



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 12 Nomor 4, Desember 2015

- **Transparansi dan Partisipasi Publik dalam Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi**  
Winda Wijayanti, Nuzul Quraini M, Siswantana Putri R
- **Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 Bagi Penyelesaian Sengketa Bisnis dan Keuangan Syariah**  
Khotibul Umam
- **Hak Asasi Perempuan dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia**  
Dede Kania
- **Ketidakpastian Hukum Kewenangan Lembaga Pembentuk Undang-Undang Akibat Pengabaian Putusan Mahkamah Konstitusi**  
Aan Eko Widiarto
- **Konstruksi Yuridis Politik Legislasi DPD Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012**  
Ria Casmi Arrsa
- **Faktor-Faktor Yang Menyebabkan Materi Muatan Undang-Undang Bertentangan dengan UUD 1945**  
Daniel Samosir
- **Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang Yang Mengatur Eksistensinya**  
Tanto Lailam
- **Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang**  
Nurrahman Aji Utomo
- **Hukum dan Keadilan Sosial dalam Perspektif Hukum Ketatanegaraan**  
Ahmad Fadlil Sumadi
- **Konstitusionalitas Norma Sanksi Pidana Sebagai *Ultimum Remedium* dalam Pembentukan Perundang-undangan**  
Titis Anindyajati, Irfan Nur Rachman, Anak Agung Dian Onita

JK	Vol. 12	Nomor 4	Halaman 663 - 892	Jakarta Desember 2015	ISSN 1829-7706
----	---------	---------	----------------------	--------------------------	-------------------

**Terakreditasi LIPI Nomor: 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015**  
**Terakreditasi DIKTI Nomor: 040/P/2014**

**KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL  
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**



MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA

JURNAL KONSTITUSI

Vol. 12 No. 4	ISSN 1829-7706	Desember 2015
Terakreditasi LIPI Nomor: 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015		
Terakreditasi Dikti Nomor: 040/P/2014		

Jurnal Konstitusi memuat naskah di bidang hukum dan konstitusi, serta isu-isu ketatanegaraan. Jurnal Konstitusi adalah media dwi-bulanan, terbit sebanyak empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember).

**Susunan Redaksi**  
(*Board of Editors*)

**Pengarah**  
(*Advisers*) : Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S.  
Dr. Anwar Usman, S.H., M.H.  
Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H.  
Dr. Patrialis Akbar, S.H., M.H.  
Dr. H. Wahiduddin Adams, S.H., MA.  
Prof. Dr. Aswanto S.H., M.Si. DFM.  
Dr. I Dewa Gede Palguna, S.H., M. Hum  
Dr. Suhartoyo, S. H., M. H.  
Dr. Manahan M. P. Sitompul, S.H., M. Hum

**Penanggungjawab**  
(*Officially Incharge*) : M. Guntur Hamzah

**Pemimpin Redaksi**  
(*Chief Editor*) : Wiryanto, S.H., M.Hum.

**Redaktur Pelaksana**  
(*Managing Editors*) : Irfan Nur Rachman, S.H., M.H.  
Anna Triningsih, S.H., M.Hum  
Mohammad Mahrus Ali, S.H., M.H.  
Ajie Ramdan, S.H., M.H.  
Intan Permata Putri, S.H.

**Sekretaris**  
(*Secretariat*) : Udi Hartadi, S.E.  
Rumondang Hasibuan, S.Sos.

**Tata Letak & Sampul**  
(*Layout & cover*) : Nur Budiman

Alamat (*Address*)  
Redaksi Jurnal Konstitusi

**Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia**

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110  
Telp. (021) 23529000 Faks. (021) 352177  
E-mail: jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id

Jurnal ini dapat diunduh di menu e-jurnal pada laman [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

---

Isi Jurnal Konstitusi dapat dikutip dengan menyebutkan sumbernya  
(*Citation is permitted with acknowledgement of the source*)

---



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 12 Nomor 4, Desember 2015

## DAFTAR ISI

<b>Pengantar Redaksi</b> .....	iii - vi
Transparansi dan Partisipasi Publik dalam Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi	
Winda Wijayanti, Nuzul Quraini M, Siswantana Putri R.....	663-690
Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 Bagi Penyelesaian Sengketa Bisnis dan Keuangan Syariah	
Khotibul Umam .....	691-715
Hak Asasi Perempuan dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia	
Dede Kania .....	716-734
Ketidakpastian Hukum Kewenangan Lembaga Pembentuk Undang-Undang Akibat Pengabaian Putusan Mahkamah Konstitusi	
Aan Eko Widiarto .....	735-754
Konstruksi Yuridis Politik Legislasi DPD Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012	
Ria Casmi Arrsa .....	755-772
Faktor-Faktor Yang Menyebabkan Materi Muatan Undang-Undang Bertentangan dengan UUD 1945	
Daniel Samosir .....	773-794

Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang Yang Mengatur Eksistensinya	
Tanto Lailam .....	795-824
Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang	
Nurrahman Aji Utomo .....	825-848
Hukum dan Keadilan Sosial dalam Perspektif Hukum Ketatanegaraan	
Ahmad Fadlil Sumadi .....	849-871
Konstitusionalitas Norma Sanksi Pidana Sebagai <i>Ultimum Remedium</i> dalam Pembentukan Perundang-undangan	
Titis Anindyajati, Irfan Nur Rachman, Anak Agung Dian Onita .....	872-892

**Biodata**

**Pedoman Penulisan**

## Dari Redaksi



Jurnal konstitusi Volume 12 Nomor 4 Desember 2015 kembali hadir ke hadapan pembaca sekalian. Sebagaimana diketahui bahwa jurnal konstitusi merupakan sarana media keilmuan dibidang hukum yang diterbitkan oleh Mahkamah konstitusi dengan Tujuan untuk melakukan diseminasi hasil penelitian atau kajian konseptual dengan domain utama terkait dengan implementasi konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi dan berbagai isu yang tengah berkembang didalam masyarakat terkait dengan hukum konstitusi dan ketatanegaraan.

Artikel yang pertama berjudul “Transparansi dan Partisipasi Publik dalam Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi ” Winda Wijayanti, Nuzul Quraini M, Siswantana Putri R berbicara mengenai Rekrutmen Hakim Konstitusi merupakan suatu forum untuk menggali sifat integritas, kapabilitas, dan independensi para calon hakim konstitusi. Proses rekrutmen calon hakim konstitusi untuk memilih sistem rekrutmen berdasarkan prinsip transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel kepada rakyat dari awal tahapan dan mekanisme rekrutmen sampai dengan penetapan calon hakim konstitusi yang dapat menimbulkan kepercayaan kepada publik dan wujud demokrasi karena adanya kontrol dan keseimbangan kedudukan antara negara dengan rakyat. Dengan demikian, proses rekrutmen perlu disertai aturan secara tertulis yang dapat berkembang sesuai kebutuhan untuk menciptakan calon hakim konstitusi yang terbaik berdasarkan proses rekrutmen oleh lembaga yang mengajukan rekrutmen dan SOP (*Standart Operational of Procedure*).

Artikel yang kedua berjudul “Implikasi Putusan MK NO. 93/PUU-X/2012 Bagi Penyelesaian Sengketa Bisnis Dan Keuangan Syariah” oleh Khotibul Umam mengkaji mengenai Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah memberikan penegasan

bahwa Penjelasan Pasal 55 ayat (2) undang-undang *a quo* berpotensi menimbulkan ketidakpastian hukum dan kebingungan hukum, sementara Pasal 55 secara keseluruhan tetap sesuai dengan konstitusi. Implikasi yuridis dari putusan *a quo* yakni bahwa Majelis Hakim Pengadilan Negeri wajib menyatakan tidak berwenang atas sengketa yang terjadi dalam kasus yang berhubungan dengan perbankan syariah, walaupun telah diperjanjikan dalam akad.

Dede Kania dalam artikel yang berjudul “Hak Asasi Perempuan dalam Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia” menguraikan bahwa Sampai saat ini hukum masih dianggap diskriminatif dan tidak berkeadilan gender. Padahal hukum seharusnya berkeadilan atau sensitif gender untuk menjamin terpenuhinya hak asasi perempuan. Dengan mengikuti prinsip persamaan hak dalam segala bidang, maka baik laki-laki maupun perempuan mempunyai hak atau kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam setiap aspek kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Sehingga apabila terjadi diskriminasi terhadap perempuan, hal itu merupakan bentuk pelanggaran terhadap hak asasi perempuan.

Artikel selanjutnya berjudul “Ketidakpastian Hukum Kewenangan Lembaga Pembentuk Undang-Undang Akibat Pengabaian Putusan Mahkamah Konstitusi” Aan Eko Widiarto menjelaskan mengenai DPR dan Presiden telah membentuk Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) yang materinya menormakan kembali ketentuan-ketentuan yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat menurut Putusan Mahkamah Konstitusi No. 92/PUU-X/2012. Akibatnya terjadi dualisme norma. Norma pertama adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang sudah diputuskan dalam putusan MK No. 92/PUU-X/2012. Norma kedua adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang ditentukan dalam UU MD3. Kedua norma tersebut bertentangan sehingga dalam implementasinya (*rechtstoepassing*) DPR, DPD, dan Presiden dihadapkan pada dua pilihan ketentuan pembentukan undang-undang. Kewenangan DPD dalam mengajukan dan membahas rancangan undang-undang menjadi kabur. Demikian pula bagi DPR dan Presiden juga tidak ada kepastian hubungan wewenang dengan DPD dalam proses pengajuan dan pembahasan rancangan undang-undang.

Artikel yang kelima berjudul “Konstruksi Yuridis Politik Legislasi DPD Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012” Ria Casmi Arrsa Kedudukan Dewan Perwakilan Daerah dalam konteks pelaksanaan fungsi legislasi memiliki peran penting dalam rangka menciptakan prinsip *checks and balances* diantara lembaga negara yang meliputi Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden. Secara kontekstual Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012 semakin menguatkan kedudukan DPD baik dalam aspek perencanaan program legislasi nasional, penyampaian pendapat, pandangan, daftar inventarisasi masalah, dan pembahasan suatu Rancangan Undang-Undang. Banyak

kemajuan yang telah dicapai namun pada ranah politik legislasi nampaknya kewenangan DPD masih belum sempurna mana kala tidak sampai pada tahap ikut memutuskan terhadap suatu Rancangan Undang-Undang yang sedang dibahas. Dalam rangka untuk mengutkan kedudukan DPD sebagai bagian dari perwakilan daerah maka amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dipandang penting guna melakukan penataan kelembagaan negara secara holistik dan komprehensif.

Artikel selanjutnya berjudul “Faktor-Faktor Yang Menyebabkan Materi Muatan Undang-Undang Bertentangan dengan UUD 1945” Daniel Samosir menguraikan permasalahan tentang persoalan pada masa jabatan pembentuk Undang-Undang periode 2004/2009, banyak Rancangan Undang-Undang yang disahkan menjadi Undang-Undang tidak berpihak pada masyarakat. Sehingga merugikan masyarakat karena tidak sesuai dengan apa yang dicita-citakan masyarakat dalam Peraturan Dasar (UUD 1945) yang menjadi sumber dan dasar pembentukan dari Undang-Undang tersebut. Oleh karena itu, banyak Undang-Undang yang diuji materikan (*judicial review*) oleh Mahkamah Konstitusi (MK) atas permohonan masyarakat. Berdasarkan hal tersebut melalui metode penelitian normatif yang dilakukan penulis, menemukan hasil bahwa suatu materi muatan Undang-Undang bertentangan dengan UUD 1945. Karena undang-undang yang ditentukan dalam Daftar Prolegnas yang dilakukan oleh DPR dan Presiden belum sepenuhnya menggunakan kriteria yang jelas, tepat dan konsisten. Artinya Undang-Undang tersebut yang dibentuk oleh DPR Periode 2004/2009 ada yang tidak memenuhi asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Artikel yang berjudul “Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Yang Mengatur Eksistensinya” Tanto Lailam mengkritisi permasalahan Pro-kontra kewenangan MK dalam menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya diawali adanya benturan asas “*ius curia novit*” dengan asas “*nemo iudex in propria causa*”. Selain itu, juga dilatarbelakangi oleh implikasi beberapa putusan MK (materi), terkadang melakukan terobosan hukum, misalnya membatalkan norma yang dipandang menghalangi atau mereduksi tugas dan kewenangan MK, tambahan kewenangan menguji undang-undang sebelum amandemen UUD 1945, kewenangan tambahan dalam menguji PERPPU, *ultra petita*, dan penggunaan non konstitusi sebagai tolok ukur, dan lainnya. Namun disisi lain, dilihat dari materi putusannya MK juga kadang memilih logika hukum yang kurang tepat dan anti akuntabilitas. Benturan asas dapat diselesaikan dengan pemahaman filosofi tujuan hukum (nilai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan), sehingga MK harus mengutamakan asas “*ius curia novit*” dan mengesampingkan asas “*nemo iudex in propria causa*”, hal ini bertujuan agar tegaknya konstitusi (nilai-nilai) dan negara hukum Indonesia, sekaligus bagi MK bertujuan untuk menyelesaikan permasalahan konstitusional dan bertujuan untuk melindungi hak konstitusional.

Artikel selanjutnya mengenai “Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang Dengan Pembentukan Undang-Undang” membahas permasalahan Perkembangan dan pelaksanaan hubungan antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang mengarah kepada friksi berupa lahirnya anomali putusan Pengujian Undang-Undang yang berbenturan terhadap praktik Pembentukan Undang-Undang yang berlaku. Ketiadaan mekanisme tindak lanjut putusan yang membatalkan norma dalam sebuah Undang-Undang, menyebabkan lahirnya anomali putusan. Friksi hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang lahir dalam bentuk samar dan semu dengan ketiadaan mekanisme tindak lanjut. Upaya untuk mereduksi friksi di antara keduanya dilakukan untuk mencapai hubungan ideal antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang.

Pada artikel yang berjudul “Hukum dan Keadilan Sosial dalam Perspektif Hukum Ketatanegaraan” dalam artikel ini Ahmad Fadlil Sumadi membahas mengenai Hukum dalam pembahasan ini adalah hukum yang sengaja dibentuk (*by designed*) oleh negara, bukan hukum yang terjadi secara alamiah di dalam masyarakat, yang merupakan kristalisasi dari pergaulan antar manusia dalam masyarakat sebagai subjek hukum. Hukum dikenal dengan hukum kebiasaan atau hukum adat dan yang kedua merupakan hukum agama, khususnya agama Islam dengan hukum Islamnya. Proses terbentuknya hukum kebiasaan atau hukum adat bersifat dari bawah ke atas (*bottom-up*) sedangkan proses terbentuknya hukum Islam bersifat dari atas ke bawah (*top-down*). Sama dengan sifat dari proses terbentuknya hukum Islam adalah hukum yang dimaksud dalam pembahasan ini, yaitu hukum yang disebut dengan perundang-undangan negara, atau yang lazim juga dikenal dengan sebutan peraturan perundang-undangan. Hanya bedanya, untuk hukum Islam pembentuknya adalah Tuhan, Allah SWT, sedangkan untuk hukum perundang-undangan pembentuknya adalah suatu lembaga negara yang fungsi utamanya sebagai pembentuk hukum (*legislative power*).

Artikel terakhir sebagai penutup berjudul “Konstitusionalitas Norma Sanksi Pidana Sebagai *Ultimum Remedium* Dalam Pembentukan Perundang-undangan” dalam artikel terakhir ini membahas tentang Sejatinya, sanksi pidana dipandang sebagai solusi yang efektif dalam menanggulangi masalah kejahatan. Sementara itu, Sanksi pidana merupakan wujud tanggung jawab negara untuk menjaga keamanan dan ketertiban serta upaya perlindungan hukum bagi warganya. Dalam perkembangannya, materi muatan yang memuat sanksi pidana hampir selalu dimuat dalam setiap undang-undang. Oleh karena itu ada pergeseran politik hukum (*legal policy*) mengenai penerapan hukum pidana yang semula sebagai upaya/cara terakhir (*ultimum remedium*) menjadi upaya/cara pertama (*primum remedium*). Pencantuman sanksi pidana dalam undang-undang sebagai *primum remedium* sejatinya dapat mengakibatkan terlanggarnya hak-hak konstitusional warga Negara Indonesia. Selain itu, pengajuan pengujian undang-undang terkait sanksi pidana semakin bertambah. Penelitian ini berfokus untuk mengkaji dan mengetahui bagaimanakah posisi norma ancaman sanksi pidana dalam undang-undang serta bagaimanakah pertimbangan

Mahkamah Konstitusi dalam merekonstruksi struktur ancaman sanksi pidana dari sanksi yang bersifat *primum remedium* menjadi *ultimum remedium*.

Akhir kata redaksi berharap bahwa kehadiran jurnal konstitusi dapat memperkaya khasanah keilmuan dibidang hukum dan konstitusi dan bermanfaat dalam upaya membangun budaya sadar konstitusi.

Redaksi Jurnal Konstitusi

## **Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Winda Wijayanti, Nuzul Quraini M, Siswantana Putri R**

### **Transparansi dan Partisipasi Publik dalam Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 663-690

Rekrutmen bukanlah suatu arena “perpeloncoan” dan penambahan birokrasi melainkan suatu forum untuk menggali sifat integritas, kapabilitas, dan independensi para calon hakim konstitusi. Proses rekrutmen calon hakim konstitusi untuk memilih sistem rekrutmen berdasarkan prinsip transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel kepada rakyat dari awal tahapan dan mekanisme rekrutmen sampai dengan penetapan calon hakim konstitusi yang dapat menimbulkan kepercayaan kepada publik dan wujud demokrasi karena adanya kontrol dan keseimbangan kedudukan antara negara dengan rakyat. Dengan demikian, proses rekrutmen perlu disertai aturan secara tertulis yang dapat berkembang sesuai kebutuhan untuk menciptakan calon hakim konstitusi yang terbaik berdasarkan proses rekrutmen oleh lembaga yang mengajukan rekrutmen dan SOP (*Standart Operational of Procedure*). Permasalahan bukanlah pada pihak yang melakukan rekrutmen, lembaga yang mengajukan calon hakim, dan kurangnya pengaturan syarat-syarat calon hakim konstitusi yang terbaik, tetapi pada pilihan cara rekrutmen hakim konstitusi untuk mengedepankan proses secara terbuka kepada masyarakat. DPR sebagai salah satu lembaga negara yang berwenang untuk mengajukan hakim konstitusi melalui tim rekrutmen dapat memilih *the right man in the right position through the appropriate selection of recruitment mechanism* (orang yang tepat pada jabatan yang tepat melalui pilihan mekanisme rekrutmen yang tepat pula) sesuai amanat konstitusi.

**Kata Kunci:** Transparansi, Partisipasi Publik, Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi, DPR

**Winda Wijayanti, Nuzul Quraini M, Siswantana Putri R**

***Transparency and Public Participation in the Recruitment of Prospective Constitutional Court Justices***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*Recruitment is not an arena of “hazing” and the addition of bureaucracy but a forum to explore the nature of integrity, capability, and independence of the candidates for constitutional judges. The process of recruiting candidates for constitutional judges to choose the recruitment system based on the principle of transparency, participatory, objective, and accountability to the people of the early stages and mechanisms of recruitment until the determination of the constitutional judges candidates that can lead to public confidence and form of democracy because of the position of the control and balance between state with people. Thus, the recruitment process needs to be accompanied by a written rule that can evolve as needed to create the best candidates for constitutional judges based recruitment process by filing recruitment agency and SOP (Standard Operational of Procedure). The problem is not on the persons making the recruitment, agency nominate candidates for judge, and the lack of setting the terms of the constitutional judge best candidate, but the choice of constitutional judges are recruited to promote open to the public process. DPR as one of the agency of the state to file a constitutional justice through the recruitment team can choose the right man in the right position through the selection of recruitment mechanism in accordance with the constitutional.*

**Keywords:** *Transparency, Public of Participation, Recruitment Candidate of Judge, House of Representatives*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Khotibul Umam**

### **Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 Bagi Penyelesaian Sengketa Bisnis dan Keuangan Syariah**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 691-715

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memberikan penegasan bahwa Penjelasan Pasal 55 ayat (2) undang-undang *a quo* berpotensi menimbulkan ketidakpastian hukum dan kebingungan hukum, sementara Pasal 55 secara keseluruhan tetap sesuai dengan konstitusi. Implikasi yuridis dari putusan *a quo* yakni bahwa Majelis Hakim Pengadilan Negeri wajib menyatakan tidak berwenang atas sengketa yang terjadi dalam kasus yang berhubungan dengan perbankan syariah, walaupun telah diperjanjikan dalam akad. Hal ini dipertegas dengan sifat putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *final and binding*, serta mengikat semua warga negara (*erga omnes*). Lebih lanjut terdapat peluang implementasi putusan *a quo* terhadap lembaga bisnis dan keuangan Syariah secara umum dengan mendasarkan pada penemuan hukum berupa analogi yaitu *argumentum a fortiori*. Hal ini diharapkan dapat memberikan kepastian hukum terkait dengan lingkungan peradilan yang berwenang menyelesaikan sengketa yang mungkin terjadi antara nasabah dan lembaga bisnis dan keuangan syariah.

**Kata kunci** : Mahkamah Konstitusi, Syariah, *Final and Binding*, *Erga Omnes*

**Khotibul Umam**

***Implication of Constitutional Court Decision Number 93/PUU-X/2012 for the Settlement of Syariah Business and Financial Dispute***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*The Decision of Constitutional Court No. 93/PUU-X/2012 regarding Judicial Review of Law No. 21/2008 regarding Sharia Banking with the Indonesian Constitution 1945 was giving a strong statement that the explanation of this a quolawhas a potential impact to arise legal uncertainty and legal confuse, meanwhile Article 55 in the whole still conform with the Constitution. The juridical implication from this a quodecision, i.e. The tribunal of District Court have to state if they have no authority to settle the case in sharia banking, although it has been agreed in an akad (agreement). It has been stressed with the nature of Constitutional Court Decision "final and binding" and also bind all of citizens (erga omnes). Then, the opportunity to implement of its decision to sharia businees and financial institutions exist based on analogy, esp argumentum a fortiori. The expectation, it will give legal certainty in the context of judicial that has an authority to settle the potential dispute between customer and sharia business and financial institutions.*

**Keywords:** *Constitutional Court, Sharia, Final and Binding, Erga Omnes*

## **Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Dede Kania**

### **Hak Asasi Perempuan dalam Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 3 hlm. 716-734

Sampai saat ini hukum masih dianggap diskriminatif dan tidak berkeadilan gender. Padahal hukum seharusnya berkeadilan atau sensitif gender untuk menjamin terpenuhinya hak asasi perempuan. Dengan mengikuti prinsip persamaan hak dalam segala bidang, maka baik laki-laki maupun perempuan mempunyai hak atau kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam setiap aspek kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Sehingga apabila terjadi diskriminasi terhadap perempuan, hal itu merupakan bentuk pelanggaran terhadap hak asasi perempuan. Pelanggaran hak asasi perempuan terjadi karena banyak hal, diantaranya adalah akibat sistem hukum, dimana perempuan menjadi korban dari sistem tersebut. Orde Reformasi merupakan periode paling progresif dalam perlindungan hak asasi manusia. Berbagai peraturan perundang-undangan keluar pada periode tersebut, termasuk peraturan perundang-undangan tentang hak perempuan. Hal ini merupakan upaya pemerintah untuk menghilangkan diskriminasi berdasarkan jenis kelamin yang dicantumkan dalam berbagai peraturan perundang-undangan.

**Kata Kunci:** Hak Asasi Perempuan, Hukum, Keadilan Gender.

**Dede Kania**

### ***The Rights of Women in Indonesian Laws and Regulations***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*Up to now, the law is still considered discriminatory and gender inequality. Though the law should be equal or sensitive to gender inequality to guarantee women's rights. By following the principle of equality in all areas of the good men and women have equal rights or opportunities to participate in every aspect of social life and state. so if there is discrimination against women, it is a violation of women's rights. women's rights violations occur due to many things, including the result of the legal system, where women are victims of the system. Reform Order is the most progressive period in the protection of human rights. Various laws and regulations come outin this period, including laws and regulations concerning women's rights. Seen from the government's efforts to eliminate discrimination based on sex are included in many legislations.*

**Keywords:** *Women's Rights, Law, Gender Inquity*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Aan Eko Widiarto**

### **Ketidakpastian Hukum Kewenangan Lembaga Pembentuk Undang-Undang Akibat Pengabaian Putusan Mahkamah Konstitusi**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 735-754

DPR dan Presiden telah membentuk Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) yang materi muatannya menormakan kembali ketentuan-ketentuan yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat menurut Putusan Mahkamah Konstitusi No. 92/PUU-X/2012. Akibatnya terjadi dualisme norma. Norma pertama adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang sudah diputuskan dalam putusan MK No. 92/PUU-X/2012. Norma kedua adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang ditentukan dalam UU MD3. Kedua norma tersebut bertentangan sehingga dalam implementasinya (*rechtstoepassing*) DPR, DPD, dan Presiden dihadapkan pada dua pilihan ketentuan pembentukan undang-undang. Kewenangan DPD dalam mengajukan dan membahas rancangan undang-undang menjadi kabur. Demikian pula bagi DPR dan Presiden juga tidak ada kepastian hubungan wewenang dengan DPD dalam proses pengajuan dan pembahasan rancangan undang-undang. Seharusnya pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden) memegang teguh asas *self respect* atau *self obidence* yakni aparaturnya harus menghormati putusan-putusan peradilan.

**Kata Kunci:** Ketidakpastian Hukum, Lembaga Pembentuk Undang-Undang, Mahkamah Konstitusi

**Aan Eko Widiarto**

***Legal Uncertainty of the Authority of Law-Making Institution as the Result of Denial of Constitutional Court Decision***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*The Indonesian House of Representatives and the President has established the Act Num. 17 Year 2014 on MPR, DPR, DPD, and the DPRD (Act MD3). The Act consists provisions that have been declared incompatible with the Constitution 1945 and does not have binding legal force by the Constitutional Court Decision Num. 92/PUU-X/2012. The result is a duality norm. The first norm is the norm authorizes the establishment of laws that have already been decided in the judgment of the Constitutional Court No. 92/PUU-X/2012. The second norm is the new norm about authority of making laws specified in the Act MD3. Both of norms are contrary, so in the implementation (rechtstoepassing), House of Representatives, and the President is faced with two choices provisions of legislation. DPD authority in making the draft law becomes blurred. Similarly for the House of Representatives and the President also no certainty authority in relationship with DPD in the act making process. Should the House of Representatives and the President uphold the principle of self respect or self obidence (the government should respect the decisions of the judiciary).*

**Keywords:** *Legal Uncertainty, Act Maker Bodies, The Constitutional Court*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Ria Casmi Arrsa**

### **Konstruksi Yuridis Politik Legislasi DPD Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 755-772

Kedudukan Dewan Perwakilan Daerah dalam konteks pelaksanaan fungsi legislasi memiliki peran penting dalam rangka menciptakan prinsip *checks and balances* diantara lembaga negara yang meliputi Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden. Secara kontekstual Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012 semakin menguatkan kedudukan DPD baik dalam aspek perencanaan program legislasi nasional, penyampaian pendapat, pandangan, daftar inventarisasi masalah, dan pembahasan suatu Rancangan Undang-Undang. Banyak kemajuan yang telah dicapai namun pada ranah politik legislasi nampaknya kewenangan DPD masih belum sempurna mana kala tidak sampai pada tahap ikut memutuskan terhadap suatu Rancangan Undang-Undang yang sedang dibahas. Dalam rangka untuk menguatkan kedudukan DPD sebagai bagian dari perwakilan daerah maka amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dipandang penting guna melakukan penataan kelembagaan negara secara holistik dan komprehensif.

**Kata kunci:** Politik, Legislasi, Dewan Perwakilan Daerah, Undang-Undang, Parlemen.

**Ria Casmi Arrsa**

### ***Juridical Construction of Politics of Legislation after Constitutional Court Decision Number 92/PUU-X/2012***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*The position of Regional Representative Council in the context of the implementation of the legislative function has an important role in order to create the principle of checks and balances between state institutions which include the House of Representatives and the President. Contextually Constitutional Court Decision No. 92/PUU-X/2012 reinforce the DPD position both in terms of national legislation program planning, delivery of opinions, views, list of inventory issues, and discussion of a draft law. Much progress has been achieved but in the political realm seems legislative authority of the DPD is still not perfect when not reached the stage of deciding to join a draft law being discussed. In order to strengthen DPD as part of regional representation, the amendments to the Constitution of 1945 was important to conduct state institutional arrangement holistically and comprehensively.*

**Keywords:** *Politics, Legislation, Regional Representatives Council, Law, Parliament.*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Daniel Samosir**

### **Faktor-Faktor yang Menyebabkan Materi Muatan Undang-Undang Bertentangan Dengan UUD 1945**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 773-794

Pada masa jabatan pembentuk Undang-Undang periode 2004/2009, banyak Rancangan undang-undang yang disahkan menjadi undang-undang tidak berpihak pada masyarakat. Sehingga merugikan masyarakat karena tidak sesuai dengan apa yang dicita-citakan masyarakat dalam Peraturan Dasar (UUD 1945) yang menjadi sumber dan dasar pembentukan dari undang-undang tersebut. Oleh karena itu, banyak undang-undang yang diuji materikan (*judicial review*) oleh Mahkamah Konstitusi (MK) atas permohonan masyarakat. Berdasarkan hal tersebut melalui metode penelitian normatif yang dilakukan penulis, menemukan hasil bahwa suatu materi muatan undang-undang bertentangan dengan UUD 1945. Karena undang-undang yang ditentukan dalam Daftar Prolegnas yang dilakukan oleh DPR dan Presiden belum sepenuhnya menggunakan kriteria yang jelas, tepat dan konsisten. Artinya undang-undang tersebut yang dibentuk oleh DPR Periode 2004/2009 ada yang tidak memenuhi asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik menurut undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

**Kata kunci:** Hal Undang-Undang, Materi Muatan, Uji Materil Undang-Undang

**Daniel Samosir**

### ***The Factors That Make the Content of Laws In Contradiction The 1945 Constitution***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*In the term of office of the legislators 2004/2009 period, a lot of the Bills which passed into legislation were not in favour of the people. Because of that, those Bills became prejudice to the society due to the lack of conformation to what the people aspired to in the constitution (UUD 1945) which is the source and basis for the establishment of the legislation. Therefore, many legislation were tested with judicialreview by the constitutional court on the application of the public. Based on this judicial review and the usage of normative research by the author, it is found that substances of the legislation are contrary to the constitution (UUD 1945). Because the legislation specified in the list of Prolegnas made by the parlement (DPR) and the President has not fully used clear, precise and consistent criteria. Therefore, the legislation established by parlement 2004/2009 period do not meet the principles of the establishment of the legislation according to the act Number 12 Year 2011 on the establishment of the legislation.*

**Keywords:** *The Legislation, The Substance, Judicial Review of Legislation*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Tanto Lailam**

### ***Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang yang Mengatur Eksistensinya***

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 795-824

Pro-kontra kewenangan MK dalam menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya diawali adanya benturan asas "*ius curia novit*" dengan asas "*nemo iudex in propria causa*". Selain itu, juga dilatarbelakangi oleh implikasi beberapa putusan MK (materi), terkadang melakukan terobosan hukum, misalnya membatalkan norma yang dipandang menghalangi/ mereduksi tugas dan kewenangan MK, tambahan kewenangan menguji undang-undang sebelum amandemen UUD 1945, kewenangan tambahan dalam menguji Perppu, *ultra petita*, dan penggunaan non konstitusi sebagai tolok ukur, dan lainnya. Namun disisi lain, dilihat dari materi putusannya MK juga kadang memilih logika hukum yang kurang tepat dan anti akuntabilitas. Benturan asas dapat diselesaikan dengan pemahaman filosofi tujuan hukum (nilai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan), sehingga MK harus mengutamakan asas "*ius curia novit*" dan meng-enyampingkan asas "*nemo iudex idoneus in propria causa*", hal ini bertujuan agar tegaknya konstitusi (nilai-nilai) dan negara hukum Indonesia, sekaligus bagi MK bertujuan untuk menyelesaikan permasalahan konstitusional dan bertujuan untuk melindungi hak konstitusional.

**Kata Kunci:** Mahkamah Konstitusi, Pengujian Undang-undang, Kewenangan, Pro-Kontra

**Tanto Lailam**

***Pros and Cons of the Authority of the Constitutional Court in Adjudicating a Law that Regulates Its Existence***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*The Pro's – Con's of the Constitutional Court in the review of law in a regulated of the authority, since, it was a conflicting of procedural principles between "ius curia novit" with "nemo judex idoneus in propria causa". Moreover, the background by implication of Constitutional Court decisions, sometimes Constitutional Court making a "rule breaking", for examples: nullify of some of law if had reduction of the authority, addition of constitutional authority to review of law before the 1945 Constitution amendment, additional authority to review of Government Regulation in lieu of law, and used non-constitution as a standard in the formal review, and others. On the other hand, the Constitutional Court also sometimes to choose a legal logic doesn't precise and anti-accountability principle. The Conflicts of the procedural principles can be resolved by understanding philosophy of purposes of law (justice value, legal certainly, utility principle), so that, the Court will have been prioritizing to "ius curia novit" principle and it ignored "nemo judex idoneus in propria causa" principle, it is intended that the enforcement of the constitution (values) and the state of the Indonesian rule of law, as well as for the Court to aims decided of constitutional issues and to aim the protection of constitutional rights.*

**Keyword:** *Constitutional Court, Constitutional Review, Authority, Pro-Contra*

## **Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya**

**Nurrahman Aji Utomo**

### **Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 825-848

Perkembangan dan pelaksanaan hubungan antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang mengarah kepada friksi berupa lahirnya anomali putusan Pengujian Undang-Undang yang berbenturan terhadap praktik Pembentukan Undang-Undang yang berlaku. Ketiadaan mekanisme tindak lanjut putusan yang membatalkan norma dalam sebuah Undang-Undang, menyebabkan lahirnya anomali putusan. Friksi hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang lahir dalam bentuk samar dan semu dengan ketiadaan mekanisme tindak lanjut. Upaya untuk mereduksi friksi di antara keduanya dilakukan untuk mencapai hubungan ideal antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang

**Kata Kunci:** Pengujian Undang-Undang, Pembentukan Undang-Undang, Analisis Hubungan.

**Nurrahman Aji Utomo**

### ***The Dynamics of the Relation Between Judicial review and the Making of Laws***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*The development and implementation of a relationship leading to the birth of anomalous friction decision Judicial review to collide against the lawmaking function. The absence of a follow-up mechanism to cancel the decision of the norm, led to the birth anomaly judgment. Friction Judicial Review with Law making Function was born in the form of vague and superficial to the lack of follow-up mechanisms. Efforts to reduce the friction between the two of them was done to achieve the ideal relationship between judicial review with lawmaking function.*

**Keywords:** *Judicial Review, Lawmaking Function, Relationship Analysis*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Ahmad Fadlil Sumadi,**

### **Hukum dan Keadilan Sosial dalam Perspektif Hukum Ketatanegaraan**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 849-871

Hukum dalam pembahasan ini adalah hukum yang sengaja dibentuk (*by designed*) oleh negara, bukan hukum yang terjadi secara alamiah di dalam masyarakat, yang merupakan kristalisasi dari pergaulan antar manusia dalam masyarakat sebagai subjek hukum. Hukum dikenal dengan hukum kebiasaan atau hukum adat dan yang kedua merupakan hukum agama, khususnya agama Islam dengan hukum Islamnya. Proses terbentuknya hukum kebiasaan atau hukum adat bersifat dari bawah ke atas (*bottom-up*) sedangkan proses terbentuknya hukum Islam bersifat dari atas ke bawah (*top-down*). Sama dengan sifat dari proses terbentuknya hukum Islam adalah hukum yang dimaksud dalam pembahasan ini, yaitu hukum yang disebut dengan perundang-undangan negara, atau yang lazim juga dikenal dengan sebutan peraturan perundang-undangan. Hanya bedanya, untuk hukum Islam pembentuknya adalah Tuhan, Allah SWT, sedangkan untuk hukum perundang-undangan pembentuknya adalah suatu lembaga negara yang fungsi utamanya sebagai pembentuk hukum (*legislative power*). Peraturan perundang-undangan, memiliki keterkaitan dengan kemanusiaan dan keadilan, baik dalam pembentukan, pelaksanaan, dan penegakan hukum. Hal tersebut dapat dibuktikan dengan merunut sejak dari pembentukan negara, khususnya Indonesia, karena hukum tersebut merupakan salah satu dari implementasi fungsi negara. Negara dibentuk atas dasar motivasi terkait dengan kemanusiaan dan keadilan, sehingga tujuan dan dasarnya juga terkait dengan kemanusiaan dan keadilan. Negara dan hukum merupakan instrumen kemanusiaan dan keadilan, oleh karenanya bernegara dan berhukum mesti mengaitkannya dengan kemanusiaan dan keadilan dan oleh karenanya pula tidakkah sudah cukup dalam perspektif instrumental tersebut, negara dan hukum itu sendiri tanpa kemanusiaan dan keadilan dalam melayani masyarakat.

**Kata Kunci:** Hukum, Keadilan Sosial, *Constitutional Law*

**Ahmad Fadlil Sumadi,**

***Law and Social Justice in Constitutional Law Perspective***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*Law in this discussion is the law that is deliberately formed (by designed) by the state, not the law that occurs naturally in the society, which constitute the crystallization of human interaction within the society as the subject of law. Law is known as the common law or customary law and the second is the religious law, in particular, Islam with its Islamic law. The process of formation of common law or customary law is from the bottom upward (bottom-up process) while the establishment of islamic law is from top to bottom (top-down). The same as the nature of the process of formation of Islamic law is the in question in this discussion, which is the law called state legislation, or which is also usually known as laws and regulations. The only difference is, Islamic law is made by God, Allah SWT, while the maker of statutory laws is a state institution of which the major function is to make laws (legislative power). Legislation is interrelated to with humanity and justice, both in the establishment, implementation, and enforcement. This can be proven by tracing since the establishment of the state, particularly Indonesia, because the law is one of the implementation of state functions. State is established on the basis of motivation associated with humanity and justice, so that the objectives and the foundations are also related to humanity and justice. The State and the law is an instrument of humanity and justice, therefore, state and law must be related to humanity and justice, and thus, also would not be enough in the instrumental perspective, the state and the law itself without humanity and justice in serving the society.*

**Keywords:** *Law, Social Justice, Constitutional Law.*

## Kata Kunci bersumber dari artikel Lembar abstrak ini boleh dikopi tanpa ijin dan biaya

**Titis Anindyajati, Irfan Nur Rachman, Anak Agung Dian Onita**

### **Konstitusionalitas Norma Sanksi Pidana sebagai *Ultimum Remedium* dalam Pembentukan Perundang-undangan**

Jurnal Konstitusi Vol. 12 No. 4 hlm. 872-892

Sejatinya, sanksi pidana dipandang sebagai solusi yang efektif dalam menanggulangi masalah kejahatan. Sementara itu, Sanksi pidana merupakan wujud tanggung jawab negara untuk menjaga keamanan dan ketertiban serta upaya perlindungan hukum bagi warganya. Dalam perkembangannya, materi muatan yang memuat sanksi pidana hampir selalu dimuat dalam setiap undang-undang. Oleh karena itu ada pergeseran politik hukum (*legal policy*) mengenai penerapan hukum pidana yang semula sebagai upaya/cara terakhir (*ultimum remedium*) menjadi upaya/cara pertama (*primum remedium*). Pencantuman sanksi pidana dalam undang-undang sebagai *primum remedium* sejatinya dapat mengakibatkan terlanggarnya hak-hak konstitusional warga Negara Indonesia. Selain itu, pengajuan pengujian undang-undang terkait sanksi pidana semakin bertambah. Penelitian ini berfokus untuk mengkaji dan mengetahui bagaimanakah posisi norma ancaman sanksi pidana dalam undang-undang serta bagaimanakah pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam merekonstruksi struktur ancaman sanksi pidana dari sanksi yang bersifat *primum remedium* menjadi *ultimum remedium*. Hasil penelitian menunjukkan bahwa dari undang-undang yang diundangkan sejak 2003 sampai dengan 2014 memosisikan norma sanksi pidana sebagai *primum remedium*. Hal ini dapat terlihat pada konstruksi pasal yang memuat sanksi pidana. Padahal dalam konsepsi pemidanaan, sanksi pidana haruslah diposisikan sebagai *ultimum remedium*. Dalam pada itu, MK sebagai pelindung hak konstitusional warga negara dan pelindung hak asasi manusia memiliki peranan yang sangat penting untuk mengembalikan posisi sanksi pidana sebagai *ultimum remedium* misalnya saja sebagaimana termaktub dalam putusan Putusan MK No.4/PUU-V/2007 bertanggal 19 Juni 2007, pengujian UU No.29/2004 tentang Praktik Kedokteran.

**Kata Kunci:** *Ultimum Remedium, Primum Remedium, Politik Hukum Pidana*

**Titis Anindyajati, Irfan Nur rochman, Anak Agung Dian Onita**

***The Constitutionality of Criminal Sanction Norms as Ultimum Remedium in the Making of Laws***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 12 No. 4*

*Intentionally, criminal sanction was seen as an effective solution for the problem of crimes. On the other hand, criminal sanctions also pose as an implementation of state responsibility in maintaining public security, order and legal protection of its citizens. In the development of Indonesian legal system, most of the laws enacted by the state have included criminal sanction in its substance. Therefore, there is a shift in the political law (legal policy) regarding the application of criminal sanctions, which intentionally pose as a last resort (ultimum remedium) has shifted towards first resort (primum remedium). The inclusion of criminal sanctions in the legislation as primum remedium might result on the violation of the constitutional rights of Indonesian citizens. In addition, there is an emergence of numbers in applications of judicial review on the laws regarding the criminal sanctions issues. This research focuses to examine and determine about the position of criminal sanction norms in the law and about the deliberation and reasoning of the Constitutional Court in reconstructing the structure of criminal sanctions in law from primum remedium toward ultimum remedium. The research showed that most of the laws enacted from 2003 through 2014 have adapted the norms of criminal sanctions as primum remedium. This can be seen in the construction of the criminal forfeiture clause, where in the contrary, the concept of punishment states that criminal sanctions should be positioned as ultimum remedium. In the meantime, the Constitutional Court as the protector of citizens' constitutional rights and protection of human rights has a very important role in restoring the position of criminal sanctions as ultimum remedium. This, by example, was set forth in the Constitutional Court decision 4/PUU-V/2007 on June 19, 2007 regarding the review of Law No.29/2004 on the Medical Practices.*

**Keywords:** *Ultimum Remedium, Primum Remedium, Political Criminal Law*



# **Transparansi dan Partisipasi Publik dalam Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi**

## ***Transparency and Public Participation in the Recruitment of Prospective Constitutional Court Justices***

**Winda Wijayanti, Nuzul Quraini M, Siswantana Putri R**

Pusat Penelitian dan Pengkajian Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia  
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta

E-mail: stillbest\_leo@yahoo.com, nuzul\_qm@yahoo.com, siswantana@yahoo.com

Naskah diterima: 01/05/2015 revisi: 17/06/2015 disetujui: 12/11/2015

### **Abstrak**

Rekrutmen bukanlah suatu arena “perpeloncoan” dan penambahan birokrasi melainkan suatu forum untuk menggali sifat integritas, kapabilitas, dan independensi para calon hakim konstitusi. Proses rekrutmen calon hakim konstitusi untuk memilih sistem rekrutmen berdasarkan prinsip transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel kepada rakyat dari awal tahapan dan mekanisme rekrutmen sampai dengan penetapan calon hakim konstitusi yang dapat menimbulkan kepercayaan kepada publik dan wujud demokrasi karena adanya kontrol dan keseimbangan kedudukan antara negara dengan rakyat. Dengan demikian, proses rekrutmen perlu disertai aturan secara tertulis yang dapat berkembang sesuai kebutuhan untuk menciptakan calon hakim konstitusi yang terbaik berdasarkan proses rekrutmen oleh lembaga yang mengajukan rekrutmen dan SOP (*Standart Operational of Procedure*). Permasalahan bukanlah pada pihak yang melakukan rekrutmen, lembaga yang mengajukan calon hakim, dan kurangnya pengaturan syarat-syarat calon hakim konstitusi yang terbaik, tetapi pada pilihan cara rekrutmen hakim konstitusi untuk mengedepankan proses secara terbuka kepada masyarakat. DPR sebagai salah satu lembaga negara yang

berwenang untuk mengajukan hakim konstitusi melalui tim rekrutmen dapat memilih *the right man in the right position through the appropriate selection of recruitment mechanism* (orang yang tepat pada jabatan yang tepat melalui pilihan mekanisme rekrutmen yang tepat pula) sesuai amanat konstitusi.

**Kata Kunci:** Transparansi, Partisipasi Publik, Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi, DPR

### **Abstract**

*Recruitment is not an arena of "hazing" and the addition of bureaucracy but a forum to explore the nature of integrity, capability, and independence of the candidates for constitutional judges. The process of recruiting candidates for constitutional judges to choose the recruitment system based on the principle of transparency, participatory, objective, and accountability to the people of the early stages and mechanisms of recruitment until the determination of the constitutional judges candidates that can lead to public confidence and form of democracy because of the position of the control and balance between state with people. Thus, the recruitment process needs to be accompanied by a written rule that can evolve as needed to create the best candidates for constitutional judges based recruitment process by filing recruitment agency and SOP (Standard Operational of Procedure). The problem is not on the persons making the recruitment, agency nominate candidates for judge, and the lack of setting the terms of the constitutional judge best candidate, but the choice of constitutional judges are recruited to promote open to the public process. DPR as one of the agency of the state to file a constitutional justice through the recruitment team can choose the right man in the right position through the selection of recruitment mechanism in accordance with the constitutional.*

**Keywords:** *Transparency, Public of Participation, Recruitment Candidate of Judge, House of Representatives*

## **I. PENDAHULUAN**

Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman<sup>1</sup> juga sebagai penegak keadilan dan perlindungan hak asasi manusia secara formal dilaksanakan oleh para hakim konstitusi melalui produk hukum berupa putusan. Sampai saat ini, masyarakat memberikan nilai dan harapan tinggi pada MK untuk menggapai keadilan. Suatu lembaga peradilan memiliki integritas tertinggi apabila ada transparansi dan akuntabilitas yang tidak terlepas dari kepribadian dan tingkah laku dari para hakim. Di sisi lain, para hakim bertanggungjawab bukan

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

pada keinginan pihak tertentu, tetapi pada konstitusi (*To those books about us. That's to whom I'm responsible*),<sup>2</sup> yakni hukum tertinggi. Menurut Immanuel Kant, kehormatan, martabat, dan perilaku hakim akan tetap tegak, luhur dan terjaga, ketika hakim dalam menjalankan profesinya tidak saja mendasarkan diri sebagai manusia dalam bekerja dan berfikir (*homo faber*) dalam memeriksa, mengadili, dan memutus kasus yang mempertimbangkan teknis yuridis (*per se*), tetapi juga prinsip-prinsip etis (*homo ethicus*).<sup>3</sup> Pengembangan profesi tergantung sepenuhnya kepada orang yang bersangkutan tentang yang diperbuatnya untuk mengembangkan profesi tersebut sehingga secara pribadi mempunyai tanggung jawab penuh atas mutu pelayanan profesi sebagai hakim.<sup>4</sup>

Menelusuri sejarah MK yang cukup panjang yang kewenangannya diatur dalam konstitusi, hakim sebagai pilar konstitusi telah mengalami beberapa kali pergantian personal baik karena masa jabatan telah habis maupun diberhentikan secara tidak hormat karena pelanggaran hukum menimbulkan polemik dalam penegakan konstitusi dan kepercayaan masyarakat terhadap kinerja lembaga yudikatif di Indonesia. Seorang hakim memiliki kebebasan dalam usaha menemukan hukum dan keadilan sehingga hakim aktif, terampil, dan kreatif<sup>5</sup> sehingga hakim memerlukan persyaratan yang khusus dalam rekrutmen pencalonannya. Urgensi perekrutan calon hakim konstitusi dikarenakan kebutuhan hakim konstitusi untuk menduduki 2 (dua) jabatan hakim konstitusi yang lowong. Polemiknya adalah semakin tinggi persyaratan seorang calon hakim konstitusi dalam rekrutmen dapat menciptakan tingkat kepuasan yang tinggi dan kepercayaan di masyarakat, sehingga kriteria apa yang dapat digunakan untuk menunjang sistem dan mekanisme rekrutmen calon hakim konstitusi yang baik menjadi tugas tim atau panitia rekrutmen untuk menggali atau menemukan calon hakim konstitusi yang ideal selama proses rekrutmen karena memiliki kecerdasan intelektual dan intuisi atau *emotional quotient* (kecerdasan emosional) yang kesemuanya merupakan suatu seni dalam menerima, memeriksa, dan mengadili perkara melalui penafsiran hukum.<sup>6</sup>

Pengisian jabatan hakim konstitusi sejak tahun 2003 sampai dengan tahun 2014 dapat dilihat melalui tabel sebagai berikut.

<sup>2</sup> Cyrus Das and K Chandra (Ed.), *Judges and Judicial Accountability*, Malaysia: Universal Law Publishing Co. Pvt.Ltd, 2003, p. 202-203.

<sup>3</sup> Arbijoto, "Pengawasan Hakim dan Pengaturannya Dalam Perspektif Independensi Hakim", Bunga Rampai Refleksi Satu Tahun Komisi Yudisial Republik Indonesia, Jakarta: Komisi Yudisial Republik Indonesia, 2006, h. 58.

<sup>4</sup> Suhrwardi K. Lubis, *Etika Profesi Hukum*, Jakarta : Sinar Grafika, 2002, h. 6.

<sup>5</sup> *Ibid.*, h. 130.

<sup>6</sup> Van Dijk, et al. *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985, h. 463. Dalam Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2011, h. 22-23.

No.	Hakim Konstitusi	Lembaga Pengusul	Masa Aktif (Tanggal/Bulan/Tahun)	Penggantian		Cara Rekrutmen*)
				Digantikan Oleh	Menggantikan	
1.	Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. (Hakim Konstitusi Periode I)	DPR	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	-	-	Ditetapkan oleh Komisi III DPR
	Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. (Hakim Konstitusi Periode II)	DPR	16 Agustus 2008 s/d 6 Oktober 2008	Dr. Harjono, S.H., MCL.	-	-
2.	Prof. Dr. H. M. Laica Marzuki, S.H.	MA	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	Dr. H.M. Arsyad Sanusi, S.H., M.H.	-	Langsung, bersifat internal, belum pernah diumumkan prosesnya, kriteria dari hakim agung atau hakim karir
3.	Soedarsono, S.H.	MA	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	Dr. Muhammad Alim, S.H., M.Hum.	-	Langsung, bersifat internal, belum pernah diumumkan prosesnya, kriteria dari hakim agung atau hakim karir
4.	Dr. Maruarar Siahaan, S.H. (Hakim Konstitusi Periode I)	MA	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	Dr. H. Ahmad Fadlil Sumadi, S.H., M. Hum.	-	Langsung, bersifat internal, belum pernah diumumkan prosesnya, kriteria dari hakim agung atau hakim karir
	Dr. Maruarar Siahaan, S.H. (Hakim Konstitusi Periode II)	MA	16 Agustus 2008 s/d 16 Agustus 2013	Dr. H. Ahmad Fadlil Sumadi, S.H., M.Hum.	-	-
5.	Letjen. TNI (Purn.) H. Achmad Roestand, S.H.	DPR	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	Prof. Dr. Moh. Mahfud MD, S.H.	-	-
6.	I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H.	DPR	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	Dr. H.M. Akil Mochtar, S.H., M.H.	-	-

No.	Hakim Konstitusi	Lembaga Pengusul	Masa Aktif (Tanggal/Bulan/Tahun)	Penggantian		Cara Rekrutmen*)
				Digantikan Oleh	Menggantikan	
7.	Prof. H. A. S. Natabaya, S.H., LL.M.	Presiden	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H.	-	
8.	Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, S.H., M.S.	Presiden	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	-	-	-
	Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, S.H., M.S.	Presiden	16 Agustus 2008 s/d 16 Agustus 2013	Dr. Hamdan Zoelva, S.H., M.H.	-	-
9.	Dr. Harjono, S.H., MCL. (Hakim Konstitusi Periode I)	Presiden	16 Agustus 2003 s/d 16 Agustus 2008	Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H.	Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.	-
	Dr. Harjono, S.H., MCL. (Hakim Konstitusi Periode II)	DPR	24 Maret 2009 s/d 24 Maret 2014	Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.Si., DFM.	-	-
10.	Dr. H. M. Arsyad Sanusi, S.H., M.Hum.	MA	29 Mei 2008 s/d 29 Mei 2013 (Mengundurkan diri pada tanggal 11 Februari 2011)	Dr. Anwar Usman, S.H., M.H.	Prof. Dr. H. M. Laica Marzuki, S.H.	Langsung, bersifat internal, belum pernah diumumkan prosesnya, kriteria dari hakim agung atau hakim karir
11.	Prof. Dr. Moh. Mahfud MD., S.H.	DPR	1 April 2008 s/d 1 April 2013	Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S.	Letjen TNI (Purn). H. Achmad Roestandi, S.H.	Ditetapkan Komisi III DPR
12.	Dr. H. M. Akil Mochtar, S.H., M.H. (Hakim Konstitusi Periode I)	DPR	16 Agustus 2008 s/d 16 Agustus 2013	-	I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H.	-
	Dr. H. M. Akil Mochtar, S.H., M.H. (Hakim Konstitusi Periode II)	DPR	13 Agustus 2013 s/d 13 Agustus 2018	Dr. Wahiddudin Adams, S.H., M.A.	-	-

No.	Hakim Konstitusi	Lembaga Pengusul	Masa Aktif (Tanggal/Bulan/Tahun)	Penggantian		Cara Rekrutmen*)
				Digantikan Oleh	Menggantikan	
13.	Prof. Dr. Achmad Sodiki., S.H.	Presiden	16 Agustus 2008 s/d 16 Agustus 2013	Dr. H. Patrialis Akbar, S.H., M.H.	Prof. H. Ahmad Syarifudin Natabaya, S.H., LL.M.	Pembentukan Pansel, seleksi oleh Watimpres yang diketuai Adnan Buyung Nasution, hasilnya diumumkan ke publik.
14.	Dr. Muhammad Alim, S.H., M. Hum. (Hakim Konstitusi Periode I)	MA	1 Juli 2008 s/d 1 Juli 2013	-	H. Soedarsono, S.H.	Langsung, bersifat internal, belum pernah diumumkan prosesnya, kriteria dari hakim agung atau hakim karir
	Dr. Muhammad Alim, S.H., M. Hum. (Hakim Konstitusi Periode II)	MA	1 Juli 2013 s/d 1 Juli 2015	-	-	-
15.	Dr. Hamdan Zoelva, S.H., M.H.	Presiden	7 Januari 2010 s/d 7 Januari 2015	-	Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, S.H., M.S.	Pengiriman surat usulan kepada Presiden
16.	Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H. (Hakim Konstitusi Periode I)	Presiden	16 Agustus 2008 s/d 16 Agustus 2013	-	Dr. Harjono, S.H., MCL.	Pembentukan Pansel, seleksi oleh Watimpres yang diketuai Adnan Buyung Nasution, hasilnya diumumkan ke publik.
	Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H. (Hakim Konstitusi Periode II)	Presiden	13 Agustus 2013 s/d 16 Agustus 2018	-	-	Kementerian Hukum dan HAM mengajukan kepada Presiden, prosesnya cair bisa dari akademisi
17.	Dr. H. Ahmad Fadlil Sumadi, S.H., M. Hum.	MA	7 Januari 2010 s/d 7 Januari 2015	-	Dr. Maruarar Siahaan, S.H.	Langsung, bersifat internal, belum pernah diumumkan prosesnya, kriteria dari hakim agung atau hakim karir

No.	Hakim Konstitusi	Lembaga Pengusul	Masa Aktif (Tanggal/Bulan/Tahun)	Penggantian		Cara Rekrutmen*)
				Digantikan Oleh	Menggantikan	
18.	Dr. Anwar Usman, S.H., M.H.	MA	6 April 2011 s/d 6 April 2016	-	Dr. M. Arsyad Sanusi, S.H., M.Hum.	Langsung, bersifat internal, belum pernah diumumkan prosesnya, kriteria dari hakim agung atau hakim karir
19.	Prof. Dr. Arief Hidayat S.H., M.S.	DPR	1 April 2013 s/d 1 April 2018	-	Prof. Dr. Moh. Mahfud MD, S.H.	Ditetapkan oleh Komisi III DPR
20.	Dr. H. Patrialis Akbar, S.H., M.H.	Presiden	22 Juli 2013 s/d 22 Juli 2018	-	Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H.	Kementerian Hukum dan HAM mengajukan kepada Presiden
21.	Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.Si., DFM.	DPR	21 Maret 2014 s/d 21 Maret 2019	-	Dr. Harjono, S.H., MCL.	Muncul partisipasi publik karena adanya opini masyarakat
22.	Dr. Wahiduddin Adams, SH., MA.	DPR	21 Maret 2014 s/d 21 Maret 2019	-	Dr. M. Akil Mochtar, S.H., M.H.	Muncul partisipasi publik karena adanya opini masyarakat

\*) Sumber: Bahan Sekunder, diolah tahun 2014.

Dengan demikian, tabel di atas dapat menjadi tolok ukur untuk perbandingan dalam metode atau cara rekrutmen calon hakim konstitusi selama ini untuk menilai sistem perekrutan calon hakim konstitusi yang terbaik. DPR mendapat tugas penting mengupayakan penyelamatan marwah MK. Proses pemilihan hakim konstitusi harus mengedepankan kandidat yang memiliki jiwa kenegarawanan sehingga tidak terburu-buru memilih, matang dan selektif untuk demokrasi, penegakan hukum, serta kepercayaan publik.

Dalam implementasinya, permasalahan yang terjadi pada pilihan sistem rekrutmen yang ideal untuk mencari calon hakim konstitusi sesuai dengan kriteria konstitusi. Pengajuan hakim konstitusi oleh DPR menjadi alasan utama penelitian ini karena lembaga negara tersebut telah menerapkan prinsip partisipasi publik sebagai salah satu jalan menuju demokrasi di Indonesia. Berdasarkan kasus di Indonesia, tidak adil ketika golongan kecil masyarakat elit, kaya, kolusi, dan nepotisme menutup kemungkinan bagi tersedianya kesempatan berusaha yang adil. Lowongan pekerjaan atau jabatan tertentu diisi oleh orang-orang yang

memiliki koneksi dengan penguasa, sementara mayoritas masyarakat mengalami kesulitan untuk mengakses kesempatan-kesempatan itu.<sup>7</sup> Kewajiban moral untuk menyediakan kesempatan berusaha dan memastikan bahwa seluruh warga negara yang memiliki kemampuan yang kurang lebih sama dapat mengakses kesempatan tersebut harus diusahakan oleh negara. Prinsip keadilan sebagai kesamaan dalam mengakses kesempatan berusaha yang disediakan negara seharusnya juga diatur oleh undang-undang-undang yang jujur dan adil<sup>8</sup> apabila terdapat kesepakatan bahwa DPR sungguh-sungguh mewakili aspirasi masyarakat.<sup>9</sup>

Penelitian ini menarik dan penting karena adanya tuntutan publik terhadap pelaksanaan transparansi dan partisipasi publik yang semakin lama semakin kuat dengan didukung dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai amanat dari Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik (UU Nomor 14 Tahun 2008) yang sudah menjadi kebutuhan pokok dalam penyelenggaraan negara yang baik untuk mewujudkan demokrasi terkait pengawasan publik dan hak rakyat untuk mendapatkan hakim konstitusi yang terbaik dari lembaga pengusul. DPR sebagai wujud pelaksanaan kedaulatan rakyat yang dilaksanakan menurut konstitusi<sup>10</sup> khususnya sebagai lembaga pengusul rekrutmen calon hakim konstitusi dituntut dapat menyuarakan rakyat untuk mencari hakim konstitusi yang terbaik sesuai dengan amanat konstitusi. Akan tetapi, sistem rekrutmen mempunyai banyak kelemahan diantaranya mekanismenya yang kurang jelas karena belum ada *Standart Procedure Operational (SOP)* yang jelas dan *ajeg* sebagai panduan tim rekrutmen, belum jelasnya kriteria orang yang pantas untuk melakukan rekrutmen terhadap calon hakim konstitusi dengan menilai berdasarkan persyaratan berdasarkan konstitusi, dan kurangnya kesempatan publik untuk akses dan pemberian masukan selama proses rekrutmen.

Berdasarkan Pasal 24C ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan “*Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden*” melalui kalimat “*... yang ditetapkan oleh Presiden*” dan “*... yang diajukan ... oleh Dewan Perwakilan Daerah ...*” bahwa mekanisme sistem rekrutmen calon hakim konstitusi dilaksanakan melalui pengajuan oleh DPR untuk selanjutnya calon hakim konstitusi

<sup>7</sup> Muslim Mufti dan Didah Durrotun Naafisah, *Teori-teori Demokrasi*, Bandung: Pustaka Setia, 2013, h. 326.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Pasal 1 ayat (2) UUD 1945: “*Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.*”

ditetapkan oleh Presiden untuk menjadi hakim konstitusi melalui Kepres. Ketentuan berupa aturan hukum dan panduan atau SOP (*Standart Operational Procedure*) terkait tata cara rekrutmen calon hakim konstitusi merupakan kewenangan DPR. Untuk menghindari penyimpangan dalam proses rekrutmen calon hakim konstitusi yang kemungkinan mengandung unsur politis, maka perlu penerapan prinsip yang fundamental yakni transparan dan partisipatif<sup>11</sup> merupakan *legal policy* atau pilihan kebijakan yang sifatnya terbuka yang akhirnya menentukan dalam pengajuan calon hakim konstitusi melalui proses-proses dan mekanisme yang diserahkan kepada DPR berupa *fit and proper test* dalam rangka mendapatkan hakim konstitusi berkualitas dan terbaik, sehingga pengisiannya memerlukan mekanisme dan cara-cara yang teliti, cermat, dan akurat agar diperoleh hakim konstitusi yang memiliki integritas yang memadai sebagaimana amanat konstitusi.<sup>12</sup> Berdasarkan latar belakang masalah di atas, ada beberapa masalah yang dirumuskan sebagai berikut. Pertama, rekrutmen calon hakim konstitusi yang diajukan oleh DPR. Kedua, transparansi dan partisipasi publik terkait rekrutmen calon hakim konstitusi yang diajukan oleh DPR.

## II. METODE PENELITIAN

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif yang menggunakan metode pengumpulan bahan hukum adalah studi kepustakaan atau studi dokumen (*documentary study*).<sup>13</sup> Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer antara lain sekumpulan peraturan perundang-undangan mulai dari UUD 1945, Undang-Undang, Putusan MK, Peraturan Pemerintah dan peraturan perundang-undangan lainnya. Sedangkan, bahan hukum sekunder antara lain buku-buku pegangan, majalah hukum, jurnal hukum, surat kabar, dan hasil karya ilmiah.<sup>14</sup>

## III. HASIL DAN PEMBAHASAN

### A. Sistem Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi Yang Diajukan Oleh DPR

DPR telah melakukan 6 (enam) kali rekrutmen calon hakim konstitusi yang setiap periode mengalami peningkatan terkait pelaksanaan prinsip transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel sebagai berikut.

<sup>11</sup> Pasal 19 UU MK.

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

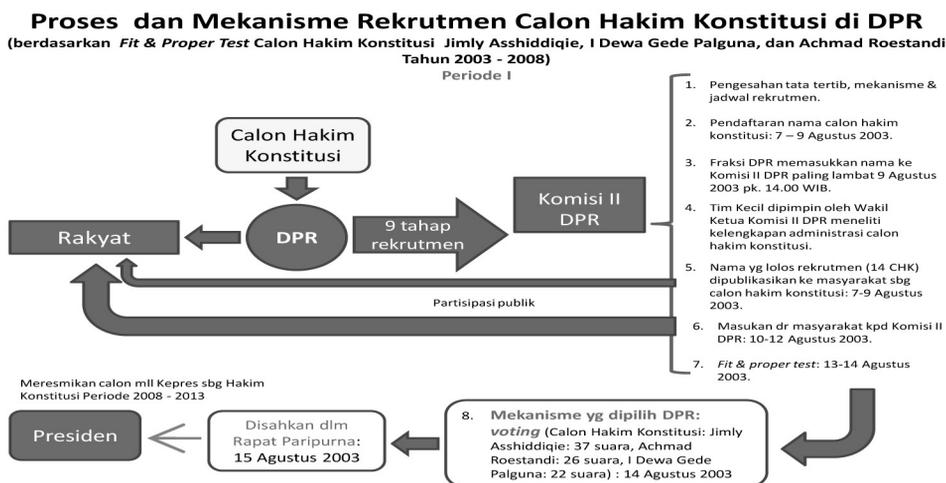
<sup>13</sup> Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Jakarta: Sinar Grafika, 2002, h. 18-19.

<sup>14</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, Jakarta: Rajawali Press, 2003, h. 29.

## 1) Periode Pertama (Hakim Konstitusi Tahun 2003 – 2008)<sup>15</sup>

Dalam Pasal 3 Aturan Peralihan UUD 1945, MK harus terbentuk selambat-lambatnya tanggal 17 Agustus 2003. Susunan hakim MK sebanyak 9 (sembilan) orang yang diajukan oleh 3 (tiga) orang oleh DPR, 3 (tiga) orang yang diajukan oleh MA, dan 3 (tiga) orang yang diajukan oleh Presiden sehingga DPR bertugas untuk melakukan rekrutmen calon hakim konstitusi. Pada Periode Pertama rekrutmen calon hakim konstitusi terdiri dari 14 (empat belas) calon diantaranya 3 (tiga) calon yang lolos rekrutmen hakim konstitusi yang diajukan oleh DPR saat itu adalah Jimly Asshiddiqie, I Dewa Gede Palguna, dan Achmad Roestandi. DPR untuk pertama kali melaksanakan *fit and proper test* untuk hakim konstitusi secara terbuka kepada masyarakat dapat dilihat pada Skema berikut ini.

Skema 1



DPR melalui Komisi II dalam proses rekrutmen calon hakim konstitusi pada Tahun 2003 telah memberikan kesempatan bagi masyarakat untuk memberikan masukan terkait pengajuan nama-nama calon hakim konstitusi melalui fraksi di DPR dan mengetahui serta dapat memberikan masukan terhadap calon hakim konstitusi yang lolos seleksi administrasi yang telah dipublikasikan di media massa oleh DPR. Proses rekrutmen hakim konstitusi terdiri dari 9 tahapan antara lain: 1) pengesahan tata tertib, mekanisme dan jadwal acara rekrutmen; 2) penjaringan nama-nama bakal calon hakim konstitusi; 3) fraksi DPR memasukkan nama ke Komisi II DPR; 4) Tim Kecil

<sup>15</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Jejak Langkah Satu Dasawarsa Mengawal Konstitusi Tahun 2003-2013*, Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2013, h. v.

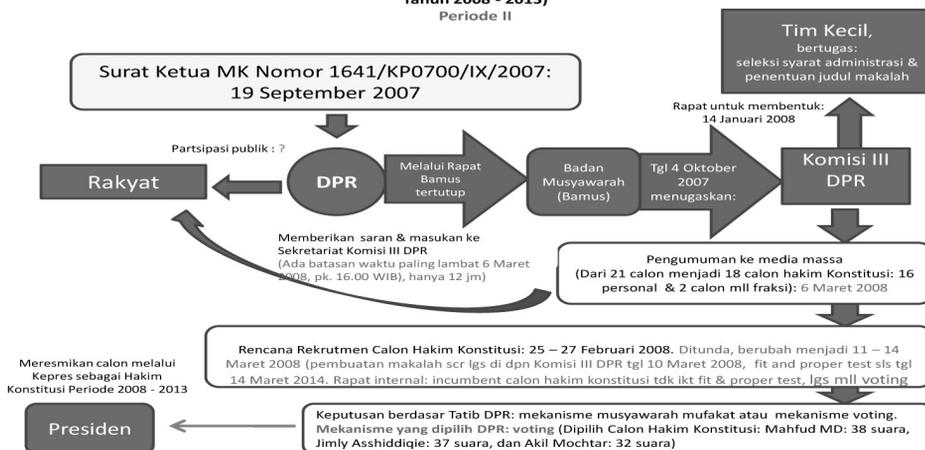
yang dipimpin oleh Wakil Ketua Komisi II DPR meneliti administrasi nama-nama calon hakim konstitusi yang diajukan; 5) nama yang lolos seleksi akan dipublikasikan ke masyarakat sebagai calon hakim konstitusi; 6) masyarakat dapat memberikan masukan kepada Komisi II DPR mengenai calon tersebut; 7) pelaksanaan *fit and proper test*; 8) pemilihan terhadap calon hakim konstitusi oleh DPR (*voting*); dan 9) hasil pemilihan disahkan dalam rapat paripurna. Wakil Ketua Komisi II DPR menjanjikan bahwa *fit and proper test* menghasilkan hakim konstitusi yang berkualitas meskipun waktu proses pelaksanaan sempit. Proses *fit and proper test* calon hakim konstitusi akan sama seperti *fit and proper test* yang pernah dilakukan pada hakim agung.<sup>16</sup>

## 2) Periode Kedua (Menggantikan Hakim Konstitusi Jimly Asshiddiqie, I Dewa Gede Palguna, dan Achmad Roestand di Tahun 2003 – 2008)<sup>17</sup>

Hakim Konstitusi yang berakhir masa jabatannya adalah Jimly Asshiddiqie dan I Dewa Gede Palguna, sedangkan hakim konstitusi yang pensiun adalah Achmad Roestand. Komisi III DPR menetapkan 3 (tiga) calon hakim konstitusi terpilih berdasarkan suara terbanyak (*voting*) antara lain: 1) Mahfud MD: 38 suara; 2) Jimly Asshiddiqie: 37 suara; dan 3) H.M. Akil Mochtar: 32 suara.<sup>18</sup>

### Skema 2

#### Proses dan Mekanisme Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi di DPR (berdasarkan *Fit & Proper Test* Calon Hakim Konstitusi Mahfud MD., Jimly Asshiddiqie, dan Akil Mochtar Tahun 2008 - 2013) Periode II



<sup>16</sup> Detikcom, *DPR Buka Pendaftaran Hakim Konstitusi Sampai 9 Agustus*, <http://portal.cbn.net.id/cbprtl/cybernews/detail.aspx?x=General&y=cybernews|0|0|4|2195>, 7 Agustus 2003, diunduh 1 Oktober 2014.

<sup>17</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Jejak Langkah ...*, Op.cit.

<sup>18</sup> Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Risalah Resmi Dewan Perwakilan Rakyat*, Rapat Paripurna ke 25 Tahun Sidang 2007-2008, Selasa 18 Maret 2008, Acara Laporan Komisi III DPR-RI mengenai Hasil Pembahasan Pencalonan Hakim Konstitusi dilanjutkan dengan Pengambilan Keputusan dan Laporan Komisi XI DPR-RI mengenai Hasil Pembahasan Pencalonan Gubernur BI dilanjutkan dengan Pengambilan Keputusan.

Komisi III DPR bertugas mencari sosok yang memiliki kecakapan, kemampuan, integritas, dan moral dari seorang calon hakim konstitusi yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Berdasarkan Skema 4 di atas dapat diketahui bahwa ada beberapa kelemahan dalam rekrutmen Periode II berdasarkan kritikan dari beberapa pakar hukum dan masyarakat antara lain mekanisme dan tata cara rekrutmen masih menjadi perdebatan, adanya keputusan calon hakim konstitusi berasal dari pendaftaran personal dan pendaftaran melalui fraksi, tertundanya waktu pelaksanaan *fit and proper test* karena belum ada calon yang diusung fraksi, adanya *incumbent* calon hakim konstitusi yang mendapat keistimewaan tanpa ikut *fit and proper test* tetapi langsung mengikuti *voting*,<sup>19</sup> tidak adanya informasi mengenai tahapan dan waktu rekrutmen, tidak ada standar baku dan prosedur yang baik untuk proses rekrutmen,<sup>20</sup> dan rekam jejak calon hakim konstitusi yang terbatas waktu dan tidak terbuka.<sup>21</sup> Berdasarkan proses rekrutmen calon hakim konstitusi tersebut maka prinsip transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel tidak terlalu tampak pada Periode Kedua.

### 3) Periode Ketiga (Perpanjangan Jabatan Hakim Konstitusi Akil Mochtar Tahun 2008 – 2013)

Pada Periode III tidak terdapat *fit and proper test* melainkan proses yang singkat dan tertutup terkait perpanjangan masa jabatan hakim konstitusi setelah DPR menanyakan secara langsung kepada *incumbent* terkait kesediaannya untuk menjabat kembali sebagai hakim konstitusi sehingga DPR pada periode ini juga tidak melaksanakan kewajiban untuk melibatkan rakyat (partisipasi publik) untuk memberikan masukan terhadap nama calon hakim konstitusi dan kesempatan bagi masyarakat untuk mendaftarkan diri sebagai calon hakim konstitusi melalui pengumuman secara terbuka agar diketahui oleh rakyat.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Pelita, *Pemerintah dan DPR Agar Berikan Jimly Hak Istimewa*, <http://www.pelita.or.id/baca.php?id=45331>, diunduh 3 Oktober 2014. Latar belakang *incumbent* tidak ikut *fit and proper test* karena kemampuan *incumbent* sebelumnya dalam memimpin MK sehingga *fit and proper test* tidak layak dilakukan. Selain itu, *fit and proper test* pada *incumbent* adalah membuang-buang waktu dan energi karena masyarakat dan DPR telah mengetahui *track record*, integritas, dan kapasitas *incumbent*.

<sup>20</sup> Hukumonline, *Seleksi Hakim MK: Setiap Fraksi Boleh Usulkan Tiga Nama*, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol18618/setiap-fraksi-boleh-usulkan-tiga-nama>, 23 Februari 2008, diunduh 2 Oktober 2014.

<sup>21</sup> Hukumonline, *Seleksi Hakim Konstitusi: Masyarakat Hanya Diberi Waktu Satu Hari untuk Beri Masukan*, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol18700/masyarakat-hanya-diberi-waktu-satu-hari-untuk-beri-masukan>, 6 Maret 2008, diunduh 2 Oktober 2014.

<sup>22</sup> Sabrina Asril, *Memang Ada Kejanggalan dalam Perpanjangan Masa Jabatan Akil Mochtar*, <http://nasional.kompas.com/read/2013/10/14/1426485/1.Memang.Ada.Kejanggalan.dalam.Perpanjangan.Masa.Jabatan.Akil.Mochtar.>, 14 Oktober 2003, diunduh 2 Oktober 2014.

#### 4) Periode Keempat (Hakim Konstitusi Harjono Menggantikan Hakim Konstitusi Jimly Asshiddiqie Tahun 2009 - 2014)

##### Skema 3



Calon hakim konstitusi pada Periode Keempat menggantikan Hakim Konstitusi Jimly Asshiddiqie yang efektif mengundurkan diri sebagai hakim konstitusi 1 November 2008<sup>23</sup> ialah Harjono yang sebelumnya telah habis masa jabatannya sebagai Hakim Konstitusi yang diajukan oleh Pemerintah pada pemilihan Hakim Konstitusi Tahun 2003-2008 lalu sehingga pernah mengikuti *fit and proper test* sebelumnya. DPR mencari prasyarat yang memenuhi kriteria kecakapan, kemampuan, integritas dan moral sebagai calon hakim konstitusi,<sup>24</sup> yang proses rekrutmennya dapat dilihat pada Skema di bawah ini.<sup>25</sup>

DPR melakukan 4 (empat) tahapan dalam proses rekrutmen calon hakim konstitusi antara lain: 1) Komisi III DPR melaksanakan Rapat Internal untuk membicarakan proses pemilihan calon hakim konstitusi sebagai pengganti hakim konstitusi yang mengundurkan diri, sehingga Komisi III DPR melakukan Rapat Konsultasi dengan MK untuk membicarakan pengganti hakim konstitusi; 2) DPR mengumumkan kepada publik perihal pendaftaran calon hakim konstitusi kepada Komisi III DPR melalui media cetak. Berdasarkan hasil

<sup>23</sup> Mahkamah Konstitusi, *Jejak Langkah ... Op.cit.*, h. 27 dan 42.

<sup>24</sup> Risalah Resmi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Rapat Paripurna Terbuka ke 20, Masa Sidang III, Tahun Sidang 2008-2009, Agenda Laporan Pimpinan Komisi III DPR-RI mengenai Hasil *Fit And Proper Test* Terhadap Calon Hakim Konstitusi Dilanjutkan Dengan Pengambilan Keputusan, tanggal 17 Februari 2008, h. 38.

<sup>25</sup> Hukumonline, *Harjono Gantikan Jimly Jadi Hakim MK*, [http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol\\_21191/harjo-gantikan-jimly-jadi-hakim-mk](http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol_21191/harjo-gantikan-jimly-jadi-hakim-mk), 13 Februari 2009, diunduh 2 Oktober 2014.

pengumuman tersebut, Komisi III DPR menerima 8 (delapan) calon hakim konstitusi bahwa 4 (empat) calon diantaranya pernah mengikuti *fit and proper test* di Komisi III DPR sehingga dari pengumuman kepada masyarakat melalui 3 (tiga) media massa hanya bisa mengambil 4 (empat) calon yang baru; 3) Calon hakim konstitusi membuat makalah secara langsung di Komisi III DPR sekaligus pengumuman kepada publik terhadap calon-calon hakim konstitusi untuk mendapatkan masukan dan tanggapan dari masyarakat; dan 4) Komisi III DPR melaksanakan *fit and proper test* terhadap 8 (delapan) calon hakim konstitusi, yang dilanjutkan dengan pemilihan dan penetapan 1 (satu) calon hakim konstitusi melalui cara pemungutan suara berdasarkan jumlah suara terbanyak dari masing-masing calon tersebut.<sup>26</sup> Adanya pengumuman kepada masyarakat baik dimulai sejak pendaftaran calon hakim konstitusi, pemberitahuan 8 (delapan) hakim konstitusi yang akan mengikuti *fit and proper test* untuk mendapatkan masukan dan tanggapan terkait rekam jejaknya, dan pengumuman hakim konstitusi merupakan suatu perwujudan pelaksanaan mekanisme rekrutmen yang transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel.

## **5) Periode Kelima (Calon Hakim Konstitusi Arief Hidayat Menggantikan Hakim Konstitusi Mahfud MD Tahun 2013 – 2018)**

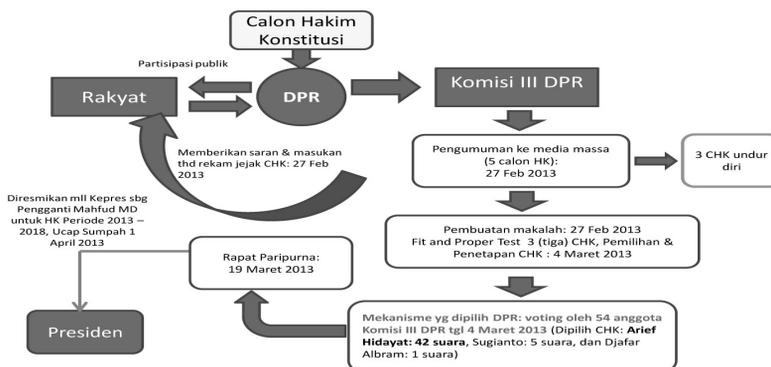
Periode Kelima dalam *fit and proper test*, DPR berusaha untuk mencari seorang calon hakim konstitusi yang memiliki kesadaran dan keyakinan bahwa hakim konstitusi adalah negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan serta berkomitmen untuk melaksanakan dan mengawal kehidupan bernegara sesuai dengan koridor konstitusi, dan juga harus memahami segala hal yang terkait dengan materi muatan konstitusi seperti cita-cita negara, struktur organisasi negara serta hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara,<sup>27</sup> yang proses dan mekanisme rekrutmennya dapat dilihat pada Skema berikut ini.

<sup>26</sup> Risalah Resmi Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Rapat Paripurna Terbuka ke 20, *Agenda Laporan Pimpinan Komisi III DPR-RI mengenai Hasil Fit And Proper Test ...* tanggal 17 Februari 2008, *Op.cit.*, h. 37-38.

<sup>27</sup> Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Kegiatan DPR-RI Minggu Ketiga 2013*, No. 763/III/Maret 2013, Jakarta: Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Buletin Parlemenaria, h. 2.

### Skema 4

**Proses dan Mekanisme Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi di DPR**  
 (berdasarkan *Fit & Proper Test* Calon Hakim Konstitusi Arief Hidayat menggantikan Mahfud MD Tahun 2013 - 2018)  
 Periode V



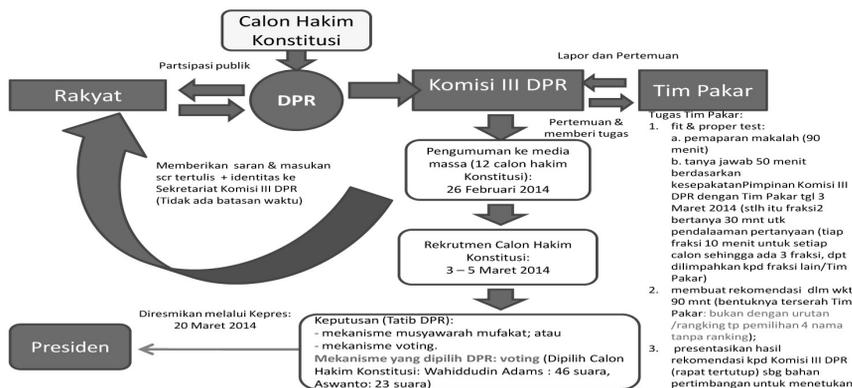
Nampak bahwa dalam rekrutmen pada Periode Kelima muncul partisipasi publik berupa pengumuman kepada masyarakat untuk peran aktif memberikan saran dan masukan terhadap rekam jejak 5 (lima) calon hakim konstitusi sebagai indikasi bahwa pelaksanaan mekanisme rekrutmen yang transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel telah dilaksanakan oleh DPR melalui Komisi III DPR.<sup>28</sup>

### 6) Periode Keenam (Calon Hakim Konstitusi Wahiduddin Adams dan Aswanto Menggantikan Hakim Konstitusi Akil Mochtar dan Harjono Tahun 2014 - 2019)

Proses *fit and proper test* dalam Periode Keenam dapat dilihat pada Skema di bawah ini.

### Skema 5

**Proses dan Mekanisme Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi di DPR**  
 (berdasarkan Pengalaman *Fit & Proper Test* Calon Hakim Konstitusi Tahun 2014)



<sup>28</sup> JPNN, *Segera Lengser, DPR Seleksi Pengganti Mahfud MD*, <http://www.jpnn.com/read/2013/02/27/160301/Segera-Lengser,-DPR-Seleksi-Pengganti-Mahfud-MD->, 27 Februari 2013, diunduh 4 Oktober 2014.

Dalam proses dan mekanisme rekrutmen calon hakim konstitusi terdapat partisipasi publik melalui pengumuman kepada media cetak terkait masukan dan saran untuk rekam jejak calon hakim konstitusi sebagai pelaksanaan proses transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel telah dilaksanakan DPR melalui Tim Pakar dan Komisi III DPR.<sup>29</sup> Pada Periode Keenam, pengumuman kepada masyarakat terkait 12 (dua belas) calon hakim konstitusi tersebut ke media cetak sehingga 12 (dua belas) calon hakim konstitusi sempat menjalani prasyarat calon hakim konstitusi. Khusus pihak yang ditunjuk untuk menguji *fit and proper test* adalah Tim Pakar.<sup>30</sup>

## **B. Prinsip Transparansi Dan Partisipasi Publik Dalam Kaitannya Dengan Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi Yang Diajukan Oleh Dpr**

### **1. Syarat dan Mekanisme Sistem Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi oleh DPR Berdasarkan Peraturan Perundangan-undangan**

Perubahan di bidang peradilan akan terjadi ketika perekrutan hakim konstitusi berdasarkan kriteria profesional, berkualitas, dan berintegritas. Menurut Buitendam "*Good judges are not born but made,*" berarti hakim yang baik yaitu hakim yang memiliki profesionalitas, integritas dan kualitas, bukanlah lahir dengan sendirinya akan tetapi melalui pembentukan<sup>31</sup> sehingga syarat dan mekanisme rekrutmen menjadi sangat penting dalam menggali independensi hakim melalui sistem rekrutmen calon hakim konstitusi. Konstitusi telah memberikan amanah kepada DPR untuk mengajukan 3 (tiga) orang hakim konstitusi<sup>32</sup> sehingga DPR berwenang untuk memilih calon hakim konstitusi yang selanjutnya diatur oleh Pasal 18 ayat (1) UU MK<sup>33</sup> dan Pasal 71 huruf n UU Nomor 17 Tahun 2014.<sup>34</sup> DPR menetapkan kewenangan tersebut dalam suatu Peraturan Tata Tertib Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia Nomor 1/DPR RI/Tahun 2009 tentang Tata Tertib, tanggal 29 September 2009 khususnya Pasal 6 huruf q yang berbunyi "*DPR*

<sup>29</sup> Suara Pembaharuan, *Ketua DPR Apresiasi Pembentukan Tim Pakar Seleksi Hakim MK*, <http://www.beritasatu.com/nasional/168071-ketua-dpr-apresiasi-pembentukan-tim-pakar-seleksi-hakim-mk.html>, 25 Februari 2014, diunduh 6 Oktober 2014.

<sup>30</sup> Suara Pembaharuan, *Ketua DPR ... Op.cit.*

<sup>31</sup> Adette Buitendam: *Good Judges Are Not Born But Made. Recruitment, Selection and Training of Judges in The Netherlands*. Dalam Mustafa Abdullah, "*Kewenangan Mengusulkan Calon Hakim Agung dan Kontribusinya Dalam Menciptakan Hakim Agung Yang Progresif*", Bunga Rampai Refleksi Satu Tahun Komisi Yudisial Republik Indonesia, Jakarta: Komisi Yudisial Republik Indonesia, 2006, h. 97-98.

<sup>32</sup> Pasal 24C ayat (3) UUD 1945: "*Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.*"

<sup>33</sup> Pasal 18 ayat (1) UU MK: "*Hakim Konstitusi diajukan masing-masing 3 (tiga) orang oleh Mahkamah Agung, 3 (tiga) orang oleh DPR, dan 3 (tiga) orang oleh Presiden, untuk ditetapkan dengan Keputusan Presiden.*"

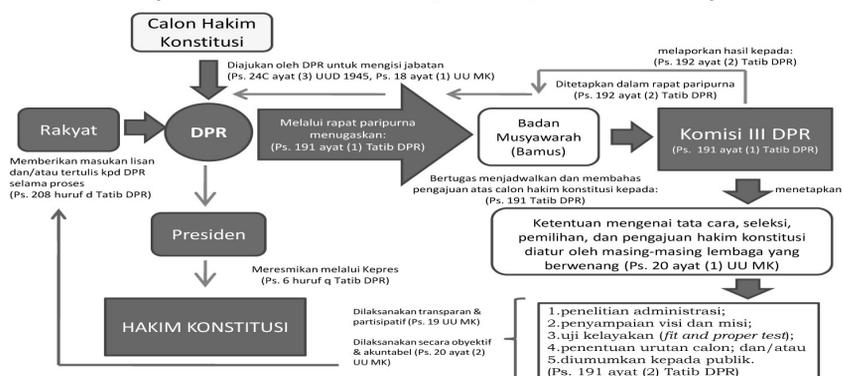
<sup>34</sup> Pasal 71 huruf n UU Nomor 17 Tahun 2014: "*DPR berwenang untuk: n. memilih 3 (tiga) orang hakim konstitusi dan mengajukannya kepada Presiden untuk diresmikan dengan keputusan Presiden.*"

mempunyai tugas dan wewenang: q. memilih 3 (tiga) orang hakim konstitusi dan mengajukannya kepada Presiden untuk diresmikan dengan keputusan Presiden;”<sup>35</sup>

DPR dalam tata cara pelaksanaan seleksi dan pembahasan terkait pengajuan atas calon untuk mengisi suatu jabatan menugaskan kepada Badan Musyawarah untuk menjadwalkan dan menugaskan pembahasannya kepada komisi terkait,<sup>36</sup> meliputi: a. penelitian administrasi; b. penyampaian visi dan misi; c. uji kelayakan (*fit and proper test*); d. penentuan urutan calon; dan/ atau e. diumumkan kepada publik.<sup>37</sup> Dalam Peraturan Tata Tertib DPR tersebut terdapat masalah komisi terkait tidak dijelaskan dalam Tatib DPR tersebut sehingga perlu suatu kejelasan agar dalam proses pelaksanaan rekrutmen lancar. Selain itu, Tatib DPR tersebut melibatkan partisipasi masyarakat agar masyarakat dapat memberikan masukan secara lisan dan/atau tertulis kepada DPR dalam proses: a. penyusunan dan penetapan Prolegnas; b. penyiapan dan pembahasan rancangan undang-undang; c. pembahasan rancangan undang-undang tentang APBN; d. pengawasan pelaksanaan undang-undang; dan e. pengawasat pelaksanaan kebijakan pemerintah.<sup>38</sup> Proses dan mekanisme sistem rekrutmen calon hakim konstitusi dapat dilihat pada Skema di bawah ini.

### Skema 6

**Proses dan Mekanisme Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi di DPR (berdasarkan UUD 1945, UU MK, dan Tatib DPR)**



<sup>35</sup> Saat ini telah disahkan Peraturan DPR Nomor 1 Tahun 2014 tentang Tata Tertib. Dalam Tatib DPR tersebut, letak dasar hukum tugas DPR menjadi berubah yakni menjadi Pasal 6 huruf n.

<sup>36</sup> Pasal 191 ayat (1) Peraturan Tata Tertib DPR Nomor 1 Tahun 2009: “Dalam hal peraturan perundang-undangan menentukan agar DPR mengajukan, memberikan persetujuan, atau memberikan pertimbangan atas calon untuk mengisi suatu jabatan, rapat paripurna menugaskan kepada Badan Musyawarah untuk menjadwalkan dan menugaskan pembahasannya kepada komisi terkait.”

<sup>37</sup> Pasal 191 ayat (2) Peraturan DPR Nomor 1 Tahun 2014 tentang Tata Tertib berubah letak dasar hukumnya dan isinya mengalami perubahan sedikit menjadi Pasal 198 ayat (2) yang berbunyi “Tata cara pelaksanaan seleksi dan pembahasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan oleh komisi yang bersangkutan meliputi: a. penelitian administrasi; b. penyampaian visi dan misi; c. uji kelayakan (*fit and proper test*); d. penentuan urutan calon; dan/atau e. pemberitahuan kepada publik, baik melalui media cetak maupun media elektronik.

<sup>38</sup> Pasal 208 huruf d Peraturan Tata Tertib DPR Nomor 1 Tahun 2009.

Dalam pelaksanaannya, proses dan mekanisme rekrutmen calon hakim konstitusi dapat dilihat secara terbuka pada Rapat (Pleno) Komisi III DPR RI (bidang hukum, perundang-undangan, HAM, dan Keamanan) Tahun Sidang 2013-2014 yang bersifat terbuka dengan dihadiri 50 orang anggota dari 51 orang anggota Komisi III DPR-RI dan 9 orang Tim Pakar membahas terkait. (1) Tim Pakar yang diketuai oleh Prof. Dr. H. Syafi'i Ma'arif dengan Sekretaris Tim Pakar Prof. Dr. Saldi Isra, S.H., MPH. menyampaikan rekomendasi 4 (empat) orang calon Hakim Konstitusi dari 10 (sepuluh) orang yang mengikuti uji kelayakan (*fit and proper test*) yaitu: 1) Atip Latipulhayat, S.H., LL.M., PhD.; 2) Dr. Wahiddudin Adams, S.H., M.A., 3) Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum., dan 4) Prof. Dr. Aswanto S.H., M.Si., DFM. (2) Tim Pakar Seleksi Calon Hakim Konstitusi merekomendasikan melalui penulisan dan pengurutan nama 4 (empat) calon Hakim Konstitusi, bukan berdasarkan perankingan dari para calon.<sup>39</sup> (3) Tim Pakar menyerahkan sepenuhnya terhadap 4 (empat) calon tersebut kepada Komisi III DPR RI untuk diputuskan. (4) Komisi III DPR RI melakukan rapat dan menghasilkan 2 (dua) opsi terhadap hasil dari Pansel yakni untuk dipilih atau disepakati. Rapat memilih opsi kesepakatan yang menghasilkan kandidat pertama Wahidduddin Adams namun kandidat kedua tidak ada. Sehingga terdapat opsi pemilihan yakni: 1). Wahiddudin Adam: 46 suara, 2). Aswanto: 23 orang, 3). Latipul Hayat: 19 orang, dan 4). Ni'matul Huda: 12 orang. Semua hadir dalam rapat yang bersifat terbuka. (5) Kedua nama tersebut disahkan oleh Pimpinan dalam Rapat Paripurna.<sup>40</sup>

Syarat calon hakim konstitusi dalam UUD 1945 memberikan keleluasaan bagi DPR untuk menyusun ketentuan mengenai tata cara seleksi (mekanisme rekrutmen) hakim konstitusi diatur oleh masing-masing lembaga yang berwenang, sedangkan untuk mekanisme calon hakim konstitusi yang diajukan oleh DPR memberikan keleluasaan bagi DPR untuk menyusun ketentuan mengenai tata cara seleksi (mekanisme rekrutmen) hakim konstitusi diatur oleh masing-masing lembaga yang berwenang melalui suatu Peraturan Tata Tertib DPR. Syarat dan mekanisme sistem rekrutmen calon hakim konstitusi oleh DPR dimulai dari proses awal pendaftaran hingga akhir penetapan hakim konstitusi harus melibatkan partisipasi publik sesuai dengan ketentuan Pasal

<sup>39</sup> Hasil dalam *fit and proper test* tidak ada sistem perankingan, melainkan dengan penulisan dan pengurutan nama 4 (empat) calon Hakim Konstitusi yang direkomendasikan oleh Tim Pakar yang bertujuan untuk menjaga psikologis peserta saat menjalani proses rekrutmen calon hakim konstitusi.

<sup>40</sup> Rapat (Pleno) Komisi III DPR RI (bidang hukum, perundang-undangan, HAM, dan Keamanan) Tahun Sidang 2013-2014, Masa Persidangan III, Acara Laporan Tim Pakar seleksi calon Hakim Konstitusi kepada Komisi III DPR RI, hari Rabu tanggal 5 Maret 2014.

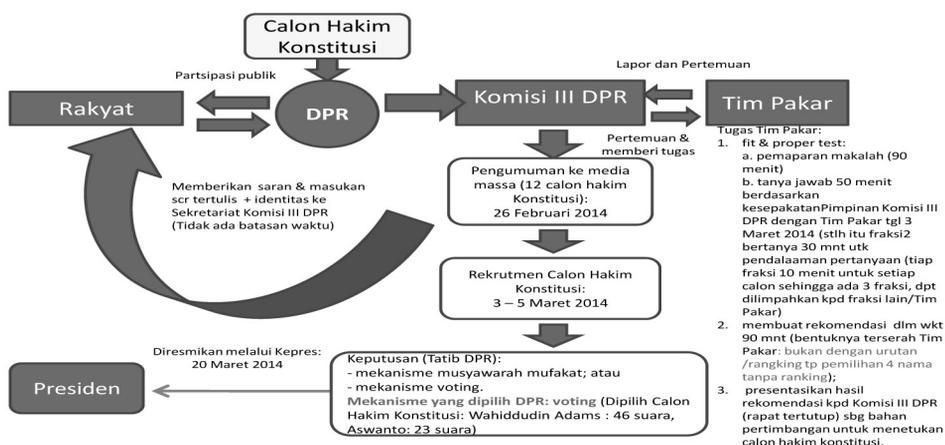
18 dan Pasal 19 UU MK antara lain prinsip transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel.

## 2. Prinsip Transparansi dan Partisipasi Publik Dalam Kaitannya Dengan Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi Yang Diajukan Oleh DPR

Terkait mekanisme seleksi Calon Hakim Konstitusi dapat dijelaskan dalam Skema berikut ini.

### Skema 7

#### Proses dan Mekanisme Rekrutmen Calon Hakim Konstitusi di DPR (berdasarkan Pengalaman *Fit & Proper Test* Calon Hakim Konstitusi Tahun 2014)



Ketika melihat Skema di atas nampak perbedaan signifikan proses mekanisme rekrutmen calon hakim konstitusi yang telah dilakukan oleh DPR sebanyak 6 (enam) kali, antara lain: (a) telah ada partisipasi publik, walaupun dalam pelaksanaan rekrutmen calon hakim konstitusi Tahun 2008 telah ada pengumuman melalui media massa, tetapi rakyat diberikan batas waktu untuk memberikan masukan atau saran terkait rekam jejak calon hakim konstitusi, sedangkan Tahun 2014 tidak ada batasan waktu sehingga rakyat dapat memberikan masukan dan saran tersebut sejak awal pengumuman melalui media massa sampai dengan rapat pemilihan calon hakim konstitusi melalui Paripurna DPR; (b) sudah mulai ada panduan kepada calon hakim konstitusi terkait *fit and proper test*, Tim Pakar dalam melakukan *fit and proper test* (jenis ujian [tata cara pembuatan makalah, pemaparan makalah, tanya jawab Tim Pakar dan 3 fraksi beserta batasan waktu, tata cara memberikan rekomendasi, penjelasan bentuk rekomendasi dan batasan waktu kepada Komisi III DPR terkait calon hakim konstitusi), anggota fraksi yang akan melakukan tanya jawab kepada calon hakim konstitusi, dan Komisi III DPR yang akan mengambil

keputusan melalui mekanisme pengambilan keputusan (musyawarah mufakat ataukah *voting*); (c) seluruh proses rekrutmen calon hakim konstitusi bersifat terbuka kecuali rapat Tim Pakar untuk memberikan hasil rekomendasi sebagai bahan pertimbangan bagi Komisi III DPR. Dengan demikian, mekanisme sistem rekrutmen pada Tahun 2014 sudah melaksanakan partisipasi publik, tetapi masih ada beberapa kelemahannya yakni presentasi Tim Pakar terkait rekomendasi hasil seharusnya terbuka karena adanya komitmen dari UU MK untuk menjunjung tinggi prinsip transparan, partisipatif, obyektif, dan akuntabel.<sup>41</sup> Intinya, keterbukaan dalam rapat terkait hasil rekomendasi dari Tim Pakar bertujuan untuk mengetahui latar belakang Tim Pakar pemilihan 4 (empat) nama calon hakim konstitusi bukan berdasarkan perangkingan. Selain itu, *fit and proper test* bukanlah suatu arena “perpeloncoan” dan penambahan birokrasi<sup>42</sup> untuk menurunkan psikologis calon hakim konstitusi melainkan suatu forum untuk menggali sifat integritas, kapabilitas, dan independensi dari para calon hakim konstitusi. Masih kentalnya perlakuan diskriminasi untuk memperlakukan berbeda sehingga calon hakim konstitusi menjadi malu di depan publik dan adanya proses yang berbeda bagi calon hakim konstitusi dalam sistem rekrutmen merupakan kelemahan juga dalam proses rekrutmen calon hakim konstitusi di Indonesia.

Sesuai ketentuan Pasal 19 UU MK dan Penjelasan, pencalonan hakim konstitusi dilaksanakan secara transparan dan partisipatif, bahwa calon hakim konstitusi dipublikasikan di media massa baik cetak maupun elektronik sehingga masyarakat mempunyai kesempatan untuk ikut memberi masukan atas calon hakim yang bersangkutan. Dalam rangka melaksanakan tugas memilih calon hakim, suatu lembaga yang mengajukan hakim konstitusi menyelenggarakan pendaftaran dan rekrutmen secara terbuka dengan melibatkan peran serta masyarakat. Seleksi administratif, kualitas dan kepribadian calon hakim konstitusi tersebut melalui peran serta masyarakat untuk memberi masukan kepada lembaga yang mengajukan hakim konstitusi dan tim atau panitia rekrutmen terlibat sejak awal sampai akhir yakni dimulai sejak proses pendaftaran melalui penelitian kebenaran atas informasi dan pendapat masyarakat kepada pihak pengusul rekrutmen untuk mengetahui

<sup>41</sup> Pasal 19 dan Pasal 20 ayat (2) UU MK.

<sup>42</sup> Imam Nasima, *Tentang Memilih Wakil Tuhan*, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt52ff8f2c229e3/> tentang-memilih-wakil-tuhan-broleh--imam-nasima-, 15 Februari 2014, diunduh 30 September 2014.

rekam jejak calon hakim secara lengkap dan akurat.<sup>43</sup> Dengan demikian, pembinaan karakter seseorang merupakan tanggung jawab bersama masyarakat untuk menciptakan suatu etika dalam profesionalisme dalam bidang hukum yang didukung oleh suatu aturan internal tertulis sebagai tolok ukur yang jelas bagi partisipasi masyarakat untuk pengawasan sepanjang proses rekrutmen sampai dengan pemilihan calon hakim yang terbaik.

Penerapan sistem rekrutmen yang tepat dan tahapan serta mekanisme rekrutmen secara terbuka dan transparan yang melibatkan masyarakat secara aktif dengan didukung pedoman yang telah ditentukan dan disepakati bersama, maka niscaya menghasilkan seleksi calon-calon hakim konstitusi yang memiliki kemampuan keilmuan, profesionalitas, dan integritas yang dapat dipertanggungjawabkan. Terkait sistem hukum, menurut Lawrence Friedman meliputi pertama struktur hukum (*legal structure*) yaitu bagian-bagian yang bergerak di dalam suatu mekanisme sistem atau fasilitas yang ada dan disiapkan dalam sistem, misalnya pengadilan, kejaksaan. Kedua, substansi hukum (*legal substance*) yaitu hasil aktual yang diterbitkan oleh sistem hukum, misalnya putusan hakim, undang-undang. Ketiga, budaya hukum (*legal culture*) yaitu sikap publik atau nilai-nilai, komitmen moral dan kesadaran yang mendorong bekerjanya sistem hukum, atau keseluruhan faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempat yang logis dalam kerangka budaya milik masyarakat.<sup>44</sup> Masyarakat yang terbangun dalam suatu organisasi masyarakat (ormas) maupun individu (akademisi, pengamat, ahli hukum, dan lain-lain) yang mendapat tugas untuk melakukan pengawasan pada setiap proses rekrutmen jabatan publik merupakan tugas berat dan mulia karena bermanfaat bagi partisipasi (peran serta) untuk keterbukaan dalam setiap proses rekrutmen yang baik dan kebanggaan untuk turut mengawal dan menelurkan suatu pejabat negara yang ideal di mata mereka. Ketika tugas baru dihadapi masyarakat, maka tugas tersebut mengharuskan untuk pengorganisasian agar melakukan kegiatan yang belum pernah dilakukan sebelumnya dan di masa yang akan datang, tugas itu menjadi

<sup>43</sup> Sulasi Rongiyati, Pusat Pengkajian, Pengolahan Data dan Informasi (P3DI) Sekretariat Jenderal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Menjaring Hakim Berintegritas Melalui Seleksi Calon Hakim Agung*, Jurnal Info Singkat Hukum Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Vol. V No. 02/II/P3DI/Januari/2013.

<sup>44</sup> Lawrence M. Friedman, *The Republic of Choice, Law, Authority, and Culture*, Harvard University Press, 1990. Dalam H.R. Otje Salman dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, Bandung: PT. Refika Aditama, 2008, h. 153-154.

sangat beragam, publik juga dapat menilai dan pada akhirnya menerima putusan hakim<sup>45</sup> dan dalam rangka merealisasikan norma-norma hukum.<sup>46</sup>

Aturan tertulis secara internal harus berdasarkan kesepakatan bersama mulai dari perencanaan pembuatan aturan (*legislation planning*), proses pembuatannya (*law making process*), sampai kepada penegakan hukum (*law enforcement*) yang dibangun melalui kesadaran hukum (*law awareness*) masyarakat. Menurut Liek Wilardjo bahwa paradigma merupakan *ordering belief frame work*, kerangka keyakinan dan komitmen para intelektual yang merupakan pedoman penting bagi arah pembangunan hukum karena keragaman cara pandang yang mempunyai implikasi tersendiri terhadap praktik penegakan hukum.<sup>47</sup>

Masyarakat harus dapat memperoleh informasi atau mengakses proses penentuan (rekrutmen) calon hakim. Proses dan rasionalitas pengambilan kebijakan dalam rekrutmen harus transparan serta dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat. Bentuk transparansi antara lain dilakukan dengan cara memberikan kemudahan bagi anggota masyarakat untuk mengakses setiap proses pengambilan keputusan, serta menciptakan aturan sistem rekrutmen yang lebih terbuka. Sebelum para hakim diangkat, hasilnya diumumkan melalui media massa agar masyarakat mengetahui para calon hakim dan sekaligus diberikan kesempatan bagi anggota masyarakat yang hendak mengajukan keberatan. Seluruh proses rekrutmen calon hakim hendaknya dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat (akuntabilitas publik) terutama kualitas hakim dan seluruh biaya yang diperlukan untuk rekrutmen hakim.<sup>48</sup>

Dengan menafsirkan Pasal 19 UU MK dan mengaitkan dengan Penjelasannya, maka kata “transparan” dan “partisipatif” dalam Pasal 19 UU MK harus dimaknai sebagai upaya terbuka yang memungkinkan atau membuka kesempatan bagi masyarakat untuk memberikan masukan kepada pihak-pihak yang terkait seleksi hakim konstitusi perihal calon hakim konstitusi yang akan atau sedang diseleksi. Adapun mengenai cara yang

<sup>45</sup> Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h. 18.

<sup>46</sup> Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif*, Bandung: Nusamedia, 2008, h. 112-113.

<sup>47</sup> Liek Wilardjo, *Asas Kekeluargaan*, Suara Pembaharuan, 19 Juni 1998. Dalam H.R. Otje Salman dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, Bandung: PT. Refika Aditama, 2008, h. 154.

<sup>48</sup> Kelompok Kerja A.2 Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, *Laporan Akhir: Rekrutmen dan Karir Di Bidang Peradilan*, Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia, 2003, h. 34.

dipilih oleh pembentuk UU untuk memastikan adanya upaya “transparan” dan “partisipatif”, yaitu dengan publikasi melalui media massa baik cetak maupun elektronik sebagaimana dijelaskan oleh Penjelasan Pasal 19 UU MK.<sup>49</sup> Penjelasan Pasal 19 UU MK menyatakan, “Berdasarkan ketentuan ini, calon hakim konstitusi dipublikasikan di media massa baik cetak maupun elektronik, sehingga masyarakat mempunyai kesempatan untuk ikut memberi masukan atas calon hakim yang bersangkutan”. Terhadap Penjelasan Pasal 19 UU MK bukan sekadar contoh implementasi dari norma Pasal 19 UU MK. Hal terkait “dipublikasikan di media massa baik cetak maupun elektronik” dianggap sebagai contoh dari ketentuan sifat “transparan dan partisipatif”, bahwa tidak ada alternatif tindakan lain untuk melaksanakan ketentuan “transparan dan partisipatif” selain berupa publikasi di media massa cetak atau elektronik, baik langsung (dengan cara memasang iklan atau advertensi) maupun tidak langsung (dengan cara membuka kesempatan peliputan oleh media massa). Artinya, pada era seperti ini pengumuman terbuka (publikasi) melalui media (kepada) massa merupakan *conditio sine qua non* bagi sifat transparan dan partisipatif.<sup>50</sup> Untuk disebut “transparan”, proses pencalonan hakim konstitusi setidaknya harus memenuhi dua kriteria sebagai berikut, *pertama*, calon diketahui oleh umum sebelum dilakukan pemilihan; dan *kedua*, jelas kriteria pemilihannya. Kejelasan kriteria pemilihan itu harus meliputi juga kepastian akan adanya proses seleksi, dan seleksi pencalonan hakim konstitusi tidak hanya diikuti oleh calon tunggal. Sedangkan untuk dapat disebut “partisipatif”, proses pencalonan hakim konstitusi harus menampung aspirasi masyarakat dengan membuka seluas-luasnya kepada masyarakat akan informasi mengenai masing-masing calon hakim konstitusi dan memberi kesempatan kepada masyarakat yang berniat memberikan masukan kepada tim/panitia seleksi mengenai calon hakim konstitusi yang ada.<sup>51</sup>

Dalam rangka mendorong perbaikan mekanisme pemilihan pejabat negara di DPR antara lain membuka proses *fit and proper test* agar dapat diketahui publik, termasuk nilai yang diberikan anggota DPR. Situasi keterbukaan akan membuka akses untuk mendapatkan segala informasi tentang rekam jejak seorang calon yang mengikuti mekanisme *fit and proper test*. Nantinya,

<sup>49</sup> *Concurring opinion* (Alasan Berbeda) Hakim Harjono Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 80/PUU-XI/2013 perihal Pengujian UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Peraturan Pemerintah Pengganti UU Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, 7 April 2014.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

masyarakat dapat memberikan tanggapan dan masukan tentang sejauh mana seseorang diterima publik dengan adanya pertimbangan integritas dan kualitas (*public acceptance*). Terkait dengan partisipasi, masyarakat harus diberi kesempatan yang luas dan waktu yang cukup untuk mengajukan nama calon, pengaduan atas rekam jejak calon, dan sebagainya. Pengaduan masyarakat wajib ditindaklanjuti dan diklarifikasi oleh DPR.<sup>52</sup> Pada prinsipnya, keterbukaan kepada masyarakat (partisipasi publik) berupa pengumuman melalui media massa, pengawasan, pemberian kesempatan untuk masukan atau saran kepada pemerintah merupakan salah satu pertanggungjawaban negara terhadap pelaksanaan kegiatan pemerintahan agar sesuai dengan prinsip transparan dan partisipatif dalam Pasal 19 UU MK sehingga komunikasi antara rakyat dengan negara menjadi lebih baik dan menciptakan kedudukan yang proporsional diantara keduanya. Terkait partisipasi publik, antara penguasa (*the ruler*) dengan rakyat (*the ruled*) akan menentukan eksistensi negara dan demokrasi bahwa pengembangan nilai-nilai demokrasi dapat dilakukan dalam seluruh aspek kehidupan rakyat. Partisipasi publik dapat menjadi penyeimbang hubungan antara DPR dengan rakyat, bahwa rakyat dapat melakukan kontrol<sup>53</sup> terhadap DPR sebagai salah satu lembaga negara yang mengajukan 3 (tiga) hakim konstitusi, karenanya DPR dapat melakukan rekrutmen hakim konstitusi melalui pilihan sistem rekrutmen yang sesuai dengan syarat hakim konstitusi berdasarkan amanat konstitusi.

Demi menciptakan keterbukaan informasi, proses rekrutmen perlu disertai aturan secara tertulis yang dapat berkembang sesuai kebutuhan untuk menciptakan calon hakim konstitusi yang terbaik berdasarkan proses rekrutmen oleh lembaga yang mengajukan rekrutmen dan SOP (*Standart Operational of Procedure*) sebagai pedoman kerja bagi tim atau panitia rekrutmen dalam proses rekrutmen. Letak permasalahan bukanlah pada pihak yang melakukan rekrutmen (tim atau panitia rekrutmen), lembaga yang mengajukan calon hakim, dan kurangnya pengaturan syarat-syarat calon hakim konstitusi yang ideal, tetapi pada pilihan cara rekrutmen hakim konstitusi untuk mengedepankan proses secara terbuka kepada masyarakat. Dengan demikian, DPR sebagai salah satu lembaga negara yang berwenang untuk mengajukan 3 (tiga) hakim konstitusi melalui tim rekrutmen (Pansel

<sup>52</sup> Potensi Konflik Kepentingan dalam Seleksi Hakim Mahkamah Konstitusi oleh Dewan Perwakilan Rakyat, [http://pshk.or.id/assets/images/upload/attachment/Bab\\_II\\_RR\\_28Des09\\_rev\\_17Apr10.pdf](http://pshk.or.id/assets/images/upload/attachment/Bab_II_RR_28Des09_rev_17Apr10.pdf), diunduh pada 29 September 2014.

<sup>53</sup> Manan, *Negara Hukum ... Op.cit.*, h. 251.

atau Tim Kecil atau Tim Pakar atau apapun namanya) dapat memilih *the right man in the right position through the appropriate selection of recruitment mechanism*" (orang yang tepat pada jabatan yang tepat melalui pilihan mekanisme rekrutmen yang tepat pula) sesuai dengan syarat hakim konstitusi sebagaimana amanat konstitusi.

#### IV. KESIMPULAN

Sistem rekrutmen calon hakim konstitusi di DPR menggunakan pilihan keterbukaan terhadap masyarakat (partisipasi publik) dari sejak awal hingga akhir sehingga dapat menghasilkan calon hakim konstitusi yang ideal. Dalam implementasinya, prinsip transparansi dan partisipasi publik telah dilaksanakan sejak awal sampai akhir rekrutmen calon hakim konstitusi pada Periode I, Periode IV, Periode V, dan Periode VI, namun untuk Periode II tidak dilakukan *fit and proper test* pada salah satu *incumbent* dan waktu yang terbatas untuk publik memberikan masukan rekam jejak, sedangkan Periode III sama sekali tidak ada *fit and proper test*. Seluruh proses mekanisme dan sistem rekrutmen calon hakim konstitusi haruslah memenuhi prinsip-prinsip yakni transparansi (dapat diketahui publik), partisipatif (turut melibatkan publik dalam setiap prosesnya), obyektif (berbasis kompetensi), dan akuntabel (hasilnya dapat dipertanggungjawabkan). Selain itu, pilihan cara rekrutmen melalui partisipasi publik merupakan suatu kebijakan politik yang tepat diambil DPR dimulai dari pendaftaran calon hakim konstitusi sampai penetapan hakim konstitusi telah terpenuhi sebagaimana amanat konstitusi "*the right man in the right position through the appropriate selection of recruitment mechanism*" (orang yang tepat pada jabatan yang tepat melalui pilihan mekanisme rekrutmen yang tepat pula).

Transparansi pelaksanaan rekrutmen calon hakim sejak tahap awal mampu meningkatkan kontribusi masyarakat dalam memberi masukan terkait rekam jejak calon hakim konstitusi. Perlunya partisipasi publik dalam sistem rekrutmen calon hakim konstitusi agar menghasilkan hakim konstitusi yang ideal. Selanjutnya, aturan main dalam mekanisme rekrutmen perlu dituangkan dalam aturan tertulis dan pelaksanaannya perlu dipandu dengan suatu SOP yang bersifat internal bagi tim atau panitia rekrutmen dan masyarakat yang disusun dengan melalui pelibatan publik dan uji sah. Transparan, artinya semua informasi dalam proses

rekrutmen calon hakim konstitusi dari awal sampai akhir hendaknya terbuka dan diketahui publik melalui media massa berupa media cetak maupun laman DPR untuk memelihara kepercayaan publik. Partisipatif, artinya semua proses rekrutmen calon hakim konstitusi hendaknya melibatkan publik sebagai masukan bagi rekam jejak calon hakim konstitusi. Dengan demikian, prinsip transparan dan partisipasi publik seyogianya meliputi kejelasan dalam hal mekanisme dan materi rekrutmen (*SOP*), pihak yang melakukan rekrutmen, waktu yang memadai untuk memberikan masukan rekam jejak kepada publik, jadwal dan tahapan rekrutmen, dan publikasi melalui media massa.

## DAFTAR PUSTAKA

Asril, Sabrina. 2003. *“Memang Ada Kejanggalan dalam Perpanjangan Masa Jabatan Akil Mochtar.”* 14 Oktober. <http://nasional.kompas.com/read/2013/10/14/1426485/.Memang.Ada.Kejanggalan.dalam.Perpanjangan.Masa.Jabatan.Akil.Mochtar>. Diunduh 2 Oktober 2014.

Komisi Yudisial Republik Indonesia. 2006. *Bunga Rampai Refleksi Satu Tahun Komisi Yudisial Republik Indonesia*. Jakarta: Komisi Yudisial Republik Indonesia. .

Das, Cyrus and K Chandra (Ed.). 2003. *Judges and Judicial Accountability*. Malaysia: Universal Law Publishing Co. Pvt.Ltd.

Detikcom. *“DPR Buka Pendaftaran Hakim Konstitusi Sampai 9 Agustus.”* 2003. <http://portal.cbn.net.id/cbprtl/cybernews/detail.aspx?x=General&y=cybernews|0|0|4|2195>. Diunduh 1 Oktober 2014.

Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia. *“Komisi III Uji 3 Calon Hakim Konstitusi.”* 2013. <http://www.dpr.go.id/id/berita/komisi3/2013/mar/04/5275/komisi-iii-uji-3-calon-hakim-konstitusi>. Diunduh 12 Maret 2014.

\_\_\_\_\_. 2013. *Kegiatan DPR-RI Minggu Ketiga 2013*, No. 763/III/Maret, Jakarta: Dewan Perwakilan Rakyat Republik Inonesia, Buletin Parlementaria.

\_\_\_\_\_. 2014. *“Komisi III Voting Pilihan Pakar.”* <http://www.dpr.go.id/id/berita/komisi3/2014/feb/28/7704/timpakar-perkuat-transparansi-fit-proper-calon-hakim-mk>. Diunduh 12 Maret 2014.

- Hukumonline. 2009. "Harjono Gantikan Jimly Jadi Hakim MK." <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol21191/harjono-gantikan-jimly-jadi-hakim-mk>. Diunduh 2 Oktober 2014.
- \_\_\_\_\_. 2008. "Seleksi Hakim MK: Setiap Fraksi Boleh Usulkan Tiga Nama." <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol18618/setiap-fraksi-boleh-usulkan-tiga-nama>. Diunduh 2 Oktober 2014.
- \_\_\_\_\_. 2008. "Seleksi Hakim Konstitusi: Masyarakat Hanya Diberi Waktu Satu Hari untuk Beri Masukan." <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol18700/masyarakat-hanya-diberi-waktu-satu-hari-untuk-beri-masukan>. Diunduh 2 Oktober 2014.
- Jpnn. 2013. "Segera Lengser, DPR Seleksi Pengganti Mahfud MD." <http://www.jpnn.com/read/2013/02/27/160301/Segera-Lengser,-DPR-Seleksi-Pengganti-Mahfud-MD->. Diunduh 4 Oktober 2014.
- Kelompok Kerja A.2 Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta. 2003. *Laporan Akhir: Rekrutmen dan Karir Di Bidang Peradilan*. Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia.
- Lubis, Suhrawardi K. 2002. *Etika Profesi Hukum*. Jakarta : Sinar Grafika.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. 2010. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- \_\_\_\_\_. 2013. *Jejak Langkah Satu Dasawarsa Mengawal Konstitusi Tahun 2003-2013*. Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Manan, Bagir. 2011. *Negara Hukum Yang Berkeadilan: Kumpulan Pemikiran Dalam Rangka Purnabakti*. Bandung: Rosda dan Pusat Studi Kebijakan Negara Fakultas Hukum Universitas Padjajaran (PSKN FH Unpad).
- Mertokusumo, Sudikno. 2011. *Teori Hukum*. Yogyakarta: Universitas Atma Jaya. 2011.
- Mufti, Muslim dan Didah Durrotun Naafisah. 2013. *Teori-teori Demokrasi*. Bandung: Pustaka Setia.

- Nasima, Imam. 2014. "*Tentang Memilih Wakil Tuhan.*" <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt52ff8f2c229e3/tentang-memilih-wakil-tuhan-broleh-imam-nasima->. Diunduh 30 September 2014.
- Nonet, Philippe dan Philip Selznick. 2008. *Hukum Responsif*. Bandung: Nusamedia.
- Pelita. "*Pemerintah dan DPR Agar Berikan Jimly Hak Istimewa.*" <http://www.pelita.or.id/baca.php?id=45331>. Diunduh 3 Oktober 2014.
- PSHK. "*Potensi Konflik Kepentingan dalam Seleksi Hakim Mahkamah Konstitusi oleh Dewan Perwakilan Rakyat.*" [http://pshk.or.id/assets/images/upload/attachment/Bab\\_IIRR\\_28Des09\\_rev\\_17Apr10.pdf](http://pshk.or.id/assets/images/upload/attachment/Bab_IIRR_28Des09_rev_17Apr10.pdf). Diunduh 29 September 2014.
- Rongiyati, Sulasi. 2013. Pusat Pengkajian, Pengolahan Data dan Informasi (P3DI) Sekretariat Jenderal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Menjaring Hakim Berintegritas Melalui Seleksi Calon Hakim Agung*, Jurnal Info Singkat Hukum Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Vol. V No. 02/II/P3DI/ Januari/2013.
- Salman, H.R. Otje dan Anthon F. Susanto. 2008. *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*. Bandung: PT. Refika Aditama.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. 2003. *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*. Jakarta: Rajawali Press.
- Suara Pembaharuan. 2014. "*Ketua DPR Apresiasi Pembentukan Tim Pakar Seleksi Hakim MK.*" <http://www.beritasatu.com/nasional/168071-ketua-dpr-apresiasi-pembentukan-tim-pakar-seleksi-hakim-mk.html>. Diunduh 6 Oktober 2014.
- Tempo. "*Makalah Disoal, Calon Hakim MK Ini Jadi Bahan Tertawaan.*" 2014. <http://www.tempo.co/read/news/2014/03/05/078559529/Makalah-Disoal-Calon-Hakim-MK-Ini-Jadi-Bahan-Tertawaan>. Diunduh 12 Maret 2014.
- Waluyo, Bambang. 2002. *Penelitian Hukum Dalam Praktek*. Jakarta: Sinar Grafika.

# **Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 Bagi Penyelesaian Sengketa Bisnis dan Keuangan Syariah**

## ***Implication of Constitutional Court Decision Number 93/PUU-X/2012 for the Settlement of Syariah Business and Financial Dispute***

**Khotibul Umam**

Bagian Hukum Islam, Fakultas Hukum, Universitas Gadjah Mada  
Jl. Socio Justicia No. 1 Bulaksumur, Sleman, D.I.Yogyakarta  
Alamat Email : khotibulumam@ugm.ac.id

Naskah diterima: 24/04/2015 revisi: 23/07/2015 disetujui: 13/11/2015

### **Abstrak**

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memberikan penegasan bahwa Penjelasan Pasal 55 ayat (2) undang-undang *a quo* berpotensi menimbulkan ketidakpastian hukum dan kebingungan hukum, sementara Pasal 55 secara keseluruhan tetap sesuai dengan konstitusi. Implikasi yuridis dari putusan *a quo* yakni bahwa Majelis Hakim Pengadilan Negeri wajib menyatakan tidak berwenang atas sengketa yang terjadi dalam kasus yang berhubungan dengan perbankan syariah, walaupun telah diperjanjikan dalam akad. Hal ini dipertegas dengan sifat putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *final and binding*, serta mengikat semua warga negara (*erga omnes*). Lebih lanjut terdapat peluang implementasi putusan *a quo* terhadap lembaga bisnis dan keuangan Syariah secara umum dengan mendasarkan pada penemuan hukum berupa analogi yaitu *argumentum a fortiori*. Hal ini diharapkan dapat memberikan kepastian hukum terkait dengan lingkungan peradilan yang berwenang menyelesaikan sengketa yang mungkin terjadi antara nasabah dan lembaga bisnis dan keuangan syariah.

**Kata kunci** : Mahkamah Konstitusi, Syariah, *Final and Binding*, *Erga Omnes*

## Abstract

*The Decision of Constitutional Court No. 93/PUU-X/2012 regarding Judicial Review of Law No. 21/2008 regarding Sharia Banking with the Indonesian Constitution 1945 was giving a strong statement that the explanation of this a quolawhas a potential impact to arise legal uncertainty and legal confuse, meanwhile Article 55 in the whole still conform with the Constitution. The juridical implication from this a quodecision, i.e. The tribunal of District Court have to state if they have no authority to settle the case in sharia banking, although it has been agreed in an akad (agreement). It has been stressed with the nature of Constitutional Court Decision "final and binding" and also bind all of citizens (erga omnes). Then, the opportunity to implement of its decision to sharia busineses and financial institutions exist based on analogy, esp argumentum a fortiori. The expectation, it will give legal certainty in the context of Judicial that has an authority to settle the potential dispute between customer and sharia business and financial institutions.*

**Keywords:** *Constitutional Court, Sharia, Final and Binding, Erga Omnes*

## I. PENDAHULUAN

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama memberikan tambahan kewenangan yang signifikan bagi Pengadilan di lingkungan Peradilan Agama, yakni bahwa pengadilan agama diberikan kewenangan untuk menerima, memeriksa, memutus, dan mengadili sengketa di bidang ekonomi syariah. Ketentuan ini terdapat dalam Pasal 49 huruf i Undang-Undanga *quo*.

Pasal 49 huruf i lebih merupakan penegasan dan peneguhan kewenangan pengadilan agama atau memberikan dasar hukum bagi pengadilan agama dalam menyelesaikan perkara di bidang ekonomi syariah.<sup>1</sup> Adapun yang dimaksud dengan ekonomi syariah menurut Penjelasan Pasal 49 huruf i adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah meliputi: a. bank syari'ah, b. asuransi syari'ah, c. reasuransi syari'ah, d. reksadana syaria'h, e. obligasi syari'ah dan surat berharga berjangka menengah syari'ah, f. sekuritas syari'ah, g. pembiayaan syari'ah, h. pegadaian syari'ah, i. dana pensiun lembaga keuangan syari'ah, j. bisnis syari'ah, dan k. lembaga keuangan mikro syari'ah.

Tambahan kewenangan di bidang ekonomi syariah pada Pengadilan di lingkungan Peradilan Agama menurut A Mukti Arto adalah tepat, hal ini terungkap dalam pernyataan Beliau sebagai berikut:

<sup>1</sup> Abdul Ghofur Anshori, Penerapan Prinsip Syariah Dalam Lembaga Keuangan, Lembaga Pembiayaan, dan Perusahaan Pembiayaan, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2008. h. 256.

*".....dengan mengingat bahwa Pengadilan Agama pada hakikatnya berwenang menyelesaikan sengketa yang secara materiil mendasarkan pada Hukum Islam. Lebih lanjut A Mukti Arto berpendapat bahwa berdasarkan asas personalitas keislaman, setiap muslim dan badan hukum Islam (include badan hukum ekonomi syariah) adalah subjek hukum ekonomi syariah. Terhadap mereka ini sepenuhnya berlaku dan tunduk pada hukum ekonomi syariah. Oleh sebab itu, dalam melakukan kegiatan, perjanjian dan/atau transaksi ekonomi secara hukum dianggap dilakukan menurut prinsip syariah; dan karenanya jika terjadi sengketa harus diselesaikan menurut hukum ekonomi syariah melalui lembaga syariah. Adapun orang nonmuslim dan badan hukum non-Islam bukan subjek hukum ekonomi syariah dan karenanya terhadap mereka tidak berlaku dan tidak tunduk pada hukum ekonomi syariah, kecuali jika yang bersangkutan menundukkan diri pada hukum ekonomi syariah."*<sup>2</sup>

Pada tahun 2008 diundangkanlah Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (UU Perbankan Syariah). UU Perbankan Syariah tidak sebagaimana Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang mengatur perihal kelembagaan, kegiatan usaha, jenis, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usaha perbankan, melainkan juga mengatur perihal penyelesaian sengketa. Hal ini tertuang dalam Pasal 55 UU Perbankan Syariah yang didalamnya ditegaskan bahwa:

- (1) Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama.*
- (2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad.*<sup>3</sup>
- (3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan Prinsip Syariah.*

Munculnya Penjelasan *a quo* memunculkan persepsi bahwa telah terjadi pengurangan kompetensi absolut pengadilan di lingkungan Peradilan Agama

<sup>2</sup> A Mukti Arto, Peradilan Agama dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Kajian Historis, Filosofis, Ideologis, Politis, Yuridis, Futuristik, Pragmatis), Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2012, h. 339.

<sup>3</sup> Dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan "penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad" adalah upaya sebagai berikut:  
a. musyawarah;  
b. mediasi perbankan;  
c. melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain; dan/atau  
d. melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.

secara sistematis dan dari sisi perumusan Pasal secara *contradictio in terminis*.<sup>4</sup> Terlepas dari hal itu secara faktual di Yogyakarta berdasarkan penelusuran Penulis terhadap beberapa contoh kontrak pembiayaan syariah (Bank dan Lembaga Keuangan Bukan Bank) pasca diundangkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 masih mempunyai preferensi terhadap pengadilan di lingkungan Peradilan Umum untuk menyelesaikan sengketa yang mungkin terjadi atas pelaksanaan pembiayaan syariah dimaksud.<sup>5</sup>

Kulminasi atas adanya ketentuan UU Perbankan Syariah terkait penyelesaian sengketa tersebut adalah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945). Hal pokok dari Putusan *a quo* adalah norma Pasal 55 ayat (2) dan (3) UU Perbankan Syariah yang dianggap merugikan nasabah dari suatu bank syariah karena penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, padahal pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah pengadilan yang memiliki kompetensi menurut Pasal 49 UU Peradilan Agama. Adanya Pasal 55 UU Perbankan Syariah menyebabkan nasabah dirugikan secara konstitusional karena tidak memberikan kepastian hukum sebagai sebuah hak konstitusional.<sup>6</sup> Hal ini dikarenakan ada dua peradilan yang berwenang dalam hal ada *choice of forum* dalam perkara dengan substansi dan objek yang sama.<sup>7</sup> Dalam pertimbangan, Mahkamah Konstitusi menilai bahwa justru ketentuan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) *a quo* tidak memberi kepastian hukum.<sup>8</sup>

Putusan Mahkamah Konstitusi dalam hal pengujian UU secara yuridis mengikat semua orang (*erga omnes*).<sup>9</sup> Artinya dalam konteks ini, maka seluruh nasabah dan industri perbankan syariah terikat untuk melaksanakan Putusan *a quo*, yang mana mempertegas kompetensi Peradilan Agama di bidang ekonomi syariah dan

<sup>4</sup> Abdul Gani Abdullah, "Solusi Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah Menurut Pasal 49 UU No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Pasal 55 UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah", *Makalah Seminar Nasional Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah*, Yogyakarta: Kampus Terpadu UJI, 7 Februari 2009, h.2.

<sup>5</sup> Observasi Penulis selaku anggota Majelis Pengawas Daerah Notaris di Daerah Istimewa Yogyakarta tahun 2015. Hasil pemeriksaan menunjukkan bahwa akta pembiayaan yang dilegalisasi oleh Notaris masih menunjukkan Kepaniteraan Pengadilan Negeri di suatu wilayah menjadi forum ketika terjadi sengketa dalam pelaksanaan akad pembiayaan syariah

<sup>6</sup> Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

<sup>7</sup> Putusan Nomor 93/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hlm. 37.

<sup>8</sup> Putusan Nomor 93/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hlm. 38.

<sup>9</sup> Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, 2010, h. 59.

berimplikasi bahwa dalam kontrak pembiayaan antara nasabah dan bank syariah terkait dengan klausul penyelesaian sengketa forumnya tidak ada pilihan lain selain peradilan agama atau lembaga non-litigasi apabila itu memang diperjanjikan<sup>10</sup>. Pilihan forum melalui lingkungan Peradilan Umum menjadi bertentangan dengan putusan ini dan karenanya berakibat batal demi hukum (*null and void*).

Pertanyaan yang mengemuka adalah apakah terhadap Putusan dimaksud secara yuridis juga mengikat industri keuangan syariah pada umumnya di luar perbankan syariah. Dalam hal mengikat apa yang menjadi justifikasinya dan langkah konkrit yang perlu dilakukan oleh Otoritas Jasa Keuangan (OJK) agar ketentuan dimaksud dilaksanakan dalam praktik bisnis dan keuangan syariah.

Berdasarkan kondisi tersebut, permasalahan yang ada dapat diidentifikasi sebagai berikut : Pertama, bagaimana penyelesaian Sengketa dan Bisnis Keuangan Syariah menurut peraturan perundang-undangan di Indonesia? Kedua, bagaimana pertimbangan hukum Hakim Konstitusi dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar 1945? Ketiga, bagaimana implikasi yuridis dan peluang implementasi putusan dimaksud bagi penyelesaian sengketa bisnis dan keuangan syariah?

## II. PEMBAHASAN

### A. Penyelesaian Sengketa dan Bisnis Keuangan Syariah menurut Peraturan Perundang-undangan di Indonesia

Teknik dan mekanisme penyelesaian sengketa bisnis dan keuangan syariah dapat dikategorikan menjadi dua jenis, yakni pertama jalur non litigasi melalui arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa atau lebih dikenal dengan istilah ADR (*Alternative Dispute Resolution*)<sup>11</sup>. Kedua jalur litigasi yaitu melalui lembaga peradilan. Berikut penjelasan terkait kedua metode penyelesaian sengketa lembaga bisnis dan keuangan syariah tersebut:

#### 1. Jalur Non Litigasi

Penyelesaian sengketa bisnis dan keuangan syariah melalui jalur non-Litigasi telah memiliki payung hukum yakni Undang-Undang Nomor 30 Tahun

<sup>10</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi sebenarnya lebih mempertegas kewenangan absolut lingkungan Peradilan Agama di bidang ekonomi syariah. Tanpa adanya putusan tersebut sebenarnya satu-satunya lingkungan peradilan yang berwenang di bidang ekonomi syariah adalah Peradilan Agama, bukan Peradilan Umum walaupun diperjanjikan.

<sup>11</sup> Mardani, "Penyelesaian Sengketa Bisnis Syariah", *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 22, Nomor 2, Juni 2010 h.299

1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Menurut Undang-undang tersebut arbitrase memiliki pengertian sebagai cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.<sup>12</sup> Sementara alternatif penyelesaian sengketa didefinisikan sebagai lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.<sup>13</sup>

Arbitrase merupakan lembaga penyelesaian sengketa di luar peradilan yang saat ini banyak diminati oleh kalangan bisnis baik nasional maupun internasional. Hal ini terjadi karena melalui lembaga arbitrase sebuah sengketa bisnis dapat terselesaikan dalam waktu yang relatif cepat dengan prosedur sederhana, serta putusan yang dihasilkan dapat lebih mudah diprediksi oleh pihak-pihak yang bersengketa.

Arbitrase sudah ada sejak zaman Belanda yang didasarkan pada ketentuan Pasal 377 HIR/Pasal 705 RBg dan Pasal 615-651 *Reglement de Burgerlijke Rechtsvordering* (Rv). Regulasi ini mengatur penyelesaian sengketa atau beda pendapat antara para pihak dalam suatu hubungan hukum tertentu yang telah mengadakan perjanjian arbitrase yang secara tegas menyatakan bahwa semua sengketa atau beda pendapat yang timbul atau yang mungkin akan timbul dari hubungan hukum tersebut akan diselesaikan dengan cara arbitrase atau melalui alternatif penyelesaian sengketa.<sup>14</sup> Perjanjian arbitrase bukan perjanjian “bersyarat” atau *voorwaardelijke verbintenis* dan tidak termasuk pada pengertian ketentuan Pasal 1253-1267 KUHPerdata. Oleh karena itu, pelaksanaan perjanjian arbitrase tidak digantungkan kepada sesuatu kejadian tertentu di masa yang akan datang. Perjanjian arbitrase tidak mempersoalkan masalah pelaksanaan perjanjian, akan tetapi hanya mempersoalkan masalah cara dan lembaga yang berwenang menyelesaikan “perselisihan” (*disputes settlement*) atau *difference* yang terjadi antara pihak yang berjanji.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3872)

<sup>13</sup> Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3872)

<sup>14</sup> Bambang Sutyoso, *Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Yogyakarta : Gama Media , 2008, h. 34-35.

<sup>15</sup> M. Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau dari: Reglemen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, PERMA No. 1 Tahun 1990*, Jakarta: Sinar Grafika, 2001, h. 61.

Jadi fokus perjanjian arbitrase semata-mata ditujukan kepada masalah penyelesaian perselisihan yang timbul dari perjanjian. Para pihak dapat menentukan kata sepakat agar penyelesaian perselisihan yang timbul dari perjanjian, tidak diajukan dan diperiksa oleh badan peradilan resmi, tetapi akan diselesaikan oleh sebuah badan kuasa swasta yang bersifat netral yang lazim disebut “wasit” atau “arbitrase”. Lembaga arbitrase dalam melaksanakan kompetensinya berdasarkan perjanjian arbitrase terealisasi berupa pemberian pendapat hukum yang mengikat (*legal binding opinion*) dan pemberian putusan arbitrase karena adanya suatu sengketa tertentu. Bahwa tanpa adanya suatu sengketa, lembaga arbitrase dapat menerima permintaan yang diajukan oleh para pihak dalam suatu perjanjian untuk memberikan suatu pendapat hukum yang mengikat mengenai sesuatu persoalan berkenaan dengan perjanjian tersebut.

Perjanjian arbitrase dapat dibuat para pihak sebelum timbul sengketa sebagaimana melekat pada perjanjian pokok yang di dalamnya memuat klausula penyelesaian perselisihan/sengketa. Perjanjian arbitrase dapat pula dibuat dalam perjanjian tersendiri setelah timbul sengketa. Perjanjian yang dibuat sebelum sengketa terjadi dikenal dengan istilah *Pactum de Compromittendo*, sedangkan perjanjian yang dibuat setelah sengketa terjadi dikenal dengan istilah akta kompromis.<sup>16</sup>

Jadi, sebelum proses arbitrase dilaksanakan para pihak harus membuat perjanjian arbitrase, baik yang dibuat sebelum sengketa terjadi berupa pencantuman klausula arbitrase dalam perjanjian pokoknya (*Pactum de Compromittendo*), maupun perjanjian yang dibuat setelah sengketa terjadi (Akta Kompromis). Legitimasi penyelesaian sengketa melalui arbitrase ini yakni bahwa perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi pihak-pihak yang membuatnya dan bahwa hukum perjanjian menganut sistem terbuka (*open system*). Oleh karena itu terdapat kebebasan dari para pihak dalam menentukan materi/isi perjanjian, pelaksanaan perjanjian, dan cara menyelesaikan sengketa.

Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa. Secara

<sup>16</sup> Gunawan Widjaja, *Arbitrase Vs. Pengadilan: Persoalan Kompetensi (Absolut) yang Tidak Pernah Selesai*, Jakarta: Kencana Prenada Media, 2008, h. 37.

kelembagaan arbitrase dibedakan menjadi arbitrase *ad hoc* dan arbitrase institusional. Dalam hal arbitrase *ad hoc*, maka arbitrase dibentuk saat terjadi sengketa tertentu dan akan bubar setelah suatu sengketa diselesaikan. Sedangkan arbitrase institusional merupakan arbitrase yang terlembagakan dalam bentuk organisasi dan sudah memiliki *rule and procedure* yang sifatnya baku. Trend yang terjadi saat ini mengarah kepada pembentukan beberapa arbitrase institusional.

Lembaga arbitrase institusional yang ada antara lain Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS), dan Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia (BAPMI). Sengketa bisnis syariah, termasuk di dalamnya sengketa perbankan syariah dapat diselesaikan melalui lembaga-lembaga tersebut. Hal ini diperkuat dengan adanya ketentuan yang tertuang dalam Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Adapun untuk mekanisme melalui ADR telah terlembagakan, antara lain untuk sektor perbankan telah ada Mediasi Perbankan dan untuk sektor asuransi telah ada Badan Mediasi Asuransi Indonesia (BMAI). Lembaga dimaksud dapat menjadi fasilitator dalam penyelesaian sengketa antara para pihak apabila diperjanjikan.

## 2. Jalur Litigasi

*The last resort* dari suatu penyelesaian sengketa adalah melalui lembaga peradilan. Selama ini muncul berbagai pertanyaan apakah pengadilan negeri atau pengadilan agama yang berkompeten dalam penyelesaian sengketa di bidang ekonomi syariah. Dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum hanya disebutkan bahwa pengadilan negeri bertugas dan berwenang menyelesaikan perkara pidana dan perkara perdata di tingkat pertama,<sup>17</sup> sedangkan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Pengadilan Agama secara limitatif hanya berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, kewarisan, wasiat, dan hibah yang dilakukan berdasarkan hukum Islam, serta wakaf dan shadaqoh.

<sup>17</sup> Ketentuan ini tidak mengalami perubahan dalam Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 158, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5077)

Dengan demikian kedua lingkungan peradilan tersebut tidak secara tegas memiliki kewenangan dalam memutus sengketa di bidang ekonomi syariah. Pada tahun 2006 keraguan yang muncul tersebut berakhir setelah diundangkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Salah satu poin penting yang ada dalam amandemen undang-undang peradilan agama ini berupa perluasan kewenangan pengadilan agama sehingga mencakup perkara ekonomi syariah.

Secara umum, kekuasaan (*competency*) peradilan dapat dibedakan menjadi dua, yakni kekuasaan relatif (*relative competency*) dan kekuasaan absolut (*absolute competency*). Kekuasaan relatif berkaitan dengan wilayah, sementara kekuasaan absolut berkaitan dengan orang (kewarganegaraan dan keagamaan seseorang) dan jenis perkara. Setelah pemberlakuan Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, perluasan kompetensi absolut peradilan agama dilakukan. Dari segi susunan undang-undang, ketentuan mengenai kekuasaan absolut peradilan agama dijelaskan dalam dua tempat: (1) ketentuan yang bersifat umum yang ditetapkan pada bagian dua tentang kedudukan peradilan agama; dan (2) ketentuan rincian yang ditetapkan pada bagian kekuasaan pengadilan. Dalam ketentuan mengenai kekuasaan absolut peradilan agama yang bersifat umum ditetapkan bahwa peradilan agama adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu.<sup>18</sup>

Pengadilan agama sebagai salah satu badan peradilan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman untuk menegakkan hukum dan keadilan bagi orang-orang yang beragama Islam, yang sebelumnya berdasarkan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, hanya berwenang menyelesaikan perkara perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shodaqah, sekarang berdasarkan Pasal 49 huruf i Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006, kewenangan absolut pengadilan agama diperluas, termasuk kewenangan untuk menyelesaikan sengketa di bidang Ekonomi Syariah<sup>19</sup>. Dengan penegasan dan peneguhan kewenangan pengadilan agama dimaksudkan untuk memberikan dasar hukum bagi pengadilan agama dalam menyelesaikan perkara Ekonomi Syariah.

<sup>18</sup> Jaih, tt., "Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia", [www.badilag.net](http://www.badilag.net), tanggal akses 27 Februari 2015.

<sup>19</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Peradilan Agama di Indonesia Pasca UU No. 3 Tahun 2006 (Sejarah, Kedudukan, dan Kewenangan)*, Yogyakarta: UII Press, 2007, h. 5.

Kompetensi absolut diartikan sebagai kewenangan lingkungan peradilan berkaitan dengan jenis perkara atau jenis pengadilan atau tingkatan pengadilan dalam perbedaannya dengan jenis perkara atau jenis pengadilan atau tingkatan pengadilan lainnya.<sup>20</sup> Berdasarkan Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman di Indonesia dikenal empat lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung yaitu lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara, serta sebuah Mahkamah Konstitusi.<sup>21</sup>

Peradilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini.<sup>22</sup> Cik Hasan Bisri menyatakan bahwa pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama memiliki kekuasaan memeriksa, memutus, dan menyelesaikan “perkara perdata tertentu” di kalangan “golongan tertentu”, yaitu orang-orang yang beragama Islam.<sup>23</sup> Dengan demikian ruang lingkup kewenangan lingkungan Peradilan Agama via Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tidak hanya perkara perdata tertentu, melainkan perkara tertentu. Ini menunjukkan keluasan kompetensi lingkungan Peradilan Agama yang tidak hanya di ranah privat, melainkan dimungkinkan menjadi forum penyelesaian sengketa di ranah publik. Sengketa di ranah publik, khususnya pidana (*jinayah*) menjadi kompetensi Mahkamah Syar’iyah di Nangroe Aceh Darussalam yang tidak lain merupakan kekhususan di lingkungan Peradilan Agama.

Kewenangan penyelesaian sengketa berkaitan dengan hak milik dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 juga mengalami perubahan, yakni pada ketentuan Pasal 50. Adapun Pasal 50 secara lengkap adalah sebagai berikut: (1) Dalam hal terjadi sengketa hak milik atau sengketa lain dalam perkara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49, khusus mengenai objek sengketa tersebut harus diputus lebih dahulu oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum. (2) Apabila terjadi sengketa hak milik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) yang subjek hukumnya antara orang-orang yang beragama Islam, objek sengketa tersebut diputus oleh pengadilan agama bersama-sama perkara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49.

<sup>20</sup> H.A. Basiq Djilil, *Peradilan Agama di Indonesia*, Jakarta: Kencana Prenada Media, 2006, h. 139.

<sup>21</sup> Pasal 18 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076)

<sup>22</sup> Pasal 2 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4611)

<sup>23</sup> Cik Hasan Bisri, *Peradilan Agama di Indonesia (ed. Revisi)*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2003, h. 220.

Sedangkan kompetensi relatif yaitu kewenangan peradilan menyangkut peradilan wilayah mana yang berwenang dalam menyelesaikan suatu sengketa. Dengan kata lain menyangkut peradilan yang satu jenis dan satu tingkatan, dalam perbedaannya dengan kekuasaan pengadilan yang sama jenis dan sama tingkatan.<sup>24</sup> Mengenai hal ini berlaku asas umum yaitu *Actor Sequetur Forum REI*, yang artinya bahwa penyelesaian sengketa perdata dilakukan ditempat tergugat berdomisili. Dan dalam hal obyek sengketa berupa tanah, maka berlaku asas *Forum Rei Sitei*, yakni penyelesaiannya dilakukan di wilayah hukum dimana tanah itu berada.

Berdasarkan penjelasan tersebut, maka cakupan atau batasan peradilan agama meliputi komponen-komponen sebagai berikut. Pertama, kekuasaan negara, yaitu kekuasaan kehakiman yang bebas dari campur tangan kekuasaan negara lainnya dan dari pihak luar. Secara operasional kekuasaan itu sendiri terdiri dari kekuasaan absolut (wewenang perkara) dan kekuasaan relatif, yaitu wilayah kekuasaan daerah. Kedua, badan peradilan agama sebagai satuan penyelenggaraan kekuasaan kehakiman. Ia meliputi hierarki, susunan, pimpinan, hakim, panitera, dan unsur lain dalam struktur organisasi pengadilan. Ketiga, prosedur berperkara di pengadilan yang mencakup jenis perkara, hukum prosedural (hukum acara) dan produk-produknya (putusan dan penetapan). Prosedur itu meliputi tahapan kegiatan menerima, memeriksa, mengadili, memutusa, dan menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan ke pengadilan. Keempat, perkara-perkara dalam bidang perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf dan sadaqah (Ekonomi Syariah, pen). Ia mencakup variasi dan frekuensi sebarannya dalam berbagai pengadilan. Kelima, orang-orang yang beragama Islam sebagai pihak yang berperkara atau sengketa atau para pencari keadilan. Keenam, hukum Islam sebagai hukum substansial yang dijadikan rujukan dalam proses peradilan, dan Ketujuh adalah penegakan hukum dan keadilan sebagai tujuan.<sup>25</sup> Terkait hukum proses (hukum acara), maka perlu diperhatikan Pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang didalamnya ditegaskan bahwa Hukum Acara yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah Hukum Acara Perdata yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, kecuali yang telah diatur secara khusus dalam undang-undang ini.

<sup>24</sup> H.A. Basiq Djallil, *op.cit.*, h. 138.

<sup>25</sup> Abdul Halim, *Peradilan Agama dalam Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2000, h. 14.

## **B. Analisis Pertimbangan Hukum Hakim Konstitusi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012**

Pertimbangan hukum hakim dalam sebuah putusan (*ratio decidendi*) merupakan bahan hukum primer yang menjadi salah satu objek kajian ilmuwan hukum. Dalam pertimbangan hukum dimaksud intinya berisi tentang analisis majelis hakim terhadap fundamentum petendi sebagaimana yang didalilkan oleh para pihak. Guna melengkapi pertimbangan hukum dimaksud dalam tulisan ini, selain mengkaji Putusan atas perkara *a quo* Penulis mengemukakan pula beberapa hal penting dalam risalah persidangan pra putusan atas uji materi Pasal 55 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah di keluarkan.

Pertama, pada sidang pertama tertanggal 5 Oktober 2012, Dadang Ahmad yang memberikan kuasa kepada Rudi Hermawan dan Sophan Irawan selaku advokat menyampaikan poin-poin penting sebagaimana tertuang dalam Permohonan yang diajukan kepada Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. Bahwa demi adanya kepastian hukum yang dijamin oleh Pasal 28D Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berkenan mengabulkan permohonan Pemohon sebagaimana tertuang dalam surat permohonan tertanggal 12 Agustus 2012 yang intinya menyatakan bahwa materi muatan ayat (2) Pasal 5 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bertentangan dengan Pasal 28D dimaksud.<sup>26</sup> Oleh karenanya materi muatan ayat (2) Pasal 5 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Pada kesempatan sidang pertama dimaksud Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi memberikan masukan terkait dengan struktur dan isi gugatan. Hal yang belum tercantum secara tepat dalam Permohonan dimaksud, yakni belum secara jelas mengemukakan perihal kewenangan Mahkamah Konstitusi, substansi permohonan, kesimpulan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang, legal standing Pemohon, posita yang cukup ditulis dengan pokok permohonan yang harus mencerminkan bahwa suatu pasal Undang-Undang bertentangan dengan UUD 1945, serta belum jelasnya petitum.<sup>27</sup> Lebih lanjut Muhammad Alim juga menegaskan bahwa secara formal harus ada dalam surat permohonan yang berisi

<sup>26</sup> Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum."

<sup>27</sup> Ahmad Fadli Sumadi (Anggota Majelis Hakim) dalam Risalah Sidang Perkara Nomor 93/PUU-X/2012 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tertanggal 5 Oktober 2012.

“memerintahkan pemuatan Putusan MK dengan menempatkannya di dalam Berita Negara Republik Indonesia”<sup>28</sup>

Kedua, dalam panggilan sidang kedua tertanggal 19 Oktober 2012 pihak pemohon tidak hadir, sehingga persidangan dinyatakan selesai. Dalam konteks ini pihak yang ada hanya Pemohon, sementara termohon adalah suatu undang-undang. Adapun Pemerintah dan/atau DPR hanya merupakan pihak yang diminta keterangan. Oleh karena itu dalam hal Pemohon tidak hadir tidak berarti perkara gugur sebagaimana dalam persidangan di pengadilan biasa.

Ketiga, dalam kesempatan sidang ketiga tertanggal 28 November 2012 berbeda dengan sidang pertama dan kedua karena dihadiri oleh 9 (sembilan) Hakim Mahkamah Konstitusi, yakni: Moh. Mahfud MD selaku Ketua, dengan anggota Ahmad Fadlil Sumadi, Achmad Sodiki, Anwar Usman, M. Akil Mochtar, Muhammad Alim, Maria Farida Indrati, Harjono, dan Hamdan Zoelva. Pada kesempatan sidang ketiga ini pula hadir utusan dari Pemerintah dan DPR untuk mendengarkan keterangannya.

Keterangan pertama diberikan oleh Adang Daradjatun yang merupakan wakil dari Komisi III DPR RI. Keterangan DPR RI terhadap dalil Pemohon sebagaimana diuraikan dalam permohonan *a quo*:<sup>29</sup> Dengan keterangan tersebut, DPR RI meminta Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, memutus, dan mengadili perkara *a quo*. Adapun Pemerintah diwakili oleh Robinson Simbolon memberikan penjelasan singkat terhadap perkara dimaksud yakni Terhadap anggapan Pemohon yang menyatakan ketentuan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Perbankan Syariah telah menimbulkan adanya ketidakpastian hukum akibat adanya dualisme lembaga penyelesaian sengketa dalam perbankan syariah.<sup>30</sup>

Keempat, bahwa pada tahap sidang ke-empat ini, pihak pemohon menghadirkan saksi dan ahli untuk memberikan keterangan kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi. Sidang yang diselenggarakan pada 20 Desember 2012 ini dihadiri oleh 7 (tujuh) Hakim Mahkamah Konstitusi, Dadang Achmad selaku Pemohon, Kuasa Pemohon, Pendamping Pemohon, dan Ahli dari Pemohon, yakni Ija Suntana dan Dedi Ismatullah, serta Pemerintah.<sup>31</sup> Pada intinya ahli dari Pemohon memberikan

<sup>28</sup> Muhammad Alim (Majelis Hakim) dalam Risalah Sidang Perkara Nomor 93/PUU-X/2012 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tertanggal 5 Oktober 2012

<sup>29</sup> Adang Daradjatun (Wakil Komisi III DPR RI) dalam Risalah Sidang Perkara Nomor 93/PUU-X/2012 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tertanggal 28 November 2012.

<sup>30</sup> Robinson Simbolon (Wakil Pemerintah) dalam Risalah Sidang Perkara Nomor 93/PUU-X/2012 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tertanggal 28 November 2012.

<sup>31</sup> Ija Suntana dan Dedi Ismatullah (ahli Pemohon) dalam Risalah Sidang Perkara Nomor 93/PUU-X/2012 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tertanggal 20 Desember 2012.

pendapatnya bahwa pencantuman klausula penyelesaian sengketa yang memilih pengadilan di lingkungan Peradilan Umum sebagai forum adalah tidak tepat karena di samping bertentangan dengan konsep kompetensi absolut yang tidak dapat dibagi pada dua lingkungan peradilan yang berbeda, hal ini juga bertentangan dengan kondisi aktual dimana pengadilan di lingkungan Peradilan Umum tidak mempunyai kompetensi di bidang perbankan syariah. Kompetensi di sini tidak hanya dalam artian formal, melainkan secara substantif hakim di lingkungan Peradilan Umum belum memiliki penguasaan terhadap transaksi perbankan syariah yang tidak hanya diliputi oleh asas kebebasan berkontrak, akan tetapi harus comply terhadap ketentuan syariah.

Kelima, pada sidang kelima yang berlangsung pada tanggal 29 Januari 2013 selain dihadiri Pemohon, Kuasa Hukum Pemohon, Pendamping Pemohon, wakil Pemerintah dan 9 (sembilan) Hakim Mahkamah Konstitusi, sidang kali ini juga dihadiri ahli yang diundang Mahkamah Konstitusi, yakni Muhammad Syafi'i Antonio. Ahli Perbankan Syariah ini memberikan keterangan dengan menyoroti tentang Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 dikaitkan dengan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006<sup>32</sup>.

Pasca sidang kelima Mahkamah Konstitusi tidak langsung mengambil putusan atas permohonan pengujian Pasal 55 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap UUD 1945. Putusan baru diambil dan dinyatakan dalam persidangan terbuka dan dibuka untuk umum pada hari Kamis, 29 Agustus 2013. Terhadap keterangan yang disampaikan Pemohon melalui kuasa hukumnya, Komisi III DPR RI, Pemerintah, Ahli dari Pemohon, dan Ahli dari Mahkamah Konstitusi sebagaimana tersebut di atas, Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berkesimpulan sebagai berikut:<sup>33</sup>

1. *Mahkamah berwenang untuk mengadili perkara a quo;*
2. *Pemohon memiliki kedudukan hukum (legal standing) untuk mengajukan permohonan a quo;*
3. *Dalil permohonan Pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian;*

Atas dasar kesimpulan tersebut, Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi dalam amar putusannya menyatakan:

<sup>32</sup> Muhammad Syafi'i Antonio (ahli Mahkamah Konstitusi) dalam Risalah Sidang Perkara Nomor 93/PUU-X/2012 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tertanggal 29 Januari 2013.

<sup>33</sup> Kesimpulan pada Putusan Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi terhadap perkara a quo, 29 Agustus 2013.

1. *Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian:*
  - 1.1. *Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
  - 1.2. *Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;*
2. *Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;*
3. *Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya.*<sup>34</sup>

Berdasarkan uraian jalannya persidangan dan putusan Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi tersebut, analisis hukum yang dapat diberikan adalah sebagai berikut:

*Bahwa Pengadilan di lingkungan Peradilan Agama pada tahun 2006 mendapatkan tambahan kewenangan, yakni dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Pasca undang-undang dimaksud efektif pengadilan agama tidak hanya berwenang dalam menerima, memeriksa, memutus, mengadili dan menyelesaikan sengketa di bidang perkawinan dan kewarisan, melainkan juga di bidang ekonomi syariah. Dalam bagian penjelasan Pasal 49 huruf i disebutkan bahwa yang dimaksud dengan "ekonomi syariah" adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, antara lain meliputi: a. bank syari'ah; b. lembaga keuangan mikro syari'ah; c. asuransi syari'ah; d. reasuransi syari'ah; e. reksa dana sayari'ah; f. obligasi syari'ah dan surat berharga berjangka menengah syari'ah; g. sekuritas syari'ah; h. pembiayaan syari'ah; i. pegadaian syari'ah; j. dana pensiun lembaga keuangan syari'ah; dan k. bisnis syari'ah.*

Berdasarkan pada Pasal 49 huruf (i) tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa Pengadilan Agama mempunyai kompetensi absolut dalam perkara di bidang ekonomi syariah, antara lain yakni sengketa di bidang perbankan syariah. Kompetensi absolut berarti berbicara mengenai kewenangan lingkungan peradilan tertentu terhadap suatu jenis sengketa.

<sup>34</sup> Diktum Putusan Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi terhadap perkara a quo, 29 Agustus 2013.

Kompetensi sebagaimana dimaksud menurut “sebagian besar” ahli menjadi tidak lagi absolut, yakni dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Permasalahannya Pasal 55 undang-undang dimaksud memberikan pengaturan tentang penyelesaian sengketa perbankan syariah. Dalam Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah ditegaskan bahwa: (1) Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama; (2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad; (3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan Prinsip Syariah. Dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) disebutkan bahwa yang dimaksud dengan “penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad” adalah upaya melalui: a. musyawarah; b. mediasi perbankan; c. Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain; dan/atau d. melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.

Implikasi dari adanya ketentuan tersebut, yakni berpotensi menimbulkan adanya ketidakpastian hukum. Hal tersebut pula yang mendorong salah satu nasabah dari suatu Bank Syariah untuk mengajukan permohonan uji materiil terhadap Undang-Undang Perbankan Syariah, khususnya pada Pasal 55 ayat (2) dan (3), yakni melalui Perkara Nomor 93/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia.

Hal pokok dari perkara dimaksud sebagaimana telah disebutkan dimuka adalah terkait dengan adanya ketentuan Pasal 55 yang dianggap merugikan salah satu nasabah dari sebuah bank syariah, yakni terkait dengan penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, sementara menurut nasabah pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah yang berkompetensi vide Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Adanya Pasal 55 menyebabkan nasabah dirugikan secara konstitusional, khususnya terkait dengan Pasal 28D Bab 10A tentang Hak Asasi Manusia yang Menjamin tentang Kepastian Hukum bagi warganya. Hal ini terjadi karena ada dua peradilan yang berwenang dalam hal ada *choice of forum* dalam perkara dengan substansi dan objek yang sama.

Berdasarkan pada pendapat ahli sebagaimana tertuang dalam Putusan Nomor 93/PUU-X/2012 dimaksud, terlihat bahwa dalam praktik terjadinya *conflict of dispute settlement* sudah sering terjadi. Hal demikian menurut hemat Penulis disebabkan karena adanya pengaturan penyelesaian sengketa oleh Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Hakim pengadilan umum sebagai penegak hukum seharusnya menyadari bahwa mereka terikat dengan hukum acara, yang mana hukum acara bersifat imperatif (*dwingendrecht*). Salah satu hal yang diatur dalam hukum acara adalah mengenai kompetensi absolut, yakni berbicara mengenai lingkungan peradilan mana yang berwenang menerima, memeriksa, memutus, dan mengadili suatu jenis perkara. Bahwa Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 secara tegas telah menentukan bahwa “ekonomi syariah” yang di dalamnya terdapat bank syariah merupakan kompetensi absolut pengadilan di lingkungan Peradilan Agama, sehingga konsekuensi hukumnya adalah bahwa selain lingkungan Peradilan Agama adalah tidak berwenang, walaupun itu diperjanjikan oleh para pihak. Kebebasan berkontrak hanya dapat dilakukan untuk ketentuan hukum yang bersifat perkenan, bukan ketentuan hukum yang bersifat memaksa. Artinya apabila para pihak memperjanjikan lingkungan peradilan umum, maka sejak semula harus dianggap tidak ada karena bertentangan dengan ketentuan hukum yang bersifat imperatif dimaksud.

Namun dalam kenyataannya ternyata hakim kurang menyadari akan hal dimaksud, dan begitu ada perkara yang dimajukan kepadanya dengan dalih bahwa hakim pengadilan dilarang menolak perkara atau karena *choice of forum* menunjuk pengadilan di lingkungan peradilan umum, maka mereka menerima begitu saja perkara tersebut. Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah dalam realitasnya juga seringkali mencantumkan pilihan forum berupa pengadilan di lingkungan peradilan umum dengan alasan yang “seolah-olah” benar secara yuridis, yakni bahwa Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 adalah *lex specialis* terhadap Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 sepanjang menyangkut penyelesaian sengketa perbankan syariah. Penggunaan asas ini tentu saja tidak dapat begitu saja dibenarkan mengingat bahwa berlakunya asas hukum *lex specialis derogat legi generali* ada 2 (dua) syarat yang harus dipenuhi, yakni bahwa kedua peraturan perundang-undangan tersebut harus berada dalam hierarki yang sama dan keduanya berada dalam satu rezim.

Syarat pertama terpenuhi, yakni bahwa keduanya sama-sama di tataran undang-undang, namun syarat kedua tidak terpenuhi karena kedua undang-undang

tersebut tidak berada dalam satu rezim. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah berada dalam satu rezim dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, sehingga Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 merupakan *lex specialis* Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 dan bukan *lex specialis* dari Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006. Asas *lex posterior derogat legi priori* (dalam hal terjadi konflik ketentuan hukum yang berlaku kemudian dimenangkan atas ketentuan hukum sebelumnya) juga tidak dapat digunakan dalam hal ini dengan alasan yang sama.

Adapun rezim penyelesaian sengketa diatur melalui Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Peradilan Umum, Undang-Undang Peradilan Agama, Undang-Undang Peradilan Militer, dan Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara untuk litigasi dan Undang-Undang tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa untuk non-litigasi. Dengan demikian tidak pada tempatnya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah mengatur tentang penyelesaian sengketa, karena cukup diserahkan kepada undang-undang lain yang mengatur tentang hal itu.

Alasan lain yang mungkin digunakan oleh Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah adalah alasan pragmatis bahwa dengan penyelesaian sengketa melalui pengadilan di lingkungan peradilan umum, maka pihak bank lebih berpotensi menang ketika berhadapan dengan nasabah. Hal ini terjadi karena pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum tidak begitu memperhatikan terpenuhinya rukun dan syarat akad pembiayaan syariah, melainkan fokus pada asas kebebasan berkontrak dimana para pihak bebas menentukan isi perjanjian dan apabila itu disepakati, maka dianggap sebagai undang-undang.<sup>35</sup>

Beberapa Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah juga menyadari bahwa masih banyak akad-akad pembiayaan yang belum sepenuhnya comply terhadap prinsip-prinsip syariah, misalnya akad pembiayaan murabahah yang tidak menyebutkan obyek berupa barang secara spesifik, melainkan hanya menyebutkan plafond pembiayaannya. Padahal dalam akad murabahah hal mutlak yang harus diketahui oleh para pihak adalah obyek/barang, harga pokok (*historical cost*), dan berapa

<sup>35</sup> Khotibul Umam, "Interpretasi dan Implementasi Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah Pada PT Bank Syariah Bukopin", Penelitian Individu yang diselenggarakan oleh Unit Penelitian dan Pengabdian kepada Masyarakat, Yogyakarta: Fakultas Hukum UGM, 2013, h. 58

margin (*mark up*) yang dikehendaki sebagai keuntungan bank. Apabila sengketa timbul pada pelaksanaan akad ini, maka Pengadilan Agama kecenderungannya akan menyatakan bahwa akad dimaksud adalah batal demi hukum. Sementara hakim di Pengadilan Negeri mungkin tidak demikian.<sup>36</sup>

Putusan yang bersifat ultra petita tersebut berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia pada Perkara Nomor 48/PUU-IX/2011 harus diterima sebagai bagian kewenangan MK sebagai upaya dalam menegakkan keadilan substantif di Indonesia. Dengan kata lain penegakan hukum substantif lebih penting daripada sekedar penegakan hukum secara formal. Di samping itu, dengan mengingat bahwa putusan Mahkamah Konstitusi berlaku umum, maka adalah tepat jika Majelis Hakim memberikan putusan tidak hanya mendasarkan fundamentum petendi dan petitum dari Pemohon, melainkan juga memperhatikan kondisi riil penyelesaian sengketa perbankan syariah yang terjadi selama ini.

Dengan demikian yang dinyatakan tidak berlaku melalui Putusan ini adalah bagian Penjelasan Pasal 55 ayat (2). Artinya bahwa Pasal 55 ayat (2) tetap dianggap tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Hal demikian menurut Penulis dapat dibenarkan, karena keberadaan Pasal 55 ayat (2) mewadahi prinsip umum dalam penyelesaian sengketa muamalah, yakni berupa asas kebebasan berkontrak (*al-hurriyah*). Dengan adanya Pasal 55 ayat (2), akan memberikan legitimasi bagi para pihak untuk memilih sarana penyelesaian alternatif (*non-litigasi*).

Adanya Putusan Mahkamah Konstitusi ini seharusnya juga dijadikan sebagai momentum bagi Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah untuk membenahi standar akad syariah pada produk-produknya agar lebih taat terhadap prinsip syariah dan bukannya menggunakan peluang menyelesaikan sengketa ke pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum untuk memperoleh kemenangan dengan mengingat hakim di pengadilan umum belum cukup memahami mengenai akad-akad syariah.

Akhirnya dengan putusan dimaksud harapannya dapat menghilangkan adanya dualisme lingkungan peradilan dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah. Sengketa perbankan syariah adalah domein dari pengadilan di lingkungan Peradilan Agama atau lembaga penyelesaian sengketa alternatif sepanjang para pihak memperjanjikannya.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

### **C. Implikasi Yuridis dan Peluang Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 bagi Penyelesaian Sengketa Bisnis dan Keuangan Syariah**

Implikasi yuridis di sini bermakna sebagai suatu dampak yang akan timbul dari munculnya suatu norma hukum, baik secara normatif maupun empiris. Norma hukum berupa putusan Mahkamah Konstitusi, berbeda dengan putusan Majelis Hakim di lingkungan Mahkamah Agung. Bahwa putusan Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi secara hukum tidak hanya mengikat para pihak. Artinya walaupun pemohon atas pengujian Undang-Undang adalah seorang yang dirugikan secara konstitusional, akan tetapi putusannya akan mengikat seluruh warga negara.

Dalam konteks ini, maka putusan dari Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi tersebut mengikat pihak-pihak yang melakukan transaksi di bidang perbankan syariah. Artinya secara hukum tidak boleh lagi ada nasabah dan Bank Syariah atau UUS membuat klausul penyelesaian sengketa dengan memilih pengadilan di lingkungan Peradilan Umum dengan berlindung di balik asas kebebasan berkontrak. Terkait dengan forum di pengadilan yang berlaku adalah asas legalitas, yakni bahwa di ranah *attributive competency* tidak dimungkinkan melakukan pilihan forum dengan menunjuk lingkungan peradilan lain. Pilihan untuk sengketa di bidang perdagangan hanya dimungkinkan terhadap forum non-litigasi.

Secara normatif apabila dalam klausula penyelesaian sengketa masih memuat pilihan forum berupa pengadilan di lingkungan Peradilan Umum, maka klausula dimaksud bersifat batal demi hukum (*null and void*). Hal ini bertentangan dengan kaidah bahwa ketentuan hukum yang imperatif tidak dapat disimpangi melalui perjanjian, walaupun hal tersebut disepakati oleh kedua belah pihak. Putusan Mahkamah Konstitusi mempertegas adanya *atributive competency* yang dimiliki pengadilan di lingkungan Peradilan Agama di bidang perbankan syariah. Kesepakatan dalam memilih forum hanya dapat direalisasikan di ranah non-litigasi.

Mengingat Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 bersifat final and binding, maka sudah seharusnya pihak-pihak terkait menaati putusan dimaksud. Artinya dalam hal terdapat klausul yang menunjuk pengadilan di lingkungan Peradilan Umum di suatu wilayah, apabila sengketa benar-benar terjadi dan diajukan kepadanya, maka Majelis Hakim Pengadilan Negeri wajib menyatakan tidak berwenang sehingga diktum putusannya adalah tidak menerima gugatan dari penggugat. Apabila dalam praktiknya nanti,

Majelis Hakim pengadilan di lingkungan Peradilan Umum menerima sengketa yang menunjuknya sebagai forum penyelesaian sengketa, maka pihak yang merasa dirugikan dapat menjadikannya sebagai alasan melakukan upaya hukum, khususnya berupa kasasi. Hal ini sangat dimungkinkan karena dengan menerima sengketa atas dasar penunjukkan forum, maka *judex factie* (Pengadilan Negeri atau Pengadilan Tinggi) telah salah dalam menerapkan hukum.

Dari putusan Mahkamah Konstitusi yang telah menetapkan dan menegaskan secara spesifik mengenai kewenangan peradilan mana yang berhak untuk mengadili perkara sengketa perbankan syariah sehingga menimbulkan kepastian hukum, maka berikutnya perlu perlu kita lihat apakah putusan ini juga dapat diberlakukan untuk sengketa lain yang masih satu rezim dengan sengketa perbankan syariah yakni sengketa pada Lembaga Keuangan Bukan Bank<sup>37</sup> dan Lembaga Pembiayaan<sup>38</sup> yang pengelolaannya berdasarkan Prinsip Syariah. Terhadap sengketa yang mungkin terjadi antara nasabah dengan lembaga dimaksud juga diperlukan adanya kepastian hukum mengenai lingkungan peradilan mana yang berhak mengadili.

Terlebih dahulu perlu dikemukakan bahwa putusan pengadilan, termasuk didalamnya Putusan Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu sumber hukum. Dalam rangka mengimplementasikan hukum sebagai suatu sistem, maka seringkali diperlukan suatu metode penemuan hukum yang menjadi usaha penyesuaian antara hukum yang ada dengan peristiwa konkrit yang terjadi di masyarakat. Oleh karena itu, maka hukum yang ada perlu dijelaskan, ditafsirkan, dilengkapi dan diciptakan aturan hukumnya agar dapat ditemukan. Metode penemuan hukum sendiri secara teori dibedakan menjadi tiga jenis yakni metode interpretasi, metode argumentasi dan metode penemuan hukum bebas.<sup>39</sup>

Metode interpretasi pengertiannya adalah metode atau cara untuk memberikan penafsiran terhadap teks perundang-undangan yang dianggap tidak jelas, agar perundang-undangan tersebut dapat diterapkan terhadap peristiwa konkrit tertentu. Ajaran interpretasi dalam penemuan hukum ini dikenal juga dengan istilah hermeneutika yuridis. Metode argumentasi disebut juga dengan metode penalaran hukum atau *reasoning*. Proses penemuan hukum yang menggunakan metode atau cara ini dapat dilakukan dengan beberapa cara. Sementara untuk

<sup>37</sup> Termasuk Lembaga Keuangan Bukan Bank, antarlain :Asuransi, Pasar Modal, Dana Pensiun, Pegadaian, dan Lembaga Keuangan Mikro.

<sup>38</sup> Lembaga Pembiayaan adalah badan usaha yang melakukan kegiatan pembiayaan dalam bentuk penyediaan dana atau barang, yaitu terdiri dari Perusahaan Pembiayaan, Perusahaan Modal Ventura, dan Perusahaan Pembiayaan Infrastruktur (Pasal 1 angka 1 dan Pasal 2 Peraturan Presiden Nomor 9 Tahun 2009 tentang Lembaga Pembiayaan)

<sup>39</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta : Penerbit Liberty, 2006, h. 56.

Metode Penemuan hukum bebas adalah dimana Hakim melihat Undang-undang hanya sebagai alat bantu dalam menciptakan hukum atas dasar dirinya sebagai hakim yang bisa menemukan hukum dan tidak harus secara mutlak mematuhi undang-undang yang ada. Dengan demikian hakim dituntut dapat menciptakan penyelesaian yang tepat untuk suatu peristiwa konkrit.<sup>40</sup>

Peluang implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 bagi penyelesaian sengketa bisnis dan keuangan syariah di luar perbankan dapat diwujudkan, antara lain melalui penerapan metode penemuan hukum yang ada agar putusan tersebut dapat berlaku dan memiliki kekuatan hukum bagi lembaga dimaksud. Menurut penulis metode yang bisa digunakan adalah metode argumentasi berupa *argumentum a fortiori*, yakni metode analogi yang memperluas ruang lingkup peraturan yang ada untuk kemudian diterapkan terhadap peristiwa yang serupa, sejenis atau mirip. Metode penemuan hukum ini ditujukan untuk mencari esensi yang bersifat lebih umum dari sebuah peristiwa hukum.<sup>41</sup> Perbankan syariah merupakan bagian dari ekonomi syariah dan oleh karenanya terdapat kesamaan esensi di antara keduanya yakni dilingkupi oleh hukum syariah. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 pada hakikatnya merupakan bagian dari penegakan hukum yang memberikan penegasan kompetensi mengadili bagi lingkungan Peradilan Agama di bidang ekonomi syariah. Oleh karena itu, terhadap sengketa di lembaga bisnis dan keuangan syariah di luar perbankan syariah pun berlaku putusan ini. Artinya dalam klausul akad antara nasabah dengan lembaga bisnis dan keuangan syariah adalah melanggar hukum manakala menetapkan forum Peradilan Umum bagi penyelesaian sengketa yang mungkin terjadi. Hakim Pengadilan Negeri sudah seharusnya tidak menerima sengketa bisnis dan keuangan syariah, walaupun para pihak menyepakatinya.

### III. KESIMPULAN

Berdasarkan pembahasan terkait dengan permasalahan tersebut di atas dapat ditarik kesimpulan, Pertama, penyelesaian Sengketa dan Bisnis Keuangan Syariah menurut peraturan perundang-undangan di Indonesia terdiri dari dua jenis, yaitu litigasi melalui lembaga peradilan dan nonlitigasi melalui Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Kedua, pertimbangan hukum Hakim Konstitusi sehingga

<sup>40</sup> Riyanta, "Metode Penemuan Hukum (Studi Komparatif antara Hukum Islam dengan Hukum Positif)", *Jurnal Penelitian Agama*, Volume 17, Nomor 2, 2008, h. 414.

<sup>41</sup> Titin Samsudin, "Peranan Hakim dalam Penemuan Hukum", *Jurnal Al Mizan*, Volume 10, Nomor 1, 2014, h. 109.

putusannya bersifat ultra petita sebagaimana tertuang dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 lebih mendasarkan pada keterangan ahli dari Mahkamah Konstitusi yang intinya menegaskan bahwa hanya bagian Penjelasan Pasal 55 ayat (2) saja yang berpotensi menimbulkan ketidakpastian hukum dan kebingungan hukum, sementara Pasal 55 secara keseluruhan tetap sesuai dengan konstitusi. Oleh karena itu, Majelis Hakim memutuskan untuk membatalkan bagian Penjelasan dimaksud walaupun tidak dimintakan pembatalannya oleh Pemohon. Ketiga, Implikasi yuridis dan peluang implementasi dari putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atas sengketa bisnis dan lembaga keuangan Syariah, yaitu Majelis Hakim Pengadilan Negeri wajib menyatakan tidak berwenang atas sengketa yang terjadi dalam kasus yang berhubungan dengan perbankan syariah. Hal ini dipertegas dengan sifat putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *final and binding*, serta mengikat semua warga negara (*erga omnes*). Kemudian dengan menerapkan metode penemuan hukum analogi, maka Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat diterapkan dan berlaku bagi lembaga bisnis dan keuangan syariah secara umum sehingga dapat memberikan kepastian hukum terkait dengan lingkungan peradilan yang berwenang menyelesaikan sengketa yang mungkin terjadi.

OJK sebagai lembaga yang melakukan pengaturan dan pengawasan diarahkan *microprudential* sudah saatnya melakukan berbagai langkah dalam rangka mengefektifkan pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang pada hakikatnya merupakan penegasan dan peneguhan kewenangan Peradilan Agama di bidang ekonomi syariah. Beberapa langkah yang perlu segera dilakukan, antara lain sebagai berikut: Pertama, menerbitkan Peraturan OJK yang memuat tentang berbagai persyaratan minimal yang harus dipenuhi terkait dengan pembiayaan syariah dan disertai sanksi bagi barang siapa yang melanggar persyaratan dimaksud, termasuk kewajiban minimal yang harus dilakukan oleh Dewan Pengawas Syariah terkait pengawasan terhadap ketaatan Bank Syariah atau Unit Usaha Syariah terhadap prinsip syariah. Kedua, melarang pencantuman klausula penyelesaian sengketa/perselisihan selain melalui forum Peradilan Agama dan/atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa yang dikenal

dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, disertai penegasan ancaman kebatalan akad pembiayaan yang di dalamnya masih menentukan forum pengadilan di lingkungan Peradilan Umum. Ketiga, melakukan koordinasi dan kerjasama dengan 2 (dua) lingkungan peradilan, yakni Peradilan Agama dan Peradilan Umum. Hal ini dilakukan dalam rangka memastikan bahwa penyelesaian sengketa di bidang bisnis dan keuangan dilakukan melalui forum yang tepat.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah, Abdul Gani, "Solusi Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah Menurut Pasal 49 UU No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Pasal 55 UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah", *Makalah*, Seminar Nasional Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, 7 Februari 2009, Yogyakarta: Kampus Terpadu UII.
- Anshori, Abdul Ghofur, 2007, *Peradilan Agama di Indonesia Pasca UU No. 3 Tahun 2006 (Sejarah, Kedudukan, dan Kewenangan)*, Yogyakarta: UII Press.
- Anshori, Abdul Ghofur, 2008, *Penerapan Prinsip Syariah Dalam Lembaga Keuangan, Lembaga Pembiayaan, dan Perusahaan Pembiayaan*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Arto, A Mukti, 2012, *Peradilan Agama dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia (Kajian Historis, Filosofis, Ideologis, Politis, Yuridis, Futuristis, Pragmatis)*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Bisri, Cik Hasan, 2003, *Peradilan Agama di Indonesia (ed. Revisi)*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Djalil, H.A. Basiq, 2006, *Peradilan Agama di Indonesia*, Jakarta: Kencana Prenada Media.
- Halim, Abdul, 2000, *Peradilan Agama dalam Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Harahap, M. Yahya, 2001, *Arbitrase Ditinjau dari: Reglemen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recognition*

*and Enforcement of Foreign Arbitral Award, PERMA No. 1 Tahun 1990*, Jakarta: Sinar Grafika.

Jaih, t.t., "Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia", artikel pada [www.badilag.net](http://www.badilag.net).

Mardani, "Penyelesaian Sengketa Bisnis Syariah", *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 22, Nomor 2 Tahun 2010.

Mertokusumo, Sudikno, 2006, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Penerbit Liberty.

Risalah Sidang Perkara Nomor 93/PUU-X/2012 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tertanggal 5 Oktober 2012.

Riyanta, "Metode Penemuan Hukum (Studi Komparatif antara Hukum Islam dengan Hukum Positif)", *Jurnal Penelitian Agama*, Volume 17, Nomor 2 Tahun 2008.

Samsudin, Titin, "Peranan Hakim dalam Penemuan Hukum", *Jurnal Al Mizan*, Volume 10, Nomor 1 Tahun 2014.

Soekanto, Soerjono, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: Universitas Indonesia Press.

Sutiyoso, Bambang, 2008, *Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Yogyakarta: Gama Media.

Tim Penyusun, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI.

Umam, Khotibul, 2013, *Interpretasi dan Implementasi Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah Pada PT Bank Syariah Bukopin*, Penelitian Individu yang diselenggarakan oleh Unit Penelitian dan Pengabdian kepada Masyarakat FH UGM, Yogyakarta.

Widjaja, Gunawan, 2008, *Arbitrase Vs. Pengadilan: Persoalan Kompetensi (Absolut) yang Tidak Pernah Selesai*, Jakarta: Kencana Prenada Media.

# **Hak Asasi Perempuan dalam Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia**

## ***The Rights of Women in Indonesian Laws and Regulations***

**Dede Kania**

Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Gunung Djati

Alamat: Jl. A.H. Nasution No. 105 Bandung 40614

Email: dekan\_0607@. yahoo.co id

Naskah diterima: 21/05/2015 revisi: 27/08/2015 disetujui: 13/11/2015

### **Abstrak**

Sampai saat ini hukum masih dianggap diskriminatif dan tidak berkeadilan gender. Padahal hukum seharusnya berkeadilan atau sensitif gender untuk menjamin terpenuhinya hak asasi perempuan. Dengan mengikuti prinsip persamaan hak dalam segala bidang, maka baik laki-laki maupun perempuan mempunyai hak atau kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam setiap aspek kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Sehingga apabila terjadi diskriminasi terhadap perempuan, hal itu merupakan bentuk pelanggaran terhadap hak asasi perempuan. Pelanggaran hak asasi perempuan terjadi karena banyak hal, diantaranya adalah akibat sistem hukum, dimana perempuan menjadi korban dari sistem tersebut. Orde Reformasi merupakan periode paling progresif dalam perlindungan hak asasi manusia. Berbagai peraturan perundang-undangan keluar pada periode tersebut, termasuk peraturan perundang-undangan tentang hak perempuan. Hal ini merupakan upaya pemerintah untuk menghilangkan diskriminasi berdasarkan jenis kelamin yang dicantumkan dalam berbagai peraturan perundang-undangan.

**Kata Kunci:** Hak Asasi Perempuan, Hukum, Keadilan Gender.

### ***Abstract***

*Up to now, the law is still considered discriminatory and gender inequality. Though the law should be equal or sensitive to gender inequality to guarantee women's rights. By following the principle of equality in all areas of the good men and women have equal rights or opportunities to participate in every aspect of social life and state. so if there is discrimination against women, it is a violation of women's*

*rights. women's rights violations occur due to many things, including the result of the legal system, where women are victims of the system. Reform Order is the most progressive period in the protection of human rights. Various laws and regulations come out in this period, including laws and regulations concerning women's rights. Seen from the government's efforts to eliminate discrimination based on sex are included in many legislations.*

**Keywords:** *Women's Rights, Law, Gender Inequity*

## I. PENDAHULUAN

Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, yang menjelaskan adanya pengakuan terhadap prinsip persamaan bagi seluruh warga negara tanpa kecuali. Prinsip persamaan ini menghapuskan diskriminasi, karenanya setiap warga negara mempunyai hak yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan tanpa memandang agama, suku, jenis kelamin, kedudukan, dan golongan. Moempoeni Martojo<sup>1</sup> mengatakan bahwa: "Istilah warga negara sudah barang tentu mengandung pengertian baik wanita maupun pria". Apa yang dikemukakan oleh Moempoeni Martojo adalah benar, sebab di mana pun negara di dunia ini, warga negaranya selalu terdiri dari laki-laki dan perempuan. Dengan adanya pengakuan persamaan hak warga negara, berarti antara laki-laki dengan perempuan tidak ada perbedaan. Diakuinya prinsip persamaan di hadapan hukum dan pemerintahan di dalam UUD menunjukkan para pendiri negara Indonesia, sebelum mendirikan negara, sadar betul tentang arti pentingnya perlindungan terhadap hak asasi manusia itu.

Secara yuridis, dalam tataran internasional maupun nasional, Instrumen hukum dan peraturan perundang-undangan Indonesia mengakui tentang adanya prinsip persamaan hak antara laki-laki dan perempuan. Namun, dalam tataran implementasi penyelenggaraan bernegara, diskriminasi dan ketidakadilan terhadap kaum perempuan. Kaum perempuan selalu tertinggal dan termarginalkan dalam bidang ekonomi, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, maupun dalam bidang politik. Salah satu penyebabnya adalah budaya patriarkhi yang berkembang dalam masyarakat adat Indonesia. Pada masyarakat dengan budaya patriarkhi, laki-laki lebih berperan dalam memegang kekuasaan, yang secara otomatis dapat mendegradasi peran dan keberadaan perempuan<sup>2</sup>. Dengan mengikuti prinsip persamaan hak dalam segala bidang, maka baik laki-laki maupun perempuan

<sup>1</sup> Moempoeni Martojo, Moempoeni Martojo, *Prinsip Persamaan di Hadapan hukum bagi Wanita dan Pelaksananya di Indonesia*, Disertasi, Semarang: Universitas Diponegoro (UNDIP), 1999, h. 2.

<sup>2</sup> Nalom Kurniawan, Hak Asasi Perempuan dalam Perspektif Hukum dan Agama, *Jurnal Konstitusi*, Vol. IV, No. 1, Juni 2011, h. 172.

mempunyai hak atau kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam setiap aspek kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Sehingga apabila terjadi diskriminasi terhadap perempuan, hal itu merupakan bentuk pelanggaran terhadap hak asasi perempuan.

Lalu sejauh mana peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan Indonesia dalam pada orde reformasi memajukan perlindungan hak asasi perempuan?

## **II. PEMBAHASAN**

### **A. Perlindungan Hukum Hak Asasi Perempuan di Indonesia**

Kata hukum dalam tulisan ini adalah hukum secara normatif, yaitu berupa peraturan perundang-undangan yang berlaku (hukum positif) yang ditetapkan pada orde reformasi. Adapun isi perundang-undangan yang dipilih untuk diteliti dibatasi hanya pada peraturan perundang-undangan yang bertujuan untuk melindungi hak-hak dasar perempuan.

Perjuangan kaum perempuan dalam mencapai kesetaraan dan keadilan yang telah dilakukan sejak dahulu, ternyata belum dapat mengangkat harkat dan martabat kaum perempuan untuk dapat sejajar dengan kaum laki-laki. Sekalipun kekuasaan tertinggi di negeri ini pernah dipegang oleh perempuan, yakni Presiden Megawati Soekarno Putri, dan telah banyak kaum perempuan yang memegang jabatan strategis dalam pemerintahan, ketidakadilan gender dan ketertinggalan kaum perempuan masih belum teratasi sebagaimana yang diharapkan. Kaum perempuan tetap saja termarginalkan dan tertinggal dalam segala aspek kehidupan, termasuk dalam bidang hukum. Hal ini merupakan tantangan berat bagi kaum perempuan dan pemerintah. Diantara Peraturan Perundang-undangan yang mengandung muatan perlindungan hak asasi perempuan adalah: Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan KDRT, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan, Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, dan Undang-undang Politik (UU No. 2 Tahun 2008 dan UU No. 42 Tahun 2008). Kemudian Inpres Nomor 9 Tahun 2000 tentang Pengarusutamaan Gender (PUG) dan Kerpres No. 181 Tahun 1998 tentang Pembentukan Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan atau Komnas Perempuan yang diubah dengan Perpres Nomor 65 Tahun 2005.

## 1. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM

Setelah merdeka selama 44 tahun, Indonesia baru mempunyai undang-undang HAM pada tahun 1999. Berbeda dengan Amerika, Inggris maupun Perancis, yang mempunyai *bill of rights* sejak awal kemerdekaannya, dan menjadikan *bill of rights* mereka sebagai bagian tidak terpisahkan dari konstitusi. Konstitusi Indonesia pada awalnya sangat sedikit sekali mengatur HAM.

UU ini mengartikan HAM sebagai, "...seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, Pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia" (Pasal 1 ayat (1)). Dengan adanya UU HAM, semua peraturan perundang-undangan harus sejalan dengan prinsip-prinsip perlindungan HAM seperti diatur dalam UU ini. Diantaranya penghapusan diskriminasi berdasarkan agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, dan keyakinan politik. Pelarangan diskriminasi diatur dalam Pasal 3 ayat (3), yang berbunyi: "Setiap orang berhak atas perlindungan hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia, tanpa diskriminasi".

Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 3 ayat (3) menjelaskan bahwa diskriminasi berdasarkan jenis kelamin telah dilarang oleh hukum. Aturan hukum lainnya harus meniadakan diskriminasi dalam setiap aspek kehidupan, sosial, politik, ekonomi, budaya dan hukum. Pasal-pasal dalam UU HAM ini selalu ditujukan kepada setiap orang, ini berarti semua hal yang diatur dalam UU HAM ini ditujukan bagi semua orang dari semua golongan dan jenis kelamin apapun.

## 2. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan KDRT

Kekerasan dalam rumah tangga (KDRT), pada awalnya tidaklah dianggap sebagai pelanggaran hak asasi perempuan. Letaknya pada ranah domestik menjadikan KDRT sebagai jenis kejahatan yang sering tidak tersentuh hukum. Ketika ada pelaporan KDRT kepada pihak yang berwajib, maka biasanya cukup dijawab dengan selesaikan dengan kekeluargaan. Sebelum keluarnya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (PKDRT), korban tidak mendapat perlindungan hukum yang memadai.

Kasus KDRT, sebelum keluarnya UU PKDRT selalu diidentikan sebagai sesuatu yang bersifat domestik, karenanya membicarakan adanya KDRT dalam sebuah keluarga adalah aib bagi keluarga yang bersangkutan. Sehingga penegakan hukum terhadap kasus KDRT pun masih sedikit. Penegakan hukum yang minim terhadap kasus KDRT diakibatkan beberapa hal, diantaranya pemahaman terhadap akar permasalahan KDRT itu sendiri baik dari perspekti hukum, agama maupun budaya. Untuk itu upaya diseminasi hak asasi perempuan harus dilakukan secara efektif untuk mengurangi jumlah korban yang jatuh akibat KDRT.

Potret budaya bangsa Indonesia yang masih patriarkhis, sangat tidak menguntungkan posisi perempuan korban kekerasan. Seringkali perempuan korban kekerasan disalahkan (atau ikut disalahkan) atas kekerasan yang dilakukan pelaku (laki-laki). Misalnya, isteri korban KDRT oleh suaminya disalahkan dengan anggapan bahwa KDRT yang dilakukan suami korban adalah akibat perlakuannya yang salah kepada suaminya. Stigma korban terkait perlakuan (atau pelayanan) kepada suami ini telah menempatkan korban seolah seburuk pelaku kejahatan itu sendiri. Dengan demikian dibutuhkan perangkat hukum yang memadai untuk menghapus kekerasan dalam rumah tangga<sup>3</sup>.

Dengan ditetapkannya Undang-Undang PKDRT, permasalahan KDRT yang sebelumnya dianggap sebagai masalah domestik diangkat ke ranah publik, sehingga perlindungan hak korban mendapat payung hukum yang jelas. Lingkup rumah tangga dalam undang-undang ini tidak hanya meliputi suami, isteri, dan anak, melainkan juga orang-orang yang mempunyai hubungan keluarga dan menetap dalam rumah tangga serta orang yang membantu rumah tangga dan menetap dalam rumah tangga tersebut (Pasal 2). Asas PKDRT sendiri seperti dijelaskan dalam Pasal 3 adalah untuk: (1) penghormatan hak asasi manusia; (2) keadilan dan kesetaraan gender; (3) nondiskriminasi; dan (4) perlindungan korban. Adapun tujuan PKDRT sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4 adalah untuk: (1) mencegah segala bentuk kekerasan dalam rumah tangga; (2) melindungi korban kekerasan dalam rumah tangga; (3) menindak pelaku kekerasan dalam rumah tangga; (5) memelihara keutuhan rumah tangga yang harmonis dan sejahtera.

<sup>3</sup> Emilda Firdaus, Bentuk Kekerasan terhadap Perempuan dalam Perspektif Hak Asasi Manusia, *Jurnal Konstitusi*, Kerjasama MKRI dengan Fakultas Hukum Universitas Riau, Vol. 1, No. 1, 2008, h. 29.

Kekerasan terhadap perempuan, secara lebih spesifik sering dikategorikan sebagai kekerasan berbasis gender. Hal ini disebabkan kekerasan terhadap perempuan seringkali diakibatkan oleh ketimpangan gender, yaitu dengan adanya relasi kekuasaan yang tidak seimbang antara laki-laki dan perempuan. Hal ini antara lain dapat terefleksikan dari kekerasan dalam rumah tangga yang lebih sering dilakukan oleh orang yang memiliki kekuasaan lebih kepada korban yang lebih lemah. Kekerasan berbasis gender juga terlihat pada kasus perkosaan yang lebih sering dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan daripada sebaliknya. Kekerasan berbasis gender ini memberikan penekanan khusus pada akar permasalahan kekerasan yang dilakukan terhadap perempuan, yaitu bahwa diantara pelaku dan korbannya terdapat relasi gender dimana dalam posisi dan perannya tersebut pelaku mengendalikan dan korban adalah orang yang dikendalikan melalui tindakan kekerasan tersebut. Inilah yang dimaksud dengan ketimpangan historis dalam Deklarasi Penghapusan Kekerasan terhadap Perempuan 1993.

Kekerasan berbasis gender ini sebenarnya tidak hanya difokuskan kepada perempuan sebagai korban, namun juga kepada pelayan laki-laki, supir laki-laki atau bawahan laki-laki lainnya. Karena dasar dari kekerasan berbasis gender ini adalah ketimpangan relasi kekuasaan, maka yang menjadi penekanan adalah kekerasan yang dilakukan kepada pihak yang tersubordinasi kedudukannya<sup>4</sup>. Adapun penyebab yang menjadi asumsi terjadinya kekerasan terhadap perempuan diantaranya:

- a. Adanya persepsi tentang sesuatu dalam benak pelaku, bahkan seringkali yang mendasari tindak kekerasan ini bukan sesuatu yang dihadapi secara nyata. Hal ini dibuktikan dengan realitas di lapangan yang menunjukkan bahwa pelaku telah melakukan tindak kekerasan tersebut tanpa suatu alasan yang mendasar.
- b. Hukum yang mengatur tindak kekerasan terhadap perempuan masih bias gender. Seringkali hukum tidak berpihak kepada perempuan yang menjadi korban kekerasan, ketidak-berpihakan tersebut tidak saja berkaitan dengan substansi hukum yang kurang memperhatikan kepentingan perempuan atau si korban, bahkan justru belum adanya substansi hukum yang mengatur nasib bagi korban kekerasan, yang umumnya dialami perempuan”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Niken Savitri, *Kajian Teori hukum Feminis Terhadap Pengaturan Tindak Pidana Kekerasan terhadap Perempuan dalam KUHP*, Disertasi, Bandung: Universitas Katolik Parahyangan, 2008, h. 90.

<sup>5</sup> Zaitunah Subhan, *Kekerasan terhadap Perempuan*, Yogyakarta: PT LKIS Pelangi Aksara, 2004, h. 14-15.

- c. Ketentuan relasi gender dalam UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyatakan bahwa suami adalah kepala rumah tangga dan isteri adalah ibu rumah tangga (Pasal 31 ayat (3)). Pasal ini jelas menempatkan seorang suami sebagai satu-satunya kepala keluarga. Oleh karenanya dialah yang berhak mengatas namakan kepentingan anggota keluarganya dalam setiap persoalan<sup>6</sup>. Pasal ini merupakan salah satu Pasal yang mengandung bias gender<sup>7</sup>, karena menempatkan perempuan (isteri) pada posisi yang lebih rendah, berpadu dengan mitos yang melekatkan tanggung jawab pengendalian reproduksi pada perempuan dengan tugas domestiknya, sehingga secara psikologis dan yuridis seorang suami seakan-akan dibolehkan melakukan kekerasan kepada anggota keluarganya, terutama kepada isteri dan anak-anaknya.

Kekurangan dari undang-undang ini adalah lingkup pengaturan yang dibatasi hanya dalam cakupan domestik, yaitu mereka yang memiliki hubungan kekeluargaan atau berada dalam satu domisili yang sama, sehingga tidak dapat diberlakukan kepada korban yang tidak memenuhi kategori lingkup domestik tersebut. Karenanya sulit untuk mengatakan bahwa secara umum semua bentuk kekerasan, baik kekerasan fisik, psikis, ekonomi maupun kekerasan seksual (terutama terhadap korban perempuan) sudah mendapat pengaturan di dalam hukum pidana Indonesia.

Meskipun demikian, dalam pandangan yang progresif, hakim dapat mempertimbangkan diaturnya jenis-jenis kekerasan tersebut di dalam UU PKDRT dari perspektif perlindungan terhadap korban kekerasan, sebagai salah satu acuan dalam memutus suatu perkara kekerasan terhadap perempuan.

### **3. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan**

Undang-undang Nomor Tahun 2006 tentang kewarganegaraan ini menggantikan Undang-undang Nomor 62 Tahun 1958 tentang Kewarganegaraan. Undang-undang No. 62 Tahun 1958 secara filosofis, yuridis, dan sosiologis dianggap sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat dan ketatanegaraan Republik Indonesia. Secara filosofis, UU 62/58 masih mengandung ketentuan-ketentuan yang belum sejalan dengan falsafah Pancasila, antara lain, karena bersifat diskriminatif, kurang menjamin pemenuhan hak asasi dan persamaan antarwarga negara, serta kurang

<sup>6</sup> Komnas Perempuan, *Peta Kekerasan: Pengalaman Perempuan Indonesia*, Jakarta: SGIFF-CIDA-The Asia Foundation, 2002, h. 220-221.

<sup>7</sup> Nalom Kurniawan, *Op. Cit.*, h. 166.

memberikan perlindungan terhadap perempuan dan anak-anak. Secara yuridis, landasan konstitusional pembentukan undang-undang tersebut adalah UUDS 1950 yang sudah tidak berlaku lagi sejak Dekrit Presiden 5 Juli 1959 yang menyatakan kembali kepada UUD 1945. Dalam perkembangannya, UUD 1945 telah mengalami perubahan yang lebih menjamin perlindungan terhadap hak asasi manusia dan hak warga negara. Secara sosiologis, UU tersebut sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan tuntutan masyarakat Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional dalam pergaulan global, yang menghendaki adanya persamaan perlakuan dan kedudukan warga negara di hadapan hukum serta adanya kesetaraan dan keadilan gender<sup>8</sup>.

Diantara asas khusus yang menjadi dasar berlakunya UU Kewarganegaraan adalah asas non diskriminatif, yaitu berupa tidak membedakan perlakuan dalam segala hal ikhwal yang berhubungan dengan warga negara atas dasar suku, ras, agama, golongan, jenis kelamin, dan gender. Asas lainnya adalah asas pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia dalam segala hal ikhwal yang berhubungan dengan warga negara harus menjamin, melindungi, dan memuliakan hak asasi manusia pada umumnya dan hak warga negara pada khususnya.

Pengaturan yang menghilangkan diskriminasi berdasarkan jenis kelamin diantaranya adalah dibolehkannya seorang isteri, yang melakukan perkawinan campuran berbeda kewarganegaraannya, untuk memilih kewarganegaraannya sendiri. Isteri diperbolehkan memilih untuk tetap dalam kewarganegaraan Indonesia atau pindah kewarganegaraan mengikuti kewarganegaraan suaminya, sekalipun hukum negara asal suaminya, menuntut kewarganegaraan isteri mengikuti kewarganegaraan suami sebagai akibat perkawinan tersebut (Pasal 26 ayat (1) dan (3)). Aturan dalam UU Kewarganegaraan sebelumnya (UU 62/1958) mengakibatkan seorang isteri kehilangan kewarganegaraan Indonesia apabila menikah dengan laki-laki WNA, karena harus mengikuti kewarganegaraan suaminya.

#### **4. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang (PTPPPO)**

Perdagangan orang (*trafficking in person*) sebenarnya merupakan hal yang sudah ada sejak lama. Perdagangan orang ini sebenarnya berakar dari

<sup>8</sup> Penjelasan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2006 Bagian Umum.

budaya perbudakan yang dipraktekkan sejak lama. Hal itu dapat dilihat, ketika bangsa kulit putih menangkapi orang-orang kulit hitam (orang Negro) di Afrika dan menjualnya ke pengusaha-pengusaha kulit putih di Amerika. Orang kulit hitam yang dibeli tersebut, dijadikan budak oleh para pengusaha kulit putih di Amerika. Para budak ini menjadi milik pengusaha yang membelinya, dan dapat diperlakukan sekehendaknya. Sebagai budak, tentu mereka tidak mempunyai hak apa pun. Para budak ini hanya mengabdikan kepada majikannya, seorang manusia tidak memiliki kebebasan hidup sebagaimana mestinya<sup>9</sup>.

Di Indonesia dapat dilihat pada waktu dijajah Belanda. Rakyat Indonesia ketika itu kedudukannya tidak sama dengan orang-orang Belanda. Perbedaan rakyat dalam golongan-golongan Eropa, Bumiputera dan Timur Asing ditetapkan di dalam Pasal 163 *Indische Staatsregeling* (I.S). Perbedaan rakyat dalam golongan-golongan ini tentu sangat bertentangan dengan prinsip hak asasi manusia. Pasal 163 I.S ini menjadi dasar dari peraturan perundang-undangan, pemerintahan dan peradilan di “Hindia Belanda” dahulu. R. Supomo<sup>10</sup> mengemukakan perbedaan ini pada pokoknya didasarkan pada jenis kebangsaan. Karena itu, terjadi “rasdiskriminasi” (perbedaan-perbedaan bangsa) di dalam perundang-undangan, pemerintahan dan peradilan “Hindia Belanda”.

Jumlah kasus perdagangan orang terus bertambah dari tahun ke tahun. Kedutaan Besar (Kedubes) RI di Kuala Lumpur pernah melansir jumlah pengaduan dari warga negara Indonesia (WNI) yang mengalami kasus perdagangan orang. Selama Maret 2005 hingga Juli 2006, data International Organization for Migration (IOM) menunjukkan, sebanyak 1.231 WNI telah menjadi korban bisnis perdagangan orang. Meskipun tidak selalu identik dengan perdagangan orang, sejumlah sektor seperti buruh migran, pembantu rumah tangga (PRT) dan pekerja seks komersial ditengarai sebagai profesi yang paling rentan dengan *human trafficking*<sup>11</sup>.

Definisi dari perdagangan orang sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat (1) UU PTPPO adalah: “Perdagangan Orang adalah tindakan perekrutan, pengangkutan, penampungan, pengiriman, pemindahan, atau penerimaan seseorang dengan ancaman kekerasan, penggunaan kekerasan, penculikan, penyekapan, pemalsuan, penipuan dan penyalahgunaan kekuasaan atau posisi

<sup>9</sup> Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia*. Jakarta:Grafiti, 1994, h. 11.

<sup>10</sup> R. Supomo, *Sistem Hukum di Indonesia Sebelum Perang Dunia II*, Jakarta:Pradnya Paramita, 1982, h. 23.

<sup>11</sup> <http://www.beritaindonesia.co.id/humaniora/kasus-perdagangan-orang-di-indonesia-tertinggi-di-dunia/>, diakses 11 September 2011.

rentan, penjeratan uang atau memberikan bayaran atau manfaat, sehingga memperoleh persetujuan dari orang yang memegang kendali atas orang lain tersebut, baik yang dilakukan di dalam negara maupun antar negara, untuk tujuan eksploitasi atau mengakibatkan orang tereksplotasi”.

Perdagangan orang adalah salah satu bentuk pelanggaran HAM, karena menghilangkan hak dasar yang seharusnya dimiliki setiap orang, yaitu hak atas kebebasan. Hal ini tentu saja melanggar berbagai instrumen hukum nasional maupun internasional. Indonesia sendiri sebelum keluarnya UU PTPPO telah memiliki beberapa aturan yang melarang perdagangan orang. Pasal 297 KUHP misalnya, mengatur larangan perdagangan wanita dan anak laki-laki yang belum dewasa. Selain itu, Pasal 83 UU Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (UUPA), juga menyebutkan larangan memperdagangkan, menjual, atau menculik anak untuk sendiri atau dijual. Namun peraturan-peraturan tersebut tidak merumuskan pengertian perdagangan orang secara tegas. Bahkan Pasal 297 KUHP memberikan sanksi terlalu ringan dan tidak sepadan (hanya 6 tahun penjara) bila melihat dampak yang diderita korban akibat kejahatan perdagangan orang. Karena itu, sudah semestinya ada sebuah peraturan khusus tentang tindak pidana perdagangan orang yang mampu menyediakan landasan hukum formil dan materiil sekaligus. UU itu harus mampu mengurai rumitnya jaringan perdagangan orang yang berlindung di balik kebijakan resmi negara. Misalnya penempatan tenaga kerja di dalam dan LN. Demikian juga pengiriman duta kebudayaan, perkawinan antarnegara, hingga pengangkatan anak. Keberadaan undang-undang ini merupakan bukti keseriusan Indonesia untuk mengurangi bahkan menghapuskan perdagangan orang (*trafficking in person*).

## 5. Undang-Undang Politik

Undang-Undang No. 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik yang terakhir telah diubah dengan Undang-Undang 2 Tahun 2011 tentang Partai Politik dan Undang-Undang No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD yang terakhir diganti dengan Undang-Undang No. 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, kedua Undang-undang ini merumuskan aturan tentang bentuk diskriminasi positif (*affirmative action*) berupa kuota 30% bagi perempuan di ranah politik Indonesia.

Tindakan Khusus Sementara (*Affirmative Action*), yang diistilahkan dengan keterwakilan perempuan. Ani Widyani Soetjipto<sup>12</sup> mendefinisikan secara umum *affirmative action* sebagai tindakan pro-aktif untuk menghilangkan perlakuan diskriminasi terhadap satu kelompok sosial yang masih terbelakang. Koalisi Perempuan Indonesia<sup>13</sup>, mengatakan bahwa *affirmative action* merupakan kebijakan, peraturan atau program khusus yang bertujuan untuk mempercepat persamaan posisi dan kondisi yang adil bagi kelompok-kelompok yang termarginalisasi dan lemah secara sosial dan politik, seperti kelompok miskin, penyandang cacat, buruh, petani, nelayan dan lain-lain, termasuk di dalamnya kelompok perempuan. Shidarta<sup>14</sup> mengemukakan bahwa tindakan afirmatif (*affirmative action*) diartikan sebagai upaya meningkatkan hak atau kesempatan bagi orang yang semula tidak/kurang beruntung (*disadvantaged*) agar dapat mengenyam kemajuan dalam waktu tertentu.

*Affirmative action* juga dapat dijadikan sebagai suatu koreksi dan kompensasi atas diskriminasi, marginalisasi dan eksploitasi yang dialami oleh kelompok-kelompok sosial yang tertinggal. Koreksi tersebut dilakukan dalam memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna tercapainya kesetaraan dan keadilan di semua bidang kehidupan, sosial, ekonomi, politik, kebudayaan, pertahanan dan keamanan, yang kemungkinan besar sudah lama tidak pernah dinikmati oleh kelompok sosial yang tertinggal. Apabila hal ini dihubungkan dengan ketertinggalan kaum perempuan, maka dalam mengejar ketertinggalan tersebut dapat dilakukan dengan *affirmative action*. Hal ini sesuai dengan pendapat Ani Widyani Soetjipto<sup>15</sup> yang mengatakan bahwa tujuan utama *affirmative action* terhadap perempuan, adalah untuk membuka peluang kepada perempuan agar mereka yang selama ini sebagai kelompok marginal bisa terintegrasi dalam kehidupan secara adil. Menurutnya, ciri semua tindakan *affirmative action* adalah sifatnya sementara. Maksudnya adalah bahwa “ketika kelompok-kelompok yang dilindungi itu telah terintegrasi dan tidak lagi terdiskriminasi, kebijakan ini bisa dicabut karena lahan persaingan dan kompetisi telah cukup adil bagi mereka untuk bersaing bebas”.

<sup>12</sup> Ani Widyani Soetjipto, *Politik Perempuan Bukan Gerhana*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2005, h. 99.

<sup>13</sup> Koalisi Perempuan Indonesia, *Tindakan Khusus Sementara : Menjamin Keterwakilan Perempuan*, Pokja Advokasi Kebijakan Publik Sekretariat Nasional Koalisi Perempuan Indonesia, Oktober 2002, h. 2.

<sup>14</sup> Shidarta, *Konsep Diskriminasi Dalam Perspektif Filsafat Hukum*, (Dalam “Butir-butir Pemikiran Dalam Hukum” memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta, SH), Bandung: Refika Aditama, 2008, h. 116.

<sup>15</sup> Ani Widyani Soetjipto, *Op.Cit.*, h.105.

Perjuangan perempuan dalam meningkatkan representasi perempuan di legislatif melalui *affirmative action* dapat dilakukan dengan melibatkan kaum perempuan lebih banyak aktif di partai politik. Memberdayakan perempuan dalam partai politik adalah merupakan langkah paling awal untuk mendorong agar kesetaraan dan keadilan bisa dicapai antara laki-laki dan perempuan di dunia publik dalam waktu tidak terlalu lama. Langkah ini diperlukan agar jumlah perempuan di lembaga legislatif bisa seimbang jumlahnya dengan laki-laki.

Pada *affirmative action*, yang dianalisa adalah persoalan diskriminasi di tingkat kelompok sosial tertentu. Dalam konsep ini, tindakan non-diskriminatif itu harus memperhatikan karakteristik yang ada dalam institusi-institusi seperti gender atau ras.<sup>16</sup> Secara tekstual kata *affirmative action* tidak ditemukan dalam UUD 1945 maupun peraturan pelaksanaannya. Landasan konstitusional untuk *affirmative action* di Indonesia adalah Pasal 28 H ayat (2) dan 28 I ayat (2) UUD 1945. Hal itu dapat ditafsirkan dari kata “Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus ...dst” dan “Setiap orang berhak bebas dari perlakuan diskriminatif atas dasar apa pun ...dst”. Memberi kemudahan dan perlakuan khusus dalam membebaskan orang dari perlakuan diskriminatif dapat dilakukan melalui tindakan afirmatif<sup>17</sup>. Dengan demikian, tindakan afirmatif mempunyai dasar konstitusional dan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Selanjutnya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 46 menjelaskan tentang keharusan sistem Pemilihan Umum, kepartaian, pemilihan anggota badan legislatif, dan sistem pengangkatan di bidang eksekutif, yudikatif meningkatkan partisipasi keterwakilan perempuan.

Peningkatan sumberdaya perempuan di dalam partai politik diharapkan dapat mempermudah pemenuhan kuota 30% tersebut. Namun, pencantuman sistem kuota dalam peraturan perundang-undangan akan menjadi mubajir apabila kaum perempuan itu sendiri tidak mau berjuang dengan meningkatkan kemauan dan kemampuannya dalam bidang politik.

## 6. Inpres Nomor 9 Tahun 2000 tentang Pengarusutamaan Gender (PUG)

Inpres Nomor 9 Tahun 2000 ini, memberikan petunjuk adanya keseriusan pemerintah dalam upaya untuk menghilangkan bentuk diskriminasi dalam

<sup>16</sup> *Ibid*, h. 100-101.

<sup>17</sup> Tri Lisiani Prihatinah, Perspektif Jender terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Dhapuskannya Kebijakan Afirmatif Perempuan di Parlemen pada Pemilu Tahun 2009, *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 10, No. 2, Mei 2010, h. 160.

seluruh sendi kehidupan bernegara. Dalam konsideran Inpres ini disebutkan dua hal, yaitu:

- a. Bahwa dalam rangka meningkatkan kedudukan, peran, dan kualitas perempuan, serta upaya mewujudkan kesetaraan dan keadilan gender dalam kehidupan berkeluarga, bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, dipandang perlu melakukan strategi pengarusutamaan gender ke dalam seluruh proses pembangunan nasional;
- b. Bahwa pengarusutamaan gender ke dalam seluruh proses pembangunan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari kegiatan fungsional semua instansi dan lembaga pemerintah di tingkat Pusat dan Daerah;

Inpres ini menjadi dasar adanya berperspektif gender bagi seluruh kebijakan dan program pembangunan nasional, tanpa kecuali. Baik kebijakan di pusat maupun di daerah haruslah berperspektif gender, apabila tidak maka kebijakan tersebut harus diganti.

#### **7. Kerpres No. 181 Tahun 1998 tentang Pembentukan Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan atau Komnas Perempuan yang diubah dengan Perpres Nomor 65 Tahun 2005**

Komisi Nasional anti Kekerasan terhadap Perempuan atau Komnas Perempuan adalah mekanisme nasional untuk penegakkan Hak Asasi Manusia perempuan Indonesia. Komnas Perempuan lahir dari rahim pergolatan gerakan perempuan Indonesia dan merupakan jawaban pemerintah RI terhadap tuntutan gerakan perempuan agar negara bertanggungjawab terhadap kasus-kasus kekerasan terhadap perempuan selama konflik dan kerusuhan Mei 1998. Presiden Habibie meresmikan pembentukan Komnas Perempuan melalui Keppres Nomor 181 tahun 1998, yang kemudian diubah dengan Perpres Nomor 65 tahun 2005.

Pembentukan Komnas Perempuan berdasarkan Pasal 1 Perpres Nomor 65 Tahun 2005 adalah, "Dalam rangka pencegahan dan penanggulangan masalah kekerasan terhadap perempuan serta penghapusan segala bentuk tindak kekerasan yang dilakukan terhadap perempuan". Adapun tujuan dari Komnas Perempuan sesuai Pasal 2 adalah untuk:

- a. mengembangkan kondisi yang kondusif bagi penghapusan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan dan penegakan hak-hak asasi manusia perempuan di Indonesia;

- b. meningkatkan upaya pencegahan dan penanggulangan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia perempuan.

Komnas Perempuan adalah salah satu lembaga negara yang bersifat independen. Adapun tugas dari Komnas Perempuan sesuai Pasal 4 Perpres Nomor 65 Tahun 2005 adalah:

- a. menyebarluaskan pemahaman atas segala bentuk kekerasan terhadap perempuan Indonesia dan upaya-upaya pencegahan dan penanggulangan serta penghapusan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan;
- b. melaksanakan pengkajian dan penelitian terhadap berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku serta berbagai instrumen internasional yang relevan bagi perlindungan hak-hak asasi manusia perempuan;
- c. melaksanakan pemantauan, termasuk pencarian fakta dan pendokumentasian tentang segala bentuk kekerasan terhadap perempuan dan pelanggaran hak asasi manusia perempuan serta penyebarluasan hasil
- d. pemantauan kepada publik dan pengambilan langkah-langkah yang mendorong pertanggungjawaban dan penanganan;
- e. memberikan saran dan pertimbangan kepada pemerintah, lembaga legislatif dan yudikatif serta organisasi-organisasi masyarakat guna mendorong penyusunan dan pengesahan kerangka hukum dan kebijakan yang mendukung upaya-upaya pencegahan dan penanggulangan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan Indonesia serta perlindungan, penegakan, dan pemajuan hak-hak asasi manusia perempuan;
- f. mengembangkan kerja sama regional dan internasional guna meningkatkan upaya-upaya pencegahan dan penanggulangan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan Indonesia serta perlindungan, penegakan dan pemajuan hak-hak asasi manusia perempuan.

Mengacu pada mandat Perpres Nomor 65 th. 2005 maupun Rencana Strategis Komnas Perempuan 2007-2009, kelima subkomisi serta perangkat kelembagaan lainnya Kesekjenan, Dewan Kelembagaan, Gugus Kerja dan Panitia *Ad Hoc*) telah melaksanakan program & kegiatan yang mencakup enam (6) area atau isu utama, yaitu: (1) Pemantauan & pelaporan HAM perempuan; (2) Penguatan penegak hukum & mekanisme HAM nasional; (3) Negara, agama dan HAM perempuan; (4) Mekanisme HAM internasional; (5) Peningkatan partisipasi masyarakat; dan (6) Kelembagaan

## **B. Aturan Hukum dalam Rangka Mewujudkan Prinsip Keadilan dan Kesetaraan Gender**

Perjuangan perempuan dalam mengakhiri sistem yang tidak adil (ketidakadilan gender) tidaklah merupakan perjuangan perempuan melawan laki-laki, melainkan perjuangan melawan sistem dan struktur ketidakadilan masyarakat, berupa ketidakadilan gender. Untuk mengakhiri sistem yang tidak adil ini ada beberapa agenda yang perlu dilakukan, yakni :

1. Melawan hegemoni yang merendahkan perempuan, dengan cara melakukan dekonstruksi ideologi. Melakukan dekonstruksi artinya mempertanyakan kembali segala sesuatu yang menyangkut nasib perempuan di mana saja. ... dst.
2. Melawan paradigma *developmentalism* yang berasumsi bahwa keterbelakangan kaum perempuan disebabkan karena mereka tidak berpartisipasi dalam pembangunan<sup>18</sup>.

Melawan hegemoni yang merendahkan harkat dan martabat perempuan patut dilakukan, sebab hegemoni itu sebenarnya hanya merupakan konstruksi ataupun rekayasa sosial. Diantara caranya adalah dengan melakukan konstruksi hukum, yang memberi dasar bagi perempuan dalam melawan hegemoni yang tidak adil dijamin dalam berbagai instrumen hukum, baik dalam instrumen hukum internasional maupun nasional. Di antara cara untuk dapat mewujudkan kesetaraan bagi perempuan dengan meningkatkan jumlah perempuan yang menjadi anggota parlemen, karena pembentukan suatu peraturan perundang-undangan dipengaruhi oleh anggota parlemen itu sendiri. Oleh karena itu, upaya untuk meningkatkan keanggotaan perempuan di parlemen harus terus dilakukan. Karena sampai saat ini jumlah anggota DPR perempuan belum pernah mencapai angka 30%<sup>19</sup>. Untuk itu, perlu dirumuskan mekanisme yang dapat menjamin keterwakilan perempuan di sektor publik semakin meningkat di masa mendatang.

Disamping ketentuan-ketentuan hukum yang telah memberikan perlakuan khusus terhadap perempuan, atau paling tidak telah disusun dengan perspektif kesetaraan gender, tentu masih terdapat peraturan perundang-undangan yang dirasakan bersifat diskriminatif terhadap perempuan, atau paling tidak belum sensitif gender. Apalagi hingga saat ini masih banyak berlaku ketentuan peraturan

<sup>18</sup> Mansour Fakhri, *Analisis Gender & Transformasi Sosial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004, h. 152-153.

<sup>19</sup> Keterwakilan perempuan di DPR hasil Pemilu 1999 hanya 9,2%, pada Pemilu 2004 11,81%, pada Pemilu 2009 18,6% dan pada Pemilu 2014 17,32%, data dari <http://www.selasar.com/politik/keterwakilan-perempuan-di-parlemen-baru>, diakses 4 Mei 2015.

perundang-undangan yang dibuat pada masa pemerintahan kolonial Belanda. KUHP misalnya, ia belum mengenal kekerasan berbasis gender (*gender based violence*). Dapat dilihat dari rumusan pasal-pasal mengenai atau mendefinisikan kekerasan terhadap perempuan; pasal-pasal yang berkaitan dengan kejahatan seksual dikategorikan sebagai kejahatan kesusilaan dan bukan kejahatan atas integritas tubuh perempuan, dll<sup>20</sup>. Peraturan formal meliputi peraturan yang mengatur bagaimana delik tersebut diterapkan melalui proses peradilan, mulai dari pelaporan, penyelidikan, penyidikan, pemeriksaan peradilan, putusan dan eksekusi, sebagaimana tertuang di dalam KUHP, belum memadai mengatur tentang hak perempuan sebagai korban kekerasan dan hak perempuan sebagai “pelaku”.

Selain dari sisi substansi aturan hukum, tantangan yang dihadapi adalah dari struktur penegakan hukum dan budaya hukum. Di bidang struktur penegak hukum, sebagai korban atau saksi, perempuan memerlukan kondisi tertentu untuk dapat memberikan keterangan dengan bebas tanpa tekanan. Untuk itu proses perkara, mulai dari penyelidikan dan penyidikan, penuntutan, hingga persidangan perlu memperhatikan kondisi tertentu yang dialami perempuan<sup>21</sup>. Misalnya saat dilakukan penyidikan, perempuan korban kekerasan tentu membutuhkan ruang tersendiri, apalagi jika kekerasan tersebut adalah kekerasan seksual yang tidak semua perempuan mampu menyampaikannya secara terbuka. Demikian pula terkait dengan persidangan yang membutuhkan jaminan keamanan baik fisik maupun psikis. Apa yang dilakukan oleh Aparat Penegak Hukum menunjukkan bahwa mereka belum mengutamakan kepentingan korban. Sehingga akses keadilan bagi korban terhambat bahkan korban kehilangan hak-haknya untuk mendapatkan perlindungan. Situasi ini merupakan indikasi lemahnya pemahaman institusi penegak hukum terhadap hak-hak korban<sup>22</sup>, terutama korban kekerasan terhadap perempuan.

Budaya hukum melingkupi cara pandang masyarakat terhadap isu kekerasan terhadap perempuan, dimana saat ini sedang dibangun untuk peduli terhadap perempuan. Namun sebagian besar masyarakat masih menenggelamkan kepentingan perempuan korban kekerasan atas kepentingan yang lebih besar, seperti nama baik keluarga dan masyarakat. Bagi kasus kekerasan yang terjadi dalam lingkup rumah tangga, misalnya penganiayaan yang dilakukan suami

<sup>20</sup> Niken Savitri, *Op. Cit.*, h. 104.

<sup>21</sup> *Ibid.*, h. 94-97.

<sup>22</sup> <http://www.kalyanamitra.or.id/2012/01/lemahnya-penegakan-hukum-kasus-kasus-kekerasan-terhadap-perempuan-dan-meningkatnya-kriminalisasi-dan-reviktisasi-perempuan/>, diakses 14 Mei 2015.

terhadap isteri, masyarakat cenderung menganggap masalah tersebut sebagai persoalan pribadi yang tidak dapat dicampuri oleh orang lain, apalagi aparat penegak hukum<sup>23</sup>. Hal tersebut membuat hak-hak korban menjadi terabaikan<sup>24</sup>. Dengan demikian masyarakat pun turut melanggengkan terjadinya kejahatan itu sendiri. Hal ini sangat dipengaruhi oleh cara pandang yang bias gender dan patriarkhis. Masyarakat tidak mempunyai akses informasi terhadap proses persidangan. Masyarakat tidak mengetahui apa yang sesungguhnya telah dilaksanakan oleh penegak hukum, dan bagaimana proses penegakan hukum dilakukan. Masyarakat hanya mengetahui hasil dari proses penegakan hukum yang ada yang seringkali tidak adil terhadap perempuan. Pengetahuan masyarakat sebetulnya sangat penting dalam konteks untuk memberi masukan dalam proses penegakan keadilan terhadap korban.

Hal itu menunjukkan bahwa adanya peraturan perundang-undangan yang menjamin pelaksanaan hak konstitusional perempuan tidak cukup untuk memastikan tegaknya hak konstitusional tersebut. Peraturan perundang-undangan harus diikuti dengan adanya penegakan hukum yang sensitif gender serta yang tidak kalah pentingnya adalah perubahan budaya yang cenderung diskriminatif terhadap perempuan. Untuk mengubah nilai budaya tertentu bukanlah hal yang mudah, bahkan tidak dapat dilakukan dengan paksaan hukum. Cara yang lebih tepat adalah dengan merevitalisasi nilai budaya setempat merefleksikan pengakuan terhadap hak-hak perempuan sehingga dapat dengan mudah diterima oleh masyarakat.

### III. KESIMPULAN

Antara tahun 1998-2008 banyak keluar peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan hak asasi manusia. Dapat dikatakan sepuluh tahun ini merupakan periode paling progresif dalam perlindungan hak asasi manusia. Tidak ketinggalan juga di dalamnya adalah pengaturan perlindungan hak asasi perempuan. Dalam berbagai peraturan perundangan-undangan yang keluar pada tahun tersebut masalah hak perempuan mendapat perhatian serius dari pemerintah. Terlihat dari adanya upaya pemerintah untuk menghilangkan diskriminasi berdasarkan

<sup>23</sup> Zulfatun Ni'mah, Efektivitas Penegakan Hukum dalam Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga, *Mimbar Hukum*, Volume 24, Nomor 1, Februari 2012, h. 64.

<sup>24</sup> Hamidah Abdurachman, Perlindungan Hukum terhadap Korban Kekerasan dalam Rumah Tangga dalam Putusan Pengadilan Negeri sebagai Implementasi Hak-hak Korban, *Jurnal Hukum*, Vol. 17, No. 3, Juli 2010, h. 177.

jenis kelamin yang dicantumkan dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Disamping ketentuan-ketentuan hukum yang telah memberikan perlakuan khusus terhadap perempuan, atau paling tidak telah disusun dengan perspektif kesetaraan gender, masih terdapat peraturan perundang-undangan yang dirasakan bersifat diskriminatif terhadap perempuan.

## DAFTAR PUSTAKA

- Ani Widyani Soetjipto, 2005, *Politik Perempuan Bukan Gerhana*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas.
- Emilda Firdaus, 2008, "Bentuk Kekerasan terhadap Perempuan dalam Perspektif Hak Asasi Manusia", *Jurnal Konstitusi*, Kerjasama MKRI dengan Fakultas Hukum Universitas Riau, Vol. 1, No. 1.
- Hamidah Abdurachman, 2010, "Perlindungan Hukum terhadap Korban Kekerasan dalam Rumah Tangga dalam Putusan Pengadilan Negeri sebagai Implementasi Hak-hak Korban", *Jurnal Hukum*, Vol. 17, No. 3.
- Koalisi Perempuan Indonesia, 2002, *Tindakan Khusus Sementara : Menjamin Keterwakilan Perempuan*, Pokja Advokasi Kebijakan Publik Sekretariat Nasional Koalisi Perempuan Indonesia.
- Komnas Perempuan, 2002, *Peta Kekerasan: Pengalaman Perempuan Indonesia*, SGIFF-CIDA-The Asia Foundation, Jakarta.
- Mansour Fakih, 2004, *Analisis Gender & Transformasi Sosial*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Moempoeni Martojo, 1999, *Prinsip Persamaan di Hadapan hukum bagi Wanita dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Disertasi, Semarang: Universitas Diponegoro (UNDIP).
- Nalom Kurniawan, 2011, "Hak Asasi Perempuan dalam Perspektif Hukum dan Agama", *Jurnal Konstitusi*, Vol. IV, No. 1.
- Niken Savitri, 2008, *Kajian Teori hukum Feminis Terhadap Pengaturan Tindak Pidana Kekerasan terhadap Perempuan dalam KUHP*, Disertasi, Bandung: Universitas Katolik Parahyangan.

Scott Davidson, 2002, *Hak Asasi Manusia*, Grafiti, Jakarta, 1994. Geoffrey Robertson QS, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan, Perjuangan Untuk Mewujudkan Keadilan Global*, Komnas HAM, Jakarta.

Shidarta, 2008, *Konsep Diskriminasi Dalam Perspektif Filsafat Hukum*, (Dalam "Butir-butir Pemikiran Dalam Hukum" memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta,SH), Bandung: Refika Aditama.

Tri Lisiani Prihatinah, 2010, "Perspektif Jender terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Dihapuskannya Kebijakan Afirmatif Perempuan di Parlemen pada Pemilu Tahun 2009", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 10, No. 2.

Zaitunah Subhan, 2004, *Kekerasan terhadap Perempuan*, Yogyakarta: PT LKiS Pelangi Aksara.

Zulfatun Ni'mah, 2012, "Efektivitas Penegakan Hukum dalam Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga", *Mimbar Hukum*, Volume 24, Nomor 1.

<http://www.beritaindonesia.co.id/humaniora/kasus-perdagangan-orang-di-indonesia-tertinggi-di-dunia/>, diakses 11 September 2011.

<http://www.selasar.com/politik/keterwakilan-perempuan-di-parlemen-baru>, diakses 4 Mei 2015.

<http://www.kalyanamitra.or.id/2012/01/lemahnya-penegakan-hukum-kasus-kasus-kekerasan-terhadap-perempuan-dan-meningkatnya-kriminalisasi-dan-reviktimisasi-perempuan/>, diakses 14 Mei 2015.

**Ketidakpastian Hukum  
Kewenangan Lembaga Pembentuk  
Undang-Undang Akibat Pengabaian  
Putusan Mahkamah Konstitusi**

***Legal Uncertainty of the Authority of  
Law-Making Institution as the Result  
of Denial of Constitutional Court  
Decision***

**Aan Eko Widiarto**

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya - Malang  
Jl. Veteran, Kota Malang, Jawa Timur 65145  
Email: eko.widiarto@gmail.com

Naskah diterima: 29/04/2015 revisi: 26/05/2015 disetujui: 10/11/2015

**Abstrak**

DPR dan Presiden telah membentuk Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) yang materi muatannya menormakan kembali ketentuan-ketentuan yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat menurut Putusan Mahkamah Konstitusi No. 92/PUU-X/2012. Akibatnya terjadi dualisme norma. Norma pertama adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang sudah diputuskan dalam putusan MK No. 92/PUU-X/2012. Norma kedua adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang ditentukan dalam UU MD3. Kedua norma tersebut bertentangan sehingga dalam implementasinya (*rechtstoepassing*) DPR, DPD, dan Presiden dihadapkan pada dua pilihan ketentuan pembentukan undang-undang. Kewenangan DPD dalam mengajukan dan membahas rancangan undang-undang menjadi kabur. Demikian pula bagi DPR dan Presiden juga tidak ada kepastian hubungan wewenang

dengan DPD dalam proses pengajuan dan pembahasan rancangan undang-undang. Seharusnya pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden) memegang teguh asas *self respect* atau *self obidence* yakni aparaturnya pemerintah harus menghormati putusan-putusan pengadilan.

**Kata Kunci:** Ketidakpastian Hukum, Lembaga Pembentuk Undang-Undang, Mahkamah Konstitusi

### **Abstract**

*The Indonesian House of Representatives and the President has established the Act Num. 17 Year 2014 on MPR, DPR, DPD, and the DPRD (Act MD3). The Act consists provisions that have been declared incompatible with the Constitution 1945 and does not have binding legal force by the Constitutional Court Decision Num. 92/PUU-X/2012. The result is a duality norm. The first norm is the norm authorizes the establishment of laws that have already been decided in the judgment of the Constitutional Court No. 92/PUU-X/2012. The second norm is the new norm about authority of making laws specified in the Act MD3. Both of norms are contrary, so in the implementation (*rechtstoepassing*), House of Representatives, and the President is faced with two choices provisions of legislation. DPD authority in making the draft law becomes blurred. Similarly for the House of Representatives and the President also no certainty authority in relationship with DPD in the act making process. Should the House of Representatives and the President uphold the principle of self respect or self obidence (the government should respect the decisions of the judiciary).*

**Keywords:** *Legal Uncertainty, Act Maker Bodies, The Constitutional Court*

## **I. PENDAHULUAN**

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU 27/2009), yang dibentuk pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No. 92/PUU-X/2012. Mahkamah Konstitusi (MK) dalam putusan tersebut telah menyatakan bahwa seluruh ketentuan UU 27/2009 dan UU 12/2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang telah mereduksi atau mengurangi kewenangan DPD yang ditentukan oleh UUD 1945 atau telah mengurangi fungsi, tugas, dan kewenangan DPD sebagaimana yang dikehendaki oleh konstitusi dan sebagaimana

dimaksudkan pada saat DPD dibentuk dan diadakan dalam konstitusi haruslah dinyatakan inkonstitusional dan diposisikan sebagaimana mestinya sesuai dengan UUD 1945. Lagi pula, sebuah lembaga negara yang cukup besar seperti DPD dengan anggaran biaya negara yang cukup besar adalah sangat tidak seimbang dengan kewenangan yang diberikan menurut UU 27/2009 dan UU 12/2011<sup>1</sup>. Dengan anggota yang dipilih secara langsung oleh rakyat di masing-masing provinsi, tetapi tanpa kewenangan yang memadai sebagaimana diatur dalam UU 27/2009 dan UU 12/2011 dapat mengecewakan para pemilih di masing-masing daerah yang bersangkutan. Oleh karena itu, seluruh ketentuan yang mereduksi atau mengurangi kewenangan DPD dalam kedua UU MD3, baik yang dimohonkan atau yang tidak dimohonkan oleh DPD, tetapi berkaitan dengan kewenangan DPD harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 atau dinyatakan bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945 apabila tidak sesuai dengan pemahaman atau penafsiran yang diberikan oleh MK. Terhadap Penjelasan Umum dan penjelasan pasal demi pasal UU 27/2009 dan UU 12/2011 yang terkait dengan kewenangan konstitusional DPD, harus pula dianggap menyesuaikan dengan pemahaman atau penafsiran yang diberikan oleh MK. Sebagai penafsir konstitusi, Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 telah mengembalikan makna hakiki fungsi legislasi dalam UUD 1945.<sup>2</sup>

Namun demikian undang-undang pengganti UU 27/2009 yakni UU MD3 tetap saja memuat ketentuan pasal-pasal yang mereduksi, menegaskan, bahkan mengikis kewenangan konstitusional sebagaimana telah ditegaskan oleh MK. Bahkan di dalam proses pembentukan UU MD3 telah terjadi cacat prosedural. Pembentuk UU MD3 tidak menghargai dan menghormati putusan MK No. 92/PUU-X/2012. Artinya MK yang diberi mandat UUD 1945 sebagai lembaga penafsir konstitusi (*interpreter of constitution*) dan penjaga konstitusi (*guardian of constitution*), hakekat putusannya adalah berisi jiwa konstitusi (*the soul of constitution*) dan memuat temuan teori hukum konstitusi (*constitutions jurisprudence*). Tidak menghormati, mematuhi, dan melaksanakan putusan MK menunjukkan pembangkangan putusan lembaga negara yang telah ditunjuk oleh konstitusi untuk mengawal kemurnian pelaksanaan konstitusi, yakni MK, dan terhadap konstitusi itu sendiri. Ronald Dworkin mengatakan bahwa tidak layak parlemen

<sup>1</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 92/PUU-X/2012, diucapkan tanggal 27 Maret 2013, h.250

<sup>2</sup> Saldi Isra, "Pengujian UU No 17/2014 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD", Naskah disampaikan sebagai ahli dalam persidangan Mahkamah Konstitusi tanggal 13 Oktober 2014, h.2

menolak keadilan hanya karena tidak setuju dengan bagian-bagian tertentu dari konstitusi. Selengkapnya pendapat tersebut dikutip sebagai berikut:

*"It would be improper for senators to reject a prospective justice just because they disagreed with his or her detailed views about constitutional issues<sup>3</sup>."*

Permasalahan hukum yang timbul adalah terjadinya ketidakpastian hukum (*legal uncertainty/onrechtszekerheids*) kewenangan lembaga pembentuk undang-undang akibat pengabaian putusan MK. Lembaga pembentuk undang-undang berdasarkan Pasal 5 ayat (1), Pasal 20, dan Pasal 22D ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 adalah DPR, Presiden, dan DPD untuk rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah; hubungan pusat dan daerah; pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah. Pengabaian Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 yang menyatakan bahwa seluruh ketentuan UU 27/2009 dan UU 12/2011 yang telah mereduksi atau mengurangi fungsi, tugas, dan kewenangan DPD bertentangan dengan UUD 1945 mengakibatkan posisi DPD dalam pembentukan undang-undang tidak pasti. Demikian pula untuk kewenangan DPR dan Presiden dalam pembahasan rancangan undang-undang yang berkenaan dengan wewenang DPD.

## II. PEMBAHASAN

### A. Implikasi Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 terhadap Kewenangan Lembaga Pembentuk Undang-Undang

Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 berimplikasi pada penafsiran Pasal 22D ayat (1) dan ayat (2) dalam hubungannya dengan Pasal 20 dan Pasal 5 ayat (1) UUD 1945. MK telah menyatakan konstitusional kewenangan DPD dalam:

- a. mengajukan RUU;
- b. ikut membahas RUU;
- c. persetujuan RUU;
- d. penyusunan Prolegnas; dan
- e. pertimbangan terhadap RUU.

Selain kelima hal tersebut di atas MK juga menyatakan bahwa DPD berwenang dalam pengajuan dan pembahasan RUU tentang Pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang dan Penjelasan Umum dan penjelasan pasal demi pasal

<sup>3</sup> Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, h. 265

UU 27/2009 dan UU 12/2011 yang terkait dengan kewenangan konstitusional DPD, harus pula dianggap menyesuaikan dengan pemahaman atau penafsiran yang diberikan oleh MK. Lebih lanjut MK juga memutuskan bahwa seluruh ketentuan UU 27/2009 dan UU 12/2011 yang telah mereduksi atau mengurangi kewenangan DPD yang ditentukan oleh UUD 1945 atau telah mengurangi fungsi, tugas, dan kewenangan DPD sebagaimana yang dikehendaki oleh konstitusi dan sebagaimana dimaksudkan pada saat DPD dibentuk dan diadakan dalam konstitusi haruslah dinyatakan inkonstitusional dan diposisikan sebagaimana mestinya sesuai dengan UUD 1945. Oleh karena itu, seluruh ketentuan yang mereduksi atau mengurangi kewenangan DPD dalam kedua Undang-Undang MD3 dan P3, baik yang dimohonkan atau yang tidak dimohonkan oleh DPD, tetapi berkaitan dengan kewenangan DPD harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 atau dinyatakan bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945 apabila tidak sesuai dengan pemahaman atau penafsiran yang diberikan oleh MK.<sup>4</sup>

### **1. Mengenai Kewenangan DPD Mengajukan RUU**

Berdasarkan Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 DPD mempunyai posisi dan kedudukan yang sama dengan DPR dan Presiden dalam hal mengajukan RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah. MK menilai, menempatkan RUU dari DPD sebagai RUU usul DPD, kemudian dibahas oleh Badan Legislasi DPR, dan menjadi RUU dari DPR adalah ketentuan yang mereduksi kewenangan DPD untuk mengajukan RUU yang telah ditentukan dalam Pasal 22D ayat (1) UUD 1945.

### **2. Mengenai Kewenangan DPD Ikut Membahas RUU**

Menurut Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 Pembahasan RUU harus melibatkan DPD sejak memulai pembahasan pada Tingkat I oleh komisi atau panitia khusus DPR, yaitu sejak menyampaikan pengantar musyawarah, mengajukan, dan membahas Daftar Inventaris Masalah (DIM) serta menyampaikan pendapat mini sebagai tahap akhir dalam pembahasan di Tingkat I. Kemudian DPD menyampaikan pendapat pada pembahasan Tingkat II dalam rapat paripurna DPR sampai dengan sebelum tahap persetujuan.

<sup>4</sup> Mahkamah Konstitusi, *op cit*, h. 250

Pembahasan RUU dari DPD harus diperlakukan sama dengan RUU dari Presiden dan DPR. Terhadap RUU dari Presiden, Presiden diberikan kesempatan memberikan penjelasan, sedangkan DPR dan DPD memberikan pandangan. Begitu pula terhadap RUU dari DPR, DPR diberikan kesempatan memberikan penjelasan, sedangkan Presiden dan DPD memberikan pandangan. Hal yang sama juga diperlakukan terhadap RUU dari DPD, yaitu DPD diberikan kesempatan memberikan penjelasan, sedangkan DPR dan Presiden memberikan pandangan. Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) diajukan oleh masing-masing lembaga negara, dalam hal ini bagi DPR seharusnya DIM diajukan oleh DPR, bukan DIM diajukan oleh fraksi. DPR dalam pembahasan DIM hanya diwakili oleh Alat Kelengkapan DPR sebagai satu kesatuan kelembagaan.

### 3. Mengenai Kewenangan DPD Ikut Menyetujui RUU

MK dalam putusan No. 92/PUU-X/2012 memutuskan bahwa DPD hanya berwenang ikut membahas RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah dan tidak ikut serta pada pemberian persetujuan akhir yang lazimnya dilakukan pada rapat paripurna DPR pembahasan Tingkat II. Artinya, DPD dapat saja ikut membahas dan memberi pendapat pada saat rapat paripurna DPR yang membahas RUU pada Tingkat II, tetapi tidak memiliki hak memberi persetujuan terhadap RUU yang bersangkutan. Persetujuan terhadap RUU untuk menjadi Undang-Undang, terkait dengan ketentuan Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 yang menegaskan bahwa hanya DPR dan Presidenlah yang memiliki hak memberi persetujuan atas semua RUU. Kewenangan DPD yang demikian, sejalan dengan kehendak awal (*original intent*) pada saat pembahasan pembentukan DPD pada Perubahan Ketiga UUD 1945 yang berlangsung sejak tahun 2000 sampai tahun 2001. Dengan demikian DPD tidak ikut memberi persetujuan terhadap RUU untuk menjadi Undang-Undang.

### 4. Mengenai Keterlibatan DPD dalam Penyusunan Prolegnas

Menurut Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 keikutsertaan dan keterlibatan DPD dalam penyusunan Prolegnas merupakan konsekuensi dari norma Pasal 22D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, "Dewan Perwakilan Daerah dapat

mengajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah.” Penyusunan Prolegnas sebagai instrumen perencanaan program pembentukan Undang-Undang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari hak dan/atau kewenangan untuk mengajukan RUU yang dimiliki DPD. Norma Undang-Undang yang tidak melibatkan DPD dalam penyusunan Prolegnas adalah mereduksi kewenangan DPD yang ditentukan oleh UUD 1945.

#### **5. Mengenai Kewenangan DPD Memberikan Pertimbangan Terhadap RUU**

Berdasarkan MK No. 92/PUU-X/2012 DPD memberikan pertimbangan atas RUU APBN dan RUU yang berkaitan dengan pajak, pendidikan, dan agama tanpa ikut serta dalam pembahasan RUU tersebut. DPR dan Presiden berwenang untuk menyetujui atau tidak menyetujui pertimbangan DPD sebagian atau seluruhnya. UUD 1945 hanya mewajibkan DPR dan Presiden untuk meminta pertimbangan DPD.

#### **B. Pengabaian Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 dan UUD 1945**

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) lahir dalam situasi perubahan konstelasi politik pasca Pemilu tahun 2014. Akibatnya warna kepentingan politik partai-partai berikut faksi-faksinya yang berada di DPR terfragmentasi dalam koalisi calon presiden yang diusung. UU MD3 dalam situasi politik yang demikian tersebut dinilai mempunyai peran vital memuluskan kepentingan politik faksi mayoritas di DPR. Secara tergesa-gesa UU 27/2009 diganti dengan UU MD3. Ketergesaan tersebut dapat dilihat dari banyaknya masalah formil prosedural pembentukan UU MD3.

Berdasarkan Pasal 22D ayat (1) dan ayat (2) dan sebagaimana dikuatkan MK dalam putusannya Nomor 92/PUU-X/2012, DPD mempunyai kewenangan konstitusional untuk mengajukan RUU dan ikut membahas RUU. Namun dalam pembahasan UU MD3 DPD tidak diikutsertakan oleh DPR dan Presiden. DPD seharusnya ikut serta membahas UU MD3 karena sebagian materi muatan UU MD3

adalah mengatur kelembagaan otonomi daerah khususnya tentang DPRD. DPRD merupakan salah satu kelembagaan untuk melaksanakan otonomi daerah. DPD berdasarkan Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 mempunyai wewenang konstitusional untuk ikut membahas RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah sebagaimana juga telah diputus MK No. 92/PUU-X/2012.

Problematika formil prosedural lainnya adalah tidak dipenuhinya proses pembentukan undang-undang sebagaimana ditentukan Pasal 22 A UUD 1945. Berdasarkan dokumen pembahasan RUU MD3 yang diserahkan resmi oleh Sekretariat Jenderal DPR RI melalui Nota Dinas Nomor 167/PS.14/9/2014 tanggal 16 September 2014 Perihal penyampaian permintaan Dokumentasi Proses Pembahasan UU No. 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD, ternyata Naskah Akademik UUMD 3 masih berupa Naskah Akademik RUU tentang Perubahan atas UU 27 Tahun 2009 tentang MD3, bukan Naskah Akademik RUU tentang MD3. Implikasi hukumnya:

- a. NA dan RUU tidak sesuai dan tidak memenuhi perintah Pasal 43 ayat (3) UU 12/2011, yakni: RUU yang berasal dari DPR, Presiden, dan DPD harus disertai NA;
- b. Materi muatan tentang DPD tidak masuk di dalam NA RUU tentang Perubahan atas UU 27 Tahun 2009 tentang MD3, padahal dalam UU MD3 (UU 17/2014) DPD menjadi salah satu materi muatannya. Akibatnya, terjadi “pengelabuhan” dan pengaturan DPD dalam UU MD3 menjadi tidak ada landasan filosofis, yuridis, dan sosiologis.

Problem runtutan tidak sesuainya NA dengan RUU yang dibahas yakni DIM yang ada tidak sesuai dengan UU yang dibahas. UU yang dibahas adalah RUU MD3 sedangkan DIMnya adalah atas RUU Perubahan UU 27 Tahun 2009. Seharusnya berdasarkan Pasal 68 ayat (3) UU 12/2011 dan putusan MK No. 92/PUU-X/2012 karena RUU ini berasal dari DPR maka DIM berasal dari Presiden dan DPD.

Problematika formil prosedural pembentukan UU MD3 berimbas pada materi muatan UU MD3 yang mengabaikan Putusan MK No. 92/PUU-X/2012. Bentuk-bentuk pengabaian tersebut antara lain terkait:

- a. Kewenangan Konstitusional DPD untuk Mengajukan Rancangan Undang-Undang

Pasal 166 ayat (2) dan Pasal 167 ayat (2) UU MD3 telah menempatkan DPD tidak setara dengan DPR dalam Penyampaian RUU. Ketentuan tersebut

mengakibatkan pemasangan konstitusional terhadap DPD karena RUU yang diajukan DPD “difilter” oleh pimpinan DPR untuk disampaikan kepada Presiden mengingat tidak ada norma yang memerintahkan DPD untuk juga menyampaikan rancangan undang-undang beserta naskah akademik kepada Presiden. Pasal 276 ayat (1) UU MD3 telah membatasi Kewenangan DPD dalam Mengajukan RUU. Ketentuan-ketentuan tersebut mengabaikan Pasal 22D ayat (1) UUD 1945 karena berdasarkan tafsir MK melalui Putusan MK Nomor 92/PUU-X/2012 diputuskan bahwa DPD dapat mengajukan RUU berdasarkan pada daftar kumulatif terbuka. Pasal 277 ayat (1) UU MD3 telah menempatkan DPD tidak setara dengan DPR dalam penyampaian RUU padahal MK telah mendudukan kedudukan DPR dan Presiden dalam menerima RUU dari DPD adalah setara. DPD oleh UU MD3 hanya ditentukan menerima surat yang bersifat tembusan.

b. Kewenangan Konstitusional DPD untuk ikut Membahas Rancangan Undang-Undang

Pasal 165 dan Pasal 166 UU MD3 telah mereduksi kewenangan legislasi DPD dalam pembahasan RUU bersama DPR dan Presiden. Sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 22D Ayat (2) UUD 1945, DPD ikut membahas RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah. Pasal 165 dan Pasal 166 hanya mengatur penyampaian RUU untuk dibahas yang diajukan oleh Presiden dan DPD saja terkait RUU berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah. Sedangkan RUU yang berasal dari DPR terkait dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah, tidak diatur untuk disampaikan kepada DPD.

Pasal 71 huruf c MD3 mengabaikan Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 karena tidak ada tugas membahas RUU dari DPD. Pasal 71 huruf c juga mengabaikan Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 karena hanya menunjuk rancangan Undang-undang dari Presiden atau DPR. Sementara di dalam Pasal 22D ayat (1)

UUD 1945 Rancangan Undang-undang juga dapat berasal dari DPD. Pasal 170 ayat (5) UU MD3 mengabaikan Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 karena mendelegitimasi kewenangan konstitusional DPD dalam pembahasan RUU. Ketentuan tersebut mengurangi kewenangan konstitusional DPD dalam pembahasan RUU karena bersifat *underestimate* (memandang rendah) keberadaan DPD. Di dalam Putusan MK Nomor 92/PUU-X/2012 sebenarnya ketentuan pasal 170 ayat (5) sudah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 yang berbunyi:

*Pasal 150 ayat (5) UU 27/2009, serta Pasal 68 ayat (5) UU 12/2011 telah mereduksi kewenangan DPD dengan mengatur bahwa pembahasan RUU tetap dilaksanakan meski tanpa keterlibatan DPD.*

Pasal 171 ayat (1) mengabaikan Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 karena DPD hanya diberikan kesempatan menyampaikan pendapat sebelum diambil persetujuan RUU. Pernyataan DPD tentang RUU yang mau disetujui harus dimasukkan dalam Pembicaraan Tingkat II, karena walaupun keikutsertaan DPD dalam membahas tidak sampai pada persetujuan, namun secara konstitusional seharusnya sikap DPD atas RUU yang dibahas apakah menyetujui atau menolak harus menjadi pertimbangan dari DPR dan Pemerintah.

Pasal 249 huruf b UU MD3 mengabaikan Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 karena mengaburkan pihak-pihak yang berwenang dalam pembahasan RUU. Ketentuan ini mengaburkan pihak yang menjadi subjek pembahasan RUU. Pengaburan tersebut dilakukan secara sengaja dengan menghapus ketentuan yang secara nyata-nyata memberi wewenang pada DPD untuk ikut membahas RUU yakni Pasal 224 (1) huruf b dan c UU 27/2009.

c. Kewenangan Konstitusional DPD sebagai Lembaga Perwakilan Daerah

Pasal 72 UU MD3 mengabaikan BAB VIIA DEWAN PERWAKILAN DAERAH Pasal 22C dan Pasal 23F UUD 1945 karena mengabaikan hasil pengawasan dan pertimbangan DPD. Ketentuan tersebut belum memasukkan tugas DPR untuk membahas dan menindaklanjuti hasil pengawasan yang dilakukan oleh DPD atas pelaksanaan undang-undang harus dituangkan di dalam tugas DPR sebagai manifestasi penghormatan terhadap prinsip *check and balance*.

Pasal 174 ayat (1) dan ayat (4) mengabaikan BAB VIIA DEWAN PERWAKILAN DAERAH Pasal 22C dan Pasal 22D UUD 1945 karena Mengelabui Kewenangan dan Tugas DPD. Pertimbangan DPD tidak cukup dengan

tertulis melainkan harus disampaikan dalam tahap pembahasan antara DPR dan Presiden, walaupun DPD tidak ikut dalam persetujuan. Jika hanya menentukan secara tertulis maka hal ini jelas mempersempit pelaksanaan kewenangan DPD sebagaimana telah ditentukan dalam Pasal 22D ayat (2) UUD 1945. Kewenangan “memberikan pertimbangan” yang diberikan secara konstitusional oleh UUD 1945 seharusnya secara optimal diimplementasikan dalam tataran praksis atau lewat UU pelaksanaan. Penegasan secara tertulis hanya bermakna performa belaka.

Pasal 174 ayat (5) BAB VIIA DEWAN PERWAKILAN DAERAH Pasal 22C dan Pasal 22D UUD 1945 karena mensubordisasi DPD hanya sejajar alat kelengkapan DPR. Ditentukan di dalam Pasal 174 ayat (5) bahwa:

*(5) Pada rapat paripurna DPR berikutnya, pimpinan DPR memberitahukan kepada anggota DPR perihal diterimanya pertimbangan DPD atas rancangan undang-undang sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dan meneruskannya kepada Badan Musyawarah untuk diteruskan kepada alat kelengkapan DPR yang akan mem bahas nya.*

Ketentuan tersebut menunjukkan bahwa DPD masih tetap dianggap subordinasi dari DPR, karena pertimbangan yang diberikan oleh DPD tidak dalam forum tripartit kelembagaan antara DPR, DPD, dan Presiden, melainkan di dalam forum DPR melalui alat kelengkapan DPR. Seharusnya implikasi Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 menuntut adanya proses yang berbeda, karena akan muncul posisi 3 (tiga) lembaga negara dalam pembentukan UU atau disebut “*a triparty system in the law making process*”.<sup>5</sup>

Pasal 224 ayat (5) dan 245 ayat (1) UU MD3 mengabaikan BAB VIIA DEWAN PERWAKILAN DAERAH Pasal 22C dan Pasal 22D UUD 1945 karena diskriminatif. Dengan adanya persetujuan tertulis dari MK Kehormatan Dewan dalam hal pemanggilan dan permintaan keterangan untuk penyidikan terhadap anggota DPR yang diduga melakukan tindak pidana sedangkan bagi anggota DPD yang berdasarkan Pasal 289 ayat (1) UU 27/2009 harus mendapat persetujuan dari Presiden, dihapus, maka terjadi perlakuan yang diskriminatif antar lembaga perwakilan. Demikian pula ketika anggota DPD menjadi anggota MPR, dengan dihapuskannya ketentuan Pasal 66 UU 27/2009 berpengaruh

<sup>5</sup> Enny Nurbaringsih, “Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomo 92/PUU-X/2012 dan Alternatif Model Hubungan Kelembagaan terkait Pembentukan Undang-Undang”, *Mimbar Hukum*, Volume 27, Nomor 1, Februari 2015, h.3

ke penyidikan terhadap Anggota MPR yang berasal dari DPD. Pengaruhnya adalah pemanggilan dan permintaan keterangan untuk penyidikan terhadap anggota MPR yang berasal dari DPD yang disangka melakukan tindak pidana tanpa melalui persetujuan tertulis dari Presiden. Sedangkan pemanggilan dan permintaan keterangan untuk penyidikan terhadap anggota MPR yang berasal dari DPR yang disangka melakukan tindak pidana dilakukan dengan persetujuan tertulis dari MK Kehormatan DPR.

Pasal 250 ayat (1) mengabaikan BAB VIIA DEWAN PERWAKILAN DAERAH Pasal 22C dan Pasal 22D UUD 1945 karena diskriminatif. Pasal 250 ayat (1), berbunyi:

- (1) *Dalam melaksanakan wewenang dan tugas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 249, DPD menyusun anggaran yang dituangkan dalam program dan kegiatan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.*

Berbeda dengan ketentuan tersebut di dalam Pasal 6 ayat (1) UU MD3, MPR memiliki kemandirian dalam menyusun anggaran dan menurut Pasal 75 ayat (1) DPR memiliki kemandirian dalam menyusun anggaran. Sedangkan Pasal 250 ayat (1) yang mengatur DPD tidak ada pengaturan kemandirian DPD dalam menyusun anggaran. Dengan demikian diskriminatif.

Pasal 281 UU MD3 mengabaikan BAB VIIA DEWAN PERWAKILAN DAERAH Pasal 22C dan Pasal 22D UUD 1945. Ketentuan ini mengabaikan kewenangan konstitusional dalam memberikan pertimbangan RUU sebagaimana dimaksud Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 karena pertimbangannya disampaikan kepada pimpinan DPR, bukan disampaikan kepada DPR. Pentingnya penyampaian kepada DPR, bukan kepada Pimpinan DPR karena DPD mengajukannya tidak ditentukan oleh UU *a quo* oleh Pimpinan DPD. Dengan demikian timbul kesetaraan hubungan antar lembaga perwakilan.

Pasal 305 UU MD3 mengabaikan BAB VIIA DEWAN PERWAKILAN DAERAH Pasal 22C dan Pasal 22D UUD 1945. Pasal 305 UU MD3 berbunyi:

- Setiap orang, kelompok, atau organisasi dapat mengajukan pengaduan kepada Badan Kehormatan DPD dalam hal memiliki bukti yang cukup bahwa terdapat anggota DPD yang tidak melaksanakan salah satu kewajiban atau lebih sebagaimana dimaksud dalam Pasal 262 dan/*

*atau melanggar ketentuan larangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 302.*

Ketentuan tersebut bersifat diskriminatif karena hanya ditujukan kepada anggota DPD. Ketentuan serupa bagi anggota DPR sebagaimana termuat dalam Pasal 211 UU 27/2009 telah dihapus (tidak tercantum lagi dalam UU MD3).

Pasal 307 ayat (2) huruf d UU MD3 mengabaikan BAB VIIA DEWAN PERWAKILAN DAERAH Pasal 22C dan Pasal 22D UUD 1945. Ketentuan sanksi tidak menghadiri sidang paripurna dan/atau rapat alat kelengkapan DPD yang menjadi tugas dan kewajibannya sebanyak 6 (enam) kali berturut-turut tanpa alasan yang sah maka di berhentikan antar waktu bersifat diskriminatif karena hanya ditujukan kepada anggota DPD. Ketentuan serupa bagi anggota DPR sebagaimana termuat dalam Pasal 213 ayat (2) huruf d UU 27/2009 telah dihapus.

Atas berbagai pengabaian oleh pembentuk Undang-Undang MD3 atas putusan MK Konstitusi terdahulu khususnya Putusan No. 92/PUU-X/2012, tidak hanya dapat dianggap sebagai kelalaian konstitusional saja tapi mungkin jadi sebagai kesengajaan yang dikonfirmasi (*conditional confirmed*). Patut dipertimbangkan atas setiap kesengajaan yang dikonfirmasi dengan melakukan pengabaian atau ketidakpatuhan putusan MK Konstitusi oleh pejabat publik negara diumumkan diberita negara sehingga setiap orang akan mengetahuinya. Sebagai pejabat publik negara yang tidak taat terhadap hukum dan konstitusi kemudian dijatuhi sanksi karena melanggar sumpah janji jabatannya.

Putusan-putusan MK yang merupakan bagian proses dan mekanisme *checks and balances* dalam bidang legislasi, yang menurut konstitusi merupakan putusan yang *final and binding*, dan dengan demikian mengikat lembaga Negara dan harus diimplementasikan, dengan sengaja tidak dipatuhi, merupakan perlawanan balik (*strike back*), dengan cara yang amat kasar, yaitu mengundang kembali norma-norma yang telah ditegaskan MK bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Hal demikian merupakan pelanggaran konstitusi yang dilakukan secara terang-terangan, dan pelanggaran sumpah jabatan dan juga merupakan *contempt of court*.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Maruarar Siahaan, "Undang-Undang MD3 Pelanggaran Sumpah Jabatan, Krisis Konstitusi atau *Contempt Of Court*?", Naskah Keterangan Keahlian dalam Persidangan Mahkamah Konstitusi tanggal Senin, 13 Oktober 2014, h. 14

### C. Ketidakpastian Hukum Kewenangan Lembaga Pembentuk Undang-Undang Akibat Pengabaian Putusan MK

Ketidakpastian hukum kewenangan lembaga pembentuk undang-undang timbul akibat tafsir konstitusional yang telah diberikan MK melalui putusan No. 92/PUU-X/2012 terhadap ketentuan UU 27/2009 dan UU 12/2011 diabaikan melalui pembentukan UU MD3. UU MD3 menormakan kembali ketentuan-ketentuan yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Akibatnya terjadi dualisme norma. Norma pertama adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang sudah diputuskan dalam putusan MK No. 92/PUU-X/2012. Norma kedua adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang ditentukan dalam UU MD3. Kedua norma tersebut bertentangan sehingga dalam implementasinya DPR, DPD, dan Presiden dihadapkan pada dua pilihan ketentuan pembentukan undang-undang. Bentuk-bentuk pilihan ketentuan tersebut dapat dilihat dalam tabel berikut:

**Tabel Perbandingan Pengaturan Kewenangan Lembaga Pembentuk Undang-Undang berdasarkan putusan MK No. 92/PUU-X/2012 dengan UU MD3**

No	Putusan MK No. 92/PUU-X/2012	UU MD3
1.	DPD menyampaikan rancangan undang-undang beserta naskah akademik kepada Presiden dan DPR.	Tidak ada norma yang memerintahkan DPD untuk juga menyampaikan rancangan undang-undang beserta naskah akademik kepada Presiden.
2.	DPD dapat mengajukan RUU berdasarkan pada daftar kumulatif terbuka.	Tidak ada norma yang menentukan DPD dapat mengajukan RUU berdasarkan pada daftar kumulatif terbuka
3.	Kedudukan DPR dan Presiden dalam menerima RUU dari DPD adalah setara, yakni sama menerima surat DPD dan tidak bersifat tembusan.	DPD oleh UU MD3 hanya ditentukan menyampaian surat penyampaian RUU kepada Presiden bersifat tembusan.
4.	DPD ikut membahas bersama DPD dan Presiden atas RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah.	Pasal 165 dan Pasal 166 UU MD 3 hanya mengatur penyampaian RUU untuk dibahas yang diajukan oleh Presiden dan DPD saja terkait RUU berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber

		daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah. Sedangkan RUU yang berasal dari DPR terkait dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah, tidak diatur untuk disampaikan kepada DPD.
5.	DPR dan Presiden membahas RUU dari DPD.	Menurut Pasal 71 huruf c MD3 tidak ada tugas DPR membahas RUU dari DPD.
6.	Pernyataan DPD tentang RUU yang mau disetujui diberikan sampai pada tahap sebelum persetujuan RUU. Sehingga pada Pembicaraan Tingkat II pun sebelum agenda persetujuan RUU antara DPR dan Presiden, DPD diberi kesempatan memberi pernyataan.	DPD hanya diberikan kesempatan menyampaikan pendapat sebelum diambil persetujuan RUU pada Pembicaraan Tingkat II.
7.	Ketentuan memberi wewenang pada DPD untuk ikut membahas RUU yakni Pasal 224 (1) huruf b dan c UU 27/2009 tidak dinyakan bertentangan dengan UUD 1945 yakni: <ul style="list-style-type: none"> <li>- ikut membahas bersama DPR dan Presiden rancangan undang-undang yang berkaitan dengan hal sebagaimana dimaksud dalam huruf a; dan</li> <li>- ikut membahas bersama DPR dan Presiden rancangan undang-undang yang diajukan oleh Presiden atau DPR, yang berkaitan dengan hal sebagaimana dimaksud dalam huruf a;</li> </ul>	Ketentuan memberi wewenang pada DPD untuk ikut membahas RUU yakni Pasal 224 (1) huruf b dan c UU 27/2009 dihapus.

Sumber: Dianalisis dari Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 dan UU MD3

Seharusnya yang terjadi pasca Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 adalah kepastian hukum. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Yance Arizona, "Apa itu Kepastian Hukum?", <http://yancearizona.net/2008/04/13/apa-itu-kepastian-hukum/>, diunduh 24 April 2015

Mahkamah Konstitusi adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.<sup>8</sup> Ketidapatuhan pembentuk UUMD 3 terhadap putusan MK sebagaimana terlihat dalam tabel di atas menunjukkan bahwa belum bergesernya paradigma penyelenggaraan negara pasca reformasi. Seiring dengan perubahan UUD 1945 yang menggantikan paham Supremasi MPR dengan Supremasi Konstitusi maka kedudukan tertinggi dalam negara Indonesia tidak lagi lembaga MPR tetapi UUD 1945. Setiap lembaga negara mempunyai kedudukan yang sederajat atau sama dan tidak dikenal lagi istilah lembaga Tertinggi Negara dan Lembaga Tinggi Negara. Dengan demikian walaupun MK baru dibentuk pada era reformasi, namun lembaga negara ini mempunyai kedudukan yang sederajat atau sama dengan lembaga negara yang lain yang telah ada sebelumnya, seperti Presiden, DPR, dan MPR serta MA. Dengan kedudukan MK yang sederajat atau sama dengan lembaga negara lain dan adanya kesederajatan atau kesamaan kedudukan antar lembaga negara, maka pelaksanaan tugas konstitusional MK menjadi jauh lebih mudah dan lancar dalam memperkuat sistem *checks and balances* antar cabang kekuasaan negara.<sup>9</sup>

Berdasarkan Pasal 7B, Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 24C UUD 1945 dan diatur lebih lanjut dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran negara Republik Indonesia Nomor 4316) sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5266), salah satu kewenangan yang dimiliki oleh MK adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Kewenangan tersebut tertuang dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi:

*“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar...”*

<sup>8</sup> Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2009, h. 319-320

Selanjutnya, Pasal 10 ayat (1) huruf a UU MK menyatakan:

*“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, ...”*

Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5076) menyatakan:

*“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”.*

Sesuai dengan dasar hukum MK dalam menguji undang-undang tersebut di atas maka putusan MK maknanya sebagai konstitusi yang hidup. Oleh karena itu, selain sebagai penjaga konstitusi (*the guardian of the constitution*), MK juga merupakan penafsir tertinggi konstitusi (*the sole interpreter of constitution*)<sup>10</sup>. Dalam perkara pengujian Undang-Undang, putusan MK mempunyai akibat hukum sejak diucapkan<sup>11</sup>. Hal tersebut didasarkan pada Pasal 47 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menentukan bahwa:

*Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum.*

Putusan MK juga bersifat final. Penjelasan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi :

*Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, yakni putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh. Sifat final dalam putusan Mahkamah Konstitusi dalam Undang-Undang ini mencakup pula kekuatan hukum mengikat (final and binding).*

Selain itu berdasarkan Pasal 57 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi ditentukan bahwa :

<sup>10</sup> Abdul Mukthie Fajar, *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press dan Citra Media (Yogyakarta), 2006, h. 119

<sup>11</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 310

(1) *Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.*

Implikasi hukum putusan (*vonnis*) MK terhadap UU 27/2009 dan UU 12/2011 berdasarkan kewenangan MK dalam pengujian undang-undang berikut sifat putusannya yang final dan mengikat, tidak boleh begitu saja diabaikan oleh pembentuk Undang-Undang dengan cara membentuk Undang-Undang baru yang mengabaikan putusan MK. Apalagi apabila ditinjau dari asas *erga omnes*. Akibat hukum yang timbul dari putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, akan mengikat tidak hanya para pihak yang bersengketa namun berdasarkan asas putusan tersebut akan mengikat siapa saja.

Pengabaian putusan MK pada akhirnya sederajat dengan melawan Undang-Undang Dasar. Undang-Undang Dasar adalah suatu perjanjian khidmat (*solemn pledge*) yang dibuat oleh bangsa Indonesia, sehingga ia lebih merupakan dokumen ruhani daripada teks hukum. Ia tidak kuantitatif tetapi kualitatif, tidak konkret tetapi umum (*general*)<sup>12</sup>. Lebih lanjut menurut Manfred Nowak secara umum, konstitusi sebagai sebuah aturan dasar terdiri dari dua bagian yang berbeda, bagian formiil dan materiil. Bagian formiil berisi aturan-aturan yang berkenaan dengan badan-badan atau lembaga-lembaga negara dan prinsip-prinsip struktural pokok dari negara, misalnya mengenai pemisahan kekuasaan dan sistem pemerintahan. Sedangkan bagian materiil dari konstitusi berisi tentang nilai-nilai, maksud dan tujuan yang hendak dicapai negara serta hak asasi manusia (HAM)<sup>13</sup>.

Ketidakpastian hukum akibat dualisme norma tersebut seharusnya tidak terjadi. Undang-Undang Dasar merupakan hukum tertinggi, kemudian ditafsirkan oleh MK untuk mengadili apakah suatu Undang-Undang bertentangan dengan UUD 1945 atau tidak. Undang-Undang baru yang dibentuk (UU MD3) untuk menggantikan undang-undang yang lama (UU 27/20019) tidak boleh mengabaikan putusan MK. Hakekat putusan MK terbit adalah esensi dari hukum dasar (UUD 1945) sehingga nilai norma putusan MK lebih tinggi dari undang-undang. Meminjam teori *Stufenbau* Hans Kelsen maka semakin tinggi posisi dalam orde

<sup>12</sup> Satjipto Rahardjo, *Mendudukan Undang-Undang Dasar; Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2007, h. 34

<sup>13</sup> Saldi Isra, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penguatan Hak Asasi Manusia di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 3, September 2014, h. 410

normatif, akan semakin kaya dengan kandungan moral atau asas-asas umum dan semakin rendah posisi itu, menjadi semakin konkret dan makin tipis kandungan moralnya.<sup>14</sup> Pembentukan hukum seharusnya tidak terlepas dari hukum lainnya yang lebih tinggi nilai normanya. Sebagaimana diungkapkan Roger Cotterrell yakni: *That is, the creation of legal norms is authorised by other legal norms*<sup>15</sup>.

### III. KESIMPULAN

Dengan demikian berdasarkan seluruh uraian di atas telah terjadi ketidakpastian hukum akibat pengabaian putusan MK No. 92/PUU-X/2012 sehingga wewenang DPD, DPR dan Presiden dalam pembentukan undang-undang tidak pasti. UU MD3 menormakan kembali ketentuan-ketentuan yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Akibatnya terjadi dualisme norma. Norma pertama adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang sudah diputuskan dalam putusan MK No. 92/PUU-X/2012. Norma kedua adalah norma kewenangan pembentukan undang-undang yang ditentukan dalam UU MD3. Kedua norma tersebut bertentangan sehingga dalam implementasinya DPR, DPD, dan Presiden dihadapkan pada dua pilihan ketentuan pembentukan undang-undang. Hal demikian merupakan pelanggaran konstitusi yang dilakukan secara terang-terangan, dan pelanggaran sumpah jabatan.

Seharusnya pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden) memegang teguh asas *self respect* atau *self obidence*. Makna yang terkandung dalam asas tersebut penyelenggara negara harus menghormati putusan MK, karena tidak dikenal adanya upaya pemaksa yang langsung melalui juru sita seperti halnya dalam prosedur hukum perdata. Oleh sebab itu dengan tidak dipegang teguhnya asas *self respect* atau *self obidence* dari para pembentuk undang-undang terhadap putusan MK No. 92/PUU-X/2012 jelas merupakan bentuk *contempt of court*.

### DAFTAR PUSTAKA

Abdul Mukthie Fadjar, *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press dan Citra Media (Yogyakarta), 2006

<sup>14</sup> Satjipto Rahardjo, *op cit*, h. 35

<sup>15</sup> Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence; A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London: Butterworths, 1989, h. 109

Enny Nurbaningsih, "Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomo 92/PUU-X/2012 dan Alternatif Model Hubungan Kelembagaan terkait Pembentukan Undang-Undang", *Mimbar Hukum*, Volume 27, Nomor 1, Februari 2015

Jimly Asshiddiqie, *Hukum acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006

-----, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2009

Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 92/PUU-X/2012, diucap tanggal 27 Maret 2013

Maruarar Siahaan, "Undang-Undang MD3 Pelanggaran Sumpah Jabatan, Krisis Konstitusi atau *Contempt Of Court* ?", Naskah Keterangan Keahlian dalam Persidangan Mahkamah Konstitusi tanggal Senin, 13 Oktober 2014

Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence; A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London: Butterworths, 1989

Ronald Dworkin, *Freedom's Law; The Moral Reading of The American Constitution*, Massachusetts: Harvard University Press, 1996

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

-----, "Pengujian UU No 17/2014 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD", Naskah disampaikan sebagai ahli dalam persidangan Mahkamah Konstitusi tanggal 13 Oktober 2014 Satjipto Rahardjo, Mendudukkan Undang-Undang Dasar; Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2007

Yance Arizona, "Apa itu Kepastian Hukum?", <http://yancearizona.net/2008/04/13/apa-itu-kepastian-hukum/>, diunduh 24 April 2015

**Konstruksi Yuridis  
Politik Legislasi DPD  
Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi  
Nomor 92/PUU-X/2012**

***Juridical Construction of Politics of  
Legislation after Constitutional Court  
Decision Number 92/PUU-X/2012***

**Ria Casmi Arsa**

Pusat Pengembangan Otonomi Daerah (PPOTODA) Universitas Brawijaya  
Gedung Munir Lt II Jl.MT. Haryono No 169 Malang Jawa Timur Kodepos 65145  
Email:ppotoda@gmail.com,

Naskah diterima: 10/05/2015 revisi: 08/07/2015 disetujui: 18/11/2015

**Abstrak**

Kedudukan Dewan Perwakilan Daerah dalam konteks pelaksanaan fungsi legislasi memiliki peran penting dalam rangka menciptakan prinsip *check and balances* diantara lembaga negara yang meliputi Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden. Secara kontekstual Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012 semakin menguatkan kedudukan DPD baik dalam aspek perencanaan program legislasi nasional, penyampaian pendapat, pandangan, daftar inventarisasi masalah, dan pembahasan suatu Rancangan Undang-Undang. Banyak kemajuan yang telah dicapai namun pada ranah politik legislasi nampaknya kewenangan DPD masih belum sempurna mana kala tidak sampai pada tahap ikut memutuskan terhadap suatu Rancangan Undang-Undang yang sedang dibahas. Dalam rangka untuk menguatkan kedudukan DPD sebagai bagian dari perwakilan daerah maka amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dipandang penting guna melakukan penataan kelembagaan negara secara holistik dan komprehensif.

**Kata kunci:** Politik, Legislasi, Dewan Perwakilan Daerah, Undang-Undang, Parlemen.

### **Abstract**

*The position of Regional Representative Council in the context of the implementation of the legislative function has an important role in order to create the principle of checks and balances between state institutions which include the House of Representatives and the President. Contextually Constitutional Court Decision No. 92/PUU-X/2012 reinforce the DPD position both in terms of national legislation program planning, delivery of opinions, views, list of inventory issues, and discussion of a draft law. Much progress has been achieved but in the political realm seems legislative authority of the DPD is still not perfect when not reached the stage of deciding to join a draft law being discussed. In order to strengthen DPD as part of regional representation, the amendments to the Constitution of 1945 was important to conduct state institutional arrangement holistically and comprehensively.*

**Keywords:** *Politics, Legislation, Regional Representatives Council, Law, Parliament.*

## **I. PENDAHULUAN**

Perkembangan sistem ketatanegaraan Indonesia berjalan sangat pesat ditengah tuntutan demokrasi partisipatif yang menghendaki adanya penegakan prinsip negara hukum (*supremation of law*) dan kedaulatan rakyat. Salah satu indikator penegakan hukum dan kedaulatan rakyat sebagaimana dimaksud ditandai dengan adanya perkembangan kelembagaan negara yang melahirkan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) sebagai bagian dari cabang kekuasaan legislatif. Dewan Perwakilan Daerah, adalah manifestasi keinginan rakyat daerah melalui perwakilannya dalam sistem pemerintahan demokrasi, baik DPD sebagai perwakilan maupun pemerintah daerah dan pemerintah (pusat), semua itu merupakan perwakilan rakyat, dan rakyatlah yang berdaulat, sebagaimana ditentukan "*the hight law of the land*", Pasal 1 ayat (2) bahwa Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Pemerintah hanya "*Simply and solely a commission, an employment, in which the rules, more officials of the sovereign exercise in their own name the power of which it makes the depositories.*"<sup>1</sup>

Dalam pengertian kelembagaan pada umumnya kedudukan Dewan Perwakilan Daerah merupakan badan legislatif daerah, yang mencerminkan salah satu fungsi badan itu yaitu *legislate* yaitu membuat undang-undang. Miriam Budiardjo<sup>2</sup> memberikan nama lain *assembly* yang mengutamakan unsur "berkumpul untuk

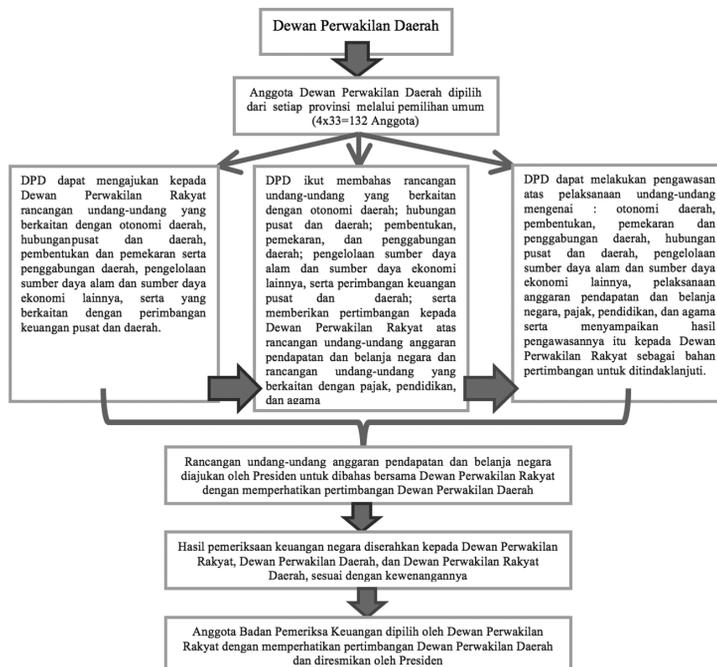
<sup>1</sup> Jack Jaques Rousseau, The Social Contract dikutip dari Isrok, 2013, *Citra Dewan Perwakilan Daerah dan Format yang Diharapkan ke Depan*, Disampaikan dalam Seminar Nasional Sistem Ketatanegaraan Indonesia dengan Tema "Format Ideal Sistem Perwakilan Indonesia", diselenggarakan oleh Pusat Pengembangan Otonomi Daerah (PPOTODA) Universitas Brawijaya. Dengan Pusat Kajian Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (MPR RI), Kamis, 23 Mei 2013 Hotel Savana Convention Hall Malang h. 2

<sup>2</sup> Miriam Budiardjo, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, h. 315

membicarakan masalah-masalah publik”. Dalam pengertian dimaksud maka dapat dipahami bahwa konstruksi keindonesiaan pada dasarnya terbangun dari ruh dan elemen-elemen daerah yang heterogen baik secara etnik, budaya, maupun alamnya. *The founding fathers* sangat menyadari *power and political exercise* harus selalu didasarkan kepada prinsip pengakuan kebhinekaan berbasis daerah tersebut. Arah bernegara harus ditetapkan berdasarkan kedaulatan dan permusyawaratan elemen-elemen bangsa, yang terminologi generiknya adalah demokrasi dan musyawarah. Karena disepakati berbentuk republik maka yang berperan selama proses penentuan arah bernegara adalah para wakil elemen bangsa dari unsur-unsur daerah.<sup>3</sup>

Atas dasar kesepakatan tersebut maka upaya untuk mengakomodasi keterwakilan daerah dirumuskanlah kedudukan dan kewenangan konstitusional DPD sebagaimana termaktub di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Adapun konstruksi sistem parlemen yang terdiri dari dua kamar atau dikenal dengan istilah *bicameral*. Berikut penulis paparkan desain konstitusional DPD sebagaimana terangkum di dalam konstitusi:

### Skema 1 Konstruksi Yuridis DPD dalam Konstitusi



<sup>3</sup> Ibnu Tricahyo, 2009, dkk, *Konstruksi Perwakilan Daerah Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Malang: PPK FH-UB dan DPD-RI h.5

Berdasarkan gambaran diatas menunjukkan bahwa kedudukan DPD dalam sistem ketatanegaraan diharapkan mampu menjembatani berbagai ketimpangan maupun disparitas dalam konteks aksesibilitas terhadap pemerataan pembangunan agar dapat dirasakan manfaatnya sampai kedaerah-daerah diseluruh penjuru wilayah NKRI. Dalam ihwal tersebut kelahiran DPD sebagai bagian dari sistem kelembagaan negara tentulah bukan lahir begitu adanya. Kelahiran DPD-RI didahului dengan mata rantai kesejarahan yang panjang dan diwarnai dengan berbagai dinamika pemikiran politik yang berkembang pada saat UUD 1945 diamandemen.

Dalam risalah amanademen terhadap UUD 1945 penulis menelaah mengenai konsep MPR. Gagasan yang disampaikan oleh UKI mengusulkan perubahan terhadap Pasal 2 Ayat (1) dan Pasal 3. Perubahan terhadap Pasal 2 Ayat (1) yang berbunyi sebagai berikut: "Majelis Permusyawaratan Rakyat atau MPR terdiri atas anggota-anggota MPR, DPR dan Dewan Perwakilan Daerah yang dipilih melalui pemilihan umum". Jadi tidak ada Utusan Golongan di sini. Argumentasi adanya DPD adalah sebagai Dewan yang mewakili daerah sebagai bagian dari negara.<sup>4</sup>

Beranjak dari pemahaman diatas maka kedudukan DPD dalam sistem ketatanegaraan memiliki peran strategis dalam mengawal otonomi daerah dan menguatkan sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Mengacu pada ketentuan Pasal 22D Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ayat (1) berbunyi, "Dewan Perwakilan Daerah dapat mengajukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat rancangan undangundang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah.

Ketentuan ayat (2) Dewan Perwakilan Daerah ikut membahas rancangan undangundang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah; pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah serta memberikan pertimbangan kepada Dewan Perwakilan Rakyat atas rancangan undangundang anggaran pendapatan dan belanja negara dan rancangan undangundang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan, dan agama.

Ketentuan ayat (3) Dewan Perwakilan Daerah dapat melakukan pengawasan atas pelaksanaan undangundang mengenai otonomi daerah, pembentukan,

<sup>4</sup> Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Buku Ke III Lemabaga Permusyawaratan dan Perwakilan)*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, h. 45

pemekaran dan penggabungan daerah, hubungan pusat dan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, pelaksanaan anggaran pendapatan dan belanja negara, pajak, pendidikan, dan agama serta menyampaikan hasil pengawasannya itu kepada Dewan Perwakilan Rakyat sebagai bahan pertimbangan untuk ditindaklanjuti.

Namun demikian dalam ranah regulasi dan praktek kondisi tersebut cenderung kontra produktif terhadap eksistensi DPD dalam menjalankan tugas dan kewenangan konstitusionalnya. Pereduksian terhadap kewenangan legislasi sebagaimana dimaksud nampak pada pengaturan di dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Dalam ranah implementatif RUU dari DPD oleh DPR dilakukan harmonisasi ditingkat Badan Legislasi DPR dan selanjutnya diklaim (berganti baju) sebagai RUU DPR. Demikian juga keikutsertaan DPD dalam pembahasan RUU bidang tertentu, DPD tidak diberikan ruang artikulasi lebih dalam pembahasan Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) sebagai instrumen pembahasan RUU di DPR.<sup>5</sup>

Menurut laporan kinerja DPD-RI dalam kurun waktu Oktober 2004 sampai dengan Maret 2013 telah mengajukan 39 RUU, 184 pandangan dan pendapat, 60 pertimbangan dan 110 hasil pengawasan. Dari keseluruhan RUU, pandangan dan pendapat, dan pertimbangan tersebut yang telah disampaikan kepada DPR akan tetapi tidak ada tindak lanjutnya sebagaimana amanat UUD NRI Tahun 1945 untuk melibatkan DPD dalam proses pengajuan, pembahasan, dan pertimbangan RUU. Dalam konteks itulah secara kelembagaan DPD mengajukan uji materil ke Mahkamah Konstitusi atas pelaksanaan Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Ada empat masalah besar dalam mekanisme legislasi yang sampai saat inidihadapi oleh DPD karena pengaturan dalam UU MD3 dan UU P3 yang belum sesuai dengan amanat ketentuan Pasal 22D UUD 1945, yaitu:

**Pertama**, terkait dengan prolegnas, keterlibatan DPD dalam pembahasan prolegnas hanya sampai pada pembahasan awal dengan badan legislasi, tidak ada

<sup>5</sup> Sekretariat Jenderal DPD-RI, 2014, *Fungsi Legislasi DPD Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: DPD-RI h. 2

tindak lanjut dari usulan DPD, dan DPD juga tidak pernah diberikan peran sesuai dengan pembahasan RUU di Prolegnas.

**Kedua**, tidak ada satu pun RUU dari DPD yang ditindaklanjuti oleh DPR, tidak pernah ada penjelasan atau jawaban penjelasan tertulis dari DPR kepada DPD tentang ke-39 RUU yang telah dikirim oleh DPD kepada DPR sebagai usul inisiatif contoh RUU tentang Yogyakarta.

**Ketiga**, adalah keterlibatan DPD pada pembahasan RUU yang berkaitan dengan otonomi daerah. Hubungan pusat dan daerah, pembentukan, pemekaran, dan penggabungan daerah. Pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya sampai saat ini masih belum sepenuhnya bulat.

**Keempat**, dalam kaitan pembahasan RUU di DPR. Pada praktiknya terdapat dua mekanisme keterlibatan DPD yang berlaku pada waktu pembahasan RUU di DPR.

Setelah melawati proses persidangan yang panjang akhirnya pada hari Rabu tanggal 27 Maret 2013 Mahkamah Konstitusi memutuskan melalui Putusan Nomor 92/PUU-X/2012 yang mana secara yuridis Mahkamah Konstitusi meneguhkan lima hal antara lain:<sup>6</sup>

- a. Dewan Perwakilan Daerah terlibat dalam pembuatan Program Legislasi Nasional (Prolegnas) Prolegnas merupakan tahapan yang penting dalam pembentukan suatu undang-undang karena di dalamnya perencanaan program pembentukan undang-undang disusun secara terencana, terpadu, dan sistematis. Sebagai lembaga perwakilan yang secara legitimate mendapatkan mandat dari rakyat melalui pemilihan umum dan memiliki kewenangan konstitusional untuk “Ikut Mengajukan” RUU sebagaimana diatur didalam Pasal 22D Ayat (1) UUD 1945, maka sudah seharusnya DPD berwenang dalam penyusunan Prolegnas. Dalam tahap awal perencanaan program penyusunan kebijakan politik nasional yang diwujudkan melalui penyusunan instrument Prolegnas, keterlibatan DPD yang merepresentasikan kepentingan daerah sangat minim. Proses penyusunan Prolegnas bersifat “*top down*”, peran dan kedudukan DPD untuk memberikan sumbangan pemikiran yang bersifat “*bottom up*” tidak terakomodasi secara penuh dalam UU MD3 dan UU P3.
- b. DPD berhak mengajukan RUU yang dimaksud dalam Pasal 22 ayat (1) UUD 1945 sebagaimana halnya DPR dan Presiden termasuk dalam pembentukan RUU maupun pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU);

<sup>6</sup> Sekretariat Jenderal DPD-RI, *Ibid* h. 2

- c. Dewan Perwakilan Daerah membahas RUU secara penuh dalam konteks Pasal 22 ayat (2) UUD 1945. Rumusan ini disampaikan oleh Laica Marzuki yang menerangkan bahwa secara gramatikal, kata “ikut” mengandung makna partisipan sehingga DPD merupakan *constitutional participant* dalam pembahasan undang-undang. DPR dan Pemerintah tidak boleh memodifikasi, tidak boleh mereduksi, tidak boleh membatasi, tidak boleh menyimpangi, apalagi menegasi keikutsertaan DPD dalam pembahasan RUU.
- d. Pembahasan UU dalam konteks Pasal 22 D ayat (2) bersifat tiga pihak (*tripartit*) yaitu antara DPR, DPD dan Presiden. Dalam tahap pembahasan RUU tertentu, DPD hanya menjadi “pelengkap” karena ada atau tidaknya pertimbangan DPD terhadap RUU tertentu tidak menjadi pengikat bagi DPR dan Presiden untuk memutuskan RUU tertentu itu menjadi undang-undang. Praktik legislasi seperti ini mengakibatkan aspirasi kepentingan wilayah (sebagai salah satu unsur terbentuknya negara) tidak tertampung secara wajar, sehingga tidak mustahil jikalau banyak kebijakan politik nasional yang dituangkan dalam suatu undang-undang merugikan daerah (wilayah). Bahkan tidak mustahil, lambat laun terjadi “*spanning*” hubungan antara Pusat dan daerah.
- e. Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa ketentuan dalam UU MD3 dan UU P3 yang tidak sesuai dengan tafsir MK atas kewenangan DPD dengan sendirinya bertentangan dengan UUD 1945 baik yang diminta ataupun tidak.

## II. PEMBAHASAN

### A. Peran Strategis DPD dalam Mengawal Kinerja Legislasi Nasional

Perubahan UUD 1945 membawa perubahan yang cukup mendasar mengenai sistem perwakilan dalam ketatanegaraan Indonesia. Paling tidak ada tiga aspek mendasar mengenai lembaga perwakilan rakyat setelah perubahan UUD 1945, yaitu; mengenai struktur kelembagaan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, fungsi dan kewenangannya serta pengisian anggota lembaga perwakilan. Ada tiga lembaga perwakilan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yaitu Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat dan Dewan Perwakilan Daerah.

Sebagaimana diutarakan oleh Jimly Asshiddiqie<sup>7</sup>, mengusulkan adanya pembedaan fungsi antara DPR dan DPD. Salah satu fungsi yang dapat digunakan

<sup>7</sup> Jimly Asshiddiqie, 2006, *Perihal Undang-Undang di Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press h. 30

untuk membedakan adalah kewenangannya dalam membentuk undang-undang. Dengan pertimbangan bahwa negara Indonesia adalah negara kesatuan dimana para anggota DPD tidak seperti senator yang mewakili negara bagian dalam sistem negara federal akan tetapi mewakili bagian-bagian daerah Indonesia maka adalah tidak tepat menempatkan DPD dalam posisi yang sangat kuat seperti itu, mengingat DPR juga mewakili daerah-daerah pemilihan dari seluruh Indonesia.

Pada sisi lain dari kajian studi perbandingan terhadap sistem perwakilan di berbagai negara ternyata bahwa sistem perwakilan seperti ini adalah lazim dipergunakan bahkan sebagian besar sistem perwakilan itu menggunakan sistem dua kamar yang memiliki kewenangan yang tidak sama. Menempatkan wakil-wakil daerah dalam suatu lembaga perwakilan yang secara formal sederajat dengan lembaga perwakilan dan lembaga negara yang lain pada tingkat nasional dianggap cukup untuk kepentingan daerah dan kepentingan memperkuat kesatuan nasional bangsa Indonesia (*national integrity*).

Lembaga perwakilan yang biasa disebut *legislative* ataupun parlemen, pada umumnya mempunyai 3 (tiga) fungsi, yaitu (a) Fungsi pengaturan (legislasi); (b) Fungsi pengawasan (control), (c) Fungsi perwakilan (representasi). Kekuasaan legislatif adalah kekuasaan yang pertama-tama mencerminkan kedaulatan rakyat, kegiatan bernegara, pertama-tama untuk mengatur kehidupan bersama. Karena itu kewenangan untuk menetapkan peraturan itu pertama-tama harus diberikan kepada lembaga perwakilan rakyat atau parlemen atau legislatif.

Ada tiga hal penting yang harus diatur oleh para wakil rakyat melalui parlemen, yaitu. pengaturan yang dapat mengurangi hak dan kebebasan warga negara, pengaturan yang dapat membebani harta kekayaan warga negara dan pengaturan mengenai pengeluaran-pengeluaran oleh penyelenggara negara. Pengaturan mengenai ketiga hal tersebut yang disebut dengan “undang-undang”, hanya dapat dilakukan atas persetujuan dari rakyat itu sendiri, yaitu melalui perantaraan wakil-wakil mereka di parlemen sebagai lembaga perwakilan rakyat.

Oleh karenanya, yang biasa disebut sebagai fungsi pertama lembaga perwakilan rakyat adalah fungsi legislasi atau pengaturan. Fungsi pengaturan ini berkenaan dengan kewenangan untuk menentukan peraturan yang mengikat rakyat dengan norma-norma hukum yang mengikat dan membatasi, sehingga kewenangan ini utamanya hanya dapat dilakukan sepanjang rakyat sendiri menyetujui untuk diikat dengan norma hukum dimaksud. Sebab, cabang kekuasaan yang dianggap berhak mengatur pada dasarnya adalah lembaga perwakilan rakyat, maka pengaturan

yang paling tinggi di bawah Undang-Undang Dasar haruslah dibuat dan ditetapkan oleh parlemen.

Pengaturan yang dapat mengurangi hak dan kebebasan rakyat, dan dapat membebani harta kekayaan rakyat serta pengeluaran-pengeluaran oleh penyelenggara negara perlu dikontrol dengan sebaik-baiknya oleh rakyat sendiri, jika pengaturan mengenai ketiga hal itu tidak dikontrol sendiri oleh rakyat melalui wakil-wakilnya di parlemen, maka kekuasaan di tangan pemerintah dapat terjerumus ke dalam kecenderungan alamiahnya sendiri untuk menjadi sewenang-wenang. Sedangkan fungsi parlemen sebagai lembaga perwakilan rakyat yang paling pokok sebenarnya adalah fungsi representasi atau perwakilan itu sendiri. Lembaga perwakilan tanpa representasi tentu tidak bermakna sama sekali.

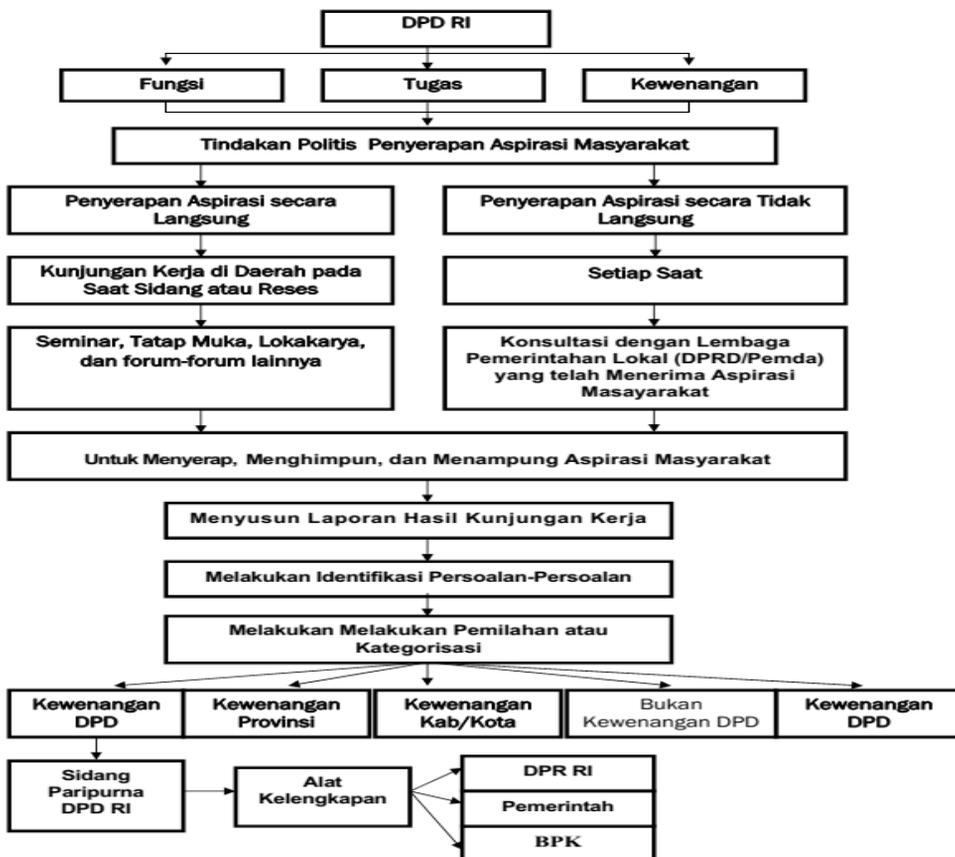
Dalam rangka pelembagaan fungsi representasi itu, dikenal adanya tiga sistem perwakilan yang dipraktekkan di berbagai negara demokrasi, yaitu (a) Sistem perwakilan politik (*political representative*), (b) Sistem perwakilan teritorial (*territorial representative*); dan (c) Sistem perwakilan fungsional (*functional representative*). Apabila seseorang duduk dalam lembaga perwakilan melalui pemilihan umum, maka perwakilannya disebut perwakilan politik (*political representation*).

Untuk membangun sistem *checks and balances* dalam sistem parlemen, seharusnya DPD RI mempunyai fungsi dan kewenangan yang sama dengan DPR RI sebagai lembaga legislatif. DPD RI dan DPR RI sama-sama berhak mengajukan Rancangan Undang-Undang serta saling memiliki hak veto yang dapat membatalkan suatu rancangan undang-undang yang telah disetujui lembaga lainnya setelah memenuhi persyaratan tertentu. Pembahasan suatu rancangan undang-undang dimulai dari masing-masing lembaga perwakilan, apabila DPR RI sudah menyetujui suatu rancangan undang-undang (di internal DPR RI), selanjutnya DPD RI akan memulainya membahas rancangan undang-undang tersebut di internal DPD RI. Jika sudah sama-sama setuju, dapat dilakukan pembicaraan segitiga DPR RI-DPD RI dan Presiden RI untuk membahas dan mengambil keputusan bersama mengenai rancangan undang-undang menjadi undang-undang. Selain itu perlu pula ditingkatkan fungsi dan kewenangan pengawasan DPD RI agar setara dengan DPR RI sebagai sesama lembaga negara.

Dalam desain sistem ketatanegaraan tentunya proses legislasi tidak terlepas dari adanya identifikasi permasalahan dan penyerapan aspirasi masyarakat guna menghimpun dan/atau mengakomodasi berbagai pemikiran terkait dengan arah

kebijakan maupun kebijaksanaan pembangunan nasional dan daerah di masa yang akan datang. Adapun model partisipasi dalam rangka penyerapan aspirasi dapat digambarkan melalui skema yang di konsep oleh PPK Fakultas Hukum Universitas Brawijaya sebagai berikut:

**Skema 2**  
**Model Penyerapan Aspirasi oleh DPD-RI**



Sumber: Hasil Penelitian PPK FH-UB

Berdasarkan skema diatas maka DPD RI bisa menjadi pintu masuk partisipasi masyarakat dalam pembentukan undang-undang. Sebagai alas artikulasi kepentingan daerah maka penyerapan aspirasi masyarakat merupakan kegiatan anggota DPD RI yang paling penting, baik yang berwujud penyerapan aspirasi secara langsung yang berupa dialog tatap muka, seminar atau lokakarya dengan tujuan untuk menyerap, menghimpun dan menampung aspirasi masyarakat,

maupun penyerapan aspirasi secara tidak langsung yang dilakukan melalui konsultasi dengan lembaga pemerintahan lokal (DPRD/Pemerintah Daerah). Sehingga dengan penyerapan aspirasi ini seorang wakil daerah dapat dianalogkan sebagai ujung tombak dalam arti anggota DPD-RI dituntut selalu terdepan dalam memperjuangkan kepentingan daerah. Dalam arti anggota DPD RI harus membuka sumbatan-sumbatan aspirasi daerah, dan sebagai jembatan penghubung antara pemerintah pusat, pemerintah daerah dan masyarakat lokal.

## **B. Konseptualisasi Pelaksanaan Fungsi Legislasi DPD Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012**

Peraturan perundang-undangan merupakan bagian dari sistem hukum nasional yang sangat berperan dalam pembangunan hukum nasional untuk mewujudkan sistem hukum nasional berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Kajian teoritik-akademik ilmu perundang-undangan tidak akan pernah terlepas dari aspek politik yang berjalan secara beriringan dengan aspek hukum dalam bingkai politik hukum ketatanegaraan. Menurut Mahfud MD<sup>8</sup>, politik hukum adalah *legal policy* atau garis (kebijakan) resmi tentang hukum yang akan diberlakukan baik dengan pembuatan hukum baru maupun dengan penggantian hukum lama, dalam rangka mencapai tujuan negara.

Menurut Bagir Manan menyatakan bahwa politik hukum tidak lain adalah kebijaksanaan yang akan dan sedang ditempuh mengenai penentuan isi hukum, pembentukan hukum, penegakan hukum, beserta segala urusan yang akan menopang pembentukan dan penegakan hukum tersebut.<sup>9</sup> Secara internal, menurut Bagir Manan, ada tiga lingkup utama politik hukum, yaitu :

- a) Politik pembentukan hukum;
- b) Politik mengenai isi (asas dan kaidah) hukum; dan
- c) Politik penegakan hukum.

Politik pembentukan hukum adalah kebijaksanaan yang bersangkutan dengan penciptaan, pembaruan dan pengembangan hukum. Politik pembentukan hukum seperti itu mencakup:

- a) Kebijaksanaan (pembentukan) perundang-undangan;
- b) Kebijaksanaan (pembentukan) hukum yurisprudensi atau putusan hakim dan
- c) Kebijaksanaan terhadap peraturan tidak tertulis lainnya.

<sup>8</sup> Mahfud MD, 2010, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: PT Rajawali Pers h. 20

<sup>9</sup> Bagir Manan, 1996, *Politik Perundang-Undangan Dalam Rangka Mengantisipasi Liberalisasi Ekonomi*, Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional tentang Perseroan Terbatas, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Lampung, Bandar Lampung, 9 Maret 1996, h. 2

Beranjak dari penjelasan diatas maka dapat diperoleh pemahaman manakala ditelisik dari aspek terminologis maka kata "*legislasi*" berasal dari Bahasa Inggris "*legislation*" yang dapat dimaknai dalam dua pengertian, yaitu: (1) perundang-undangan dan (2) pembuatan undang-undang. Sementara itu kata "*legislation*" berasal dari kata kerja "*to legislate*" yang berarti mengatur atau membuat undang-undang. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), kata legislasi berarti pembuatan undang-undang. Dengan demikian fungsi legislasi adalah fungsi membuat undang-undang. Sebagai sebuah fungsi untuk membentuk undang-undang, legislasi merupakan sebuah proses (*legislation as a process*). Karena itu, Woodrow Wilson dalam bukunya "*Congressional Government*" mengatakan bahwa *legislation is an aggregate, not a simple production*. Berhubungan dengan hal itu, Jeremy Bentham dan John Austin mengatakan bahwa legislasi sebagai "*any form of law-making*". Dengan demikian, bentuk peraturan yang ditetapkan oleh lembaga legislatif untuk maksud mengikat umum dapat dikaitkan dengan pengertian "*enacted law*", "*statute*", atau undang-undang dalam arti luas.<sup>10</sup>

Berdasarkan penjelasan diatas maka penulis mensitir pendapat Yuliandri sebagaimana disampaikan dalam sidang di Mahkamah Konstitusi yang menerangkan bahwa kata "ikut" tidak dapat dimaknai sebagai sesuatu yang bersifat boleh atau tidak, dimana keikut sertaannya tidak mempengaruhi, melainkan harus dimaknai sebagai "hak" DPD untuk ikut dalam pembahasan RUU sebagaimana dimaksud Pasal 22D Ayat (2) UUD 1945. Selain itu, kata "ikut" juga tidak dapat dijadikan alasan untuk mensubordinasi DPD dibawah DPR dalam pembahasan RUU sebab rumusan Pasal 22D Ayat(2) dan Pasal 20 Ayat (2) UUD 1945 merupakan dua ketentuan yang bersenyawa. Dalam arti, apabila sebuah RUU terkait dengan otonomi daerah, dan seterusnya, maka Pasal 20 Ayat (2) UUD 1945 tidak dapat berdiri sendiri, tetapi harus bersamaan dan dipersandingkan dengan Pasal 22D Ayat (2) UUD 1945. Oleh sebab itu, kewenangan DPD untuk membahas RUU tidak dapat dibatasi hanya untuk tahapan tertentu saja. Seperti hanya terlibat dalam pembahasan tingkat I saja. Melainkan terlibat pada semua tahapan pembahasan sampai proses persetujuan (pengambilan keputusan). Persetujuan atas sebuah RUU merupakan bagian tidak terpisah dari tahap pembahasan. Persetujuan merupakan akhir dari sebuah proses pembahasan.

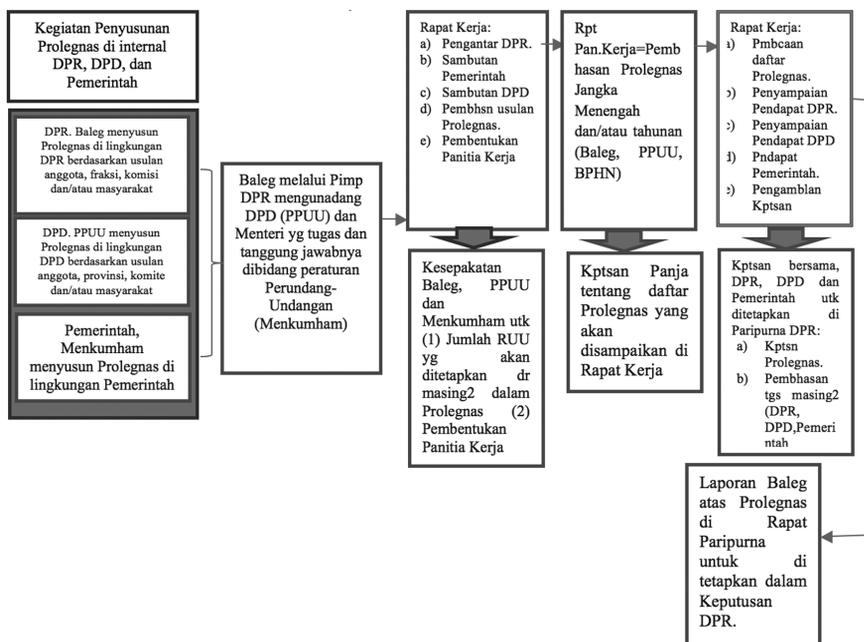
Dalam ranah ketatanegaraan Putusan MK Nomor 92/PUU-X/2012 menimbulkan konsekuensi atas kedudukan dan peran DPD, diantaranya

<sup>10</sup> Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, hlm 75

(kedudukan) RUU dari DPD setara dengan RUU dari Presiden dan RUU dari DPR. Terkait dengan pengajuan usul RUU, MK memutuskan beberapa hal yaitu (i) kedudukan DPD sama dengan DPR dan Presiden dalam hal mengajukan RUU; (ii) DPD dapat mengajukan RUU di luar Prolegnas; dan (iii) usul RUU dari DPD tidak menjadi usul RUU DPR. Selain itu, pembahasan RUU dilakukan dengan tiga pihak setara (tripartit), yaitu Presiden, DPD, dan DPR (bukan diwakili atau berhadapan dengan fraksi-fraksi di DPR).

Dalam hal pembahasan RUU, MK berpendapat bahwa pembahasan dari DPD harus diberlakukan sama dengan RUU dari Presiden dan DPR. Terhadap RUU dari Presiden, Presiden diberikan kesempatan memberikan penjelasan sedangkan DPR dan DPD memberikan pandangan. Begitu pula sebaliknya, terhadap RUU dari DPR, DPR diberikan kesempatan memberikan penjelasan, sedangkan Presiden dan DPD memberikan pandangan. Hal yang sama juga diperlakukan terhadap RUU dari DPD yaitu DPD diberikan kesempatan untuk memberikan penjelasan, sedangkan DPR dan Presiden memberikan pandangan. Berikut ini penulis paparkan implikasi Putusan MK terhadap kedudukan DPD dalam menyusun Program Legislasi Nasional.

### Skema 3 Proses Penyusunan Prolegnas Pasca Putusan MK



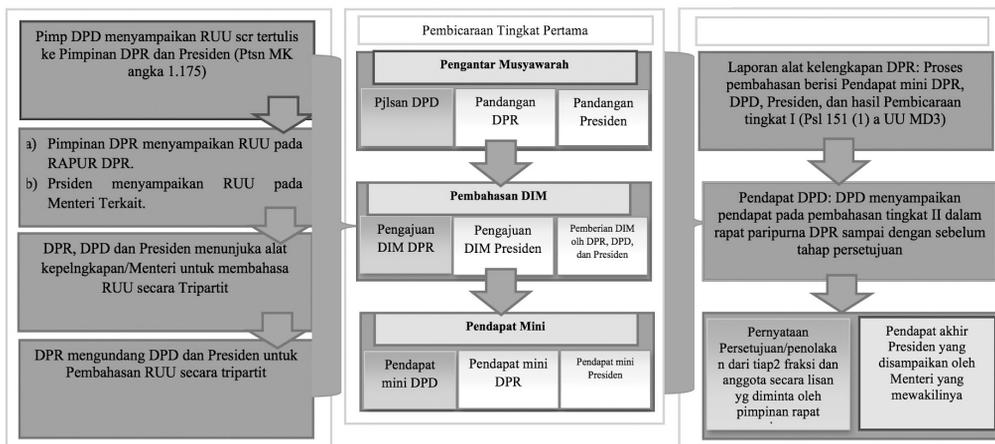
Sumber: DPD-RI (Dimodifikasi oleh Penulis)

Berdasarkan skema diatas maka tindak lanjut putusan MK akan berdampak pada relasi legislasi DPR dan DPD, terutama bagaimana menerjemahkan frase “DPD ikut membahas”. Dalam aspek tersebut maka salah satu tantangan yang dihadapi oleh DPD pasca putusan MK adalah bagaimana menerjemahkan atau mengoperasionalkan ketentuan berupa frase “DPD ikut membahas”. Sebelum putusan MK, kehendak DPD untuk ikut membahas RUU tertentu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22D UUD 1945 belum terjembatani oleh alur Pembicaraan Tingkat I (Pasal 150 ayat (1) UU MD3). Bercermin dari praktek yang selama ini berjalan, saat membahas Daftar Inventarisasi Masalah (DIM), Pemerintah dan DPR (pada tingkat Komisi atau Pansus) sebenarnya (turut pula) mengambil keputusan. Setidaknya ada dua hal yang diputuskan, yaitu (i) kesepakatan terhadap substansi batang tubuh RUU dan (ii) melanjutkan pembahasan draf RUU pada level berikutnya, yaitu tingkat Panja, Timus (Tim Perumus), dan Tim Sinkronisasi (Timsin). Tidak heran, DPR tidak mengikut sertakan DPD karena saat membahas DIM RUU, tanpa sadar ada proses mengambil keputusan. Jelas, hal demikian melebihi kewenangan yang diberikan konstitusi kepada DPD.

Jika kita ketat pada konsep “ikut membahas” berdasar tafsiran Pasal 22D ayat (2) UUD 1945, maka penggunaan DIM seharusnya diarahkan sebagai instrumen untuk membahas RUU, bukan mengambil keputusan. Penggunaan DIM seperti yang selama ini dianut, sesungguhnya sangat relevan bagi DPD untuk mengimplementasikan frase “ikut membahas”. DPD harus mendesak DPR dan Pemerintah agar optimalisasi DIM serta berinovasi menciptakan metode baru. Cara bekerja metode dimaksud bukan untuk memutuskan, tapi membahas dengan segala kepraktisan dan kemudahan. Dengan demikian, DPR dan DPD tidak perlu khawatir terjebak pada situasi bertindak di luar koridor konstitusi, karena tetap leluasa terlibat saat membahas RUU. Guna memudahkan memahami konstruksi yuridis terhadap kedudukan DPD dalam menjalankan kinerja legislasi Pasca penetapan Putusan Mahkamah Konstitusi berikut penulis paparkan skema sebagai berikut:

### Skema 4

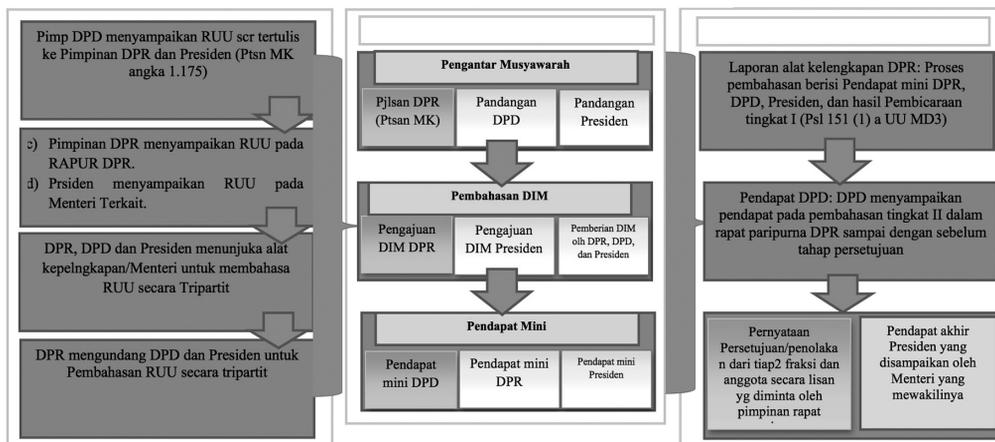
#### Proses Pengajuan dan Pembahasan RUU dari DPD Pasca Putusan MK



Sumber: DPD-RI (Dimodifikasi oleh Penulis)

### Skema 5

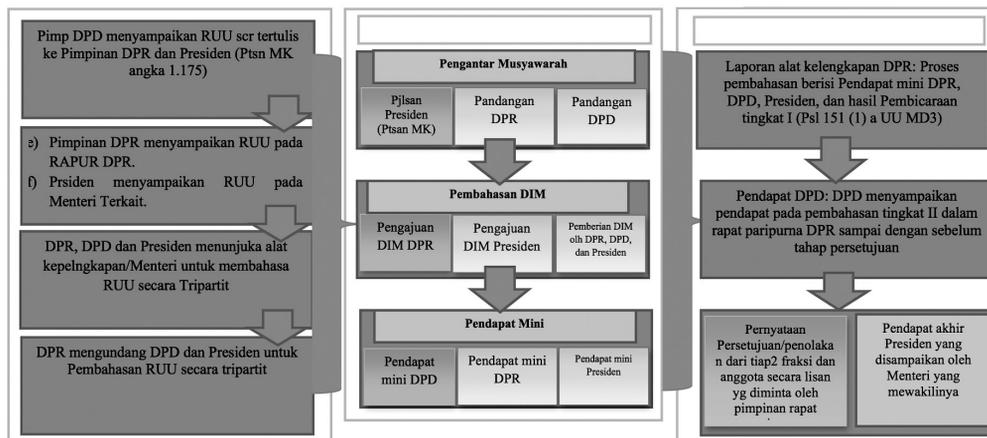
#### Proses Pengajuan dan Pembahasan RUU dari DPR Pasca Putusan MK



Sumber: DPD-RI (Dimodifikasi oleh Penulis)

## Skema 6

### Proses Pengajuan dan Pembahasan RUU dari Presiden Pasca Putusan MK



Sumber: DPD-RI (Dimodifikasi oleh Penulis)

Berdasarkan ketiga skema diatas maka diharapkan format kinerja DPD dalam mengawal proses legislasi di era otonomi daerah dapat menjadi sarana dalam menjembatani berbagai aspirasi yang ada diderah dalam mewujudkan tata pemerintahan yang baik, peningkatan kesejahteraan rakyat dan pemerataan pembangunan. Pelembagaan terhadap format legislasi DPD melalui revisi terhadap ketentuan UU No. 17 Tahun 2014 tentang MD3 dipandang penting yang mana substansi yang akan diatur dalam RUU ini adalah mengenai susunan, kedudukan, kerumahtangaan, serta pelaksanaan kewenangan lembaga MPR, DPR, DPD dan DPRD serta pelaksanaan fungsi dan tugas DPD sesuai dengan UUD 1945. Secara umum jangkauan materi muatan UU Perubahan atas UU No. 17 Tahun 2014 tentang MD3 adalah merumuskan norma-norma hukum Putusan MK No. 92/PUU-X/2012 ke dalam UU Perubahan yang belum diakomodasi oleh UU No. 17 Tahun 2014 tentang MD3.

### III. KESIMPULAN

Berdasarkan pembahasan diatas maka dalam penulisan karya ilmiah ini penulis berkesimpulan bahwa *Pertama*, Dewan Perwakilan Daerah RI memiliki peran strategis dalam rangka mengawal kinerja legislasi dan penyerapan aspirasi didaerah sehingga prinsip partisipasi dapat dilaksanakan dalam proses erumusan kebijakan dan/atau peraturan. *Kedua*, Perumusan kembali putusan MK

tersebut pada hakikatnya mengandung dua arti penting yaitu (1) mengembalikan mekanisme *check and balance* dalam sistem demokrasi desentralistik dengan prinsip *constitutional jurisprudence* yang telah ditemukan oleh MK melalui *constitutional intepretation*. (2) mengembalikan marwah Putusan MK Nomor. 92/PUU-X/2014 yang sekaligus juga menghormati keberadaan MK sebagai lembaga konstitusional yang diberi wewenang melakukan tafsir undang-undang terhadap UUD 1945. Dengan pengembalian marwah Putusan MK tersebut, berarti para pembentuk UU tidak dipandang telah melakukan *contempt of court* dan sekaligus mengkerdilkan MK serta konstitusi itu sendiri.

Dalam konteks penataan kelembagaan negara maka dipandang penting untuk melakukan amandemen terhadap materi muatan UUD NRI Tahun 1945 sekaligus melakukan penataan terhadap kedudukan DPD baik dari aspek tugas, kewenangan dan fungsi sebagai bagian dari sistem parlemen Indonesia.

Dalam strategi jangka pendek dipandang penting untuk dilakukan Perubahan Atas UU No. 17 Tahun 2014 tentang MD3 bahwa Penggaturan Undang-Undang tentang Perubahan atas UU No. 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD yang mana tujuan perubahan tiada lain ditujukan untuk mengembalikan kewenangan konstitusional DPD sebagaimana telah ditegaskan dalam Pasal 22D UUD NRI Tahun 1945 yang kemudian lebih ditegaskan lagi melalui Putusan MK No. 92/PUU-X/2012. Arah pengaturan tersebut tidak sampai mengubah total UU No. 17 Tahun 2014 tentang MD3 tersebut, melainkan hanya parsial, yakni terkait dengan keberadaan DPD dalam proses legislasi UU tertentu. Dengan demikian, model UU Perubahan atas UU No. 17 Tahun 2014 tentang MD3 mempergunakan pola *adendum* sebagaimana telah diatur dalam UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

## DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Perihal Undang-Undang di Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Budiardjo, Miriam, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama.
- Isra,Saldi, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers.

Isrok, 2013, *Citra Dewan Perwakilan Daerah dan Format yang Diharapkan ke Depan*, Disampaikan dalam Seminar Nasional Sistem Ketatanegaraan Indonesia dengan Tema “Format Ideal Sistem Perwakilan Indonesia”, diselenggarakan oleh Pusat Pengembangan Otonomi Daerah (PPOTODA) Universitas Brawijaya. Dengan Pusat Kajian Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (MPR RI), Kamis, 23 Mei 2013 Hotel Savana Convention Hall Malang.

Mahfud MD, 2010, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: PT Rajawali Pers.

Manan, Bagir, 1996, *Politik Perundang-Undangan Dalam Rangka Mengantisipasi Liberalisasi Ekonomi*, Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional tentang Perseroan Terbatas, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Lampung, Bandar Lampung, 9 Maret 1996.

Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Buku Ke III Lembaga Permusyawaratan dan Perwakilan)*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK.

Sekretariat Jenderal DPD-RI, 2014, *Fungsi Legislasi DPD Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: DPD-RI.

Tricahyo, Ibnu, 2009, dkk, *Konstruksi Perwakilan Daerah Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Malang: PPK FH-UB dan DPD-RI.

# **Faktor-Faktor yang Menyebabkan Materi Muatan Undang-Undang Bertentangan Dengan UUD 1945**

## ***The Factors That Make the Content of Laws In Contradiction The 1945 Constitution***

**Daniel Samosir**

Kantor Hukum Darmi Marasabessy, S.H., & Rekaan  
Jl. Margonda Raya No.18 Beji Kota Depok, Jawa Barat 16423  
Email: danielsamosir19@ymail.com

Naskah diterima: 22/06/2015 revisi: 22/07/2015 disetujui: 18/11/2015

### **Abstrak**

Pada masa jabatan pembentuk Undang-Undang periode 2004/2009, banyak Rancangan Undang-Undang yang disahkan menjadi undang-undang tidak berpihak pada masyarakat. Sehingga merugikan masyarakat karena tidak sesuai dengan apa yang dicita-citakan masyarakat dalam Peraturan Dasar (UUD 1945) yang menjadi sumber dan dasar pembentukan dari undang-undang tersebut. Oleh karena itu, banyak undang-undang yang diuji materikan (*judicial review*) oleh Mahkamah Konstitusi (MK) atas permohonan masyarakat. Berdasarkan hal tersebut melalui metode penelitian normatif yang dilakukan penulis, menemukan hasil bahwa suatu materi muatan undang-undang bertentangan dengan UUD 1945. Karena undang-undang yang ditentukan dalam Daftar Prolegnas yang dilakukan oleh DPR dan Presiden belum sepenuhnya menggunakan kriteria yang jelas, tepat dan konsisten. Artinya undang-undang tersebut yang dibentuk oleh DPR Periode 2004–2009 ada yang tidak memenuhi asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik menurut undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

**Kata kunci:** Hal Undang-Undang, Materi Muatan, Uji Materil Undang-Undang

## **Abstract**

*In the term of office of the legislators 2004/2009 period, a lot of the Bills which passed into legislation were not in favour of the people. Because of that, those Bills became prejudice to the society due to the lack of conformation to what the people aspired to in the constitution (UUD 1945) which is the source and basis for the establishment of the legislation. Therefore, many legislation were tested with judicialreview by the constitutional court on the application of the public. Based on this judical review and the usage of normative research by the author, it is found that substances of the legislation are contrary to the constitution (UUD 1945). Because the legislation specified in the list of Prolegnas made by the parlement (DPR) and the President has not fully used clear, precise and consistent criteria. Therefore, the legislation established by parlement 2004/2009 period do not meet the principles of the establishment of the legislation according to the act Number 12 Year 2011 on the establishment of the legislation.*

**Keywords:** *The Legislation, The Substance, Judicial Review of Legislation*

## **I. PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Keberadaan Negara Indonesia sebagai negara hukum sangat dipengaruhi oleh tipe negara hukum *Eropa Kontinental* yang bersandarkan pada *rechtsstaat* namun disamping itu Negara Indonesia juga mengadopsi beberapa unsur yang baik dari tipe negara hukum *Anglo saxon*, Selain terpengaruh dalam hal tipe negara hukum, Negara Indonesia juga terpengaruh dalam hal penganutan sistem hukum. Sistem hukum yang dianut oleh Negara Indonesia mengarah pada sistem hukum *Eropa Kontinental*. Oleh sebab itu, sumber hukum utama yang dirujuk dalam sistem hukum di Indonesia ialah undang-undang (hukum tertulis).<sup>1</sup> Aliran ini yang kemudian lebih dikenal dengan *legisme*, kemajuan aliran *legisme* karena dorongan paham *positivisme* dan ajaran *trias politica Montesquie* serta ajaran kedaulatan rakyat dari *Rousseu*.<sup>2</sup>

Peraturan perundang-undangan mempunyai suatu hierarki seperti yang dikemukakan oleh *Hans Kelsen* dalam teori jenjang norma hukum (*Stufentheori*)

<sup>1</sup> C.S.T. Kansil & Christine S.T. Kansil, *Perbandingan Hukum Administrasi Negara*, (Jakart : Rineka Cipta, 2010),. Sumber hukum utama tipe negara hukum *Eropa Kontinental (rechtsstaat)* adalah undang-undang,oleh sebab itu setiap tindakan Negara harus berdasarkan undang-undang yang dibuat terlebih dahulu. Negara baru dapat bertindak menyelenggarakan kepentingan rakyat apabila ada undang-undang yang mengaturnya, him 20-24.

<sup>2</sup> H. Bagir Manan & Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara di Indonesia*, (Bandung : PT Alumni 1997), him 249. Pemikiran yang menghendaki agar semua hukum harus dalam bentuk tertulis dan dinukukan dalam suatu kitab undang-undang (kodifikasi), telah ada sejak zaman pemerintahan Romawi.

yang mengatakan norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hirarki (tata susunan).<sup>3</sup> Namun seorang murid *Hans Kelsen* yaitu *Hans Nawiasky* mengembangkan teori jenjang norma kedalam kaitannya dengan suatu negara. Undang-undang yang di bawah Undang-Undang Dasar (*Staatgrundgesetz*) disebut oleh *Hans Nawiasky* adalah *Formell Gesetz* atau di sebut juga dengan undang-undang formal, norma-norma yang ada di dalam undang-undang ini sudah merupakan norma hukum yang konkrit dan lebih terperinci, serta langsung dapat berlaku di masyarakat.<sup>4</sup>

Menurut hierarki Peraturan Perundang-undangan yang diatur dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, undang-undang berada dibawah Undang-Undang Dasar. Pengertian undang-undang menurut Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan adalah “peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden”.<sup>5</sup>

Kekuasaan dalam pembentukan undang-undang dipegang oleh DPR. Namun dalam hal ini, tidak menutup kemungkinan Pemerintah dapat mengajukan Rancangan Undang-Undang kepada DPR.<sup>6</sup> Rancangan undang-undang yang dibuat oleh DPR dan Pemerintah akan disusun dalam suatu Program legislasi Nasional (Prolegnas), yang akan dibahas bersama untuk mendapat persetujuan presiden.<sup>7</sup>

Undang-undang yang dibentuk oleh DPR berisikan materi muatan yang telah ditentukan oleh Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.<sup>8</sup> Mengenai materi muatan undang-undang yang dibentuk oleh DPR merupakan cerminan dari tujuan dan cita bangsa. Maka dari itu materi muatan yang dimuat dalam undang-undang sudah seharusnya tidak merugikan hak-hak konstitusi masyarakat.

Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga yang menjadi sarana pengaduan yang di sediakan oleh UUD 1945 apabila undang-undang yang dibentuk DPR dan disahkan oleh Presiden bertentangan dengan hak-hak konstitusi masyarakat

<sup>3</sup> Maria Farida Indrati S. *Ilmu Perundang-undangan: Jenis,Fungsi, dan Materi Muatan*,(Yogyakarta: Kansius 2007), hlm 41. Dalam arti suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif yaitu Norma Dasar (*Grundnorm*).

<sup>4</sup> *Ibid*, h. 44-45.

<sup>5</sup> Indonesia(a), Undang-Undang Republik Indonesia tentang *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UUNo. 12, (LN No. 82 Tahun 2011, TLN No.4389), Pasal 7 dan 1.

<sup>6</sup> Indonesia (b), Undang-Undang Dasar 1945, Pasal 5 dan Pasal 20.

<sup>7</sup> *Ibid*, Indonesia (a), Pasal 16 dan Pasal 20.

<sup>8</sup> *Ibid*, Indonesia (a), Pasal 10.

yang terdapat dalam UUD 1945. Mahkamah Konstitusi disebut sebagai lembaga yudikatif pengawal konstitusi atau disebut juga dengan Negatif Legislator, yang fungsi dan kewenangannya menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dan memutus sengketa lembaga negara.<sup>9</sup>

Disinilah peran penting dari MK sebagai lembaga yudikatif pengawal konstitusi untuk mengawasi setiap produk undang-undang yang dikeluarkan oleh DPR bersama Presiden, agar setiap materi muatan dalam undang-undang yang dibentuk oleh DPR dan disahkan oleh Presiden tidak bertentangan dengan UUD 1945.

Sejak periode 2005 hingga 2009 terdapat 284 (dua ratus delapan puluh empat) judul RUU yang ditetapkan oleh DPR ke dalam prolegnas jangka menengah, melalui keputusan DPR tanggal 1 Februari 2005 yang memuat 284 (dua ratus delapan puluh empat) judul RUU yang telah disusun oleh DPR bersama Presiden. Dari 284 (duaratus delapan puluh empat) judul RUU, DPR periode 2004–2009 hanya dapat menyelesaikan 193 (seratus sembilan puluh tiga) RUU yang disahkan menjadi undang-undang.<sup>10</sup> Dari 193 (seratus sembilan puluh tiga) undang-undang yang telah disahkan tersebut, terdapat 150 (seratus lima puluh) putusan MK atas 73 (tujuh puluh tiga) undang-undang yang diajukan *Judicial Review* oleh masyarakat. Dari jumlah putusan tersebut, 40 (empat puluh) putusan diantaranya dikabulkan MK.<sup>11</sup> Pada Tahun 2010 s/d 2012 pengujian undang-undang terjadi peningkatan<sup>12</sup> yang sangat drastis hanya dengan jangka waktu 3 Tahun MK telah mengabulkan sebanyak 68 perkara PUU.<sup>13</sup>

Dapat dilihat dari penjelasan diatas bahwa suatu materi muatan undang-undang tersebut tidak menjadi representasi dari peraturan yang menjadi dasar dan sumber terbentuknya suatu undang-undang menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, masih banyak saja materi muatan undang-undang yang dibatalkan oleh MK.

Penulisan ini digunakan untuk menjawab permasalahan mengenai Apa yang menyebabkan suatu materi muatan undang-undang bertentangan dengan UUD 1945? Serta Bagaimana tindak lanjut yang dilakukan DPR terhadap suatu undang-undang yang telah diputus dan dinyatakan bertentangan oleh Mahkamah

<sup>9</sup> *Ibid.* Indonesia (b), Pasal 24C.

<sup>10</sup> Badan Legislasi DPR RI Kinerja dan Evaluasi 2005-2009 (14 september 2009).

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Mafud MD, MK: 2012 Prosentase Pembatalan UU Meningkat <http://www.djpp.kemenumham.go.id/berita-hukum-dan-perundang-undangan/2366-mk-2012-prosentase-pembatalan-uu-meningkat.html>, diunduh, 16 April 2015.

<sup>13</sup> Mahkamah Konstitusi Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.RekapPUU>, diakses 21, April 2015.

Konstitusi (MK) terhadap UUD 1945? Sedangkan metode penelitian yang digunakan didalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif yakni penelitian yang secara doktrinal meneliti dasar aturan dan perundang-undangan mengenai upaya perwujudan materi muatan dalam pembentukan suatu undang-undang oleh DPR dengan persetujuan bersama Presiden, baik secara vertikal maupun secara horizontal, sistematis dan asas dalam suatu pembentukan undang-undang. Data sekunder yang diperoleh melalui bahan-bahan hukum dan dianalisis dengan analisis kualitatif yang menghasilkan suatu data deskriptif-analitis<sup>14</sup>

## II. PEMBAHASAN

### A. Penyebab Suatu Materi Muatan Undang-Undang Bertentangan Dengan UUD 1945

Di Indonesia, menurut UUD 1945, jelas tergambar bahwa dalam pelaksanaan fungsi legislatif, lembaga utamanya adalah DPR (Dewan Perwakilan Rakyat).<sup>15</sup> Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 Perubahan menentukan bahwa: “Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang,” artinya kekuasaan legislasi berada di tangan DPR sebagai lembaga negara yang diperuntukan dalam membentuk suatu undang-undang.

Kemudian Pasal 20 ayat (2) UUD 1945 Perubahan menyatakan bahwa, “Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama.”<sup>16</sup> Artinya bahwa, DPR sebagai lembaga negara yang memegang kekuasaan membentuk undang-undang dalam hal ini harus mendapatkan persetujuan bersama dengan Presiden, karena Presiden sebagai lembaga eksekutif yang menjalankan undang-undang yang dibentuk oleh DPR. Sehingga rancangan undang-undang dibahas bersama-sama atau dengan serentak dilakukan ke 2 (dua) lembaga tersebut.

Selain memiliki fungsi legislasi DPR juga memiliki fungsi anggaran dan pengawasan, sebagaimana tertuang dalam Pasal 20A ayat (1) UUD 1945 Perubahan. Keseluruhan fungsi DPR tentu saja berkaitan erat dengan fungsi perwakilan rakyat. Sebagai konsekuensi, untuk melaksanakan fungsi tersebut, DPR diberikan

<sup>14</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: Universita Indonesia, cet ke tiga 1986), hlm 250.

<sup>15</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, cetakan dua, 2011), hlm 259.

<sup>16</sup> Maria Farida Indrati. S, *Op. Cit.*, Maria Farida Indrati S berpendapat bahwa, ketentuan dalam Pasal 20 ayat

<sup>17</sup> UUD 1945 Perubahan tersebut bermakna, agar di dalam membentuk undang-undang Dewan Perwakilan Rakyat harus melaksanakannya dengan persetujuan, atau dengan berbarengan, serentak, bersama-sama dengan Presiden. Agar undang-undang itu dapat terbentuk, kedua kewenangan tersebut dilaksanakan bersama-sama, oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden, hlm. 134.

hak intrepelasi, hak angket, dan hak menyatakan pendapat.<sup>17</sup> Selain hak secara kelembagaan, anggota DPR memiliki hak yang tidak mungkin dilepaskan dengan fungsi DPR,<sup>18</sup> selain itu hak yang juga diatur dalam pasal lain yaitu mengenai hak mengajukan RUU.<sup>19</sup>

Undang-undang adalah hukum tertulis yang dibentuk oleh DPR dengan Presiden. Pembentukan undang-undang merupakan rangkaian proses pembuatan undang-undang yang pada dasarnya dimulai dari perencanaan, persiapan, teknik penyusunan, perumusan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan.<sup>20</sup>

Undang-undang dari sudut pandang formil adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh DPR dan Presiden serta harus mendapat persetujuan bersama. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan* dapat ditafsirkan mengatur mengenai pembatasan pembentukan peraturan perundang-undangan, sebab dalam pembentukan undang-undang secara materil harus mengacu pada undang-undang sebagai pengaturan lebih lanjut ketentuan UUD 1945 Perubahan yang meliputi:

1. Pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan UUD NKRI Tahun 1945;
2. Perintah suatu undang-undang untuk diatur dengan undang-undang;
3. Tindak lanjut atas putusan Mahkamah Konstitusi; dan/atau
4. Pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat.<sup>21</sup>

Dalam UUD 1945 Perubahan terdapat sekitar 44 (empat puluh empat) ketentuan yang memerlukan pengaturan lebih lanjut yang diperintah oleh UUD 1945 yang cara pengaturannya berbeda-beda. Dalam proses pembentukan undang-undang, hal ini penting untuk diperhatikan dan ini juga menjadi dasar pertimbangan ketika menyusun program legislasi nasional (prolegnas).<sup>22</sup> RUU yang diusulkan untuk dimasukkan dalam prolegnas harus mampu menggambarkan materi muatan yang akan diatur, apakah materi itu memang muatan undang-undang atau tidak. Perlu diperhatikan juga apakah pengaturannya harus dalam undang-undang tersendiri untuk materi muatan itu, atau bisa juga tidak dalam undang-undang tersendiri. Di dalam prakteknya, hal ini sering masih tercampur

<sup>17</sup> Indonesia (a), Undang-Undang Dasar 1945 Perubahan, Pasal 20A ayat (2).

<sup>18</sup> *Ibid*, Indonesia (a), Pasal 20A ayat (3).

<sup>19</sup> *Ibid*, Indonesia (a), Pasal 21.

<sup>20</sup> Indonesia (b), Undang-Undang Republik Indonesitentang *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12, (LN No. 82 Tahun 2011, TLN No.4389).

<sup>21</sup> *Ibid*, Pasal 10 ayat 1.

<sup>22</sup> *Ibid*.

aduk. Mungkin saja usul dalam bentuk judul RUU diajukan semata-mata didasarkan atas keinginan atau “will”, tidak didasarkan pertimbangan yang komprehensif melalui kajian dengan argumentasi yang dirumuskan dalam latar belakang pemikiran yang disertai analisis sebagaimana layaknya sebuah perencanaan.<sup>23</sup>

Untuk merumuskan kajian dan analisis sebagai bahan dasar pertimbangan sebagaimana dimaksud diatas, sesungguhnya tidak perlu diserahkan kepada DPR dan seharusnya DPR tidak masuk terhadap hal-hal yang bersifat perumusan awal. Tugas merumuskan konsepsi awal seharusnya memang diserahkan kepada kelompok pakar atau ahli dan pengambilan keputusan atas setiap konsepsi yang merupakan produk lembaga di DPR diputuskan oleh DPR itu sendiri.<sup>24</sup>

Secara formil pembentukan peraturan perundang-undangan telah diatur dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa tahapan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dimulai dari tahap perencanaan, persiapan, teknik penyusunan, perumusan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan.

Tahap perencanaan pembentukan undang-undang menurut undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan diwujudkan dalam Program legislasi nasional (prolegnas). Prolegnas merupakan wujud perencanaan dari pembentukan undang-undang. Menurut Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan program legislasi nasional adalah “instrumen perencanaan program pembentukan undang-undang yang disusun secara terencana, terpadu, dan sistimatis”.

Perencanaan merupakan unsur dalam manajemen, langkah awal sebelum melaksanakan sesuatu. Dari perencanaan akan tergambar tujuan yang hendak dicapai dan bagaimana setiap unsur terkait diorganisasikan dan bekerja untuk mencapai tujuan yang dikehendaki. Oleh karena itu, perencanaan mempunyai peranan penting dalam pengelolaan kegiatan atau program. Prolegnas sebagai bagian dari perencanaan pembangunan nasional dari sudut pandang perencanaan hendaknya juga mampu menggambarkan arah pembangunan hukum dalam kurun waktu tertentu, selain itu prolegnas juga menjadi sarana untuk mengatur jalannya pembangunan nasional itu sendiri. Oleh karena itu, prolegnas hendaknya dipahami

<sup>23</sup> Patiniari Siahaan, *Politik Hukum Pembentukan Undang-undang Pasca Amandemen UUD 194*, (Jakarta, Konpress, 2012), h. 357-360.

<sup>24</sup> *Ibid.*

bukan sebagai himpunan daftar judul RUU, tetapi mengandung substansi politik hukum sebagai sarana untuk mewujudkan tujuan pembangunan secara tertib dan teratur.<sup>25</sup>

Manfaat prolegnas bagi pelaksanaan fungsi legislasi DPR ada 2 (dua) yaitu, pertama, agar DPR terlibat dalam penyusunan hukum yang diperlukan bagi pembangunan hukum di Indonesia, kedua, agar pembangunan hukum dilaksanakan secara terarah, menyeluruh, dan terpadu. Oleh karena itu, penyusunan prolegnas harus sesuai dengan visi dan misi pembangunan hukum nasional, dan yang menjadi cita-cita masyarakat yang dituangkan dalam UUD 1945. Artinya prolegnas tidak dilihat sebagai bentuk daftar keinginan semata, tetapi dilandasi jiwa dan kehendak untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat sesuai dengan apa yang menjadi visi, misi pembangunan hukum nasional serta cita-cita bangsa ini.<sup>26</sup>

Dalam hal ini ada suatu pandangan yang menyatakan bahwa, pembentukan undang-undang dewasa ini, belum memenuhi tujuan pembuatan undang-undang yang memiliki karakteristik berkelanjutan, karena tidak didukung oleh profesionalitas sumber daya manusia yang berperan dalam pembentukan undang-undang. Selain itu, proses pembentukannya juga sangat elitis dan sarat kepentingan, serta diperparah lagi oleh lemahnya koordinasi antar sektor dalam penyusunan materi muatan.<sup>27</sup>

Tahapan selanjutnya, yaitu persiapan dan pengajuan RUU, ini dua (2) hal yang berbeda dari segi bahasa, tetapi merupakan suatu rangkaian kegiatan dalam menghasilkan RUU yang disebut sebagai produk awal legislasi. Sebagaimana diketahui fungsi legislasi menyangkut kegiatan, prakarsa pembentukan undang-undang, pembahasan RUU, pengesahan RUU, dan ratifikasi.<sup>28</sup> Proses penyiapan RUU tidak terlepas dari diskusi dan penyerapan aspirasi masyarakat, karena pada dasarnya pembentukan undang-undang merupakan suatu kegiatan yang dilakukan oleh lembaga negara untuk pemenuhan kebutuhan masyarakat terhadap pengaturan dalam hal bertindak laku dalam suatu negara. Apabila penyusunan RUU tersebut dilakukan melalui penyerapan aspirasi masyarakat dari bawah, maka undang-undang yang dibentuk tersebut akan berlaku sesuai dengan kehendak masyarakat dan masa berlakunya pun akan lebih lama.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> *Ibid.*, h. 361.

<sup>26</sup> *Ibid.*, h. 363.

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

<sup>28</sup> *Ibid.*, h. 387.

<sup>29</sup> *Ibid.*, h. 394.

Teknik penyusunan undang-undang merupakan salah satu dari rangkaian proses pembentukan undang-undang, oleh karena itu dasar penyusunan RUU harus disertai Naskah Akademik.<sup>30</sup> Naskah Akademik adalah “naskah yang dapat dipertanggung jawabkan secara ilmiah mengenai konsepsi yang berisi latar belakang, tujuan penyusunan, sasaran yang ingin diwujudkan dan lingkup, jangkauan, objek, atau arah pengaturan RUU”.<sup>31</sup> Naskah Akademik memuat sekurang-kurangnya:

1. Dasar filosofis
2. Dasar sosiologis
3. Dasar yuridis
4. Pokok dan lingkup materi yang akan diatur.

Dengan memahami substansi Naskah Akademik, dapat diketahui fondasi ilmiah suatu RUU. Melalui naskah akademik, dapat diketahui bahwa RUU tidak disusun karena kebutuhan sesaat, mendadak atau pemikiran yang tidak mendalam, karena bagaimanapun jika sudah menjadi undang-undang akan menyangkut rakyat banyak dan mengikat umum yang nantinya akan mempunyai akibat hukum. Oleh karena itu, yang tertuang dalam Naskah Akademik harus diperhatikan dalam proses pembahasan.

Pembahasan RUU merupakan rangkaian kegiatan lanjutan dan dapat dikategorikan agenda utama dari proses pembentukan undang-undang. Setiap RUU yang berasal dari DPR, Presiden, ataupun DPD dibahas DPR dan Presiden untuk mendapatkan persetujuan bersama terhadap RUU yang akan dijadikan suatu undang-undang. RUU yang telah disetujui bersama oleh DPR dan Presiden disampaikan oleh pimpinan DPR kepada Presiden untuk disahkan menjadi undang-undang. Pengundangan undang-undang adalah penempatan Peraturan Perundang-undangan dalam Lembaran Negara RI, Tambahan Lembaran Negara RI, Berita Negara RI, Tambahan Berita Negara RI, Lembaran Daerah, atau Berita Daerah.<sup>32</sup>

Pada masa bakti periode 2004–2009, DPR telah menetapkan Prolegnas jangka menengah 2005–2009,<sup>33</sup> melalui keputusan DPR tanggal 1 Pebruari 2005 yang

<sup>30</sup> *Ibid*, Indonesia (b), Pasal 19 ayat (3) dan 44 ayat (2), mengatakan bahwa, dalam lampiran yang tidak terpisahkan dari Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan* mengenai teknik penyusunan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar penyusunan RUU harus disertai dengan Naskah Akademik.

<sup>31</sup> Indonesia (c), Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 68 Tahun 2005 tentang *Tata Cara Memerisapkan Rancangan undang-undang, Rancangan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang, Perancangan Peraturan Pemerintah, dan Rancangan Peraturan Presiden*, Pasal 1 ayat (7).

<sup>32</sup> Patiniari Siahaan, *Op. Cit.*, h. 424-425.

<sup>33</sup> Berdasarkan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, yang merupakan Prolegnas yang pertama dalam sejarah perundang-undangan di Indonesia.

memuat 284 (dua ratus delapan puluh empat) judul RUU.<sup>34</sup> Meskipun Prolegnas tersebut telah disusun oleh DPR bersama Pemerintah berdasarkan metode dan parameter tertentu secara terkoordinasi, terarah, dan terpadu, namun ternyata Penyusunan Prolegnas tersebut masih memiliki beberapa kelemahan, karena tidak mempertimbangkan kapasitas DPR, baik dari segi waktu dan daya dukung.

Prolegnas 2005–2009 menetapkan sebanyak 284 (dua ratus delapan puluh empat) RUU dengan perincian 150 (seratus lima puluh) RUU yang tidak diajukan dalam prolegnas, 130 (seratus tiga puluh) RUU yang masuk Prolegnas tahunan, dan 27 (dua puluh tujuh) RUU non Prolegnas.<sup>35</sup> Dari data tersebut, apabila di perhatikan Daftar RUU yang ditetapkan oleh prolegnas ada beberapa judul yang sama yaitu:

1. Judul RUU Nomor 110 (RUU tentang Administrasi/Ketatalaksanaan Administrasi Pemerintahan) sama dengan judul RUU Nomor 177 (RUU tentang Administrasi Pemerintahan).
2. Judul RUU Nomor 30 (RUU tentang Badan Hukum Pendidikan) sama dengan judul RUU Nomor 195 (RUU tentang Badan Hukum Pendidikan).
3. Judul RUU Nomor 13 (RUU tentang Perkreditan Perbankan) sama dengan judul RUU Nomor 127 (RUU tentang Perkreditan Perbankan).
4. Judul RUU Nomor 180 (RUU tentang Pengesahan Internasional *Covenant On Civil Political Rights* (ICCPR)) sama dengan judul RUU Nomor 206 (RUU tentang Pengesahan *Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR)).<sup>36</sup>

Artinya, berdasarkan data inventarisasi badan legislasi dari 284 (dua ratus delapan puluh empat) judul RUU yang masuk dalam prolegnas 2005–2009 terdapat 4 (empat) judul RUU yang sama dan diperkirakan terdapat 65 (enam puluh lima) judul RUU yang memiliki kemiripan substansi yang dapat disatukan dalam judul RUU. Padahal, apabila substansi judul-judul tersebut disatukan maka tidak banyak substansi yang sama dengan pengaturan yang sama pula. Dengan demikian, seharusnya jumlah judul RUU yang masuk dalam prolegnas menjadi 246 (dua ratus empat puluh enam) bukan 284 (dua ratus delapan puluh empat) judul RUU.<sup>37</sup> Ini merupakan suatu permasalahan yang tidak dapat dipandang sebelah mata, melainkan masalah yang harus secara serius ditangani karena apabila terjadi suatu kemiripan atau kesamaan antara judul maupun substansi

<sup>34</sup> Badan Legislasi DPR RI. *Kinerja & Evaluasi 2005-2009*, (14 September 2009), h. 18-20.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, h. 509.

judul RUU akan menjadi suatu permasalahan yang nantinya setelah RUU tersebut diundangkan, dan RUU yang telah diundangkan tersebut tidak menjadi suatu representasi dari amant UUD 1945.

Hal-hal yang menyebabkan materi muatan undang-undang bertentangan dengan UUD 1945, bahwa penentuan RUU dalam Daftar Prioritas Prolegnas belum sepenuhnya menggunakan kriteria yang jelas dan tepat sehingga tidak mencerminkan suatu pengaturan lebih lanjut dari UUD 1945.<sup>38</sup> Ini mengakibatkan banyaknya substansi materi muatan yang sama dan bertentangan dengan UUD 1945.<sup>39</sup>

Proses penyusunan RUU tidak terlepas dari Naskah akademik seperti yang telah diatur dalam Pasal 19 ayat (3) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undang yaitu:

*“Materi yang diatur sebagaimana dimaksud pada ayat (2) yang telah melalui pengkajian dan penyesuaian dituangkan dalam Naskah Akademik”.*

Artinya, bahwa setiap RUU harus mempunyai naskah akademik. Penulis dalam hal ini menggunakan argumentasi *a contrario* untuk menafsirkan pasal tersebut yaitu, apabila tidak adanya suatu Naskah Akademik dalam RUU maka RUU tersebut cacat, karena keilmihan suatu RUU tersebut masih di ragukan.

Pada periode 2004–2009 penentuan daftar judul RUU sebanyak 284 (dua ratus delapan puluh empat) yang masuk dalam prolegnas tidak disertai Naskah Akademik, sehingga terjadi beberapa judul RUU memiliki kesamaan dan materi muatan atau setidaknya kedekatan substansi materi yang akan diatur. Hal ini demikian tampak dari beberapa judul yang mempunyai lingkup materi hampir tidak berbeda dan kebutuhan hukum yang ada tidak dijadikan dasar sebagai kriteria di dalam pengusulan Suatu RUU.<sup>40</sup>

Suatu norma dianggap sah sebagai norma hukum (*legal norm*) yang mengikat untuk umum apabila norma hukum itu berlaku karena diberlakukan atau karena dianggap berlaku oleh para subjek hukum yang diikatnya. Norma-norma hukum dimaksud dapat dianggap berlaku karena pertimbangan yang bersifat filosofis, pertimbangan yuridis, pertimbangan sosiologis dan pertimbangan politis.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Indonesia (b), *Op. Cit.*, Pasal 10 ayat (1).

<sup>39</sup> Putusan Sidang , Putusan 21-22 PUU V 2007.

<sup>40</sup> PatiniariSiahaan, *Op. Cit.*, h. 510.

<sup>41</sup> Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit.* h. 166.

Norma-norma yang dimasukkan dalam RUU Periode 2004–2009 tidak melalui pertimbangan-pertimbangan yang seperti dijelaskan diatas, padahal keberlakuan suatu norma tidak dapat terlepas dari keberlakuan filosofis, yuridis, sosiologis, dan politis. Karena pertimbangan-pertimbangan inilah yang nantinya menjadi parameter yang digunakan untuk menilai RUU yang layak dimasukkan sebagai RUU prolegnas.

Apabila setiap norma-norma yang dimasukkan dalam RUU ini melalui pertimbangan filosofis, yuridis, sosiologis, dan politis akan membawa suatu RUU tersebut menjadi suatu undang-undang yang mencerminkan cita-cita dan keinginan masyarakat terhadap suatu hal yang harus diatur oleh undang-undang dalam negara ini, sehingga tidak berakhir dimeja Mahkamah Konstitusi untuk di *judicial review*.

Dari 193 (seratus sembilan puluh tiga) undang-undang yang telah disahkan Periode 2004–2009 terdapat 150 (seratus lima puluh) putusan MK atas 73 (tujuh puluh tiga) undang-undang yang diajukan *judicial review* oleh masyarakat. Dari jumlah putusan tersebut, 40 (empat puluh) putusan diantaranya dikabulkan MK.<sup>42</sup>

Menurut analisa penulis bahwa dari jumlah putusan tersebut, 40 (empat puluh) putusan yang dikabulkan oleh MK terhadap undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 dari periode 2004-2009 tersebut tidak melalui pertimbangan filosofis, yuridis, sosiologis, dan politis, sehingga mengakibatkan kerugian bagi masyarakat atas diundangkannya undang-undang tersebut, oleh karena itu, masyarakat mengajukan *judicial review*.

Kemudian ditinjau dari asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang diatur dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, bahwa pembentukan peraturan perundang-undangan harus berdasarkan pada asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik yang meliputi:

1. Kejelasan tujuan;
2. Kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat;
3. Kesesuaian antar jenis, hierarki, dan materi muatan;
4. Kedayagunaan dan kehasilgunaan;
5. Kejelasan rumusan; dan
6. Keterbukaan.

<sup>42</sup> Badan Legislasi DPR RI. *Kinerja dan Evaluasi 2005-2009* (14 september 2009), h. 20.

Berdasarkan asas di atas, penulis menganalisis bahwa 40 (empat puluh) putusan undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 yang dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi pada periode 2004–2009 dalam proses pembentukannya tidak sesuai dengan asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik seperti yang tercantum dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, terutama pada kesesuaian antar jenis, hierarki, dan materi muatan, kedayagunaan dan kehasilgunaan, dan kejelasan rumusan. Penulis berpendapat demikian, karena didasari oleh kenyataan bahwa terdapat 150 (seratus lima puluh) permohonan atas 73 (tujuh puluh tiga) undang-undang dari 193 (seratus sembilan puluh tiga) RUU yang telah disahkan menjadi undang-undang untuk di *judicial review* ke MK,<sup>43</sup> dan 4 (empat) judul RUU yang sama, maka dari itu penulis mempunyai hasil analisis seperti uraian sebelumnya.

Apabila DPR dalam hal membentuk peraturan perundang-undangan sesuai dengan asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik berdasarkan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang peraturan perundang-undangan, maka tidak akan terjadi permohonan *judicial review* terhadap RUU yang telah disahkan. Dari 150 (seratus lima puluh) permohonan, 40 (empat puluh) diantaranya telah dikabulkan oleh MK terhadap permohonan perihal undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945. Permohonan *judicial review* atas undang-undang ini terjadi karena masyarakat merasa dirugikan atas diundangkannya undang-undang tersebut. Sehingga undang-undang tersebut dianggap menimbulkan kerugian terhadap masyarakat dan tidak sesuai dengan kebutuhan hukum dalam masyarakat.

Hal-hal yang berikutnya yang menyebabkan materi muatan undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 yaitu mengenai penentuan materi muatan yang tidak sesuai dengan pedoman yang ada, seperti yang telah diajukan oleh A. Hamid S. Attamimi. Dalam hal menemukan suatu materi muatan undang-undang menurut A. Hamid S. Attamimi digunakan 3 (tiga) pedoman yaitu:

1. Dari ketentuan dalam Batang Tubuh UUD 1945.
2. Berdasarkan Wawasan Negara berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*).
3. Berdasarkan wawasan Pemerintahan berdasarkan sistem Konstitusi.

Ketentuan materi muatan undang-undang Indonesia yang harus diatur menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Pasal 10 ayat (1) sebagai berikut:

<sup>43</sup> *Ibid*, Badan Legislasi DPR RI.

1. Pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Perintah suatu undang-undang untuk diatur dengan undang-undang;
3. Tindak lanjut atas putusan Mahkamah Konstitusi; dan atau
4. Pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat.

Materi muatan undang-undang haruslah berpedoman pada Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, agar tidak terjadi kesewenangan pejabat pembentuk undang-undang dalam membentuk suatu undang-undang, karena undang-undang merupakan kebutuhan masyarakat terhadap pengaturan segala aspek hidup warga negara untuk melakukan suatu tindak laku agar terciptanya kesejahteraan hidup dalam negara.<sup>44</sup>

Apabila dilihat dari 3 (tiga) cara penemuan materi muatan undang-undang sebagaimana yang dimaksud oleh A. Hamid S. Attamimi, maka saat ini terdapat 43 (empat puluh tiga) hal yang diperintahkan secara tegas-tegas diatur dengan undang-undang berdasarkan ketentuan dalam Batang Tubuh, wawasan Negara berdasarkan hukum, dan wawasan pemerintahan berdasarkan konstitusi yaitu:

Pasal 2 (1), Pasal 6 (2), Pasal 6A (5), Pasal 11 (3), Pasal 12, Pasal 15, Pasal 16, Pasal 17 (4), Pasal 18 (1), Pasal 18 (7), Pasal 18A (1), Pasal 18A (2), Pasal 18B (1), Pasal 18B (2), Pasal 19 (2), Pasal 20A (4), Pasal 22A (4), Pasal 22B, Pasal 22C (4), Pasal 22D (4), Pasal 22E (6), Pasal 23E (3), Pasal 23G (2), Pasal 24 (3), Pasal 24A (5), Pasal 24B (4), Pasal 24C (6), Pasal 25, 25A, Pasal 26 (1), Pasal 26 (2), Pasal 28, Pasal 28I (5), Pasal 30 (5), Pasal 31 (2), Pasal 33 (5), Pasal 34 (4), Pasal 36C.<sup>45</sup>

DPR periode 2004–2009 berhasil menyelesaikan 193 RUU menjadi undang-undang dari 284 (dua ratus delapan puluh empat) daftar judul RUU yang disahkan melalui keputusan DPR tanggal 1 Pebruari 2005. Menurut analisis penulis, berdasarkan cara penemuan materi muatan undang-undang menurut A. Hamid S. Attamimi, yang dilihat dari judul substansi materi muatan, 193 (seratus sembilan puluh tiga) RUU yang disahkan menjadi undang-undang tersebut hanya ada sekitar 19 RUU yang disahkan menjadi undang-undang yang diperintahkan secara tegas oleh Batang Tubuh UUD 1945 Perubahan untuk diatur oleh undang-undang, maupun yang berdasarkan wawasan negara berdasar atas hukum, dan

<sup>44</sup> Pengaturan mengenai materi muatan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan* merupakan pengadopsian dari pendapat A. Hamid S. Hatamimi.

<sup>45</sup> Maria Farida Indrati. S., *Op. Cit.*

wawasan pemerintahan berdasarkan sistem konstitusi, diantaranya ialah: Pasal 2 ayat (1), Pasal 6 ayat (2), Pasal 6A ayat (5), Pasal 15, Pasal 16, Pasal 18 ayat (1), Pasal 18B ayat (1), Pasal 19 ayat (2), Pasal 22C ayat (4), Pasal 22E ayat (6), Pasal 23 ayat (1), Pasal 23A, Pasal 23D, Pasal 23G ayat (2), Pasal 24 ayat (3), Pasal 25A, Pasal 26 ayat (1) dan (3), Pasal 34 ayat (4), Pasal 36C.

**Tabel 2: Rincian Jumlah Undang-undang Diperintahkan Secara Tegas Oleh UUD 1945 Yang Disahkan Pada periode 2004/2009**

	UU yang disahkan periode 2004/2009	Diperintahkan secara tegas oleh UUD 1945	UU yang diperintahkan secara tegas oleh UUD 1945 yang disahkan	UU yang diabaikan berdasarkan perintah UUD 1945
<b>Jumlah</b>	<b>193</b>	<b>43</b>	<b>19</b>	<b>24</b>

**Sumber:** Diolah daridata Baleg DPR-RI.

Berdasarkan tabel di atas bahwa tidak sebandingnya antara apa yang telah diperintahkan secara tegas oleh Batang Tubuh UUD 1945 (Perubahan), wawasan negara berdasarkan atas hukum, dan wawasan pemerintahan berdasarkan sistem konstitusi untuk membentuk suatu undang-undang berdasarkan materi muatan yang telah diperintahkan secara tegas oleh aturan dasar. Pada hal terdapat 43 (empat puluh tiga) substansi yang diperintah secara tegas oleh Batang Tubuh UUD 1945 (Perubahan) dan sudah termasuk didalamnya mengenai wawasan negara berdasarkan atas hukum, dan wawasan pemerintah berdasarkan sistem konstitusi yang harus diatur dengan undang-undang. Ini yang mengakibatkan suatu undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 karena materi pembentukan materi mutannya tidak sesuai dengan apa yang telah diperintahkan secara tegas oleh UUD 1945.<sup>46</sup>

Berdasarkan tabel di atas penulis berpendapat bahwa ada 24 (dua puluh empat) materi muatan undang-undang yang diabaikan oleh DPR bersama presiden dalam menentukan suatu materi muatan undang-undang. Padahal 24 (dua puluh empat) materi muatan undang-undang tersebut merupakan suatu representasi dari apa yang dicitakan oleh bangsa Indonesia yang sudah selayaknya untuk diutamakan dalam hal pembentukan suatu undang-undang, karena pada dasarnya suatu materi muatan yang diperintahkan secara tegas oleh UUD 1945 merupakan

<sup>46</sup> Indonesia (b), *Op. Cit.*, Pasal 10.

suatu peraturan yang akan mengatur masyarakat Indonesia dalam bersikap tindak yang harus diatur lebih lanjut melalui undang-undang.<sup>47</sup>

## **B. Tindak Lanjut DPR terhadap Suatu Undang-Undang yang telah Diputus dan Dinyatakan Bertentangan oleh Mahkamah Konstitusi (MK) terhadap UUD 1945**

Pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi secara normatif telah diatur dalam UUD 1945 Perubahan dan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan dalam hal menguji suatu undang-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945, kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi ini diatur dalam Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi sebagai berikut:

*“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum”.*

Menurut Pasal 10 ayat (1) huruf c Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi terhadap undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 merupakan suatu materi muatan dalam pembentukan undang-undang.

Sebanyak 193 (seratus sembilan puluh tiga) undang-undang yang diselesaikan oleh DPR, 73 (tujuh puluh tiga) diantaranya diajukan *judicial review* ke MK, dan MK telah mengabulkan 40 (empat puluh) putusan. Dalam hal ini 40 (empat puluh) putusan yang diputus oleh MK tersebut berdasarkan Pasal 10 ayat (1) huruf d Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan merupakan suatu materi muatan untuk membentuk undang-

<sup>47</sup> Karena pada dasarnya UUD 1945 masih bersifat abstrak (*Staatsgrundgesetz*) yang merupakan Aturan Dasar Negara/ Aturan pokok Negara yang belum bisa memberikan suatu pengaturan yang konkrit terhadap suatu perbuatan yang dilakukan oleh masyarakat dalam bersikap tindak.

undang berikutnya, atau dengan kata lain bahwa putusan yang dikeluarkan oleh MK terhadap undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 merupakan materi muatan yang akan ditindak lanjuti oleh DPR bersama Presiden.<sup>48</sup>

Berdasarkan Data Baleg 2004–2009<sup>49</sup> menurut analisis penulis bahwa substansi materi muatan dari judul RUU yang dibentuk dan disahkan DPR bersama Presiden hanya ada 5 (lima) dari 193 (seratus sembilan puluh tiga) RUU disahkan menjadi undang-undang yang materi muatannya berdasarkan atas putusan MK diantaranya ialah:

1. Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.
2. Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 tentang Peradilan Umum.
3. Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.
4. Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama.
5. Rancangan Undang-Undang tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

Artinya, bahwa begitu banyak putusan yang dikabulkan oleh MK terhadap undang-undang yang bertentangan dengan UUD yang diabaikan oleh DPR bersama Presiden.<sup>50</sup> Pada hal Pasal 10 ayat (1) huruf d Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sangat jelas mengatakan bahwa undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 menjadi suatu materi muatan bagi DPR untuk menentukan suatu materi muatan yang akan diatur dalam undang-undang.

Namun berdasarkan Data baleg yang penulis temukan dalam Daftar RUU Program Legislasi Nasional Tahun 2005–2009 bahwa jumlah judul RUU komulatif terbuka akibat putusan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

<sup>48</sup> Indonesia (b), *Op. Cit.*, Pasal 10 ayat (2).

<sup>49</sup> Badan Legislasi DPR RI. *Kinerja dan Evaluasi* dan lampiran Daftar RUU Prolegnas 2005-2009 (14 september 2009).

<sup>50</sup> Lihat Putusan MK Tahun 2003-2009, situs <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.Putusan&id=1&kat=1> di akses pada 16 Desember 2013.

**Tabel 3: Judul RUU Daftar Kumulatif Terbuka Akibat Putusan MK**

NO	JUDUL RUU DAFTAR KUMULATIF TERBUKA AKIBAT PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
1	Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman
2	Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman
3	Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
4	Rancangan Undang-Undang tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi
5	Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 tentang Peradilan Umum
6	Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Peradilan Tata Usaha Negara
7	Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama

Sumber: Data Baleg DPR-RI.

Apabila diperhatikan tabel sebelumnya (tabel 3) bahwa ada 2 (dua) judul RUU yang sama yang masuk dalam daftar prolegnas kumulatif terbuka akibat putusan MK yaitu:

**Tabel 5: Judul RUU Yang Sama Masuk Dalam Daftar Kumulatif Terbuka Prolegnas Akibat Putusan MK**

1	Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman
2	Rancangan Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman

Sumber: Diolah dari data Baleg DPR-RI.

Jadi pada dasarnya jumlah judul RUU yang masuk dalam daftar prolegnas kumulatif terbuka akibat putusan MK bukanlah 7 (tujuh) RUU melainkan 6 (enam) RUU dan yang berhasil dijadikan undang-undang pada periode masa bakti DPR 2004-2009 yaitu 5 (lima) undang-undang. Menurut penulis, DPR dalam hal menentukan suatu materi muatan terhadap RUU yang akan masuk dalam daftar prolegnas tidak teliti, karena masih ada judul RUU yang sama masuk dalam daftar prolegnas kumulatif terbuka akibat putusan MK.

Pada Periode 2004–2009 ada 40 (empat puluh) putusan yang dikabulkan oleh MK atas 150 (seratus lima puluh) putusan dari 73 (tujuh puluh tiga) undang-undang yang diajukan *judicial review* oleh masyarakat ke MK atas undang-undang yang dibentuk dan disahkan oleh DPR bersama Presiden yang dianggap oleh masyarakat merugikan hak-hak konstitusional yang dijamin oleh UUD 1945 sebagai warga negara Indonesia.

**Tabel 6: Jumlah RUU yang Disahkan Menjadi UU yang Diputus oleh MK**  
**Sumber: Diolah dari data Baleg DPR-RI.**

	UU yang disahkan	UU yang diajukan <i>Judicial Review</i>	Putusan MK	Putusan yang dikabulkan oleh MK
<b>Jumlah</b>	<b>193</b>	<b>73</b>	<b>150</b>	<b>40</b>

Tabel 6 (enam) dapat menggambarkan uraian bahwa dari 40 (empat puluh) putusan yang dikabulkan oleh MK pada periode DPR 2004–2009 tidak ada satu putusan MK yang ditindak lanjuti oleh DPR terhadap undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 oleh MK berdasarkan daftar RUU yang telah disahkan menjadi undang-undang selama Periode Prolegnas jangka menengah Tahun 2005–2009.<sup>51</sup>

Seharusnya 40 (empat puluh) putusan yang diputus oleh MK tersebut merupakan materi muatan untuk membentuk undang-undang berikutnya. Ternyata DPR periode masa bakti 2004-2009 telah mengabaikan materi muatan tersebut, walaupun undang-undang yang telah diputus oleh MK sudah tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (tidak berlaku), namun bukan berarti untuk diabaikan, karena Pasal 10 ayat (1) huruf d dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun

<sup>51</sup> Bandingkan antara Putusan MK dari 2005/2009 dan Daftar Judul RUU yang disahkan menjadi undang-undang Periode Prolegnas 2005/2009 dan judul RUU Daftar Kumulatif Terbuka akibat Putusan MK 2005/2009.

2011 tentang *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan* mengatakan bahwa putusan MK merupakan suatu materi muatan undang-undang yang harus ditindak lanjuti oleh DPR atau Presiden.

Hal ini yang akan membawa masyarakat ke arah ketidakpercayaan terhadap suatu produk hukum (undang-undang) yang dihasilkan oleh DPR bersama Presiden. Artinya bahwa, ketika di dalam masyarakat timbul suatu ketidakpercayaan terhadap suatu produk hukum, maka masyarakat akan mengabaikan setiap undang-undang yang dibentuk oleh DPR bersama Presiden. Ini yang akan membahayakan negara karena ketika masyarakat mengabaikan suatu produk hukum yang berlaku di negara ini, maka hukum (undang-undang) tidak akan sampai pada tujuannya yaitu untuk ditaati oleh masyarakat dan mensejahterakannya.

### III. KESIMPULAN

Penyebab suatu materi muatan undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 yaitu penentuan RUU, Daftar Prioritas Prolegnas belum menggunakan kriteria yang jelas, tepat, dan konsisten, sehingga dinilai secara umum. Kurang Efektif untuk pemilihan norma-norma yang akan dituangkan dalam RUU prioritas tersebut, maka RUU yang telah disahkan menjadi undang-undang tidak mencerminkan suatu pengaturan lebih lanjut dari UUD 1945. Hal ini mengakibatkan banyaknya substansi materi muatan yang sama dan bertentangan dengan UUD 1945. Beberapa faktor lainnya yang menyebabkan suatu materi muatan undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 yaitu:

- a. RUU yang akan disahkan menjadi undang-undang tidak disertai Naskah Akademik.
- b. Norma-norma yang dimasukkan dalam RUU tidak melalui pertimbangan-pertimbangan keberlakuan filosofis, yuridis, sosiologis, dan politis.
- c. Undang-undang yang dibentuk tidak berdasarkan asas pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang baik, karena tidak mempunyai kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan, juga asas dapat dilaksanakan, serta asas kedayagunaan dan kehasilgunaan.

Seyogyanya menurut Pasal 10 ayat (1) huruf d Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, yaitu undang-undang yang telah diputus dan dinyatakan bertentangan oleh Mahkamah

Konstitusi (MK) terhadap UUD 1945 merupakan suatu materi muatan untuk membentuk undang-undang berikutnya, atau dengan kata lain bahwa putusan yang dikeluarkan oleh MK terhadap undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 merupakan materi muatan yang akan ditindaklanjuti oleh DPR bersama Presiden. Namun pada kenyataannya berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan penulis, bahwa dari Tahun 2005-2010 ada 40 (empat puluh) materi muatan undang-undang yang beredar di masyarakat yang belum ditindaklanjuti oleh DPR atau presiden. Padahal Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan telah mengatur hal tersebut.

Sehingga dalam hal penentuan RUU oleh DPR bersama Presiden yang dituangkan dalam Prolegnas tersebut seharusnya mempunyai kriteria yang jelas, tepat, dan konsisten dalam menentukan suatu norma-norma yang akan dituangkan dalam RUU tersebut, agar tercipta suatu arah kebijakan hukum yang berpihak pada masyarakat berdasarkan UUD 1945, sehingga ketika RUU tersebut diundangkan menjadi undang-undang tidak merugikan hak-hak konstitusional masyarakat dan tidak bertentangan dengan UUD 1945, sehingga dapat mensejahterakan masyarakat sesuai dengan cita bangsa. Putusan MK terhadap undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 harus ditindaklanjuti oleh DPR secara cermat, tepat pada sasaran, dan langsung dikoordinasikan kepada Presiden (melalui Menteri terkait), sehingga terjalin suatu kerja sama yang baik diantara lembaga negarayang terkait dengan fungsi legislasi.

## DAFTAR PUSTAKA

- Badan Legislasi DPR RI. 2009. *Kinerja dan Evaluasi Badan Legislasi Nasional 2005-2009*.
- Bagir Manan & Kuntana Magnar. 1997. *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*. Edisi Revisi. Bandung: PT Alumni.
- Christine S.T. Kansil. 2010. *Perbandingan Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Rineka Cipta.
- Jimly Asshiddiqie, 2011. *Perihal Undang-undang*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Mafud MD, MK: 2012 Prosentase Pembatalan UU Meningkat <http://www.djpp.kemenkumham.go.id/berita-hukum-dan-perundang-undangan/2366-mk-2012-prosentase-pembatalan-uu-meningkat.html>, diunduh, 16 April 2015.

Mahkamah Konstitusi Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.RekapPUU>, diakses 21, April 2015.

Maria Farida S Indrati. 2007. *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*. Yogyakarta: Kanisius.

Patiniari Siahaan. 2012. *Politik Hukum Pembentukan Undang-undang Pasca Amandemen UUD 1945*. Jakarta: Konpress, Oktober.

Soerjono Soekanto. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: Universita Indonesia.

Sri Soemantri. 1982. *Hak Uji Material di Indonesia*. Bandung: Alumni.

# **Pro-Kontra Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Menguji Undang-Undang yang Mengatur Eksistensinya**

## ***Pros and Cons of the Authority of the Constitutional Court in Adjudicating a Law that Regulates Its Existence***

**Tanto Lailam**

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta  
Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta, 55183.  
E-mail: tanto\_tatanegara@yahoo.com

Naskah diterima: 21/05/2015 revisi: 06/08/2015 disetujui: 23/11/2015

### **Abstrak**

Pro-kontra kewenangan MK dalam menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya diawali adanya benturan asas "*ius curia novit*" dengan asas "*nemo iudex idoneus in propria causa*". Selain itu, juga dilatarbelakangi oleh implikasi beberapa putusan MK (materi), terkadang melakukan terobosan hukum, misalnya membatalkan norma yang dipandang menghalangi/mereduksi tugas dan kewenangan MK, tambahan kewenangan menguji undang-undang sebelum amandemen UUD 1945, kewenangan tambahan dalam menguji Perppu, *ultra petita*, dan penggunaan non konstitusi sebagai tolok ukur, dan lainnya. Namun disisi lain, dilihat dari materi putusannya MK juga kadang memilih logika hukum yang kurang tepat dan anti akuntabilitas. Benturan asas dapat diselesaikan dengan pemahaman filosofi tujuan hukum (nilai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan), sehingga MK harus mengutamakan asas "*ius curia novit*" dan mengesampingkan asas "*nemo iudex idoneus in propria causa*", hal ini bertujuan agar tegaknya konstitusi (nilai-nilai) dan negara hukum Indonesia, sekaligus bagi MK bertujuan untuk menyelesaikan permasalahan konstitusional dan bertujuan untuk melindungi hak konstitusional.

**Kata Kunci:** Mahkamah Konstitusi, Pengujian Undang-Undang, Kewenangan, Pro-Kontra

### **Abstract**

*The Pro's – Con's of the Constitutional Court in the review of law in a regulated of the authority, since, it was a conflicting of procedural principles between "ius curia novit" with "nemo iudex in propria causa". Moreover, the background by implication of Constitutional Court decisions, sometimes Constitutional Court making a "rule breaking", for examples: nullify of some of law if had reduction of the authority, addition of constitutional authority to review of law before the 1945 Constitution amendment, additional authority to review of Government Regulation in lieu of law, and used non-constitution as a standard in the formal review, and others. On the other hand, the Constitutional Court also sometimes to choose a legal logic doesn't precise and anti-accountability principle. The Conflicts of the procedural principles can be resolved by understanding philosophy of purposes of law (justice value, legal certainly, utility principle), so that, the Court will have been prioritizing to "ius curia novit" principle and it ignored "nemo iudex in propria causa" principle, it is intended that the enforcement of the constitution (values) and the state of the Indonesian rule of law, as well as for the Court to aims decided of constitutional issues and to aim the protection of constitutional rights.*

**Keyword:** *Constitutional Court, Constitutional Review, Authority, Pro-Contra*

## **I. PENDAHULUAN**

Pembentukan Mahkamah Konstitusi (MK) yang independen merupakan wujud implementasi gagasan negara hukum, yang salah satu cirinya adalah menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi, sehingga konstitusi tersebut harus dilindungi atau dijaga dari tindakan yang menyimpang. Artinya MK dibentuk untuk terciptanya kehidupan bernegara hukum yang demokratis dan negara demokrasi berdasarkan hukum di Indonesia. Berfungsinya MK sebagai kekuasaan kehakiman yang independen merupakan katup penekan atas tindakan pelanggaran hukum di bidang ketatanegaraan tanpa terkecuali. Selain itu, keberadaan MK merupakan keharusan bagi suatu negara hukum yang demokratis dan merupakan konsekuensi perkembangan ketatanegaraan, serta politik hukum konstitusi.<sup>1</sup>

Dalam konteks ketatanegaraan, MK dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional ditengah masyarakat, MK bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggung jawab, ditengah kelemahan sistem konstitusi yang ada MK berperan sebagai

<sup>1</sup> Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi: Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Yogyakarta: Total Media, 2009, h.77

penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat”. Fungsi MK yaitu sebagai pengawal konstitusi, penafsir konstitusi, juga adalah pengawal demokrasi (*the guardian and the sole interpreter of the constitution, as well as guardian of the process of democratization*). Selain itu, keberadaan MK sekaligus untuk menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil dan merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan dimasa lalu yang ditimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi.

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 bahwa “MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD”, pasal tersebut sudah jelas bahwa MK memiliki kewenangan pengujian undang-undang. Namun, seiring berjalannya waktu muncul pro-kontra tentang kewenangan MK dalam menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya. Pro-kontra ini diawali dengan putusan MK No.004/PUU-I/2003 perihal pengujian Undang-undang No.14 Tahun 1985 yang menyatakan bahwa MK berwenang menguji undang-undang tersebut dan mengenyampingkan Pasal 50 UU MK No.24/2003. Berawal dari putusan tersebut, Putusan MK No. 066/PUU-II/2004 menjadi langkah awal “keberanian” MK dalam menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya, sebab putusan tersebut menyatakan batal Pasal 50 UU MK No.24/2003 “*Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945*”.

Perkembangan selanjutnya, MK justru lebih berani menguji dan membatalkan beberapa undang-undang yang berkaitan dengan eksistensinya, bahkan putusannya sering kali menimbulkan kontroversi di kalangan masyarakat. Beberapa putusan, misalnya putusan No.005/PUU-IV/2006 perihal pengujian UU Komisi Yudisial No.22/2004, putusan ini menimbulkan problem ditengah masyarakat, karena membatalkan beberapa pasal yang urgen terkait dengan pengawasan hakim MK. Kasus lain, misalnya putusan No. 49/PUU-IX/2011 perihal pengujian UU MK Perubahan No.8/2011 yang membatalkan beberapa pasal, salah satunya adalah Pasal 50A “*MK dalam menguji undang-undang terhadap UUD 1945 tidak menggunakan undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum*”, putusan ini justru memunculkan angin segar dalam pengujian undang-undang dan penegakan negara hukum, karena pasal ini dinilai membatasi/mereduksi kewenangan MK. Contoh lainnya adalah putusan No.1-2/PUU-XII/2014 yang menyatakan bahwa UU MK Perubahan Kedua No.4/2014 secara keseluruhan dinyatakan bertentangan

dengan UUD 1945, putusan ini dinilai kontroversial karena undang-undang ini lahir dalam bentuk Perppu, dan kelahiran dari Perppu ini adalah usaha untuk menyelamatkan MK dari kegaduhan dan kemerosotan institusi (penangkapan salah satu hakim yang menjabat Ketua MK oleh KPK karena kasus penyuapan).

Implikasi dari beberapa putusan tersebut adalah pro dan kontra terhadap kewenangan MK, apakah MK berwenang menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya, sebab adanya benturan asas *ius curia novit* dengan asas hukum *nemo iudex idoneus in propria causa* (hakim tidak boleh menguji perkara yang menyangkut dirinya sendiri), dalam asas ini hakim dapat saja mengutamakan kepentingannya sendiri dan sangat sulit untuk tidak memihak. Selain itu, karena banyaknya putusan MK yang dinilai baik atau kontroversial oleh sebagian masyarakat, terkadang putusan MK dinilai sebagai “terobosan hukum” karena dinilai memberikan angin segar dalam penegakan hukum dan keadilan, tetapi terkadang pula dinilai sebagai “terabasan hukum” karena dinilai terlalu kering dari nilai-nilai keadilan dan moralitas konstitusi, serta menyimpang dari rel reformasi hukum. Namun karena sifat putusan MK bersifat final dan mengikat dan tidak adanya upaya hukum lain, maka putusan MK tersebut mau tidak mau tetap dianggap sebagai “kebenaran hukum”, sekalipun masih menyisakan problem hukum. Untuk itulah kajian ini diperlukan agar membuka ruang diskusi yang lebih jernih dalam memahami kewenangan MK dan bagaimana hakim MK sebaiknya dalam menyelesaikan kasus yang berkaitan dengan eksistensinya. Berdasarkan latar belakang masalah di atas, maka rumusan masalah dalam kajian ini meliputi: apa yang melatarbelakangi pro-kontra MK dalam menguji undang-undang yang mengatur kewenangannya?, dan bagaimana landasan konstitusional (filosofis, yuridis, dan sosiologis) memahami permasalahan pro-kontra tersebut?

## II. PEMBAHASAN

Hasil kajian penulis menemukan bahwa MK sudah puluhan kali menguji undang-undang yang mengatur kewenangannya dan sudah puluhan kali pula putusan MK tersebut menimbulkan pro-kontra di tengah masyarakat, namun kajian ini hanya berkaitan dengan putusan yang dikabulkan oleh MK dan menyatakan batal sebuah pasal/ayat atau undang-undang secara keseluruhan. Artinya hasil temuan ini tidak termasuk putusan-putusan MK yang menolak perkara (putusan ditolak atau tidak diterima). Beberapa putusan MK yang mengundang pro-kontra

di tengah masyarakat, antara lain putusan No. 066/PUU-II/2004, putusan No. 005/PUU-IV/2006, Putusan No. 138/PUU-VII/2009, Putusan MK No. 48/PUU-IX/2011, Putusan No. 49/PUU-IX/2011, dan Putusan No. 1-2/PUU-XII/2014.

Pro-kontra tersebut diawali dari adanya asas hukum acara yang saling bertentangan, yaitu asas *ius curia novit* dengan asas *nemo iudex idoneus in propria causa*. Asas *ius curia novit* adalah asas bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kurang jelas, sebaliknya hakim harus memeriksa dan mengadilinya. Sementara asas *nemo iudex idoneus in propria causa* bahwa tidak seorang pun dapat menjadi hakim dalam perkaranya sendiri merupakan salah satu asas hukum beracara MK perwujudan dari imparzialità (ketidakberpihakan/*impartiality*) hakim sebagai pemberi keadilan.<sup>2</sup> Pilihan asas tersebut yang menimbulkan permasalahan, disatu sisi MK harus melaksanakan kewenangannya, disisi lain ada halangan bahwa hakim MK tidak boleh menjadi hakim dalam perkaranya sendiri.

Dalam Putusan No. 49/PUU-IX/2011 perihal pengujian UU MK Perubahan No. 8/2011, MK mempertegas bangunan argumentasi hukum mengapa MK berwenang menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya, sekaligus untuk menghilangkan adanya keragu-raguan mengenai objektivitas, netralitas, dan imparzialità hakim MK. Argumentasi MK tersebut, meliputi: *pertama*, keberadaan MK sebagai lembaga negara yang oleh UUD 1945 diberi kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945; *kedua* MK sebagai lembaga yang berfungsi mengawal konstitusi atau UUD (penafsir akhir UUD ketika terjadi sengketa konstitusional); *ketiga*, karena undang-undang yang dimohonkan pengujian adalah menyangkut MK, sehingga terkait dengan prinsip universal di dalam dunia peradilan tentang *nemo iudex in causa sua*, namun dalam konteks ini ada tiga alasan MK harus mengadili permohonan pengujian undang-undang ini yaitu: (i) tidak ada forum lain yang bisa mengadili permohonan ini; (ii) MK tidak boleh menolak mengadili permohonan yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak ada atau tidak jelas mengenai hukumnya; (iii) kasus ini merupakan kepentingan konstitusional bangsa dan negara, bukan semata-mata kepentingan institusi MK itu sendiri atau kepentingan perseorangan hakim konstitusi yang sedang menjabat. *Keempat*, Salah satu *objectum litis* dari proses peradilan di MK

<sup>2</sup> Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, h.68.

adalah masalah konstusionalitas undang-undang yang menyangkut kepentingan publik yang dijamin oleh konstitusi sebagai hukum yang tertinggi. Oleh karena itu, MK lebih menekankan pada fungsi dan tugasnya mengawal dan menegakkan konstitusi dengan tetap menjaga prinsip independensi dan imparialitas dalam keseluruhan proses peradilan.

Pandangan lain yang justru berbeda adalah Komisi Yudisial, dalam keterangan tertulis atas Perkara No. 1/PUU-XII/2014 dan No. 2/PUU-XII/2014 tentang pengujian UU MK Perubahan Kedua No. 4/2014 memiliki pendirian bahwa MK tidak berwenang menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya. Bangunan argumentasinya, meliputi: *Pertama*, penting bagi MK untuk menengok kembali asas hukum di dalam hukum acara, "seseorang tidak dapat menjadi hakim bagi dirinya sendiri" (*nemo iudex idoneus in propria causa*), atau juga sering di sebut dengan asas (dalam bahasa latin) *Nemo iudex in causa sua (or nemo iudex in sua causa)*. *Kedua*, dalam penegakan hukum modern, kontrol terhadap lembaga penyelenggara kekuasaan kehakiman bukan merupakan hal yang mustahil, hal ini untuk menjaga imparialitas hakim dan kepercayaan publik. *Ketiga*, terkait dengan permohonan uji materiil UU MK Perubahan Kedua No. 4/2014, telah menempatkan MK, sebagai "hakim bagi dirinya sendiri". *Keempat*, selama ini MK menggunakan argumen dalam putusan No. 005/PUU-IV/2006 bahwa berperkara di MK tidak sama berperkara di pengadilan biasa, sehingga asas itu tidak dapat diberlakukan dilingkungan peradilan MK. Pandangan ini keliru, tidak beralasan, tanpa dasar (*grundloss*) dan tidak dapat dijadikan argumentasi untuk mengabaikan prinsip/asas *nemo iudex idoneus in propria causa*. *Kelima*, penyimpangan terhadap asas ini juga bertentangan dengan prinsip atau asas kepatutan dan etika moral, *Keenam*, hakim MK dalam menghadapi persoalan ini hendaknya memperhatikan prinsip keadilan dan kebijaksanaan.

Problema tersebut semakin menajam, karena beberapa putusan MK justru menimbulkan kontroversi (pro-kontra) di tengah masyarakat, sebab beberapa putusan dinilai kering dari moralitas konstitusi, keadilan dan menjauh dari tujuan reformasi hukum di Indonesia. Di sisi lain, beberapa putusan justru memberikan solusi dan memperkuat eksistensi kelembagaan MK, bahkan memberikan desain ideal dalam penguatan kelembagaan MK ke depan. Beberapa putusan yang merupakan terobosan hukum, yaitu:

## 1. Putusan MK No. 066/PUU-II/2004

Putusan MK No. 066/PUU-II/2004 perihal pengujian Undang-undang No. 1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri dan pengujian UU MK No. 24/2003. Putusan ini membatalkan Pasal 50 UU MK No. 24/2003 yang berbunyi “*Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945*”. Pasal 50 UU MK No. 24/2003 tersebut dibatalkan karena telah mereduksi kewenangan MK karena mengatur pembatasan kewenangan pengujian oleh MK, jelas ketentuan ini bertentangan dengan UUD 1945. Sebelum Putusan MK No. 066/PUU-II/2004, MK telah memberikan argumentasi dalam Putusan MK No. 004/PUU-I/2003 perihal Pengujian Undang-undang No. 14 Tahun 1985 bahwa Pasal 50 UU MK No.24/2003 tersebut dapat disimpangi, bahwa:

*“Hakim MK karena jabatannya akan memeriksa perkara permohonan in casu dengan mengenyampingkan Pasal 50 tersebut dengan berpegang teguh kepada bunyi sumpah/ janji sebagaimana dimaksud dalam rumusan Pasal 21 ayat (1) UU MK No.24/2003 untuk memastikan bahwa keterikatan hakim konstitusi dalam menjalankan segala peraturan perundang-undangan itu adalah sepanjang peraturan perundang-undangan tersebut sejalan dan/ atau tidak bertentangan dengan UUD 1945”.*

Manurut Harun Al Rasyid bahwa pasal tersebut bertentangan dengan UUD 1945 dan merupakan suatu sikap yang sangat berdasar jika MK membatalkan pasal tersebut. Dengan kata lain bahwa Pasal 50 UU MK No. 24/2003 tersebut sejak awal telah melanggar konstitusi sehingga putusan MK untuk membatalkan pasal tersebut sebetulnya tidak diperlukan. Pembatalan Pasal 50 UU MK No. 24/2003 tersebut bisa dikatakan sebagai putusan yang memenuhi unsur progresif, karena melalui putusan tersebut kebutuhan bangsa untuk bisa menguji undang-undang yang masih berlaku namun diterbitkan sebelum amandemen dan merugikan hak konstitusional masyarakat dapat diajukan *judicial review*.<sup>3</sup> Putusan hakim yang progresif menurut ukuran Satjipto Rahardjo adalah putusan hakim yang mampu memenuhi kebutuhan bangsa dan putusan tersebut diputuskan karena merasakan dari penderitaan atau masalah yang dihadapi bangsanya sehingga melalui putusan tersebut

<sup>3</sup> Saldi Isra, Yuliandri, Feri Amsari, Charles Simabura, Dayu Medina, dan Edita Elda, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berfikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)*, Padang dan Jakarta: Pusat Studi Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Andalas dan Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2010, h.113

masalah/penderitaan tersebut mampu terpecahkan. Artinya putusan MK ini merupakan putusan yang baik dan merupakan terobosan hukum yang pertama, bahwa MK tidak terkungkung pada teks (Pasal) yang tidak adil dan jelas-jelas menghambat jalannya MK dalam menegakkan hukum dan keadilan melalui pengujian undang-undang.

## 2. **Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009**

Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Putusan ini bukan menguji undang-undang yang mengatur eksistensi MK, tetapi memiliki relevansi dan bahkan memperkuat kewenangan MK. Dalam konklusi pengujian tersebut MK berpendapat bahwa *"MK berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan a quo"*, artinya MK berwenang menguji Perppu (Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang) sebagai kewenangan baru/tambahan diluar UUD 1945.

Putusan MK yang menyatakan bahwa MK berwenang menguji Perppu adalah perkembangan baru yang positif dalam hukum ketatanegaraan Indonesia yang tak saja mengikat tidak saja para pihak, namun menjadi yurisprudensi dalam hukum ketatanegaraan di Indonesia. Dengan putusan tersebut, kemungkinan penyalahgunaan kekuasaan melalui Perppu dan kelemahan sistemik dalam UUD 1945 dalam mengawasi produk Presiden tersebut menjadi terantisipasi yang dengan sendirinya pula akan lebih memberikan perlindungan hukum bagi para pencari keadilan. Selain itu, pengujian Perppu oleh MK adanya solusi terhadap kekosongan hukum dalam UUD 1945 dengan tidak adanya lembaga negara yang berwenang menguji Perppu, sebab Perppu sejak disahkan telah berlaku umum dan mengikat, tentunya menimbulkan implikasi yuridis. Kewenangan tambahan ini tentu juga bertujuan untuk mencegah kerugian konstitusional akibat implikasi yuridis terbitnya Perppu.

## 3. **Putusan MK No. 48/PUU-IX/2011**

Putusan MK No. 48/PUU-IX/2011 perihal pengujian Pasal 45A UU MK Perubahan No. 8/2011 yang mengandung ketentuan *ultra petita*, *"Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi Permohonan pemohon, kecuali terhadap hal*

*tertentu yang terkait dengan pokok Permohonan*". Ketentuan Pasal 45A tersebut merupakan larangan *ultra petita*, *ultra petita* adalah penjatuhan putusan oleh hakim atas perkara yang tidak dituntut atau memutus melebihi dari pada yang diminta<sup>4</sup>, yang mana putusan *ultra petita* (tidak diminta) yang mengarah pada intervensi ke dalam bidang legislasi<sup>5</sup>. *Ultra petita* dalam hukum formil diartikan menjatuhkan putusan atas perkara yang tidak dituntut atau meluluskan lebih dari yang diminta<sup>6</sup>

Merujuk pada pandangan Mahfud MD bahwa MK pada dasarnya dilarang untuk membuat *ultra petita*, sebab dalam *ultra petita* MK masuk ke ranah legislatif<sup>7</sup>, sebab MK di desain untuk menguji undang-undang tanpa boleh ikut campur dalam pekerjaan legislasi.<sup>8</sup> Meski begitu ada juga yang berpendapat bahwa *ultra petita* boleh dilakukan oleh MK jika isi undang-undang yang dimintakan *judicial review* berkaitan langsung dengan pasal-pasal lain yang tak dapat dipisahkan. Pemikiran seperti itu wajar, tetapi kalau sebuah pasal undang-undang yang dimintakan uji materi ada kaitan dengan pasal-pasal lain yang tidak diminta untuk dibatalkan maka pembatalan tak bisa dilakukan atas pasal yang tidak diminta itu karena kalau itu dilakukan berarti merambah ke ranah legislatif. Bahwa pasal yang dibatalkan itu berkaitan dengan pasal lain, biarkan pembetulan/revisinya dilakukan oleh lembaga legislatif sendiri melalui *legislative review*. Jika ada pasal di dalam undang-undang menjadi tidak berlaku karena ada pasal lain yang dibatalkan oleh MK dengan sendirinya pasal tersebut tak dapat dilaksanakan sehingga dengan sendirinya pula lembaga legislatif dituntut untuk melakukan *legislative review*<sup>9</sup>

Merujuk pada pandangan Jimly Asshiddiqie bahwa MK boleh melakukan *ultra petita*, jika yang di-review adalah pasal-pasalnya, sementara pasal-pasal tersebut merupakan jantung undang-undang, sehingga berimplikasi pada pembatalan seluruh undang-undang, selain itu larangan *ultra petita* hanya dalam peradilan perdata. Sementara Bagir Manan menyebutkan bahwa *ultra petita* dapat dibenarkan jika dalam permohonan *review* mencantumkan permohonan *ex aequo et bono* (memutus demi keadilan)<sup>10</sup> Jika merujuk pada

<sup>4</sup> Ibnu Sina Chandranegara, "Ultra Petita dalam Pengujian Undang-Undang dan Jalan Mencapai Keadilan Konstitusional", *Jurnal Konstitusi* Volume 9, Nomor 1, Maret 2012, h.27-28

<sup>5</sup> Mahfud MD, "Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Hukum No.4 Vol.16 Oktober 2009*, hlm.451

<sup>6</sup> Hapossan Siallagan, "Masalah Putusan Ultra Petita dalam Pengujian Undang-undang", *Mimbar Hukum* Volume 22 Nomor 1 Februari 2010, h.74

<sup>7</sup> Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajawali Pers, 2009, h.281-284

<sup>8</sup> Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amendemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers, h.76

<sup>9</sup> Mahfud MD, *Konstitusi...Op.Cit.*, h.:454

<sup>10</sup> Hapossan Siallagan, *Op.Cit.*, 80

pandangan tersebut, jelas bahwa MK melanggar beberapa asas yang disebutkan di atas, namun penulis sependapat dengan argumen MK bahwa *ultra petita* dapat dilakukan demi mengutamakan kepentingan umum dan kepentingan masyarakat, selain itu dalam praktik MK dapat bersikap objektif

#### 4. Putusan No. 49/PUU-IX/2011

Salah satu Pasal yang diuji dalam Putusan No. 49/PUU-IX/2011 perihal pengujian UU MK Perubahan No. 8/2011 adalah Pasal 50A selengkapnya berbunyi: "*MK dalam menguji undang-undang terhadap UUD 1945, tidak menggunakan undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum*". Kalimat yang digaris bawahi tersebut dapat disepadankan dengan istilah non konstitusi, maksudnya adalah tolok ukur selain UUD 1945 (tolok ukur ini dalam bentuk undang-undang selain undang-undang yang diuji maupun peraturan-peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang lainnya). Keberadaan Pasal 50A undang-undang *a quo* terkait pembatasan kewenangan MK dalam melaksanakan pengujian undang-undang, sebab Pasal 50A UU MK Perubahan No. 8/2011 tersebut tidak memperkenankan MK menggunakan ketentuan non konstitusi sebagai dasar pertimbangan hukum dalam putusannya. Hal tersebut jelas bertentangan dengan Pasal 22A UUD Tahun 1945 yang menyatakan, "ketentuan lebih lanjut tentang tata cara pembentukan undang-undang diatur dengan undang-undang" dan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 bahwa "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*".

Adapun alasan Pasal 50A bertentangan dengan Pasal 22A dan 28D ayat (1) UUD 1945, meliputi: *pertama*, Indonesia telah menyatakan sebagai negara hukum yang demokratis, bahwa salah satu syarat setiap negara yang menganut paham *rule of law* dan *constitutional democracy* adalah prinsip konstitusionalisme (*constitutionalism*), antara lain yaitu prinsip yang menempatkan konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara. Untuk menjamin tegak dan dilaksanakannya konstitusi itu maka harus terdapat mekanisme yang menjamin bahwa ketentuan-ketentuan konstitusi dimaksud benar-benar dilaksanakan dalam praktik kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. *Kedua*, pelarangan terhadap MK untuk menggunakan undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum adalah mereduksi kewenangan MK sebagai kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan

peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Penggunaan Undang-undang lain sebagai dasar pertimbangan hukum justru untuk menciptakan kepastian hukum yang adil sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Ketentuan non konstitusi dapat menjadi tolok ukur, terutama dalam pengujian formil, karena pengujian formil merupakan pengujian pertentangan norma yang terkait dengan fakta pembentukan peraturan perundang-undangan, tetapi non konstitusi harus diposisikan sebagai tolok ukur pelengkap yang memberikan penjelasan terhadap tolok ukur utama (UUD 1945), ketika tolok ukur utama tidak memberikan penjelasan secara detail mengenai pembentukan peraturan-perundang-undangan tersebut. Tolok ukur non konstitusi untuk menilai fakta pembentukan undang-undang dan merupakan alat bukti untuk menilai konstitusionalitas formil undang-undang. Non konstitusi diperbolehkan dijadikan tolok ukur, karena MK merupakan lembaga yang hadir untuk memenuhi hasrat para *justiabelen* akan pemenuhan keadilan dan jelas bahwa penggunaan non konstitusi untuk menciptakan keadilan substantif, keadilan substantif sebagaimana telah diakomodir di dalam berbagai peraturan perundangan di Indonesia beberapa diantaranya Pasal 28 UU No. 4/2004 yang mengandung ketentuan Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.<sup>11</sup>

Berbeda dengan putusan di atas yang berimplikasi memberikan angin segar bagi penegakan hukum dan memperkuat posisi MK, beberapa putusan di bawah ini justru sebaliknya, yaitu:

1. Putusan No. 005/PUU-IV/2006

Putusan No. 005/PUU-IV/2006 perihal pengujian Undang-undang No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial. Putusan ini merupakan putusan yang kontroversial, sebab membatalkan pasal-pasal yang berkaitan dengan pengawasan hakim MK. Merujuk hasil penelitian Tim Peneliti PusaKo Universitas Andalas bahwa pasal-pasal yang dinyatakan menimbulkan ketidakpastian hukum tersebut pada dasarnya bersifat menjelaskan atau mengelaborasi lebih jauh pasal-pasal yang terdapat dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945. Misalnya, dalam halaman 194 Putusan No. 005/PUU-IV/2006 secara eksplisit dinyatakan bahwa Pasal 20, 21, 22,

<sup>11</sup> Tanto Lailam, *Pertentangan Norma Hukum: dalam Teori dan Praktik Pengujian Undang-undang di Indonesia*, Yogyakarta: LP3M UMY, 2015, h.395

23, sepanjang mengenai pengawasan, Pasal 24 ayat (1) sepanjang yang menyangkut hakim konstitusi, dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) UU KY serta Pasal 34 ayat (3) UU Kekuasaan Kehakiman bertentangan dengan Pasal 24, Pasal 24A, dan Pasal 24B UUD 1945.<sup>12</sup>

Putusan ini merupakan putusan yang kontroversial karena terlihat semakin menjauhi gagasan pembaruan hukum, menurut Iwan Satriawan bahwa dalam pengujian tersebut MK tidak berjalan dalam koridor prinsip imparzialità dalam proses yudisial karena mengadili perkara yang terkait dengan dirinya sendiri dan prinsip konstitusionalisme yang seharusnya dijunjung tinggi oleh MK sebagai “*the guardian of the constitution*”, disamping itu dengan mengeluarkan dirinya sebagai objek pengawasan KY, MK telah menyampingkan prinsip akuntabilitas yang menjadi agenda utama reformasi hukum.<sup>13</sup> Sementara, Menurut Majelis Eksaminasi Putusan MK No. 005/PUU/2006 yang dibentuk oleh Pusat Kajian Anti Korupsi FH-UGM dan *Indonesia Court Monitoring* menyatakan pada prinsipnya MK berwenang dalam menguji konstitusionalitas sebuah undang-undang terhadap UUD 1945 sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Namun demikian, di dalam perkara ini ada prinsip imparzialità yang perlu dipersoalkan, terkait dengan permohonan yang menyangkut dengan kepentingan hakim konstitusi. Asas *nemo iudex in propria causa* (*niemand is geschikt om als rechter in zijn eigen zaak op te treden*), bahwa tidak seorang pun dapat menjadi hakim dalam perkaranya sendiri), dalam perkara ini telah disimpangi oleh MK.

Dengan dalih bahwa MK memiliki tanggung jawab konstitusional untuk mengawal UUD sehingga dapat mengesampingkan prinsip imparzialità. Pengesampingan asas ini tidak memiliki argumentasi hukum yang kuat karena kewajiban tersebut tidak boleh dijalankan dengan melanggar prinsip universalitas hukum acara (*due process*) yang mengharuskan hakim memegang teguh prinsip keadilan dan imparzialità. Asas tersebut berlaku universal, bahkan telah diatur dalam Pasal 29 ayat (5) UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan: “Seorang hakim atau panitera wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila ia mempunyai

<sup>12</sup> Saldi Isra, dkk., *Op.Cit.*, h.101

<sup>13</sup> Iwan Satriawan, “Kewenangan *Constitutional Review* MK dan Prinsip *Checks and Balances System* (Analisa terhadap Putusan MK RI Nomor 005/PUU-IV/2006)”, *Jurnal Konstitusi PK2P FH UMY*, Volume I Nomor 1, h.22

kepentingan langsung atau tidak langsung dengan perkara yang sedang diperiksa, baik atas kehendaknya sendiri maupun atas permintaan pihak yang berperkara". Penyimpangan atas suatu asas hanya dapat dilakukan jika diatur secara eksplisit di dalam undang-undang, misalnya peradilan harus dilakukan secara terbuka untuk umum, kecuali undang-undang menentukan lain. Ternyata UU MK No. 24/2003 dan Peraturan MK No. 006/PMK/2005 tidak mengatur secara spesifik tentang penyimpangan atas asas dimaksud, karena itu MK tidak mempunyai alasan untuk menyimpang dari asas tersebut, kecuali bersandar kepada kekuasaan yang dimilikinya. Tetapi perlu dicatat, argumen kekuasaan demikian berpotensi menimbulkan penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*), akibat lebih lanjut pemeriksaan perkara ini sarat benturan kepentingan (*conflict of interest*). Atas dasar demikian, karena mengenyampingkan asas *nemo iudex idoneus in propria causa*, maka hakim konstitusi telah melakukan *judicial misconduct*.

## 2. Putusan MK No. 1-2/PUU-XII/2014

Putusan MK No. 1-2/PUU-XII/2014 perihal Pengujian Undang-Undang No. 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No. 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tentang MK menjadi Undang-undang (selanjutnya disebut UU MK Perubahan Kedua No. 4/2014), justru menambah deret panjang ketidakpercayaan publik terhadap lembaga MK. Lahirnya Perppu ini layak untuk diapresiasi, karena Perppu MK dikeluarkan oleh Pemerintah dimaksudkan untuk mengembalikan kepercayaan publik terhadap MK akibat adanya kemerosotan integritas dan kepribadian salah satu hakim konstitusi yang terjaring 'operasi tangkap tangan' oleh KPK karena menerima suap dari pihak yang sedang berperkara di MK. Kasus tersebut menimbulkan 'kegaduhan politik', kesedihan luar biasa, runtuhnya kepercayaan publik terhadap MK, serta menghancurkan kredibilitas dan legitimasi putusan-putusan yang telah dikeluarkan MK selama ini.<sup>14</sup>

Salah satu norma hukum yang dipersoalkan dalam UU MK Perubahan Kedua No. 4/ 2014 adalah Pasal 15 ayat (2) huruf i yang mengatur

<sup>14</sup> Ni'matul Huda, "Problematika Substantif Perppu Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 10 Nomor 4, h.558-559

bahwa Hakim konstitusi harus memenuhi syarat “*tidak menjadi anggota partai politik dalam jangka waktu paling singkat 7 (tujuh) tahun sebelum diajukan sebagai calon hakim konstitusi*” Pasal 15 ayat (2) huruf i dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.

Argumentasi yang dibangun MK tidak komprehensif dan solutif, serta cenderung terlihat kepentingan politis lebih kental dibandingkan kepentingan hukum, MK juga tidak menguraikan makna pertentangan norma hukum secara jelas, misalnya Pasal 15 ayat (2) huruf i bertentangan dengan Pasal 28D ayat (3) “Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan”. Ketentuan Pasal *a quo* secara jelas tidak melarang politisi untuk menjadi hakim MK, tetapi memberikan tenggang waktu bagi hakim MK yang berasal dari politisi untuk bebas dari kepentingan partai politik, hal ini bertujuan agar hakim MK terpilih memiliki independensi dan imparsialitas yang kokoh dalam menyelesaikan sengketa Pemilu yang salah satu pihaknya adalah Partai Politik.

Menurut Erhard Blankenburg bahwa independensi peradilan dapat diuji melalui dua hal, yaitu ketidakberpihakan (*impartiality*) dan keterputusan relasi dengan para aktor politik (*political insularity*). Imparsialitas terlihat pada gagasan bahwa hakim akan mendasarkan pada hukum dan fakta-fakta di persidangan, bukan atas dasar keterkaitan dengan salah satu pihak yang berperkara. Imparsialitas proses peradilan hanya dapat dilakukan jika hakim dapat melepaskan diri dari konflik kepentingan atau faktor semangat pertemanan (*collegial*) dengan pihak yang berperkara. Karenanya hakim harus mengundurkan diri dari proses persidangan jika ia melihat ada potensi imparsialitas. Sementara pemutusan relasi dengan dunia politik penting bagi seorang hakim agar ia tidak menjadi alat merealisasikan tujuan-tujuan politik.<sup>15</sup>

Idealnya ketentuan mengenai tenggang waktu dalam pemilihan jabatan publik sebagai syarat untuk menciptakan lembaga negara yang lebih independen adalah hal yang wajar dan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Merujuk putusan sebelumnya (Putusan No. 81/PUU-IX/2011) perihal pengujian Undang-Undang No. 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, MK menilai bahwa “*tenggang*

<sup>15</sup> Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parlemen dalam Sistem Presidensial Indonesia*. Jakarta: Rajawali Pers, 2010, h.307)

*waktu pengunduran diri dari partai politik*, menurut MK adalah patut dan layak jika ditentukan sekurang-kurangnya 5 (lima) tahun sebelum yang bersangkutan mengajukan diri sebagai calon anggota KPU. Lima tahun dinilai patut dan layak oleh MK karena bertepatan dengan periodisasi tahapan pemilihan umum. MK berpendapat bahwa Pasal 11 huruf i dan Pasal 85 huruf i Undang-Undang No. 15/2011, sepanjang frasa *“mengundurkan diri dari keanggotaan partai politik ... pada saat mendaftar sebagai calon”* bertentangan dengan Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai *“sekurang-kurangnya dalam jangka waktu 5 (lima) tahun telah mengundurkan diri dari keanggotaan partai politik pada saat mendaftar sebagai calon”*.

Jika dibandingkan maka terlihat sikap kurang bijak hakim MK, disatu sisi ketika hakim MK memutuskan syarat bagi lembaga lain (KPU) yang terbebas dari parpol selama 5 tahun sebelum mendaftar adalah patut dan layak, sementara syarat sebagai hakim konstitusi yang bebas dari parpol adalah tidak patut dan tidak layak sehingga dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Dalam hal ini terbukti bahwa hakim MK lebih mengutamakan kepentingan orang-orang Parpol daripada kepentingan umum untuk mewujudkan lembaga MK yang lebih independen. Meskipun keberadaan hakim konstitusi melalui proses seleksi beberapa lembaga, akan tetapi tetap harus dijamin bahwa hakim konstitusi independen dari lembaga-lembaga tersebut. Dalam melaksanakan tugas dan kewenangannya, para hakim diharapkan bisa bertindak netral dan 'menjaga jarak' dengan lembaga yang mengusulkan. Tindakan itu diperlukan agar hakim dalam memeriksa perkara dan memberikan putusan, berlaku dan bersikap adil tanpa mudah dipengaruhi oleh kepentingan lembaga-lembaga lain. Demikian pula sebaliknya, lembaga-lembaga yang memiliki kewenangan konstitusional mengajukan hakim konstitusi, sedapat mungkin menahan diri untuk tidak mempengaruhi hakim dalam proses penanganan perkara.

Argumentasi MK dalam putusan No. 81/PUU-IX/2011, apabila dari jumlah anggota KPU ada sebagian yang berasal dari partai politik, maka akan lebih mengancam kemandirian apabila wakil partai politik di KPU hanya terdiri dari beberapa partai politik peserta pemilu, sedangkan peserta pemilu terdiri dari banyak partai politik, sehingga menyebabkan pemilu berjalan tidak jujur dan tidak adil bagi sebagian partai politik

peserta pemilu. Anehnya, kenapa argumentasi tersebut tidak dijadikan alasan untuk memutus syarat hakim MK, malahan memberikan argumentasi yang berbeda. Apa bedanya lembaga pelaksana Pemilu dengan lembaga yang menyelesaikan sengketa pemilu, dua-duanya membutuhkan kemandirian, apalagi sudah nyata-nyata bahwa ada oknum ketua MK sebagai simbol kelembagaan justru tidak mandiri dan tidak jujur (terbukti dalam kasus tindak pidana penyuaipan oleh para pihak yang berperkara).

Menurut Saldi Isra bahwa ketentuan “tidak menjadi anggota partai politik dalam jangka waktu paling singkat 7 (tujuh) tahun sebelum diajukan sebagai calon hakim konstitusi” jelas dimaksudkan agar hakim konstitusi diisi oleh figur yang tidak terkait langsung dengan kewenangan MK untuk menangani sengketa hasil pemilihan umum, yang sangat terkait dengan kepentingan partai politik. Jika hakim konstitusi disesaki orang partai, tentu saja akan timbul keraguan soal obyektivitas penyelesaian sengketa dimaksud. Tambahan frase ini seharusnya dibaca sebagai langkah strategis untuk mencegah dominasi aktivis parpol jadi hakim konstitusi, dengan dibatalkannya syarat ini dalam waktu dekat, sangat mungkin mayoritas hakim konstitusi akan disesaki kalangan partai. Bahkan, suatu waktu nanti, jika ada sebuah partai menjadi kekuatan mayoritas (50 persen lebih) di DPR dan partai bersangkutan juga memegang posisi presiden, sangat mungkin enam hakim konstitusi akan berasal atau didukung dari partai sama. Membatalkan syarat tujuh tahun dengan menerobos asas *nemo iudex in propria causa* adalah tindakan kebablasan.<sup>16</sup>

Argumentasi MK yang lain adalah bahwa *Pasal a quo* lebih didasarkan pada penghukuman politik terhadap komunitas tertentu dan merupakan stigmatisasi belaka yang dalam penerapannya penuh dengan permasalahan hukum, stigma negatif “menyamakan semua anggota partai politik sebagai calon koruptor dan berkepribadian tercela dan tidak dapat berlaku adil” sehingga tidak memenuhi syarat menjadi Hakim Konstitusi adalah suatu penalaran yang tidak benar”. Stigmatisasi seperti ini menciderai hak-hak konstitusional seorang warga negara dan hak untuk menjadi Hakim Konstitusi bagi setiap orang adalah hak dasar untuk ikut dalam pemerintahan yang dijamin oleh UUD 1945.

<sup>16</sup> Saldi Isra, “Selamatkan Jalan Hakim MK”, [http://www.saldiisra.web.id/index.php?option=com\\_content&view=article&id=565:selamatkan-jalan-hakim-mk&catid=1:artikel\\_kompas&Itemid=2](http://www.saldiisra.web.id/index.php?option=com_content&view=article&id=565:selamatkan-jalan-hakim-mk&catid=1:artikel_kompas&Itemid=2) diunduh pada tanggal 19 Maret 201.

Penulis sependapat dengan MK bahwa stigma negatif dalam norma hukum adalah bentuk nyata pelanggaran konstitusional, namun penulis tidak sependapat jika ketentuan Pasal *a quo* dinilai sebagai stigma negatif terhadap komunitas tertentu. Pasal *a quo* dilatarbelakangi kondisi MK yang terpuruk akibat perilaku mantan ketua MK, dalam Penjelasan UU MK Perubahan Kedua No. 4/2014 disebutkan bahwa “pada saat ini kewibawaan dan kepercayaan masyarakat terhadap hakim konstitusi menurun, padahal hakim konstitusi mengemban amanah sangat penting untuk menjaga tegaknya demokrasi dan pilar negara hukum, sehingga perlu dilakukan upaya penyelamatan terhadap hakim konstitusi secara cepat, khususnya menjelang pelaksanaan pemilihan umum 2014 yang sangat strategis bagi keberlanjutan kehidupan demokrasi di tanah air. Jika ketidakpercayaan masyarakat terhadap hakim konstitusi tidak segera dipulihkan akan berimplikasi terhadap legitimasi hasil pemilihan umum 2014 yang sengketanya merupakan kewenangan hakim konstitusi untuk mengadili.<sup>17</sup> Kepercayaan publik runtuh seketika, pencitraan bahwa MK merupakan salah satu lembaga negara yang dianggap steril dari praktik korupsi pun memudar. Citra yang buruk MK saat ini tampaknya juga menghapus fakta bahwa MK pernah berprestasi dalam memutus perkara pengujian undang-undang, sengketa antarlembaga negara, sengketa Pemilu, sengketa pemilihan presiden dan wakil presiden, dan beberapa putusan tentang sengketa Pemilukada.<sup>18</sup>

Merujuk pada putusan MK No. 066/PUU-II/2004, putusan No. 005/PUU-IV/2006, Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009, putusan No. 48/PUU-IX/2011, putusan No. 49/PUU-IX/2011, dan putusan No. 1-2/PUU-XII/2014 di atas, memang secara jelas terlihat bahwa pro-kontra tidak hanya dilatarbelakangi benturan *ius curia novit* dengan asas *nemo iudex idoneus in propria causa*, tetapi juga dilatar belakangi oleh implikasi beberapa putusan MK di atas (kontroversi materi putusan). Implikasinya terkadang melakukan terobosan hukum demi perbaikan hukum Indonesia, demi keadilan mampu menerobos teks-teks hukum yang kaku, bahkan membatalkan beberapa norma yang dipandang menghalangi/mereduksi tugas dan kewenangan MK dalam menegakkan negara hukum dan

<sup>17</sup> Tanto Lailam, *Op.Cit.*, h.378

<sup>18</sup> Ni'matul Huda, *Perkembangan Hukum Tata Negara: Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*. Yogyakarta: FH UII Press, 2014, h.13

demokrasi, misalnya tambahan kewenangan menguji undang-undang sebelum amandemen UUD 1945, kewenangan tambahan dalam menguji Peppu, membatalkan larangan *ultra petita*, dan penggunaan non konstitusi sebagai tolok ukur dalam pengujian formil, dan lainnya. Namun disisi lain, MK juga terkadang memilih logika hukum yang kurang tepat dan anti akuntabilitas, sehingga nampak ketidakkonsistenan MK dalam membatalkan sebuah norma, misalnya ketidakkonsistenan MK dalam memutus syarat calon komisioner KPU dan syarat calon hakim konstitusi yang steril dari Partai Politik.

### **Menjernihkan Pemahaman Kewenangan MK**

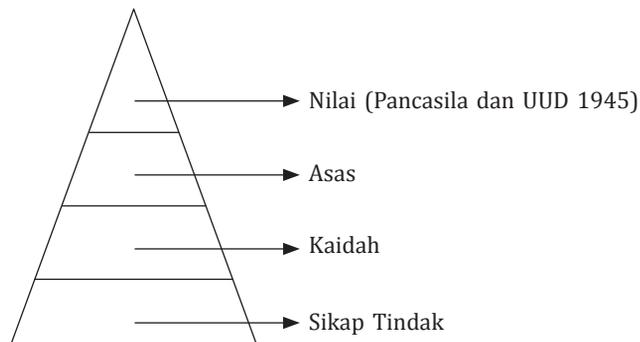
Untuk melihat pro-kontra “apakah MK boleh/tidak menguji undang-undang yang mengatur kewenangannya, tentu tidak cukup dengan pendapat MK saja, pendapat Komisi Yudisial atau yang lainnya, termasuk implikasi baik/buruknya sebuah putusan. Untuk itu diperlukan bangunan teori dengan mengelaborasi nilai-nilai filosofis, sosiologis, dan yuridis dalam tatanan sistem hukum Indonesia. Bangunan argumentasi pro-kontra tersebut cukup kuat, masing-masing memiliki argumentasi yang dapat dinalar dan dinilai benar oleh pihak tertentu, tetapi dalam konteks ini yang perlu dikonstruksikan adalah makna kebenaran dan keadilan menurut konstitusi.

Untuk itu perlu pijakan yang arif dan jernih agar pro-kontra tidak saling mengerucut kearah politisasi kekuasaan, harus dijelaskan secara komprehensif mengenai duduk kewenangan MK dalam pengujian undang-undang yang mengatur eksistensinya, serta batasan-batasan yang tidak boleh dilanggar oleh MK. Hal ini dilakukan agar MK tidak terjebak pada kekuasaan yang absolut dan menciderai prinsip *checks and balances system* dengan cara membumi hanguskan norma-norma hukum dengan argumentasi hukum yang lemah dan kurang berpijak nilai-nilai Pancasila, serta kering dari nilai-nilai keadilan dan moralitas. Pandangan pro-kontra di atas masing-masing memiliki argumentasi yang kuat, namun penulis tidak berada pada salah satu pihak untuk memperkuat argumentasinya. Sekalipun sependapat dengan MK, namun penulis memiliki bangunan argumentasi yang berbeda dengan MK dan tentunya tidak melepaskan diri dari nalar kritis-akademis untuk tetap berusaha membantu arah MK agar lebih ideal dalam menata negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasarkan hukum.

Beberapa pertanyaan yang muncul terkait apakah MK berwenang menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya, meliputi: (1) Apakah boleh/ tidaknya MK melakukan pengujian tersebut memiliki pijakan landasan filosofi tujuan hukum yang kuat? dan bagaimana filosofi tujuan hukum melihat permasalahan tersebut?; (2) Apa implikasi dan solusi jika terdapat pertentangan antar asas hukum?, misalnya pertentangan antara asas *isu curia novit* dengan *nemo iudex idoneus in propria causa*?; (3) Lembaga manakah yang berwenang melakukan pengujian undang-undang yang mengatur eksistensi MK jika ternyata ada pemohon yang memperlmasalahkan undang-undang bertentangan dengan UUD 1945 atau menyebabkan negara hukum Pancasila tidak berjalan?; (4) Apakah UUD 1945 membedakan objek undang-undang yang diuji oleh MK?; (5) Apakah boleh/ tidaknya MK melakukan pengujian tersebut berkaitan dengan kerugian konstitusional pemohon dan rasa keadilan bagi masyarakat? (6) Apakah forum *legislative review* dengan menunggu perubahan dari pembentuk undang-undang memberikan jaminan untuk menciptakan undang-undang yang terbaik bagi MK?. Untuk menjawab permasalahan tersebut perlu diuraikan argumentasi dalam perspektif filosofis, yuridis dan sosiologis.

*Pertama*, perspektif filosofis, bahwa permasalahan tersebut dapat didekati dengan bangunan argumentasi heirarki filosofi tujuan hukum. Bahwa nilai-nilai yang menjadi tujuan hukum merupakan patokan pokok terwujudnya asas-asas hukum, kaidah hukum dan sikap tindak hukum yang tersusun dalam “*stufenbau*”, sebagai berikut:<sup>19</sup>

### Skema 1. Hierarki Filosofi Tujuan Hukum



<sup>19</sup> Purnadi Purbacaraka. dan Soerjono Soekanto, *Ikhtisar Antinomi: Aliran Filsafat sebagai Landasan Filsafat Hukum*, Jakarta: CV.Rajawali, 1993, h.5

Keterangan (menurut Penulis):

1. Nilai-nilai dalam filosofi tujuan hukum terdapat beberapa level, yaitu: *level pertama*, level ini berisi nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, baik nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, nilai kemanusiaan yang adil dan beradab, nilai persatuan Indonesia, nilai kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan, dan nilai keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia atau nilai keadilan sosial. Nilai yang berada pada *level kedua* berisi nilai-nilai yang terkandung dalam UUD 1945, baik keadilan konstitusi, kemanfaatan berdasarkan konstitusi, kepastian hukum berdasarkan konstitusi. Nilai level kedua ini merupakan penjabaran dari nilai *level pertama*, dan nilai pada *level kedua* tidak boleh bertentangan dengan *level pertama*.
2. Asas-asas hukum dalam hierarki tersebut harus bersumber dan tidak boleh bertentangan dengan Nilai-nilai yang menjadi landasannya. Asas-asas dalam hukum acara, seperti asas *ius curia novit*, asas *nemo iudex idoneus in propria causa* “tidak seorang pun dapat menjadi hakim dalam perkaranya sendiri” merupakan kristalisasi dari nilai-nilai konstitusi tersebut, yang memiliki tugas menentukan arah bagaimana norma/kaidah hukum sesuai dengan nilai-nilai konstitusi.
3. Kaidah atau norma hukum merupakan undang-undang, pasal/ayat dalam undang-undang yang diuji oleh MK, atau undang-undang yang mengatur kewenangan MK.
4. Sikap tindak Hakim Konstitusi dalam menerapkan 3 filosofi tujuan hukum pada level di atasnya, salah satunya sikap tindak adalah “hakim yang tidak berpihak/imparsial”. Penerapan dari asas Ketakberpihakan dalam Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi Republik Indonesia (*Sapta Karsa Utama*), misalnya Hakim konstitusi harus melaksanakan tugas MK tanpa prasangka (*prejudice*), melenceng (bias), dan tidak condong pada salah satu pihak.

Secara filosofis bahwa menguji undang-undang adalah untuk mencapai filosofi tujuan hukum, terutama nilai-nilai filosofi tujuan hukum yang terkandung dalam Pancasila dan konstitusi, baik nilai keadilan, nilai kemanfaatan, dan nilai kepastian hukum yang adil demi tegaknya negara hukum Pancasila (nilai-nilai pada *level pertama* dan *kedua*). Dalam pencapaian filosofi tujuan hukum tersebut, MK memiliki kewenangan untuk menguji setiap produk hukum (undang-undang) yang bermasalah baik secara formil maupun materiil. Jika ada penghalang berupa asas hukum acara (benturan antar asas), maka asas yang digunakan adalah asas yang

mendekati pencapaian filosofi tujuan hukum, dan asas yang lain dapat disimpangi. Hal ini bertujuan untuk melindungi nilai-nilai konstitusi dan agar undang-undang, pasal atau ayat yang bertentangan dengan UUD 1945 dapat dibatalkan, sebab jika tidak dibatalkan atau MK dilarang menguji akan menyebabkan keadaan yang lebih buruk dalam penataan sistem hukum Pancasila, misalnya: MK terhalang untuk menegakan hukum dan keadilan, para pencari keadilan tidak bisa menuntut haknya, dan lainnya.

Artinya berdasarkan perspektif filosofi tujuan hukum, pengenyampingan asas *nemo iudex in propria causa* dapat dibenarkan demi tegaknya konstitusi (nilai-nilai) dan negara hukum Indonesia, sekaligus bagi MK bertujuan untuk menyelesaikan permasalahan konstitusional yang diajukan kepadanya, hal ini dilakukan untuk kepentingan bangsa dan negara, bukan kepentingan hakim konstitusi ataupun pihak-pihak tertentu. Argumen lebih lanjut, mana yang lebih diutamakan menegakan asas hukum acara (*nemo iudex in propria causa*) secara mutlak atau mengenyampingkan asas hukum acara tersebut demi tegaknya konstitusi, tentu harus ada pemikiran progresif yang mengarah pada keberpihakan demi tegaknya konstitusi (keadilan substantif) sekalipun harus mengutamakan salah satu asas (*ius curia novit*) dan mengenyampingkan asas hukum acara lainnya (*nemo iudex in propria causa*).

Jika ada pertentangan (konflik) antara asas *ius curia novit* maupun *nemo iudex in propria causa*, maka yang dijadikan rujukan adalah nilai-nilai filosofi tujuan hukum lebih tinggi dan menjadi acuan pembentukan/pemberlakuan asas tersebut. Pemberlakuan *ius curia novit* maupun *nemo iudex in propria causa* harus berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 dengan ketentuan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan nilai-nilai konstitusi (UUD 1945). Dalam menguji undang-undang yang berkaitan dengan eksistensinya, MK harus memutuskan permasalahan asas tersebut, sebab disatu sisi MK harus melaksanakan asas *ius curia novit* sementara disisi lain MK juga terikat dengan asas *nemo iudex in propria causa*.

Asas *ius curia novit* adalah asas bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kurang jelas, sebaliknya hakim harus memeriksa dan mengadilinya. Kalaupun terjadi salah penerapan baik karena kesengajaan maupun karena kekeliruan, asas *ius curia novit* tidak dapat dipandang bertentangan dengan konstitusi, bahkan itu adalah asas yang harus dipatuhi, yang memberi

kewajiban bagi hakim untuk menemukan hukum melalui penafsiran, konstruksi, dan penghalusan hukum.<sup>20</sup> Asas ini berlaku dalam peradilan MK sepanjang masih dalam batas wewenang MK yang telah diberikan secara limitatif oleh UUD 1945, yaitu pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 (termasuk menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya).

Sementara itu, asas *nemo iudex in propria causa* merupakan salah satu asas hukum beracara MK yang digunakan dalam setiap proses peradilan di Indonesia karena asas ini merupakan perwujudan dari imparisialitas (ketidakberpihakan/*impartiality*) hakim sebagai pemberi keadilan. Asas imparisialitas (ketidakberpihakan/*impartiality*) merupakan prinsip yang melekat dalam hakikat fungsi hakim konstitusi sebagai pihak yang diharapkan memberikan pemecahan terhadap setiap perkara yang diajukan ke MK. Ketakberpihakan mencakup sikap netral, disertai penghayatan yang mendalam akan pentingnya keseimbangan antar kepentingan yang terkait dengan perkara. Prinsip imparisialitas melekat dan harus tercermin dalam tahapan proses pemeriksaan perkara sampai kepada tahap pengambilan keputusan, sehingga putusan pengadilan dapat benar-benar diterima sebagai solusi hukum yang adil bagi semua pihak yang berperkara dan oleh masyarakat luas pada umumnya. Imparsialitas hakim harus terlihat pada gagasan bahwa para hakim akan mendasarkan putusannya pada hukum dan fakta-fakta di persidangan, bukan atas dasar keterkaitan dengan salah satu pihak yang berperkara, bukan pula menjadi pemutus perkaranya.<sup>21</sup>

Solusi yang dilakukan jika terdapat pertentangan antara asas *ius curia novit* maupun *nemo iudex idoneus in propria causa* adalah menggunakan filosofi tujuan hukum untuk mengutamakan satu asas dan mengenyampingkan asas yang lain, dengan tolok ukur pengutamaan nilai-nilai filosofi tujuan hukum yang terkandung dalam Pancasila dan konstitusi, baik nilai keadilan, nilai kemanfaatan, dan nilai kepastian hukum yang adil demi tegaknya negara hukum Pancasila (nilai-nilai pada *level pertama* dan *kedua*). Menurut Yanis Maladi<sup>22</sup> (2010: 13) bahwa penerapan asas *nemo iudex idoneus in propria causa* bisa dilakukan pengecualian, maksud pengecualian disini adalah asas hukum *nemo iudex idoneus in propria causa* tidak bisa diterapkan disegala lini proses peradilan. Ada beberapa alasan, antara lain: (a). bersandar dari kewenangannya MK memiliki kewajiban menyelesaikan permasalahan konstitusional, jika asas ini diterapkan maka ditafsirkan akan

<sup>20</sup> Maruarar, Op.Cit., h.68

<sup>21</sup> Yanis Maladi, "Benturan Asas *Nemo Iudex Idoneus In Propria Causa* dan Asas *Ius Curia Novit*" (Telaah Yuridis Putusan MK No.005/PUU-IV/2006)", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 2, h.13

<sup>22</sup> *Ibid.*

menghalangi MK memutus perkara ini, karena menyangkut imparsialitas MK; (b), Lembaga peradilan adalah jalan terakhir bagi para pencari keadilan (*justiabelen*) untuk mencari keadilan, bilamana MK tidak memutus perkara ini maka sudah dipastikan perkara ini tidak memiliki kejelasan dan tidak memberikan rasa keadilan bagi para pencari keadilan; (c) Imparsialitas hakim disini harus diartikan adanya kepentingan baik secara langsung ataupun tidak langsung hakim terhadap perkara. Sedangkan dalam konteks ini bisa dilihat bahwa tidak ada kepentingan hakim secara langsung atau tidak langsung, karena perkara yang diajukan adalah perkara yang menyangkut masalah konstitusional, melainkan putusan ini nantinya berlaku bagi seluruh warga negara Indonesia dan menyelesaikan benturan aturan di bawah konstitusi dengan konstitusi. Dengan demikian Asas *nemo judex idoneus in propria causa* bisa dilakukan pengecualian dalam konteks ini, akan tetapi asas ini tetap mutlak tidak boleh dikesampingkan dalam peradilan umum.

*Kedua*, perspektif yuridis. Berangkat dari pertanyaan bahwa lembaga manakah yang diberikan amanah oleh konstitusi untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Pasal 24A UUD 1945 menyebutkan ketentuan bahwa: “MA berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang”, tentu telah jelas dalam hal ini bahwa MA tidak memiliki kewenangan menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Pasal 24C menyebutkan bahwa “MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD...”, ketentuan ini telah jelas dan tidak perlu dipersoalkan, bahwa MK sebagai lembaga negara satu-satunya yang memiliki kewenangan menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Dalam hal ini penulis sependapat dengan pandangan MK, bahwa MK adalah satu-satunya forum yang legitimate dalam melakukan pengujian undang-undang, dan tidak ada forum lain yang sah di luar MK, bahkan secara lebih detail, MK merupakan satu-satunya lembaga penafsir konstusi yang sah.

Selain itu, apakah ketentuan UUD membedakan pengujian undang-undang yang mengatur kelembagaan MK dengan undang-undang lainnya. Ketentuan Pasal 24C UUD 1945 dan Pasal 10 UU MK No. 24/2003 jelas tidak membedakan undang-undang tersebut, dalam hal ini menunjukkan bahwa MK berhak dan berwenang menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya. Selain itu, terdapat asas *curia novit* yang merupakan asas bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan

dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kurang jelas dan sebaliknya hakim harus memeriksa dan mengadilinya.<sup>23</sup> Pasal 10 Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyebutkan bahwa: “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.

Bahkan, beberapa masalah yang akan muncul jika MK tidak boleh menguji undang-undang dimaksud, yaitu: (a) MK telah melanggar UUD 1945 dengan tidak melaksanakan kewenangannya; (b) hukum dan keadilan tidak dapat ditegakkan sebagaimana mestinya, lebih lanjut akan merusak tatanan hukum dan keadilan, serta menyebabkan ketidakpercayaan masyarakat terhadap lembaga MK. Sebab pengujian undang-undang merupakan salah satu jalan menegakan hukum dan keadilan berdasarkan konstitusi; (c) membiarkan undang-undang MK yang mengandung problem hukum justru menyebabkan tidak berjalannya konstitusi, dan tindakan ini juga bertentangan dengan konstitusi.

*Ketiga*, perspektif sosiologis, kewenangan MK untuk menguji undang-undangnya sendiri dengan menyimpangi asas *nemo iudex in propria causa* bertujuan menegakkan keadilan substantif bukan keadilan prosedural, artinya setiap pemohon berhak memperoleh dan menuntut keadilan yang diakibatkan adanya norma hukum yang merugikannya. Menurut I Dewa Gede Palguna<sup>24</sup> bahwa terkait kewenangan dalam pengujian undang-undang, MK memiliki predikat: (1) MK sebagai pengawal konstitusi (*the Guardian of the Constitution*); (2) MK sebagai pengendali keputusan berdasarkan sistem demokrasi (*Control of Democracy*); (3) MK sebagai penafsir konstitusi (*the Sole or the Highest Interpreter of the Constitution*). Kewenangan menafsirkan UUD 1945 ini tidak bisa dipisahkan dari kewenangan menguji undang-undang; (4) MK sebagai pelindung hak konstitusional warga negara (*the Protector of the Citizens' Constitutional Rights*); dan (5) MK sebagai pelindung hak asasi manusia (*the Protector of Human Rights*). Pandangan tersebut di atas menunjukkan bahwa Mk juga memiliki fungsi sebagai pelindung hak asasi manusia, dalam arti bahwa jika ada undang-undang yang melanggar hak konstitusional warga negara, harus di batalkan.

<sup>23</sup> Tim Penyusun Hukum Acara MK, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h.15-16

<sup>24</sup> I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*. Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h.313-314

Jika MK tidak boleh menguji, maka banyak pemohon/ masyarakat yang dirugikan akibat adanya norma hukum yang membatasi pemohon untuk menuntut keadilan di MK, lebih lanjut kondisi ini tidak sejalan dengan konstitusi dan politik hukum pembentukan MK. Misalnya jika MK tidak membatalkan Pasal 50 UU MK No.24/2003 yang berbunyi “*Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945*”, maka banyak undang-undang yang dibuat sebelum amandemen yang bertentangan dengan konstitusi dan melanggar hak konstitusional, dan hak konstitusional masyarakat terpasung dan terdzolimi selama undang-undang yang merugikan tersebut tidak di batalkan. Artinya MK tidak terkungkung pada teks (Pasal 50) yang tidak adil dan jelas-jelas menghambat jalannya MK dalam menegakkan hukum dan keadilan melalui pengujian undang-undang. Pandangan bahwa forum *legislative review* lebih tepat untuk me-review undang-undang MK daripada MK diperbolehkan menguji undang-undangnya sendiri. Namun, apakah ada jaminan bahwa pembentuk undang-undang akan membuat undang-undang yang terbaik bagi MK dan tidak bertentangan dengan UUD 1945, padahal nyata-nyata bahwa norma hukum yang dirumuskan/undang-undang merupakan produk kompromi politik, dimana warna kepentingan politik lebih kuat dibandingkan hukum. Hal ini terbukti bahwa beberapa Pasal dalam Undang-undang MK yang menyatakan bertentangan dengan konstitusi karena pasal-pasal tersebut justru menghalangi/ mereduksi kewenangan MK dalam menegakkan konstitusi.

Kewenangan MK dalam menguji undang-undang yang mengatur eksistensinya harus dilakukan dengan hati-hati (prinsip kehati-hatian) dan pertanggungjawaban, kewenangan MK ini harus dilakukan oleh hakim-hakim yang benar-benar seorang negarawan yang adil, hakim yang mampu membaca secara komprehensif makna konstitusi sebagai *the living constitution* yang memiliki filosofi bahwa “konstitusi itu hidup”, sehingga dalam menafsirkan konstitusi yang perlu diutamakan adalah perkembangan masyarakat saat ini.<sup>25</sup> Selain itu, hakim MK harus terseleksi moralitasnya, dan bebas dari kepentingan partai politik. Untuk mengantisipasi penyalahgunaan kewenangan melalui putusan atau penafsiran yang keluar dari rel konstitusi, putusan yang kering makna kebenaran konstitusi, maka diperlukan pengawasan dari segenap bangsa Indonesia mulai dari dari proses rekrutmen hakim konstitusi oleh DPR, Presiden, dan MA, dan pengawasan setiap putusan

<sup>25</sup> Feri Amsari, *Perubahan UUD 1945: Perubahan Konstitusi NKRI Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Rajawali Pers, 2011, h.88

yang dikeluarkan. Pengawasan segenap bangsa Indonesia ini karena tidak adanya lembaga negara yang memberikan pengawasan terhadap hakim-hakim MK.

Artinya ada atau tidaknya rambu-rambu justru jangan sampai menjadi penghalang tegaknya konstitusi (hukum dan keadilan), untuk itu yang perlu menjadi perhatian para hakim MK adalah bahwa kewenangan dalam penegakan hukum harus pula mendasarkan pada Pancasila dan UUD 1945 yang merupakan ruh dan penentu arah hukum.<sup>26</sup> Hakim harus mampu merefleksikan setiap teks pasal yang terkait dengan fakta kejadian yang ditemukan di persidangan ke dalam putusan hakim yang mengandung aura nilai-nilai Pancasila dan aura nilai-nilai dasar konstitusi. Sehingga setiap putusan hakim memancarkan pertimbangan nilai filosofis yang tinggi, konkretnya ditandai oleh karakter putusan yang ber-Ketuhanan, berprikemanusiaan, menjaga persatuan, penuh kebajikan, dan berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.<sup>27</sup> Selain itu, tentunya dibatasi oleh nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945, artinya MK tidak boleh membuat putusan yang bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945, jika bertentangan maka putusan tersebut batal demi hukum. Kedepan tentunya jalan satu-satunya adalah melakukan amandemen UUD 1945 dengan memasukan ketentuan-ketentuan yang urgen dalam kelembagaan MK, misalnya pengawasan hakim MK, kewenangan menguji Perppu, sehingga dengan diaturnya ketentuan-ketentuan yang urgen dalam konstitusi akan menghindari MK dalam menyalahgunakan kekuasaan.

Dalam hal lain, terkait fungsi MK sebagai penafsir sah UUD atau konstitusi (*the legitimate interpreter of the constitution*), maka MK tidak dapat melakukan penafsiran secara bebas. Penafsiran secara bebas atau sebebaskan-bebasnya akan menimbulkan manipulasi konstitusi.<sup>28</sup> Selain itu, MK tidak boleh hanya semata-mata terpaku pada metode penafsiran *originalisme* yang mendasarkan pada *original intent* perumusan pasal UUD 1945, terutama apabila penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem dan/ atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD itu sendiri secara keseluruhan berkaitan dengan tujuan yang hendak diwujudkan<sup>29</sup>. Merujuk pada hal tersebut, tidak ada larangan bagi hakim konstitusi untuk menggunakan metode penafsiran yang diyakininya benar, “bukan benar menurut keyakinan hakim semata”, tetapi “benar berdasarkan konstitusi”.

<sup>26</sup> Martinah, *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?*, Jakarta: Konstitusi Press, 2013, h.79

<sup>27</sup> Ahmad Kamil, *Filsafat Kebebasan Hakim*. Jakarta: Kencana-Prenada Media Group, 2012, h.306

<sup>28</sup> Bagir Manan dan Dwi Harijanti, *Memahami Konstitusi: Makna dan Aktualisasinya*. Jakarta: Rajawali Pers, 2014, h.180

<sup>29</sup> Tim Penyusun Hukum Acara MK, *Op.Cit.*, h.77-78

### III. KESIMPULAN

Pro-kontra kewenangan MK dalam menguji undang-undang yang mengatur kewenangannya pada awalnya disebabkan adanya benturan asas *ius curia novit* dengan asas *nemo iudex idoneus in propria causa* (hakim tidak boleh menguji perkara yang menyangkut dirinya sendiri). Namun tidak semata-mata benturan asas tersebut, tetapi juga dilatarbelakangi oleh implikasi beberapa putusan MK di atas. Implikasinya terkadang melakukan terobosan hukum demi perbaikan hukum Indonesia, demi keadilan mampu menerobos teks-teks hukum yang kaku, bahkan membatalkan beberapa norma yang menghalangi/mereduksi kewenangan MK dalam menegakkan negara hukum dan demokrasi, misalnya tambahan kewenangan menguji undang-undang sebelum amandemen UUD 1945, kewenangan tambahan dalam menguji Perppu, membatalkan larangan *ultra petita*, dan penggunaan non konstitusi sebagai tolok ukur dalam pengujian formil, dan lainnya. Namun disisi lain, MK juga terkadang melakukan “terabasan hukum” memilih logika hukum yang kurang tepat dan anti akuntabilitas, sehingga nampak ketidakkonsistenan MK dalam membatalkan sebuah norma, misalnya ketidakkonsistenan MK dalam memutus syarat calon komisioner KPU dan syarat calon hakim konstitusi yang steril dari Partai Politik.

Untuk itulah perlu kejernihan dalam memahami pro-kontra kewenangan MK, benturan asas dapat diselesaikan dengan pemahaman filosofi tujuan hukum, sehingga merujuk pada hal tersebut MK harus mengutamakan asas *ius curia novit* dan dapat mengenyampingkan asas *nemo iudex idoneus in propria causa*, hal ini bertujuan agar tegaknya konstitusi, sekaligus bagi MK bertujuan untuk menyelesaikan permasalahan konstitusional yang diajukan kepadanya dan melindungi hak konstitusional warga negara yang dilanggar oleh undang-undang. Dalam praktik kedepan, hakim MK harus memegang teguh prinsip kehati-hatian dan pertanggungjawaban’ sebab penafsiran secara bebas justru akan menimbulkan manipulasi konstitusi. Selain itu, yang menjadi pemahaman utama bahwa kewenangan MK dibatasi oleh nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945, artinya MK tidak boleh membuat putusan yang bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945, jika bertentangan maka putusan tersebut batal demi hukum.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku:

- Ahmad Kamil, 2012, *Filsafat Kebebasan Hakim*. Jakarta: Kencana-Prenada Media Group.
- Bagir Manan dan Dwi Harijanti, 2014, *Memahami Konstitusi: Makna dan Aktualisasinya*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Feri Amsari, 2011, *Perubahan UUD 1945: Perubahan Konstitusi NKRI Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers
- Ibnu Sina Chandranegara, "Ultra Petita dalam Pengujian Undang-Undang dan Jalan Mencapai Keadilan Konstitusional", *Jurnal Konstitusi* Volume 9, Nomor 1, Maret 2012
- I Dewa Gede Palguna, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Iwan Satriawan, 2008, "Kewenangan *Constitutional Review* MK dan Prinsip *Checks and Balances System* (Analisa terhadap Putusan MK RI Nomor 005/PUU-IV/2006)", *Jurnal Konstitusi PK2P FH UMY*, Volume I, Nomor 1, September h.1-24.
- Martinah, 2013, *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?*. Jakarta: Konstitusi Press.
- Maruarar Siahaan, 2005, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Ni'matul Huda, 2013, "Problematika Substantif Perppu Nomor 1 Tahun 2013 Tentang Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, Nomor 4, Desember, h.557-578.
- \_\_\_\_\_, 2014, *Perkembangan Hukum Tata Negara: Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*, Yogyakarta: FH UII Press
- Purnadi, Purbacaraka, dan Soerjono Soekanto, 1993, *Ikhtisar Antinomi: Aliran Filsafat sebagai Landasan Filsafat Hukum*, Jakarta: CV.Rajawali.
- Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi: Menguatnya Model Legislasi Parleментар Dalam Sistem Presidensial Indonesia*. Jakarta: Rajawali Pers.

----- Yuliandri, Amsari, Feri. Simabura, Charles. Medina, Dayu. dan Elda, Edita, 2010, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (dari Berfikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)*, Padang dan Jakarta: Pusat Studi Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Andalas dan Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI

Saldi Isra, 2011, "Selamatkan Jalan Hakim MK", dari [http://www.saldiisra.web.id/index.php?option=com\\_content&view=article&id=565:selamatkan-jalan-hakim-mk&catid=1](http://www.saldiisra.web.id/index.php?option=com_content&view=article&id=565:selamatkan-jalan-hakim-mk&catid=1): artikel kompas& Itemid=2 diunduh pada tanggal 19 Maret 2014

Tanto Lailam, 2014, "Konstruksi Pertentangan Norma Hukum dalam Skema Pengujian Undang-undang", *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 1, Maret, h.18-42.

\_\_\_\_\_, 2015, *Pertentangan Norma Hukum: dalam Teori dan Praktik Pengujian Undang-undang di Indonesia*, Yogyakarta, LP3M UMY

Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

Yanis Maladi, 2010, "Benturan Asas *Nemo Judex Idoneus In Propria Causa* dan Asas *Ius Curia Novit* (Telaah Yuridis Putusan MK No.005/PUU-IV/2006)", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 2, Juni, h. 001-018

### **Peraturan Perundang-undangan:**

Undang-undang Dasar 1945

Undang-undang No.1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri

Undang-undang No.24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Undang-undang No.22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial

Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No.4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No.30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Undang-undang No.8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-undang No.24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Undang-undang No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Undang-undang No.4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No.1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang No.24 Tahun 2003 tentang MK menjadi Undang-undang

**Putusan Mahkamah Konstitusi:**

Putusan MK No.066/PUU-II/2004 perihal pengujian Undang-undang No.1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri dan Undang-undang No.24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Putusan No 005/PUU-IV/2006 perihal pengujian Undang-undang No.22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial.

Putusan MK No.138/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No.4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No.30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Putusan MK No.49/PUU-IX/2011 perihal pengujian Undang-undang No.8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-undang No.24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Putusan MK No.1-2/PUU-XII/2014 perihal Pengujian Undang-undang No.4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No.1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang No.24 Tahun 2003 tentang MK menjadi Undang-undang

# **Dinamika Hubungan Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang**

## ***The Dynamics of the Relation Between Judicial review and the Making of Laws***

**Nurrahman Aji Utomo**

Bagian Pengkajian dan Penelitian, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia  
Jl. Latuharhary No. 4B Menteng, Jakarta Pusat 10310  
Email: nurrahmanajiutomo@gmail.com

Naskah diterima: 30/06/2015 revisi: 06/08/2015 disetujui: 23/11/2015

### **Abstrak**

Perkembangan dan pelaksanaan hubungan antara Pengujian Undang-Undang dengan pembentukan undang-undang mengarah kepada friksi berupa lahirnya anomali putusan Pengujian Undang-Undang yang berbenturan terhadap praktik pembentukan undang-undang yang berlaku. Ketiadaan mekanisme tindak lanjut putusan yang membatalkan norma dalam sebuah Undang-Undang, menyebabkan lahirnya anomali putusan. Friksi hubungan Pengujian Undang-Undang dengan pembentukan undang-undang lahir dalam bentuk samar dan semu dengan ketiadaan mekanisme tindak lanjut. Upaya untuk mereduksi friksi di antara keduanya dilakukan untuk mencapai hubungan ideal antara Pengujian Undang-Undang dengan pembentukan undang-undang

**Kata Kunci:** Pengujian Undang-Undang, Pembentukan Undang-Undang, Analisis Hubungan.

### **Abstract**

*The development and implementation of a relationship leading to the birth of anomalous friction decision Judicial review to collide against the lawmaking function. The absence of a follow-up mechanism to cancel the decision of the norm, led to the birth anomaly judgment. Friction Judicial Review with Law making Function was born in the form of vague and superficial to the lack of follow-up mechanisms. Efforts to reduce the friction between the two of them was done to achieve the ideal relationship between judicial review with lawmaking function.*

**Keywords:** *Judicial Review, Lawmaking Function, Relationship Analysis*

## **I. PENDAHULUAN**

### **1. Latar belakang**

Simpul kekuasaan eksekutif dan kekuasaan legislatif dalam pembentukan undang-undang bukan merupakan hal yang baru, bahkan dalam Pasal 5 Ayat (1) UUD 1945 sebelum perubahan menyebutkan “Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang dengan persetujuan DPR”. Perbedaannya adalah kewenangan lembaga untuk membentuk, dan lembaga yang memberikan persetujuan, dalam konteks sekarang kondisinya menjadi berbalik. Kondisi yang berbeda dimaksud, apabila merunut pada kesiapan lembaga merupakan lingkup lembaga eksekutif untuk merencanakan dan melaksanakan undang-undang yang selama masa Orde Baru melekat kepadanya, dan pasca perubahan kewenangan berpindah ke tangan legislatif, sementara itu kesiapan lembaga legislatif yang mendapat kewenangan baru tentu memerlukan adaptasi untuk dapat menjalankan kewenangan baru secara optimal.

Beranjak kepada beberapa hal pasca perubahan, salah satunya melahirkan Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai lembaga yang turut mewarnai dinamika kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia. Sebagaimana diatur dalam Pasal 24C Ayat (1) UUD 1945, bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD. Kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD menjadi babak baru dalam perkembangan hukum perundang-undangan di Indonesia, yang secara definitif melahirkan kekuasaan baru dalam hal Pengujian Undang-Undang.

Adanya dua kewenangan dalam hubungan antara pembentukan undang-undang dengan Pengujian Undang-Undang, mempunyai ranah yang sama dalam fungsi legislasi, namun dengan peran yang berbeda. Sebagaimana pendapat Laica Marzuki, “tatkala *Constitutional Court* (MK) adalah *negative legislator*, maka parlemen yang membentuk Undang-Undang dinamakan *positive legislator*”.<sup>1</sup> Berdasar pandangan tersebut, diperlukan sebuah koherensi antara keduanya untuk mencapai proses penciptaan undang-undang (legislasi) yang ideal. Proses legislasi dalam hubungan kedua fungsi dimaksud tidak hanya pembentukan undang-undang *an sich*, akan tetapi juga memposisikan Pengujian Undang-Undang dalam proses legislasi. Secara sederhana, bagaimana nasib norma yang telah diuji dan ternyata bertentangan dengan norma dasar dapat disempurnakan kembali.

Asumsi yang muncul dari uraian di atas adalah Pengujian Undang-Undang merupakan imbalan dari pembentukan undang-undang dalam konteks legislasi, dan terdapat wilayah yang samar dalam hubungan kedua fungsi dimaksud. Ditambah lagi dengan banyaknya permohonan Pengujian Undang-Undang, melahirkan pemahaman bahwa proses pembentukan undang-undang belum berjalan secara efektif dan efisien, sedangkan pengaturan kembali maupun sinkronisasi terhadap sebuah undang-undang setelah diuji belum memperlihatkan kesepadanan alur dengan pembentukan undang-undang.

Untuk memberikan gambaran pemahaman dengan melihat beberapa fenomena yang terjadi, seperti upaya pemerintah dalam merespon Putusan MK No. 36/PUU-X/2012 yang membatalkan beberapa pasal dalam undang-undang 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi yang berujung pada pembubaran BP Migas (Badan Pelaksana Minyak dan Gas Bumi), dengan segera Pemerintah mengeluarkan Peraturan Presiden No. 95 Tahun 2012 tentang Pengalihan Pelaksanaan Tugas dan Fungsi Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi. Respon Pemerintah dalam hal ini memberi kepastian terhadap “Kontrak Kerja Sama” dan pengalihan tugas, fungsi dan organisasi BP Migas kepada Kementerian ESDM. Pertanyaan yang muncul, apakah substansi yang sebelumnya diatur oleh UU mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan Perpres? dan apakah tidak sebaiknya diatur dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu)? Penekanan pada respon pemerintah terhadap putusan MK adalah proses pengaturannya, yang nantinya akan menggantikan substansi sebuah undang-undang yang dibatalkan.

<sup>1</sup> Laica Marzuki, 2007, *Membangun Undang-Undang Yang Ideal*, Jurnal Legislasi, Vol 4 No 2 Juni 2007, h.6.

Kondisi berbebeda dapat dilihat dengan mencermati Putusan MK tentang batas usia pemidanaan anak, inkonstitusional bersyarat pada frasa sekurang-kurangnya 8 tahun dalam Pasal 4 ayat (1) dan frasa belum mencapai umur 8 tahun dalam Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak. Menurut Hakim Konstitusi, Hamdan Zoelva “inkonstitusional bersyarat pada frasa sekurang-kurangnya 8 tahun mempunyai makna telah mencapai usia 12 tahun sebagai batas minimum pertanggungjawaban pidana”. Dalam hal ini MK telah memberi “makna” dalam putusannya, yang memposisikan MK seolah bertindak sebagai legislator dengan adanya pengaturan pengganti dari norma yang dianggap inkonstitusional.

Adanya putusan tersebut, Hakim Konstitusi yang dalam kewenangannya menguji undang-undang yang semula diposisikan *negative legislator vis a vis* dengan *positive legislator*, menjadi setara dengan positive legislator karena melakukan penafsiran yang bersegi penciptaan norma baru. Di sisi lain, DPR dan Presiden sebagai pelaksana fungsi pembentuk undang-undang harus menerima Putusan MK dengan segala konsekuensinya, bahkan terkadang kekosongan hukum yang terjadi pasca Putusan MK menjadi “pekerjaan rumah” yang mungkin bisa mempengaruhi program rencana pembentukan undang-undang atau Program Legislasi Nasional (PROLEGNAS).

## 2. Permasalahan

Berkaca dari masalah-masalah yang diuraikan, menegaskan bahwa hubungan antara dua kewenangan dimaksud belum berjalan secara koheren. Mengerucutkan masalah tersebut dengan pertanyaan penelitian, bagaimana dinamika hubungan antara Pengujian Undang-Undang dengan pembentukan undang-undang ?

## 3. Metode Penelitian

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif atau doktrinal,<sup>2</sup> yang menggunakan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Adapun untuk mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai permasalahan, peneliti menggunakan beberapa pendekatan,<sup>3</sup> antara lain: pendekatan perundang-undangan, pendekatan historis, pendekatan perbandingan pendekatan kasus, dan pendekatan konseptual. Analisis bahan hukum dalam penelitian ini menggunakan interpretasi<sup>4</sup> dan silogisme.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Penelitian Hukum*. Jakarta, Kencana, h. 35.

<sup>3</sup> *Ibid*, h. 93.

<sup>4</sup> Sudikno Mertokusumo, 1999, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, h. 154.

<sup>5</sup> Mundry, 2005, *Logika*, Rajawali Press, Jakarta, h. 100.

## II. PEMBAHASAN

### 1. Perkembangan Pengujian Undang-Undang

Keberadaan hak menguji undang-undang terhadap sebuah undang-undang dasar, dalam praktik kenegaraan di Indonesia pernah dilakukan dengan beberapa model dan kewenangan yang menyertainya, seperti adanya Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara No. XIX/MPRS/1966 tentang Peninjauan Kembali Produk-Produk Legislatif Negara diluar Produk Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara yang tidak sesuai dengan UUD 1945. Hal dimaksud, menurut Padmo Wahyon,<sup>6</sup> bahwa undang-undang merupakan refleksi dari kedaulatan rakyat, dan paralel dengan itu layak diuji/diganti/diubah oleh yang berwenang membuatnya.

Berlanjut setelah itu, MPRS mengeluarkan TAP MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tata Tertib Hukum RI dan Tata Urutan Perundangan Republik Indonesia. Jenjang waktu dari lahirnya kedua produk MPRS ini merupakan upaya memurnikan kembali pelaksanaan UUD 1945 dengan penugasan kepada Pemerintah bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) untuk melakukan peninjauan kembali produk-produk legislatif. Berbarengannya upaya tersebut, dapat dimaknai sebagai penegakan terhadap sumber tertib dan tata urutan perundangan yang diperinci dengan jelas. Penegasan mengenai sumber tertib hukum dan tata urutan perundangan, menurut Soehino<sup>7</sup> bertujuan untuk terwujudnya kepastian dan keserasian hukum serta kesatuan tafsiran dan pengertian pelaksanaan UUD 1945.

Peninjauan kembali dan upaya-upaya penegasan terhadap sumber tertib hukum dan tata urutan perundangan tersebut, ditengarai karena kekacauan dari macam bentuk peraturan perundangan dalam melaksanakan Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959. Perlu diketahui, dalam konteks saat itu macam peraturan perundangan yang ada dan diatur oleh UUD 1945 hanya 3, yakni : Undang-Undang, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, dan Peraturan Pemerintah<sup>8</sup>. Dalam praktiknya, beberapa materi muatan yang seharusnya diatur oleh undang-undang, tetapi ternyata diakomodasi dalam bentuk Penetapan Presiden atau dengan Peraturan Presiden.<sup>9</sup> Selain itu banyak peraturan perundangan seperti

<sup>6</sup> Padmo Wahyono, 1986, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, Jakarta, Ghalia Indonesia. h. 15.

<sup>7</sup> Soehino, 2008, *Hukum Tata Negara Teknik Perundang-Undangan*, Liberty, Yogyakarta, h. 7.

<sup>8</sup> Ni'matul Huda dan Nazriyah, 2011, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-Undangan*, Nusa Media, Bandung, h. 54.

<sup>9</sup> *Ibid*, h. 5.

Penetapan Presiden, Peraturan Presiden, Peraturan Pemerintah, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang dan undang-undang yang menyimpang dari jiwa Undang-Undang Dasar 1945.<sup>10</sup>

Pengujian yang dilakukan antara lain menguji materi dan mengkonversi aturan, dapat dilihat dalam Pasal 2 (1) TAP MPRS No. XIX/MPRS/1966 "*Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden yang isi dan tujuannya sesuai dengan suara hati nurani rakyat dalam rangka usaha pengaman revolusi dituangkan dalam bentuk Undang-Undang*" Kemudian, dalam Pasal 3, "*Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang yang memuat materi yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 ditinjau kembali*". Peninjauan kembali dan penegasan sumber tertib hukum dengan adanya TAP MPRS tersebut, merupakan upaya konkrit untuk menyelesaikan masalah kekacauan macam dan bentuk Peraturan Perundang-undangan. Dengan menggunakan konsep *legislative review*, praktik ini mencoba menguji peraturan perundangan yang ada (baik Keputusan Presiden, maupun undang-undang) terhadap UUD 1945 melalui lembaga perwakilan rakyat atau parlemen.

Pasca Amendemen UUD 1945, adanya Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24C UUD 1945 yang menjadi bagian Perubahan Ketiga UUD 1945, melahirkan lembaga baru yakni, Mahkamah Konstitusi. Perubahan UUD 1945 yang terjadi dalam era reformasi telah menyebabkan MPR tidak lagi berkedudukan sebagai lembaga tertinggi negara dan supremasi telah beralih dari supremasi MPR (parlemen) kepada supremasi konstitusi.<sup>11</sup> Kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) dalam Pengujian Undang-Undang berdasar Pasal 24C UUD 1945, mempunyai dua batasan, yakni putusannya bersifat final, dan hanya menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Mengenai sifat mengikat dari putusan MK, dapat dilihat dari hilangnya kekuatan mengikat dari norma yang dibatalkan, hal ini menggambarkan kuatnya implikasi putusan yang berarti juga kekuatan mengikatnya.<sup>12</sup>

#### a. *Praktik Pengujian Undang-Undang Kekinian*

Pengujian Undang-Undang terbagi menjadi dua, yakni Pengujian Undang-Undang terdiri dari pengujian materiil dan formil. Pembedaan jenis pengujian tersebut menurut Jimly Asshiddiqie,<sup>13</sup> lahir dari perbedaan pengertian antara *wet in materiile zin* (Undang-Undang dalam arti materiil) dan *wet in formele*

<sup>10</sup> *Ibid*

<sup>11</sup> Baca, Pasal 1 ayat (2) UUD 1945: "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar".

<sup>12</sup> T Gayus Lumbun, 2009, "Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi oleh DPR RI", *Jurnal Legislasi*, Vol 6 No 3, h. 500.

<sup>13</sup> Jimly Asshiddiqie, 2010, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 38.

zin (Undang-Undang dalam arti formal), yang dibedakan dengan pengujian atas materi muatan undang-undang adalah pengujian materiil dan pengujian atas pembentukan undang-undang adalah pengujian formil. Batasan beracara dapat dilihat dalam penaturan mengenai Hukum Acara Pengujian Undang-Undang, baik yang diatur dalam UU 24/2003, UU 8/2011 dan PMK 6/2005, maupun asas-asas kekuasaan kehakiman secara umum.

Prinsip dari Pengujian Undang-Undang menurut Jimly Asshiddiqie, adalah menguji atau menilai konstusionalitas dari sebuah undang-undang, baik dari segi formal maupun material.<sup>14</sup> Adanya tujuan mencari kadar konstusional sebuah undang-undang, yang terlebih dulu dengan melewati proses dalam hukum acara hingga kemudian lahir putusan untuk menilai apakah materi muatan ayat, pasal dan atau bagian dari undang-undang bertentangan dengan UUD 1945. Beberapa alat ukur untuk menilai atau menguji konstusionalitas undang-undang tidak hanya Naskah UUD 1945 yang tertulis saja, namun termasuk beberapa hal antara lain:

- (1). Dokumen-dokumen tertulis yang terkait erat dengan naskah Undang-Undang Dasar, seperti risalah-risalah, keputusan dan Ketetapan MPR, Undang-Undang tertentu, peraturan tata tertib, dll;
- (2). Nilai-nilai konstusional yang hidup dalam praktik ketatanegaraan yang telah dianggap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari keharusan dan kebiasaan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara;
- (3). Nilai-nilai yang hidup dalam kesadaran kognitif rakyat serta kenyataan perilaku politik dan hukum warga negara yang dianggap sebagai kebiasaan dan keharusan-keharusan yang ideal dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara.<sup>15</sup>

Tolok ukur dimaksud, menjadikan konsep konstusionalitas tidak hanya terbatas pada UUD 1945 secara tekstual, namun dalam pengertian yang luas.

Berlanjut pada alat ukur dan alat bukti, maka perkara yang diputuskan juga dipengaruhi oleh keyakinan hakim. Hal dimaksud dapat dilihat dalam Pasal 45 Ayat (1) UU 24/2003, yang berbunyi “Mahkamah Konstitusi memutuskan perkara berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim”. Pola hubungan antara keyakinan hakim dalam menilai alat bukti terbagi dalam beberapa teori, namun

<sup>14</sup> *Ibid*, h. 6.

<sup>15</sup> *Ibid*,

yang paling relevan dengan Pasal 45 UU 24/2003 adalah pola pembuktian Undang-Undang secara negatif (*negatieve wettelijk*). Menurut Riawan Tjandra, pola ini merupakan perpaduan antara teori pembuktian menurut Undang-Undang dengan sistem pembuktian menurut keyakinan hakim.<sup>16</sup> Dalam pola ini, hakim memutuskan berdasar alat bukti yang diatur dalam undang-undang dengan diikuti oleh keyakinan hakim, sehingga perpaduan antara alat bukti dengan keyakinan hakim, menjadi bagian yang tak terpisahkan dalam proses pembuatan putusan.

Ruang lingkup Pengujian Undang-Undang tidak terpisahkan dari bahasan Putusan dan akibat hukumnya. Adapun amar putusan dalam perkara Pengujian Undang-Undang, terdapat 3 jenis, a). Permohonan tidak diterima; b). Permohonan dikabulkan; c). Permohonan ditolak. Dalam hal amar putusan yang berbunyi “permohonan tidak dapat diterima”,<sup>17</sup> Pembatasan terhadap isi atau muatan amar putusan diatur dalam Pasal 57 ayat (2a) UU 8/2011 mengenai hal-hal yang tidak dimuat dalam putusan, yakni :

- (1). Amar selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2);
- (2). Perintah kepada pembuat Undang-Undang; dan
- (3). Rumusan norma sebagai pengganti norma dari undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pembatasan muatan atau isi dari amar putusan, merupakan pembatasan terhadap kewenangan hakim, mencegah hakim untuk berperan sebagai Pembentuk Undang-Undang dengan adanya norma pengganti. Bentuk lain dari pembatasan terdapat dalam Pasal 45A UU 8/2011 yang berbunyi :

*Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi Permohonan pemohon, kecuali terhadap hal tertentu yang terkait dengan pokok Permohonan.*

Pembatasan dimaksud merupakan pencegahan terhadap potensi Putusan *Ultra Petita*.

Alhasil, dalam praktik selalu terdapat penyimpangan-penyimpangan yang disengaja dengan tujuan untuk menutup kesenjangan antara aturan tertulis dan kebutuhan pengaturan. Hal yang sama juga terjadi dalam perkara

<sup>16</sup> Riawan Tjandra, 2010, *Teori dan Praktek Peradilan Tata Usaha Negara*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, h. 110.

<sup>17</sup> Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang 24/2003

Pengujian Undang-Undang, yang putusannya bertujuan untuk memberikan keadilan konstitusional.

b. *Anomali Putusan*

Konsep keadilan dalam Pengujian Undang-Undang yang berkesesuaian dengan konstitusi, dapat disebut dengan Keadilan Konstitusional. Hal tersebut menjadi pola pikir hakim dalam memutus perkara Pengujian Undang-Undang, termasuk perkembangan kekinian dalam pola pikir Hakim Konstitusi. Menurut Saldi Isra *et al*, terjadi pergeseran cara pikir tekstual menuju arah cara pikir yang progresif.<sup>18</sup> Berdasar pergeseran dimaksud dapat difahami bahwa keadilan konstitusional dapat ditemukan dengan mengutamakan nilai-nilai etika, moral dan kemanusiaan yang tidak hanya ditemukan dalam teks konstitusi *an sich*.

Sejalan dengan progresifitas cara berpikir hakim konstitusi yang tercermin dalam setiap putusannya, menjadikan adanya fenomena putusan yang menyimpang. Penyimpangan atau anomali dari putusan, sepintas hanya seputar redaksional dari putusan, namun jika cara berpikir hakim dan akibat hukum yang dibentuk melahirkan konsekuensi hukum tertentu, maka adanya anomali perlu difahami dengan konteks lahirnya pula. Praktik anomali dalam Putusan MK dapat ditemukan dengan mencermati karakter putusan yang berkembang selama ini. Penyimpangan dari Pasal 57 ayat (2a) UU 8/2011,<sup>19</sup> melahirkan putusan bersyarat, dan/atau putusan yang memberikan norma pengganti terhadap norma yang dibatalkan.

Untuk mengetahui secara detail dari keberadaan putusan-putusan dimaksud, penulis menelaah karakter Putusan Pengujian Undang-Undang dari putusan yang pertama kali dikeluarkan hingga putusan yang dikeluarkan september 2013. Telaah terhadap putusan dilanjutkan dengan menentukan klasifikasi jenis putusan. Klasifikasi putusan anomali tersebut, membagi putusan kedalam 4 jenis. Pembagian terhadap 4 jenis putusan berdasar pada penyimpangan yang melahirkan syarat dan/atau norma pengganti dalam amar putusan. Putusan Inkonstitusional dan Konstitusional Bersyarat, mempunyai ciri berupa syarat-syarat yang menyertai putusan, dapat dilihat dari amar

<sup>18</sup> Saldi Isra *et al*, 2010, *Perkembangan Pengujian Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi, dari berpikir hukum tekstual ke hukum progresif*, Sekjen MK dan Pusako Universitas Andalas.

<sup>19</sup> Pasal 57 UU 8/2011 berisi, Putusan Mahkamah Konstitusi tidak memuat: a. amar selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2); b. perintah kepada pembuat undang-undang; dan c. rumusan norma sebagai pengganti norma dari undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara RepublikIndonesia Tahun 1945.

putusan yang menyatakan pasal, ayat, dan atau bagian dari undang-undang konstitusional atau inkonstitusional dengan adanya syarat. Redaksional syarat harus dimaknai secara utuh untuk mencapai derajat tertentu sebagai syarat konstitusional atau inkonstitusional-nya norma yang diuji.

Adanya syarat dalam amar putusan, sepiintas dapat difahami sebagai norma pengganti, karena isinya sama-sama merupakan pemaknaan MK terhadap norma yang diuji, namun posisi dari syarat bukan merupakan norma pengganti, melainkan sebagai batasan atau kualifikasi tertentu untuk menentukan norma yang diuji konstitusional atau inkonstitusional. Pencantuman syarat konstitusional diawali frasa "*sepanjang dimaknai memuat syarat*", dan "*sepanjang dimaknai....* ", sedangkan syarat inkostitusional menggunakan frasa "*sepanjang tidak memenuhi syarat...*", dan "*sepanjang tidak memenuhi syarat..*", "*sepanjang tidak memasukkan ....* ".

No	Jenis Putusan	Karakter Amar Putusan	Contoh Putusan
1	Konstitusional Bersyarat	Berisi amar putusan yang menyatakan materi muatan, ayat, pasal dan/atau Undang-Undang secara keseluruhan tetap konstitusional dengan syarat tertentu. Dapat diketahui dengan pertanyaan bahwa norma yang diuji tetap konstitusional atau tidak bertentangan dengan UUD 1945 penggunaan frasa, " <i>sepanjang dimaknai memuat syarat</i> ", dan " <i>sepanjang dimaknai....</i> "	1) Putusan Perkara No.10/PUU-VI/2008, 2) Putusan Perkara No. 102/PUU-VII/2009, 3) Putusan Perkara No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009, 4) Putusan Perkara No. 115/PUU-VII/2009, 5) Putusan Perkara No. 147/PUU-VII/2009, 6) Putusan Perkara No. 11-14-21-126 dan 136/PUU-VII/2009, 7) Putusan Perkara No.49/PUU-VIII/2010, 8) Putusan Perkara No.34/PUU-X/2012
2	Inkonstitusional Bersyarat	Berisi amar putusan yang membatalkan materi muatan, ayat, pasal dan/atau Undang-Undang secara keseluruhan, dengan syarat tertentu. Dapat diketahui dengan pernyataan bahwa norma yang diuji bertentangan dengan UUD 1945, dan digunakannya frasa : " <i>sepanjang tidak memenuhi syarat...</i> ", dan " <i>sepanjang tidak memenuhi syarat..</i> ", " <i>sepanjang tidak memasukkan ....</i> ",	1) Putusan Perkara No. 4/PUU-VII/2009, 2) Putusan Perkara No. 101/PUU-VII/2009, 3) Putusan Perkara No. 127/PUU-VII/2009, 4) Putusan Perkara No. 133/PUU-VII/2009, 5) Putusan Perkara No.1/PUU-VIII/2010, 6) Putusan Perkara No.12/PUU-VIII/2010, 7) Putusan Perkara No.27/PUU-VIII/2010, 8) Putusan Perkara No. 65/PUU-VIII/2010, 9) Putusan Perkara No.116/PUU-VIII/2010, 10) Putusan Perkara No.2/PUU-IX/2011, 11) Putusan Perkara No.5/PUU-IX/2011, 12) Putusan Perkara No.27/PUU-IX/2011, 13) Putusan Perkara No.29/PUU-IX/2011, 14) Putusan Perkara No.34/PUU-IX/2011,

No	Jenis Putusan	Karakter Amar Putusan	Contoh Putusan
			15) Putusan Perkara No.35/PUU-IX/2011, 16) Putusan Perkara No.37/PUU-IX/2011, 17) Putusan Perkara No.58/PUU-IX/2011, 18) Putusan Perkara No.30/PUU-VIII/2010, 19) Putusan Perkara No.32/PUU-VIII/2010, 20) Putusan Perkara No.19/PUU-IX/2011, 21) Putusan Perkara No.73/PUU-IX/2011, 22) Putusan Perkara No.61/PUU-IX/2011, 23) Putusan Perkara No.17/PUU-X/2012, 24) Putusan Perkara No.37/PUU-X/2012, 25) Putusan Perkara No.40/PUU-X/2012, 26) Putusan Perkara No.64/PUU-X/2012, 27) Putusan Perkara No.84/PUU-X/2012, 28) Putusan Perkara No.85/PUU-X/2012, 29) Putusan Perkara No.92/PUU-X/2012, 30) Putusan Perkara No.98/PUU-X/2012, 31) Putusan Perkara No.99/PUU-X/2012, 32) Putusan Perkara No.7/PUU-XI/2013.
3	Konstitusional Progresif	Berisi amar putusan yang menyatakan norma dalam Undang-Undang tetap Konstitusional dengan menggunakan syarat dan atau langsung merubah bunyi pasal sebagai cara membaca dari norma yang Konstitusional atau memberikan penafsiran norma terhadap yang diuji. Dapat diketahui dengan menyatakan norma yang diuji tetap konstitusional atau tidak bertentangan dengan UUD 1945 dan adanya penafsiran terhadap suatu materi muatan, pasal, ayat., penggunaan frasa, <i>"menyatakan pasal-pasal...menjadi"</i> , <i>"Sehingga Pasal.....dimaksud menjadi berbunyi"</i> ,	1) Putusan Perkara No. 22/PUU-VII/2009.
4	Inkonstitusional Progresif	Berisi amar putusann yang menyatakan norma dalam Undang-Undang inkonstitusional dengan menggunakan syarat dan atau langsung merubah bunyi pasal sebagai norma pengganti dari norma yang Inkonstitusional atau memberikan penafsiran norma terhadap yang diuji.	1) Putusan Perkara No. 5/PUU-V/2007, 2) Putusan Perkara No. 21-22/PUU-V/2007, 3) Putusan Perkara No. 117/PUU-VII/2009, 4) Putusan Perkara No. 124/PUU-VII/2009, 5) Putusan Perkara No. 11/PUU-VIII/2010, 6) Putusan Perkara No.34/PUU-VIII/2010, 7) Putusan Perkara No.58/PUU-VIII/2010, 8) Putusan Perkara No.46/PUU-VIII/2010 9) Putusan Perkara No.64/PUU-IX/2011,

No	Jenis Putusan	Karakter Amar Putusan	Contoh Putusan
		Dapat diketahui dengan pernyataan norma yang diuji bertentangan dengan UUD, dengan penggunaan frasa, "Menyatakan kata ..... harus dimaknai....", "Menyatakan ....", "sehingga menjadi:....", "sehingga ayat tersebut harus dibaca....", "Selengkapnya harus dibaca...", "selengkapnya menjadi..",	10) Putusan Perkara No.70/PUU-IX/2011, 11) Putusan Perkara No.81/PUU-IX/2011, 12) Putusan Perkara No.10/PUU-X/2012, 13) Putusan Perkara No.36/PUU-X/2012, 14) Putusan Perkara No.82/PUU-X/2012, 15) Putusan Perkara No.35/PUU-X/2012, 16) Putusan Perkara No.18/PUU-XI/2013, 17) Putusan Perkara No.39/PUU-XI/2013.

Tabel 1. Klasifikasi Putusan Anomali.

Dari klasifikasi putusan ciri atau karakter pokok yang melekat kepada putusan bersyarat, adalah adanya syarat untuk menentukan konstitusional atau inkonstitusional-nya sebuah norma dalam undang-undang. Adapun dalam putusan yang memberikan norma pengganti terhadap norma yang dibatalkan, amar putusan langsung mencantumkan norma pengganti dari norma yang dibatalkan, baik menggunakan syarat ataupun tidak menggunakan syarat.

Pergeseran Pengujian Undang-Undang dari *negative legislature* menjadi *positive legislature*, menyebabkan keberadaan anomali putusan memberi warna semu atau samar dalam hal konstitusional atau inkonstitusional sebuah norma. Amar putusan yang mengabulkan permohonan pemohon untuk sebagian dan menolak permohonan pemohon untuk selain dan selebihnya, yang secara keseluruhan tetap ditentukan dalam pemaknaan (penafsiran) oleh MK. Menurut Maruarar Siahaan,<sup>20</sup> secara yuridis substansi dari putusan MK hanya bersifat deklaratif, namun putusan MK dalam perkara Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar memiliki sifat konstitutif, baik berupa pembentukan norma hukum baru maupun yang meniadakan satu norma hukum dalam ketentuan undang-undang yang diuji.

Karakter anomali putusan dalam perkara Pengujian Undang-Undang mengandung dua sifat, yakni deklaratif (*declaratoir*) dan konstitutif (*constitutief*). Namun apakah akibat dari sifat konstitutif, menjadikan MK sebagai *positive legislator*?. Mengingat bahwa sifat putusan adalah *erga omnes*, yang tidak hanya mengikat para pihak dalam perkara (*inter parties*), namun berlaku mengikat pada khalayak umum, selayaknya undang-undang. Sebagai

<sup>20</sup> Maruarar Siahaan, 2009, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penegakan Hukum Konstitusi", *Jurnal Hukum* No 3 Vol 16 Juli 2009, h. 360.

akibat dari itu, maka wewenang Pembentukan undang-undang yang dimiliki DPR, DPD dan Pemerintah digeser secara insidental dengan adanya anomali putusan. Tentu hal ini merupakan anomali yang berpengaruh terhadap pola *checks and balances* antar cabang kekuasaan

## 2. Perkembangan Pembentukan Undang-Undang

Pra perubahan UUD 1945, pengaturan kekuasaan membentuk undang-undang berada pada Presiden, sedangkan DPR hanya memberikan persetujuan. Perubahan UUD 1945 menjadikan hal tersebut berbalik, DPR sebagai pemegang kekuasaan membentuk undang-undang dan Presiden mempunyai hak untuk mengajukan rancangan undang-undang. Latar belakang dari perubahan pelaku kekuasaan membentuk undang-undang, didasari oleh semangat membatasi kekuasaan Presiden dan memperkuat peran DPR.<sup>21</sup> Pembatasan kekuasaan Presiden bertujuan agar penumpukan kekuasaan dalam satu cabang kekuasaan dapat dihindarkan, sebagaimana kekhawatiran selama ini bahwa kekuasaan Presiden memegang segala peranan dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara. Beberapa perubahan yang diakomodasi dalam perubahan UUD 1945 adalah lahirnya Dewan Perwakilan Daerah (DPD) yang mirip dengan "Senat" yang ada pada Konstitusi RIS, namun anggota DPD dipilih dari setiap provinsi melalui pemilu.<sup>22</sup>

Perkembangan pasca perubahan UUD 1945, salah satunya melahirkan Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 sebagai penyempurnaan dari Undang-Undang sebelumnya yakni, Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Adapun materi penyempurnaan mencakup beberapa hal, yang intinya memberikan panduan dan kejelasan dalam setiap pembuatan peraturan perundangan yang lebih komprehensif. Selain itu penyempurnaan menambahkan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (TAP MPR) sebagai salah satu jenis Peraturan Perundang-undangan dan hierarkinya ditempatkan setelah UUD 1945.<sup>23</sup>

### a. *Pengaturan dan Pelembagaan Pembentukan Undang-Undang*

Menurut Bivitri Susanti *et al*, Pembentukan undang-undang dapat dilihat dalam dua poros, yakni substansi dan proses.<sup>24</sup> . Terkait materi muatan yang

<sup>21</sup> Saldi Isra, *op.cit.*, h. 179.

<sup>22</sup> Lihat, Pasal 22C UUD 1945

<sup>23</sup> Baca, Penjelasan UU No 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

<sup>24</sup> Bivitri Susanti *et al*, 2007, *Bobot Kurang Janji Masih Terutang : Catatan PSHK tentang Kualitas Legislasi 2006*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia (PSHK), Jakarta, h. 5.

harus diatur dalam undang-undang, menurut Pasal 10 Ayat (1) UU 12/2011 terdiri dari :

1. Pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945;
2. Perintah suatu undang-undang untuk diatur dengan undang-undang;
3. Pengesahan perjanjian internasional tertentu;
4. Tindak lanjut atas putusan Mahkamah Konstitusi;
5. Pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat.<sup>25</sup>

Dalam UU 12/2011, pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan UUD 1945 tidak dijelaskan secara spesifik. Berbeda dengan pengaturan terdahulu dalam Pasal 8 UU 10/2004, bahwa materi muatan yang harus diatur dalam Undang-Undang terdiri dari :

1. Mengatur lebih lanjut ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang meliputi:
  - a). hak-hak asasi manusia;
  - b). hak dan kewajiban warga negara;
  - c). pelaksanaan dan penegakan kedaulatan negara serta pembagian kekuasaan negara;
  - d). wilayah negara dan pembagian daerah;
  - e). kewarganegaraan dan kependudukan;
  - f). keuangan negara,
2. Diperintahkan oleh suatu undang-undang untuk diatur dengan undang-undang.

Adanya perbedaan materi muatan yang harus diatur oleh undang-undang dalam UU 12/2011 dan UU 10/2004 tidak hanya mencakup sekitar perincian pengaturan ketentuan UUD 1945 dan perintah dari undang-undang *an sich*, namun mencari legitimasi norma hukum yang harus disepakati (lahir) dari lembaga pembentuk Undang-Undang. Sejalan dengan itu ketentuan yang diatur dalam UU 12/2011 dirasa lebih komprehensif, karena adanya penambahan "pengesahan perjanjian internasional tertentu" dan "tindak lanjut atas putusan Mahkamah Konstitusi". Selain itu adanya tambahan "pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat" menjadikan substansi undang-undang sesuai dengan semangat kedaulatan rakyat.

<sup>25</sup> Pasal 10 UU 12/2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, selain menguraikan materi muatan, juga membebaskan tindak lanjut atas putusan Mahkamah konstitusi kepada DPR atau Presiden.

Menginjak pada aspek pelembagaan, keberadaan Presiden dan DPD adalah sebagai *Co-Legislator* yang membantu DPR sebagai pemegang kekuasaan legislasi.<sup>26</sup> DPR sebagai pemegang kekuasaan membentuk undang-undang disebut sebagai *Legislator*, sebagaimana diatur dalam Pasal 20 ayat (1) UUD 1945, sehingga keberadaan lembaga diluar DPR dalam proses pembentukan undang-undang adalah sebagai *Co-Legislator*. Sinergi antara DPR, DPD dan Presiden dalam tiap tahapan pembentukan undang-undang merupakan syarat formil, sehingga kesalahan dalam sinergi ketiganya berpengaruh terhadap keabsahan sebuah undang-undang.

b. *Implikasi Putusan MK Nomor 92/PUU-X/2012 terhadap Fungsi Legislasi*

Mencermati praktik pelembagaan dan pengaturan pembentukan undang-undang yang ada, ternyata mengkerdilkan kewenangan DPD. Beberapa hal yang dapat ditemukan antara lain penyeteraan rancangan Undang-Undang inisiatif DPD sama dengan usul dari komisi, fraksi, bahkan anggota DPR.<sup>27</sup> Terlebih dalam prosesnya, rancangan yang berasal dari DPD setelah melewati pengharmonisasian, pembulatan, dan pemantapan akan disetujui, ditolak ataupun disempurnakan untuk menjadi rancangan undang-undang dari DPR.<sup>28</sup> Dengan kondisi seperti inilah salah satu alasan yang melatarbelakangi DPD untuk melakukan Pengujian Undang-Undang terhadap UU 27/2009 dan UU 12/2011.

Hasilnya dapat ditelaah dalam Putusan MK Nomor 92/PUU-X/2012, dengan putusan inkonstitusional bersyarat yang mendudukan secara seimbang kewenangan legislasi dari DPR, DPD dan Presiden. Konsekuensi yang ditimbulkan dengan adanya putusan tersebut, setiap rancangan undang-undang yang berasal dari DPD setara dengan rancangan undang-undang dari Presiden, berikut pula kewenangan lainnya menjadi setara. Secara lebih tegas dalam istilahnya Saldi Isra,<sup>29</sup> putusan dimaksud memberikan optimalisasi fungsi legislasi DPD. Konsekuensi dari putusan MK ini, menurut Saldi Isra, ialah lahirnya praktik *tripartit* dalam fungsi legislasi dalam lingkup Pasal 22D, maksudnya dalam komunikasi dan koordinasi yang berhadapan adalah antara institusi, bukan antara fraksi-fraksi dari DPR dengan DPD dan Presiden.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Jimly Asshiddiqie, *op.cit.* h. 120-125.

<sup>27</sup> Pasal 46 ayat (1) UU 12/2011

<sup>28</sup> Pasal 121 Tata Tertib DPR RI

<sup>29</sup> Saldi Isra, *Paradigma Baru Legislasi*, Kompas, 30 Mei 2013.

<sup>30</sup> *Ibid.*

Hal yang paling sulit terbayang dalam kondisi ini adalah bagaimana konsekuensi putusan dimaksud bisa ditaati atau dilaksanakan, mengingat keberadaan fraksi bukan sebagai alat kelengkapan DPR, akan tetapi condong kepada wadah berhimpun anggota DPR, maka suara fraksi adalah suara politik bukan representasi DPR sebagai institusi atau lembaga. Adapun untuk menggeser atau mengganti pendapat fraksi menjadi pendapat DPR dalam pembahasan undang-undang tentu akan menambah kompleksitas dalam pengaturan, walaupun dengan adanya pergeseran tersebut menjadikan pembahasan diharapkan menjadi efektif dan efisien.

### **3. Analisis Hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang**

Proses esensial Pengujian Undang-Undang berkuat mengenai parameter atau tolok ukur untuk menguji kadar konstitusionalitas sebuah undang-undang. Termasuk juga pola pikir hakim tatkala menentukan kadar konstitusionalitas dalam menguji norma dalam undang-undang. Penggunaan kadar konstitusionalitas yang dinamis, sebagaimana dijelaskan oleh Naili Fithriyati,<sup>31</sup> bahwa metode penafsiran dalam praktik peradilan Mahkamah Konstitusi lebih luwes dan luas daripada penafsiran yang ada dalam teori penafsiran. Dari hal ini dapat difahami, bahwa untuk menjelaskan dan menguraikan parameter dalam penafsiran hakim konstitusi tidak bisa diseragamkan atau digeneralisasikan, dan memang dalam pengaturan yang ada pola pikir hakim dalam menafsirkan tidak diatur secara rigid. Sejalan dengan luwes dan luasnya penafsiran hakim dan tidak bisa digeneralisasikan, namun batasan penafsiran hakim tetap bergerak antara pola pikir tekstual dan pola pikir progresif.

Hubungan antara penafsiran atau pola pikir hakim dengan kadar konstitusionalitas sempit dipahami dengan pola pikir tekstual, Mahkamah Konstitusi menjaga dan menjamin ditaatinya konstitusi, sedangkan dengan pola pikir progresif, Pengujian Undang-Undang mengakomodasi hak-hak fundamental (pada saat mengajukan permohonan pengujian) untuk dijamin secara tidak langsung dalam konstitusi. Perbedaan yang nampak dalam penggunaan kedua pola pikir tersebut, terlihat dalam penerapan kadar konstitusional sempit atau luas dan bentuk dari putusan. Tolok ukur yang digunakan dalam pola pikir tekstual terbatas dalam teks konstitusi (pembukaan, maupun pasal-pasal UUD 1945),

<sup>31</sup> Naili Fithriyati, 2012, *Metode Penafsiran Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (Studi Atas Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Sudah Mempunyai Kekuatan Hukum Tetap Pada Periode Tahun 2009)*, Tesis, FH UGM, Yogyakarta.

sedangkan dalam pola pikir progresif tolok ukur yang digunakan lebih luas atau diluar teks konstitusi (hukum tidak tertulis).

Perbedaan dari pola pikir yang ada turut melahirkan dua macam putusan, *pertama*, putusan konservatif berbentuk putusan yang mem-vonis norma bertentangan atau tidak bertentangan, bentuk putusan ini sesuai dengan pengaturan yang ada. *Kedua*, berbentuk anomali putusan baik dengan adanya norma baru maupun tidak ataupun syarat, yang merupakan buah dari dari pola pikir progresif. Perbedaan dari hubungan pola pikir dan putusan ini masih bersifat relatif, dengan asumsi bahwa penafsiran tekstual bisa saja melahirkan putusan progresif, begitupun sebaliknya bahwa penafsiran progresif bisa saja melahirkan putusan yang konservatif.

PENAFSIRAN		PUTUSAN	
		Tekstual	Progresif
Konservatif			
	Progresif		

Tabel 2 . *Relatifitas Hubungan Penafsiran dan Jenis Putusan*

Berdasar tabel 2, menunjukan bahwa digunakannya jenis penafsiran tertentu tidak menutup kemungkinan lahirnya putusan yang berbeda pula. Tidak selalu pola pikir tekstual menghasilkan putusan konvensional, dan juga pola pikir progresif menghasilkan putusan yang progresif pula. Hal inilah yang menjadikan hubungan pola pikir dan jenis putusan memiliki nuansa relatifitas yang kuat.

Keberadaan relatifitas ini dikarenakan diskresi hakim dalam menafsirkan norma dan mendesain putusan terlalu luas dengan pertimbangan independensi hakim dan untuk menegakan hukum substantif.<sup>32</sup> Diskresi hakim yang luas memang sejalan dengan penafsiran yang luas dan luwes, namun praktik digunakannya diskresi hingga lahir anomali putusan mempunyai akibat hukum yang berbeda daripada putusan konvensional. Konsekuensi dari putusan (konvensional) Pengujian Undang-Undang apabila dikabulkan adalah hilangnya keberlakuan dari norma dan sejourus dari itu norma dimaksud tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sedangkan dalam anomali putusan hasil putusan untuk menentukan konstitusional atau inkonstitusionalnya norma menjadi samar. Samarnya kadar konstitusional atau inkonstitusional sebuah norma disebabkan adanya syarat maupun norma pengganti yang menyertai kadar konstitusionalitas norma yang diuji.

<sup>32</sup> Hukum Substantif mengambil nilai dari postulat-postulat etika, religi, politik, dan lain-lain pertimbangan kemanfaatan. Baca, Eman Suparman, *Persepsi Tentang Keadilan Dan Budaya Hukum Dalam Penyelesaian Sengketa*, Makalah Lepas, h. 16.

Kadar konstitusional yang samar dalam anomali putusan mengandung relatifitas dalam hal samarnya norma yang diuji kemudian diputus konstitusional atau inkonstitusional, karena konstitusional-nya norma tergantung dari pemaknaan atau syarat yang melekat sesuai dengan yang tertulis di dalam putusan, atau bahkan diganti secara langsung oleh adanya norma pengganti. Kembali pada hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang, apabila berkaca pada kondisi ini menimbulkan pertanyaan apakah norma yang telah diuji harus ditindak lanjuti dengan membentuk undang-undang baru, atau hanya perlu direspon oleh Pemerintah saja?

Jawaban akan pertanyaan tersebut dapat dirunut dari konsekuensi hilangnya validitas dari norma yang tentu melahirkan kekosongan hukum, hal inilah yang harus direspon oleh Pembentuk Undang-Undang dan bisa saja Pembentuk Undang-Undang merevisi atau membentuk undang-undang yang baru, tentunya hal ini tidak bisa berlangsung secara cepat dan sederhana, mengingat Pembentukan Undang-Undang berkarakter formal prosedural. Sebagai gambaran tindak lanjut terhadap Putusan MK No 36/PUU-X/2012, Presiden menerbitkan Peraturan Presiden No. 95 Tahun 2012 tentang Pengalihan Pelaksanaan Tugas dan Fungsi Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi. Atas respon tersebut, merupakan bentuk dipatuhinya putusan MK yang bersifat final dan mengikat, padahal jika mencermati Pasal 10 UU 12/2012, tindak lanjut Putusan MK merupakan materi muatan sebuah undang-undang.

Alternatif yang ada melalui pengaturan darurat dari Presiden sebagai pelaksana pemerintahan negara, untuk melahirkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu). Pilihan untuk menggunakan Perppu mensyaratkan tingkat urgensi yang tinggi. Berdasar pengaturan yang ada, mekanisme respon Pembentuk Undang-Undang terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi memang tidak diatur secara rigid dan jelas. Pengaturan yang ada dapat dilihat dalam Pasal 23 Ayat (1) huruf b UU 12/2011, yang memasukkan akibat Putusan MK kedalam Daftar Kumulatif Terbuka dari Prolegnas. Berpijak dari itu, Putusan MK yang mempengaruhi fungsi legislasi (Pembentukan Undang-Undang) dapat mendorong perubahan cara kerja dan cara pandang Pembentuk Undang-Undang di parlemen maupun di pemerintahan.<sup>33</sup>

Adanya Putusan MK sebagai *sensitizing concept*, merupakan hal yang memantik, mempengaruhi dan mempedomani Pembentukan Undang-Undang, yang dalam hal

<sup>33</sup> M Nur Sholikin, et al, 2007, *Pengujian Undang-Undang dan Proses Legislasi*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, Jakarta, h. 62.

ini dijelaskan sebagai respon yang belum mempunyai aturan sebagai mekanisme rigid, dan spesifik untuk mengkomodasi tindak lanjut. Masalah batas waktu tindak lanjut menjadi hal yang krusial tatkala berhadapan dengan kebutuhan hukum, sehingga adanya mekanisme tindak lanjut yang ada memerlukan kepastian batas waktu. Tidak adanya batas waktu dalam mekanisme menimbulkan akibat secara tidak langsung dalam hubungan keduanya, bahwa dalam kondisi tertentu Pengujian Undang-Undang dan Pembentukan Undang-Undang melaksanakan tugasnya masing-masing, namun dalam koordinasi keduanya berjalan tak terarah. Semisal dalam mekanisme pasif, dengan ketiadaan aturan dan ditambah ketidakpastian jangka waktu, dihadapkan dengan kebutuhan akan norma hukum yang tinggi, menjadikan Putusan MK tidak mempunyai kemanfaatan secara cepat untuk mengikuti kebutuhan hukum.

Hal mendasar yang dapat dipahami dalam tindak lanjut atau respon atas putusan MK adalah ada atau tidaknya perbincangan oleh DPR, DPD dan Presiden setelah adanya norma yang dibatalkan dalam Pengujian Undang-Undang, sehingga dari situ akan diketahui nasib norma yang dibatalkan akan direspon seperti apa oleh pembentuk undang-undang. Bisa jadi dalam perbincangan tersebut menyepakati adanya pengaturan kembali norma yang dibatalkan, atau tetap membiarkan norma yang dibatalkan tetap tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Kemungkinan lain dari hal tersebut, adalah memang tidak ada perbincangan dari pembentuk undang-undang setelah pembatalan norma. Ketiadaan perbincangan terkait tindak lanjut setelah adanya pembatalan norma, dapat disebabkan karena model pembentukan undang-undang yang berlaku belum mengakomodasi mekanisme monitoring dan evaluasi terhadap undang-undang.

Pengujian Undang-Undang mempengaruhi Pembentukan Undang-Undang dalam dua model. *Pertama*, Pengujian Undang-Undang mengimbangi Pembentukan Undang-Undang, dengan menggunakan konstitusi sebagai batasan dalam Pembentukan Undang-Undang, sehingga norma hukum yang telah memiliki validitas dalam bentuk undang-undang, dibenturkan dengan efektifitas didalam masyarakat. *Kedua*, implikasi adanya Putusan MK yang terhadap proses Pembentukan Undang-Undang. Putusan MK yang menjadi *sensitizing concept* memposisikan diri sebagai pemantik sekaligus panduan dalam Pembentukan Undang-Undang.

Hubungan yang terpapar dalam konteks kelembagaan merupakan konsekuensi dari *checks and balances* antara fungsi legislasi dengan fungsi yudikatif. Berjalannya Pembentukan Undang-Undang, menurut Brian Tamanaha mempunyai batasan yang

terdiri dari, 1). *Constitutionally imposed limits*, 2). *Transnational or international legal limits*, 3). *Human rights limits*, and 4). *Religious or natural law limits*.<sup>34</sup> Adapun pembatasan yang dilakukan, dengan membenturkan norma dalam proses maupun substansi terhadap batasan-batasan yang dimaksud. Pembatasan dengan konstitusi, sebagaimana dilakukan dalam Pengujian Undang-Undang, menguji kesesuaian norma dalam undang-undang dengan konstitusi. Terkait adanya hak asasi manusia dan kepercayaan yang hidup dan berkembang dalam masyarakat sebagai hal yang dianggap bertentangan dengan undang-undang, maka dalam Pengujian Undang-Undang kedua hal dimaksud bisa saja digunakan sebagai dasar permohonan atau *fundamentum petendi*.

Sampai pada konteks ini, berarti Pengujian Undang-Undang telah membatasi Pembentukan Undang-Undang, dengan pertimbangan bahwa norma dalam undang-undang telah bertentangan dengan Konstitusi, kemudian Pengujian Undang-Undang menyatakan tidak berlakunya norma dalam sebuah undang-undang. Alhasil validitas dari norma telah hilang, yang berarti norma *a quo* tidak mempunyai keberlakuan. Hilangnya keabsahan sebuah norma hukum menjadikan bahwa apa yang norma itu perintahkan tidak lagi berkedudukan sebagai *obligatori* (sifat imperatif atau mewajibkan).<sup>35</sup>

#### **4. Friksi Antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang**

Kondisi ini menjadi semakin menarik untuk dibahas tatkala Putusan MK berpengaruh terhadap Pembentukan Undang-Undang. Selain itu perlu dibedakan konsep tindak lanjut atau respon yang terbagi menjadi implementasi putusan dan tindak lanjut dalam arti pengaturan kembali norma yang dibatalkan dalam Pengujian Undang-Undang. Dua sisi tindak lanjut dimaksud, dalam konteks hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang menjadi hal yang tidak terpisahkan.

Ketergantungan antara tindak lanjut Putusan MK dengan respon Pembentukan Undang-Undang, menjadikan ruang untuk lahirnya friksi semakin besar. Semisal, dengan sengaja pembentuk undang-undang menggantung Putusan MK, maka kewibawaan MK menjadi tercoreng. Untuk itu keberadaan putusan bersyarat merupakan anomali dari Pengujian Undang-Undang dari aturan yang ada untuk

<sup>34</sup> Brian Tamanaha, *A Concise Guide To The Rule Of Law*, St John's University Scholl Of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper 07-0082, September 2007, h. 4.

<sup>35</sup> Arief Sidharta, 2011, Hans Kelsen : *Hukum dan Logika*, Alumni, Bandung, h. 5.

menyikapi ketergantungan. Sebagaimana diketahui, putusan bersyarat lahir untuk menyeimbangkan secara proporsional antara kepastian hukum, keadilan, dan kemanfaatan, sekaligus untuk memenuhi kekosongan hukum jika MK membatalkan suatu undang-undang.<sup>36</sup> Dibalik kelebihan putusan bersyarat untuk mengisi kekosongan hukum, putusan bersyarat menimbulkan makna yang samar dalam membaca konstitusional atau inkonstitusionalnya sebuah norma yang diuji. Relatifitas dalam menilai norma yang diputus konstitusional atau inkonstitusional berpengaruh terhadap respon Pembentukan Undang-Undang, apakah harus segera ditindak lanjuti atau bersikap pasif dalam menindaklanjuti.

Berimbang dengan adanya sisi positif, sisi negatif dari putusan bersyarat adalah bergesernya posisi MK dalam Pengujian Undang-Undang dari *negative legislator* menjadi *pseudo positive legislator* (pembentuk undang-undang yang semu). Mengapa dikatakan semu, karena MK sebagai pelaksana Pengujian Undang-Undang telah melaksanakan fungsi Pembentukan Undang-Undang secara tidak langsung dengan memberi pemaknaan terhadap norma yang diuji. Berkait dengan sisi negatif dari adanya putusan bersyarat, turut pula diikuti friksi dalam hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang. Putusan MK yang berjenis putusan bersyarat, telah menyamakan Putusan MK sebagai *sensitizing concept* dalam proses Pembentukan Undang-Undang. Bila difahami dengan baik, Putusan MK konvensional (hanya menilai norma bertentangan atau tidak dengan UUD 1945) menjadi pedoman dalam proses Pembentukan Undang-Undang. Dalam istilah lain, menjadi pemandu Pembentukan Undang-Undang, yang porsi atau kedudukannya setara (*egaliter*).

Anomali dari Putusan Pengujian Undang-Undang, jika difahami dalam konteks hubungan Pengujian Undang-Undang dan Pembentukan Undang-Undang merupakan improvisasi MK dalam menghadapi model Pembentukan Undang-Undang yang berkarakter formal prosedural. Tidak berhenti sampai disitu, sisi positif dari putusan bersyarat juga memberikan kepastian hukum bagi para pihak yang berperkara secara langsung. Adanya pemaknaan dari norma, diposisikan untuk mengisi kekosongan hukum bagi masyarakat luas.

Beriringan dengan adanya sisi kemanfaatan dan kepastian hukum dari anomali putusan, masih menyisakan adanya resiko untuk dapat diuji kembali dengan permohonan yang mempunyai *legal standing* berbeda dari permohonan sebelumnya. Semisal dengan adanya norma baru dalam anomali putusan, ternyata

<sup>36</sup> Ni'matul Huda dan R Nazriyah, *op.cit.*, h. 150.

malah dianggap merugikan hak konstitusional seseorang atau lembaga negara, mengingat karakter anomali putusan mempunyai sifat *erga omnes* sehingga berlaku secara umum layaknya undang-undang. Adanya kekhawatiran ini dalam praktik, terbuka lebar untuk terjadi. Kondisi lain yang memungkinkan adanya friksi adalah penafsiran dalam putusan bersyarat yang menyamarkan kadar konstitusional atau inkonstitusionalnya sebuah norma. Untuk itu dalam hubungan antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang memerlukan kaidah atau aturan yang mengakomodasi mekanisme tindak lanjut dalam arti pengaturan kembali ataupun implementasi norma, sejurus dengan itu bertujuan untuk menjaga keberlakuan dari konstitusi sebagai hukum tertinggi.

### III. KESIMPULAN

Dinamika perkembangan Pengujian dan Pembentukan Undang-Undang mengalami perubahan yang dipengaruhi dan ditentukan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pola pengaturan yang ada bermuara dan berdasar kepada konstitusi, sehingga posisi konstitusi menjadi hal sentral dalam pengaturan dan pelembagaan Pengujian dan Pembentukan Undang-Undang.

- a. Praktik Pengujian Undang-Undang yang diawali oleh *legislative review*, dalam perkembangannya diimbangi dan ditambah dengan adanya *judicial review* yang diamanahkan kepada Mahkamah Konstitusi. Berdasar perkembangan kekinian, kewenangan Pengujian Undang-Undang telah melahirkan Putusan Bersyarat dan Putusan Progresi yang memberikan syarat dan atau norma pengganti sebagai anomali putusan. Keberadaan anomali putusan mengakibatkan posisi Pengujian Undang-Undang sebagai *negative legislator* menggeser posisi Pembentukan Undang-Undang sebagai *positive legislator*.
- b. Perkembangan praktik Pembentukan Undang-Undang, membentuk model dengan nuansa formal prosedural yang ketat. Aspek kelembagaan mengarahkan kewenangan pembentuk undang-undang kepada DPR, Presiden dan DPD, sedangkan aspek pengaturan dalam UU 12/2011 sebagai panduan koordinasi dan komunikasi antar lembaga dalam proses Pembentukan Undang-Undang. Proses Pembentukan Undang-Undang dalam model formal prosedural, membagi proses kedalam Perencanaan, Penyusunan, Pembahasan dan Pengesahan. Optimalisasi peran DPD dalam proses Pembentukan Undang-Undang, melahirkan adanya kesetaraan antar lembaga.

Hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang,

berlandaskan pada *checks and balances* menjadikan keberadaan Pengujian Undang-Undang imbangan terhadap Pembentukan Undang-Undang. Praktik hubungan keduanya dimulai pada saat sebuah Undang-Undang diuji dan dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Ketiadaan mekanisme tindak lanjut putusan yang membatalkan norma dalam sebuah Undang-Undang, menyebabkan lahirnya anomali putusan. Friksi hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang lahir dalam bentuk samar dan semu dengan ketiadaan mekanisme tindak lanjut. Upaya untuk mereduksi friksi antara keduanya dilakukan dengan tujuan mencapai hubungan ideal antara Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang.

Dari hasil penelitian tersebut, peneliti merekomendasikan;

- a. Perlu adanya pengaturan tentang mekanisme tindak lanjut putusan Mahkamah Konstitusi terutama dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Hal dimaksud bertujuan untuk memberikan batasan atau kaidah yang tegas dalam hubungan Pengujian Undang-Undang dengan Pembentukan Undang-Undang.
- b. Perlunya perluasan kewenangan MK terkait *constitutional complaint* dan *constitutional question* untuk memisah ranah para pihak dengan sifat mengikat umum dari sebuah putusan Pengujian Undang-Undang.
- c. Optimalisasi Pembentukan Undang-Undang dengan model yang lebih partisipatif, untuk mencapai Pembentukan Undang-Undang yang transparan. Juga perlu ditambahkan penguatan dalam proses terkait monitoring dengan tolok ukur manfaat dan biaya untuk mencapai proses Pembentukan Undang-Undang yang lebih baik.

## DAFTAR PUSTAKA

- Arief Sidharta, 2011, *Hans Kelsen : Hukum dan Logika*, Alumni, Bandung.
- Brian Tamanaha, 2007, "A Concise Guide To The Rule Of Law", St John's University Scholl Of Law, *Legal Studies Research Paper Series*, Paper 07-0082, September 2007.
- Bivitri Susanti *et al*, 2007, *Bobot Kurang Janji Masih Terutang : Catatan PSHK tentang Kualitas Legislasi 2006*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia (PSHK), Jakarta.
- Eman Suparman, *Persepsi Tentang Keadilan Dan Budaya Hukum Dalam Penyelesaian Sengketa*, Makalah Lepas.
- Jimly Asshidiqqie, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Raja Grafindo, Jakarta.

- \_\_\_\_\_, 2010, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Laica Marzuki, 2007, "Membangun Undang-Undang Yang Ideal", *Jurnal Legislasi*, Vol 4 No 2 Juni 2007.
- M. Nur Sholikin, *et al*, 2007, *Pengujian Undang-Undang dan Proses Legislasi*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, Jakarta.
- Maruarar Siahaan, 2009, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penegakan Hukum Konstitusi", *Jurnal Hukum* No 3 Vol 16 Juli 2009.
- Mundiri, 2005, *Logika*, Rajawali Press, Jakarta.
- Naili Fithriyati, 2012, *Metode Penafsiran Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (Studi Atas Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Sudah Mempunyai Kekuatan Hukum Tetap Pada Periode Tahun 2009)*, Tesis, FH UGM, Yogyakarta.
- Ni'matul Huda dan Nazriyah, 2011, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-Undangan*, Nusa Media, Bandung.
- Padmo Wahyono, 1986, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, Jakarta, Ghalia Indonesia.
- Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana.
- Riawan Tjandra, 2010, *Teori dan Praktek Peradilan Tata Usaha Negara*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta.
- Saldi Isra *et al*, 2010, *Perkembangan Pengujian Undang-Undang Di Mahkamah Konstitusi, dari berpikir hukum tekstual ke hukum progresif*, Sekjen MK dan Pusako Universitas Andalas.
- \_\_\_\_\_, *Paradigma Baru Legislasi*, Kompas, 30 Mei 2013.
- Soehino, 2008, *Hukum Tata Negara Teknik Perundang-Undangan*, Liberty, Yogyakarta.
- Suska, 2012, "Prinsip Regulatory Impact Assesment dalam Proses Penyusunan Peraturan Perundang-undangan Sesuai UU No 12 Tahun 2011", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 2, Juni 2012, Jakarta.
- Sudikno Mertokusumo, 1999, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta.
- T. Gayus Lumbun, 2009, "Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi oleh DPR RI", *Jurnal Legislasi*, Vol 6 No 3.

# Hukum dan Keadilan Sosial dalam Perspektif Hukum Ketatanegaraan

## *Law and Social Justice in Constitutional Law Perspective*

**Ahmad Fadlil Sumadi**

Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang  
Jl. Raya Kaligawe KM. 4, Semarang Jawa Tengah 50112  
fadlilsumadi@yahoo.co.id

Naskah diterima: 06/08/2015 revisi: 28/07/2015 disetujui: 24/11/2015

### **Abstrak**

Hukum dalam pembahasan ini adalah hukum yang sengaja dibentuk (*by designed*) oleh negara, bukan hukum yang terjadi secara alamiah di dalam masyarakat, yang merupakan kristalisasi dari pergaulan antar manusia dalam masyarakat sebagai subjek hukum. Hukum dikenal dengan hukum kebiasaan atau hukum adat dan yang kedua merupakan hukum agama, khususnya agama Islam dengan hukum Islamnya. Proses terbentuknya hukum kebiasaan atau hukum adat bersifat dari bawah ke atas (*bottom-up*) sedangkan proses terbentuknya hukum Islam bersifat dari atas ke bawah (*top-down*). Sama dengan sifat dari proses terbentuknya hukum Islam adalah hukum yang dimaksud dalam pembahasan ini, yaitu hukum yang disebut dengan perundang-undangan negara, atau yang lazim juga dikenal dengan sebutan peraturan perundang-undangan. Hanya bedanya, untuk hukum Islam pembentuknya adalah Tuhan, Allah SWT, sedangkan untuk hukum perundang-undangan pembentuknya adalah suatu lembaga negara yang fungsi utamanya sebagai pembentuk hukum (*legislative power*). Peraturan perundang-undangan, memiliki kait mengait dengan kemanusiaan dan keadilan, baik dalam pembentukan, pelaksanaan, dan penegakan hukum. Hal tersebut dapat dibuktikan dengan merunut sejak dari pembentukan negara, khususnya Indonesia, karena hukum tersebut merupakan salah satu dari implementasi fungsi negara. Negara dibentuk atas dasar motivasi terkait dengan kemanusiaan dan keadilan,

sehingga tujuan dan dasarnya juga terkait dengan kemanusiaan dan keadilan. Negara dan hukum merupakan instrumen kemanusiaan dan keadilan, oleh karenanya bernegara dan berhukum mesti mengaitkannya dengan kemanusiaan dan keadilan dan oleh karenanya pula tidakkah sudah cukup dalam perspektif instrumental tersebut, negara dan hukum itu sendiri tanpa kemanusiaan dan keadilan dalam melayani masyarakat.

**Kata Kunci:** Hukum, Keadilan Sosial, *Constitutional Law*

### ***Abstract***

*Law in this discussion is the law that is deliberately formed (by designed) by the state, not the law that occurs naturally in the society, which constitute the crystallization of human interaction within the society as the subject of law. Law is known as the common law or customary law and the second is the religious law, in particular, Islam with its Islamic law. The process of formation of common law or customary law is from the bottom upward (bottom-up process) while the establishment of islamic law is from top to bottom (top-down). The same as the nature of the process of formation of Islamic law is the in question in this discussion, which is the law called state legislation, or which is also usually known as laws and regulations. The only difference is, Islamic law is made by God, Allah SWT, while the maker of statutory laws is a state institution of which the major function is to make laws (legislative power). Legislation is interrelated to with humanity and justice, both in the establishment, implementation, and enforcement. This can be proven by tracing since the establishment of the state, particularly Indonesia, because the law is one of the implementation of state functions. State is established on the basis of motivation associated with humanity and justice, so that the objectives and the foundations are also related to humanity and justice. The State and the law is an instrument of humanity and justice, therefore, state and law must be related to humanity and justice, and thus, also would not be enough in the instrumental perspective, the state and the law itself without humanity and justice in serving the society.*

**Keywords:** *Law, Social Justice, Constitutional Law.*

## **I. PENDAHULUAN**

Hukum dalam pembahasan ini adalah hukum yang sengaja dibentuk (*by designed*) oleh negara, bukan hukum yang terjadi secara alamiah di dalam masyarakat, yang merupakan kristalisasi dari pergaulan antar manusia dalam masyarakat sebagai subjek hukum, atau juga bukan hukum agama, khususnya agama Islam, yang bersumber dari wahyu Tuhan, Allah swt, baik secara langsung

maupun melalui para nabi dan rasul-Nya. Hukum dalam kedua pengertiannya yang terakhir tersebut, yang pertama dikenal dengan hukum kebiasaan atau hukum adat dan yang kedua merupakan hukum agama, khususnya agama Islam dengan hukum Islamnya. Proses terbentuknya hukum kebiasaan atau hukum adat bersifat dari bawah ke atas (*bottom-up*) sedangkan proses terbentuknya hukum Islam bersifat dari atas ke bawah (*top-down*).<sup>1</sup> Sama dengan sifat dari proses terbentuknya hukum Islam adalah hukum yang dimaksud dalam pembahasan ini, yaitu hukum yang disebut dengan perundang-undangan negara, atau yang lazim juga dikenal dengan sebutan peraturan perundang-undangan. Hanya bedanya, untuk hukum Islam pembentuknya adalah Tuhan, Allah SWT, sedangkan untuk hukum perundang-undangan pembentuknya adalah suatu lembaga negara yang fungsi utamanya sebagai pembentuk hukum (*legislative power*).

Ketika suatu masyarakat telah menegara maka masyarakat tersebut memberikan kekuasaan kepada negara. Kekuasaan negara mengatasi kekuasaan lain yang ada di dalam masyarakat, termasuk dalam kaitannya dengan soal hukum. Kekuasaan tersebut diberikan kepada negara supaya menjadi modal bagi negara dalam mencapai tujuan negara, yang pada hakekatnya adalah tujuan bersama dari masyarakat tersebut. Dalam perspektif negara demokrasi, untuk mencapai tujuan negara tersebut kekuasaan negara diselenggarakan oleh orang yang dipilih oleh masyarakat untuk itu, sehingga hal yang paling nyata dalam penyelenggaraan kekuasaan negara tersebut adalah orang, baik sebagai orang pribadi atau orang dalam pengertian secara kolektif kolegial sebagai suatu kesatuan penyelenggara negara. Dengan perkataan lain, pemegang kekuasaan negara sejatinya adalah orang juga.

Karakter orang yang memegang kekuasaan itu sendiri, sebagaimana kata *Lord Acton*, cenderung untuk korup atau sewenang-wenang. Oleh karena itu, manakala seseorang atau beberapa orang itu diberikan kekuasaan yang mutlak maka kecenderungan untuk korupnya atau kesewenang-wenangnya mutlak juga (*power tends to corrupt, absolut power corrupts absolutely*).<sup>2</sup> Oleh karena itu maka kekuasaan dalam negara, yang salah satu implementasinya terkait dengan hukum, supaya tidak terjadi kesewenang-wenangan maka kekuasaan itu dibagi atau dipisahkan menjadi tiga kekuasaan utama negara, yaitu kekuasaan negara pembentuk hukum (*legislative*), kekuasaan negara penyelenggara pemerintahan

<sup>1</sup> Hans Kelsen, *Teori Umum Hukum dan Negara Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik*, Jakarta: BEE Media Indonesia, 2007, h. 5

<sup>2</sup> Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2008, h. 105

negara berdasarkan hukum (*executive*), dan kekuasaan negara penyelenggara peradilan (*judicial*) guna menyelesaikan sengketa hukum.<sup>3</sup>

Sejalan dengan pembagian atau pemisahan kekuasaan negara sebagaimana diuraikan di atas maka cara masyarakat yang telah menegara tersebut dalam ber hukum akan mengalami proses sebagai berikut: **Pertama**, pembentukan hukum. **Kedua**, pelaksanaan hukum. **Ketiga**, penegakan hukum. Dalam proses ber hukum kedua yang terakhir tersebut kadang-kadang disebut juga sebagai penegakan hukum, mengingat kedua proses tersebut menggunakan hukum yang telah tersedia dari pembentuknya.

Berdasarkan uraian tersebut maka permasalahannya adalah, Apa kait mengait antara hukum dimaksud dengan kemanusiaan serta keadilan, baik dalam pembentukan, pelaksanaan, dan penegakan hukum? Mengapa dalam ber hukum mesti mengaitkannya dengan kemanusiaan dan keadilan? Tidakkah sudah cukup, hukum itu sendiri, tanpa kemanusiaan dan keadilan, melayani masyarakat yang telah menegara tersebut?

## II. PEMBAHASAN

Sesuai dengan pengertian hukum sebagaimana dibahas pada kesempatan ini maka untuk menjawab permasalahan tersebut perlu dibahas terlebih dahulu permasalahan bagaimana suatu negara terbentuk, khususnya Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) dalam kait mengaitnya dengan kemanusiaan dan keadilan. Untuk itu perlu dikutip terlebih dahulu Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) alinea pertama yang menyatakan, "*Bahwa sesungguhnya kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa dan oleh sebab itu, maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan, karena tidak sesuai dengan peri-kemanusiaan dan peri-keadilan*".

Alinea pertama ini terkait dengan fakta historis yang terjadi menginformasikan bahwa bangsa yang sebenarnya merupakan masyarakat yang mendiami wilayah nusantara, yang terdiri atas kelompok-kelompok masyarakat hukum berdasarkan suku, agama dan sebagainya, mengalami penjajahan oleh bangsa lain, yaitu bangsa Eropa, atau khususnya bangsa Belanda. Penjajahan yang sangat lama telah menjadikan mereka merasa senasib penderitaan, yang kemudian menyadarkan

<sup>3</sup> Jimly Asshiddiqe, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konpress, 2005, h. 81. Bandingkan dengan Francis Fukuyama, *Memperkuat Negara Tata Pemerintahan dan Tata Abad 21*, Judul Asli: *State Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Penerjemah: A. Zaim Rofiqi, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2005

akan terampasnya hak fundamental mereka sebagai manusia, yaitu kemerdekaan. Penjajahan yang mengakibatkan terampasnya kemerdekaan sebagai hak fundamental tersebut, menurut mereka, merupakan perbuatan yang tidak sesuai dengan peri-kemanusiaan dan peri-keadilan. Dengan demikian maka terbangunlah tekad yang bulat untuk berjuang menghapuskan penjajahan di dunia, yang lebih khusus lagi adalah penjajahan yang terjadi di bumi persada nusantara sebagai tempat dan sumber kehidupan mereka sejak semula ada.

Kumulasi dari perasaan senasib sepenenderitaan sampai dengan terbentuknya tekad yang bulat untuk berjuang menghapus penjajahan, karena tidak sesuai dengan peri kemanusiaan dan peri keadilan, itulah yang kemudian membentuk ikatan mereka menjadi bangsa. Terbentuknya ikatan kebangsaan itu pada mereka, yang kemudian mereka menyebut sebagai bangsa Indonesia, adalah karena faktor kemanusiaan dan keadilan, bukan karena faktor keturunan dari kakek moyang yang sama sebagaimana faktor yang telah membentuk bangsa bagi selain bangsa Indonesia.

Tekad yang bulat untuk menghapus penjajahan karena tidak sesuai dengan peri kemanusiaan dan peri keadilan tersebut telah memotivasi perjuangan kemerdekaan, meski berlangsung dalam waktu yang sangat lama dan penuh dengan dinamika, namun demikian mereka tetap konsisten meski acapkali ditimpa resiko yang secara normal tak tertahankan. Perjuangan yang berlangsung sangat lama telah menelan sangat banyak energi dan sangat banyak ongkos yang harus dibayar, terutama ongkos sosial, namun pada akhirnya perjuangan tersebut membuahkan hasil.

Pada paruh pertama abad XX, tepatnya pada tanggal 17 Agustus 1945 perjuangan yang sangat panjang dan melelahkan, yang mereka sebut sebagai "*perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia*" itu telah mengantarkan rakyat Indonesia, dengan tak kurang sesuatu apapun, ke depan pintu gerbang kemerdekaan Negara Indonesia yang dicita-citakan bersama, yaitu Negara Indonesia yang merdeka bersatu, berdaulat, adil, dan makmur. Oleh karena itulah kemudian "*atas berkat dan rahmat Allah Yang Maha Kuasa*" dengan motivasi yang tinggi supaya berkehidupan kebangsaan yang merdeka maka kemerdekaan Indonesia pada tanggal tersebut diproklamasikan oleh Wakil Bangsa Indonesia, Soekarno dan Hatta, pada pukul 10 waktu Jakarta. Hal tersebut terrekam dalam Naskah Proklamasi sebagai berikut:

### Naskah Proklamasi:

*"Kami bangsa Indonesia dengan ini menjatakan kemerdekaan Indonesia. Hal-hal jang mengenai pemindahan kekoeasaan d.l.l., diselenggarakan dengan tjara saksama dan dalam tempoh jang sesingkat-singkatnja".*

*Djakarta, hari 17 boelan 8 tahun 1945  
Atas Nama Bangsa Indonesia  
Soekarno/Hatta.*

Setelah perjuangan panjang dan melelahkan dengan motivasi yang tinggi untuk merdeka serta atas berkah serta rahmat Allah Yang Maha Kuasa telah mengantarkan proklamasi kemerdekaan maka langkan berikutnya adalah membentuk Pemerintah Negara Indonesia yang bertujuan untuk mewujudkan perlindungan, kesejahteraan, kecerdasan bagi bangsa Indonesia, dan berpartisipasi dalam mewujudkan ketertiban dan perdamaian dunia. Bentuk dan susunan negara yang dipilihnya adalah negara kesatuan (*unitary state*), yang berpemerintahan (*regeringsform*) republik dan berkedaulatan rakyat (*democratic state*). Untuk itu maka kerangka kerja (*frame work*) bernegara sesuai dengan cita negara tersebut disusun dalam suatu Undang-Undang Dasar (*written constitution*) berdasarkan ketuhanan, kemanusiaan, persatuan Indonesia, dan kerakyatan, serta keadilan sosial, yang kemudian disebut Pancasila. Hal demikian terrekam dalam Pembukaan UUD 1945 yang selengkapnya menyatakan,

*"Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia".*

Berdasarkan uraian tersebut di atas maka Indonesia sebagai negara-bangsa (*nation state*), sesungguhnya terbentuk dengan latarbelakang kemanusiaan dan

keadilan dan bertujuan untuk mewujudkan hal-hal terkait dengan kemanusiaan dan keadilan, yang dalam elaborasinya adalah perlindungan, kesejahteraan, kecerdasan, dan berpartisipasi dalam mewujudkan ketertiban dan perdamaian dunia. Untuk mewujudkan tujuan tersebut dipilih pula dasar yang tidak jauh dari kemanusiaan dan keadilan, yang kemudian disebut Pancasila. Dengan demikian maka kemanusiaan dan keadilan merupakan benang merah bagi bangsa Indonesia dalam kehidupan berbangsa dan bernegara yang secara konsisten terdapat dalam setiap tahap pembentukan negara, yaitu dalam tahap latar belakang, dalam tahap penetapan tujuan, dan dalam tahap penentuan pilihan dasar dalam berbangsa dan bernegara.

Berhukum sebagai tahap penyelenggaraan negara, sesuai uraian tersebut di atas, dengan demikian tidak dapat dipisahkan dari kemanusiaan dan keadilan. Kemanusiaan dan keadilan adalah "*ruh*" berhukum bagi bangsa Indonesia dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Tanpa kemanusiaan dan keadilan maka hukum akan kehilangan *ruh*-nya dan oleh karena itu hukum akan menjadi rumusan norma yang mati, atau sekurang-kurangnya tidak bermakna karena tidak sesuai dengan latar belakang, maksud dan tujuan, serta dasar bangsa ini dalam membentuk negara.

### **1. Konsep tentang Hukum dan Keadilan Sosial**

Pertanyaan tentang hukum itu apa merupakan pertanyaan mengenai suatu konsep tentang hukum. Konsep merupakan realitas yang terdapat di dalam ranah gagasan atau *idea* sebagai produk dari proses konstruksi dalam menangkap realitas empirik, dalam hal ini mengenai soal hukum<sup>4</sup>. Konsep hukum sebagai jawaban atas pertanyaan tentang hukum itu apa telah dikemukakan oleh banyak ahli sesuai sudut pandang masing-masing dalam menangkap realitas empirik yang disebut hukum tersebut. Dari beberapa konsep tersebut dalam pembahasan ini akan dikemukakan konsep tentang hukum yang substansinya sebagai suatu kaidah atau norma yang mengatur tingkah laku manusia dalam kehidupan bersama di dalam masyarakat.

Hukum dalam konsepnya sebagaimana diuraikan di atas terdiri atas (i) hukum yang terjadi secara alamiah di dalam masyarakat, yang merupakan kristalisasi dari pergaulan antarmanusia dalam masyarakat sebagai subjek hukum, yang disebut sebagai hukum adat; (ii) hukum yang bersumber dari

<sup>4</sup> Soetandyo Wignjosebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Masalah*, Jakarta: ELSAM dan HUMA, 2002, h. 179.

wahyu Tuhan, Allah swt, baik secara langsung maupun melalui para nabi dan rasul-Nya, yang disebut sebagai hukum agama, seperti Islam dengan hukum Islamnya; dan (iii) hukum yang dibentuk dengan sengaja (*by design*) oleh negara sebagai organisasi kekuasaan yang salah satu fungsinya adalah mengenai bidang perundang-undangan atau putusan pengadilan, sehingga hukum yang terakhir ini disebut sebagai hukum yang dibentuk *enacted law*.<sup>5</sup> Hukum dalam konsepnya yang pertama, yaitu hukum kebiasaan atau hukum adat dilihat dari proses terbentuknya bersifat dari bawah ke atas (*bottom-up*). Hukum dalam konsepnya yang kedua dan yang ketiga, yaitu hukum agama, khususnya agama Islam dengan hukum Islamnya dan hukum dalam konsepnya sebagai hukum yang dibentuk atau diundangkan proses terbentuknya bersifat dari atas ke bawah (*top-down*). Hanya bedanya, untuk hukum Islam pembentuknya bersumber dari Tuhan, Allah SWT, sedangkan untuk hukum perundang-undangan pembentuknya adalah suatu lembaga negara yang fungsi utamanya sebagai pembentuk hukum (*legislative power*) atau oleh pengadilan (*judicial power*).

Hukum perundang-undangan dan putusan pengadilan terjadi ketika suatu masyarakat telah menegara dan dengan menegara tersebut maka masyarakat memberikan kekuasaan kepada negara yang mengatasi kekuasaan lain yang ada di dalam masyarakat, termasuk dalam kaitannya dengan soal hukum. Kekuasaan tersebut diberikan kepada negara supaya menjadi modal bagi negara dalam mencapai tujuan negara, yang pada hakekatnya adalah tujuan bersama dari masyarakat tersebut. Dalam perspektif negara demokrasi, yang merupakan negara yang dikelola sendiri oleh rakyat (*the state governed by the people*) maka untuk mencapai tujuan negara tersebut kekuasaan negara diselenggarakan oleh orang yang dipilih oleh masyarakat, termasuk kekuasaan di bidang perundang-undangan, sehingga hal yang paling nyata dalam penyelenggaraan kekuasaan negara tersebut adalah rakyat sendiri, baik sebagai orang pribadi atau orang dalam pengertian secara kolektif-kolegial sebagai suatu kesatuan penyelenggara negara.

Dalam melaksanakan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, manusia tak bisa terlepas dari kewajiban melaksanakan hukum.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in The Mirror of Science*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1957, h. 78

Hal ini terkait dengan pengertian hukum sebagai himpunan petunjuk-petunjuk hayati (perintah-perintah dan larangan-larangan) yang mengatur tata tertib dalam suatu masyarakat. Pengertian ini menunjukkan bahwa hukum bertujuan buat menciptakan kedamaian, keamanan, dan ketentraman dalam masyarakat. Tingginya peranan hukum dalam mengatur kehidupan masyarakat menjadikan hukum sebagai acuan dalam aplikasi kedaulatan hukum. Dalam penyelenggaraan pemerintahan sebuah negara, hukum memegang peranan krusial dalam menjamin penyelenggaraan negara yang berkeadilan. Keadilan merupakan ukuran dalam menentukan kesepakatan mengenai kebenaran dan kesalahan yang berlaku di masyarakat dalam sebuah negara. Hukum memiliki kekuasaan penuh dalam mengatur aplikasi keadilan dalam penyelenggaraan negara. Artinya, suatu pemerintahan dalam negara didasarkan atas hukum dan menjunjung tinggi hukum sebagai dasar bersikap dan berperilaku.

Keadilan sosial merupakan tampilan lain dari keadilan. Seperti juga hukum, konsep mengenai keadilan telah dikemukakan oleh banyak ahli sesuai sudut pandang masing-masing, namun substansinya adalah mengenai sikap moral yang benar terkait dengan hubungan antar manusia dalam kehidupan bersama di dalam masyarakat atau negara. Konsep adil tersebut dapat dirunut dari pengertian asalnya dalam bahasa, karena substansi keadilan memang bermula dari pengertiannya dalam bahasa. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), keadilan merupakan adjektiva yang menjelaskan nomina atau pronomina yang memiliki tiga arti. **Pertama**, sama berat; tidak berat sebelah; tidak memihak. **Kedua**, berpihak kepada yang benar; berpegang pada kebenaran. **Ketiga**, sepatutnya; tidak sewenang-wenang.<sup>6</sup> Dalam bahasa Inggris, kata yang memiliki makna yang sama atau sekurang-kurangnya dekat dengan kata adil adalah *just* atau *justice*. *Just* artinya *fair or morally right*. *Justice* memiliki tiga dari lima arti berikut ini. **Pertama**, artinya *behaviour or treatment that is fair and morally correct*. **Kedua**, *the system of laws which judges or punishes people*. **Ketiga**, *someone who judges in a court of law*.<sup>7</sup>

Substansi keadilan sebagaimana diuraikan di atas mesti diformulasikan pada tiga tingkat. **Pertama**, pada tingkat *outcome*. **Kedua**, pada tingkat prosedur. **Ketiga**, pada tingkat sistem.<sup>8</sup> Pada tingkat *outcome*, keadilan berhubungan dengan pembagian (*distributive*) dan pertukaran (*comutative*),

<sup>6</sup> Pusat Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2008, h. 8

<sup>7</sup> *Cambridge Advanced Learner's Dictionary 2th Edition*, Cambridge University Press, 2007, h. 393

<sup>8</sup> Faturochman, *Keadilan Perspektif Psikologi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1999, h. 13-17

sehingga keadilan dalam hal ini berhubungan dengan suatu objek yang dalam praktiknya, antara lain, dapat berupa benda atau jasa. Sementara itu prosedur berhubungan dengan cara penentuan dan sistem yang berhubungan dengan atau kait-mengait antar-struktur yang berlaku.

Dalam keadilan pembagian dan pertukaran, yaitu keadilan pada tingkat pertama yang terkait dengan *outcome*, dalam tataran empiriknya sering terjadi *unequal* dalam prosesnya. Pembagi yang tampak oleh orang pada umumnya jelas lebih tinggi dibanding penerima, atau para pihak yang dalam proses pertukaran tidak seimbang oleh karena faktor sosial, ekonomi, politik, maupun budaya. *Unequity* yang terjadi pada subjek dalam proses tersebut secara potensial merupakan faktor yang dapat menyebabkan terjadinya ketidakadilan. Oleh karena itu *morally normative* dalam keadilan pada tingkat pertama mengkaidahkan prinsip *equity* dalam hubungan antara kedua belah pihak (*diadic*) dan terutama mengenai *input*-nya. Terkait dengan input, *equity* mensyaratkan kesebandingan yang diterima oleh kedua pihak dan antara satu orang dengan orang lain yang berada dalam posisi yang sama. Selain itu, dalam keadilan pertukaran pengkaidahan mesti lebih menekankan pada prinsip *no harm no intervention*.<sup>9</sup>

Dalam keadilan prosedural, yaitu keadilan pada tingkat kedua yang berhubungan dengan cara penentuan, yang terkait dengan proses dan perlakuan terhadap orang-orang yang terlibat di dalamnya, mensyaratkan adanya tiga komponen. *Pertama*, sifat aturan dari prosedur yang berlaku adalah formal. *Kedua*, kejelasan terhadap prosedur dan pengambilan keputusan. *Ketiga*, perlakuan interpersonal. Secara substansial keadilan prosedural lebih ditentukan oleh komponen kedua dan ketiga, karena berdasarkan kedua komponen tersebut keadilan prosedural mewujudkan keadilan yang dapat terlihat oleh masyarakat, yang bahkan pada akhirnya menjadikan *looking fair* lebih penting daripada *being fair*.<sup>10</sup>

Sedangkan dalam keadilan sistem, yaitu keadilan pada tingkat ketiga yang berhubungan dengan sistem, yang merupakan pola yang menjadi dasar prosedur, distribusi dan pertukaran pada dasarnya merupakan kebijakan umum yang direalisasikan sebagai dasar dalam menentukan prosedur dan *outcome*. Dengan demikian maka keadilan sistem ini terkait pula dengan

<sup>9</sup> A. Sonny Keraf & Mikhael, *Ilmu Pengetahuan: Suatu Tinjauan Filosofis*, Cetakan Keenam, Yogyakarta: Kanisius, 2006, h. 13-17

<sup>10</sup> Faturochman, *Op. Cit.*, h. 13-17. Lihat juga, Greenberg, 1996; Gilliard, 1994; Tyler, 1989, 1994; Cialdini, 1994; dan Turner, 1991.

struktur. Keadilan yang terkait dengan struktur itulah sesungguhnya substansi keadilan sosial. Leventhal menentukan enam kriteria. *Pertama*, konsisten terkait waktu dan orang; *Kedua*, tidak bias; *Ketiga*, disusun sesuai data dan informasi yang akurat; *Keempat*, *correctability* tinggi terhadap kesalahan; *Kelima*, representative; dan *Keenam*, berdasar standar etika dan moral.<sup>11</sup>

Pertanyaan besar tentang keadilan sosial terkait dengan perkembangan masyarakat modern yang bersifat pluralistik, sehingga pertanyaan yang muncul terkait dengan hal tersebut adalah bagaimana suatu masyarakat stabil dan adil yang warganya bebas dan sederajat namun secara mendalam terpecah dalam doktrin-doktrin moral, filsafat, dan agama yang saling berkonflik bahkan tidak didamaikan itu mungkin (Rawl). Atau, bagaimanakah kita bisa mengharapkan tercapainya konsensus politik secara nasional di dalam suatu masyarakat pluralistik modern (Habermas).<sup>12</sup>

Jawaban dari pertanyaan besar tersebut telah diberikan, antara lain, oleh Rawl dan Habermas yang pada intinya adalah keadilan sosial. Bagaimana hal itu terbentuk, masing-masing berteori. Rawl: melalui prosedur kontrak berdasarkan fairness yang menyatukan prinsip kemerdekaan dan kesamaan dalam suatu keadilan sosial substantif yang mencakup keseluruhan pendistribusian nikmat-nikmat sosial primer, baik politik, ekonomi, maupun sosial. Habermas: melalui diskursus praktis inter subjektif sebagai prosedur untuk mengambil putusan dalam menentukan apa yang adil tersebut.<sup>13</sup>

Sejalan dengan Rawl dan Habermas tersebut maka keadilan atau ketidakadilan bukan sesuatu yang alamiah (*given*), akan tetapi merupakan akibat dari perbuatan manusia. Oleh karena itu, ketidakadilan dapat diubah. Ketika ingin mengubah maka menurut Brian Barry, mesti diatur bagaimana pembagian nikmat dan beban dalam masyarakat itu dirangkum dalam 3 (tiga) kelompok, ekonomi (uang), politik (kuasa), dan sosial (status).<sup>14</sup> Oleh karena keadilan sosial itu, antara lain, dirumuskan sebagai pembagian sebagaimana diuraikan di atas maka pada umumnya kemudian disimpulkan keadilan sosial adalah keadilan distributif. Padahal sesungguhnya keadilan sosial berbeda dengan keadilan distributif yang lebih menekankan pada aspek pembagian harta masyarakat dan lebih bersifat individu. Keadilan sosial memiliki

<sup>11</sup> *Ibid*, h. 13-17

<sup>12</sup> Bur Rasuanto, *Keadilan Sosial*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2005, h. 121.

<sup>13</sup> *Ibid*, h. 181

<sup>14</sup> *Ibid*, h. 14

pengertian yang lebih luas, yaitu sebagai suatu keadaan yang memungkinkan setiap individu dan kelompok dalam masyarakat dapat berkembang secara maksimal, sehingga tekanan pada individu diletakkan dalam dimensi sosial atau komunalnya.<sup>15</sup>

Terkait dengan kekuasaan atau negara sebagai pemegang kekuasaan maka negara dengan kekuasaan yang berada ditangannya berkewajiban untuk mewujudkan keadilan sosial melalui kebijakan dan usaha-usaha konkret (aktif) dan berkewajiban mencegah timbulnya ketidakadilan (pasif).

## 2. Teori Tentang Hubungan Antara Hukum dan Keadilan

Persoalan hukum dan keadilan mencuat ketika hukum menjadi urusan negara. Hal demikian terjadi karena hukum menjadi sesuatu yang sengaja dibentuk (*by design*) oleh kekuasaan negara, sehingga hukum merupakan substansi buatan yang artifisial. Ketika itulah terjadi polarisasi antara negara dengan hukumnya dan masyarakat dengan keadilannya. Hukum sendiri, keadilan sendiri, sehingga mencuatlah pertanyaan, apakah hukum itu telah menggantikan keadilan. Dengan demikian masihkah relevan mengajukan permasalahan mengenai keduanya. Atau sekiranya masih relevan untuk mengajukan pertanyaan mengenai keduanya, apa kait mengait antara keduanya. Untuk menjawab pertanyaan sebagaimana dikemukakan tersebut, berikut teori-teori mengenai hukum dan keadilan.

Kapan, mengapa dan bagaimana hukum menjadi urusan negara. Suatu contoh, ketika manusia sampai pada tahap tertentu dalam sejarah perkembangannya, *renaissance*, manusia melihat dirinya sebagai “individu-individu yang memiliki kebebasan”. Ketika itu muncul pertanyaan mendasar, bagaimana mewujudkan ketertiban dan keamanan bagi dirinya supaya setiap individu dengan kebebasannya itu dapat terjamin dan tidak mengancam keamanannya. Ketika itulah manusia menemukan jawabannya, yaitu “menyerahkan hak kebebasan itu kepada suatu kekuasaan yang berdaulat, negara, melalui kontrak sosial” supaya dengan kekuasaan itu negara membuat hukum yang menjamin ketertiban dan keamanannya. Hukum sebagai jawaban atas kebutuhan manusia sebagai “individu yang bebas” tersebut masih tetap relevan ketika manusia memasuki tahap berikutnya dalam perjalanan

<sup>15</sup> Al Andang L Binawan, *Hukum di Pusat Pasar : Keadilan sosial yang memudar dalam Keadilan Sosial Upaya Mencari Makna Kesejahteraan Bersama di Indonesia*, Editor AL Andang L Binawan & A Presetyantoko, Jakarta: Penerbit Kompas, 2004, h. ix

sejarahnya, *Aufklarung*. Ketika itu manusia melihat dirinya selain sebagai “individu yang bebas”, juga melihat sebagai manusia yang rasional, yang dengan rasionalitasnya itu “manusia mengetahui mana yang baik dan mana yang buruk bagi dirinya”, sehingga muncullah “persyaratan” bagi hukum yang diserahkan pembentukannya kepada negara tersebut harus: (i) rasional dan objektif; (ii) mencerminkan aspirasi rakyat.<sup>16</sup>

Hukum sebagai urusan negara menjadi makin menguat ketika dalam sejarah manusia mengalami “revolusi industri” dan dunia keilmuan mengalami tahap yang disebut “*positive*”, yang menjadikan pengalaman empiris sebagai ukuran tunggal kebenaran. Seturut itu maka hukum pun tak pelak menjadi jawaban atas tantangan yang bertumbuh dari zamannya. Untuk apa hukum dibentuk, jawabnya terkait dengan revolusi industri adalah untuk menjamin keamanan industri dengan properti milik individu yang bertumbuh makin pesat dan itulah yang diyakini akan menyejahterakan, terkait dengan hukum maka dimensi empirisnya menjadi ukuran legalitasnya. Di dalamnya terdapat kekuasaan sebagai pembentuk, yaitu negara dengan hukum yang memerintah, melarang, dan menyatakan keizinan, serta menentukan sanksi bagi pelanggarnya. Sementara itu, ada pula orang yang mentaati, dan sebaliknya ada pula yang melanggar kemudian dijatuhi sanksi. Dengan mempelajari fakta empirik yang demikian, dengan membandingkan yang satu dengan yang lain kemudian dengan menggunakan, antara lain yang paling menonjol, “*analytical legal positivism*” didapat ide umum hukum yang disebut sebagai prinsip hukum, yang pada gilirannya membentuk sistem yuridis yang dipergunakan sebagai hukum positif. Demikianlah hukum positif yang pembentukannya diserahkan kepada “para ahli” dan negara.<sup>17</sup>

Dalam perjalanannya hukum sebagai produk dari para ahli dan yang mendapat legalitasnya dari negara, sehingga hukum itu artifisial, mendapat tanggapan sebagai akibat dari “jauhnya” hukum itu dari apa yang menjadi keinginan atau kepentingan masyarakat, termasuk di dalamnya kepentingan tentang keadilan, karena sifat prosesnya yang *top down* dan bersamaan dengan itu membuka peluang terjadinya hukum yang mengabdikan kepada kepentingan rezim penguasa (yang membentuknya) melalui fungsi instrumentalnya.

<sup>16</sup> Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Surabaya: Kita, 2006, h. 2-4 dan h. 53-74. Lihat juga, Theo Huijber, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta: Kanisius, 1982, h. 50-94

<sup>17</sup> Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, *Ibid*, h. 4, 79, 80. Lihat juga, Theo Huijber, *Ibid*, h. 128-134

Tanggapan tersebut dipelopori oleh Von Savigny dengan teori *volkgeist*-nya yang menyatakan, “*Hukum sejati tidak dibuat, tapi ditemukan di dalam pergaulan masyarakat, karena antara hukum sejati dan jiwa rakyat terhadap hubungan organik. Legislasi hanya penting selama ia memiliki sifat deklaratifnya terhadap hukum sejati*”.

Hukum dengan pengertiannya yang demikian, yaitu “hukum yang terbentuk melalui proses legislasi adalah hukum manakala sifat deklaratifnya terhadap hukum sejati”, pada abad ke 20 bergeser sedikit, yaitu ke arah kemanusiaan dan keadilan yang kemudian memperoleh perumusannya yang lebih konkret menjadi keadilan sosial.

### 3. Hukum, Keadilan dan Keadilan Sosial Dalam UUD 1945

UUD 1945 sebagai konstitusi tertulis, kini, terdiri atas pembukaan dan pasal-pasal. Konstitusi atau Undang-Undang Dasar tertulis, terutama pembukaan, memuat rekaman sejarah perjuangan rakyat untuk menjadi bangsa yang kemudian membentuk negara, kosmologi yang dimilikinya yang memberi arah dalam terbentuknya cita, fungsi, dasar dan tujuan bernegara. Hal-hal yang termuat di dalam pembukaan tersebut kemudian dirinci dalam bentuk hukum konstitusi yang menentukan lebih lanjut, antara lain, bagaimana mencapai tujuan bernegara dengan membentuk beberapa lembaga negara, menetapkan fungsi yang diembannya, menetapkan arah bagaimana fungsi dilaksanakan, dan bagaimana hubungan antarlembaga negara tersebut serta antara lembaga negara tersebut dengan rakyat.

Dengan demikian konstitusi merupakan dokumen kebudayaan suatu bangsa yang membentuk negara.<sup>18</sup> Mengingat posisinya yang demikian maka ada pendapat yang menyatakan, Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945<sup>19</sup> tak dapat diubah, karena perubahan berarti pembubaran negara yang dibentuk dan pembentukan negara baru yang secara filosofis berlainan dari negara yang pertama kali dibentuk. Selain itu, dalam perspektif hukum, negara merupakan tata hukum (sistem hukum). Dalam perspektif ini, sebagaimana diuraikan di atas, konstitusi diposisikan sebagai hukum tertinggi, yang oleh karena posisinya tersebut konstitusi menjadi ukuran validitas hukum dan pembentukan hukum di bawahnya di dalam suatu negara, baik peraturan perundang-undangan maupun putusan pengadilan.

<sup>18</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perilaku: Hidup Baik Adalah Dasar Hukum Yang Baik*, Jakarta: Buku Kompas, 2009, h. 35

<sup>19</sup> Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal II Aturan Tambahan

Terkait dengan hal tersebut, dalam mengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) terutama dalam pembentukan hukum kenegaraan Mahkamah Konstitusi (MK) Jerman secara konstitusional diberikan kewenangan mengadili pengujian konstitusionalitas undang-undang dan putusan pengadilan. Berbeda dengan kewenangan MK Indonesia, meskipun berwenang mengadili sengketa konstitusional yang lain, dalam soal pengujian konstitusional hukum secara konstitusional hanya berwenang mengadili pengujian konstitusionalitas undang-undang.

Berdasarkan uraian tersebut maka permasalahan utamanya adalah, apa hubungan antara hukum dan keadilan atau keadilan sosial di Indonesia. Untuk menjawabnya maka akan dirujuk UUD 1945 sebagai konstitusi tertulis dan hukum tertinggi di Indonesia yang di dalamnya, sebagaimana diuraikan di atas, memuat rekaman sejarah perjuangan rakyat untuk menjadi bangsa yang kemudian membentuk negara, kosmologi yang dimilikinya yang memberi arah dalam terbentuknya cita, fungsi, dasar dan tujuan bernegara.

#### **a. Makna Adil, Keadilan, dan Keadilan Sosial dalam Pembukaan UUD 1945**

##### ***PEMBUKAAN***

*“Bahwa sesungguhnya Kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa dan oleh sebab itu, maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan, karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan.*

*Dan perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia telah sampailah kepada saat yang berbahagia dengan selamat sentausa mengantarkan rakyat Indonesia ke depan pintu gerbang kemerdekaan Negara Indonesia, yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur.*

*Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan dengan didorongkan oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas, maka rakyat Indonesia menyatakan dengan ini kemerdekaannya.*

*Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang*

*adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”.*

UUD 1945 merupakan konstitusi tertulis negara Indonesia. Konstitusi di dalam suatu negara merupakan hukum yang tertinggi (*the supreme law of the land*). Disebut sebagai hukum yang tertinggi oleh karena konstitusi dikonstruksikan sebagai perjanjian yang dilakukan oleh rakyat, yang dengan perjanjian tersebut rakyat mengikatkan diri sebagai sebagai suatu bangsa untuk mendirikan negara, Indonesia. Konstitusi disebut sebagai hukum tertinggi, karena konstitusi merupakan hukum yang mula pertama dibentuk dalam negara yang dibentuknya. Di dalamnya hal ihwal tentang negara yang dibentuk diatur.

Adil, keadilan, dan keadilan sosial tertulis hampir dalam semua alinea Pembukaan UUD 1945, tepatnya tertulis di dalam 3 (tiga) alinea. Dari 3 (tiga) alinea tersebut, khusus dalam Alinea IV adil tertulis 1 (satu) kali keadilan sosial tertulis 2 (dua) kali, sehingga secara keseluruhan tertulis 3 (tiga) kali. Selanjutnya, dalam Alinea I tertulis 1 (satu) kali dan dalam Alinea II tertulis 1 (satu) kali. Jadi, secara keseluruhan di dalam Pembukaan UUD 1945 tertulis 5 (lima) kali. Apa makna kesemuanya itu. Termuatnya keadilan dalam berbagai bentuk kata dalam Pembukaan UUD 1945 sebagai dokumen penting bagi negara dalam perspektif kenegaraan maupun hukum menunjukkan posisi pentingnya keadilan tersebut. Keadilan merupakan permasalahan yang fundamental dalam bernegara maupun ber hukum. Penting dan fundamentalnya keadilan dalam bernegara dan ber hukum terlihat dalam perspektif politik yang memandang negara sebagai kesatuan masyarakat politik sebagaimana diuraikan di muka berdasarkan teori Rawl dan teori Habermas.<sup>20</sup> Hal tersebut merupakan jawaban dari pertanyaan, bagaimana negara modern dengan masyarakat yang pluralistik, yang dengan demikian masing-masing golongan atau individu di dalamnya memiliki kepentingan masing-masing dan bahkan bersifat antinomi, namun mereka dapat bersatu di dalam satu komunitas politik yang disebut negara. Jawabannya adalah keadilan sosial. Keadilan sosial telah mengikatkan mereka menjadi suatu bangsa yang menegara.

<sup>20</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Indianapolis: Augsburg Publishing House, 1986, h. 234

**b. Makna “Peri-keadilan” dalam Alinea I Pembukaan UUD 1945**

Apa makna keadilan yang tertulis dalam Alinea I Pembukaan UUD 1945. Dalam perspektif sejarah terbentuknya negara, dalam hal ini negara Indonesia, kata keadilan yang didahului dengan kata kemanusiaan, masing-masing diawali dengan kata peri, sehingga lengkapnya tertulis peri-kemanusiaan dan peri-keadilan yang artinya hal mengenai kemanusiaan dan keadilan. Yang pertama terkait dengan hal yang esensial bagi manusia serta harkat dan martabatnya. Merupakan pengetahuan dan kesadaran rakyat mengenai hakikat dirinya sebagai manusia yang memiliki esensi kemanusiaan serta harkat dan martabat dalam kaitannya dengan posisi dalam pergaulan antar manusia haruslah sesuai dengan keadilan.

Pengetahuan dan kesadaran rakyat juga mengenai kemerdekaan sebagai hak segala bangsa, yang substansinya adalah kebebasan untuk menentukan nasibnya sendiri secara individual maupun kolektif. Menurutnya, kemerdekaan tersebut dapat menjamin hal fundamental yang dimiliki oleh bangsa, yakni kemanusiaan sebagai esensinya serta harkat dan martabatnya yang berkeadilan dalam pergaulan antar manusia. Sementara itu, penjajahan oleh bangsa asing yang dialaminya, dengan perlakuan dan hubungan antara penjajah dan rakyat yang terjadi telah menghilangkan kemerdekaan tersebut. Jadi, penjajahan menghilangkan kemerdekaan dan dengan demikian menghilangkan pula jaminan kemanusiaan dan keadilan yang menjadi milik fundamental suatu bangsa. Oleh karena penjajahan harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan peri-kemanusiaan dan peri-keadilan. Untuk itu maka seluruh rakyat mengikatkan diri sebagai suatu bangsa berjuang menghapuskan penjajahan yang dialaminya. Dengan demikian maka perjuangan untuk mewujudkan kembali peri-kemanusiaan dan peri-keadilan rakyat yang mengalami penjajahan tersebut mengikatkan diri sebagai suatu bangsa, yang kelak bernama Bangsa Indonesia. Peri-kemanusiaan dan peri-keadilan merupakan motivasi, pengikat, dan tujuan yang ingin diwujudkan oleh Bangsa Indonesia dalam bernegara.

**c. Makna “Adil” dalam Alinea II Pembukaan UUD 1945**

Apa makna “adil” dalam Alinea II Pembukaan UUD 1945. Mencari makna kata, salah satu di antaranya, dapat dicari dengan mengaitkan

terhadap konteksnya. Konteks dimaksud dapat difahami dari alinea sebelumnya dan dari keseluruhan alinea yang bersangkutan. Dalam perspektif sejarah, hal yang termuat dalam Alinea I Pembukaan UUD 1945 adalah pengetahuan dan kesadaran rakyat bahwa kemerdekaan harus dihapuskan. Untuk menghapuskan penjajahan rakyat mengikatkan diri sebagai suatu bangsa. Bangsa inilah yang kemudian berjuang untuk merdeka dengan menghapuskan penjajahan.

Perjuangan dimaksud dalam Alinea II disebutnya sebagai "*perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia*". Kemerdekaan Indonesia tersebut manakala dikaitkan dengan alinea sebelumnya tentu yang dimaksudkan adalah kemerdekaan yang menurut pengetahuan dan kesadaran mereka sebagai kebebasan rakyat, yang telah mengikatkan diri sebagai bangsa yang menamakan dirinya sebagai Bangsa Indonesia, dari penjajahan. Kemerdekaan Bangsa Indonesia.

Ada dua materi muatan dalam Alinea II tersebut, yaitu terkait dengan perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia dan kemerdekaan negara Indonesia. Terkait dengan materi muatan yang kedua tersebut yang dimaksud kemerdekaan adalah kemerdekaan Negara Indonesia. Secara lengkap, kait-mengait antara materi muatan pertama dan kedua adalah bahwa perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia, yang termotivasi untuk mewujudkan peri-kemanusiaan dan peri-keadilan telah dijalankan dan saat itu telah mengantarkan bangsa Indonesia untuk menegara. Adapun materi muatan yang kedua, secara khusus, mendeskripsikan bahwa negara Indonesia yang diperjuangkan adalah negara merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur. Pendiri negara ini memaknai adil yang terkait dengan negara selalu dikaitkan dengan makmur, sehingga untuk mencari maknanya harus lengkap dengan frasa "*adil dan makmur*". Menurut pendiri negara, adil makmur merupakan sebutan lain dari keadilan sosial, yang diartikan sebagai perpaduan antara demokrasi politik dan demokrasi ekonomi. Dengan demikian negara adil dan makmur adalah negara yang berkeadilan sosial atau berdemokrasi, baik dalam bidang politik maupun di bidang ekonomi. Soal keadilan sosial ini akan diuraikan lebih lanjut dalam pembahasan hal yang sama dalam Alinea IV Pembukaan UUD 1945.

**d. Makna “Adil dan Keadilan Sosial” dalam Alinea IV Pembukaan UUD 1945**

Alinea IV Pembukaan UUD 1945 mengandung materi muatan tentang (i) fungsi pemerintah(an) negara yang dibentuk setelah proklamasi kemerdekaan; (ii) tempat susunan Negara Indonesia yang berkedaulatan rakyat; (iii) dasar negara; dan (iv) tujuan negara. Hal mengenai keadilan, *pertama*, dengan rumusan “*keadilan sosial*” terdapat di dalam fungsi pemerintahan negara; *kedua*, dengan rumusan “*adil*” terdapat di dalam dasar negara; dan *ketiga*, dengan rumusan “*keadilan sosial*” terdapat di dalam dasar dan/atau tujuan negara. Apa makna dimuatnya soal keadilan tersebut di dalam fungsi, dasar, serta dasar dan/atau tujuan negara. Secara umum makna tersebut telah diuraikan di atas, yaitu bahwa dalam perspektif kenegaraan maupun hukum hal tersebut menunjukkan posisi pentingnya keadilan tersebut dan merupakan permasalahan yang fundamental dalam bernegara maupun ber hukum. Secara khusus hal tersebut memperoleh maknanya dalam soal yang lebih dinamis, yaitu bermakna bahwa keadilan, dalam berbagai bentuk dan tampilannya, merupakan basis dari kerangka kerja (*frame works*) dalam bernegara dan ber hukum.

Bahwa penegasan kedaulatan rakyat dalam konteks negara hukum sebagaimana terkandung Alinea IV Pembukaan UUD 1945 juga secara tegas telah dinyatakan dalam Pasal 1 Ayat (2) dan Ayat (3) UUD 1945, yaitu, “*Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar*”, dan “*Negara Indonesia adalah negara hukum*”. Dengan demikian, kedaulatan berada di tangan rakyat dan segala sikap tindakan yang dilakukan ataupun diputuskan oleh lembaga negara dan masyarakat haruslah didasarkan pada aturan hukum. Dalam konteks negara hukum, kedaulatan rakyat Indonesia didelegasikan melalui peran lembaga perwakilan yang ada dalam hal ini adalah kelembagaan negara dengan menggunakan sistem perimbangan kekuasaan “*check and balances*” antar badan legislatif, eksekutif, dan yudikatif sebagai upaya untuk mewujudkan keadilan.

Secara lebih khusus, keadilan dalam rumusannya sebagai keadilan sosial yang termuat di dalam fungsi pemerintahan negara bermakna sebagai basis fungsi pemerintahan di bidang hubungan luar negeri.

Artinya, bahwa dalam hubungannya dengan negara lain Indonesia mendasarkan pandangan bahwa negara lain tersebut merupakan partner untuk mewujudkan kesejahteraan bersama. Dengan demikian maka negara lain dalam pandangan Indonesia sebagai sesama subjek dan sasaran kesejahteraan bersama yang sesungguhnya merupakan substansi dari keadilan sosial. Berdasarkan uraian tersebut maka yang menjadi dasar dalam hubungan politik luar negeri adalah hubungan yang saling menguntungkan.

Mencari makna "*adil*" pada dasar negara yang kedua "*Kemanusiaan yang adil dan beradab*" tidak cukup dengan mengkajinya pada rumusan dasar tersebut, melainkan, paling tidak, harus mengaitkannya dengan dasar yang pertama, "*Ketuhanan Yang Maha Esa*" dan dasar yang ketiga "*Persatuan Indonesia*". Hal ini mengingat bahwa dasar negara yang terdiri atas lima dasar tersebut merupakan satu kesatuan yang utuh, sehingga pemaknaannya harus dicari juga dari kait-mengaitnya satu dasar dengan dasar yang lain. Selain itu, "*adil*" dalam dasar yang kedua tersebut juga terkait dengan kata "*beradab*", sehingga selengkapnya "*Kemanusiaan yang adil dan beradab*". Terkait dengan dasar tersebut maka kata "*adil*" atau yang selengkapnya menjadi frasa "*yang adil*" sesungguhnya merupakan sifat dari kemanusiaan yang menjadi esensi manusia, sebagaimana diuraikan di atas. Negara dan hukum di Indonesia berdasar pada kemanusiaan sebagai esensi manusia. Hal ini karena negara dan hukum dibentuk oleh dan untuk manusia. Oleh karena itu negara dan hukum haruslah berdasar kemanusiaan, yang implementasinya dengan mendudukkan setiap manusia, siapapun dia, sesuai dengan hakekatnya sebagai manusia, yang apabila dikaitkan dengan dasar yang pertama maka pengertian "*yang adil*" adalah yang sesuai dengan hakikat manusia dalam kedudukannya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa.

Selanjutnya makna adil dalam kaitannya dengan dasar yang ketiga, "*Persatuan Indonesia*" adalah makna keadilan dalam hubungan antarbangsa (*international*). Terkait dengan hal tersebut maka adil memiliki dua makna. Makna yang pertama, bahwa pergaulan antar bangsa harus di dasrkan pada kemanusiaan (*humanisme universal*) atau atas dasar kedudukan yang sama pada semua bangsa. Atas dasar demikian maka makna yang kedua

adalah bahwa hubungan antarbangsa dimaksud dalam pelaksanaannya secara seimbang yang secara hukum dengan memperhatikan hak dan kewajiban asasi dan keadaan objektif masing-masing bangsa dan negara. Dasar hubungan antar bangsa yang demikian dilengkapi dengan dasar yang bersifat “beradab”.

### III. KESIMPULAN

Dasar hubungan antar bangsa dilengkapi dengan dasar implementasinya, beradab, yaitu hubungan antar bangsa yang berbudaya, yang menjunjung tinggi nilai-nilai humanisme universal dan dengan mengindahkan budaya nasional masing-masing. Keadilan yang terakhir dalam Pembukaan UUD 1945 termuat di dalam dasar negara yang kelima dengan rumusan yang selengkapnyanya, “... serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Dengan rumusan yang demikian maka beralasan untuk dikatakan, selain sebagai dasar negara keadilan sosial juga menjadi tujuan negara. Dengan dasar ini maka penyelenggaraan negara dan hukum haruslah berdasarkan perpaduan antara demokrasi politik dan demokrasi ekonomi yang berbasis pada salah satu kosmologi bangsa Indonesia, kolektivisme. Atas dasar demikian maka negara merupakan kerangka kerjasama bangsa, sehingga tujuan negara adalah untuk mewujudkan kesejahteraan bersama.

UUD 1945 secara konstitusional menetapkan bahwa Indonesia adalah sebagai negara kesatuan yang berbentuk Republik Demokrasi Konstitusional. Negara kesatuan adalah memiliki satu pemerintahan dan negara yang berbentuk republik pemerintahannya dipimpin oleh presiden atau nama lain yang sama dengan itu yang dipilih melalui mekanisme tertentu secara demokratis, tidak dipimpin oleh raja atau nama lain yang sama dengan itu yang dipilih melalui mekanisme tertentu secara turun-temurun. Negara demokrasi adalah negara yang dibentuk dan diselenggarakan oleh serta untuk rakyat. Negara konstitusional atau negara hukum adalah negara yang, baik penyelenggara maupun rakyatnya, harus tunduk pada pembatasan hukum atau konstitusi yang dibentuk secara demokratis. Pasal tersebut kemudian dielaborasi dalam pasal-pasal lain dalam pembentukan beberapa lembaga negara dengan fungsi masing-masing dan hubungannya satu dengan lainnya, termasuk bagaimana sistem rekrutmen untuk pengisian jabatan-jabatan di dalamnya, dalam rangka pencapaian tujuan negara.

Secara khusus terkait dengan demokrasi ekonomi, antara lain, UUD 1945 secara konstitusional menetapkan bahwa anggaran pendapatan dan belanja negara sebagai pengelolaan keuangan negara ditetapkan setiap tahun dengan undang-undang untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat sesuai dengan Pasal 23 UUD 1945. Bahkan dalam UUD 1945 secara khusus diadakan bab khusus dengan judul “*Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial*” yang pasal-pasal di dalamnya menentukan secara konstitusional bahwa perekonomian nasional harus disusun sebagai usaha bersama berdasar asas kekeluargaan dan demokrasi ekonomi, yang menentukan negara menguasai cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak dan sumber daya alam untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, memelihara fakir miskin, serta mengembangkan sistem jaminan sosial dalam rangka memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu.

## DAFTAR PUSTAKA

- Al Andang L Binawan, 2004, *Hukum di Pusat Pasar : Keadilan sosial yang memudar dalam Keadilan Sosial Upaya Mencari Makna Kesejahteraan Bersama di Indonesia*, Editor AL Andang L Binawan & A Presetyantoko, Jakarta: Penerbit Kompas.
- A. Sonny Keraf & Mikhael, 2006, *Ilmu Pengetahuan: Suatu Tinjauan Filosofis*, Cetakan Keenam, Yogyakarta: Kanisius.
- Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, 2006, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV. Kita, Surabaya.
- Bur Rasuanto, 2005, *Keadilan Sosial*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Cambridge University, 2007, *Cambridge Advanced Learner's Dictionary 2th Edition*, Cambridge University Press.
- Faturochman, 1999, *Keadilan Perspektif Psikologi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Fukuyama, Francis, 2005, *Memperkuat Negara: Tata Pemerintahan dan Tata Dunia Abad 21*. Judul Asli: *State Building: Governance and World Order in the 21<sup>st</sup> Century*. Penerjemah: A. Zaim Rofiqi, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama.
- Hans Kelsen, 1957, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in The Mirror of Science*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles.

- , 2007, *Teori Umum Hukum dan Negara Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik*, BEE Media Indonesia, Jakarta.
- Jimly Asshiddiqie, 2004, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta.
- John Rawls, 1995, *A theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Miriam Budiardjo, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Pusat Bahasa, 2008, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Republik Indonesia, 2009, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum dan Perilaku: Hidup Baik Adalah Dasar Hukum Yang Baik*, Jakarta: Buku Kompas.
- Soetandyo Wignjosoebroto, 2002, *Hukum: Paradigma, Metode dan Masalah*, (Tim Editor: Ifdhal Kasim dkk), Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) dan Perkumpulan untuk Pembaruan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologi (HUMA), Jakarta.
- Theo Huijbers, 1982, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta.
- Yudi Latif, 2011, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.

# **Konstitusionalitas Norma Sanksi Pidana sebagai *Ultimum Remedium* dalam Pembentukan Perundang-undangan**

## ***The Constitutionality of Criminal Sanction Norms as Ultimum Remedium in the Making of Laws***

**Titis Anindyajati, Irfan Nur Rachman, Anak Agung Dian Onita**

Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi  
Informasi Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia  
Jl. Medan Merdeka Barat No.6 Jakarta

Naskah diterima: 09/04/2015 revisi: 18/06/2015 disetujui: 24/11/2015

### **Abstrak**

Sejatinya, sanksi pidana dipandang sebagai solusi yang efektif dalam menanggulangi masalah kejahatan. Sementara itu, Sanksi pidana merupakan wujud tanggung jawab negara untuk menjaga keamanan dan ketertiban serta upaya perlindungan hukum bagi warganya. Dalam perkembangannya, materi muatan yang memuat sanksi pidana hampir selalu dimuat dalam setiap undang-undang. Oleh karena itu ada pergeseran politik hukum (*legal policy*) mengenai penerapan hukum pidana yang semula sebagai upaya/cara terakhir (*ultimum remedium*) menjadi upaya/cara pertama (*primum remedium*). Pencantuman sanksi pidana dalam undang-undang sebagai *primum remedium* sejatinya dapat mengakibatkan terlanggarnya hak-hak konstitusional warga Negara Indonesia. Selain itu, pengajuan pengujian undang-undang terkait sanksi pidana semakin bertambah. Penelitian ini berfokus untuk mengkaji dan mengetahui bagaimanakah posisi norma ancaman sanksi pidana dalam undang-undang serta bagaimanakah pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam merekonstruksi struktur ancaman sanksi pidana dari sanksi yang bersifat *primum remedium* menjadi *ultimum remedium*. Hasil penelitian

menunjukkan bahwa dari undang-undang yang diundangkan sejak 2003 sampai dengan 2014 memosisikan norma sanksi pidana sebagai *primum remedium*. Hal ini dapat terlihat pada konstruksi pasal yang memuat sanksi pidana. Padahal dalam konsepsi pemidanaan, sanksi pidana haruslah diposisikan sebagai *ultimum remedium*. Dalam pada itu, MK sebagai pelindung hak konstitusional warga negara dan pelindung hak asasi manusia memiliki peranan yang sangat penting untuk mengembalikan posisi sanksi pidana sebagai *ultimum remedium* misalnya saja sebagaimana termaktub dalam putusan Putusan MK No.4/PUU-V/2007 bertanggal 19 Juni 2007, pengujian UU No.29/2004 tentang Praktik Kedokteran.

**Kata Kunci:** *Ultimum Remedium, Primum Remedium, Politik Hukum Pidana*

### **Abstract**

*Intentionally, criminal sanction was seen as an effective solution for the problem of crimes. On the other hand, criminal sanctions also pose as an implementation of state responsibility in maintaining public security, order and legal protection of its citizens. In the development of Indonesian legal system, most of the laws enacted by the state have included criminal sanction in its substance. Therefore, there is a shift in the political law (legal policy) regarding the application of criminal sanctions, which intentionally pose as a last resort (ultimum remedium) has shifted towards first resort (primum remedium). The inclusion of criminal sanctions in the legislation as primum remedium might result on the violation of the constitutional rights of Indonesian citizens. In addition, there is an emergence of numbers in applications of judicial review on the laws regarding the criminal sanctions issues. This research focuses to examine and determine about the position of criminal sanction norms in the law and about the deliberation and reasoning of the Constitutional Court in reconstructing the structure of criminal sanctions in law from primum remedium toward ultimum remedium. The research showed that most of the laws enacted from 2003 through 2014 have adapted the norms of criminal sanctions as primum remedium. This can be seen in the construction of the criminal forfeiture clause, where in the contrary, the concept of punishment states that criminal sanctions should be positioned as ultimum remedium. In the meantime, the Constitutional Court as the protector of citizens' constitutional rights and protection of human rights has a very important role in restoring the position of criminal sanctions as ultimum remedium. This, by example, was set forth in the Constitutional Court decision 4/PUU-V/2007 on June 19, 2007 regarding the review of Law No.29/2004 on the Medical Practices.*

**Keywords:** *Ultimum Remedium, Primum Remedium, Political Criminal Law*

## I. PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Dalam dinamika kehidupan berbangsa dan bernegara ada kalanya ketertiban dan keamanan terganggu oleh tindakan segelintir orang yang mencoba melakukan tindak kejahatan. Kejahatan merupakan fenomena sosial yang bersifat relatif di mana banyak aspek yang mempengaruhi, seperti aspek ekonomi, sosial, budaya dan lain-lainnya yang senantiasa menimbulkan perasaan tidak aman dan ketakutan di dalam masyarakat.

Sekarang ini, tidak hanya tingkat kejahatan atau kuantitas kejahatan yang semakin meningkat namun juga jenis kejahatan atau kualitas telah berkembang dengan pesat di Indonesia. Sanksi pidana dipandang sebagai solusi yang efektif dalam menanggulangi masalah tersebut. Sanksi pidana merupakan wujud tanggung jawab negara untuk menjaga keamanan dan ketertiban serta upaya perlindungan hukum bagi warganya. Hal ini merupakan konsekuensi logis dari konsep pembentukan sebuah negara yang menurut JJ Rosseau, didasarkan pada perjanjian masyarakat. Selanjutnya rakyat bersepakat mengadakan sebuah perjanjian luhur (*modus vivendi*) yang dituangkan dalam sebuah hukum dasar berwujud konstitusi negara.

Selain itu, rakyat jua lah yang memilih pemimpin negara melalui pemilihan umum yang demokratis. Oleh karena itu, negara yang terbentuk kemudian, memiliki peran yang sangat strategis dan signifikan untuk membuat peraturan, pengaturan dan kebijakan dalam kerangka memelihara keamanan, ketertiban, dan perlindungan hukum warganya. Salah satunya dituangkan dengan membuat produk hukum berupa undang-undang yang pada umumnya berisi perintah, larangan, dan kebolehan.

Materi muatan undang-undang dikelompokkan dalam: 1) Ketentuan Umum; 2) Materi pokok yang diatur; 3) Ketentuan pidana (apabila diperlukan); 4) Ketentuan Peralihan (apabila diperlukan); dan 5) Ketentuan Penutup. Salah satu cara agar ketentuan dari undang-undang dapat dilaksanakan maka diaturlah materi yang memuat sanksi pidana dalam suatu undang-undang, sehingga dikatakan hukum pidana sebagai obat atau cara terakhir (*ultimum remedium*) agar suatu ketentuan dapat dipatuhi.

Namun dalam perkembangannya saat ini, materi muatan yang memuat sanksi pidana hampir selalu dimuat dalam setiap undang-undang. Oleh karena itu ada

pergeseran politik hukum (*legal policy*) mengenai penerapan hukum pidana yang semula sebagai upaya/cara terakhir (*ultimum remedium*) menjadi upaya/cara pertama (*primum remedium*).<sup>1</sup> Fenomena penarapan hukum pidana sebagai upaya/cara pertama (*primum remedium*) terlihat dari pengujian undang-undang No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran. Oleh karenanya pihak-pihak yang merasa dirugikan dengan berlakunya undang-undang dimaksud mengajukan pengujian undang-undang tersebut ke Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut MK).

Dalam Putusan Perkara Nomor 4/PUU-V/2007 tentang Pengujian Pasal 75 ayat (1), Pasal 76, dan 79 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, Mahkamah mengabulkan permohonan Pemohon terkait dengan penghapusan sanksi pidana yang diatur dalam Pasal 75 ayat (1) dan Pasal 76 ayat UU Praktik Kedokteran bagi dokter atau dokter gigi yang tidak memiliki Surat Tanda Registrasi dan Surat Izin Praktik dan hanya mempertahankan sanksi denda.

Dalam putusan *a quo*, Mahkamah berpendapat bahwa ancaman pidana berupa pidana penjara dan pidana kurungan adalah tidak tepat dan tidak proporsional karena pemberian sanksi pidana harus memperhatikan perspektif hukum pidana yang humanistik dan terkait erat dengan kode etik. Namun demikian, tidak semua Putusan MK mengabulkan semua permohonan pengujian undang-undang terkait sanksi pidana. Mahkamah membuat beberapa pengecualian dalam penghapusan sanksi pidana.

Dengan demikian, apabila mengacu pada beberapa putusan Mahkamah Konstitusi terkait sanksi pidana yang telah diputus oleh Mahkamah dapat ditarik suatu pemahaman bagaimana pencantuman sanksi pidana dalam suatu undang-undang dijadikan sebagai garda terdepan (*primum remedium*) dalam menyelesaikan masalah-masalah tindak pidana di Indonesia. Hukum Pidana dipandang sebagai solusi yang efektif dalam menanggulangi masalah tersebut.

Sementara itu, pada hakikatnya hukum Konstitusi merupakan hukum yang tertinggi di Indonesia. Hal ini didasari dari konsep Indonesia sebagai Negara Hukum<sup>2</sup>. Pencantuman sanksi pidana dalam undang-undang sebagai *primum remedium* sejatinya dapat mengakibatkan terlanggarnya hak-hak konstitusional warga Negara Indonesia. Selain itu, pengajuan pengujian undang-undang terkait sanksi pidana semakin bertambah.

<sup>1</sup> Prof Muladi dan Prof. Romli Atmasasmita menggunakan istilah *primum remedium*, (lihat, misalnya, Muladi, 2013; Romli Atmasasmita, 2012).

<sup>2</sup> Lihat Pasal 1 ayat (3) UUD 1945.

## B. Perumusan Masalah

1. Bagaimana posisi norma sanksi pidana dalam undang-undang?
2. Bagaimanakah pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam merekonstruksi struktur ancaman sanksi pidana dari sanksi yang bersifat *primum remedium* menjadi *ultimum remedium*?

## C. Metode Penelitian

Penelitian ini termasuk penelitian hukum normatif yaitu dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder.<sup>3</sup> Penelitian hukum normatif biasanya yang diteliti hanya bahan pustaka atau data sekunder mencakup bahan hukum primer, sekunder dan tertier. Penelitian ini berfokus untuk mengkaji dan mengetahui bagaimanakah posisi norma ancaman sanksi pidana dalam undang-undang serta bagaimanakah pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam merekonstruksi struktur ancaman sanksi pidana dari sanksi yang bersifat *primum remedium* menjadi *ultimum remedium*. Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang dapat dikelompokkan menjadi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier yang sesuai dengan objek penelitian. Untuk mendapatkan data sekunder akan dilakukan melalui penelitian kepustakaan (*library research*) dengan menggunakan studi dokumenter terhadap referensi-referensi yang relevan dengan objek penelitian yang didapatkan dari peraturan perundang-undangan, buku dan artikel serta dalam kamus dan ensiklopedia.

## II. PEMBAHASAN

### 1. Posisi Norma Sanksi Pidana dalam Undang-Undang

Sejatinya, masalah sanksi menjadi isu penting dalam hukum pidana karena dipandang sebagai pencerminan sebuah norma dan kaidah yang mengandung tata nilai yang ada di dalam sebuah masyarakat. Adanya pengaturan dan penjatuhan sanksi muncul akibat adanya reaksi dan kebutuhan masyarakat terhadap pelanggaran/kejahatan yang terjadi. Untuk itu, Negara sebagai perwakilan dari masyarakat menggunakan kewenangannya dalam mengatasi permasalahannya melalui kebijakan pidana (*criminal policy*).

Salah satu kebijakan pidana yang digunakan Negara adalah pemberian sanksi pidana melalui undang-undang. Namun dalam pelaksanaannya,

<sup>3</sup> Soerjono Soekanto., *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 2010,h.52.

penetapan sanksi pidana melalui undang-undang sekarang ini lebih digunakan sebagai *primum remedium* daripada sebagai *ultimum remedium*. Hal ini dapat dilihat dari beberapa undang-undang yang ada dimana hampir sebagian besar undang-undang mencantumkan sanksi pidana.

Mengutip pendapat dari H.G de Bunt dalam bukunya *strafrechtelijke handhaving van miliue recht*, hukum pidana dapat menjadi *primum remidium* jika korban sangat besar, tersangka/terdakwa merupakan *recidivist*, dan kerugian tidak dapat dipulihkan (*irreparable*)<sup>4</sup>. Kemudian disimpulkan oleh Remmelink, bahwa sangat jelas dan nyata sebagai sanksi yang tajam, hukum pidana hanya akan dijatuhkan apabila mekanisme penegakan hukum lainnya yang lebih ringan telah tiada berdaya guna atau tidak dipandang cocok<sup>5</sup>.

Bahwa mengacu pada beberapa pendapat ahli diatas mengenai penggunaan hukum pidana, maka Syarat Hukum Pidana/Sanksi Pidana dapat dijadikan sebagai suatu *primum remedium* yaitu:

- 1) apabila sangat dibutuhkan dan hukum yang lain tidak dapat digunakan (*mercenary*);
- 2) Menimbulkan korban yang sangat banyak;
- 3) tersangka/terdakwa merupakan *recidivist*;
- 4) kerugiannya tidak dapat dipulihkan (*irreparable*);
- 5) apabila mekanisme penegakan hukum lainnya yang lebih ringan telah tiada berdaya guna atau tidak dipandang.

Namun demikian, meskipun beberapa ahli memberikan pandangan bahwa hukum pidana dapat digunakan sebagai *primum remedium* dengan kriteria tertentu sebagaimana disebut diatas, hukum pidana seyogyanya ditempatkan sebagai instrumen terakhir (*ultimum remedium*) karena sejatinya hukum pidana merupakan hukum yang paling keras diantara instrumen-instrumen hukum lain yang mengontrol tingkah laku masyarakat. Selain itu, perlu dipahami bahwa penetapan sanksi pidana seyogyanya dilakukan secara terukur dan berhati-hati karena hal itu terkait dengan kebijakan peniadaan kemerdekaan dari hak asasi manusia yang dilegalisasi oleh undang-undang.

Undang-undang yang memuat pasal sanksi pidana sebagai *primum remedium* apabila dilihat cukup banyak dan apabila dicermati beberapa pasal *a quo* tidak memiliki ukuran yang jelas dalam menentukan atau

<sup>4</sup> Romli Atmasasmita., *Globalisasi dan Kejahatan Bisnis*, Cetakan Ke-1, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010, h. 192.

<sup>5</sup> Kumpulan Makalah Prof Edy O.S. Hiarij

menetapkan kriteria sanksi pidana dalam undang-undang. Misalnya saja ketentuan Pidana yang termuat dalam Pasal 104 UU No.7 Tahun 2014 tentang Perdagangan. Ketentuan *a quo*, mengatur larangan bagi pelaku usaha yang tidak menggunakan atau tidak melengkapi label berbahasa Indonesia pada Barang yang diperdagangkan di dalam negeri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).

Dalam pembahasan bersama Komisi VI DPR tahun lalu, Kamar Dagang dan Industri (KADIN) Indonesia meminta DPR menghapus bagian sanksi pidana dalam UU No. 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan. KADIN menilai, penentuan jumlah denda dan lamanya pidana penjara tidak dilandasi pertimbangan yang jelas. Ancaman pidana penjara dan denda dalam RUU Perdagangan dianggap sangat krusial dan mengancam pengusaha. Namun, Komisi VI tidak menerima usulan dari KADIN tersebut. Wakil Ketua Komisi VI DPR Aria Bima menolak usulan penghapusan pasal-pasal pidana dalam RUU Perdagangan. Menurut dia, ketentuan pidana dibutuhkan karena soal perdagangan merupakan persoalan yang menyangkut hajat hidup orang banyak.<sup>6</sup>

Dalam praktiknya, masih banyak dijumpai barang-barang impor yang tidak dilengkapi dengan label Bahasa Indonesia. Oleh karena itu, selain penegakan hukum yang lemah, pencantuman sanksi dalam UU *a quo* dipandang sebagai suatu pelanggaran yang bersifat administratif yang mana tidak diperlukan sanksi pidana atau cukup hanya dengan sanksi administratif saja misalnya sanksi teguran ataupun sanksi denda.

Menurut Sudikno Mertokusumo<sup>7</sup>, hukum yang berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia dalam penegakannya harus memperhatikan 3 (tiga) unsur fundamental hukum, antara lain: kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan keadilan (*Gerechtigkeit*). Oleh karena itu, dalam menentukan pemberian sanksi pidana dalam suatu undang-undang perlu memperhatikan ketiga unsur fundamental hukum tersebut karena pada dasarnya itulah yang menjadi hakikat dari tujuan hukum.

Dalam undang-undang lainnya, konstruksi norma sanksi pidana dalam bagian Ketentuan Pidana dalam sebuah undang-undang dari perspektif

<sup>6</sup> <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5332d9b199248/mengintip-sanksi-pidana-dalam-uu-perdagangan>, diakses pada hari Rabu tanggal 8 Oktober 2014 pukul 10.47 WIB.

<sup>7</sup> Sudikno Mertokusumo., *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta:Liberty, 2005,h.160.

penafsiran sistematis, sanksi pidana selalu ditempatkan lebih dahulu ketimbang sanksi administratif maupun sanksi denda. Misalnya dalam ketentuan Pasal 104 UU Perdagangan, pada frasa, "pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp.5000.000.000,00 (lima milyar rupiah). Selain itu frasa "dan/atau" memuat makna kumulatif dan alternatif. Artinya dapat dijatuhi pidana penjara saja, pidana denda saja, atau bahkan keduanya.

Sementara itu, kebanyakan UU yang diinventarisasi menggunakan ancaman pidana dalam ketentuan hukum pidana dengan konstruksi meletakkan hukum pidana lebih dahulu dari sanksi denda ataupun administratif dengan konstruksi dalam pasalnya sebagai berikut:

1. (sanksi pidana) + dan/atau + (sanksi denda);
2. (sanksi pidana) + atau + (sanksi denda);
3. (sanksi pidana);
4. (sanksi pidana) + dan + (sanksi pidana).

Hal ini jelas tidak hanya melanggar prinsip teori hukum pidana sebagai *ultimum remedium*, juga telah melanggar hak konstitusional warga negara karena penerapan ketentuan pidana penjara telah merampas hak-hak asasi yang melekat pada seseorang sebagaimana tercantum dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum".

Penerapan sanksi hukum pidana juga tidak selalu menyelesaikan masalah karena ternyata dengan sanksi pidana tidak terjadi pemulihan keadilan yang rusak oleh suatu perbuatan pidana. Oleh karena itu konsep keadilan restoratif perlu menjadi pertimbangan dalam pemulihan keadilan terhadap suatu tindakan pidana.

Konsepsi hukum pidana menempatkan hukum pidana sebagai *ultimum remedium*. Suatu perbuatan yang pada dasarnya bukan merupakan suatu tindak pidana, sepatutnya tidak dijatuhi sanksi pidana. Sanksi denda ataupun sanksi administratif merupakan solusi tepat agar kedudukan hukum pidana tetap sebagai *ultimum remedium* dan bukan menjadi *primum remedium*. Artinya penetapan suatu perbuatan itu dikategorikan suatu tindak pidana, maka perlu dilihat terlebih dahulu apakah perbuatan itu merupakan *mala in se* atau *mala prohibita*. Jika perbuatan itu termasuk kategori *mala prohibita*,

maka penetapan status sebagai perbuatan pidana merupakan politik hukum terbuka (*open legal policy*) dari pembentuk undang-undang. Dengan demikian dalam membuat suatu produk hukum, konsepsi hukum pidana sebagai *ultimum remedium* dan konsepsi *mala in se* dan *mala prohibita*, dan konsepsi hak asasi manusia harus menjadi pertimbangan dalam membuat produk hukum yang humanis.

Seandainya pun sanksi administratif maupun sanksi denda masih belum menimbulkan efek jera, maka sanksi pidana dapat diterapkan sebagaimana sanksi pidana dalam UU Lingkungan Hidup yang difungsikan tatkala sanksi administratif maupun denda tidak dapat menimbulkan efek jera, maka sanksi pidana diterapkan diakhir setelah sebelumnya perbuatan tersebut dikenai sanksi administratif maupun sanksi denda. Berikut ketentuan Pasal 100 ayat (1) dan ayat (2) dalam UU Nomor 32 Tahun 2009 tentang Lingkungan Hidup. Bunyi Pasal 100 ayat (1) dan ayat (2) UU Lingkungan Hidup sebagai berikut:

“Pasal 100:

- (1) *Setiap orang yang melanggar baku mutu air limbah, baku mutu emisi, atau baku mutu gangguan dipidana, dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan denda paling banyak Rp3.000.000.000,00 (tiga miliar rupiah);*
- (2) *Tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya dapat dikenakan apabila sanksi administratif yang telah dijatuhkan tidak dipatuhi atau pelanggaran dilakukan lebih dari satu kali”.*

Ketentuan Pasal 100 ayat (1) dan ayat (2) UU Lingkungan Hidup merupakan salah satu contoh penerapan sanksi pidana sebagai *ultimum remedium* dimana pemidanaan pada pasal 100 ayat (1) hanya dapat dikenakan apabila sanksi administratif yang telah dijatuhkan oleh pemerintah tidak dipatuhi oleh pemegang usaha dan kegiatan yang memanfaatkan lingkungan.

Pencantuman sanksi pidana dalam suatu undang-undang bukanlah suatu kewajiban atau keharusan seperti yang selama ini terjadi. Pencantuman sanksi pidana hampir di setiap undang-undang atau menjadikan sanksi pidana sebagai *primum remedium* merupakan pandangan keliru yang sebaiknya mulai diperbaiki. Selain dipandang tidak efektif, perlu diingat kembali bahwa seiring dengan perkembangan zaman dan perubahan sosial yang dinamis, pemikiran-pemikiran yang berasal dari teori *absolut* atau teori relatif sudah

tidak sesuai dengan keadaan Negara Indonesia sekarang. Untuk itu, hendaknya Indonesia sudah meninggalkan pemikiran-pemikiran aliran klasik dan mulai menerapkan hukum pidana modern yang lebih sesuai dengan perkembangan zaman.

Hal ini sejalan dengan sifat hukum pidana sebagai *ultimum remedium* yang mana penggunaan sanksi pidana digunakan sebagai hukum atau senjata terakhir ketika sanksi-sanksi lain seperti sanksi perdata dan sanksi administratif sudah tidak dapat dilaksanakan. Berdasarkan itulah, dalam UU Pembentukan Perundang-undangan mengatur ketentuan pidana dalam suatu undang-undang atau peraturan daerah bukanlah sesuatu yang wajib atau dengan kata lain pencantuman sanksi pidana dalam-undang-undang dibenarkan hanya jika memang benar-benar diperlukan (*ultimum remedium*). Namun demikian, tidak setiap jenis peraturan perundang-undangan dapat mencantumkan 'ketentuan pidana'. Hanya 'Undang-Undang' dan 'Peraturan Daerah' yang materi muatannya boleh menetapkan 'ketentuan pidana'. Selain itu, dalam Lampiran UU Pembentukan Perundang-undangan pada bagian Rancangan Peraturan Perundang-undangan khususnya bagian C.3. mengenai ketentuan pidana (jika diperlukan) disebutkan bahwa ketentuan pidana memuat rumusan yang menyatakan penjatuhan pidana atas pelanggaran terhadap ketentuan yang berisi norma larangan atau norma perintah.

Selain itu dalam UU *a quo* juga belum dijelaskan bagaimana merumuskan suatu unsur atau kriteria tindak pidana dan sanksi pidana secara khusus dan terperinci padahal penentuan unsur tindak pidana sangat penting terkait dengan kriteria atau ukuran perbuatan yang digolongkan sebagai kejahatan (*mala prohibita*) dan pencantuman sanksi pidana dalam undang-undang.

Sejatinya, Penetapan sanksi dalam suatu perundang-undangan pidana bukanlah sekedar masalah teknis perundang-undangan semata, namun merupakan bagian tidak terpisahkan dari substansi atau materi perundang-undangan itu sendiri dan harus dipahami secara komprehensif dengan segala aspek persoalan substansi atau materi perundang-undangan pada tahap kebijakan legislasi.<sup>8</sup>

Masalah ini menjadi penting mengingat berbagai keterbatasan dan kemampuan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan. Selain itu muncul

<sup>8</sup> M. Solehuddin, *Op. Cit.*, h.5.

fenomena kecenderungan seringnya penggunaan hukum pidana dalam produk kebijakan legislasi untuk menakut-takuti atau mengamankan bermacam-macam kejahatan yang mungkin timbul di berbagai bidang. Fenomena semacam ini memberi kesan seolah-olah dirasakan kurang sempurna atau hambar bila suatu produk perundang-undangan tidak ada ketentuan pidananya (sanksi).<sup>9</sup>

Idealnya, pencantuman sanksi pidana dalam undang-undang mengacu pada prinsip *ultimum remedium*, yakni penggunaan sanksi pidana merupakan sarana terakhir dalam mengatasi masalah kejahatan di masyarakat. Untuk itu pembentuk undang-undang perlu menyadari bahwa dalam pencantuman sanksi pidana dalam undang-undang diperlukan rasionalitas dan proporsionalitas. Rasionalitas maksudnya yaitu hanya dapat diberikan dengan alasan yang dapat dibenarkan.

Sementara itu proporsionalitas yaitu pemberian sanksi pidana perlu diseimbangkan dengan kebutuhan Negara dalam rangka menjaga, melindungi dan mempertahankan ketertiban dan keamanan dalam masyarakat. Menyitir pendapat Bassioni<sup>10</sup> dalam Teguh Prasetyo, pidana hanya dapat dibenarkan apabila ada kebutuhan yang bermanfaat bagi masyarakat dan sebaliknya pidana yang tidak diperlukan, tidak dapat dibenarkan dan berbahaya bagi masyarakat.

Kehendak para pembentuk undang-undang yang memandang hukum pidana sebagai *primum remedium* dalam undang-undang menimbulkan pemikiran apakah pemberian sanksi pidana dalam proses pembentukan undang-undang telah menegaskan filosofi-filosofi hukum pidana dan masih merujuk pada teori pembalasan (*retributive theory*). Sementara itu, di negara-negara maju pada umumnya telah menjalankan keadilan *restorative* (*restorative justice*) untuk tindak-tanduk pidana ringan. Hal ini dipraktikkan untuk mencegah terpidana untuk mengulangi perbuatannya kembali dengan memperbaiki sikap dan perilakunya serta mencegah ada perbuatan sejenis yang dilakukan orang lain.

Untuk mewujudkan penggunaan sanksi pidana sebagai *ultimum remedium* dalam suatu undang-undang maka perlu dirumuskan persyaratan pencantuman sanksi pidana dalam undang-undang. Idealnya, secara umum syarat perumusan sanksi pidana dalam undang-undang, yaitu:

<sup>9</sup> *Ibid*,h.5.

<sup>10</sup> Teguh Prasetyo., *Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana*, Bandung: Nusa Media,2011,h.47.

- 1) Tidak berpijak lagi pada teori pembalasan di mana dalam mencantumkan suatu sanksi pidana dalam suatu undang-undang lebih dimaksudkan untuk memberikan pidana yang setimpal dengan perbuatan (kejahatan) yang dilakukannya. Namun sebaliknya, perlu dipahami bahwa seyogyanya pemberian suatu sanksi pidana dalam undang-undang merupakan langkah terakhir yang ditempuh apabila penggunaan sarana hukum lain seperti hukum administratif misalnya melalui penjatuhan sanksi denda atau pencabutan izin tidak efektif lagi.
- 2) Perlu memperhatikan, mengingat dan mempertimbangkan ketentuan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Perundang-undangan yang mana ketentuan pidana bukanlah merupakan ketentuan yang absolut (wajib). Untuk itu, sanksi pidana dalam suatu undang-undang dihadirkan manakala memang sangat diperlukan dan bukan untuk menakut-nakuti.
- 3) Sanksi pidana hanya dapat diberikan kepada perilaku manusia dan tidak ditujukan kepada non perilaku manusia.

Sementara itu, secara khusus suatu perbuatan/perilaku layak dijatuhi sanksi pidana apabila memenuhi kriteria-kriteria sebagai berikut:

- 1) Bahwa suatu perbuatan/perilaku pantas dijatuhi sanksi pidana apabila memiliki motif niat jahat (*mens rea*);
- 2) Bahwa kejahatan yang baik termasuk dalam kategori tindak pidana ringan atau berat maka penggunaan sanksi pidana tetap diposisikan sebagai *ultimum remedium* setelah sebelumnya dijatuhi sanksi non-pidana.
- 3) Perbuatan itu termasuk dalam kategori perbuatan yang jahat karena tindakan itu sendiri (*evil in itself*) dan pada hakikatnya melanggar moral dan prinsip-prinsip norma dalam masyarakat (*Mala in se* atau *malum in se*). Misalnya saja pembunuhan, pencurian dan penipuan. Sedangkan apabila Perbuatan atau tingkah laku oleh pembentuk undang-undang termasuk tindak kejahatan seperti tindak pidana korupsi dan tindak pidana pencucian uang (*Mala prohibita* atau *malum prohibitum*) perlu memperhatikan 3 (tiga) unsur fundamental hukum yakni kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan keadilan (*Gerechtigkeit*).

## 2. Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Merekonstruksi Struktur Ancaman Sanksi Pidana dari Sanksi yang Bersifat *Primum Remedium* menjadi *Ultimum Remedium*

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 telah ditentukan bahwa MK memiliki empat kewenangan konstitusional (*constitutional authorities*) dan satu kewajiban konstitusional (*constitutional obligation*). Pasal 10 ayat (1) huruf a sampai dengan d Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) mempertegas ketentuan tersebut dengan menyebut empat kewenangan MK, yaitu:

1. Menguji undang-undang terhadap UUD 1945;
2. Memutus sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945;
3. Memutus pembubaran partai politik;
4. Memutus perselisihan tentang hasil pemilu.

Sementara itu, berdasarkan Pasal 7 Ayat (1) sampai dengan Ayat (5) dan Pasal 24C Ayat (2) UUD 1945 yang kemudian ditegaskan kembali dalam Pasal 10 ayat (2) UU MK, Mahkamah Konstitusi memiliki kewajiban untuk memberi keputusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum, atau perbuatan tercela, atau tidak memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.

Selain memiliki kewenangan dan kewajiban sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah juga memiliki fungsi yang merupakan derivasi dari kewenangan dan kewajibannya itu, yaitu sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*), pengawal demokrasi (*the guardian of democraton*), penafsir tunggal konstitusi (*the sole intepreter of constitution*), pelindung hak asasi manusia (*the protector of human rights*), dan pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of citizens constitutional rights*). Oleh karenanya dalam memutus suatu perkara Mahkamah memosisikan diri sebagaimana fungsinya tersebut.

Dalam pada itu, fenomena yang marak terjadi saat ini adalah banyak produk undang-undang yang mereduksi bahkan melanggar hak asasi manusia maupun hak konstitusional warga negara karena undang-undang itu menerapkan sanksi pembedaan di luar konsepsi hukum pidana sebagai alat

terakhir (*ultimum remedium*), melainkan memosisikan hukum pidana sebagai alat pertama (*primum remedium*) sehingga banyak produk undang-undang yang dibuat legislatif melanggar hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara. Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi dengan segenap fungsi yang melekat padanya, berupaya mengembalikan dan memosisikan hukum pidana sebagai alat terakhir dalam putusan-putusannya misalnya saja pada Putusan MK Nomor 12/PUU-VIII/2010.

Pemohon dalam perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan adalah Misran, S.Km.; H. Mahmud, S.Km.; Zulkifli, Amd. Kep.; Giyana, S.Km.; Muchlas Sudarsono, Amd.Kep.; Loging Anom Subagio; Edi Waskito; Abdul Munif dan Afriyanto. Para Pemohon berprofesi sebagai Kepala Puskesmas dan perawat di daerah Kalimantan Timur. Pasal yang dimohonkan pengujian yaitu Pasal 108 ayat (1) yang menyatakan, "Praktik kefarmasian yang meliputi pembuatan termasuk pengendalian mutu sediaan farmasi, pengamanan, pengadaan, penyimpanan dan pendistribusian obat, pelayanan obat atas resep dokter, pelayanan informasi obat serta pengembangan obat, bahan obat dan obat tradisional harus dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan".

Penjelasan Pasal 108 ayat (1) yang menyatakan, "Yang dimaksud dengan "tenaga kesehatan" dalam ketentuan ini adalah tenaga kefarmasian sesuai dengan keahlian dan kewenangannya. Dalam hal tidak ada tenaga kefarmasian, tenaga kesehatan tertentu dapat melakukan praktik kefarmasian secara terbatas, misalnya antara lain dokter dan/atau dokter gigi, bidan, dan perawat, yang dilaksanakan sesuai dengan peraturan perundang-undangan".

Pasal 190 ayat (1) yang menyatakan, "Pimpinan fasilitas pelayanan kesehatan dan/atau tenaga kesehatan yang melakukan praktik atau pekerjaan pada fasilitas pelayanan kesehatan yang dengan sengaja tidak memberikan pertolongan pertama terhadap pasien yang dalam keadaan gawat darurat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 32 ayat (2) atau Pasal 85 ayat (2) dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun dan denda paling banyak Rp.200.000.000., (dua ratus juta rupiah).

Duduk perkara dalam permohonan ini yaitu,

- Bahwa Pemohon (Misran) telah ditangkap, ditahan dan telah dijatuhi hukuman Pidana Penjara selama 3 bulan dikurangi selama terdakwa dalam tahanan dengan denda sebesar Rp.2.000.000,. (dua juta rupiah) dengan tuduhan melanggar Pasal 82 ayat (1) huruf D dan Pasal 63 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan;
- Bahwa fakta di lapangan sebagian besar puskesmas induk dan hampir seluruh puskesmas pembantu yang ada di Provinsi Kalimantan Timur bahkan di seluruh Indonesia dipimpin oleh tenaga kesehatan seorang perawat yang bertugas di daerah terpencil karena pemerintah belum mampu menempatkan tenaga medis (dokter) dan kefarmasian (apoteker/tenaga teknis kefarmasian) di daerah tersebut;
- Para Pemohon mengalami dilema dan ketidakpastian hukum karena keterbatasan kewenangan yang diberikan oleh hukum dan pada saat yang sama ada keterbatasan SDM kesehatan atau tidak tersedianya tenaga kesehatan yang memiliki keahlian dan kewenangan di daerah terpencil. Namun pada sisi lain, tenaga keperawatan berkewajiban untuk melakukan pelayanan kesehatan (pelayanan medis dan kefarmasian) bagi seluruh lapisan masyarakat, khususnya dalam kondisi darurat, bahkan jika tidak melakukannya akan diancam dengan pidana penjara atau denda.

Bahwa dalam permohonan *a quo* Mahkamah memberikan pertimbangan sebagai berikut,

- Negara berkewajiban melakukan pengaturan dalam rangka menghormati, melindungi, dan memenuhi hak asasi masyarakat dalam bidang kesehatan, dalam hal ini, terhadap pasien maupun tenaga kesehatan. Dalam pengaturan tersebut, negara harus mempertimbangkan unsur-unsur hukum yang sangat fundamental, yaitu keadilan hukum, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum dalam kaitannya dengan keadaan yang nyata di dalam masyarakat;
- Bahwa perumusan Pasal 108 ayat (1) tidak memberikan kepastian hukum yang adil, karena pasal tersebut mendasarkan kepastiannya pada subjek keahlian dan kewenangan yang dimaksud dalam peraturan perundang-undangan lain. Sekiranya kepastian hukum itu ada, hal tersebut hanya terdapat dalam penjelasan yang menyatakan bahwa yang dimaksud

dengan “tenaga kesehatan” dalam Pasal *a quo* adalah tenaga kefarmasian. Penjelasan tersebut tidak diperlukan sekiranya ketentuan mengenai norma dimaksud telah dirumuskan di dalam pasal. Berdasarkan pertimbangan tersebut Mahkamah berpendapat bahwa kalimat “... harus dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan sesuai dengan peraturan perundang-undangan” menimbulkan ketidakpastian hukum, sehingga bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 jika tidak dimaknai dengan pemaknaan tertentu yang memberikan kepastian, supaya kaidah yang terdapat di dalamnya dapat berlaku di seluruh wilayah Indonesia dalam kondisi apapun;

- Mengenai Penjelasan Pasal 108 ayat (1) UU 36/2009 yang di dalamnya terdapat ketentuan pengecualian dari ketentuan yang terdapat di dalam pasalnya, Mahkamah berpendapat bahwa penempatan ketentuan pengecualian dalam bagian Penjelasan merupakan penempatan yang tidak tepat, oleh karena ketentuan yang demikian juga masih termasuk kategori penormaan bukan semata-mata menjelaskan. Terlebih lagi penormaan yang terdapat di dalam penjelasan tersebut telah ternyata dapat berimplikasi dikenakannya sanksi pidana terhadap pelanggarnya, meskipun untuk ketentuan sanksi tersebut terdapat di pasal yang lain. Norma seharusnya ditempatkan dalam pasal.
- Mahkamah juga berpendapat, di samping penempatan norma yang tidak tepat, ketentuan pengecualian tersebut di lapangan, sebagaimana didalilkan oleh Pemohon, menimbulkan keadaan yang dilematis. Karena, di satu sisi petugas kesehatan dengan kewenangan yang sangat terbatas harus menyelamatkan pasien dalam keadaan darurat, sedangkan di sisi lain untuk memberikan obat atau tindakan medis yang lain ia dibayangi oleh ketakutan terhadap ancaman pidana bila ia melakukannya. Hal yang terakhir ini bahkan telah dialami oleh Pemohon. Sementara itu, peraturan perundang-undangan apapun dibuat oleh negara adalah untuk manusia, untuk hidup dan kesejahteraan. Adanya ketentuan pengecualian yang sangat terbatas demikian, menurut Mahkamah, tidak memberikan perlindungan kepada pasien dalam keadaan darurat, dan tidak pula memberikan perlindungan kepada tenaga kesehatan. Dengan demikian maka Mahkamah dapat membenarkan dalil para Pemohon tersebut;

- Bahwa sepanjang mengenai kalimat "... harus dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan sesuai dengan peraturan perundang-undangan" dalam Pasal 108 ayat (1) UU 36/2009 adalah inkonstitusional sepanjang tidak dimaknai, tenaga kesehatan tersebut adalah tenaga kefarmasian dan dalam hal tidak ada tenaga kefarmasian, tenaga kesehatan tertentu dapat melakukan praktik kefarmasian secara terbatas, antara lain, dokter dan/atau dokter gigi, bidan, dan perawat yang melakukan tugasnya dalam keadaan darurat yang mengancam keselamatan jiwa pasien dan diperlukannya tindakan medis segera untuk menyelamatkan pasien. Penjelasan Pasal 108 ayat (1) UU 36/2009 yang memberikan kewenangan sangat terbatas menimbulkan keadaan dilematis dan mengakibatkan tidak adanya kepastian hukum yang adil sehingga bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

Berdasarkan pertimbangan hukum Mahkamah tersebut, Mahkamah telah meletakkan posisi sanksi pidana tidak lagi sebagai *primum remedium* tetapi menjadi *ultimum remedium*. Sanksi pidana penjara yang sudah dikenakan terhadap Pemohon (Misran) yang seharusnya menjadi upaya akhir, karena tujuannya menyelamatkan jiwa manusia tetapi justru menjadi jurus pamungkas atau *primum remedium* dalam putusan pengadilan negeri. Hal demikian menurut Mahkamah tidak memberikan keadilan hukum, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum, sehingga sepanjang mengenai kalimat "...harus dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan sesuai dengan peraturan perundang-undangan" dalam Pasal 108 ayat (1) UU 36/2009 adalah inkonstitusional sepanjang tidak dimaknai, tenaga kesehatan tersebut adalah tenaga kefarmasian dan dalam hal tidak ada tenaga kefarmasian secara terbatas, antara lain, dokter dan/ atau dokter gigi, bidan, dan perawat yang melakukan tugasnya dalam keadaan darurat yang mengancam keselamatan jiwa pasien dan diperlukannya tindakan medis segera untuk menyelamatkan pasien.

### III. KESIMPULAN

Dari penelusuran terhadap undang-undang sejak 2003-2014, terdapat 24 Undang-Undang yang memuat norma sanksi pidana. Akan tetapi, ada materi muatan norma dalam undang-undang tersebut yang tidak sepatasnya diancam dengan sanksi pidana, melainkan cukup dengan sanksi administratif. Namun, UU 12/2011

tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan tidak mengatur secara jelas ukuran dan parameter kapan suatu materi muatan pasal/ayat atau bagian dari suatu undang-undang perlu memuat sanksi pidana atau tidak, sehingga penetapan suatu perbuatan merupakan perbuatan pidana merupakan politik hukum terbuka pembentuk undang-undang. Dengan demikian pembentuk undang-undang bebas menentukan materi muatan norma pidana dalam suatu undang-undang.

Dalam pertimbangan hukumnya Mahkamah Konstitusi telah merekonstruksi penerapan prinsip *primum remedium* dalam konsep pemidanaan. Hal ini dikarenakan adanya kecenderungan prinsip *primum remedium* diterapkan dan diinternalisasikan dalam produk hukum undang-undang, sehingga sangat berpotensi melanggar hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara. Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara berkewajiban melindungi warga negara dari produk hukum utamanya undang-undang yang secara nyata menimbulkan kerugian konstitusional sehingga bertentangan dengan UUD 1945. Dalam pertimbangan hukumnya, selain menggunakan UUD 1945 sebagai batu uji, Mahkamah Konstitusi juga menggunakan tiga asas yang menjadi tujuan hukum, yakni asas keadilan, asas kepastian hukum dan asas manfaat sebagai batu uji dalam perkara pengujian undang-undang. Putusan MK yang telah merekonstruksi konsepsi *primum remedium* kembali menjadi *ultimum remedium* dalam beberapa putusannya, yaitu putusan MK No.4/PUU-V/2007 bertanggal 19 Juni 2007, pengujian UU No.29/2004 tentang Praktik Kedokteran, Putusan MK No.006/PUU-II/2004 bertanggal 13 Desember 2004, Pengujian UU No.18/2003 tentang Advokat, Putusan MK No.12/PUU-VIII/2010 bertanggal 27 Juni 2011, pengujian UU No.36/2009 tentang Kesehatan, Putusan MK No.40/PUU-X/2012 bertanggal 16 Juni 2011, Pengujian UU No.29/2004 tentang Praktik Kedokteran. Putusan MK No.55/PUU-VIII/2010 bertanggal 19 September 2011, Pengujian UU No.18/2004 tentang Perkebunan.

Dari hasil penelitian tersebut, peneliti merekomendasikan agar DPR dan Presiden selaku pembentuk undang-undang perlu menetapkan kriteria atau ukuran konstitusional yang jelas dalam mencantumkan norma ancaman sanksi pidana dalam undang-undang karena apabila menempatkan konsep norma ancaman sanksi pidana sebagai politik hukum pidana yang terbuka (*open legal policy*) dapat merampas hak-hak konstitusional warga negara Indonesia (WNI).

Perlu adanya revisi terhadap undang-undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan terkait kriteria pencantuman sanksi pidana dalam suatu undang-undang berdasarkan hal-hal yang disebutkan di atas.

## DAFTAR PUSTAKA

- Adam Chazawi, 2010, *Stelsel Pidana, Tindak Pidana, Teori-teori Pemidanaan&Batas Berlakunya Hukum Pidana*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada.
- Agustinus Pohan, dkk, 2012, *Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Bali: Pustaka Larasan.
- Andi Hamzah, 2009, *Hukum Acara Pidana Edisi Kedua*, Jakarta:Sinar Grafika.
- Barda Nawawi Arief, 2010, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*,Yogyakarta: Genta Publishing.
- Barda Nawawi Arief, 2009, *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan: Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana dan Perbandingan Beberapa Negara*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- Barda Nawawi Arief, 2008, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta: Prenada Media Group.
- Brian Thompson, 1997, *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, Third Edition, London: Blackstone Press Ltd.
- Bryan A. Garner, 2009, *Black's Law Dictionary:Ninth Edition*,USA: A-Thomson Reuters.
- Carl Schmitt, 2008, *Constitutional Theory, Translation* and edited by Jeffrey Seitzer, United States: Duke University Press.
- Chairul Huda, 2008, *Dari 'Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan':Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Jakarta: Kencana Prenada.
- Dahlan Thaib,dkk, 2008, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Press.
- E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, 2002, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Jakarta: Storia Grafika.
- Hartono Hadisoepipto, 2000, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Liberty

- Jimly Asshiddiqie, 2009, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer.
- Jimly Asshiddiqie, "Pembangunan Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia", *Lustrum XI Fakultas Hukum UGM*, Yogyakarta, 16 Februari 2006, h. 1.
- J.J.H.Bruggink, 1999, *Refleksi Tentang Hukum*, terj. Arief Sidharta, Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Joel Samaha, 2008, *Criminal Law Ninth Edition*, USA: Thomson Wadsworth.
- John Locke, 1952, *The Second Treatise of Government*, Indianapolis: The Liberal Arts Press Inc.
- KC. Wheare, 2003, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, terj. Muh. Hardani, Surabaya: Pustaka Eureka.
- Lilik Mulyadi, 2008, *Hukum Acara Pidana: Suatu Tinjauan Khusus Terhadap Surat Dakwaan, Eksepsi dan Putusan Peradilan*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Mahmuzar, 2010, *Sistem Pemerintahan di Indonesia Menurut UUD 1945 Sebelum dan Sesudah Amandemen*, Bandung: Nusa Media.
- Maria Farida Indrati, 2007, *Ilmu Perundang-undangan 2: Proses dan Teknik Pembentukannya*, Yogyakarta: Kanisius.
- Miriam Budiarto, 1993, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT. Gramedia.
- Moeljatno, 2008, *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta.
- Moh. Kusnardi dan Bintang R. Saragih, 2008, *Ilmu Negara*, Jakarta: Gaya Media Pratama.
- Muhammad Tahir Azhari, 1995, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, Jakarta: UI Press.
- M. Sholehuddin, 2007, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana: Ide Dasar Double Track System & Implementasinya*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada.
- Ni'matul Huda, 2011, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: FH UII Press.
- P.A.F. Lamintang, 1997, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Pusat Bahasa, 2008, *Kamus Besar Bahasa Indonesia: Edisi Keempat*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama.

- Ridwan HR, 2006, *Negara Hukum dan Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Raja Grafindo.
- Romli Atmasasmita, 2012, *Teori Hukum Integratif: Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Yogyakarta: Genta Publishing.
- Rufinus Hotmaulana Hutaauruk, 2013, *Penanggulangan Kejahatan Korporasi Melalui Pendekatan Restoratif Suatu Terobosan Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Satochid Kartanegara,\_\_\_, *Kumpulan Kuliah Hukum Pidana*,\_\_\_: Balai Lektur Mahasiswa.
- Salman Luthan, 2009, "Asas dan Kriteria Kriminalisasi", *Jurnal Hukum*, Volume 16, Nomor 1, Januari,h. 1-17.
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum dan Perubahan Sosial: Suatu Tinjauan Teoritis Serta Pengalaman-pengalaman di Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing.
- Soerjono Soekanto, 2010, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press.
- Sudarto, 2007, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung: PT Alumni.
- Sudikno Mertokusumo, 2007, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Liberty.
- Sulistyanta, 2013, "Implikasi Tindak Pidana Di Luar KUHP Dalam Hukum Acara Pidana:Studi Kasus Taraf Sinkronisasi", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol.13, No.2, Mei 2013, FH UNSOED,h. 180.
- Suhariyono AR, 2012, "Perumusan Sanksi Pidana Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan", *Jurnal Perspektif*, Volume XVII, No.1, Januari 2012, FH Universitas Wijaya Kusuma Surabaya.
- Teguh Prasetyo, 2011, *Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana*, Bandung: Nusa Media.
- Wirjono Prodjodikoro, 2008, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: PT Refika Aditama
- [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id), diunduh 13 Maret 2014.
- [www.setneg.go.id](http://www.setneg.go.id), diunduh 29 Agustus 2014

## Biodata

**Winda Wijayanti, Nuzul Quraini M, dan Siswantana Putri R**, merupakan peneliti Pusat Penelitian dan Pengkajian Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, yang beralamat Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta

**Khotibul Umam**, Kontributor Jurnal Konstitusi dengan alamat lembaga Fakultas Hukum, Universitas Gadjah Mada yang beralamat Jl. Socio Justicia No. 1 Bulaksumur, Sleman, D.I.Yogyakarta. Alamat Email : khotibulumam@ugm.ac.id

**Dede Kania**, Kontributor Jurnal Konstitusi dengan alamat lembaga Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Gunung Djati yang beralamat di Jl. A.H. Nasution No. 105 Bandung 40614 dengan alamat email dekan\_0607@.yahoo.co id

**Aan Eko Widiarto**, Kontributor Jurnal Konstitusi dengan alamat lembaga Fakultas Hukum Universitas Brawijaya – Malang yang beralamat pada Jl. Veteran, Kota Malang, Jawa Timur 65145 *dengan alamat email*: eko.widiarto@gmail.com

**Ria Casmi Arrsa**, Penulis di lahirkan di Kabupaten Rembang, Jawa Tengah.. Adapun karya ilmiah yang sudah di terbitkan antara lain The Brilliant Idea of The Champ (Spirit Hukum) UB Press 2009, Deideologi Pancasila UB Press 2011, Teori dan Hukum Perancangan Perda, UB Press 2012, ASEAN Inter Parleimentary Assembly dan Realisasi Komunitas ASEAN 2015 diterbitkan BKSAP DPR RI 2013, Strategic Management, The Ary Suta Center Press 2013, Rumah Tuhan Yang Illegal (Catatan Kritis Perspektif HAM dan Konstitusi (PPOTODA dan Tifa Foundation), Harmonisasi Hukum PUU Bidang Penataan Ruang (PPOTODA-DPD RI), Hubungan Pusat dan Daerah (PPOTODA-MPR RI), Masa Depan MKRI (Setara Institute-Kedutaan Jerman) dan berbagai jurnal ilmiah. Saat ini penulis aktif sebagai peneliti, analis kebijakan publik pada Pusat Pengembangan Otonomi Daerah (PPOTODA) Universitas Brawijaya yang berlamat di Gedung Munir Lt II FH Universitas Brawijaya Jl.MT. Haryono No 169 Malang Jawa Timur alamat email ppotoda@gmail.com. Motto hidup penulis: “Ikhtiar, Do’a dan Tawakkal Sukses Sebuah Keniscayaan”.

**Daniel Samosir**, Kontributor Jurnal Konstitusi dengan alamat lembaga Kantor Hukum Darmi Marasabessy, S.H., & Rekaan dimana beralamat pada Jl. Margonda Raya No.18 pok Beji Kota Depok, Jawa Barat 16423 dengan alamat email danielsamosir19@ymail.com.

**Tanto Lailam**, Lahir di Jambi, 11 Maret 1983, menempuh jenjang pendidikan dasar hingga menengah atas di kampung halaman. Kemudian melanjutkan jenjang pendidikan Strata 1 (Sarjana Hukum) pada Fakultas Hukum (FH) Universitas Muhammadiyah Yogyakarta (2003-2007) dengan minat khusus kajian Hukum Tata Negara. Gelar *Master of Laws* (LL.M) diperoleh dari Program Studi Magister Ilmu Hukum konsentrasi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Semasa mahasiswa, aktif di Ikatan Mahasiswa Muhammadiyah, *Indonesian Court Monitoring* (ICM) Yogyakarta, dan

Pusat Konsultasi dan Bantuan Hukum (PKBH FH UMY). Pada tahun 2010-2012 sempat menjadi dosen pada Fakultas Hukum Universitas Bandar Lampung (UBL) mengajar Hukum Tata Negara. Sejak tahun 2012 akhir, bergabung dan mengabdikan diri di almamater yang telah meng-*gembleg* dan membesarkannya. Saat ini aktivitas keseharian sebagai dosen Hukum Tata Negara, Program Studi Ilmu Hukum FH UMY. Disamping mengajar, juga aktif melakukan penelitian dan pengabdian masyarakat, menulis buku dan artikel jurnal, serta melakukan advokasi legislasi (advokasi kebijakan publik). Selain itu, saat ini sebagai Wakil Ketua Dewan Penyunting Jurnal Media Hukum FH UMY (terakreditasi) dan Sekretaris Pusat Kajian Konstitusi dan Pemerintahan (PK2P) FH UMY.

**Nurrahman Aji Utomo**, bekerja pada Bagian Pengkajian dan Penelitian Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, yang beralamat di Jl. Latuharhary No. 4B Menteng, Jakarta Pusat 10310 Email: nurrahmanajiutomo@gmail.com

**Ahmad Fadlil Sumadi**, lahir di Kendal, Jawa Tengah, pada tanggal 22 Agustus 1952. Penulis aktif dalam kegiatan mengajar di beberapa perguruan tinggi di Indonesia, antara lain, pengajar pada Fakultas Hukum Universitas Indonusa Esa Unggul, Jakarta, pengajar pada IAIN Walisongo Semarang, Universitas Nahdhatul Ulama Surakarta Tahun, Universitas Muhammadiyah Surakarta, dan Universitas Islam Sultan Agung Semarang. Pengalaman kerja Penulis, Hakim Tinggi Pengadilan Tinggi Agama Semarang. Hakim Konstitusi Periode 2010-2015, Wakil Ketua Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta Periode 2008-2010, Panitera Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Periode 2003-2008, Hakim Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta, Sekretaris Wakil Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia Periode 2001-2003. Beberapa karya ilmiah yang telah dipublikasi, antara lain, Buku "**Politik Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi: Aktualisasi Konstitusi dalam Praksis Kenegaraan**" Penerbit Setara Press Intrans Publishing Group, Cetakan Pertama Desember 2013, ISBN: 978-602-1642-01-6; Buku "**Pengawasan dan Pembinaan Pengadilan, Fungsi Manajemen Mahkamah Agung Terhadap Pengadilan di Bawahnya Setelah Perubahan UUD 1945**", Penerbit Setara Press Intrans Publishing Group, Cetakan Pertama April 2013, ISBN 978-602-17934-2-8; Artikel "**Pengawasan dan Pembinaan Mahkamah Agung Terhadap Pengadilan di Bawahnya**", pada Jurnal Media Hukum Volume 19 Nomor 1, Juni 2012; Artikel Jurnal "**Hak Konstitusional Beragama dan Mahkamah Konstitusi**" pada Jurnal Harmoni (Kementerian Agama) Volume 11 Nomor 2, Juni 2012; Artikel "**Mahkamah Konstitusi dan Kontrak Outsourcing**", pada Jurnal Konstitusi Volume 9 Nomor 1, Maret 2012; Buku "**Bunga Rampai Mahkamah Konstitusi dan Demokrasi**", Penerbit Kon Press, Cetakan Pertama Desember 2011, ISBN 978-979-1210-09-6; Artikel "**Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Dalam Teori dan Praktik**", pada Jurnal Konstitusi Volume 8 Nomor 6, Desember 2011; Artikel "**Independensi Mahkamah Konstitusi**", pada Jurnal Konstitusi Volume 8 Nomor 5, Oktober 2011.

**Titis Anindyajati, Irfan Nur Rachman dan Anak Agung Dian Onita**, penulis merupakan Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Teknologi Informasi Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang beralamat pada Jl. Medan Merdeka Barat No.6 Jakarta.

# PEDOMAN PENULISAN JURNAL KONSTITUSI

Jurnal Konstitusi merupakan media triwulanan guna penyebarluasan (diseminasi) hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi dan putusan Mahkamah Konstitusi. Jurnal Konstitusi terbit empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember). Jurnal Konstitusi memuat hasil penelitian atau kajian konseptual (hasil pemikiran) tentang konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi serta isu-isu hukum konstitusi dan ketatanegaraan yang belum pernah dipublikasikan di media lain. Jurnal Konstitusi ditujukan untuk kalangan pakar, akademisi, praktisi, penyelenggara negara, LSM, serta pemerhati hukum konstitusi dan ketatanegaraan. Jurnal Konstitusi telah terakreditasi oleh Direktur Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi (DPPM DIKTI) dengan Nomor 040/P/2014 yang berlaku selama 5 (lima) tahun. Di samping itu, Jurnal Konstitusi juga diakreditasi oleh Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI) dengan Nomor 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015 yang berlaku selama 3 (tiga) tahun.

Tata cara penulisan dan pengiriman naskah dalam Jurnal Konstitusi, sebagai berikut:

1. Naskah yang dikirim merupakan karya ilmiah original dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris sepanjang 20-22 halaman, kertas berukuran A4, jenis huruf Times New Roman, font 12, dan spasi 1,5. Menggunakan istilah yang baku serta bahasa yang baik dan benar.
3. Naskah ditulis dalam format jurnal dengan sistem baris kredit (*byline*).
4. Naskah dilengkapi Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci.
5. Judul artikel harus spesifik dan lugas yang dirumuskan dengan maksimal 12 kata (bahasa Indonesia), 10 kata (bahasa Inggris), atau 90 ketuk pada papan kunci, yang menggambarkan isi artikel secara komprehensif.
6. Abstrak (*abstract*) ditulis secara gamblang, utuh dan lengkap menggambarkan esensi isi keseluruhan tulisan dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris yang masing-masing satu paragraf.
7. Kata kunci (*key word*) yang dipilih harus mencerminkan konsep yang dikandung artikel terkait sejumlah 3-5 istilah (*horos*) dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris.
8. Sistematika penulisan **Hasil Penelitian** sebagai berikut;
  - I. Pendahuluan
    - A. Latar Belakang
    - B. Perumusan Masalah
    - C. Metode Penelitian
  - II. Hasil dan Pembahasan
  - III. Kesimpulan
9. Sistematika penulisan **Kajian Konseptual** (hasil pemikiran) sebagai berikut;
  - I. Pendahuluan
    - A. Latar Belakang

B. Perumusan Masalah

II. Pembahasan

III. Kesimpulan

10. Cara pengacuan dan pengutipan menggunakan model catatan kaki (*footnotes*).

**Kutipan Buku:** Nama penulis, *judul buku*, tempat penerbitan: nama penerbit, tahun terbitan, halaman kutipan.

Contoh:

A.V. Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan, 1968, h. 127

Moh. Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2007, h. 17.

Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada, 2010, h. 7.

**Kutipan Jurnal:** Nama penulis, "judul artikel", *nama jurnal*, volume, nomor, bulan dan tahun, halaman kutipan.

Contoh:

Rosalind Dixon, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March 2011, h. 647.

Arief Hidayat, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) ] Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni 2009, h. 20.

M Mahrus Ali, *et.al*, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilukada yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret 2012, h. 189.

**Kutipan makalah/paper/orasi ilmiah:** Nama penulis, "judul makalah", *nama forum kegiatan*, tempat kegiatan, tanggal kegiatan, halaman kutipan.

Contoh:

Moh. Mahfud, MD., "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January 2011, h. 7.

Yuliandri, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli 2009, h. 5.

**Kutipan Internet/media online:** Nama penulis, "judul tulisan", alamat portal (website/online), tanggal diakses/unduh.

Contoh:

Simon Butt, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432), diunduh 28 Juli 2010.

Muchamad Ali Safa'at, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", [http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel\\_06.html](http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html), diunduh 27 Desember 2007.

11. Daftar Pustaka memuat daftar buku, jurnal, makalah/paper/orasi ilmiah baik cetak maupun online yang dikutip dalam naskah, yang disusun secara alfabetis (*a to z*) dengan susunan: Nama penulis (mendahulukan nama keluarga/marga), tahun, *judul*, tempat penerbitan: penerbit, dst., seperti contoh berikut ini:

Arief Hidayat, 2009, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni, h. 20 – 31.

Butt, Simon, 2010, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432), diunduh 28 July.

Dicey, A.V., 1968, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan.

Dixon, Rosalind, 2011, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March, h. 643 – 686.

Moh. Mahfud, MD., 2011, "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January.

Moh. Mahfud MD., 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.

Muchamad Ali Safa'at, 2007, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", [http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel\\_06.html](http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html), diunduh 27 Desember.

M. Mahrus Ali, *et.al*, 2012, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilukada yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret, h. 189 - 225.

Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada.

Yuliandri, 2009, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli.

12. Naskah dalam bentuk file document (.doc) dikirim via email ke alamat email redaksi: [jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id](mailto:jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id) atau [puslitka\\_mk@yahoo.com](mailto:puslitka_mk@yahoo.com) Naskah dapat juga dikirim via pos kepada:

**REDAKSI JURNAL KONSTITUSI  
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

Jl. Medan Merdeka Barat, No. 6 Jakarta 10110

Telp. (021) 23529000; Faks. (021) 352177

Website: [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

Email: [jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id](mailto:jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id) atau [puslitka\\_mk@yahoo.com](mailto:puslitka_mk@yahoo.com)

13. Dewan penyunting menyeleksi dan mengedit naskah yang masuk tanpa mengubah substansi. Naskah yang dimuat mendapatkan honorarium. Naskah yang tidak dimuat akan dikembalikan atau diberitahukan kepada penulisnya.

# Indeks

## A

*Absolut* 880, 883  
*Absolute competency* 699  
*Abuse of power* 807  
*Acontrario* 783  
*Actor Sequetur* 701  
*Adendum* 771  
*Affirmatif* 726, 727  
*Affirmative action* 725, 726, 727  
*Ajeg* 670  
*Alternative Dispute Resolution* 695  
*Analytical legal positivism* 861  
*A quo* 691, 693, 694, 702-705, 713, 746, 802, 804, 808, 810, 811, 844, 875, 877, 878, 881, 886, 887  
*Arbitrase* 693, 695, 696, 697, 698, 706  
*Argumentum a fortiori* 691, 712  
*Asembly* 756  
*Attributive competency* 710  
*Aufklarung* 861

## B

*BANI* 696, 698, 714  
*BAPMI* 698  
*BASYARNAS* 698  
*Being fair* 858  
*Bicameral* 757  
*Bill of rights* 719  
*BMAI* 698  
*Buitendam* 678

## C

*Check and balance* 744  
*Check and balances* 755, 867  
*Checks and balances* 837, 843, 847  
system 812  
*Choice of forum* 694, 706, 707  
*Co-Legislator* 839  
*Collegial* 808  
*Competency* 699, 710  
*Condisional confirmed* 747  
*Conditio sine qua non* 685  
*Conflict of interest* 807  
*Constitutional*  
obligation 884  
authorities 884  
complaint 847  
court 827  
democracy 804  
intepretation 771  
Law 849, 850  
question 847  
jurisprudence 737  
*Constitutionalism* 804  
*Contempt of court* 747, 753, 771  
*Contradictio in terminis* 694  
*Correctability* 859  
*Criminal policy* 876  
*curia novit* 795, 796, 798, 799, 811, 813-817, 821

## D

*Deklaratif* 836  
*Dekrit Presiden* 829  
*Democratic state* 854  
*Diadic* 858

*Difference* 696  
*Disadvantaged* 726  
*Diskresi* 841  
*Disputes settlement* 696  
*Documentary study* 671  
*DPD* 755-772  
*DPR* 664, 666, 667, 669-682, 685-690, 735-750, 753, 754  
*Due process* 806  
*Dwingendrecht* 707

## E

*Egaliter* 845  
*Emotional quotient* 665  
*Enacted law* 766, 856  
*Equity* 858  
*Erga omnes* 691, 692, 694, 713, 752, 836, 846  
*Erhard Blankenburg* 808  
*Ex aequo et bono* 803  
*executive* 852

## F

*Final and binding* 691, 692, 710, 713, 747, 751  
*Fit and proper test* 671-682, 685, 687  
*Formell Gesetz* 775  
*frame work* 854  
*frame works* 867  
*Functional representative* 763  
*Fundamentum petendi* 844

## G

*Gender based violence* 731  
*General* 752  
*Gerechtigkeit* 878, 883

- Grundloss* 800  
*Guardian of constitution* 737
- H**  
 Hierarki 701, 774, 775, 784, 785, 792  
*Home faber* 665  
*Homo ethicus* 665  
 Hukum  
   adat 849, 851, 856  
   agama 849, 851, 856  
   *Anglo saxon* 774  
   Eropa Kontinental 774  
   Islam 849, 851, 856  
   Pancasila 813-816  
   pidana 872, 874-882, 884, 885, 889  
   positif 861  
   primer 828, 876  
   sekunder 828  
*Humanisme universal* 869  
*Human trafficking* 724
- I**  
*Impartiality* 799, 808, 816  
*Incumbent* 674, 687  
*Indische Staatsregeling* 724  
*Indonesia Court Monitoring* 806  
 Inkonstitusional 828, 834-836, 839, 841, 842, 845, 888  
*Inter parties* 836  
*Interpreter of constitution* 737  
*Irreparable* 877  
*Ius curia novit* 795, 796, 798, 799, 811, 814-816, 821
- J**  
 Jinayah 700  
*Judicial* 852, 856  
   *misconduct* 807  
   *power* 856  
   Review 773, 774, 776, 784, 788, 791, 826, 846  
 Justiabelen 805  
 Justiabelen 817  
 Justice 850, 857
- K**  
 Konstitutif 836  
 Kulminasi 694
- L**  
*Law*  
   *awareness* 684  
   *enforcement* 684  
   *making procces* 684  
*Legal*  
   *culture* 683  
   *norm* 783  
   *policy* 671, 765, 872, 873, 875, 880, 890  
   standing 702, 704, 845  
   *structure* 683  
   *substance* 683  
   *uncertainty* 738  
 Legislasi 755, 759, 761, 762, 763, 766, 768, 770, 771  
*Legislation planning* 684  
*legislative* 849, 850-852, 856  
   *power* 849, 850, 851, 856  
   *review* 803, 813, 819, 830, 846  
 Legislator 839  
*Legisme* 774
- lex posterior derogat legi priori* 708  
*Lex specialis* 707, 708  
*Library research* 876  
*Looking fair* 858  
*Lord Acton* 851
- M**  
 MA 750  
 Mahkamah Syar'iyah 700  
*Mala*  
   *in se* 879, 880  
   *prohibita* 879, 880, 881  
*Manfred Nowak* 752  
*Mercenary* 877  
*Microprudential* 713  
 MK 735-753  
*Modus vivendi* 874  
*Morally normative* 858  
 MPR 736, 737, 742, 745, 746, 750, 754
- N**  
 Negarawan 674, 676  
*Negativeve*  
   *wettelijk* 832  
   *legislator* 827, 828, 845, 846  
   *legislature* 836  
*Nemo judex idoneus in propria* 795, 796, 798-800, 806, 807, 810, 811, 813-818, 821  
*Null and void* 695, 710
- O**  
*Objectum litis* 799  
 Obligasi syari'ah 692, 705  
 Obligatori 844

- OJK 695, 713  
*Onrechtszekerheids* 738  
*Open legal policy* 880, 890  
*Ordering belief frame work* 684  
*Original intent* 740, 820  
*Originalisme* 820  
*Outcome* 857-859
- P**  
*Pactum de compromittendo* 697  
*Patriarkhi* 717  
*Pengarustamaan Gender* 718, 727  
*Per se* 665  
*Political*  
     *insularity* 808  
     *representation* 763  
     *representative* 763  
*Positive*  
     *legislator* 827, 828, 836, 845, 846  
     *legislature* 836  
*Positivisme* 774  
*Prejudice* 814  
*Primum remedium* 872, 873, 875-877, 879, 880, 882, 885, 888, 889  
*Prolegnas* 773-775, 779, 781-783, 789-793  
 PROLEGNAS 828  
*Pseudo positive legislator* 845  
*Public acceptance* 686
- R**  
*Rasdiskriminasi* 724  
*Ratio decidendi* 702
- Reasoning* 711  
*Rechtstaat* 774, 785  
*Rechtstoepassing* 735, 736  
*Recidivist* 877  
*Regeringsform* 854  
*Reglement de Burgerlijke*  
     *Rechtsvordering* 696  
*Relative competency* 699  
*Remmelink* 877  
*Renaissance* 860  
*Restorative justice* 882  
*Retributive theory* 882  
*Ruh* 855  
*Rule of law* 796, 804
- S**  
*Self*  
     *obidence* 736, 753  
     *respect* 736, 753  
*Sensitizing concept* 842, 843, 845  
*Solemn pledge* 752  
*SOP* 663, 664, 670, 671, 686, 687, 688  
*Staatgrundgesetz* 775  
*Standart Operational of*  
     *Procedure* 663, 686  
*Strike back* 747  
*Stufenbau* 752, 813  
*Stufentheori* 774  
*Supremation of law* 756  
*Syari'ah* 692, 705
- T**  
*Territorial representative* 763  
*The soul of constitution* 737
- Trafficking in person* 723, 725  
*Trias politica Montesquie* 774  
*Tripartit* 839
- U**  
*Ultimum remedium* 872-877, 879-883, 885, 888, 889  
*Ultra petita* 709, 713, 795, 802-804, 812, 821, 832  
*Underestimate* 744  
*Unequal* 858  
*Unequity* 858  
*Unitary state* 854  
*UU MD3* 735-737, 741-749, 752, 753, 759-761, 768  
*UU MK* 671, 678, 681, 682, 684-686
- V**  
*Vonnis* 752  
*Von Savigny* 862  
*Voorwaardelijke verbintenis* 696  
*voting* 673, 674, 682
- W**  
*wet in*  
     *formele zin* 830  
     *materiële zin* 830  
*Written constitution* 854
- Y**  
*Yanis Maladi* 816, 823
- Z**  
*Zweckmassigkeit* 878, 883

# Indeks Pengarang

## A

Aan Eko Widiarto 735  
A. Hamid S.Attamimi 786  
Ahmad Fadlil Sumadi 849  
A Mukti Arto 692, 693  
Anak Agung Dian Onita 872  
Ani Widyani Soetjipto 726, 733

## B

Bagir Manan 765, 803, 820,  
822  
Bassioni 882  
Bivitri Susanti 837, 847  
Brian Barry 859  
Brian Tamanaha 843, 844, 847

## C

Cik Hasan Bisri 700

## D

Daniel Samosir 773  
Dede Kania 716

## H

Habermas 859, 864  
Hamdan Zoelva 828  
Hans Kelsen 752, 774, 775  
Hans Nawiasky 775  
Harun Al Rasyid 801  
Hatta 854  
H.G de Bunt 877

## I

I Dewa Gede Palguna 818, 822  
Immanuel Kant 665  
Irfan Nur Rochman 872  
Iwan Satriawan 806, 822

## J

Jeremy Bentham 766  
Jimly Asshiddiqie 761, 803,  
830, 831, 839  
JJ Rosseau 874  
John Austin 766

## K

Khotibul Umam 691, 708

## L

Laica Marzuki 827, 848  
Lawrence Friedman 683  
Liek Wilardjo 684

## M

Mahfud MD 765, 772, 803  
Maruarar Siahaan 836, 848  
Miriam Budiardjo 756  
Moempoeni Martojo 717, 733

## N

Naili Fithriyati 840, 848  
Nurrahman Aji Utomo 825  
Nuzul Quraini M 663

## P

Padmo Wahyon 829

## R

Rawl 859, 864  
Ria Casmi Arsa 755  
Riawan Tjandra 832, 848  
Roger Cotterrell 753, 754  
Ronald Dworkin 737, 738, 754  
Rousseu 774  
R. Supomo 724

## S

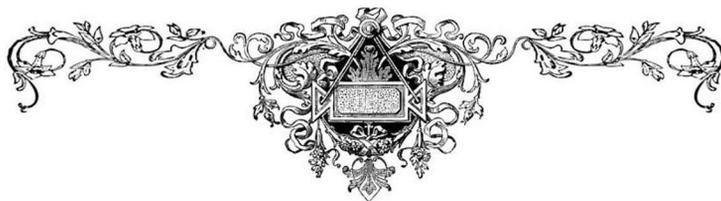
Saldi Isra 801, 806, 808, 810,  
822, 823, 833, 837, 839,  
848  
Satjipto Rahardjo 801  
Shidarta 726, 734  
Siswantana Putri R 663  
Soehino 829, 848  
Soekarno 854  
Sudikno Mertokusumo 878,  
892

## T

Tanto Lailam 795, 805, 811,  
823  
Titis Anindyajati 872

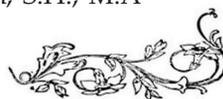
## W

Winda Wijayanti 663  
Woodrow Wilson 766



Jurnal Konstitusi  
menyampaikan terima kasih  
Kepada para  
Mitra Bestari/*Reviewer*  
Volume 12 No. 1 - 4, Maret - Desember 2015

Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H.  
Prof. Dr. M. Zaidun, S.H., M.Si.  
Prof. Dr. Yuliandri, S.H., M.H.  
Prof. Dr. Saldi Isra, S.H., MPA  
Prof. Eddy Hiariej, S.H., M.H.  
Prof. Dr. Rahayu, S.H, M.Hum  
Prof. Topo Santoso, S.H., M.H., Ph.D.  
Prof. Hamid Awaludin, S.H., M.A., L.LM.  
Prof. Dr. Moch Bakri, S.H., M.S.  
Prof. Amzulian Rifai, S.H., M.H.  
Prof. Masruchin Ruba'I S.H., M.S  
Dr. M. Ali Safaat, S.H., M.H  
Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.H.  
Dr. Oky Burhamzah, S.H., M.H.  
Dr. Zainul Daulay, S.H., M.H.  
Dr. I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani ,S.H.  
Dr. Irman Putrasidin, S.H., M.H.  
Dr. Hayyan Ul Haq  
Dr. Zainal Arifin Muchtar  
Dr. Nanik Trihastuti, S.H., M.Hum.  
Dr. Istislam, S.H.,M.Hum.  
Gregorius Seto Haryanto, Ph.D.  
Dr. Iur. Damos Dumoli Agusman, S.H., M.A



**Visi:**

Mengawal Tegaknya Konstitusi Melalui  
Peradilan Konstitusi yang Independen, Imparsial dan Adil

**Misi:**

- Membangun Sistem Peradilan Konstitusi yang Mampu Mendukung Penegakan Konstitusi
- Meningkatkan Pemahaman Masyarakat Mengenai Hak Konstitusional Warga Negara

ISSN 1829-7706



9 771829 770696



**SERTIFIKAT**

Nomor: 613/AkredP2MI-LIPI/03/2015

**Akreditasi Majalah Ilmiah**

Kutipan Keputusan Kepala Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia  
Nomor 335/E/2015 Tanggal 15 April 2015

Nama Majalah : Jurnal Konstitusi  
ISSN : 1829-7706  
Redaksi : Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia,  
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110

Ditetapkan sebagai Majalah Ilmiah

**TERAKREDITASI**

Akreditasi sebagaimana tersebut di atas berlaku selama 3 (tiga) tahun

Cibinong, 15 April 2015  
Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia  
Ketua Panitia Penilai Majalah Ilmiah-LIPI

*Rochadi*

Prof. Dr. Rochadi,  
NIP. 195007281978031001



**Sertifikat**

Kutipan dari Keputusan Menteri Pendidikan  
dan Kebudayaan Republik Indonesia  
Nomor: 040/P/2014, Tanggal 14 Februari 2014  
Tentang Hasil Akreditasi Terbitan Berkala Ilmiah  
Periode II Tahun 2013

Nama Terbitan Berkala Ilmiah  
Jurnal Konstitusi  
ISSN: 1829-7706

Penerbit: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah  
Konstitusi RI

Ditetapkan sebagai Terbitan Berkala Ilmiah

**TERAKREDITASI**

Akreditasi sebagaimana tersebut di atas berlaku selama  
5 (lima) tahun sejak ditetapkan.

Jakarta, 18 Februari 2014

Direktur Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat,  
Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi



Prof. Agus Subekti, M.Sc., Ph.D.  
NIP. 19600801 198403 1 002