**KONSTITUSIONALITAS PEMBATASAN HAK ASASI MANUSIA DALAM PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI**

**CONSTITUTIONALITY OF HUMAN RIGHT LIMITATION ON CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS**

**Oleh: Sipghotulloh Mujaddidi**

Mahasiswa Magister Hukum Kenegaraan UGM

Jl. Sosio Yustisia Bulaksumur No.1, Kabupaten Sleman, Daerah Istimewa Yogyakarta 55281

Email: [Sibghotullah11@gmail.com](mailto:Sibghotullah11@gmail.com)

**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 disscus 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.

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

**PENDAHULUAN**

1. **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 tercangkup 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.[[1]](#footnote-1) 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;

“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”.[[2]](#footnote-2)

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 haruf g UU No. 12 Tahun 2003[[3]](#footnote-3), 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 pembatasan terhadap HAM yang dilakukan oleh undang-undang dapat dikatakan konstitusional atau inkonstitusional.

1. **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?

1. **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.

**HASIL DAN 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.[[4]](#footnote-4) 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.

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.[[5]](#footnote-5)

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.[[6]](#footnote-6)

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.[[7]](#footnote-7)

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 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”.[[8]](#footnote-8)

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 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 28IUUD 1945 tunduk pada pembatasan yang diatur dalam Pasal 28J UUD 1945”.[[9]](#footnote-9)

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.[[10]](#footnote-10) 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.[[11]](#footnote-11)

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-derogible rights*. Adapun yang menjadi catatan penting adalah bahwa dalam melakukan penakaran konstitusionalitas suatu materi pembatasan, terutama terhadap hak-hak *non-derogible 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.

1. **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.[[12]](#footnote-12) Dengan begitu, tanpa semangat HAM tersebut, maka suatu undang-undang atau hukum positif akan kehilangan maknanya sebagai hukum yang bermanfaat untuk kemaslahatan masyarakat.[[13]](#footnote-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”.[[14]](#footnote-14)

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, melainkah 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 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 sebagaian 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 kalaupun 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.[[15]](#footnote-15)

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[[16]](#footnote-16)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **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 berkelebihan. |
| **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. |
| **12** | No. 1-2/PUU-XII/2014 Tentang konstitusionalitas syarat menjadi calon hakim konstitusi | Materi pembatasan hak tidak memiliki landasan hukum yang kokoh dan valid….” |
| **13** | 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, |
| **14** | 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 |
| **15** | No. 33/PUU-XIII/2015 tentang Dinasti Politik/Politik Kekerabatan Kepala Daerah) | Materi pembatasan mengandung unsur-unsur diskriminasi, dan tidak disandarkan pada alasan yang kuat, masuk akal, dan proposional |
| **16** | No. 107/PUU-XIII/2015 tentang pembatasan waktu pengajuan permohonan grasi | Materi pembatasan menghalangi hak untuk mendapatkan keadilan |
| **17** | 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. |
| **18** | No. 88/PUU-XIV/2016 tentang Hak Perempuan sebagai Gubenur dan/atau Wakil Gubenur DIY | Materi pembatasan hak mengandung unsur-unsur diskriminatif dan menghalangi hak untuk ikut dalam pemerintahan; |
| **19** | 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 berkelebihan. 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 terbatasi hak dan kebebasannya.

Sebagai contoh, Putusan No. 18/PUU-IV/2006 yang pada pokoknya menguji konstitusionalitas pranata penahanan, penggeledahan, 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, aparatur 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.[[17]](#footnote-17)

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 peryaratan “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.[[18]](#footnote-18) 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*).

1. Penggunaan alasan adanya unsur-unsur diskriminatif

Berkaitan dengan konteks pengujian konstitusionalitas pembatasan HAM, adanya unsur-unsur diskriminatif merupakan salah satu alasan yang dapat dijadikan dasar bagi Mahkamah Konstitusi untuk menyatakan suatu materi pembatasan HAM telah melanggar dan bertentangan dengan UUD 1945 atau inkonstiusional. 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, stutus 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*.[[19]](#footnote-19)*

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 dikriminasi?. 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.

Salah satu putusan yang dapat dijadikan acuan bahwa tidak semua perlakan 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.

1. Pengunaan 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 berikaitan 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 presidensil 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.

1. Penggunaan alasan tidak didasarkan pada alasan yang kuat, kokoh, valid rasional, dan proposional, serta tidak berkelebihan

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.[[20]](#footnote-20) Pun demikian dalam praktek pengujian undag-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*”.[[21]](#footnote-21)

Adapun dalam konteks Indonesia, Mahkamah Konstitusi sendiri mengakui dalam Putusan No. 9/PUU-VII/2009 akan pentingnya menggunakan prinsip proporsionalitas dalam melakukan penarakaran 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 alasan mengesampingkan HAM hanya dapat dikatakan sah harus dilakukan secara hati-hati, cermat, dan teliti.[[22]](#footnote-22)

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 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 dngan 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 persyartan 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.[[23]](#footnote-23)

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*.[[24]](#footnote-24) *Test of suitability*, yaitu menilai apakah ukuran yang dirancang untuk memenuhi tujuan legislator telah dilakukan secara rasional. Hal ini dilakukan untuk menentukan sejauhmana perlindungan hak individu dan tujuan yang 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 mengingat 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.[[25]](#footnote-25)

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;

*“Fist, the measure adopted be carefully designed to achieve to the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irratinali 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”.* [[26]](#footnote-26)

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 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.

**PENUTUP**

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 berkelebihan. 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 1st National Converence, 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 Indonesa”, *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 Convenant 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.

1. Jimly Asshiddiqie, “Demokrasi dan Hak Asasi Manusia”, *Makalah* disampaikan dalam Studium General pada acara The 1st National Converence, yang diselenggarakan oleh Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005. [↑](#footnote-ref-1)
2. Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. [↑](#footnote-ref-2)
3. Pasal 60 haruf 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. [↑](#footnote-ref-3)
4. Jimly Asshiddiqie., *Op.cit*, hlm. 10. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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, hlm. 6.*.* [↑](#footnote-ref-5)
6. 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., hlm. 70. [↑](#footnote-ref-6)
7. Galuh Candra Purnamasari, “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, 187-188. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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, hlm. 42. [↑](#footnote-ref-8)
9. Putusan MKRI, No. 2-3/PUU-V/2007, *Op.cit*., hlm. 412. [↑](#footnote-ref-9)
10. Soetandyo Wignjosoebroto, Kata Pengantar dalam Adnan B Nasution, 2007, *HAM dan Demokrasi-Arus Pemikiran Konstitusionalisme*, Kata Penerbit, Jakarta, hlm. xiv. [↑](#footnote-ref-10)
11. Muladi., *Op.cit*, hlm. 70. [↑](#footnote-ref-11)
12. Firdaus, “Implikasi Pengaturan HAM dalam UUD terhadap Ius Constituendum” dalam Muladi, *Op.cit*., hlm. 12. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Ibid*., hlm. 13. [↑](#footnote-ref-13)
14. Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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,](https://mkri.id/public/content/persidangan/putusan/Putusan%20%205_PUU_VIII_2010%20_edit%20panitera_.pdf) hlm, 70-71. [↑](#footnote-ref-15)
16. Data diolah oleh penulis dengan menggunakan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi Tahun 2003 sampai 2018 yang pada pokoknya menyatakan suatu materi pembatasan HAM bertentngan dengan UUD 1945 atau inkonstiusional [↑](#footnote-ref-16)
17. Putusan MKRI No. 18/PUU-IV/2006 tentang [Pengujian UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap UUD 1945](https://mkri.id/public/content/persidangan/putusan/putusan_sidang_Putusan018PUUIV2006ttgKUHAPtgl20122006Pukul9.26.pdf), 20 Desember 2006, hlm. 76. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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 publik 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*. [↑](#footnote-ref-18)
19. Pasal 4 Konvensi Internasional tentang Hak Sipil dan Politik sebagaimana diratifikasi dalam UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan International Convenant on Civil and Politic Rights. [↑](#footnote-ref-19)
20. 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>., hlm. 13-32. [↑](#footnote-ref-20)
21. Titon Slamet Kurnia, *Op.cit,* hlm. 325 [↑](#footnote-ref-21)
22. 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](https://mkri.id/public/content/persidangan/putusan/putusan_sidang_PUTUSAN%20PERKARA%20NO%209%20PUU%20VII%202009.pdf), 30 Maret 2009, hlm. 63-64. [↑](#footnote-ref-22)
23. Möller, K. Proportionality, “Challaenging the critics”. *International Journal of* *Constitutional Law*, Juli 2012, diakses dari <https://doi.org/10.1093/icon/mos024>, hlm. 711-715. [↑](#footnote-ref-23)
24. M. Lutfi Chakim, “Prinsip Proporsionalitas”, di Rubrik Kamus Hukum *Majalah Konstitusi*, No 139 September 2018, hlm. 78. [↑](#footnote-ref-24)
25. M. Lutfi Chakim, *Op.cit*, hlm. 78. [↑](#footnote-ref-25)
26. 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, hlm. 31-33. [↑](#footnote-ref-26)