon dalam permohonan *a quo* adalah Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata "*penahanan*", Pasal 11 sepanjang kalimat, "*kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik*", dan Pasal 20

ayat (1) dan ayat (2) KUHAP, yang selengkapnya norma tersebut menyatakan sebagai berikut:

- **Pasal 7 ayat (1) huruf d:**

*Penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) huruf a karena kewajibannya mempunyai wewenang: a..., b..., c..., d. melakukan penangkapan, **penahanan**, penggeledahan dan penyitaan;*

- **Pasal 11:**

*Penyidik pembantu mempunyai wewenang seperti tersebut dalam Pasal 7 ayat (1), **kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik.***

- **Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2):**

(1) Untuk kepentingan penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 berwenang melakukan penahanan;

(2) Untuk kepentingan penuntutan, penuntut umum berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan;

2. Bahwa Pemohon, Sutarjo, adalah perseorangan warga negara Indonesia mendalilkan telah dirugikan oleh berlakunya norma tersebut, dengan alasan yang pada pokoknya sebagai berikut:

a. Pemohon pernah ditetapkan menjadi Tersangka dan ditahan oleh Kepolisian Daerah Jawa Timur dengan tuduhan melakukan dugaan tindak pidana melanggar Pasal 263 *juncto* Pasal 311 dan Pasal 317 KUHP. Tuduhan tersebut berawal dari Laporan Polisi Nomor LPB/973/VI/2015/UM/JATIM tertanggal 16 Juni 2015 atas nama Sdr. Mashudi, SH. (Pelapor) dengan dugaan tindak pidana Pemalsuan dan/atau Fitnah dan/atau Pengaduan Palsu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 263 KUHP dan/atau Pasal 311 KUHP dan/atau Pasal 317 KUHP, yang dilakukan oleh Khoyanah alias Khoyana, Pemohon dkk (Terlapor).

b. Pemohon merupakan Kuasa Hukum Khoyanah alias Khoyana. Adapun perkara yang ditangani oleh Pemohon adalah berkenaan dengan sengketa jual beli tanah tambak yang terletak di Desa Banjarsari, Kecamatan Cerme,

Kabupaten Gresik Persil 90 dt III seluas 3.754 ha, di mana Klien Pemohon yaitu Khoyanah alias Khoyana merupakan Pihak Penjual, sedangkan Pihak Pembeli adalah Ufuk Teguh Wibowo, SE.

- c. Bahwa, jual beli sebagaimana tersebut di atas terlebih dahulu dibuatkan Pengikatan Jual Beli antara para pihak, sebagaimana ternyata dari Akta Pengikatan Jual Beli Nomor 3 tanggal 18 Mei 2009 yang dibuat oleh dan di hadapan MASHUDI, SH., MKn. (Pelapor) Notaris/PPAT di Kabupaten Gresik.
- d. Bahwa informasi yang didapat oleh Pemohon dari Khoyanah alias Khoyana, pada mulanya Khoyanah alias Khoyana ini tidak mengetahui bahwasanya pengikatan jual beli atas tanah tambak miliknya tersebut, sebagai Pihak Pembelinya adalah Ufuk Teguh Wibowo, SE. yang notabene merupakan putra dari Advokat Aziz Gunawan Wibowo, SH. Sebelum menunjuk dan memberikan kuasa kepada Pemohon, Khoyanah alias Khoyana bersama-sama dengan suaminya yaitu Hari Moerti merupakan klien dari Advokat Aziz Gunawan.
- e. Bahwa oleh karena merasa dirugikan dengan adanya Pengikatan Jual Beli Nomor 3 bertanggal 18 Mei 2009 yang dibuat oleh dan di hadapan MASHUDI, SH., MKn. (Pelapor), yang merupakan Notaris/PPAT di Kabupaten Gresik. Kemudian Pemohon mengadukan Notaris MASHUDI ke Majelis Pengawas Daerah Notaris Gresik. Melalui surat Pengaduan dari Pemohon yang ditujukan kepada Majelis Pengawas Daerah Notaris Gresik Surat Nomor 8 /SS/SP/VIII.14 tanggal 8 Agustus 2014.
- f. Bahwa, MASHUDI, SH., MKn. (Pelapor) tidak terima dengan pengaduan tersebut, yang selanjutnya melaporkan Khoyanah alias Khoyana dan Pemohon ke Kepolisian Negara Republik Indonesia Daerah Jawa Timur (POLDA JATIM), sebagaimana ternyata dari Laporan Polisi Nomor LPB/973/VI/2015/ UM/JATIM tertanggal 16 Juni 2015 dengan dugaan tindak pidana Pemalsuan dan/atau Fitnah dan/atau Pengaduan Palsu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 263 KUHP dan/atau Pasal 311 KUHP dan/atau Pasal 317 KUHP.
- g. Bahwa setelah laporan tersebut Pemohon dipanggil sebagai saksi, yang kemudian ditetapkan sebagai Tersangka dan ditahan oleh Penyidik dengan

Surat Perintah Penyidikan Nomor SP.Gas/2104/XI/2015/Direskrimum, tanggal 30 Nopember 2015 dan Surat Perintah Penahanan Nomor SP.Han/02/I/2016/Ditreskrimum, Direskrimum Polda Jatim tanggal 15 Januari 2016.

- h. Bahwa dari kejadian tersebut di atas, Pemohon yang merupakan seorang Advokat, merasa memiliki hak imunitas dalam melakukan pembelaan terhadap klien Pemohon baik di dalam persidangan maupun diluar persidangan sebagaimana di tegaskan di dalam Putusan Konstitusi Nomor 26/PUU-XI/2013, yang menyatakan, Pasal 16 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai, "Advokat tidak dapat dituntut baik secara perdata maupun pidana dalam menjalankan tugas profesinya dengan iktikad baik untuk kepentingan pembelaan klien di dalam maupun di luar sidang pengadilan.
- i. Pihak Penyidik Direskrimum Polda Jatim tidak memperhatikan kedudukan Pemohon sebagai Advokat yang sedang menjalankan profesinya dan tanpa melalui ijin dari Organisasi Advokat Peradi untuk melakukan penyidikan dan juga tidak dilakukan pemeriksaan Etik terlebih dahulu oleh Dewan Kehormatan Advokat. Penyidik tidak memperhatikan keberatan proses penyidikan oleh Organisasi Advokat PERADI Cabang Sidoarjo. Bahkan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM) telah berkirin surat kepada Irwasda Polda Jatim guna mempertanyakan Proses Penyidikan terhadap Advokat yang sudah menjalankan profesinya sesuai prosedur.
- j. Bahwa, meskipun Pemohon pernah pengajuan gugatan Praperadilan terhadap penetapan tersangka dan penahanan terhadap diri Pemohon, dan praperadilan mengalahkan Pemohon. Namun bagi Pemohon ketentuan Pasal 82 ayat (1) KUHAP berpotensi merugikan hak konstitusional Pemohon, sebab ketentuan *a quo* tidak memberikan hak Pemohon untuk membuktikan di dalam persidangan praperadilan terkait pelanggaran hukum yang dilakukan oleh penyidik maupun penuntut umum. Karena ketentuan *a quo* menyatakan sejak persidangan pertama digelar maka gugatan praperadilan menjadi gugur. Padahal gugatan praperadilan durasi waktunya cuman 7 hari. Harusnya pokok perkara dihentikan dulu menunggu putusan

praperadilan apakah dikabulkan atau ditolak. Sehingga menurut Pemohon Pasal 82 ayat (1) KUHAP berpotensi disalahgunakan oleh peyidik dan penuntut umum, untuk menggagalkan gugatan praperadilan dengan mempercepat pelimpahan perkara pokok ke pengadilan.

3. Bahwa berdasarkan seluruh uraian di atas, Pemohon yang merupakan warga negara Indonesia dan berprofesi sebagai advokat, menurut Mahkamah, Pemohon yang pernah/sedang mengalami penahanan oleh Polda Jatim telah dapat menerangkan anggapannya mengenai kerugian hak konstitusionalnya yang disebabkan oleh berlakunya norma undang-undang yang dimohonkan pengujian, demikian pula hubungan sebab-akibat antara norma yang dimohonkan pengujian dan anggapan kerugian faktual yang diderita Pemohon. Oleh karena itu terlepas dari ada atau tidaknya persoalan inkonstitusionalitas norma yang didalilkan Pemohon yang baru akan diketahui setelah Mahkamah mempertimbangkan pokok perkara, menurut Mahkamah Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*.

[3.6] Menimbang bahwa karena Mahkamah berwenang mengadili Permohonan *a quo* dan Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk bertindak sebagai Pemohon, maka selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan.

Pokok Permohonan

[3.7] Menimbang bahwa Pemohon mendalilkan Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata "*penahanan*", Pasal 11 sepanjang kalimat, "*kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik*", dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan:

- Pasal 24 ayat (1):
Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- Pasal 28D ayat (1):

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Dengan alasan sebagaimana termuat lengkap pada bagian Duduk Perkara yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. Bahwa penahanan dan pidana penjara memiliki makna dan implementasi yang sama. Keduanya telah merampas dan menghilangkan kemerdekaan Tahanan dan narapidana yang berlandaskan Undang-Undang sehingga harus mengikuti semua aturan yang ada. Oleh karena penahanan menyangkut perampasan kemerdekaan kemanusiaan, maka yang berwenang melakukan penahanan adalah hakim, bukan Penyidik maupun Jaksa Penuntut Umum (JPU). Seharusnya pembentuk Undang-Undang memberikan kontrol terhadap aparat penegak hukum dalam melakukan penahanan agar tidak terjadi pelanggaran hak asasi manusia.
2. Bahwa seringkali kewenangan penahanan menjadi sarana transaksional, tergantung selera dari Penyidik maupun JPU menahan atau tidak terhadap Tersangka. Tersangka tidak diberikan hak untuk membela diri agar tidak dilakukan penahanan.
3. Bahwa dalam setiap amar putusan pidana dimana Terdakwa ditahan, selalu amarnya berbunyi menghukum Terdakwa, misalnya, dengan pidana penjara selama 1 tahun dikurangi masa penahanan. Pertanyaannya adalah siapa yang bertanggung jawab jika pada persidangan terhadap Terdakwa yang ditahan ternyata diputus bebas oleh hakim, padahal Terdakwa telah berbulan-bulan ditahan?
4. Bahwa berdasarkan peraturan perundang-undangan salah satu bentuk tindakan yang memiliki potensi besar untuk dilakukan secara sewenang-wenang dalam pelaksanaan hukum yang dilakukan oleh penyidik dan atau penuntut umum adalah kewenangan untuk melakukan upaya paksa diantaranya adalah upaya penangkapan dan penahanan karena adanya kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana. Atau dengan kata lain perintah penangkapan dan penahanan oleh aparaturnegara yang tidak memerlukan izin dari pengadilan dianggap dapat menimbulkan *Lack of*

Control atau minimnya kontrol yang erat kaitannya pada potensi penyalahgunaan kekuasaan oleh aparaturnegara.

5. Bahwa penahanan yang dialami oleh Pemohon sangat merugikan hak konstitusional Pemohon. Karena Pemohon sebagai kepala rumah tangga tidak bisa melanjutkan pekerjaan untuk menghidupi anak dan istri. Pemohon meyakini penahanan tersebut adalah bentuk penghukuman terhadap Pemohon. Padahal yang berhak melakukan penghukuman adalah hakim, bukan penyidik maupun JPU. Penahanan tersebut juga tidak menerapkan prinsip kehati-hatian, atau tidak menggunakan prinsip bahwa sebelum ada putusan yang berkekuatan hukum tetap, maka tersangka/terdakwa wajib dianggap tidak bersalah.
6. Bahwa pembentuk undang-undang berlaku tidak adil, di satu sisi Penyidik diberikan kewenangan melakukan penyitaan barang, namun kewenangan *a quo* mendapatkan *control* yaitu harus mendapat persetujuan pengadilan sebagai sarana *control*.
7. Bahwa kekuasaan kehakiman sebagaimana ditegaskan di dalam Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 adalah kekuasaan yang merdeka, merdeka bermakna bahwa hakim di dalam membuat keputusan tidak tergantung oleh siapapun, tidak harus koordinasi dengan siapapun, tidak tunduk kepada atasan dan lain lain. Hakim berbeda dengan penyidik, dan JPU yang memiliki atasan, dimana ketika hendak membuat keputusan untuk menahan Tersangka masih harus berkonsultasi dengan atasannya. Hal ini tentu tidak tepat jika kewenangan melakukan penahanan diberikan kepada penyidik maupun Jaksa.
8. Bahwa kewenangan penahanan adalah mutlak milik hakim, bukan penyidik maupun JPU, sebab hakimlah yang berwenang atas nama keadilan dapat merampas kemerdekaan seseorang tersangka atau terdakwa. Oleh karena itu norma yang diuji oleh Pemohon mengandung ketidakpastian hukum sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

[3.8] Menimbang bahwa setelah Mahkamah membaca secara cermat dalil permohonan Pemohon dan bukti-bukti yang diajukan, serta mendengarkan keterangan Presiden, ahli Pemohon dan ahli Presiden serta kesimpulan Presiden, Mahkamah mempertimbangkan sebagai berikut:

[3.8.1] Bahwa isu konstitusional yang dipersoalkan oleh Pemohon adalah diberlakukannya ketentuan mengenai penahanan sebagaimana tercantum dalam Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 11 dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP telah merampas kebebasan dan melanggar hak asasi seseorang sehingga bertentangan dengan UUD 1945.

[3.8.2] Bahwa untuk menjawab isu tersebut, penting bagi Mahkamah terlebih dahulu untuk menguraikan arti dan tujuan penahanan. Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 21 KUHAP, Penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya, dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang. Adapun tujuan penahanan adalah untuk kepentingan penyidikan bagi penyidik atau penyidik pembantu, untuk kepentingan penuntutan bagi penuntut umum dan untuk kepentingan pemeriksaan sidang pengadilan bagi hakim (vide Pasal 20 KUHAP). Dari pengertian dan tujuan penahanan tersebut secara substansi dapat dikatakan bahwa penahanan merupakan suatu tindakan yang membatasi kebebasan kemerdekaan seseorang yang hanya dapat dilakukan berdasarkan perintah undang-undang dan menurut tata cara yang telah ditetapkan, meskipun secara hakikat pembatasan kebebasan kemerdekaan seseorang berbeda dengan makna dari sebuah pidana. Oleh karena penahanan menyangkut perampasan kebebasan seseorang, maka penahanan harus melalui persyaratan yang ketat (*limitatif*) dan penuh dengan kehati-hatian, lebih dari itu penahanan harus menempatkan seorang tersangka atau terdakwa pada posisi seseorang yang belum tentu terbukti kesalahannya (asas praduga tidak bersalah). Dengan demikian para pejabat yang menggunakan kewenangannya untuk melakukan penahanan terhadap seorang tersangka atau terdakwa harus sangat berhati-hati dan harus mempertimbangkan hakikat penahanan terhadap seorang tersangka atau terdakwa hanya terbatas pada kewenangan untuk melakukan penahanan yang semata-mata didasarkan pada pertimbangan akan adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana [vide Pasal 21 ayat (1) KUHAP] serta sepanjang memenuhi syarat syarat yang dikehendaki dalam Pasal 21 ayat (4) huruf a dan huruf b KUHAP yang menyatakan,

“Penahanan tersebut hanya dapat dikenakan terhadap tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana dan atau percobaan maupun pemberian bantuan dalam tindak pidana tersebut dalam hal:

- a. tindak pidana itu diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih;*
- b. tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 282 ayat (3), Pasal 296, 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 Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Pasal 25 dan Pasal 26 Rechtenordonnantie (pelanggaran terhadap Ordonansi Bea dan Cukai, terakhir diubah dengan Staatsblad Tahun 1931 Nomor 471), Pasal 1, Pasal 2 dan Pasal 4 Undang-undang Tindak Pidana Imigrasi (Undang-undang Nomor 8 Drt. Tahun 1955, Lembaran Negara Tahun 1955 Nomor 8), Pasal 36 ayat (7), Pasal 41, Pasal 42, Pasal 43, Pasal 47 dan Pasal 48 Undang-undang Nomor 9 Tahun 1976 tentang Narkotika (Lembaran Negara Tahun 1976 Nomor 37, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3086)*

Di samping itu juga tidak kalah pentingnya untuk dipertimbangkan adalah penahanan berkaitan dengan hak paling mendasar bagi setiap orang yang telah diduga melakukan tindak pidana yaitu hak asasi serta akibat dari tindakan penahanan di dalamnya mengandung potensi penderitaan seseorang akibat dibatasinya kebebasan seseorang, apalagi penahanan seorang tersangka atau terdakwa berpotensi pula adanya akibat penderitaan lahir dan batin tidak saja terhadap tersangka atau terdakwa, namun juga bagi keluarga dari tersangka atau terdakwa yang dilakukan penahanan tersebut.

[3.8.3] Bahwa dalam perspektif hak asasi manusia sebagai hak yang diakui secara universal. Hak asasi manusia pada hakikatnya adalah seperangkat ketentuan atau aturan untuk melindungi warga negara dari kemungkinan penindasan, pemasungan dan atau pembatasan ruang gerak warga negara oleh negara. Artinya, ada pembatasan-pembatasan tertentu yang diberlakukan pada negara agar hak warga negara yang paling hakiki terlindungi dari kesewenang-wenangan kekuasaan. Perlindungan terhadap hak asasi manusia harus dilaksanakan secara proporsional tanpa mengorbankan hak masyarakat, dalam hal ini termasuk korban, dari adanya suatu tindak pidana demi membela hak-hak individu yang berlebihan. Oleh karena itu dalam konteks menyeimbangkan kedua kepentingan tersebut tidak dapat dihindarkan akan substansi penahanan adalah merupakan salah satu bentuk perampasan kemerdekaan bergerak seseorang yang merupakan hak asasi manusia yang harus dihormati di satu pihak dan kepentingan ketertiban umum di lain pihak yang harus dipertahankan dari

perbuatan jahat dari seorang tersangka atau terdakwa. Konsep ini pula yang kemudian diimplementasikan dalam proses penegakan hukum di Indonesia, yaitu menyeimbangkan prinsip-prinsip yang dikenal dengan istilah *due process model* dengan *crime control model*, dimana kedua prinsip tersebut memuat hakikat perlindungan hak-hak seorang tersangka atau terdakwa pada satu sisi dan perlindungan masyarakat banyak dalam bentuk perlawanan terhadap setiap tindak pidana di sisi yang lainnya.

[3.8.4] Bahwa lebih lanjut dapat Mahkamah jelaskan meskipun penahanan pada hakikatnya adalah salah satu bentuk perlindungan terhadap hak masyarakat secara tidak langsung, namun terhadap pejabat yang mempunyai kewenangan untuk melakukan penahanan juga dipersyaratkan untuk bertindak secara sangat hati-hati. Oleh sebab itu, sebenarnya kata kunci tindakan penahanan dalam sistem peradilan pidana termasuk di Indonesia adalah suatu tindakan yang baru dapat dinyatakan sah apabila dipenuhi syarat-syarat tertentu. Secara teoritis, dibedakan antara sahnya penahanan (*rechtsvaardigheid*) dan perlunya penahanan (*noodzakelijkheid*). Secara doktriner sahnya penahanan bersifat objektif dan mutlak. Makna mutlak artinya sepanjang terpenuhi syarat yang ditentukan di dalam undang-undang tentang tindak pidana yang tersangkanya dapat dilakukan tindakan penahanan, sedangkan makna mutlak harus pasti yang artinya tidak dapat diatur-atur oleh penegak hukum. Sementara itu syarat lain yang juga tidak kalah pentingnya adalah penahanan bersifat relatif (subjektif) yang maknanya bahwa tindakan penahanan merupakan pilihan dan yang menentukan kapan dipandang perlu diadakan penahanan tergantung penilaian pejabat yang akan melakukan penahanan. Sebagaimana telah dijelaskan pada paragraf sebelumnya, ketentuan Pasal 20 KUHAP berkorelasi dengan Pasal 7 ayat (1) huruf d dan Pasal 11 KUHAP, yang merupakan norma yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon, antara lain menentukan: (1) Untuk kepentingan penyidikan, penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 berwenang melakukan penahanan; (2) Untuk kepentingan penuntutan, penuntut umum berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan; (3) Untuk kepentingan pemeriksaan hakim di sidang pengadilan dengan penetapannya berwenang melakukan penahanan. Dalam Pasal 20 KUHAP tersebut ditentukan pejabat yang berwenang melakukan penahanan dan adapun pejabat yang

dimaksud adalah penyidik atau penyidik pembantu atas perintah penyidik, penuntut umum dan hakim pada masing masing tingkatannya.

[3.8.5] Bahwa meskipun secara tegas dalil Pemohon hanya terbatas mempermasalahkan tindakan penahanan yang dilakukan oleh penyidik pembantu atau penyidik dan penuntut umum, namun menurut Mahkamah hal tersebut tetap saja mempersoalkan roh atau hakikat tindakan penahanan itu sendiri khususnya yang dilakukan pejabat penyidik atau penyidik pembantu dan penuntut umum yang menurut pemohon merupakan tindakan sewenang-wenang yang tidak dilandasi adanya fungsi kontrol oleh pejabat penegak hukum. Terhadap hal tersebut sebenarnya Mahkamah telah mempertimbangkan bahwa dengan adanya syarat yang sangat ketat dan sikap hati-hati yang dilakukan oleh pejabat yang mempunyai kewenangan untuk melakukan penahanan pada masing-masing tingkatan, maka asumsi Pemohon tersebut hanyalah kekhawatiran yang berlebihan dan walaupun ada praktik-praktik transaksional sebagaimana yang juga didalilkan Pemohon, hal itu adalah persoalan implementasi yang masing-masing sangat tergantung kepada integritas pejabatnya yang tentu saja tidak relevan apabila kemudian Pemohon mengaitkan dengan inkonstitusionalnya norma dari pasal-pasal tersebut di atas. Terlebih sebenarnya mekanisme kontrol yang dikhawatirkan oleh Pemohon tersebut bukanlah tidak ada sebab secara yuridis undang-undang telah menyediakan sarana untuk itu, yaitu mekanisme yang diatur dalam Pasal 77 *juncto* Pasal 79 KUHAP *juncto* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 tanggal 28 April 2015 tentang Praperadilan.

Bahwa lebih lanjut perlu Mahkamah tegaskan, meskipun permohonan Pemohon hanya berkaitan dengan sebagian dari norma Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata "*penahanan*", Pasal 11 sepanjang kalimat, "*kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik*", dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, namun dengan uraian pertimbangan sebagaimana tersebut di atas, hal tersebut sesungguhnya telah terjawab oleh pendirian Mahkamah, bahwa hakikat yang dipermasalahkan Pemohon adalah esensi penahanan yang dilakukan oleh penyidik pembantu, penyidik dan penuntut umum yang tidak ada mekanisme kontrolnya yang oleh Mahkamah telah ditegaskan bahwa hal tersebut adalah dalam rangka menyeimbangkan

kepentingan seorang tersangka atau terdakwa dan kepentingan umum, khususnya korban tindak pidana. Meskipun di sisi lain Mahkamah dapat memahami argumentasi Pemohon yang berpendapat penahanan adalah penempatan seorang tersangka atau terdakwa bagaikan dalam sebuah lorong gelap, akan tetapi menurut Mahkamah permasalahan tersebut adalah semata-mata karena minimnya fasilitas dan infrastruktur yang rata-rata kurang memadai dan hal ini juga seharusnya menjadi perhatian pemerintah, mengingat esensi penahanan sangat berbeda dengan pidanaan, dimana penahanan seharusnya menempatkan seseorang pada suatu tempat tertentu dan didasarkan pada prinsip praduga tidak bersalah dengan disertai pertimbangan akan adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana. Dari dasar pemikiran inilah timbul gagasan bahwa seorang tersangka atau terdakwa dapat dilakukan tindakan penahanan ke dalam ketiga jenis penahanan, yaitu penahanan di rumah tahanan negara (Rutan), tahanan rumah, dan tahanan kota, sehingga menempatkan seorang tersangka atau terdakwa untuk dilakukan penahanan ke dalam jenis penahanan tersebut menjadi pilihan atau diskresi masing-masing pejabat yang melakukan tindakan penahanan. Hal ini yang membedakan dengan pidanaan yang harus menempatkan seorang narapidana ke dalam lembaga pemasyarakatan.

[3.8.6] Bahwa selanjutnya berkenaan dengan pendapat lain Pemohon yang berpendapat untuk tindakan penyitaan saja ada fungsi kontrol sementara tindakan penahanan yang kandungannya adalah berupa pembatasan kemerdekaan orang dan sangat sensitif dengan hak asasi manusia justru tidak ada mekanisme kontrol, Mahkamah berpendapat bahwa tindakan penyitaan yang wajib didahului dengan persetujuan oleh Ketua Pengadilan Negeri adalah tindakan penyitaan terhadap benda tidak bergerak, sedangkan untuk tindakan penyitaan terhadap benda bergerak dapat dilakukan tanpa persetujuan terlebih dahulu dari Ketua Pengadilan Negeri [vide Pasal 38 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP]. Adapun salah satu alasan yang cukup mendasar bahwa tindakan penyitaan terhadap benda tidak bergerak mutlak harus ada persetujuan/ijin Ketua Pengadilan Negeri adalah karena terhadap benda yang bersifat tidak bergerak ada hak-hak keperdataan yang melekat pada benda tersebut yang belum tentu hak tersebut adalah membuktikan

kepemilikan dari seorang tersangka atau terdakwa yang diduga melakukan tindak pidana. Sementara itu terhadap benda yang bergerak tidak wajib diperlukan persetujuan terlebih dahulu dari Ketua Pengadilan Negeri, hal tersebut karena terhadap benda bergerak dapat diberlakukan prinsip Pasal 1977 KUH Perdata, yaitu "*Barangsiapa menguasai barang bergerak yang tidak berupa bunga atau piutang yang tidak harus dibayar atas tunjuk, dianggap sebagai pemiliknya sepenuhnya*". Dengan demikian argumentasi Pemohon yang memperbandingkan tindakan penahanan dan tindakan penyitaan adalah tidak relevan. Sebab, sekali lagi Mahkamah tegaskan bahwa terhadap adanya tindakan penahanan oleh penyidik pembantu, penyidik, dan penuntut umum adalah bukan tidak ada mekanisme kontrolnya akan tetapi jelas ada, yaitu lembaga praperadilan, yang di dalamnya termasuk menguji keabsahan penyitaan.

[3.8.7] Bahwa gagasan yang ditawarkan Pemohon yaitu tindakan penahanan harus ada persetujuan pengadilan sebenarnya juga bukan merupakan konsep yang tidak mengandung permasalahan, mengingat prinsip independensi yang dimiliki oleh pengadilan sebagaimana yang didalilkan oleh Pemohon adalah terbatas pada ketika lembaga pengadilan atau hakim sedang menjalankan fungsi yudisial terhadap perkara yang sedang menjadi kewenangannya. Oleh karena itu relevansi tindakan penahanan yang perkaranya masih dalam tingkat penyidikan dan penuntutan pada hakikatnya yang lebih mengetahui karakter tersangka serta dimensi tindak pidana yang dilakukan oleh seorang tersangka sebenarnya adalah pejabat pada tingkat penyidikan dan penuntutan itu sendiri, sehingga adanya syarat subjektif dan objektif yang harus dipenuhi untuk dapat dilakukannya tindakan penahanan bagi seorang tersangka dapat dipenuhi oleh pertimbangan penyidik maupun penuntut umum yang sedang menangani perkaranya. Adapun terhadap gagasan Pemohon yang menghendaki agar tindakan penahanan yang merupakan bagian dari upaya paksa yang dilakukan oleh pejabat penegak hukum seharusnya tunduk di bawah pengawasan Pengadilan (*judicial scrutiny*) sebagaimana praktik di Perancis dan Amerika Serikat dengan alasan bahwa menurut Pemohon semestinya tak ada satupun upaya paksa yang dapat lepas dari pengawasan Pengadilan sehingga upaya paksa yang dilakukan oleh aparat pejabat penegak hukum tersebut tidak dilakukan secara sewenang-wenang yang berakibat pada terlanggarnya hak-hak dan kebebasan sipil dari seseorang, hal itu

haruslah dikembalikan kepada pembentuk undang-undang sesuai dengan sistem peradilan pidana yang hendak dibangun. Dengan demikian keinginan tersebut sesungguhnya berkait erat dengan politik hukum berkenaan dengan ruang lingkup kewenangan hakim dalam konsep kemandirian sistem peradilan pidana.

[3.8.8] Bahwa dengan uraian pertimbangan tersebut di atas dalil Pemohon yang menyatakan tindakan penahanan yang dilakukan oleh penyidik dan penuntut umum yang tidak mendapat persetujuan pengadilan sebagai bertentangan dengan UUD 1945 adalah tidak beralasan menurut hukum. Sementara itu adanya kekhawatiran dari Pemohon terhadap tidak adanya pihak yang harus bertanggung jawab apabila setelah melalui proses persidangan ternyata terdakwa dibebaskan, terhadap kekhawatiran Pemohon tersebut sebenarnya undang-undang juga telah menyediakan mekanisme untuk menuntut ganti rugi dan rehabilitasi, sepanjang memenuhi syarat sebagaimana yang dijelaskan dalam Penjelasan Umum poin 3 huruf d KUHAP.

“Kepada seorang yang ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang dan atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan 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.”

Ganti kerugian adalah hak seseorang untuk mendapat pemenuhan atas tuntutan yang berupa imbalan sejumlah uang karena ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan menurut cara yang diatur dalam KUHAP dan penjelasan ketentuan di atas, menurut Mahkamah telah jelas bahwa kekhawatiran Pemohon hanyalah didasarkan pada asumsi belaka dan oleh karena itu argumentasi tersebut haruslah dikesampingkan.

[3.9] Menimbang bahwa dari seluruh uraian pertimbangan tersebut di atas, Mahkamah berpendapat bahwa dalil Pemohon yang menyatakan norma Pasal 7 ayat (1) huruf d sepanjang kata *“penahanan”*, Pasal 11 sepanjang kalimat, *“kecuali mengenai penahanan yang wajib diberikan dengan pelimpahan wewenang dari penyidik”*, dan Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tidaklah beralasan menurut hukum.

4. KONKLUSI

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

- [4.1] Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;
- [4.2] Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*;
- [4.3] Pokok permohonan Pemohon tidak beralasan menurut hukum

Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076);

5. AMAR PUTUSAN

Mengadili,

Menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya.

Demikian diputus dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh tujuh Hakim Konstitusi yaitu Aswanto selaku Ketua merangkap Anggota, Maria Farida Indrati, Suhartoyo, I Dewa Gede Palguna, Arief Hidayat, Saldi Isra, dan Manahan M.P Sitompul, masing-masing sebagai Anggota, pada hari **Rabu**, tanggal **sebelas**, bulan **April**, tahun **dua ribu delapan belas**, yang diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari **Rabu**, tanggal **dua puluh tiga**, bulan **Mei**, tahun **dua ribu delapan belas**, selesai diucapkan pukul **10.04 WIB**, oleh sembilan Hakim Konstitusi yaitu Anwar Usman selaku Ketua merangkap Anggota, Aswanto, Maria Farida Indrati, Suhartoyo, I Dewa Gede Palguna, Arief Hidayat, Saldi Isra, Manahan M.P Sitompul, dan Wahiduddin Adams, masing-

masing sebagai Anggota, dengan didampingi oleh Saiful Anwar sebagai Panitera Pengganti, serta dihadiri oleh Pemohon/kuasanya, Presiden atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.

KETUA,

ttd.

Anwar Usman

ANGGOTA-ANGGOTA,

ttd.

Aswanto

ttd.

Suhartoyo

ttd.

Arief Hidayat

ttd.

Saldi Isra

ttd.

Maria Farida Indrati

ttd.

I Dewa Gede Palguna

ttd.

Manahan MP Sitompul

ttd.

Wahiduddin Adams

PANITERA PENGGANTI,

ttd

Saiful Anwar