

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

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

**Titon Slamet Kurnia**

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

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

### **Abstrak**

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

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

### ***Abstract***

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

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

## PENDAHULUAN

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

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

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

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

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

## PEMBAHASAN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 1. Kasus Hak Politik Eks-PKI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Syarat Menjadi Presiden dan Wakil Presiden

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

Atas dasar kerangka pikir tersebut MKRI menyimpulkan:

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. Syarat Sarjana Hukum bagi Calon Pimpinan KPK

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sebagai implikasi dari pengertian tersebut MKRI menyatakan:

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

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

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

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

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



## 7. Nomor Urut Calon Anggota Badan Legislatif

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

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

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

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

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

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

## 8. Larangan Rangkap Jabatan pada Organisasi Olahraga

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

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

## 9. Batasan Umur Advokat

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 11. Pembatasan Masa Jabatan Kepala Daerah

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **PENUTUP**

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

## **DAFTAR PUSTAKA**

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