



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NO. 018/PUU-IV/2006**

**PERIHAL
PENGUJIAN UU NO. 8 TAHUN 1981
TENTANG KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM ACARA
PIDANA (KUHP)
TERHADAP UUD 1945**

**ACARA
MENDENGAR KETERANGAN AHLI DARI PEMOHON
(IV)**

**J A K A R T A
SELASA, 5 DESEMBER 2006**



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NO. 018/PUU-IV/2006**

PERIHAL

Pengujian UU No. 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) Terhadap UUD 1945

PEMOHON

Mayjen (Purn) Suwarna Abdul Fatah (Gubernur Prov. Kalimantan Timur)

ACARA

Mendengar Keterangan Ahli dari Pemohon (IV)

**Selasa, 5 Desember 2006 Pukul 10.00 WIB
Ruang Sidang Gedung Mahkamah Konstitusi RI, Jl. Medan Merdeka
Barat No. 7, Jakarta Pusat**

SUSUNAN PERSIDANGAN

- | | |
|--|-----------|
| 1) Prof. Dr. H.M. LAICA MARZUKI, S.H. | (Ketua) |
| 2) H. ACHMAD ROESTANDI, S.H. | (Anggota) |
| 3) Prof. H.A.S. NATABAYA, S.H., LL.M. | (Anggota) |
| 4) Prof. H. ABDUL MUKTHIE FADJAR, S.H., M.S. | (Anggota) |
| 5) MARUARAR SIAHAAN, S.H. | (Anggota) |
| 6) Dr. HARJONO, S.H., M.C.L | (Anggota) |
| 7) I DEWA GEDE PALGUNA, S.H., M.H | (Anggota) |
| 8) SOEDARSONO, S.H. | (Anggota) |

Cholidin Nasir, S.H.

Panitera Pengganti

HADIR:

Kuasa Hukum Pemohon :

1. K.G. Widjaja, S.H., M.H.
2. Gani

Pemerintah :

1. Oomarudin (Dirt Litigasi Dept Hukum dab HAM)
2. Mualimin Abdi, S.H., M.H. (Kabag Litigasi Dept. Hukum dan HAM)
3. Yosep Suwardi Sabdah (Kejaksaan Agung RI)
4. Johani Silalahi (Kejaksaan Agung RI)

DPR-RI :

1. Puji Purwanti (Tim Biro Hukum Setjen DPR-RI)
2. Dwi Prihartomo (Tim Biro Hukum setjen DPR-RI)

Ahli dari MK RI:

Dr. Choirul Huda, S.H., M.H. (Ahli Hukum Pidana dan Hukum Acara Pidana)

SIDANG DIBUKA PUKUL 10.00 WIB

1. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Sidang Pleno dalam perkara pengujian materil Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana terhadap UUD 1945, dengan ini di buka dan dinyatakan terbuka untuk umum.

KETUK PALU 3 X

Sebagaimana lazimnya kepada pihak-pihak yang hadir pada pagi hari ini diminta untuk memperkenalkan diri, silakan dimulai dari Pemohon atau kuasanya.

2. KUASA HUKUM PEMOHON : K.G WIDJAJA, S.H. M.H.

Kami kuasa hukum Pemohon yaitu Bapak Mayor Jendral (Purn) Suwarna, kami KG. Widjaja, S.H., M.H. didampingi oleh rekan kami Gani Ramdani.

Demikian barangkali perkenalan kami, terima kasih.

3. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Saudara dari pihak Pemerintah, silakan.

4. PEMERINTAH : YOSEF SUARDI SABDAH (DIREKTUR TUN KEJAGUNG R.I)

Selamat pagi Majelis yang terhormat.

Kami dari Pemerintah diwakili oleh saya Yosef Suwardi dari Kejaksaan Agung, sebelah saya Johan Silalahi dari Kejaksaan Agung, dan Saudara Kualimin dari Departemen Hukum dan HAM, terima kasih.

5. DPR RI : TIM BIRO HUKUM SETJEN DPR-RI

Terima kasih Majelis, kami dari Biro Hukum Sekretariat Jenderal DPR-RI.

Terima kasih.

6. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Agenda sidang Pleno pada pagi hari ini adalah mendengar keterangan ahli yang diajukan oleh Pemohon.

Saudara Kuasa Pemohon, apakah ahli yang bakal diajukan itu sudah hadir?

7. KUASA HUKUM PEMOHON : K.G WIDJAJA, S.H. M.H.

Kami sudah hadirkan Dr. Choirul Huda yang duduk di sebelah saksi yang akan memberikan keahliannya dalam kesempatan ini, terima kasih.

8. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Saudara Dr. Choirul Huda diminta Saudara sebelum disumpah mengemukakan identitasnya dan bidang keahliannya serta agamanya.

9. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Terima kasih Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang terhormat. Saudara Termohon dan juga pemerintah dan DPR. Nama saya Choirul Huda, lengkapnya Dr. Choirul Huda, S.H., M.H., agama saya Islam, bidang keahlian saya hukum pidana dan hukum acara pidana.

10. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Saudara juru sumpah melakukan lafaz. Pak Roestandi, harap dipandu sumpahnya.

11. HAKIM KONSTITUSI : H. ACHMAD ROESTANDI, S.H.

Harap ikuti apa yang saya ucapkan.

"Demi Allah saya bersumpah, bahwa saya sebagai ahli, akan memberikan keterangan yang sebenarnya, sesuai dengan keahlian saya"

12. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

"Demi Allah saya bersumpah, bahwa saya sebagai ahli, akan memberikan keterangan yang sebenarnya, sesuai dengan keahlian saya".

13. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Saudara Pemohon atau kuasanya, Saudara diminta untuk mengajukan pertanyaan kepada ahli.

14. KUASA HUKUM PEMOHON : K.G WIDJAJA, S.H. M.H.

Terima kasih yang Mulia Majelis Hakim.

Kepada ahli kami mohon pendapat Anda mengenai Pasal 21 ayat (1) dimana ditetapkan bahwa penahanan itu di samping adanya syarat-syarat yang obyektif, juga dipergunakan syarat yang subyektif yaitu adanya kekhawatiran. Dapatkah ahli menjelaskan kepada Majelis ini bagaimana pengalaman ahli di dalam memberikan keahlian dalam sidang praperadilan. Dan bagaimana pengalaman ahli beserta pendapat ahli tentang penggunaan diskresi dari polisi untuk melakukan penahanan yang didasarkan kepada rasa kekhawatiran tadi. Kami pikir pertanyaan kami cukup luas dan kami persilakan ahli untuk memberikan pendapatnya.

Terima kasih.

15. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Terima kasih.

Yang terhormat Majelis Mahkamah Konstitusi.

Atas pertanyaan Pemohon saya terlebih dahulu ingin mengemukakan tentang adanya perbedaan antara syarat dan alasan dalam melakukan penahanan. Karena syarat di satu sisi, ada alasan di sisi yang lain. Jadi yang tercantum di dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP itu adalah alasan subyektif dalam melakukan penahan, dimana alasan ini adalah hanya salah satu dari syarat untuk melakukan penahanan. Kalau diizinkan saya ingin meng-*explore* lebih jauh apa yang dimaksud dengan syarat melakukan penahanan.

Adanya syarat untuk melakukan penahanan atau syarat-syarat melakukan penahanan, ini sehubungan dengan kewenangan hakim praperadilan untuk menguji sah atau tidaknya penahanan. Jadi sah atau tidaknya penahanan menurut pendapat saya adalah apakah penahanan itu memenuhi syarat apa tidak. Ada empat syarat di sini untuk melakukan penahanan.

Yang pertama adalah penahanan, itu harus dilakukan untuk suatu tujuan tertentu. Sebenarnya KUHAP sendiri sudah menentukan tujuan dilakukannya penahanan yaitu penahanan hanya dilakukan untuk penyidikan, penahanan dilakukan untuk kepentingan penuntutan dan penahan untuk kepentingan pemeriksaan di sidang pengadilan.

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

Yang kedua adalah selain tujuan juga adanya alasan, jadi tadi Pak Kuasa Pemohon mengatakan syarat, saya menggunakan istilah alasan. Ada dua alasan di sini, alasan subyektif dan alasan obyektif. Alasan subyektif itulah yang ditentukan di dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP. Setelah itu adanya kekhawatiran bagi penyidik atau penuntut umum ataupun hakim akan tersangka atau terdakwa ini melarikan diri, mengulangi tindak pidananya atau merusak barang bukti. Cuma dalam praktik penentuan adanya alasan yang subyektif ini tanpa didasarkan pada suatu kriteria yang obyektif. Jadi semata-mata didasarkan pada subyektifitas dari pejabat yang melakukan penahanan. Sebenarnya anak kalimat "bukti yang cukup" yang ada di dalam ketentuan Pasal 21 ayat (1) itu bukan hanya ditujukan terhadap tindak pidananya, jadi orang ditahan bukan hanya ada bukti yang cukup terhadap dia melakukan tindak pidana. Tetapi sebenarnya bukti yang cukup bahwa dia akan melarikan diri. Bukti yang cukup bahwa dia akan mengulangi tindak pidananya, atau bukti yang cukup bahwa dia akan merusak barang bukti. Jadi kata bukti yang cukup itu di sini bukan hanya ditujukan terhadap tindak pidananya, tetapi juga adanya yang di dalam literatur disebutkan sebagai keadaan yang konkret dan nyata bahwa tersangka ini akan melarikan diri. Memang ketentuan Pasal 21 ayat (1) ini seolah-olah adanya bukti yang cukup ini semata-mata ditujukan kepada tindak pidananya. Sehingga ketika penyidik berkesimpulan telah ada bukti yang cukup terhadap tindak pidananya, maka dia berwenang menahan, padahal juga diperlukan bukti yang cukup untuk menunjukkan bahwa dia akan melarikan diri, menghilangkan barang bukti dan mengulangi tindak pidananya, ini yang kedua.

Selain itu, masih yang kedua selain alasan yang sifatnya subyektif, ada juga alasan yang sifatnya obyektif. Dalam hal ini adalah tindak pidana-tindak pidana yang sifatnya *arrested crime* tindak pidana yang dapat ditahan. KUHAP menentukan tindak pidana yang ancaman tindak pidananya 5 tahun atau lebih, atau beberapa tindak pidana yang ditentukan secara khusus.

Yang ketiga, jadi syarat melakukan penahanan itu adalah adanya penahanan yang dilaksanakan menurut prosedur yang ditentukan oleh KUHAP, menurut dan dalam hal dan cara yang ditentukan oleh KUHAP,

oleh undang-undang. Dalam hal ini adanya surat perintah penahanan disertai dengan menguraikan alasan penahanan dan dimana ditahan dan seterusnya dan seterusnya..

Yang keempat, sebenarnya yang juga tidak kalah pentingnya adalah berkenaan dengan kewenangan lembaga yang melakukan penahanan. Jadi dilihat dari pejabat yang melakukan kewenangan memang mempunyai kewenangan untuk melakukan penahanan, ini yang saya sebut sebagai syarat-syarat melakukan penahanan untuk kemudian menilai sah atau tidaknya penahanan yang dilakukan oleh seorang pejabat tertentu. Namun sayangnya dalam praktik umumnya hakim praperadilan itu hanya memeriksa masalah-masalah yang berhubungan dengan administratif. Jadi hanya memeriksa ada tidaknya alasan yang sifatnya obyektif di sini, dan memeriksa apakah penahanan telah dilaksanakan menurut peraturan perundangan yang berlaku. Jadi tidak seluruh syarat-syarat penahanan ini telah diperiksa untuk menunjukkan ada sah atau tidaknya penahanan. Kenapa begini? Ini berpangkal tolak dari rumusan undang-undang itu sendiri. Jadi memang rumusan undang-undangnya ya semata-mata memang persyaratan agar hakim praperadilan memeriksa hal-hal yang sifatnya administrative, tanpa lebih jauh mencampuri hal-hal yang sifatnya substansial dari penahanan itu yang sebenarnya ada di dalam syarat yang obyektif tadi. Ini yang saya lihat berdasarkan pengetahuan saya dan juga pengalaman saya berkenaan dengan hal ini, kerap kali pemeriksaan di praperadilan sudah beberapa kali saya memberikan keterangan ahli di praperadilan memang hanya semata-mata memeriksa apakah ada perintah penahanan atau tidak. Jadi hal-hal yang sifatnya administratif belaka, tanpa memeriksa hal-hal yang sifatnya substansial. Apakah memang alasan-alasan yang subyektif tadi ada pada diri tersangka atau terdakwa itu atau tidak,, demikian.

16. KUASA HUKUM PEMOHON : K.G. WIDJAJA, S.H., M.H

Kami kira sudah cukup tajam apa yang dikemukakan oleh ahli tadi.

17. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Sekarang apakah dari Hakim Konstitusi berkenan mengajukan pertanyaan?

Dari kejaksaan ingin mengajukan pertanyaan? Silakan.

18. PEMERINTAH : YOSEF SUARDI SABDAH (DIREKTUR TUN KEJAGUNG R.I)

Terima kasih majelis yang kami hormati.

Saudara Ahli, mohon dijelaskan apakah di dunia ini ada negara yang mengharamkan sama sekali penahanan sebelum peradilan *retail detention* ataukah memang penahanan pada saat sebelum peradilan memang merupakan sesuatu yang wajar yang sudah diterima secara umum, itu pertanyaan kami yang pertama.

Kemudian pertanyaan kami yang kedua, apakah rumusan Pasal 21 ayat (1) KUHAP itu mengandung sesuatu yang bertentangan dengan ketentuan-ketentuan yang ada di dalam UUD 1945. Katakanlah terus terang, apakah pencantuman alasan subyektif merupakan sesuatu yang bertentangan dengan ketentuan UUD 1945.

Terima kasih.

19. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Terima kasih.

Memang berkenaan dengan penahanan saya kira tidaklah menjadi persoalan. Jadi tahap pra adjudikasi diadakannya penahan itu tidak menjadi persoalan, cuma persoalannya adalah bagaimana melakukan penahanan itu. Dalam literatur yang saya baca itu tadi, jadi harus dipenuhi empat syarat tadi untuk bisa dikatakan penahanan itu sah atau tidak. Jadi ada tujuan yang jelas dilakukan oleh lembaga yang berwenang memiliki alasan yang cukup dan dilakukan menurut tata cara yang ditentukan undang-undang. Jadi bahwa memang penahanan sebelum adanya pemeriksaan di sidang pengadilan memang ada, cuman bagaimana caranya menahan itu yang menurut saya sudah dalam KUHAP kita kurang jelas diatur, itu yang pertama.

Yang kedua, adalah bahwa kalau ditanyakan apakah ketentuan Pasal 21 ayat (1) KUHAP ini bertentangan dengan ketentuan dalam Undang Undang Dasar? Saya kira tidak dalam kopetensi saya menjawab pertanyaan ini, karena saya bukan ahli tatanegara, tetapi yang paling pasti bahwa ketentuan Pasal 21 ayat (1) KUHAP itu dalam praktiknya menimbulkan penafsiran dimana kemudian pelaksanaan kewenangan penahanan itu semata-mata diletakkan pada pertimbangan-pertimbangan subjektif dari pejabat yang melakukan penahanan. Jadi tanpa kemudian ada ukuran-ukuran yang objektif untuk bisa melakukan penahanan terhadap kegunaan syarat-syarat yang objektif tadi.

20. PEMERINTAH : YOSEF SUARDI SABDAH (DIREKTUR TUN KEJAGUNG R.I)

Terima kasih, masih ada Majelis.

Bila mengenai praperadilan tadi dikatakan bahwa praperadilan itu kebanyakan hanya memeriksa ke syarat-syarat administratif saja untuk sah tidaknya penahanan. Tidak pernah memeriksa substansi, apakah penahanan itu perlu dilakukan atau tidak? pertanyaan kami menurut pengamatan ahli itu disebabkan memang oleh hakim praperadilannya berpandangan sempit seperti itu atau oleh pihak Pemohon itu sendiri? Pemohon sendiri tidak mengemukakan bukti-bukti mengenai tidak logisnya kegunaan alasan subjektif seperti itu. Sebagai kasus misalnya kami pernah menghadapi perkara praperadilan dimana penahanan dinyatakan tidak sah, hanya mengatakan penahanan itu tidak sah karena alasannya dikatakan "karena tersangka kooperatif ". Tapi dia sama sekali juga tidak mengajukan bukti, apa buktinya bahwa dia kooperatif? Apa buktinya bahwa dia tidak melarikan diri? Apa buktinya bahwa dia tidak akan merusak barang-barang bukti atau mempengaruhi saksi-saksi? Karena tidak ada bukti demikian, maka hakim juga tidak mengabulkan permohonannya. Jadi menurut pengamatan Saksi atau memang hakimnya yang mempersempit alasan itu atau karena permohonannya sendiri tidak menyentuh ke pembuktian mengenai alasan-alasan subjektif tersebut?

Terima kasih.

21. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Menurut pengamatan saya memang ada dua hal yang menyebabkan seperti tadi yang dikemukakan, yang pertama, adalah memang kadangkala Pemohon tidak mengemukakan dalil-dalilnya dengan baik, sehingga kemudian membuat hakim tidak juga bisa mempertimbangkan bahwa ini penahanan sah atau tidak, tetapi juga dalam kerap pada kesempatan lain ketika Pemohon mengajukan dalil-dalilnya dengan cukup baik, tetapi hakimnya kemudian tidak mempertimbangkan itu. Jadi faktor sumber daya manusia memang telah katakanlah menafsirkan ketentuan itu begitu sempit.

Yang kedua, memang normanya, norma undang-undang dari Pasal 21 ayat (1) itu memang sepintas selalu menunjukkan bahwa tidak perlu adanya pertimbangan-pertimbangan yang objektif dalam menetapkan adanya alasan-alasan yang subjektif berkenaan dengan penahanan ini. Karena ada bukti yang cukup hanya digunakan bukti yang cukup terhadap tindak pidananya, habis itu koma, dalam hal adanya keadaan dimana timbulnya kekhawatiran. Jadi tidak ada kata

bukti yang cukup di situ untuk menunjukkan bahwa kekhawatiran itu berdasarkan bukti yang cukup pula begitu. Jadi baik sumber daya manusianya maupun normanya yang membuat kemudian pemeriksaan di pra peradilan itu semata-mata pemeriksaan yang sifatnya administrative, ada surat perintah dan seterusnya, dan seterusnya.

Demikian.

22. PEMERINTAH : YOSEF SUARDI SABDAH (DIREKTUR TUN KEJAGUNG R.I)

Terima kasih Majelis yang kami hormati.

Jadi sebagai ahli barangkali mengamati bahwa prapradilan nampaknya telah berkembang dari apa yang ditentukan dalam Pasal 77 KUHAP. Kalau lihat Pasal 77 KUHAP saya katakan bahwa "prapradilan itu hanya memeriksa sah tidaknya penangkapan, penahanan, SP3 dan SK PP, penghentian penyidikan dan penghentian penuntutan". Tapi dalam praktik sekarang sah tidaknya penyitaan juga diperiksa oleh prapradilan. Bahkan pernah dalam kasus Buyat sah tidaknya penyidikan di praperadilan. Melihat perkembangan semacam ini, apa ahli juga bisa berpendapat bahwa suatu ketika pra pradilan-pun akan berkembang dari tadinya hanya memeriksa kelengkapan administratif dari penahanan menjadi juga memeriksa substansi penahanan? Apakah benar ada bukti mengenai bahwa tersangka akan melarikan diri? Apakah benar ada bukti bahwa tersangka mempengaruhi saksi? Apakah benar ada bukti bahwa tersangka akan menyerahkan barang bukti? Apakah perkembangan ke arah itu ada dan mungkin terjadi ?

Terima kasih.

23. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Sejauh pengamatan saya, berkenaan dengan kewenangan, memang terjadi perluasan terhadap kewenangan praperadilan. Seperti wakil dari pemerintah mengatakan bahwa "juga sah atau tidaknya penyitaan atau sah atau tidaknya penyidikan itu juga kemudian menjadi ruang lingkup yang diperiksa dalam prapradilan". Ini boleh jadi dianggap sebagai suatu perkembangan. Tetapi dalam prosesnya di dalam proses pemeriksaannya itu pasti bisa dikatakan sekalipun diperluas kewenangannya oleh praktik, tetapi prosesnya semata-mata masih memeriksa hal-hal yang sifatnya administratif belaka. Saya tidak pernah membaca literatur ataupun menghadiri pemeriksaan prapradilan yang kemudian sampai hakimnya sejauh memeriksa hal-hal yang sifatnya substansial.

Demikian, berdasarkan pengamatan saya.

24. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Selanjutnya, Hakim Konstitusi barangkali ada yang mengajukan pertanyaan, Hakim Konstitusi Dr. Harjono.

Silakan pak.

25. HAKIM KONSTITUSI : Dr. HARJONO, S.H., M.C.L

Saudara Ahli *ya?* tadi Anda menyebut atau membuat suatu pernyataan bahwa di dalam praktik penerapan Pasal 21 itu yang menyangkut diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup. Bukti yang cukup itu hanya ditafsirkan untuk persoalan tindak pidananya, sedangkan faktor subjektifnya tidak. Artinya kemudian hakim hanya menerapkan formalitas penahanan. Lalu tadi juga ada pertanyaan dari pemerintah, apakah itu yang menyebabkan seperti itu hakimnya? Ataukah pemohonnya? pemohon tidak pernah memberi dasar-dasar adanya bukti yang cukup, kemudian menjadi alasannya bahwa dia tidak perlu ditahan, tadi juga kalau *toh* disampaikan hakimnya juga tidak selalu menaruh perhatian terhadap alasan-alasan untuk tidak dilakukan penahanan berdasarkan Pasal 21 dengan menggunakan prapradilan untuk menghindari penahanan itu. Tapi dalam Pasal 21 juga ada kalimat "setelah bukti yang cukup dalam hal ada keadaan yang menimbulkan kekhawatiran." Apakah menurut Anda tidak bisa dilihat bahwa kata dalam hal adanya keadaan? Ini menjadi juga unsur objektif, karena ada kata "dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran" dalam hal adanya keadaan ini juga mestinya juga harus menjadi unsur objektif, sebelum khawatir. Khawatir itu kan didorong adanya unsur objektif dalam hal keadaan adanya keadaan ini. Jadi apakah tidak cukup untuk menjadikan alasan, tidak usah menafsirkan berdasarkan bukti yang cukup tapi dengan adanya kata "dalam hal adanya keadaan bagi yang menahan juga menyampaikan keadaan-keadaan itu apa yang menimbulkan kekhawatiran. Jadi tidak *jump up* pada kekhawatiran saja, tetapi keadaan yang menimbulkan kekhawatiran juga objektif .

Bagaimana menurut Anda?

26. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Ya. Memang dalam literatur dalam hal adanya keadaan itu ditafsirkan sebagai adanya keadaan yang kongkrit dan nyata berkenaan dengan kekhawatiran tersebut. Tetapi menurut pendapat saya tidak cukup dengan adanya kata dalam hal adanya keadaan tersebut untuk

menunjukkan sifat objektif dari kekhawatiran tersebut. Jadi menurut pendapat saya malah justru sangat diperlukan adanya kata di sini bukti yang cukup. Jadi kalau orang mau melarikan diri, tentu dia sudah bersiap dia sudah menyiapkan perjalanannya itu atau dia mau berkena dengan lari ke luar negeri tentu dia sudah menyiapkan sarana tiket ataupun keuangan yang berhubungan dengan hal itu. Jadi adanya keadaan-keadaan seperti itu, itu memang sangat diperlukan adanya bukti-bukti yang seperti itu, itu sangat diperlukan. Jadi sangat diperlukan instrumen yang sifatnya lebih objektif daripada perkataan dalam hal keadaan, karena dalam hal adanya keadaan ini sangat kabur, lalu bisa ditafsirkan apa saja yang kemudian kembali lagi kepada pertimbangan-pertimbangan yang subjektif. Oleh karena itu menurut pendapat saya sebenarnya ke depan ini pernah saya sampaikan usulan kepada tim KUHAP agar ditambahkan juga kata bukti yang cukup ini di dalam syarat objektif ini, supaya kemudian Hakim Komisaris nanti di dalam KUHAP yang akan datang bisa mempertimbangkan apakah memang penahanan yang dilakukan oleh penyidik ataupun penuntut umum, itu memang sah atau tidak begitu.

27. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Baik.
Silakan Pak.

28. HAKIM KONSTITUSI : I DEWA GEDE PALGUNA, S.H., M.H.

Baik. Terima kasih.

Saudara Ahli, kalau saya melihat keterangan dari Saudara Ahli mengenai syarat penahanan di dalam Pasal 21 KUHAP ini, itu sifatnya kumulatif *ya*? Artinya salah satu saja dari syarat itu tidak terpenuhi atau katakanlah cacat begitu, mengakibatkan penahanan itu menjadi tidak sah *ya*? Berkenaan dengan itu yang kemungkinan akan sering terjadi, bukan berarti yang lain tidak *ya*, tapi yang kemungkinan akan paling sering terjadi berarti adalah, rasanya adalah mengenai alasan penahanan yang paling sering menjadi *debatable*. Kalau dilihat dari keterangan Saudara Ahli tadi walaupun Saudara Ahli tidak mengatakan demikian. Yang menjadi soal kemudian adalah saya ingin mengetahui apakah menurut pengetahuan Saudara Ahli syarat objektif demikian itu di negara lain umpamanya, apakah itu memang dirinci dalam undang-undang atau dia berkembang di dalam praktik? Artinya itu diberikan keleluasaan kepada hakim untuk menilai apa yang dimaksud dengan misalnya syarat alasan penahanan yang berupa syarat objektif yang perlunya fakta-fakta objektif bagi adanya subjektifitas untuk memenuhi

alasan penahanan untuk yang subjektif itu. Apakah itu menurut pengetahuan atautkah keahlian Saudara di negara–negara lain misalnya itu dirinci dalam undang-undangnya atau dia diberikan kepada penilaian hakim?

Dan pertanyaan berikutnya adalah apakah pernah misalnya suatu kasus dimana seorang hakim misalnya di negara lain atau di Indonesia juga yang memutuskan bahwa suatu penahanan tidak sah, karena alasan penahanan yang berkaitan dengan syarat subjektif itu tidak terpenuhi? Apakah pernah terjadi itu? Misalnya kalau Saudara Ahli tadi mengatakan bahwa syarat yang alasan subjektif itu pun harus memenuhi kriteria objektif, misalnya? Apakah pernah ada putusan hakim peradilan yang menyatakan suatu penahanan tidak sah? Karena tidak ada fakta-fakta objektif yang secara subjektif bisa ditafsirkan bahwa tersangka misalnya, tersangka akan melarikan diri, menghilangkan barang bukti atautkah mengulangi lagi perbuatannya. Dan dalam hal demikian pertanyaan kedua masih dalam soal itu dalam hal keadaan demikian, biasanya beban pembuktian untuk hal-hal yang demikian itu lebih banyak dibebankan kepada penuntut atau dalam hal ini apakah kepada pihak pemohon praperadilan atau tersangka dan sebagainya atautkah kepada pihak penuntut.

Mungkin itu dulu pertanyaan saya.

29. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Terima kasih,

Memang ada perbedaan kecenderungan di negara-negara *common law* dan *civil law* berkenaan dengan hal ini. Di negara-negara *common law* memang umumnya berkenaan dengan yang Bapak Hakim tadi tanyakan memang berkembang di dalam praktik, tidak dirinci dalam peraturan perundang-undangan walaupun mereka juga mempunyai model-model hukum acara pidana juga, tetapi di dalam negara-negara yang berpaham *civil law*, pengetahuan saya di negara-negara Skandinavia itu memang berkenaan dengan hal ini ditentukan secara *rigid*. Tapi persoalannya adalah persoalan *legal culture* yang berbeda. Hakim-hakim kita memang ternyata lebih kepada corong undang-undang berkenaan dengan hal ini sehingga menurut pendapat saya diperlukan juga rekayasa undang-undang terhadap para hakim dalam melakukan pemeriksaan yang berhubungan dengan praperadilan ini. Jadi kalau kita semata-mata berharap bahwa hakim kita juga akan kreatif lalu mengembangkan berkenaan dengan syarat-syarat atau alasan-alasan dilakukan penahanan ini di dalam praktik bersumber pada ketentuan yang ada sekarang, sejauh pengamatan saya bahwa ini belum ada belum berkembang seperti itu.

Kalau ditanyakan di negara-negara lain memang banyak sekali kasus-kasus penahanan yang kemudian dinyatakan tidak sah karena polisi yang melakukan penahanan tidak bisa menunjukkan bukti yang cukup bahwa alasan-alasan penahanan ini telah Anda bawa alasan-alasan subjektif ini ada dan memang yang banyak saya baca adalah berkenaan dengan di negara-negara yang berpaham *common law system* dimana memang kewenangan penahanan itu ada pada hakim. Jadi hakimlah yang menilai apakah penahanan itu kemudian sah atau tidak dengan jaminan atau tanpa jaminan untuk kemudian orang ditahan ditentukan oleh hakim.

Di negara-negara *civil law system* seperti saya katakan tadi memang terbatas di negara-negara Skandinavia yang memang mengatur secara detail berkenaan dengan hal ini. Di negara-negara lain saya belum melihat ketentuan seperti itu, jadi praktiknya kembali lagi dikembalikan pada praktik hukum seperti Bapak Hakim tanyakan, demikian.

30. HAKIM KONSTITUSI : I DEWA GEDE PALGUNA, S.H., M.H

Saya hanya ingin menegaskan bahwa ini lebih banyak pada *culture* atau praktik dalam rangka penerapan atau pemahaman norma undang-undang begitu ya?

31. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Betul.

32. HAKIM KONSTITUSI : I DEWA GEDE PALGUNA, S.H., M.H

Termasuk juga di negara-negara *civil law*?

33. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Ya, betul.

34. HAKIM KONSTITUSI : I DEWA GEDE PALGUNA, S.H., M.H

Hanya saja menurut Saudara praktik pemahaman undang-undang atau penerapan undang-undang di negara *civil law* dalam tanda petik dia lebih bercorong undang-undang, jadi pada praktiknya itu?

Terima kasih.

35. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Selanjutnya Hakim Konstitusi Profesor Natabaya, silakan.

36. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Saudara Ahli tadi sudah mengatakan bahwa Saudara mengatakan bahwa Saudara bukan ahli hukum tata negara, di dalam hal ini adalah dalam hukum acara ya, tapi masalah ini tidak bisa dipisah dengan begitu saja sebab *right to be detention* itu menurut Saudara itu diperbolehkan atau tidak?

37. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Menahan, kewenangan untuk menahan memang diperlukan dalam proses penegakan hukum.

38. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Jadi artinya, walaupun ini mengambil sebetulnya kebebasan orang?

39. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Betul.

40. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Tapi itu diperbolehkan Undang-Undang Dasar juga memperbolehkan. *Nah* sedikit ini, di dalam Pasal 21 ini, ini memang menurut Saudara apakah rumusan normanya yang salah, apakah pengawasan pelaksanaan norma ini belum ada?

41. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Menurut saya normanya memang kurang tajam.

42. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Bukan, salah atau tidak? Bukan soal tajam.

43. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Ya.

44. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Kalau tajam itu pisau, salah atau tidak ini rumusan norma ini?

45. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Norma Pasal 21 ayat (1), menurut saya salah.

46. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Dimana salahnya?

47. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Salahnya adalah tadi, tidak ada ukuran objektif dalam menetapkan alasan subjektif.

48. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Saudara tadi sudah mengatakan di dalam pertanyaan, bahwa praktik di dalam *common law* itu berkembang di dalam praktik pengawasan, sedangkan di dalam *civil law* antara lain Skandinavia Saudara katakan itu ada pengaturan secara tertentu, *rigid* atau pendapat di dalam dan itu bermacam-macam. Jadi kalau melihat dari itu tadi ini normanya memang beginilah normanya tapi pengawasan bagaimana dilaksanakan, ini yang menjadi persoalan.

Saya mau membacakan ini menurut Saudara tadi bahwa ini harus sesuatu hal yang konkret dan nyata. Bagaimana Saudara Ahli akan mengatakan ini konkret ternyata, saya bacakan pasal ini. Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seseorang tersangka atau terdakwa yang diduga, ini ada kata yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup. Jadi pendugaan, sebab kalau dia sudah terbukti ada bukti, itu bukan masalah lagi untuk ditahan, itu sudah bukti di dalam tindak pidananya, ini malah dalam satu proses *preventive detention* dalam rangka proses. Jadi bagaimana mau dikatakan bahwa itu sesuai keadaan konkret yang nyata karena ini baru dugaan, dimana Saudara menafsirkan kata-kata ini?

49. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Ya, tadi saya sudah mengatakan bahwa di situ ada kata bukti yang cukup, memang dalam praktik bukti yang cukup ini semata-mata ditujukan kepada bukti yang cukup adanya tindak pidana yang dilakukan oleh terdakwa.

50. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Bukan, jangan dipotong ya! Diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup. Itu ada kata itu yang saya katakan tadi, jadi jangan dipotong katanya itu melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, tapi ada kata diduga itu tadi.

51. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Ya, memang kalau masih dugaan, karena memang ini dalam tahap penyidikan. Jadi kata diduga di situ memang karena masih dalam tahap penyidikan, tapi bukti yang cukup, kata bukti yang cukup hanya ditujukan terhadap bukti yang cukup telah dilakukannya tindak pidana oleh si tersangka ini, tapi tidak pernah digunakan kata bukti yang cukup terhadap bahwa dia mau melarikan diri, bahwa dia mau mengulangi tindak pidananya, bahwa dia mau merusak barang bukti, begitu.

52. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Lantas, coba hati-hati dalam urusan norma ini. Ini bukan kumulatif, ini alternatif. Jadi saya baca ya, diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak, atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana.

Jadi ini atau, atau, atau. Tiga persoalan ataunya ini. Diduga dengan dua lagi persoalan kekhawatiran. Siapa yang menentukan diduga dan kekhawatiran untuk merusak atau mengulangi tindak pidana, siapa yang menentukan?

53. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Berdasarkan ketentuan Pasal 21 ayat (1), yang menentukan adalah pejabat yang melakukan penahanan.

54. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Jadi oleh undang-undang ini diberikan kewenangan kepada kepolisian atau kejaksaan untuk melakukan penahanan terhadap ini, yang masalahnya kalau menurut itu adalah sekarang pengawasan daripada pejabat Kepolisian atau penahanan di dalam melaksanakan undang-undang ini, menurut Saudara tadi tidak cukup kalau Pasal 77, itu mengenai praperadilan dan Saudara tadi sudah mengatakan tadi bahwa di dalam rancangan undang-undang yang Saudara timnya juga mengusulkan adanya hakim pengawas, apakah memang betul-betul ini memenuhi ketentuan seperti ini? Jadi ada cek daripada sesuatu badan yang lain apakah memang polisi itu atau kejaksaan itu melaksanakan sesuai, jangan-jangan hanya pikirannya saja keadaan dan kekhawatiran itu ilusinya saja tapi harus ada garansi objektif, inilah kata-kata keadaan yang menimbulkan itu ada garansi objektif bahwa memang betul tiga persoalan itu, bagaimana menurut pendapat Saudara?

55. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Ya, memang kalau berkenaan dengan alasan subjektif tadi memang alasannya alternatif, tapi bahwa untuk bisa menahan pertamanya ada bukti yang cukup bahwa dia telah diduga keras melakukan tindak pidana dan ada bukti yang cukup bahwa dia akan salah satu di antara alasan itu, itu yang sifatnya menurut saya kumulatif.

Jadi baik bukti yang cukup bahwa dia diduga keras melakukan tindak pidana maupun adanya bukti yang cukup apakah dia mau melarikan diri atau bukti yang cukup apakah dia akan mengulangi tindak pidananya atau bukti yang cukup apakah dia akan merusak barang bukti? Berkenaan dengan pengawasan memang sejauh ini berkenaan dengan ini pengawasannya ada pada hakim praperadilan. Ini yang saya kemukakan tadi bahwa praktiknya hakim praperadilan hanya melihat hal-hal yang sifatnya administratif, apakah dalam melakukan penahanan ada surat perintah penahanan atau tidak? Tidak pernah diperiksa apakah ada bukti yang cukup bahwa orang itu akan melarikan diri, akan merusak barang bukti, akan mengulangi tindak pidananya.

Jadi memang norma undang-undangnya tidak memberi arahan yang cukup kepada hakim praperadilan untuk bisa melakukan pengawasan yang baik terhadap penggunaan kewenangan penahanan yang ada pada penyidik, penuntut umum dalam hal ini, begitu pendapat saya.

56. HAKIM KONSTITUSI : Prof. H.A.S NATABAYA, S.H., LL.M

Cukup ya.

57. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Saudara Ahli, kami berpendapat sebaiknya juga Saudara menyiapkan bahan-bahan tertulis diserahkan kepada Kuasa Pemohon.

58. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Baik.

59. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Saudara Pemohon apakah masih ada lagi yang Saudara mau sampaikan, bukan berkenaan dengan pertanyaan?

60. KUASA HUKUM PEMOHON : K.G. WIDJAJA, S.H.,M.H

Kami kira sudah cukup jelas dan tegas, terima kasih.

61. AHLI DARI PEMOHON : Dr. CHOIRUL HUDA, S.H., M.H

Pak boleh saya tambahkan sedikit, jadi secara prinsip saya belum tadi mengemukakan soal asas, soal prinsip. Secara dasarnya sebenarnya penahanan itu *non arrested is principal, arrested is exception*. Jadi tidak menahan adalah prinsipnya, menahan adalah pengecualian. Jadi mestinya norma undang-undang juga memberi arah seperti ini, tetapi Pasal 21 ayat (1), justru sebaliknya *arrested is principal, non arrested is exception*. Ini yang menurut saya dalam tatanan asas dalam tatanan prinsip, karena biar bagaimanapun seperti Bapak Profesor Natabaya tadi mengatakan bahwa menahan ini adalah pelanggaran hak asasi manusia oleh karenanya sejauh mungkin dihindari sebenarnya termasuk di dalam proses penegakan hukum. Sekarang ini kecenderungannya adalah justru sebaliknya yang penting ditahan saja dulu apakah kemudian memenuhi alasan atau tidak itu urusan belakangan ini yang sangat memprihatinkan, terima kasih.

62. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Saudara Pemohon,

Pleno memandang bahwa sidang demi sidang dan terakhir pada perkara ini sudah dipandang cukup, sehingga agenda persidangan berikutnya adalah pengucapan Putusan. Apakah Saudara mau mengemukakan kesimpulan?

Itu hak Saudara.

63. KUASA HUKUM PEMOHON : K.G. WIDJAJA, S.H.,M.H

Kami kira, kami mohon diberi kesempatan menyampaikan kesimpulan, terima kasih.

64. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Tertulis saja.

65. KUASA HUKUM PEMOHON : K.G. WIDJAJA, S.H.,M.H

Secara tertulis.

66. KETUA : Prof. Dr. H.M LAICA MARZUKI, S.H.

Menyusul berikut risalah tertulis dari Ahli, selanjutnya Pleno ingin menyatakan apresiasi terima kasih kepada Saudara Ahli bahwa Saudara telah turut beracara dalam Mahkamah Konstitusi. Baik Sidang Pleno dinyatakan telah selesai dan ditutup.

KETUK PALU 3X

SIDANG DITUTUP PUKUL 10.45 WIB