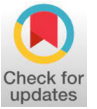




Critique to the Constitutional Court Decision Number 90/PUU-XXI/2023 Using Dworkin's Right-Based Approach



Kritik Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 90/PUU-XXI/2023 Menggunakan Pendekatan Hak Dworkin

Titon Slamet Kurnia 

Fakultas Hukum, Universitas Kristen Satya Wacana, Salatiga, Indonesia

Article Info

Corresponding Author:

Titon Slamet Kurnia
titonslamet@gmail.com

History:

Submitted: 12-02-2024
Revised: 10-03-2025
Accepted: 13-03-2025

Keyword:

Critique; Constitutional Court Decision; Right-Based Approach.

Kata Kunci:

Kritik; Pendekatan Hak; Putusan Mahkamah Konstitusi.

Abstract

This article criticizes the Constitutional Court Decision Number 90/PUU-XXI/2023 using a right-based approach, specifically Ronald Dworkin's Theory of Rights. Rights in Dworkin's theory are 'rights against the government' and the government's obligation is to treat rights according to the principle of equal respect and concern. The Constitutional Court Decision Number 90/PUU-XXI/2023 added a new clause to Article 169 letter q of the Election Law so that the provision is "be at least 40 (forty) years old or have previously, or are currently, holding positions elected through general elections including regional head elections." This article argues that the ratio decidendi of the Constitutional Court is not based on prior rights. The Constitutional Court failed to justify its decision that granted privileges to those who had/are holding positions elected through general elections including regional head elections based on rights. Therefore, the Decision creates new right and applies them retroactively. The Constitutional Court Decision Number 90/PUU-XXI/2023 is far from being legal. The decision is a political decision given juridical packaging in the form of a judicial decision.

Abstrak

Artikel ini hendak mengkritisi Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 90/PUU-XXI/2023 menggunakan pendekatan hak, dalam hal ini Teori Hak Ronald Dworkin. Hak dalam teori Dworkin adalah 'rights against the government' dan kewajiban pemerintah adalah memperlakukan hak sesuai prinsip *equal respect and concern*. Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 menambahkan klausul baru ke dalam Pasal 169 huruf 9 UU Pemilu sehingga ketentuannya menjadi: "berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun atau pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah." Artikel ini berargumen bahwa *ratio decidendi* MK tidak didasarkan pada hak yang ada sebelumnya. MK tidak berhasil menjustifikasi putusannya yang memberikan privilese kepada mereka yang pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah berdasarkan hak. Dengan demikian, Putusan tersebut menciptakan hak baru dan memberlakukannya secara surut. Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 jauh dari kesan yuridis. Putusan tersebut adalah keputusan politis yang diberikan kemasan yuridis dalam bentuk putusan yudisial.



Copyright © 2023 by
Jurnal Konstitusi.

All writings published in this journal
are personal views of the authors
and do not represent the views of the
Constitutional Court.

 <https://doi.org/10.31078/jk2218>

A. PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Pendekatan hak (*right-based approach*) adalah Teori Konstitusi arus utama yang memberikan pembelaan terhadap institusi peradilan konstitusional – *constitutional judicial review*. Pendekatan hak menjustifikasi mengapa institusi peradilan konstitusional sangat dibutuhkan dengan alasan fungsinya untuk memberikan perlindungan hak-hak asasi manusia (HAM) bagi individu *vis-à-vis* pembentuk undang-undang.¹ Jika pendekatan hak adalah justifikasi untuk institusi peradilan konstitusional maka implikasinya pendekatan hak juga harus menjadi “norma” bagi institusi peradilan konstitusional ketika memutuskan perkara – dalam hal ini menguji konstitusionalitas undang-undang.

Artikel ini hendak mengajukan kritik berbasis pendekatan hak terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 90/PUU-XXI/2023 yang menguji konstitusionalitas persyaratan usia minimal calon presiden dan calon wakil presiden dalam Pasal 169 huruf q Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum (UU Pemilu) dengan menggunakan Teori Hak yang dikemukakan Ronald Dworkin. Putusan tersebut boleh jadi putusan MK paling kontroversial sejak dua dekade keberadaannya. Kontroversi dari Putusan tersebut terkait dengan Pemilu Presiden 2024 tidak akan menjadi perhatian (termasuk kesimpulan pelanggaran etik dalam proses pengambilan keputusan yang telah diputus oleh Majelis Kehormatan MK). Artikel ini hanya fokus pada isu substantif yaitu kebenaran *ratio decidendi* Putusan. Dalam menguji Pasal 169 huruf q UU Pemilu, MK bertindak sebagai legislatur positif dengan “menambahkan” ke dalam Pasal 169 huruf q UU Pemilu materi muatan baru. Ketentuan orisinal Pasal 169 huruf q UU Pemilu berbunyi: “berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun.” Setelah dilakukan pengujian oleh MK ketentuannya menjadi: “berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun atau pernah/sedang menduduki jabatan

¹ Lihat misalnya literatur berikut ini: Archibald Cox, “Foreword: Constitutional Adjudication and the Promotion of Human Rights,” *Harvard Law Review* 80, No. 1 (1966): 91-122; John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1980), 135-179; David M. Beatty (editor), *Human Rights and Judicial Review* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994); Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 21-33; Michael J. Perry, *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 1-7; Alon Harel, “Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification,” *Law and Philosophy Review* 22, No. 3/4 (2003): 247-276; Yuval Eylon dan Alon Harel, “The Right to Judicial Review,” *Virginia Law Review* 92, No. 5 (2006): 991-1022; Edward Rubin, “Judicial Review and the Right to Resist,” *Georgetown Law Journal* 97, No. 1 (2008): 61-118; Richard H. Fallon, Jr., “The Core for Uneasy Case for Judicial Review,” *Harvard Law Review* 121, No. 7 (2008): 1693-1736. Dalam konteks Indonesia, teoresasi MK menggunakan pendekatan hak nampak dalam: Titon Slamet Kurnia, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM* (Bandung: Penerbit PT Alumni, 2013); Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008* (Bandung: Penerbit Mandar Maju, 2015); I.D.G. Palguna, Saldi Isra, dan Pan Muhamad Faiz, *The Constitutional Court and Human Rights Protection in Indonesia* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2022).

yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah.”² Putusan MK yang menguji Pasal 169 huruf q UU Pemilu tidak hanya Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023, tetapi juga Putusan MK Nomor 29/PUU-XXI/2023, Putusan MK Nomor 51/PUU-XXI/2023, dan Putusan MK Nomor 55/PUU-XXI/2023. Ketiga Putusan tidak kontroversial karena MK telah memutusnya secara konsisten berdasarkan kebijakan legislatif terbuka.

Sasaran kritik artikel ini adalah *ratio decidendi* Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 pada butir 3.14 Putusan.³ Artikel ini menggunakan Teori Hak Dworkin karena Dworkin adalah filsuf yang menjustifikasi peradilan konstitusional berdasarkan pendekatan hak (*the Forum of Principle*) dan secara khusus mengemukakan Teori Hak yang disebut *rights against government* di mana sebagai implikasinya hak itu menimbulkan kewajiban pemerintah dalam memperlakukan individu yang disebut dengan *principle of equal respect and concern*.⁴ Kritik tersebut menyoroti kelayakan pemberian privilese kepada penerima manfaat (*beneficiary*) berupa pengecualian dari keberlakuan Pasal 169 huruf q UU Pemilu karena “pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah” sehingga yang bersangkutan dapat dicalonkan sebagai presiden atau wakil presiden. Atau dalam formula berbeda apakah *ratio decidendi* yang diberikan MK atas Putusannya merupakan argumen berbasis hak seperti dipikirkan Dworkin sehingga Putusannya *legitimate* dari perspektif pendekatan hak. Dengan demikian artikel ini memiliki perbedaan dengan studi lain yang sama-sama ditujukan pada Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023.⁵

2. Perumusan Masalah

Sesuai dengan latar belakang di atas, isu hukum yang hendak didiskusikan di sini adalah:

Apakah Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 yang menambahkan klausul “pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah” ke dalam Pasal 169 huruf q UU Pemilu dapat dibenarkan berdasarkan pendekatan hak sesuai Teori Hak dari Dworkin?

Secara sepintas Putusan MK tersebut nampak progresif dalam pengertian mengakomodir hak politik generasi muda untuk dapat dicalonkan sebagai presiden atau wakil presiden sehingga partisipasi politik mereka menjadi lebih bermakna. Akan tetapi artikel ini berargumen sebaliknya dengan “menyibak” bahwa prasangka baik demikian sama sekali tidak terbukti ketika *ratio decidendi* MK tersebut diuji berdasarkan Teori Hak Dworkin. Privilese yang diberikan Putusan MK tersebut tidak memiliki “dasar hak” sehingga Putusan seperti ini lebih tepat dikualifikasikan bersifat politis ketimbang yuridis.

² Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90/PUU-XXI/2023, 58.

³ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 49-56.

⁴ Lihat elaborasinya dalam Bab Pembahasan, Sub-judul B.1 artikel ini.

⁵ Misalnya: Selvi Christina Situmeang, Ardilafiza dan Ari Wiryadinata, “Inkonsistensi Mahkamah Konstitusi Terkait Syarat Minimal Usia Calon Presiden dan Wakil Presiden,” *Jurnal Konstitusi* 21, No. 4 (2024): 609-634.

3. Metode Penelitian

Dalam menjawab isu hukum di atas, penulisan artikel ini dihasilkan lewat proses *doctrinal legal research* menggunakan pendekatan konseptual. Jawaban yang diberikan terhadap isu hukum di atas adalah jawaban teoretis-filosofis. Dengan pendekatan konseptual maka sumber hukum yang dijadikan sebagai rujukan untuk menghasilkan jawaban tersebut adalah pendapat sarjana (doktrin) di ranah Filsafat Hukum (dalam hal ini Teori Hak yang dikemukakan Dworkin).

Bab pembahasan artikel ini di-*breakdown* menjadi tiga bagian. Pertama, penjelasan teoretis-konseptual tentang pendekatan hak, khususnya Teori Hak Dworkin, sebagai dasar untuk melakukan kritik terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 (Sub-judul B.1). Kedua, penjelasan tentang bagian dari Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 yang ingin dikritisi, dalam hal ini *ratio decidendi*-nya (Sub-judul B.2). Ketiga, bagian substantif dari artikel ini, elaborasi kritik pendekatan hak berdasarkan Teori Hak Dworkin terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 sehingga isu hukum artikel ini terjawab (Sub-judul B.3).

B. PEMBAHASAN

1. Pendekatan Hak dan Peradilan Konstitusional: Teori Hak Dworkin

Peradilan konstitusional sebagai mekanisme pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah bagian dari perkembangan pemikiran konstitusional yang disebut konstitusionalisme baru. Ran Hirschl memberikan pengertian untuk konsep konstitusionalisme baru: "*the constitutionalization of rights and the establishment of relatively autonomous judiciaries and supreme courts armed with judicial review practices*."⁶ Poin pemikiran senada diberikan oleh Alec Stone Sweet dan Jud Matthews: "*the constitution provides for a catalogue of rights, and a system of constitutional justice to defend those rights*."⁷ Secara historis, tren ini mulai berkembang pasca Perang Dunia II di mana Tom Ginsburg menyatakan ada dua fenomena umum yang berkembang: "*first, the enunciation of basic rights to delimit a zone of autonomy for individuals, which the State should not be allowed to abridge; and second, the establishment of special constitutional courts to safeguard and protect these rights*."⁸

Salah satu teori yang termasuk sebagai varian pendekatan hak sebagai *theoretical underpinning* dari peradilan konstitusional adalah teori yang dikemukakan Dworkin yaitu peradilan konstitusional sebagai *the Forum of Principle*. Inti dari peradilan konstitusional sebagai *the Forum of Principle* menurut Dworkin:

⁶ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2004), 31.

⁷ Alec Stone Sweet dan Jud Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism," *Columbia Journal of Transnational Law* 47, No. 1 (2008): 85.

⁸ Ginsburg, *Judicial Review*, 2.

If we want judicial review at all – if we do not want to repeal Marbury v. Madison – then we must accept that the Supreme Court must make important political decisions. The issue is rather what reasons are, in its hands, good reasons. My own view is that the Court should make decisions of principle rather than policy – decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted – and that it should make these decisions by elaborating and applying the substantive theory of representation takes from the root principle that government must treat people as equals.⁹

Peradilan konstitusional berjalan, menurut Dworkin, dengan cara membuat putusan berdasarkan *principle*, yaitu tentang hak yang dimiliki oleh rakyat berdasarkan konstitusi dengan dilandasi preskripsi bahwa pemerintah harus memperlakukan rakyat secara sama.

Teori Hak sebagai basis institusi peradilan konstitusional dikembangkan Dworkin berdasarkan pemikiran Filsafat Hukum-nya yang lebih umum, dalam hal ini ajaran tentang hubungan antara negara dengan individu. Dalam hubungan tersebut, individu memiliki *rights against the government* untuk melindungi kepentingan dirinya dari pemerintah. Menjelaskan tentang fungsi dan sekaligus sumber dari hak sebagai dasar dalam hubungan antara negara dan individu, Dworkin menyatakan:

The institution of rights against the Government is not a gift of God, or an ancient ritual, or a national sport. It is a complex and troublesome practice that makes the Government's job of securing the general benefit more difficult and more expensive, and it would be a frivolous and wrongful practice unless it served some point. Anyone who professes to take rights seriously, and who praises our Government for respecting them, must have some sense of what that point is. He must accept, at the minimum, one or both of two important ideas. The first is the vague but powerful idea of human dignity. This idea, associated with Kant, but defended by philosophers of different schools, supposes that there are ways of treating a man that are inconsistent with recognizing him as a full member of the human community, and holds that such treatment is profoundly unjust.¹⁰

The second is the more familiar idea of political equality. This supposes that the weaker members of a political community are entitled to the same concern and respect of their government as the more powerful members have secured for themselves, so that if some men have freedom of decision whatever the effect on the general good, then all men must have the same freedom.¹¹

Dalam memperlakukan individu sesuai dengan haknya, negara (pemerintah) memiliki kewajiban yang disebut Dworkin dengan konsep *principle of equal respect and concern*. Menurut Dworkin prinsip ini memiliki pengertian:

Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived. Government must not only treat people with concern and respect,

⁹ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2000), 69.

¹⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Bloomsbury, 2013), 239.

¹¹ Dworkin, *Taking*, 240.

*but with equal concern and respect. It must not distribute goods or opportunities unequally on the ground that some citizens are entitled to more because they are worthy of more concern. It must not constrain liberty on the ground that one citizen's conception of the good life of one group is nobler or superior to another's.*¹²

Hak sangat penting maknanya karena, dalam demokrasi, hak adalah janji pihak mayoritas kepada minoritas, sesuai *principle of equal respect and concern* sebagai dasar untuk pelaksanaan hak, supaya martabat dan persamaan dari setiap individu dihargai. Hal ini sebagai penegasan bahwa pihak dalam jumlah paling sedikit sekalipun harus tetap dianggap penting karena mereka memiliki hak. Atas dasar itu, pemerintah sebagai perwakilan dari mayoritas yang memerintah memiliki kewajiban *to take rights seriously*. Jika itu tidak dilakukan maka pemerintah sama sekali tidak peduli pada hukum. Implikasi dari makna hak tersebut dinyatakan secara langsung oleh Dworkin berikut ini:

*The institution of rights is therefore crucial, because it represents the majority's promise to the minorities that their dignity and equality will be respected ... The institution requires an act of faith on the part of the minorities, because the scope of their rights will be controversial whenever they are important, and because the officers of the majority will act on their own notions of what these rights really are ... If the Government does not take rights seriously, then it does not take law seriously either.*¹³

Lebih lanjut, sebagai implikasinya, legitimasi pemerintah sangat bergantung pada kapasitas tindakannya dalam menjalankan dikte dari *principle of equal respect and concern* terkait dengan kewajibannya *to take rights seriously*. “No government is legitimate that does not show equal concern for the fate of all those citizens over whom it claims dominion and from whom it claims allegiance. Equal concern is the sovereign virtue of political community – without it, government is only tyranny,” demikian pungkas Dworkin.¹⁴

Peradilan konstitusional sebagai *the Forum of Principle* sangat transparan menunjukkan teoresasi institusi peradilan konstitusional menggunakan teori berbasis pendekatan hak. Kesimpulan ini dikukuhkan oleh pendapat Richard Fallon terhadap konsep *the Forum of Principle* dari Dworkin:

Dworkin's theory begins with a widely shared and appealing claim about the fundamentality of rights. Under our Constitution, people have rights, which it is the obligation of courts to enforce. According to Dworkin, courts cannot evade their obligation to enforce rights on the ground that enforcement would be imprudent, inconvenient, or otherwise contrary to the public interest. To the idea of the fundamentality of rights, Dworkin conjoins the notion that ours is a Constitution of principle, the full meaning of which cannot be derived directly from the intent of the framers or even from a narrow parsing of the text ... Dworkin argues for an understanding of constitutional rights as the reflections or entailments of constitutional

¹² Dworkin, *Taking*, 326-327.

¹³ Dworkin, *Taking*, 246-247.

¹⁴ Ronald Dworkin, *Sovereign Virtues: The Theory and Practice of Equality* (Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2000), 1.

*principles. Principles, in the relevant sense, are general moral directives, the true meaning of which can be identified only by a process of interpretation and philosophical inquiry.*¹⁵

Sebagai *the Forum of Principle*, penyelenggara peradilan konstitusional, badan yudisial dengan kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang, memiliki kewajiban untuk menyuarakan *argument of principle*, yang menurut Dworkin sendiri: “*Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.*”¹⁶ Contoh *argument of principle* adalah: “*The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is an argument of principle.*”¹⁷

Pendekatan hak sangat relevan dalam teoresasi untuk peradilan konstitusional. Termasuk dalam varian pendekatan hak, Ginsburg mengemukakan teori untuk peradilan konstitusional yang disebut *insurance model of judicial review*. Berdasarkan *insurance model*, peradilan konstitusional memiliki fungsi:

*By serving as an alternative forum in which to challenge government action, judicial review provides a form of insurance to prospective electoral losers during the constitutional bargain. Just as the presence of insurance markets lowers the risks of contracting, and therefore allows contracts to be concluded that otherwise would be too risky, so the possibility of judicial review lowers the risks of constitution making to those drafters who believe they may not win power. Judicial review thus helps to conclude constitutional bargains that might otherwise fail.*¹⁸

Dalam konteks proses legislatif, *insurance model* memiliki esensi perlindungan kepentingan minoritas dari mayoritas legislator. Perlindungan perlu karena persaingan demokratis menghasilkan pemerintahan mayoritas yang keputusannya belum tentu sesuai dengan kepentingan minoritas:

*By ensuring that losers in the legislative arena will be able to bring claims to court, judicial review lowers the cost of constitution making and allows drafters to conclude constitutional bargains that would otherwise be unobtainable. As democratization increases electoral uncertainty, demand for insurance rises. Although other institutions can also serve to protect minorities, judicial review has become particularly focal. This theory goes a long way toward explaining the rapid spread of judicial review in recently adopted constitutions.*¹⁹

Jika pendapat Ginsburg dihubungkan pendapat Dworkin, perlindungan minoritas sangat penting karena dasarnya HAM, bahwa setiap individu berhak atas *equal respect and concern* dari pemerintahnya dan tidak boleh sedikitpun dikorbankan atas nama mayoritas, demi

¹⁵ Richard H. Fallon, Jr., *Implementing the Constitution* (Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2001), 27.

¹⁶ Dworkin, *Taking*, 107.

¹⁷ Dworkin, *Taking*, 107.

¹⁸ Ginsburg, *Judicial Review*, 25.

¹⁹ Ginsburg, *Judicial Review*, 33.

dignity-nya. Ketakmampuan minoritas melindungi kepentingannya dalam proses demokratis dikompensasi lewat hadirnya institusi peradilan konstitusional seperti MK. Oleh karena itu Ginsburg mengapresiasi mahkamah konstitusi sebagai institusi sangat penting bagi demokrasi untuk mencegah kerusakan dalam diri demokrasi itu sendiri – yang disebabkan oleh tindakan mayoritas – untuk membuat minoritas tetap bermakna keberadaannya.²⁰ Ginsburg menyimpulkan: “*Judicial review may be countermajoritarian but is not counterdemocratic.*”²¹ Berbeda dengan Alexander Bickel yang memvonis peradilan konstitusional memiliki cacat inheren dari perspektif demokrasi yang disebut *countermajoritarian difficulty*,²² Ginsburg justru menilai positif peradilan konstitusional sebagai praktik *countermajoritarian* tetapi tidak *counterdemocratic*. Pemikiran demikian seiring dengan konsep *Madisonian democracy* di mana dalam hubungan dengan peradilan konstitusional memiliki pengertian:

*On the one hand, democratic majorities enjoy the fundamental right to rule as they desire, while, on the other, individuals receive protection from majoritarian interference in particular spheres. Any error in ascertaining the boundary between the majority's right to rule and a minority's legitimate right to be free of such rule results in tyranny. Whereas majoritarian interference with protected rights constitutes a tyranny by the majority, denial of the majority's power to rule in spheres not specifically protected constitutes a tyranny by the minority. Courts are called upon to resolve the Madisonian dilemma by carrying out the primary task in constitutional adjudication of ascertaining and policing the boundary between the two tyrannies.*²³

2. *Ratio Decidendi* Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023

Poin utama kritik terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 adalah *ratio decidendi* atas putusannya yang bersifat legislatur positif terhadap Pasal 169 huruf q UU Pemilu yang mengatur syarat usia minimal calon presiden dan calo wakil presiden sehingga ketentuannya menjadi: “berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun atau pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah.”²⁴ *Ratio decidendi* tersebut tertuang dalam butir 3.14 Putusan.²⁵ Pokok pikiran dari *ratio decidendi* MK adalah “syarat pengalaman” juga penting – tidak hanya syarat usia.²⁶ Mengelaborasi pokok pikirannya tersebut MK menyatakan:

Figur generasi muda yang berpengalaman dalam jabatan elected officials sudah sepantasnya mendapatkan kesempatan yang sama dalam pemerintahan tanpa memandang batas usia minimal lagi. Andai pun jabatan elected officials dicantumkan secara tegas dalam Putusan Mahkamah Konstitusi a quo, selain tidak dapat dikatakan

²⁰ Ginsburg, *Judicial Review*, 22.

²¹ Ginsburg, *Judicial Review*, 31.

²² Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven: Yale University Press 1986) 16-17.

²³ David L. Faigman, “Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication,” *Northwestern University Law Review* 88, No. 2 (1994): 644. Lihat juga secara umum Edward M. Burns, “Madison’s Theory of Judicial Review,” *Kentucky Law Journal* 24, No. 4 (1936): 412-423.

²⁴ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 58.

²⁵ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 49-56.

²⁶ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 49-52.

bahwa norma jabatan elected officials dimaksud adalah inkonstitusional juga tentu saja tidak merugikan kandidasi bagi calon Presiden dan Wakil Presiden yang berusia 40 tahun ke atas. Bahkan, pembatasan usia minimal calon Presiden dan Wakil Presiden 40 tahun semata (an sich), menurut Mahkamah merupakan wujud perlakuan yang tidak proporsional sehingga bermuara pada terkuaknya ketidakadilan yang intolerable. Ketidakadilan yang intolerable dimaksud karena pembatasan demikian tidak hanya merugikan dan bahkan menghilangkan kesempatan bagi figur/sosok generasi muda yang terbukti pernah terpilih dalam pemilu, artinya terbukti pernah mendapat kepercayaan masyarakat dalam pemilu yang pernah diikuti sebelumnya, seperti dalam pemilihan kepala daerah.²⁷

Atas dasar itu, sebagai implikasi dari argumentasi tersebut, MK sampai pada posisi: “pada prinsipnya syarat usia dalam kandidasi Presiden dan Wakil Presiden harus memberikan kesempatan dan menghilangkan pembatasan (*to give opportunity and abolish restriction*) secara rasional, adil, dan akuntabel.”²⁸ Mempertegas *ratio decidendi*-nya, MK menyatakan:

menyandingkan usia 40 tahun atau memiliki pengalaman sebagai pejabat negara yang dipilih melalui pemilu seperti Presiden dan Wakil Presiden, anggota DPR, anggota DPD, anggota DPRD, Gubernur, Bupati, dan Walikota memenuhi unsur rasionalitas yang berkeadilan. Dengan demikian, dalam konteks kelayakan dan kepantasan menjadi calon Presiden dan Wakil Presiden, pejabat demikian itu dapat dikatakan telah memenuhi syarat derajat minimal kematangan dan pengalaman (minimum degree of maturity and experience) untuk menduduki jabatan yang lebih tinggi dalam jabatan yang dipilih dalam pemilihan umum, di samping syarat berusia 40 (empat puluh) tahun.²⁹

Dari perspektif pendekatan hak seperti dikemukakan Dworkin, *ratio decidendi* MK di atas masih “setengah matang” karena MK tidak menunjukkan secara spesifik “dasar hak” dari argumentasinya ketika memberikan kesempatan dicalonkan oleh partai politik atau gabungan partai politik sebagai presiden dan wakil presiden kepada mereka yang “pernah/ sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah.” Tanpa mengemukakan “dasar hak” *apriori* maka *ratio decidendi* MK tersebut sama halnya dengan: “*invent new rights retrospectively*.”³⁰ Inilah isu utama dari kritik pendekatan hak terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023.³¹

Lebih runyam lagi, Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 merupakan tindakan *overruling* terhadap Putusan-putusan sebelumnya yang berpendirian bahwa isu konstitusionalitas Pasal 169 huruf q UU Pemilu merupakan kebijakan legislatif terbuka.³² Pembelaan MK terhadap tindakan *overruling*-nya adalah:

²⁷ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 50.

²⁸ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 51.

²⁹ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 54.

³⁰ Dworkin, *Taking*, 105.

³¹ Lihat pembahasan dalam Sub-judul B.3.

³² Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 29/PUU-XXI/2023; Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 51/PUU-XXI/2023; dan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 55/PUU-XXI/2023.

putusan a quo serta-merta mengesampingkan putusan sebelumnya. Ihwal pemahaman ini sejalan dengan asas lex posterior derogat legi priori. Dengan demikian, tafsir konstitusional dalam putusan a quo mengesampingkan putusan yang dibacakan sebelumnya dalam isu konstitusional yang sama, dan putusan a quo selanjutnya menjadi landasan konstitusional baru terhadap norma Pasal 169 huruf q UU 7/2017 yang berlaku sejak putusan ini selesai diucapkan dalam sidang yang terbuka untuk umum (vide Pasal 47 UU MK).³³

Tindakan *overruling* tersebut ditanggapi dengan *dissenting opinion* sangat keras oleh Hakim Konstitusi Saldi Isra:

Sebelumnya, dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 29-51-55/PUUXXI/2023, Mahkamah secara eksplisit, lugas, dan tegas menyatakan bahwa ihwal usia dalam norma Pasal 169 huruf q UU 7/2017 adalah wewenang pembentuk undang-undang untuk mengubahnya. Padahal, sadar atau tidak, ketiga Putusan tersebut telah menutup ruang adanya tindakan lain selain dilakukan oleh pembentuk undang-undang. Apakah Mahkamah pernah berubah pendirian? Pernah, tetapi tidak pernah terjadi secepat ini, di mana perubahan terjadi dalam hitungan hari. Perubahan demikian tidak hanya sekadar mengenyampingkan Putusan sebelumnya, namun didasarkan pada argumentasi yang sangat kuat setelah mendapatkan fakta-fakta penting yang berubah di tengah-tengah masyarakat. Pertanyaannya, fakta penting apa yang telah berubah di tengah masyarakat sehingga Mahkamah mengubah pendiriannya dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 29-51-55/PUU-XXI/2023 dengan amar menolak sehingga berubah menjadi amar mengabulkan dalam Putusan a quo?³⁴

3. Analisis Pendekatan Hak terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023

Bagian ini adalah penerapan Teori Hak Dworkin untuk mengkritisi Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Analisis pendekatan hak tersebut dapat ditujukan pada dua aspek. Pertama, *legal standing* Pemohon sehingga MK akhirnya memeriksa pokok perkara – analisis ini bukan yang primer, tetapi hanya untuk memberikan latar belakang kontekstual terhadap pokok perkara. Analisis untuk isu ini sifatnya teknis-yuridis. Kedua, sebagai isu yang primer, dasar hak dari pihak yang diberikan privilese lewat Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Analisis isu ini, memenuhi yang dijanjikan artikel, menguji *ratio decidendi* Putusan MK dengan Teori Hak Dworkin.

Untuk aspek pertama, karena Pemohon bukan pihak yang “secara langsung” dirugikan atas keberlakuan Pasal 169 huruf q UU Pemilu – dalam hal ini bukan sebagai pemegang hak untuk dipilih karena berpotensi diajukan sebagai calon presiden atau calon wakil presiden – maka isunya tentang hak Pemohon yang dalam pemilu kapasitasnya sebagai pemegang hak untuk memilih.³⁵ Isu ini sangat *tricky*. Pada satu sisi, peradilan konstitusional bukan peradilan perdata di mana pengujian *legal standing* Pemohon mengikuti standar yang sangat ketat dan kaku. Akan tetapi di sisi lain, baik argumentasi *legal standing* Pemohon maupun

³³ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 56.

³⁴ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 95.

³⁵ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 7 dan 9.

penilaian MK bahwa Pemohon memiliki *legal standing* terkesan mengada-ada – dalam hal ini yang bersangkutan, sebagai pemegang hak untuk memilih, mendapatkan perlakuan berbeda serta didiskriminasikan dengan berlakunya Pasal 169 huruf q UU Pemilu.³⁶ Untuk isu *legal standing*, pendirian MK seyogianya merujuk doktrin perlakuan yang sama (*equal protection*) serta larangan diskriminasi (*non-discrimination*) yang *trustworthy*.³⁷

Ketentuan undang-undang yang bersifat membedakan pada hakikatnya tidak serta merta diskriminatif karena: “A violation of the principle of equality and non-discrimination arises if there is (a) differential treatment of; (b) equal cases without there being; (c) an objective and reasonable justification, or if; (d) proportionality between the aim sought and the means employed is lacking.”³⁸ Itu artinya, jika sebuah undang-undang mengandung klausul yang membedakan – dan hal itu dianggap merugikan hak Pemohon – maka fokus analisisnya adalah “apakah perbedaan tersebut bertentangan dengan *prohibited grounds* atau tidak” serta “apakah perbedaan tersebut wajar (beralasan) atau tidak”. Suatu perbedaan dikualifikasikan sebagai diskriminasi, dalam hal ini diskriminasi langsung, jika ketentuan undang-undang: “treating one person less favourably than another on prohibited grounds and in comparable circumstances.”³⁹

Prohibited grounds tersebut dijabarkan dalam Artikel 2 *the Universal Declaration of Human Rights*: “race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”⁴⁰ Untuk Indonesia, *prohibited grounds* tersebut mengacu Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia: “agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, atau keyakinan politik.” *Prohibited grounds* paling kuat untuk menyatakan suatu ketentuan yang membedakan diskriminatif adalah ras karena memiliki tujuan: “prevents and rectifies racial injustices without subordinating other important values.”⁴¹ Kasus *Korematsu v. United States* (1944) menjadi fundasinya ketika Mahkamah Agung Amerika Serikat dengan tegas menyatakan: “All legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect ... Court must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.”⁴² Analisis selanjutnya adalah alasan yang mendasari perbedaan. Analisis ini memiliki rasionalisasi: “Equality before the law and the equal protection of the law do not

³⁶ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 5-11 dan 21-23

³⁷ Titon Slamet Kurnia, “Mahkamah Konstitusi dan Hak untuk Bebas dari Perlakuan Diskriminasi,” *Jurnal Konstitusi* 12, No. 1 (2015): 21-42.

³⁸ P. van Dijk dan G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990), 539.

³⁹ Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), 177.

⁴⁰ *Prohibited grounds* tersebut diadopsi oleh Artikel 2.1. *the International Covenant on Civil and Political Rights*.

⁴¹ Paul Brest, “The Supreme Court 1975 Term – Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle,” *Harvard Law Review* 90, No. 1 (1976): 5.

⁴² Brest, “The Supreme Court,” 7.

mean identity or abstract symmetry of treatment. Distinctions need to be made for different classes and groups of persons, and a classification based on reasonable and objective criteria is permitted."⁴³ Oleh karena itu, terhadap isu apakah suatu ketentuan undang-undang yang bersifat pembedaan diskriminatif, masih memerlukan beberapa pengujian seperti: Apakah pembedaan tersebut rasional (*Rationality Test*); atau apakah pembedaan tersebut didasari oleh *compelling government interest*.⁴⁴

Dalam mengabulkan *legal standing* Pemohon, MK tidak melakukan pengujian yang demikian sehingga pendapat yudisial MK tentang *legal standing* Pemohon sangat ceroboh secara doktrinal. Lebih lanjut, seandainya dibuktikan bahwa Pemohon mendapatkan perlakuan berbeda perihal aspirasi politiknya dalam memilih calon presiden dan calon wakil presiden karena berlakunya Pasal 169 huruf q UU Pemilu, pertanyaan yang seharusnya dijawab secara substantif adalah apakah hak Pemohon tersebut benar-benar dapat dikualifikasikan sebagai hak yang tuntutan pemenuhannya sangat urgen – ataukah hak yang sebenarnya pada tingkat relevansi sangat lemah jika diterapkan *Rationality Test*. Hak Pemohon bukanlah hak yang tuntutan pemenuhannya sangat urgen sehingga pembatasan terhadap hak Pemohon masih rasional karena hak untuk mendapatkan calon Presiden atau Wakil Presiden sesuai keinginannya sudah diwadahi dengan syarat tentang calon Presiden dan Wakil Presiden lewat undang-undang yang sudah rasional karena tidak ada *prohibited grounds* yang dilanggar perihal keberlakuan ketentuan tersebut. Ini berbeda kasusnya jika Pemohon adalah pihak yang memang hendak menjadi kontestan dalam Pemilu Presiden dan terhalang oleh keberlakuan ketentuan tersebut – unsur kepentingan untuk mengajukan pengujian lebih gamblang (tetapi isu inipun masih *debateable*). Dengan demikian, langkah korektif terhadap ketentuan tersebut seharusnya melalui proses legislatif.

Ketentuan tersebut diketahuinya sudah lama, sejak berlakunya UU Pemilu tahun 2017, sehingga tidak masuk akal jika hal itu dimasalahkan pada menit-menit terakhir menjelang pelaksanaan pemilu 2024. Di Amerika Serikat isu ini diberikan preskripsi yang disebut *Purcell Principle*.⁴⁵ Upaya hukum Pemohon ke MK justru mempolitisir MK (baca: yudisialisasi politik).⁴⁶ Posisi Putusan Nomor 29/PUU-XXI/2023, Putusan Nomor 51/PUU-XXI/2023 dan Putusan Nomor 55/PUU-XXI/2023 yang kebalikannya dengan Putusan Nomor 90/

⁴³ Nihal, *Judicial*, 818.

⁴⁴ Kurnia, *Interpretasi*, 173-176.

⁴⁵ Bandingkan dengan: Robert Yablon dan Derek Clinger, "Purcell Principles for State Courts," *Wisconsin Law Review* 2024, No. 5 (2024): 1642-1651, Rachael Houston, "Does Anybody Really Know What Time It Is?: How The Us Supreme Court Defines "Time" Using The Purcell Principle," *Nevada Law Journal* 23, No. 3 (2023): 773-791. Harry B. Dodsworth, "The Positive and Negative Purcell Principle," *Utah Law Review* 2022, No. 5 (2022): 1087-1091.

⁴⁶ Przemyslaw Kaczmarek, "Judges as Legislators or Interpreters of the Law," *Sortuz: Onati Journal of Emergent Socio-legal Studies* 14, No. 1 (2024): 158-161. Aylin Aydin-Cakir, "Judicialization of Politics by Elected Politicians: The Theory of Strategic Litigation," *Political Research Quarterly* 67, No. 3 (2014): 490-492. Ran Hirschl, "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics," *Fordham Law Review* 75, No. 2 (2006): 723-729.

PUU-XXI/2023 dapat dimaknai secara kontekstual sebagai penolakan MK untuk menjadi forum yudisialisasi politik.

Yudisialisasi politik sendiri sebagai sebuah strategi untuk memperjuangkan kepentingan konstitusional bukan isu yang sifatnya hitam-putih.⁴⁷ Ini hanya soal pilihan yang kadangkala hasilnya menguntungkan terhadap kepentingan konstitusional yang dibela karena yudisialisasi politik dapat dianggap sebagai pemecah kebuntuan ketika institusi politik yang ada tidak menunjukkan sensitivitas terhadap kepentingan konstitusional yang urgen. Sebaliknya, yudisialisasi politik juga dapat dianggap sebagai masalah ketika badan yudisial justru dipolitisasi untuk kepentingan sempit seperti yang terjadi dengan fenomena *autocratic legalism*.⁴⁸ Oleh karena itu masuk akal jika berhadapan dengan fenomena demikian badan yudisial akan menghindarnya dan berlindung di balik alasan *political question*.⁴⁹ Dengan demikian, jika yang menjadi isu lebih pada dampak negatifnya maka yang harus dikhawatirkan bukan yudisialisasi politiknya, tetapi praktik *abusive judicial review*.⁵⁰

Fokus utama kritik dari artikel ini adalah aspek kedua, terkait dengan kepentingan pihak yang secara relevan memiliki potensi untuk dipilih (atau pihak sebagai pemegang hak untuk dipilih) sehingga isunya lebih substantif. Poin kritik terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 adalah “dasar hak” dari privilese yang diberikan lewat amar putusan legislatur positif ini, yaitu “berusia paling rendah 40 (empat puluh) tahun atau pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah” yang menurut MK alasannya berbasis pengalaman.⁵¹ Untuk itu pertanyaannya adalah: Apakah mereka yang belum berusia empat puluh tahun tetapi “pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah” memiliki hak untuk diberikan keistimewaan, atau privilese, dibandingkan dengan mereka yang dalam kedudukan sebaliknya yaitu “tidak pernah/tidak sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah”?

Secara sumir, Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 memberikan kesan progresif karena putusannya berbasis pendekatan hak – dalam hal ini responsif terhadap hak politik generasi muda, khususnya mereka yang pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah, untuk dapat berpartisipasi politik dalam pemerintahan secara lebih strategis – dalam hal ini dengan menjadi presiden atau wakil presiden.⁵² Artikel ini berposisi sebaliknya. Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 adalah keputusan politik yang diberikan kemasan putusan yudisial, bukan keputusan

⁴⁷ Kaczmarek, “Judges as Legislators or Interpreters of the Law,” 168-169. Hirschl, “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics,” 753-754.

⁴⁸ Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism,” *University of Chicago Law Review* 85, No. 2 (2018): 547-548.

⁴⁹ Curtis A. Bradley dan Eric A. Posner, “The Real Political Question Doctrine,” *Stanford Law Review* 75, No. 5 (2023): 1033-1034.

⁵⁰ David Landau dan Rosalind Dixon, “Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy,” *UC Davis Law Review* 53, No. 3 (2020): 1345-1353.

⁵¹ Lihat kembali Sub-judul B.2.

⁵² Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 53.

yuridis yang dasarnya hukum, dalam hal ini adanya “hak” secara *apriori*. Itu artinya, artikel ini menyangsikan, dan bahkan menyangkal, adanya “hak” yang menjadi dasar untuk MK memberikan privilese kepada warga negara yang berusia di bawah empat puluh tahun tetapi pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah untuk dapat menjadi calon presiden atau calon wakil presiden.

Sebagai dasar berpikir, pertanyaan yang relevan untuk aplikabilitas pendekatan hak terhadap isu konstusionalitas Pasal 169 huruf q UU Pemilu adalah apakah ketentuan tersebut merupakan pembatasan hak yang menimbulkan situasi yang disebut Dworkin bersinggungan dengan “*the majority's promise to the minorities that their dignity and equality will be respected*” sesuai “*principle of equal respect and concern*”?⁵³ Usia empat puluh tahun sebagai batas bawah usia untuk calon presiden dan calon wakil presiden bukan isu yang dapat dikualifikasikan sebagai isu hak menurut Dworkin sehingga di luar jangkauan *principle of equal respect and concern* berkenaan dengan tuntutan hak dari individu terhadap pembentuk undang-undang. Atas dasar itu, posisi MK yang menempatkan isu ini sebagai kebijakan legislatif terbuka telah tepat pada Putusan-Putusan MK sebelumnya.⁵⁴ Itu artinya, jika dalam pendekatan hak sebagai kritik terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 tersebut digunakan pendapat Dworkin sebagai tolok ukur substantifnya, maka, untuk pendapat Dworkin aplikabel, isunya adalah apakah ketentuan tersebut memang ketentuan yang tidak diperbolehkan atas dasar hak karena berlaku preskripsi kepada pembentuk undang-undang, berdasarkan *principle of equal respect and concern*, bahwa pembentuk undang-undang “*must not distribute goods or opportunities unequally on the ground that some citizens are entitled to more because they are worthy of more concern. It must not constrain liberty on the ground that one citizen's conception of the good life of one group is nobler or superior to another's*”?⁵⁵

Ketentuan yang bersifat membedakan bukanlah ketentuan yang dikenakan larangan absolut atau *per se rule* bersifat diskriminatif.⁵⁶ Atas dasar itu, *principle of equal respect and concern* yang dikemukakan Dworkin sangat menarik untuk “menguji” apakah Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 tepat secara hukum karena Putusan tersebut dasarnya hak, sehingga pengaturan perbedaan yang ada dalam Pasal 169 huruf q UU Pemilu memang inkonstitusional – dan supaya konstusional perlu ditambahkan klausul “pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah” tersebut. Isu ini menjadi perhatian *dissenting opinion* Hakim Konstitusi Saldi Isra yang secara tepat mengkualifikasikan bahwa isu hukum dari Perkara Nomor 90/PUU-XXI/2023 ini politis, ketimbang yuridis:

⁵³ Lihat kembali pendapat Dworkin pada Sub-judul B.1.

⁵⁴ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 29; Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 51; dan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 55.

⁵⁵ Lihat kembali pendapat Dworkin pada Sub-judul B.1.

⁵⁶ Kurnia, *Interpretasi*, 174-175.

permasalahan yang berkaitan dengan persyaratan usia minimum pejabat negara, termasuk syarat usia minimum sebagai calon presiden dan wakil presiden, sebagaimana diajukan dalam permohonan a quo dapat dikatakan menjadi bagian dalam doktrin political question, yaitu permasalahan yang seharusnya diselesaikan dengan keputusan yang diambil oleh cabang-cabang politik pemerintahan lain, in casu Presiden dan DPR selaku pembentuk undang-undang, bukan oleh lembaga peradilan seperti Mahkamah Konstitusi (vide Louis Henkin, "Is There a 'Political Question' Doctrine", 1976, hlm. 597). Doktrin political question yang dikenal dalam praktik lembaga peradilan ini merupakan konsep yang mengacu pada prinsip bahwa beberapa permasalahan atau pertanyaan yang melibatkan keputusan politik atau kebijakan pemerintah, seharusnya tidak menjadi domain lembaga peradilan untuk memutuskannya. Sebaliknya, permasalahan atau pertanyaan tersebut seyogianya ditangani oleh cabang kekuasaan yang berwenang, seperti eksekutif atau legislatif.⁵⁷

Setuju dengan substansi *dissenting opinion* Hakim Konstitusi Saldi Isra dan mendukung pendapat tersebut dengan argumen berbeda, artikel ini akan memberikan sanggahan dengan menyatakan bahwa argumen hak tidak aplikabel untuk isu hukum dalam Perkara Nomor 90/PUU-XXI/2023.

Hak seperti dimaksudkan Dworkin, sebagai dasar dalam analisis pendekatan hak terhadap Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 ini, adalah *rights against the government*. Atas dasar itu, menggunakan perspektif Dworkin, hak yang diperdebatkan dalam kasus ini bukan *a relatively important right* sehingga posisi MK diharuskan untuk – meminjam frase Dworkin – *taking rights seriously*. Posisi MK dalam Perkara Nomor 90/PUU-XXI/2023 seharusnya – jika menggunakan analisis pendekatan hak – mendasari pernyataan Dworkin berikut:

So if rights make sense at all, then the invasion of a relatively important right must be a very serious matter. It means treating a man as less than a man, or as less worthy of concern than other men. The institution of rights rests on the conviction that this is a grave injustice, and that it is worth paying the incremental cost in social policy or efficiency that is necessary to prevent it.⁵⁸

Itu artinya, karena bukan hak seperti dimaksudkan Dworkin, Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 jelas sangat berlebihan. Menjadi satu pertanyaan besar – sebagai kritik pendekatan hak terhadap logika berpikir MK dalam mengecualikan keberlakuan Pasal 169 huruf q UU Pemilu kepada mereka yang pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah: Apakah status “pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah” patut untuk dipandang sebagai status yang dapat menciptakan “hak” untuk memperoleh privilese dikecualikan dari suatu ketentuan undang-undang yang berlaku – dalam hal ini Pasal 169 huruf q UU Pemilu? Artikel ini menyangkal itu.

⁵⁷ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 105.

⁵⁸ Dworkin, *Taking*, 239-240.

Pendekatan hak Dworkin jelas tidak aplikabel sebagai dasar dari Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Pengujian konstiusionalitas Pasal 169 huruf q UU Pemilu adalah isu yang elitis karena berkenaan dengan “hak segelintir orang”, bukan hak, normalnya, bagi setiap orang kebanyakan. Perdebatan tentang “hak untuk menjadi calon presiden atau calon wakil presiden” di sini tidak sama dengan hak setiap orang untuk mendapatkan pendidikan, kesehatan, perumahan yang layak, lingkungan hidup yang sehat, dan sebagainya yang sangat bermakna untuk mereka yang *powerless* atau tidak berdaya. Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 hanya berkaitan dengan kepentingan dan hajat hidup dari elit politik (yang memiliki kans sangat besar untuk menjadi calon presiden dan wakil presiden) dan bukan hajat hidup orang banyak sehingga tidak seharusnya isu tersebut disikapi MK dengan cara *taking rights seriously*.

Pertanyaannya adalah bagaimana isu tersebut dipahami sebagai isu yang sifatnya elitis? Berdasarkan kondisi hukum eksisting, yang memenuhi syarat untuk dapat berkompetisi sebagai pasangan calon presiden dan calon wakil presiden maksimal hanya sepuluh orang (atau lima pasang calon presiden dan calon wakil presiden). Kondisi demikian terjadi karena keberlakuan ketentuan tentang mekanisme pengusungan pasangan calon presiden dan calon wakil presiden yaitu oleh partai politik, atau gabungan partai politik, yang mampu memenuhi ambang batas pencalonan presiden (*presidential threshold*) dua puluh persen. Ini akan berbeda kasusnya jika ketentuan ambang batas pencalonan presiden diiadakan karena tidak sesuai dengan ideal dari sistem presidensial sehingga setiap orang, apapun latar belakangnya, memiliki hak untuk menjadi calon presiden atau wakil presiden.⁵⁹ Itupun akan tetap membuat isu ini sebagai isu yang elitis – tetapi berkurang kadar elitisnya dalam pengertian: setiap orang memiliki hak untuk mencalonkan diri sebagai presiden atau wakil presiden, tetapi tidak setiap orang berpikir untuk menggunakan haknya tersebut.

Lebih lanjut, seandainya diterima bahwa Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 tersebut menerapkan pendekatan hak, tetap saja ada kejanggalan di situ karena MK tidak memberikan “hak untuk menjadi calon presiden atau calon wakil presiden” kepada semua warga negara yang belum berusia empat puluh tahun dengan jalan menetapkan batas bawah baru, misalnya menjadi berusia sekurang-kurangnya tiga puluh lima tahun. Pemberian privilese berupa pengecualian Pasal 169 huruf q UU Pemilu kepada mereka yang pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah untuk dapat menjadi calon presiden atau calon wakil presiden justru tidak progresif. Analisis yang jeli seketika dapat menemukan bahwa pendirian MK dalam kasus ini hanya akal-akalan belaka sekadar untuk membuat putusannya masuk akal – memperluas kesempatan generasi muda untuk berpartisipasi politik dengan dapat dicalonkan sebagai calon presiden atau calon wakil presiden, padahal sesungguhnya tidak demikian.⁶⁰ Seperti ditunjukkan di atas,

⁵⁹ Titon Slamet Kurnia, “Presidential Candidacy Threshold and Presidentialism Affirmation in Indonesia,” *Padjadjaran: Jurnal Ilmu Hukum* 7, No. 3 (2020): 353-379.

⁶⁰ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 53.

klausul “pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah untuk dapat menjadi calon presiden atau calon wakil presiden” terkesan alasan rasional untuk menjustifikasi pemberian privilese tersebut sehingga tidak seluruh generasi muda memiliki kesempatan yang sama untuk dapat dicalonkan sebagai presiden atau wakil presiden padahal sama sekali tidak berhasil menunjukkan bahwa mereka memiliki hak untuk memperoleh privilese tersebut. Di sinilah letak persoalan sangat serius dari pendapat yudisial MK – pemberian privilese tersebut harus memiliki dasar hak yang jelas sehingga jika dasar hak yang jelas itu ada maka benar adanya jika terjadi *clear mistake* ketika pembentuk undang-undang merumuskan Pasal 169 huruf q UU Pemilu seperti itu. Ini tidak dapat disederhanakan sekadar “hak seseorang untuk memilih” secara bersama-sama juga bermakna “hak seseorang untuk dipilih” atau dicalonkan seperti persepsi MK.⁶¹ Pencalonan tersebut memiliki syarat, dan syarat itulah yang sekarang diuji, dalam hal ini Pasal 169 huruf q UU Pemilu. Untuk syarat itu diuji, jika dasarnya adalah pendekatan hak, harus ada “hak yang sungguh-sungguh dilanggar”, bukan hak seseorang yang “pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah untuk dapat menjadi calon presiden atau calon wakil presiden” karena hak yang demikian tidak ada. Kalaupun hak itu ada, perdebatan tentang hak tidak selalu harus menjadi ranah badan yudisial. Perdebatan tentang hak juga dapat menjadi ranah pembentuk undang-undang.⁶² Oleh karena itu, *dissenting opinion* Hakim Konstitusi Saldi Isra lebih tepat dibandingkan pendirian MK.

Sekadar catatan tambahan, penggunaan pendekatan perbandingan sama sekali tidak relevan karena perbandingannya tidak *apple-to-apple*.⁶³ Negara pembanding yang dijadikan rujukan menempatkan ketentuan batas usia calon presiden dan calon wakil presiden dalam konstitusi formal atau undang-undang dasar (kebijakan konstitusional). Sementara UUD 1945 mendelegasikan pengaturan isu tersebut pada tingkat undang-undang (kebijakan legislatif). Atas dasar itu, pendekatan perbandingan tidak aplikabel untuk menjustifikasi klausul pengecualian yang ditambahkan MK ke dalam Pasal 169 huruf q UU Pemilu tersebut. Dari perspektif yang bersifat nasionalistik, rujukan terhadap ketentuan batas usia calon presiden dan wakil presiden negara lain bobot relevansinya nihil karena secara rasional setiap negara bebas dalam menentukan batas usia sesuai kebutuhannya sehingga ketentuan batas usia tersebut tidak tepat untuk saling diperbandingkan karena perbandingan demikian tidak mengandung nilai substantif.⁶⁴ Kita tidak dapat didikte oleh hukum negara lain yang selera tentang batasan usianya berbeda dengan kita. Penggunaan pendekatan perbandingan

⁶¹ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 51.

⁶² Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal* 115, No. 6 (2006): 1346-1406.

⁶³ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 39-46.

⁶⁴ Bandingkan dengan Norman Dorsen, “The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer,” *International Journal of Constitutional Law* 3, No. 4 (2005): 519-541.

untuk interpretasi konstitusi pada dasarnya baik,⁶⁵ akan tetapi dalam kasus ini MK menyalahgunakan pendekatan perbandingan karena tidak ada ketentuan konstitusional yang dapat diinterpretasi dengan pendekatan perbandingan tersebut mengingat ketentuan batas usia calon presiden dan wakil presiden tidak ditetapkan dalam UUD 1945.

Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 adalah penyalahgunaan peranan legislatur positif. Pada mulanya peranan sebagai legislatur positif dalam pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang dirasakan sebagai kebutuhan praktis. Akan tetapi, berhadapan dengan kasus ini, yang terjadi adalah peranan sebagai legislatur positif tersebut disalahgunakan. Dengan pengertian lain, peranan sebagai legislatur positif tersebut sesungguhnya dapat berbahaya⁶⁶ – dan kita merasakan bahaya itu saat ini dengan Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023. Dan sebagai catatan penutup, artikel ini menemukan sesuatu yang sifatnya sangat ironis – dan tidak menggembirakan. Jika normalnya *hard cases make bad law*,⁶⁷ maka kasus ini sebaliknya: *easy case makes bad law*. *Easy case makes bad law* dapat saja terjadi, bukan sesuatu yang tidak mungkin.⁶⁸ Tetapi jika itu terjadi justru akan menimbulkan tanda tanya besar bagi kita semua – dan ujung cerita dari sengkaret Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 sudah menjadi pengetahuan umum. Satu hal yang cukup positif adalah proses pembuatan putusan yudisial yang sangat alot di mana *dissenting opinion* yang ada sangat jelas tidak menghendaki MK membuat kesalahan dalam *easy case* yang sedang dihadapinya.⁶⁹

C. KESIMPULAN

Dari perspektif pendekatan hak berdasarkan Teori Hak Dworkin, Putusan MK Nomor 90/PUU-XXI/2023 adalah putusan yang tidak berdasar atau tidak dapat dijustifikasi. *Ratio decidendi* yang tuntutananya harus dapat menjustifikasi amar putusan tidak mampu menjalankan fungsi yang seharusnya. Dari perspektif pendekatan hak, *ratio decidendi* seharusnya bermula dari “hukum”, dalam hal ini “hak setiap orang” yang belum berusia empat puluh tahun tetapi “pernah/sedang menduduki jabatan yang dipilih melalui pemilihan umum termasuk pemilihan kepala daerah” untuk diberikan privilese dapat dicalonkan sebagai presiden atau wakil presiden. Hak demikian, dari perspektif Teori Hak Dworkin, tidak ada – dan nampak jelas sekali bahwa MK tidak berhasil membuktikan adanya hak tersebut dalam *ratio decidendi*-nya. Dengan demikian, *logical fallacy* dari Putusan MK

⁶⁵ Margareth H. Marshall, ““Wise Parents Do Not Hesitate to Learn from Their Children”: Interpreting State Constitutions in an Age of Global Jurisprudence,” *New York University Law Review* 79, No. 5 (2004): 1633-1656. Mark C. Rahdert, “Comparative Constitutional Advocacy,” *American University Law Review* 56, No. 3 (2007): 553-658.

⁶⁶ Pramudya A. Oktavinanda, “Is Conditionally Constitutional Doctrine Constitutional?,” *Indonesia Law Review* 8, No. 1 (2018): 17-36.

⁶⁷ The Hon Justice Paul Heath, “Hard Cases and Bad Law,” *Waikato Law Review* 16, No. 1 (2008): 1-20.

⁶⁸ Mathieu Leloup dan David Kosař, “Sometimes Even Easy Rule of Law Cases Make Bad Law,” *European Constitutional Law Review* 18, No. 4 (2022): 753-779.

⁶⁹ *Dissenting opinion* dalam kasus ini sangat panjang. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 90, 87-121.

Nomor 90/PUU-XXI/2023 adalah *non sequitur* di mana amar putusan tidak berhubungan dengan *ratio decidendi*. Dengan demikian, *dissenting opinion* Hakim Konstitusi Saldi Isra yang mengkualifikasikan isu hukum dalam kasus ini sebagai *political question* lebih tepat, sehingga sebagai implikasinya hal itu merupakan ranah pembentuk undang-undang atau merupakan kebijakan legislatif terbuka.

DAFTAR PUSTAKA

- Aydin-Cakir, Aylin. "Judicialization of Politics by Elected Politicians: The Theory of Strategic Litigation." *Political Research Quarterly* Volume 67, Nomor 3 (2014): 489-503. <https://doi.org/10.1177/1065912914533997>.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press 1986.
- Bradley, Curtis A. dan Eric A. Posner. "The Real Political Question Doctrine." *Stanford Law Review* Volume 75, Nomor 5 (2023): 1031-1090.
- Brest, Paul. "The Supreme Court 1975 Term – Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle." *Harvard Law Review* Volume 90, Nomor 1 (1976): 1-54.
- Burns, Edward M. "Madison's Theory of Judicial Review." *Kentucky Law Journal* Volume 24, Nomor 4 (1936): 412-423.
- Cox, Archibald. "Foreword: Constitutional Adjudication and the Promotion of Human Rights." *Harvard Law Review* Volume 80, Nomor 1 (1966): 91-122.
- Dijk, P. van, dan G.J.H. van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- Dodsworth, Harry B. "The Positive and Negative Purcell Principle." *Utah Law Review* Volume 2022, Nomor 5 (2022): 1081-1134. <https://doi.org/10.26054/0d-9nqp-9t93>.
- Dorsen, Norman. "The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer." *International Journal of Constitutional Law* Volume 3, Nomor 4 (2005): 519-541. <https://doi.org/10.1093/icon/moi032>.
- Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2000.
- Dworkin, Ronald. *Sovereign Virtues: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2000.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury, 2013.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

- Eylon, Yuval, dan Alon Harel. "The Right to Judicial Review." *Virginia Law Review* Volume 92, Nomor 5 (2006): 991-1022.
- Faigman, David L. "Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication." *Northwestern University Law Review* Volume 88, Nomor 2 (1994): 641-694.
- Fallon, Jr., Richard H. *Implementing the Constitution*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2001.
- Fallon, Jr., Richard H. "The Core for Uneasy Case for Judicial Review." *Harvard Law Review* Volume 121, Nomor 7 (2008): 1693-1736.
- Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Harel, Alon. "Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification." *Law and Philosophy Review* Volume 22, Nomor 3/4 (2003): 247-276.
- Heath, The Hon Justice Paul. "Hard Cases and Bad Law." *Waikato Law Review* Volume 16, Nomor 1 (2008): 1-20.
- Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2004.
- Hirschl, Ran. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics." *Fordham Law Review* Volume 75, Nomor 2 (2006): 721-754.
- Houston, Rachael. "Does Anybody Really Know What Time It Is?: How The Us Supreme Court Defines "Time" Using The Purcell Principle," *Nevada Law Journal* Volume 23, Nomor 3 (2023): 769-807.
- Jayawickrama, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Kaczmarek, Przemyslaw. "Judges as Legislators or Interpreters of the Law," *Sortuz: Onati Journal of Emergent Socio-legal Studies* Volume 14, Nomor 1 (2024): 157-172.
- Kurnia, Titon Slamet. *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM*. Bandung: Penerbit PT Alumni, 2013.
- Kurnia, Titon Slamet. "Mahkamah Konstitusi dan Hak untuk Bebas dari Perlakuan Diskriminasi." *Jurnal Konstitusi* Volume 12, Nomor 1 (2015): 21-42. <https://doi.org/10.31078/jk1212>.
- Kurnia, Titon Slamet. *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008*. Bandung: Penerbit Mandar Maju, 2015.
- Kurnia, Titon Slamet. "Presidential Candidacy Threshold and Presidentialism Affirmation in Indonesia." *Padjadjaran: Jurnal Ilmu Hukum* Volume 7, Nomor 3 (2020): 353-379. <https://doi.org/10.22304/pjih.v7n3.a4>.

- Landau, David, dan Rosalind Dixon. "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy." *UC Davis Law Review* Volume 53, Nomor 3 (2020): 1313-1387.
- Leloup, Mathieu, dan David Kosař. "Sometimes Even Easy Rule of Law Cases Make Bad Law." *European Constitutional Law Review* Volume 18, Nomor 4 (2022): 753-779. <https://doi.org/10.1017/S1574019622000335>.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Nomor 29/PUU-XXI/2023.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Nomor 51/PUU-XXI/2023.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Nomor 55/PUU-XXI/2023.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Nomor 90/PUU-XXI/2023.
- Marshall, Margareth H. "'Wise Parents Do Not Hesitate to Learn from Their Children': Interpreting State Constitutions in an Age of Global Jurisprudence." *New York University Law Review* Volume 79, Nomor 5 (2004): 1633-1656.
- Oktavinanda, Pramudya A. "Is Conditionally Constitutional Doctrine Constitutional?" *Indonesia Law Review* Volume 8, Nomor 1 (2018): 17-36. <https://doi.org/10.15742/ilrev.v8n1.381>.
- Palguna, I.D.G., Saldi Isra, dan Pan Muhamad Faiz. *The Constitutional Court and Human Rights Protection in Indonesia*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2022.
- Perry, Michael J. *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Rahdert, Mark C. "Comparative Constitutional Advocacy." *American University Law Review* Volume 56, Nomor 3 (2007): 553-658.
- Rubin, Edward. "Judicial Review and the Right to Resist." *Georgetown Law Journal* Volume 97, Nomor 1 (2008): 61-118.
- Scheppele, Kim Lane. "Autocratic Legalism." *University of Chicago Law Review* Volume 85, Nomor 2 (2018): 545-583.
- Sweet, Alec Stone, dan Jud Mathews. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism." *Columbia Journal of Transnational Law* Volume 47, Nomor 1 (2008): 72-164.
- Waldron, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review." *Yale Law Journal* Volume 115, Nomor 6 (2006): 1346-1406.
- Yablon, Robert dan Derek Clinger. "Purcell Principles for State Courts." *Wisconsin Law Review* Volume 2024, Nomor 5 (2024): 1637-1685. <https://doi.org/10.59015/wlr.WCKM8290>.