

**PERKEMBANGAN PENGUJIAN PERUNDANG-UNDANGAN
DI MAHKAMAH KONSTITUSI
(DARI BERPIKIR HUKUM TEKSTUAL KE HUKUM PROGRESIF)**



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**



PUSAKO FH ANDALAS

**SEKRETARIAT JENDERAL DAN KEPANITERAAN
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

BEKERJASAMA DENGAN

**PUSAT STUDI KONSTITUSI (PUSAKO)
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ANDALAS**

TAHUN 2010

HASIL PENELITIAN

**PERKEMBANGAN PENGUJIAN PERUNDANG-UNDANGAN
DI
MAHKAMAH KONSTITUSI**
(Dari Berpikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)

Kerjasama



Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Dengan



**Pusat Studi Konstitusi
(PUSaKO)
Fakultas Hukum Universitas Andalas**

**Pusat Studi Konstitusi
Fakultas Hukum Universitas Andalas
2010**

Daftar Isi

BAB I	Pendahuluan	1
	A. Latar Belakang.....	1
	B. Identifikasi Masalah.....	3
	C. Tujuan Penelitian.....	3
	D. Manfaat Penelitian.....	4
	E. Tinjauan Kepustakaan.....	4
	1. Jenis-jenis Judicial Review.....	4
	2. Objek Judicial Review.....	6
	F. Metode Penelitian.....	7
	1. Tipe dan Jenis Penelitian.....	7
	2. Tahapan Penelitian.....	8
	a. Studi Kepustakaan.....	8
	b. Studi Lapangan.....	9
	3. Pengolahan dan Analisa Bahan.....	9
	4. Tabelisasi Tahap Penelitian.....	9
BAB II	Tekstual dan Progresif dalam Pengujian Undang-undang	10
	1. <i>Textual approach</i>	12
	2. <i>Progressive approach</i>	13
	3. Memilih tafsir <i>living constitution</i>	13
	A. Cara Berhukum	
	Positivistik.....	14
	1. Dasar Pemikiran.....	14
	2. Konsepsi.....	18
	3. Asumsi Filosofis.....	22
	4. Karakteristik.....	24
	5. Varian.....	26
	a. Positivisme Sosiologis.....	26
	b. Positivisme Yuridis.....	27
	c. Hukum Positif John Austin.....	27
	d. Ajaran Hukum Murni Hans Kelsen (1881-1973)	29
	B. Cara Berhukum secara Progresif.....	30
	1. Latar Belakang Pemikiran.....	30
	2. Teori Hukum yang Memengaruhi.....	40
	3. Karakteristik Hukum Progresif.....	44
BAB III	Konsep Pengujian Perundang-undangan	49
	A. Kasus Marbury versus Madison.....	49
	B. Pendekatan dalam Penafsiran Konstitusi.....	55
	1. Pendekatan kalangan originalis.....	58
	a. <i>Text ualist/Strict constructionism</i>	59
	b. <i>Historical/original intents</i>	62

c. Functional/Structural.....	63
2. Pendekatan kalangan non-originalist.....	63
a. Doctrinal/Stare Decisis.....	66
b. Prudential.....	67
c. Equitable/ethical.....	68
3. Pendekatan Kalangan Naturalist.....	69
C. Benturan antara Paham Tektualis dan Progresif.....	69

BAB IV Hasil Penelitian Putusan Tektual dan Progresif

A. Putusan Tektual.....	83
1. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006.....	83
a. Pendahuluan.....	83
b. Pemohon, Posita, dan Petitum.....	86
c. Analisa Putusan.....	93
d. Implikasi Putusan.....	101
B. Putusan Progresif.....	107
1. Pengujian Pasal 50 UU MK via UU KADIN.....	107
a. Posisi Kasus.....	107
b. Posita.....	107
c. Petitum.....	107
d. Putusan.....	108
e. Analisa.....	108
f. Nilai Progresitas Putusan.....	110
g. Nilai Hukum Radbruch.....	115
2. Putusan Nomor 133/PPU-VI/2009.....	119
(Putusan Sela Perkara Bibit-Chandra)	
a. Pendahuluan.....	119
b. Pemohon.....	120
c. Posita.....	120
d. Petitum.....	124
e. Analisa Putusan.....	125
3. Putusan Nomor 069/PPU-II/2004.....	137
(Putusan Retroaktif Kewenangan KPK)	
a. Pendahuluan.....	137
b. Identitas.....	139
c. Posita.....	140
d. Petitum.....	138
e. Analisa Putusan.....	141
1. Berpikir Progresif.....	141
2. Keberadaan Asas Retroaktif.....	142
3. Progresifitas Putusan Mahkamah Konstitusi.....	148
4. Putusan Nomor 138 /PPU-VII/2009.....	155
(Perppu KPK)	
a. Pendahuluan.....	155

b. Identitas,pemohon,posita dan petitum.....	158
c. Analisa Putusan.....	160

BAB V Simpulan dan Saran

A. Simpulan.....	177
B. Saran.....	177

Daftar Pustaka.....	178
----------------------------	------------

HALAMAN PENGESAHAN

A. Judul Penelitian : PERKEMBANGAN PENGUJIAN PERUNDANG-UNDANGAN DI MAHKAMAH KONSTITUSI
(*Dari Berpikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif*)

B. Penanggung Jawab

Nama Lengkap dan Gelar : Prof. Dr. Saldi Isra, S.H.
Bidang Keahlian : Hukum Tata Negara
Program Studi : Ilmu Hukum
Perguruan Tinggi : Universitas Andalas

C. Ketua Pelaksana

Nama Lengkap dan Gelar : Feri Amsari, S.H., M.H.
Bidang Keahlian : Hukum Tata Negara dan Hukum Konstitusi
Program Studi : Ilmu Hukum
Perguruan Tinggi : Universitas Andalas

D. Tim Peneliti

No.	Nama	Bidang Keahlian	Program Studi	Perguruan Tinggi
1.	Prof. Dr. Saldi Isra, S.H.	Hukum Tata Negara	Ilmu Hukum	Universitas Andalas
2.	Prof. Dr. Yuliandri, S.H.,M.H.	Ilmu Perundang-Undangan	Ilmu Hukum	
3.	Feri Amsari, S.H., M.H	Hukum Konstitusi	Ilmu Hukum	
4.	Charles Simabura, S.H	Hukum Tata Negara	Ilmu Hukum	
5.	Dayu Medina, S.H., M.H	Hukum Internasional	Ilmu Hukum	
6.	Edita Elda, S.H., M.H	Hukum Pidana	Ilmu Hukum	

E. Jangka Waktu Penelitian

Jangka Waktu Penelitian : Agustus 2010 sampai dengan Oktober 2010

Padang, 4 November 2010.

**Pusat Studi Konstitusi
Fakultas Hukum Universitas Andalas
Direktur,**

Prof. Dr. Saldi Isra, S.H.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Sejarah panjang mengenai pengujian produk legislasi oleh sebuah lembaga peradilan (*judicial review*) akan terus berkembang. Bermula dari Amerika (1803) dalam perkara Madison versus Marbury hingga pembentukan peradilan khusus konstitusional di Austria (1920). Pokok-pokok pemikiran **John Marshall** dan **Hans Kelsen** telah memengaruhi “cara” ber hukum di banyak negara. Indonesia sendiri kemudian mengimplementasikan konsep tersebut pada perubahan UUD ketiga. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK) kemudian terbentuk pada tanggal 13 Agustus 2003.

Dalam kurun 7 (tujuh) tahun sejak berdirinya, MK telah menjadi sebuah lembaga kekuasaan kehakiman yang diakui oleh para pencari keadilan (*justisiabellen*). Keputusan-keputusan MK tidak hanya menjadi perhatian publik tetapi juga akademisi dan peneliti hukum. Publik dan pemerhati hukum terkejut ketika MK dalam pengujian UU KPK memerintahkan untuk memperdengarkan rekaman terhadap rekayasa kriminalisasi dua unsur pimpinan KPK.

Banyak kejutan-kejutan lain dalam konsep ber hukum Indonesia melalui putusan-putusan MK yang membuat publik berpikir masih terdapat harapan dalam memperjuangkan keadilan. Pada kenyataannya, MK tidak hanya berani dalam memutus fakta-fakta hukum yang ada, namun lebih jauh dari itu MK juga melakukan pembenahan yang berani dalam bentuk-bentuk putusannya.

Pasal 56, Pasal 57, Pasal 64, Pasal 70, Pasal 77, dan Pasal 83 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK hanya membatasi putusan MK ke dalam 4 jenis putusan, yaitu dikabulkan, ditolak, tidak dapat diterima, dan putusan membenarkan pendapat DPR mengenai telah terjadinya pelanggaran konstitusional oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden. Implementasinya, putusan MK telah bermutasi menjadi pelbagai jenis putusan. Terdapat putusan MK berupa konstitusional bersyarat (*conditionally*

constitutional), tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), putusan sela.

Perkembangan tersebut seolah menguatkan pernyataan **Mahfud MD**, Ketua MK, bahwa MK saat ini menganut hukum Progresif.¹ Sebuah konsep hukum yang tidak terkukung kepada konsep teks UU semata, tetapi juga memperhatikan rasa keadilan yang hidup di masyarakat. MK tidak sekedar peradilan yang hanya menjadi corong sebuah UU (*bouche de la loi*).

Kasus terkait dengan pengujian UU Nomor 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD (MD3) memperlihatkan MK sama sekali tidak terkukung bunyi teks pasal-pasal. UU MD3 eksplisit menyebutkan bahwa Ketua MPR berasal dari unsur anggota DPR saja. Namun dengan pertimbangan hukum yang jelas berdasarkan UUD 1945, MK kemudian memutuskan bahwa Ketua MPR dapat berasal dari anggota DPR atau pun dari anggota DPD.

Dalam kasus Bibit dan Chandra, MK memperlihatkan bagaimana peradilan di bangun dengan prinsip menegakan keadilan substantif. UU MK sama sekali tidak menyebutkan mengenai keputusan sela (provisi). Jenis putusan provisi hanya diberlakukan oleh MK dalam perkara sengketa Perselisihan Hasil Pemilu (PHPU). Namun dalam perkara Bibit-Chandra dengan mempertimbangkan rasa keadilan, MK mengabulkan permohonan provisi pertama kali dalam perkara pengujian undang-undang. Hal itu belum lagi dilihat dari keberanian MK memperdengarkan bukti rekaman.

Perkembangan pengujian perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi tersebut menarik ditelusuri lebih dalam dengan menggunakan kerangka ilmiah. Untuk itu Mahkamah Konstitusi bekerjasama dengan Pusat Studi Konstitusi melakukan penelitian terkait perkembangan pengujian perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi.

¹ Pernyataan ini disampaikan Mahfud MD dalam Pidato Penutupan Rapat Kerja MK-RI pada tanggal 22-24 Januari 2010.

B. Identifikasi Masalah

Dari uraian latar belakang diatas dapat diidentifikasi beberapa masalah yang kemudian dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimana Konsep Pengujian Perundang-undangan secara tekstual Perundang-undangan ?
2. Bagaimana Perkembangan Pengujian Perundang-undangan selama 6 tahun berdirinya Mahkamah Konstitusi ?
3. Bagaimana Kedudukan Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara Pengujian Perundang-undangan yang tidak dikenal dalam ketentuan UU MK ?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan menggali lebih dalam pemahaman mengenai perkembangan pengujian perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi yang telah lebih dulu berkembang di dunia ketatanegaraan barat. Untuk mengarahkan penelitian ini secara sistematis agar tercapai sasaran penelitian, maka studi ini ditujukan untuk :

1. Untuk mengetahui bagaimana konsep pengujian perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi sesuai dengan peraturan perundang-undangan.
2. Untuk mengetahui bagaimana perkembangan pengujian perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi selama 6 tahun berdirinya MK.
3. Untuk mengetahui kedudukan putusan-putusan pengujian perundang-undangan yang tidak dikenal dalam ketentuan UU MK.

D. Manfaat Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi bagian penting dalam perkembangan ilmu hukum di Indonesia, khususnya dalam ilmu Hukum Tata Negara. Penulisan ini juga diharapkan dapat menjadi pemicu semakin banyaknya karya-karya ilmiah yang berkaitan dengan ketatanegaraan di Indonesia. Selain itu diharapkan juga hasil penelitian ini dapat bermanfaat bagi kalangan praktisi maupun teoritis hukum serta bagi masyarakat.

E. Tinjauan Kepustakaan

1. Jenis-Jenis Judicial Review

Perkembangan konsep *toetsingrecht* oleh lembaga peradilan terjadi dipelbagai belahan dunia. *Toetsingrecht* oleh lembaga peradilan (*judicial review*) bahkan terus menyusup kebelahan dunia ketiga, dimana negara-negara dunia ketiga terimbas memberikan kewenangan tersebut kepada lembaga-lembaga peradilannya. Kewenangan tersebut juga mengalami perkembangan dalam pelaksanaannya.

Jimly Asshiddiqie membagi dua jenis *judicial review*, yaitu ; (1) *concreate norm review* dan (2) *abstact norm review*.² *Concrete norm review* tersebut dapat berupa; (a) pengujian terhadap norma konkrit terhadap keputusan-keputusan yang bersifat administrative (*beschikking*), seperti dalam PTUN (peradilan tata usaha negara); (b) pengujian terhadap norma konkrit dalam jenjang peradilan umum, seperti pengujian putusan peradilan tingkat pertama oleh peradilan banding, pengujian putusan peradilan banding oleh peradilan kasasi serta pengujian putusan peradilan kasasi oleh Mahkamah Agung.³

² Lihat Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia-Pasca Reformasi*, PT. Bhuana Ilmu Populer (BIP), Jakarta, 2007, h.590.

³ *Ibid.*

Jenis judicial review yang kedua adalah *abstract norm review* yaitu kewenangan pengujian produk perundang-undang yang menjadi tugas dari MK-RI yang diinspirasi dari putusan **John Marshall** dalam kasus Marbury Vs. Madison di Amerika. Sebagian dari kewenangan *abstract norm review* ini masih diserahkan kepada MA-RI berupa kewenangan pengujian produk perundang-undangan di bawah UU.

Sebagian pakar lagi membedakan mengenai penggunaan istilah 'review', yaitu antara *judicial review*, *toetsingrecht* dan dengan *constitutional review*. Istilah *toetsingrecht* yang arti harfiahnya adalah hak uji, digunakan untuk pengujian perundang-undangan secara umum. Sehingga istilah *toetsingrecht* dapat digunakan dalam proses uji perundang-undangan oleh lembaga legislatif (*legislative review*), eksekutif (*executive review*) maupun oleh lembaga yudikatif (*judicial review*). Istilah *toetsingrecht* juga dapat digunakan terhadap istilah *constitutional review* maupun *judicial constitutional review*. Dalam arti lain istilah *toetsingrecht* berlaku umum.

Istilah *judicial review* terbatas penggunaannya kepada proses uji perundang-undangan yang dilakukan oleh lembaga peradilan. Lalu kenapa terdapat pembagian *judicial review*, *constitutional review* dan *judicial constitutional review*. *Constitutional review* digunakan secara umum terhadap proses uji konstusionalitas peroduk perundang-undangan yang berada di bawah konstitusi yang dilakukan oleh lembaga legislatif (seperti oleh MPR pada masa Orde Baru) ataupun oleh lembaga peradilan, bahkan oleh sebuah lembaga khusus yang ditunjuk untuk melakukan tugas uji constitutional tersebut (seperti Dewan Konstitusi di Prancis). Istilah khusus *judicial constitutional review* baru dapat digunakan dalam membicarakan proses uji konstusionalitas yang dilakukan oleh lembaga peradilan saja.⁴

⁴ Baca ulasan pendek yang dikemukakan oleh Muchamad Ali Safa'at, "*Toetsingsrecht*", "*Judicial Review*", "*Constitutional Review*", dalam Majalah Konstitusi-Berita Mahkamah Konstitusi, No.14 januari-Februari 2006, h. 47.

2. Objek Judicial Review

Jenis *review* juga dapat dibedakan berdasarkan objek yang diuji. Pembagian objek *judicial review* ini tidak jauh berbeda dengan pembagian pengujian produk hukum secara umum (*toetsingrecht*), yaitu (a) *formele toetsingrecht* dan (b) *materiele toetsingrecht*.⁵ Sehingga dalam *judicial review* terdapat pula jenis *formil judicial review* dan *materil judicial review*. Hal tersebut dikarenakan kaidah hukum juga terbagi antara kaidah formil dan materil yang menurut **Jimly Asshiddiqie** parallel dengan pembedaan antara hukum materil dan hukum formil. Hukum materil atau substantive law mengatur mengenai substansi normanya, sedangkan hukum formil atau *procedural law* mengatur mengenai prosedur penegakkan norma hukum materil itu.⁶

Sri Soemantri menjelaskan mengenai perbedaan uji materil dan formil tersebut. Menurut Soemantri hak menguji formil adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku ataukah tidak.⁷ Jadi dalam bahasa yang lebih ringkas, *review* terhadap formalitas suatu produk perundang-undangan adalah pengujian prosedur pembentukan produk perundang-undangan.

Terhadap hak uji materil, **Sri Soemantri**, memberikan garis bawah bahwa pengujian tersebut adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu

⁵ Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni Bandung, 1986, h. 5-6.

⁶ *Opcit* Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum...*, h.579.

⁷ *Opcit*, Sri Soemantri, *Hak...*h.6.

kekuasaan tertentu (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.⁸

Oleh karenanya objek *judicial review* juga terbagi dua, yaitu pertama, objek yang berupa isi (bunyi pasal-pasal) dari sebuah peraturan perundang-undangan (*materiel law*) dan kedua, objek yang berupa prosedur pembentukan peraturan perundang-undangan (*formal law*). Jika sebuah permohonan pengujian memohonkan uji terhadap dua objek tersebut, objek materil maupun objek formil, maka yang harus dibuktikan oleh hakim semestinya adalah objek formilnya terlebih dahulu. Hal itu dikarenakan secara logika hukumnya, jika objek formilnya atau prosedur pembentukan sebuah peraturan perundang-undangan telah bertentangan dengan aturan yang lebih tinggi maka otomatis seluruh ketentuan peraturan perundang-undangan (termasuk objek materil) tersebut dianggap telah bertentangan dengan peraturan hukum yang lebih tinggi.

F. Metode Penelitian

1. Tipe dan Jenis Penelitian

Penelitian ini bersifat penelitian ilmu hukum semata sebagaimana diyakini oleh **Sugeng Istanto**. Dimana penelitian jenis tersebut tidak menitik beratkan penelitiannya sekedar kepada penelitian hukum normatif ataupun penelitian hukum empiris. Penelitian ilmu hukum menggunakan pendekatan secara normatif sekaligus empiris. Dalam ranah penelitian hukum di Indonesia, konsep penelitian ilmu hukum termasuk yang masih dianggap baru. Namun Tim peneliti berkeyakinan untuk memperoleh hasil penelitian yang mumpuni maka penggunaan jenis penelitian ilmu hukum yang menggunakan dualisme pendekatan penelitian tersebut merupakan keniscayaan.

⁸ *Ibid.*h.8

Dari objek yang akan diteliti maka jenis karakteristik ilmu hukum yang diteliti adalah bersifat preskriptif, yaitu suatu penelitian yang ditujukan untuk mendapatkan saran-saran untuk memecahkan masalah-masalah tertentu.⁹ Dari sifat tersebut penulis memilih tipe penelitian ini adalah penelitian deskriptif yang menurut **Soerjono Soekanto**, penelitian tersebut dimaksudkan untuk memberikan data yang seteliti mungkin tentang manusia, keadaan atau gejala-gejala lainnya. Maksudnya adalah terutama untuk mempertegas hipotesa-hipotesa, agar dapat membantu didalam memperkuat teori-teori lama, atau didalam rangka menyusun teori-teori baru¹⁰.

2. Tahapan Penelitian

a. Studi Kepustakaan

Penelitian perpustakaan bertujuan untuk mengumpulkan data sekunder dan informasi dengan bantuan bermacam-macam material yang terdapat di ruang perpustakaan, misalnya berupa: buku/monograf, terbitan berkala, brosur/pamphlet, dan bahan non buku.¹¹ Bahan penelitian kepustakaan tersebut mencakup:¹²

- a. Bahan/Sumber Primer, dan;
- b. Bahan/Sumber Sekunder.

Sedangkan bahan dasar yang menggunakan pendekatan hukum normatif adalah¹³:

- a. Bahan hukum Primer;
- b. Bahan hukum Sekunder;
- c. Bahan hukum tersier atau penunjang.

⁹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1981, h.10.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Bandingkan juga dengan *Ibid*, h. 28.

¹² *Ibid*, h. 37.

¹³ *Ibid.*

b. Studi Lapangan

Studi lapangan dilakukan untuk melengkapi bahan-bahan hukum primer dan sekunder.¹⁴ Pelaksanaan penelitian dilakukan terhadap produk-produk hukum Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

3. Pengolahan dan Analisa Bahan

Bahan diseleksi dengan cara mengumpulkan bahan penelitian yang kemudian dikelompokkan berdasarkan substansi dan kebutuhan secara logis dan sesuai dengan maksud terciptanya gambaran umum penelitian. Pada dasarnya pengolahan, analisa dan konstruksi bahan dapat dilakukan secara kualitatif dan atau secara kuantitatif.¹⁵

4. Tabelisasi Tahap Penelitian

No	Kegiatan	Agustus				September				Oktober			
		I	II	III	IV	I	II	III	IV	I	II	III	IV
1.	Minggu Ke- Pengumpulan data awal												
2.	Pembagian tugas												
3.	Penelusuran data awal												
4.	Penulisan Hasil Penelitian												
5.	Penyusunan Laporan Penelitian												

¹⁴ Bandingkan dalam; Husni, *Eksistensi Otonomi Khusus Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Dalam Negeri Kesatuan Republik Indonesia Berdasarkan UUD 1945*, disertasi untuk memperoleh gelar doktor pada Universitas Padjajaran, Bandung, 2004, h. 43.

¹⁵ *Opcit.* Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian...*, h. 68.

BAB II

TEKSTUAL DAN PROGRESIF DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG

Lembaga peradilan adalah perpanjangan tangan dari tujuan pembentukan hukum, yaitu sebagai alat untuk menemukan keadilan. Mahkamah Konstitusi (MK) yang hadir pasca amendemen UUD 1945 juga dibentuk untuk memenuhi hasrat para *justiabelen* akan pemenuhan keadilan. MK melalui hakim periode kedua telah mengukuhkan dirinya sebagai lembaga pelindung keadilan substantive (*substantive justice*). Sebuah semangat keadilan sesungguhnya bukan keadilan formalistik teks produk perundang-undangan.

Upaya pemenuhan rasa keadilan itu bergantung kepada bagaimana cara Hakim MK dalam memutuskan perkara. Jika Hakim MK gagal mengurai makna keadilan substantif dalam setiap perkara, maka yang ditemukan adalah keadilan yang kabur. Adil menurut hakim tapi putusan tersebut tak mampu memenuhi keadilan yang ingin ditemukan oleh para pencariannya.

Gerak “langkah” hakim menelusuri ruang dalam sebuah perkara untuk menemukan keadilan tersebut dikenal dengan konsep *judicial activism*. Menurut Kamus Hukum Black, *judicial activism* dimaknai sebagai; sebuah filosofi dari pembuatan putusan peradilan dimana hakim diperbolehkan menggunakan pengetahuan personalnya mengenai kebijakan publik, di antara pelbagai faktor-faktor, untuk menuntunnya memutuskan sebuah permasalahan (Bryan Garner; 2004, hlm. 850)

Namun *judicial activism* juga memiliki sisi “hitam” dan sisi “putih”. Satybrata Sinha mengemukakan bahwa *judicial activism* dapat dimaknai berbeda dikarenakan perkembangannya dan tumbuhnya ide tersebut, juga dipengaruhi oleh efek dari administrasi publik, dan pengetahuan lain dalam kehidupan sosial (Satybrata Sinha; 2002, h.14). Bahkan oleh Sinha dikatakan bahwa dua sisi itu seringkali saling berseberangan, suatu saat putusan hakim melalui *judicial activism* dapat disebut *judicial creativity* namun disaat yang lain dapat pula dikatakan sebagai *judicial terrorism*. Kreatif dikarenakan mampu menemukan ruang keadilan dari

terkungkungnya bunyi pasal-pasal produk perundang-undangan. Disebut teroris dikarenakan putusan tersebut menciptakan ketakutan terhadap para pencari keadilan.

Cara hakim memaknai sebuah aturan hukum umumnya menggunakan dua pola tafsir, yaitu *original intent* atau *non-original intent*, biasa disebut juga dengan *tekstual meaning* atau *contextual meaning*. Intinya dua pola tersebut adalah pertikaian tak berkesudahan antara penganut paham positivisme hukum dan hukum progresif. Dalam studi hukum tata negara dikenal pula teori mengenai *the living constitution theory* yang dianggap bagian dari cara pandang hukum progresif.

Al-Gore, salah satu kandidat dalam Pemilu di Amerika tahun 2000, mengatakan dalam kampanyenya mengenai sifat “hidup” dari sebuah konstitusi. Al-Gore menyatakan bahwa Hakim Agung di *Supreme Court* adalah orang-orang yang mengerti bahwa Konstitusi Amerika adalah sebuah dokumen yang “hidup dan bernafas” (http://en.wikipedia.org/wiki/Living_Constitution). Menurutnya, para pendiri bangsa Amerika memang bertujuan membentuk dokumen yang mampu hidup tersebut agar dapat diterapkan sesuai dengan kehendak kehidupan rakyat Amerika berdasarkan jaman masing-masing generasi.

Namun tidak semua sepakat bahwa hukum itu harus terbuka terhadap sebuah jaman. Aliran pemikiran hukum lain menyatakan bahwa hakim hanyalah corong dari undang-undang (*bouche de la loi*) sebagaimana dinyatakan oleh Immanuel Kant dan Montesquieu (Soedikno Mertokusumo; 2001, h.39). Menurut Logeman walaupun hakim memiliki kewenangan memaknai sebuah undang-undang, namun hakim harus tunduk pada kehendak para pembuat undang-undang. Hakim pada tingkatan ini tidak lebih dari “robot” pelaksana pasal produk perundang-undangan.

Dua aliran pemikiran hukum tersebut di atas memiliki landasan berpikir sendiri-sendiri. Hal demikian sudah *jamak* dalam pelbagai ulasan terhadap sebuah permasalahan hukum. Bukankah pertemuan dua orang pemikir hukum akan

menimbulkan tidak hanya dua perbedaan cara pandang. Sehingga untuk mengetahui pola pikir mana yang benar maka diperlukan uji praktis.

Berkaitan dengan putusan MK, maka dapat dilihat secara implementasi putusan-putusan yang menggunakan pendekatan penafsiran tekstual atau kontekstual yang lebih dapat menyentuh rasa keadilan di masyarakat. Penelitian ini mencoba menggali putusan-putusan yang menggunakan pendekatan tafsir tekstual dan putusan yang menggunakan pendekatan progresif.

1. Textual approach

Putusan MK yang menggunakan pendekatan tekstual (*textual approach*) dalam memaknai kesesuaiannya (konstitusionalitas) dengan UUD 1945 dapat dilihat pada putusan dengan nomor perkara: 012-016-019/PUU-IV/2006 dan perkara nomor: 005/PUU-IV/2006.

Putusan No: 012-016-019/PUU-IV/2006 (Putusan Pengadilan Tipikor) berkaitan dengan keberadaan pengadilan tipikor dalam UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK). MK berpendapat bahwa muatan Pasal 53 yang mengatur tentang keberadaan peradilan tipikor tidaklah tepat dikarenakan UU tersebut berkaitan dengan KPK. Oleh karenanya Pasal tersebut tidak konstitusional sepanjang belum dibentuk dalam UU tersendiri. UU tersebut harus dibentuk DPR dalam 3 tahun semenjak putusan tersebut diputuskan.

Putusan 005/PUU-IV/2006 merupakan perkara *judicial review* UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial. Permohonannya diajukan oleh 31 Hakim Mahkamah Agung. Putusan MK memaknai kewenangan KY dalam menjaga perilaku dan kehormatan hakim hanyalah sebatas kepada hakim yang berada di bawah Mahkamah Agung. MK memaknai kata hakim dalam Pasal 24 UUD 1945 tidak termasuk Hakim Agung dan Hakim Konstitusi.

2. *Progressive approach*

Putusan yang memperlihatkan hakim mampu melihat maksud dari kata-kata dalam konstitusi secara luas adalah putusan dengan Nomor perkara: 102/PUU-VII/2009 dan perkara Nomor: 22-24/PUU-VI/2008. Hakim dalam putusan ini menggunakan teori *Living Constitution*, melihat masalah didasari kondisi kekinian. Putusan No.102/PUU-VII/2009 (Putusan Penggunaan KTP) berkaitan dengan diperbolehkannya KTP sebagai identitas pemilih pada Pemilu Presiden dan Wakil Presiden 2009.

Putusan 22-24/PUU-VI/2008 (Putusan suara terbanyak) berkaitan dengan penentuan calon anggota legislatif terpilih melalui mekanisme suara terbanyak bukan didasari kepada nomor urut. Sehingga anggota DPR, DPD, dan DPRD terpilih adalah orang-orang yang benar-benar memperoleh tingkat elektabilitas yang tinggi.

3. *Memilih Tafsir Living Constitution*

Dua putusan yang menggunakan pendekatan kontekstual tersebut disambut antusias oleh masyarakat. Putusan suara terbanyak dan putusan penggunaan KTP sama sekali tidak menimbulkan pertentangan oleh publik. Walaupun putusan penggunaan KTP dilakukan pada hari-hari genting menuju Pemilu Presiden, namun tidak satupun pihak dari pasang calon Presiden dan Wapres yang mempertanyakan putusan tersebut. Demikian pula dengan putusan yang berkenaan dengan suara terbanyak walaupun tidak terdapat kata suara terbanyak dalam UUD 1945, namun hakim memaknainya demikian. Mayoritas kalangan berpendapat bahwa putusan ini telah sesuai dengan semangat demokrasi sesungguhnya.

Berbeda dengan dua putusan lain yang menggunakan pendekatan tekstual. Putusan ini dipertanyakan dan dikritik sebagai putusan yang tidak memiliki semangat keadilan. Bahkan putusan yang berkaitan dengan keberadaan pengadilan tipikor sampai saat ini tidak dilaksanakan oleh DPR. Hal itu dapat membahayakan kewibawaan MK sendiri apabila putusan MK tersebut diabaikan hingga tenggat waktunya. Artinya setiap orang akan menganggap bahwa putusan MK tidak wajib

dipatuhi dikarenakan tidak memiliki hukuman. Akhirnya putusan itu dapat mengakibatkan bencana konstitusional.

Melihat kondisi yang demikian, dapat dipahami bahwa dalam memutuskan sebuah perkara, hakim MK semestinya tidak melihat teks UUD semata melainkan “jiwa” dari teks tersebut dan menyesuaikannya dengan kehendak konstitusional generasi kekinian dari bangsa Indonesia. Kalau Hakim MK tidak melakukan itu yang ada bukanlah *judicial creativity* melainkan *judicial terrorism*. Sebagaimana dikatakan oleh Satjipto Rahadjo ludah dari 9 (Sembilan) Hakim MK dapat menjadi “api” (Kompas, 5/01/09) jika tidak memperhatikan semangat keadilan sesungguhnya.

Banyak cara pandang dalam berhukum. Namun dalam penelitian ini dua cara pandang utama, positivisme hukum dan hukum progresif, yang kemudian dijadikan alat ukur penilaian terhadap putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dalam penelitian ini. Sebagai dasar awal maka perlu ditelusuri terlebih dahulu pemikiran positivisme hukum dan hukum progresif tersebut.

Positivisme hukum mengandalkan kekuatan pada teks ketentuan undang-undang sedangkan hukum progresif yang bertumpu kepada kontekstual kehidupan masyarakat dimana hukum itu diterapkan. Bagaimanapun kedua-duanya merupakan alat manusia untuk mencapai tujuan berhukum yaitu keadilan. Namun terhadap kedua paham tersebut perlu dipahami lebih dalam. Sehingga dapat ditentukan mana yang lebih layak untuk diterapkan.

A. Cara Berhukum Positivistik

Ubi jus incertum, ibi jus nullum

(tiada kepastian hukum, disitu tidak ada hukum)

1. Dasar Pemikiran

Positivisme hukum tidak begitu saja muncul dalam hingar bingar perkembangan dan evolusi pemikiran zaman abad pertengahan. Sejumlah keadaan pada masa itu

menjadi poin penting untuk dikemukakan diawal ini untuk meresapi semangat dari jiwa positivisme secara utuh. Beberapa fakta akan diungkapkan terkait dengan kondisi sosial, politik, kebudayaan masyarakat yang mengilhami timbulnya keinginan untuk merubah “wajah” hukum menjadi terfokus kepada teks tertulis.

Pada medio abad ke 18,¹⁶ ditandai dengan era pencerahan (*aufklarung*), dimana ilmu pengetahuan alam yang dipelopori oleh ilmuwan-ilmuwan besar seperti Newton, Lavoiser, dan Galileo, berkembang pesat dengan menggunakan metoda pengamatan percobaan (*proefondervindelijk*). Pandangan orang ketika itu dengan sebuah observasi (pengamatan/penelitian ilmiah) dapat ditemukan hukum-hukum alam.¹⁷ **Van Peursen** kemudian menjelaskan bahwa pengalaman manusia dalam observasi itu tidak berdiri sendiri yang dipengaruhi oleh cara pandang sains modern.¹⁸ Pengaruh besar ilmu sains telah mengalihkan pandangan orang pada era itu. Metode-metode *scientis* kemudian digunakan oleh pelbagai ilmu sosial, tak terkecuali hukum.

Pandangan bahwa hukum berasal dari Tuhan (mazhab hukum alam) yang melalui perantara gereja menjelaskan bagaimana mengimplementasikannya mulai dianggap tidak rasional (*irrasional*). Melalui penjelasan ilmiah yang berkarakter serba pasti dan terukur maka pola tersebut dianggap akan menjernihkan ilmu-ilmu sosial yang cenderung menggunakan intuisi (meraba-raba) yang abstrak. Akibatnya ilmu sosial dianggap tidak mampu memberikan solusi yang konkret atas suatu persoalan yang timbul di tengah masyarakat.

Dengan adanya alur pikir yang jelas dan terarah, memakai standar yang sama ala ilmu sains maka akan memberikan suatu kejelasan rumusan yang dapat

¹⁶ Satu abad sebelumnya yakni Abad ke-17 M juga telah diakui oleh kesadaran Eropa, bahwa Rene Descartes (penganutnya disebut Cartesian) sebagai orang yang pertama memiliki kapasitas filosofi tinggi yang pemikirannya dipengaruhi oleh fisika dan astronomi baru. Lihat dalam Anton F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis : Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, h. 39. Descartes menganggap alam bekerja secara mekanis, dan suatu kebenaran adalah apabila dapat dijelaskan secara matematis.

¹⁷ John Gilissen dan Frits Gorle, 2007, *Sejarah Hukum: Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, h. 116.

¹⁸ Anton F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematisop. cit.*, h. 37.

“dicangkokkan” kepada kondisi-kondisi sosial masyarakat yang mulai lemah dan secepatnya harus diselamatkan. Tak peduli kesesuaian dengan perasaan jiwa masyarakat yang heterogen dengan variasi persoalan tertentu.

Ketika paham positivisme ilmu itu berkembang pesat, di dataran Eropa, masyarakat yang sudah mulai memikirkan kesamaan hak melihat kekuasaan raja semakin hari semakin tak terkontrol karena dianggap menimbulkan kesengsaraan di bawah cengkraman otoritarianisme kekuasaan raja. Salah satu bentuk otoritarianisme raja adalah pola penjatuhan hukuman terhadap seseorang hanya atas dasar perkataan raja dan tanpa adanya dasar hukum yang jelas.

Itu sebabnya ketika revolusi eropa pada paruh akhir abad ke-18 berhasil dengan ditandai berhasilnya revolusi Perancis melalui tokohnya Napoleon Bonaparte maka mulai dicanangkanlah pemikiran tentang perlunya kepastian hukum. Napoleon yang terpengaruh kode Yustisianus mulai melakukan pengaturan pola perilaku masyarakat dengan penetapan norma-norma ke dalam hukum tertulis. Pemilihan bentuk hukum tertulis itu dilakukan karena didasarkan pada keyakinan bahwa hanya dengan bentuk hukum tertulislah maka segala macam norma yang mengatur masyarakat dapat dirujuk dan dilihat dengan jelas dan pasti sehingga nantinya diharapkan dapat menjamin kepastian hukum.¹⁹

Maka sejak saat itu berkembanglah apa yang dinamakan dengan aliran *Legisme*, yaitu paham yang mengaitkan hukum dengan undang-undang, bahkan secara *strict* menyebutkan tidak ada sumber hukum selain undang-undang. Paham ini dianut di Jerman oleh **Paul Labland, Jellinek, Rudolf van Jhering, Hans Nawiasky, Hans Kelsen** dan lain-lain.²⁰

Pemikiran tentang konsep negara ketika itu juga memberikan efek yang luar biasa terhadap keinginan masyarakat akan keadilan hukum. Ketika kedaulatan berada di

¹⁹ Jalan Mundur (dalam) Positivisme Hukum Indonesia, <http://joeniarianto.files.wordpress.com/2008/07/jalan-mundur-dalam-positivisme-hukum-indonesia1.pdf>, diunduh 11 Oktober 2010.

²⁰ Lili Rasjidi, 2001, *Dasar-dasar Filsafat Dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 56.

tangan raja dengan segala perintahnya sebagai hukum telah membuat masyarakat jenuh dan telah berakibat menjauhnya esensi hukum yaitu capaian terhadap kesejahteraan masyarakatnya gagal, maka keberadaan hukum yang terkodifikasi seketika menjadi harapan baru.

Berawal dari perjanjian Westphalia (*Treaty op Westphalia*) yang ditandatangani pada tahun 1648 yang merupakan tonggak kelahiran negara modern. Kedaulatan beralih dari diri pribadi atau warga bangsa (*nationals*), menjadi kedaulatan oleh segenap bangsa (*nation*). Sejak saat itu negara menjadi organisasi kekuasaan yang berdaulat penuh dalam suatu wilayah.²¹

Perkembangan teknologi pada abad ke-18 menuntut Negara melakukan transformasi ke dalam bentuk hukum modern yang lebih saintis lagi. Hal ini menurut **E. Sumarsono** telah menyebabkan positivisme hukum berkeinginan menjadikan hukum sepenuhnya otonom dan menyusun dirinya sendiri sebagai sebuah ilmu pengetahuan hukum yang lengkap berdasarkan atas semua sistem normatif yang berlaku dalam masyarakat pada umumnya.²² Kondisi ini memberikan kewenangan bagi Negara (penguasa) untuk membentuk hukum yang dapat dipaksakan kepada seluruh warga Negara.

Hal ini menjadi angin segar bagi kaum kapitalis, dimana dalam dunia industri Negara memberikan struktur yang tersentralisasi yang didukung oleh hukum moderen.²³ Sehingga para pemodal hanya perlu menguasai titik sentral utama Negara untuk menguasai perekonomian Negara. Itu sebabnya **Roberto M. Unger** menyebutkan bahwa hukum kian hari mengalami pergeseran dari bentuk hukum yang interaksional bergerak kepada fase hukum yang positivistik dan lebih *general* atau disebut juga tipe hukum birokratis (*bureaucratic laws*).²⁴

²¹ Anton F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis....op. cit.*, h. 75.

²² *Ibid.*, h. 77.

²³ *Ibid.*, h. 76.

²⁴ *Ibid.*, h. 75.

Para penganut paham hukum kodrat melihat tatanan hukum positif sebagai hukum yang berwatak sekuler dimana di dalamnya memisahkan hal-hal yang irrasional seperti hati nurani. Hukum modern telah mencapai tahap kompleks, abstrak, dan tersistematisasi karena merupakan suatu objek kajian ilmiah yang ditekuni oleh para pakar yang khusus dididik untuk itu.²⁵ Akibatnya, hukum kemudian menjadi sesuatu yang sakral dan tidak bisa dimasuki oleh pemikiran-pemikiran awam yang tidak cakap hukum.

2. Konsepsi

Paham positivisme hukum sesungguhnya tidaklah suatu konstruksi yang tunggal tentang karakter dari hukum itu sendiri, melainkan didasari kepada pengaruh-pengaruh pandangan positivisme dalam ilmu pengetahuan. Pandangan positivisme itu sendiri dipengaruhi oleh iklim budaya pada saat itu. Abad ke-18 terjadi revolusi industri di Inggris yang menimbulkan gelombang optimisme akan kemajuan umat manusia dengan keberhasilan teknologi industrinya. Pada dasarnya positivisme adalah sebuah filsafat yang meyakini bahwa satu-satunya pengetahuan yang benar adalah yang didasarkan pada pengalaman aktual-fisikal.

Positivisme mengistirahatkan filsafat dari kerja spekulatifnya yaitu mencari-cari kerja kodrat ontologis dan metafisis yang telah berlangsung selama ribuan tahun.²⁶ Pengetahuan demikian hanya bisa dihasilkan melalui penetapan teori-teori melalui metode saintifik yang ketat, sehingga spekulasi metafisis dihindari.²⁷ Tujuannya adalah untuk menggusur sebagian besar filsafat dan agama sebagai sesuatu yang tidak bermakna dengan menetapkan kriteria verifikasi, dan untuk menegaskan kembali serta menyelesaikan persoalan-persoalan yang tersisa dengan

²⁵ John Glissen, *op. cit.*, h. 66.

²⁶ Anton F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis....op. cit.*, h. 63.

²⁷ <http://robbani.wordpress.com/2009/02/07/auguste-comte-dan-positivisme/>, diunduh pada tanggal 11 Oktober 2010.

menggunakan bahasa formal yang ketat.²⁸ Adapun ciri-ciri positivisme antara lain sebagai berikut:²⁹

1. Objektif/bebas nilai; hanya melalui fakta-fakta yang teramati dan terukur, maka pengetahuan kita tersusun dan menjadi cermin realitas (korespondensi);
2. Fenomenalisme, ilmu pengetahuan hanya berbicara tentang realitas berupa impresi-impresi;
3. Nominalisme, hanya konsep yang mewakili realitas partikularlah yang nyata. Contoh logam dipanaskan memuai, konsep logam dalam pernyataan ini mengatasi semua bentuk particular logam seperti; besi, kuningan, timah, dan lain-lain;
4. Reduksionisme, realitas direduksi menjadi fakta-fakta yang dapat diamati;
5. Naturalisme, tesis tentang keteraturan peristiwa-peristiwa di alam semesta yang menjelaskan supranatural;
6. Mekanisme, gejala yang dapat dijelaskan dengan prinsip-prinsip yang dapat digunakan untuk menjeaskan mesin-mesin (sistem meakis). Alam semesta dijelaskan sebagai sebuah jam besar (*a giant clock work*).

Sementara itu, aliran positivisme dalam hukum (positivisme hukum) muncul berdasarkan pandangan seorang Filsuf Prancis **Aguste Comte** yang bernama lengkap **Isidore Marie Auguste Francois Xavier Comte**, di lahirkan di Montpellier Prancis selatan pada 17 Januari 1798. Setelah menyelesaikan pendidikan di Lycee Joffre dan Universitas Montpellier, Comte melanjutkan pendidikannya di Ecole Polytechnique di Paris.

Masa pendidikannya di École Polytechnique dijalani selama dua tahun, antara 1814-16. Masa dua tahun ini berpengaruh banyak pada pemikiran Comte selanjutnya. Di lembaga pendidikan ini, Comte mulai meyakini kemampuan dan kegunaan ilmu-

²⁸ Anton F. Susanto, *op. cit.*, h. xiii.

²⁹ *Ibid.*, h. 66.

ilmu alam. Comte juga berguru dengan seorang pemikir bernama Hendri de Saint Simon yang mengajarkan cara pandang positivisme ilmu.

Comte mengklaim bahwa dari hasil studi tentang perkembangan intelektual manusia sepanjang sejarah kita bisa menemukan hukum yang mendasarinya. Hukum ini, yang kemudian dikenal sebagai *Law of Three Stages*, yang setiap konsepsi dan pengetahuan manusiawi pasti melewatinya. Ketiga tahap hukum tersebut adalah:³⁰

1. Tahap teologis, dimana manusia percaya pada kekuatan-kekuatan Illahi di belakang gejala-gejala alam;
2. Tahap metafisis, dimulainya kritik terhadap segala pikiran, termasuk pikiran teologis. Ide-ide teologis diganti dengan ide-ide abstrak dari metafisika;
3. Tahap positif, dimana gejala-gejala tidak diterangkan lagi oleh suatu ide alam yang abstrak. Di situ satu gejala diterangkan melalui gejala-gejala lain dengan mendapati hukum-hukum antara mereka. Hukum-hukum itu tidak lain suatu relasi yang konstan dari gejala-gejala.

Jadi pandangan filosofi positivisme dalam perjalanan pemikiran manusia dalam mencari suatu kebenaran bertransformasi dari apa yang dahulunya masih bersifat ketuhanan. Positivisme ilmu menjauhi pemikiran ortodoks yang menerima semua keajaiban dari sang pencipta sebagai konstruksi yang dapat dilogikakan (dipositifkan). Logika merupakan poin penting dalam melegitimasi pengetahuan, sehingga dapat memberikan kepastian yang dibutuhkan, karena orang harus mampu mencapai basis yang kuat, dan landasan yang teguh, guna menjustifikasi segala sesuatu.³¹

Sehingga, apa yang dikatakan sebagai hukum oleh para penganut pandangan positivisme adalah norma (aturan) yang dapat ditangkap oleh pancaindera (bukan bersifat metafisis/kasat mata). Itu sebabnya bagi kalangan positivistik, undang-

³⁰ *Ibid.*, h. 83.

³¹ Anthon F. Susanto, 2007, *Hukum; Dari Consilience Menuju Paradigma Hukum Konstruktif-Transgresif*, Refika Aditama, Bandung, h. 88.

undang adalah satu-satunya hukum karena telah dituliskan dengan jelas. Hal ini menandakan hukum harus melalui proses birokratis yang sangat ketat oleh lembaga yang berwenang atas suatu perintah penguasa. Kedudukan hukum berada dalam ketentuan formal (diformalkan) karena validitasnya (legitimasinya) dapat dipertanggungjawabkan dan dapat dijadikan patokan secara umum. Maka tak salah mengapa penganut aliran positivisme hukum juga disebut sebagai aliran formalistis.

Menurut **Lili Rasjidi** dan **I. B. Wyasa Putera** prinsip-prinsip positivisme hukum adalah sebagai berikut;³²

1. Tata hukum Negara berlaku bukan karena mempunyai dasar dalam kehidupan sosial (menurut Comte dan Spenser), bukan juga karena bersumber pada jiwa bangsa (menurut Savigny), dan bukan juga karena dasar-dasar hukum alam, melainkan karena mendapatkan bentuk positifnya dari instansi yang berwenang. Itu sebabnya pandangan **Hans Kelsen** yang memisahkan hukum dari faktor-faktor lainnya;
2. Hukum harus dipandang semata-mata dalam bentuk formalnya. Itu sebabnya bentuk hukum formal dipisahkan dari bentuk hukum material.

Konstruksi hukum yang berasal dari undang-undang dan diformalkan oleh negara akan memberikan sebuah kepastian hukum, alasan itu telah menjadi doktrin oleh Negara untuk menekan rakyatnya. Sebab, hukum tanpa kepastian akan kehilangan maknanya sebagai hukum karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang.³³ *Ubi jus incertum, ibi jus nullum*: dimana tiada kepastian hukum, disitu tidak ada hukum.

³² Anthon F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis.....op. cit.*, h. 72.

³³ <http://herlambangperdana.files.wordpress.com/2008/07/herlambang-positivisme-hukum.pdf>, diunduh pada 11 Oktober 2010.

Terdapat tiga tahap dalam perkembangan positivisme, yaitu:³⁴

1. Tempat utama dalam positivisme pertama diberikan pada Sosiologi, walaupun perhatiannya juga diberikan pada teori pengetahuan yang diungkapkan oleh Comte dan tentang Logika yang dikemukakan oleh Mill. Tokoh-tokohnya **Auguste Comte, E. Littré, P. Laffitte, JS. Mill dan Spencer**;
2. Munculnya tahap kedua dalam positivisme (*empirio-positivisme*) berawal pada tahun 1870-1890-an dan berpautan dengan **Mach** dan **Avenarius**. Keduanya meninggalkan pengetahuan formal tentang obyek-obyek nyata obyektif, yang merupakan suatu ciri positivisme awal. Dalam Machisme, masalah-masalah pengenalan ditafsirkan dari sudut pandang psikologisme ekstrim, yang bergabung dengan subjektivisme.
3. Perkembangan positivisme tahap terakhir berkaitan dengan lingkaran Wina dengan tokoh-tokohnya **O. Neurath, Carnap, Schlick, Frank**, dan lain-lain. Serta kelompok yang turut berpengaruh pada perkembangan tahap ketiga ini adalah Masyarakat Filsafat Ilmiah Berlin. Kedua kelompok ini menggabungkan sejumlah aliran seperti atomisme logis, positivisme logis, serta semantika. Pokok bahasan positivisme tahap ketiga ini diantaranya tentang bahasa, logika simbolis, struktur penyelidikan ilmiah dan lain-lain.

3. Asumsi Filosofis

Positivisme hukum berpegang kepada hukum yang mapan, mandiri, dan terbebas dari unsur non hukum lainnya. Setidaknya **Antonio Boggiano** beranggapan, bahwa kaum positivisme hukum berusaha sedapat mungkin menghindari pembahasan tentang hukum moral.³⁵ Pandangan bahwa hukum tidak identik dengan moral yang secara radikal walaupun hukum bertentangan dengan moral namun akan tetap dianggap sebagai hukum.

³⁴ <http://staff.blog.ui.ac.id/arif51/2008/03/31/positivisme-dan-perkembangannya/>, diunduh pada tanggal 11 Oktober 2010.

³⁵ Anthon F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis.....op. cit.*, h. 80.

Kondisi ini tentulah ada penjelasan yang logis dibelakangnya. Misalnya hukum pada pandangan positivisme hukum sudah adil dan pasti benar, karena dibuat oleh penguasa dalam suatu Negara berdaulat. Sebagaimana yang disumbangkan oleh ilmu Negara dimana salah satu relasi antara negara dan masyarakatnya seperti hubungan ayah yang baik bagi anaknya. Pada sudut pandang ideal maka tidaklah mungkin sang ayah menelantarkan (menyengsarakan anaknya). Begitupula dengan hukum yang dibuat pemerintah, haruslah dipatuhi oleh rakyatnya karena merupakan ketentuan yang sah dan valid yang pasti akan memberikan kebahagiaan bagi masyarakatnya.

Kemudian asumsi dasar positivisme hukum juga menganggap dunia peradilan sudah terjamin netralitas dan imparialitasnya seperti yang telah dijamin dalam undang-undang. Jadi masyarakat tidak perlu cemas akan lembaga peradilan yang dapat memberikan keadilan bagi masyarakatnya. Paradigma yang dibangun adalah sangat “deduktif mekanis” atau “logika formal” dengan menyamaratakan antara keteraturan sosial (*social order*) dengan keteraturan hukum (*legal order*).³⁶ Positivisme hukum berkeyakinan hukum harus dibangun dengan pendekatan rasional dan objektif. Dalam penerapannya kepada kasus-kasus yang konkret positivisme hukum memakai sistem logika tertutup dengan metode deduktif sebagaimana sudah dijelaskan diawal. Apabila premis mayor tadi berdialektika dengan suatu fakta sebagai premis minornya, maka akan diperoleh sebuah konklusi yang tidak terbantahkan. Hal demikian dapat dilihat dari preposisi sebagai berikut:

“Barang siapa menduduki lahan orang lain secara melawan hak akan dipidana penjara karena penyerobotan setinggi-tingginya 5 tahun,
(Premis Mayor)

+

Masyarakat adat memasuki lahan hutan yang dikuasai Negara
(Premis Minor)

=

Masyarakat adat akan dipidana penjara karena penyerobotan setinggi tingginya 5 tahun.

³⁶ <http://herlambangperdana.files.wordpress.com/2008/07/herlambang-positivisme-hukum.pdf>, diunduh pada tanggal 11 Oktober 2010.

Dari preposisi diatas dengan menggunakan logika silogisme tertutup, maka akan tampak dengan jelas bagaimana hukum mempunyai alur yang jelas dan pasti. Apapun yang dipandang sebagai pertentangan dalam hukum, maka secara otomatis hukum akan bereaksi untuk menentukan kesalahan yang dilakukan oleh sipembuat.

4. Karakteristik

Masing-masing mazhab atau aliran yang memengaruhi tentang pemikiran hukum memiliki karakteristik masing-masing yang memiliki garis pembatas dengan aliran hukum lainnya. Dari karakteristik yang tergambar, disitu masing-masing aliran saling menguatkan dan melemahkan di antara aliran yang ada. Pertentangan antara satu mazhab hukum yang ada dengan mazhab yang lainnya sesungguhnya merupakan pertentangan diantara karakteristik yang ada.

Sebetulnya karakteristik atau cirri-ciri yang melekat dari hukum yang bercorak positivistik sudah tergambar dari penjelasan-penjelasan sebelumnya, namun belum menggambarkan jati diri yang sebenarnya dari positivisme hukum tersebut. Beberapa ahli mengemukakan pandangan mereka berkenaan dengan ciri-ciri dari positivisme secara utuh, seperti yang diuraikan oleh **Hart** yang menguraikan ciri-ciri positivisme pada ilmu hukum dewasa ini adalah sebagai berikut:³⁷

1. Hukum adalah perintah dari manusia (*command of human being*);
2. Tidak ada hubungan mutlak/penting antara hukum (*law*) dan moral;
3. Sistem hukum adalah sistem tertutup yang logis, tetap, dan bersifat tertutup dalam mana keputusan-keputusan hukum yang benar atau tepat biasanya dapat diperoleh dengan alat-alat logika tanpa memperhatikan tujuan-tujuan sosial, politik dan ukuran-ukuran moral;
4. Pertimbangan moral tidak dapat dibuat atau dipertahankan sebagai pernyataan kenyataan yang harus dibuktikan dengan argumentasi-argumentasi rasional, pembuktian atau percobaan.

³⁷ Lili Rasjidi, *op. cit.*, h. 57.

Hukum dalam karakteristik yang dibangun oleh Hart memang harus dibersihkan dari unsure moral, karena pertimbangan moral tidak dapat dilakukan tela'ah secara ilmiah. Proses ilmiah menurut **Descartes** akan membuat penilaian yang benar dan memiliki landasan yang kokoh dan pasti terhadap suatu fenomena.³⁸ Jika pertimbangan moral dimasukkan dalam proses ilmiah, maka hasil yang akan dicapai tentu tidak akan objektif rasional, melainkan subjektif emosional belaka yang tidak diinginkan oleh pandangan positivisme dalam menjadikan hukum sebagai norma umum yang universal dan dapat dijadikan acuan bagi semua orang.

Jika melihat beberapa prinsip dasar yang dikembangkan oleh positivisme hukum, terdapat karakteristik sebagai berikut:³⁹

1. Dualistis, misalnya pemisahan antara moral dan hukum, pemisahan hukum dari bentuk (*form*) dan isinya (materiil), bahkan pemisahan hukum dari sudut pandang adanya norma *sollen* (keharusan) dan *sein* (kenyataan), terakhir konsep nilai yang ada dalam norma bersifat benar dan salah.
2. Reduksionis, pandangan bahwa hukum dapat dipilah-pilah dan dipreteli mulai dari bagian yang paling besar sampai kepada bagian yang paling kecil.
3. Mekanistik, umumnya positivisme hukum dalam menjelaskan relasi diantara bagian-bagian yang telah dipilah atau dipreteli selalu bersifat mekanistik. Hukum dilihat sebagai mesin yang terdiri dari komponen-komponen, dengan kata lain hukum merupakan sebuah mesin yang besar yang bergerak secara teratur dan serba pasti;
4. Tertutup, maksudnya menolak pandangan di luar dari tatanan yang sudah ada dan sudah jadi;

³⁸ Anthon F. Susanto, 2007, *Hukum; Dari Consilience*, *op. cit.*, h. 88.

³⁹ Anthon F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis.....op. cit.*, h. 88-89.

5. Aturan dan logika, didalam sistem hukum yang tertutup tersebut maka yang berlaku adalah aturan dan logika (*rules and logic*) dengan konsep *subsumsi*, *derogasi*, dan *non kontradiksi*.

5. Varian

a. Positivisme Sosiologis

Menurut pandangan ini, hukum akan selalu dikaitkan dengan struktur sosial atau pranata sosial sebagai barang sesuatu yang sungguh-sungguh ada dalam bentuk material utuh. Seperti yang diungkapkan oleh **Donal Black** bahwa hukum sebagai variabel kuantitatif yang dapat diukur.⁴⁰ Keterukuran dari positivisme sosiologis ini mengacu kepada stratifikasi sosial, morfologi, kebudayaan, organisasi dan pencedali sosial.

Theo Huijbers menjelaskan bahwa dalam positivisme sosiologis, hukum ditanggapi sebagai suatu yang terbuka bagi masyarakat, yang harus diselidiki melalui metode ilmiah.⁴¹ Hal ini berarti, langkah-langkah dalam memahami hukum harus berdasarkan pengamatan terhadap objek dengan membuat suatu hipotesis yang merupakan anggapan yang bersifat tentative yang harus dibuktikan secara empiris.⁴² Maka dengan demikian, norma-norma kritis yang ada hubungannya dengan kesadaran akan keadilan didalam tubuh manusia tidak memiliki tempat dalam positivisme hukum ini. Penyelidikan terhadap hukum semata-mata sebagai suatu gejala sosial karena positivisme sosiologis tidak mengakui adanya hukum lain selain dari norma hukum yang telah ditentukan dan ditetapkan oleh masyarakat.⁴³

Dalam positivisme sosiologis ini pandangan Aguste Comtelah yang menjadi landasan awal dengan pemikiran revolusionernya membagi tiga tahap perkembangan pemikiran yang dilalui oleh setiap orang (*Law of Three Stages*). Adapun yang

⁴⁰ *Ibid.*, h. 84.

⁴¹ *Ibid.*, h. 82.

⁴² Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, h. 27.

⁴³ Anthon F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis.....op. cit.*, h. 82.

termasuk kedalam pemikiran positivisme sosiologis selain **Comte** adalah **Herbert Spencer**, **Emilie Durkheim**, dan **Donald Black**.

b. Positivisme Yuridis

Dalam positivisme yuridis tidak lagi mengaitkan hukum dengan lingkungan sosialnya seperti positivisme sosiologis yang telah diperbincangkan sebelumnya. Pandangan ini melulu berbicara kedayagunaan hukum sebagai instrument secara mandiri, tidak terpenaruhi oleh unsure-unsur non hukum, karena hukum itu harus dianggap sakral dan valid. Dari beberapa nama dari ilmuan positivisme yuridis, namun yang paling mendapat perhatian dalam positivisme yuridis ini adalah pemikiran dari **John Austin** dengan positivisme analitis (*analytical jurisprudence*) dan **Hans Kelsen** dengan teori hukum murninya (*the pure theory of law*).

c. Hukum Positif John Austin (1790–1859)

Menurut **Austin**, hukum adalah perintah dari penguasa (*law is command of a lawgiver*), yang berarti perintah dari pemegang kekuasaan tertinggi atau yang memegang kedaulatan. Selanjutnya menurutnya hukum dianggap sebagai suatu sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup (*closed logical system*), hukum secara tegas dipisahkan dari keadilan dan tidak didasarkan pada nilai yang baik dan buruk.⁴⁴ Austin membagi hukum menjadi dua bentuk yakni:⁴⁵

1. Hukum dari Tuhan untuk manusia (*the divine law*);
2. Hukum yang disusun dan dibuat oleh manusia, yang terdiri dari:
 - a. Hukum yang sebenarnya (hukum positif), seperti
 - Hukum yang dibuat oleh penguasa seperti undang-undang, peraturan pemerintah dan lain-lain;
 - Hukum yang dibuat oleh rakyat secara individual, misalnya hak wali terhadap orang yang berada dibawah perwalian

⁴⁴ Lili Rasjidi, *op. cit.*, h. 58.

⁴⁵ *Ibid.*, h. 59.

- b. Hukum yang tidak sebenarnya adalah hukum yang tidak dianggap sebagai hukum karena tidak ditetapkan oleh penguasa/badan yang berdaulat seperti ketentuan-ketentuan yang dibuat oleh badan keolahragaan atau mahasiswa.

Konsep yang mendasar terhadap hukum yang analitik adalah yang memuat ketentuan perintah, sanksi dan kedaulatan. *Pertama*, perintah menghendaki orang lain untuk melakukan kehendaknya. *Kedua*, pihak yang diperintah akan mengalami penderitaan (sanksi) bagi yang tidak melaksanakannya. *Ketiga*, perintah tersebut adalah pembedaan kewajiban antara yang diperintah dengan yang memerintah. *Keempat*, perintah tersebut hanya akan terlaksana jika pihak yang memrintah itu adalah pihak yang berdaulat.⁴⁶

Pada akhirnya, pokok-pokok pikiran dari *analytical jurisprudence* dapat disimpulkan sebagai berikut:⁴⁷

1. Tidak mendasarkan pada penilaian baik dan buruk, karena penilaian tersebut berada diluar bidang hukum;
2. Memisahkan antara moral dan hukum;
3. Pandangannya bertolak belakang dari mazhab sejarah dan mazhab hukum alam;
4. Hakikat dari hukum adalah perintah dari kekuasaan yang berdaulat;
5. Kedaulatan berada diluar hukum, baik didalam politik dan sosiologis masyarakat yang tidak perlu dipersoalkan karena merupakan sebuah kenyataan;
6. Ajaran Austin kurang/tidak memberikan ruang bagi hukum yang hidup dalam masyarakat.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, h. 60.

d. Ajaran Hukum Murni Hans Kelsen (1881-1973)

Kelsen dianggap ilmuwan yang paling mutakhir dari ajaran positivisme hukum. Ajaran Kelsen ini sesungguhnya terdiri dari dua generasi. Pertama, ajaran hukum yang bersifat murni dan yang kedua bersasal dari muridnya **Adolf Merkl** yakni ajaran *stufenbau des recht* yang mengutamakan adanya hierarkis dari pertauran perundang-undangan.⁴⁸

Inti ajaran hukum murni ini adalah hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir non yuridis seperti nilai etis, sosiologis, politis dan sebagainya.⁴⁹ Menurut **E. Sumaryono**, kata “murni” digunakan tidak lain untuk spekulasi filosofis, dan bertujuan membebaskan gagasan tentang norma hukum positif dari penyelidikan dari norma hukum dengan perilaku actual manusia yang didasarkan atas hukum sebab akibat sebagai wujud manifestasi hukum kodrat.⁵⁰ Maka dari itu banyak pemikiran beranggapan bahwa positivisme hukum menghentikan orang untuk berfilsafat dalam berhukum.⁵¹

Hukum menurut pandangan hukum murni berada pada *sollen* kategori bukan sebaliknya berada pada *sein* kategori (kenyataan sosial). Jadi orang mena’ati hukum karena memang seharusnya ia wajib untuk mena’atinya sebagai suatu kehendak negara. Persoalan apakah orang pada kenyataannya menaati atau tidak itu berada diluar hukum yang hanya merupakan kenyataan sosial.

Kemudian berbicara tentang konsep *stufenbau theory* yang digunakan dalam ilmu perundang-undangan. Konsep positivisme ini menghendaki hierarkis dalam penyusunan produk hukum, dimana peraturan yang ada harus bersumber pada hukum yang lebih tinggi lainnya.⁵² Peraturan yang paling tinggi dalam suatu

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Secara komprehensif lihat Hans Kelsen, 1960, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Los Angeles, terjemahan oleh Max Knight, 1960, atas judul asli *Reine Rechtslehre*, Wina.

⁵⁰ Anthon F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis.....op. cit.*, h. 87.

⁵¹ Lili Rasjidi, *op. cit.*, h. 57.

⁵² *Ibid.*, h. 61.

tingkatan peraturan hukum disebut sebagai *groundnorm* yang bersifat hipotesis, sedangkan ketentuan yang lebih rendah akan bersifat konkret seperti perda.

B. Cara Berhukum secara Progresif

“ Hukum adalah untuk Manusia, Bukan Sebaliknya yaitu Manusia yang Hadir untuk Hukum, dan Hukum Hadir Bukanlah untuk Dirinya”

(Satjipto Rahardjo)

1. Cara Berhukum secara Progresif

Hukum progresif lahir dari rasa ketidakpuasan kalangan hukum terhadap teori dan praktik hukum tradisional yang berkembang. Para penganutnya mengkritisi terhadap begitu besarnya “jurang pemisah” antara hukum yang dipraktikkan dengan teori hukum. Hukum dianggap gagal dalam merespon setiap masalah yang terjadi di tengah masyarakat.

Penganut paham hukum tradisional mengajarkan bahwa hukum merupakan seperangkat aturan dan prinsip-prinsip yang memungkinkan masyarakat memertahankan ketertiban dan kebebasannya. Oleh sebab itu hukum haruslah netral agar dapat diterapkan kepada siapa saja tanpa memerhatikan perbedaan apapun untuk menghindari diskriminasi.

Namun pada kenyataannya poin penting dari pemberlakuan hukum dari kacamata tradisional tersebut tidak bisa dilaksanakan secara konsekuen. Menurut teoritis postmodern bahwa hukum tidak mempunyai dasar objektif dan tidak ada kebenaran sebagai tempat untuk berpijak hukum, yang ada hanya kekuasaan semata yang menjadi alat kekuasaan bagi penguasa.⁵³

⁵³ Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bahkti, Bandung, 2003 hal. 1-2

Kecurigaan postmodernis didasari keyakinan bahwa yang menjadi *barometer* hukum bukanlah salah dan benar, bermoral atau tidak bermoral saja, melainkan hukum merupakan apa saja yang diputuskan dan dijalankan oleh kelompok masyarakat mayoritas. Hukum harus ditafsirkan yang nyatanya akan ditafsirkan menurut keinginan yang menafsirkannya, dan penafsir akan menafsirkan sesuai dengan perasaan dan kepentingannya sendiri, sehingga yang namanya keadilan hanya semboyan dan retorika yang digunakan sekelompok mayoritas untuk menjelaskan apa yang mereka inginkan dan keinginan pihak minoritas tidak pernah menjadi penafsiran hukum dan akan selalu menjadi bulan-bulanan hukum.⁵⁴

Untuk itu sudah seharusnya sektor hukum lebih diberdayakan agar pembangunan masyarakat dan bangsa dapat dilaksanakan atau bahwa dapat dipercepat, sebagaimana pendapat **Roscoe Pond** bahwa hukum dapat berfungsi sebagai sarana rekayasa sosial (*law as tool of social engineering*) atau hukum sebagai sarana pembangunan (*law as a tool of development*) sebagaimana dikemukakan oleh **Mochtar Kusumaatmadja**.⁵⁵

Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai sarana rekayasa masyarakat kearah kehidupan yang lebih baik, maka bukan hanya dibutuhkan ketersediaan hukum dalam artian kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan dari kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan dari kaidah hukum dalam praktik hukum, yaitu adanya jaminan penegakan hukum yang baik.⁵⁶

Sudah sering terdengar terdengar paradok-paradok yang ditujukan kepada aparat penegakan hukum terutama hakim sebagai pemutus suatu perkara, mengenai putusan pembebasan para koruptor penjarah uang rakyat yang berjumlah banyak, yang dibebaskan oleh hakim. Tidak jarang pula tuduhan yang menyudutkan aparat penegak hukum yang, yang dianggap mempersulit orang “kebanyakan” untuk

⁵⁴ *Ibid*, hal. 1-2

⁵⁵ Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia (penyebab dan solusinya)*, Ghalia Indonesia, bogor, oktober 2005, hlm. 8

⁵⁶ Munir Fuady, *op cit*, hal 40

mendapatkan keadilan dalam persidangan, selain bukti-bukti yang cukup kuat yang dimiliki olehnya. Masih banyak lagi persoalan yang menyebabkan semakin terpuruknya hukum saat ini.⁵⁷

Penerapan hukum mengalami perubahan dari masa kemasa. Tujuan dari pembenahan ini adalah bagaimana mewujudkan hukum yang substantif. Dapat kita lihat dengan berbagai sistem hukum yang dianut oleh beberapa negara secara garis besar dapat dibedakan atas dua sistem Eropa Kontinental (*civil law*) dan model sistem hukum *common law*. Dengan tidak menghilangkan kenyataan bahwa kedua sistem hukum tersebut sudah banya saling mendekati, kedua-duanya pada dasarnya mewakili suatu cara berhukum yang pada berbeda sekali.⁵⁸

Hukum *eropa continental* sudah berkembang jauh sebelum sistem *Common Law*, yaitu sejak Zaman Romawi pada abad-abad sebelum masehi, adalah cara berhukum yang membutuhkan kemampuan yang mumpuni. Hal itu disebabkan cara berhukum ketika itu benar-benar dilakukan dengan mengembangkan pengetahuan hukum, sehingga tidak sembarang orang yang bisa melakukannya. Dibutuhkan pembelajaran tersendiri untuk bisa memasuki praktik berhukum. Oleh karena itu sistem hukum tersebut digolongkan pada tipe hukum "melalui pembelajaran" (*geleerd recth*). Sistem *civil law* adalah suatu bangunan doktrin-doktrin yang sangat artificial, itu sebabnya sistem itu terpisah dari kehidupan masyarakat atau dari kebudayaan. Sistem hukum merupakan suatu skema yang terbatas atau tertutup (*finite*) dan berdasarkan pembenaran yang hanya bisa dilakukan oleh pemikiran hukum yang khas terpisah dari konsep yang dimiliki oleh masyarakat.⁵⁹

Seiring dengan berkembangnya pemikiran mengenai keadilan substantif juga perkembangan hukum progresif (sosiologi hukum tidak terlepas dari rentetan sejarah perkembangan teori dan sistem hukum yang ada di dunia. Seperti perkembangan hukum modern muncul di Eropa pada awal abad XIX yang saat itu

⁵⁷ A.M. Mijahidin, *Hukum Progresif: Jalan Keluar Dari Keterpurukan Hukum Di Indonesia*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No 257 bulan april 2007, Ikahi, Jakarta 2007, hlm. 51

⁵⁸ *Ibid*,

⁵⁹ *Ibid*,

didominasi oleh alam pemikiran positivistik sehingga menghasilkan doktrin *Rule of Law* yang bercirikan:

1. *Formal rules* :Tertulis dalam bentuk peraturan perundang-undangan;
2. *Procedures* :Dilaksanakan melalui aturan main yang ketat;
3. *Methodologist*:Mendewakan logika dalam penerapannya;
4. *Bureaucracy* :Hanya lembaga-lembaga formal yang diakui memiliki otoritas untuk membuat, melaksanakan dan mengawasi hukum (legislatif, eksekutif dan Yudikatif).

Munculnya ciri-ciri tersebut, sebagaimana juga telah dikemukakan dalam bagian cara ber hukum tekstual pada penelitian ini, tidak lebih karena konteks sejarah munculnya hukum modern dalam *Constitutional State* sebagai reaksi terhadap kekacauan yang diakibatkan oleh sistem hukum era sebelumnya, yakni *Absolutisme* (Roberto M. Unger, *Law in Modern Society*, 1976). Sehingga pada awalnya memang model hukum modern (positivism) ini cukup efektif dalam upaya menertibkan masyarakat.

Namun dalam perkembangannya, terutama di luar negara-negara Eropa Kontinental, model hukum positif sebagai ciri hukum modern semakin tidak ampuh dalam mengatasi perkembangan kasus-kasus yang dipicu oleh perubahan sosial akibat pesatnya kemajuan teknologi. Sebab utama kegagalan model hukum modern dalam mengantisipasi perubahan sosial akibat pesatnya teknologi di bidang transportasi, komunikasi dan informasi adalah sifat hukum modern yang cenderung otonom, sehingga tidak fleksibel dan dengan sendirinya sulit untuk menjadi responsif terhadap perkembangan rasa keadilan.

Kenyataan yang sangat tidak menguntungkan adalah keberadaan hukum modern di Indonesia. Apabila dilihat dari latar belakang sejarahnya, hukum modern yang dipaksakan berlaku dalam politik pembangunan hukum Indonesia sejak zaman kolonial (melalui *bewuste rechtspolitik*), hingga Indonesia merdeka (Soetandyo Wignjosoebroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional*, 1990), adalah ibarat

benda asing yang tidak tumbuh secara alami seiring dengan perkembangan masyarakat dan budaya Indonesia (*not developed from within but imposed from outside*).

Lebih celaka lagi banyak yuris kita yang menganggap *civil law* yang notabene berasal dari tradisi Eropa Kontinental sebagai sistem hukum Indonesia dan memperlakukannya secara ketat dan harus bebas dari bangunan nilai-nilai (norma) lainnya.

Sulit melakukan dikotomi sistem hukum (*common law* atau *civil law*) dalam perkembangan peradaban yang semakin global ini secara hitam putih. Dalam tataran praktek yang berkembang di pelbagai negara justru lebih nampak sebagai *mixed system*.⁶⁰ Indonesia sendiri memang banyak dipengaruhi oleh tradisi hukum eropa kontinental (terutama Belanda), namun keberadaan sistem hukum adat dan sistem hukum Islam juga memperlihatkan terdapatnya percampuran pelbagai sistem hukum. Secara sederhana sesungguhnya dengan memerhatikan perkembangan cara ber hukum di Indonesia, maka tak dapat dipungkiri lagi bahwa mulai terkontaminasinya cara ber hukum dari tradisi hukum *anglo saxon*. Hipotesa itu dapat dilihat dari pelbagai penerapan aturan di bidang hukum bisnis, model gugatan *class action*, *citizen law suit*, model penalaran hukum yang menghasilkan *judge made law*, hingga munculnya lembaga-lembaga penyelesaian sengketa yang formatnya yang mirip dengan tribunal. Hal itu memperlihatkan bahwa cara ber hukum terus berkembang merespon perkembangan masyarakat itu sendiri.

Cara ber hukum yang terfokus kepada teks undang-undang telah menjadi ciri khas dari sistem hukum modern (*tekstual approach*). Akibat cara ber hukum positivistik tersebut maka upaya mewujudkan keadilan yang substantive terancam. Khususnya bagi para pihak yang lemah dan termarginalkan. Sistem hukum modern yang bersandarkan kepada semangat liberal dan kapitalisme jelas hanya akan menguntungkan pihak yang kuat, baik secara ekonomi maupun politik. Oleh karenanya untuk terlepas dari belenggu *formalism-positivisme* diperlukan cara

⁶⁰ Rene David & J.E.C. Brierly, *Major Legal Systems in The World Today*, 1978

berhukum baru agar hukum mampu menangkap hakikat akan kebenaran, keadilan dan kemanusiaan.⁶¹

Jika kita melihat pelbagai bangsa memiliki seni dan keanekaragaman dalam memahami dan melaksanakan hukum di negaranya. Kendati sama-sama menyebutnya sebagai negara hukum, tetapi kita tidak akan menemukan cara yang seragam dalam berhukum itu. Perbedaan dalam berhukum itu bukan dalam artian bahwa bangsa yang satu lebih maju dari bangsa lainnya, melainkan benar-benar perbedaan yang muncul dari ketidaksamaan dalam pemahaman mengenai hukum itu sendiri. Potret keanekaragaman cara berhukum itu hanya meneguhkan pendapat, bahwa cara bangsa berhukum itu tidak bisa terlepas dari akar-akar sosial dan kulturalnya. Cara berhukum itu bukanlah suatu yang masinal dan mekanistik, melainkan suatu bentuk kehidupan sosial yang khas (*a peculiar form of social life*).⁶²

Oleh karena itu berkembangnya pemikiran berhukum secara progresif adalah tidak terlepas dari perkembangan mengenai sosiologi hukum⁶³. Sosiologi hukum untuk lebih jelasnya adalah sosiologi dari atau tentang hukum. Oleh karena itu apabila berbicara dengan perilaku sosial, maka ini berhubungan dengan hukum yang berlaku. Dengan kata lain sosiologi hukum memperlihatkan verifikasi empiris dan validitas empiris dari hukum yang berlaku. Dengan demikian teori-teori dalam sosiologi hukum juga bergerak pada jalur tersebut.⁶⁴

Menurut **Georges Gurvitch** penggabungan dua ranah ilmu tersebut kontroversi dikarenakan para pakar terkooptasi pada ranah pengetahuannya masing-masing. Ilmuan hukum pada umumnya terjebak dalam dengan hanya memperhatikan masalah-masalah *quid juris* semata, begitu juga sebaliknya para pakar sosiologi

⁶¹ Disarikan dari Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, UNHAS, 2008

⁶² Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir; Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia Dengan Hukum*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas) November 2007, hal. 65

⁶³ Sosiologi hukum berasal dari kata latin, *socius* yang berarti "kawan" dan kata yunani *logos* yang bermakna "kata" atau "bicara", sehingga definisi sosiologi berarti bicara mengenai masyarakat. Sedangkan menurut Aguste Comte, sosiologi merupakan ilmu pengetahuan masyarakat umum yang merupakan hasil akhir dari pada perkembangan ilmu pengetahuan.

⁶⁴ Satjipto Rahardjo, *sosiologi hukum*, (Yogyakarta: penerbit Genta publishing), 2010, hal. 2

hanya memperhatikan *quid facti* saja.⁶⁵ Pakar hukum dan filsuf hukum mengkhawatirkan sosiologi hukum akan menyebabkan legitimasi norma menjadi hilang dalam kehidupan sosila masyarakat. Norma hukum tidak bisa mengatur fakta-fakta sosial yang ada. Ilmuan sosiologi juga mengkhawatirkan keberadaan sosiologi hukum, mereka berpendapat bahwa kehadiran sosiologi hukum akan menghadirkan kembali penilaian baik buruk (*value judgment*) semata dalam penyelidikan fakta-fakta sosial pada lapangan praktis.⁶⁶

Sebelum berkembangnya pemikiran sosiologi hukum yang dikemudian dikemukakan oleh **Maxmillian Weber** sesungguhnya secara praktis telah menjadi kajian dari berbagai ilmuan terkemuka dari pelbagai zaman. **Gorges Guvittch** setidaknya salah satu ilmuan yang menggolongkan **Aristoteles, Hobbes, Spinoza,** dan **Montesquieu** sebagai pengkaji sosiologi hukum dari berbagai zaman. Baik era pramodern maupun era modern. Bahkan keilmuan mereka sampai saat ini masih dihargai sebagai suatu bagian yang tidak terpisahkan untuk dikaji oleh generasi keilmuan masa post modern. Hal ini tidak lain menurut Guvittch karena kajian sosiologi hukum ini timbul serta merta dalam penyelidikan sejarah dan etnografi yang berkenaan dengan hukum., dan juga dalam penyelidikan dilapangan hukum yang sekaligus mencari tujuan lain, misalnya dalam hal mencari solusi ideal terhadap masalah sosial.⁶⁷

Leon Petrazyoki Polandia yang dianggap sebagai bapak sosiologi hukum yang terlupakan, berpendapat, fenomena-fenomena hukum itu terdiri dari proses-proses psikis yang unik, yang dapat dilihat dengan menggunakan metode introspeksi (Bodenheimer, 1974 : 107). Apabila kita mempersoalkan tentang hak-hak kita serta hak-hak orang lain dan melakukan perbuatan yang sesuai dengan itu , maka itu semua bukan, karena hak-hak itu dicantumkan dalam peraturan-peraturan melainkan semata-mata karena keyakinan kita sendiri bahwa kita harus berbuat seperti itu. Ia memandang hak-hak dan kewajiban sebagai *Phantasmata* teori dan

⁶⁵ Georges Guvitsch, *Sosiologi Hukum*, (Jakarta: penerbit Bharatara, 1996), hal. 1

⁶⁶ *Ibid*, Georges Guvitsch, hal.1

⁶⁷ *Ibid*, Georges Guvitsch, hal. 59

metode dalam sosiologi hukum yang ada hanya dalam pikiran tetapi yang memiliki arti sosial yang sangat penting karena menciptakan pengalaman imperaktif-atributif, yang mempengaruhi tingkah laku mereka yang terikat olehnya (Curzon, 1979: 218)

Menurut **Satjipto Rahardjo**, sosiologi hukum memiliki basis intelektual dari paham hukum alam (*lex naturalist*)⁶⁸, itu sebabnya capaian paham sosiologi hukum adalah untuk menyelesaikan permasalahan kehidupan manusia dengan lingkungannya. Filosofis dari teori hukum alam kesatuan dengan kondisi lingkungan. Karena itu, kalangan sosiologi hukum selalu mengaitkan aturan hukum dengan kondisi masyarakat dan lingkungan sekitarnya. Bahkan terbentuknya sebuah negara berdasarkan teori *du contact social* yang dipopulerkan oleh **J.J Rosseau** pun diakui sebagai kajian sosiologi hukum, bahkan ketika manusia masih dalam kelompok-kelompok kecil dalam "alam liar".

Sedangkan menurut **Kranenburg** yang menyitir pandangan **Locke**, menuturkan bahwa ketika dimasa "purba" sesungguhnya pemberlakuan hukum yang melindungi hak-hak manusia sudah terjadi. Kemudian secara perlahan-lahan timbulah kontak sosial antara masyarakat untuk membentuk pemerintahan yang mampu melindungi hak-hak manusia yang sebelumnya dilindungi secara hukum alamiah (moral kemasyarakatan). Berikut **Kranenburg** memaparkannya:

"Menurut alam manusia berhak atas beberapa hak, malahan atas hak-hak yang paling penting, hak hidup, hak kemerdekaan, hak milik. Sekarang tujuan perjajian pembentukan negara adalah menjamin suasana hukum individu secara alam itu; kekuasaan pemerintah dengan demikian menentukan batasannya dalam suasana hukum individu secara alam itu. Apabila pemerintah memperkosa suasana hukum itu, maka ia bertentangan dengan

⁶⁸Satjipto Rahardjo, sosiologi hukum, perkembangan metode dan pilihan masalah, (Surakarta: Muhamadiyah University press, 2002) hal. 12

tujuan utama perjanjian masyarakat; maka "gezag" pemerintah secara absolute memperkosa hakekat asasi perjanjian untuk pembentukan negara".⁶⁹

Paparan **Kranenburg** diatas memperlihatkan bahwa masyarakat mengkreasikan hukum demi perlindungan sosialnya sendiri. Kajian mengenai kondisi lingkungan sosial itu dari hari ke hari kemudian berkembang. Bahkan kajian sosiologi hukum kekinian juga menyentuh tema mengenai kondisi lingkungan dan hubungan manusia dan alam itu sendiri.

Sosiologi hukum secara formalnya baru lahir sekitar tahun 1960-an.⁷⁰ Diantara guncangan kepercayaan terhadap ketidak mampuan hukum tertulis dalam menyelesaikan permasalahan kemasyarakatan, paham sosiologi hukum kemudian muncul kepermukaan. Seketika itu juga menjadi lahan perdebatan diantara para pakar.

Sosiologi hukum melahirkan hukum progresif dimana hukum progresif dengan asumsi dasar yang disampaikan adalah mengenai pandangan tentang hubungan hukum dan manusia. Disisni ditegaskan prinsip, bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar. Oleh karena itu, apabila setiap ada masalah di dalam dan dengan hukum, hukumlah yang harus ditinjau lalu diperbaiki dan bukan manusianya yang dipaksa untuk masuk dalam skema hukum.

Perkembangan hukum progresif tidak lepas dari perkembangan tatanan hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh **Nonet** dan **Selznick** yaitu :⁷¹ *pertama*, tatanan hukum yang represif, dimana hukum disubornasikan dibawah tatanan politik dan tatanan ekonomi, yang *kedua*, tatanan hukum yang otonom/mandiri, dimana hukum berkedudukan setara (*koordinatif*) dengan tatanan politik, tatanan ekonomi dan

⁶⁹ Kranenburg, diterjemahkan Tk. B. Sabaroedin, *Ilmu Negara Umum*, (Jakarta: J.B. Wolters, 1959,) hal 17

⁷⁰ <http://id.wikipedia.org/wiki/hukum>, diakses pada tanggal 11 oktober 2010

⁷¹ Philipe Nonet dan Plipi Selznick, *law & society in transition: tower responsive law*, harper Torch book, new York, 1978, rafel edy bosco (penerjemah), hukum responsis pilihan dimasa taransi , HuMa, Jakarta,2003, hal. 59-60

sosial budaya, sedangkan yang *ketiga*, tatanan hukum yang responsif, dimana hukum berupaya untuk mendekatkan dirinya kepada kebutuhan sosial dari suatu masyarakat.

Kemunculan hukum progresif, tiak dapat pula dipisahkan dari munculnya aliran *critical legal studies* (CLS) di Amerika Serikat pada tahun 1977, maka jika kita teliti lebih dekat, keduanya mengandung substansi kritik atas kemapanan akan aliran dalam hukum liberal yang bersifat formalistik dan procedural, serta rasa ketidakpuasan terhadap penyelenggaraan hukum yang berlaku di Amerika Serikat. CLS langsung menusuk jantung pikiran hukum Amerika yang dominan, yaitu suatu sistem hukum liberal yang didasarkan pada pikiran politik liberal. CLS lahir dari suatu pembangkangan terhadap realitas sosial tentang ketidakadilan yang memang sangat merisaukan para ahli hukum saat itu.⁷² Hukum positif telah memperlihatkan dirinya tidak beradaya dan telah digunakan hanya sekedar sebagai suatu alas penindas atau pemanis belaka. Oleh karena itu, para penganut CLS berusaha untuk segera keluar dari doktrin-doktrin yang sudah using untuk segera masuk kedalam suatu tatanan hukum yang lebih baik yang sesuai dengan perkembangan masyarakat yang damai, tidak realistik, tidak generalis, dan tidak korup.⁷³

Jika kita melihat pelbagai bangsa memiliki seni dan keanekaragaman dalam memahami dan melaksanakan hukum di negaranya. Kendati sama-sama menyebutnya sebagai negara hukum, tetapi kita tidak akan menemukan cara yang seragam dalam berhukum itu. Perbedaan dalam berhukum itu bukan dalam artian bahwa bangsa yang satu lebih maju dari bangsa lainnya, mealinkan benar-benar perbedaan yang muncul dari ketidak samaan dalam pemahaman mengenai hukum itu sendiri. Potret keanekaragaman cara berhukum itu hanya meneguhkan pendapat, bahwa cara bangsa berhukum itu tidak bisa terlepas dari akar-akar sosial dan budayanya.⁷⁴

⁷² Op.cit, Munir Fuady..hal.9

⁷³ *Ibid*, hal 9.

⁷⁴ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir; Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia Dengan Hukum*, (Jakarta:Penerbit Buku Kompas) November 2007, hal. 65

Pemikiran CLS tersebut, setidaknya mengilhami beberapa ahli hukum di Indonesia, sehingga sedikit banyak pemikirannya dipengaruhi oleh gerakan ini. **Satjipto Raharjo** kemudian menggagas bentuk pemikiran yang dinamakannya hukum yang progresif dengan dilatarbelakangi oleh keprihatinan akan lemahnya *law enforcement*. Pemikiran tersebut berkembang dan mengilhami banyak kalangan hukum lainnya dinegeri ini.

2. Teori Hukum yang Memengaruhi

Adagium hukum yang berbunyi “ *ubi societas ibi ius* ” (dimana ada masyarakat, disitu ada hukum) adalah ungkapan yang masyhur dalam pendidikan hukum. Adagium tersebut menyiratkan bahwa masyarakat tidak akan dapat hidup tanpa adanya suatu tatanan atau keteraturan (hukum). Terminologi hukum tersebut tentu harus dimaknai secara luas, tidak hanya sebatas sebuah aturan tertulis saja (undang-undang), tetapi juga hukum yang telah lahir jauh sebelum adanya aturan hukum tertulis, ataupun suatu pegangan ataupun nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat dan telah mengatur suatu tatanan kehidupan dalam masyarakat itu.

Untuk melihat apa yang dimaksud dengan hukum, berikut akan diuraikan pandangan tentang apa yang dimaksud dengan “hukum” dari beberapa aliran pemikiran dalam ilmu hukum yang ada, sebab timbulnya perbedaan tentang sudut pandang orang tentang apa itu “hukum” salah satunya sangat dipengaruhi oleh aliran yang melatar belakanginya yang sesungguhnya berbanding lurus dengan pergeseran paradigma pemikiran yang berkembang saat pandangan itu dipaparkan.⁷⁵

Aliran Sosiologis, misalnya **Roscoe Pound**, memaknai hukum dari dua sudut pandang, yakni:

⁷⁵ *Ibid.* hal. 26-27

1. Hukum dalam arti sebagai tata hukum (hubungan antara manusia dengan individu lainnya, dan tingkah laku para individu yang mempengaruhi individu lainnya, atau tata sosial, atau tata ekonomi).
2. Hukum dalam arti selaku kumpulan dasar-dasar kewenangan dari putusan-putusan pengadilan dan tindakan administratif (harapan-harapan atau tuntutan-tuntutan oleh manusia sebagai individu ataupun kelompok-kelompok manusia yang mempengaruhi hubungan mereka atau menentukan tingkah laku mereka).

Rescoe Pound melihat hukum sebagai suatu “realitas sosial” dan negara merupakan alat agar kepentingan umum dapat diwujudkan. Hukum merupakan sarana utama dalam mewujudkan cita-cita pembentukan negara. **Jhering** berpendapat bahwa hukum adalah sejumlah kondisi kehidupan sosial dalam arti luas, yang dijamin oleh kekuasaan negara melalui cara paksaan yang bersifat eksternal. Sedangkan bagi **Bellefroid** hukum bertujuan mengatur ketertiban di masyarakat melalui kekuasaan yang ada di tengah masyarakat itu. Dalam bahasa Bellefroid, *stelling recht is een ordening van het maatschappelijk leven, die voor een bepaalde gemeenschap geldt en op haar gezag is vastgesteld* (Hukum yang berlaku di suatu masyarakat mengatur tata tertib masyarakat dan didasarkan atas kekuasaan yang ada di dalam masyarakat itu).

Sedangkan menurut aliran realis yang dipelopori oleh **Holmes**, hukum adalah apa yang diputuskan oleh peradilan. Tegasnya Holmes mengatakan, *the prophecies of what the court will do... are what I mean by the law* (apa yang diramalkan akan diputuskan oleh pengadilan, itulah yang saya artikan sebagai hukum). Sejalan dengan **Holmes**, **Karl Llewellyn** mengungkapkan bahwa, *what officials do about disputes is the law it self* (apa yang diputuskan oleh seorang hakim tentang suatu persengketaan, adalah hukum itu sendiri). Hal yang sama diungkapkan oleh **Salmond** bahwa hukum dimungkinkan untuk didefinisikan sebagai kumpulan asas-asas yang diakui dan diterapkan oleh negara di dalam peradilan. Dengan perkataan

lain, hukum terdiri dari aturan-aturan yang diakui dan dilaksanakan pada pengadilan.

Dalam sudut pandang aliran Antropologi Hukum yang dipelopori oleh **Schapera**, hukum juga dimaknai sebagai sesuatu aturan yang melibatkan peran peradilan. Lengkapnya menurut **Schapera**, *law is any rule of conduct likely to be enforced by the courts* (hukum adalah setiap aturan tingkah laku yang mungkin diselenggarakan oleh pengadilan). Lebih tegas lagi **Gluckman** menjelaskan peran hakim yang sangat penting dalam penentuan hukum, *law is the whole reservoir of rules on which judges draw for their decisions* (hukum adalah keseluruhan gudang-aturan di atas mana para hakim mendasarkan putusannya).

Selain peran peradilan dalam menegakkan hukum terdapat juga titik lain yang mesti perlu diperhatikan dalam penegakkan hukum, yaitu masyarakat. **Emmanuel Kant** medefenisikan makna hukum sebagai keseluruhan kondisi-kondisi dimana terjadi kombinasi antara keinginan-keinginan pribadi seseorang dengan keinginan-keinginan pribadi orang lain, sesuai dengan hukum-hukum tentang kemerdekaan. Pandangan tersebut memperlihatkan bahwa hukum dan masyarakat merupakan bangunan yang terus berkembang dan tidak terjebak kepada bentuk normatif yang mati rasa. Pandangan hukum yang terus berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat sesungguhnya telah dimulai oleh penganut hukum alam, sebagaimana dinyatakan Satjipto;

“Teori hukum alam selalu menuntun kembali sekalian wacana dan institusi hukum kepada basisnya yang asli, yaitu dunia manusia dan masyarakat...Kebenaran hukum tidak dapat dimonopoli atas nama otoritas para pembuatnya, seperti pada aliran positivisme, melainkan kepada asalnya yang otentik...norma hukum alam, kalau boleh disebut demikian, berubah dari waktu ke waktu sesuai dengan cita-cita keadilan yang wujudnya berubah-ubah dari masa ke masa.”⁷⁶

⁷⁶ *Op.cit*, Satdjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum...*, hal. 12-13

Hukum alam berupaya menemukan antara hukum yang dikehendaki dengan praktik dilapangan. Hal itu senada dengan apa yang dikemukakan oleh **John Austin** yang memisahkan secara tegas antara hukum positif (*Ius Contitutum*) dengan hukum yang dicita-citakan (*Ius Contituendum*). Itu sebabnya para penganut positivisme yang memisahkan secara tegas antara hukum dengan moral dan agama berbeda cara pandanganya dengan hukum alam ataupun hukum progresif.

Para penganut hukum progresif melihat terdapatnya kelemahan hukum yang bertitik tumpu kepada peraturan perundang-undangan. Kelemahan tersebut juga dikemukakan oleh **Bagir Manan**. Menurut **Bagir** kelemahan-kelemahan tersebut adalah:

1. Peraturan perundang-undangan tidak fleksibel. Tidak mudah menyesuaikannya dengan masyarakat. Pembentukan peraturan perundang-undangan membutuhkan waktu dan tatacara tertentu sementara mesyarakat berubah terus bahkan mungkin sangat cepat. Akibatnya terjadi jurang pemisah antara peraturan perundang-undangan dengan masyarakat.
2. Peraturan perundang-undangan tidak pernah lengkap untuk memenuhi semua peristiwa hukum atau tuntutan hukum dan ini menimbulkan apa yang lazim disebut kekosongan hukum.⁷⁷

Ketidakmampuan teks hukum dalam memenuhi kekosongan hukum tersebut akan menyebabkan hukum itu sendiri jauh dari masyarakat yang diaturnya. Menurut **Talcott Parsons** yang menuturkan mengenai teori konflik, ketidak sesuaian itu seolah-olah memperlihatkan sebuah pemeliharaan konflik.⁷⁸ Dalam isu ini konflik yang terus dikembangkan adalah konflik hukum tertulis dan masyarakat yang diaturnya.

⁷⁷ Bagir Manan. Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1993 Halaman 8

⁷⁸ *ibid.*

3. Karakteristik Hukum Progresif

Supaya ilmu hukum dapat berkualitas sebagai sebuah disiplin ilmu, maka tidak bisa dihindari terhadap ilmu hukum masuk ke siklus terbentuknya ilmu yang telah ada. Dengan demikian untuk menjadikan ilmu hukum sebagai sebuah ilmu yang eksis, sebagaimana dinyatakan oleh **Satjipto Rahardjo**, bahwa ilmu adalah untuk kenyataan, bukan sebaliknya. Apabila kenyataan adalah ilmu, maka kenyataan itu akan dimanipulasi sehingga cocok dengan ilmu dan teori yang ada. Ilmu senantiasa merupakan proses pencarian terhadap kebenaran.

Berangkat dari uraian di atas, maka tidaklah mengherankan bahwa garis depan ilmu selalu berubah ubah dan bergeser.⁷⁹ Kebenaran ilmiah tidaklah bersifat mutlak (absolut), berubah-ubah dan tidak abadi. Ia bersifat nisbi, sementara dan kira-kira.⁸⁰ Namun kebanyakan ilmuwan mengakui adanya kebenaran mutlak yang merupakan otoritas dari Al-khaliq. Kebenaran mutlak merupakan kebenaran tunggal yang sering disebut sebagai kebenaran hakiki yang substansif dan esensial, yang tampil dalam bentuk keteraturan alam semesta.

Kata progresif berasal dari *progressi* yang berarti adalah kemajuan. Jadi di sini diharapkan hukum itu hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar didalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandar pada aspek moralitas dan sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.⁸¹

Selain itu konsep hukum progresif tidak lepas dari konsep progresivisme, yang bertitik tolak pada pandangan kemanusiaan, bahwa manusia itu pada dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting bagi membangun cara ber hukum di dalam masyarakat.⁸² Berfikir secara progresif berarti harus berani keluar dari *mainstream* pemikiran *absolutisme*

⁷⁹ Satjipto Rahardjo, *Merintis Visi Program Doktor Hukum UNDIP*, Semarang, 2003, hal 8

⁸⁰ Liek Wilardjo, *Realita dan Desiderata*, Duta Wacana University Press, Yogyakarta, 1990, hal 272.

⁸¹ Satjipto Raharjo, *membedah hukum progresif*, (Jakarta:Penerbit Kompas, 2003) hal. 228

⁸² *Ibid*, hal. 228

hukum, kemudian menempatkan hukum dalam persoalan kemanusiaan. Bekerja berdasarkan pola pikir atau paradigma hukum progresif akan melihat faktor utama dalam hukum itu adalah manusia, sedangkan paradigma hukum yang positivisme meyakini kebenaran hukum atas manusia. Manusia boleh dimarjinalkan asalkan hukum tegak. Sebaliknya paradigma hukum progresif berfikir bahwa justru hukumlah yang harus dimarjinalkan untuk mendukung proses eksistensi kemanusiaan, kebenaran, dan keadilan.⁸³

Agenda utama hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralisasi utama perbincangan tentang hukum. Bagi hukum progresif hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Jikalau faktor kemanusiaan yang didalamnya terdapat kebenaran dan keadilan telah menjadi titik pembahasan hukum, maka faktor etika dan moralitas dengan sendirinya akan terseret masuk kedalamnya. Faktor etika dan moral sangat perlu dalam membangun konsep hukum progresif, oleh karena itu etika dan moral akan berbicara benar dan salah atau baik dan buruk yang melekat pada diri manusia. Jika seseorang tidak memiliki etika dan moral, maka ia sama dengan makhluk lainya seperti binatang.⁸⁴

Di dalam hukum progresif terkandung moralitas kemanusiaan yang sangat kuat. Jika etika atau moral manusia telah luntur, maka penegakan hukum tidak tercapai, sehingga membangun masyarakat untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia tidak akan terwujud. Pembangunan pondasi dari kesadaran mental ini adalah perbaikan akhlak, pembinaan moral dan karakter diri masyarakat supaya menjadi masyarakat susila yang bermoral tinggi, sehingga dapat dibangun masyarakat yang damai sejahtera, masyarakat yang adil dan makmur.⁸⁵

⁸³ Tulisan dari Satjipto rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*. Makalah yang disampaikan pada seminar nasional *Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia*, di Semarang, 2004. Hal 5

⁸⁴ *Op.cit*, Satjipto Rahardjo, membedah hukum progresif....hal.229

⁸⁵ *Ibid*, hal. 233

Sekalipun ide hukum progresif belum bisa dipandang sebagai teori yang final (sesuai dengan hakekatnya sebagai *law in making* atau *on going process*), namun dari sedemikian banyak tulisan dan kajian mengenai hukum progresif dapat ditarik beberapa pokok gagasan. *Pertama*, paradigma hukum progresif adalah hukum untuk manusia yang mengandung makna bahwa manusia merupakan sentral dalam cara ber hukum. *Kedua*, prinsip-prinsip hukum progresif adalah: tidak ingin mempertahankan status *quo* dalam ber hukum; mengutamakan faktor dan peran manusia di atas hukum; membaca peraturan adalah membaca maknanya bukan teks-nya; membebaskan dari kelaziman yang keliru dan menghambat pencapaian tujuan hukum. Selain itu, mengutamakan modal empati, rasa-perasaan, dedikasi, kesungguhan, kejujuran dan keberanian; dan hukum bukan mesin namun lebih merupakan jerih payah manusia yang bernurani.

Dengan demikian hukum progresif merubah cara ber hukum dari sekedar menerapkan hukum positif secara tekstual menjadi cara ber hukum dengan mendayagunakan hukum dengan tujuan, misi dan dimensi spiritual. Dalam perpektif hukum progresif maka yang terjadi dalam *positivisasi* hukum sebenarnya adalah pereduksian makna. Dengan demikian gagasan atau usulan untuk menformalkan *vexatious litigation* dalam sebuah produk legislasi sebenarnya justru membatasi atau mempersempit makna apa yang sesungguhnya benar-benar merupakan gugatan iseng, yaitu gugatan yang tujuannya hanya semata-mata untuk mengganggu pihak lawan. Apalagi proses pembuatan peraturan perundang-undangan cenderung merupakan proses politik dimana banyak muatan kepentingan yang beradu kekuatan.

Aturan formal mengenai *vexatious litigation* (disertai dengan sanksinya) bila diaplikasikan di lembaga peradilan dimana hakim-hakimnya juga berpandangan *legal-positivistik* (sekedar *bouche de la loi*) dikhawatirkan akan memberangus gugatan yang bersubstansikan visi bantuan hukum struktural dalam rangka memperjuangkan hak asasi manusia, keadilan dan demokrasi.

Bila hakim harus membuat terobosan untuk membuat penemuan hukum yang tidak lazim dalam putusannya, yang mengabdikan gugatan eksperimental elemen masyarakat, dimana terobosan itu dalam konteks visi terwujudnya keadilan substantif, maka jangan terburu berprasangka bahwa hakim tersebut sengaja membuat putusan kontroversi untuk menaikkan pamor.

Dalam perspektif hukum progresif seorang jurist memang harus mampu berhukum dengan dilandasi sikap *compassion, empathy, sincerity* dan *dare* (Satjipto Rahardjo, Arsenal Hukum Progresif, 2007), sehingga manusia pengemban hukum progresif dituntut untuk melakukan lompatan lebih dari sekedar tugas dan kewenangan yang diberikan oleh teks aturan formal (*doing to the utmost* atau dalam bahasa para leluhur kita: mesu budi). Dalam sejarah peradilan kita pernah memiliki nama-nama hakim, jaksa, polisi dan advokat yang dalam menjalankan profesinya mau ber-mesu budi membuat terobosan yang tidak lazim (dari kaca mata sistem hukum positif) dalam rangka menegakkan keadilan. Satu-dua memang terangkat pamornya, namun kebanyakan justru harus menanggung resiko berat. Alih-alih naik pamor (karena kebanyakan kiprah mereka berada dalam tataran lokal sehingga tidak terekspos), nasib mereka justru tidak terlalu baik. Dalam pusaran sistem yang korup, hakim, jaksa, polisi dan advokat yang progresif justru sering dikucilkan oleh lingkungan profesinya.

Hakekat hukum progresif adalah pergeseran dari sistem formal ke sistem manusia. Jadi vexatious litigation yang benar-benar bersifat *vexing* (tidak ada visi luhurnya) memang tidak boleh dibiarkan menjadi *trend* dalam budaya peradilan. Namun biarkan peran manusia (hakim) secara progresif (pengetahuan, keahlian dan logika yang utuh serta ketajaman nurani) dalam memberikan makna di balik sebuah gugatan.

Dengan demikian karakteristik hukum progresif dapat ditandai dengan pernyataan sebagai berikut:⁸⁶

1. Hukum ada untuk mengabdikan pada manusia
2. Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum selalu berada pada statusnya sebagai *law in the making* dan tidak pernah bersifat final, sepanjang manusia masih ada, maka hukum progresif akan terus hidup dalam menata kehidupan masyarakat
3. Dalam hukum progresif selalu mendekati etika dan moralitas kemanusiaan yang sangat kuat, yang akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia serta mengabdikan pada keadilan, kesejahteraan dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya.

⁸⁶ *Ibid*, hal. 233

BAB III

KONSEP PENGUJIAN PERUNDANG-UNDANGAN

Sejarah pengujian konstusionalitas sebuah produk perundang-undangan tidak akan lepas dari sejarah perpolitikan dan peradilan di Amerika. Proses pemilihan umum Presiden Amerika di tahun 1800 menjadi titik awal terjadinya peradilan yang merubah konsep ber hukum dan ketatanegaraan dunia. Untuk itu dalam kajian ini terlebih dahulu akan dijabarkan mengenai peristiwa teramat penting tersebut, agar terbentuk kerangka pemahaman mengenai konsep pengujian konstusional.

A. Kasus Marbury versus Madison

Pada tahun 1800, Amerika masih merupakan Negara “muda”. Ketika itu suasana perpolitikan sedang hangat, pemilihan umum Presiden Ketiga sedang dilaksanakan. Dalam pemilihan tersebut **Thomas Jefferson** berhasil memenangkan pemilihan yang menyebabkan Presiden **John Adams** harus segera meninggalkan “gedung putih”.

Sebelum masa peralihan masa jabatan kepresidenan tersebut, Ketua Mahkamah Agung Amerika **Oliver Ellsworth** menderita sakit. Ellsworth kemudian memilih untuk mengundurkan diri dari jabatannya walaupun jabatan Hakim Mahkamah Agung sesungguhnya dijabat seumur hidup. Presiden Adams dan partainya sudah membaca bahwa mereka akan mengalami kekalahan dalam pemilihan umum Presiden yang hasilnya akan dimumkan pada 17 Februari 1801.

Kekosongan jabatan tersebut membuat **John Adams** berkesempatan untuk memasukan “orangnya” ke dalam Mahkamah Agung. Pilihan Adams adalah figur kepercayaannya sendiri yaitu Sekretaris Negara **John Marshall**. Jabatan Sekretaris Negara dan Ketua Mahkamah Agung dirangkap oleh John Marshall ketika itu. Kongres yang masih dominan dikuasai Partai Federalis (partai Adams) menyetujui Marshall sebagai Ketua Mahkamah Agung yang baru pada tanggal 27 Januari 1801.

Sepertinya keberhasilan meletakkan orang Federalis ke dalam institusi kekuasaan kehakiman membuat Adams menjadi berkeinginan untuk kembali menempatkan orang-orangnya ke dalam lembaga-lembaga yudisial lainnya. Pada tanggal 3 Maret 1801, **John Adams** mengusulkan kepada senat pengangkatan **William Marbury**, **Dennis Ramsay**, **Robert Townsend Hooe**, **William Harper** dan beberapa hakim lainnya sebagai Hakim Perdamaian (*justice of peace*) di daerah Washington (*county of Washington*), distrik Kolumbia (*the district of Columbia*) di malam terakhir kepemimpinannya di Gedung Putih.⁸⁷

Keempat calon Hakim Perdamaian ini adalah bagian dari 42 *Justice of Peace*, namun karena waktu yang sempit maka penandatanganan berkas oleh Adams baru dilakukan tengah malam, itu sebabnya pengangkatan tersebut dikenal dengan sebutan "*midnight appointments*". Akibatnya surat-surat pengangkatan yang ditanda-tangani menjelang tengah malam tersebut tidak dapat diserahterimakan selayaknya dikarenakan besoknya, tanggal 4 maret, merupakan pengangkatan **Thomas Jefferson** sebagai Presiden baru.⁸⁸

Levi Lincoln yang merupakan administrator Jaksa Agung yang baru berdasarkan perintah Presiden Thomas Jefferson ditugaskan bertindak sebagai sekretaris negara sementara. Lincoln diminta untuk menahan seluruh administrasi surat-surat sampai **James Madison**, '*the secretary of the state*' yang baru menempati posisinya.⁸⁹ Penahanan tersebut mengakibatkan Marbury dan 17 (dari 42) calon hakim perdamaian lainnya tidak mendapatkan pengesahan oleh Presiden Thomas Jefferson. Dalam perspektif Jefferson keterlambatan atau ketidak-datangan surat tersebut berarti pengangkatan tersebut batal.⁹⁰ Bahkan setelah James Madison

⁸⁷ Bandingkan antara; Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Penerbit Konstitusi Press, Jakarta, 2005, h. 16 - 21, dengan ; http://www.fightthebias.com/Resources/Hist_Docs/Court_Cases/marburymadison.htm. diakses pada tanggal 4/03/08.

⁸⁸ Bandingkan dengan ; http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison diakses pada tanggal 15/03/08.

⁸⁹ Bandingkan dengan opcit http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison. diakses pada tanggal 15/03/08.

⁹⁰ Bandingkan; <http://odur.let.rug.nl/-usa/D/1801-1825/marshallcases/mar06.htm>. diakses pada tanggal 16/03/08.

mengisi jabatan sekretaris negara, Jefferson tetap memerintahkan penahanan surat-surat pengangkatan hakim perdamaian tersebut.

Kondisi tersebut membuat **William Marbury**, **Dennis Ramsay**, **Robert Townsend Hoee**, dan **William Harper** mengajukan gugatan kepada Mahkamah Agung (MA) Amerika Serikat yang dipimpin oleh **John Marshall** (mantan sekretaris negara era Jhon Adams). Melalui kuasa hukumnya, **Charles Lee**, mantan Jaksa Agung Federal, kelompok Marbury menggugat agar MA mengeluarkan *a writ of mandamus*⁹¹, sebuah surat perintah yang diterbitkan MA untuk memaksa Madison agar menyerahkan surat-surat pengangkatan mereka sebagai Hakim Perdamaian.

Charles Lee berpendapat bahwa **Marbury** dan calon hakim lainnya telah disetujui kongres dan melalui keputusan Presiden (**John Adams**) dan telah diberi cap resmi kenegaraan. Lee mengutip ketentuan UU Kekuasaan Kehakiman (*the Judiciary Act*) 1789 bahwa MA berwenang memutus perkara mereka dan mengeluarkan *writ of mandamus*. **Jefferson** tetap menolak dan melarang jajarannya memberikan kesaksian di MA mengenai alasan kenapa *writ of mandamus* tidak dapat dikeluarkan oleh MA.⁹²

Peristiwa tersebut semakin menghangat dan memaksa **Jefferson** melakukan tindakan politis. Kongres yang telah dikuasai oleh kelompok Republikan (partai pendukung Jefferson) menetapkan UU Kekuasaan Kehakiman yang baru, *the Judiciary Act* 1801. UU tersebut menjadi kontroversial dikarenakan berisi ketentuan yang menunda seluruh persidangan di MA selama lebih dari satu tahun.⁹³

Namun setelah berakhirnya pemberlakuan tersebut, persidangan kembali dilanjutkan pada Februari 1803. Kontroversi kasus ini tetap berlanjut dan menarik banyak opini anggota kongres (dikuasai Republikan) dan masyarakat yang

⁹¹ Menurut *Black Law Dictionary*, edisi Ketujuh, Mandamus adalah; *a writ issued by a superior court to compel a lower court or a government officer to perform mandatory or purely ministerial duties correctly* [sebuah surat perintah oleh peradilan tertinggi yang memerintahkan peradilan dibawahnya atau pejabat pemerintahan untuk melakukan tugasnya atau membenarkan segala tindakan-tindakan kementerian]. Mandamus biasa juga disebut sebagai *writ of mandamus*.

⁹²*Opcit*, Jimly Asshiddiqie, *Model-model...* h.21.

⁹³*Ibid*.

mayoritas menyudutkan para penggugat. Perdebatan-perdebatan yang timbul sepanjang kasus ini semakin menarik publik dan pemerhati perkembangan hukum ketika MA mengeluarkan putusannya.

The Supreme Court beranggapan dalam putusannya bahwa Marbury dan calon-calon hakim perdamaian berhak atas jabatannya tersebut dikarenakan pemerintahan **John Adams** telah melengkapi seluruh persyaratan pengangkatan sebagaimana telah dipaparkan **Charles Lee**. Namun MA sendiri kemudian memutuskan tidak memiliki kewenangan untuk memerintahkan pejabat negara/pemerintah untuk mengeluarkan surat tugas Marbury sebagai hakim perdamaian tersebut.

MA beranggapan ketentuan section 13 UU kekuasaan kehakiman 1789 mengenai *writ of mandamus* tidak dapat dibenarkan karena bertentangan dengan Article III section 2 konstitusi. Pasal 13 Judiciary Act tersebut berbunyi;

UU memberikan kewenangan kepada *Supreme Court* dalam hal menerbitkan *writs of mandamus*, dalam perkara-perkara yang telah dijamin dalam prinsip-prinsip dan kebiasaan hukum, perkara banding setiap peradilan, atau dalam hal pengisian jabatan dibawah wilayah kekuasaan Amerika Serikat.

Sedangkan Article III section 2 Konstitusi Amerika Serikat yang menjadi landasan bertindak Marshall berbunyi sebagai berikut;

Kekuasaan Kehakiman meliputi seluruh perkara-perkara, dalam hukum dan keadilan, yang timbul berdasarkan Konstitusi ini, hukum/undang-undang Amerika Serikat, dan akibat perjanjian yang dibuat, atau yang harusnya dibuat, berdasarkan kekuasaannya;-yang melibatkan Duta Besar, Menteri dan Konsul Publik- dalam segala perkara-perkara yang berkaitan dengan batas-batas wilayah kelautan- segala kontroversi/permasalahan yang mengharuskan Amerika Serikat untuk terlibat- kontroversi/permasalahan diantara dua atau lebih negara-negara bagian- perkara antara sebuah negara bagian dengan penduduk negara bagian lainnya- perkara diantara warga negara dari negara bagian yang berbeda, antara warga negara dari negara bagian yang sama yang

menyatakan kepemilikan tanah dibawah jaminan dari negara-negara bagian yang berbeda- dan perkara sebuah negara bagian ataupun warga negaranya dan perkara yang berkaitan dengan negara asing, warganegara asing atau subjek asing.

Dalam perkara yang melibatkan Duta Besar, Menteri dan Konsul publik, dan perkara yang melibatkan negara-negara bagian, Supreme Court memiliki Kewenangan Original. Dalam perkara-perkara lain yang tidak diatur oleh ketentuan diatas, Supreme Court memiliki kewenangan dalam perkara bandingnya baik dalam menentukan Fakta dan Hukumnya, dengan pengecualian dan melalui peraturan yang mesti dibentuk oleh Kongres.

Oleh karena kewenangan *writ of mandamus*, sama sekali tidak disinggung dalam konstitusi, maka menurut tafsir Marshall dan Hakim Agung-Hakim Agung lainnya kewenangan *writ of mandamus* tersebut bertentangan dengan konstitusi. Sehingga MA menolak gugatan dan membatalkan UU KK 1789. Kewenangan membatalkan UU tersebut tidak terdapat dalam konstitusi. Hanya **John Marshall** beranggapan bahwa sebagai *supreme law of the land* maka setiap UU yang dibuat oleh kongres apabila bertentangan dengan konstitusi harus dibatalkan. Mengenai pengabaian UU yang bertentangan dengan konstitusi tersebut juga telah disebutkan dalam tulisan Alexander Hamilton dalam "*The Federalist* Nomor 78 Tahun 1788" yang menjadi pertimbangan **Marshall. Hamilton** berpendapat bahwa;

*"...no legislative act therefore contrary to the constitution can be valid. To deny this would be to affirm that deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves..."*⁹⁴

⁹⁴ Todung Mulya Lubis, *Judicial Review dalam Perspektif Hukum Tata Negara*, dalam Beny K Harman dan Hendaridi (edt), *Konstitusionalisme...,Opcit*, h. 108-109.

Beberapa argument hukum lain juga dikemukakan **Hamilton** yang menjadi acuan putusan **Marshall** tersebut, yaitu;

1. Fungsi dari semua hakim ialah untuk menafsirkan undang-undang, agar diterapkan sesuai dengan kasus konkrit yang diterimanya;
2. Salah satu prinsip hukum yang harus diterapkan ialah bahwa apabila ada dua undang-undang bertentangan satu sama lainnya, hakim harus melaksanakan salah satu yang dianggap paling utama;
3. Dalam hal kedua undang-undang itu mempunyai tingkatan yang sama, maka diterapkan criteria "*lex posterior derogate legi priori*", dan "*lex specialist derogate legi generali*" dan lainnya;
4. Kriteria tersebut tidak berlaku apabila pertentangan itu antara peraturan perundang-undangan yang berbeda tingkatannya. Dalam hal ini diperlukan criteria "*lex superior derogate legi inferiori*". Konstitusi mengalahkan undang-undang, seperti halnya undang-undang terhadap di bawahnya. "*Gesetze prevail over Verordnungen*".⁹⁵

Putusan Marshall tersebutlah yang menjadi awal dari pemahaman mengenai judicial review UU terhadap konstitusi di dalam teori ketatanegaraan dunia. **Mahfud MD** menjelaskan ada tiga alasan **John Marshall** dalam menerapkan sebuah mekanisme *review* yang dilakukan oleh hakim, yaitu;⁹⁶ **Pertama**, hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi sehingga kalau ada UU yang bertentangan dengannya maka hakim harus berani membatalkannya; **kedua**, konstitusi adalah *the supreme law of the land* sehingga harus ada lembaga pengujian terhadap peraturan yang dibawahnya agar konstitusi itu tidak diselewengkan; **ketiga**, hakim tidak boleh menolak perkara sehingga kalau ada yang meminta uji materi hakim harus melakukannya.

⁹⁵ Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang Baik Dalam Rangka Pembuatan Undang-Undang Berkelanjutan* (Ringkasan Disertasi), Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2007, h. 53.

⁹⁶ Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES Indonesia, 2006, h. 37.

Setelah putusan yang memberikan kewenangan baru bagi the Supreme Court Amerika Serikat tersebut dikenal dalam dunia hukum, maka terjadi perkembangan Judicial Review yang sangat beragam. Namun perkembangan tersebut tetap saja berpedoman kepada putusan Marbury Vs. Madison ini.

B. Pendekatan dalam Penafsiran Konstitusi

Metode-metode dalam menafsirkan konstitusi sangatlah beragam. Para ahli juga mengemukakan banyak pandangan mengenai metode ini. **John H. Garvey** dan **T. Alexander Aleinikoff** mengemukakan beberapa metode utama dalam melakukan penafsiran konstitusi, yaitu; *Interpretivism/Non-intepretivism; Textualism; Original Intent; Stare Decisis; Neutral principles; dan Balancing*⁹⁷ atau kombinasi dari beberapa metode tersebut.⁹⁸

Para hakim menggunakan pandangan atau kemampuan mereka berdasarkan pemahaman mereka terhadap hukum itu sendiri. Artinya, Hakim-hakim berbeda pula dalam melakukan penafsiran konstitusi, sehingga suatu saat para hakim akan saling bertentangan dalam menafsirkan konstitusi terhadap sebuah perkara tertentu.⁹⁹ Namun terdapat enam¹⁰⁰ metode interpretasi konstitusi yang diterima luas oleh para pakar sebagaimana dikemukakan oleh **Garvey** dan **Aleinikoff** di atas. **Soedikno Mertokusumo** juga mengemukakan bahwa terdapat metode penemuan hukum melalui penafsiran oleh hakim, yaitu; Interpretasi Gramatikal; Interpretasi sistematis atau logis; Interpretasi Historis; Interpretasi Teleologis atau Sosiologis.¹⁰¹ Pandangan **Soedikno Mertokusumo** tersebut umum digunakan dalam kaidah tafsir hukum secara umum. Namun dalam metode tafsir konstitusi metode interpretasi

⁹⁷ *Opcit*, John H. Garvey dan T. Alexander Aleinikoff, *Modern Constitutional...*h.94-96.

⁹⁸ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, diakses pada tanggal 02/02/08.

⁹⁹ Bandingkan http://www.landmarkcases.org/plessy/const_interp.html, akses pada tanggal 03/02/08.

¹⁰⁰ Bandingkan http://www.landmarkcases.org/plessy/const_interp.html. akses pada tanggal 03/02/08.

¹⁰¹ Bandingkan dengan *Opcit*, Soedikno Mertokusumo, *Penemuan...*h.57-61.

yang digunakan sedikit berbeda walaupun pada intinya penafsiran hukum tersebut dapat pula digunakan untuk menafsirkan konstitusi.

Walaupun banyak metode yang berbeda-beda dalam menafsirkan Konstitusi namun terdapat 5 (lima) sumber yang menjadi landasan dalam menafsirkan Konstitusi, yaitu:

- (1) *The text and structure of the Constitution*,¹⁰² yang diperhatikan disini adalah 'bunyi' dari ketentuan di dalam konstitusi atau juga disebut sebagai *the literal approach*;
- (2) *Intentions of those who drafted, voted to propose, or voted to ratify the provision in question*,¹⁰³ dalam hal ini yang dilihat dalam menafsirkan konstitusi adalah maksud dibentuknya konstitusi dan pandangan penyusun konstitusi. Sehingga perlu dipahami sejarah pembentukan sebuah konstitusi, dalam situasi seperti apa konstitusi dibentuk dan pandangan atau ideologi apa yang dianut oleh para *framers of constitution*. Sumber ini juga dikenal dengan sebutan *the broad and purposive approach*;
- (3) *Prior precedents*,¹⁰⁴ di sini yang diperhatikan adalah kasus-kasus terdahulu yang merupakan yurisprudensi dalam menafsirkan konstitusi terhadap kasus-kasus tertentu atau disebut juga dengan *the doctrine of "harmonious interpretation"*;
- (4) *The social, political, and economic consequences of alternative interpretations*,¹⁰⁵ hakim dalam menafsirkan konstitusi juga memertimbangkan faktor-faktor lain yang dapat memengaruhi kondisi bernegara, seperti kondisi politik dan ekonomi;
- (5) *Natural law*,¹⁰⁶ Penafsiran yang bersumber pada *natural law* diarahkan kepada ketentuan-ketentuan agama, nilai-nilai moral yang dianut

¹⁰² Bandingkan, <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 03/02/08.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid*

masyarakat. Penafsiran hakim atas konstitusi sesungguhnya didasari pula pada pandangan hakim terhadap konstitusi itu sendiri, apakah hakim melihat konstitusi tersebut sebagai *the living constitution* atau sebagai *the moral constitution*.¹⁰⁷

Tiga poin pertama dianggap oleh beberapa pakar sebagai sumber yang sangat sesuai untuk menjadi koridor dalam menafsirkan konstitusi.¹⁰⁸ Namun, dalam melihat poin yang akan dijadikan kerangka utama dalam menafsirkan di antara ketiga sumber tersebut sangat tergantung dengan kasus dan kondisi yang berbeda pula. Para penafsir konstitusi menyadari konsekuensi dari pilihan menafsirkan konstitusi bahwa tidak akan pernah ditemukan keseragaman dari seluruh sumber,¹⁰⁹ metode maupun teori, walaupun setiap sumber pertimbangan tafsir tersebut memiliki kedudukan yang seimbang. Pada praktek penafsiran yang terjadi sering terdapat pengabaian terhadap beberapa sumber tafsir.

Sumber interpretasi yang berasal dari *natural law* (hukum agama, ketentuan-ketentuan kitab-kitab suci) dalam penafsiran konstitusi jarang sekali digunakan walaupun para penyusun konstitusi biasanya beranggapan bahwa sumber hukum tersebut layak menjadi pertimbangan.¹¹⁰ Oleh karena itu salah satu bagian yang juga akan dikemukakan nanti adalah mengenai penafsiran dalam perspektif hukum agama. Bagi hakim atau kalangan lain (akademisi maupun masyarakat umum) yang menafsirkan konstitusi lebih cenderung menggunakan sumber-sumber original yang berupa pendekatan *text* dan *intention* biasanya disebut sebagai kalangan *originalist*. Sedangkan hakim yang menggunakan pendekatan di luar pendekatan kalangan *originalist* disebut kelompok *non-originalist*.¹¹¹ Dalam praktis,

¹⁰⁷ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, akses pada tanggal 02/02/08.

¹⁰⁸ <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw.htm>. diakses pada tanggal 7/02/08.

¹⁰⁹ <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw.htm>. diakses pada tanggal 7/02/08.

¹¹⁰ Bandingkan; <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/08.

¹¹¹ Bandingkan; <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/08.

pertentangan antara kalangan originalis dan non-originalis seringkali mengarah kepada tema; apakah dapat digunakan kecermatan peradilan untuk memastikan “*fundamental rights*” yang secara explicit tidak dilindungi dalam text Konstitusi.¹¹²

1. Pendekatan Kalangan Originalis

Kalangan *originalist* menitik beratkan penafsiran teks konstitusi berdasarkan pemahaman dan tujuan konstitusi dari pendapat para penyusun konstitusi. Justice Antonin Scalia¹¹³, hakim agung Supreme Court Amerika yang menganut pandangan originalis berpendapat bahwa penafsiran konstitusi hanya dapat dilakukan melalui pendekatan pemahaman dari penyusun konstitusi itu sendiri atau pemahaman umum dari masyarakat terhadap konstitusi itu sendiri. Para originalis memercayai bahwa cara terbaik dalam menafsirkan konstitusi adalah dengan melihat tujuan para penyusun konstitusi itu sendiri. Originalis melihat beberapa sumber, diantaranya pandangan *framers of constitution* termasuk tulisan-tulisan terdahulu para penyusun konstitusi tersebut, artikel-artikel pada koran-koran ketika konstitusi dibentuk, notulensi persidangan dalam pembentukan konstitusi, misalnya catatan persidangan BPUPKI dalam pembentukan Undang-Undang Dasar 1945 atau semacam *the Federalist Papers* di dalam pembentukan Konstitusi Amerika.

Para originalis memiliki alasan yang sangat kuat dalam memegang pandangannya, bahwa tidak ada yang lebih tepat menjelaskan mengenai maksud dari konstitusi dibandingkan para penulis konstitusi itu sendiri. Pada prakteknya pemahaman kalangan originalis tersebut paling banyak berpengaruh dalam persidangan. Jika terdapat permasalahan yang berkaitan dengan konstitusi, maka pernyataan para penyusun konstitusi akan sangat memengaruhi hakim dalam putusannya dibandingkan dengan alasan-alasan yang lain. Hal itu menurut **Refly Harun** adalah cara pandang dalam penafsiran konstitusional di Amerika. Di Indonesia pola

¹¹² Bandingkan; <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/08.

¹¹³ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, akses pada tanggal 02/02/08.

pendekatan tafsir konstitusional lebih terpengaruh kepada sistim Austria atau pun Jerman yang tidak menjadikan teks ataupun pandangan para *framers of constitution* sebagai hal utama.¹¹⁴

a. *Textualist/ strict constructionism.*

Kalangan tekstualis menjadikan teks sebagai acuan utama oleh hakim dalam memutuskan perkara yang berkaitan dengan permasalahan konstitusional. Oleh para pakar paham ini disebut juga dengan *strict constructionism* dimana keputusan semata-mata didasari kepada pernyataan pada *text* dalam undang-undang tertulis, dengan syarat, makna dari kata-kata dalam konstitusi tersebut memang multi tafsir atau ambigu. Oleh karena itu pendekatan textualist dapat dimaknai sebagai; ***“An originalist who gives primary weight to the text and structure of the Constitution”***.¹¹⁵

Paham ini dengan terus-terang tidak meyakini kemampuan hakim sehingga meletakkan aturan perundang-undangan secara tegas (*strict*). Dalam paham yang menyatakan hukum adalah pimpinan ini, maka hukum harus dimaknai sebagaimana pembuat undang-undang memaknainya. **O’Higgins CJ** menjelaskan bahwa dalam menafsirkan konstitusi secara literal harus dipahami bahwa konstitusi adalah satu-kesatuan, sehingga penafsiran tidak hanya terfokus kepada ketentuan ambigu dari konstitusi itu saja tetapi dilihat pula kesinambungannya dengan ketentuan-ketentuan terkait dalam konstitusi tersebut. **O’Higgins CJ** menjelaskan selengkapnya sebagai berikut;

“The Constitution as the fundamental law of the State, must be accepted, interpreted and construed according to the words which are used; and these words, where the meaning is plain and unambiguous, must be give their literal

¹¹⁴ Hasil Wawancara dengan *Refly Harun, S.H., M.H., LL.M.* pada tanggal 28 April 2008. Refly Harun adalah mantan staf ahli Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Jimly Asshiddiqie). Lulus Sarjana Strata 1 pada Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, kemudian meraih gelar master pada Program Pascasarjana di Universitas Indonesia dan meraih master pula pada Program International and Human Rights Law di Notredame University, Amerika Serikat.

¹¹⁵ Bandingkan; <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/08.

*meaning. Of course, the Constitution must be construed as a whole and not merely in parts and, where doubts or ambiguity exist, regard may be had to other provisions of the Constitution and to the situation, which obtained and the laws, which were in force when it was enacted. Plain words must, however be given their plain meaning unless qualified or restricted by the Constitution itself".*¹¹⁶

Sehingga ketika sebuah kata-kata (kalimat) digunakan dalam sebuah undang-undang, maka menganalisisnya haruslah sesuai dengan apa yang dimaksudkan oleh pembuat undang-undang terhadap arti dari kata-kata (kalimat) tersebut. Dalam istilah hukum disebutkan; *A verbis legis non est recedendum* atau *From the words of the law there is not any departure*; yang berarti tidak terdapat penafsiran lain selain dari ketentuan hukum itu sendiri.¹¹⁷

Mengenai pendekatan tafsir *textual* di Amerika, **Justice Hugo Black**, Hakim Agung *Supreme Court*, menggambarkan bahwa pada amandemen pertama dinyatakan Kongres tidak diperbolehkan membuat undang-undang yang dapat mengurangi (*abridging*) kemerdekaan menyampaikan pendapat (*freedom of speech*).¹¹⁸ Hal tersebut ditafsirkan oleh **Hugo Black** bahwa tidak boleh ada sama sekali hukum yang melarang hak masyarakat dari kalangan apapun untuk mengemukakan pandangannya akan sesuatu hal. Walaupun kemerdekaan menyatakan pendapat itu memiliki aturan jelas namun bukan berarti setiap orang dapat berbicara tanpa batasan. **Black** mencontohkan, seseorang tidak dapat melakukan pengkhianatan (*treason*) dan tidaklah termasuk kedalam hak yang dilindungi (*protected speech*) oleh hukum apabila seseorang dengan sesuka hatinya menembakkan senjata di

¹¹⁶ Papers The Professional Law School; *Constitutional Law*, Chapter 3; Constitutional Interpretation, Griffith College Dublin, h.13.

¹¹⁷ Bandingkan dengan; http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm. diakses pada tanggal 15/02/08.

¹¹⁸ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, diakses pada tanggal 2/02/08.

ruang umum dan oleh si pelaku dianggap sebagai hak mengekspresikan pendapat dan merupakan tindakan yang wajar bagi si pelaku.¹¹⁹

Pandangan yang mengemukakan pentingnya penafsiran konstitusi secara *strict interpretation* didasari pendapat, jika hakim menafsirkan tidak berdasarkan kepada pembuat undang-undang, maka hakim telah memperlihatkan telah terjadinya pelaksanaan kewenangan legislatif yang dijalankan oleh peradilan.¹²⁰ Padahal menurut kalangan ini *legislative activism* adalah kewenangan lembaga legislatif. Oleh karenanya menurut golongan *textual/strict interpretationist* telah terjadi penyalahgunaan wewenang (*abuse of power*) oleh peradilan yang mengakibatkan direbutnya kewenangan lembaga legislatif.¹²¹

Keuntungan dari paham *textualist* menurut **Hogan** adalah hakim tidak dapat menafsirkan konstitusi berdasarkan kepada pandangan politik subjektif atau pengetahuan pribadinya sehingga tidak terjadi penyelewengan terhadap konstitusi itu sendiri.¹²² Tetapi penggunaan penafsiran berdasarkan teks akan mengalami pelbagai permasalahan, contohnya dalam kasus **O'Byrne Vs. Minister of Finance** (Menteri Keuangan) pada *Supreme Court* Republik Irlandia dalam permasalahan menafsirkan makna Pajak dalam Konstitusi Irlandia. Perdebatan yang timbul adalah jika setiap orang akan dikenakan pajak terhadap penghasilannya apakah berlaku pula kepada para hakim. Mayoritas Hakim menganggap bahwa makna dari *Taxation* tersebut tidak termasuk kepada *salary* bagi hakim. Namun minoritas hakim pada Mahkamah Agung Irlandia yang menghendaki persamaan dihadapan hukum memaknai bahwa ketentuan pajak mesti juga dikenakan bagi hakim.¹²³ Jika tidak terdapat hakim yang jujur maka makna tekstual yang ambigu dapat saja diartikan menyimpang.

¹¹⁹ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation diakses pada tanggal 2/02/08.

¹²⁰ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation diakses pada tanggal 2/02/08.

¹²¹ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation diakses pada tanggal 2/02/08.

¹²² Lihat dalam; *Opcit*, Papers: The Professional Law School; *Constitutional Law...*, h. 14. Hogan melihat teori tafsir tersebut kepada pelaksanaan konstitusi di Irlandia.

¹²³ Bandingkan dalam; *Ibid*.

b. Historical/Original Intent

Para penganut paham ini meyakini bahwa setiap keputusan hakim harus didasari pada makna kata-kata atau kalimat yang dipahami melalui analisa sejarah dalam penyusunan dan peratifikasian dari hukum atau konstitusi. Kalangan ini disebut juga dengan istilah *intentionalist* yaitu; “***An originalist who gives primary weight to the intentions of framers, members of proposing bodies, and ratifiers***”.¹²⁴ Dalam hal berkaitan dengan konstitusi, hal itu disebut sejarah legislatif. Analisa tekstual terhadap makna kata-kata biasanya tidak boleh keluar dari analisa sejarah. Oleh karena itu untuk mengetahui apa maksud dari kalimat sebuah undang-undang hakim harus merujuk kepada perdebatan dalam sidang-sidang lembaga legislatif. Kesejarahan menjadi penting dalam memahami maksud dan tujuan hukum. Hal itu didukung oleh asas hukum; *animus hominis est anima scripti*; sejarah adalah jiwa dari sebuah instrument.¹²⁵ **Edwin Meese III** mengemukakan bahwa;

“ satu-satunya cara Pengadilan untuk menginterpretasikan konstitusi agar *legitimate* adalah mengikuti intensi (niat) yang asli dari penyusun dan yang meratifikasinya. Bila Hakim menyimpang dari interpretasi yang baku itu, ucapannya, berarti dia mengganti pendapat rakyat Amerika dengan pendapatnya sendiri yang tidak mantap. Bila hal itu terjadi menurutnya lagi, gagasan demokrasi akan menciut dan keteguhan konstitusi akan melemah. Suatu konstitusi yang hanya dipandang dari sudut apa menurut pendapat hakim, tidak merupakan konstitusi dalam arti sebenarnya”¹²⁶

Kalangan ini terbagi kepada dua kelompok yaitu; *literalism historical* dan *literalism contemporary*. *Literalism historical* berpendapat dalam menafsirkan kata-kata pada konstitusi harus melihat kepada pandangan para pakar pada saat konstitusi itu

¹²⁴ <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/08.

¹²⁵ Bandingkan dengan; http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm. diakses pada tanggal 2/02/08.

¹²⁶ R.M. A.B. Kusuma, *Bagaimana Menginterpretasikan Konstitusi Kita*, dalam Jurnal Konstitusi, Vol. 1 No.3, Mei 2005, Penerbit Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, h. 157-158.

dibuat.¹²⁷ *Literalism historical* melihat hanya itulah sumber tafsir, selain dari itu seperti; tulisan para penyusun ataupun catatan perdebatan dalam penyusunan konstitusi tidaklah layak dipergunakan untuk menafsirkan dikarenakan mengandung kepentingan politik. Sedangkan penganut pendekatan *literalism contemporary* berpendapat bahwa pencarian makna kata-kata dalam konstitusi haruslah menggunakan literatur-literatur atau kamus modern saat ini. Kalangan *literalism contemporary* ini menolak digunakannya contoh-contoh hukum dan tulisan-tulisan hukum sebagai acuan dalam menafsirkan konstitusi.

Kelemahan dari pendekatan ini adalah; apabila pembuatan perundang-undangan yang syarat dengan kepentingan politik tersebut diutamakan, maka ketika hakim menafsirkan melalui pendekatan tersebut, maka yang hakim temui adalah kepentingan politik bukan keadilan substantif. Padahal tujuan menafsirkan adalah mencari jalan keluar dari kebuntuan masalah hukum yang ada agar ditemuinya keadilan sebagai sebuah tujuan hukum.

c. Functional/Structural.

Para *functionalist* meyakini bahwa sebuah keputusan hakim harus didasari sebuah analisa terhadap struktur hukum dan kaitannya terhadap sejarah dari terbentuknya hukum tersebut. Hal tersebut berfungsi untuk melihat hubungannya sebagai sebuah harmonisasi sistim. Adagium yang mendukung paham ini adalah "*Nemo aliquam partem recte intelligere potest antequam totum perlegit*"; tidak seorangpun akan mengerti akan sesuatu sehingga ia membaca seluruh bagiannya.¹²⁸

2. Pendekatan Kalangan *non-originalist*

Kelompok yang menentang pandangan originalis biasanya menyebut diri mereka sebagai modernis atau instrumentalis. Para modernis menggunakan pendekatan dengan meletakkan konstitusi sebagai sebuah undang-undang yang harus menyesuaikan terhadap kondisi moderen saat ini. Menurut mereka tidaklah

¹²⁷ Bandingkan dengan; http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html

¹²⁸ Bandingkan dengan; http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm.

mungkin melihat konstitusi hanya dari sudut pada masa pembuatannya. Jika melihat kondisi Amerika yang telah melangsungkan kehidupan berkonstitusinya selama lebih dari 200 (dua ratus) tahun, maka menurut kalangan modernis adalah tidak mungkin menyeragamkan pola pikir masyarakat modern saat ini dengan pemikiran para *framers of constitution* di abad ke-18 (delapan belas).¹²⁹

Dalam konteks Indonesia, Konstitusi Indonesia harus dilihat dengan padangan yang sama, pada masa puluhan tahun setelah merdeka saat ini tidaklah mungkin "melihat" konstitusi yang menurut Soekarno sebagai *revoutie ground wet* sama dengan apa yang dipahami oleh *framers of constitution* ketika masa awal kemerdekaan. Kehadiran konstitusi pada saat itu untuk melengkapi kelahiran sebuah negara baru, sedangkan saat ini konstitusi lebih dari sekedar alat kelengkapan kemerdekaan. Kenyataan itulah yang menurut kalangan modernis membuat konstitusi tidak akan pernah terbebas dari multi makna, samar-samar, dan tidak jelas (*vague*) disetiap bagiannya. Cara pandang para penyusun konstitusi akan sangat berbeda dengan generasi saat ini. Jika konstitusi menjamin persamaan di hadapan hukum di dalam konstitusi, para penyusun konstitusi akan melihat ketentuan tersebut sebagai sebuah ketentuan yang tidak mengikat karena mungkin saja masih dipengaruhi rasa hormat terhadap para bangsawan-bangsawan kerajaan yang ada atau ingin menghormati mental pengkultusan masyarakat ketika itu kepada keturunan para raja-raja. Namun, generasi saat ini akan melihat ketentuan *equality before the law* tersebut sebagai aturan yang *absolute*, tidak ada kecualinya, bahwa seluruh manusia apapun pangkat dan jabatannya adalah sama dihadapan hukum. Oleh karena itu, "ruang" untuk mempertemukan antara teks bentukan para penyusun konstitusi dengan keinginan generasi saat ini disebut kalangan modernis sebagai lahan penafsiran. Menurut kalangan non originalis teks konstitusi walaupun hukum tertinggi tetap saja hanya alat pengantar dari supremasi rakyat. Berikut menurut **Tom Ginsburg** posisi teks konstitusi dalam penafsiran konstitusional oleh peradilan;

¹²⁹ Bandingkan dengan; http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html.

*Text is not the only source of judicial power, however. This qualification is necessary both because some systems of judicial review are not derived from constitutional text (the systems in Israel and the United States are two well-known examples), but also because nonconstitutional norm may be important in shaping the environment of judicial review.*¹³⁰

Kalangan non-originalis/modernis mengkritik originalis dengan beberapa pandangan; **pertama**, seperti di Amerika, draf konstitusi memang adalah hasil pemikiran para *framers of constitution* tetapi diratifikasi oleh perwakilan dari negara-negara bagian atau seperti di Prancis yang disahkan oleh jutaan rakyat dalam sebuah referendum. Oleh karenanya tidaklah tepat jika hanya menggunakan pemahaman para penyusun konstitusi dalam menafsirkan konstitusi sebagaimana dianut oleh kalangan originalis. **Kedua**, para penyusun konstitusi juga terdiri dari kelompok-kelompok yang berbeda pandangan, lalu pandangan siapa (kelompok penyusun konstitusi) yang akan diutamakan? **Ketiga**, pada saat terbentuknya konstitusi berbeda kondisinya pada saat ini, misalnya terhadap pandangan yang minoritas ketika pembentukan konstitusi sebelumnya yang ternyata pada saat ini merupakan pandangan mayoritas. Pada kondisi Indonesia dapat tergambar permasalahan ini ketika lebih banyak penyusun konstitusi yang mendukung pemilihan presiden melalui perwakilan, namun pada saat reformasi (sebelum amandemen) lebih banyak yang berkeinginan untuk melakukan pemilihan presiden secara langsung oleh rakyat. Padahal teori pemilihan presiden secara langsung telah pernah dikemukakan dalam sidang-sidang BPUPKI, namun pada saat itu ide tersebut belum dianggap sesuai dengan kondisi awal kemerdekaan.

Sudut pandang modernis tersebut oleh kalangan originalis dianggap tidak menghargai konstitusi yang ditulis dengan pemikiran yang murni dan tepat bagi bangsa dan negara.¹³¹ Para modernis sesungguhnya tidak menolak apa yang dipahami oleh originalis sepenuhnya. Modernis menyadari bahwa memang terdapat

¹³⁰ Tom Ginsburg, *Judicial Review in Democracies-constitutional court in Asian cases*, Cambridge University Press, 2003, h. 34.

¹³¹ Bandingkan dengan; http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html

nilai penting dalam sejarah-sejarah masa lalu bangsa terutama berkaitan dengan penyusunan konstitusi, namun jika hanya mengandalkan faktor sejarah, maka bagian-bagian konstitusi yang sudah tertinggal zaman akan berpotensi membuat kekacauan kehidupan sosial suatu masyarakat.

a. Doctrinal/ Stare Decisis.

Paham ini meletakkan idenya bahwa sebuah keputusan hakim harusnya didasari pada praktek-praktek yang telah terjadi atau melalui pandangan-pandangan para professional hukum, makna yang dipahami legislatif, eksekutif atau putusan hakim yang telah ada (yurisprudensi), berdasarkan kepada *the meta-doctrine* dari pandangan sebuah putusan, yang diterapkan berdasarkan prinsip-prinsip yang digunakan oleh peradilan dalam memutuskan sebuah perkara tidak hanya sebagai sebuah tinjauan tetapi juga sebagai sebuah hukum (*normative*). *Argumentum a simili valet in lege*. Sebuah argumentasi dari sebuah kasus bermanfaat bagi hukum.¹³²

Kalangan doktrinalis melakukan pencarian kepada penafsiran-penafsiran terdahulu dari konstitusi, kemudian menyesuaikannya dengan kasus-kasus yang terjadi pada saat ini. Fokus pandangan ini adalah mencari pendapat/pertimbangan putusan-putusan (*stare decisis*) yang telah ada sebagai sebuah ketentuan hukum umum walaupun pada kenyataannya asas-asas hukum umum tersebut seringkali berubah sesuai waktu. Ajaran doktrinalis ini seringkali diajarkan dalam studi-studi mengenai *constitutional law* di Amerika. Sebagaimana pendekatan penafsiran yang lain, pendekatan ini juga memiliki kelemahan menurut kalangan yang mengkritiknya. Golongan textualis misalnya, menganggap bahwa kalangan doktrinalis telah keluar dari ketentuan yang dianut konstitusi itu sendiri, terlalu banyak menggunakan komentar-komentar terhadap konstitusi sebagai sumber utama penafsiran konstitusi. **Justice Felix Frankfurter**, hakim agung *Supreme Court* Amerika menyatakan bahwa pendekatan terpenting dalam melihat atau mencari nilai-nilai konstitusionalitas adalah konstitusi itu sendiri bukan menjadikan pendapat-pendapat terhadap konstitusi tersebut sebagai pendekatan nilai konstitusional

¹³² Bandingkan dengan; http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm.

terpenting (*the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself and not what we have said about it*).¹³³ Sedangkan **Justice Antonin Scalia**, Hakim Agung *Supreme Court* Amerika lainnya memberikan kritik bahwa para doktrinalis terlalu banyak menggunakan *discretion* (kebijakan) dari lembaga peradilan.¹³⁴

Pendekatan doctrialis ini memiliki cabang yaitu pendekatan developmentalis (*developmentalist approach*). Developmentalis membangun penafsiran melalui pendekatan doktrin yang dikombinasikan dengan nilai-nilai yang berasal dari doktrin para hakim namun juga menambahkan nilai kesejarahan, kondisi-kondisi informal, kebiasaan dan kebudayaan politik. Kalangan developmentalis menolak pandangan mengenai konstitusi statik dan *the moral of constitution*, sehingga kalangan ini lebih menyukai pandangan mengenai bagaimana konstitusi itu disusun. Para developmentalis membangun pendapatnya berdasarkan teori *the living constitution* yang memahami bahwa konstitusi memiliki dinamika. Oleh karena itu seringkali kalangan developmentalis membantah pandangan para penganut doktrinalis. Developmentalis tidak memandang stabilitas konstitusi namun berpegang kepada paham perubahan konstitusional. Tidak seperti para doktrinalis yang berpegang kepada pandangan massa lalu untuk digunakan saat ini, para developmentalis juga menganut pandangan terkini untuk digunakan untuk masa yang akan datang. Kalangan developmentalis dianggap tidak memberikan makna khusus kepada konstitusi oleh para kritikus,¹³⁵ mereka dianggap mempercayai konstitusi dapat diberi makna yang lebih beragam tanpa harus dikultuskan. Oleh sebab itu, pandangan developmentalis sebenarnya adalah bagian dari kalangan non-orinalis walaupun salah satu sudut pandangnya adalah doctrialis (bagian originalis).

b. Prudential.

Para *prudentialist* berkeyakinan bahwa suatu keputusan hakim pastilah didasari dari faktor-faktor eksternal dari hukum atau kepentingan-kepentingan tertentu

¹³³ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation

¹³⁴ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation

¹³⁵ Bandingkan dengan; http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation.

dalam setiap kasus, seperti tekanan dari kekuatan politik. Pandangan ini menggunakan pertimbangan yang menolak hal-hal yang dapat memengaruhi pertimbangan hakim dari kondisi eksternal peradilan. Konsep itu juga merupakan alasan utama pada metode *doctrinal*. Biasanya juga digunakan pada kasus-kasus pemerkosaan. *Boni iudicis est lites dirimere. The duty of a good judge is to prevent litigation*; hakim yang baik adalah yang melindungi jalannya peradilan.¹³⁶

c. Equitable/ethical.

Menurut kalangan *Equitable*, semestinya sebuah keputusan haruslah didasari kepada perasaan keadilan, keseimbangan dari pelbagai kepentingan, dan apa yang baik dan benar, tanpa menghiraukan apa yang tertulis dalam aturan hukum. Seringkali fakta-fakta kasus yang terjadi tidak terdapat antisipasi dari para pembuat hukum. Para pakar merumuskan pelbagai macam ukuran nilai-nilai dan kepentingan yang berkesinambungan kedalam metode pendekatan tafsir *prudential*, namun akan lebih baik lagi jika membedakan antara *prudential* sebagai keseimbangan antara kepentingan dan nilai-nilai dari sebuah sistim hukum disatu sisi dan meletakkan *equitable* sebagai keseimbangan antara kepentingan dan nilai-nilai dari pihak-pihak yang berperkara. *Equitas est perfecta quædam ratio quæ ius scriptum interpretatur et emendat; nulla scriptura comprehensa, sed sola ratione consistens- Equity is a sort of perfect reason which interprets and amends written law; comprehended in no code, but consistent with reason alone*; keadilan adalah sebuah tujuan utama yang merupakan tafsiran dan merubah hukum tertulis; tanpa sebuah ketentuan atau aturan, tetapi hal itu konsisten dengan alasan-alasan tersendiri.¹³⁷

Kalangan lain yang mendekati paham ini adalah kelompok demokratis atau disebut juga *normative reinforcement*.¹³⁸ Para Demokratis melihat bahwa konstitusi dibentuk tidak didasari dari satu sudut pandang atau tidak melalui pemahaman yang sama, sehingga konstitusi bukanlah sebuah aturan khusus untuk sekelompok

¹³⁶ Bandingkan dengan; http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm.

¹³⁷ Bandingkan dengan; http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm.

¹³⁸ Bandingkan dengan; http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html

orang tertentu, melainkan sebuah aturan umum. Keputusan dalam menafsirkan konstitusi haruslah memahami perasaan umum yang ditimbulkan oleh konstitusi tersebut sebagai dasarnya, kemudian dilampisi dengan pandangan-pandangan kekinian/modernis. Sehingga digambarkan oleh kelompok ini bahwa pemahaman para originalis adalah kerangka (*skeleton*) sebagai dasar dari bangunan padangan konstitusi kekinian, kemudian meletakkan pandangan modernis untuk melapisinya.

3. Pendekatan Kalangan *Naturalist*

Keputusan atau penafsiran hakim didasarkan kepada apa yang dibutuhkan atau dianjurkan oleh hukum alam (kitab-kitab agama/hukum tuhan), kemanusiaan dan kondisi lapangan atau kondisi ekonomi yang sedang terjadi, atau juga didasari kepada kemungkinan terhadap sesuatu yang akan terjadi. Pandangan ini didukung oleh beberapa adagium hukum, diantaranya yaitu; *Jura naturae sunt immutabilia* atau dalam Bahasa Inggris; *The laws of nature are unchangeable* yang bermakna bahwa hukum alam (hukum tuhan) tidak tergantikan. Adagium latin lainnya adalah; *Legibus sumptis desinentibus, lege naturæ utendum est* yang bermakna bahwa 'jika hukum negara gagal, maka kita harus memberlakukan hukum alam'.¹³⁹

C. Benturan antara Paham Tekstualis dan Progresif

Setelah kasus Marbury Vs. Madison tersebut, pelbagai perdebatan mengenai *judicial review* dan lembaga apakah yang patut melakukan *review* terus terjadi. **Michel Allen** dan **Brian Thompson** memberikan pemahaman mengenai kekuasaan pengujian (*review*) tidak hanya dimiliki oleh lembaga peradilan tetapi juga lembaga legislatif (misalnya *hosue of lord* di Inggris) dalam upaya mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan pembentukan produk perundang-undangan. Selengkapnya **Allen** dan **Thompson** berpendapat sebagai berikut;

This power of judicial review may be defined as the jurisdiction of the superior courts (the high court, the court of appeal and the house of lord) to review the

¹³⁹ Bandingkan dengan; http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm.

*acts, decisions and omissions of public authorities in order to establish whether they have exceeded or abused their powers.*¹⁴⁰

Dalam istilah hukum di Indonesia kewenangan pengujian tersebut dikenal dengan istilah *toetsingrecht* yang dimasyhurkan oleh **Sri Soemantri**.¹⁴¹ Dari pandangan **Allen** dan **Thompson** serta **Sri Soemantri** diatas dapat disimpulkan bahwa terdapat beberapa jenis *toetsingrecht*, yaitu; (a) *toetsingrecht* yang merupakan kewenangan peradilan atau kenal dengan *judicial review*; (b) *toetsingrecht* yang merupakan kewenangan legislatif atau *legislative review*; dan (c) *toetsingrecht* yang merupakan kewenangan eksekutif atau *eksekutive review*.

Namun yang menjadi polemik dan menimbulkan perdebatan ketatanegaran adalah pemberian kewenangan *judicial review*. Dinegara asalnya, Amerika, doktrin *judicial review* juga diperdebatkan dan di kritik dari pelbagai sisi hukum.¹⁴² Apakah kewenangan review oleh peradilan adalah bagian dari konsep '*separation des pouvoir*' (*separation of power*) dimana pemisahan kekuasaan bukan berarti masing-masing lembaga pemegang kekuasaan berdiri sendiri? Ataukah *judicial review* sebagai sebuah pelanggaran terhadap konsep pemisahan kekuasaan negara yang menumbuhkan konsep pembagian kekuasaan negara (*division of powers*)? Bahkan perdebatan yang lebih nyata timbul dari konsep *judicial review* ini adalah antara pemahaman *Geschlossenheit der Rechtsordnung* yang melihat bahwa tidak ada hukum di luar hukum positif (undang-undang) dengan paham *Freirechtslehre* yaitu sebuah ajaran yang berkembang pada awal abad XX, dimana hakim diberikan kebebasan dalam menemukan hukum.¹⁴³

¹⁴⁰ Michael Allen dan Brian Thompson, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2002, h.568.

¹⁴¹ Lihat Sri Soemantri, M., *Hak Menguji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung, 1986, h.5.

¹⁴² James Bradley Thayer, *Sumber dan Ruang Lingkup Doktrin Hukum Konstitusional Amerika*, dalam Leonard W. Levy (Editor), *Judicial Review, Sejarah Kelahiran, Wewenang dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Penerbit Nusamedia dan Penerbit Nuansa, Bandung, 2005, h. 58.

¹⁴³ Bandingkan dengan Martiman Prodjohamidjojo, *Kemerdekaan Hakim, Keputusan Bebas Murni (arti dan makna)*, Penerbit Simplex, Jakarta, 1984, h.3.

Di Amerika perdebatan ide mengenai *judicial review* tidak hanya terletak kepada lembaga pelaksana kewenangan *judicial review* undang-undang semata tetapi terhadap substansi ide bahkan sejarah lahirnya itu sendiri. Menurut **Leonard W. Levy**, persoalan legitimasi tentu saja bermula dari fakta bahwa para penyusun Konstitusi (Amerika) lupa menentukan agar Mahkamah Agung (*Supreme Court* Amerika-Pen) diberi wewenang untuk menjalankan *judicial review* semenjak awal pembentukan konstitusi. Jika mereka memang ingin agar pengadilan memiliki wewenang itu, mengapa wewenang itu tidak diberikan sejak 1787, ketika konstitusi Amerika disusun.¹⁴⁴

Hal yang berbeda terjadi di Indonesia, ketika para penyusun konstitusi (*framers of constitution*) Indonesia menyusun sendi-sendi bernegara dalam Undang-Undang Dasar 1945, ide pengujian konstiusional telah pernah diperdebatkan dalam sidang BPUPK (Badan Pekerja Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan). **Mr. Moh. Yamin** mengusulkan agar terdapat sebuah mekanisme pengujian keabsahan isi UU terhadap konstitusi, adat dan syari'ah oleh lembaga tertinggi kehakiman.¹⁴⁵ Yamin mengemukakan mengenai lembaga tersebut sebagai berikut;

“Mahkamah inilah yang setinggi-tingginya, sehingga dalam membanding undang-undang, maka balai Agung inilah yang akan memutuskan apakah sejalan dengan hukum adat, syariah dan undang-undang dasar”.¹⁴⁶

Namun ide **Yamin** tersebut dibantah oleh **Soepomo** yang menganggap bahwa belum pernah ada konsesus di antara ahli-ahli Tata Negara tentang *judicial review*, disamping para ahli hukum Indonesia belum memiliki pengalaman mengenai proses *judicial review*.¹⁴⁷ **Todung Mulya Lubis** berhipotesa bahwa pandangan **Soepomo** tersebut dikarenakan anggota *framers of constitution* itu tidak membaca mengenai perdebatan sengit kasus *Marbury Vs. Madison* pada *the Supreme Court* Amerika

¹⁴⁴ Leonard W. Levy, *Judicial Review, Sejarah, dan Demokrasi: Sebuah Pengantar*, dalam *Ibid*, Leonard W. Levy (Editor), *Judicial Review...*, h. 2.

¹⁴⁵ Bandingkan dengan RM. A.B. Kusuma, *Lahirnya UUD 1945*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004, h. 389

¹⁴⁶ M. Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, h. 234

¹⁴⁷ *Opcit*, Todung Mulya Lubis, *Judicial Review...*, h. 106.

Serikat.¹⁴⁸ Namun sesungguhnya **Soepomo** bukannya tidak mengetahui tentang konsep *review by the judicial bodies* tersebut, berikut selengkapnya ungkapan **Soepomo** pada rapat BPUPKI:

“Kecuali itu Paduka Tuan Ketua, kita dengan terus terang akan mengatakan bahwa para ahli hukum Indonesia pun sama sekali tidak mempunyai pengalaman dalam hal ini, dan tuan Yamin harus mengingat juga bahwa di Austria, Chekoslowakia dan Jerman waktu Weimar, bukan Mahkamah Agung, akan tetapi pengadilan special, *constitutioneelhof*, -sesuatu pengadilan spesifik yang melulu mengerjakan konstitusi. Kita harus mengetahui, bahwa tenaga kita belum begitu banyak, dan bahwa kita harus menambah tenaga-tenaga, ahli-ahli tentang hal itu. Jadi, buat negara yang muda saya kira belum waktunya mengerjakan persoalan itu”.¹⁴⁹

Dari uraian tersebut **Soepomo** menyadari betul keberadaan lembaga peradilan yang memiliki kewenangan uji konstusionalitas, nampaknya dari perdebatan yang ada sepertinya **Soepomo** masih meragukan efektifitas uji konstusionalitas oleh sebuah lembaga peradilan, sedangkan ketika itu terdapat lembaga MPR sebagai representasi tertinggi dari rakyat yang didaulat memiliki kewenangan menafsirkan konstitusi. Pernyataan eksplisit **Soepomo** tentang keterbatasan ahli pada waktu itu sesungguhnya tidak masuk akal, dikarenakan pada masa itu banyak *founding fathers* yang ahli hukum, misalnya **Mr.M. Yamin** yang ahli konstitusi dan ketatanegaraan Asia serta **Soepomo** sendiri yang juga bergelar '*misteerunderrechten*'. Kemungkinannya, **Soepomo** khawatir jika ke depan terjadi pertikaian pemahaman konstitusi antara MPR dan MA sebagai penafsir konstitusi. Pada perspektif tersebut Soepomo mungkin terpengaruh diskusi mengenai kewenangan lembaga peradilan dalam menentukan keabsahan sebuah perundang-undangan.

Ide yang menempatkan lembaga yudikatif sebagai lembaga yang menentukan apakah sebuah produk perundang-undangan layak diberlakukan atau tidak

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Harun Alrasid, *Hak Menguji Dalam Teori dan Praktek*, dalam Jurnal Konstitusi, Vol. 1 No.1, Juli 2004, Penerbit Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, h. 94.

memang masih menimbulkan pelbagai perdebatan. **H.L.A. Hart** mengemukakan bahwa paham “*A supreme tribunal has the last word in saying what the law is*” akan menjadi terbantahkan jika putusan pengadilan tersebut adalah putusan yang salah. Putusan salah yang menghapuskan kekuatan legal dari produk perundang-undangan legislatif tidak dapat dipertanggung-jawabkan secara hukum dikarenakan tidak terdapat hak dan kewajiban sebagai konsekuensi dari kesalahan tersebut. Kesalahan tersebut menurut **Hart** memperlihatkan sisi lain yang menyangkal bahwa pengadilan dipayungi adagium; ‘*hukum atau konstitusi adalah apa yang pengadilan putuskan*’. **Hart** menjelaskan pandangannya itu sebagai berikut;

*A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the court was ‘wrong’ has no consequences within the system: no one’s rights or duties are thereby altered. The decision may, of course, be deprived of legal effect by legislation, but the very fact that resort to this necessary demonstrates the empty character, so far as the is concerned, of the statement that the court’s decision was wrong. Consideration of these facts makes it seem pedantic to distinguish, in the case of a supreme tribunal’s decisions, between their finality and infallibility. This leads to another form of denial that courts in deciding are ever bound by rules: “The law (or the constitution) is what the courts say it is’.*¹⁵⁰

Pandangan yang hampir sama dengan **Hart** tersebut juga pernah dinyatakan oleh **Seno Adji** (Mantan Menteri Kehakiman RI) terhadap gagasan agar dibentuk Mahkamah Konstitusi atau MA yang diberikan kewenangan untuk menguji konstitusionalitas UU. Ada dua alasan utama **Seno Adji** menolak gagasan tersebut, menurutnya; **pertama**, hanya MPR-lah alat konstitusional yang dapat mengawal konstitusi; **kedua**, jika kewenangan *judicial review* tersebut diserahkan kepada MA, maka akan meletakkan MA diatas lembaga legislatif dan MPR sebagai lembaga pemegang kedaulatan rakyat.¹⁵¹ Dalam kalimat lain, sebagaimana pernah

¹⁵⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York, 1994, h.141.

¹⁵¹ Bandingkan dengan Benny K. Harman, *Judicial Review dan Perjuangan untuk tegaknya Konstitusionalisme*, dalam Benny K Harman dan Hendaridi (edt), *Konstitusionalisme...Opcit*, h.36.

diungkapkan oleh **Richard Dobbs Spaight** (salah satu *framers of constitution* Amerika) telah terjadi perampasan kewenangan oleh lembaga peradilan terhadap kewenangan lembaga negara lain jika kewenangan *judicial review* itu diadakan.¹⁵²

Dalam dunia ketatanegaraan di Indonesia, pandangan pertama Seno Adji tersebut telah 'hapus' dengan terjadinya perubahan UUD 1945. Pasca perubahan UUD 1945, MPR bukan lagi alat konstitusional tunggal tertinggi yang mewakili supremasi kerakyatan dan bukan satu-satunya lembaga yang dapat memaknai konstitusi dikarenakan kewenangan menilai konstitusional atau tidaknya sebuah produk undang-undang telah diserahkan kepada sebuah Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945.

Sedangkan terhadap pandangan kedua **Seno Adji** yang berkaitan dengan kewenangan lembaga yudikatif terus menjadi alasan utama digunakan para pakar yang menolak kewenangan *judicial review*. Umumnya para penolak paham *review* oleh lembaga peradilan berpemahaman bahwa harus terdapat pemisahan yang ketat antar lembaga negara (*strictly separation of power*). Masing-masing lembaga negara (eksekutif, legislatif, dan yudikatif) menurut paham tersebut menjalankan kewenangannya tanpa campur-tangan lembaga lain sebagai bukti bahwa lembaga negara tersebut sederajat satu sama lainnya. Apabila terdapat kewenangan mereview, apalagi berakibat batalnya sebuah produk hukum lembaga tertentu, maka akan menimbulkan bias terhadap logika kesejajaran antar lembaga negara. Kasus Marbury dan Madison yang menjadi dasar terciptanya kewenangan review oleh peradilan terhadap produk legislatif (Kongres) adalah contoh yang memperlihatkan bergesernya kesetaraan antar lembaga negara.

Charles L. Black bahkan menganggap bahwa keputusan *Supreme Court* Amerika Serikat dalam kasus Marbury Vs. Madison tersebut adalah kesalahpahaman dalam melihat fungsi lembaga yudikatif. **Black** menyatakan bahwa fungsi utama dari pengadilan adalah memberikan keabsahan (*validation*), bukan membatalkan keabsahan (*invalidation*) UU yang dibuat kekuasaan negara.

¹⁵² *Opcit*, Leonard W. Levy, *Judicial Review, Sejarah,...*

Black memahami bahwa antara legislatif sebagai pembuat UU dan pemerintah sebagai pelaksana UU akan menimbulkan perbedaan pemahaman menafsirkan makna dari UU. Sehingga kedua lembaga (legislatif dan eksekutif) membutuhkan suatu interpretasi UU yang memiliki ukuran baku dan absah. Disinilah letak fungsi pengadilan (yudikatif) yang mampu memberikan keabsahan interpretasi UU, bukan membatalkan keabsahan itu sendiri. Hal itu sesuai dengan pandangan Montesquieu bahwa kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif sejajar (horizontal) dan masing-masing wajib merujuk kepada ketentuan yang lebih tinggi, yaitu konstitusi (vertikal).¹⁵³ Bahkan **Jaakko Husa** mengkritik perspektif Amerika yang beranggapan bahwa *judicial review* adalah cara yang paling dibutuhkan untuk menegakkan paham konstitusionalisme.¹⁵⁴ Padahal akibat pemahaman seperti itu, menurut Husa, menimbulkan persoalan terhadap legitimasi politik¹⁵⁵ (legislatif maupun eksekutif).

Kritik yang lebih tajam telah lebih dulu dikemukakan oleh **Montesquieu** dan **Immanuel Kant**. Menurut **Montesquieu** dan **Kant**, hakim bukanlah subjek hukum yang mandiri dan dapat menentukan hukum sesuka hatinya, melainkan hakim hanyalah corong atau perpanjangan lidah dari undang-undang (*bouche de la loi*).¹⁵⁶ **Logeman** juga mengatakan bahwa hakim harus tunduk pada kehendak para pembuat undang-undang,¹⁵⁷ walaupun penafsiran hukum adalah kewajiban hukum dari hakim. Oleh karena itu, sebagai corong/pelaksana undang-undang adalah mustahil hakim dapat menghapuskan sebuah undang-undang.

¹⁵³ <http://www.sinarharapan.co.id/berita/0611/06/opi01.html>. akses pada tanggal 4/03/08.

¹⁵⁴ Bandingkan dengan; Joachim Sanden, *Methods of Interpreting The Constitution; Estonia's Way in an Increasingly Integrated Europe*, dalam *Juridica International VIII/2003*, h. 130.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Bandingkan dalam; Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 2001, h. 39.

¹⁵⁷ Bandingkan dalam; Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Penerbit Alumni, 2000, h. 8.

Lino A. Graglia mengemukakan bahwa fungsi hakim hanyalah menjalankan hukum (*to apply the law*) bukan membuat hukum¹⁵⁸ (*not to make the law*). **Charles L. Black** bahkan memaparkan mengenai hal itu sebagai berikut:

*"The prime and most necessary function of the Court has been that of **validation**, not that of **invalidation**. What a government of limited powers needs, at the beginning and forever, is some means of satisfying the people that it has taken all steps humanly possible to stay within its powers".*¹⁵⁹

Pandangan-pandangan mengenai kewenangan lembaga peradilan untuk 'menilai' cacat hukum produk legislasi atau peraturan perundang-undangan lainnya tetap saja masih menimbulkan perdebatan dan tanda tanya. Pertanyaan ilmiah yang seringkali mengemuka pasca putusan Marshall dalam kasus *Maarbury Vs. Madison*. Pertanyaan tersebut mengemuka dalam keilmuan hukum di Amerika, berikut beberapa pertanyaan tersebut;

- a. apakah memang ide judicial review itu tepat untuk dipraktikkan? haruskan 9 hakim yang tidak dipilih rakyat (sebagai pemegang kedaulatan) memiliki wewenang untuk menyatakan apa yang harus dilakukan oleh lembaga perwakilan yang dipilih langsung oleh rakyat?

(Is judicial review a good idea? Should nine unelected judges be able to tell our elected representatives what they can and cannot do?)

- b. Apakah peradilan akan lebih mudah untuk menghalangi setiap consensus dengan prinsip-prinsip kuno yang mereka anut atau untuk mencegah kelemahan politik dari kekuasaan mayoritas yang seringkali bertindak oppresif (menekan)?

¹⁵⁸ Lino A Graglia, *How the Constitution Disappeared*, dalam Jack N. Rakove (edt), *Interpreting the Constitution*, Northeastern University Press, Boston, Amerika Serikat, 1990, h.35.

¹⁵⁹ <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.html>. diakses pada tanggal 5/03/08.

(Are courts more likely to block an enlightened consensus with their adherence to outdated principles or to protect the politically weak from oppressive majorities?)

- c. Apakah hakim, terlindungi dengan jabatan seumur hidup (prinsip '*during good behavior*' yang dianut untuk masa jabatan hakim di Amerika) dan digambarkan secara umum berasal dari golongan terdidik, lebih mudah untuk merefleksi dan lebih mampu menghilangkan antusiasme dibandingkan dengan jalannya kewenangan legislatif?

(Are judges, protected with lifetime tenure and drawn generally from the educated class, more likely to be reflective and above the passing enthusiasms that drive legislative action?)

- d. Apakah *Marbury* beranggapan bahwa anggota legislatif ataupun pejabat lembaga eksekutif tidak memiliki pertanggungjawaban untuk menilai konstitusionalitas dari tindakan mereka sendiri?

(Does *Marbury* mean that legislators or members of the executive branch have no responsibility to judge the constitutionality of their own actions?)

- e. Bisakah kita memiliki sebuah sistim pemerintahan yang dapat berjalan dengan baik tanpa adanya proses *judicial review*?

(Could we have a workable system of government without *judicial review*?).¹⁶⁰

Pandangan-pandangan yang mempertanyakan kewenangan *judicial review* tersebut dijawab oleh pakar lain dengan memberikan logika pentingnya fungsi review oleh lembaga peradilan itu sendiri. **Lawrence M. Friedman** dan **Stewart Macaulay** memaparkan bahwa independensi lembaga peradilan dari intervensi pelbagai kepentingan dan kekuasaan hanya dapat terlaksana apabila lembaga yudikatif

¹⁶⁰ <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.htm>. diakses pada tanggal 5/03/08.

tersebut memiliki kewenangan *judicial review*. Hal itu dianggap berguna bagi yudikatif dalam menjalankan hubungan dengan lembaga-lembaga yang sejajar. Friedman menjelaskan selengkapnya sebagai berikut;

*Judicial independence requires the exercise of judicial review to protect the court system against interference from states, military tribunals, plaintiffs, lawyers, and the mass media of communication, especially the press. Self restraint may be practiced by the judiciary in relation to states and localities as well as in relation to the President, Congress and administrative bodies.*¹⁶¹

Lebih penting lagi menurut **Friedman**, pelaksanaan *judicial review* akan melindungi sistim peradilan dari campur-tangan atau tekanan-tekanan (misalnya; politik) dari luar lembaga peradilan. Jika independensi adalah norma atau atribut penting dalam dunia peradilan maka penggunaan *judicial review* untuk pencapaian tersebut jelas diperlukan. **Friedman** menjelaskannya seperti berikut ini;

*More importantly, it is through its exercise of judicial review that the Court can protect the judicial system from undue external pressures. Thus, structural factors would seem to make this a "pivotal" norm. If judicial independence is a pivotal role attribute, we should expect to find it, and the necessary use of judicial review included in philosophies of both Justice Jackson and Douglas.*¹⁶²

Dari perbedaan tersebut **Sri Soemantri** menyimpulkan mengenai beberapa pandangan pakar mengenai *judicial review* dalam sistim ketatanegaraan Indonesia sebelum terjadinya perubahan UUD 1945, yaitu:

Pertama, bahwa wewenang hak menguji ini harus diserahkan kepada Mahkamah Agung dengan variasi :

- i. hak menguji meliputi seluruh hukum dan perundang-undangan (Tap MPR dan peraturan-peraturan yang lebih rendah dari Undang-undang);

¹⁶¹ Lawrence M. Friedman dan Stewart Macaulay (edt), *Law and the Behavioral Sciences*, The Bobbs-Merrill Company, Inc. New York, USA, 1969, h.834.

¹⁶² *Ibid*, h.841.

- ii. hak menguji ini hanya terbatas pada undang-undang dan pada peraturan-peraturan yang lebih rendah;
- iii. hak menguji ini hanya terbatas pada peraturan-peraturan yang lebih rendah dari undang-undang.

Kedua, bahwa wewenang untuk melakukan hak menguji ini tidak dapat diserahkan kepada Mahkamah Agung, karena wewenang tersebut ada pada MPR. **Ketiga**, bahwa hak menguji tersebut tidak dimiliki oleh Mahkamah Agung. Undang-Undang Dasarlah ataupun setidaknya suatu ketetapan MPR dapat memberikan hak menguji ini kepada orang yang ditunjuk olehnya. **Keempat**, bahwa hak menguji undang-undang merupakan wewenang para hakim untuk menyampingkan undang-undang melalui perkara yang sedang dihadapinya, karena dianggapnya bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. **Kelima**, bahwa khusus mengenai ketetapan MPR ada yang mengusulkan supaya Mahkamah Agung diberi hak menilai dan menyatakan pendapatnya apakah Ketetapan yang bersangkutan bertentangan dengan pembukaan serta Undang-Undang Dasar atau tidak.¹⁶³

Fungsi *review* sesungguhnya telah pula menjadi kajian di Indonesia dari waktu ke waktu. Namun perdebatan pandangan para pakar hukum akhirnya dapat diakhiri setelah terjadinya perubahan UUD 1945. Sepertinya para pelaku perubahan UUD dengan didorong oleh keinginan para pakar hukum serta semangat reformasi ketika itu menyadari pentingnya pembatasan terhadap kewenangan absolut lembaga legislatif dan eksekutif dalam pembentukan perundang-undangan ketika itu. Namun tidak berarti setelah terbentuknya lembaga peradilan yang bertugas melakukan *review* produk legislasi, perdebatan mengenai sah atau tidaknya fungsi *review* terhenti. Diskursus mengenai hal itu terus terjadi sebagaimana telah dikemukakan di atas.

¹⁶³ A.A. Oka Mahendra, *Konstitusionalisme di Indonesia: Peranan DPR dan Masalah Judicial Review*, dalam Benny K. Harman dan Hendaridi (edt), *Konstitusionalisme...Opcit*, h. 52.

Fungsi *judicial review* ini juga semestinya melihat dari pandangan teori jenjang norma hukum dari **Hans Nawiasky**¹⁶⁴ yang menyatakan bahwa '*Staatsfundamentalnorm*' (norma dasar negara) sebagai norma tertinggi yang harus menjadi acuan bagi norma-norma hukum yang berada di bawahnya. Permasalahan yang timbul adalah apabila norma atau undang-undang dibawah norma dasar bertentangan dengan *staatsfundamentalnorm* tersebut,¹⁶⁵ sehingga harus dibentuk sebuah mekanisme tersendiri agar penyimpangan yang terjadi dapat dibenarkan. Disinilah fungsi dari *judicial review* untuk mengoreksi produk hukum di bawah *staatsfundamentalnorm*, produk perundang-undangan di bawah undang-undang. Tugas untuk *me-review* produk hukum tersebut sebaiknya memang diserahkan kepada lembaga di luar lembaga pembentuknya (legislatif dan eksekutif). Hal itu untuk menjaga nilai objektivitas pengujian karena dikhawatirkan pengujian internal (*legislative review* atau *executive review*) akan subjektif.

Oleh karena itu, **Michel Allen** dan **Brian Thompson** menyatakan bahwa wewenang *review* itu adalah yurisdiksi lembaga peradilan (*superior court*).¹⁶⁶ Sedangkan mengenai pandangan **Charles Black** mengenai fungsi peradilan bukanlah membatalkan (*invalidation*) dari produk hukum legislatif maupun eksekutif, melainkan hanya *validation* (mensahkan) saja, dapat dibantah melalui teori keseimbangan lembaga negara. Pandangan **Black** jelas bertentangan dengan ajaran *check and balances system*, dimana masing-masing lembaga negara menjadi pemantau kinerja lembaga negara lainnya.

Publius menyatakan bahwa *judicial review* bertujuan untuk memastikan supremasi konstitusi yang terdapat supremasi rakyat banyak di dalamnya, sama sekali tidak

¹⁶⁴ Hans Nawiasky adalah murid Hans Kelsen yang mengemukakan teori jenjang norma (Stufentheorie). Terdapat perbedaan teori diantara guru dan murid ini. Nawiasky mengemukakan teori jenjang khusus yang berkaitan dengan negara sedangkan Kelsen lebih umum, berlaku untuk semua jenjang norma. Nawiasky menyebut norma negara tertinggi sebaiknya tidak disebut *staatsgrundnorm*, melainkan *staatsfundamentalnorm*. Penggunaan *grundnorm* tersebut menimbulkan pengertian bahwa norma tersebut tidak dapat dirubah, sedangkan penggunaan istilah *staatsfundamentalnorm* memberikan pemahaman bahwa norma tertinggi tersebut sewaktu-waktu dapat dirubah.

¹⁶⁵ Bandingkan dengan Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar Pembentukannya*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1998, h.28.

¹⁶⁶ *Op cit*, Michael Allen dan Brian Thompson, Cases...

bertujuan untuk memperkuat supremasi lembaga peradilan (*judicial review insures constitutional supremacy, not judicial supremacy, and, through constitutional supremacy, the supremacy of the people*).¹⁶⁷

Terhadap paham *Typis Logicisitis* yang menganggap hakim adalah corong undang-undang dibantah oleh beberapa pakar. **Soedikno Mertokusumo** menjelaskan bahwa pandangan tersebut telah 'ditinggalkan' semenjak tahun 1850.¹⁶⁸ Perhatian setelah dekade tersebut ditujukan kepada penemuan hukum yang lebih mandiri oleh hakim. Hakim tidak lagi dianggap sebagai corong undang-undang. Pandangan baru tersebut dikenal sebagai paham *materiil yuridis* atau *otonom* dengan tokoh-tokohnya adalah **Oliver Wendel Holmes** dan **Paul Scholten**.¹⁶⁹ Pandangan **Holmes** dan **Scholten** didasari kepada pemahaman bahwa undang-undang tidak mungkin lengkap sebagai sebuah tahap dalam pembentukan hukum sehingga harus dicari pelengkapinya dalam dunia praktis melalui penemuan hukum oleh hakim.¹⁷⁰ Penguatan terhadap wilayah peradilan tersebut bukan berarti hakim dapat bertindak sesuka hatinya. Peradilan tetap harus menjadi corong keadilan rakyat dengan meletakkan *supremacy* kebenaran dan keadilan di puncak pemikiran para hakim.

Henry Steele Commager memberikan sebuah perbandingan sederhana kenapa seorang hakim layak menghapuskan sebuah produk perundang-undangan buatan legislatif. Menurut **Commager** adalah tidak dapat dipungkiri bahwa para hakim lebih berpengetahuan dalam bidang hukum dibandingkan para anggota legislatif apalagi eksekutif.¹⁷¹

Amerika Serikat dan beberapa negara di dunia menjadikan peradilan sebagai institusi yang menentukan keberlakuan sebuah aturan hukum. Hal tersebut dapat

¹⁶⁷ *Opcit*, Sotiros A. Barber, *The Constitution Judicial...*h.105.

¹⁶⁸ Bandingkan dalam; Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum-Sebuah Pengantar*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 2001, h.42.

¹⁶⁹ Bandingkan dalam; *Ibid*.

¹⁷⁰ Bandingkan dalam; *Ibid*.

¹⁷¹ Bandingkan dengan Henry Steele Commager, *Judicial Review dan Demokrasi*, dalam *Opcit*, Leonard W. Levy (Editor), *Judicial Review...*h. 89.

terlihat dalam gambar berikut ini yang memperlihatkan bagaimana pengaruh *Supreme Court* Amerika Serikat dalam menentukan pemberlakuan produk perundang-undangan melalui kewenang.

BAB IV
HASIL PENELITIAN
PUTUSAN TEKSTUAL DAN PROGRESIF

A. PUTUSAN TEKSTUAL

1. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006

a. Pendahuluan

Perubahan Pasal 24 Ayat (1) UUD 1945 menegaskan, *kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan*. Tidak hanya itu, Pasal 24 Ayat (2) UUD 1945 mengamanatkan bahwa kekuasaan kehakiman tidak hanya dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung tetapi juga oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Bahkan bagi seorang hakim, Pasal 24A Ayat (2) UUD 1945 secara eksplisit menentukan, *hakim agung harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum*. Khusus untuk menjaga kemandirian dan integritas hakim, hasil perubahan UUD 1945 juga memunculkan sebuah lembaga baru, yaitu Komisi Yudisial (KY).

Pasal 24A Ayat (3) UUD 1945 menyatakan, *calon hakim agung diusulkan KY kepada DPR untuk mendapatkan persetujuan dan selanjutnya ditetapkan sebagai hakim agung oleh presiden*. Kemudian, Pasal 24B Ayat (1) UUD 1945 menyatakan, *KY bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim*. Berdasarkan ketentuan itu, hubungan KY dengan MA terjadi dalam proses pengusulan calon hakim agung; menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.

Menindaklanjuti hasil hasil perubahan UUD 1945, pada tanggal 13 Agustus 2004 Presiden mengesahkan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial (UU No 22/2004). Sesuai dengan Pasal 24B UUD Ayat (1) 1945, Pasal 13 UU No 24/2004 menyatakan Komisi Yudisial mempunyai wewenang: (a) mengusulkan pengangkatan Hakim Agung kepada DPR; dan (b) menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim. Elaborasi lebih jauh penggunaan kedua kewenangan KY dapat dibaca dalam Pasal 14-25 UU No 22/2004.

Pada tahap awal pembentukan KY mendapat sambutan positif dari kalangan Mahkamah Agung. Buktinya: dalam Sambutan Rakernas MA, Peradilan Tingkat Banding, Pengadilan Tingkat Pertama Kelas IA Seluruh Indonesia di Denpasar, Bali 19-22 September 2005, Ketua MA **Bagir Manan** mengatakan:

“Sekarang kita mempunyai KY yang saya yakin akan lebih memperkuat upaya membenahi tingkah laku tidak terpuji dari hakim. Meskipun KY tidak berwenang meneliti dan memeriksa putusan hakim dan tindakan-tindakan teknis yustisial lainnya, tetapi kewenangan yang ada disertai kerjasama yang erat dengan MA, akan sangat memberdayakan (*empowering*) usaha kita menghapus secara tuntas perbuatan tercela para hakim atau petugas pengadilan lainnya. Saya berjanji akan memanfaatkan semaksimal mungkin temuan KY mengenai perbuatan tidak terpuji para hakim dan lain-lain pejabat pengadilan“.

Namun ketengangan mulai muncul ketika KY merespon kejanggalan yang terjadi dalam kasus sengketa penetapan hasil pemilihan Walikota-Wakil Walikota Depok. Sebagaimana diketahui, Pengadilan Tinggi Jawa Barat membatalkan hasil pemilihan Walikota-Wakil Walikota Depok.¹⁷² Karena menilai terjadi kejanggalan dalam

¹⁷² Majelis hakim yang diketuai Nana Juwana menetapkan Badrul Kamal/Syihabuddin Ahmad memperoleh suara 269.551 suara dan Nur Mahmudi Ismail/Yuyun Wirasaputra memperoleh 204.828 suara. Berdasarkan putusan tersebut, perolehan suara untuk pasangan Badrul Kamal bertambah 62.770, sedangkan suara untuk Nur Mahmudi dikurangi 27.782. Sebelumnya, berdasarkan penghitungan yang dilakukan oleh Komisi Pemilihan Umum Daerah (KPUD) Kota Depok, pasangan Nur Mahmudi ditetapkan memperoleh 232.610 suara. Sementara itu, pasangan

penyelesaian kasus Depok, KY memeriksa hakim yang menangani kasus sengketa hasil pemilihan Walikota Depok. Kemudian, KY merekomendasikan kepada MA untuk pemberhentian sementara selama satu tahun Ketua PT Jawa Barat Nana Juwana. Dalam rekomendasi itu, KY memberikan tenggat waktu satu bulan supaya MA memberikan tanggapan atas rekomendasi KY.¹⁷³ Tidak hanya pada kasus Depok, KY menenggarai terjadi *misconduct* dalam putusan *illegal logging* Potianak¹⁷⁴ dan vonis kasus dugaan korupsi dana perumahan DPRD Banten¹⁷⁵. Bahkan dalam kasus **Edwar C.W. Neloe**, KY juga memeriksa anggota dan ketua majelis hakim perkara tersebut karena memutus Neloe dengan putusan bebas.¹⁷⁶

Sepak-terjang KY dalam melakukan pengawasan mendapat perlawanan terbuka dari kalangan hakim. Perlawanan itu dimulai dalam bentuk mempersoalkan kewenangan KY dalam melakukan pengawasan, pengabaian beberapa rekomendasi KY oleh Mahkamah Agung, dan beberapa tindakan lain yang menunjukkan pembangkangan terhadap KY. Puncak dari itu semua, mayoritas Hakim Agung (31 orang) mengajukan permohonan hak menguji materiil pasal-pasal tentang Hakim Agung (dan juga Hakim Konstitusi), serta pasal-pasal pelaksanaan pengawasan KY kepada hakim.

Badrul Kamal memperoleh 206.781 suara. Ketika itu, berdasarkan hasil penghitungan KPUD, pasangan Nur Mahmudi mengungguli pasangan Badrul Kamal dengan selisih suara 25.829.

Beragam pandangan tentang kisruh sengketa hasil pemilihan Walikota dan Wakil Walikota Depok dapat dibaca dalam Denny Indrayana, Saldi Isra dll, (2005), *Kepala Daerah Pilihan Hakim: Membongkar Kontroversi Pilkada Depok*, Harakatuna Publishing, Bandung.

¹⁷³ Kompas 08/09-2005.

¹⁷⁴ Dalam kasus ini, salah seorang anggota KY, Irawadi Joenoes menyatakan: "Kita akan segera memanggil hakimnya dan saya sudah meminta berkas perkaranya. Kita sangat menyesalkan perkara ini bebas" (*Sinar Harapan*, 29/10-2005).

¹⁷⁵ Dalam kasus ini, Irawadi Joenoes, menyatakan bahwa Hakim telah bertindak tidak profesional karena memvonis kurang dari ketentuan minimum yang terdapat dalam undang-undang (*Republika*, 02/12-2005).

¹⁷⁶ Lihat Putusan MK No 005/PUU-IV/2006, hal. 187-188.

Temuan KY dalam pemeriksaan yang dilakukan dikatakan telah terdapat perbedaan persepsi/pendapat tentang bunyi UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi, yang menyatakan "dapat" menimbulkan kerugian negara/perekonomian negara, yang diartikan hakim sebagai delik materil, sehingga kerugian negara harus nyata, berapa jumlahnya sebagai akibat dari perbuatan melawan hukum. Berdasarkan tafsiran dan persepsi yang berbeda atas bunyi Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi, khususnya kata "dapat" di mana penjelasan telah menyatakan bahwa delik tersebut adalah delik formil.

b. Pemohon, Posita dan Petitum

Dalam Putusan Perkara Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial (selanjutnya disebut UU KY) para pemohon merupakan hakim Mahkamah Agung sebanyak 33 orang. Selain permohonan UU KY hakim agung tersebut juga permohonan pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Sumber pokok yang menjadi keberatan ke-31 orang Hakim Agung adalah menyangkut kata makna “Hakim” frasa “mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim” yang terdapat dalam Pasal 24B Ayat (1) UUD 1945. Adapun yang menjadi dasar hukum permohonan para hakim agung adalah sebagai berikut :

- a. Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan :

Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil Pemilihan Umum;

- b. Bahwa Pemohon adalah perorangan warga negara Indonesia sebagai Hakim Agung pada Mahkamah Agung yang mempunyai kepentingan hukum dalam permohonan ini karena Pemohon menganggap hak dan kewenangan konstitusional Pemohon dirugikan oleh berlakunya Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004, khususnya yang berkaitan dengan “pengawasan hakim” yang diatur dalam Bab. III Pasal 20 dan Pasal 22 ayat (1) huruf e dan ayat (5) serta

yang berkaitan dengan “usul penjatuhan sanksi” yang diatur dalam Pasal 21, Pasal 23 ayat (2) dan ayat (3) serta ayat (5), Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) dihubungkan dengan Bab. I Pasal 1 butir 5 Undang-undang tersebut. Dengan berlakunya Pasal-pasal tersebut menimbulkan kerugian pada para Pemohon sebagai Hakim Agung termasuk juga Hakim Mahkamah Konstitusi menjadi atau sebagai objek pengawasan serta dapat diusulkan sebagai objek penjatuhan sanksi oleh Komisi Yudisial;

- c. Bahwa ketentuan yang diuraikan pada huruf b di atas sangat berkaitan dengan Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 yang menyatakan bahwa “dalam rangka menjaga kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku Hakim Agung dan Hakim, pengawasan dilakukan oleh Komisi Yudisial yang diatur dalam Undang-undang”;

Adapun alasan-alasan permohonan dalam pengujian Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman tersebut antara lain :

- 1) Di dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 disebutkan sebagai berikut : *“Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku Hakim”*;

bahwa apabila kalimat tersebut dibaca dalam satu nafas dan konteknya satu sama lain maka bermakna bahwa Komisi Yudisial mempunyai kewenangan lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim adalah dalam rangka melaksanakan kewenangan Komisi Yudisial untuk mengusulkan pengangkatan Hakim Agung;

- 2) Di dalam Pasal 25 UUD 1945 mengatur bahwa syarat-syarat untuk menjadi dan untuk diberhentikan sebagai Hakim ditetapkan dengan Undang-undang;

Undang-undang yang mengatur tentang hal tersebut diatur oleh Undang-undang yang berbeda untuk Hakim Tingkat I dan Tingkat Banding (Undang-undang No. 8 Tahun 2004 untuk Peradilan Umum, Undang-undang No. 9 Tahun 2004 untuk Peradilan Tata Usaha Negara, Undang-undang No. 7 Tahun 1989 untuk Peradilan Agama, Undang-undang No. 31 Tahun 1997 untuk Peradilan Militer) serta Hakim Agung (Undang-undang No. 5 Tahun 2004) dan Mahkamah Konstitusi (Undang-undang No. 24 Tahun 2003);

Dalam hal ini jelas bahwa kewenangan Komisi Yudisial tidak menjangkau Hakim Mahkamah Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi, karena untuk menjadi Hakim Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi tidak seluruhnya berasal dari Hakim Tingkat I dan Hakim Banding;

Lebih jelas lagi bahwa Komisi Yudisial tidak berwenang untuk mengadakan pengawasan terhadap Hakim *Ad Hoc*;

Dari sini jelas terlihat bahwa yang dimaksud dengan kata “Hakim” di dalam Pasal 24B UUD 1945 bukan terhadap seluruh Hakim;

Berdasarkan hal tersebut, maka yang dimaksudkan oleh Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 tentang kewenangan lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku Hakim adalah Hakim yang akan menjadi Hakim Agung pada Mahkamah Agung;

3) Di dalam Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 yaitu:

a. Pasal 20 disebutkan bahwa:

“Dalam melaksanakan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 huruf b, Komisi Yudisial mempunyai tugas melakukan pengawasan terhadap perilaku Hakim dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku Hakim”;

b. Pasal 1 butir 5 menentukan bahwa yang dimaksud dengan:

“Hakim adalah Hakim Agung dan Hakim pada badan peradilan di semua lingkungan peradilan yang berada dibawah Mahkamah Agung serta Hakim Mahkamah Konstitusi sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”;

Dengan demikian Pasal 1 butir 5 tersebut telah memperluas pengertian Hakim yang diatur dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 karena hanya dimaksudkan terhadap Hakim pada badan peradilan di semua lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung saja, tidak meliputi Hakim Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi;

- c. Di samping kedua Pasal yang disebut di dalam Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tersebut, hal yang sama juga disebut di dalam Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang memberi kewenangan kepada Komisi Yudisial untuk melakukan pengawasan Hakim Agung adalah bertentangan dengan Pasal 24B UUD 1945;
- 4) Dalam rumusan pasal-pasal yang di sebut dalam angka 3 di atas membawa makna bahwa pengawasan Komisi Yudisial terhadap para Hakim pada badan peradilan di semua lingkungan peradilan termasuk di dalamnya Hakim Agung pada Mahkamah Agung dan Hakim pada Mahkamah Konstitusi jelas bertentangan dengan Pasal 24B UUD 1945, karena yang dimaksud “Hakim” dalam Pasal 24B tersebut tidak meliputi Hakim Mahkamah Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi;
- 5) Secara universal, kewenangan pengawasan Komisi Yudisial tidak menjangkau Hakim Agung pada Mahkamah Agung, karena Komisi Yudisial adalah merupakan mitra dari Mahkamah Agung dalam melakukan pengawasan terhadap para hakim pada badan peradilan di semua lingkungan peradilan yang ada dibawah Mahkamah Agung;

Pasal 32 Undang-undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung yang berbunyi sebagai berikut :

(1) Mahkamah Agung melakukan pengawasan tertinggi terhadap penyelenggaraan peradilan di semua lingkungan peradilan dalam menjalankan kekuasaan kehakiman;

(2) Mahkamah Agung mengawasi tingkah laku dan perbuatan pada Hakim di semua lingkungan peradilan dalam menjalankan tugasnya;

Adapun usul penjatuhan sanksi terhadap Hakim menurut Pasal 21 jo Pasal 23 ayat (3) dan ayat (4) dilakukan oleh Komisi Yudisial yang diserahkan kepada Mahkamah Agung dan kepada Hakim yang akan dijatuhi sanksi pemberhentian diberi kesempatan untuk membela diri dihadapan Majelis Kehormatan Hakim;

- 6) Di samping itu khusus mengenai usul pemberhentian terhadap Hakim Agung dilakukan oleh Ketua Mahkamah Agung dan kepada Hakim Agung yang bersangkutan diberi kesempatan untuk membela diri lebih dahulu dihadapan Majelis Kehormatan Mahkamah Agung sebagaimana diatur dalam Pasal 12 Undang-undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung, sedang bagi Hakim Mahkamah Konstitusi usul pemberhentiannya dilakukan oleh Ketua Mahkamah Konstitusi dan kepada Hakim Konstitusi yang bersangkutan diberi kesempatan untuk membela diri lebih dahulu dihadapan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 23 ayat (3) dan ayat (4) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, tanpa campur tangan dari Komisi Yudisial. Hal ini berbeda dengan Hakim pada badan peradilan dibawah Mahkamah Agung selain mensyaratkan usul penjatuhan sanksi dari Komisi Yudisial, juga Hakim yang bersangkutan diberi kesempatan lebih dahulu untuk membela diri dihadapan Majelis Kehormatan Hakim;

Atas dasar tersebut maka Pasal 21, Pasal 23 ayat (2) dan ayat (3) serta ayat (5), Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) yang mengatur tentang usul penjatuhan sanksi terhadap Hakim Agung dan/atau Hakim Mahkamah Konstitusi oleh Komisi Yudisial bertentangan dengan Pasal 24B dan Pasal 25 UUD 1945 yang memberi kewenangan kepada Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi untuk membentuk Majelis Kehormatan Mahkamah Agung dan/atau Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi;

7) Oleh karena pengawasan terhadap Hakim Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi serta usul penjatuhan sanksi oleh Komisi Yudisial tidak termasuk Hakim Agung dan/atau Hakim Mahkamah Konstitusi, maka sepanjang mengenai “pengawasan dan usul penjatuhan sanksi” terhadap Hakim Agung dan Hakim Konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal-pasal:

- 1 butir 5
- 20, 21, 22 ayat (1) huruf e dan ayat (5), 23 ayat (2) dan ayat (3) serta ayat (5), 24 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial serta Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman harus dinyatakan bertentangan dengan Pasal 24B dan Pasal 25 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan selanjutnya menyatakan bahwa pasal-pasal tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat bagi Hakim Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi;

Selama ini pengawasan Komisi Yudisial yang telah memanggil beberapa Hakim Agung, dalam hubungan dengan perkara yang telah diadilinya. Pemanggilan oleh Komisi Yudisial terhadap Hakim Agung Bagir Manan, Marianna Sutadi, Paulus Effendi Lotulung, Parman Suparman, Usman Karim, Harifin A. Tumpa telah mengakibatkan terganggunya hak konstitusional Hakim Agung, yang dijamin kemerdekaannya oleh UUD 1945. Pemanggilan Komisi Yudisial kepada para Hakim

Agung tersebut, berpotensi dan akan membawa makna bahwa semua Hakim Agung dapat dipanggil sewaktu-waktu karena memutuskan suatu perkara. Hal ini akan menghancurkan independensi Hakim Agung yang dijamin UUD 1945;

pengawasan oleh Komisi Yudisial dengan cara memanggil Hakim Agung karena memutuskan suatu perkara merupakan sebab-akibat (*causal verband*), hilangnya atau terganggunya kebebasan Hakim yang dijamin oleh UUD 1945;

Berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, pemohon meminta kepada Mahkamah Konstitusi agar :

1. Mengabulkan permohonan para Pemohon ;
2. Menyatakan:
 - Pasal 1 angka 5
 - Pasal 20;
 - Pasal 21;
 - Pasal 22 ayat (1) huruf e dan ayat (5);
 - Pasal 23 ayat (2) dan ayat (3) serta ayat (5);
 - Pasal 24 ayat (1) dan;
 - Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004, serta Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004, sepanjang yang menyangkut Hakim Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi, bertentangan dengan Pasal 24B dan Pasal 25 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
3. Menyatakan Pasal-pasal tersebut pada angka 2 di atas tidak mempunyai kekuatan mengikat bagi Hakim Agung pada Mahkamah Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi;

c. Analisa Putusan

Membaca permohonan yang diajukan oleh pemohon, MK mempunyai wewenang untuk memeriksa permohonan tersebut. Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Karena Pemohon mengajukan permohonan untuk menguji UU No 22/2004 (dan UU No 4/2004 tentang Kekuasaan Kehakiman) terhadap UUD 1945, maka permohonan tersebut berada dalam lingkup kewenangan Mahkamah Konstitusi. Namun ada beberapa poin penting yang harus dibahas dan didiskusikan lebih lanjut.

Pertama, asas seorang tidak dapat menjadi hakim bagi dirinya sendiri (*nemo iudex in propria causa*). Sebagai salah satu asas dalam hukum acara, MK tidak boleh menyimpanginya. Artinya, alasan bahwa berpekar di MK tidak sama dengan berpekar di pengadilan biasa, tidak dijadikan argumentasi untuk mengabaikan prinsip *nemo iudex in propria causa*. Sampai saat ini, MK sudah beberapa kali menggunakan argumentasi bahwa berpekar di MK tidak sama dengan berpekar di pengadilan biasa, namun belum ada argumentasi yang dapat menjelaskan hal ini secara tuntas.

Dalam kasus yang sedang kita bahas ini, MA berupaya “menarik” MK sebagai pihak yang dirugikan kepentingan konstitusionalnya oleh UU No 22/ 2004. Celakanya, sadar atau tidak, MK terjebak membangun argumentasi untuk tidak masuk dalam ranah pengawasan KY. Untuk kepentingan ini, MK berani menyimpangi dan menyatakan tidak berlaku asas bahwa tidak seorang pun dapat menjadi hakim dalam kepentingan perkaranya sendiri dalam permohonan uji materiil UU No 22/2004.

Secara universal, asas hanya dapat disimpangi kalau ditentukan secara tertulis. Di luar itu, penyimpangan tidak diperbolehkan. Secara normatif, Pasal 29 ayat (5) dan (6) UU No 4/2004 menyatakan:

1. Seorang hakim atau panitera wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila ia mempunyai kepentingan langsung atau tidak langsung dengan perkara yang sedang diperiksa, baik atas kehendaknya sendiri maupun atas permintaan pihak yang berperkara.
2. Dalam hal terjadi pelanggaran terhadap ketentuan pada ayat (5), putusan dinyatakan tidak sah dan terhadap hakim atau panitera yang bersangkutan dikenakan sanksi administratif atau dipidana berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Kedua, *legal standing*. Membaca permohonan Pemohon, sulit untuk mencarikan dalil bahwa Pemohon tidak mempunyai legal standing. Pasal 51 Ayat (1) UU No 22/2003 tentang MK menyatakan, Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang.

Namun kalau dibaca dengan teliti Putusan No. 005/PUU-IV/2006 akan diketahui bahwa salah seorang hakim konstitusi menolak *legal standing* Pemohon terutama yang menyangkut sepanjang hakim konstitusi. Penolakan salah seorang Hakim Konstitusi dapat dibaca dalam Putusan MK (hal. 157) yang menyatakan:

Mahkamah Konstitusi berpendapat para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing, legitima persona standi in judicio*) untuk mengajukan permohonan *a quo*, dengan seorang Hakim Konstitusi berpendapat lain bahwa, sepanjang menyangkut ketentuan yang berkaitan dengan Hakim Konstitusi, para Pemohon tidak mempunyai *legal standing* karena tidak ada kerugian hak atau kewenangan konstitusional yang bersifat spesifik yang dialami oleh para Pemohon, selaku Hakim Agung, sebagai akibat dari

berlakunya ketentuan yang mengatur tentang Mahkamah Konstitusi dan Hakim Konstitusi dalam UUKY.

Pertanyaan mendasar yang harus dikemukakan: mengapa tidak dimunculkan nama dan argumentasi hakim konstitusi yang tidak menerima legal standing tersebut. Tidak hanya itu, sekalipun hakim yang bersangkutan hanya menolak legal standing pemohon sepanjang menyangkut hakim konstitusi, itu berarti dia menolak legal standing secara keseluruhan. Dalam proses beracara, lazimnya tidak dikenal pemisahan legal standing.¹⁷⁷ Artinya, kalau hakim konstitusi yang menolak legal standing tersebut konsisten maka komposisi putusan hakim No. 005/PUU-IV/2006 adalah 8:1 bukan 9:0.

Ketiga, hakim konstitusi tidak masuk dalam pengertian hakim. Pasal 24 Ayat (2) UUD 1945 menyatakan, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Kalau UUD 1945 tidak memisahkan pengertian hakim berdasarkan ruang lingkup, maka semua hakim dalam ranah kekuasaan negara harus dimaksudkan sebagai hakim. Karena kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh hakim dalam semua lingkungan peradilan, maka tidak tepat mengatakan bahwa hakim konstitusi tidak termasuk dalam pengertian hakim.

Tambah lagi, dalam risalah amandemen UUD 1945, tidak pernah disebutkan bahwa hakim konstitusi tidak termasuk dalam pengertian hakim. Artinya, dengan tidak dibahas dan disebutkan bahwa Hakim Konstitusi masuk dalam ranah pengawasan KY tidak berarti bahwa Hakim Konstitusi dapat ditafsirkan tidak masuk dalam wilayah pengawasan KY. Dalam hal ini menarik menyimak pendapat **Rifqi S. Assegaf** berikut ini:

¹⁷⁷ Kelaziman ini dijelaskan dengan panjang lebar oleh Bapak Sahlan Said, mantan hakim yang menjadi salah seorang eksaminator dalam Perkara Nomor 006/PUU-IV/2006 di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta 26-27 September 2006.

Dengan menggunakan penafsiran historis, peneliti sepakat dengan putusan MK bahwa tidak maksud dan tujuan dari penyusun UUD 1945 menjadikan Hakim Konstitusi sebagai obyek pengawasan KY. Namun penggunaan metode panfsiran historis *an sich* dalam Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 dapat diperdebatkan karena tidak ada ancaman atau konstitusional yang terlanggar jika Hakim Konstitusi diawasi oleh KY. Bahkan mengingat pentingnya prinsip akuntabilitas dalam negara hukum yang demokratis sebagai penyeimbang prinsip independensi peradilan (yang diartikan sebagai diperlukannya lembaga pengawas, termasuk pengawas eksternal terhadap hakim), maka sewajarnya MK menggunakan penafsiran teleologis dalam memutus hal ini.¹⁷⁸

Dengan penjelasan itu, **Rifqi S. Assegaf** mengajukan fakta lain bahwa sebenarnya dalam Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 alasan serta metode teleologis ini pula yang dipakai MK saat memutus bahwa Hakim Agung dapat menjadi obyek pengawasan KY.¹⁷⁹ Lalu, tambah Rifqi, mengapa MK memilih metode penafsiran lain saat menilai dapat tidaknya KY mengawasi Hakim Konstitusi.¹⁸⁰ Alasan ini juga yang digunakan untuk membangun argumen tambahan Majelis Eksaminasi Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 yang menyatakan bahwa dengan menghindari pengawasan KY, Hakim Konstitusi dapat dikatakan anti akuntabilitas.¹⁸¹

¹⁷⁸ Rifqi S. Assegaf, (2006), Putusan Mahkamah Konstitusi atas Hak Uji Materiil UU KY: Momentum Penguatan Gerakan Anti "Mafia Peradilan", makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006, hal. 5.

¹⁷⁹ *Ibid.*, hal. 6

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Lihat hasil Eksaminasi Putusan No 006/PUU-IV/2006 yang diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 26-27 September 2006, hal. 5.

Majelis Eksaminasi terdiri dari: (1) Prof. Dr. Yohanes Usfunan, S.H., MH. (dari Fak. Hukum Univ. Udayana), (2) M. Fajrul Falaakh, S.H., M.A., MSc. (Fak Hukum UGM), (3) Drs Lukman Hakim Saifuddin (Anggota DPR RI dan mantan anggota PAH Ad Hoc I MPR 1999-2004), (4) Saldi Isra, S.H., MPA (Fak Hukum Unand), (5) Iwan Satriawan, S.H., MCL. (Fak Hukum Univ Muhammadiyah, Yogyakarta), (6) Sahlan Said (mantan hakim), dan (7) Firmansyah Arifin, S.H. (Ketua KRHN).

Keempat, *checks and balances* lembaga negara. Sejak selesainya Perubahan UUD 1945 Generasi Pertama (1999-2002), pembedaan lembaga-lembaga negara tidak lagi didasarkan kepada pembagian hierarkis berupa lembaga tertinggi negara dan lembaga tinggi negara. Setelah perubahan, lembaga-lembaga negara dibedakan sesuai dengan fungsi dan kewenangan konstitusional masing-masing. Namun, pertimbangan hukum Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 kembali “menghidupkan” pola hubungan antarlembaga negara yang hierarkis. Misalnya, dalam halaman 178-179 Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 secara eksplisit dinyatakan:

...menurut Mahkamah Konstitusi, UUD 1945 dengan jelas membedakan cabang-cabang kekuasaan negara dalam bidang legislatif, eksekutif, dan yudikatif yang tercermin dalam fungsi-fungsi MPR, DPR dan DPD, Presiden dan Wakil Presiden, serta Mahkamah Agung, Badan Pemeriksa Keuangan, dan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga-lembaga negara yang utama (*main state organs, principal state organs*). Lembaga-lembaga negara dimaksud itulah yang secara instrumental mencerminkan pelembagaan fungsi-fungsi kekuasaan negara yang utama (*main state functions, principal state functions*), sehingga oleh karenanya lembaga-lembaga negara itu pula yang dapat disebut sebagai lembaga negara utama (*main state organs, principal state organs, atau main state institutions*) yang hubungannya satu dengan yang lain diikat oleh prinsip “checks and balances”.

Dengan demikian, prinsip “checks and balances” itu terkait erat dengan prinsip pemisahan kekuasaan negara (*separation of powers*), dan tidak dapat dikaitkan dengan persoalan pola hubungan antarsemua jenis lembaga negara, seperti misalnya dalam konteks hubungan antara Mahkamah Agung dan Komisi Yudisial. Oleh karena itu, memahami hubungan antara lembaga negara dalam perspektif “checks and balances” di luar konteks pemisahan fungsi-fungsi kekuasaan negara (*separation of powers*), seperti dalam hubungan antara Mahkamah Agung dan KY, adalah tidak tepat. Walaupun

benar bahwa KY dapat diberi peran pengawasan, maka pengawasan itu bukanlah dalam rangka *checks and balances* dan juga bukan pengawasan terhadap fungsi kekuasaan peradilan, melainkan hanya pengawasan terhadap perilaku individu-individu hakim.

Kalau dibaca dengan teliti pertimbangan hukum di atas, Hakim Konstitusi merencanakan begitu saja antara *separation of power* dengan *checks and balances*. Dalam *separation of powers*, pembagian secara kaku atas tiga cabang kekuasaan menjadi benar adanya, sedangkan dalam *checks and balances* pembagian seperti itu bukan menjadi hal yang mutlak.¹⁸² Oleh karenanya, ada pernyataan agak “berbahaya” bagi diskursus ilmu hukum bila interpretasi MK ini dijadikan patokan dalam kontekstualisasi prinsip *checks and balances* di Indonesia. Dikatakan “berbahaya” karena pertimbangan itu menyempitkan pemahaman *checks and balances* pada teks konstitusi, bukan pada prinsip-prinsip.¹⁸³

Dalam hal ini, **John A. Garvey** dan **T. Alexander Aleinikoff** menjelaskan bahwa memang ada tiga pendekatan yang digunakan untuk memahami tempat dan hubungan lembaga-lembaga negara, yaitu (1) “*separation of powers*”, (2) “*separation of functions*”, dan (3) “*checks and balances*”.¹⁸⁴ Terkait dengan pendekatan tersebut, **Peter L. Strauss** (1984) dalam tulisannya “*The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and Fourth Branch*” menjelaskan bahwa *unlike the separation of powers, the checks and balances idea does not suppose a radical division of government into three parts, with particular functions neatly parceled out among*

¹⁸² Zainal Arifin Mochtar, (2006), Hikayat ‘Lupa’ di Putusan MK, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik “Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?”, diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan *Indonesian Court Monitoring*, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006, hal. 4.

¹⁸³ Bivitri Susanti, (2006), Hakim atau Legislator: Menyoal Putusan MK tentang Undang-Undang Komisi Yudisial, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik “Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?”, diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan *Indonesian Court Monitoring*, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006, hal. 2.

¹⁸⁴ John A. Garvey dan T. Alexander Aleinikoff, (1994), *Modern Constitutional Theory*, West Publishing Co, hal. 296-297.

*them. Rather, focus is on relationship and interconnections, on maintaining the conditions in which the intended struggle at the apex may continue.*¹⁸⁵

Kelima, independensi kekuasaan kehakiman. Prinsip ini termasuk salah satu poin yang cukup luas dipaparkan dalam Putusan No 005/PUU-IV/2006. Pemaparan itu dapat dipahami karena kekuasaan kehakiman yang merdeka menghendaki agar hakim terbebas dari campur tangan, tekanan atau paksaan, baik langsung maupun tidak langsung dari kekuasaan lembaga lain, teman sejawat, atasan, serta pihak-pihak lain di luar peradilan. Sehingga Hakim dalam memutus perkara hanya demi kadilan berdasarkan hukum dan hati nurani.¹⁸⁶ Dalam pandangan Hakim Agung Artidjo Alkostar, tidak ada bangsa yang beradab tanpa adanya pengadilan yang merdeka dan bermartabat. Fungsi pengadilan merupakan salah satu tiang tegaknya negara yang berdaulat. Salah satu elemen pengadilan adalah menyangkut faktor adanya pengadilan yang merdeka.¹⁸⁷

Kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan salah satu prinsip penting dalam negara demokrasi. **Shimon Shetreet** dalam *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges* membagi *independence of the judiciary* menjadi empat hal yaitu *substantive independence* (independensi dalam memutus perkara), *personal independence* [misalnya adanya jaminan masa kerja dan jabatan (*term of office and tenure*)], *internal independence* (misalnya independensi dari atasan dan rekan kerja) dan *collective independence* (misalnya adanya partisipasi pengadilan dalam administrasi pengadilan, termasuk dalam penentuan budget pengadilan).¹⁸⁸

¹⁸⁵ Zainal Arifin Mochtar, (2006), Hikayat 'Lupa' ..., hal. 4.

¹⁸⁶ Bandingkan dengan Mahkamah Agung RI, (2003), *Cetak Biru Mahkamah Agung RI*, hal 7.

¹⁸⁷ Artidjo Alkostar, (2005), *Membangun Pengadilan Berarti Membangun Peradaban Bangsa*, dalam Majalah Hukum Varia Peradilan, Tahun XX. No. 238, Jakarta.

¹⁸⁸ Shimon Shetreet, (1995), *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, dalam Shimon Shetreet and J. Deschenes (eds), *Judicial Independence*, Martinus Nijhoff Publishe, Netherlands. 1985). Dikutip dalam Cetak Biru Pembaruan Mahkamah Agung, (2003), Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Erhard Blankenburg mengatakan bahwa independensi peradilan dapat diuji melalui dua hal, yaitu ketidakberpihakan (*impartiality*) dan keterputusan relasi dengan para aktor politik (*political insularity*).¹⁸⁹ Imparsialitas terlihat pada gagasan bahwa para hakim akan mendasarkan putusannya pada hukum dan fakta-fakta di persidangan, bukan atas dasar keterkaitan dengan salah satu pihak yang berperkara. Imparsialitas proses peradilan hanya dapat dilakukan jika hakim dapat melepaskan diri dari konflik kepentingan atau faktor semangat pertemanan (*collegial*) dengan pihak yang berperkara. Karenanya, hakim harus mengundurkan diri dari proses persidangan jika ia melihat ada potensi imparsialitas¹⁹⁰ Sementara itu, pemutusan relasi dengan dunia politik penting bagi seorang hakim agar ia tidak menjadi alat untuk merealisasikan tujuan-tujuan politik.¹⁹¹

Namun, independensi tidak tepat dijadikan sebagai alasan untuk menghindari pengawasan terhadap hakim. Kalau digunakan teori Shimon Shetreet, barangkali, independensi hakim yang tidak dapat disentuh adalah independensi dalam memutus perkara (*substantive independence*). Tambah lagi, sebagai sebuah lembaga, hakim dan kekuasaan kehakiman mesti memahami filosofi pengawasan bahwa tidak ada satupun kekuasaan tanpa pengawasan.

Keenam, makna bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. 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. Kemudian, Pasal 56 Ayat (3) UU MK menyatakan, Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pertanyaannya: *apakah yang dimaksudkan dengan bertentangan dengan UUD?*

¹⁸⁹ A. Muhammad Asrun, (2004), *Krisis Peradilan: Mahkamah Agung di Bawah Soeharto*, Elsam, Jakarta.

¹⁹⁰ *Ibid.*

Pendapat ini dapat juga menjadi argumentasi lain bahwa hakim tidak boleh menyimpangi asas *nemo iudex in propria causa*

¹⁹¹ *Ibid.*

Pertanyaan tersebut begitu penting untuk dikaji dan dijelaskan secara tepat karena beberapa pasal-pasal dalam undang-undang (termasuk UU KY) yang lebih bersifat menjelaskan atau mengelaborasi lebih jauh pasal-pasal yang terdapat dalam UUD 1945 dinyatakan bertentangan dengan UUD oleh MK. Misalnya, dalam halaman 194 Putusan No 006/PUU-IV/2006 secara eksplisit dinyatakan bahwa Pasal 20, 21, 22, 23, sepanjang mengenai pengawasan, Pasal 24 ayat (1) sepanjang yang menyangkut hakim konstitusi, dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) UUKY serta Pasal 34 ayat (3) UUKK bertentangan dengan Pasal 24, Pasal 24A, dan Pasal 24B UUD 1945.

d. Implikasi Putusan

Terlepas dari berbagai catatan di atas, masalah lain yang perlu dikaji lebih lanjut yaitu implikasi Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 terhadap reformasi kekuasaan kekuasaan kehakiman. Setidaknya, ada tiga implikasi yang perlu dicatat khusus.

Pertama¹⁹², *judicial corruption*. Salah satu kekawatiran banyak kalangan yang *concern* terhadap dunia peradilan adalah Putusan MK tersebut akan semakin menyuburkan praktik korupsi dalam proses peradilan (*judicial corruption*). Dalam bahasa Denny Indrayana, Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 akan menumbuhkan praktik mafia peradilan.¹⁹³ Bahkan, muncul juga penilaian bahwa hakim konstitusi tidak jauh berbeda dengan hakim lain (hakim konstitusi juga hakim).¹⁹⁴

Sudah menjadi rahasia umum, dalam penyelesaian sebuah perkara, permainan uang dapat dikatakan terjadi dari hulu sampai ke hilir. Tegasnya, jual-beli hukum sudah

¹⁹² Penjelasan bagian ini berasal dari Saldi Isra, (2005), Penangkapan Pengacara Puteh, dalam *Kompas*, Jakarta, hal. 6.

¹⁹³ Denny Indrayana, (2006), Mahkamah Mafia Peradilan, dalam *Kompas*, Jakarta, hal.6.

¹⁹⁴ Saldi Isra, (2006), Hakim Konstitusi Juga Hakim, dalam *Kompas*, Jakarta, hal.6.

mulai terjadi sejak dari proses penyelidikan sampai ke tahap pelaksanaan putusan hakim. Misalnya, dalam tahap penyelidikan dan penyidikan, permainan uang sering mengalahkan logika dan rasa keadilan masyarakat. Banyak kasus yang sudah seharusnya dilimpahkan ke pengadilan, tetapi karena ada permainan uang, kasus tersebut dihentikan penyidikannya. Alasan yang sering dikemukakan, tidak terdapat cukup bukti untuk melimpahkan perkara ke pengadilan. Padahal, dalam proses-proses awal, penyidik sudah menahan tersangka. Logikanya, kalau dilakukan penahanan, penyidik sudah punya keyakinan kuat bahwa tersangka memang melakukan tindak pidana.

Dalam pengungkapan kasus korupsi, logika-logika hukum bisa jungkir-balik karena adanya faktor uang yang mengiringi perjalanan sebuah kasus. Sudah menjadi rahasia umum, penanganan kasus korupsi justru membuka ruang terjadinya praktik korupsi baru. Laporan masyarakat atas indikasi korupsi tidak jarang digunakan sebagai lahan untuk melakukan pemerasan. Penyidik yang biasanya sangat galak di tahap-tahap awal terkuaknya sebuah kasus, tiba-tiba merasa kekurangan bukti untuk meneruskan kasus ke meja hijau. Kegagalan itu bisa dimengerti karena penyidik menunggu 'setoran' terlebih dulu sebelum mempertimbangkan melanjutkan atau tidak melanjutkan sebuah kasus. Terkait dengan soal ini menarik menyimak pandangan **Machfud MD** (2005), orang-orang yang terindikasi melakukan korupsi sering dijadikan sebagai *automated teller machine* (ATM) bagi aparat penegak hukum.

Kasus yang sampai ke pengadilan, pola permainan uang bisa jauh lebih rumit. Kerumitan muncul karena pihak yang terkait dengan penanganan perkara di pengadilan lebih banyak dibandingkan dengan di tingkat penyidikan seperti pengacara, jaksa, panitera dan hakim. Bagi pengacara yang punya kontak langsung dengan hakim, persoalan bisa menjadi lebih mudah karena pengacara bisa merundingkan vonis yang akan dijatuhkan tanpa perlu menghiraukan tututan jaksa. Beberapa kasus membuktikan, sekalipun jaksa menuntut maksimal, hakim dapat saja membebaskan terdakwa.

Berbeda halnya dengan pengacara yang tidak mempunyai kontak langsung dengan hakim, diperlukan pihak ketiga untuk menghubungi hakim. Biasanya, peran pihak ketiga lebih praktis dan aman dilakukan oleh panitera. Inisiatif mempertemukan atau menyambungkan komunikasi antara hakim dan pengacara bisa datang dari hakim sendiri, bisa pula dari pengacara terdakwa, namun tidak tertutup kemungkinan berasal dari panitera sendiri. Dari penjelasan itu, panitera bisa memainkan peran penting dalam proses suap-menyuap di pengadilan.

Tidak hanya itu, peran panitera dalam suatu perkara begitu luar biasanya sampai menyebabkan para pengacara tidak perlu bekerja susah-susah. Misalnya, dari informasi mereka yang biasa berpraktik di pengadilan atau para pemantau peradilan, panitera kerap membuatkan jawaban-jawaban untuk proses persidangan bagi para pengacara. Dengan mengerti betul isi kepala hakim –dalam banyak kasus paniteralah sebenarnya yang mengerjakan draf pertimbangan hukum putusan--sangat mudah bagi panitera untuk menyusun suatu jawaban yang dapat diterima oleh logika hakim. Dalam posisi demikian, bagi pengacara, “memegang” panitera tidak hanya bisa memegang seorang hakim tetapi juga bisa memegang seluruh hakim yang menangani perkara.

Kedua, kekosongan hukum (di tingkat undang-undang) mengenai pelaksanaan fungsi pengawasan KY. Implikasi lain dari Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 munculnya kekosongan hukum mengenai pelaksanaan pengawasan hakim oleh KY. Dengan kejadian ini, pengawasan hakim kembali mengandalkan pengawasan internal. Padahal, selama ini, pengawasan internal dianggap tidak optimal dalam mengawasi praktik menyimpang hakim. Pada halaman 201 Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 dinyatakan:

Untuk mengatasi akibat kekosongan hukum yang terlalu lama berkaitan dengan tugas KY, khususnya yang berkaitan dengan ketentuan mengenai pengawasan perilaku hakim, UUKY segera harus disempurnakan melalui

proses perubahan undang-undang sebagaimana mestinya. Keinginan untuk mengadakan perubahan undang-undang ini telah pula dikemukakan berkali-kali secara terbuka baik oleh MA maupun oleh KY sendiri. Karena itu, Mahkamah Konstitusi juga merekomendasikan kepada DPR dan Presiden untuk segera mengambil langkah-langkah penyempurnaan UUKY. Bahkan, DPR dan Presiden dianjurkan pula untuk melakukan perbaikan-perbaikan yang bersifat integral dengan juga mengadakan perubahan dalam rangka harmonisasi dan sinkronisasi atas UUKK, UUMA, UUMK, dan undang-undang lain yang terkait dengan sistem peradilan terpadu. Tugas legislasi ini adalah tugas DPR bersama dengan pemerintah. MA, KY, dan juga MK merupakan lembaga pelaksana undang-undang, sehingga oleh karenanya harus menyerahkan segala urusan legislasi itu kepada pembentuk undang-undang. Bahwa MA, KY, dan juga MK dapat diikutsertakan dalam proses pembuatan sesuatu undang-undang yang akan mengatur dirinya, tentu saja merupakan sesuatu yang logis dan tepat. Akan tetapi, bukanlah tugas konstitusional MA, KY, dan juga MK untuk mengambil prakarsa yang bersifat terbuka untuk mengadakan perubahan undang-undang seperti dimaksud. Setiap lembaga negara sudah seharusnya membatasi dirinya masing-masing untuk tidak mengerjakan pekerjaan yang bukan menjadi tugas pokoknya, kecuali apabila hal itu dimaksudkan hanya sebagai pendukung.

Pada salah satu sisi, gagasan untuk menyusun dan menata kembali model pengawasan hakim dengan melakukan sinkronisasi semua peraturan perundang-undangan yang berada di ranah kekuasaan kehakiman memang diperlukan. Namun, di sisi lain, gagasan ini seolah-olah menempatkan MK sebagai legislator.¹⁹⁵ Tidak hanya itu, berdasarkan pengalaman penggunaan fungsi legislasi DPR selama ini, perubahan undang-undang akan memerlukan waktu yang cukup lama. Apalagi, kalau paket itu terdiri dari delapan undang-undang.

¹⁹⁵ Penjelasan lebih lanjut mengenai isu ini dapat dibaca dalam Bivitri Susanti, (2006), *Hakim atau Legislator: Menyoal...*

Ketiga, menguatnya krisis kepercayaan kepada MK. Dampak lain, timbulnya krisis kepercayaan publik kepada MK. Banyak kalangan menilai, dalam beberapa waktu terakhir, mulai kelihatan putusan semakin menjauhi gagasan pembaruan hukum. Salah satu putusan MK yang mendapat sorotan tajam adalah pernyataan tidak punya kekuatan mengikat sebagian penjelasan Pasal 2 Ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Dalam bahasa yang agak sinis, Teten Masduki mengatakan bahwa mulai terlihat kecenderungan MK “membunuh anak-anak reformasi”.

Keempat, menguatnya wacana untuk meninjau ulang kewenangan MK. Wacana ini dikembangkan oleh sebagian anggota DPR. Berdasarkan hasil penelitian Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (2005), banyak catatan atau ketidaksukaan yang nyata dari anggota DPR. Argumentasi yang dikembangkan sebagian anggota DPR tersebut: “bagaimana mungkin putusan sembilan orang bisa mengalahkan produk 550 orang?”¹⁹⁶ Meski hampir tidak mungkin mengurangi kewenangan MK di tingkat undang-undang, menguatnya wacana ini di kalangan legislator harus tetap dijadikan catatan tersendiri. Bagaimanapun, kalau ini terjadi, negeri ini akan kehilangan arti kehadiran MK sebagai *the guardian of the constitution*.

Pertanyaan mendasar yang sering dikemukakan paska Putusan MK No 005/PUU-IV/2006, bagaimanakah masa depan KY? Pertanyaan ini wajar muncul karena berdasarkan Pasal Pasal 24C Ayat (1) menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final.

Sekalipun Mahkamah Konstitusi mengabulkan hampir semua permohonan yang diajukan oleh 31 orang Hakim Agung, KY tetap mempunyai basis konstitusional untuk berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Yang perlu dicatat, Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 tidak menghilangkan kewenangan KY untuk menjaga dan menegakkan

¹⁹⁶ Bivitri Susanti, (2006), *Hakim atau Legislator: Menyoal...*, hal. 5.

kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Putusan tersebut hanya menyatakan tidak punya kekuatan mengikat pasal-pasal pengawasan yang terdapat dalam UU No 22/2004.

Dalam melaksanakan kewenangan pengawasan, sesuai dengan ketentuan Pasal 22 Ayat (1) Komisi Yudisial masih dapat: (a) menerima laporan masyarakat tentang perilaku hakim; (b) meminta laporan secara berkala kepada badan peradilan berkaitan dengan perilaku hakim; (c) melakukan pemeriksaan terhadap dugaan pelanggaran perilaku hakim; dan (d) memanggil dan meminta keterangan dari hakim yang diduga melanggar kode etik perilaku hakim. Namun paska putusan MK, semua pelaksanaan kewenangan pengawasan tidak lagi dapat berujung pada penjatuhan sanksi berupa teguran tertulis, pemberhentian sementara, atau pemberhentian hakim yang melakukan *misconduct*.

Namun, tentunya kerja KY dengan senjata yang cukup terbatas tidak akan sia-sia belaka. Sebab, semua kerja KY diatas dapat berujung kepada sanksi moral kepada hakim yang bersangkutan kelak. Sesuai dengan ketentuan Pasal 38 UU No 22/2004, sanksi moral ini apat dibingkai dalam bentuk laporan tahunan yang disampaikan kepada DPR sebagai bentuk pertanggungjawaban KY kepada publik. Laporan ini sifatnya terbuka dan memberi akses informasi lengkap dan akurat dengan salah satu fokus laporannya adalah data yang berkaitan dengan fungsi pengawasan terhadap penyimpangan perilaku hakim dalam menangani perkara.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Bandingkan dengan A. Irmanputra Sidin, (2006), *KY vs. Mafia, "Pendekar Tanggung atau Tangguh?",* makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September.

B. PUTUSAN PROGRESIF

1. Pengujian Pasal 50 UU MK via UU KADIN

a. posisi kasus

Perkara ini diajukan permohonannya oleh Elias L. Tobing dan RD.H. Naba Bunawan yang beralamat di Jalan Cempaka Putih Timur Raya Nomor 19 Jakarta Pusat dan di Kp. Dukuh Rt. 02/05 Sudimara, Ciledug, Tangerang Banten.

b. Posita

Pemohon dalam permohonannya berkeinginan untuk membuat Kadin Usaha Kecil dan Menengah (UKM) agar terpisah dari Kadin yang dikuasai oleh pebisnis-pebisnis besar. Pemohon merasa yang dapat memperjuangkan aspirasi pengusaha kecil dan menengah hanyalah wadah yang menampung anggota yang memiliki tujuan yang sama. Namun keinginan tersebut tidak bisa terealisasi karena telah ada Kadin sesuai dengan UU Nomor 1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri (KADIN) yang hanya memperkenankan seluruh pengusaha di satu atap yang sama yaitu KADIN.

Namun dikarenakan UU Nomor 1 Tahun 1987 tidak dapat diujikan ke Mahkamah Konstitusi (MK) disebabkan batasan pengujian undang-undang yang diatur Pasal 50 UU MK, maka terlebih dahulu Pemohon menguji Pasal 50 UU *aquo*. Pemohon merasa dengan pemberlakuan Pasal 50 UU MK tersebut telah menyebabkan hak-hak konstitusionalnya tidak dapat diperjuangkan.

c. Petitum

Pemohon dalam petitumnya meminta ke MK agar menyatakan Pasal 50 UU MK bertentangan dengan Pasal 28C ayat (2) UUD 1945. Oleh karena itu agar MK menurut Pemohon menyatakan bahwa pasal *aquo* tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Kemudian Pemohon meminta agar MK menyatakan bahwa Pasal 4 UU KADIN bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

d. Putusan

Putusan MK kemudian menyatakan bahwa Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Namun MK dalam putusannya menolak permohonan Pemohon sepanjang menyangkut Pasal 4 UU Nomor 1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri.

e. Analisa

Perkembangan pemikiran hukum merupakan satu ciri khas dari hukum yang selalu dinamis. Kenyataan sosial memunculkan pelbagai pandangan dan melahirkan berbagai kebijakan dalam ber hukum. Salah satu konsep yang saat ini berkembang adalah konsep hukum progresif. Dimana lahirnya konsep ini tidak lain disebabkan oleh hukum yang selalu dimaknai secara tekstual dan tidak mampu untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Sebagaimana dikatakan oleh **Munir Fuady** bahwa konsep ber hukum secara progresif lahir dan berkembang, tidak terlepas dari adanya rasa ketidakpuasan dari kalangan hukum terhadap teori dan adanya praktik hukum tradisional yang berkembang dan mengkritisi akan adanya kesenjangan yang besar antara hukum dalam teori (*law in action*), serta adanya kegagalan hukum dalam merespon terhadap masalah-masalah yang terjadi ditengah-tengah masyarakat.¹⁹⁸

Teori hukum tradisional mengajarkan bahwa hukum merupakan seperangkat aturan dan prinsip-prinsip yang memungkinkan masyarakat mempertahankan ketertiban dan kebebasannya. Hukum haruslah netral dan dapat diterapkan kepada siapa saja tanpa adanya asas diskriminasi. Sebenarnya hal tersebut tidak bisa dilaksanakan secara konsekuen dalam penerapannya, karena menurut para teoritis postmodern, hukum tidak mempunyai dasar objektif dan tidak ada kebenaran

¹⁹⁸ Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bahkti, Bandung, 2003 hal. 1-2

sebagai tempat untuk berpijak hukum, yang ada hanya kekuasaan semata yang menjadi alat kekuasaan bagi penguasa.¹⁹⁹

Dengan pandangan tersebut terlihat bahwa hukum itupun seharusnya lebih fleksibel dan peka terhadap kenyataan dan kebutuhan masyarakat saat itu sehingga hukum tidak hanya dijadikan sebagai alat kekuasaan semata.

Salah satu perkembangan yang cukup baik di Indonesia adalah dibentuknya Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi diharapkan menjadi “penerang” disaat kondisi hukum sedang “karut-marut” di Indonesia. Dan Mahkamah Konstitusi diharapkan menjadi sebuah badan yang dapat menerapkan konsep yang abstrak dari hukum. Sebagaimana yang dikatakan oleh **Satjipto Raharjo**, bahwa:²⁰⁰

“Hukum senantiasa membutuhkan pembedaan. Ia tidak bias berhenti untuk tetap merupakan konsep yang abstrak. Kesemuanya menghendaki untuk bisa diwujudkan dalam masyarakat. Mewujudkan konsep-konsep yang abstrak tersebut membutuhkan apa yang disebut dengan badan. Hukum membutuhkan institusionalisasi, yang dalam hal ini berupa bantuan berbagai saran agar hal-hal yang abstrak dapat menjadi konkrit”

Dengan demikian Mahkamah Konstitusi sebagai sebuah badan yang dibentuk untuk mewujudkan konsep-konsep hukum yang abstrak, maka Mahkamah Konstitusi harus berjalan sesuai dengan tujuan pembentukan badan tersebut dengan tidak hanya berdasarkan pada konsep abstrak tersebut, tapi mewujudkannya dalam suatu konsep hukum yang progresif.

Dalam hal ini progresif akan bertentangan dengan konsep tekstual. Dimana para “penganut” konsep tekstual memandang hukum secara kaku yang hanya didasarkan pada apa yang tertulis dalam teks. Dimana **Satjipto Raharjo** menyatakan bahwa

¹⁹⁹ Ibid;

²⁰⁰ Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Asai-Esai Terpilih*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), hal. 3;

berhukum melalui teks adalah perbuatan atau tindakan yang secara sadar diproyeksikan kepada latar teks hukum positif.²⁰¹

Konsep ini memang akan menciptakan kepastian hukum, namun cenderung mengesampingkan rasa keadilan dan kemanfaatan, sehingga perlahan-lahan mulai ditinggalkan. Dan konsep tersebut sangat bertentangan sekali dengan konsep progresif seperti yang dikemukakan diatas, dimana hukum progresif cenderung menyarankan agar kita berani membuat tusukan dan pembelokan (*twist*) terhadap sistem yang ada dengan melakukan tindakan intervensi yang nyata (*affirmative action*).²⁰²

f. Nilai Progresifitas Putusan

Supremasi konstitusi telah menjadi ciri yang menonjol dari negara yang menganut paham demokrasi modern, karena konstitusi merupakan kontrak sosial (*social contract*) baru yang memuat norma-norma Hak Asasi Manusia (HAM) dan demokrasi sebagai wujud dari kemauan seluruh rakyat untuk melepaskan diri dari belenggu rezim lama otoritarian dan sepakat untuk membangun pemerintahan baru berdasarkan ketentuan-ketentuan yang dituangkan dalam konstitusi. Karena itulah bagi sebuah Negara yang mengaku sebagai Negara dengan paham demokrasi modern perlu pengawalan terhadap konstitusi.

Di Indonesia dengan di amandemennya Undang-Undang Dasar 1945 menciptakan sebuah lembaga baru yang berfungsi untuk mengawal konstitusi, yaitu Mahkamah Konstitusi sebagaimana tertuang dalam Pasal 7B, Pasal 24 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar 1945. Kemudian amanat undang-Undang Dasar 1945 tersebut dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Konstitusi dibentuk untuk maksud mengawal dan menjaga agar konstitusi sebagai hukum tertinggi (*the supreme law of the land*) benar-benar

²⁰¹ Satjipto Rahardjo, Hukum dan Perilaku, (Jakarta: ,2009), hal. 70;

²⁰² Satjipto Rahardjo, op. cit., hal: 81;

dijalankan dan ditegakkan dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraan sesuai dengan prinsip-prinsip negara hukum modern, dimana hukumlah yang menjadi faktor bagi keseluruhan dinamika kehidupan sosial, ekonomi, dan politik di Indonesia.

Dalam perjalannya Mahkamah Konstitusi cukup konsisten dalam menjalankan tugasnya. Namun beberapa persoalan hukum terkait dengan perkembangan Mahkamah Konstitusi muncul seiring dengan bertambah banyaknya perkara yang ditangani dan seiring dengan perkembangan Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi itu sendiri. Terdapat beberapa putusan kontroversial yang dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi, seperti diantaranya putusan tanggal 12 April 2005, tentang pengujian terhadap Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dalam pengujiannya terhadap Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tersebut, Mahkamah Konstitusi membatalkan Pasal 50 undang-undang tersebut yang membatasi kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang yang disahkan sebelum perubahan Undang-Undang Dasar NKRI.

Dengan dibatalkannya Pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi tersebut, kini Mahkamah Konstitusi memiliki wewenang untuk menguji seluruh Undang-Undang yang berlaku di Indonesia, tanpa batasan waktu. Dengan diberikannya kewenang pengujian tanpa batas waktu tersebut, apakah putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan Pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi dapat dikatakan bahwa Mahkamah konstitusi telah bersikap progresif?

Bicara tentang progresifitas, bukanlah hal yang mudah karena ukuran progresif atau tidaknya suatu putusan pengadilan (dalam hal ini Putusan Mahkamah Konstitusi) belum ada. Untuk itulah perlu dilihat konsep progtesif menurut para ahli, dan salah satunya adalah **Satjipto Raharjo**.

Menurut **Satjipto Raharjo** yang memahami hukum dalam konsep sosiologis hukum menganggap bahwa:

“ Hukum Adalah Untuk Manusia, Bukan Sebaliknya Yaitu Manusia Yang Hadir Untuk Hukum, Dan Hukum Hadir Bukanlah Untuk Dirinya”

Dari pandangan tersebut terlihat bahwa hukum itu sesuatu yang berkembang yang dapat berubah dan diciptakan untuk memenuhi kebutuhan manusia.

Menurut **Satjipto Raharjo** hukum progresif adalah hukum yang mampu memenuhi kebutuhan bangsa dan ikut merasakan penderitaan bangsanya.²⁰³ Pandangan ini bertolak dari sudut pandang yang tidak hanya memandang hukum sebagai teks atau dokumen. Ia menyatakan bahwa hukum dalam teks itu diam dan hanya melalui perantara manusia ia menjadi “hidup”.²⁰⁴

Dalam pandangan sosiologi hukum **Satjipto Rahardjo**, sosiologi hukum memiliki basis intelektual dari paham hukum alam (*lex naturalist*)²⁰⁵, itu sebabnya capaian paham sosiologi hukum adalah untuk menyelesaikan permasalahan kehidupan manusia dengan lingkungannya. Filosofis dari teori hukum alam kesatuan dengan kondisi lingkungan. Karena itu, kalangan sosiologi hukum selalu mengaitkan aturan hukum dengan kondisi masyarakat dan lingkungan sekitarnya. Satjipto juga menyatakan bahwa:

“Teori hukum alam selalu menuntun kembali sekalian wacana dan institusi hukum kepada basisnya yang asli, yaitu dunia manusia dan masyarakat...Kebenaran hukum tidak dapat dimonopoli atas nama otoritas para pembuatnya, seperti pada aliran positivisme, melainkan kepada asalnya yang otentik...norma hukum alam, kalau boleh disebut demikian, berubah dari waktu ke waktu sesuai dengan cita-cita keadilan yang wujudnya berubah-ubah dari masa ke masa.”²⁰⁶

²⁰³ Mahmud Kusuma, Menyelami semangat Hukum Progresif: Terapi Paradigmatik Bagi Lemahnya Hukum Indonesia, (Yogyakarta: Antonylib, 2009), hal. 12;

²⁰⁴ Satjipto Rahardjo, Hukum dan Perilaku, (Jakarta: ,2009), hal. 21;

²⁰⁵ Satjipto Rahardjo, sosiologi hukum , perkembangan metode dan pilihan masalah, (Surakarta: Muhamadiyah University press, 2002) hal. 12

²⁰⁶ *Op.cit*, Satdjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum...*, hal. 12-13

Jika kita kaitkan dengan putusan hakim yang progresif, maka putusan hakim yang progresif menurut ukuran Satjipto adalah putusan hakim yang mampu memenuhi kebutuhan bangsa dan putusan tersebut diputuskan karena merasakan dari penderitaan atau masalah yang dihadapi bangsanya sehingga melalui putusan tersebut masalah/penderitaan tersebut mampu terpecahkan.

Jika kita lihat apa yang dikemukakan oleh **Satjipto Raharjo** diatas, Putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tersebut bisa dikatakan bahwa putusan tersebut telah memenuhi unsur progresif, karena melalui keputusan tersebut kebutuhan bangsa untuk bisa menguji undang-undang yang masih berlaku namun diterbitkan sebelum amandemen dan merugikan hak konstitusional masyarakat dapat diajukan *judicial review*.

Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan Pasal 50 tersebut, **Harun Al Rasyid** menyatakan bahwa, pasal tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Dan merupakan suatu sikap yang sangat berdasar jika Mahkamah Konstitusi membatalkan pasal tersebut. Dengan kata lain bahwa Pasal 50 Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi tersebut sejak awal telah melanggar konstitusi sehingga putusan Mahkamah Konstitusi untuk membatalkan pasal tersebut sebetulnya tidak diperlukan.

Selain itu **Satjipto Rahardjo** menyatakan bahwa hukum akan terus menerus dihadapkan kepada perubahan-perubahan yang tidak melepaskan diri terhadap medan ilmu yang selalu bergeser.²⁰⁷ Dengan demikian perubahan yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi tersebut harus dilandasi dengan adanya perubahan ilmu hukum itu sendiri, bisa kita lihat bahwa perubahan tersebut telah dilandaskan didasarkan pada Undang-Undang Dasar dan aturan hukum terkait, selain itu seiring dengan perubahan zaman tentunya juga terjadi perubahan dimasyarakat. Dengan menutup hak untuk mengajukan uji materil terhadap peraturan yang terbit sebelum amandemen akan menimbulkan pelanggaran hak konstitusional warga Negara, karena tidak bisa dipungkiri peraturan yang dibuat zaman penjajah dahulu tentunya

²⁰⁷ Faizal, *Menerobos Positivisme Hukum*, (Yogyakarta: Rangkang Education, 2010), hal. 45;

akan banyak bertentangan dengan kebutuhan rasa keadilan masyarakat saat ini dan sangat mungkin bertentangan dengan nilai-nilai yang ada dalam Undang-Undang Dasar 1945 sesudah amandemen.

Diputuskannya Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sejalan dengan konsep awal pembentukan Mahkamah Konstitusi yang didasarkan atas kedinamisan hukum. **Satjipto Rahardjo** menyatakan bahwa:

“Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak serta final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada manusia. Dalam konteks pemikiran yang demikian itu, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus-menerus membangun dan mengubah dirinya menuju tingkat kesempurnaan disini bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakekat “hukum yang selalu dalam proses (*law as a process, law in the making*)”

Dengan demikian maka putusan Mahkamah Konstitusi sangat progresif jika dikupas dari pemikiran **Satjipto Rahardjo** diatas, karena telah didasarkan pada rasa keadilan, dan peduli kepada rakyat yang secara “halus” hak konstitusinya telah dikebiri oleh pasal tersebut. Namun sering kali putusan yang mencoba untuk menempatkan kepentingan masyarakat didalamnya menimbulkan pro dan kontra, dalam hal terbitnya putusan Mahkamah Konstitusi mengenai pembatalan pasal 50 Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi ini pun mendapatkan sorotan dan menjadi sebuah tantangan yang besar karena Mahkamah Konstitusi membatalkan pasal yang terkait dengan kewenangannya sendiri.

Hal ini tidak menyalahi aturan hukum manapun, jika dikatakan seharusnya yang berwenang untuk merubah pasal tersebut adalah pembuat undang-undang (legislatif) karena menyangkut kewenangan Mahkamah Konstitusi sendiri sehingga ada ketakutan Mahkamah Konstitusi menjadi Super-Super Power. Pernyataan tersebut tidaklah berlandasan karena Mahkamah Konstitusi memutuskannya

melalui mekanisme yang telah disepakati dan berlandaskan kepada peraturan perundang-undangan yang ada.

Selain itu, kebutuhan rasa keadilan masyarakat harus dipenuhi dengan “segera” sehingga tindakan untuk melemparkan kembali perubahan Pasal 50 tersebut kepada legislative adalah tindakan yang sangat “tekstual” dalam hal memahami mekanisme pembentukan peraturan.

Dengan demikian karakteristik hukum progresif dapat ditandai dengan pernyataan sebagai berikut:²⁰⁸

1. Hukum ada untuk mengabdikan pada manusia.
2. Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum selalu berada pada statusnya sebagai *law in the making* dan tidak pernah bersifat final, sepanjang manusia masih ada, maka hukum progresif akan terus hidup dalam menata kehidupan masyarakat.
3. Dalam hukum progresif selalu mendekat etika dan moralitas kemanusiaan yang sangat kuat, yang akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia serta mengabdikan pada keadilan, kesejahteraan dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya.

Nilai-nilai tersebut sesungguhnya telah dipenuhi oleh Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap penghapusan Pasal 50 Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

g. Nilai Hukum Radbruch

Gustav Radbruch menyatakan bahwa cita hukum akan membimbing manusia dalam kehidupannya berhukum. **Radbruch** menyatakan bahwa cita hukum tersebut ditopang oleh kehadiran tiga kehendak dasar (*grundwerten*), yaitu keadilan (*Gerechtigkeit*), Kemanfaatan (*Zweckmaeszigkeit*), dan kapastian hukum (*Rechtssicherheit*). Ketiga nilai dasar tersebut tidak selalu berada dalam hubungan

²⁰⁸ *Ibid*, hal. 233

serasi (harmonis) satu sama lain, melainkan berhadapan, bertentangan, ketegangan (*Spannungsverhaeltnis*) satu sama lain. Keadilan bisa bertabrakan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum, tuntutan kemanfaatan bisa bertabrakan dengan keadilan dan kepastian hukum dan seterusnya.²⁰⁹

Dari tiga nilai **Radbruch** tersebut kita bisa mengukur apakah suatu putusan atau hukum itu progresif atau tidak. Putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, jika dilihat merupakan salah satu putusan yang kontroversial karena Mahkamah Konstitusi memutuskan sendiri perkara yang berkaitan padanya. Sebagian kecil pakar melihat ada kelemahan dalam putusan tersebut, karena melalui putusan tersebut Mahkamah Konstitusi memperluas kewenangannya dan mengindikasikan kemungkinan Mahkamah Konstitusi menjadi lembaga yang super power. Selain itu seharusnya seperti halnya dalam peradilan umum, jika hakim berkaitan dengan suatu perkara maka hakim tersebut tidak diperkenankan untuk memutus perkara tersebut sehingga begitu pulalah yang seharusnya diterapkan oleh Mahkamah Konstitusi.

Pandangan tersebut saat ini hanya akan menjadi sebuah pandangan karena putusan telah disahkan oleh mahkamah. Seperti apa yang dikatakan oleh **Bishop Hoadly** bahwa “barang siapa mempunyai wewenang absolut untuk menafsirkan” hukum tertulis dan tak tertulis, maka dialah orang yang sesungguhnya pemberi hukum (*law-giver*) kepada semua maksud dan tujuan dari hukum-hukum tersebut dan bukan orang yang pertama kali menuliskannya atau mengucapkannya”.

Dengan demikian jelas bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai kekuasaan absolut untuk menafsirkan undang-undang dalam kerangka sesuai atau tidak dengan Undang-Undang Dasar menjadikan Mahkamah konstitusi sebagai pemberi hukum sehingga sah-sah saja jika Mahkamah Konstitusi menangani perkara yang terkait dengannya karena kekuasaan absolut untuk menguji peraturan perundang-

²⁰⁹ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legalprudence)*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009), hlm. 292;

undangan dengan Undang-Undang Dasar hanya dirinya. Dan tidak perlu dalam hal ini dikembalikan kepada legislatif, karena pemberi hukum yang sebenarnya adalah Mahkamah Konstitusi.

Jika kita lihat putusan tersebut dan membedahnya berdasarkan nilai-nilai Radbruch, maka akan dikaji dengan panutan logika hukum yang dilapisi oleh teori-teori hukum. Salah satu alasan yang dijadikan landasan oleh pemohon dalam mengajukan *judicial review* Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 ini adalah pasal tersebut bersifat diskriminatif. Tidak seharusnya undang-undang memuat pasal yang diskriminatif sementara ada hak konstitusional masyarakat Indonesia yang telah disalahi.

Putusan Mahkamah Konstitusi menjadikan undang-undang tersebut bisa mengakomodir segala kepentingan konstitusi masyarakat Indonesia sehingga tidak ada lagi hak konstitusional masyarakat Indonesia yang terbatas dengan adanya undang-undang yang diskriminatif. Selain itu dalam Undang-Undang Dasar 1945 sendiri dinyatakan bahwa setiap warga Negara mempunyai kesamaan hak dalam hukum. Ini mengindikasikan bahwa mendapatkan perlakuan yang sama dalam hukum adalah kewajiban Negara terhadap warganya dan pemenuhannya tidak dapat dikesampingkan dengan sebuah pengecualian yang tidak dilandaskan pada dasar hukum (dalam hal ini pengecualian hak *judicial review* undang-undang sebelum amandemen).

Jika sebagian menganggap bahwa pasal tersebut adalah pasal yang memuat pengecualian, dan pengecualin tersebut sah-sah saja secara hukum tidaklah beralasan. Dalam hukum dibolehkan untuk menerapkan prinsip pengecualian namun harus dilandasi oleh prinsip hukum, asas dan norma hukum itu sendiri, dan pengecualian dalam pasal 50 tersebut tidak memiliki landasan dan bertentangan dengan prinsip, asas dan norma hukum yang menghilangkan diskriminasi terhadap siapapun.

Dengan demikian putusan Mahkamah Konstitusi tersebut adalah putusan yang mengandung nilai keadilan didalamnya, sehingga bisa dikatakan bahwa putusan ini progresif.

Jika kita lihat nilai kemanfaatan dalam putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tersebut, maka putusan tersebut mampu untuk memberikan manfaat bagi masyarakat Indonesia untuk dapat mengajukan *judicial review* terhadap peraturan perundang-undangan manapun dan diterbitkan kapanpun. Sehingga dengan demikian hak konstitusional masyarakat Indonesia lebih terjamin dan terlindungi.

Bisa kita lihat aturan yang berasal dari zaman penjajah dinegara kita masih banyak yang diberlakukan, sementara nilai-nilai yang terkandung didalamnya mengandung unsure colonial dan tidak berasal dari budaya kita, tentunya peraturan-peraturan tersebut perlu dikaji apakah masih sesuai dengan Undnag-Undang Dasar 1945 saat ini atau tidak. Dengan demikian jelas bahwa putusan ini memberikan manfaat besar bagi penjaminan hak konstitusional warga Negara.

Selain itu tentunya dengan telah diamandemennya Undang-Undang Dasar 1945 seharusnya makin banyak peraturan perundang-undangan terdahulu (sebelum amandemen) yang bertentangan nilainya dengan Undang-Undang Dasar 1945 hasil amandemen.

Selain nilai keadilan dan kemanfaatan, nilai kepastian merupakan suatu nilai yang menjadi tonggak tegaknya hukum atau tidak. Ketika nilai kepastian hukum terabaikan maka hukum tidak akan tegak.

Jika dikaitkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, maka putusan tersebut telah memberikan kepastian hukum. Dimana sebagian ahli menyatakan bahwa Pasal 50 tersebut dari awal telah cacat karena melanggar Undang-Undang Dasar, dan sebagian besar ahli menyatakan bahwa pasal tersebut sah-sah saja untuk membatasi kewenangan. Melalui putusan Mahkamah Konstitusi tersebut tidak ada lagi perdebatan tentang

hal tersebut, bahkan mampu untuk menciptakan kepastian hukum karena warga Negara tidak perlu lagi ragu dalam memperjuangkan hak konstitusionalnya.

Putusan Mahkamah Konstitusi perlu dilihat apakah memenuhi nilai progresif dari suatu produk hukum sehingga masyarakat dapat merasakannya secara langsung ataupun tidak langsung. Dan putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan Pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi merupakan suatu cermin akan komitmen Mahkamah Konstitusi dalam mewujudkan hukum progresif, menerapkan nilai keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.

2. PUTUSAN NOMOR 133/PUU-VII/2009

(PUTUSAN SELA PERKARA BIBIT-CHANDRA)

a. Pendahuluan

Perkara ini merupakan pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Bibit Samad Rianto dan Chandra M Hamzah, pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang dinonaktifkan akibat dikriminalisasi, mengajukan permohonan tersebut dengan tujuan agar mereka tidak dinonaktifkan sebelum terbukti melalui putusan yang *incracht*.

Norma yang diajukan untuk diuji secara materi adalah Pasal 32 Ayat 1 Huruf c UU Nomor 30/2002 yang berbunyi, "Pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan karena menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan". Selain itu Bibit dan Chandra juga memohonkan provisi atau putusan sela. Putusan sela biasa dijatuhkan MK dalam perkara perselisihan hasil pemilihan umum (PHPU). Sehingga ketika dalam putusan perkara ini, MK mengabulkan provisi, maka adalah provisi pertama dalam perkara pengujian undang-undang (PUU).

b. Pemohon

Permohonan diajukan oleh Bibit S. Rianto dan Chandra M. Hamzah yang bertempat tinggal di RT 01 RW 012 Nomor 7, Kelurahan Pedurenan, Kecamatan Karang Tengah, Kota Tangerang dan Jalan Manggarai Selatan IX/46, Bukit Duri, Kecamatan Tebet, Jakarta Selatan. Para Pemohon didampingi oleh kuasa hukum ternama, diantaranya adalah, Trimoelja D. Soerjadi, Bambang Widjojanto, Alexander Lay, Taufik Basari, Refly Harun, dan lain-lain.

c. Posita

Pemohon mempermasalahkan ketentuan pemberhentian secara tetap tanpa putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap melanggar hak para Pemohon atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil, dalam hal ini hak atas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*), dijamin dalam UUD 1945 terutama pada Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 menyatakan, "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*" Pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksud di atas juga mencakup pengakuan, jaminan, dan perlindungan atas asas-asas hukum yang berlaku universal. Salah satu asas hukum yang dihormati dan juga diakui eksistensinya dalam sistem hukum Indonesia adalah asas "pra-duga tidak bersalah" atau "*presumption of innocence*".

Dalam konsep Hukum Acara Pidana, hak setiap orang atas dalam "pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil" tercermin antara lain dari dihormatinya dan diakuinya asas-asas hukum yang bertujuan melindungi keluhuran harkat serta martabat manusia.²¹⁰ Salah satu asas hukum yang dihormati dan

²¹⁰ lihat Penjelasan Umum, angka 3 huruf c, "*Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut dan/atau dihadapkan di muka sidang pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah sampai ada putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap.*"

diakui eksistensinya dalam hukum acara pidana Indonesia adalah asas “pra-duga tidak bersalah” atau “*presumption of innocence*” Eksistensi asas hukum pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*) juga diakui secara universal dalam berbagai instrumen instrumen hak asasi manusia internasional. Pasal 11 ayat (1) *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)* menyatakan, “*Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.*” Lebih lanjut, Pasal 14 ayat (2) *International Covenants on Civil and Political Rights (“ICCPR”)* yang telah disahkan melalui Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik) menyatakan, “*Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.*”

Sementara itu, asas pra-duga tidak bersalah yang merupakan asas hukum yang fundamental ini telah dilanggar oleh Pasal 32 ayat (1) butir (c) UU KPK yang menyatakan, “*Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi berhenti atau diberhentikan karena,...c. menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan....*”

Pasal 32 ayat (1) butir (c) UU KPK justru menganut asas “pra-duga bersalah” atau “*presumption of guilt*”. Walaupun Pimpinan KPK belum dinyatakan bersalah oleh hakim melalui putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap, sepanjang yang bersangkutan telah didakwa, maka berdasarkan Pasal 32 ayat (1) butir (c) Pimpinan KPK dimaksud harus “dihukum” dalam bentuk pemberhentian secara tetap/permanen dari jabatannya. Pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK dapat dilihat sebagai “hukuman” tanpa putusan pengadilan dan hukuman ini bersifat permanen walaupun di kemudian hari Pimpinan KPK dimaksud oleh pengadilan dinyatakan tidak terbukti bersalah. Dengan kata lain, Pasal 32 ayat (1) huruf c mengasumsikan bahwa terdakwa “sudah pasti bersalah” sehingga perlu

diberhentikan secara permanen dari jabatannya. Ketentuan ini jelas bertentangan dengan asas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*) yang telah diakui, dijamin, dan dilindungi dalam sistem hukum Indonesia maupun sistem hukum internasional. Dengan demikian Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK telah melanggar ketentuan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang melindungi hak setiap orang, termasuk para Pemohon, atas “pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil”.

Ketentuan pemberhentian secara tetap tanpa putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap melanggar hak para Pemohon atas persamaan kedudukan di dalam hukum dan pemerintahan, perlakuan yang sama di hadapan hukum serta kepastian hukum yang adil yang dijamin oleh UUD 1945. Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 menyatakan, “*Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya*. Dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 menyatakan, “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*.”

Norma-norma konstitusi di atas mencerminkan prinsip-prinsip hak asasi manusia yang berlaku bagi seluruh manusia secara universal. Dalam kualifikasi yang sama, setiap manusia, termasuk di dalamnya para Pemohon yang merupakan Pimpinan KPK yang diberhentikan sementara. Ketentuan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK memberikan perlakuan yang berbeda antara Pimpinan KPK dengan pejabat negara lainnya. Khusus untuk Pimpinan KPK, maka hanya dengan menjadikan seorang Pimpinan KPK menjadi terdakwa saja sudah cukup untuk memberhENTIKANNYA secara tetap. Sementara, sesuai dengan asas praduga tidak bersalah, pemberhentian tetap pejabat negara seharusnya dikeluarkan setelah ada putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

Adanya dugaan tindak pidana yang melibatkan Pimpinan KPK bila dikaitkan dengan ketentuan mengenai pemberhentian sementara dari jabatan (Pasal 32 ayat (2) UU KPK) merupakan pengaturan yang tepat dan proporsional, karena di satu sisi

kinerja lembaga yang bersangkutan tidak terganggu, namun di sisi lain hak Pimpinan KPK atas “pra-duga tidak bersalah” tetap dilindungi. Di dalam bidang hukum dan pemerintahan, asas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*) antara lain dimanifestasikan dalam bentuk peraturan yang terkait dengan pemberhentian **sementara (bukan pemberhentian secara tetap)** pejabat negara yang tersangkut dugaan tindak pidana.

Ketentuan yang tersebut dalam Pasal 32 ayat (1) huruf (c) UU KPK *a quo* yang mengatur mengenai pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK yang menjadi “terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan” sangat bertolak belakang dengan Pasal 32 ayat (2) *a quo* di atas, Pasal ayat (1) huruf c UU KPK *a quo* merupakan pasal yang potensial dikualifikasi melanggar prinsip dalam hak asasi manusia, dalam hal ini hak atas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*). Pasal *a quo* dirumuskan secara tidak proporsional dan berlebihan dan dengan sendirinya melanggar Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, selain melanggar Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 27 ayat (1) UUD 1945.

Untuk menjamin independensi KPK, dalam proses pemilihan maupun pemberhentian Pimpinan KPK, mutlak diperlukan mekanisme *checks and balances* di antara cabang-cabang kekuasaan pemerintahan. Dalam proses pemilihan Pimpinan KPK, prinsip *checks and balances* hadir dalam bentuk seleksi yang dilakukan DPR atas calon Pimpinan KPK yang diusulkan oleh Presiden melalui proses seleksi yang diselenggarakan oleh cabang kekuasaan eksekutif.

Dalam proses pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK sebagaimana diatur dalam Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK, prinsip *checks and balances* absen. Absennya prinsip *checks and balances* dalam Peraturan mengenai pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK (tanpa putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap) telah membuka peluang kekuasaan eksekutif melakukan intervensi terhadap KPK tanpa kontrol dari cabang kekuasaan lainnya, dalam hal ini cabang kekuasaan yudikatif,

karena pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK hanya membutuhkan keputusan Polri dan Kejaksaan yang tidak saja berada di bawah kendali Presiden sebagai pemegang kekuasaan eksekutif melainkan juga merupakan instansi yang menjadi objek supervisi KPK.

d. Petitum

Pemohon dan petitumnya meminta kepada MK untuk menjatuhkan putusan, ***Dalam Provisi***, para Pemohon meminta MK menerima permohonan Provisi Para Pemohon. Sehingga dengan demikian Pemohon meminta MK memerintahkan kepada institusi Kepolisian Negara Republik Indonesia untuk menghentikan proses penyidikan atas perkara yang menyatakan Para Pemohon sebagai Tersangka, setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap.

Terkait dengan itu juga, maka Pemohon meminta MK memerintahkan kepada institusi Kepolisian Negara Republik Indonesia untuk tidak menyerahkan berkas perkara pemeriksaan terhadap para Pemohon yang menyatakan para Pemohon sebagai Tersangka, kepada pihak Kejaksaan Republik Indonesia dan juga untuk menghentikan seluruh proses hukum atas para Pemohon setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap;

1. Memerintahkan kepada institusi Kejaksaan Agung Republik Indonesia untuk tidak menerima pelimpahan perkara dari pihak Kepolisian Republik Indonesia dan/atau untuk tidak melimpahkan berkas perkara atas nama Para Pemohon dimaksud kepada Pengadilan Negeri dimanapun perkara Para Pemohon akan disidangkan setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap;
2. Memerintahkan kepada Presiden Republik Indonesia untuk tidak menerbitkan surat keputusan penghentian terhadap Para Pemohon yang menyatakan Para Pemohon sebagai Tersangka setidaknya sampai

adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap.

Pemohon juga meminta dalam petitumnya kepada MK, ***Dalam Pokok Perkara*** sebagai berikut:

1. Menerima dan mengabulkan Permohonan Para Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2);
3. Menyatakan bahwa Pasal 32 ayat (1) huruf (c) UU KPK tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya; Memerintahkan pemuatan Putusan Mahkamah Konstitusi atas permohonan *a quo* dalam Lembaran Negara Republik Indonesia.

e. Analisis Putusan

Kata progresif berasal dari *progressi* yang berarti adalah kemajuan. Jadi disini diharapkan hukum itu hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar didalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandar pada aspek moralitas dan sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.²¹¹ Selain itu hukum progresif tidak lepas dari konsep progresivisme, yang bertitik tolak pada pandangan kemanusiaan, bahwa manusia itu pada dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting bagi membangun ber hukum dalam masyarakat.²¹²

Berkembangnya pemikiran ber hukum secara progresif adalah tidak terlepas dari perkembangan mengenai sosiologi hukum²¹³. Sosiologi hukum untuk lebih jelasnya adalah sosiologi dari atau tentang hukum. Oleh karena itu apabila berbicara dengan

²¹¹ Satjipto Raharjo, membedah hukum progresif, (Jakarta:Penerbit Kompas, 2003) hal. 228

²¹² *Ibid*, hal. 228

²¹³ Sosiologi hukum berasal dari kata latin, *socius* yang berarti “kawan” dan kata Yunani *logos* yang bermakna “kata” atau “bicara”, sehingga definisi sosiologi berarti bicara mengenai masyarakat. Sedangkan menurut Auguste Comte, sosiologi merupakan ilmu pengetahuan masyarakat umum yang merupakan hasil akhir dari pada perkembangan ilmu pengetahuan.

perilaku sosial, maka ini berhubungan dengan hukum yang berlaku. Dengan kata lain sosiologi hukum memperlihatkan verifikasi empiris dan validitas empiris dari hukum yang berlaku. Dengan demikian teori-teori dalam sosiologi hukum juga bergerak pada jalur tersebut.²¹⁴

Menurut **Georges Gurvitch** penggabungan dua ranah ilmu tersebut kontroversi dikarenakan para pakar terkooptasi pada ranah pengetahuannya masing-masing. Ilmuan hukum pada umumnya terjebak dalam dengan hanya memperhatikan masalah-masalah *quid juris* semata, begitu juga sebaliknya para pakar sosiologi hanya memperhatikan *quid facti* saja.²¹⁵ Pakar hukum dan filsuf hukum mengkhawatirkan sosiologi hukum akan menyebabkan legitimasi norma menjadi hilang dalam kehidupan sosial masyarakat. Norma hukum tidak bisa mengatur fakta-fakta sosial yang ada. Ilmuan sosiologi juga mengkhawatirkan keberadaan sosiologi hukum, mereka berpendapat bahwa kehadiran sosiologi hukum akan menghadirkan kembali penilaian baik buruk (*value judgment*) semata dalam penyelidikan fakta-fakta sosial pada lapangan praktis.²¹⁶

Sebelum berkembangnya pemikiran sosiologi hukum yang dikemudian dikemukakan oleh **Maxmillian Weber** sesungguhnya secara praktis telah menjadi kajian dari berbagai ilmuan terkemuka dari pelbagai zaman. **Gorges Guvittch** setidaknya salah satu ilmuan yang menggolongkan **Aristoteles, Hobbes, Spinoza,** dan **Montesquieu** sebagai pengkaji sosiologi hukum dari berbagai zaman. Baik era pramodern maupun era modern. Bahkan keilmuan mereka sampai saat ini masih dihargai sebagai suatu bagian yang tidak terpisahkan untuk dikaji oleh generasi keilmuan masa post modern. Hal ini tidak lain menurut **Gurvitch** karena kajian sosiologi hukum ini timbul serta merta dalam penyelidikan sejarah dan etnografi yang berkenan dengan hukum., dan juga dalam penyelidikan dilapangan hukum

²¹⁴ Satjipto Rahardjo, sosiologi hukum , (Yogyakarta: penerbit Genta publishing), 2010, hal. 2

²¹⁵ Georges Guvitsch, *Sosiologi Hukum*, (Jakarta: penerbit Bharatara, 1996), hal. 1

²¹⁶ *Ibid*, Georges Guvitsch, hal.1

yang sekaligus mencari tujuan lain, misalnya dalam hal mencari solusi ideal terhadap masalah sosial.²¹⁷

Leon Petrazyoki yang dianggap sebagai bapak sosiologi hukum yang terlupakan, berpendapat, fenomena-fenomena hukum itu terdiri dari proses-proses psikis yang unik, yang dapat dilihat dengan menggunakan metode introspeksi (Bodenheimer, 1974 : 107). Apabila kita mempersoalkan tentang hak-hak kita serta hak-hak orang lain dan melakukan perbuatan yang sesuai dengan itu, maka itu semua bukan, karena hak-hak itu dicantumkan dalam peraturan-peraturan melainkan semata-mata karena keyakinan kita sendiri bahwa kita harus berbuat seperti itu. Ia memandang hak-hak dan kewajiban sebagai *Phantasmata* teori dan metode dalam sosiologi hukum yang ada hanya dalam pikiran tetapi yang memiliki arti sosial yang sangat penting karena menciptakan pengalaman imperaktif-atributif, yang mempengaruhi tingkah laku mereka yang terikat olehnya (Curzon, 1979: 218).

Menurut **Satjipto Rahardjo**, sosiologi hukum memiliki basis intelektual dari paham hukum alam (*lex naturalist*)²¹⁸, itu sebabnya capaian paham sosiologi hukum adalah untuk menyelesaikan permasalahan kehidupan manusia dengan lingkungannya. Filosofis dari teori hukum alam kesatuan dengan kondisi lingkungan. Karena itu, kalangan sosiologi hukum selalu mengaitkan aturan hukum dengan kondisi masyarakat dan lingkungan sekitarnya. Bahkan terbentuknya sebuah negara berdasarkan teori *du contact social* yang dipopulerkan oleh **J.J Rousseau** pun diakui sebagai kajian sosiologi hukum, bahkan ketika manusia masih dalam kelompok-kelompok kecil dalam "alam liar".

Konsep ber hukum secara progresif lahir dan berkembang, tidak terlepas dari adanya rasa ketidakpuasan dari kalangan hukum terhadap teori dan adanya praktik hukum tradisional yang berkembang dan mengkritisi akan adanya kesenjangan yang besar antara hukum dalam teori (*law in action*), serta adanya kegagalan hukum dalam merespon terhadap masalah-masalah yang terjadi ditengah-tengah

²¹⁷ *Ibid*, Georges Guvitsch, hal. 59

²¹⁸ Satjipto Rahardjo, sosiologi hukum, perkembangan metode dan pilihan masalah, (Surakarta: Muhamadiyah University press, 2002) hal. 12

masyarakat. Teori hukum tradisional mengajarkan bahwa hukum merupakan seperangkat aturan dan prinsip-prinsip yang memungkinkan masyarakat mempertahankan ketertiban dan kebebasannya. Hukum haruslah netral dan dapat diterapkan kepada siapa saja tanpa adanya asas diskriminasi. Sebenarnya hal tersebut tidak bisa dilaksanakan secara konsekuen dalam penerapannya, karena menurut para teoritis *postmodern*, hukum tidak mempunyai dasar objektif dan tidak ada kebenaran sebagai tempat untuk berpijak hukum, yang ada hanya kekuasaan semata yang menjadi alat kekuasaan bagi penguasa.²¹⁹

Yang menjadi *barometer* hukum bukanlah salah dan benar, bermoral atau tidak bermoral saja, melainkan hukum merupakan apa saja yang diputuskan dan dijalankan oleh kelompok masyarakat mayoritas. Hukum harus ditafsirkan yang nyatanya akan ditafsirkan menurut keinginan yang menafsirkannya, dan penafsir akan menafsirkan sesuai dengan perasaan dan kepentingannya sendiri, sehingga yang namanya keadilan hanya semboyan dan retorika yang digunakan sekelompok mayoritas untuk menjelaskan apa yang mereka inginkan dan keinginan pihak minoritas tidak pernah menjadi penafsiran hukum dan akan selalu menjadi bulan-bulanan hukum.²²⁰

Untuk itu sudah seharusnya sektor hukum lebih diberdayakan agar pembangunan masyarakat dan bangsa dapat dilaksanakan atau bahwa dapat dipercepat, sebagaimana pendapat **Roscoe Pond** bahwa hukum dapat berfungsi sebagai sarana rekayasa sosial (*law as tool of social engineering*) atau hukum sebagai sarana pembangunan (*law as a tool of development*) sebagaimana dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja.²²¹ Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai sarana rekayasa masyarakat kearah kehidupan yang lebih baik, maka bukan hanya dibutuhkan ketersediaan hukum dalam artian kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan dari kaidah atau peraturan, melainkan juga

²¹⁹ Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bahkti, Bandung, 2003 hal. 1-2

²²⁰ *Ibid*, hal. 1-2

²²¹ Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia (penyebab dan solusinya)*, Ghalia Indonesia, bogor, oktober 2005, hlm. 8

adanya jaminan atas perwujudan dari kaidah hukum dalam praktik hukum, yaitu adanya jaminan penegakan hukum yang baik.²²²

Sudah sering terdengar paradok-paradok yang ditujukan kepada aparat penegakan hukum terutama hakim sebagai pemutus suatu perkara, mengenai putusan pembebasan para koruptor penjarah uang rakyat yang berjumlah banyak, yang dibebaskan oleh hakim. Tidak jarang pula tuduhan yang menyudutkan aparat penegak hukum yang, yang dianggap mempersulit orang “kebanyakan” untuk mendapatkan keadilan dalam persidangan, selain bukti-bukti yang cukup kuat yang dimiliki olehnya. Masih banyak lagi persoalan yang menyebabkan semakin terpuruknya hukum saat ini.²²³

Penerapan hukum mengalami perubahan dari masa kemasa. Tujuan dari pembenahan ini adalah bagaimana mewujudkan hukum yang substantif. Dapat kita lihat dengan berbagai sistem hukum yang dianut oleh beberapa negara secara garis besar dapat dibedakan atas dua sistem Eropa Kontinental (*civil law*) dan model sistem hukum *common law*. Dengan tidak menghilangkan kenyataan bahwa kedua sistem hukum tersebut sudah banya saling mendekati, kedua-duanya pada dasarnya mewakili suatu cara berhukum yang pada berbeda sekali.²²⁴

Berfikir secara progresif berarti harus berani keluar dari *mainstream* pemikiran *absolutisme* hukum, kemudian menempatkan hukum dalam persoalan kemanusiaan. Bekerja berdasarkan pola pikir atau paradig hukum progresif akan melihat factor utama dalam hukum itu adalah manusia, sedangkan paradig hukum yang positivisme meyakini kebenaran hukum atas manusia. Manusia boleh dimarjinalkan asalkan hukum tegak. Sebaliknya paradig hukum progresif berfikir bahwa justru

²²² Munir Fuady, *op cit*, hal 40

²²³ A.M. Mijahidin, *Hukum Progresif: Jalan Keluar Dari Keterpurukan Hukum Di Indonesia*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No 257 bulan april 2007, Ikahi, Jakarta 2007, hlm. 51

²²⁴ *Ibid*,

hukumlah yang harus dimarjinalkan untuk mendukung proses eksistensi kemanusiaan, kebenaran, dan keadilan.²²⁵

Agenda utama hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralisasi utama perbincangan tentang hukum. Bagi hukum progresif hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Jikalau faktor kemanusiaan yang didalamnya terdapat kebenaran dan keadilan telah menjadi titik pembahasan hukum, maka faktor etika dan moralitas dengan sendirinya akan terseret masuk kedalamnya. Faktor etika dan moral sangat perlu dalam membangun konsep hukum progresif, oleh karena itu etika dan moral akan berbicara benar dan salah atau baik dan buruk yang melekat pada diri manusia. Jika seseorang tidak memiliki etika dan moral, maka ia sama dengan makhluk lainya seperti binatang.²²⁶

Di dalam hukum progresif terkandung moralitas kemanusiaan yang sangat kuat. Jika etika atau moral manusia telah luntur, maka penegakan hukum tidak tercapai, sehingga membangun masyarakat untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia tidak akan terwujud. Pembangunan pondasi dari kesadaran mental ini adalah perbaikan aklak, pembinaan moral dan karakter diri masyarakat supaya menjadi masyarakat susila yang bermoral tinggi, sehingga dapat dibangun masyarakat yang damai sejahtera, masyarakat yang adil dn makmur.²²⁷

Sekalipun ide hukum progresif belum bisa dipandang sebagai teori yang final (sesuai dengan hakekatnya sebagai *law in making* atau *on going process*), namun dari sedemikian banyak tulisan dan kajian mengenai hukum progresif dapat ditarik beberapa pokok gagasan. *Pertama*, paradigma hukum progresif adalah hukum untuk manusia yang mengandung makna bahwa manusia merupakan sentral dalam cara berhukum. *Kedua*, prinsip-prinsip hukum progresif adalah: tidak ingin mempertahankan status *quo* dalam berhukum; mengutamakan faktor dan peran

²²⁵ Tulisan dari Satjipto rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*. Makalah yang disampaikan pada seminar nasional *Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia*, di Semarang, 2004. Hal 5

²²⁶ *Op.cit*, Satjipto Rahardjo, membedah hukum progresif....hal.229

²²⁷ *Ibid*, hal. 233

manusia di atas hukum; membaca peraturan adalah membaca maknanya bukan teks-nya; membebaskan dari kelaziman yang keliru dan menghambat pencapaian tujuan hukum. Selain itu, mengutamakan modal empati, rasa-perasaan, dedikasi, kesungguhan, kejujuran dan keberanian; dan hukum bukan mesin namun lebih merupakan jerih payah manusia yang bernurani.

Dengan demikian hukum progresif merubah cara berhukum dari sekedar menerapkan hukum positif secara tekstual menjadi cara berhukum dengan mendayagunakan hukum dengan tujuan, misi dan dimensi spiritual. Dalam perpektif hukum progresif maka yang terjadi dalam *positivisasi* hukum sebenarnya adalah pereduksian makna. Dengan demikian gagasan atau usulan untuk menformalkan *vexatious litigation* dalam sebuah produk legislasi sebenarnya justru membatasi atau mempersempit makna apa yang sesungguhnya benar-benar merupakan gugatan iseng, yaitu gugatan yang tujuannya hanya semata-mata untuk mengganggu pihak lawan. Apalagi proses pembuatan peraturan perundang-undangan cenderung merupakan proses politik dimana banyak muatan kepentingan yang beradu kekuatan. Hakekat hukum progresif adalah pergeseran dari sistem formal ke sistem manusia. Jadi *vexatious litigation* yang benar-benar bersifat *vexing* (tidak ada visi luhurnya) memang tidak boleh dibiarkan menjadi *trend* dalam budaya peradilan. Namun biarkan peran manusia (hakim) secara progresif (pengetahuan, keahlian dan logika yang utuh serta ketajaman nurani) dalam memberikan makna di balik sebuah gugatan.

Karakteristik hukum progresif dapat ditandai dengan pernyataan sebagai berikut:²²⁸

1. Hukum ada untuk mengabdikan pada manusia;
2. Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum selalu berada pada statusnya sebagai *law in the making* dan tidak pernah bersifat final, sepanjang manusia masih ada, maka hukum progresif akan terus hidup dalam menata kehidupan masyarakat;

²²⁸ *Ibid*, hal. 233

3. Dalam hukum progresif selalu mendekat etika dan moralitas kemanusiaan yang sangat kuat, yang akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia serta mengabdikan pada keadilan, kesejahteraan dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya

Berkaitan dengan penegakan hukum sangat diperlukan adanya aparat penegak hukum yang progresif dalam berhukum. Terutama kepada lembaga yudikatif yang memutus suatu perkara demi mencari suatu keadilan yang substantif. Sebagaimana kita ketahui tugas dari yustisial hakim adalah memeriksa, mengadili dan menjatuhkan putusan atas suatu perkara yang dihadapkan kepadanya dan yang pertama menjadi pedoman bagi hakim adalah peraturan perundang-undangan. Ini termasuk juga didalamnya tugas hakim dalam melakukan penemuan hukum. Metode penemuan hukum yang umumnya dilakukan antara lain metode interpretasi dan konstruksi hukum.

Metode interpretasi hukum dilakukan dalam pengaturannya yang sudah ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkret, atau mengandung arti pemecah atau pengurai akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vague normen*), konflik antar norma hukum (*antinomy normen*) dan ketidakpastian suatu peraturan perundang-undangan. Tujuannya tidak lain adalah mencari serta menemukan sesuatu hal yang menjadi maksud dari pembuatnya. Sedangkan metode konstruksi hukum dilakukan apabila ditemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, atau dalam hal peraturannya memang tidak ada, kekosongan hukum (*recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Untuk mengisi kekosongan hukum/undang-undang inilah biasanya, hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, dimana hakim tidak hanya berpegang pada teks tersebut.²²⁹

²²⁹ Soedikno mertokusumo, dan A. pitlo, bab-bab tentang penemuan hukum, Jakarta, 1993: hal. 52

Secara yuridis pintu masuk untuk hakim dalam melakukan penemuan hukum atau progresif dalam berhukum dapat dilihat dalam pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 dan juga penjelasan dari pasal tersebut, agar putusan yang dijatuhkan sesuai dengan nilai-nilai kebenaran dan rasa keadilan masyarakat serta dalam rangka mencapai keadilan sosial.²³⁰

Berkaca dari putusan sela MK kita mengenal bahwa putusan provisi lazim dipraktekan hukum acara perdata yaitu permohonan Penggugat kepada pengadilan agar mengeluarkan tindakan hukum sementara dengan maksud untuk mencegah suatu kerugian yang semakin besar bagi penggugat dan memudahkan pelaksanaan putusan hakim jika penggugat dimenangkan, oleh karenanya tindakan sementara ini diperintahkan pelaksanaannya terlebih dahulu sedangkan perkara masih sedang berjalan (Prof. R. Subekti, S.H., *Praktek Hukum:71*).²³¹

Bahwa meskipun pada awalnya permohonan provisi adalah ranah hukum acara perdata, namun hukum acara Mahkamah juga mengatur permohonan provisi dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara sebagaimana dimuat dalam Pasal 63 UU MK yang berbunyi, *“Mahkamah dapat mengeluarkan penetapan yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi”*.

Selain itu, jika diperlukan untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara, Pasal 86 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Penjelasannya memberikan kewenangan kepada Mahkamah untuk mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan jika terjadi kekosongan/kekurangan dalam hukum acara. Dalam praktik selama ini, Mahkamah telah menggunakan Pasal 86 tersebut untuk memutus perkara perselisihan hasil pemilihan umum melalui beberapa

²³⁰ Lebih jelas lihat pasal 5 ayat (1) UU No: 48 Tahun 2009 yaitu: *hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikutti, dan memahami nilai-nilai luhur dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*” sedangkan penjelasannya *“ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat* .

²³¹ Lihat lebih jelas pasal 197 R.Bg / pasal 185 H.I.R

putusan sela yang berlaku mengikat dan telah dilaksanakan. Tambahan pula, dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD, berdasarkan Pasal 16 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Pengujian Undang-Undang juga dibuka kemungkinan bagi Mahkamah untuk menerbitkan ketetapan atau putusan didalam permohonan provisi. Jadi walaupun di peradilan perdata sering kita temui prakteknya akan tetapi MK mengakomodir hal yang sama untuk mencari kebenaran dalam kasus Bibit dan Chandra ini.

Mahkamah Konstitusi secara terus menerus mengikuti perkembangan kesadaran hukum dan rasa keadilan yang tumbuh di masyarakat yang menjadi dasar agar Mahkamah tidak berdiam diri atau membiarkan terjadinya pelanggaran hak konstitusional warga negara. Oleh karenanya, meskipun dalam UU MK tidak dikenal putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang, seiring dengan perkembangan kesadaran hukum, kebutuhan praktik dan tuntutan rasa keadilan masyarakat serta dalam rangka memberikan perlindungan dan kepastian hukum yang adil, Mahkamah memandang perlu menjatuhkan putusan provisi dalam perkara *a quo* dengan mendasarkan pada aspek keadilan, keseimbangan, kehati-hatian, kejelasan tujuan, dan penafsiran yang dianut dan telah berlaku tentang kewenangan Mahkamah dalam menetapkan putusan sela.

Menimbang bahwa dalam perkara *a quo*, terlepas apakah pasal yang dimohonkan pengujian nantinya akan dinyatakan bertentangan atau tidak dengan UUD 1945, Mahkamah memandang terdapat cukup potensi terjadinya pelanggaran atas kepastian hukum yang adil, perlakuan yang sama di hadapan hukum [*vide* Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945], dan kebebasan dari ancaman dari rasa takut untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi [*vide* Pasal 28G ayat (1)], sehingga Mahkamah harus memainkan peran yang besar dalam mempertegas dan memberikan rasa keadilan dalam perkara *a quo* melalui putusan provisi yang selengkapanya akan dimuat dalam amar putusan ini. Bahwa proses hukum yang sedang dihadapi oleh para Pemohon adalah proses hukum pidana yang juga menggunakan instrumen hukum pidana yang bukan menjadi ranah

kewenangan Mahkamah. Karenanya, Mahkamah tidak berwenang memberikan penilaian terhadap proses hukum yang sedang berjalan sehingga Mahkamah tidak berwenang untuk memerintahkan Kepolisian Negara Republik Indonesia maupun Kejaksaan Agung Republik Indonesia untuk menghentikan sementara proses hukum pidana para Pemohon yang sedang berjalan.

Oleh karena itu, Mahkamah tidak dapat mengabulkan permohonan provisi sejauh menyangkut penghentian proses pidana di kepolisian dan kejaksaan. Bahwa dalam praktik pemeriksaan perkara pengujian undang-undang seringkali untuk kasus-kasus tertentu dirasakan perlunya putusan sela dengan tujuan melindungi pihak yang hak konstitusionalnya amat sangat terancam sementara pemeriksaan atas pokok permohonan sedang berjalan.

Bahwa Mahkamah berpendapat putusan sela perlu untuk diterapkan apabila dengan putusan tersebut tidak akan menimbulkan kerancuan hukum di satu pihak, sementara di pihak lain justru akan memperkuat perlindungan hukum. Menimbang bahwa relevansi dan signifikansi diterbitkannya putusan provisi dalam perkara pengujian undang undang terhadap UUD adalah untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia apabila suatu norma hukum diterapkan sementara pemeriksaan atas pokok permohonan masih berjalan padahal hak-hak konstitusional Pemohon yang dirugikan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir.

Dalam perkara *a quo* putusan sela diperlukan untuk mencegah kemungkinan kerugian konstitusional para Pemohon apabila menjadi terdakwa karena diberhentikan (tetap) oleh Presiden padahal dasar hukum atau pasal undang-undang tentang itu sedang diperiksa dalam pengujian terhadap UUD 1945 di Mahkamah. Menimbang bahwa dalam permohonan provisi para Pemohon memohon, antara lain, agar Mahkamah, "... memerintahkan kepada Presiden Republik Indonesia untuk tidak menerbitkan surat keputusan penghentian terhadap para Pemohon terkait dengan perkara dengan nomor laporan Polisi: No.Pol: LP/482/VIII/2009/Bareskrim tanggal 25 Agustus 2009 yang menyatakan para

Pemohon sebagai tersangka setidaknya-tidaknya sampai adanya Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap ...". . Karena permohonan provisi tersebut terkait dengan pengujian undang-undang, meskipun permohonan beralasan, namun yang dapat dikabulkan oleh Mahkamah hanya menunda penerapan Pasal 32 ayat (1) huruf *juncto* Pasal 32 ayat (3) UU KPK oleh Presiden, yakni tindakan administrative berupa pemberhentian Pimpinan KPK yang menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan.

Berdasarkan argumentasi dan landasan berpijak MK untuk menjatuhkan putusan sela itu maka ini memberikan makna bahwa hakim MK merupakan sebagai perumus dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (*living of constitution*). Dalam persidangan di MK telah terbukti fakta-fakta baru demi menguak skenario kriminalisasi pimpinan KPK yang berimplikasi pada mandeknya penegakan hukum terutama pemberantasan korupsi. MK hadir menerobos legal positivisme (aturan) dengan membuka rekaman percakapan anggota dengan beberapa aparat penegak hukum dan memutuskan putusan sela terhadap uji materiil Pasal 32 Ayat 1 Huruf c UU No 30/2002 yang berbunyi, "Pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan karena menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan". Oleh karena itu proses penyelidikan dan penyidikan dapat dihentikan dan tidak dilimpahkan ke pengadilan sampai ada putusan MK mengenai uji materi. Pemberhentian tetap itu juga dianggap sebagai "hukuman" tanpa proses pengadilan, bersifat permanen, meski di kemudian hari dinyatakan tak bersalah oleh pengadilan.

Dengan mengabulkan permohonan pemohon sebagaimana dan memutuskan putusan sela menandakan bahwa hakim Mahkamah Konstitusi telah keluar dari kerangkeng pemikiran *legal positivisme* dan mendobrak pradigma bahwa hakim hanya corong undang-undang. Hakim lebih kepada mencari keadilan substantive dengan menafsirkan bahwa pasal 32 ayat (1) huruf c telah melanggar dengan Undang-Undang Dasar 1945, yakni Pasal 27 Ayat 1, Pasal 28D Ayat 1, dan Pasal 28J Ayat 2. Pasal 32 Ayat 1 Huruf c diujikan karena bertentangan dengan asas praduga tak bersalah. Pemberhentian tetap itu juga dianggap sebagai "hukuman" tanpa proses

pengadilan, bersifat permanen, meski di kemudian hari dinyatakan tak bersalah oleh pengadilan. Ini merupakan paradigma hukum progresif yang patut dan layak untuk dikembangkan untuk mewujudkan peradilan yang modern berpihak kepada rakyat untuk mewujudkan keadilan yang substantif.

3. Putusan Nomor 069/PUU-II/2004

(Putusan Retroaktif Kewenangan KPK)

a. Pendahuluan

Pengalaman Indonesia dalam melakukan pemberantasan korupsi banyak melalui rintangan yang teramat terjal. Buktinya, diluar institusi formal yang ditugaskan sebagai lembaga penegak hukum (Polri dan Kejaksaan), beberapa lembaga pemberantas korupsi yang pernah dibentuk sebelumnya, seringkali gagal ditengah jalan. Komisi pemberantasan korupsi yang dibentuk pada tahun 1967 yang dinamakan dengan Tim Pemberantas Anti Korupsi, tahun 1970 dengan nama Komisi Empat dan Komite Anti Korupsi, tahun 1977 dengan nama Opstib (Operasi Tertib), tahun 1982 dengan nama Tim Pemberantas Korupsi, tahun 2000 TGTPK (Tim Gabungan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi) dan KPKPN (Komisi Pemberantasan Korupsi Pejabat Negara) gagal total karena selain tidak siap mental juga tidak dimulai dengan dukungan pemerintah dan masyarakat. Dari rentetan kejadian tersebut tersirat bahwa lembaga penegak hukum sangat abai dalam melakukan pemberantasan korupsi, sampai-sampai pemerintah harus menambah “dosis” dalam menghadapi “virus” korupsi yang pada kenyataannya kita juga harus menelan “pil pahit” menuntaskan kasus-kasus korupsi dinegeri tumpah darah ini.

Namun demikian harapan akan negeri bebas korupsi tidak pernah pudar fikiran pemerintah. Semangat pemberantasan korupsi mulai bangkit ditandai dengan revisi UU anti korupsi (UU 20 Tahun 2001 jo. UU 31 Tahun 1999). Dalam ketentuan peralihan Pasal 43 ayat (1) UU *a quo* diamanatkan pembentukan lembaga independen yang khusus menangani kasus korupsi dari tingkat penyelidikan sampai pada penuntutan dipengadilan. Lembaga ini diberi nama yakni komisi

Pemberantasan Korupsi (KPK). Keberadaan KPK saat ini harus berkaca pada sejumlah lembaga pemberantas korupsi sebelumnya yang mandul dalam pemberantasan korupsi agar kondisi tersebut tidak lagi terulang. Kemudian melalui Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 KPK dibentuk, yang merupakan lembaga khusus yang didirikan mengingat kondisi penegakan hukum kasus-kasus korupsi oleh lembaga yang sudah ada (Kepolisian dan Kejaksaan)²³² dirasa tidak begitu efektif. Hal ini ditengarai dengan ketidakprofesionalan aparat terkait, ditambah dengan kondisi internal yang terjangkiti “virus” korupsi (*Judiciary corruption*). Sebelum KPK dibentuk, tidak ada pejabat di daerah seperti anggota DPRD, gubernur, bupati, yang bisa diproses secara hukum. Meskipun tidak sepi dari kritik, sepele terungkap KPK sudah mampu menjerat actor-aktor korupsi kelas kakap, yang sebelumnya tidak terbayangkan akan dilakukan oleh kepolisian dan kejaksaan,²³³ apalagi sampai ditahan. Setelah KPK dibentuk dan berhasil menangkap Abdullah Puteh, Gubernur Aceh aktif, baru kemudian polisi dan jaksa punya keberanian.²³⁴ Jadi pembentukan KPK adalah sebagai pemicu atau *trigger mechanism* terhadap lembaga penegak hukum lainnya dalam pemberantasan korupsi di Indonesia. Apabila kondisi pemberantasan korupsi sudah menunjukkan penurunan dan institusi penegak hukum sebelumnya (jaksa dan Kepolisian) sudah mereformasi diri, maka keberadaan KPK tidak lagi dibutuhkan.

KPK sebagai lembaga yang baru yang diberikan kewenangan berdasarkan UU No. 30 Tahun 2002. Dalam Pasal 70 dijelaskan bahwa KPK melaksanakan tugas dan

²³² Penanganan kasus korupsi oleh Polri jika mengacu pada KUHP terdapat pada Pasal 1 angka 4 jo. angka 5 dan dalam Pasal 1 angka 1 jo. angka 2. Sedangkan dalam UU No. 2 Tahun 2002, tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, tidak ada satu pasal pun yang secara tegas menyebutkan wewenang polisi untuk melakukan penyelidikan dan penyidikan kasus korupsi, hanya saja secara implisit kewenangan tersebut dapat dilihat pada Pasal 14 ayat (1) Negara Republik Indonesia bertugas: melakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap *semua tindak pidana* sesuai dengan hukum acara pidana dan peraturan perundang-undangan lainnya. Sedangkan penanganan korupsi oleh kejaksaan terdapat pada Pasal 30 ayat (1) huruf d UU No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia yang menyatakan tugas dan kewajiban jaksa dapat melakukan penyelidikan terhadap *tindak pidana tertentu* berdasarkan undang-undang.

²³³ Febri Diansyah, *Senjakala Pemberantasan Korupsi; Memangkans Akar Korupsi Dari Pengadilan tipikor*, Jurnal Konstitusi Volume 6 Nomor 2 Juli 2009, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, h. 29.

²³⁴ <http://majalah.hidayatullah.com/?p=643>, diunduh pada tanggal 21 Oktober 2010.

kewenagannya paling lambat 1 (satu) tahun setelah undang-undang ini diundangkan. Jika melihat tanggal pengundangannya, yakni pada tanggal 27 Desember 2002, maka paling lambat tanggal 27 Desember 2003 KPK sudah harus efektif melaksanakan tugas dan kewenagannya. Artinya sejak tanggal 27 Desember 2002 sebenarnya KPK sudah memiliki kewenangan untuk melakukan tindakan dalam pemberantasan korupsi.

Namun kemudian muncul persoalan bilamana adanya dugaan korupsi yang dilakukan sebelum KPK terbentuk. Apakah KPK berwenang melakukan proses hukum terhadap seseorang tersebut?. Inilah yang terjadi ketika gugatan uji materil terhadap Pasal 68 UU KPK, dimana seorang warga negara yang diduga dirugikan hak konstitusionalnya akibat kewenangan yang diberikan oleh UU kepada KPK untuk mengusut dugaan kasus korupsi atas dirinya, padahal perbuatan tersebut diduga dilakukan sebelum lembaga beserta kewenangan KPK terbentuk. Dengan kata lain, terhadapnya diberlakukan proses hukum yang berlaku surut (*retroaktif law enforcement*). Disisi lain konstitusi (UUD 1945) secara tegas menyebutkan bahwa hak seseorang warga Negara untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut adalah hak yang tidak dapat dikurangi oleh siapapun dan dalam keadaan apapun atau bersifat *non derogable rights* (Pasal 28 I ayat 1). Kondisi tersebut saling bertolak belakang antara semangat pemberantasan korupsi sebagai perbuatan yang termasuk kedalam kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*) yang harus dilakukan dengan upaya yang luar biasa pula (*extra ordinary measure*) dengan konstitusionalitas suatu perlakuan aparat Negara.

b. Identitas

Pemohon dalam perkara ini adalah Bram H.D. Manoppo, Direktur Utama P.T. Putra Pobiagan Mandiri. Beralamat di Jalan Dukuh Patra II No 81 Rt. 010/002, Menteng Dalam, Jakarta Selatan. Pemohon memberikan kuasa hukum kepada Mohammad Assegaf, Asfifudin, dan Rachmawati.

c. Posita

Pemohon mempermasalahkan penerapan asas legalitas dalam Hukum Pidana (Pasal 1 ayat 1 KUHP) dan pengujian norma-norma yang dianggap samar (*vege Normen*). Bahwa eksistensi dan validitas terhadap Asas Legalitas dan larangan keberlakuan asas Retroaktif terbatas dalam konsepsi Hukum (Pidana) Materiel saja sudah tidak diikuti dan tertinggal jauh sejalan dengan dinamisasi masyarakat dan perkembangan Hukum Pidana itu sendiri, sehingga Hukum Pidana Formil memiliki prinsip legalitas dan larangan berlaku surut seperti halnya prinsip yang hidup dalam Hukum Pidana Materiel.

Pemohon berpendapat bahwa prinsip *Ex Post Facto Law* mengikat untuk segala sistem hukum, baik Hukum Perdata, Hukum Administrasi Negara dan Hukum Pidana, baik Formiel maupun Materiel. Dalam permohonannya, Pemohon menyatakan bahwa prinsip legalitas ini adalah karakteristik dan primaritas sifatnya dan hal ini merupakan bentuk eksistensi perlindungan HAM, khususnya tersangka/terdakwa/terpidana dari penghindaran kekuasaan yang sewenang-wenang dari penguasa, karenanya *Noellum Delictum, Noella Poena sine Praevia Lega Poenali* menjadi karakteristik dari setiap Negara Demokrasi yang mengakui prinsip *Rule of Law*.

Pemohon berpendapat bahwa KPK terbentuk dengan diberlakukannya UU KPK pada 27 Desember 2002 dan secara institusi KPK berdiri pada tanggal 27 Desember 2003. Sehingga menurut Pemohon, KPK tidak memiliki kewenangan untuk melakukan tindakan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan tindak pidana korupsi terhadap perbuatan /peristiwa yang terjadi sebelum Undang Undang ini diundangkan atau sebelum tanggal 27 Desember 2002 sesuai prinsip *ex post facto law* pada pasal 72. Oleh karena itu sesungguhnya KPK telah mempergunakan kewenangan berdasarkan *vage normen* atau norma-norma yang samar selama menjalankan tugasnya. Menurut Pemohon yang menjadi Tersangka dalam penyidikan perkara korupsi oleh KPK pada medio 2004, KPK tidak berhak menyidikinya.

Pemohon berpendapat proses penyidikan KPK yang dilakukan kepadanya bertentangan dengan Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

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

d. Petitum

Pemohon meminta kepada MK menyatakan KPK telah mempergunakan suatu Kewenangan melebihi dari kewenangan yang telah ditetapkan Undang-undang karena adanya norma pengaturan yang bersifat samar, *vage normen* atau memang norma pengaturan tertulis yang jelas tetapi diartikan sebagai norma-norma (tidak tertulis) yang samar, yang semua membawa akibat kerugian terhadap Hak Konstitusional Pemohon, karena melanggar larangan memberlakukan Asas Retroaktif.

Pemohon meminta agar MK membatalkan keberadaan Pasal 68 UU No.30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi yang dianggap bertentangan dengan Pasal 28 huruf I ayat (1) UUD 1945, sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya.

e. Analisa Putusan

1. Berfikir Progresif

Paradigma berfikir progresif berpangkal dari kejumudan hukum yang *absolute* dan keinginan meninggalkan pandangan hukum yang mapan, karena ketertiban (*order*) tidak hanya diperoleh dari institusi-institusi negara. Nilai-nilai progresif dalam berhukum harus didekatkan dengan nilai-nilai kemanusiaan. Maka dari itu,

hukumlah yang harus dimarjinalkan untuk mendukung proses eksistensi kemanusiaan, kebenaran, dan keadilan dan bukan sebaliknya.²³⁵ Hal ini ada tujuan yang besar yang ingin dicapai dari nilai-nilai progresif, bukan hanya semata-mata keadilan dengan penegakan hukum, melainkan jauh lebih dari itu, yakni keadilan dan kebahagiaan masyarakat.

Titik tolak dari pandangan hukum progresif adalah memosisikan “hukum bukanlah untuk dirinya sendiri, tetapi untuk manusia”. Maka setiap kali ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumlah yang sejatinya harus ditinjau dan diperbaiki bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum tersebut. Hal ini menjadikan hukum sebagai sebuah proses menjadi (*law as a proses, law in the making*). Jadi asumsi dasar yang diajukan dalam cara berfikir (hukum) progresif adalah semakin landasan suatu teori bergeser kearah ke faktor hukum, semakin suatu teori menganggap hukum sebagai sesuatu yang mutlak-otonom dan final. Sebaliknya, jika semakin bergeser ke factor manusia, semakin teori tersebut memberikan ruang kepada faktor manusia.²³⁶

2. Keberadaan Asas Retroaktif

Eksistensi asas non-retroaktif (pelarangan asas retroaktif) dalam hukum pidana merupakan konsekuensi logis dari pemberlakuan asas legalitas dalam hukum pidana Indonesia. Hal ini jelas terlihat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menyebutkan: “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana, kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan”.²³⁷ Berdasarkan perjalanan sejarah, **Moeljatno** mengutarakan jauh sebelum asas legalitas, terjadi kesewenang-wenangan perlakuan raja-raja berkuasa abad pertengahan di Eropa yang memperlakukan hukum pidana menurut kehendak dan kebutuhannya. Legitimasinya adalah berdasarkan adanya ketentuan *crime*

²³⁵ Satjipto Rahardjo, 2004, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, Makalah*, disampaikan pada Seminar Nasional Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia, Semarang, h. 5.

²³⁶ Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif : Suatu Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, h. 118.

²³⁷ Moeljatno, 1996, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, Bumi Aksara, Jakarta, h. 3.

extra ordinaria, yaitu kejahatan-kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang yang dikenal semasa kekaisaran Romawi.²³⁸

Ketika masa absolutisme tersebut, raja-raja dapat menyelenggarakan pengadilan secara sewenang-wenang, rakyat tidak mengetahui perbuatan mana yang merupakan kejahatan dan mana yang bukan. Jadi hakim memutus perkara berdasarkan perasan hukumnya sendiri. Perkembangan selanjutnya, muncul ahli pikir seperti **Montesquieu** dan **JJ. Rousseau** yang menuntut agar kekuasaan raja dibatasi dengan undang-undang tertulis. Akhirnya, pasca revolusi Prancis, struktur hukum mulai dibangun dengan adanya hubungan antara yang memerintah dan diperintah, antara kekuasaan Negara dan individu.²³⁹ Sumber kemunculan asas legalitas inipun sampai sekarang masih menjadi perdebatan. Melalui catatan yang ada, tidak ada yang tahu pasti oleh siapa dan dari mana asas legalitas ditemukan pertama kalinya.²⁴⁰

²³⁸ Eddy O.S. Hiareij, 2009, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta, h. 8.

²³⁹ Rene David & John E.C Brierley dalam Eddy O.S. Hiareij, *Ibid*.

²⁴⁰ Setidaknya, kemunculan Asas Legalitas dapat kita lihat dari 4 (empat) sumber . *Pertama*, Paul Johan Anselm von Feurbach (1775-1833), seorang sarjana Hukum Pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des penlichen recht* (1801). Dalam bahasa latin dikenal maxim yang berbunyi: *nulla poena sine lege* (tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana menurut undang-undang); *nulla poena sine crimine* (tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana); *nullim crimen sine poena legali* (tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang). Lihat dalam D. Schaffmeister, N. Keijer, E.PH Sitorius, 1995, *Hukum Pidana*, terjemahan J.E. Sahetapy, Yogyakarta, Liberty, h. 4. Menurut Jan Rammelink, ketiga frasa tersebut dikembangkan oleh Feurbach menjadi adagium *nullum delictum, nulla poena sine previa legi poenali*. Orang mengira asas legalitas ini berasal dari Romawi kuno karena berlafalkan bahasa latin. Namun pendapat ini ditentang oleh Moeljatno yang memastikan tidak pernah dikenalnya asas ini dalam hukum romawi kuno. Lebih lanjut oleh J. Sahetapy menambahkan bahwa kenapa adagium dan asas legalitas berbahasa latin, semata-mata karena bahasa latin merupakan “bahasa hukum” yang digunakan pada waktu itu. *Kedua*, berasal dari ajaran Montesquieu dalam bukunya *L’Esprit des Lois* (1748). Menurut ajarannya hakim harus terpisah dari pemerintah dan harus memberikan hukuman setepat mungkin sesuai dengan harfiah hukum. Hakim harus bertindak hati-hati untuk menghindari tuduhan tidak adil terhadap orang-orang yang tidak bersalah. *Ketiga*, Terdapat dalam *Talmudic Jurisprudence*, yang diakui oleh kaum yahudi sebagai kompilasi dari naskah-naskah keagamaan, ajaran-ajaran hukum, naskah-naskah sejarah, dan ilmu pengetahuan lainnya. Bahkan jika dilihat lebih jauh kebelakang roh dari ajaran legalitas ini terdapat dalam perjanjian baru yang berisi injil, yakni surat-surat Rasul Paulus dan surat-surat lainnya. Dalam Pasal 5 ayat (13) berbunyi: “Sebab, sebelum hukum Taurat ada, telah ada dosa di dunia. Tetapi dosa itu tidak diperhatikan kalau tidak ada hukum Taurat.” *Keempat*, menurut Shokry El-Dakkak, asas legalitas tercermin dalam hukum islam secara implisit terdapat dalam Al-Qur’an, Surat Al Isra’ ayat 15, yang mengatakan: “..... Kami tidak akan menghukum sebelum Kami mengutus seorang rasu.” Kemudian Irmanputra Sidin dalam penelitian disertasinya juga ditemukan asas

Asas legalitas sebagaimana karakteristik aslinya mengandung tujuh aspek yang dapat dibagi sebagai berikut:

Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;

1. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
2. Tidak dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
3. Tidak boleh ada rumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*);
4. Tidak ada ketentuan surut dari ketentuan pidana;
5. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan oleh undang-undang;
6. Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.²⁴¹

Jadi jelas bagi kita bahwa asas non-retroaktif merupakan suatu titah yang harus dijalankan untuk mendukung eksistensi prinsip legalitas yang kita anut dalam sistem hukum pidana pada hari ini.

Asas legalitas jika dilihat dari latar belakang kelahirannya, adalah karena praktek absolutisme raja yang sewenang-wenang memperlakukan warganya dalam hal menuntut seseorang karena dianggap telah berbuat kejahatan tanpa dasar yang jelas. Oleh sebab itu dengan adanya semangat perlindungan hak-hak asasi manusia untuk menghentikan praktek-praktek absolutisme tersebut, salah satunya adalah dengan melarang pemberlakuan hukum yang berlaku surut (non-retroaktif). Terkait dengan hal ini, **Muladi** menyatakan tujuan dari asas legalitas yang pada hakekatnya juga menjadi tujuan asas non-retroaktif ini adalah:

1. Memperkuat kepastian hukum;

legalitas dalam Surat Al-Qashas ayat (59) yang menyatakan: “Dan Tuhanmu tidak akan membinasakan kota-kota, sebelum Dia mengutus di ibukota itu seorang Rasul yang membacakan ayat-ayat Kami kepada mereka.” Demikian pula dalam Surat An-Nissa’ ayat (165) dikatakan: “(Mereka Kami utus) selaku Rasul-rasul pembawa berita gembira dan pemberi peringatan agar tidak ada alasan bagi manusia membantah Allah sesudah diutusnya rasul-rasul itu.” Lihat selengkapnya dalam Eddy O.S. Hiareij, 2009, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta.

²⁴¹ D. Schaffmeister, N. Keijer, E.PH Sitorius, 1995, *Hukum Pidana*, terjemahan J.E. Sahetapy, Yogyakarta, Liberty, h. 4.

2. Menciptakan keadilan dan kejujuran bagi terdakwa;
3. Mengefektifkan fungsi pencegahan (*deterrent function*) dari sanksi pidana;
4. Mencegah penyalahgunaan kekuasaan; dan
5. Memperkokoh penerapan *rule of law*.²⁴²

Seiring dengan perkembangan negara hukum yang demokratis yang salah satu pilarnya adalah bagaimana negara tersebut memberikan penghormatan (*respect*), perlindungan (*protect*), dan pemenuhan (*fullfil*) terhadap Hak Asasi Manusia (*basic rights*). Indonesia yang merupakan salah satu Negara demokrasi terbesar di dunia memasukkan ketentuan tentang HAM ini kedalam bab khusus dalam konstitusinya. Ketentuan tersebut termuat dalam BAB XA, Pasal 28A-28J Undang-Undang Dasar 1945 setelah diamandemen. Jika diselidiki, ternyata Indonesia menganut prinsip pelarangan dari penerapan hukum yang berlaku surut (*retroaktif*) yang merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi oleh siapapun dan dalam keadaan apapun (*non derogable right*). Hal ini termaktub dalam Pasal 28 I ayat (1) yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

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

Dengan demikian, secara tegas Negara Indonesia menjamin warga negaranya dari perlakuan yang “merendahkan” HAM berupa penegakkan hukum yang berlaku surut.

²⁴² Nyoman Serikat Putra Jaya, 2004, *Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif Sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan; Suatu pergeseran Paradigma Dalam Ilmu Hukum Pidana*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, h. 22. http://eprints.undip.ac.id/300/1/Nyoman_Serikat_Putra_Jaya.pdf, diunduh pada tanggal 26 Oktober 2010.

Jika ditarik sedikit kebelakang, secara historis sejak pemberlakuan WvS di Indonesia pada tahun 1915 asas retroaktif belum pernah diberlakukan, kecuali pada saat pemerintah Hindia Belanda dalam pengasingan di Australia sebagai akibat pendudukan Jepang. Setelah tentara Sekutu menang perang, Pemerintah Hindia Belanda di pengasingan mengeluarkan *Brisbane Ordonantie 1945* mengenai penerapan delik terhadap keamanan negara terhadap pihak yang kalah perang yaitu Jepang. Kuatnya keinginan menerapkan asas retroaktif ini ternyata dilakukan untuk menunjukkan dominasi politis secara luas terhadap pihak lain yang dianggap sebagai oposan serta untuk menunjukkan eksistensi dari asas *Lex Talionis* (pembalasan).²⁴³

Pasca Indonesia merdeka, ternyata praktek pemberlakuan hukum yang dilakukan retroaktif ternyata muncul kembali dalam ketentuan perundang-undangan. Diantara terdapat dalam Penjelasan Pasal 4, Pasal 18 ayat (3) UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dan Pasal 43 UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Ketentuan tentang asas retroaktif ini juga muncul pada Pasal 46 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang menjadi UU No. 15 Tahun 2003 dan Perpu No. 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 yang akhirnya menjadi UU No. 16 Tahun 2003.

Ketentuan dalam Pasal 46 UU No. 15 Tahun 2003 menyatakan bahwa:

“Ketentuan dalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang ini dapat diperlakukan surut untuk tindakan hukum bagi kasus tertentu sebelum mulai berlakunya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang ini, yang penerapannya

²⁴³ Agus Raharjo, *Problematika Asas Retro-aktif Dalam Hukum Pidana Indonesia*, http://www.unsoed.ac.id/newcmsfak/UserFiles/File/HUKUM/problem_retroaktif.htm, diunduh pada tanggal 26 oktober 2010.

ditetapkan dengan Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang tersendiri”

Ketentuan ini merupakan dasar dikeluarkannya Perpu No. 2 Tahun 2002 yang mengandung asas retroaktif. Akan tetapi dari kata-kata “...*dapat diperlakukan surut untuk tindakan hukum bagi kasus tertentu sebelum berlakunya perpu ini, ...*” mengandung indikasi bahwa selain Perpu No. 2 Tahun 2002 terbuka kemungkinan untuk memberlakukan surut terhadap tindak pidana terorisme selain peristiwa Bom Bali 12 Oktober 2002.

Perpu No. 1 Tahun 2002/UU No. 15 Tahun 2003 dan Perpu No. 2 Tahun 2002/UU No. 16 Tahun 2003 telah dijadikan dasar untuk menjatuhkan pidana mati bagi pelaku peledakan Bom Bali I, yaitu Amrozi, Ali Imron dan Imam Samudera. Dalam perkembangannya, eksistensi Perpu No. 1 Tahun 2002/UU No. 16 Tahun 2003 telah diajukan uji materiil oleh **Masykur Abdul Kadir** pada Mahkamah Konstitusi. Meskipun yang diajukan uji materiil hanya Perpu No. 1 Tahun 2002/UU No. 16 Tahun 2003 akan tetapi keputusan yang diambil oleh Mahkamah Konstitusi akan berdampak pada ketentuan Pasal 46 Perpu No. 1 Tahun 2002/UU No. 15 Tahun 2003.

Dari uraian diatas, dapat kita lihat penyimpangan-penyimpangan terhadap pelarangan asas retroaktif dalam ketentuan hukum di Indonesia. Alasan dari penerapan asas retroaktif tersebut juga berbeda, mulai dari alasan politis yang terdapat dalam retroaktif dalam UU HAM dan pengadilan HAM , yakni upaya untuk menghindari penerapan asas komplementaris dalam ketentuan *International Crime Court* (ICC). Asas ini menegaskan bahwa jika lembaga hukum atau peradilan nasional tidak dapat bertindak dan/atau tidak mau bertindak, maka perkara pelanggaran HAM berat itu akan diambil alih oleh ICC. Tentu ketentuan ini amat berbahaya mengingat sebagian besar pelanggar HAM berat di Indonesia pada masa lalu adalah pemerintah sehingga “sebisa” mungkin diadili di dalam negeri.²⁴⁴ Kemudian untuk tindak pidana terorisme, dikemukakan alasan seperti asas

²⁴⁴ *Ibid.*

superioritas keadilan yang dapat mengesampingkan asas non retroaktif, argumen hukum internasional dapat mengesampingkan hukum domestik dan sebagainya. Walaupun pada saat itu, terhadap pelaku terror bisa saja dituntut dengan memakai perangkat hukum KUHP tentang pembunuhan berencana (vide Pasal 340).

Disamping dari berbagai argument tentang penerapan hukum pidana secara retroaktif, ternyata ada yang beranggapan bahwa asas retroaktif dapat memenuhi tuntutan moral pembalasan masyarakat (*society retribution*) terhadap pelaku kejahatan²⁴⁵, yang esensinya adalah menciptakan keadilan bagi masyarakat (*society justice*). Dalam hal ini **Utrecht** memandang asas legalitas kurang melindungi kepentingan-kepentingan kolektif²⁴⁶ dari masyarakat yang lebih besar. Lebih lanjut **Nyoman Putra Jaya** mengatakan:²⁴⁷

“Asas legalitas yang hanya memberikan perlindungan individu dari kesewenang-wenangan penguasa demi kepastian hukum dan tidak atau kurang memberikan perlindungan kepada perlindungan kolektif serta korban kolektif. Ini berarti asas legalitas kurang memperhatikan akses keadilan untuk semua (*access to justice for all*) Dengan demikian pemberlakuan hukum pidana secara “retroaktif” yang didasarkan pada prinsip keadilan untuk semua dalam artian keadilan untuk pelaku dan korban menjadi penyeimbang asas keadilan yang hannya mengejar “kepastian hukum” dan asas keadilan.”

3. Progresifitas Putusan Mahkamah Konstitusi

Dalam mengkaji sebuah putusan pengadilan, amatlah penting untuk menganalisis pertimbangan hakim dalam membuat putusan tersebut. Hal demikian dalam konstruksi sebuah putusan dinamakan *ratio decidendi* sebagaimana diartikan oleh **Yahya Harahap** sebagai *the ground or reason of decision, or the point in a case which determinisme the judgement* (dasar atau alasan, atau juga poin dalam suatu kasus

²⁴⁵ Nyoman Serikat Putra Jaya, *op. cit.*, h. 35.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid.*, h. 36.

yang mempengaruhi hakim dalam mengambil keputusan).²⁴⁸ Dapat dikatakan *Ratio deducendi* mengikat secara hukum selain amar putusan, dan oleh sebab itu kedudukannya tidak terpisahkan dalam suatu putusan. Konsekuensi logis dari cara berfikir ini, pertimbangan dan amar putusan tersebut merupakan bagian dari aktualisasi kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengawal UUD 1945.²⁴⁹

Dalam mengkaji nilai-nilai progresifitas Putusan MK Nomor 069/PUU-II/2004 tentang pengujian Pasal 68 UU No. 30 Tahun 2002 tentang KPK, maka terlebih dahulu harus mencermati *ratio deducendi* atau dalam hal ini pertimbangan mahkamah dalam membuat putusan. Kemudian dari telaah awal tersebut dihubungkan dengan konsep berfikir progresif dalam hukum. Dengan demikian, akan didapat kesimpulan yang menyatakan putusan mahkamah tersebut memiliki nilai-nilai progresif atau malah sebaliknya berkarakter regresif.

Adapun kesimpulan dari Putusan Nomor 069/PUU-II/2004, menyatakan permohonan tidak dapat diterima karena pemohon tidak memiliki kedudukan hukum atau (*legal standing*) dalam perkara tersebut (lihat halaman 67 putusan *a quo*). Hal ini disebabkan karena tidak terdapat korelasi linear antara tindakan Komisi Pemberantasan Korupsi (berdasarkan Pasal 6 huruf c Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi) dengan konteks pengambilalihan (Pasal 68 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi) sebagaimana permohonan pemohon.²⁵⁰ Mahkamah berpendapat setelah melihat fakta hukum, bahwa pemohon belum pernah diperiksa baik oleh pihak Kepolisian, maupun Kejaksaan tersebut, padahal pemeriksaan oleh Kepolisian atau Kejaksaan itu merupakan syarat yang harus dipenuhi agar KPK dapat menggunakan Pasal 68 undang-undang *a quo*. Jadi, terhadap pemohon tidak ada hak konstiusionalnya yang dirugikan oleh berlakunya Pasal 68 UU tersebut.

²⁴⁸ Febri Diansyah, *op. cit.*, h. 34.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Putusan MKRI No. Nomor 069/PUU-II/2004, h. 26.

Hal ini menurut Ahli **Prof. Dr. Komariah Emong Sapardjaja** Pasal 68 undang-undang *a quo* adalah bersifat hukum administratif sebagai peraturan peralihan.²⁵¹

Namun demikian, mahkamah tetap memberikan penafsiran terhadap konstruksi makna retroaktif dalam ketentuan UU No. 30 Tahun 2002 tersebut yang potensial menjadi polemik dikemudian hari. Adapun beberapa pasal dari ketentuan retroaktif tersebut yang ditafsirkan secara sistematis oleh mahkamah adalah sebagai berikut:

NO.	Pasal	Hasil Penafsiran	Jenis Penafsiran
1.	Pasal 72: <i>“Undang-undang ini mulai berlaku pada tanggal diundangkan”</i>	Jelas bahwa Undang-undang KPK berlaku ke depan (<i>prospective</i>), Dengan demikian undang-undang ini tidak berlaku terhadap peristiwa pidana yang <i>tempus delicti</i> -nya terjadi sebelum undang-undang <i>a quo</i> diundangkan;	<i>argumentum a contrario</i> / kontekstual
2.	Pasal 70 : <i>“Komisi Pemberantasan Korupsi melaksanakan tugas dan wewenangnya paling lambat 1 (satu) tahun setelah undang-undang ini diundangkan”</i>	Undang-undang <i>a quo</i> diundangkan pada tanggal 27 Desember 2002, dan sekaligus berarti saat itu pulalah KPK melaksanakan tugas dan wewenangnya;	Tekstual/ Gramatikal
3.	Pasal 68: <i>“Semua tindakan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan tidak pidana korupsi yang proses hukumnya belum selesai pada saat terbentuknya Komisi Pemberantasan Korupsi, dapat diambil alih oleh Komisi Pemberantasan Korupsi berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9”</i>	Kewenangan yang dimiliki oleh KPK berdasarkan Pasal 68 undang-undang <i>a quo</i> , adalah untuk kewenangan untuk meneruskan proses yang sebelumnya telah ada untuk melanjutkan proses tersebut.	Tekstual/ Gramatikal
4.	Pasal 70 dihubungkan dengan Pasal 68	kewenangan KPK untuk mengambil alih penanganan perkara korupsi atas dasar Pasal 68 baru dapat	Tekstual/ gramatikal

²⁵¹ Putusan MKRI Nomor 069/PUU-II/2004, Sekretariat Jenderal MKRI, Jakarta, h. 69.

		dilakukan setelah Pasal 70 berlaku efektif.	
5.	Pasal 72 dihubungkan dengan pasal 68.	Pengambilalihan yang dilakukan berdasarkan Pasal 68 adalah <u>tidak mengubah</u> sangkaan atau tuduhan atau tuntutan, yang secara logis berarti tidak pula mengubah atau menambah pidana atau hukuman terhadap perbuatan yang penanganannya diambilalih oleh KPK tersebut;	Teleologis/ sosiologis

Sumber: diolah dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 069/PUU-II/2004

Dari tabel dapat dilihat terhadap beberapa tafsiran mahkamah tentang pasal-pasal yang memuat norma yang kabur (*vege normen*) yang “dianggap” menjadi titik persoalan timbulnya ketidakpastian hukum yang meyebabkan kerugian konstitusional dari pemohon. Tafsiran MK terlihat cenderung memaknai pasal-pasal tersebut secara tekstual atau gramatikal, tidak jauh menyentuh tujuan apa yang hendak dicapai dari peraturan perundang-undangan tersebut. Padahal peraturan tertulis hanyalah bersifat mengingatkan kita bahwa dalam masyarakat itu harus ada keadilan.²⁵² Keadilan yang dimaksud adalah bagaimana melindungi negara (preventif) dan mengembalikan kerugian Negara (represif) dari praktek-praktek koruptif. Maka dari itu MK seharusnya tidak hanya melakukan penafsiran tentang teks-teks yang ada dalam UU KPK yang disinyalir menimbulkan *vege normen*, melainkan jauh dari pada itu menerobos kepada kebutuhan yang sebenarnya, yakni polemik pemberlakuan asas retroaktif dalam hukum pidana. Maka dari itu, penting menjadi catatan bagi kita terhadap hasil dari penafsiran MK tersebut bahwa, apa yang disampaikan oleh Rammelink jika diurutkan berdasarkan prioritas interpretasi, maka interpretasi teleologis mendapat urutan pertama, kemudian disusul oleh interpretasi historis, lalu interpretasi gramatikal baru kemudian terakhir interpretasi sistematis.²⁵³

²⁵² Satjipto Rahardjo, 2009, *op. cit.*, h. 118.

²⁵³ Eddy O. S. Hiareij, *op. cit.*, h. 69.

MK seharusnya tidak terfokus pada penilaian UU *a quo* yang pada dasarnya hanya memberikan arahan bagi penegak hukum tindak pidana korupsi yang dalam hal ini adalah KPK. Jika hal ini diperhatikan oleh MK, maka pekerjaan penafsiran seharusnya bukan semata-mata membaca peraturan, melainkan membaca kenyataan atau apa yang terjadi di tengah masyarakat, maka dengan demikian akan timbul inovasi, kreatifitas, dan progresifisme.²⁵⁴

Kemunduran ini sudah terlihat saat ada semangat komprehensif atas pemberantasan terorisme di Indonesia. Mahkamah Konstitusi memberi wacana eksistensinya melalui putusan MK Nomor 013/PUU-I/2003 yang **mencabut prinsip retroaktif** terhadap Undang-Undang (UU) Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. Bahkan tegas dikatakan, perundang-undangan pidana, baik dalam **konteks hukum pidana formal maupun material**, tidak membenarkan untuk diberlakukan surut atau *ex post facto law*. *Prinsip ex post facto law* inilah sebagai bentuk justifikasi bahwa pada dasarnya hukum harus berlaku ke depan atau prospective law (hukum hanya mengikat untuk masa depan).²⁵⁵

Persoalan ini disadari oleh **Romli Atmasasmita** yang menyebut beberapa sikap hukum pidana, termasuk asas-asas hukum dan norma-norma serta lembaga-lembaga pranata yang mendukungnya masih bersifat konservatif. Sikap konservatif ini terlihat dari masih dipertahankannya tanpa kecuali asas legalitas, asas *neb is in idem*, asas kesalahan dan **asas non retroaktif**.²⁵⁶ Terhadap asas yang disebutkan terakhir, sebagian besar bertujuan demi kepastian hukum. Padahal seharusnya hakim bertugas menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat sehingga dapat menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan masyarakat, sehingga dalam menghadapi suatu perkara atau suatu kasus yang masuk pada ketentuan undang-undang tersebut dan ternyata tidak sejalan dengan nilai-nilai kebenaran, keadilan, maupun, moralitas dan etika, maka hakim dapat mengenyampingkan ketentuan dalam undang-undang tersebut. Putusan hakim dikatakan progresif apabila hakim

²⁵⁴ *Ibid.*, h. 127.

²⁵⁵ Indriyanto Seno Adji, Asas Retroaktif: Nonpersuasi terhadap Korupsi, *KOMPAS*, 5 Maret 2005.

²⁵⁶ Agus Raharjo, *loc. cit.*

dalam putusan yang akan dijatuhkannya keluar dari tawaran undang-undang atau melakukan tindakan *contra legem*.²⁵⁷ Oleh karena itu hakim **Bismar Siregar** yang selalu memutus berdasar hati-nurani terlebih dahulu dan baru kemudian dicarikan peraturannya, oleh karena hakim harus memutus berdasarkan hukum.²⁵⁸

Mahkamah tidak menjelaskan alasan hukum (*raison d'être*) secara progresif dari pasal 68 yang dinilai tidak mengandung prinsip yang berlaku surut, walaupun KPK dapat mengambil alih penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan terhadap tindak pidana yang dilakukan sebelum diundangkannya Undang-undang KPK (vide halaman 73 Putsan MK). Hal ini tentu akan masih menimbulkan perdebatan terhadap penerapan ketentuan hukum yang berlaku surut dikemudian hari.²⁵⁹ Padahal jika merujuk kepada metode penemuan hukum yang sesuai dengan karakteristik penemuan hukum yang progresif adalah yang bersifat visioner dan berani dalam melakukan suatu terobosan (*rule breaking*), tetapi tetap berpedoman kepada kebenaran dan keadilan serta memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya (garis bawah oleh penulis).²⁶⁰ Perlu dipertimbangkan sekiranya tawaran yang diajukan oleh **Pontier** tentang interpretasi **evolitif-dinamik** yang dekat hubungannya dengan **interpretasi futuristic**. Disebut evolusi-dinamis karena jenis interpretasi ini dilakuakn oleh hakim atas dasar perkembangan hukum yang terjadi setelah kemunculan atau pemberlakuan aturan-

²⁵⁷ Ahmad Rifai, 2010, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 136.

²⁵⁸ Satjipto Rahardjo, 2009, *op. cit.*, h. 10.

²⁵⁹ Kita bisa menyebutnya dengan peristilahan "de Javu" dalam praktek uji konstitusionalitas suatu produk hukum. Karena sebelumnya telah dijumpai polemik terhadap pemberlakuan hukum yang retriaktif dalam uji materil UU Tindak pidana terorisme. Dimana dalam amarnya Mahakah menyatakan penerapan asas retroaktif bertentanan dengan kepastian hukum yang dijamin dalam konstitusi baik itu dalam ketentuan materil maupun formil. Lihat dalam Indriyanto Seno Adji, Asas Retroaktif: Nonpersuasi terhadap Korupsi, *KOMPAS*, 5 Maret 2005. Namun, kejadian timbul lagi dan menyeruak kehadiran publik berkenaan dengan prinsip retroaktif yang dianggap konvensional dalam perkembangan hukum pidana tersebut. Adalah dalam uji materil UU KPK, yang *diklaim* oleh pemohon telah menimbulkan ketidakpastian hukum karena melanggar prinsip legalitas. Situasinya semakin menjadi rumit dikarenakan pusat persoalan bersifat *latent*. Jadi perlu ada keberanian untuk melakukan upaya yang bersifat progresif kalau perlu menyimpang dari atran formil yang ada (*contra legem*) yang pertimbangannya diarahkan kepada sisi perlindungan masyarakat. Hal ini sesuai dengan titah hukum progresif yakni "Hukum untuk masyarakat dan bukan sebaliknya".

²⁶⁰ Ahmad Rifai, *op. cit.*, h. 137.

aturan hukum tertentu yang terjadi ditengah pergaulan masyarakat dicerminkan dari moralitas atau dari perundang-undangan lainnya dalam hukum.²⁶¹ Jika dibawakan dalam situasi yang problematik ini, maka menurut **van der Ven** hanya dengan melepaskan diri dari logikalah, kita dapat mendayagunakan secara penuh ketentuan perundang-undangan yang sangat formil mekanistik untuk kepentingan manusia serta penataan lalu lintas pergaulan.²⁶² Maka dari itu sedari awal, harus disadari bahwa pandangan hukum progresif terhadap teks hukum adalah rumusan yang merupakan suatu konseptualisasi dari sesuatu yang ada dan terjadi di alam (masyarakat – penulis).²⁶³

Jadi tidak begitu terlihat nilai-nilai progresifitas dari putusan ini, karena, walaupun pada akhirnya KPK tetap bisa melakukan penegakan hukum kasus-kasus korupsi yang terjadi sebelum UU KPK dibentuk, yang menegaskan adanya marwah konstitusionalisme terhadap perlindungan warga negara dari perilaku koruptif, namun permohonan yang ditolak oleh Mahkamah tidak karena uji konstitusionalitas dari pasal yang dimohonkan, melainkan karena pemohon tidak mempunyai *legal standing* dalam mengajukan permohonan. Hal ini sepenuhnya karena pemohon tidak cermat dalam mengambil dalil dari kerugian konstitusional dari UU *a quo*. Terhadap proses hukum yang berlaku surut sebetulnya sudah terdapat putusan Mahkamah Konstitusi yang “mengharamkannya” baik yang terdapat dalam hukum materil maupun formil, yakni ketika uji konstitusionalitas UU Tindak Pidana Terorisme. Pertanyaan yang harus dijawab oleh MK kedepan adalah apakah keadilan masyarakat (*social justice*) akan terwujud dengan membiarkan konstruksi asas non-retroaktif yang sudah semakin mapan “bercokol” didalam konstitusi Republik ini? Atau pilihan MK bisa bertindak Progresif dengan melakukan perubahan (*rule breaking*) UUD melalui tafsir konstitusi sebagaimana yang diperbolehkan oleh **K.C. Where**. Semuanya itu harus dikembalikan kepada tujuan hukum pidana moderen yakni perlindungan masyarakat dari korban kejahatan.

²⁶¹ Eddy O. S. Hiareij, *op. cit.*, h. 68.

²⁶² *Ibid.*, h. 58.

²⁶³ Satjipto Rahardjo, 2009, *op. cit.*, h. 120.

4. Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009

(Perppu KPK)

a. Pendahuluan

Peraturan pemerintah pengganti undang-undang (Perppu)²⁶⁴ adalah peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dalam hal ikhwal kegentingan yang memaksa. Ketentuan mengenai hal itu diatur dalam Pasal 22 UUD Negara RI Tahun 1945. Ketentuan Pasal 22 UUD 1945 merupakan salah satu aturan konstitusi yang tidak mengalami amandemen dalam empat kali perubahan UUD 1945.²⁶⁵ Setelah ditetapkan oleh Presiden, Perppu harus diajukan ke Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dalam masa persidangan berikutnya. Pengajuan tersebut dilakukan dalam bentuk Rancangan Undang-Undang (RUU) tentang penetapan Perppu menjadi Undang-undang. Apabila Perppu ditolak maka Perppu tersebut harus dicabut.²⁶⁶ Dalam hal Perppu ditolak DPR, maka Presiden mengajukan RUU tentang pencabutan Perppu yang sekaligus mengatur segala akibat dari penolakan itu.²⁶⁷

UUD 1945 membedakan secara tegas antara Undang-undang dengan Perppu. Akan tetapi, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UU P3) bahwa dalam tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia kedudukan Perppu diletakkan bersamaan dengan undang-undang yaitu di bawah UUD 1945. Bahkan, secara eksplisit disebutkan pada Pasal 9 UU P3 bahwa materi muatan Perppu adalah sama dengan materi muatan undang-undang.²⁶⁸ Namun demikian, klausula "*hal ikhwal kegentingan yang memaksa*" merupakan subyektifitas Presiden sebagaimana ditentukan dalam penjelasan Pasal 22 UUD 1945, sedangkan kriteria obyektifitas

²⁶⁴ Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2009, hal.53.

²⁶⁵ Lihat Pasal 22 UUD Negara RI Tahun 1945

²⁶⁶ *Ibid*

²⁶⁷ H.A.S. Natabaya, *Sistem Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia*, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2006, hal. 80.

²⁶⁸ Lihat Pasal 9 Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

yang diletakan secara politis pada DPR masih diperdebatkan baik secara akademik maupun politik ketatanegaraan.²⁶⁹

Mengenai Kedudukan Perppu dalam tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia, sebenarnya sudah diperdebatkan sejak dahulu. Hal tersebut terlihat pada hierarki peraturan perundang-undangan yang pernah berlaku di Indonesia dari tahun 1966, tahun 2000, dan terakhir 2004 yang mempunyai versi sendiri-sendiri mengenai kedudukan Perppu. Kedudukan Perppu dalam peraturan perundang-undangan tersebut ada yang disetarakan dengan undang-undang atau berada di bawah undang-undang.

Perubahan UUD 1945 secara berturut-turut pada tahun 1999, 2000, 2001, dan 2002 dengan menggunakan naskah yang berlaku mulai tanggal 5 Juli 1959 sebagai standar perubahan, masa perubahan ini disebut Jimly Asshidiqie dengan periode konstitusi transisional (*transitional constitutional period*).²⁷⁰ Perubahan tersebut telah membawa perbaikan bagi sistem ketatanegaraan Indonesia. perubahan yang paling terlihat semakin baik adalah munculnya *checks and balances* yang lebih proporsional di dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.²⁷¹ Adanya *checks and balances* yang lebih proporsional mencerminkan kemajuan yang sangat besar bagi demokrasi Indonesia.²⁷²

Salah satu hal dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yang berubah dan mencerminkan prinsip *checks and balances* adalah pengujian terhadap peraturan perundang-undangan. Pada era orde baru banyak produk peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, tetapi tidak ada lembaga pengujian yang dapat dioperasionalkan. Sekarang untuk melakukan pengujian peraturan perundang-undangan terhadap UUD telah diberikan kewenangannya kepada lembaga *judicial*, yaitu Mahkamah Agung dan

²⁶⁹ *Op Cit*, hal.80.

²⁷⁰ Jimly Assyiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT.Bhuana Ilmu Populer, Jakarta 2007, hal.73-74.

²⁷¹ Mahfud MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Perss, Jakarta, 2009, hal. 144.

²⁷² *Ibid*

Mahkamah Konstitusi. Kehadiran kedua lembaga tersebut merupakan wujud *checks and balances* dalam sistem ketatanegaraan Indonesia sehingga legislatif tidak bisa lagi membuat undang-undang yang tidak responsif. Bahkan transaksi politik tertentu dapat dicegah karena produk legislasi sekarang sudah dapat diimbangi (*balancing*) oleh lembaga yudisial.²⁷³ Selanjutnya Jimly Asshdiqie menyatakan pengujian peraturan perundang-undangan dari segi subjeknya terdiri atas:²⁷⁴

- i. Pengujian oleh lembaga eksekutif yang dapat disebut *executive review*;
- ii. Pengujian oleh lembaga legislatif dapat disebut *legislative review*; dan
- iii. Pengujian oleh lembaga peradilan disebut *judicial review*.

Pengujian peraturan perundang-undangan di Indonesia dilakukan oleh dua lembaga peradilan yang mempunyai kewenangan yang berbeda, Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan mengadili tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945,²⁷⁵ sedangkan Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.²⁷⁶ Kewenangan kedua lembaga judicial ini dapat dilakukan melalui pengujian formal dan materil.

Pada akhir tahun 2009 Mahkamah Konstitusi membuka pendaftaran uji materil terhadap Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 4 tahun 2009. Hal ini dinilai sangat kontroversial, sebab secara formal baik UUD 1945, Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman²⁷⁷ dan Undang-Undang 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, tidak menyebutkan pengujian Perppu sebagai salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK). Namun, MK menafsirkan dalam putusan Nomor 138/PUU-VII/2009 pada tanggal 8 Februari 2010 tentang Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002

²⁷³ *Ibid*, hal. 145.

²⁷⁴ Jimly Assyiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT.Bhuana Ilmu Populer, Jakarta 2007, hal. 590.

²⁷⁵ Baca Pasal 24C ayat (1) UUD Negara RI 1945

²⁷⁶ Baca Pasal 24A ayat (1) UUD Negara RI 1945

²⁷⁷ Undang-undang ini telah diganti dengan Undang-undang Nomor 48 tahun 2009

tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK) terhadap UUD Negara RI 1945.²⁷⁸ Walaupun permohonan pemohon ditolak namun dalam pertimbangan hukumnya Mahkamah Konstitusi menyatakan berwenang melakukan judicial review terhadap Perppu.

b. Identitas Pemohon, Posita dan Petitum

Pemohon adalah 13 (tiga belas) orang advokat, diantaranya Saor Siagian, Mangapul Silalahi, Daniel Tonapa Masiku, dan lain-lain. Pemohon mengajukan Permohonan Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti (PerppU) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Dalam Positanya Pemohon memohonkan pengujian Perppu Nomor 4/2009 terhadap Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Dalam Pasal 1 Perppu 4/2009, Presiden Republik Indonesia sebagai pihak yang mengeluarkan peraturan tersebut menyatakan: *"Ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, diubah dengan menambahkan 2 (dua) pasal diantara Pasal 33 dan Pasal 34 yakni Pasal 33A dan Pasal 33B.*

Pasal 33A berbunyi sebagai berikut:

- (1) *Dalam hal terjadinya kekosongan keanggotaan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang menyebabkan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi berjumlah kurang dari 3 (tiga) orang, Presiden mengangkat anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sejumlah jabatan yang kosong;*
- (2) *Anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mempunyai tugas, wewenang, kewajiban, dan hak yang sama dengan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi;*

²⁷⁸ Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009

- (3) *Calon anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi harus memenuhi persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29;*
- (4) *Pengangkatan dan pemberhentian anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi ditetapkan oleh Presiden;*
- (5) *Dalam hal kekosongan keanggotaan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi menyangkut Ketua, maka Ketua dipilih dari dan oleh anggota Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi;*
- (6) *Ketua dan Wakil Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi ditetapkan dengan Keputusan Presiden;*
- (7) *Sebelum memangku jabatan, Ketua dan Wakil Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi yang baru wajib mengucapkan Sumpah/janji sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35”;*

Pasal 33B berbunyi sebagai berikut:

”Masa jabatan anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33A ayat (1) berakhir saat:

- a. *anggota Pimpinan Pemberantasan Korupsi yang digantikan karena diberhentikan sementara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 32 ayat (2) diaktifkan kembali karena pemberhentian sementara tidak berlanjut menjadi pemberhentian tetap; atau*
- b. *pengucapan sumpah/janji anggota Pimpinan Pemberantasan Korupsi yang baru setelah dipilih melalui proses sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 ayat (2);*

Syarat kehadiran Perppu tersebut ditentukan secara subjektif dalam Pasal 22 ayat (1) UUD 1945 menyebutkan, *”Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang.”* Sebelum terjadinya perubahan UUD 1945 terdapat penjelasan Pasal 22 UUD 1945 yang menyatakan, *”Pasal ini mengenai noodverordeningsrecht Presiden. Aturan sebagai ini memang perlu diadakan agar supaya keselamatan negara dapat dijamin*

oleh pemerintah dalam keadaan yang genting, yang memaksa pemerintah untuk bertindak lekas dan tepat.”

Pemohon menyatakan dalam permohonannya bahwa penerbitan Perpu 4/2009 dilakukan secara sewenang-wenang oleh Presiden yang membuat Presiden mencampuri independensi komisi negara yang diatur oleh Undang-Undang sehingga sangat merugikan hak konstitusional para Pemohon. Seharusnya Presiden tidak mencampuri dan atau melakukan intervensi terhadap KPK dengan kewenangan subjektif sebagai kepala negara dan kepala pemerintahan.

c. Analisa Putusan

Langkah Mahkamah Konstitusi untuk menguji Perppu mendapat dukungan dari masyarakat namun tidak sedikit pula yang mempertanyakan langkah Mahkamah Konstitusi ini konstitusional atau tidak. UUD 1945 tidak menyebutkan bahwa MK mempunyai kewenangan melakukan pengujian (*judicial review*) Perppu terhadap UUD. Bahkan UUD 1945 menyebutkan bahwa Perppu yang dibuat oleh Presiden harus diajukan dalam masa sidang DPR berikutnya untuk dinilai apakah dapat dijadikan undang-undang atau tidak, artinya UUD hanya memberikan ruang dilakukannya *legislative review*²⁷⁹ terhadap Perppu tersebut oleh DPR.²⁸⁰

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian terhadap Perppu Nomor 4 Tahun 2009 adalah bahwa menurut MK kedudukan Perppu sejajar dengan undang-undang berdasarkan Pasal 7 ayat (1) UU P3, Perppu diatur dalam bab tentang DPR yang memegang kekuasaan untuk membentuk undang-undang, maka materinya yang menurut UUD 1945 diatur dengan undang-undang, bukan materi yang melaksanakan undang-undang (mis. Peraturan Pemerintah) ataupun materi UUD 1945.²⁸¹ Sehingga terhadap langkah progresif MK ini diperlukan penelitian secara mendalam agar diketahui apakah tindakan MK melakukan *judicial review* terhadap Perppu adalah konstitusional atau tidak.

²⁷⁹ Mahfud MD, *Op Cit*, hal.64.

²⁸⁰ Lihat Pasal 22 UUD Negara RI Tahun 1945

²⁸¹ Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009

Kedudukan *judicial review* dalam suatu negara adalah penting untuk menjamin konsistensi peraturan perundang-undangan dengan konstitusi. Lebih-lebih jika diingat bahwa arti konstitusi itu secara luas mencakup semua peraturan tentang organisasi penyelenggaraan negara yang bisa berupa konstitusi tertulis yang terbagi menjadi dua jenis, yaitu dalam dokumen khusus (UUD) atau dalam dokumen yang tersebar (peraturan perundang-undangan lain) atau berupa konstitusi tak tertulis.²⁸² Untuk itu sesuai dengan perkembangan ketatanegaraan dan berdasarkan atas permasalahan hukum yang terdapat pada peraturan perundang-undangan, perlu ada peraturan yang mengatur tentang hak menguji (*toetsingsrecht*). Dalam terminologi konstitusionalisme, secara simple *judicial review* dapat diterjemahkan sebagai konsep yang memiliki kaitan erat pada konstitusi sebagai perangkat nilai serta aturan tertinggi dan dalam penjagaan perangkat nilai tertinggi²⁸³ dalam hal ini adalah UUD 1945.

Pengujian norma secara abstrak pada dasarnya adalah mekanisme preventif bagi masa depan produk legislasi yang diprediksi tidak konstitusional. Dikatakan demikian karena pengujian norma abstrak (*abstract norm control*) adalah objek pengujian yang terfokus kepada persoalan-persoalan bersifat umum. Karena objek pengujian ditujukan kepada suatu norma yang masih bersifat umum, atau hal lain setara dengan rancangan undang-undang yang belum disahkan menjadi undang-undang oleh parlemen, dan/atau sudah disetujui tetapi belum diberlakukan. Melalui sistem pengendalian norma secara abstrak ini, pengujian dapat diarahkan kepada seluruh pasal-pasal dan ayat yang terdapat dalam suatu undang-undang.²⁸⁴ Pengujian norma abstrak terfokus pada kadar konstitusionalitas produk hukum (undang-undang) secara umum. Dalam tahap ini hakim dapat melakukan penafsiran secara luas (*broad interpretation*) terhadap seluruh pasal maupun ayat yang terkandung dalam suatu undang-undang.²⁸⁵

²⁸² Mahfud MD, *Op Cit*, hal. 257.

²⁸³ Saldi, Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi*, Rajawali Press, Jakarta, 2009, hal. 293.

²⁸⁴ Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, Pradnya Paramita, Jakarta, h. 88

²⁸⁵ *Ibid* h. 89

Dalam pelaksanaannya *judicial review*, dapat dikelompokkan menjadi 2 (dua) sistem, yaitu terpusat atau tersebar. Ada negara yang menganut sistem yang terpusat (*centralised system*) yaitu pada Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, atau lembaga lain yang bersifat khusus. Ada pula negara yang menganut system tersebar atau tidak terpusat (*decentralised system*) sehingga setiap badan peradilan dapat melakukan pengujian atas peraturan perundang-undangan.²⁸⁶ Sistem pengujian peraturan perundang-undangan di Indonesia berjenis sentralisasi atau terpusat, yang dilakukan oleh dua lembaga judicial, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Terkait dengan kewenangan untuk melakukan *judicial review*, disebutkan bahwa Mahkamah Kostitusi mempunyai kewenangan menguji undang-undang terhadap UUD 1945, Sedangkan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Agung.

Pengujian oleh lembaga yudisial merupakan suatu instrumen pengawasan terhadap penuangan Pancasila di dalam peraturan perundang-undangan, tidak bertentangan dengan UUD dan falsafah bangsa. **Mahfud MD** mengatakan, pengujian peraturan perundang-undangan oleh lembaga yudisial haruslah didasarkan pada konsistensi isi peraturan perundang-undangan yang lebih rendah terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi sesuai dengan hirarkinya masing-masing.²⁸⁷

Menurut Hans Kelsen *judicial review* merupakan sebuah kekuatan untuk mengontrol legislasi (*an institution with power to control or regulate legislation*). Dengan kekuatan itu undang-undang yang berasal dari proses politik dapat dinilai atau diuji konstitusionalitasnya. Karena alasan itu peradilan berwenang membatalkan suatu undang-undang atau menyatakan suatu undang-undang tidak mengikat secara hukum. Dalam menjalankan fungsi ini pemegang kekuasaan kehakiman bertindak sebagai *negative legislator*.²⁸⁸ Dengan demikian menurut Hans Kelsen menempatkan parlemen sebagai *positive legislature* yang diperankan

²⁸⁶ Jimly Assyidiqie, *Perihal Undang-Undang*, Kepaniteraan MKRI, 2006, hal. 7.

²⁸⁷ Moh Mahfud, MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009 hal. 65.

²⁸⁸ Saldi Isra, Purifikasi Proses Legislasi Melalui Pengujian Undang-undang, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 7 No. 1 – Maret 2010, h. 123

parlemen, sedangkan model legislatif negatif (*negative legislature*) diperankan oleh (*constitucional court*). Masih merujuk pada pandangan **Hans Kelsen**, **H.M Laica Marzuki** menegaskan tatkala *constitucional court* adalah negative legislator maka parlemen yang membuat undang-undang disebut positive legislature. Dalam pengertian itu tidak hanya legislative yang mempunyai fungsi legislator namun juga *constitucional court*. Dalam kerangka teoritik negative legislature merupakan kontrol terhadap proses legislasi sehingga dapat mencegah lahirnya produk legislasi yang *oppressive* atau *despotic*.

Dengan memegang pandangan di atas maka kehadiran Perppu sebagai sebuah produk legislasi Presiden sudah sepatutnya ia diperlakukan sebagai bagian dari produk legisilasi lainnya dimana dimungkinkan untuk dilakukan pengujian (*judicial review*). Mengingat karakter norma abstrak Perppu sama dengan undang-undang sebagaimana yang dikatakan oleh **Maria Farida** bahwa derajat materi muatan Perppu dipersamakan dengan Undang-undang.²⁸⁹ Bahkan **Jimly Asshidiqie** mengungkapkan bahwa pada dasarnya Perppu itu sederajat dengan atau memiliki kekuatan yang sama dengan undang-undang.²⁹⁰

Bukti lain yang mempersamakan derajat Perppu dengan UU adalah ketentuan TAP MPR Nomor III/MPR/2000 yang menempatkan Perppu di bawah undang-undang yang dianggap sebagai sebuah kekeliruan yang cukup fatal. Hal ini didasarkan pada pasal 22 UUD 1945 yang menyatakan Perppu mempunyai kedudukan yang sama dengan undang-undang (dalam penamaan disebutkan pengganti yang bermakna sama) yang ditetapkan dalam hal ikhwal kegentingan memaksa.²⁹¹

Kekeliruan ini kemudian diperbaiki melalui Undang-undnag Nomor 10 tahun 2004 yang menempatkan Perppu sejajar dengan undang-undang. Dapat dikatakan bahwa diakui peletakan Perppu dibawah udang-undang merupakan kekeliruan hirarkis. Padahal sebelumnya di dalam TAP MPRS Nomor XX/MPRS/1966 telah menempatkan Perppu sejajar dengan undang undang. Dengan demikian yang

²⁸⁹ Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan I*, Kanisius, Yogyakarta, 2007, h. 192

²⁹⁰ Jimly Asshidiqie, *Op.Cit.* h. 86

²⁹¹ Yuliandri, *Op. Cit.* h. 61

membedakan antara Perppu dan Undang-undang hanyalah dalam aspek formal semata (prosedur pembentukan) sedangkan materi (substansi) sama dengan undang-undang.

Dengan demikian jika dilihat dari konsep pengujian perundang-undangan yang terdiri dari dua bentuk yaitu pengujian secara formil (*formele toetsing*) dan pengujian materil (*materiele toetsing*) maka terhadap Perppu hanya dimungkinkan untuk dilakukan pengujian materil saja. Ketentuan yang terdapat dalam asas-asas perundang-undangan yang baik dapat dikatakan dikesampingkan terlebih dahulu dalam pembentukan Perppu. Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, disebutkan bahwa kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah hanya menguji undang-undang terhadap UUD 1945, sedangkan menurut Pasal 24A Ayat (1) dinyatakan bahwa Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang – undang.

Dari kedua ketentuan tersebut secara tekstual tidak menyebutkan pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perppu). Permasalahan muncul pada saat adanya keinginan untuk mengajukan permohonan pengujian Perppu terhadap UUD 1945 ke Mahkamah Konstitusi. Kalimat dalam Pasal 24C ayat (1) tersebut sangat jelas hanya menyebut Undang-undang dan tidak menyebut Perppu. Seandainya Mahkamah Konstitusi diperbolehkan menguji Perppu tentu UUD 1945 menyebut secara eksplisit pembolehan tersebut. Di dalam norma UUD 1945 membedakan dan menempatkan secara terpisah penyebutan atau pengaturan antara undang-undang dan Perppu, undang-undang diatur dalam Pasal 20 sedangkan Perppu diatur dalam Pasal 22.

Perppu dikonsepsikan sebagai suatu peraturan yang dari segi isinya seharusnya ditetapkan dalam bentuk undang-undang, tetapi karena keadaan kegentingan memaksa ditetapkan dalam bentuk peraturan pemerintah.²⁹² Kedudukan Perppu memang sering kali menimbulkan perdebatan, hal ini dikarenakan oleh beberapa hal yaitu :

²⁹² Maria Farida Indrati, Op Cit.

Pertama, Perppu dapat dikatakan sebagai peraturan yang bersifat sementara, sebab secepat mungkin harus dimintakan persetujuan pada Dewan Perwakilan Rakyat yaitu pada masa sidang berikutnya setelah Perppu tersebut dibentuk. Walaupun bersifat sementara namun dampak pemberlakuan Perppu dapat saja berlangsung lama, sekalipun Perppu itu telah dicabut.

Kedua, proses politik di DPR yang kadangkala memunculkan kontroversi sehingga sangat diperlukan ketegasan sikap dari DPR apakah akan menyetujui atau tidak menyetujui Perppu tersebut. Kadangkala pengesahan Perppu menjadi ajang tawar-menawar pemerintah dan DPR sehingga perdebatan dari segi substansi hukum tidak penting.

Ketiga, Pengajuan Perppu ke DPR dilakukan dalam bentuk pengajuan rancangan undang-undang tentang penetapan perppu tersebut menjadi undang-undang. Dalam hal DPR menyetujui Perppu tersebut maka rancangan undang-undang tentang penetapan Perppu tersebut menjadi undang-undang disahkan menjadi Undang-Undang, sedangkan jika Perppu itu ditolak oleh DPR maka Perppu tersebut tidak berlaku dan Presiden mengajukan rancangan undang-undang tentang pencabutan Perppu tersebut yang dapat mengatur pula segala akibat dari penolakan tersebut.²⁹³ Proses ini kadangkala berlangsung lama akibat dari dinamika di DPR yang sangat tidak menentu.

Dibukanya peluang bagi pengujian Perppu dapat lebih berorientasi pada pencapaian tujuan hukum itu sendiri. **Magnis-Suseno** menyebutkan tujuan hukum itu dengan

²⁹³ Reza Fikri Febriansyah, *Eksistensi Dan Prospek Pengaturan Perppu Dalam Sistem Norma Hukum Negara Republik Indonesia*, artikel hukum- <http://www.djpp.depkumham.go.id/htn-dan-puu>, diunduh tanggal 29 Juli 2010. Berdasarkan Pasal 25 UU Nomor 10 tahun 2004, menentukan:

- (1) Peraturan pemerintah pengganti undang-undang harus diajukan ke Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikutnya;
- (2) Pengajuan peraturan pemerintah pengganti undang-undang sebagaimana yang dimaksud ayat (1) dilakukan dalam bentuk pengajuan RUU tentang penetapan peraturan pemerintah pengganti undang-undang;
- (3) Dalam hal peraturan pemerintah pengganti undang-undang ditolak DPR, maka Perppu tersebut tidak berlaku;
- (4) Dalam hal Perppu ditolak DPR, presiden mengajukan RUU pencabutan Perppu tersebut yang dapat mengatur pula segala akibat dari penolakan tersebut.

menggunakan kata “fungsi hukum” yang barangkali dalam konteks ini dapat dipadankan dengan kata “tujuan hukum” itu. Fungsi hukum, menurutnya adalah untuk mengatasi konflik kepentingan. Dengan adanya hukum, konflik itu tidak lagi dipecahkan menurut siapa yang paling kuat, melainkan berdasarkan aturan yang berorientasi pada kepentingan-kepentingan dan nilai-nilai objektif dengan tidak membedakan antara yang kuat dan lemah. Orientasi itu disebut keadilan.²⁹⁴

Maria Farida menyatakan bahwa, Perppu merupakan suatu peraturan pemerintah yang bertindak sebagai suatu undang-undang lalu karena tidak dimungkinkan diatur dalam undang-undang yang membutuhkan waktu yang relatif lebih lama dan melalui prosedur yang bermacam-macam, maka Perppu harus ditetapkan oleh presiden untuk mengatur dalam keadaan kegentingan yang memaksa, dan pengertian “*hal ikhwal kegentingan yang memaksa*” tersebut tidak selalu ada hubungannya dengan keadaan bahaya, tetapi cukup kiranya hanya menurut keyakinan presiden terdapat keadaan yang mendesak dan perlu segera diatur dengan peraturan yang mempunyai derajat yang sama dengan undang-undang.²⁹⁵

Sementara itu menurut **Bagir Manan**, mengenai hal ikhwal kegentingan memaksa harus menunjukkan beberapa syarat adanya krisis yang menimbulkan bahaya atau hambatan secara nyata terhadap kelancaran menjalankan fungsi pemerintahan, karenanya muatan Perppu hanya terbatas pada pelaksanaan *administratiefrechtelijk* bukan bidang ketatanegaraan (*staatsrechtelijk*).²⁹⁶

Menggunakan cara berfikir Pasal 22 UUD 1945, **Saldi Isra** mengatakan bahwa:²⁹⁷

Perppu merupakan hak darurat (*noodverordeningsrecht*) presiden untuk memberlakukan peraturan pemerintah dengan substansi aturan setingkat undang-undang, dan peraturan ini dianggap perlu diadakan untuk menjamin keselamatan negara dalam keadaan yang genting, sehingga memaksa

²⁹⁴ Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum, Suatu Tawaran Pemikiran*, Refika Adhitama, Bandung, 2006, h. 79

²⁹⁵ Maria Farida Indrati. S, *Op Cit*, hal. 191-192.

²⁹⁶ Sebagaimana dikutip Saldi Isra, dalam Seputar Indonesia edisi tanggal 10 Maret 2010

²⁹⁷ Saldi Isra, *Ikhwal Persetujuan Perppu*, Harian Seputar Indonesia, edisi Selasa tanggal 10 Maret 2009

pemerintah untuk bertindak lekas dan cepat. Akan tetapi karena merupakan *emergency power* maka tidak tertutup kemungkinan akan disalahgunakan presiden.

Jadi, harus ada pembatas atau aturan yang pasti agar kekuasaan presiden untuk membentuk Perppu tidak disalahgunakan.

Penyalahgunaan kekuasaan dalam pembentukan peraturan darurat yang mungkin akan dilakukan oleh penguasa adalah sangat berbahaya seperti dicontohkan dalam kasus pemerintahan Nazi (Hitler), menggunakan alasan bahaya (darurat) itu menghapuskan seluruh ketentuan UUD (Konstitusi Weimar 1919 yang terkenal sangat demokratis itu) menjadi kekuasaan diktator oleh Nazi, dengan menyalahgunakan pasal 48 yakni: *“kekuasaan Presiden Republik Weimar Jerman menyatakan bahaya negara dan kekuasaan luar biasa ditangan presiden, ketentuan mana disebut Diktatur des Reichspräsidenten.”*²⁹⁸ Sebagaimana dikutip oleh **Herman Sihombing, Mr. A.A.L.F Van Dullemen** dalam bukunya *“Staatsnoodrecht en democratie”* membatasi dengan ketat dan amat terbatas mengenai hukum darurat itu dengan mengemukakan syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh suatu peraturan darurat supaya sah dan dapat dinamai “hukum” dan supaya hal itu diakui, yaitu:²⁹⁹

- a. Kepentingan tertinggi negara yakni: adanya atau eksistensi Negara itu sendiri (het hoogste staatsbelang- het bestaan zelf van den staat – op het spel stond en afhankelijk was van het al of niet maken der getroffen regeling).
- b. Bahwa peraturan darurat itu harus mutlak atau sangat perlu (deze regeling nood zakelijk was).
- c. Syarat ketiga adalah bahwa noodregeling itu bersifat sementara provosoir, selama keadaan masih darurat saja, dan tidak lagi aturan darurat yang berlaku (in de derde plaats zal hij de noodregelen geheel als “tijdelijk”, “provisoir”, beschouwen, nl. Zoolang geldende als de nood op dat bepaalde

²⁹⁸ Herman Sihombing, op cit, hal.11.

²⁹⁹ *Ibid*, hal 13

punt duurt;het daarna in strijd met het normale recht blijven gelden dier regels kan door hem niet worden geduld).

- d. Syarat berikutnya ialah: bahwa ketika dibuat peraturan darurat itu DPR atau perwakilan rakyat tidak dapat mengadakan sidang atau rapatnya secara nyata dan sungguh.

Dalam konteks kekinian, menurut Wakil Koordinator Indonesia Corruption Watch (ICW), **Emerson Yuntho**, dalam penggunaan wewenang pembuatan Perppu berkemungkinan besar dapat disalahgunakan penguasa sehingga memberi kesempatan untuk melakukan tindakan koruptif. Pada era pemerintahan saat ini di bawah pimpinan Susilo Bambang Yudoyono, konsep pembuatan Perppu sering kali tidak jelas, tidak terdapat batasan mengenai landasan kegentingan memaksa padahal dalam penerbitan Perppu diperlukan pemikiran yang matang.³⁰⁰ Penerbitan Perppu ternyata juga dipengaruhi koalisi partai pemerintah sekarang ini yang sangat kuat di DPR, sehingga bisa saja terjadi political bargaining (tawar-menawar) kepentingan politik antara pemerintah dan DPR.³⁰¹

Ketidakjelasan kriteria perihal kegentingan memaksa itu membuat presiden akan sangat mudah mengeluarkan Perppu dengan alasan kegentingan memaksa. Dari data yang ada, pemerintahan Presiden **Susilo Bambang Yudoyono** yang paling banyak menghasilkan Perppu dalam kurun waktu 10 tahun terakhir ini yaitu sebanyak 16 buah, dan hanya 2 (dua) Perppu yang tidak disetujui oleh DPR, salah satunya adalah Perppu No. 4 Tahun 2008 tentang Jaring Pengaman Sistem Keuangan (Perppu JPSK). Penolakan Perppu ini cukup kontroversial karena surat putusan Rapat Paripurna DPR (18 Desember 2008) yang dikirimkan kepada presiden SBY tertanggal 24 Desember 2008 tidak secara tegas menyatakan penolakan terhadap Perppu No.4 Tahun 2008, akibatnya pemerintah memiliki celah hukum untuk menganggap bahwa Perppu JPSK itu tetap berlaku hingga UU JPSK disahkan.

³⁰⁰ Lihat Emerson Yuntho, *Berlindung Dibalik Kegentingan Memaksa*, Harian Media Indonesia, edisi Senin tanggal 11 Januari 2010

³⁰¹ H.A.S. Natabaya, *Op Cit*, hal. 4

Perppu kedua yang ditolak, dan juga mengundang perdebatan adalah Perppu No. 4 Tahun 2009 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi. Dengan perppu itu, presiden memberikan kewenangan pada dirinya untuk menunjuk langsung tiga nama pelaksana tugas (Plt) pimpinan KPK, saat itu presiden menganggap kekosongan tiga kursi pemimpin KPK merupakan kondisi genting yang dapat mengganggu kinerja KPK. Tapi bagi sebagian kalangan praktisi dan pengamat hukum, perppu tidak diperlukan karena dua pemimpin KPK yang tersisa masih bisa bekerja dengan normal.³⁰²

Jimly Assidique, menyimpulkan dalam bukunya yang berjudul perihal undang-undang, bahwa perppu merupakan *emergency legislation* yang lahir dari adanya *noodverordening* presiden yang mempunyai kedudukan yang sama kuat dengan undang-undang.³⁰³ Dari segi bentuknya Perppu adalah peraturan pemerintah (PP) tetapi dari segi isinya Perppu itu identik dengan undang-undang, karena itu perppu dapat disebut sebagai undang-undang dalam arti materil. Sebagai bentuk dari undang-undang dalam arti materil, jika Perppu menimbulkan korban ketidakadilan yang nyata maka Perppu dapat dijadikan objek pengujian oleh Mahkamah Konstitusi, terlebih apabila Perppu tersebut telah diajukan oleh pihak yang telah dirugikan hak konstitusionalnya sebagai perkara di Mahkamah Konstitusi.³⁰⁴

Langkah Mahkamah Konstitusi untuk menguji Perppu ini menuai banyak kontroversi karena ada yang berpendapat bahwa untuk pengujian terhadap peraturan pemerintah pengganti undang-undang adalah kewenangan dari lembaga legislatif, pengujiannya disebut dengan *legislative review* atau *political review* dan mutlak harus dilakukan pada masa sidang DPR berikutnya sejak Perppu itu dikeluarkan sehingga tidak ada wewenang bagi lembaga yudisial untuk melakukan

³⁰² Lihat Vini Mariyane Rosya, *Berlindung Dibalik Kata Kegentingan*, Harian Media Indonesia, Edisi Senin 11 Januari 2010

³⁰³ Lihat jimly Asshidique, *Perihal Undang-Undang*, *Op Cit*, hal. 90.

³⁰⁴ *Ibid*

pengujian atas Perppu.³⁰⁵ Terhadap langkah Mahkamah Konstitusi ini, **Maruarar Siahaan** berpendapat bahwa:³⁰⁶

“Mahkamah Konstitusi dapat memutuskan *judicial review* Perppu terhadap Undang-Undang Dasar, dalam hal Perppu tersebut melanggar Undang-Undang. Apabila harus menunggu DPR pada masa sidang berikutnya, Perppu yang bertentangan dengan Undang-undang bisa menimbulkan masalah, sehingga Mahkamah Konstitusi bisa saja membatalkan Perppu tersebut sebelum disetujui atau ditolak oleh DPR”

Dalam putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009, Mahfud MD mengatakan ada perkembangan penting akhir-akhir ini dalam ketatanegaraan kita sehingga Mahfud melihat perlunya penafsiran atas isi UUD 1945 tidak hanya bertumpu pada *original intents*, *tafsir historic*, dan *tafsir gramatik* melainkan harus menekankan pada penafsiran *sosiologis* dan *teleologis*. Penekanan pilihan atas penafsiran yang demikian memang agak mengesampingkan penafsiran historis dan gramatik, bahkan keluar dari *original intent* ketentuan tentang Perppu sebagaimana diatur di dalam Pasal 22 UUD 1945, akan tetapi hal ini perlu dilakukan justru untuk melindungi kepentingan *original intent* pasal-pasal dan prinsip-prinsip lain yang juga ada di dalam UUD 1945.³⁰⁷

Memang tidak mudah bagi hakim untuk membuat putusan karena idealnya putusan harus memuat *idee des recht* yang meliputi tiga unsur yaitu keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian hukum (*rechtsicherheit*) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*).³⁰⁸ Ketiga unsur tersebut harus dipertimbangkan hakim secara proporsional. Penafsiran sosiologis dan teleologis lebih menitikberatkan pada tujuan pembentukan hukum (undang-undang), sehingga tujuan lebih diperhatikan daripada isi teks atau bunyi kata-katamya (undang-undang ataupun Undang-undang Dasar, penulis).³⁰⁹

³⁰⁵ Moh Mahfud, MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009 hal.65.

³⁰⁶ Lihat Maruarar Siahaan, *Berlindung Dibalik Kata Kegentingan*, Media Indonesia edisi 11 Januari 2010

³⁰⁷ Mahfud MD, *Concurring Opinion*, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009, hal. 28.

³⁰⁸ Gustav Radbruch, sebagaimana dikutip dalam buku

³⁰⁹ Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan Hukum*, UII Press, Yogyakarta, 2006, h. 23

Interpretasi teleologis ditujukan pada penafsiran makna undang-undang yang ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Undang-undang yang sudah usang harus ditafsirkan dengan berbagai cara dalam memecahkan perkara yang terjadi sekarang.³¹⁰

Mengingat Perppu lahir dalam kondisi hal ihwa kegentingan yang memaksa dan atas dasar pertimbangan subjektivitas Presiden maka Perppu berpotensi menjadi produk hukum dengan karakter hukum ortodok/konservatif. Ciri produk hukum yang sedemikian adalah sebagai berikut : *Pertama*, pembuatannya bersifat sentralistik atau tidak partisipatif dalam arti lebih banyak ditentukan oleh kekuatan eksekutif sehingga partisipasi dari kalangan masyarakat dan kekuatan di luar lembaga-lembaga negara tidak mendapatkan penyaluran secara proporsional. *Kedua*, materi muatannya tidak aspiratif tetapi bersifat *positivistik-instrumentalistik*, dalam arti lebih merupakan justifikasi atau pembenaran atas pandangan politik dan program-program pemerintah. *Ketiga*, cakupan isinya bersifat interpartatif, dalam artiannya memuat hal-hal pokok yang dapat ditafsirkan dengan berbagai peraturan rendah oleh pemerintah. Kemudian dengan menafsirkan dengan peraturan lebih lanjut ini memberi peluang bagi lahirnya tafsiran-tafsiran yang tidak sekedar bersifat teknis tetapi sering menjadi pencerminan dari keinginan dan kekuatan politik pemerintah.³¹¹

Untuk mencegah hal tersebut hakim menggunakan interpretasi/penafsiran teleologis sehingga dapat mencegah munculnya hal tersebut dimana dalam perkembangannya terjadi kesenjangan antara sifat positif dari hukum (*rechtpositiviteit*) dengan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*). Perppu yang pada mulanya hadir untuk mengisi terjadinya kekosongan hukum dalam perkembangannya justru menimbulkan kekhawatiran di tengah masyarakat.

³¹⁰ Ibid, h. 23, lihat juga dalam J.A Pontier, *Penemuan Hukum (Rechtsvinding)*, Penerjemah B. Arief Sidharta, Jendela Mas Pustaka, Bandung, 2008, h. 45

³¹¹ Mahfud MD, *Hukum dan Pilar-pilar Demokrasi*, Jogjakarta, Gama Media Adikarya, h. 160

Presiden dapat saja menggunakan sewaktu-waktu dengan pertimbangan yang sangat subjektif untuk mengeluarkan Perppu yang tidak responsif.

Adanya argumentasi yang menyatakan bahwa wewenang koreksi ada pada DPR melalui *legisaltif review* memiliki kelemahan secara hukum. *Pertama*, harus menunggu terlebih dahulu pengajuan dari pemerintah kepada DPR untuk menjadikan Perppu bersangkutan sebagai UU. *Kedua*, pada saat konfigurasi politik yang ada di DPR lebih didominasi oleh kekuatan pemerintah, dikhawatirkan proses di DPR hanya bagian dari legitimasi semata. *Ketiga*, untuk mencegah kerugian hukum yang lebih besar sehingga pengujian Perppu di Mahkamah Konstitusi dapat dilakukan lebih awal. *Keempat*, putusan Mahkamah terkait pengujian Perppu dapat dijadikan sebagai pertimbangan yuridis konstitusional bagi DPR dalam pembahasan RUU menyangkut Perppu dimaksud jika diajukan Pemerintah ke DPR.

Penafsiran yang demikian dapat dikategorikan sebagai interpertasi antisipatif/futuristik, metode penemuan hukum ini bersifat antisipasi. Penjelasan ketentuan perundang-undangan dilakukan dengan berpedoman pada perundang-undangan yang belum mempunyai kekuatan hukum.³¹² Seperti suatu rancangan undang-undang yang masih dalam proses pembahasan di DPR, tetapi hakim yakin bahwa RUU itu akan diundangkan (dugaan politis). Jadi interpertasi antisipatif adalah penafsiran dengan menggunakan sumber hukum yang belum resmi berlaku. Perluasan dari interpertasi ini sangat mungkin diterapkan dalam pengujian Perppu dimana untuk mengantisipasi kerugian konstitusional yang lebih besar Perppu dapat diuji di MK terlebih dahulu. Secara substansial sudah semestinya Perppu dapat diuji. Argumentasi utamanya adalah dalam interpertasi antisipatif dilakukan terhadap perundang-undangan yang belum memiliki kekuatan hukum sedangkan Perppu justru telah memiliki kekuatan hukum mengikat sejak dikeluarkan oleh presiden.

³¹² Bambang Sutiyoso, Op. Cit, h. 87

Model penafsiran antisipatif ini dipraktikkan oleh *Constitutional Council* di Perancis dimana pengujian konstiusionalitas (*constitutional review*) tidak bersifat *a posteriori* melainkan bersifat *a priori* atau *preventif*. Objek pengujian oleh dewan ini adalah rancangan undang-undang yang telah disahkan atau telah mendapat persetujuan di parlemen tetapi belum diundangkan sebagaimanamestinya apabila muncul persoalan konstiusionalitas di dalamnya maka dewan konstiusilah yang harus memutuskannya bertentangan atau tidak bertentangan dengan UUD.³¹³

Dalam putusan yang sama, hakim konstiusi Muhammad Alim berpendapat bahwa mahkamah konstiusi tidak berwenang menguji perppu terhadap UUD, dengan pertimbangan-pertimbangan bahwa :³¹⁴

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstiusi, Pasal 12 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman hanya menyebut, "*Menguji undang-undang terhadap UUD.*" Pada waktu dirumuskannya Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 mengenai kewenangan Mahkamah Konstiusi, dilakukan pada Perubahan Ketiga (2001), tetapi hanya menyebut, "*Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar*" (*tanpa menyebut perppu*), dan tata urutan perundang-undangan Indonesia yang dipakai adalah menurut Tap MPR Nomor III/MPR/Tahun 2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Perundang-Undangn adalah:

UUD 1945; Tap MPR; Undang-Undang; Perppu, dst.

Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 menentukan, "*Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD*". Kewenangan yang diberikan oleh yang berdaulat, harus dilaksanakan sesuai dengan UUD, tidak boleh menyimpang dari UUD 1945. Kewenangan Mahkamah Konstiusi yang tertera dalam Pasal

³¹³ Jimly Asshidiqie, Model-Model Pengujian Konstiusional di Berbagai Negara, Sekjend Mahkamah Konstiusi, 2006, h. 58

³¹⁴ Lihat Muhammad Alim, *Dissenting Opinion*, Putusan Mahkamah Konstiusi No. 138/PUU-VII/2009 hal.31.

24C ayat (1) UUD 1945 yang hanya sebatas menguji Undang-Undang terhadap UUD, apabila ditambah dengan menguji Perppu, menurut saya dilaksanakan tidak menurut UUD, melainkan dilaksanakan menyimpang dari UUD.

Akil Mochtar berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk memeriksa dan melakukan pengujian terhadap Perppu, Mahkamah Konstitusi menguraikan dalam pertimbangan hukumnya bahwa pasal 22 ayat (1) UUD 1945 menyatakan "*dalam hal ikhwal kegentingan memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang*", dari rumusan kalimat tersebut jelas bahwa peraturan pemerintahan yang dimaksud adalah sebagai pengganti undang-undang. "Artinya seharusnya materi tersebut diatur dalam wadah undang-undang, tetapi karena kegentingan yang memaksa, UUD 1945 memberikan hak kepada Presiden untuk menetapkan Perppu dan tidak memberikan hak kepada DPR untuk membuat peraturan sebagai pengganti undang-undang," terang **Akil Mochtar** pada sidang pembacaan Putusan Mahkamah Konstitusi.³¹⁵

Penafsiran demikian terkategori sebagai bentuk penafsiran ekstensif dimana penafsiran/interpertasi terhadap teks norma perundang-undangan melebihi batas-batas interpertasi gramatikal. Dalam metode ini hakim dapat menjelaskan suatu ketentuan undang-undang dengan melampaui batas yang diberikan oleh interpertasi gramatikal.³¹⁶ Bahwa terhadap Perppu dipersamakan kedudukannya dengan undang-undang³¹⁷ sehingga ia dapat diuji layaknya pengujian undang-undnag merupakan bentuk penafsiran ekstensif yang sudah tepat.

Perkembangan hukum tata negara dewasa inilah yang menyebabkan Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Perppu dapat diuji materilkan ke Mahkamah Konstitusi. Pembuatan Perppu memang di tangan presiden, namun bukan berarti presiden dapat secara absolut melakukan penilaian terhadap suatu keadaan

³¹⁵ <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>

³¹⁶ J.A Ponter, Op. Cit,

³¹⁷ Lihat pasal 7 UU Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Perundang-undangan

menjadi bersifat genting dan memaksa, harus ada batasan kriteria yang objektif sehingga suatu keadaan dapat disebut genting untuk itu diperlukan peraturan syarat sebagai parameter adanya kegentingan yang memaksa.

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor:138/PUU-VII/2009, MK berpendapat ada tiga syarat kegentingan yang memaksa sebagaimana dimaksud dalam pasal 22 UUD Negara RI Tahun 1945, syarat tersebut adalah:³¹⁸

- (1) Adanya keadaan yaitu kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan undang-undang;
- (2) Undang-undang yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada undang-undang tetapi tidak memadai;
- (3) Kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat undang-undang melalui prosedur biasa karena akan memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan.

Perppu melahirkan norma hukum, dan sebagai norma hukum baru Perppu akan dapat menimbulkan status hukum baru, hubungan hukum baru, dan akibat hukum baru. Norma hukum tersebut lahir sejak Perppu disahkan, akan tetapi norma ini bersifat sementara karena tergantung kepada persetujuan DPR untuk menerima atau menolak norma hukum tersebut, namun demikian sebelum adanya pendapat DPR untuk menolak atau menyetujui Perppu, norma hukum tersebut adalah sah dan berlaku seperti undang-undang. Oleh karena dapat menimbulkan norma hukum yang kekuatan mengikatnya sama dengan undang-undang maka terhadap norma yang terdapat dalam Perppu tersebut Mahkamah dapat menguji apakah bertentangan secara materiil dengan UUD 1945. Dengan demikian Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji Perppu terhadap UUD 1945 sebelum adanya penolakan atau persetujuan oleh DPR, dan setelah adanya persetujuan DPR karena Perppu tersebut telah menjadi undang-undang.

³¹⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 138/PUU-VII/2009

Kritik atas putusan ini juga ada yaitu dengan memperhatikan salah satu pertimbangan hukum putusan tersebut. Terdapat persoalan berkaitan dengan frasa yang menyatakan bahwa “norma hukum tersebut lahir sejak Perppu disahkan”.³¹⁹ Menurut lampiran Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, bahwa kata yang digunakan untuk Perppu adalah “ditetapkan” bukan disahkan. Kata “disahkan” digunakan untuk Undang-Undang. Oleh karena itu apabila Mahkamah menyatakan bahwa norma hukum lahir sejak Perppu disahkan artinya norma hukum tersebut baru lahir setelah Perppu disetujui oleh DPR dan disahkan oleh Presiden. Implikasi yang lain dari putusan tersebut adalah bahwa untuk pengujian Perppu oleh Mahkamah Konstitusi sifatnya bukan final dan mengikat karena masih bisa dinilai DPR ketika Perppu tersebut diajukan kepada DPR.³²⁰

Selain hal tersebut norma hukum yang lahir dari Perppu tersebut baru menjadi norma undang-undang setelah Perppu disahkan oleh DPR bersama Presiden. Dengan demikian norma hukum baru yang dilahirkan oleh Perppu tersebut sebenarnya derajatnya tidak sama dengan norma hukum yang lahir dari undang-undang. Oleh sebab itu menurut pendapat kami kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji Perppu melampaui amanat UUD NRI 1945 sebagaimana ditentukan dalam Pasal 24C UUD 1945.³²¹

³¹⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 bagian [3.13]

³²⁰ www.djpp.depkumham.go.id, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009

³²¹ Ibid

BAB V

SIMPULAN DAN SARAN

A. Simpulan

Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi jika ditelusuri maka akan ditemukan kajian menarik untuk dianalisa. Pada mulanya seringkali Mahkamah hanya sekedar melindungi bunyi ketentuan UUD 1945, namun dalam perkembangannya Mahkamah tidak hanya keluar dari *mainstream* cara berpikir umum dalam berhukum tetapi juga mencoba melengkapi kaedah-kaedah hukum yang berlaku umum. Cara berpikir progresif yang dianut oleh Mahkamah tersebut sesuai dengan “slogan” yang coba MK bangun sepanjang periode kepemimpinan MK yang kedua, yaitu “menegakkan keadilan substantif”.

Perkembangan pengujian undang-undang di MK memperlihatkan pergeseran cara pandang tersebut. Dari berpikir sekedar tekstual ke arah cara berpikir hukum yang lebih progresif. Penelitian ini memperlihatkan saja gambaran bahwa terdapat tradisi berhukum baru dalam ranah peradilan di Indonesia.

B. Saran

Walaupun sejauh ini putusan-putusan MK patut dipuji, namun untuk menghindari kelemahan manusia, maka perlu juga dibatasi cara menjatuhkan putusan. Misalnya harus jelas cara berpikir masing-masing hakim, sehingga cara berpikir hakim tidak disesuaikan dengan perkara-perkara tertentu sesuai kebutuhan personal hakim. Hal itu untuk mengakkan kewibawaan hakim, jangan sampai dalam kasus tertentu hakim berpikir progresif namun dalam permasalahan lain hakim tiba-tiba berpikir sangat-sangat tekstual. Alat ukur cara berpikir hakim tersebut dapat dilihat dari putusannya. Oleh karena itu dalam masyarakat luas juga dituntut aktif untuk mendata putusan-putusan hakim dan cara berpikir hukum personal hakim-hakim MK ke depannya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia (penyebab dan solusinya)*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005;
- _____, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legalprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009;
- Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, UNHAS, 2008;
- Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010;
- Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, Pradnya Paramita, Jakarta;
- A. Muhammad Asrun, *Krisis Peradilan: Mahkamah Agung di Bawah Soeharto*, Elsam, Jakarta, 2004;
- A.M. Mijahidin, *Hukum Progresif: Jalan Keluar Dari Keterpurukan Hukum Di Indonesia*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No 257 bulan april 2007, Ikahi, Jakarta 2007;
- Anton F. Susanto, *Ilmu Hukum Non Sistematis : Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010;
- _____, *Hukum; Dari Consilience Menuju Paradigma Hukum Konstruktif-Transgresif*, Refika Aditama, Bandung, 2007;
- Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1993;
- Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, UII Press, Yogyakarta, 2006;
- D. Schaffmeister, N. Keijer, E.PH Sitorius, *Hukum Pidana*, terjemahan J.E. Sahetapy, Yogyakarta, Liberty, 1995;

- Eddy O.S. Hiareij, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta, 2009;
- Georges Guvitsch, *Sosiologi Hukum*, Penerbit Bharatara, Jakarta, 1996;
- Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia-Pasca Reformasi*, PT. Bhuana Ilmu Populer (BIP), Jakarta, 2007;
- Husni, *Eksistensi Otonomi Khusus Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Dalam Negeri Kesatuan Republik Indonesia Berdasarkan UUD 1945*, disertasi untuk memperoleh gelar doktor pada Universitas Padjajaran, Bandung, 2004;
- John Gilissen dan Frits Gorle, *Sejarah Hukum: Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, 2007;
- Lili Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat Dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001;
- Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Los Angeles, terjemahan oleh Max Knight, 1960;
- Harun Alrasid, *Hak Menguji Dalam Teori dan Praktek*, dalam Jurnal Konstitusi, Vol. 1 No.1 Juli, Penerbit Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2004;
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York, 1994;
- Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Penerbit Konstitusi Press, Jakarta,
- James Bradley Thayer, *Sumber dan Ruang Lingkup Doktrin Hukum Konstitusional Amerika*, dalam Leonard W. Levy (Editor), *Judicial Review, Sejarah Kelahiran, Wewenang dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Penerbit Nusamedia dan Penerbit Nuansa, Bandung, 2005;
- J.A Pontier, *Penemuan Hukum (Rechtsvinding)*, Penerjemah B. Arief Sidharta, Jendela Mas Pustaka, Bandung, 2008;
- Joachim Sanden, *Methods of Interpreting The Constitution; Estonia's Way in an Increasingly Integrated Europe*, dalam Juridica International VIII/2003;
- John A. Garvey dan T. Alexander Aleinikoff *Modern Constitutional Theory*, West Publishing, 1994;
- Kranenburg, diterjemahkan Tk. B. Sabaroedin, *Ilmu Negara Umum*, J.B. Wolters, Jakarta, 1959;

- Lawrence M. Friedman dan Stewart Macaulay (edt), *Law and the Behavioral Sciences*, The Bobbs-Merrill Company, Inc. New York, USA, 1969;
- Liek Wilardjo, *Realita dan Desiderata*, Duta Wacana University Press, Yogyakarta, 1990;
- Lino A Graglia, *How the Constitution Disappeared*, dalam Jack N. Rakove (edt), *Interpreting the Constitution*, Northeastern University Press, Boston, Amerika Serikat, 1990;
- Mahmud Kusuma, *Menyelami semangat Hukum Progresif: Terapi Paradigmatik Bagi Lemahnya Hukum Indonesia*, Antonylib, Yogyakarta, 2009;
- Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar Pembentukannya*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1998;
- Martiman Prodjohamidjojo, *Kemerdekaan Hakim, Keputusan Bebas Murni (arti dan makna)*, Penerbit Simplex, Jakarta, 1984;
- Michael Allen dan Brian Thompson, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2002;
- Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES Indonesia, 2006;
- Muchamad Ali Safa'at, *"Toetsingsrecht", "Judicial Review", "Constitutional Review"*, dalam Majalah Konstitusi-Berita Mahkamah Konstitusi, No.14 januari-Februari 2006;
- Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bahkti, Bandung, 2003;
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2005;
- Philipe Nonet dan Phlip Selznick, *Law & Society In Transition: Tower Responsive Law*, Harper Torch Book, New York, 1978, Rafel Edy Bosco (Penerjemah), *Hukum Responsis Pilihan Dimasa Taransisi*, Huma, Jakarta, 2003;
- Rene David & J.E.C. Brierly, *Major Legal Systems in The World Today*, 1978;
- R.M. A.B. Kusuma, *Bagaimana Menginterpretasikan Konstitusi Kita*, dalam Jurnal Konstitusi, Vol. 1 No.3, Penerbit Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2005;
- Saldi, Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi*, Rajawali Press, Jakarta, 2009;

Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir; Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia Dengan Hukum*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2007;

_____, *Sosiologi Hukum*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, 2010;

_____, *Sosiologi Hukum, Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Muhamadiyah University Press, Surakarta, 2002;

_____, *Merintis Visi Program Doktor Hukum UNDIP*, Semarang, 2003;

_____, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1981;

_____, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2003;

_____, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*. Makalah yang disampaikan pada seminar nasional *Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia*, di Semarang, 2004;

_____, *Sosiologi Hukum Asai-Esai Terpilih*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010;

_____, *Hukum dan Perilaku*, Jakarta, 2009;

Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 2001;

Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni Bandung, 1986;

Todung Mulya Lubis, *Judicial Review dalam Perspektif Hukum Tata Negara*, dalam Beny K Harman dan Hendaradi (edt), *Konstitusionalisme*,

Tom Ginsburg, *Judicial Review in Democracies-constitutional court in Asian cases*, Cambridge University Press, 2003;

Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang Baik Dalam Rangka Pembuatan Undang-Undang Berkelanjutan (Ringkasan Disertasi)*, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2007;

Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Penerbit Alumni, 2000;

Peraturan Perundang-Undangan Dan Produk Hukum:

UU Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Putusan MK No 005/PUU-IV/2006

UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi

Mahkamah Agung RI, *Cetak Biru Mahkamah Agung RI*, 2003;

Moeljatno, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, Bumi Aksara, Jakarta, 1996;

Putusan MKRI No. Nomor 069/PUU-II/2004

Putusan MKRI Nomor 069/PUU-II/2004

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945

Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009

Terbitan Lainnya:

Muhammad Alim, *Dissenting Opinion*, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009;

Rifqi S. Assegaf, (2006), Putusan Mahkamah Konstitusi atas Hak Uji Materiil UU KY: Momentum Penguatan Gerakan Anti "Mafia Peradilan", makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006;

Eksaminasi Putusan No 006/PUU-IV/2006 yang diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 26-27 September 2006;

Zainal Arifin Mochtar, (2006), Hikayat 'Lupa' di Putusan MK, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan *Indonesian Court Monitoring*, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006;

Bivitri Susanti, (2006), Hakim atau Legislator: Menyoal Putusan MK tentang Undang-Undang Komisi Yudisial, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum

Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006;

Saldi Isra, Penangkapan Pengacara Putih, dalam *Kompas*, Jakarta, 2005;

Denny Indrayana, Mahkamah Mafia Peradilan, dalam *Kompas*, Jakarta, 2006;

Saldi Isra, Hakim Konstitusi Juga Hakim, dalam *Kompas*, Jakarta, 2006;

A. Irmanputra Sidin, *KY vs. Mafia, "Pendekar Tanggung atau Tangguh?",* makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006;

Mahfud MD, Pidato Penutupan Rapat Kerja MK-RI pada tanggal 22-24 Januari 2010;

M. Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*;

Faizal, *Menerobos Positivisme Hukum*, Rangkang Education, Yogyakarta, 2010;

Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2003;

Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia (penyebab dan solusinya)*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005;

A.M. Mijahidin, *Hukum Progresif: Jalan Keluar Dari Keterpurukan Hukum Di Indonesia*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No 257 bulan april 2007, Ikahi, Jakarta, 2007;

Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*. Makalah yang disampaikan pada seminar nasional *Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia*, di Semarang, 2004;

Febri Diansyah, *Senjakala Pemberantasab Korupsi; Memangkans Akar Korupsi Dari Pengadilan tipikor*, Jurnal Konstitusi Volume 6, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2009;

Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*, *Makalah* disampaikan pada Seminar Nasional *Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia*, Semarang, 2004;

Nyoman Serikat Putra Jaya, *Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif Sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan; Suatu pergeseran Paradigma Dalam Ilmu Hukum Pidana*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2004;

- Indriyanto Seno Adji, Asas Retroaktif: Nonpersuasi terhadap Korupsi, *KOMPAS*, 5 Maret 2005;
- Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2009;
- H.A.S. Natabaya, *Sistem Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia*, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2006;
- Moh Mahfud,MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009;
- Saldi Isra, Purifikasi Proses Legislasi Melalui Pengujian Undang-Undang, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 7 No. 1 – Maret 2010;
- Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan 1*, Kanisius, Yogyakarta, 2007;
- Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum, Suatu Tawaran Pemikiran*, Refika Adhitama, Bandung, 2006;
- Saldi Isra, dalam *Seputar Indonesia* edisi tanggal 10 Maret 2010;
- Saldi Isra, *Ikhwal Persetujuan Perppu*, *Harian Seputar Indonesia*, edisi Selasa tanggal 10 Maret 2009;
- Emerson Yuntho, *Berlindung Dibalik Kegentingan Memaksa*, *Harian Media Indonesia*, edisi Senin tanggal 11 Januari 2010;
- Vini Mariyane Rosya, *Berlindung Dibalik Kata Kegentingan*, *Harian Media Indonesia*, Edisi Senin 11 Januari 2010;
- Moh Mahfud,MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009;
- Maruarar Siahaan, *Berlindung Dibalik Kata Kegentingan*, *Media Indonesia* edisi 11 Januari 2010;
- Mahfud MD, *Concurring Opinion*, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009;

Website:

Jalan Mundur (dalam) Positivisme Hukum Indonesia,
<http://joeniarianto.files.wordpress.com/2008/07/jalan-mundur-dalam-positivisme-hukum-indonesia1.pdf>, diunduh 11 Oktober 2010;

<http://robbani.wordpress.com/2009/02/07/auguste-comte-dan-positivisme/>,
diunduh pada tanggal 11 Oktober 2010;

<http://herlambangperdana.files.wordpress.com/2008/07/herlambang-positivisme-hukum.pdf>, diunduh pada 11 Oktober 2010;

<http://staff.blog.ui.ac.id/arif51/2008/03/31/positivisme-dan-perkembangannya/>,
diunduh pada tanggal 11 Oktober 2010;

<http://id.wikipedia.org/wiki/hukum>, diakses pada tanggal 11 oktober 2010;

http://www.fightthebias.com/Resources/Hist_Docs/Court_Cases/marburymadison.htm, diakses pada tanggal 4/03/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison diakses pada tanggal
15/03/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison, diakses pada tanggal
15/03/2008;

<http://odur.let.rug.nl/-usa/D/1801-1825/marshallcases/mar06.htm>, diakses pada
tanggal 16/03/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, diakses pada tanggal
02/02/2008;

http://www.landmarkcases.org/plessy/const_interp.html, akses pada tanggal
03/02/2008;

http://www.landmarkcases.org/plessy/const_interp.html, akses pada tanggal
03/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal
03/02/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, akses pada tanggal
02/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw.htm>, diakses pada
tanggal 7/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw.htm>. diakses pada tanggal 7/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008;

[http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution interpretation](http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation), akses pada tanggal 02/02/2008;

Hasil Wawancara dengan *Refly Harun, S.H., M.H., LL.M.* pada tanggal 28 April 2008

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008;

Papers The Professional Law School; *Constitutional Law*, Griffith College Dublin

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm. diakses pada tanggal 15/02/2008;

[http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution interpretation](http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation) diakses pada tanggal 2/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm. diakses pada tanggal 2/02/2008;

http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html;

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm;

http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html;

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm;

[http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution interpretation](http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation);

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm;

http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html;

<http://www.sinarharapan.co.id/berita/0611/06/opi01.html>. akses pada tanggal 4/03/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.html>. diakses pada tanggal 5/03/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.htm>. diakses pada tanggal 5/03/2008;

<http://majalah.hidayatullah.com/?p=643>, diunduh pada tanggal 21 Oktober 2010;

[http://eprints.undip.ac.id/300/1/Nyoman Serikat Putra Jaya.pdf](http://eprints.undip.ac.id/300/1/Nyoman_Serikat_Putra_Jaya.pdf), diunduh pada tanggal 26 Oktober 2010

Agus Raharjo, *Problematika Asas Retro-aktif Dalam Hukum Pidana Indonesia*, <http://www.unsoed.ac.id/newcmsfak/UserFiles/File/HUKUM/problemretroaktif.htm>, diunduh pada tanggal 26 oktober 2010;

Reza Fikri Febriansyah, *Eksistensi Dan Prospek Pengaturan Perppu Dalam Sistem Norma Hukum Negara Republik Indonesia*, artikel hukum-<http://www.djpp.depkumham.go.id/htn-dan-puu>, diundu tanggal 29 Juli 2010;

<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>;