

# **Konstitusionalitas Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi**

## ***Constitutionality of Human Right Limitation on Constitutional Court Decisions***

**Sipghotulloh Mujaddidi**

Magister Hukum Kenegaraan Universitas Gadjah Mada  
Jl. Sosio Yustisia Bulaksumur No.1, Kabupaten Sleman,  
Daerah Istimewa Yogyakarta 55281  
Email: Sibghotullah11@gmail.com

**Naskah diterima:** 05/02/2020 **revisi:** 18/08/2020 **disetujui:** 17/08/2021

### **Abstrak**

Penelitian mencoba mengungkap tafsir konstitusional MK terhadap Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, serta alasan-alasan yang digunakan oleh MK dalam hal menyatakan suatu materi pembatasan HAM dalam undang-undang menjadi inkonstitusional. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang dilakukan terhadap 19 (sembilan belas) putusan MK yang menyatakan suatu pembatasan HAM inkonstitusional. Penelitian ini menyimpulkan bahwa setidaknya ada 4 (empat) alasan yang menyebabkan suatu materi pembatasan HAM dalam undang-undang inkonstitusional, a) Melanggar prinsip penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; b) Mengandung unsur-unsur diskriminasi; c) Menimbulkan ketidakpastian hukum; d) Tidak didasarkan pada alasan yang kuat, kokoh, valid rasional, dan proposional, serta tidak berkelebihan. Alasan-alasan tersebut bersifat alternatif atau dengan kata lain, satu alasan pun sudah cukup bagi Mahkamah Konstitusi untuk membatalkan materi pembatasan HAM.

**Kata kunci:** Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, Pembatasan HAM, MK

### **Abstact**

*This research try to discuss the Constitutional Court's interpretation of Article 28J paragraph (2) of the constitution 1945; and the reasons used by constitutional court in declaring an human right limitation unconstitutional. This research is a normative legal research conducted on 19 decisions of constitutional court which contain unconstitutional human right limitation. This research conclude 4 reasons that cause unconstitutional human right limitation, there are; a) To violate the principle of human rights respectation; b) To contain element of discrimination; c) To violate the principle of legal certain; d) Not based on the strong, valid, rational, and proportional reason, and being exessif. Those reasons are alternative, which means that constitutional court can declare an human rights limitation on legislation as the unconstitutional norm only by one from that reasons.*

**Keyword:** *Article 28J paragraph (2) of the constitution 1945, human right limitation, constitutional court.*

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Amendemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Selanjutnya; UUD 1945) sebagai tuntutan gelombang reformasi telah membawa perubahan mendasar bagi sistem ketatanegaraan Indonesia, termasuk di dalamnya mengenai pengaturan tentang perlindungan terhadap hak asasi manusia (HAM). Amendemen kedua bahkan telah melahirkan suatu bab khusus mengenai HAM yaitu Bab XA yang berisi 10 (sepuluh) pasal tentang HAM (dari Pasal 28A sampai Pasal 28J). Hak-hak yang tercakup di dalamnya meliputi kategori hak-hak sipil, politik hingga pada kategori hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya. Namun begitu, di samping hak-hak tersebut harus pula dipahami bahwa setiap orang memiliki kewajiban dan tanggung jawab yang juga bersifat asasi.<sup>1</sup> Setiap orang sejak sebelum kelahirannya memiliki seperangkat hak dan kewajiban yang melekat pada dirinya sebagai manusia.

Dalam konteks itulah negara sebagai *rule-making* memberikan batasan-batasan terhadap penggunaan hak dan kebebasan setiap orang melalui undang-undang, yang dalam konteks Indonesia ditetapkan oleh Pemerintah bersama Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Kewenangan demikian tersirat dalam aturan konstitusional Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi;

<sup>1</sup> Jimly Asshiddiqie, "Demokrasi dan Hak Asasi Manusia", *Makalah* disampaikan dalam Studium General pada acara The 1<sup>st</sup> National Convergence, yang diselenggarakan oleh Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005.

*“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang diterapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.<sup>2</sup>*

Berkaitan dengan hal tersebut, amendemen UUD 1945 juga telah memberikan kewenangan *constitutional review* kepada Mahkamah Konstitusi (MK) untuk menakar, apakah suatu pembatasan terhadap HAM yang dilakukan dengan undang-undang itu masih dalam kategori yang diperbolehkan oleh konstitusi, atau sudah secara nyata-nyata masuk dalam kategori yang melanggar prinsip-prinsip HAM, sehingga oleh karenanya harus dicabut dan dibatalkan. Tentu yang menjadi isu utama dalam hal ini adalah sesuai tidaknya materi pembatasan HAM tersebut dengan persyaratan sebagaimana terkandung dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.

Dalam tataran praktek, adakalanya MK menyatakan suatu materi pembatasan HAM tertentu inkonstitusional karena tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Dalam Putusan No. 011-017/PUU-VIII/2003 misalnya, yang membatalkan ketentuan Pasal 60 huruf g UU No. 12 Tahun 2003<sup>3</sup>, Akan tetapi di samping itu, dalam tataran tertentu adakalanya juga MK menyatakan suatu pembatasan HAM dalam undang-undang masih dalam koridor konstitusional. Dalam Putusan No. 065/PUU-II/2004 misalnya, MK menolak permohonan untuk membatalkan ketentuan pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang memberikan peluang pemberlakuan hukum secara retroaktif dalam proses penanganan pelanggaran HAM di masa lalu di pengadilan HAM ad hoc.

Lebih dari itu, MK pun pernah menolak untuk membatalkan beberapa pasal yang mengatur tentang pidana mati dalam UU Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika melalui Putusan No. 2-3/PUU-V/2007. Padahal jika mengacu pada Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, hak untuk hidup dan hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan bagian dari hak dalam kategori *“hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun”*. Perbedaan sikap yang diperlihatkan oleh MK dalam memberlakukan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 tentu menjadi penanda bahwa terdapat batas atau standar tertentu suatu

<sup>2</sup> Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.

<sup>3</sup> Pasal 6x20 huruf g UU No. 12 Tahun 2003 tersebut berisi ketentuan yang mengatur tentang persyaratan yang tidak memungkinkan seorang yang “bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung atau pun tidak langsung dalam G.30.S/PKI atau organisasi terlarang lainnya” menjadi anggota legislatif.

pembatasan terhadap HAM yang dilakukan oleh undang-undang dapat dikatakan konstitusional atau inkonstitusional.

## **B. Rumusan Permasalahan**

Sehubungan dengan itu, penulis tertarik untuk melakukan penelitian terhadap dua pokok permasalahan, yaitu; Bagaimana tafsir konstitusional MK terhadap ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 tentang pembatasan HAM?; serta dalam hal apa saja suatu pembatasan HAM dapat dinyatakan inkonstitusional oleh MK?

## **C. Metode Penelitian**

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang bersifat deskriptif-kualitatif dengan menggunakan 3 (tiga) model pendekatan, yaitu: pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), dan pendekatan konseptual (*conseptual approach*). Adapun data yang digunakan adalah data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Bahan hukum yang terkumpul selanjutnya disistemisasi dan dideskripsikan secara deskriptif-kualitatif dengan menggunakan cara berfikir induktif, yaitu metode berfikir yang berangkat dari hal-hal yang bersifat khusus lalu kemudian ditarik kesimpulan secara umum dalam rangka menghasilkan jawaban atas permasalahan yang telah dirumuskan.

# **PEMBAHASAN**

## **1. Tafsir Konstitusional MK terhadap Pasal 28J ayat (2) UUD 1945**

Secara konsepsional, setiap orang sejak sebelum kelahirannya memiliki hak dan kewajiban yang hakiki sebagai manusia.<sup>4</sup> Kewajiban kewajiban tersebut tertuang dalam Pasal 28J ayat (1) UUD 1945, yang menentukan bahwa setiap orang wajib menghormati HAM orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Kewajiban untuk menghormati hak-hak orang lain tersebut mengandung arti bahwa setiap warga negara Indonesia dalam melaksanakan hak dan kebebasannya harus memperhatikan hak dan kebebasan orang lain. Adalah tidak mungkin setiap hak dapat dilakukan secara bebas, karena apabila hak tersebut dilakukan secara bebas maka akan terjadi pelanggaran terhadap hak-hak dari orang lainnya. Untuk itu, dibutuhkan suatu organisasi kekuasaan untuk melakukan pengaturan terhadap pelaksanaan hak dan kebebasan tersebut.

<sup>4</sup> Jimly Asshiddiqie., *Op.cit.*, h. 10.

UUD 1945 sendiri memberikan legitimasi kepada negara - melalui lembaga pembentuk undang-undang atau legislator - untuk melakukan pembatasan terhadap penggunaan hak dan kebebasan setiap orang dengan undang-undang yang dimaksudkan semata-mata untuk menjamin serta menghormati hak dan kebebasan orang lain, dan demi tuntutan yang adil berdasarkan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis. Kewenangan pembatasan sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 di atas merupakan kewenangan *inheren* negara yang diterima dan diakui oleh setiap negara hukum dan negara demokrasi pada umumnya.<sup>5</sup>

Tentu saja, masing-masing negara memiliki beberapa pertimbangan sendiri sebagai justifikasi pembatasan hak yang bisa saja berbeda satu sama lain. Namun begitu, terlihat bahwa terdapat satu kecenderungan yang sama, yaitu pembatasan hak tersebut tidak hanya berlaku dalam keadaan darurat, tetapi juga dalam keadaan normal seperti untuk memelihara ketertiban umum, melindungi kepentingan negara dan/atau pemerintah, mencegah kemerosotan moral masyarakat atau publik, mencegah timbulnya dorongan melakukan kejahatan atau pelanggaran hukum, dan lain sebagainya.<sup>6</sup>

Menurut McGoldrick, sebagaimana dikutip oleh Candra, setidaknya ada 2 (dua) hal yang menjadi rasionalitas tentang perlunya dilakukan pembatasan (*limitation*) terhadap pelaksanaan HAM, yaitu; pertama, gagasan pembatasan HAM didasarkan pada adanya pengakuan bahwa sebagian besar HAM tidak bersifat mutlak, melainkan mencerminkan keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan umum. Kedua, untuk mengatasi konflik antar hak, sebagai contoh hak berekspresi dengan penghormatan atas hak privasi atau juga kebebasan beragama. Satu hak dapat dibatasi untuk memberikan ruang bagi terlaksananya hak lainnya.<sup>7</sup>

Salah satu diskursus pembatasan HAM yang seringkali memunculkan perdebatan dari para kalangan ahli adalah terkait persoalan apakah ketentuan pembatasan sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 dapat diberlakukan terhadap semua hak yang diatur dalam UUD 1945, termasuk juga

<sup>5</sup> Harjono, "Negara Hukum, Demokrasi, dan Mahkamah Konstitusi" *Makalah* disampaikan pada Kuliah Umum untuk Mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Jambi, Sabtu, 28 Oktober 2009, h. 6.

<sup>6</sup> Hikmahanto, "Pemberdayaan Budaya Hukum dalam Perlindungan HAM di Indonesia; HAM dalam Perspektif Sistem Hukum Internasional", dalam Muladi, 2005, *Hak Asasi Manusia; Hakekat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, PT. Refika Aditama, Bandung., h. 70.

<sup>7</sup> Galuh Candra Purnamasari, "Problematisa Penarapan Aturan Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia", *Makalah* disampaikan dalam Seminar Internasional Developing Legal System to Promote Sosial Welfare, Jakarta, 23-24 Agustus 2017, 187-188.

terhadap beberapa yang ditentukan “tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”, sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945?. Haruslah diakui bahwa UUD 1945 sendiri memang tidak secara tegas menjelaskan korelasi antara Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2), sehingga seringkali menimbulkan polemik baik di kalangan ahli maupun hakim konstitusi dalam mekanisme pengujian undang-undang.

Di antaranya tercermin dari Putusan No. 013/PUU-I/2003 tentang pengujian konstitusionalitas pemberlakuan asas retroaktif terhadap terpidana terorisme. Dalam putusan tersebut, MK mengabulkan pokok permohonan pemohon dan menyatakan bahwa UU No. 16 Tahun 2003 bertentangan dengan UUD 1945 atau inkonstitusional, sehingga oleh karenanya harus dinyatakan dicabut dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Salah satu alasan yang dikemukakan oleh MK adalah bahwa ketentuan pembatasan sebagaimana dimaksud Pasal 28J ayat (2) dikecualikan terhadap hak-hak yang diatur Pasal 28I ayat (1). Dalam pertimbangannya, Mahkamah mengutip pendapat Maria Farida dalam melakukan penafsiran terhadap korelasi antara Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2) sebagai berikut;

“Menimbang bahwa Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 itu mengukuhkan peraturan perundang-undang sebelumnya dan menempatkan asas a quo dalam tingkatan perundang-undangan yang tertinggi (*hogere optrekking*) pada tataran hukum konstitusional. *Constitutie is the hoogste wet!* Negara tidak dapat menegasikan UUD, karena jika demikian halnya, niscaya konstitusi telah menyayat-nyayat dagingnya sendiri (*de constitutie snijdt zijn eigen viees*). Dengan mengacu pendapat ahli Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H, Maka ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berisi kemungkinan untuk melakukan pembatasan hak asasi manusia tidak dapat diberlakukan terhadap pasal 28I ayat (1), karena adanya anak kalimat (frasa) “dalam keadaan apapun”.<sup>8</sup>

Berangkat dari argumentasi itulah MK kemudian berpendirian bahwa semua hak dapat dibatasi, kecuali dinyatakan sebaliknya dalam UUD 1945. Konstruksi pendirian tersebut sekilas memang tampak meyakinkan dan paling pas jika menggunakan pendekatan gramatikal bahasa terhadap frasa “tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun” dalam Pasal 28I ayat (1). Akan tetapi, cukup rentan jika

<sup>8</sup> Putusan MKRI No. 013/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU No. 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 2000 tentang Pemberantasan Tidak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, 23 Juli 2004, h. 42.

diterapkan pada kasus lain yang sejenis. Misalnya, ketentuan pemberlakuan hukum retroaktif terhadap pelanggaran HAM berat yang terjadi di masa lalu sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM.

Secara empiris, ketentuan tersebut juga pernah dipermasalahkan konstitusionalitas dalam Putusan No. 65/PUU-II/2004. Dalil yang diajukan sebenarnya hampir serupa dengan dalil yang diajukan dalam Putusan 13/PUU-I/2003, akan tetapi terhadap perkara tersebut, MK mengubah pendiriannya terdahulu dalam rangka memberikan justifikasi terhadap keberadaan pengadilan HAM yang memungkinkan pemberlakuan hukum secara retroaktif terhadap pelanggaran HAM berat (*gross violation of human rights*).

Berbeda dengan perdirian sebelumnya yang menggunakan pendekatan gramatikal bahasa dan mengecualikan hak-hak dalam Pasal 28I ayat (1) dari ketentuan pembatasan, dalam putusan tersebut MK beralih pada pendekatan sistematis, sehingga berakhir pada kesimpulan bahwa semua HAM yang terkandung dalam UUD 1945 dikunci oleh ketentuan Pasal 28J ayat (2). Atau dengan kata lain, semua hak dapat dibatasi oleh undang-undang yang dimaksudkan semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan demi tuntutan yang adil berdasarkan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis.

Pendekatan sistematis itu kemudian ditunjang oleh pendekatan *original intent* MK dalam Putusan No. 2-3/PUU-V/2007 yang memberikan justifikasi terhadap keberadaan pidana mati dalam UU Narkotika. Dalam pandangan MK *original intent* Pasal 28J Ayat (2) memang menghendaki bahwa seluruh HAM yang tercantum dalam Bab XA UUD 1945, tidak bersifat mutlak dan dapat dibatasi dengan ketentuan Pasal 28J Ayat (2) UUD 1945. Pandangan tersebut tercermin dalam pendapat Mahkamah yang menyatakan sebagai berikut;

*"[...] bahwa dilihat dari perspektif original intent pembentuk UUD 1945, seluruh hak asasi manusia yang tercantum dalam Bab XA UUD 1945 keberlakuannya dapat dibatasi. Original intent pembentuk UUD 1945 yang menyatakan bahwa hak asasi manusia dapat dibatasi juga diperkuat oleh penempatan Pasal 28J sebagai pasal penutup dari seluruh ketentuan yang mengatur tentang hak asasi manusia dalam Bab XA UUD 1945 tersebut. Jadi, secara penafsiran sistematis (sistematische interpretatie), hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I UUD 1945 tunduk pada pembatasan yang diatur dalam Pasal 28J UUD 1945".<sup>9</sup>*

<sup>9</sup> Putusan MKRI, No. 2-3/PUU-V/2007, *Op.cit.*, h. 412.

Apa yang ditafsirkan MK terkait dengan konstitusionalitas pidana mati di atas tentu rentan terhadap kritik dari para kalangan akademisi, terutama jika dikaitkan dengan postulat dasar bahwa HAM dipercaya merupakan nilai-nilai universal, yang berarti tidak mengenal batas ruang dan waktu.<sup>10</sup> Akan tetapi yang menarik adalah bahwa praktik di berbagai negara pun sebenarnya tidak ada keseragaman dalam penerapan paham universalitas HAM itu sendiri. Di Amerika misalnya, hingga saat masih saja memberlakukan pidana mati untuk pidana tertentu.<sup>11</sup>

Dengan begitu, dapat dikatakan bahwa tiap negara memiliki penafsiran yang berbeda tentang seberapa jauh negara dapat melakukan pembatasan terhadap hak-hak yang tergolong fundamental dan *non-derogable rights*. Adapun yang menjadi catatan penting adalah bahwa dalam melakukan penakaran konstitusionalitas suatu materi pembatasan, terutama terhadap hak-hak *non-derogable rights* sebagaimana dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, harus diimbangi oleh prinsip-prinsip yang berlaku baik dalam HAM nasional maupun HAM internasional.

Validasi konstitusional dengan mendasarkan argumentasi pada pendekatan *original intent-sistematische* Pasal 28J ayat (2) saja tentu tidak bisa diterapkan pada semua kasus pengujian pembatasan HAM. Dengan kata lain, tidak semua pembatasan HAM yang terkandung dalam undang-undang dapat diartikan serta-merta terlegitimasi oleh tafsir sistematis dan *original intent-sistematische* tersebut, melainkan harus tetap mengacu pada maksud dan persyaratan-persyaratan pembatasan, yaitu semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan demi memenuhi tuntutan adil berdasarkan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat demokratis.

## 2. Kriteria Konstitusionalitas Pembatasan HAM

Rudolf Stamler, seorang ahli filsafat hukum yang beraliran Neo-kantian, norma HAM yang terdapat dalam konstitusi adalah bintang pemandu (*leitstern*) bagi pembuatan undang-undang di bawahnya agar selaras dengan nilai-nilai HAM.<sup>12</sup> Dengan begitu, tanpa semangat HAM tersebut, maka suatu undang-undang atau hukum positif akan kehilangan maknanya sebagai hukum yang bermanfaat untuk kemaslahatan masyarakat.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Soetandyo Wigjosoebroto, Kata Pengantar dalam Adnan B Nasution, 2007, *HAM dan Demokrasi-Arus Pemikiran Konstitusionalisme*, Kata Penerbit, Jakarta, h. xiv.

<sup>11</sup> Muladi., *Op.cit.*, h. 70.

<sup>12</sup> Firdaus, "Implikasi Pengaturan HAM dalam UUD terhadap Ius Constituendum" dalam Muladi, *Op.cit.*, h. 12.

<sup>13</sup> *Ibid.*, h. 13.

Dalam tataran praktek pengujian undang-undang di MK, seringkali terjadi perdebatan antara pemohon dengan legislator terkait dengan konstitusionalitas materi pembatasan HAM. Pemohon yang merasa haknya terlanggar tentu akan selalu mendalilkan bahwa keberadaan materi pembatasan tersebut bertentangan dengan UUD 1945. Adapun di lain pihak, legislator selaku pihak terkait akan bersikukuh bahwa pembatasan HAM yang ditetapkannya telah sesuai dengan persyaratan pembatasan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, yang menyatakan bahwa:

*“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang diterapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.*<sup>14</sup>

Jika mengikuti konstruksi rumusan pasal 28J ayat (2) UUD 1945 tersebut, maka setidaknya ada 3 (tiga) aspek persyaratan terkait konstitusionalitas pembatasan HAM, yaitu; **pertama**, aspek legalitas, dalam hal ini penuangan pembatasan HAM harus dituangkan ke dalam undang-undang, bukan instrumen hukum yang lainnya; **Kedua**, aspek maksud dan tujuan dilakukannya pembatasan hak, yaitu; a) Semata-mata dimaksudkan untuk menghormati dan melindungi hak dan kebebasan orang lain dan demi memenuhi tuntutan yang adil dalam masyarakat demokratis; **ketiga**, aspek alasan dan pertimbangan dalam melakukan pembatasan hak yang meliputi; a) Pertimbangan moral; b) Nilai-nilai agama; c) Keamanan, dan d) ketertiban umum.

Keharusan penuangan materi pembatasan hak sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 28J Ayat (2) di atas berangkat dari sebuah postulasi dasar, yaitu bahwa pada hakikatnya, hak-hak asasi manusia melekat pada diri manusia sebagai anugerah dari Tuhan yang Maha Esa. Keberadaan hak itu lahir bukan karena dicantumkan ke dalam hukum, melainkan lahir sejak dan melekat pada manusia sejak kelahirannya. Oleh karena itu, negara tidak diperbolehkan melakukan pembatasan terhadap hak-hak asasi tersebut tanpa didahului oleh persetujuan dari rakyat melalui wakil-wakilnya di lembaga perwakilan rakyat.

Undang-undang merupakan salah satu instrumen hukum yang dalam perspektif negara hukum dan demokrasi dipandang memiliki legitimasi yang kuat

<sup>14</sup> Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.

secara politik, karena proses pembentukannya melibatkan lembaga perwakilan rakyat. Dengan begitu, secara konsepsional dapat diimajinasikan bahwa ketika undang-undang itu ditetapkan dan disahkan, maka sejatinya rakyat telah merelakan sebagian hak untuk dibatasi oleh pemerintah atau negara. Dalam Putusan No. 006/PUU-I/2003 misalnya, dinyatakan bahwa terhadap materi pembatasan hak “hanya dapat dilakukan dengan undang-undang”. Dalam putusan lainnya, No. 5/PUU-VII/2010, Mahkamah Konstitusi pun menegaskan walaupun ada instrumen hukum lain, selain undang-undang, yang hendak mengatur materi pembatasan HAM, maka harus didahului oleh delegasi dari undang-undang dan hanya terbatas pada teknis dari pengakuan, penghormatan, pembatasan, pengurangan, pencabutan, atau perluasan hak.<sup>15</sup>

Adapun yang menjadi catatan adalah dituangkan ke dalam undang-undang saja nyatanya tidak cukup sebagai legitimasi pembatasan HAM. Adakalanya juga pembatasan HAM yang tertuang dalam undang-undang tersebut dinyatakan inkonstitusional. Sampai pada tahap ini tentu muncul sebuah persoalan, yaitu dalam hal apa saja suatu materi pembatasan HAM itu dapat dikatakan menyalahi ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945?. Untuk menjawab persoalan tersebut, dalam hal ini penulis melakukan penelusuran terhadap 19 (sembilan belas) putusan yang dalam pokok perkaranya menyatakan suatu materi pembatasan hak bertentangan dengan UUD 1945 atau inkonstitusional. Hal ini dimaksudkan untuk dapat mengetahui kriteria-kriteria konstitusionalitas pembatasan HAM dalam konteks pengujian undang-undang. Putusan-putusan tersebut dapat dilihat dari table sebagai berikut;

**Table 1**  
**Pembatasan HAM yang Inkonstitusional<sup>16</sup>**

No.	Nomor Putusan	Alasan dibatalkannya materi Pembatasan HAM
1	No. 011-017/PUU-I/2003 tentang hak politik eks/massa organisasi terlarang mencalonkan diri sebagai caleg	Materi pembatasan mengandung unsur-unsur diskriminasi, dan tidak disandarkan pada alasan-alasan yang kuat, masuk akal dan proporsional serta tidak berlebihan.

<sup>15</sup> Putusan MKRI 5/PUU-VII/2010 tentang Pengujian Pasal 31 ayat (4) UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik Terhadap UUD 1945, 24 Februari 2011, h, 70-71.

<sup>16</sup> Data diolah oleh penulis dengan menggunakan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi Tahun 2003 sampai 2018 yang pada pokoknya menyatakan suatu materi pembatasan HAM bertentangan dengan UUD 1945 atau inkonstitusional

<b>No.</b>	<b>Nomor Putusan</b>	<b>Alasan dibatalkannya materi Pembatasan HAM</b>
2	No. 019-020/PUU-III/2005 tentang persyaratan jenjang pendidikan bagi TKI	Materi pembatasan tidak didasarkan pada alasan-alasan yang rasional dan proporsional
3	No. 6/PUU-V/2007 tentang delik penghinaan terhadap presiden	Materi pembatasan tidak didasarkan pada alasan yang rasional, dan melanggar hak berpendapat
4	No. 32/PUU-VI/2008 tentang Penjatuhan Sanksi oleh KPI atau Dewan Pers	Materi pembatasan hak menimbulkan atau menyebabkan ketidakpastian hukum
5	No. 98/PUU-VII/2009 tentang pembatasan pengumuman survey dan hasil jajak pendapat dalam Pemilu	Materi pembatasan hak tidak didasarkan pada alasan rasional dan proporsional, dan dilakukan secara serampangan serta tidak hati-hati sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum
6	No. 4/PUU-VII/2009 Tentang Hak Politik Mantan Narapidana	Materi pembatasan mengandung unsur-unsur diskriminasi dan tidak memenuhi rasa keadilan berdasarkan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis
7	No. 102/PUU-VII/2009 tentang Pemilih yang tidak terdaftar DPT dapat menggunakan hak pilih	Materi pembatasan hak mengandung ketidakpastian hukum, melanggar rasa keadilan, dan melanggar hak untuk turut serta dalam pemerintahan
8	No. 5/PUU-VIII/2010 tentang konstitusionalitas Penyadapan oleh KPK.	Pembatasan hak diatur dengan Peraturan pemerintah sehingga tidak memenuhi persyaratan pembatasan sesuai Pasal 28J ayat (2) UUD 1945
9	No. 4/PUU-X/2012 tentang Penggunaan Lambang Negara	Materi pembatasan merupakan pengekangan terhadap kebebasan berekspresi. Dalam arti melanggar hak untuk berekspresi
10	No. 82/PUU-XI/2013 tentang keragaman tujuan pendirian ormas	Materi pembatasan melanggar prinsip kebebasan berserikat.
11	No. 34/PUU-/2013 tentang Pembatasan Pengajuan Peninjauan Kembali hanya satu kali	Materi pembatasan menghalangi hak seseorang atas kesamaan kedudukan dalam hukum dan kesamaan dalam memperoleh keadilan.

<b>No.</b>	<b>Nomor Putusan</b>	<b>Alasan dibatalkannya materi Pembatasan HAM</b>
<b>12</b>	No. 1-2/PUU-XII/2014 Tentang konstitusionalitas syarat menjadi calon hakim konstitusi	Materi pembatasan hak tidak memiliki landasan hukum yang kokoh dan valid....”
<b>13</b>	No. 60/PUU-XIII/2015 tentang prosentase persyaratan Calon Perseorangan sebagai Calon kepala Daerah	Materi pembatasan mengandung unsur-unsur diskriminasi dan ketidakpastian hukum, serta menghalangi hak untuk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan,
<b>14</b>	No. 42/PUU-XIII/2015 tentang Mantan Narapidana sebagai Calon Kepala daerah	Materi pembatasan mengandung unsur-unsur diskriminasi dan tidak memenuhi rasa keadilan berdasarkan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis
<b>15</b>	No. 33/PUU-XIII/2015 tentang Dinasti Politik/Politik Keekerabatan Kepala Daerah)	Materi pembatasan mengandung unsur-unsur diskriminasi, dan tidak disandarkan pada alasan yang kuat, masuk akal, dan proposional
<b>16</b>	No.107/PUU-XIII/2015 tentang pembatasan waktu pengajuan permohonan grasi	Materi pembatasan menghalangi hak untuk mendapatkan keadilan
<b>17</b>	No. 97/PUU-XIV/2016 tentang pengaturan kolom Agama bagi penganut aliran kepercayaan	Materi pembatasan hak mengandung unsur-unsur diskriminasi dan menghalangi hak untuk mendapatkan pelayanan yang adil terhadap warga negara.
<b>18</b>	No. 88/PUU-XIV/2016 tentang Hak Perempuan sebagai Gubernur dan/atau Wakil Gubernur DIY	Materi pembatasan hak mengandung unsur-unsur diskriminatif dan menghalangi hak untuk ikut dalam pemerintahan;
<b>19</b>	No. 13/PUU-XV/2017 tentang Larangan Pasangan Nikah dalam Satu Kantor	Materi pembatasan hak bersifat diskriminatif karena dilakukan terhadap sesuatu yang bersifat takdir

Jika merujuk pada table 2 di atas, dapat dikatakan bahwa alasan-alasan atau pertimbangan yang digunakan oleh MK dalam hal menyatakan suatu pembatasan HAM menjadi inkonstitusional adalah sebagai berikut; 1) Melanggar Prinsip Penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; 2) Mengandung unsur-unsur

diskriminasi; 3) Menimbulkan ketidakpastian hukum; dan 4) Tidak didasarkan pada alasan yang kuat, kokoh, valid rasional, dan proposional, serta tidak berlebihan. Alasan-alasan tersebut bersifat alternatif, dalam arti telanggarnya salah satu kriteria konstitusionalitas pembatasan HAM saja sudah cukup bagi Mahkamah Konstitusi untuk menyatakan suatu materi pembatasan HAM menjadi inkonstitusional. Adapun dari segi penggunaan alasan-alasan sebagai dasar bagi Mahkamah Konstitusi untuk menyatakan suatu materi pembatasan HAM dalam undang-undang akan dijelaskan secara lebih lanjut sebagai berikut;

1. Penggunaan alasan melanggar prinsip-prinsip penghormatan hak dan kebebasan orang lain

Dalam konteks ini, untuk menilai sesuai-tidaknya suatu pembatasan hak dapat dikatakan melanggar prinsip-prinsip penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan/atau menghalangi hak konstitusional akan selalu diajukan 2 (dua) pertanyaan pokok yang memiliki kaitan erat satu sama lain, yaitu; a) adakah suatu pelaksanaan hak dan kebebasan seseorang tertentu dapat berpotensi mengganggu hak dan kebebasan orang lain? dan b) Adakah pelaksanaan hak bertentangan dengan moralitas, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum?.

Dalam tataran praktek, tentu akan selalu ada tarik menarik antara argumentasi terlanggarnya hak seseorang oleh ketentuan pembatasan dengan justifikasi pembatasan itu sendiri. Oleh karena itu, kekuatan argumentasi legislator terhadap justifikasi pembatasan HAM akan sangat mempengaruhi putusan Mahkamah Konstitusi. Dalam hal legislator dapat membuktikan adanya justifikasi moralitas, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum bagi materi pembatasan HAM yang ditetapkannya, maka materi pembatasan tersebut dapat dibenarkan oleh Mahkamah Konstitusi sekalipun di saat yang bersamaan membuat seseorang terbatas hak dan kebebasannya.

Sebagai contoh, Putusan No. 18/PUU-IV/2006 yang pada pokoknya menguji konstitusionalitas pranata penahanan, pengeledahan, pemasukan rumah, penyitaan, dan pemeriksaan surat untuk kepentingan penyidikan sebagaimana diatur dalam Pasal 21 ayat (1) dalam KUHAP. Dalam pandangan pemohon, tentu pranata penegakan hukum tersebut dapat merenggut hak dan kebebasannya. Akan tetapi di sisi lain, aparat penegak hukum tentu memerlukannya guna menjalankan tugas penegakan hukum. Selain itu,

adanya pranata penahanan, penggeledahan, pemasukan rumah, penyitaan, dan pemeriksaan surat juga penting untuk menjaga ketertiban umum masyarakat.<sup>17</sup>

Berbeda halnya dengan Putusan No. 4/PUU-VII/2009, dimana MK menyatakan norma Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1), UU 10/2008 tentang Pemilu, serta Pasal 58 huruf f UU 12/2008 yang mengatur persyaratan “tidak pernah dijatuhi hukuman pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih” merupakan norma pembatasan HAM yang inkonstitusional.<sup>18</sup> Jatuhnya putusan tersebut, tidak lepas dari kegagalan legislator dalam membuktikan adanya hak dan kebebasan orang lain yang dirugikan serta tidak pula dapat dibuktikan akan adanya pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum yang terlanggar dari keikutsertaan seorang mantan narapidana dalam kontestasi pemilu.

Dalam beberapa putusan lainnya, misalnya Putusan No. 011-017/PUU-I/2003, Putusan No. 14-17/PUU-V/2007, dan Putusan No. 4/PUU-VII/2009, sejatinya Mahkamah Konstitusi telah menegaskan bahwa pembatasan terhadap hak pilih dan dipilih hanya diperbolehkan atas pertimbangan ketidakcakapan misalnya faktor usia dan keadaan sakit jiwa, serta ketidakmungkinan (*impossibility*) misalnya karena telah dicabut hak pilihnya oleh putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap dan pada umumnya bersifat individual dan tidak kolektif. Bahkan lebih dari itu, dalam Putusan No. 008/PUU-II/2004, Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa tidak semua kecacatan seseorang dapat dibenarkan, melainkan hanya terbatas pada tingkat beratnya cacat orang tersebut (*severity of their handicap*) sedemikian rupa sehingga tidak memungkinkan baginya untuk melaksanakan hak-hak secara berfaedah (*in a meaningful way*).

## 2. Penggunaan alasan adanya unsur-unsur diskriminatif

Berkaitan dengan konteks pengujian konstitusionalitas pembatasan HAM, adanya unsur-unsur diskriminatif merupakan salah satu alasan yang dapat

<sup>17</sup> Putusan MKRI No. 18/PUU-IV/2006 tentang Pengujian UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap UUD 1945, 20 Desember 2006, h. 76.

<sup>18</sup> Bunyi asli Article 25 on *International Convention of Civil and Politics Rights* tersebut adalah sebagai berikut: “every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions; a) to take part in the conduct of public affair, directly or through freely chosen representatives; b) to vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors; c) to have acces, on general terms of equality, to public service in his country.

dijadikan dasar bagi Mahkamah Konstitusi untuk menyatakan suatu materi pembatasan HAM telah melanggar dan bertentangan dengan UUD 1945 atau inkonstitusional. Dalam hal ini setidaknya ada 7 (tujuh) putusan yang dapat dijadikan sebagai acuan, yaitu; Putusan No. 011-017/PUU-I/2003, Putusan No. 4/PUU-VII/2009, Putusan No. 42/PUU-XIII/2015, Putusan No. 33/PUU-XIII/2015, Putusan No. 88/PUU-XIV/2016, Putusan No. 97/PUU-XIV/2016, dan Putusan No. 13/PUU-XV/2017. Secara umum, materi pembatasan HAM yang dibatalkan dalam putusan-putusan tersebut sangat berkaitan erat dengan kewajiban negara untuk menjunjung tinggi prinsip non-diskriminatif dalam rangka memberikan perlindungan HAM.

Dari putusan-putusan tersebut, dapat dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi dalam mengartikan suatu perbuatan sebagai tindakan diskriminasi merujuk pada pengertian diskriminasi diatur dalam Pasal 1 angka 3 UU No. 39 Tahun 1999, yaitu suatu tindakan yang membatasi, melecehkan, atau menguncilkan baik secara langsung maupun tidak langsung didasarkan pada perbedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan, atau penghapusan, pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan HAM dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya, dan aspek kehidupan lainnya.<sup>19</sup>

Sampai pada tahap ini, hal yang mungkin menarik dan dapat diajukan sebagai pertanyaan adalah apakah semua perlakuan berbeda terhadap seseorang atau kelompok tertentu dapat dikualifisir sebagai tindakan diskriminasi?. Jika merujuk pada definisi yang diajukan oleh Pasal 1 angka 3 UU 39 Tahun 1999 di atas, maka sekilas terlihat bahwa yang dimaksud diskriminasi adalah setiap perlakuan berbeda yang dilakukan atas dasar agama (*religion*), ras (*race*), warna (*color*), jenis kelamin (*sex*), bahasa (*language*), dan keyakinan politik (*political opinion*). Namun begitu, jika menelusuri perkembangan dalam putusan Mahkamah Konstitusi yang lainnya, nyatanya tidak semua perlakuan berbeda dapat dikualifikasikan sebagai tindakan diskriminatif.

<sup>19</sup> Pasal 4 Konvensi Internasional tentang Hak Sipil dan Politik sebagaimana diratifikasi dalam UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan International Covenant on Civil and Politic Rights.

Salah satu putusan yang dapat dijadikan acuan bahwa tidak semua perlakuan berbeda identik dengan diskriminasi adalah Putusan No. 22-24/PUU-VI/2008. Dalam putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi membenarkan kemungkinan adanya pemberlakuan ketentuan *affirmatif action* terhadap kelompok tertentu yang dianggap lemah secara kultur, sosial, dan politik, seperti perempuan. Hal tersebut semakin diperkuat dengan adanya ketentuan konstitusional dalam Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.

### 3. Penggunaan alasan melanggar asas kepastian hukum

Untuk dapat mengukur tentang bagaimana penggunaan pertimbangan ketidakpastian hukum sebagai dasar untuk membatalkan suatu materi pembatasan HAM, dalam hal ini penulis mengajukan setidaknya ada 5 (lima) putusan sebagai acuan, yaitu Putusan No. 4/PUU-X/2012, No. 34/PUU-XI/2013, No. 60/PUU-XIII/2015, No. 98/PUU-VII/2009, No. 32/PUU-VI/2008. Kelima putusan tersebut pada pokoknya secara eksplisit mendalilkan adanya unsur ketidakpastian hukum sebagai dalil untuk menyatakan suatu pembatasan HAM menjadi inkonstitusional.

Jika merujuk pada putusan-putusan tersebut, maka pendekatan yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam mengidentifikasi terjadinya ketidakpastian hukum sejatinya lebih merujuk pada ketidakjelasan rumusan yang dapat menimbulkan multi tafsir baik bagi masyarakat maupun bagi pihak yang berwenang. Selain itu prinsip ketidakpastian hukum juga berkaitan dengan inkonsistensi pengaturan norma baik yang bersifat horizontal maupun secara vertikal. Inkonsistensi norma secara horizontal terjadi manakala ada *overlapping* antar undang-undang yang menyebabkannya bertentangan dengan hak konstitusional warga negara untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil. Hal tersebut terlihat dalam Putusan No. 32/PUU-VI/2008, dimana dalam hal ini Mahkamah Konstitusi melihat adanya dualisme kewenangan antara KPI atau Dewan Pers dengan KPU dalam hal memberikan sanksi terhadap pelanggar kampanye melalui media televisi sebagai alasan untuk menyatakan ketentuan yang dimaksud bertentangan dengan UUD 1945.

Adapun inkonsistensi norma secara vertikal berkaitan dengan sejauh mana suatu materi pembatasan HAM telah sesuai dengan prinsip-prinsip yang terkandung dalam UUD 1945. Sebagai contoh, hal tersebut tercermin dalam Putusan No. 107/PUU-XIII/2015, dimana dalam hal ini Mahkamah Konstitusi menguji norma ketentuan pembatasan jangka waktu pengajuan permohonan grasi ke Presiden. Melalui putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa kewenangan grasi adalah hak prerogatif yang dimiliki oleh Presiden sesuai dengan sistem pemerintahan presidensial yang diatur oleh UUD 1945, sehingga suatu ketentuan yang mengurangi kebebasan Presiden untuk menggunakan hak prerogatifnya, akan berimplikasi pada terjadinya ketidakpastian hukum dalam ketentuan norma yang dimaksud.

4. Penggunaan alasan tidak didasarkan pada alasan yang kuat, kokoh, valid rasional, dan proposional, serta tidak berlebihan

Penilaian terhadap konstitusionalitas suatu pembatasan HAM tidak hanya mengacu pada ketentuan konstitusional semata, melainkan juga harus menilai unsur proporsionalitas dalam pembatasan tersebut. Gardbaum bahkan menyatakan bahwa asas *proporsionalitas* merupakan bagian dari *democratic constitutionalism* dalam penegakan hak.<sup>20</sup> Pun demikian dalam praktek pengujian undang-undang di berbagai negara. *The Federal Constitutional Court* Jerman, misalnya, dalam putusannya menjelaskan bahwa; “*Any restriction of human rights not only needs a constitutionally valid reason but also has to be proportional the rank and importance of the right at stake*”.<sup>21</sup>

Adapun dalam konteks Indonesia, Mahkamah Konstitusi sendiri mengakui dalam Putusan No. 9/PUU-VII/2009 akan pentingnya menggunakan prinsip proporsionalitas dalam melakukan penarikan terhadap pembatasan HAM. Proporsionalitas merupakan prinsip dan moralitas konstitusi, yang setiap saat harus diajukan sebagai tolok ukur untuk dapat menjustifikasi dikesampingkannya hak-hak asasi manusia yang telah menjadi *constitutional rights* yaitu perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhannya menjadi kewajiban dan tanggung jawab negara, terutama Pemerintah (*obligation to protect, to promote, to enforce and to fulfil*) yang juga ditetapkan dalam Pasal 28I ayat (4) UUD 1945. Oleh karena itu, penerapan Pasal 28J ayat (2) sebagai

<sup>20</sup> Gardbaum, S. “Proportionality & Democratic Constitutionalism” sebagaimana dikutip oleh Huscroft, G., Miller, B., & Webber, G. ((Eds.), 2014. *Proportionality & the Rule of Law: Rights, justification, reasoning.* Cambridge: Cambridge University Pres. UCLA School of Law Research, diakses dari SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2334434>., h. 13-32.

<sup>21</sup> Titon Slamet Kurnia, *Op.cit.*, h. 325

alasan mengesampingkan HAM hanya dapat dikatakan sah harus dilakukan secara hati-hati, cermat, dan teliti.<sup>22</sup>

Dalam hal ini, dapat diajukan 4 (empat) putusan yang dijadikan acuan utama, yaitu; Putusan No. 011-017/PUU-I/2003, Putusan No. 019-020/PUU-III/2005, Putusan No. 98/PUU-VII/2009, dan Putusan No. 33/PUU-XIII/2015. Keempat putusan secara eksplisit mendalilkan bahwa yang materi pembatasan yang diujikan tidak memiliki landasan proporsionalitas, sehingga oleh karenanya dinyatakan melenceng dari maksud Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 atau dengan kata lain norma ketentuan tersebut merupakan pembatasan HAM yang inkonstitusional.

Pada putusan No. 011-017/PUU-I/2003, Mahkamah Konstitusi membatalkan norma pasal dalam Pasal 60 huruf g UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilu, yang melarang eks atau simpatisan organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia atau organisasi terlarang lainnya sebagai calon anggota legislatif. Dasar penggunaan prinsip proporsionalitas tersebut terlihat manakala dalam pertimbangannya Mahkamah Konstitusi merujuk pada ketentuan hukum yang diakui secara universal, bahwa pembatasan terhadap hak pilih dan memilih hanya dapat dilakukan atas dasar *impossibility* (ketidakcakapan) seperti seseorang yang dianggap belum cukup usia menurut peraturan perundang-undangan, ketidakmungkinan seperti keadaan jiwa, atau berdasarkan putusan pengadilan yang bersifat tetap. Argumentasi tersebut juga berlaku terhadap ketentuan yang melarang seseorang yang memiliki ikatan darah dengan kepala daerah petahana untuk mencalonkan diri sebagai calon kepala daerah di daerah lain, sebagaimana dijelaskan dalam Putusan 33/PUU-XII/2015. Ketidakproporsionalan pembentuk undang-undang semakin terlihat manakala pemerintah dalam hal ini mengakui bahwa sejatinya ketentuan tersebut tidak diperlukan jika sistem pengawasan oleh inspektorat maupun sistem oleh BPKP telah berjalan dengan baik.

Proporsionalitas dalam mempertimbangkan antara perbuatan yang hendak dibatasi dengan penjatuhan sanksi juga penting dalam melakukan penakaran terhadap materi pembatasan HAM. Sepertihalnya perkara dalam Putusan No. 98/PUU-VII/2009 yang membatasi waktu untuk mengumumkan hasil survey dan jajak pendapat di masa tenang dan pengumuman survey setelah lewat

<sup>22</sup> Putusan MKRI No. 9/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, 30 Maret 2009, h. 63-64.

satu hari setelah pemungutan suara. Terhadap ketentuan tersebut, Mahkamah Konstitusi mendalilkan bahwa andaikata pun ketentuan yang dimaksud dianggap telah sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, maka hendaknya pembatasan demikian tidak dilakukan dengan perumusan delik formil, yaitu melarang perbuatannya, melainkan yang menjadi sasaran pelarangan adalah akibat-akibatnya. Dengan begitu, ketidakseimbangan antara perbuatan dan sanksi yang dapat dijatuhkan menjadi salah satu tolok ukur proporsionalitas pembatasan HAM.

Begitu pula dalam Putusan No. 019-020/PUU-II/2005, Mahkamah Konstitusi membatalkan persyaratan yang mewajibkan calon tenaga kerja Indonesia yang hendak bekerja di luar negeri memiliki ijazah SLTP, padahal pada kenyataannya angkatan kerja di Indonesia masih banyak yang bukan lulusan SLTP atau sederajat. Persyaratan keharusan lulusan SLTP hanya dapat dibenarkan manakala persyaratan pekerjaan memang memerlukan hal tersebut. Berbeda halnya jika memang ditujukan kepada pekerjaan yang menuntut suatu profesionalitas maka persyaratan demikian memang dibutuhkan sehingga memiliki dasar pembenar menurut Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.

Dalam konteks pengujian materi pembatasan di Indonesia, Mahkamah Konstitusi dalam melakukan penakaran terhadap proporsionalitas menekankan adanya keseimbangan antara kepentingan pemerintah sebagai pihak yang bertanggung jawab untuk melindungi, menegakkan, dan memenuhi HAM, dengan dampak yang diterima oleh masyarakat dari pembatasan hak yang dilakukan oleh pemerintah. Pembatasan tersebut juga harus didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan yang rasional, valid, dan kokoh dalam mempertimbangan penetapan pembatasan dengan maksud dan tujuannya yaitu semata-mata untuk memberikan pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan demi memenuhi tuntutan yang adil.<sup>23</sup>

Jika melihat konstruksi pertimbangan Mahkamah Konstitusi pada putusan-putusan di atas, terlihat bahwa Mahkamah Konstitusi sejatinya menggunakan pendekatan yang digunakan oleh *The Federal Court of Jerman* dalam menerapkan prinsip proporsionalitas, yaitu kombinasi antara *test of suitability*, *a test of necessity*, dan *a balancing test*.<sup>24</sup> *Test of suitability*, yaitu menilai apakah ukuran yang dirancang untuk memenuhi tujuan legislator telah

<sup>23</sup> Möller, K. Proportionality, "Challenging the critics". *International Journal of Constitutional Law*, Juli 2012, diakses dari <https://doi.org/10.1093/icon/mos024>, h. 711-715.

<sup>24</sup> M. Lutfi Chakim, "Prinsip Proporsionalitas", di Rubrik Kamus Hukum *Majalah Konstitusi*, No 139 September 2018, h. 78.

dilakukan secara rasional. Hal ini dilakukan untuk menentukan sejauhmana perlindungan hak individu dan tujuan yang ingin dicapai dengan cara pembatasan hak dan kebebasan individu benar-benar sesuai dan tidak bertentangan dengan konstitusi. *A test of necessity* dipegunakan dalam menilai apakah tindakan pembatasan tersebut memang diperlukan dalam rangka mencapai tujuan. Adapun *a balancing test*, digunakan ketika untuk menjawab pertanyaan mengenai apakah tindakan aparat negara dibenarkan menginget terdapat hak individu yang akan dilanggar. Oleh karena itu, keduanya baik antara pembatasan hak individu dan tujuan yang ingin dicapai oleh negara harus “seimbang” satu sama lain.<sup>25</sup>

Sebagai bahan evaluasi, penting juga bagi Mahkamah Konstitusi untuk mengembangkan ukuran-ukuran yang lebih tegas dalam penggunaan prinsip proporsionalitas sebagaimana yang digunakan oleh Mahkamah Agung yang merumuskan analisa mengenai klausula yang memungkinkan pembatasan hak melalui undang-undang jika memenuhi syarat-syarat yang ditentukan. Syarat-syarat tersebut adalah;

*“First, the measure adopted be carefully designed to achieve to the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrationali considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to be objective in this fist sense, should impair “as the little as possible” the rights or freedom in question. Third, they must be proportionality between the effects of the measures which are responsible for timing the charter rights or freedoms, and the objective which has been identified as of “sufficient importance”.*<sup>26</sup>

Secara sederhana, maksud dari persyaratan proporsionalitas yang diajukan oleh Majelis Hakim Agung Kanada itu dapat dijelaskan ke dalam sebuah simulasi sebagai berikut; Manakala legislator menentukan suatu undang-undang dengan tujuan tertentu dan ada dua jalan yang sama berkonsekuensi menimbulkan kerugian bagi hak dan kebebasan orang lain, maka hendaknya dipilih jalan yang paling minim terjadinya kerugian bagi hak dan kebebasan. Dengan begitu, jika suatu ketika legislator terbukti memilih jalan yang potensi kerugiannya lebih besar dari jalan lainnya, maka terhadap pilihan legislator tersebut dapat dikatakan melanggar prinsip proporsionalitas. Mekanisme ini

<sup>25</sup> M. Lutfi Chakim, *Op.cit*, h. 78.

<sup>26</sup> Bisariyadi, et.all, “Penafsiran Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar”, *Laporan Hasil Penelitian*, Pusat Penelitian, Pengkajian Perkara dan Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi (P4TIK) Tahun 2016, h. 31-33.

penting guna menjawab pertanyaan mengenai apakah tidak ada alternatif lain yang tersedia dan dapat dilakukan untuk mencapai tujuan tanpa membatasi dari kepentingan yang dilindungi, dalam arti mekanisme pembatasan tersebut harus sama efektifnya dengan dengan tujuan yang ingin dicapai.

## KESIMPULAN

Berdasarkan uraian pada bab sebelumnya, maka dalam hal ini dapat diambil beberapa kesimpulan sebagai berikut; 1) Tafsir Konstitusional Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 sebagai dasar pembatasan HAM berangkat dari pendekatan *original intent-sistematische* dan menghendaki ketidakmutlakan HAM. Artinya semua hak-hak yang diatur dalam UUD 1945 masih dapat dibatasi berdasarkan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, tak terkecuali terhadap 7 (tujuh) hak yang disebutkan dalam Pasal 28I ayat (1) sebagai hak yang “tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”; dan 2) Berdasarkan penelusuran terhadap putusan-putusan Mahkamah Konstitusi setidaknya ada 4 (empat) alasan yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam menyatakan suatu materi pembatasan HAM dalam undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 atau inkonstitusional, a) Melanggar prinsip-prinsip perlindungan hak dan/ atau menghalangi hak konstitusional; b) Mengandung unsur-unsur diskriminasi; c) Menimbulkan ketidakpastian hukum; d) Tidak didasarkan pada alasan yang kuat, kokoh, valid rasional, dan proposional, serta tidak berlebihan. Alasan-alasan tersebut bersifat alternatif atau dengan kata lain, satu alasan pun sudah cukup bagi Mahkamah Konstitusi untuk membatalkan materi pembatasan HAM.

## DAFTAR PUSTAKA

- Bisariyadi, 2016, *Penafsiran Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar*, Pusat Penelitian, Pengkajian Perkara dan Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi (P4TIK), Jakarta.
- Huscroft, G., Miller, B., & Webber, G. (Eds.), 2014. *'Proportionality & the Rule of Law: Rights, justification, reasoning.'* Cambridge: Cambridge University Pres. UCLA School of Law Research.
- Kurnia, Titon Slamet, 2015, *Interpretasi Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Mandar Maju, Bandung.

Muladi, 2005, *Hak Asasi Manusia; Hakekat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, PT. Refika Aditama, Bandung.

Tohari, A. Ahsin, 2016, *Hak Konstitusional dalam Hukum Tata Negara Indonesia*, Penerbit Erlangga, Surabaya.

### **Makalah dan Jurnal**

Asshiddiqie, Jimly, "Demokrasi dan Hak Asasi Manusia", *Makalah* disampaikan dalam Studium General pada acara The 1<sup>st</sup> National Convergence, yang diselenggarakan oleh Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005.

Purnamasari, Galuh Candra, "Problematika Penarapan Aturan Pembatasan Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia", *Makalah* disampaikan dalam Seminar Internasional Developing Legal System to Promote Sosial Welfare, Jakarta, 23-24 Agustus 2017.

Isra, Saldi, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penguatan Hak Asasi Manusia di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 3, September 2014.

Harjono, "Negara Hukum, Demokrasi, dan Mahkamah Konstitusi" *Makalah* disampaikan pada Kuliah Umum untuk Mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Jambi, Sabtu, 28 Oktober 2009.

Möller, K. Proportionality, "Challenging the critics". *International Journal of Constitutional Law*, Juli 2012, diakses dari <https://doi.org/10.1093/icon/mos024>. 12 Januari 2012.

Johan Yasin, 2003, "Hak Asasi Manusia dan Hak serta Kewajiban Warga Negara dalam Hukum Positif Indonesia", *Jurnal Ilmu Hukum Syiar Madani*, Vol. V. No. 1, Fakultas Hukum Unisba, Bandung.

### **Peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan International Covenant on Civil and Politic Rights.

Putusan MKRI No. 013/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU No. 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 2000 tentang Pemberantasan Tidak Pidana Terorisme menjadi Undang-

Undang terhadap Undang-Undang Dasae Negara Republik Indonesia Tahun 1945, 23 Juli 2004.

Putusan MKRI No. 18/PUU-IV/2006 tentang Pengujian UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap UUD 1945, 20 Desember 2006

Putusan MKRI No. 9/PUU-VII/2009 tentang Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap UUD 1945, 30 Maret 2009.

Putusan MKRI No. 2-3/PUU-V/2007 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 1997 tentang Narkotika Terhadap UUD 1945, 30 Oktober 2007.

# **Integrasi Sistem Peradilan Pemilihan Umum Melalui Pembentukan Mahkamah Pemilihan Umum**

## ***The Integration of the Election Judicial System Thorough the Establishment of the Supreme Election Court***

**Moch. Marsa Taufiqurrohman, Jayus, dan A'an Efendi**

Fakultas Hukum Universitas Jember

Kampus Tegalboto, Jl. Kalimantan No.37, Krajan Timur, Sumbersari,

Kec. Sumbersari, Kabupaten Jember, Jawa Timur 68121

Email: mochmarsa\_t@yahoo.co.id

**Naskah diterima: 23/11/2020 revisi: 18/08/2021 disetujui: 31/08/2021**

### **Abstrak**

Pemilu yang tidak hanya berakhir pada perhitungan suara, dan justru harus diselesaikan di lembaga peradilan, tanpa disadari telah menjadi tolok ukur yang dapat melegitimasi dan menilai kualitas demokrasi. Situasi ini menegaskan bahwa keberadaan lembaga peradilan telah menjadi bagian penting terhadap keberlangsungan proses Pemilu. Penelitian ini mencoba menilai kembali proses pelaksanaan sistem peradilan Pemilu di Indonesia. Dengan menggunakan penelitian hukum normatif doktrinal yang dikolaborasikan dengan metode *Reform Oriented Research*, penelitian ini menemukan permasalahan-permasalahan yang dihadapi di dalam sistem peradilan Pemilu di Indonesia. Permasalahan-permasalahan tersebut di antaranya, tarik ulur kewenangan penyelesaian sengketa pemilihan kepala daerah, disintegrasi dan tumpang tindihnya kewenangan penyelesaian sengketa pemilihan Umum, menumpuknya sengketa Pemilu dan Pilkada di MK, serta permasalahan mengenai sistem *recall* anggota DPR oleh partai politik. Dalam menyelesaikan permasalahan-permasalahan tersebut, penelitian ini menawarkan gagasan berupa pengintegrasian seluruh proses penyelesaian sengketa Pemilu di dalam sebuah Mahkamah Pemilu. Mahkamah Pemilu akan diposisikan sejajar dengan MK dan MA. Mahkamah Pemilu berwenang untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dan mengikat untuk memutus

tentang pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu, pelanggaran administrasi Pemilu, sengketa proses Pemilu, tindak pidana Pemilu, sengketa hasil serta sengketa pasca Pemilu.

**Kata kunci:** Pemilu, Sistem Peradilan Pemilu, Permasalahan Pemilu, Pengadilan Pemilu, Mahkamah Pemilu

### Abstract

*Elections that do not end only in counting votes, and instead have to be resolved in the judiciary, have unwittingly become a measure that can legitimize and assess the quality of democracy. This situation confirms that the existence of a judicial institution has become an important part of the sustainability of the election process. This research tries to re-evaluate the implementation process of the Election justice system in Indonesia. By using doctrinal normative legal research collaborated with the Reform Oriented Research method, this study found the problems faced in the Electoral justice system in Indonesia. These problems include the tug of war over regional head election dispute resolution, disintegration and overlapping authority for resolving general election disputes, the accumulation of Election disputes in the Constitutional Court, as well as problems regarding recall system for DPR members by political parties. In resolving these problems, this study offers an idea in the form of integrating the entire Election dispute resolution process in a Supreme Election Court. The Supreme Election Court will be positioned parallel to the Constitutional Court and Supreme Court. The Supreme Election Court has the authority to judge at the first and last levels whose decisions are final and binding to decide on violations of the code of ethics of Election administrators, violations of Election administration, election process disputes, election crimes, over results disputes and post-election disputes.*

**Keywords:** Election, Election Justice System, Election Issues, Election Courts, Supreme Election Courts

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Diskursus mengenai idealitas penyelenggaraan pemilihan umum (Pemilu), menghantarkan kita kepada evaluasi terhadap proses penyelesaian permasalahan Pemilu sebagai sebuah entitas yang diyakini akan tumbuh dan berkembang sesuai dengan dinamika kehidupan berbangsa dan bernegara. Di sisi lain, Pemilu telah diibaratkan sebagai sebuah indikator dalam menilai dan menjamin demokrasi agar terus berjalan dengan layak.<sup>1</sup> Lebih lanjut, Pemilu juga tidak jarang

<sup>1</sup> Sorensen Georg, *Demokrasi Dan Demokratisasi* (Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1993), h. 18.

memiliki konsekuensi akan timbulnya persoalan yang rumit, sehingga sering kali penyelesaiannya justru menghasilkan kontroversi.<sup>2</sup> Hal ini ditandai dengan proses yang tidak hanya berakhir pada perhitungan suara, namun justru harus diselesaikan di lembaga peradilan.<sup>3</sup> Proses Pemilu yang terjadi di lembaga peradilan tersebut, tanpa disadari telah menjadi tolok ukur yang penting bagi pencapaian kepentingan politik.<sup>4</sup> Situasi ini menegaskan bahwa keberadaan lembaga peradilan menjadi bagian penting terhadap jalannya proses Pemilu.<sup>5</sup>

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) telah menjadikan Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai lembaga yang memiliki peranan strategis dalam sebuah proses politik ini.<sup>6</sup> Faktanya, kewenangan untuk mengadili perselisihan hasil Pemilu (PHPU) menjadi kewenangan MK yang paling sering digunakan dibanding kewenangan yang lain.<sup>7</sup> Tentu keadaan seperti ini menimbulkan tantangan bagi hakim konstitusi untuk dapat menyeimbangkan antara keadilan, transparansi, efektifitas dan keterbatasan waktu yang ada. Terlebih, apabila MK dalam suatu perkara PHPU gagal memutuskan dengan adil dan imparial, maka hal ini akan menimbulkan akibat politik yang cukup serius.<sup>8</sup>

Lebih lanjut, pengalihan kewenangan dalam menyelesaikan sengketa Pemilihan Kepala Daerah (Pilkada) kepada MK yang sebelumnya berada di Mahkamah Agung (MA),<sup>9</sup> membuat MK menjadi lebih dari sekadar menjalankan kewenangannya.<sup>10</sup> Alhasil, MK mengeluarkan putusan Nomor 97/PUU-XI/2013 yang menyatakan bahwa penyelesaian hasil Pilkada bukan lagi merupakan kewenangan MK. Putusan tersebut kemudian direspons dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2016 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota (UU Pilkada) yang memerintahkan untuk membentuk sebuah Badan Peradilan Khusus dalam

<sup>2</sup> *Ibid.*, h. 19.

<sup>3</sup> Jayus, 2019, *Hukum Pemilu & Alternatif Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilu*, Jakad Media Publishing, h. 2.

<sup>4</sup> David M. Farrell, *Electoral Systems: A Comparative Introduction* (Macmillan International Higher Education, 2011), h. 2.

<sup>5</sup> Jayus, "The General Election Results as the Manifestation of Popular Sovereignty," *HeinOnline JL Pol'y & Globalization*, Vol. 93, 2020, h. 171.

<sup>6</sup> Lihat Pasal 24C UUD NRI 1945. Bahwa kewenangan dari MK adalah menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, memutus perselisihan tentang hasil Pemilu, serta wajib memberikan putusan atas pendapat DPR terhadap dugaan pelanggaran yang dilakukan presiden dan/atau wakil presiden.

<sup>7</sup> Hal ini dibuktikan dengan jumlah perkara pada tahun 2019 yang mencapai 470 perkara, tahun 2014 terdapat 702 perkara, tahun 2009 dengan 627 perkara, dan tahun 2004 sebanyak 274 perkara. Dibandingkan dengan permohonan pengujian undang-undang yang dilayangkan kepada MK, sejak berdiri pada tahun 2003 hingga tahun 2020 yang hanya sebanyak 1353, jumlah ini terhitung jauh lebih sedikit dibandingkan pengajuan perkara PHPU. "Putusan | Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia," accessed September 15, 2020, <https://mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&kat=1>.

<sup>8</sup> Veri Junaidi and Jim Della Giacoma, "Clock Watching and Election Complaint in Indonesia Constitutional Court" (n.d.), h. 15.

<sup>9</sup> Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah mengalihkan penanganan sengketa Pilkada dari MA ke MK. Peralihan kewenangan penyelesaian sengketa tersebut sebagaimana diatur di dalam Pasal 236C yang menyatakan bahwa: "Penanganan sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah oleh Mahkamah Agung ke Mahkamah Konstitusi paling lama 18 (delapan belas) bulan sejak Undang-Undang ini diundangkan." Yang ditindaklanjuti dengan dibuatnya nota kesepahaman pada tahun 2008 tentang pelimpahan kewenangan penanganan penyelesaian sengketa Pilkada dari MA kepada MK.

<sup>10</sup> Muhammad Iwan Satriawan and Mukhlis Mukhlis, "Memurnikan Mahkamah Konstitusi" (n.d.): h. 49.

menyelesaikan perkara perselisihan hasil Pilkada.<sup>11</sup> Alih-alih menjadi solusi permasalahan, UU Pilkada tidak lantas menghapuskan kewenangan MK dalam menangani perselisihan hasil Pilkada. UU Pilkada masih memberikan kewenangan tersebut kepada MK selama Badan Peradilan Khusus yang dapat mengambil alih kewenangan tersebut belum terbentuk.<sup>12</sup> Hingga kini, Badan Peradilan Khusus Pemilihan tersebut belum juga terbentuk, sehingga MK masih terkesan menjadi lembaga yang harus menangani seluruh persoalan pemilihan.

Tuntutan untuk membentuk lembaga peradilan khusus Pemilu bukan hanya didorong oleh lahirnya UU Pilkada.<sup>13</sup> *Status a Quo* memperlihatkan fakta, bahwa terdapat banyaknya lembaga yang terlibat di dalam penyelesaian sengketa Pemilu. Terhadap berbagai masalah dalam Pemilu, jika coba kita lihat faktanya, terdapat tiga lembaga negara yang berwenang mengadili keempat permasalahan tersebut, yakni MK, Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu), dan Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Banyaknya lembaga yang terlibat dalam penyelesaian sengketa Pemilu, mengakibatkan tidak efektifnya proses penyelesaian sengketa.<sup>14</sup> Alih-alih menyelesaikan masalah, justru yang timbul adalah bertambah panjangnya birokrasi penyelesaian sengketa Pemilu dan Pilkada, hingga tumpang tindihnya hasil putusan antara pengadilan satu dengan yang lainnya.<sup>15</sup> Lebih-lebih, proses peradilan terhadap setiap kasus memakan waktu yang cukup lama, ditambah kompetensi hakim serta kurangnya pemahaman peradilan umum terkait Pemilu menyebabkan efektivitas proses penyelesaian permasalahan Pemilu semakin dipertanyakan.<sup>16</sup>

Selain terhadap masalah di atas, diperlukan adanya peninjauan terhadap sistem regulasi Pergantian Antar Waktu (PAW) atau *recall* partai politik (Parpol) terhadap anggota Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Demokrasi perwakilan mendesain agar dalam pengambilan keputusan atau kebijakan negara, rakyat

<sup>11</sup> Lihat Pasal 157 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2016 Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota menjadi Undang-Undang (UU 10/2016). bahwa perkara perselisihan hasil Pemilihan diperiksa dan diadili oleh badan peradilan khusus yang dibentuk sebelum pelaksanaan Pemilihan serentak nasional.

<sup>12</sup> Lihat Pasal 157 ayat (2) dan (3) UU 10/2016, bahwa perselisihan penetapan perolehan suara hasil Pemilihan diperiksa dan diadili oleh MK sampai dibentuknya badan peradilan khusus pemilihan tersebut.

<sup>13</sup> Refly Harun, "Rekonstruksi Kewenangan Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilihan Umum," *Jurnal Konstitusi* 13, no. 1 (2016): h. 3.

<sup>14</sup> UU Nurul Huda, *Hukum Partai Politik Dan Pemilu Di Indonesia* (Fokusmedia, 2018), h. 4.

<sup>15</sup> Pada kasus pelanggaran yang diselesaikan melalui putusan PTUN nyatanya menuai konflik berupa perbedaan arah penafsiran dengan Putusan MK. Bahkan keduanya terkadang sama-sama meyakini tidak berwenang untuk mengadili. Dengan adanya perbedaan penafsiran dan pernyataan sikap terhadap adanya sengketa Pemilu yang tidak tegas, justru mengakibatkan terjadinya tumpang tindih wewenang dan lahirnya *legal vacuum* dengan berujung terhadap munculnya ketidakpastian hukum bagi para pencari keadilan di Indonesia. Misalnya dalam kasus Pemilukada Kabupaten Manggarai Barat pada tahun 2010 yang menimbulkan putusan yang berseberangan antar keduanya. (Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 38/PHPU.D-VIII/2010 terkait perkara Permohonan Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Manggarai Barat Tahun 2010).

<sup>16</sup> Iwan Rois and Ratna Herawati, "Urgensi Pembentukan Peradilan Khusus Pemilu dalam rangka Mewujudkan Integritas Pemilu," *Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Master Law Journal)* 7, no. 2 (July 31, 2018): h. 267.

mempercayakan pada wakilnya yang dipilih melalui mekanisme Pemilu,<sup>17</sup> namun, kewenangan *recall* yang diberikan kepada Parpol,<sup>18</sup> menjadikan keberadaan DPR yang seharusnya mewakili kepentingan rakyat justru berdiri di atas kepentingan Parpol, bukan untuk mengartikulasi kehendak rakyat. Alih-alih melaksanakan demokrasi perwakilan, sistem ini justru melahirkan permasalahan baru atas fungsi dan status keterwakilan rakyat dan wakil rakyat. Dalam hal ini peran lembaga peradilan merupakan aspek penting lainnya yang harus disoroti, di mana proses dan penyelesaian penarikan kembali dapat melibatkan sebuah entitas peradilan sebagai pusat penyelesaian politik dan Pemilu.

Dalam perkembangannya, terdapat banyak penelitian yang menawarkan gagasan serupa terkait pembentukan lembaga peradilan Pemilu ini dan menyesuakannya dengan sistem ketatanegaraan di Indonesia. Di antaranya menyarankan untuk membentuk badan peradilan khusus Pemilu di bawah MA,<sup>19</sup> membangun badan peradilan khusus hanya untuk sengketa Pilkada,<sup>20</sup> maupun merekonstruksi kewenangan Bawaslu dan menjadikannya sebagai badan peradilan Pemilu.<sup>21</sup> Meskipun demikian, belum terdapat penelitian yang cukup untuk menawarkan gagasan dalam membentuk sebuah lembaga yang nantinya dapat mengintegrasikan keseluruhan proses penyelesaian permasalahan Pemilu. Termasuk menyederhanakan sistem peradilan Pemilu secara lebih efektif, efisien dan memberikan keadilan, kemanfaatan serta kepastian hukum.

Penelitian ini bermaksud untuk menutupi kekurangan di dalam penelitian sebelumnya, dengan menawarkan gagasan berupa konsepsi pembentukan lembaga peradilan Pemilu yang lebih ideal, yakni melalui Mahkamah Pemilu. Mahkamah Pemilu yang ditawarkan di dalam penelitian ini nantinya akan diposisikan sebagai puncak peradilan, guna memastikan agar penyelesaian permasalahan Pemilu terhenti pada satu badan peradilan.<sup>22</sup> Mengingat bahwa pelaksanaan Pemilu adalah suatu kesatuan proses yang singkat, maka dalam menjamin kepastian hukum dibutuhkan sebuah entitas peradilan yang memiliki putusan

<sup>17</sup> Muhammad Bahrul Ulum and Moch Marsa Taufiqurrohmah, "Examining Recall of the House Member: How Does It Impact on Eradicating Corruption in Indonesia?," *Lentera Hukum* 7, no. 1 (2020): h. 101.

<sup>18</sup> Dalam pelaksanaannya, *recall* ini diserahkan kepada parpol. Hal ini sesuai dengan apa yang disebutkan di dalam Pasal 239 Undang-Undang Nomor 17 tahun 2014 sebagaimana diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 13 tahun 2019 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD (UU MD3).

<sup>19</sup> Diletakkannya lembaga peradilan ini di bawah MA, maka terdapat peluang bagi pihak yang tidak puas untuk melakukan upaya hukum kasasi kepada MA. Model seperti ini cenderung memiliki risiko untuk mengaburkan kepastian hukum, sebab proses penyelesaian permasalahan membutuhkan waktu yang lebih lama hanya untuk mendapatkan putusan yang berkekuatan hukum tetap. Harun, "Rekonstruksi Kewenangan Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilihan Umum," h.16.

<sup>20</sup> Ide ini memang dapat menyelesaikan tarik ulur dan ketidakpastian lembaga yang dapat menyelesaikan sengketa Pilkada, namun lembaga ini justru membuat semakin banyaknya badan peradilan yang menyelesaikan sengketa Pemilihan. Qurrata Ayuni, "Gagasan Pengadilan Khusus Untuk Sengketa Hasil Pemilihan Kepala Daerah," *Jurnal Hukum & Pembangunan* 48, no. 1 (2018): h. 210.

<sup>21</sup> Idealnya, lembaga pengawas tidak memutus salah atau tidaknya sebuah perkara. Dalam menyusun perangkat hukum peradilan yang baik maka harus diatur dalam prinsip kehakiman yang baik, yang mana lembaga tersebut tidak dapat menjadi pihak yang memeriksa sekaligus yang diperiksa. Harun, "Rekonstruksi Kewenangan Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilihan Umum," h. 17.

<sup>22</sup> Topo Santoso, *Dkk., Penegakan Hukum Pemilu; Praktik Pemilu 2004, Kajian Pemilu 2009-2014* (Tim Peneliti Perdulum, Jakarta, 2006), h. 7.

yang bersifat final dan mengikat.<sup>23</sup> Puncaknya, lembaga ini juga didesain untuk mengintegrasikan keseluruhan permasalahan Pemilu, baik yang berkaitan dengan sengketa administrasi, sengketa proses, sengketa hasil, dan tindak pidana Pemilu pada tingkat pusat maupun tingkat regional yang sebelumnya berada di sejumlah lembaga peradilan yang berbeda-beda.

## **B. Perumusan Masalah**

Berdasarkan latar belakang tersebut, penelitian ini akan menjawab beberapa pertanyaan sebagai berikut:

1. Apa permasalahan-permasalahan hukum yang dihadapi sehingga diperlukan pembentukan Mahkamah Pemilihan Umum di Indonesia?
2. Bagaimana kedudukan, tugas, dan wewenang Mahkamah Pemilihan Umum dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia?

## **C. Metode Penelitian**

Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif doktrinal yang dikolaborasikan dengan metode *Reform Oriented Research* (Penelitian Berorientasi Pembaruan). Penelitian hukum normatif mencakup penelitian terhadap produk-produk hukum, asas-asas hukum, sistematika hukum, sinkronisasi hukum, baik vertikal maupun horizontal, perbandingan hukum termasuk melihat sejarah hukum yang ada.<sup>24</sup>

Penelitian doktrinal dilakukan untuk memeriksa kebijakan mengenai penyelesaian sengketa dan permasalahan Pemilu baik di tingkat nasional maupun global. Penelitian ini dimulai dengan melihat hukum yang ada (doktrinal), kemudian diikuti dengan pertimbangan masalah yang memengaruhi hukum, serta politik hukum yang mendasarinya.<sup>25</sup>

Penelitian ini juga menggabungkan metode *Reform Oriented Research* (Penelitian Berorientasi Pembaruan). Sebagaimana metode ini dilakukan untuk mengevaluasi kelayakan aturan yang ada dan yang merekomendasikan perubahan terhadap aturan yang dianggap perlu.<sup>26</sup> Model ini didasarkan pada metodologi riset reformasi hukum untuk memberikan saran tentang perubahan hukum yang ada.<sup>27</sup> Puncaknya, model ini mengarahkan peneliti untuk mengusulkan perubahan pada hukum (reformasi hukum).

<sup>23</sup> José de Jesús Orozco Henríquez, Ayman Ayoub, and Andrew Ellis, *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, Handbook series (Stockholm, Sweden: International IDEA, 2010), h. 190–196.

<sup>24</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2001, *Penelitian hukum normatif: Suatu tinjauan singkat*, Raja Grafindo Persada, h. 13–14.

<sup>25</sup> Wing Hong Chui and Mike McConville, *Research Methods for Law*, vol. 104 (Edinburgh University Press Edinburgh, 2007), h. 20.

<sup>26</sup> Aan Efendi, Dyah Ochtorina Susanti, and Rahmadi Indra Tektora, *Penelitian Hukum Doktrinal* (Yogyakarta: LaksBang Justitia, n.d.), h. 34.

<sup>27</sup> *Ibid.*

## PEMBAHASAN

### A. Permasalahan-permasalahan Hukum yang Dihadapi dan Urgensi Pembentukan Mahkamah Pemilihan Umum

#### 1. *Tarik Ulur Kewenangan Penyelesaian Sengketa Pemilihan Kepala Daerah*

Penyelesaian sengketa hasil Pilkada langsung telah dikenal semenjak diadopsinya Pilkada langsung di dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU 32/2004). UU 32/2004 tersebut memberikan kewenangan kepada MA untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada. Namun, terminologi Pilkada langsung di dalam undang-undang tersebut berubah menjadi Pemilihan Umum Kepala Daerah (Pemilukada), setelah dimasukkannya Pilkada ke dalam rezim Pemilu melalui Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggaraan Pemilihan Umum (UU 22/2007).

Perubahan ini pada dasarnya bermula sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 72-73/PUU-II/2004, tanggal 22 Maret 2005. Dalam *ratio decidendi* putusan tersebut, MK sebenarnya memberikan ruang kepada pembentuk undang-undang untuk dapat memperluas makna Pemilu yang terdapat dalam ketentuan Pasal 22E UUD NRI 1945. Meskipun demikian, perubahan terminologi tersebut membawa perubahan mendasar atas lembaga yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung, yakni dari MA ke MK.<sup>28</sup>

Pada tahun 2013, melalui Putusan MK Nomor 97/PUU-XI/2013, MK menyatakan bahwa dirinya tidak berwenang untuk mengadili sengketa hasil Pilkada langsung. Alasan utama putusan ini adalah karena Pilkada langsung tidak dapat dipersamakan dengan rezim Pemilu yang diatur di dalam Pasal 22E ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, sehingga pemberian kewenangan penyelesaian sengketa hasil Pilkada langsung kepada MK adalah inkonstitusional dan harus dicabut. Dengan dasar putusan tersebut, MK memberikan keleluasaan kepada pembentuk undang-undang untuk menentukan lembaga peradilan yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada.

Pasca putusan MK Nomor 97/PUU-XI/2013 di atas, DPR kemudian menetapkan Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota Menjadi Undang-Undang (UU 1/2015). Pasal 157 undang-undang ini menentukan bahwa lembaga yang memiliki kewenangan untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung

<sup>28</sup> Walaupun timbul perdebatan secara akademis, MK tetap melaksanakan kewenangan yang diberikan oleh Pasal 236C UU 12/2008 tersebut. Lebih lanjut, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU 48/2009) juga memberikan dasar hukum bagi kewenangan MK di dalam menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung. Atas dasar tersebut, MK untuk pertama kalinya menggunakan kewenangannya tersebut di dalam perkara perselisihan hasil sengketa hasil Pemilukada Jawa Timur yang tertuang dalam putusan No. 41/PHPU-D-VI/2008.

adalah pengadilan tinggi yang ditunjuk oleh MA. Namun demikian ketentuan Pasal 157 ayat (1) UU 1/2015 tersebut tidak berlaku lama, karena DPR kemudian menetapkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang (UU 8/2015) sebagaimana diubah kembali dengan Undang-Undang Nomor 10 tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota menjadi Undang-Undang (UU 10/2016). Perubahan undang-undang tersebut juga membawa perubahan kepada lembaga peradilan mana yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung.

Terkait dengan hal tersebut, Pasal 157 UU 10/2016 tersebut mengatur mengenai lembaga peradilan mana yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada. Pasal 157 UU 10/2016 menentukan bahwa sengketa hasil Pilkada diselesaikan oleh Badan Peradilan Khusus. Namun demikian, badan peradilan khusus apa yang dimaksud, Pasal 157 UU 10/2016 tidak menentukan secara limitatif. Pasal 157 ayat (2) UU 10/2016 hanya menentukan bahwa badan peradilan khusus tersebut akan dibentuk sebelum pelaksanaan Pilkada serentak nasional.

Ketentuan tersebut merupakan perumusan yang kurang tepat mengingat MK sudah memutuskan dirinya tidak berwenang lagi untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung. Hal ini disebabkan ketentuan tersebut merupakan ketentuan yang menggantung, mengingat ketentuan Pasal 201 ayat (6) UU 10/2016 menentukan bahwa pemilihan kepala daerah serentak nasional akan dilaksanakan pada tahun 2020. Artinya, bahwa ketentuan tersebut secara substansif bertentangan dengan putusan MK yang memberikan kewenangan kepada pembentuk undang-undang untuk menunjuk lembaga peradilan yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung.

Akibat ketidakjelasan lembaga yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung sebagaimana diatur dalam Pasal 157 UU 8/2016, maka untuk mengisi kekosongan hukum (*recht vacuum*), Pasal 157 ayat (3) UU 10/2016 menentukan bahwa MK diberikan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung sampai terbentuknya badan peradilan khusus yang mempunyai kompetensi untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung. Sebagaimana ketentuan tersebut memang ditentukan dalam amar putusan nomor 2 (dua) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XI/2013.

Meskipun demikian norma hukum yang ada dalam amar putusan nomor 2 (dua) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XI/2013 dan Pasal 157 ayat (3) UU 10/2016 terdapat beberapa kekurangan yang sangat mendasar, karena bertentangan dengan amar putusan nomor 1 (satu) putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XI/2013. Sebagaimana amar putusan nomor 1 (satu) putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XI/2013 memutuskan bahwa norma Pasal 236C UU 12/2008 dan norma Pasal 29 ayat (1) huruf e UU 48/2008 bertentangan dengan UUD NRI 1945 serta tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sehingga MK tidak lagi memiliki kewenangan untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung.

Sehubungan dengan itu, menjadi tidak logis apabila melalui Pasal 157 ayat (3) UU 10/2016 memberikan kewenangan kepada MK untuk menyelesaikan sengketa hasil Pilkada langsung. Walaupun hal tersebut sangat dimungkinkan oleh amar putusan nomor 2 (dua) putusan MK Nomor 97/PUU-XI/2013, namun seharusnya pembentuk undang-undang memahami bahwa amar putusan tersebut bersifat sementara. Seharusnya dalam undang-undang tersebut ditentukan lembaga peradilan mana yang berwenang untuk mengadili sengketa PPHU Pilkada. Apabila menunggu sampai dibentuknya badan peradilan khusus, maka kewenangan MK yang diberikan melalui Pasal 157 ayat (3) UU 10/2016 tidak bersifat sementara, karena butuh waktu sampai tahun 2020.<sup>29</sup> Bahkan pada faktanya, hingga Pilkada serentak 2020 berlangsung, Badan Peradilan Khusus yang dimaksud tidak lekas dibentuk, yang pada akhirnya tidak memberikan kepastian hukum di dalam praktik ketatanegaraan khususnya dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah di Indonesia.

## 2. *Disintegrasi dan Tumpang Tindihnya Kewenangan Penyelesaian Sengketa Pemilihan Umum*

Pada pelaksanaannya, penyelesaian permasalahan-permasalahan Pemilu banyak mengalami tumpang tindih akibat tidak terintegrasinya proses penyelesaian permasalahan Pemilu maupun di dalam sistem peradilan Pemilu itu sendiri.<sup>30</sup> Penelitian ini menguraikan masalah tumpang tindih dan tidak terintegrasinya penyelesaian persoalan Pemilu melalui kajian evaluatif berikut:

<sup>29</sup> Lihat Pasal 201 ayat (6) UU 10/2016, bahwa Pemungutan suara serentak Gubernur dan Wakil Gubernur, Bupati dan Wakil Bupati, serta Walikota dan Wakil Walikota hasil pemilihan tahun 2015 dilaksanakan pada bulan September tahun 2020. Sebagaimana kemudian diubah melalui Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2020 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2020 Tentang Perubahan Ketiga Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota Menjadi Undang-Undang (UU 6/2020). Sebagaimana di dalam UU 6/2020 menunda pelaksanaan Pilkada serentak hingga bulan Desember 2020.

<sup>30</sup> Andre Dosdy Ananta Saragih, "Tinjauan Yuridis Pentingnya Pembentukan Peradilan Khusus Dalam PEMILU Serentak Menurut Undang-Undang Pemilihan Kepala Daerah," *Lex et Societatis* 5, no. 3 (2017): h. 19.

*Pertama*, terhadap pelanggaran kode etik. Pasal 457 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 Tentang Pemilihan Umum (UU 7/2017) memberikan kewenangan penyelesaian pelanggaran kode etik Penyelenggara Pemilu kepada Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP). Pada kenyataannya, penyelesaian terhadap kode etik juga menemui permasalahan. Pelanggaran kode etik seperti pelanggaran pembukaan kotak suara, tahapan penghitungan dan rekapitulasi, persoalan akses data informasi C1, ketidakcocokan data perolehan suara peserta Pemilu dengan data pemilih, maupun persoalan profesionalisme Penyelenggara Pemilu lainnya, yang seharusnya diselesaikan di DKPP masih dapat menjadi dalil pemohon dalam mengajukan PPU kepada MK.

*Kedua*, terhadap pelanggaran administratif. Berdasarkan Pasal 461 ayat (1) UU 7/2017, Bawaslu diberikan kewenangan untuk menerima, memeriksa, mengkaji, dan memutus pelanggaran administratif Pemilu ini. Kemudian apabila putusan Bawaslu tidak dapat diterima salah satu pihak, maka berdasarkan Pasal 463 UU 7/2017, MA berhak untuk memutus upaya hukum pelanggaran administratif Pemilu. *Ketiga*, sengketa proses Pemilu. Berdasarkan Pasal 467 ayat (1) UU 7/2017 memberikan kewenangan kepada Bawaslu untuk menerima permohonan penyelesaian sengketa proses Pemilu sebagai akibat dikeluarkannya keputusan Komisi Pemilihan Umum (KPU).

Meninjau kaitannya dengan fungsi Bawaslu terhadap penyelesaian permasalahan dan sengketa Pemilu, yang menempatkan Bawaslu sebagai lembaga dengan tugas utama melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan Pemilu dan Pilkada. Tetapi dalam pelaksanaan tugasnya terlihat dengan jelas keberadaan lembaga pengawas Pemilu pada umumnya belum ideal sebagaimana yang diharapkan.<sup>31</sup> Persoalan utama pengawasan Pemilu adalah penegakan hukum walaupun secara resmi ditunjuk undang-undang, akan tetapi secara kelembagaan Bawaslu sering kali ditempatkan dalam posisi serba dilematis. Bawaslu dapat mengawasi, menerima laporan, memeriksa, sekaligus mengadili. Kewenangan Bawaslu yang begitu besar membuat proses penyelesaian sengketa proses Pemilu menjadi rancu, mengingat kedudukan Bawaslu di dalam sistem ketatanegaraan sebagai sebuah badan yang mengawasi Pemilu, bukan sebagai sebuah badan yang terletak di bawah kekuasaan kehakiman. Idealnya, lembaga pengawas tidak memutus salah atau tidaknya sebuah perkara. Dalam menyusun perangkat hukum peradilan yang baik maka harus diatur dalam prinsip kehakiman yang benar, yang mana lembaga tersebut tidak dapat menjadi pihak yang memeriksa sekaligus yang

<sup>31</sup> Dian Agung Wicaksono and Ola Anisa Ayutama, "Inisiasi Pengadilan Khusus Pemilihan Kepala Daerah dalam Menghadapi Keserentakan Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota di Indonesia" *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional* 4, no. 1 (2015): h. 12.

terperiksa,<sup>32</sup> sehingga Bawaslu tidak dapat menjadi pelapor, pengawas, penyidik sekaligus pemutus.

*Keempat*, sengketa Pemilu di PTUN. Pengajuan gugatan atas sengketa tata usaha negara Pemilu sebagaimana dimaksud ke PTUN, dilakukan setelah upaya administratif di Bawaslu telah digunakan. Pada kenyataannya pelanggaran yang diselesaikan melalui putusan pengadilan Tata Usaha Negara nyatanya menuai konflik.<sup>33</sup> Dalam pelaksanaannya, tidak jarang terdapat perbedaan arah penafsiran antara putusan PTUN dengan putusan MK. Bahkan keduanya terkadang sama-sama meyakini tidak berwenang untuk mengadili. Misalnya, dalam kasus Pemilu Kabupaten Manggarai Barat pada tahun 2010 yang menimbulkan putusan yang berseberangan antara PTUN dan MK.<sup>34</sup> Kemudian terhadap kasus perkara perselisihan hasil pemilihan umum anggota DPRD Kabupaten Kepulauan Mentawai terhadap pembatalan peserta partai persatuan daerah sebagai peserta Pemilu, yang mana kedua lembaga merasa tidak memiliki kualifikasi wewenangnya terhadap persoalan tersebut.<sup>35</sup> Adanya perbedaan penafsiran dan pernyataan sikap terhadap sengketa Pemilu yang tidak tegas, justru mengakibatkan terjadinya tumpang tindih wewenang dan lahirnya *legal vacuum* dengan berujung terhadap munculnya ketidakpastian hukum bagi para pencari keadilan di Indonesia.

*Kelima*, sengketa PHPU yang kewenangannya diatur di dalam Pasal 24C UUD NRI 1945 dimiliki oleh MK. PHPU sendiri adalah perselisihan antara KPU dengan peserta Pemilu mengenai penetapan perolehan suara hasil Pemilu. Dalam artian bahwa jika dinilai ada kesalahan terhadap hasil perhitungan suara yang dilakukan oleh KPU, maka peserta Pemilu dapat mengajukan permohonan kepada MK. Hubungan pertalian antara kewenangan yang dimiliki MK berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dengan kewenangan penyelesaian masalah hukum Pemilu lainnya yang dimiliki Bawaslu, Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara, dalam penyelesaian perselisihan Pemilu, membuat MK tidak hanya dihadapkan pada permohonan penyelesaian sengketa hasil, melainkan juga disertai dengan dalil-dalil yang berhubungan dengan pelanggaran administrasi Pemilu, pidana Pemilu, sengketa Tata Usaha Negara Pemilu, bahkan pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. Misalnya, pembukaan kotak suara, pemilih yang tidak terdaftar pada DPT, proses rekapitulasi hasil suara, data penyelenggara pemutakhiran yang tidak valid, serta politik uang. Hal ini membuat MK seakan-

<sup>32</sup> Harun, "Rekonstruksi Kewenangan Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilihan Umum," h. 14.

<sup>33</sup> Khairul Fahmi, "Menelusuri Konsep Keadilan Pemilihan Umum Menurut UUD 1945," *Jurnal Cita Hukum* 4, no. 2 (2016): h. 19.

<sup>34</sup> Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 38/PHPU.D-VIII/2010 terkait perkara Permohonan Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Manggarai Barat Tahun 2010.

<sup>35</sup> Lebih lanjut lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PHPU.C-VII/2009 dalam perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Calon Anggota Dewan Perwakilan Rakyat/Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Partai Persatuan Daerah.

akan menjadi lembaga tertinggi dari setiap penyelesaian seluruh permasalahan Pemilu.

*Keenam*, Tindak Pidana Pemilu. Pasal 476 ayat (1) dan (2) UU 7/2017 menjelaskan bahwa Bawaslu, Bawaslu Provinsi, Bawaslu Kabupaten/Kota, dan/atau Panwaslu Kecamatan memiliki wewenang untuk menyatakan bahwa suatu perbuatan atau tindakan diduga tindak pidana Pemilu kemudian berhak untuk meneruskan laporan dugaan tindak pidana Pemilu tersebut kepada Kepolisian Negara Republik Indonesia. Kemudian dalam mengadili dugaan tindak pidana Pemilu tersebut, Pengadilan Negeri berdasarkan Pasal 482 ayat (1) UU 7/2017, berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus perkara tindak pidana Pemilu tersebut. Kemudian apabila putusan pengadilan tersebut diajukan banding, permohonan banding tersebut dapat diajukan kepada Pengadilan Tinggi.

Penyelesaian tindak pidana Pemilu yang dilakukan dengan melibatkan pengawas Pemilu, kepolisian, kejaksaan, dan pengadilan dalam suatu sistem penyelesaian layaknya sistem peradilan pidana menjadi dilematis. Terlebih Pasal 477 UU 7/2017 menyatakan bahwa penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan tindak pidana Pemilu dilakukan berdasarkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana. Fenomena ini membuat perlunya penegasan antara adanya perbedaan antara mekanisme peradilan Pemilu dengan mekanisme peradilan lainnya.

Melihat kenyataan-kenyataan di atas, dapat ditarik kesimpulan, permasalahan yang masih dihadapi oleh negara Indonesia adalah terkait sistem peradilan Pemilu.<sup>36</sup> *Pertama*, banyaknya lembaga yang menyelesaikan permasalahan hukum Pemilu, seperti MK, Kepolisian, PTUN, Bawaslu, Kejaksaan dan sebagainya. *Kedua*, masih terbatasnya persidangan khusus Pemilu/Pilkada karena tidak ada pedoman dasar hukum acara yang komprehensif menyebabkan lingkup kewenangan proses tahapan persidangan menjadi terbatas. *Ketiga*, banyaknya institusi dan mekanisme yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa menyebabkan para pencari keadilan tidak dapat memulihkan atas haknya yang terlanggar. Oleh sebab itu, diperlukan rekonstruksi terhadap sistem penyelesaian sengketa proses dan hasil Pemilu dengan membentuk peradilan khusus untuk menyelesaikannya.

### 3. *Menumpuknya Perkara Pemilu dan Pilkada di MK*

Meskipun nantinya MK tidak lagi berwenang memutus perselisihan hasil Pilkada, namun perselisihan hasil Pemilu legislatif dan eksekutif yang masuk ke MK setiap 5 tahun sekali tetap membuat MK kewalahan akibat banyaknya jumlah

<sup>36</sup> Albab, 2018, h. 9.

perkara PPHU. PPHU sampai sejauh ini merupakan perkara yang paling banyak diajukan di MK, sebagaimana dalam perkara pada tahun 2019 yang mencapai 470 perkara, tahun 2014 terdapat 702 perkara,<sup>37</sup> tahun 2009 dengan 627 perkara,<sup>38</sup> dan tahun 2004 sebanyak 274 perkara.<sup>39</sup> Konstruksi ini diperkuat dengan realitas jumlah sengketa Pemilu di MK yang tinggi, bahkan lebih banyak di bandingkan dengan jumlah perkara pengujian menguji konstitusionalitas undang-undang. Dapat disimpulkan bahwa kewenangan MK memutus perselisihan hasil Pemilu jauh lebih sering dimohonkan.<sup>40</sup> Sejauh ini perkara pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang dimohonkan kepada MK berjumlah 1523 perkara sejak berdirinya dari tahun 2003-2019.<sup>41</sup>

Di Indonesia, sejak awal keberadaan MK dimaksudkan untuk menyelesaikan perkara-perkara politik dan ketatanegaraan yang salah satunya adalah mengenai perselisihan hasil Pemilu. Hal ini dimaksudkan agar permasalahan mengenai Pemilu dapat diselesaikan secara hukum sesuai prinsip-prinsip yang terdapat dalam konstitusi. Di samping itu, harus diingat pula bahwa kewenangan MK dalam memutus perselisihan hasil Pemilu harus diimbangi melalui prinsip pembatasan diri (*judicial restraint*). Hal ini juga dimaksudkan agar MK sebagai lembaga peradilan dapat menjaga kedudukannya dan tidak menjadi objek politisasi dari cabang kekuasaan lainnya. Terlebih, agar MK mampu lebih fokus pada tugas utama yang lebih minim sarat politiknya seperti pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar.

#### 4. *Evaluasi Sistem Recall Anggota DPR oleh Partai Politik*

Pada dasarnya, *recall* atau mekanisme “penarikan kembali” dimaknai sebagai pemberhentian seorang anggota parlemen melalui PAW atas dasar Pasal 22B UUD NRI 1945. Mekanisme tersebut diperinci lebih lanjut di dalam Pasal 239 UU MD3,<sup>42</sup> dan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2011 tentang Parpol (UU Parpol). *Recall* bertujuan untuk melakukan pengawasan terhadap anggota parpol yang menjadi anggota DPR, yang diharapkan dapat meningkatkan kinerja, akuntabilitas dan integritas anggota DPR.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> “Putusan | Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.”

<sup>38</sup> *Ibid.*

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

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> PAW hanya dapat dilakukan dengan ketentuan: meninggal dunia; mengundurkan diri sebagai anggota atas permintaan sendiri secara tertulis; dan diusulkan oleh partai politik yang bersangkutan. Untuk dapat diberhentikan sebagai anggota DPRD terdapat beberapa kriteria yaitu: tidak dapat melaksanakan tugas secara berkelanjutan atau berhalangan tetap; tidak lagi memenuhi syarat-syarat calon Anggota DPRD; dinyatakan melanggar sumpah/janji, kode etik DPRD, dan/atau tidak melaksanakan kewajiban sebagai Anggota DPRD; melanggar larangan rangkap jabatan; dinyatakan bersalah berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melanggar tindak pidana dengan ancaman pidana serendah-rendahnya lima tahun penjara.

<sup>43</sup> Hadi Shubhan, “Recall: Antara Hak Partai Politik dan Hak Berpolitik Anggota Parpol,” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 3, No. 4, 2006, h. 3057.

Pemberlakuannya dilakukan sebagai wujud antisipasi dan pengawasan anggota DPR atas perbuatan tercela dalam pergulatan politik atas pelaksanaan tugas dan fungsinya. Meskipun demikian, pemberlakuan *recall* yang dimonopoli oleh parpol bertentangan dengan hak berpolitik dan hak berekspresi. Melalui *recall* yang dimonopoli oleh parpol, anggota parpol bukan mewakili rakyatnya, akan tetapi mewakili parpol.<sup>44</sup> Hal ini menegaskan adanya pengingkaran terhadap makna dari kelembagaan DPR sebagai kepanjangan dari perwakilan rakyat dan bukan perwakilan parpol.

Dalam implementasinya, *recall* justru masih tetap melahirkan pintu penyimpangan pada pintu lain. Sehingga hal ini menjadi sebuah ruang bagi pengurus parpol untuk memberlakukan *recall* bagi anggotanya dengan alasan kontroversial.<sup>45</sup> Misalnya, *recall* untuk Lily Wahid oleh Partai Kebangkitan Bangsa (PKB) yang dianggap melanggar ketentuan partai, sedangkan pada sisi lain adalah pihak yang mendukung pengusutan kasus Bank Century melalui hak angket DPR.<sup>46</sup> Meskipun pada dasarnya sikap Lily Wahid merupakan upaya dalam menyuarakan kehendak rakyat untuk dapat mengusut tuntas kasus Bank Century melalui fungsi DPR tersebut. Pada kasus lain, *recall* juga memunculkan praktik kolusi dalam penerapannya, seperti pada kasus Harun Masiku pada awal tahun 2020 lalu.<sup>47</sup>

Pemahaman dasar yang perlu dibangun adalah jika warga negara memiliki hak untuk memilih wakilnya. Jika pemberian hak pilih bagi warga negara terhadap wakilnya diatur sesuai dengan hukum, maka mekanisme pemberhentiannya juga harus diatur melalui mekanisme hukum, yaitu melalui jalur peradilan.<sup>48</sup> Mekanisme ini akan mampu berjalan efektif jika masyarakat mampu secara aktif dan kritis dalam pelaksanaan tugas dan kewenangan DPR. Penelitian ini beranggapan bahwa penyelesaian *recall* secara hukum tersebut perlu dilekatkan menjadi kewenangan Mahkamah Pemilu, sebagai lembaga yang nantinya memiliki fungsi mengawal keberlangsungan dan seluruh tahapan Pemilu.

## **B. Pembentukan Mahkamah Pemilihan Umum**

### **1. Perbandingan Negara Lain**

Gagasan pembentukan Mahkamah Pemilu merupakan ide ketatanegaraan yang muncul di tengah pergulatan ingin memperbaiki kualitas demokrasi. Dalam

<sup>44</sup> Ulum and Taufiqurrohman, "Examining Recall of the House Member," h. 103.

<sup>45</sup> Muhamad Aljebra Alikhan Rauf, Marten Bunga, and Hardianto Djanggih, "Hak Recall Partai Politik Terhadap Status Keanggotaan Dewan Perwakilan Rakyat Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia," *Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Master Law Journal)* 7, no. 4 (2018): h. 14.

<sup>46</sup> "DPP PKB Recall Lily Wahid Dan Effendy Choirie | Republika Online," accessed October 20, 2020, <https://republika.co.id/berita/breaking-news/nasional/11/03/14/169326-dpp-pkb-recall-lily-wahid-dan-effendy-choirie>.

<sup>47</sup> C. N. N. Indonesia, "Kasus Harun Masiku, Kader PDIP Didakwa Suap Rp600 Juta," *nasional*, accessed October 20, 2020, <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20200402135522-12-489583/kasus-harun-masiku-kader-pdip-didakwa-suap-rp600-juta>.

<sup>48</sup> Ulum and Taufiqurrohman, "Examining Recall of the House Member," h.103.

pembentukannya tidak hanya dibutuhkan politik hukum yang jelas, namun juga kajian holistik tentang kedudukan, tugas dan wewenang mengenai lembaga baru yang akan dibentuk, termasuk formulasi mekanisme, alur penyelesaian dan model penyelesaian sengketa pemilu.<sup>49</sup>

Sebagai lembaga yudisial, Mahkamah Pemilu akan diposisikan sejajar dengan dua puncak peradilan lainnya, yakni MK dan MA. Praktik penyelenggaraan sistem kekuasaan kehakiman lebih dari 2 cabang juga di anut oleh beberapa negara, seperti Jerman dan Austria. Di Jerman, puncak peradilan itu ada di enam mahkamah tertinggi di bidangnya masing-masing, yaitu: (i) *Federal Court of Justice*, yang menangani perkara-perkara pidana dan perdata pada umumnya, (ii) *Federal Finance Court*, (iii) *Federal Labour Court*, (iv) *Federal Social Court*, (v) *Federal Administrative Court (verwaltungsgerichtshoft)*, dan (vi) MK (*verfassungsgerichtshoft*). Demikian pula di Austria, struktur peradilan berpuncak di tiga lembaga, yaitu: (i) MA yang menangani perkara-perkara pidana dan perdata pada umumnya, (ii) Mahkamah Administrasi Negara (*Verwaltungsgerichtshoft*), dan (iii) MK (*Verfassungsgerichtshoft*).<sup>50</sup>

Meksiko dan Kosta Rika dapat digunakan sebagai acuan perbandingan dalam membentuk Mahkamah Pemilu di Indonesia. Pada dasarnya, tipologi Pemilu di Kosta Rika sejatinya tidak jauh berbeda dengan Indonesia. Terlebih lagi Kosta Rika juga menganut sistem presidensial yang berpadu dengan sistem multi partai.<sup>51</sup> Oleh sebab persamaan variabel tersebut komparasi antara Indonesia dan Kosta Rika dinilai semakin menjadi relevan. Meski memiliki sistem ketatanegaraan yang berbeda dengan Indonesia, Meksiko memiliki kesamaan sistem Pemilu yang terdiri dari Pemilu lokal dan nasional,<sup>52</sup> serta sifat penyelesaian permasalahan Pemilu yang hampir bersifat universal, menjadikan praktik penyelenggaraan Mahkamah Pemilu di Meksiko dapat dijadikan rujukan.

Mahkamah Pemilu di Kosta Rika memiliki sebutan lengkap *Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica* (TSE). Pasal 9 Konstitusi Kosta Rika memberikan tugas bagi TSE untuk menjamin penyelesaian sengketa Pemilu dari segala jenjang, baik lokal maupun nasional.<sup>53</sup> Termasuk penyelesaian sengketa terhadap pemilihan legislatif maupun eksekutif. Sesuai dengan konteks filosofisnya, misi TSE adalah menengahi proses pemilihan yang transparan dan dapat diandalkan.<sup>54</sup> Lebih lanjut, Konstitusi Kosta Rika memberikan TSE kewenangan untuk melepaskan diri dari

<sup>49</sup> Simon Butt, *The Constitutional Court and Democracy in Indonesia* (Brill, 2015), h. 40.

<sup>50</sup> Jimly Asshiddiqie, "Pengadilan Khusus Dalam Bunga Rampai Putih Hitam Pengadilan Khusus," *Jakarta: Komisi Yudisial RI* (2013): h. 18.

<sup>51</sup> Ana Mariela Castro Ávila, Beatriz Morales Mora, and Rocio Montero Solano, *Tribunal Supremo de Elecciones*, 2018, 144.

<sup>52</sup> Sergio López Ayllón, *Democracia y Acceso a La Información*, vol. 9 (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005), 17.

<sup>53</sup> Código Electoral Decreto Legislativo No. 8765 (Undang-Undang Pemilu Kosta Rika) Tahun 2009.

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

skema klasik monopoli fungsi yurisdiksi di bawah cabang yudisial, sehingga secara kelembagaan TSE berdiri sebagai lembaga peradilan puncak.<sup>55</sup>

TSE merupakan lembaga permanen. Hakim TSE harus memenuhi persyaratan yang sama seperti hakim MA.<sup>56</sup> Hakim TSE masa jabatan enam tahun melalui pemilihan yang didasarkan pada prestasi profesional dan akademis dari para kandidat.<sup>57</sup> Secara struktural, dalam menjalankan kewenangannya TSE terdiri atas sembilan hakim utama dengan enam hakim pengganti yang dipilih oleh *Supreme Court of Justice*.<sup>58</sup> Putusan TSE ini dalam praktiknya bersifat final dan mengikat,<sup>59</sup> sehingga tak dapat diajukan banding untuk menjamin kepastian hukum di masa Pemilu yang singkat.<sup>60</sup>

Sementara di Meksiko, pengadilan Pemilu dikenal sebagai *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (TEPJF).<sup>61</sup> TEPJF diberi wewenang untuk menyelesaikan sengketa pemilihan secara final dan mengikat. TEPJF memiliki dua kamar, yakni Kamar Tinggi dan Kamar Regional.<sup>62</sup> Kamar Tinggi adalah organ permanen yang berkedudukan di ibukota. Kamar Tinggi terdiri dari tujuh hakim pemilihan. Kamar Tinggi bertanggung jawab untuk memeriksa dan mengadili tantangan yang terkait dengan pemilihan Presiden Republik, Gubernur, Kepala Pemerintah Distrik Federal, serta Dewan Perwakilan dan Senator yang dipilih melalui prinsip perwakilan proporsional.<sup>63</sup>

Sementara, Kamar Regional adalah badan permanen yang berada pada masing-masing negara bagian.<sup>64</sup> Setiap Kamar Regional terdiri dari tiga hakim pemilu.<sup>65</sup> Kamar Regional memiliki tanggung jawab untuk memeriksa dan mengadili permasalahan yang terkait dengan, pemilihan negara bagian untuk perwakilan dan senator; pemilihan deputi lokal dan anggota Majelis Perwakilan Distrik Federal; pemilihan untuk jabatan publik di dewan kota; pemilihan kepala badan administrasi politik yang berlokasi di Distrik Federal; pemilihan beberapa pegawai negeri; dan tindakan dan keputusan yang dikeluarkan oleh Lembaga Pemilihan Negara Bagian.<sup>66</sup>

---

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*

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

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> John A. Booth, *Costa Rica: Quest for Democracy* (Routledge, 2018), 34.

<sup>61</sup> Susana Berruecos, "Electoral justice in Mexico: The role of the Electoral Tribunal under new federalism," *JSTOR Journal of Latin American Studies*, 2003, hlm. 811.

<sup>62</sup> *Ley Organica del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (Undang-Undang TEPJF).

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

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

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

## 2. *Membentuk Mahkamah Pemilu di Indonesia*

Indonesia perlu memiliki lembaga yang mampu menyelesaikan keseluruhan sengketa Pemilu secara independen dan final. Arahnya adalah dengan menyederhanakan sistem dan lembaga yang masuk dalam kualifikasi penyelesaian sengketa Pemilu. Dalam konteks ini, mandat pembentukan peradilan khusus yang akan diberi kewenangan menyelesaikan sengketa hasil Pemilu seharusnya ditindaklanjuti melalui kerangka berpikir yang komprehensif, sehingga dapat diupayakan pembentukan Mahkamah Pemilu yang memiliki wewenang mengadili semua jenis sengketa pemilihan, baik Pemilu maupun Pilkada.

Pembentukan Mahkamah Pemilu sebagai cabang kekuasaan baru ini menjadi penting. Hal ini ditujukan agar Mahkamah Pemilu dapat berdiri secara independen, imparial dan tidak dibawah maupun dipengaruhi oleh lembaga mana pun. Meletakkan Mahkamah Pemilu sejajar dengan MK dan MA akan menjadikannya mandiri secara keuangan dan tidak dapat dituntut untuk bertanggungjawab kepada lembaga yang membawahnya, artinya pertanggungjawaban Mahkamah Pemilu hanya ditujukan kepada rakyat dan keadilan itu sendiri.

Lembaga peradilan pemilihan yang kuat, didanai dengan baik, bersifat otonom, dan memiliki kemandirian secara anggaran maupun fungsional harus dilihat sebagai investasi dalam menjamin kualitas demokrasi. Faktor ini juga menjadi penting sebab keputusan yang diambil oleh sebuah lembaga peradilan pemilihan berpengaruh signifikan bagi masa depan politik suatu negara. Hal ini disebabkan oleh karena keputusan yang dikeluarkan lembaga peradilan pemilihan ini bukan hanya dapat mengubah, atau membatalkan hasil pemilu tetapi juga secara tidak langsung berpengaruh terhadap perlindungan hak politik warga negara.

Selain itu, menjadikan Mahkamah Pemilu sebagai cabang kekuasaan baru menjadi penting untuk memastikan penyelesaian Pemilu dapat diselesaikan dengan efektif dan efisien. Mengingat proses penyelenggaraan Pemilu membutuhkan kepastian dan waktu yang singkat, maka putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Pemilu diharapkan tidak dapat dilakukan upaya hukum lanjutan. Oleh sebab itu, diletakkannya Mahkamah Pemilu sebagai lembaga puncak peradilan juga ditujukan agar putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Pemilu dapat bersifat final dan mengikat.

Dasar hukum pembentukan Mahkamah Pemilu akan secara langsung dibentuk melalui konstitusi. Hal ini menjadi penting untuk menjamin eksistensi dari keberadaan Mahkamah Pemilu itu sendiri. Dengan memusatkan penyelesaian di bawah satu atap Mahkamah Pemilu, kekhawatiran terhadap inefisiensi dan disharmoni putusan pengadilan dalam permasalahan Pemilu yang sering terjadi

dapat di hindari. Lebih lanjut, dengan sistematika dan struktur yang efektif melalui Mahkamah Pemilu diharapkan dapat menghilangkan putusan yang tumpang tindih antara yang satu dengan lainnya.

Formulasi Mahkamah Pemilu di harapkan dapat menerima, memeriksa, mengadili, dan memutus pelanggaran, kasus, atau sengketa yang menjadi kompetensi absolut peradilan. *Pertama*, terhadap pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. *Kedua* terkait pelanggaran administrasi Pemilu dengan potensi didiskualifikasinya para pelanggar. *Ketiga*, sengketa proses Pemilu yang rawan terjadi pelanggaran, termasuk kepada peserta Pemilu akibat dari hasil dan keputusan berita acara KPU. *Keempat*, berwenang mengadili tindak pidana Pemilu. Dan yang *kelima* mengadili sengketa hasil dan sengketa pasca Pemilu.<sup>67</sup>

Mengenai desain kelembagaan Mahkamah Pemilu, di dalamnya akan dibangun dua kamar utama, yakni:

1. Kamar Pengadilan Pemilu Nasional, yang mengadili sengketa pemilihan DPR dan Presiden; dan
2. Kamar Pengadilan Pemilihan Lokal, yang mengadili sengketa Gubernur, Bupati/Walikota, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Walikota.

Masing-masing kamar pengadilan terdapat lima ruang majelis khusus yang terdiri dari:

1. Majelis khusus pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu, yang terdiri atas sedikitnya 3 orang hakim;
2. Majelis khusus pelanggaran administrasi Pemilu, yang terdiri atas sedikitnya 3 orang hakim;
3. Majelis khusus tindak pidana Pemilu yang terdiri atas sedikitnya 3 orang hakim;
4. Majelis khusus sengketa proses Pemilu, yang terdiri atas sedikitnya 3 hakim; dan
5. Majelis khusus sengketa hasil dan sengketa pasca Pemilu, yang terdiri atas sedikitnya 5 hakim.

Menjadikan Mahkamah Pemilu sebagai lembaga permanen didasarkan kepada beberapa alasan. *Pertama*, pelaksanaan fungsi pemilihan identik dengan aktivitas yang terus menerus dan dilakukan sepanjang siklus pemilu, hal ini bukan pekerjaan yang dilakukan secara tergesa-gesa atau sembarangan. Oleh karenanya

<sup>67</sup> Terkait penjelasan mengenai sengketa pasca Pemilu, hal ini berkaitan dengan proses penarikan kembali suara yakni pada proses *recall* anggota DPR melalui jalur hukum. Berkaitan dengan jalur hukum, Mahkamah Pemilu dapat menjadi lembaga yang tepat untuk menyelenggarakan peradilan dalam memutus permohonan *recall* tersebut. Mengingat proses Pemilu yang tidak terhenti pada tahap persiapan dan proses pemungutan suara, maka Mahkamah Pemilu menjadi layak untuk dapat diberikan kewenangan ini.

menjadikan Mahkamah Pemilu sebagai lembaga yang permanen berkontribusi pada spesialisasi peradilan dan profesionalisme.

*Kedua*, menjadikan Mahkamah Pemilu sebagai lembaga permanen merupakan faktor positif yang dapat menunjukkan komitmen Indonesia dalam menghormati prinsip dan nilai demokrasi dan postulat instrumen hak asasi manusia internasional, tanpa berpihak pada partai politik, kandidat, pemilih atau perwakilan pers dan lainnya. Selain itu, menjadikannya sebagai lembaga permanen dapat menghasilkan kinerja yang lebih profesional dan memungkinkan untuk mengikuti perkembangan terbaru di lapangan. Termasuk, untuk mengatasi setiap tantangan yang diajukan selama siklus pemilu, termasuk tahap pra dan pasca Pemilu.

*Ketiga*, adalah terkait stabilitas dan eksistensi. Secara umum, adalah praktik yang baik untuk mempercayakan penyelesaian sengketa Pemilu kepada badan permanen dan independen.<sup>68</sup> Alasan utamanya adalah, ketika hukum tidak memberikan mandat kepada Mahkamah Pemilu untuk terus beroperasi setelah masa Pemilu, maka harus terdapat badan lain yang dapat dipercaya untuk menyelesaikan setiap kemungkinan gugatan yang muncul selama periode pra pemilu dan pasca pemilu, seperti halnya sengketa penarikan kembali suara.

Terkait dengan perekrutan hakim Mahkamah Pemilu ini dapat diambil dari hakim karier yang disediakan oleh Mahkamah Agung yang bertindak sebagai jaminan struktural yang dapat mempromosikan stabilitas dan profesionalisme. Komposisi hakim Mahkamah Pemilu juga dapat mengkombinasikan antara hakim karier dan hakim yang direkrut dari akademisi yang berfokus pada Hukum Pemilu. Hakim Pemilihan Umum harus memiliki integritas dan kepribadian tidak tercela, adil, profesional, berpengalaman di bidang hukum dan Pemilu. Calon hakim pemilihan umum di setiap kamar persidangan diusulkan oleh Komisi Yudisial (KY) kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk mendapat persetujuan Presiden.

Tidak kalah penting adalah masalah hukum acara peradilan Pemilu. Substansi ini berguna untuk dijadikan pedoman dalam beracara secara khusus terkait dengan proses tahapan, program dan jadwal waktu oleh penyelenggara Pemilu. Dalam Hukum Acara Mahkamah Pemilu, proses penyelesaiannya harus diadakan lebih cepat, mudah dan murah dibandingkan dengan perkara lain. Penerapan prosedur yang tepat dan cermat yang diperlukan untuk mendengarkan dan menyelesaikan gugatan merupakan persyaratan utama jika sebuah peradilan Pemilu ingin memberikan keadilan dan hasil Pemilu yang kredibel.

Sebagaimana cabang kekuasaan kehakiman lainnya, selain diawasi oleh dewan kehormatan internal, Mahkamah Pemilu juga akan diawasi oleh KY. Hal ini menjadi

<sup>68</sup> Orozco Henríquez, Ayoub, and Ellis, *Electoral Justice*, h. 49.

tepat sebab KY telah memiliki kewenangan untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Harapannya, KY dapat mendukung terwujudnya Mahkamah Pemilu yang mandiri untuk menegakkan hukum dan keadilan, meningkatkan integritas, kapasitas, dan profesionalitas hakim sesuai dengan kode etik dan pedoman perilaku hakim dalam menjalankan kewenangan dan tugasnya.

## KESIMPULAN

Seiring berjalannya diskursus untuk mencari sistem peradilan Pemilu yang ideal, menghantarkan kita pada temuan permasalahan-permasalahan Pemilu sebagai sebuah evaluasi demi terlaksananya Pemilu yang lebih baik di masa yang akan datang. Permasalahan-permasalahan tersebut di antaranya tarik ulur kewenangan penyelesaian sengketa pemilihan kepala daerah, disintegrasi kewenangan penyelesaian sengketa pemilihan Umum, menumpuknya sengketa Pemilu dan Pilkada pada MK, serta permasalahan mengenai sistem *recall* anggota DPR oleh Parpol.

Identifikasi terhadap setiap permasalahan-permasalahan tersebut berujung pada sebuah tawaran untuk membentuk sebuah Mahkamah Pemilu sebagai sebuah entitas peradilan yang diharapkan mampu mengentaskan permasalahan-permasalahan tersebut termasuk mengintegrasikan sistem peradilan Pemilu di Indonesia. Mahkamah Pemilu akan diposisikan sejajar dengan dua puncak peradilan lainnya, yakni MK dan MA. Formulasi Mahkamah Pemilu di harapkan dapat menerima, memeriksa, mengadili, dan memutus pelanggaran, kasus, atau sengketa yang menjadi kompetensi absolut peradilan. *Pertama*, terhadap pelanggaran kode etik penyelenggara Pemilu. *Kedua* terkait pelanggaran administrasi Pemilu dengan potensi didiskualifikasinya para pelanggar. *Ketiga*, sengketa proses Pemilu yang rawan terjadi pelanggaran, termasuk kepada peserta Pemilu akibat dari hasil dan keputusan berita acara KPU. *Keempat*, berwenang mengadili tindak pidana Pemilu. Dan yang *kelima* mengadili sengketa hasil dan sengketa pasca Pemilu.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku:

- Asshiddiqie, Jimly. Pengadilan Khusus Dalam Bunga Rampai Putih Hitam Pengadilan Khusus. *Jakarta: Komisi Yudisial RI (2013)*.
- Ayllón, Sergio López. *Democracia y Acceso a La Información*. Vol. 9. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

- Booth, John A. *Costa Rica: Quest for Democracy*. Routledge, 2018.
- Butt, Simon. *The Constitutional Court and Democracy in Indonesia*. Brill, 2015.
- Castro Ávila, Ana Mariela, Beatriz Morales Mora, and Rocío Montero Solano. *Tribunal Supremo de Elecciones*, 2018.
- Chui, Wing Hong, and Mike McConville. *Research Methods for Law*. Vol. 104. Edinburgh University Press Edinburgh, 2007.
- Efendi, Aan, Dyah Ochtorina Susanti, and Rahmadi Indra Tektona. *Penelitian Hukum Doktrinal*. Yogyakarta: LaksBang Justitia, n.d.
- Farrell, David M. *Electoral Systems: A Comparative Introduction*. Macmillan International Higher Education, 2011.
- Georg, Sorensen. *Demokrasi Dan Demokratisasi*. Pustaka Pelajar. Yogyakarta, 1993.
- Jayus, S. H. *Hukum Pemilu & Alternatif Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilu*. Jakad Media Publishing, 2019.
- Orozco Henríquez, José de Jesús, Ayman Ayoub, and Andrew Ellis. *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*. Handbook series. Stockholm, Sweden: International IDEA, 2010.
- Santoso, Topo. *Dkk., Penegakan Hukum Pemilu; Praktik Pemilu 2004, Kajian Pemilu 2009-2014*. Tim Peneliti Perdulem, Jakarta, 2006.
- Soekanto, Soerjono, and Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*. RajaGrafindo Persada, 2001.

### **Jurnal:**

- Albab, Abid Ulil. "PROBLEM KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI MEMUTUS PERSELISIHAN HASIL PILKADA." *Jurnal Hukum & Pembangunan* 48, no. 3 (December 5, 2018): 542. Accessed June 22, 2020. <http://jhp.ui.ac.id/index.php/home/article/view/1745>.
- Ayuni, Qurrata. "Gagasan Pengadilan Khusus Untuk Sengketa Hasil Pemilihan Kepala Daerah." *Jurnal Hukum & Pembangunan* 48, no. 1 (2018): 199–221.
- Berruecos, Susana. "Electoral Justice in Mexico: The Role of the Electoral Tribunal under New Federalism." *Journal of Latin American Studies* (2003): 801–825.
- Fahmi, Khairul. "Menelusuri Konsep Keadilan Pemilihan Umum Menurut UUD 1945." *Jurnal Cita Hukum* 4, no. 2 (2016).
- Harun, Refly. "Rekonstruksi Kewenangan Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilihan Umum." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 1 (2016): 1–24.
- Huda, Uu Nurul. *Hukum Partai Politik Dan Pemilu Di Indonesia*. Fokusmedia, 2018.

- Jayus. "The General Election Results as the Manifestation of Popular Sovereignty." *JL Pol'y & Globalization* 93 (2020): 169.
- Junaidi, Veri, and Jim Della Giacoma. "Clock Watching and Electioin Complaint in Indonesia Constitutional Court" (n.d.).
- Rauf, Muhamad Aljebra Aliksan, Marten Bunga, and Hardianto Djanggih. "Hak Recall Partai Politik Terhadap Status Keanggotaan Dewan Perwakilan Rakyat Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia." *Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Master Law Journal)* 7, no. 4 (2018): 443-455.
- Rois, Iwan, and Ratna Herawati. "Urgensi Pembentukan Peradilan Khusus Pemilu dalam rangka Mewujudkan Integritas Pemilu." *Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Master Law Journal)* 7, no. 2 (July 31, 2018): 267.
- Saragih, Andre Dosdy Ananta. "Tinjauan Yuridis Pentingnya Pembentukan Peradilan Khusus Dalam PEMILU Serentak Menurut Undang-Undang Pemilihan Kepala Daerah." *Lex et Societatis* 5, no. 3 (2017).
- Satriawan, Muhammad Iwan, and Mukhlis Mukhlis. "Memurnikan Mahkamah Konstitusi" (n.d.): 12.
- Shubhan, Hadi. "Recall: Antara Hak Partai Politik Dan Hak Berpolitik Anggota Parpol." *Jurnal Konstitusi* 3, no. 4 (2006): 3057.
- Ulum, Muhammad Bahrul, and Moch Marsa Taufiqurrohman. "Examining Recall of the House Member: How Does It Impact on Eradicating Corruption in Indonesia?" *Lentera Hukum* 7, no. 1 (2020): 101-116.
- Wicaksono, Dian Agung, and Ola Anisa Ayutama. "INISIASI PENGADILAN KHUSUS PEMILIHAN KEPALA DAERAH DALAM MENGHADAPI KESERENTAKAN PEMILIHAN GUBERNUR, BUPATI, DAN WALIKOTA DI INDONESIA 1." *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional* 4, no. 1 (2015): 157-179.

### **Peraturan Perundang-Undangan:**

- Bundesverfassung der Republik Österreich* (Konstitusi Republik Federal Austria).
- Constitución Política de la Republica de Costa Rica* (Konstitusi Republik Kosta Rika).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (Konstitusi Republik Meksiko).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (Konstitusi Republik Meksiko).
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Konstitusi Republik Federal Jerman).
- La Ley No. 1536 de la República de Costa Rica* sebagaimana diubah terakhir dengan *La Ley No. 8765 de la República de Costa Rica* (Undang-Undang Pemilu Kosta Rika).

*Ley Organica del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (Undang-Undang Mahkamah Pemilu Meksiko).

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015 tentang Pemerintahan Daerah.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum

Undang-Undang Nomor 17 tahun 2014 sebagaimana diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 13 tahun 2019 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD.

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2016 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 6 tahun 2020 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang;

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum.

#### **Putusan Pengadilan:**

Putusan MK Nomor: 72-73/PUU-II/2004;

Putusan MK Nomor: 14/PUU-XI/2013;

Putusan MK Nomor: 97/PUU-XI/2013;

Putusan MK Nomor: 1-2/PUU-XII/2014.

#### **Internet:**

“DPP PKB Recall Lily Wahid Dan Effendy Choirie | Republika Online.” Accessed October 20, 2020. <https://republika.co.id/berita/breaking-news/nasional/11/03/14/169326-dpp-pkb-recall-lily-wahid-dan-effendy-choirie>.

Indonesia, C. N. N. “Kasus Harun Masiku, Kader PDIP Didakwa Suap Rp600 Juta.” *nasional*. Accessed October 20, 2020. <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20200402135522-12-489583/kasus-harun-masiku-kader-pdip-didakwa-suap-rp600-juta>.

“Putusan | Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.” Accessed September 15, 2020. <https://mkri.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&kat=1>.

# Urgensi Penemuan Hukum dan Penggunaan Yurisprudensi dalam Kewenangan Mahkamah Konstitusi<sup>1\*</sup>

## *The Urgency of Rechtsvinding and Use of Jurisprudence in the Authority of the Constitutional Court*

Imam Sujono

Sekolah Tinggi Agama Islam Taruna Surabaya  
Jl. Kalirungkut Mejoyo 1/2 Surabaya  
Email: [imamsujono@staitaruna.ac.id](mailto:imamsujono@staitaruna.ac.id)

Naskah diterima: 06/01/2021 revisi: 30/06/2021 disetujui: 31/08/2021

### Abstrak

Indonesia adalah negara demokrasi yang berdasar atas hukum (*constitutional democratic state*), dengan pengertian bahwa konstitusi memiliki kedudukan sebagai hukum tertinggi, karena itu seluruh penyelenggaraan negara harus berdasar pada Konstitusi. Mahkamah Konstitusi hadir sebagai pengawal konstitusi untuk mewujudkan terjelmannya cita-cita Indonesia sebagai negara demokrasi yang berdasar atas hukum. Penelitian yang berjudul Penemuan Hukum dan Penggunaan Yurisprudensi Oleh Mahkamah Konstitusi mengkaji tentang arti penting penemuan hukum dan keterikatan penggunaan yurisprudensi dalam memutus perkara sesuai kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi. Penelitian ini menggunakan **metode socio legal**, yaitu metode penelitian yang mengkaji suatu permasalahan melalui analisa normatif, kemudian menggunakan pendekatan ilmu non-hukum yang berkembang di masyarakat. Hasil dari penelitian yang telah dilakukan yaitu; 1) penemuan hukum oleh Mahkamah Konstitusi diartikan sebagai upaya bagaimana Mahkamah Konstitusi menafsirkan Konstitusi (UUD 1945), menguji

---

<sup>1</sup> Artikel diolah dari paparan I Dewa Gede Palguna (Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia) yang disampaikan pada seminar dengan tema "Pendidikan Hukum untuk Pembentukan Hukum Indonesia yang Berkeadilan dan Berkepastian," yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada; Van Vollenhoven Institute, University of Leiden, dan Sekolah Tinggi Hukum Indonesia Jentera, bertempat di Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 27 Agustus 2019.

undang-undang terhadap UUD 1945, memutus perkara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, 2) Mahkamah Konstitusi tidak ada kewajiban untuk terikat dan tidak ada larangan untuk menggunakan yurisprudensi Mahkamah Agung beserta peradilan lain yang berada di bawahnya lingkungannya maupun yurisprudensi Mahkamah Konstitusi sendiri.

**Kata kunci:** penemuan hukum, yurisprudensi, Mahkamah Konstitusi

### Abstract

*Indonesia is a democratic state based on law (constitutional democratic state), with understanding that Constitution has a position as the supreme law, because the whole administration of the state should be based on the Constitution. The Constitutional Court was present as the guardian of the constitution to realize realization of ideals of Indonesia as a democratic state based on law. The research entitled Rechtsvinding and Jurisprudence Used by the Constitutional Court examines the importance of rechtsvinding and the attachment of using jurisprudence in deciding cases according to the authority possessed by the Constitutional Court. This research uses the Socio Legal method, which is a research method that examines a problem through normative analysis, then uses a non-legal science approach that develops in society. The results of the research that has been done are; 1) penemuan law by the Constitutional Court interpreted as an effort to how the Constitutional Court interpreting the Constitution (1945), testing the laws against the 1945 Constitution, to decide the other cases the authority granted by the 1945 Constitution, 2) The Constitutional Court there is no obligation to be bound and is not there is a prohibition to use the jurisprudence of the Supreme Court and other courts under its environment as well as the jurisprudence of the Constitutional Court itself.*

**Keywords:** rechtsvinding, jurisprudence, constitutional court

## I. PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Berbicara tentang penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam makalah ini konteksnya adalah penemuan hukum oleh hakim (*rechterlijke rechtsvinding*) yang berkenaan dengan penerapan atau penegakan hukum oleh hakim.<sup>2</sup> Oleh karena itu, dalam kaitan ini tepat kiranya jika terlebih dahulu dikutip pernyataan guru besar hukum dari Universitas Gadjah Mada, Sudikno Mertokusumo, yang memulai bahasannya tentang penemuan hukum dengan pernyataan:

<sup>2</sup> J.A. Pontier, *Penemuan Hukum* (terjemahan B. Arief Sidharta), Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan: Bandung, 2001, h. 1.

*Oleh karena undang-undangnya tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim harus mencari hukumnya, harus menemukan hukumnya. Ia harus melakukan penemuan (rechtsvinding). Penegakan dan pelaksanaan hukum sering merupakan penemuan hukum dan tidak sekedar penerapan hukum. Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit.<sup>3</sup>*

Dari pernyataan tersebut diperoleh pemahaman bahwa, pertama, melakukan penemuan hukum adalah upaya untuk mencari jawaban atas pertanyaan “apa hukumnya bagi suatu peristiwa atau kasus konkret tertentu dalam hal undang-undang tidak mengatur atau tidak jelas mengatur hal itu?” Kedua, penemuan hukum oleh hakim sesungguhnya lebih tepat dipahami sebagai kebutuhan hukum hakim, khususnya hakim di negara-negara yang menganut tradisi hukum civil law,<sup>4</sup> sebagaimana terjadi dan dikembangkan di negara-negara Eropa Daratan<sup>5</sup> dan negara-negara yang terpengaruh oleh tradisi ini, termasuk Indonesia. Kebutuhan itu muncul karena, di satu sisi, sebagai sisa-sisa “warisan” paham Legisme,<sup>6</sup> para hakim di negara-negara civil law pada umumnya telah menjadi terbiasa atau lebih akrab bernalar berdasarkan aturan (rule-based reasoning) dalam menghadapi kasus konkrit yang sedang diadili; sementara itu, di sisi lain, karena ternyata undang-undang tidak pernah lengkap atau sempurna maka berkembanglah maxim (yang kemudian diterima sebagai asas<sup>7</sup>) ius curia novit (atau iura novit curia)<sup>8</sup> yaitu hakim dianggap tahu apa hukumnya bagi suatu peristiwa konkret yang sedang diadilinya. Inilah yang kemudian dijadikan sebagai landasan argumentasi bahwa hakim tidak boleh menolak mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak ada hukum yang mengatur perkara yang bersangkutan. Atas

<sup>3</sup> Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, 1993, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti: Bandung, h. 4.

<sup>4</sup> John Henry Merryman, 1985, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press: Stanford-California, h. 1-5. Lihat juga Linda Picard Wood (Ed.), 1996, *Merriam-Webster's Dictionary of Law*, Merriam-Webster Inc.: Springfield-Massachusetts, h. 543.

<sup>5</sup> K. Zweigert and H. Kötz, 1998, *An Introduction to Comparative Law* (translated from the German by Tony Weir), Third Revised Edition, Clarendon Press: Oxford-New York, h. 74-285.

<sup>6</sup> Cicero, *The Republic and The Laws* dalam William Ebenstein, 1960, *Great Political Thinkers, Plato to the Present*, Third Edition, lihat juga Holt, Rinehart and Winston: New York-Chicago-San Francisco-Toronto, h. 135; lihat lebih jauh Charles de Secondat, Baron de Montesquie, 2001, *The Spirit of Laws* (translated by Thomas Nugent), Batoche Books: Kitchener-Ontario (Canada), khususnya halaman 59-114. Lihat juga Philipus M. Hadjon-Tatiek Sri Djatmiati, 2016, *Argumentasi Hukum*, Gadjah Mada University Press: Yogyakarta, h. 24-25.

<sup>7</sup> Asas hukum di sini diberi pengertian sebagai kebenaran atau pernyataan mendasar yang digunakan sebagai landasan melakukan penalaran hukum (legal reasoning).

<sup>8</sup> David Johnston, 1999, *Roman Law in Context*, Cambridge University Press: Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town; Edith Hamilton, 1932, *The Roman Way*, W.W. Norton & Company Inc.: New York; Brian Z. Tamanaha, 2004, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press: Cambridge.

dasar argumentasi ini dikembangkan pemikiran lebih jauh bahwa karena itu hakim wajib menggali hukum yang hidup dalam masyarakat.

Putusan hakim sebagai salah satu sumber hukum formal, maka yurisprudensi mempunyai kedudukan penting eksistensinya apabila dihubungkan terhadap tugas dan kewenangan hakim. Apabila dikaji dari aliran legisme maka peranan yurisprudensi relatif kurang penting karena diasumsikan semua hukum terdapat dalam undang-undang. Oleh karena itu, hakim dalam melaksanakan tugasnya terikat pada apa yang ada dalam undang-undang, sehingga merupakan pelaksana undang-undang.<sup>9</sup>

Jimly Asshiddiqie dalam bukunya telah merumuskan setidaknya ada tujuh macam sumber hukum tata negara yaitu: (a) Nilai-nilai konstitusi yang tidak tertulis; (b) Undang-undang dasar, baik pembukaannya maupun pasal-pasalnya; (c) Peraturan perundang-undangan tertulis; (d) Yurisprudensi peradilan; (e) Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*; (f) Doktrin ilmu hukum yang telah menjadi *ius commisionis opinio doctorum*; (g) Hukum internasional yang telah diratifikasi atau telah berlaku sebagai hukum kebiasaan internasional.<sup>10</sup>

Dari segi kemerdekaan hakim, yurisprudensi pada pokoknya tidak mencederai nilai-nilai kemerdekaan hakim. Yurisprudensi sebagai konsekuensi bahwa ia adalah penghalusan dari undang-undang, didalamnya terkandung norma undang-undang yang mengikat hakim, sehingga hakim tidak dapat dikatakan tidak merdeka ketika hakim memutuskan mempertimbangkan yurisprudensi. Kemudian Yurisprudensi dijadikan sebagai pedoman untuk hakim memutuskan suatu perkara. Dengan adanya pedoman atau pegangan yang ada dalam yurisprudensi tersebut, maka akan timbul konsistensi dalam sikap peradilan dan menghindari putusan-putusan yang kontroversial, hal mana pada gilirannya akan memberikan jaminan kepastian hukum serta kepercayaan terhadap peradilan dan penegakan hukumnya, baik di forum nasional dan terutama tingkat internasional.

## B. Purnusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka permasalahan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut: *Pertama*, bagaimana urgensi penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Konstitusi? *Kedua*, bagaimana penggunaan yurisprudensi dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi?

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jilid II, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 65.v

<sup>10</sup> Jimly Asshiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, cet. ke-5, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2014. h.121.

### C. Metode Penelitian

Metode Penelitian adalah suatu cara ilmiah untuk mendapatkan data-data tertentu dengan tujuan dan kegunaan tertentu. Atau seperangkat aturan, kegiatan, dan prosedur yang digunakan oleh peneliti. Banyak persoalan kemasyarakatan yang sangat rumit dan tidak bisa dijawab secara tekstual dan monodisiplin, dan dalam situasi seperti ini penjelasan yang lebih mendasar dan mencerahkan bisa didapatkan secara interdisipliner. Oleh karenanya dibutuhkan suatu pendekatan hukum yang bisa menjelaskan hubungan antara hukum dan masyarakat. Dan pendekatan *socio legal* merupakan salah satu alternatifnya.<sup>11</sup> Metode penelitian *socio legal* yaitu metode penelitian yang mendekati suatu permasalahan melalui penggabungan antara analisa normatif dengan pendekatan ilmu non-hukum dalam melihat hukum. Penelitian *socio legal*, merupakan penelitian yang mengkaji ilmu hukum dengan memasukkan faktor social dengan tetap dalam batasan penulisan hukum. Penelitian *socio legal* adalah suatu pendekatan alternatif yang menguji studi doktrinal terhadap hukum.

Kata "socio" dalam *socio legal studies* merepresentasi keterkaitan antar konteks dimana hukum berada (an interface with a context within which law exists).<sup>12</sup> Penelitian *socio legal* tetap mendahulukan pembahasan norma-norma hukum, kemudian mengupasnya dengan komprehensif dari kajian ilmu non-hukum/faktor-faktor diluar hukum, seperti sejarah, ekonomi, social, politik, budaya dan lainnya. *Socio legal* merupakan konsep payung, yaitu memayungi semua pendekatan terhadap hukum, proses hukum maupun sistem hukum. Penelitian *socio legal* tidak berada dalam dikotomis pertentangan para peneliti hukum, antara apakah sebuah penelitian yuridis normatif/doktrinal ataupun penelitian yuridis empiris. Penelitian *socio legal* tidak melepaskan diri dari kajian yuridis normatif/doktrinal, justru mengupas tuntas dahulu kajian normatif, doktrin hukumnya, kemudian baru "dibongkar" melalui kajian dari aspek non hukum.

## II. PEMBAHASAN

### A. Urgensi Penemuan Hukum Oleh Hakim Mahkamah Konstitusi

Jika mengikuti pendapat Bruggink, terdapat dua model penemuan hukum, yaitu metode interpretasi (*interpretatiemethoden*) dan model penalaran

<sup>11</sup> Muhammad Hakim, "PERGESERAN ORIENTASI PENELITIAN HUKUM: DARI DOKTRINAL KE SOSIO-LEGAL." *Syariah: Jurnal Hukum dan Pemikiran* [Online], 16.2 (2016): 105-114.

<sup>12</sup> Reza Banakar and Max Travers "Law, Sociology and Method". and Banakar, Reza Travers, Max (editors). *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Hart Publishing Ltd. 2005, 1-26.

(redeneerwijzen) atau konstruksi hukum.<sup>13</sup> Untuk interpretasi, terdapat empat model, yaitu;

- (1) interpretasi bahasa (de taalkundige interpretasi);
- (2) historis undang-undang (de wethistorische interpretatie);
- (3) sistematis (de systematische interpretatie);
- (4) kemasyarakatan (de maatshappelijke interpretatie).

Sementara itu, untuk penalaran atau konstruksi hukum terdapat tiga bentuk, yaitu

- (1) analogi;
- (2) rechtsverfijning (penghalusan hukum atau penyempitan hukum) dan (3) argumentum a contrario.<sup>14</sup>

Serupa dengan pendapat Bruggink di atas, Scholler menyebutkan bahwa di negara-negara civil law ada empat kelompok metode penafsiran yang prinsip-prinsipnya dikembangkan berdasarkan statutory interpretation, yaitu (1) literal, (2) intentional, (3) systematic; dan (4) teleological.<sup>15</sup> Namun, Scholler memberikan catatan bahwa sebelum menerapkan metode-metode penafsiran tersebut, terlebih dahulu harus dipahami keberadaan dan berlakunya “kaidah-kaidah penafsiran” (cannons of interpretation) yang telah diterapkan secara tradisional yaitu verbal meaning (makna verbal), grammatical construction (bangunan atau konstruksi gramatikal); statutory context (konteks perundang-undangan), dan aspek-aspek teleologis atau kemasyarakatan (teleological aspects) dari ketentuan undang-undang yang hendak ditafsirkan itu.<sup>16</sup>

Sementara itu, di negara-negara penganut tradisi common law, prinsip-prinsip penafsiran dikembangkan melalui putusan-putusan pengadilan.<sup>1217</sup> Keadaan demikian dapat dipahami karena berkait erat keberlakuan doktrin stare decisis atau precedent (yang telah diterima sebagai prinsip) yang dipegang tegus oleh para hakim atau pengadilan di negara-negara tersebut. Doktrin atau prinsip ini mengandung pengertian bahwa pendapat hakim atau putusan-putusan pengadilan sebelumnya atau pengadilan yang lebih tinggi dalam kasus konkret tertentu mengikat hakim atau pengadilan berikutnya (atau pengadilan yang lebih rendah) dalam mengadili kasus yang serupa.<sup>18</sup> Dalam kaitan ini, bagi

<sup>13</sup> Philipus M. Hadjon-Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum.....*, h. 25.

<sup>14</sup> *Ibid.*, h. 26-30.

<sup>15</sup> Heinrich Scholler, 2004, *Notes on Constitutional Interpretation*, Hans Seidel Foundation: Jakarta, 2004, h.4.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Byran A. Garner (Editor in Chief), 1999, *Black's Law Dictionary*, West Group: St. Paul Minn., h. 1312 juncto h. 430.

hakim negara-negara common law yang juga menerima prinsip-prinsip statutory interpretation, seperti di Amerika Serikat, tidak terdapat perbedaan cara kerja dalam memutus kasus berdasarkan stare decisis (precedent) dan berdasarkan undang-undang, sebagaimana dikatakan oleh Benjamin Cardozo, “Stare decisis is at least the everyday working rule of our law. I shall have something to say later about the propriety of relaxing the rule in exceptional conditions. But unless those conditions are present, the work of deciding cases in accordance with precedent that plainly fit them is a process similar in its nature to that of deciding cases in accordance with a statute.”<sup>19</sup>

Inti dari seluruh catatan pengantar di atas hanyalah untuk sekadar menekankan bahwa penemuan hukum merupakan kebutuhan bagi hakim atau pengadilan dalam memutus perkara konkrit yang sedang diadilinya dalam hal terdapat keadaan di mana terhadap perkara tersebut undang-undang tidak mengaturnya atau tidak jelas mengaturnya atau bisa juga terdapat pertentangan aturan yang berlaku terhadap perkara tersebut. Dalam keadaan demikian maka hakim harus menentukan apa atau bagaimana hukumnya yang berlaku terhadap perkara tersebut untuk kemudian dituangkan ke dalam putusan. Dalam menentukan apa atau bagaimana hukumnya itu, hakim dapat menggunakan interpretasi hukum maupun konstruksi hukum.

Dilihat dari sudut pandang demikian maka tidaklah tepat jika penemuan hukum dikaitkan dengan Mahkamah Konstitusi apabila penemuan hukum dimaksud dimaknai semata-mata sebagai “apa hukum yang diberlakukan oleh Mahkamah Konstitusi terhadap suatu kasus jika undang-undang tidak mengatur atau tidak jelas mengaturnya?” Sebab, fungsi utama Mahkamah Konstitusi (dan mahkamah konstitusi atau yang disebut dengan nama lain di seluruh semua negara) adalah constitutional review,<sup>20</sup> khususnya dalam hal ini menguji konstusionalitas norma undang-undang. Dengan kata lain, dilihat dari perspektif fungsi utamanya, tugas utama Mahkamah Konstitusi bukanlah menerapkan norma undang-undang melainkan justru “mengadili” norma undang-undang itu sehingga hakim pengadilan “biasa” (ordinary courts) tidak menerapkan norma undang-undang yang bertentangan dengan Konstitusi. Oleh karena itu, dalam tulisan ini, penemuan hukum oleh Mahkamah Konstitusi akan diartikan sebagai

<sup>19</sup> Benjamin N. Cardozo, 2005, *The Nature of Judicial Process*, Dover Edition, Dover Publications, Inc.: Mineola-New York, h. 16.

<sup>20</sup> Untuk memperoleh gambaran yang lebih komprehensif mengenai fungsi constitutional review mahkamah konstitusi, lihat antara lain Jimly Asshiddiqie, 2005, *Model-model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*, Cetakan Kedua, Konpres: Jakarta h.1-47; H. Hausmaninger, 2003, *The Austrian Legal System*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung: Wien, h. 139; I D.G. Palguna, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint)*, *Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Sinar Grafika: Jakarta, h. 189-215; I D.G. Palguna, *Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan dengan Negara Lain*, KonPress: Jakarta, 2018, h. 1-24.

upaya menemukan jawaban atas pertanyaan “bagaimana Mahkamah Konstitusi menafsirkan Konstitusi (in casu UUD 1945), khususnya dalam melaksanakan kewenangannya menguji konstusionalitas undang-undang.” Dengan pembatasan demikian bukan berarti Mahkamah Konstitusi hanya melakukan penafsiran Konstitusi tatkala melaksanakan kewenangannya menguji konstusionalitas undang-undang. Sesuai dengan kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945, Mahkamah Konstitusi berwenang menguji undang-undang terhadap UUD 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, memutus pembubaran partai politik; memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, serta memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden melakukan pelanggaran atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana diatur dalam UUD 1945,<sup>21</sup> sehingga sesungguhnya setiap pelaksanaan kewenangannya Mahkamah Konstitusi melakukan penafsiran konstitusi.

Dengan kata lain, dapat dikatakan bahwa pada dasarnya putusan-putusan Mahkamah Konstitusi adalah wujud penafsiran hakim konstitusi hakim yang bersifat mengikat terhadap perkara yang diputusnya.<sup>22</sup> Dijadikannya pelaksanaan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam menguji konstusionalitas undang-undang sebagai fokus bahasan penafsiran konstitusi dalam tulisan ini, di samping karena alasan terbatasnya ruang, adalah karena pengujian konstusionalitas undang-undang dapat dikatakan sebagai core business Mahkamah Konstitusi, sebagaimana halnya mahkamah konstitusi di berbagai negara. Bahkan, jika bertolak dari Putusan Mahkamah Amerika Serikat dalam kasus *Marbury v. Madison* (1803)<sup>23</sup> maupun pendirian mahkamah konstitusi pertama di dunia, dalam hal ini Mahkamah Konstitusi Austria (*Bundesverfassungsgerichtshof*),<sup>24</sup> dapat dikatakan bahwa sejarah kelahiran mahkamah konstitusi (atau yang disebut dengan nama lain) sesungguhnya adalah sejarah kelahiran gagasan pengujian konstusionalitas undang-undang.

Berbicara tentang penafsiran konstitusi pada dasarnya adalah berbicara tentang cara melakukan elaborasi terhadap pengertian-pengertian yang terkandung dalam konstitusi yang hasilnya kemudian diakui dan diperlakukan sebagai (bagian)

<sup>21</sup> Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945.

<sup>22</sup> Jimly Asshiddiqie, 2007, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT Bhuana Ilmu Populer: Jakarta, h. 604-605.

<sup>23</sup> Untuk ulasan komprehensif tentang kasus *Marbury v. Madison*, sebagai putusan pengadilan pertama yang mengadopsi gagasan pengujian konstusionalitas undang-undang, lihat, antara lain, Robert Lowry Clinton, 1989, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas: Kansas.

<sup>24</sup> Untuk ulasan mengenai sejarah kelahiran Mahkamah Konstitusi Austria (*Bundesverfassungsgerichtshof*), lihat I D.G. Palguna, *Mahkamah Konstitusi...op.cit.*, h. 225-239.

hukum tata negara.<sup>25</sup> Atau, sebagaimana dikatakan Anthony Mason, menafsirkan konstitusi adalah upaya menemukan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan yang berkenaan dengan bagaimana cara memandang konstitusi serta tujuan-tujuan yang hendak diwujudkan oleh konstitusi itu.<sup>26</sup> Secara metodologis, menurut Scholler, metode-metode penafsiran undang-undang juga berlaku dalam penafsiran konstitusi namun keberlakuan itu hanya sebatas sebagai titik tolak (*starting point*). Sebab, dalam penafsiran konstitusi, ada tiga aspek tambahan penting yang mutlak diperhatikan, yaitu *the unity of the constitution* (kesatuan konstitusi), *practical coherence of the contitution* (koherensi praktis konstitusi), dan *appropriate working of the constitution* (bekerja secara tepatnya konstitusi).<sup>27</sup>

Dengan demikian, misalnya, dalam suatu kasus konkret tertentu dalam pengujian konstusionalitas undang-undang, tidaklah keliru jika hakim menafsirkan konstusionalitas suatu norma undang-undang (atau bagian tertentu dari suatu norma undang-undang) dengan bertolak metode penafsiran sejarah. Namun, tatkala penggunaan penggunaan metode demikian sebagai titik tolak ternyata menghasilkan konklusi atau pendapat hukum yang tidak bersesuaian, apalagi bertentangan, dengan kebutuhan untuk memahami konstitusi sebagai satu kesatuan, atau (dapat) melahirkan praktik yang tidak logis, atau menyebabkan konstitusi tidak mungkin bekerja atau diterapkan secara tepat maka penafsiran sejarah itu harus ditinggalkan. Hal yang sama juga berlaku terhadap penggunaan metode penafsiran lain sebagai titik tolak penafsiran konstitusi. Oleh karena itu, tidak mudah (jika tak hendak mengatakan tidak mungkin) untuk menyatakan suatu metode penafsiran tertentu sebagai metode yang paling tepat dalam menafsirkan konstitusi, dalam hal ini penafsiran konstitusi yang diberlakukan dalam menguji konstusionalitas suatu undang-undang.

Hal yang menjadi perdebatan tanpa henti dalam penafsiran konstitusi bukanlah persoalan metode penafsiran mana yang dianggap paling tepat melainkan persoalan kecenderungan pendirian atau sikap hakimnya dalam menafsirkan konstitusi itu. Jika bercermin pada praktik di Amerika Serikat sebagai negara yang menurut catatan para ahli merupakan negara pertama yang memberlakukan konstitusi tertulis, terdapat dua kecenderungan pendirian hakim dalam menafsirkan konstitusi, yaitu mereka yang berpegang pada prinsip *originalism* (sehingga

<sup>25</sup> Keith E. Whittington, 1999, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, University Press of Kansas: Kansas, h. 5.

<sup>26</sup> Sir Anthony Mason, "Theoretical Approaches to Constitutional Interpretation" dalam Charles Samford & Kim Preston, 1996, *Interpreting Constitution*, the Federation Press: Sydney, h. 14.

<sup>27</sup> Heinrich Sholler, *Notes on Constitutional Interpretation....*, h. 4-5.

disebut *originalist*) dan mereka yang berpegang pada prinsip *non-originalism* (sehingga disebut *non-originalist*). Pendirian kedua kelompok ini hingga sekarang tidak dapat dipertemukan sehingga penafsiran yang dilahirkan dari keduanya pun menjadi berbeda.<sup>28</sup>

Mereka yang disebut *originalist* dikelompokkan lagi menjadi dua yaitu mereka yang berpegang pada “maksud asli” atau *original intent* (sehingga disebut *original intention originalism*) dan mereka yang berpegang pada “makna asli” atau *original meaning* (sehingga disebut *original meaning originalism*). Menurut pendapat para penganut *original intention originalism*, konstitusi harus ditafsirkan sesuai dengan maksud asli para perancang konstitusi itu. Para hakim dari kelompok *original intention originalists* ini mengecam pendirian para *non-originalists* – dianggap menggunakan pendekatan liberal – sebagai pendekatan yang tidak berdasar (*illigitimate*).<sup>29</sup>

Salah satu tokoh *original intention originalist* yang terkenal adalah Robert H. Bork. Dalam satu tulisannya yang dimuat di *Indiana Law Journal*,<sup>30</sup> Bork menyatakan bahwa putusan-putusan hakim (in casu Mahkamah Agung Amerika Serikat) harus senantiasa dilandasi atau dikontrol oleh prinsip-prinsip yang netral. Persyaratan demikian, menurut Bork, diturunkan dari adanya keadaan anomali yang lahir dari pemberlakuan prinsip supremasi pengadilan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Dikatakan anomali karena, menurut Bork, jika pengadilan benar-benar *supreme*, serta mampu memerintah sesuai dengan prinsip *supreme* demikian, maka masyarakat yang demikian bukanlah masyarakat yang demokratis. Namun, anomali demikian ditiadakan oleh model pemerintahan yang dituangkan dalam struktur Konstitusi (Amerika Serikat), suatu model yang di atasnya juga berlaku prinsip persetujuan rakyat dibatasi oleh Mahkamah Agung.<sup>31</sup> Prinsip-prinsip yang netral itu, kata Bork, dapat ditemukan dalam Konstitusi, yaitu pada nilai-nilai yang dipilih oleh para Pendiri Negara (*Founding Fathers*), bukan pada Mahkamah Agung.<sup>32</sup> Pada kesempatan lain, Bork menegaskan kembali argumentasinya sebagai seorang *original intention originalist* dengan mengatakan bahwa Konstitusi adalah “Law.” Karena itu, jika konstitusi benar-benar “Law” maka – sebagaimana halnya semua law – pengertian sebagaimana yang dimaksudkan oleh pembuat law itulah yang

<sup>28</sup> I D.G. Palguna, *Originalism dalam Penafsiran Konstitusi di Amerika Serikat*, Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, November 2019.

<sup>29</sup> James E. Ryan, “Laying Claim to the Constitution. The Promise of New Textualism,” *Virginia Law Review* No. 97: 1523, 2011, h. 1529.

<sup>30</sup> Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal*, Vol. 47, Issue 1, Article 1, 1971 (<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol47/iss1/1>).

<sup>31</sup> *Ibid.*, h. 2.

<sup>32</sup> *Ibid.*, h. 7.

mengikat hakim, sebagaimana halnya ia mengikat cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif. Oleh sebab itu, dalam menafsirkan Konstitusi, hakim (dalam tingkatan mana pun) terikat oleh maksud perancang Konstitusi.<sup>33</sup>

Namun, pandangan original intention originalist ini menuai kritik tajam. Ada dua nama yang menurut Lawrence B. Solum<sup>34</sup> dianggap sebagai peletak dasar krititik terhadap original intention originalism, yaitu Paul Brest dan Jefferson Powell. Brest mempertanyakan cara mengetahui maksud dari sebuah lembaga yang keanggotaannya bersifat majemuk jika hanya berdasarkan pada teks. Kendatipun benar bahwa teks dapat memberi petunjuk maksud dari para perancang Konstitusi, teks itu sendiri tidak memiliki kedudukan lebih penting dari sumber-sumber lain dalam upaya menemukan maksud tersebut.<sup>35</sup> Lagi pula, kata Brest lebih jauh, para intentionalists sering memperlakukan tulisan ataupun pernyataan dari para perancang Konstitusi sebagai seolah-olah bukti yang menunjukkan maksud mereka.<sup>36</sup>

Apabila diringkaskan, kritik Brest terhadap original intention originalism mencakup alasan-alasan berikut:

- (1) kesulitan untuk memastikan maksud institusional dari suatu lembaga multianggota (majemuk) secara umum;
- (2) masalah-masalah tertentu yang berkait dengan pengidentifikasian maksud para anggota Konvensi Philadelphia dan maksud negara-negara bagian yang meratifikasi konvensi-konvensi (yang mendahului Konvensi Philadelphia – Penulis) dalam hal Konstitusi yang asli dan maksud para anggota Kongres serta maksud lembaga-lembaga legislatif negara-negara bagian dalam hal berbagai amandemen terhadap Konstitusi (yang asli);
- (3) masalah dalam menentukan level keumuman atau kekhususan maksud dari para Perancang atau para peratifikasi;
- (4) masalah penarikan kesimpulan perihal adanya maksud dengan bertolak dari struktur konstitusi;
- (5) kesulitan untuk menerjemahkan keyakinan-keyakinan dan nilai-nilai dari para Perancang dan peratifikasi mengingat perubahan-perubahan yang terjadi di sepanjang waktu;
- (6) problem legitimasi demokratis – yaitu bahwa Konstitusi 1789 dirancang dan diratifikasi tanpa keikutsertaan kaum perempuan dan budak;

<sup>33</sup> "Exploring the Constitutional Theory of Constitutional Interpretation" dalam <https://csl-cla.semo.edu/hhill/ui305/constitutional%20interpretationa.htm>.

<sup>34</sup> Lawrence B. Solum, "What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory", *Georgetown University Law Center*, 2011, h. 10.

<sup>35</sup> Paul Brest, "The Miscoceive Quest for Original Understanding," *Boston University Law Review*, Vol. 60:204, 1980, h. 138.

<sup>36</sup> *Ibid.*, h. 139.

(7) masalah instabilitas, dalam arti bahwa perintah konstitusi yang kaku (inflexible constitutional order) tidak mampu beradaptasi dengan keadaan-keadaan yang terus-menerus berubah.<sup>37</sup>

Sementara itu, Powell mendasarkan kritiknya dengan mempertanyakan anggapan para intentionalists bahwa para perancang Konstitusi menginginkan atau memaksudkan Konstitusi hasil rancangannya itu untuk ditafsirkan sesuai dengan maksud mereka. Sekalipun benar terdapat rujukan frasa-frasa perihal “maksud asli” dan “maksud para perancang” dalam perdebatan dalam proses perancangan Konstitusi, frasa-frasa tersebut tidaklah mewakili versi awal dari original intention originalism.<sup>38</sup> Brest lebih jauh menegaskan bahwa harapan utama para perancang Konstitusi di Philadelphia itu dalam hubungannya dengan penafsiran konstitusi adalah agar Konstitusi, sebagaimana halnya dokumen hukum lain, ditafsirkan sesuai dengan bahasa yang tegas atau jelas dalam Konstitusi itu. Adanya harapan ini, kata Powell, terbukti dari banyaknya upaya dari para perancang untuk memperjelas rumusan teks, baik untuk menghilangkan kekaburan atau ketidakjelasan maupun untuk mengusir kekhawatiran bahwa bahasa yang terlalu berlebihan akan dipahami secara literal dan karenanya tujuan dari suatu ketentuan tertentu justru jadi terkalahkan.<sup>39</sup> Lagi pula, menurut Powell, meskipun bahan-bahan perdebatan perihal bahasa yang digunakan dalam Konstitusi itu sangat berlimpah, tak satu pun dari perdebatan itu yang menunjukkan keberadaan suatu delegasi yang menyarankan bahwa untuk menghindari kesalahpahaman terhadap teks Konstitusi, para penafsir Konstitusi di masa depan dapat mengatasinya dengan mempertimbangkan maksud-maksud yang terartikulasikan selama berlangsungnya konvensi Konstitusi di Philadelphia.<sup>40</sup>

Mulai akhir abad ke-20, original intention originalism mulai ditinggalkan, dan kemudian bergeser menjadi original meaning originalism.<sup>41</sup> Tokoh sentral yang berperan penting dalam terjadinya pergeseran ini adalah Hakim Agung Antonin Scalia. Dalam pidatonya sebuah seminar yang diselenggarakan oleh Department of Justice, Scalia menyarankan untuk menghentikan upaya pencarian maksud asli para perumus dan menggantinya dengan menemukan “makna umum yang asli” (original public meaning) yang terkandung dalam teks Konstitusi itu.<sup>42</sup> Alasannya,

<sup>37</sup> Ibid., h. 214-231. Lihat juga Lawrence B. Solum, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*..., h. 8-9.

<sup>38</sup> H. Jefferson Powell, “The Original Understanding of Original Intent”, *Harvard Law Review*, Vol. 98: 885, 1985, h. 903.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid., h. 903-904.

<sup>41</sup> Richard S. Kay, “Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation”, *Northwestern University Law Review*, No. 103: 703, 2009, h. 705-709.

<sup>42</sup> Randy E. Barnett & Evan Bernick, “The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 107: 1, 2018, h. 10-11.

karena Konstitusi itu merupakan teks maka ia harus ditafsirkan sesuai dengan makna aslinya yaitu makna umum yang berlaku ketika teks tersebut diratifikasi.<sup>43</sup>

Selain karena alasan di atas, menurut Ralph Rossum, alasan lain yang mendorong Scalia untuk meninggalkan *original intention* adalah karena ketidaksetujuannya terhadap penggunaan *legislative history* oleh pengadilan dalam menafsirkan undang-undang. Ia khawatir “logika” yang sama diberlakukan hakim dalam penafsiran konstitusi. Menurut Scalia, “The use of legislative history can ‘mask the underlying choices made by the judge in construing a statute’ and can confer ‘a false impression that elected representatives actually considered and intended the result reached by the judge’. It can also upset delicate legislative compromises that ‘are best found’ in the actual language of the statute.”<sup>44</sup> Scalia meyakini, berpegang kepada *original public meaning* –yang berarti berpegang pada teks dan tradisi– akan mencegah atau mengekang *judicial descretion*. Mencegah *judicial discretion* ini sangat penting untuk menghindarkan hakim menggunakan kesukaan atau preferensinya sendiri dalam menafsirkan Konstitusi. Ketaatan kepada teks konstitusi atau (dalam hal terjadi ambiguitas) kepada pengertian tradisional dari mereka yang mengadopsi Konstitusi itu akan mereduksi bahaya di mana hakim mengganti keyakinan masyarakat dengan keyakinannya sendiri.<sup>45</sup> Bagi Scalia, teks membentuk aturan sehingga hakim tinggal menerapkan aturan itu sebagai hukum. Karena itu, ketika teks atau tradisi tidak memberi aturan maka tidak ada aturan, yang berarti tidak ada hukumnya bagi hakim untuk menerapkan aturan yang berlawanan dengan tindakan cabang kekuasaan yang merepresentasikan kehendak rakyat (yaitu yang merumuskan aturan itu) sehingga berarti tidak ada alasan pembenar bagi campur tangan hakim.<sup>46</sup>

Secara teori, pergeseran dari *original intention* *originalism* menjadi *original meaning* *originalism* merupakan perubahan yang signifikan. Namun, menurut Ryan, dalam praktik hampir tidak membawa perubahan yang berarti. Hal itu terjadi bukan saja karena kelompok konservatif (*intentionalists*) acapkali tidak mau menerima *originalism* “versi baru” ini jika hal itu membawa *outcomes* yang mereka nilai liberal tetapi juga karena metodologi yang digunakan relatif tidak berubah. Karena itu, menurut Ryan, sesungguhnya tidak ada perbedaan antara *original intention* *originalism* dan *original meaning* *originalism*.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> “Notes on Original Meaning and Its Limits”, *Harvard Law Review*, Vol. 120: 1279, 2007, h. 1280.

<sup>44</sup> Ralph A. Rossum, *Antonin Scalia’s Jurisprudence, Text and Tradition*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2006, h. 11.

<sup>45</sup> *Ibid.*, h. 27.

<sup>46</sup> *Ibid.*, h. 33.

<sup>47</sup> James E. Ryan, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism...*, h. 1533.

Berbeda dari mereka yang berada dalam kelompok originalists, mereka yang berada di kelompok non-originalists memandang konstitusi itu sebagai organisme yang hidup (living organism). Karena itulah para non-originalists ini juga kerap disebut living constitutionalists karena memperlakukan konstitusi sebagai konstitusi yang hidup (living constitution). Pandangan para living constitutionalists bertolak dari pemikiran bahwa Konstitusi (Amerika Serikat) dibuat dengan maksud agar mampu bertahan hingga berabad-abad sehingga, sebagai konsekuensinya, dalam menghadapi berbagai krisis ia harus mampu beradaptasi. Karena itu, pengertian Konstitusi haruslah senantiasa berubah sebagai ekspresi perubahan nilai-nilai mendasar dari setiap generasi.<sup>48</sup> Konstitusi juga harus berkembang (evolving) sehingga maknanya pun harus berkembang sebab hanya dengan perkembangan makna itulah Konstitusi mampu bertahan.<sup>49</sup>

Erwin Chemerinsky, seorang pendukung living constitutionism, menentang keras pendirian para originalists dengan alasan ada problem metodologi yang serius dalam dasar pikiram para originalists itu. Membaca sejarah Konstitusi untuk menemukan “maksud asli,” kata Chemerinsky, tidaklah bebas nilai (value-neutral) karena adanya proses subjektif dalam memutuskan maksud siapa yang akan dipilih (maksud para perancang atau maksud dari mereka yang meratifikasi) untuk memastikan bahwa pandangan merekalah yang memiliki arti dan untuk menentukan maksud dari begitu banyak orang yang acapkali memiliki tujuan atau maksud yang berbeda-beda.<sup>50</sup> Bahkan, kata Chemerinsky lebih jauh, andaikata pun problem metodologis tersebut dapat dipecahkan, maksud-maksud tertentu dari originalism membawa kita pada kesimpulan yang absurd. Misalnya, jika mengikuti jalan pikiran para originalists, memilih seorang perempuan sebagai presiden atau wakil presiden adalah bertentangan dengan Konstitusi sebab Pasal II merujuk pemegang jabatan ini dengan sebutan “he” dan tidak terdapat keraguan bahwa perancang Konstitusi bermaksud hanya laki-lakilah yang akan mengisi jabatan Presiden dan Wakil Presiden.<sup>51</sup> Sementara itu, dalam mendukung pandangannya sebagai living constitutionalist, ia mengatakan bahwa landasan konsep living constitution terletak pada kenyataan bahwa masyarakat modern tidak mungkin diperintah berdasarkan pandangan-pandangan tertentu dari individu-individu yang hidup berabad-abad yang lalu.<sup>52</sup> Pada kesempatan lain, Chemerinsky menegaskan

<sup>48</sup> Dennis J. Goldford, 2005, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2005, h. 58.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Erwin Chemerinsky, “The Supreme Court 1988 Term, Forward: The Vanishing Constitution,” *Harvard Law Review*, Vol. 103: 43, 1989, h. 92.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid.

bahwa sangat tidak masuk akal mengembangkan pengertian Konstitusi untuk abad ke-21 dilakukan dengan menggunakan pengertian dari abad ke-18. Sepanjang sejarah Amerika, Mahkamah Agung telah memutuskan secara cermat makna Konstitusi dengan melihat teksnya, tujuannya, strukturnya, preseden-preseden yang ada, praktik sejarah, serta kebutuhan-kebutuhan dan nilai-nilai terkini.<sup>53</sup>

Dalam konteks Indonesia, dengan bertolak dari putusan-putusan Mahkamah Konstitusi sepanjang sejarah keberadaannya, belum tampak adanya perbedaan pandangan di kalangan para hakim konstitusi sedemikian rupa sehingga dapat secara dikotomis dikatakan ada “pembelahan” antara hakim konstitusi yang originalist dan hakim konstitusi yang non-originalist. Dalam kaitan ini, saya berpendapat bahwa persoalan mendasarnya bukanlah terletak pada jawaban atas pertanyaan apakah lebih tepat menjadi originalists ataukah menjadi non-originalist (living constitutionalists) melainkan pada persoalan bagaimana memahami pengertian-pengertian yang terkandung dalam Konstitusi dan bagaimana mewujudkannya. Sehingga, suatu ketika originalism mungkin lebih tepat digunakan sedangkan pada kesempatan lain justru menjadi aneh jika originalism diberlakukan.

Selanjutnya, penjelasan perihal penemuan hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam kaitannya dengan kondisi legislasi Indonesia saat ini dan tujuan negara hukum, Ada dua persoalan mendasar yang mesti dipaparkan terlebih dahulu. Pertama, paparan perihal kondisi legislasi Indonesia saat ini – topik yang menuntut bukan sekadar pernyataan-pernyataan kualitatif tetapi juga, atau bahkan terutama, data yang merupakan hasil field research. Kedua, paparan perihal negara hukum – sebab, untuk mengetahui tujuan negara hukum tidak mungkin dilakukan tanpa meninjau terlebih dahulu perkembangan yang terjadi dalam sejarah pemikiran negara hukum.

Karena itu, pada kesempatan ini saya hanya akan memaparkan secara umum saja. Terkait dengan kondisi legislasi Indonesia saat ini, saya hanya akan menggarisbawahi dua hal. Pertama, masih tetap tingginya permohonan pengujian konstitusionalitas undang-undang yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi tidak selalu menunjukkan adalah hal-hal yang serius yang berkait dengan penafsiran konstitusi. Dikatakan “tidak selalu” sebab acapkali hal yang dimohonkan bahkan tidak berkait dengan konstitusionalitas norma undang-undang yang dimohonkan

<sup>53</sup> Erwin Chemerinsky, “Constitutional Interpretation for the Twenty-first Century”, *Advance, the Journal for the ACS Issue Groups*, Washington, D.C.: American Constitution Society for Law and Policy, 2007, h. 25.

pengujian melainkan penerapan norma undang-undang itu oleh hakim dalam pengadilan-pengadilan di lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung atau oleh aparat penegak hukum. Artinya, norma undang-undangnya sendiri tidak bertentangan dengan UUD 1945. Bahkan, tidak jarang terjadi tidak ada kaitan sama sekali dengan pengujian konstiusionalitas undang-undang. Sebab yang dibawa oleh Pemohon adalah kasus konkret yang telah diputus oleh pengadilan. Terhadap persoalan demikian, penyebabnya sebagian besar karena tidak adanya kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadili perkara-perkara pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*).<sup>54</sup> Kedua, dipisahkannya pengujian konstiusionalitas undang-undang (yang berada di tangan Mahkamah Konstitusi) dan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang (yang berada di tangan Mahkamah Agung) dapat mendorong berkembangnya tiadanya kesatuan tafsir mengenai persoalan hukum tertentu yang menimbulkan etidakpastian hukum.<sup>55</sup> Oleh karena itu, ke depan isu konstiusional ini harus mendapatkan penyelesaian.

Sementara itu, berkenaan dengan kaitan antara penemuan hukum oleh Mahkamah Konstitusi (yang telah dibatasi pengertiannya dalam konteks penafsiran konstitusi, sebagaimana telah diuraikan di atas) dengan tujuan negara hukum, saya pun hanya akan menjelaskannya secara umum. Perubahan yang dilakukan terhadap UUD 1945, yang telah mengubah sistem ketatanegaraan Indonesia secara mendasar, dari sistem yang menerapkan prinsip supremasi parlemen ke sistem yang menerapkan prinsip supremasi konstitusi. The 1945 Constitution of the Republic of Indonesia was amended for four times between 1999 and 2002 in the reformation era. These constitutional changes have altered the principles and the structure of the Indonesian primary state "s institutions. Broadly speaking, all of the power branches – i.e. legislative, executive and judiciary organs– are now interrelated horizontally in running the country and none of them is superior to the others. Such constitu-tional system is generally found in countries that employ a presidential system. However, by reviewing the authority hold by the legislatures, it is found that some characteristics of a parlia-mentary system are also applied in Indonesia.<sup>56</sup> The current presidential system in Indonesia is the

<sup>54</sup> I.D.G., *Pengaduan Konstitiusional (Constitutional Complaint), Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitiusional Warga Negara*, Sinar Grafika: Jakarta, 2015.

<sup>55</sup> I.D.G. Palguna, "Pentingnya Keterbukaan dan Akuntabilitas dalam Mekanisme Judicial Reivew di Mahakamah Agung dan Satu Pertanyaan tentang Pengujian Konstitiusionalitas Peraturan Perundang-Undang di Bawah Undang-Undang," makalah yang dipresentasikan pada Seminar Nasional dengan tema "Mendorong Pengadilan Terbuka dan Akuntabel dalam Mekanisme Judicial Review di Mahkamah Agung" yang diselenggarakan oleh Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan, di Jakarta, 25 Februari 2014.

<sup>56</sup> Zen Zen Zanibar, "The Indonesian Constitutional System in the Post Amendment of the 1945 Constitution." *Sriwijaya Law Review* 2.1 (2018): 45-55.

result of the amendments of the 1945 Constitution. Prior to Indonesian reform, the presidential system was influenced by a strong parliamentary pattern in which the president was responsible for the People's Consultative Assembly. Today, this provision is no longer exist. However, consistency of the presidential system is still problematic because the the dominance power of the president over the House of Representatives. These problematic points are not in line with presidential system principle because it reduce the authority of president. The Parliament may only establish any law as long as it is pursuant to the 1945 Constitution.<sup>57</sup>

Perubahan demikian dilakukan karena bertolak dari amanat Pembukaan UUD 1945 yang pada prinsipnya menghendaki bahwa Indonesia yang hendak didirikan di atas UUD 1945 adalah negara demokrasi yang berdasar atas hukum (constitutional democratic state). Syarat pertama dan utama dari negara demokrasi yang berdasar atas hukum adalah constitutionalism – yang di dalamnya terkandung pengertian, salah satunya, bahwa Konstitusi memiliki kedudukan sebagai hukum tertinggi dan karena itu seluruh penyelenggaraan negara harus berdasar pada dan tidak boleh bertentangan dengan Konstitusi. Pertanyaannya kemudian, bagaimana caranya agar syarat Konstitusi sebagai hukum tertinggi tersebut benar-benar ditaati dan terjelma dalam praktik, inilah yang menjelaskan pentingnya kehadiran Mahkamah Konstitusi. Artinya, sebagaimana tercermin dalam kewenangan yang diberikan kepadanya oleh UUD 1945, Mahkamah Konstitusi hadir dengan dasar pemikiran sebagai pengawal Konstitusi untuk mewujudkan terjelmana cita-cita Indonesia sebagai negara demokrasi yang berdasar atas hukum.

## **B. Penggunaan Yurisprudensi Dalam Kewenangan Mahkamah Konstitusi**

Mahkamah Konstitusi (MK) dalam menyelenggarakan peradilan menggunakan hukum acara umum dan hukum acara khusus sesuai dengan karakteristik masing-masing perkara yang menjadi kewenangannya. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK), untuk kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya, Mahkamah Konstitusi (MK) diberi kewenangan untuk melengkapi hukum acara MK dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi. Selain itu, hukum acara MK juga lahir dari praktik putusan-putusan MK. Putusan-putusan tersebut telah menjadi yurisprudensi dan digunakan sebagai dasar masyarakat ketika beracara di MK. Dalam praktik hukum,

<sup>57</sup> Kuswanto Kuswanto. "Consistency of the Presidential System in Indonesia." *Sriwijaya Law Review* 2.2 (2018): 170-182.

yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum. Yurisprudensi lahir dari putusan-putusan yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde* ).<sup>58</sup>

Perkembangan kelembagaan negara secara pesat, khususnya lembaga negara yang kewenangannya diatur dalam undang-undang telah merubah tatanan ketatanegaraan Indonesia. Hal ini berdampak juga pada hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam penyelesaian sengketa kewenangan lembaga negara, yang diatur dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 08/PMK/2006. Banyaknya sengketa lembaga negara yang diselesaikan oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusnya menjadikan putusan tersebut sebagai yurisprudensi dan hal ini digunakan oleh Mahkamah Konstitusi untuk memperluas kewenangan dalam memaknai konsep lembaga negara. Hasil yang dicapai dalam tulisan ini yaitu yurisprudensi putusan Mahkamah Konstitusi mengenai sengketa kewenangan lembaga negara telah memperluas kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam memahami kedudukan lembaga negara sehingga hal tersebut menjadikan Peraturan Mahkamah Konstitusi No.08/PMK/2006 perlu di revisi untuk pembaharuan hukum acara.<sup>59</sup>

*Indonesia that uses the civil law on law system does not bind to jurisprudence. Nevertheless, if there is a decision that is contradictory to the previous one, that will be a debate over how the enforceability of the existed jurisprudence. The Constitutional Court as one of the judicial authority has the authority to examine the law against the Constitution 1945 of the State of the Republic of Indonesia. In its authority, the Constitutional Court is bumped by a previous decision which has become a landmark but was not followed. In other words, there is a contradiction between the previous decision and the present decision. This research will see how the enforceability of jurisprudence on the judicial review in the decision of the Constitutional Court. The analysis method used is literature study using case study approach. The conclusion available in this study is that jurisprudence is a source of law that can be a reference in a union of judicial review cases but not bound by judges to deviate based on logical reasons in the judiciary independence and judiciary accountability as well as the conception of the living constitution.*<sup>60</sup>

Berkenaan dengan penggunaan yurisprudensi oleh Mahkamah Konstitusi, dalam konteks pengujian konstitusionalitas undang-undang, ada dua pertanyaan pokok. Pertama, apakah Mahkamah Konstitusi terikat oleh yurisprudensi atau

<sup>58</sup> A. E. Subiyanto, *Yurisprudensi dalam Putusan MK*. 06 May 2015. <<https://www.mkri.id/index.php?page=web.Berita&id=10837>>.

<sup>59</sup> Mirja Fauzul Hamdi, "KEDUDUKAN YURISPRUDENSI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM MEREKONSTRUKSI HUKUM ACARA." *Jurnal Legislasi Indonesia* 16.3 (2019): 313-324.

<sup>60</sup> Oly Viana Agustine, "Keberlakuan yurisprudensi pada kewenangan pengujian undang-undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 15.3 (2018): 642-665.

putusan-putusan pengadilan lain dalam menafsirkan konstitusionalitas undang-undang? Kedua, apakah Mahkamah Konstitusi harus selalu terikat oleh putusan-putusannya sendiri ataukah dapat mengubah pendiriannya dalam menafsirkan konstitusionalitas undang-undang?

Terhadap pertanyaan pertama, dapat dikatakan bahwa tidak ada kewajiban bagi Mahkamah Konstitusi untuk terikat oleh yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan lain, katakanlah putusan-putusan Mahkamah Agung – beserta pengadilan-pengadilan dalam keempat lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung. Namun, tidak terdapat larangan untuk menggunakan atau merujuk yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan lain, bahkan termasuk putusan pengadilan-pengadilan dari lembaga peradilan internasional, jika hal itu dimaksudkan untuk memperkuat pertimbangan hukum putusan Mahkamah Konstitusi. Ini adalah bagian dari akuntabilitas putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengertian bahwa hakim wajib menguraikan alasan-alasan atau argumentasinya dalam pertimbangan hukum putusan untuk tiba pada amar putusan tertentu.

Sementara itu, terhadap persoalan kedua, pada prinsipnya sudah tentu Mahkamah Konstitusi terikat oleh putusan-putusannya sendiri. Namun, sejalan dengan pandangan tentang living constitution, apabila terjadi perubahan yang mendasar dalam masyarakat, Mahkamah Konstitusi tidak dilarang – dalam keadaan tertentu bahkan harus – meninggalkan pendiriannya. Namun, dalam keadaan demikian ia wajib memberikan penjelasan dalam pertimbangan hukumnya mengapa ia meninggalkan pendirian sebelumnya. Dalam kaitan ini penting dicatat bahwa adanya perubahan pendirian demikian adalah sesuatu yang lumrah sepanjang alasan atau argumentasi untuk berubah itu benar-benar menjelaskan bukan hanya relevansinya tetapi juga koherensinya dengan Konstitusi. Bahkan, praktik demikian lazim terjadi di negara-negara common law di mana prinsip precedent atau stare decisis sangat dipegang teguh. Sekadar menunjuk contoh, Mahkamah Agung Amerika Serikat mengubah pendiriannya tentang prinsip separate but equal dalam kasus *Plessy v. Ferguson* (1896) di mana pada saat itu Mahkamah Agung Amerika Serikat berpendapat bahwa pemisahan sekolah atas dasar warna kulit adalah konstitusional sepanjang fasilitasnya sama. Namun, melalui kasus *Brown v. Board of Education* (1954) Mahkamah Agung Amerika Serikat meninggalkan pendirian itu dan menyatakan bahwa pemisahan sekolah atas dasar warna kulit adalah bertentangan dengan Konstitusi.<sup>61</sup>

<sup>61</sup> | D.G.Palguna, *Pengaduan Konstitusional...*, h. 388-398.

### III. KESIMPULAN

Bahwa penemuan hukum merupakan kebutuhan bagi hakim atau pengadilan dalam memutus perkara konkrit yang sedang diadilinya dalam hal terdapat keadaan di mana terhadap perkara tersebut undang-undang tidak mengaturnya atau tidak jelas mengaturnya atau bisa juga terdapat pertentangan aturan yang berlaku terhadap perkara tersebut. Dalam keadaan demikian maka hakim harus menentukan apa atau bagaimana hukumnya yang berlaku terhadap perkara tersebut untuk kemudian dituangkan ke dalam putusan. Dalam menentukan apa atau bagaimana hukumnya itu, hakim dapat menggunakan interpretasi hukum maupun konstruksi hukum. Penemuan hukum oleh Mahkamah Konstitusi diartikan sebagai upaya bagaimana Mahkamah Konstitusi menafsirkan Konstitusi (UUD 1945), menguji undang-undang terhadap UUD 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, memutus pembubaran partai politik; memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, serta memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden melakukan pelanggaran atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana diatur dalam UUD 1945.

Bahwa tidak ada kewajiban bagi Mahkamah Konstitusi untuk terikat oleh yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan lain, katakanlah putusan-putusan Mahkamah Agung – beserta pengadilan-pengadilan dalam keempat lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung. Namun, tidak terdapat larangan untuk menggunakan atau merujuk yurisprudensi atau putusan-putusan pengadilan lain, bahkan termasuk putusan pengadilan-pengadilan dari lembaga peradilan internasional, jika hal itu dimaksudkan untuk memperkuat pertimbangan hukum putusan Mahkamah Konstitusi. Pada prinsipnya sudah tentu Mahkamah Konstitusi terikat oleh putusan-putusannya sendiri. Namun, sejalan dengan pandangan tentang living constitution, apabila terjadi perubahan yang mendasar dalam masyarakat, Mahkamah Konstitusi tidak dilarang – dalam keadaan tertentu bahkan harus – meninggalkan pendiriannya. Namun, dalam keadaan demikian ia wajib memberikan penjelasan dalam pertimbangan hukumnya mengapa ia meninggalkan pendirian sebelumnya.

#### IV. DAFTAR PUSTAKA

- Agustine, Oly Viana. "Keberlakuan yurisprudensi pada kewenangan pengujian undang-undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 15, no. 3 (2018): 642-665.
- Asshiddiqie, Jimly. *Model-model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara*. 2nd. Jakarta: Kompas, 2005.
- . *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*. Vol. 3. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- . *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*. 5. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2014.
- . *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*. Jakarta: Bhuana Ilmu Populer, 2007.
- Banakar, Reza, dan Max Travers. "Theory and Method in Socio-Legal Research." Dalam *Law, Sociology and Method*, disunting oleh Reza Banakar, & Max Travers, 1-26. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing Ltd, 2005.
- Barnett, Randy E., dan Evan Bernick. "The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism." *The Georgetown Law Journal* 107 (2018): 1.
- Bork, Robert H. "Neutral Principles and Some First Amendment Problems." *Indiana Law Journal* 47, no. 1 (1971).
- Brest, Paul. "The Misconceive Quest for Original Understanding." *Boston University Law Review* 60 (1980): 204.
- Cardozo, Benjamin N. *The Nature of Judicial Process*. Dover Edition. Mineola-New York: Dover Publications, Inc, 2005.
- Chemerinsky, Erwin. "Constitutional Interpretation for the Twenty-first Century." *Advance, the Journal for the ACS Issue Groups* (American Constitution Society for Law and Policy), 2007.
- Chemerinsky, Erwin. "The Supreme Court 1988 Term, Forward: The Vanishing Constitution." *Harvard Law Review* 103 (1989): 43.
- Clinton, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Kansas: University Press of Kansas, 1989.
- Ebenstein, William. *Great Political Thinkers. Plato to the Present*. Third Edition. New York-Chicago-San Francisco-Toronto: Holt, Rinehart and Winston, 1960.
- "Exploring the Constitution Theory of Constitutional Interpretation." t.thn. <https://cstlcla.semo.edu/hhill/ui305/constitutional%20interpretationa.htm>.

- Garner, Byran A., penyunt. *Black's Law Dictionary*. St. Paul Minn: West Group, 1999.
- Goldford, Dennis J. *The American Constitution and the Debate over Originalism*. Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2005.
- Hadjon, Philipus M., dan Tatiek Sri Djatmiati. *Argumentasi Hukum*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2016.
- Hakim, Muhammad. "PERGESERAN ORIENTASI PENELITIAN HUKUM: DARI DOKTRINAL KE SOSIO-LEGAL." *Syariah: Jurnal Hukum dan Pemikiran* 16, no. 2 (2016): 105-114.
- Hamdi, Mirja Fauzul. "KEDUDUKAN YURISPRUDENSI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM MEREKONSTRUKSI HUKUM ACARA." *Jurnal Legislasi Indonesia* 16, no. 3 (2019): 313-324.
- Hamilton, Edith. *The Roman Way*. New York: W.W. Norton & Company Inc., 1932.
- Hausmaninger, H. *The Austrian Legal System*. Wien: Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2003.
- Johnston, David. *Roman Law in Context*. Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town: Cambridge University Press, 1999.
- Kay, Richard S. "Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation." *Northwestern University Law Review* 103 (2009): 703.
- Kuswanto, Kuswanto. "Consistency of the Presidential System in Indonesia." *Sriwijaya Law Review*, 2018: 170-182.
- Merryman, John Henry. *The Civil Law Tradition*. Stanford-California: Stanford University Press, 1985.
- Mertokusumo, Sudikno, dan A. Pitlo. *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1993.
- "Notes on Original Meaning and Its Limits." *Harvard Law Review* 120 (2007): 1279.
- Palguna, I D.G. *Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan dengan Negara Lain*. Jakarta: KonPres, 2018.
- . *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint), Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*. Jakarta: Sinar Grafika, 2013.
- . "Pentingnya Keterbukaan dan Akuntabilitas dalam Mekanisme Judicial Reivew di Mahakamah Agung dan Satu Pertanyaan tentang Pengujian Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undang di Bawah Undang-Undang." *Mendorong Pengadilan Terbuka dan Akuntabel dalam Mekanisme Judicial*

- Review di Mahkamah Agung*. Jakarta: Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan, 2014.
- Pontier, J.A. *Penemuan Hukum (terjemahan B. Arief Sidharta)*. Bandung: Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2001.
- Powell, H. Jefferson. "The Original Understanding of Original Intent." *Harvard Law Review* 98 (1985): 885.
- Rossum, Ralph A. *Antonin Scalia's Jurisprudence. Text and Tradition*. Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2006.
- Ryan, James E. "Laying Claim to the Constitution. The Promise of New Textualism." *Virginia Law Review* 97 (2011): 1523.
- Sampford, Charles, dan Kim Preston. *Interpreting Constitution*. Sydney: the Federation Press, 1996.
- Scholler, Heinrich. *Notes on Constitutional Interpretation*. Jakarta: Hans Seidel Foundation, 2004.
- Secondat, Charles de, dan Baron de Montesquie. *The Spirit of Laws*. Dialihbahasakan oleh Thomas Nugent. Kitchener-Ontario (Canada): Batoche Books, 2001.
- Solum, Lawrence B. *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*. Georgetown University Law Center, 2011.
- Subiyanto, A E. *Yurisprudensi dalam Putusan MK*. 06 May 2015. <https://www.mkri.id/index.php?page=web.Berita&id=10837>.
- Tamanaha, Brian Z. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Whittington, Keith E. *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Kansas: University Press of Kansas, 1999.
- Wood, Linda Picard (Ed.). *Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Springfield-Massachusetts: Merriam-Webster Inc., 1996.
- Zanibar, Zen Zen. "The Indonesian Constitutional System in the Post Amendment of the 1945 Constitution." *Sriwijaya Law Review* 2, no. 1 (2018): 45-55.
- Zweigert, K., dan H. Kötz. *An Introduction to Comparative Law*. Dialihbahasakan oleh Tony Weir. Oxford-New York: Third Revised Edition, Clarendon Press, 1998.