



JURNAL KONSTITUSI

Volume 9 Nomor 3, September 2012

- ◉ Memaknai Kecenderungan Penyelesaian Konflik Batas Wilayah Ke Mahkamah Konstitusi
Fajar Laksono Soeroso
- ◉ Ideologi *Welfare State* dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Sistem Jaminan Sosial Nasional
Alfitri
- ◉ Hak Menguasai Negara Atas Mineral dan Batubara Pasca Berlakunya Undang-Undang Minerba
Victor Imanuel Williamson Nalle
- ◉ Politik Hukum di Bidang Ekonomi dan Pelembagaan Konsepsi *Welfare State* di dalam Undang-Undang Dasar 1945
Kukuh Fadli Prasetyo
- ◉ Rekonstruksi Sistem Pemerintahan Presidensiil Berdasar Undang-Undang Dasar 1945 Menuju Sistem Pemerintahan Presidensiil Murni
Sulardi
- ◉ Komparasi Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu di Beberapa Negara Penganut Paham Demokrasi Konstitusional
Bisariyadi, Anna Triningsih, Meyrinda Rahmawaty H, Alia Harumdani W
- ◉ Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang
Titon Slamet Kurnia
- ◉ Konstitusionalitas Penerapan Hukum Adat dalam Penyelesaian Perkara Pidana
Elwi Danil

JK	Vol. 9	Nomor 3	Halaman 431- 596	Jakarta September 2012	ISSN 1829-7706
----	--------	---------	---------------------	---------------------------	-------------------

Terakreditasi Nomor: 412/AU/P2MI-LIPI/04/2012

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



MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

JURNAL KONSTITUSI

Vol. 9 No. 3	ISSN 1829-7706	September 2012
Terakreditasi dengan Nomor: 412/AU/P2MI-LIPI/04/2012		

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**
(Advisors) : Prof. Dr. Moh. Mahfud MD, S.H.
Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H.
Dr. Harjono, S.H., MCL.
Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H.
Dr. H.M. Akil Mochtar, S.H., M.H.
Dr. H. Muhammad Alim, S.H., M.Hum
Dr. H. Ahmad Fadlil Sumadi, S.H., M.Hum.
Dr. Hamdan Zoelva, S.H., M.H.
Dr. Anwar Usman, S.H., M.H.
- Penanggungjawab**
(Officially Incharge) : Janedjri M. Gaffar
- Penyunting Ahli**
(Expert Editors) : Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S.
Prof. Dr. Yuliantri, S.H., M.H
Prof. Dr. Saldi Isra, S.H., MPA
Prof. Dr. M. Guntur Hamzah, S.H., M.H.
Dr. Muchamad Ali Safa'at, S.H., M.H.
- Pemimpin Redaksi**
(Chief Editor) : Noor Sidharta
- Redaktur Pelaksana**
(Managing Editors) : Wiryanto
Ina Zuhriyah
Helmi Kasim
M. Mahrus Ali
Meyrinda Rahmawaty Hilipito
Ajie Ramdan
- 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

www.mahkamahkonstitusi.go.id – Email: jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id

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



JURNAL KONSTITUSI

Volume 9 Nomor 3, September 2012

DAFTAR ISI

Pengantar Redaksi	iii - vi
Memaknai Kecenderungan Penyelesaian Konflik Batas Wilayah Ke Mahkamah Konstitusi Fajar Laksono Soeroso	431-448
<i>Ideologi Welfare State</i> dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Sistem Jaminan Sosial Nasional Alfitri	449-472
Hak Menguasai Negara Atas Mineral dan Batubara Pasca Berlakunya Undang-Undang Minerba Victor Imanuel Williamson Nalle	473-494
Politik Hukum di Bidang Ekonomi dan Pelembagaan Konsep <i>Welfare State</i> di dalam Undang-Undang Dasar 1945 Kukuh Fadli Prasetyo	495-514
Rekonstruksi Sistem Pemerintahan Presidensiil Berdasar Undang-Undang Dasar 1945 Menuju Sistem Pemerintahan Presidensiil Murni Sulardi	515-530

Komparasi Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu di Beberapa Negara Penganut Paham Demokrasi Konstitusional

Bisariyadi, Anna Triningsih, Meyrinda Rahmawaty H,
Alia Harumdani W 531-562

Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang

Titon Slamet Kurnia 563-582

Konstitusionalitas Penerapan Hukum Adat dalam Penyelesaian Perkara Pidana

Elwi Danil..... 583-596

Biodata

Pedoman Penulisan

Dari Redaksi



Memasuki separuh akhir tahun 2012, Jurnal Konstitusi kembali hadir menjumpai pembaca sekalian. Jurnal Konstitusi pada Volume 9 Nomor 3, September 2012 menghadirkan bahasan seputar putusan MK dalam konteks *welfare state* serta isu-isu hukum konstitusi lainnya. Sebagai pembuka, Fajar Laksono mengulas penyelesaian konflik batas wilayah di Mahkamah Konstitusi. Fajar menjelaskan bahwa adanya kecenderungan penyelesaian konflik batas wilayah di Mahkamah Konstitusi (MK) sangat menarik dikaji. Dalam analisis tulisan ini, ditemukan 3 (tiga) hal menarik yakni putusan MA tidak menyelesaikan masalah tetapi justru memunculkan masalah baru, adanya preseden putusan MK dapat “menganulir” putusan MA, dan proses persidangan MK dirasakan lebih *fair* dan terbuka. Selanjutnya Alfitri membahas tentang Ideologi *Welfare State* dalam Dasar Negara Indonesia yang memberikan *stressing* pada problematika tujuan negara “memajukan kesejahteraan umum” dan prinsip “keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Artikel ini hendak menganalisa apakah benar tafsiran ideologi *welfare state* pemerintah dalam Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional telah melanggar konstitusi. Masih dalam konteks kesejahteraan umum, Victor Imanuel Williamson Nalle, membedah perihal Hak Menguasai Negara Atas Mineral dan Batubara Hak Menguasai Negara Atas Mineral dan Batubara. Bahwa hakikatnya Mineral dan batubara merupakan salah satu potensi sumber daya alam Indonesia. Agar sumber daya alam tersebut dapat membawa kesejahteraan bagi rakyat Indonesia maka diperlukan kebijakan pertambangan

yang berpihak kepada kepentingan ekonomi nasional. Pada bahasan lainnya tentang *welfare state*, Kukuh Fadli Prasetyo, mencoba mengkaji hal tersebut dalam bingkai Politik Hukum *Welfare State* dalam UUD 1945. Penulis menemukan fakta bahwa beberapa unsur neoliberalisme telah larut ke dalam kebijakan-kebijakan hukum di bidang ekonomi Indonesia, yaitu privatisasi, aturan pasar, deregulasi, dan pemotongan pengeluaran publik.

Dari *welfare state* kita beralih ke sistem pemerintahan, Sulardi menyajikan bahasan mengenai Rekonstruksi Sistem Pemerintahan Presidensiil dan konteks Sistem Pemerintahan Presidensiil Murni. Sulardi menuliskan bahwa konsekuensi adalah Presiden memiliki posisi yang secara relatif sama antara lembaga negara yang ada dalam UUD. Maka, sistem pemerintahan presidensiil dapat diselenggarakan secara optimal dan secara efisien.

Pada tiga tulisan terakhir, Tim Peneliti Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi (Pusat P4TIK) Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia mengelaborasi hasil penelitian yang berupa studi Komparasi Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu Di Beberapa Negara Penganut Paham Demokrasi Konstitusional. Peneliti menemukan bahwa Di negarane-negara yang menganut paham demokrasi konstitusional, proses Pemilu bertujuan agar kehendak rakyat dapat diwujudkan ke dalam sebuah pola kekuasaan tanpa menggunakan kekerasan. Proses pemilu tidak hanya dinilai dengan berpatokan kepada kerangka hukum yang ada melainkan undang-undang, tata tertib pemilu dan pelaksanaannya pun perlu diuji apakah sudah sesuai dengan tujuan utamanya atau tidak. Selanjutnya Titon Slamet Kurnia mengulas tentang Argumen Justifikasi dalam pengujian undang-undang. Penulis menjelaskan bahwa Pengujian konstitusionalitas undang-undang didasari oleh pemikiran bahwa HAM memiliki kedudukan superior terhadap badan legislatif. Dalam menjalankan kekuasaan untuk membentuk undang-undang maka badan legislatif harus menghormati HAM. Sebagai penutup, Elwi Danil menganalisis seputar konstitusionalitas penerapan hukum adat dalam penyelesaian perkara pidana. Kajian ini lebih menitik beratkan pada kemungkinan penerapan hukum pidana dalam sudut pandang hukum adat di tengah kemajemukan budaya Indonesia.

Akhir kata redaksi berharap semoga kehadiran Jurnal Konstitusi edisi ini dapat memperluas spektrum keilmuan para Pembaca mengenai perkembangan hukum dan konstitusi di Indonesia dan juga bermanfaat dalam upaya membangun budaya sadar konstitusi.

Redaksi

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

Laksono Soeroso, Fajar

Memaknai Kecenderungan Penyelesaian Konflik Batas Wilayah Ke Mahkamah Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 9 No. 3 hlm. 431-448

Adanya kecenderungan penyelesaian konflik batas wilayah di Mahkamah Konstitusi (MK) sangat menarik dikaji. Dalam analisis tulisan ini, ditemukan 3 (tiga) hal menarik yakni putusan MA tidak menyelesaikan masalah tetapi justru memunculkan masalah baru, adanya preseden putusan MK dapat “menganulir” putusan MA, dan proses persidangan MK dirasakan lebih fair dan terbuka. Dari kecenderungan tersebut muncul celah hukum baru, yakni pihak-pihak yang menjadi adressat putusan MA mendapat ruang untuk tidak menjalankan putusan MA. Celah hukum ini seolah membenarkan terjadinya tindakan melawan hukum, mengingat putusan MA memiliki kekuatan mengikat dan harus dilaksanakan. Kecenderungan ini bukanlah soal rivalitas antara MA dan MK, melainkan soal bagaimana lembaga peradilan menyuguhkan proses peradilan yang terpercaya dan diyakini oleh para pencari keadilan sehingga putusannya menyelesaikan masalah dan dilaksanakan.

Kata Kunci: Kecenderungan, penyelesaian konflik batas wilayah, Mahkamah Konstitusi

Laksono Soeroso, Fajar

Understanding the Trends in the Settlement of Border Conflict at The Constitutional Court

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 9 No. 3

The trend of border conflict resolution to the Constitutional Court is interesting to analyzed. This analysis founded three interesting things that the Supreme Court decision did not resolve the problem but it raises a new problem, the precedent decision of the Constitutional Court may cancelling the Supreme Court decision, and the trial process in Constitutional Court felt more fair and openness. From its trend emerging of new legal loophole, which the parties became adressat Supreme Court decision not run a Supreme Court decision. This legal loophole seemed to justify the unlawful acts because the Supreme Court decision has binding and should be implemented. This trend is not a question of rivalry between the Supreme Court and Constitutional Court, but rather about how the judiciary presents a reliable judicial process and is believed by the justice seekers so that decisions can resolve the problem and implemented.

Keyword: The trend, border conflict resolution, Constitutional Court

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

Alfitri

Ideologi *Welfare State* dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Sistem Jaminan Sosial Nasional

Jurnal Konstitusi Vol. 9 No .3 hlm. 449-472

Apakah tujuan negara “memajukan kesejahteraan umum” dan prinsip “keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia” serta mandat konstitusi untuk menyelenggarakan sistem jaminan sosial itu harus diwujudkan dalam bentuk negara memposisikan diri bertanggung jawab untuk menjamin standar hidup yang layak bagi semua warga? Tulisan ini akan menganalisa apakah benar tafsiran ideologi *welfare state* pemerintah dalam Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional telah melanggar konstitusi. Tulisan ini mendukung argumen Mahkamah Konstitusi bahwa program asuransi sosial yang diadopsi pemerintah adalah memenuhi kriteria konstitusional. Keberadaan kriteria konstitusional menjadikan paham negara kesejahteraan Indonesia bersifat terbuka, dan argumen ini lebih sesuai dengan konteks dan realistis terhadap kemampuan negara Indonesia untuk memberikan jaminan sosial bagi warganya.

Kata kunci: *Welfare State*, Institutional versus Residualist, Keadilan Sosial, Jaminan Sosial, Asuransi Sosial

Alfitri

Welfare State Ideology in Indonesian Constitution: Analysis of Constitutional Court Decision on National Social Security System

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 9 No. 3

principle of Pancasila “social justice for all people of Indonesia”, as well as the constitutional mandate to hold a social security system must be expressed in terms of the state positions itself to be responsible for ensuring a decent standard of living for all citizens? This paper will analyze whether the interpretation of welfare state ideology of the government in the Act No. 40/2004 on National Social Security System had violated the 1945 Constitution. This paper supports the argument of the Constitutional Court holding that social insurance programs adopted by the government meet the constitutional criteria. The existence of the constitutional criteria makesthe welfare state ideology of Indonesia open to interpretation, and this argument is more appropriate to the context and realistic about the ability of Indonesia to provide social security for its citizens.

Keywords: *Welfare State, Institutional versus Residualist, Keadilan Sosial, Jaminan Sosial, Asuransi Sosial*

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

Immanuel Williamson Nalle, Victor

Hak Menguasai Negara Atas Mineral dan Batubara Pasca Berlakunya Undang-Undang Minerba

Jurnal Konstitusi Vol. 9 No. 3 hlm. 473-494

Mineral dan batubara merupakan salah satu potensi sumber daya alam Indonesia. Agar sumber daya alam tersebut dapat membawa kesejahteraan bagi rakyat Indonesia maka diperlukan kebijakan pertambangan yang berpihak kepada kepentingan ekonomi nasional. Pengalaman Indonesia selama Orde Baru menunjukkan kebijakan pertambangan lebih berpihak pada kepentingan modal asing melalui mekanisme kontrak karya yang menempatkan negara sebagai pihak yang inferior. Hak menguasai negara atas mineral dan batubara tidak terlihat dalam kebijakan pertambangan Orde Baru. Sejak diberlakukannya UU No.4 Tahun 2009, hak menguasai negara tersebut tampak melalui sistem perizinan. Selain itu peran modal nasional di sektor pertambangan juga dibangkitkan melalui mekanisme divestasi.

Kata kunci: hak menguasai negara, Izin Usaha Pertambangan, divestasi, negara kesejahteraan

Immanuel Williamson Nalle, Victor

State Power of Control over Mineral and Coal after the Entry into Force of Mineral and Coal Law

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 9 No. 3

Mineral and coal is one of Indonesia's natural resource potential. Natural resources can bring prosperity for the people of Indonesia. Therefore we need a pro-mining policies of national economic interests. The experience of Indonesia during the New Order show the mining policy in favor of the interests of foreign capital through the mechanism of the work contract that puts the state as the inferior party. State's right to control the mineral and coal mining policy does not appear in the New Order. Since the enactment of Law Number 4 of 2009, it seemed right to control the state through the licensing system. Besides the role of national capital in the mining sector also raised through divestment mechanism.

Keywords: *state's right to control, Mining License, divestment, welfare state*

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

Fadli Prasetyo, Kukuh

Politik Hukum di Bidang Ekonomi dan Pelembagaan Konsepsi *Welfare State* di dalam Undang-Undang Dasar 1945

Jurnal Konstitusi Vol. 9 No. 3 hlm. 495-514

Konsepsi negara kesejahteraan diadopsi di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945), tepatnya di dalam alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945, dengan menempatkan frase ‘memajukan kesejahteraan umum’ sebagai salah satu cita negara Republik Indonesia. Setelah mengalami perubahan, UUD 1945 mengamanatkan implementasi demokrasi ekonomi, sebagaimana ditentukan di dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Di dalam demokrasi ekonomi tersebut diperkenalkan sebuah asas efisiensi-berkeadilan yang ditengarai sebagai senyawa sistem ekonomi kapitalis yang mengusung jiwa neoliberalisme. Dari analisis yang dilakukan penulis, penulis menemukan bahwa beberapa unsur neoliberalisme telah larut ke dalam kebijakan-kebijakan hukum di bidang ekonomi Indonesia, yaitu privatisasi, aturan pasar, deregulasi, dan pemotongan pengeluaran publik.

Kata Kunci: negara kesejahteraan, demokrasi ekonomi, efisiensi-berkeadilan, neoliberalisme.

Fadli Prasetyo, Kukuh

Politics of Law in Economic Field and the Institutionalization of Welfare State Concept in the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 9 No. 3

Welfare state conception has been adopted in the substance of the 1945 Constitution of Republic Indonesia (UUD 1945), that extracted in fourth paragraph of Preamble of UUD 1945, by posting the phrase 'to improve public welfare' as staatsidee of Republic of Indonesia. In amendment of UUD 1945, UUD 1945 determines economic democracy principles, as prescribed in Article 33 paragraph (4) UUD 1945. In its economic democracy, there is efficiency with justice principle that recognized as capitalistic unsure which lifts the spirit of neoliberalism. After analysing that corelation, I found and identify that some unsures of neoliberalism has been emulted in some legal policy in economic issued by the Administration of Indonesia, such as privatisation, market regulation, deregulation, and reducing public spending.

Keywords: *welfare state, economic democracy, efficiency with justice, neoliberalism*

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

Sulardi

Rekonstruksi Sistem Pemerintahan Presidensiil Berdasar Undang-Undang Dasar 1945 Menuju Sistem Pemerintahan Presidensiil Murni

Jurnal Konstitusi Vol. 9 No. 3 hlm. 515-530

Sistem pemerintahan Indonesia berdasarkan Undang-undang Dasar 1945. Ketika beberapa konstitusi-konstitusi diimplementasikan di Indonesia di masa lalu, konsekuensi adalah ada sistem politik bervariasi. Pada 1999 - 2002, ada perubahan Undang-undang Dasar 1945. Salah satu tujuan adalah untuk memperkuat sistem pemerintahan Presidensiil. Diharapkan Undang-undang Dasar 1945 setelah diubah bisa menjadi dasar yang baik, efektif, dan terbangun sistem pemerintahan Presidensiil yang efisien. Jadi ada kesadaran untuk merekonstruksi ke sistem pemerintahan presidensiil.

Sejak kemerdekaan 1945 sampai masa transisi, sistem pemerintahan Presidensiil berdasarkan Undang-undang Dasar 1945 dilakukan secara bertentangan dengan prinsip-prinsip sistem pemerintahan presidensiil karena substansi Undang-undang Dasar 1945 ditafsirkan oleh Presiden-Presiden dalam sesuai dengan tafsir mereka. Secara teoritis ada sebuah konsep baru di sistem pemerintahan Presidensiil, yakni adalah sistem pemerintahan Presidensiil murni. Jika prinsip-prinsip sistem pemerintahan presidensiil termuat dalam Undang-undang Dasar 1945, konsekuensi adalah Presiden memiliki posisi yang secara relative sama antara lembaga Negara yang ada dalam UUD. Kemudian, sistem pemerintahan Presidensiil dapat diselenggarakan secara optimal dan secara efisien, karena masing-masing dari lembaga negara, khususnya Presiden dan DPR, bisa berfokus perhatian mereka untuk tugas-tugas dan fungsi mereka.

Kata Kunci : Rekonstruksi, Sistem Pemerintahan

Sulardi

Reconstruction of Presidential System Based on the 1945 Constitution Toward Pure Presidential System

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 9 No. 3

Indonesian governmental system is conducted based on 1945 Constitution. When varied constitutions were implemented in Indonesia in the past, the consequence is there were varied political systems. In 1999-2002, there were changes in 1945 Constitution. One of the objectives is to strengthen presidential system of government. It was expected that the amended Constitution could become the foundation of the good, effective, and efficient presidential system of government. In fact, the amended Constitution does not yet specified the characteristics of the presidential system of government, so there is awareness that a reconstruction into the presidential system of government is needed. Since 1945 independence until transition period, presidential system of government based on 1945 Constitution was conducted inconsistently because 1945 Constitution was arbitrarily interpreted by the presidents in their terms of office. Theoretically, there was a new concept on the presidential system of government, that is the pure presidential system of government. Practically, if the concept is included in 1945 Constitution, the consequence is that the president has relatively equal position among others state institutions. Then, the presidential system of government can effectively and efficiently run because each of state institutions, especially President and Parliament, can focus their attention to their tasks and duties.

Keyword: *Reconstruction, government system*

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

Bisariyadi, Anna Triningsih, Meyrinda Rahmawaty H, Alia Harumdani W

Komparasi Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu di Beberapa Negara
Penganut Paham Demokrasi Konstitusional

Jurnal Konstitusi Vol. 9 No. 3 hlm. 531-562

Di berbagai negara di dunia, apalagi di negara-negara yang sudah menerapkan kehidupan berbangsa dan bernegara yang demokratis, Pemilu merupakan salah satu unsur penting dalam penyelenggaraan demokrasi yang sekaligus juga memiliki fungsi praktis dari politik pemerintah sebagai sarana suksesi pihak yang memerintah dan pihak oposisi. Di negara-negara yang mempunyai kecenderungan menganut paham demokrasi konstitusional, proses pemilu bertujuan agar kehendak rakyat dapat diwujudkan ke dalam sebuah pola kekuasaan tanpa menggunakan kekerasan. Proses pemilu tidak hanya akan dinilai dengan berpatokan kepada kerangka hukum yang ada melainkan undang-undang, tata tertib pemilu dan pelaksanaannya pun perlu diuji dan disesuaikan apakah sudah sesuai dengan tujuan utamanya atau tidak tanpa mengabaikan hak-hak yang dimiliki oleh individu maupun kelompok.

Di dalam Proses penyelenggaraan pemilu, tidak selamanya proses penyelenggaraan pemilu berjalan dengan lancar. Berbagai hambatan dalam penyelenggaraan pemilu baik yang terjadi pada saat pemilu berlangsung maupun sebelumnya merupakan permasalahan yang tentunya akan berdampak luas jika tidak segera diselesaikan dengan baik. Adanya permasalahan dalam penyelenggaraan pemilu yang berkaitan dengan ketidakpuasan terhadap keputusan penyelenggara pemilu atau pelanggaran-pelanggaran pidana maupun administratif yang mempengaruhi hasil pemilu itulah yang lazim disebut dengan sengketa pemilu. Agar sengketa pemilu tersebut tidak mengganggu jalannya sistem ketatanegaraan atau sistem pemerintahan dari suatu negara atau wilayah tertentu, maka diperlukan suatu mekanisme penyelesaian sengketa pemilu yang efektif serta dapat memberikan keputusan yang adil bagi para pihak yang berkepentingan.

Permasalahannya adalah bagaimana tolok ukur dari suatu mekanisme penyelesaian sengketa pemilu yang efektif tersebut? Sebab, jika ditilik lebih lanjut dan berkaca pada negara-negara demokrasi di dunia, tidak semua negara-negara demokrasi terutama yang melandaskan hukumnya pada supremasi konstitusi, memiliki mekanisme penyelesaian sengketa pemilu yang sama antara negara yang satu dengan negara yang lain. Wawasan mengenai hal ini sangat penting gunanya, karena dengan mengetahui ukuran keefektifan suatu mekanisme penyelesaian sengketa pemilu, dapat menjadi bahan pertimbangan dalam pemilihan mekanisme penanganan suatu sengketa pemilu yang tepat guna, tepat sasaran serta memberikan keadilan bagi para pihak yang berkepentingan dan masyarakat pada umumnya.

Kata Kunci : Penyelesaian Sengketa Pemilu, Negara Demokrasi Konstitusional

Bisariyadi, Anna Triningsih, Meyrinda Rahmawaty H, Alia Harumdani W

Comparison of the Mechanism of Election Dispute Settlement in Several Democratic Constitutional States

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 9 No. 3

Every country in the world, moreover in every country which has implemented the way of life of democratic and nation, presume that election is one of the important element as a marker of democracy of the country and also has a practical function of government political as a succession's tool between the government parties and the opposition parties. In every democratic constitutional state, the election process has a purpose to embody will of the people into pattern of power without violence.

The election process will not only be assessed by sticking to the existing legal framework but the laws, codes of conduct of the election and its implementation needs to be tested and adjusted if it is in accordance with its primary purpose or not without ignoring the rights of individuals or people. In the process of the general election, the election process does not always run smoothly. Various obstacles in the implementation of good elections that occurred both during and previous election, is a problem that certainly would have widely spread impact if not immediately resolved. The existence of problems in the election related to dissatisfaction of decision of the election or criminal violations and administrative which can influence the result of election is commonly known by electoral disputes. In order the election dispute does not disturb the constitutional system or system of government of a country or region, it requires an electoral dispute resolution mechanisms that effective and can give a fair decision to the parties.

The main problem is how the benchmark of an electoral dispute resolution mechanisms that are effective? Because, if traced further and reflect on democracies country in the world, not all democracies country, especially the democracies country which basing on the supremacy of the constitution, has the same electoral dispute resolution mechanisms between one country to another country. This is very important, because by knowing the measure or the benchmark of the effectiveness of an electoral dispute resolution mechanisms, we can consider to choose which electoral dispute resolution mechanisms that appropriate and give the fairness to the parties and society in general.

Keywords : *Dispute Settlement Elections, State Constitutional Democracy*

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

Slamet Kurnia Titon

Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-undang

Jurnal Konstitusi Vol. 9 No. 3 hlm. 563-582

Artikel ini berpendapat bahwa argumen substantif untuk memberikan justifikasi bagi pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah konsep negara berbasis hak dan konsep konstitusi berbasis hak. Pengujian konstitusionalitas undang-undang didasari oleh pemikiran bahwa HAM memiliki kedudukan superior terhadap badan legislatif. Dalam menjalankan kekuasaan untuk membentuk undang-undang maka badan legislatif harus menghormati HAM. Dengan argumen demikian maka penulis menolak argumen hirarki peraturan perundang-undangan sebagai justifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang karena argumen ini sulit diberlakukan bagi Inggris dan Israel yang tidak memiliki konstitusi formal atau undang-undang dasar.

Kata-kata Kunci: Justifikasi Substantif; Pengujian Konstitusionalitas Undang-undang

Slamet Kurnia Titon

The Concept of Right-Based State as Justifying Argument in Constitutionality Review of Law.

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 9 No. 3

This article argues that the concept of right-based State and right-based constitution are substantively the basis or justification for constitutional review of legislation or laws. The constitutionality of laws is determined by the idea that human rights are supreme or superior over the legislature and its legal product. Therefore, the legislature should respect human rights in law-making. This article also rejects the view that hierarchy of laws is the only basis for constitutional review of legislation or laws because this view only explains it formally. This argument cannot be applied to Britain or Israel which does not have a formal constitution.

Key Words: *Substantive Justification; Constitutionality of Laws*

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

Elwi Danil

Konstitusionalitas Penerapan Hukum Adat dalam Penyelesaian Perkara Pidana

Jurnal Konstitusi Vol. 9 No. 3 hlm. 583-596

Indonesia merupakan negara majemuk dengan keanekaragaman di dalamnya. Sebagai negara yang menerapkan positivistik dalam perspektif hukum, Indonesia menerapkan kodifikasi hukum yang memiliki adagium paling populer: kepastian hukum. Adagium itu dapat mereduksi hukum adat yang diyakini oleh masyarakat adat. Artikel ini mengupas tentang kemungkinan penerapan hukum pidana dalam sudut pandang hukum adat di tengah kemajemukan budaya Indonesia.

Kata kunci: Masyarakat Adat, Hukum Adat, Hukum Pidana

Elwi Danil

The Constitutionality of Traditional Law Application in The Settlement of Criminal Cases

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 9 No. 3

Indonesia is a plural country with a lot of diversities in it. As a country that embracing positivistic in law perspective, Indonesia is applying the codification of law that has most popular maxim: the certainty of law. That maxim can reduce traditional law that believed by indigenous people. This paper talks about possibility of criminal law in traditional law perspective in Indonesian plural culture.

Key words: *Indigeous people, traditional law, criminal law*

Memaknai Kecenderungan Penyelesaian Konflik Batas Wilayah Ke Mahkamah Konstitusi

Fajar Laksono Soeroso

Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi
Informasi dan Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta,
E-mail: fajarlaksono@yahoo.com

Naskah diterima: 24/7/2012 revisi: 30/07/2012 disetujui: 02/08/2012

Abstrak

Adanya kecenderungan penyelesaian konflik batas wilayah di Mahkamah Konstitusi (MK) sangat menarik dikaji. Dalam analisis tulisan ini, ditemukan 3 (tiga) hal menarik yakni putusan MA tidak menyelesaikan masalah tetapi justru memunculkan masalah baru, adanya preseden putusan MK dapat “menganulir” putusan MA, dan proses persidangan MK dirasakan lebih *fair* dan terbuka. Dari kecenderungan tersebut muncul celah hukum baru, yakni pihak-pihak yang menjadi *adressat* putusan MA mendapat ruang untuk tidak menjalankan putusan MA. Celah hukum ini seolah membenarkan terjadinya tindakan melawan hukum, mengingat putusan MA memiliki kekuatan mengikat dan harus dilaksanakan. Kecenderungan ini bukanlah soal rivalitas antara MA dan MK, melainkan soal bagaimana lembaga peradilan menyuguhkan proses peradilan yang terpercaya dan diyakini oleh para pencari keadilan sehingga putusannya menyelesaikan masalah dan dilaksanakan.

Kata Kunci: Kecenderungan, penyelesaian konflik batas wilayah, Mahkamah Konstitusi

Abstract

The trend of border conflict resolution to the Constitutional Court is interesting to analyzed. This analysis founded three interesting things that the Supreme Court decision did not resolve the problem but it raises a new problem, the precedent decision of the Constitutional Court may cancelling the Supreme Court decision, and the trial process in Constitutional Court felt more fair and openness. From its trend emerging of new legal loophole, which the parties became adressat Supreme Court decision not run a Supreme Court decision. This legal loophole seemed to justify the unlawful acts because the Supreme Court decision has binding and should be implemented. This trend is not a question of rivalry between the Supreme Court and Constitutional Court, but rather about how the judiciary presents a reliable judicial process and is believed by the justice seekers so that decisions can resolve the problem and implemented.

Keyword: *The trend, border conflict resolution, Constitutional Court*

PENDAHULUAN

Konflik batas wilayah dan rebutan pulau merupakan fenomena baru yang terjadi seiring dengan maraknya pemekaran wilayah pasca berlakunya kebijakan otonomi daerah pada 1999. Pasal 5 UU Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah membuka peluang bagi daerah untuk membentuk atau memekarkan daerah. Peluang tersebut dibuka sebagai upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat. Namun dalam implementasinya, persoalan-persoalan baru bermunculan, baik persoalan politik, sosial, budaya, termasuk batas wilayah. Dalam perkembangannya, konflik batas wilayah mengemuka menjadi persoalan serius karena terkait dengan integrasi Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Konflik batas wilayah terjadi terutama di daerah-daerah yang memiliki nilai ekonomi tinggi.

Jika diidentifikasi, banyak faktor yang menyebabkan konflik batas wilayah terjadi. Sebagian diantaranya terjadi lebih dikarenakan oleh ketidakjelasan batas-batas daerah yang dibiarkan begitu saja dalam kurun waktu yang relatif lama dan tidak pernah menimbulkan persoalan. Namun, seiring dengan otonomi daerah, batas wilayah mulai dipersoalkan. Berlakunya UU Nomor 33 Tahun 2004 tentang Pembagian Keuangan Antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah yang

mengamanatkan adanya dana bagi hasil dari sumber daya alam¹ membuat batas wilayah yang jelas sangat penting. Dengan batas wilayah yang jelas, sumber daya alam dapat dipastikan secara jelas masuk ke wilayah administrasi daerah yang mana. Untuk itulah kemudian, penegasan batas daerah menjadi sangat penting dan krusial karena akan memberikan kejelasan batas-batas kewenangan suatu pemerintahan daerah secara pasti.²

Sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan, penetapan batas antar daerah merupakan kewenangan Mendagri.³ Penegasan batas daerah selama ini berpedoman pada Peraturan Menteri Dalam Negeri (Permendagri) Nomor 1 Tahun 2006 tentang Pedoman Penegasan Batas Daerah. Proses untuk menetapkan batas daerah tidak selalu dapat dilakukan dengan mudah. Di beberapa daerah dengan kondisi topografi berbukit, pegunungan, dan rawa, penegasan batas daerah secara ideal sulit dilakukan. Belum lagi penentuan batas di laut yang juga cukup rumit. Dalam Pasal 1 ayat (6) Permendagri Nomor 1 Tahun 2006 disebutkan bahwa batas daerah di laut adalah pemisah antara daerah yang berbatasan berupa garis khayal (imajiner) di laut dan daftar koordinat di peta yang implementasinya merupakan batas kewenangan pengelolaan sumber daya di laut.

Berbeda dengan di daratan, batas wilayah laut mengandung persoalan yang lebih kompleks sebab laut tidak dapat dikavling-kavling atau dipasang patok batas pemisah sebagaimana di darat. Bentuk batas wilayah di laut ditentukan dengan titik koordinat yang jelas sebagai garis khayal. Konflik rentan terjadi karena ketidakjelasan titik koordinat dan batas wilayah dalam peta yang menjadi lampiran UU pembentukan daerah. Menurut Sumaryo Joyosumarto, legalitas sebuah peta harus dilihat dari beberapa hal, diantaranya memiliki skala, titik koordinat, dan menyebutkan sumber datanya. Apabila sebuah peta tidak memiliki kejelasan titik koordinat dan batasannya, akan timbul konflik batas wilayah⁴, yang menimbulkan adanya saling klaim kepemilikan atas wilayah tertentu.

Dari beberapa konflik yang pernah terjadi, beberapa konflik telah dituntaskan, sementara sebagian lainnya masih dalam proses penyelesaian. Contoh konflik yang telah dituntaskan antara lain konflik batas wilayah yang berimbas pada konflik

¹ Baik dari sektor kehutanan, pertambangan umum, perikanan, pertambangan minyak bumi, pertambangan gas bumi, dan pertambangan panas bumi

² Siti R. Zuhro, *Pokok-Pokok Penyelenggaraan Pemerintahan Umum*, (Jakarta: Ditjen Pemerintahan Umum, Depdagri, 2004), hal. 62.

³ Kewenangan ini biasanya tercantum dalam ketentuan yang terdapat di setiap UU mengenai pembentukan suatu daerah yang menyatakan bahwa penentuan batas wilayah secara pasti di lapangan ditetapkan oleh Mendagri. Ketentuan tersebut mengimplikasikan bahwa Mendagri memiliki kewajiban untuk melakukan penegasan batas daerah, bahkan tanpa harus menunggu usulan dari pemerintah daerah yang bersangkutan setelah terbitnya suatu UU mengenai pembentukan daerah.

⁴ Pendapat itu disampaikan oleh Dosen Teknik Geodesi Universitas Gadjah Mada, Sumaryo Joyosumarto, saat memberi keterangan sebagai ahli dalam sidang pengujian Pasal 5 ayat (1) huruf c UU Pembentukan Kabupaten Lingga, Rabu, 27 Juni 2012.

kepemilikan Pulau Segama di pantai timur Lampung⁵ dan Pulau Bongkil di Laut Sulawesi.⁶ Sementara, Pulau Lereklerekan atau Pulau Lari-lariang⁷ sampai sekarang masih menjadi obyek sengketa antara Pemprov Kalimantan Selatan (Kalsel) dan Pemprov Sulawesi Barat (Sulbar).⁸ Di Selat Berhala, saling klaim kepemilikan atas Pulau Berhala antara Pemprov Kepulauan Riau (Kepri) dan Pemprov Jambi berlangsung sejak 1986 sampai sekarang. Demikian pula, Provinsi Kepulauan Bangka Belitung (Babel) dan Provinsi Kepri terlibat perebutan gugusan Pulau Tujuh.

Dari fenomena konflik batas wilayah dan saling klaim kepemilikan pulau yang terjadi, terdapat fenomena yang menarik untuk dikaji yakni adanya kecenderungan untuk menyelesaikan konflik tersebut ke MK. Kecenderungan penyelesaian konflik batas wilayah ke MK dapat dilihat dari keinginan para pihak untuk menyelesaikan konflik ke MK. Pada kasus saling klaim kepemilikan Pulau Berhala antara Pemprov Jambi dengan Pemprov Kepulauan Riau, Pemprov Jambi secara resmi telah mengajukan permohonan ke MK.⁹ Secara keseluruhan, terdapat 4 (empat) perkara yang berkaitan dengan konflik batas wilayah dan kepemilikan Pulau Berhala yang diregistrasi MK.¹⁰ Hal serupa tampak juga dalam konflik kepemilikan Pulau Lereklerekan antara Pemprov Kalsel dan Pemprov Sulbar. Meskipun belum secara resmi mengajukan ke MK tetapi sinyalemennya sangat kuat. Merespon putusan MA Nomor 1P/HUM/2012¹¹, Pemprov Sulbar berencana melakukan 'perlawanan' dengan mengajukan permohonan uji materi UU ke MK.¹² Pemprov

⁵ Pulau Segama yang terletak 30 mil dari pantai timur Lampung sempat diklaim oleh Pemerintah Provinsi (Pemprov) Banten dan Pemprov Lampung. Kasus tersebut selesai pada tahun 2001 setelah pertemuan pembahasan batas wilayah antara kedua pihak yang difasilitasi Departemen Dalam Negeri. Dalam pertemuan tersebut Pulau Segama ditetapkan sebagai bagian wilayah Kabupaten Lampung Timur, Provinsi Lampung. *Radar Lampung*, 7 Maret 2009 diakses pada. Pada 2001 dan *Forum Keadilan Online*, No. 44 Tahun XX/6-11 Maret 2012, <http://www.forumkeadilan.com/fokus.php?id=233> diakses 4 Juni 2012.

⁶ Pulau Bongkil di Laut Sulawesi menjadi rebutan Pemprov Sulawesi Utara (Sulut) dan Pemprov Gorontalo. Konflik tersebut tuntas pasca turunnya SK Kementerian Dalam Negeri (Kemendagri) Nomor 125.1/2144/PUM yang menetapkan Pulau Bongkil masuk wilayah Provinsi Sulut dalam wilayah administrasi Kabupaten Bolaang Mongondow Utara, dalam "*Depdagri: Pulau Bongkil Masuk Wilayah Sulut*", *Sulut Online*, <http://sulutonline.com/berita/48-depdagri-pulau-bongkil-masuk-wilayah-sulut.html> diakses 1 Juli 2012.

⁷ Orang Makassar menyebut pulau ini Pulau Lereklerekan, sementara orang Kalimantan menyebutnya Pulau Lari-lariang.

⁸ Pemprov Kalsel mengklaim Pulau Lereklerekan merupakan bagian wilayah Kecamatan Pulau Sebuku, Kabupaten Kotabaru. Sementara, Pemprov Sulbar mengklaim Pulau Lereklerekan secara yuridis formal dan historis telah sejak lama merupakan bagian wilayah Kabupaten Majene.

⁹ Dalam sengketa kepemilikan Pulau Berhala, drama memanas pasca terbitnya Permendagri Nomor 44 Tahun 2011 tentang Wilayah Administrasi Pulau Berhala Keberatan dengan Permendagri tersebut, Pemprov Kepri mengajukan uji materiil ke MA. Hasilnya, melalui putusan perkara Nomor 49P/HUM/2011, MA menyatakan batal demi hukum (*nietig van recht swege*) Permendagri tersebut. Kasus benar-benar dialihkan ke MK

¹⁰ Keempat perkara tersebut ialah (1). Perkara 32/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 31 Tahun 2003 tentang Pembentukan Kabupaten Lingga, Provinsi Kepulauan Riau ke MK, (2). Perkara nomor 47/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 54 Tahun 1999 tentang Pembentukan Kabupaten Sarolangun, Kabupaten Tebo, Kabupaten Muaro Jambi, dan Kabupaten Tanjung Jabung Timur [Pasal 9 ayat (4) huruf a], (3). Perkara nomor 48/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 25 Tahun 2002 tentang Pembentukan Provinsi Kepulauan Riau [Pasal 3], dan (4). Perkara Nomor 62/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 25 Tahun 2002 tentang Pembentukan Provinsi Kepulauan Riau [Penjelasan Pasal 3]), sebagaimana dikutip dari <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Persidangan.PerkaraRegistrasi&id=6&aw=1&ak=11&kat=1>, diakses pada 1 Juli 2012.

¹¹ Putusan ini membatalkan Permendagri Nomor 43 Tahun 2011 tentang Wilayah Administrasi Pulau Lereklerekan dengan menyatakan Pulau Lereklerekan merupakan wilayah Kabupaten Majene, Provinsi Sulbar.

¹² *Pemprov Sulbar Bawa Sengketa Lereklerekan ke MK*, 3 Juli 2012, sebagaimana dikutip dan diunduh dari <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Berita.Berita&id=7189>, diunduh 5 Juli 2012. MA menyatakan Permendagri Nomor 43 Tahun 2011 bertentangan dengan

Kepulauan Babel berencana mengajukan permohonan pengujian UU Nomor 27 Tahun 2000 tentang Pembentukan Provinsi Kepulauan Babel dan UU Nomor 31 Tahun 2003 tentang Pembentukan Kabupaten Lingga, Kepulauan Riau, untuk segera menuntaskan sengketa kepemilikan Pulau Tujuh.¹³ Berdasarkan uraian tersebut, adanya kecenderungan untuk menyelesaikan konflik batas wilayah ke MK merupakan fenomena hukum yang menarik dikaji dan dikemukakan.

PEMBAHASAN

Dalam kamus Bahasa Indonesia, kata “cenderung” salah satunya bermakna “menaruh minat kepada” atau “suka (ingin) akan”.¹⁴ Sementara “kecenderungan” diberi arti sebagai “kecondongan (hati), kesudian, atau keinginan (kesukaan) akan”.¹⁵ Soerjono Soekanto memaknai kecenderungan sebagai suatu dorongan yang muncul dalam diri individu secara *inheren* menuju suatu arah tertentu, untuk menunjukkan suka atau tidak. Dalam konteks psikologi, Soedarsono mendefinisikan kecenderungan sebagai hasrat atau keinginan yang selalu timbul berulang-ulang.¹⁶ Dari makna-makna yang demikian, secara umum, dapat dikatakan bahwa kecenderungan merupakan suatu pola sikap yang berwujud pada keinginan yang mengarah pada suatu objek tertentu. Merujuk pada definisi di atas maka dalam konteks tulisan ini, kecenderungan diartikan sebagai adanya dorongan dan keinginan kuat yang terpola dari pihak-pihak yang terlibat dalam konflik batas wilayah untuk mengarahkan penyelesaian konflik yang sedang dialami melalui mekanisme hukum di ranah MK.

Sebelum menjawab pertanyaan yang telah dikemukakan, penting dikemukakan terlebih dahulu mengenai penyebab munculnya konflik batas wilayah. Pada hakekatnya, konflik tercipta dari kompetisi memperebutkan akses terhadap otoritas (kekuasaan) dan sumber ekonomi/kemakmuran dari aktor-aktor yang berkepentingan.¹⁷ Suatu daerah akan segera bereaksi mempertahankan sumber-sumber yang dimiliki, terlebih lagi yang dapat meningkatkan pendapatan daerah. Perasaan semacam ini pulalah yang menyebabkan daerah rentan disulut konflik.¹⁸

UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, UU Nomor 29 Tahun 1959 tentang Pembentukan Daerah Tingkat II di Sulawesi, UU Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, dan UU Nomor 26 Tahun 2004 tentang Pembentukan Provinsi Sulawesi Barat.

¹³ *Babel Bawa Pulau Tujuh ke MK*, RadarBangkaOnline, <http://www.radarbangka.co.id>, diunduh 5 Juli 2012.

¹⁴ *Kamus Bahasa Online*, <http://kamusbahasaIndonesia.org>

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Sudarsono, *Kenakalan Remaja*, Edisi Kedua, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1991), hal. 73.

¹⁷ Syamsul Hadi, et.al., *Disintegrasi Pasca Orde Baru: Negara, Konflik lokal dan Dinamika Internasional*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2007), hal. 272

¹⁸ Zuhro, Siti R, et.al., *Konflik dan Kerjasama Antar Daerah: Studi Pengelolaan Hubungan Kewenangan Daerah dan Antar Daerah di Jawa Timur, Bangka, Belitung, dan Kalimantan Timur*, (Jakarta: Pusat Penelitian Politik-LIPI, 2004), hal. 163.

Pada tataran tertentu, munculnya konflik atau benturan kepentingan antardaerah, pada dasarnya merupakan refleksi dari kesalahpahaman, kegamangan, dan egoisme daerah dalam melaksanakan otonomi.¹⁹

Dalam penelitiannya, Nurbadri mengemukakan 4 (empat) model penyebab konflik batas wilayah, yakni (1). perbedaan persepsi mengenai peraturan perundang-undangan, (2). perbedaan luas wilayah, (3). perebutan aset sumber daya, dan (4). potensi daerah pemilihan atau potensi suara dalam pemilihan umum.²⁰ Lebih lanjut menurut Nurbadri, upaya penyelesaian konflik batas wilayah dapat dilakukan dengan dua pendekatan yaitu pendekatan hukum dan pendekatan non hukum. Dalam pendekatan hukum terdapat alternatif-alternatif sebagai berikut, yaitu:²¹

1. Penyelesaian dengan UU otonomi daerah;
Penyelesaian ini didasarkan pada UU Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang menyatakan bahwa penyelesaian perselisihan antar daerah dapat diselesaikan oleh Gubernur atau Menteri Dalam Negeri yang keputusannya bersifat final.
2. Pembentukan UU baru;
Penyelesaian ini bersifat komprehensif dengan menampung semua persoalan perselisihan dalam satu peraturan perundang-undangan yang dapat dijadikan acuan semua daerah.
3. Penyelesaian melalui MK
Penyelesaian ini merupakan alternatif bagi daerah yang merasa diperlakukan tidak adil oleh lahirnya suatu UU yang menurut daerah tersebut bertentangan dengan UUD 1945.

Selain pendekatan hukum, dapat pula ditempuh pendekatan non hukum yang dapat dilakukan melalui penyelesaian musyawarah, kerjasama antara daerah sebagaimana ditentukan Pasal 105 UU No. 32 Tahun 2004, dan melakukan pendekatan sosial budaya.²²

Merujuk pada alternatif penyelesaian konflik tersebut, pilihan untuk menyelesaikan konflik ke MK cenderung mengedepan. Apabila ditelaah, fenomena

¹⁹ Dwiyanto, Agus, et.al, 2003, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, (Yogyakarta: Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan UGM), hal. 61.

²⁰ Nurbadri, *Konflik Batas Wilayah di Otonomi Daerah, Studi Kasus Konflik Batas Wilayah Antara Kabupaten Tebo dengan Kabupaten Bungo*, Jurnal MMH Jilid 37 Nomor 4 Tahun 2008, hal. 271. Diakses dari <http://isjd.pdii.lipi.go.id/admin/jurnal/37408266272.pdf>, pada 31 Juni 2012

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

yang terjadi di tengah kecenderungan mengarahkan penyelesaian konflik batas wilayah ke ranah MK sangat problematik sehingga menarik didalami. Pertama, dalam kasus Pulau Berhala dan Pulau Lereklerekan, keinginan menyelesaikan konflik batas wilayah ke MK dilakukan setelah adanya putusan MA dalam perkara uji materiil Permendagri. Hal ini problematik mengingat putusan MA dalam perkara tersebut ditentukan tidak dapat ditempuh upaya hukum lain. Pertanyaannya, mungkinkah pengalihan penyelesaian konflik ke MK menjadi jalan bagi adanya upaya hukum lain? Kedua, mengingat MK memiliki kewenangan menguji UU, maka alasan yang digunakan untuk melatari keinginan menyelesaikan konflik ke MK ialah adanya persoalan dalam UU atau dugaan adanya benturan antar UU, yaitu UU mengenai pembentukan daerah. UU Pembentukan Daerah mulai menjadi salah satu sumber persoalan pada saat dilaksanakan kegiatan penegasan batas daerah, dalam hal ini UU Pembentukan Daerah diposisikan sebagai pedoman. Ketidakpastian UU Pembentukan Daerah tersebut dalam menentukan batas-batas daerah (cakupan wilayah) daerah yang dibentuk, pada perkembangannya menyebabkan masing-masing pihak (daerah) mencari-cari referensi lain ketika menyelesaikan permasalahan batas daerah. Pada akhirnya referensi yang berbeda tersebut menyebabkan ketidaksepahaman antardaerah dalam menentukan titik-titik batas selanjutnya.²³ Pertanyaan yang timbul, MK hanya berwenang menguji UU terhadap UUD sehingga soal implementasi maupun benturan antar UU jelas bukanlah yurisdiksi MK. Lantas, mungkinkah penyelesaian konflik batas wilayah hanya sekedar menjadi ajang 'coba-coba' bagi daerah-daerah yang dirugikan oleh putusan MA?

Analisis dalam tulisan ini lebih menekankan pada kecenderungan para pihak untuk menyelesaikan konflik ke MK setelah adanya putusan MA, sebagaimana yang terjadi dalam konflik kepemilikan Pulau Berhala. Selain karena perkaranya telah diajukan di MK, langkah semacam ini akan menjadi preseden yang sangat mungkin diikuti daerah-daerah lain yang mengalami konflik serupa di masa mendatang.

1. Pemicu Munculnya Kecenderungan Penyelesaian Konflik Batas ke MK

Sekurang-kurangnya terdapat 3 (tiga) hal menarik yang patut dikemukakan di tengah kecenderungan penyelesaian konflik batas ke MK, yaitu:

²³ Nanang Kristiyono, *Konflik dalam Penegasan Batas Daerah antara Kota Magelang dengan Kabupaten Magelang (Analisis terhadap Faktor-Faktor Penyebab dan Dampaknya)*, Semarang: Tesis Program Studi Magister Ilmu Politik Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro Semarang, 2008), hal. 75.

a. Putusan MA Tidak Menyelesaikan Masalah tetapi Justru Menimbulkan Masalah Baru

Pada kasus saling klaim kepemilikan Pulau Berhala (dan potensial terjadi dalam kasus Pulau Lereklerekan), putusan MA dipandang tidak mampu menyelesaikan permasalahan dan justru menimbulkan masalah baru. Padahal, dalam berbagai teori dalam ilmu hukum dikatakan, selain memuat kepastian hukum, putusan pengadilan akan dirasakan sebagai putusan yang baik manakala putusan tersebut mampu menyelesaikan masalah.²⁴ Sebab, pada hakekatnya, putusan pengadilan yang merupakan ujung dari proses peradilan selalu ditujukan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau sengketa antara para pihak. Jika pada akhirnya putusan tidak menyelesaikan persoalan dan justru menimbulkan masalah baru, maka bolehlah kemudian mengatakan putusan itu bukanlah putusan yang baik.

Menurut Bagir Manan, putusan yang mampu menyelesaikan masalah biasanya dianut oleh hakim-hakim yang *social oriented*. Penekanan orientasi sosial semacam ini dapat merugikan kepentingan pencari keadilan karena selain menimbulkan ketidakpastian, juga membuat hakim sangat subyektif dan tidak konstisten. Secara tersirat, Bagir Manan mengatakan bahwa putusan yang bertanggungjawab adalah putusan yang baik. Putusan yang bertanggungjawab ialah putusan yang mempunyai tumpuan-tumpuan konsep yang kuat, dasar hukum yang kuat, alasan dan pertimbangan baik hukum maupun non hukum yang kuat. Orang boleh mengatakan puas dan tidak puas terhadap putusan. Begitu pula, orang boleh menilai putusan mampu menyelesaikan atau tidak menyelesaikan masalah, namun tidak ada yang dapat menyalahkan karena putusan dibuat atas dasar konsep, dasar hukum, dan pertimbangan yang kuat.²⁵

Terkait dengan putusan MA dalam perkara permohonan hak uji materiil terhadap Permendagri, terutama dalam konteks Pulau Berhala, belum dapat dikategorikan sebagai putusan yang baik, karena tidak menyelesaikan konflik. Menurut Pruitt dan Rubin, konflik terjadi ketika tidak terlihat adanya alternatif yang dapat memuaskan aspirasi kedua belah pihak dan lebih jauh

²⁴ Hal ini sebagaimana yang disampaikan oleh Hakim Konstitusi Dr. Ahmad Fadli Sumadi, S.H., M.Hum. pada saat menyampaikan materi "Anatomi Putusan" pada Diklat Penyusunan *Draft Legal Opinion* dan Yurisprudensi bagi Pegawai di Lingkungan Mahkamah Konstitusi, yang diselenggarakan oleh Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi pada Minggu, 17 Juli 2012.

²⁵ Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, (Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009), hal 189-191.

masing-masing pihak memiliki alasan untuk percaya bahwa mereka mampu mendapatkan sebuah objek bernilai untuk diri mereka sendiri atau mereka percaya bahwa mereka berhak memiliki obyek tersebut.²⁶ Putusan MA tidak menyajikan alternatif yang memuaskan bagi kedua belah pihak, sehingga konflik berlanjut.

Di samping itu, putusan MA malah menimbulkan masalah baru. Ketiga hal berikut cukup memperlihatkan timbulnya masalah baru tersebut. *Pertama*, adanya penolakan sangat kuat terhadap putusan MA tersebut. Pro kontra atas putusan merupakan hal wajar. Tidak ada putusan pengadilan yang tidak menimbulkan kontroversi. Dalam kasus sengketa Pulau Berhala. Pasca putusan MA, Pemprov Jambi tidak menyurutkan langkah dalam upaya memperjuangkan kembali Pulau Berhala sebagai bagian dari wilayahnya. Dari kedua kasus tersebut, dapat diartikan putusan tersebut belum menyelesaikan masalah. Demikian pula yang terjadi dengan putusan MA dalam perkara Pulau Lereklerekan. Seluruh elemen masyarakat Sulbar dengan tegas menyatakan sikap menolak putusan MA tersebut serta akan melakukan segala upaya perlawanan untuk mempertahankan Pulau Lereklerekan tetap berada dalam wilayah administrasi Kabupaten Majene.²⁷

Kedua, putusan MA membatalkan Permendagri dilematis. MA hanya memiliki kewenangan menguji materiil, dalam kasus ini membatalkan Permendagri tetapi tidak memiliki kewenangan menetapkan masuk ke wilayah provinsi mana pulau yang sedang disengketakan itu. Menurut Pasal 6 PERMA No. 1 Tahun 2011, dalam hal MA mengabulkan permohonan, maka dalam putusannya MA hanya dapat menyatakan bahwa peraturan perundang-undangan yang dimohonkan tidak sah dan tidak berlaku untuk umum. Manakala MA ikut menetapkan, hal itu justru *ultra petita*. Hal demikian mengakibatkan pulau yang disengketakan menjadi pulau yang tidak bertuan atau *status quo*. Hal ini menjadi problem tersendiri, salah satu masalah yang potensial muncul misalnya ketika terjadi bencana atau hal-hal lain yang merugikan penduduk pulau tersebut. Karena daerah tersebut tidak bertuan, tidak ada pihak yang dapat dimintai pertanggungjawaban untuk mengelola tindakan penanganan bencana atau mengatasi masalah tersebut.

²⁶ Dean G. Pruitt & Jeffrey Z Rubin, *Teori Konflik Sosial (terjemahan)*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), hal. 26.

²⁷ "Mahkamah Agung Lampau Kewenangan Kemendagri", *Radar Sulbar*, 25 Mei 2012, <http://www.radar-sulbar.com/nasional/mahkamah-agung-lampau-kewenangan-mendagri/> diakses 5 Juli 2012.

Ketiga, merespon putusan MA, Kemendagri berencana mengajukan gugatan sengketa kewenangan antar lembaga negara (SKLN) di MK. Kemendagri mempertanyakan putusan MA yang mengabulkan gugatan Pemprov Kalsel atas Permendagri Nomor 43 Tahun 2011. Menurut Kemendagri, selain membatalkan Permendagri tentang kepemilikan Pulau Lerek-lerekang, MA juga menetapkan bahwa pulau itu masuk ke dalam wilayah administrasi Kabupaten Kotabaru, Provinsi Kalsel. Dalam pertimbangannya, MA menyatakan bahwa berdasarkan dokumen dan fakta yang ada pulau Larilarian sudah lebih dahulu dikelola dan dikuasai Pemda Kab. Kotabaru, Provinsi Kalsel, karena dari bukti yang ada, Pulau Larilarian termasuk wilayah Borneo.²⁸ Hal tersebut menurut Kemendagri dinilai telah mengambil hak atau melampaui kewenangan Kemendagri tentang penetapan batas wilayah antara provinsi di Indonesia.²⁹

b. Ada Preseden Putusan MK dapat “menganulir” Putusan MA

Dalam putusan perkara uji materiil selalu dinyatakan bahwa MA memeriksa dan mengadili perkara permohonan hak uji materiil terhadap suatu peraturan perundang-undangan pada tingkat pertama dan terakhir. Frasa “pertama dan terakhir” diartikan bahwa terhadap putusan MA tersebut tidak dapat dilakukan upaya hukum lain, seperti banding dan kasasi. Lebih tegas lagi, dalam Pasal 9 PERMA Nomor 1 Tahun 2004 dinyatakan “*Terhadap Putusan mengenai permohonan keberatan tidak dapat diajukan peninjauan kembali*”.

Namun demikian, di dalam praktiknya, ada kesan yang ditunjukkan para pihak yang terlibat konflik bahwa kecenderungan mengalihkan kasus ke MK menjadi semacam upaya hukum lain bagi putusan MA. Dengan kata lain, dengan menyelesaikan konflik ke MK, para pihak berharap putusan MA dapat dikalahkan. Di satu sisi, hal tersebut terkesan mengacaukan sistem hukum dan ketatanegaraan. Kalau kemudian putusan MK dapat menganulir putusan MA, berarti kedudukan MK lebih tinggi dari MA. Padahal dalam struktur ketatanegaraan berdasarkan UUD 1945, MA dan MK ditentukan sebagai pelaku kekuasaan kehakiman yang kedudukannya sejajar. Karena itulah, secara hukum, putusan kedua lembaga tersebut pun sejajar, meskipun untuk fungsi dan ranah kewenangan yang berbeda. Pada prinsipnya, putusan MK

²⁸ Putusan MA No. 01 P/HUM/2012, hal. 57.

²⁹ “Mahkamah Agung Lampau Kewenangan Kemendagri”, Radar Sulbar, 25 Mei 2012, <http://www.radar-sulbar.com/nasional/mahkamah-agung-lampau-kewenangan-mendagri/> diakses 5 Juli 2012.

memang tidak dapat membatalkan putusan MA. Namun di dalam praktiknya, hal tersebut bukan mustahil terjadi yakni manakala UU yang dijadikan batu uji oleh MA dalam memutus permohonan hak uji materiil 'dibatalkan' MK, maka gugurlah putusan MA tersebut.

Hal semacam itu pernah ada presedennya yakni ketika MK dalam Putusan Nomor 110,111,112,113/PUU-VII/2009 memutus Pasal 205 ayat (4) dan Pasal 212 ayat (3) UU Nomor 10 tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota. MK memutus pasal yang terkait dengan mekanisme hukum dalam perhitungan kursi tahap II itu adalah konstitusional bersyarat. Putusan MK tersebut mementahkan Putusan MA Nomor 15 P/HUM/2009 yang menyatakan Pasal 22 huruf c dan Pasal 23 ayat (1) dan (3) Peraturan Komisi Pemilihan Umum (KPU) Nomor 15 Tahun 2009 tentang Pedoman Teknis Penetapan dan Pengumpulan Hasil Pemilihan Umum, Tatacara Penetapan Perolehan Kursi, Penetapan Calon Terpilih dan Penggantian Calon Terpilih dalam Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota Tahun 2009 tidak mempunyai kekuatan hukum karena bertentangan dengan UU Nomor 10 Tahun 2008. Mengingat ketentuan UU Nomor 10 tahun 2008 yang dijadikan batu uji MA dinyatakan konstitusional bersyarat, atau konstitusional sepanjang ditafsirkan sesuai ketentuan yang ditetapkan MK, berbeda dengan tafsiran MA, maka putusan MA menjadi tidak bermakna lagi. Terjadilah praktik dimana putusan MK seolah-olah 'menganulir' putusan MA.

Putusan itulah yang menjadi preseden sekaligus alasan pihak-pihak yang terlibat dalam konflik batas wilayah, dalam hal ini saling klaim kepemilikan pulau. Harapannya, MK akan memutus permohonan perkara pengujian UU dengan membatalkan UU yang dijadikan batu uji MA dalam melakukan uji materiil Permendagri atau setidaknya tidaknya menafsirkan berbeda dengan tafsiran MA. Dengan demikian, putusan MA otomatis akan kehilangan legalitas, karena UU yang menjadi batu ujinya dibatalkan atau setidaknya dimaknai berbeda oleh MK sehingga putusan MK dapat menganulir putusan MA dalam uji materi Permendagri.

c. Proses Persidangan MK Dirasakan Lebih *Fair* dan Terbuka

Terkait dengan proses peradilan, terutama dalam perkara *judicial review*, ada anggapan bahwa proses peradilan di MK lebih *fair* dan terbuka. Hal ini dapat dimengerti mengingat seluruh proses persidangan di MK, terutama

dalam perkara pengujian UU di MK ditentukan terbuka untuk umum, kecuali Rapat Permusyawaratan Hakim. Dalam praktiknya, MK sejak awal menerapkan asas *audi et alteram partem*.³⁰ Di dalam hukum acara MK, asas ini tidak tegas dicantumkan. Namun pada dasarnya norma yang dirumuskan pasal-pasal undang-undang merupakan penjabaran asas ini. Begitu pula dalam Peraturan MK, seluruh ketentuannya mengarah pada pemberian kesempatan yang seimbang dalam memberikan keterangan mulai dari pemberitahuan permohonan, kesempatan mengajukan jawaban dan bukti-bukti, masuknya pihak-pihak berkepentingan dan lain sebagainya.

Berbeda dengan di MK, proses peradilan di MA dalam perkara uji materi peraturan perundang-undangan di bawah UU lebih bersifat tertutup dan sepihak. Jika dicermati, PERMA No. 01 Tahun 2011 tidak menyebutkan mengenai pentingnya proses persidangan yang terbuka dan mengedepankan asas *audi et alteram partem*. Dalam Bab III Pemeriksaan dalam Persidangan Pasal 5 ayat (2) Perma tersebut hanya disebutkan bahwa Majelis Hakim Agung memeriksa dan memutus permohonan keberatan tentang Hak Uji Materiil tersebut dengan menerapkan hukum yang berlaku bagi perkara permohonan dalam waktu yang sesingkat-singkatnya sesuai dengan asas peradilan sederhana, cepat, dan biaya ringan.

Dalam memutuskan sengketa kepemilikan Pulau Berhala, dengan berdasarkan PERMA No. 01 Tahun 2011, MA memutuskan secara sepihak dan tertutup oleh Majelis Hakim Agung tanpa melibatkan pihak-pihak yang terkait khususnya pihak-pihak yang bersengketa. Padahal, akan sangat baik apabila dalam proses persidangan uji materi tersebut, selain sifatnya terbuka untuk umum, MA seharusnya juga mengundang pihak-pihak yang bersengketa, pihak terkait, termasuk saksi atau ahli seperti halnya dalam persidangan di MK. Dengan demikian, salah paham dan salah implementasi hukum dapat dihindari.

Karena itulah, terutama pihak yang dirugikan oleh putusan MA kemudian memandang perlu mengalihkan penyelesaian kasusnya ke MK mengingat proses peradilan di MK dirasakan lebih *fair* dan terbuka. Kalaupun putusan

³⁰ *Audi et alteram partem* merupakan kalimat dari bahasa latin yang berarti: "Dengarkan sisi lain". Kalimat ini dikenal sebagai asas hukum dalam hukum acara atau hukum prosesuil. Agar sebuah proses persidangan berjalan seimbang, maka kedua belah pihak harus di dengar dan diberikan kesempatan yang sama demi keadilan. Hakim tidak boleh menerima keterangan hanya dari satu pihak saja, tanpa terlebih dahulu mendengar dan memberikan kesempatan pihak lain mengajukan pendapatnya. Konsekwensi asas ini jika salah satu pihak memberikan dan mengajukan alat bukti di persidangan, maka pihak lawan harus mengetahui dan hadir di persidangan. Dalam "*Audi et Alteram Partem*", *Majalah Konstitusi* No. 32, September 2009.

MK kelak tidak sesuai dengan yang diharapkan, dalam arti tetap saja kalah, tentu kekalahan akan dapat diterima secara elegan dan legowo karena proses yang benar-benar *fair* dan terbuka telah ditempuh. Penelitian di berbagai negara menunjukkan bahwa persepsi para pencari keadilan lebih dipengaruhi oleh perlakuan yang diterima dan apakah proses di lembaga peradilan tampak adil dibandingkan dengan apakah mereka memperoleh hasil (putusan) yang menguntungkan atau tidak menguntungkan.³¹ Para pihak yang terlibat konflik akan lebih dapat menerima putusan MK, karena proses peradilan di MK dirasakan lebih transparan, lebih akuntabel, dan terutama memberikan kesempatan yang seimbang kepada pihak-pihak yang berperkara untuk didengarkan pendapatnya.

2. Kenyataan yang Timbul dari Adanya Kecenderungan Menyelesaikan Konflik Batas ke MK

Kecenderungan penyelesaian konflik batas ke MK akan menimbulkan munculnya celah hukum baru bagi adressat putusan untuk tidak melaksanakan putusan MA, khususnya dalam perkara uji materiil Permendagri. Sebagaimana putusan-putusan pengadilan pada umumnya, putusan MA harus dilaksanakan, setidaknya dalam batas waktu tertentu sudah harus dilaksanakan. Pasal 8 ayat (2) PERMA Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil membuka celah putusannya tidak dilaksanakan selama 90 hari saja sejak putusan dikirimkan kepada Badan atau Pejabat Pembuat TUN (peraturan perundang-undangan). Setelah 90 hari putusan tidak dilaksanakan, berdasarkan putusan tersebut peraturan perundang-undangan dimaksud otomatis tidak lagi mempunyai kekuatan hukum.

Celah hukum baru bagi para pihak untuk tidak melaksanakan putusan MA muncul seiring pengalihan kasus menjadi perkara pengujian UU ke MK. Ketika para pihak mengalihkan kasus saling klaim kepemilikan pulau ke MK menjadi perkara pengujian UU, maka ada semacam alasan pembenar bagi para pihak untuk tidak melaksanakan putusan MA. Kemendagri sebagai pihak yang langsung mendapatkan perintah putusan MA untuk mencabut Permendagri yang dinyatakan tidak lagi berkekuatan hukum, dapat mengabaikan batas waktu 90 hari sebagaimana dimaksud Pasal 8 ayat (2) PERMA Nomor 1 Tahun 2011, dengan alasan menunggu sampai MK memutus perkara pengujian UU. Batal atau hilangnya kekuatan

³¹ Hal ini dapat dibaca dalam *International Frame Work for Court Excellent* yang dilakukan oleh *the International Consortium for Court Excellence*, National Center for State Courts, USA, 2008. <http://www.courtexcellence.com/pdf/IFCE-Framework-v12.pdf>, diakses pada 3 Oktober 2009.

hukum Permendagri menurut prasyarat Pasal 8 ayat (2) PERMA Nomor 1 Tahun 2011, tidak lagi menjadi alat paksa bagi Kemendagri untuk segera menerbitkan Permendagri yang baru. Kemendagri tampaknya memilih jalan lebih aman untuk menerbitkan Permendagri baru dengan berdasarkan pada putusan MK.³² Demikian pula, pihak-pihak yang berperkara sangat mungkin mengabaikan putusan MA, dan bersikukuh untuk bertindak setelah ada putusan MK. Tindakan semacam ini tentu bukan tindakan yang tepat karena dapat dikategorikan sebagai tindakan melawan hukum, karena bagaimanapun, putusan MA adalah putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum mengikat dan wajib dilaksanakan.

Kecenderungan penyelesaian konflik di MK juga mengimplikasikan problem serius yakni tidak menentukannya jangka waktu *status quo* atas pulau yang disengketakan. Dalam hal ini, dalam perkara pengujian UU di MK, tidak ada ketentuan yang membatasi waktu kapan MK harus memutus perkara tersebut, meskipun tidak ada alasan pula bagi MK memperlama proses. Di MK, lama tidaknya jangka waktu penyelesaian suatu perkara pengujian UU akan sangat bergantung pada isu hukum dalam permohonan. Manakala isu hukumnya tergolong 'berat' menurut MK, dapat saja proses pemeriksaannya lebih lama daripada perkara dengan isu hukum yang lebih sederhana. Karena, dalam perkara dengan isu hukum yang berat tersebut, MK dimungkinkan meminta masukan lebih banyak dari pihak-pihak yang terkait dengan isu hukum dimaksud, baik dari saksi dan ahli dalam persidangan. Meskipun MK tidak memiliki kewajiban mengikuti atau tidak mengikuti pendapat hukum ahli tertentu, karena pendapat hukum dari ahli sekedar masukan saja bagi hakim. Pendapat dan argumentasi hukum hakim ditentukannya sendiri berdasarkan pengetahuan, pendidikan, pengalaman, alat bukti, dan keyakinannya, tanpa dapat dipengaruhi oleh pihak manapun.

Timbulnya celah hukum baru tersebut akan semakin menguatkan pendapat bahwa putusan MA, khususnya dalam perkara uji materiil, bagaimanapun baiknya pertimbangan dan substansinya, tetap saja kurang berwibawa karena memungkinkan adressat putusan tidak melaksanakan putusan. Dan, yang kurang menguntungkan bagi MA, alasan menghindar tersebut justru dikarenakan para pihak menunggu putusan MK. Namun demikian, hal tersebut sama sekali bukan penanda bahwa posisi putusan MK lebih superior dibandingkan putusan MA,

³² Hal tersebut sebagaimana dikatakan Kepala Biro Hukum Kemendagri, Zuhdan Arif, bahwa Kemendagri masih menunggu putusan MK atas permohonan uji materi UU Nomor 31 Tahun 2003 tentang Pembentukan Kabupaten Lingga yang diajukan Pemerintah Provinsi Jambi. Menurut Zuhdan, sikap menunggu itu agar Mendagri memiliki dasar kuat untuk membuat keputusan tentang status Pulau Berhala. *Soal Status Berhala, Kemendagri Tunggu Putusan MK*, http://puspen.depdagri.go.id/index.php?option=com_content&view=article&id=3785, diakses 5 Juli 2012.

bukan pula soal rivalitas MA dengan MK. Sebab, selain secara konstitusional keduanya memiliki fungsi dan kewenangan berbeda, hal tersebut lebih diwarnai oleh soal bagaimana sebuah lembaga peradilan menyuguhkan proses peradilan yang *fair*, akuntabel, dan terpercaya sebagaimana tuntutan dan harapan masyarakat sehingga putusannya berwibawa dan dilaksanakan.

Jika ditarik garis tegas dari seluruh uraian di atas, kecenderungan untuk menyelesaikan konflik batas wilayah ke MK harus dimaknai sebagai keinginan pihak-pihak yang bersengketa untuk mendapatkan kepastian hukum yang berkeadilan dalam penyelesaian konflik batas wilayah. Kritik yang tersirat dari kecenderungan ini terutama ditujukan kepada proses persidangan hak uji materiil di MA yang terkesan tertutup dan tidak melibatkan para pihak yang terlibat konflik. Padahal, akan sangat baik apabila prosesnya bersifat lebih terbuka. Dalam proses itu, MA seharusnya juga mengundang pihak-pihak yang bersengketa, pihak terkait, termasuk saksi atau ahli seperti halnya dalam persidangan MK. Dengan demikian, Majelis Hakim Agung memiliki gambaran dan pemahaman komprehensif mengenai pemohonan keberatan hak uji materiil tersebut sehingga salah paham dan salah implementasi hukum dapat dihindari.

KESIMPULAN

1. Terhadap kecenderungan penyelesaian konflik batas ke ranah MK, terdapat 3 (tiga) hal menarik yang patut dikemukakan yaitu adanya anggapan bahwa putusan MA tidak menyelesaikan masalah dan justru menambah masalah baru. Buktinya, putusan tersebut tidak menyelesaikan masalah karena menuai penolakan sangat kuat. Sementara, masalah baru yang timbul ialah putusan tersebut membuat pulau yang sedang disengketakan menjadi *status quo*. Putusan MA tersebut juga direspon oleh Kemendagri dengan rencana mengajukan gugatan sengketa kewenangan antar lembaga negara (SKLN) di MK karena MA dinilai telah mengambil hak atau melampaui kewenangan Kemendagri tentang penetapan batas wilayah antara provinsi. Berikutnya, kecenderungan dipicu juga oleh adanya preseden putusan MK dapat “menganulir” Putusan MA yakni ketika Putusan MK Nomor 110,111,112,113/PUU-VII/2009 terkait dengan perhitungan kursi tahap II yang seolah mementahkan Putusan MA Nomor 15 P/HUM/2009. Dengan demikian, menyelesaikan kasus ke MK seolah-olah menjadi upaya hukum melawan

putusan MA. Selanjutnya, kecenderungan dipicu pula oleh proses peradilan di MK lebih *fair* dan terbuka. Proses peradilan di MA bersifat tertutup dan sepihak. Berbeda dengan proses di MK yang dirasakan lebih transparan, lebih akuntabel, dan terutama memberikan kesempatan yang seimbang kepada pihak-pihak yang berperkara untuk didengarkan pendapatnya. Karena itulah, pihak yang dirugikan oleh Putusan MA kemudian merasa lebih mantap mengalihkan kasus ke MK.

2. Kecenderungan penyelesaian konflik batas ke MK akan menimbulkan kenyataan berupa munculnya celah hukum baru bagi adressat putusan untuk tidak melaksanakan putusan tersebut. Terlebih lagi, alasan menghindar pihak-pihak yang menjadi *adressat* putusan MA ialah baru akan bertindak setelah ada putusan MK. Meskipun jika dicermati, tindakan menghindar ini dapat dikategorikan senagai tindakan melawan hukum, karena bagaimanapun putusan MA dalam uji materi Permendagri telah memiliki kekuatan hukum dan wajib dilaksanakan.
3. Adanya kecenderungan menyelesaikan konflik batas ke MK bukan merupakan bentuk rivalitas MA dengan MK, melainkan soal bagaimana lembaga peradilan menyuguhkan proses peradilan yang *fair*, akuntabel, dan terpercaya sebagaimana harapan masyarakat sehingga putusannya berwibawa dan dilaksanakan.

SARAN

1. Pada tataran paradigmatik, perlunya perubahan paradigma proses persidangan permohonan uji materiil di MA dari tertutup dan sepihak menuju ke arah proses persidangan yang lebih transparan dan akuntabel.
2. Pada tataran konkrit, perlunya revisi menyeluruh terhadap hukum acara permohonan keberatan hak uji materiil di MA menjadi lebih lebih *fair*, terbuka, dengan menerapkan secara konsisten asas *audi et alteram partem*.

DAFTAR PUSTAKA

- Agus Dwiyanto, et.al, 2003. *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, Yogyakarta: Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan UGM.
- Bagir Manan, 2009. *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia.
- Dean G. Pruit & Jeffrey Z Rubin, 2004. *Teori Konflik Sosial (terjemahan)*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- International Frame Work for Court Excellent*, 2008. the *International Consortium for Court Excellence*, National Center for State Courts, USA,
- Ni'matul Huda, 2010. *Problematika Pembatalan Perda*, Yogyakarta: UII Pers.
- Siti R. Zuhro, 2004. *Pokok-Pokok Penyelenggaraan Pemerintahan Umum*, Jakarta: Ditjen Pemerintahan Umum-Depdagri.
- _____, et.al, 2004. *Konflik dan Kerjasama Antar Daerah: Studi Pengelolaan Hubungan Kewenangan Daerah dan Antar Daerah di Jawa Timur, Bangka, Belitung, dan Kalimantan Timur*, Pusat Penelitian Politik-LIPI, Jakarta.
- Sudarsono, 1991. *Kenakalan Remaja*, Edisi Kedua, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Syamsul Hadi, et.al, 2007. *Disintegrasi Pasca Orde Baru: Negara, Konflik lokal dan Dinamika Internasional*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.
- Nanang Kristiyono, 2008. *Konflik dalam Penegasan Batas Daerah antara Kota Magelang dengan Kabupaten Magelang (Analisis terhadap Faktor-Faktor Penyebab dan Dampaknya)*, Program Studi Magister Ilmu Politik Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro Semarang,
- Nurbadri, 2008. *Konflik Batas Wilayah di Otonomi Daerah, Studi Kasus Konflik Batas Wilayah Antara Kabupaten Tebo dengan Kabupaten Bungo*, Jurnal MMH Jilid 37 Nomor 4.

Peraturan Perundang-undangan

- UU Nomor 54 Tahun 1999 tentang Pembentukan Kabupaten Sarolangun, Kabupaten Tebo, Kabupaten Muaro Jambi, dan Kabupaten Tanjung Jabung Timur
- UU No. 25 tahun 2002 tentang Pembentukan Provinsi Kepulauan Riau
- UU Nomor 31 Tahun 2003 tentang Pembentukan Kabupaten Lingga
- UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah
- UU Nomor 33 Tahun 2004 tentang Perimbangan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah

UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan
Putusan Mahkamah Agung Nomor 49P/HUM/2011 dalam perkara permohonan
keberatan Hak Uji Materiil terhadap “Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor
44 Tahun 2011”

Putusan Mahkamah Agung No. 01 P/HUM/2012 dalam perkara permohonan Hak
Uji Materiil terhadap “Peraturan Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia
Nomor 43 Tahun 2011”

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 110,111,112,113/PUU-VII/2009 tentang
Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum
Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan
Perwakilan Rakyat Daerah.

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil
Permendagri Nomor 43 Tahun 2011 tentang Wilayah Administrasi Pulau Lereklerekan
Permendagri Nomor 44 Tahun 2011 tentang Wilayah Administrasi Pulau Berhala

Referensi Media dan Internet

“*Audi et Alteram Partem*”, *Majalah Konstitusi* No. 32 September 2009.

“*Babel Bawa Pulau Tujuh ke MK*”, *RadarBangkaOnline*, <http://www.radarbangka.co.id>.

“*Derita Si Pemilik Pulau*”, *Forum Keadilan Online*, No. 44 Tahun XX/6-11 Maret
2012, <http://www.forumkeadilan.com/fokus.php?tid=233>.

“*Depdagri: Pulau Bongkil Masuk Wilayah Sulut*”, *Sulut Online*, <http://sulutonline.com/berita/48-depdagripulau-bongkil-masuk-wilayah-sulut.html>.

“*Mahkamah Agung Lampaui Kewenangan Kemendagri*”, *Radar Sulbar*, 25 Mei
2012, <http://www.radar-sulbar.com/nasional/mahkamah-agung-lampaui-kewenangan-mendagri/> diakses 5 Juli 2012.

“*Pemprov Sulbar Bawa Sengketa Lereklerekan ke MK*”, 3 Juli 2012, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Berita.Berita&id=7189>.

“*Rekam Jejak Pulau Segama, Labuhanmaringgai, Lampung Timur: Dua Daerah
Perebutkan Pulau Tak Berpenghuni karena Kaya Potensi Migas*”, *Radar Lampung*,
7 Maret 2009.

“*Soal Status Berhala, Kemendagri Tunggu Putusan MK*”, http://puspen.depdagri.go.id/index.php?option=com_content&view=article&id=3785.

Wardani, *Pentingnya Batas Antar Daerah*, artikel yang diunduh <http://www.ditjenpum.go.id/artikel/2011/1311598860/pentingnya-batas-antar-daerah>.

Ideologi *Welfare State* dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Sistem Jaminan Sosial Nasional

Alfitri

Fakultas Syariah, STAIN Samarinda
Jl. Abul Hasan No. 5 Samarinda Kalimantan Timur
E-mail:al.alfitri@gmail.com

Naskah diterima: 2/08/2012 revisi: 6/08/2012 disetujui: 10/08/2012

Abstrak

Apakah tujuan negara “memajukan kesejahteraan umum” dan prinsip “keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia” serta mandat konstitusi untuk menyelenggarakan sistem jaminan sosial itu harus diwujudkan dalam bentuk negara memposisikan diri bertanggung jawab untuk menjamin standar hidup yang layak bagi semua warga? Tulisan ini akan menganalisa apakah benar tafsiran ideologi *welfare state* pemerintah dalam Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional telah melanggar konstitusi. Tulisan ini mendukung argumen Mahkamah Konstitusi bahwa program asuransi sosial yang diadopsi pemerintah adalah memenuhi kriteria konstitusional. Keberadaan kriteria konstitusional menjadikan paham negara kesejahteraan Indonesia bersifat terbuka, dan argumen ini lebih sesuai dengan konteks dan realistis terhadap kemampuan negara Indonesia untuk memberikan jaminan sosial bagi warganya.

Kata kunci: *Welfare State, Institutional versus Residualist, Keadilan Sosial, Jaminan Sosial, Asuransi Sosial*

Abstract

Are the objective of Indonesia “promoting the general welfare”, and the fifth principle of Pancasila “social justice for all people of Indonesia”, as well as the constitutional mandate to hold a social security system must be expressed in terms of the state positions itself to be responsible for ensuring a decent standard of living for all citizens? This paper will analyze whether the interpretation of welfare state ideology of the government in the Act No. 40/2004 on National Social Security System had violated the 1945 Constitution. This paper supports the argument of the Constitutional Court holding that social insurance programs adopted by the government meet the constitutional criteria. The existence of the constitutional criteria make the welfare state ideology of Indonesia open to interpretation, and this argument is more appropriate to the context and realistic about the ability of Indonesia to provide social security for its citizens.

Kata kunci: *Welfare State, Institutional versus Residualist, Keadilan Sosial, Jaminan Sosial, Asuransi Sosial*

PENDAHULUAN

Tercapainya kemakmuran dan kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia adalah salah satu cita-cita yang diinginkan oleh para pendiri negara Indonesia. Proses pembangunan yang hanya memberikan kesempatan bagi sebagian kecil kelompok masyarakat untuk menikmati hasil-hasil pembangunan dan meminggirkan kelompok masyarakat lainnya adalah pengingkaran terhadap cita-cita tadi. Para peneliti ekonomi kerakyatan berpandangan bahwa proses pembangunan ekonomi di Indonesia telah semakin menjauh dari cita-cita keadilan sosial, kemakmuran dan kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia. Ini terjadi karena kebijakan pembangunan yang tidak berpihak pada rakyat dan kecenderungan pada ekonomi pasar sehingga siapa yang kuat akan mampu mengakses sumber-sumber ekonomi produktif lebih banyak sedangkan rakyat lebih dianggap sebagai obyek pembangunan sehingga dibiasakan untuk bersikap pasif dan pasrah menerima keadaan. Konsekuensinya, kemiskinan dan ketimpangan sosial muncul sebagai akibat dari proses pembangunan tadi.¹

¹ Nunung Nuryartono dan Hendri Saparini, “Kesenjangan Ekonomi Sosial dan Kemiskinan”, *Ekonomi Konstitusi: Haluan Baru Kebangkitan Ekonomi Indonesia*, eds. Soegeng Sarjadi dan Iman Sugema (Jakarta: Soegeng Sarjadi Syndicate, 2009), 283-284.

Michael Grimm, peneliti di *International Institute of Social Studies* di *The Hague*, dalam studinya tahun 2007 menemukan bahwa kesenjangan ekonomi di masyarakat Indonesia sangat besar dimana sekitar 20 persen penduduk memiliki perilaku ekonomi dan pendapatan yang sama dengan penduduk di negara-negara OECD², sedangkan 80 persen penduduk lainnya sangat jauh tertinggal. Kecenderungan penguasaan asset ekonomi oleh kelompok 20% ini cenderung semakin meningkat: pada tahun 2002 mereka menguasai 45 persen sedang pada tahun 2006 sudah berada pada level 46,5 persen. Kondisi inilah yang menyumbang pada meningkatnya angka pendapatan per kapita penduduk Indonesia setelah krisis ekonomi yaitu \$ 1.200/kapita pada tahun 2008. Kenyataan ini kemudian sering digunakan oleh pemerintah sebagai salah satu indikator keberhasilan pembangunan di Indonesia.³ Padahal banyak kelompok masyarakat yang tidak mampu untuk memenuhi kebutuh dasarnya seperti kesehatan, pendidikan, makanan pokok, dan perumahan.

Amartya Sen telah mengkritik konsep pembangunan yang hanya menekankan akumulasi kekayaan, pertumbuhan pendapatan per kapita penduduk dan variable-variable lain yang terkait dengan pendapatan. Menurut Sen, proses pembangunan adalah semua usaha untuk menghilangkan “ketidak-bebasan” yang menimbulkan penderitaan bagi semua elemen masyarakat. Pembangunan seharusnya diukur dengan seberapa banyak kebebasan yang dimiliki karena tanpa kebebasan orang tidak bisa membuat pilihan yang memungkinkan mereka untuk membantu diri sendiri dan orang lain. Amartya Sen mendefinisikan kebebasan sebagai sesuatu yang terkait dan saling melengkapi antara: 1) kebebasan politik dan hak-hak sipil; 2) kebebasan ekonomi, termasuk didalamnya kesempatan untuk mendapatkan kredit; 3) kesempatan sosial, seperti fasilitas kesehatan, pendidikan dan layanan sosial lainnya; 4) jaminan keterbukaan (*transparency*), yaitu interaksi antara satu orang dengan yang lain, termasuk dengan pemerintah, yang ditandai dengan saling pengertian tentang apa yang ditawarkan dan apa yang diharapkan; 5) perlindungan keamanan (*security*), seperti bantuan pada kondisi darurat dan jejaring pengaman lainnya.⁴

² Organisation for Economic Cooperation and Development, yakni organisasi Negara-negara dengan pendapatan ekonomi yang tinggi dan Indeks Pembangunan Manusia yang sangat tinggi. Negara-negara ini digolongkan sebagai Negara maju (developed countries). Organisasi yang didirikan tahun 1961 ini sekarang beranggotakan 34 negara mayoritas adalah negara-negara di benua Eropa, Amerika serta beberapa Negara maju di Asia dan Australia-Pasifik.

³ Nunung Nuryartono dan Hendri Saporini, “Kesenjangan Ekonomi Sosial”, 275.

⁴ Amartya Sen, *Development as Freedom* (New York: Anchor Books, 2000), 14, 15-17, 38-41.

Analisa Sen, yaitu ketiadaan kebebasan berdampak ketidakberdayaan bahkan untuk membantu diri sendiri, menemukan relevansinya dalam konteks sosial-ekonomi di Indonesia. Contohnya pada keluarga miskin yang dikepalai oleh perempuan. Menurut data Bank Dunia, terdapat sekitar enam juta rumah tangga yang dikepalai oleh perempuan di Indonesia; kondisi ini antara lain disebabkan oleh kematian suami, dicerai atau ditinggal pergi tanpa status. Lebih dari separuh rumah tangga yang dikepalai perempuan ini masuk kategori keluarga miskin dan banyak di antara mereka yang tidak mempunyai dokumen resmi seperti akta nikah dan/atau cerai yang diperlukan untuk membuktikan status kepemimpinan mereka dalam rumah tangga sepeninggal suami. Perempuan-perempuan ini dan keluarganya kemudian mengalami berbagai kesulitan dan perlakuan yang tidak adil ketika berusaha memenuhi hak-hak dasarnya. Karena kepemimpinan perempuan di dalam rumah tangga tidak diakui kecuali dengan adanya dokumen sah seperti kartu keluarga yang dikeluarkan oleh kantor catatan sipil, perempuan kepala rumah tangga ini menemui kesulitan dalam mengakses program bantuan pemerintah untuk masyarakat miskin dan sering juga tidak diakui untuk bertindak hukum atas nama rumah tangganya.⁵

Intervensi pemerintah melalui program bantuan sosial diperlukan untuk memutus lingkaran kemiskinan dan juga dampak eksternal pembangunan tadi. Salah satu sarana ampuh yang dimiliki oleh pemerintah untuk melakukan intervensi adalah melalui kebijakan anggaran (APBN) yang mengalokasikan jumlah signifikan untuk belanja publik termasuk program bantuan sosial untuk pengentasan kemiskinan.⁶ Contohnya alokasi anggaran untuk program Jaminan Kesehatan Masyarakat (Jamkesmas) yang merupakan perlindungan kesehatan universal didanai oleh pemerintah pusat dari pendapatan pajak umum. Penerima manfaat, yaitu kelompok masyarakat yang hidup di bawah garis kemiskinan.

Sesuai dengan amanat UUD 1945 Pasal 34 ayat (2) tentang kewajiban negara untuk mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia dan juga dengan diundangkannya Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional, program-program jaminan sosial, termasuk Jamkesmas tadi, akan diintegrasikan ke dalam satu sistem dan diselenggarakan oleh sebuah badan yang dibentuk oleh pemerintah (Badan Penyelenggara Jaminan Sosial).

⁵ Lihat The World Bank, "Gender Program in Indonesia", www.worldbank.org/id/gender (accessed 1 Maret 2011; Cate Sumner and Tim Lindsey, *Courting Reform: Indonesia's Islamic Courts and Justice for the Poor* (Double Bay, NSW: Lowy Institute for International Policy, 2010), 25.

⁶ Iman Sugema dan Triana Anggraenie, "APBN untuk Rakyat", *Ekonomi Konstitusi: Haluan Baru Kebangkitan Ekonomi Indonesia*, eds. Soegeng Sarjadi dan Iman Sugema (Jakarta: Soegeng Sarjadi Syndicate, 2009), 323.

Tujuan pengintegrasian ini adalah untuk menyatukan program-program jaminan sosial yang selama ini tersebar di empat penyelenggara (Jamsostek, Askes, Taspen dan Asabri) dan membuka pintu bagi kelompok masyarakat lain yang belum tercakup oleh program tadi, seperti pekerja mandiri (wirausahawan) dan masyarakat miskin.

Namun, fakta bahwa sistem jaminan sosial nasional masih didasarkan pada pembayaran premi telah menyebabkan UU No 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional digugat konstitusionalitasnya. Ketentuan pembayaran premi wajib untuk mendapatkan jaminan sosial dianggap telah melukai hak konstitusional warga negara atas jaminan sosial yang menjadi kewajiban negara untuk menyediakan sebagaimana diamanatkan oleh UUD 1945. Keberatan terhadap sistem asuransi sosial yang dibawa oleh UU No. 40/2004 tidak hanya disalurkan melalui uji materil ke Mahkamah Konstitusi, tapi juga berbentuk protes publik selama pembahasan rancangan undang-undang tentang badan penyelenggara jaminan sosial antara DPR dan pemerintah. Menurut para demonstran, keberadaan lembaga penyelenggara jaminan sosial, sebagaimana diamanatkan oleh UU No 40/2004, hanya akan mengeksploitasi rakyat dan menguntungkan pemerintah karena semua rakyat Indonesia harus membayar premi jaminan sosial kepada lembaga tersebut. Disamping itu, pembayaran premi wajib bagi semua warga negara, terlepas mereka status sosial ekonomi mereka, untuk semua program jaminan sosial yang diadakan oleh pemerintah telah mengaburkan antara jaminan sosial dan asuransi sosial.⁷

Kondisi ini menimbulkan pertanyaan tentang bagaimanakah konsep *welfare state* yang dimaksud oleh dasar negara Indonesia: Pancasila dan UUD 1945. Apakah sistem jaminan sosial nasional yang dikembangkan pemerintah dalam UU No. 40/2004 telah melenceng dari amanat konstitusi tentang kesejahteraan rakyat? Apakah sistem asuransi sosial menyalahi konsep dasar *welfare state* itu sendiri? Tulisan ini akan menganalisa putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terkait dengan konstitusionalitas UU No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional untuk memahami tafsiran ideologi *welfare state* apa yang dianut oleh negara Indonesia.

⁷ Lihat "UU Sistem Jaminan Sosial Nasional Eksploitasi Rakyat", *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Berita Internal* 16/03/2011, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.BeritaInternalLengkap&id=5134#> (accessed Aug. 24, 2011);

WELFARE STATE: KONSEP DAN VARIASINYA

Dari sejumlah definisi yang ada, inti dari istilah *welfare state* adalah tanggung jawab negara terhadap kesejahteraan warganya. Seperti dalam *Encyclopedia Britannica*, *welfare state* diartikan sebagai konsep pemerintahan dimana negara memainkan peran kunci dalam menjaga dan memajukan kesejahteraan ekonomi dan sosial warga negaranya.⁸ Sedangkan *the Concise Oxford Dictionary of Politics* mendefinisikannya sebagai sebuah sistem dimana pemerintah menyatakan diri bertanggung jawab untuk menyediakan jaminan sosial dan ekonomi bagi penduduk melalui sarana pensiun, tunjangan jaminan sosial, layanan kesehatan gratis dan semacamnya.⁹

Welfare state diasosiasikan dengan pemenuhan kebutuhan dasar, oleh karena itu ia dianggap sebagai mekanisme pemerataan terhadap kesenjangan yang ditimbulkan oleh ekonomi pasar. Jaminan sosial, kesehatan, perumahan dan pendidikan adalah wilayah garapan utama dari kebijakan pemerintah yang menganut *welfare state*.¹⁰ Program pengentasan kemiskinan dan sistem perpajakan juga dianggap sebagai aspek dari *welfare state*. Alasan dimasukkannya perpajakan ke dalam kategori sifat *welfare state* adalah jika penarikan pajak bersifat progresif dan dananya digunakan untuk mencapai distribusi pendapatan yang lebih besar dan bukan hanya sekedar untuk meningkatkan pendapatan negara. Disamping itu, dana pajak tersebut juga digunakan untuk membiayai pembayaran asuransi sosial dan manfaat-manfaat lainnya yang belum dicakup oleh pembayaran premi asuransi sosial. Di negara-negara sosialis, *welfare state* juga meliputi jaminan pekerjaan dan administrasi harga barang dan jasa pada level konsumen (*consumer prices*). Konsep *welfare state* oleh karena itu biasanya didasarkan pada prinsip persamaan kesempatan (*equality of opportunity*), pemerataan pendapatan (*equitable distribution of wealth*), dan tanggung jawab publik (*public responsibility*) terhadap mereka yang tidak mampu untuk menyediakan sendiri kebutuhan minimum untuk bisa hidup layak.¹¹

Istilah *welfare state* sangat umum dan bisa meliputi pelbagai bentuk organisasi sosial dan ekonomi. Namun, ciri dasar dari *welfare state* adalah adanya asuransi

⁸ "Welfare State", *Encyclopedia Britannica*, <http://www.britannica.com/print/topic/639266> (accessed May 28, 2012).

⁹ Ed Iain McLean and Alistair McMillan. MC "welfare state" *The Concise Oxford Dictionary of Politics*. Oxford University Press 2009. *Oxford Reference Online*. Oxford University Press. University of Washington, <http://www.oxfordreference.com.offcampus.lib.washington.edu/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t86.e1462> (accessed May 28, 2012).

¹⁰ Neville Harris, "welfare state", *The New Oxford Companion to Law*. Peter Cane and Joanne Conaghan (eds.). Oxford University Press Inc. *Oxford Reference Online*. Oxford University Press. University of Washington, <http://www.oxfordreference.com.offcampus.lib.washington.edu/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t287.e2323> (accessed May 28, 2012).

¹¹ "Welfare State", *Encyclopedia Britannica*.

sosial (*social insurance*). Ketentuan ini jamak dijumpai di negara-negara industri maju seperti *National Insurance* di Inggris dan *Social Security* di Amerika Serikat. Asuransi sosial biasanya didanai dengan sumbangan wajib dan dimaksudkan untuk memberikan manfaat kepada peserta dan keluarganya ketika membutuhkan. *Welfare state* biasanya juga menyediakan layanan dasar publik berupa pendidikan dasar, layanan kesehatan, dan perumahan (pada beberapa kasus dengan biaya ringan atau gratis sama sekali).¹² Program ini lazim disebut dengan *social welfare* yang kemudian juga menjadi ciri dasar lain dari *welfare state* disamping *social insurance* tadi.

Ada ketidaksepakatan tentang maksud dan cakupan dari istilah *social security* dan *social welfare* itu sendiri. *Social security* secara umum mengandung lima skema berikut dan kelimanya lazim digunakan di Inggris. **Pertama**, *social insurance or contributory benefits* yakni program yang didanai dengan sumbangan dari pegawai, majikan, dan pemerintah; manfaat program dibayarkan kepada setiap orang yang telah membayarkan sumbangan tadi; program ini dimaksudkan untuk mengganti kerugian atau terputusnya pendapatan karena alasan-alasan seperti kehilangan pekerjaan, sakit, pensiun dan janda. **Kedua**, *categorical or universal benefits*, yakni program yang didanai dari pajak umum; manfaat program dibayarkan kepada orang-orang yang sesuai dengan tujuan program seperti rumah tangga dengan anak, atau orang-orang yang mempunyai cacat tubuh. **Ketiga**, *tax-based benefits*, yakni program yang menggunakan sistem perpajakan untuk memberikan manfaat (*tax credits*) kepada orang-orang yang mempunyai penghasilan dibawah ambang penghasilan tidak kena pajak. **Keempat**, *occupational benefits*, yakni manfaat program dibayarkan oleh majikan dan program ini diatur oleh pemerintah, seperti pensiun, tunjangan sakit dan tunjangan melahirkan. **Kelima**, *social assistance or means-tested benefits*, yakni program yang didanai dengan pajak umum; manfaat program dibayarkan kepada orang-orang berpenghasilan rendah dengan melihat situasi rumah tangga mereka; contoh program seperti manfaat untuk orang-orang yang tidak punya penghasilan sama sekali atau punya penghasilan tapi tidak mencukupi untuk memenuhi kebutuhan dasar hidupnya.¹³

Di Amerika Serikat, istilah *social security* mengacu pada program *the Federal Old Age, Survivors and Disability Insurance* (OASDI). Program ini menyediakan manfaat untuk pensiun, cacat, keselamatan dan kematian dari dunia kerja tapi

¹² "Welfare State", *Encyclopedia Britannica*.

¹³ Michael Adler, "Social Security and Social Welfare", in *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, eds. Peter Cane and Herbert M. Kritzer (Oxford: Oxford University Press, 2010), 400.

tidak mencakup asuransi tuna karya (*unemployment insurance*) atau manfaat-manfaat bantuan sosial (*social assistance*) lainnya yang menggunakan penghasilan sebagai dasar penentuan layak/tidak layak menerima bantuan (*mean-tested*). Bersama dengan program yang menyediakan bantuan berupa barang (*means-tested assistance in kind*) seperti *food stamps*, dan pelayanan untuk orang miskin (*means-tested services for the poor*) seperti Medicaid dan perumahan untuk umum, program-program bantuan sosial ini dikategorikan sebagai *welfare* atau *social welfare*.¹⁴

Dalam implementasinya, seberapa besar tanggung jawab negara untuk kesejahteraan warganya, melalui penyelenggaraan *social insurance/security* dan/atau *social welfare* tadi, melahirkan dua kategori besar model *welfare state*, yaitu *institutional welfare state* dan *residualist welfare state*. Perbedaan mendasar antara kedua model adalah: *institutional welfare state*, negara memposisikan diri bertanggung jawab untuk menjamin standar hidup yang layak bagi semua warga dan memberikan hak-hak universal; konsekuensinya, semakin banyak syarat yang diletakkan oleh negara agar warganya bisa mengakses hak-hak universal tadi dan semakin lemah dan kurang dampak pemerataan dari program perlindungan tadi, berarti semakin jauh negara tersebut dari model *institutional welfare state*. Adapun *residualist welfare state*, negara baru terlibat mengurus persoalan kesejahteraan ketika sumber daya yang lain, termasuk disini layanan yang disediakan swasta dengan cara membeli asuransi, keluarga dan masyarakat, tidak memadai. Jadi negara membuat ketentuan minimal atau sangat selektif terhadap program kesejahteraan dan menempatkan tanggung jawab yang lebih besar pada individu untuk memenuhi kesejahtraannya misalnya melalui asuransi.¹⁵

Dua kategori besar model *welfare state* tadi dalam prakteknya ternyata memiliki variasi di berbagai negara yang mengklaim menganut ideologi *welfare state*. Esping-Andersen, bapak perbandingan *welfare state*, menyatakan bahwa tipologi rezim *welfare state* bisa dikelompokkan menjadi tiga macam tergantung pada sejauh mana pemerintah berusaha untuk bekerja dengan, atau untuk mengatasi pengaruh dari pasar pada kesenjangan sosial. Ketiga tipologi itu adalah Demokrasi Sosial, Konservatisme, dan Liberalisme. Pengelompokan ini didasarkan pada konsep dan gerakan politik dominan di abad ke-20 di Eropa Barat dan Amerika Utara. Karakteristik ideologi *welfare state* dari demokrasi

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Neville Harris, "welfare state", *The New Oxford Companion to Law*.

sosial adalah didasarkan pada prinsip universalisme dimana negara menjamin akses terhadap semua program sosial bagi warga negaranya. Sistem *welfare state* seperti ini memberikan tingkat otonomi yang tinggi dan membatasi ketergantungan individu pada keluarga dan mekanisme pasar. Adapun ideologi *welfare state* Konservatisme didasarkan pada prinsip subsidi dan dominasi skema asuransi sosial. Sistem ini membuat dekomodifikasi (aktivitas dan usaha pemerintah untuk mengurangi ketergantungan individu terhadap mekanisme pasar dan juga pekerjaannya dalam rangka meningkatkan kesejahteraannya) berada pada level menengah dan stratifikasi sosial menjadi tinggi. Sedangkan ideologi *welfare state* rezim liberal didasarkan pada gagasan dominasi pasar dan penyediaan oleh swasta. Negara idealnya hanya baru ikut campur untuk memerangi kemiskinan dan menyediakan kebutuhan dasar seperti layanan kesehatan dan pendidikan dengan terlebih dahulu menggunakan *means test* (penyelidikan terhadap kondisi keuangan seseorang yang mengajukan permohonan bantuan sosial dari negara). Konsekuensinya dekomodifikasi sangat rendah sedangkan stratifikasi sosial tinggi.¹⁶

Keterkaitan antara dua kategori besar *welfare state* (institutional dan residualist) dengan tiga tipologi rezim *welfare state* ala Esping-Andersen adalah: tipologi konservatif lebih condong pada model residualist yang ditambah dengan dukungan khusus struktur sosial tradisional seperti keluarga. Tipologi liberal setara dengan model residualist karena menekankan pada program *social insurance*, sedangkan *social welfare* hanya diberikan terutama untuk kalangan masyarakat sangat miskin dengan menggunakan *means test*. Warga negara dapat memilih program asuransi sosial yang ditawarkan pasar yang sesuai dengan kemampuannya. Sedangkan tipologi sosial demokratik adalah sama dengan model institutional karena negara memberikan jaminan kesejahteraan untuk semua warga baik kaya maupun miskin, meskipun tetap mempertahankan penekanan kuat pada kesempatan kerja penuh.¹⁷

Berdasarkan dekomodifikasi dan sosialstratifikasi indeks menurut Esping-Andersen, Swedia, Norwegia dan Denmark masuk tipologi rezim sosial demokratik, sedangkan Perancis dan Jerman masuk kategori rezim konservatis. Amerika Serikat tergolong rezim liberal bersama Inggris.¹⁸ Awalnya Inggris hampir memiliki karakter *welfare state* yang sama dengan Perancis dan Jerman, akan tetapi sejak

¹⁶ Emanuele Ferragina and Martin Seeleib-Kaiser, "Welfare Regime Debate: Past, Present, Futures," *Policy & Politics*, vol. 39, no. 4, (2011), p. 584.

¹⁷ Neville Harris, "welfare state", *The New Oxford Companion to Law*.

¹⁸ Emanuele Ferragina and Martin Seeleib-Kaiser, "Welfare Regime Debate", 585.

era 1970 menjadi lebih dekat ke arah liberal karena pemerintah membatasi diri dalam menggunakan program kesejahteraan, yakni hanya untuk mengatasi kesenjangan sosial.¹⁹ Pertanyaan kemudian, bagaimana dengan konsep *welfare state* dalam dasar negara Indonesia? Apakah rumusan ideologi *welfare state* (keadilan/kesejahteraan sosial) yang terdapat dalam dasar negara Indonesia mewajibkan pemerintah untuk mengembangkan model *institutionalwelfare state* seperti yang diklaim oleh para pemohon uji materil Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional?

WELFARE STATE DALAM DASAR NEGARA INDONESIA

Para pendiri negara Indonesia telah menyepakati bahwa salah satu tujuan didirikannya negara Indonesia adalah agar keadilan dan kemakmuran bangsa Indonesia bisa diwujudkan. Unsur-unsur *welfare state* ini telah dimasukkan ke dalam dasar negara Indonesia (Pancasila dan UUD 1945) pada saat persiapan rapat pembahasan persiapan dan paska kemerdekaan negara Indonesia. Pembukaan UUD 1945 yang memuat rumusan tujuan negara Indonesia dan juga Pancasila menyatakan bahwa negara Indonesia dibentuk "... untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia ... dengan berdasar kepada [disini kemudian teks Pancasila muncul] ... keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia."²⁰

Rumusan dasar ideologi *welfare state* tadi ("memajukan kesejahteraan umum" dan sila kelima Pancasila "keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia") kemudian dimanifestasikan ke dalam batang tubuh konstitusi negara Indonesia untuk dijadikan pedoman hidup berbangsa dan penyelenggaraan kenegaraan. Dalam Pasal 34 UUD 1945 pra amandemen, negara menyatakan bertanggung jawab untuk memelihara fakir miskin dan anak-anak terlantar. Pasca amandemen keempat, tugas negara di bidang kesejahteraan sosial ini diperluas dengan tambahan tanggung jawab untuk mengembangkan sistem jaminan sosial dan memberdayakan kelompok masyarakat miskin, serta memberikan pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum bagi rakyatnya.²¹

¹⁹ Ed lain McLean and Alistair McMillan. MC "welfare state" *The Concise Oxford Dictionary of Politics*.

²⁰ Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, Alinea ke-IV.

²¹ Undang-Undang Dasar 1945, pasal 34(1-3).

Menurut ahli Pancasila, sila kelima Pancasila tidak dimaksudkan untuk membuat Indonesia menjadi negara sosialis ataupun liberal dimana eksploitasi individu oleh individu lain atau oleh negara boleh terjadi.²² Ini sejalan dengan maksud para pendiri Indonesia ketika mengusulkan keadilan sosial menjadi salah satu dari lima sila Pancasila yakni negara yang akan berfungsi diantara ideologi sosialisme dan liberalisme/kapitalisme dalam mencapai tujuannya.²³ Konsekuensi dari ideologi “jalan tengah” ini adalah sektor-sektor produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikendalikan oleh negara. Namun, hak-hak kepemilikan secara teknis dilindungi oleh hukum dan pengambilan hak tersebut oleh negara harus dilakukan sesuai dengan proses hukum dengan pemberian kompensasi kepada pemilik.²⁴ Mahkamah Konstitusi dalam hal ini telah mengeluarkan beberapa putusan terkait konstitusional atau tidak privatisasi BUMN sebagaimana yang terdapat dalam Undang-Undang No. 22/2001 tentang Minyak dan Gas,²⁵ Undang-Undang No. 20/2002 tentang Ketenaga Listrikan,²⁶ dan Undang-Undang No. 7/2004 tentang Sumber Daya Air.²⁷

Keberadaan elemen *welfare state* dalam dasar negara dan jaminan pemanfaatan sektor produksi vital untuk kemakmuran rakyat belum bisa dijadikan landasan untuk menyimpulkan bahwa Indonesia adalah negara dengan model *institutional welfare state*. Sejak berdirinya negara Indonesia, belum ada pendekatan yang jelas terhadap model kesejahteraan/keadilan sosial apa yang akan dianut. Dalam rapat Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia dua hari paska proklamasi kemerdekaan, para pendiri bangsa memaknai konsep kesejahteraan/keadilan sosial antara lain melalui pendirian Departemen Kemakmuran yang salah satunya bertugas untuk mengurus makanan dan keperluan rakyat, dan Departemen Sosial untuk mengurus fakir miskin.²⁸ Dalam risalah sidang pada tanggal 19 Agustus 1945 tersebut tersirat bahwa Departemen Kemakmuran diperlukan untuk mengurus makanan dan kebutuhan rakyat (*voedsel-voorziening*) di masa peperangan dan paska peperangan saat itu. Karena sebagian anggota sidang beranggapan bahwa ruang lingkup Departemen Kemakmuran sangat besar serta urusan makanan dan

²² Lihat Musthafa Kamal Pasha, et al., *Pancasila dalam Tinjauan Historis, Yuridis dan Filosofis*, 2nd ed. (Yogyakarta: Citra Karsa Mandiri, 2002), 180-181.

²³ Lihat pidato Muh. Yamin tanggal 29 Mei 1945, pidato Soepomo tanggal 31 Mei 1945, dan pidato Sekarno tanggal 1 Juni 1945 dalam Sekretariat Negara Republik Indonesia, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan – Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia 28 Mei 1945 – 22 Agustus 1945* (Jakarta: Sekretariat Negara RI, 1995), 25-26, 42-43, 78-80.

²⁴ Undang-Undang Dasar 1945, pasal 28H(4), pasal 33(2)(3).

²⁵ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi, No. 002/PUU-I/2003.

²⁶ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi No. 022/PUU-I/2003.

²⁷ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi No. 58-59-60/PUU-II/2004.

²⁸ Sekretariat Negara Republik Indonesia, “*Risalah*,” 481-499, 511-512.

kebutuhan rakyat bersifat **sementara**, ini kemudian menimbulkan perdebatan tentang perlu tidaknya satu departemen khusus untuk mengurus kebutuhan rakyat di bawah Departemen Sosial dan juga kemana urusan kesejahteraan rakyat lainnya seperti kesehatan akan ditangani.²⁹

Dalam perjalanannya kemudian, negara ternyata tidak memainkan peran lebih besar dari masyarakat atau organisasi masyarakat sipil dalam memelihara orang-orang miskin dan anak terlantar serta memberdayakan kelompok kurang mampu. Berbagai organisasi sosial kemasyarakatan terutama yang berbasis keagamaan justru lebih mempunyai program layanan sosial berkelanjutan seperti panti asuhan, rumah sakit, kredit mikro dan bantuan tunai bagi orang-orang miskin. Di era pemerintahan Abdul Rahman Wahid, Departemen Sosial bahkan sempat dibekukan dengan alasan urusan kesejahteraan sosial seharusnya bukan diurus oleh negara karena masyarakat (*civil society*) yang lebih tahu cara mengatasinya, dan juga tugas ini bisa dilimpahkan kepada departemen-departemen terkait lainnya. Paska krisis ekonomi hebat pada tahun 1997, berbagai program kesejahteraan sosial yang diberikan oleh pemerintah, seperti perawatan kesehatan gratis, beras dan subsidi minyak atau bantuan tunai langsung, dianggap lebih sebagai tindakan reaktif semata terhadap dampak krisis ekonomi yang menyebabkan jumlah orang yang hidup di bawah garis kemiskinan di Indonesia meningkat. Adapun sistem jaminan sosial yang mencakup seluruh warga Indonesia belum ada; hanya empat sistem yang didasarkan pada pekerjaan dan sumbangan wajib (premium) peserta kepada penyelenggara sistem jaminan sosial. Sistem ini dijalankan oleh empat perusahaan milik negara (yaitu PT Jamsostek, PT Taspen, PT Asabri, dan PT Askes),³⁰ dan hanya mencakup pekerja di sektor formal dan anggota keluarga langsung mereka. Ini berarti hanya dua puluh empat juta penduduk Indonesia yang tercakup dalam sistem jaminan sosial, dan sekitar tujuh puluh juta baru saja terdaftar sebagai penerima manfaat dari program Jaminan Kesehatan Masyarakat (Jamkesmas),³¹ sedangkan 164 juta penduduk Indonesia lain belum mendapatkan perlindungan jaminan sosial apapun dari negara.³²

²⁹ *Ibid.*, 481, 491-494.

³⁰ PT Jaminan Sosial Tenaga Kerja (PT. Jamsostek) menyediakan perlindungan asuransi kesehatan, asuransi kecelakaan kerja, pensiun, dan asuransi jiwa bagi tenaga kerja di sektor formal; PT Tabungan Asuransi Pensiun (PT. Taspen) untuk pegawai negeri sipil; PT Asuransi Sosial Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (PT. Asabri) untuk anggota ABRI, POLRI dan pegawai negeri di lingkungan Kementerian Pertahanan; dan PT Asuransi Kesehatan (PT. Askes) untuk pegawai negeri sipil, pensiunan dan veteran. Lihat Penjelasan Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional: "I. Umum"; "Sejarah", PT. Jamsostek: *Company Profile*, <http://www.jamsostek.co.id/content/i.php?mid=2> (accessed Aug. 24, 2011); "Profil Bisnis", PT. Asabri: *Tentang Kami*, <http://www.asabri.co.id/profilbisnis.php> (accessed Aug. 24, 2011).

³¹ Jaminan Kesehatan Masyarakat (Jamkesmas) adalah perlindungan kesehatan universal didanai oleh pemerintah pusat dari pendapatan pajak umum. Penerima manfaat, yaitu kelompok masyarakat yang hidup di bawah garis kemiskinan. Penerima Jamkesmas tidak dibebani dengan pembayaran premi, mereka juga tidak dikenakan biaya berobat (co-payment) pada saat kunjungan. Program Jamkesmas dijalankan oleh Departemen Kesehatan. See e.g. "Indonesia: Jamkesmas," *Joint Learning Network for Universal Health Coverage*, <http://www.jointlearningnetwork.org/content/jamkesmas> (accessed Aug. 21, 2011).

³² "Langkah Linglung RUU BPJS," *Kompas.com: Nasional* 29/07/2011, <http://nasional.kompas.com/read/2011/07/29/10212420/Langkah.Linglung.RUU>.

Perkembangan terakhir tentang kebijakan pemerintah menyangkut kesejahteraan/keadilan sosial menunjukkan bahwa Indonesia semakin dekat ke arah bentuk *welfare state*. Pada tahun 2009, UU No 11/2009 tentang Kesejahteraan Sosial disahkan untuk memastikan bahwa kebutuhan dasar orang-orang miskin, yatim piatu dan manula yang terlantar, orang dengan penyakit kronis atau cacat yang mengalami ketidakmampuan sosial-ekonomi, dipenuhi dengan menyediakan jaminan sosial dalam bentuk asuransi kesejahteraan sosial dan bantuan langsung tunai (pasal 9 (1a) (2)). Premi untuk asuransi kesejahteraan sosial akan dibayarkan oleh pemerintah (pasal 10 (1) (2)). Sebelumnya, DPR telah mengundang UU No 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional dimana pemerintah akan mengadakan lima program jaminan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Kelima program tersebut adalah asuransi kesehatan, asuransi kecelakaan kerja, pesangon kerja, pensiun, dan asuransi jiwa (pasal 18). Semua program jaminan sosial tadi didasarkan pada pekerjaan dan sumbangan wajib yang diberikan peserta ke penyelenggara program (Badan Penyelenggara Jaminan Sosial). Meskipun demikian, selama ini siasiprogram, pemerintah akan membayar premi asuransi kesehatan untuk masyarakat miskin dan mereka yang tidak mampu membayar premi, misalnya karena diberhentikan dari pekerjaan atau cacat permanen dari kecelakaan kerja (Pasal 17(4), 20(1), dan 21 (1) (2) (3)).

Kebijakan pemerintah untuk menyelenggarakan sistem jaminan sosial yang berlaku universal bagi seluruh warga negara Indonesia adalah konsekuensi dari amendemen kedua UUD 1945 yang disetujui pada tanggal 18 Agustus, 2000 terutama tentang Hak Asasi Manusia (“Setiap orang berhak atas jaminan sosial ...” vide Pasal 28H (3)). Juga, amendemen keempat yang disetujui pada 10 Agustus 2002, khususnya revisi klausul kesejahteraan sosial, dimana pemerintah bertanggung jawab untuk mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia (pasal 34 (2)). Dalam pandangan Majelis Permusyawaratan Rakyat, sebagai lembaga yang berwenang membuat dan mengubah undang-undang dasar, fungsi negara untuk mengembangkan jaminan sosial dimaksud bukan hanya dipandang masih tetap relevan melainkan justru dipertegas guna mewujudkan cita-cita kesejahteraan umum sebagaimana dimaksud oleh Pembukaan UUD 1945 alinea keempat.³³ Yang menjadi persoalan, apakah tujuan negara “kesejahteraan/keadilan sosial” bagi seluruh warga negara Indonesia dan juga mandat konstitusi untuk menyelenggarakan sistem jaminan sosial itu

BPJS (accessed July 29, 2011).

³³ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-VIII/2010, hlm. 264.

harus diwujudkan dalam bentuk negara memposisikan diri bertanggung jawab untuk menjamin **standar hidup yang layak bagi semua warga** dan memberikan **hak-hak universal**? Dengan kata lain, tidak konstitusional kah jika pemerintah menyelenggarakan sistem jaminan sosial berbasis sumbangan wajib (premium) karena menurut para penggugat UU No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional dasar negara Indonesia sudah mewajibkan negara untuk menjamin kesejahteraan seluruh warga negara (*institutional welfare state*)?

ANALISIS UNDANG-UNDANG NO. 40/2004 TENTANG SISTEM JAMINAN SOSIAL NASIONAL

Sejak disahkan dan diundangkan pada 19 Oktober 2004, Undang-Undang ini telah mengalami dua kali uji materil yaitu pada tahun 2005 dan 2010. Pada tahun 2005, undang-undang ini digugat konstitusionalitasnya oleh empat pemohon yang terdiri dari enam orang perorangan yang bertindak untuk dan atas nama badan berikut: DPRD Propinsi Jawa Timur, Badan Penyelenggara Jaminan Pemeliharaan Kesehatan Masyarakat Propinsi Jawa Timur, Satuan Pelaksana Jaminan Pemeliharaan Kesehatan Masyarakat Rembang Sehat, dan Perhimpunan Badan Penyelenggara Jaminan Pemeliharaan Kesehatan Masyarakat.³⁴ Menurut para pemohon, Undang-Undang No. 40/2004 khususnya Pasal 5 ayat (1)³⁵(3)³⁶(4)³⁷ dan Pasal 52³⁸ telah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 18 ayat (1)(2)(5)(6)(7)³⁹, Pasal 18A⁴⁰Jo.Pasal 1 ayat (3),⁴¹ Pasal 28D

³⁴ Terhadap permohonan ini, Mahkamah Konstitusi menyatakan tidak semua pemohon (Pemohon II dan III) pada perkara tahun 2005 memiliki legal standing sebagai perorangan warga negara dan/atau badan hukum privat yang hak dan atau kewenangan konstitusionalnya telah dilanggar oleh berlakunya Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional (vide Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi). Contohnya Pemohon III (Ketua Perhimpunan BPJP Kesmas yang bertindak untuk dan atas nama organisasi tersebut) dianggap tidak memiliki legal standing karena dalam permohonannya Pemohon III lebih menjelaskan kualifikasinya sebagai warga negara Indonesia. Konsekuensinya, menghubungkan hak masyarakat untuk untuk memberikan masukan dalam rangka pembahasan Perda dan mendalilkannya sebagai kerugian konstitusional Pemohon III sebagai perorangan warga negara akibat berlakunya Pasal 5 ayat (1)(3)(4) undang-undang a quo adalah "konstruksi pemikiran yang tidak tepat." Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi No. 007/PUU-III/2005, hlm. 239-240.

³⁵ "Badan Penyelenggara Jaminan Sosial harus dibentuk dengan Undang-Undang."

³⁶ "Badan Penyelenggara Jaminan Sosial sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah: a. Perusahaan Perseroan (Persero) Jaminan Sosial Tenaga Kerja (JAMSOSTEK); b. Perusahaan Perseroan (Persero) Dana Tabungan dan Asuransi Pegawai Negeri (TASPEN); c. Perusahaan Perseroan (Persero) Asuransi Sosial Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (ASABRI); dan d. Perusahaan Perseroan (Persero) Asuransi Kesehatan Indonesia (ASKES)."

³⁷ "Dalam hal diperlukan Badan Penyelenggara Jaminan Sosial selain dimaksud pada ayat (3), dapat dibentuk yang baru dengan Undang-Undang."

³⁸ Pasal ini berisi ketentuan peralihan yang menyatakan bahwa empat penyedia layanan asuransi sosial yang telah dibentuk sebelumnya oleh Pemerintah (PT. Jamsostek, PT. Taspen, PT. Asabri dan PT. Askes) dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang belum disesuaikan dengan ketentuan UU No. 40/2004 ini. Dalam waktu 5 tahun, pemerintah akan membentuk satu Badan Penyelenggara Jaminan Sosial sebagaimana diamanatkan oleh UU No. 40/2004 ini.

³⁹ Pasal dan ayat-ayat ini terkait dengan Pemerintahan Daerah, dimana Negara Kesatuan Republik Indonesia mengakui hak pemerintah daerah baik propinsi, kabupaten, atau kota, untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahannya menurut asas otonomi dan tugas pembantuan. Otonomi diberikan seluas-luasnya, kecuali untuk urusan pemerintahan yang ditetapkan oleh UU sebagai wewenang pemerintah pusat, dan pemerintah daerah berhak menetapkan peraturan daerah dalam menjalankan tugasnya tersebut.

⁴⁰ Pasal ini menyatakan Undang-Undang akan dikeluarkan untuk lebih lanjut mengatur hubungan kewenangan antara pemerintah pusat dan daerah. Demikian juga dengan hubungan keuangan, pelayanan umum dan pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya.

⁴¹ "Negara Indonesia adalah Negara hukum."

ayat (1)(3),⁴² Pasal 28I ayat (2),⁴³ dan Pasal 33 ayat (4)(5).⁴⁴ Konsekuensinya, hak/kewenangan konstitusional pemohon telah dirugikan karena, misalnya Pemohon I dan II, kewenangan pemerintah daerah untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan tidak dapat dijalankan.⁴⁵ Menurut Pemohon I dan II, penanganan bidang kesehatan dan pengembangan sistem jaminan sosial merupakan urusan wajib yang menjadi tanggung jawab pemerintah daerah. Dengan adanya Undang-Undang No. 40/2004 Pasal *a quo* akan menghambat tercapainya tujuan pemberian otonomi luas kepada daerah yang diarahkan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan dan peran serta masyarakat karena penyelenggaraan jaminan sosial, diselenggarakan hanya oleh empat BUMN sebagai Badan Penyelenggara Jaminan Sosial (BPJS) dan pembentukan BPJS yang baru harus dengan undang-undang.⁴⁶

Pada tahun 2010, undang-undang ini digugat konstitusionalitasnya oleh sepuluh orang pemohon yang terdiri dari tujuh orang perorangan dan tiga badan, yaitu Dewan Kesehatan Rakyat, Perkumpulan Serikat Rakyat Miskin Kota, dan Front Nasional Perjuangan Buruh Indonesia.⁴⁷ Menurut para pemohon, Undang-Undang No. 40/2004 secara substansi masih menyisakan masalah sehingga banyak pihak yang menolaknya. Hal ini disebabkan undang-undang ini tidak mencerminkan aspirasi masyarakat yang menghendaki sistem jaminan sosial yang berpihak pada rakyat khususnya masyarakat miskin yang merupakan kelompok mayoritas di masyarakat Indonesia. Undang-undang ini hanya mencakup kelompok masyarakat yang mampu membayar premi dan iur tanggung (*co-insurance/co-payment*) dari program-program asuransi sosial yang diadakan oleh pemerintah. Konsekuensinya, masyarakat miskin yang jumlahnya masih dominan di Indonesia tidak berhak mendapat jaminan sosial yang layak. Alasan lain pihak pemohon adalah kelirunya paradigma yang dianut oleh pemerintah dalam menyelenggarakan program jaminan

⁴² Ayat-ayat ini berisikan jaminan konstitusi untuk warga negara terhadap kesetaraan di hadapan hukum (*equality before the law*) dan kesempatan yang sama dalam pemerintahan (*equal opportunity*).

⁴³ Ayat ini berisikan jaminan konstitusi untuk warga negara agar bebas dari perlakuan diskriminatif (*freedom from discrimination*).

⁴⁴ Ayat-ayat ini menyatakan penyelenggaraan perekonomian nasional Indonesia berdasar atas demokrasi ekonomi dimana prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional harus diutamakan.

⁴⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 007/PUU-III/2005, hlm. 16-17.

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 18

⁴⁷ Mahkamah Konstitusi menyatakan semua pemohon memiliki kedudukan hukum. Kesimpulan Mahkamah Konstitusi terhadap legal standing para pemohon perkara *a quo* semakin menegaskan konsistensi Mahkamah dalam menerapkan lima persyaratan ada/tidak adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional vide Putusan MK No. 006/PUU-III/2005 dan No. 11/PUU-V/2007. Karena, tidak semua pemohon mengalami kerugian aktual tapi hanya potensial dengan berlakunya undang-undang *a quo*; seperti pada perkara tahun 2010-2011, Pemohon IX sebagai organisasi serikat buruh akan menghadapi kesulitan dalam memperjuangkan hak-hak kesejahteraan anggotanya, sedangkan Pemohon X sebagai seorang peneliti dampak perdagangan bebas turut mengajukan permohonan lebih dalam rangka menjalankan perannya sebagai warga negara yang baik (*good Samaritan doctrine*).

sosial. Menurut pemohon, sistem jaminan sosial nasional semestinya menjadi tanggung jawab negara, dan bukan melimpahkannya kepada perusahaan asuransi yang nota bene beorientasi profit sehingga tidak ada jaminanakan melaksanakan fungsi sosialnya.⁴⁸

Para pemohon kemudian secara spesifik mempermasalahkan konstitusionalitas Pasal 17 ayat (1)(2)(3) undang-undang *a quo* terhadap Undang-Undang Dasar 1945 khususnya Pembukaan, Pasal 28D ayat (1), 28H ayat (2)(3), 28I ayat (2)(4)(5) dan Pasal 34. Alasan para pemohon adalah sebagai berikut:

- a. Ketentuan pelaksanaan jaminan sosial yang mewajibkan kepada pesertanya untuk membayar premi dan iur tanggung jika sakit (*vide* Pasal 17 ayat (1)) adalah bukti bahwa negara mengabaikan kewajibannya untuk menjamin hak asasi warga negaranya yang miskin untuk mendapatkan jaminan kepastian pemeliharaan dari negara (*vide* Pasal 34 ayat (1)) yang merupakan tanggung jawab negara untuk melaksanakannya (*vide* Pasal 28I ayat (4)).⁴⁹
- b. Ketentuan pemberian wewenang kepada pemberi kerja untuk memungut iuran dari pekerjanya, dan kemudian membayarkan iuran tersebut, setelah ditambahi dengan kewajiban pihak pemberi kerja, kepada badan penyelenggara jaminan sosial (*vide* Pasal 17 ayat (2)) merupakan tindakan pelimpahan wewenang beban tanggung jawab negara kepada warga negara dan sektor swasta. Padahal negara bertanggung jawab untuk menjamin kesejahteraan warga negaranya (*vide* Pasal 34 ayat (2)(3)).⁵⁰
- c. Ketentuan besaran premium untuk masing-masing program jaminan sosial yang ditetapkan berdasarkan perkembangan sosial, ekonomi, dan kebutuhan dasar hidup yang layak (*vide* Pasal 17 ayat (3)) berpotensi menciptakan sistem kasta dalam pemberian pelayanan sosial bagi warga miskin dan warga kaya serta satu daerah dengan daerah lain. Akibatnya prinsip-prinsip keadilan (*vide* Pasal 28D ayat (1), kesetaraan (*vide* Pasal 28H ayat (2)(3)), dan anti diskriminasi (*vide* Pasal 28I ayat (2)(4)(5)) yang ada dalam konstitusi diabaikan oleh undang-undang *a quo*.⁵¹

Terhadap dua permohonan uji materil ini, Mahkamah Konstitusi pada perkara tahun 2005 mengabulkan sebagian gugatan pemohon, yakni menyatakan Pasal 5 ayat (2)(3)(4) Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial

⁴⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-VIII/2010, hlm. 4-6.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 17-20.

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 20-21.

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 21-22.

Nasional bertentangan dengan UUD 1945 dan oleh sebab itu tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat, sedangkan terhadap Pasal 52 Mahkamah berpendapat permohonan tidak beralasan karena pasal ini justru dibutuhkan untuk mengisi kekosongan hukum karena belum adanya badan penyelenggara jaminan sosial yang memenuhi persyaratan agar undang-undang *a quo* bisa dilaksanakan. Ini berarti Mahkamah mengakui wewenang pemerintah daerah untuk melaksanakan fungsi pelayanan sosial bagi warga negarasebagaimana amanat dari Pembukaan UUD 1945 (“...untuk memajukan kesejahteraan umum ...”) dengan membentuk badan penyelenggara tersendiri di tingkat daerah.⁵² Eksklusivitas penyelenggaraan sistem jaminan sosial oleh pemerintah pusat yang dianut oleh Pemerintah dan DPR ditolak oleh Mahkamah karena dianggap bertentangan dengan makna negara yang di dalamnya juga mencakup Pemerintahan Daerah (vide Pasal 18 UUD 1945 yang kemudian dijabarkan oleh Undang-Undang Pemerintahan Daerah No. 32/2004). Sedangkan eksklusivitas penyelenggaraan sistem jaminan sosial oleh pemerintah daerah yang didalilkan oleh Pemohon juga ditolak oleh Mahkamah dengan alasan bertentangan dengan nilai keadilan dalam penyelenggaraan jaminan sosial bagi seluruh masyarakat Indonesia yang diamanatkan oleh Pasal 34 UUD 1945. Bisa jadi nanti hanya daerah-daerah yang ber-PAD besar saja mampu menyelenggarakan sistem jaminan sosial dan belum tentu jaminan sosial yang diberikan cukup memenuhi standar kebutuhan hidup yang layak antara satu daerah dengan daerah lain. Konsekuensinya, seseorang harus pindah dari tempat tinggalnya untuk mencari jaminan sosial yang lebih layak di daerah lain.⁵³

Pada perkara tahun 2010, Mahkamah menolak seluruh permohonan para Pemohon dan menganggap dalil-dalil para pemohon tentang inkonstitusionalitas sistem asuransi sosial dalam kerangka ideologi *welfare state* yang dianut di Indonesia (vide Pasal 34 UUD 1945) sebagai tidak beralasan. Pendapat Mahkamah ini mempertegas putusan Mahkamah sebelumnya No. 007/PUU-III/2005 tentang konstitusionalitas sistem asuransi sosial yang dikembangkan Undang-Undang Sistem Jaminan Sosial Nasional. Mahkamah berpendapat, dengan mengutip putusan No. 007/PUU-III/2005, sepanjang menyangkut sistem jaminan sosial yang dipilih:

...UU SJSN telah cukup memenuhi maksud Pasal 34 ayat (2) UUD 1945, dalam arti bahwa sistem jaminan sosial yang dipilih UU SJSN telah cukup menjabarkan maksud Undang-Undang Dasar

⁵² Putusan Mahkamah Konstitusi No. 007/PUU-III/2005, hlm. 263-265.

⁵³ *Ibid.*, hlm. 266-267.

yang menghendaki agar sistem jaminan sosial yang dikembangkan mencakup seluruh rakyat dan bertujuan untuk meningkatkan keberdayaan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan ...⁵⁴

Dengan mengadopsi sistem asuransi sosial, Indonesia berarti cenderung pada model *institutionalist welfare state* **versi rejim Konservatif** karena program jaminan sosial tidak sepenuhnya diserahkan kepada mekanisme pasar (swasta). Ketentuan yang menyebutkan empat perusahaan asuransi yang ada otomatis menjadi badan penyelenggara jaminan sosial telah dibatalkan oleh Mahkamah dalam putusan pada perkara tahun 2005. Pemerintah tetap bertanggung jawab terhadap jaminan sosial seluruh warga negara dengan menyelenggarakan program jaminan sosial yang dikelola oleh sebuah badan hukum yang dibentuk pemerintah berdasarkan undang-undang. Disamping itu, prinsip subsidi yang menjadi ciri dari rejim Konservatif juga diterapkan dimana pemerintah bertanggung jawab terhadap warga negara yang miskin dan/atau tidak mampu untuk membayar iuran wajib asuransi kesejahteraan sosial (vide Pasal 10(1-2) UU No. 11/2009 tentang Kesejahteraan Sosial) dan asuransi kesehatan (vide Pasal 17(4), 20(1), dan 21 (1) (2) (3) UU No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional). Mahkamah ternyata membenarkan tafsiran ideologi *welfare state* versi pemerintah yang cenderung kepada kebijakan **institutionalist yang Konservatif dan bukan institutionalist yang Demokrasi Sosial** seperti yang didalilkan oleh para pemohon. Pertimbangan Mahkamah bahwa pemberlakuan sistem asuransi sosial telah sesuai dengan norma *welfare state* dalam Pembukaan UUD 1945 dan Pasal 34 bisa disarikan sebagai berikut:

Pertama: paham negara kesejahteraan Indonesia adalah paham yang terbuka terhadap model *welfare state* yang ada; konstitusi negara Indonesia telah memberikan kriteria konstitusionalnya, yaitu Pasal 34 ayat (2) “komprehensif dan pemberdayaan masyarakat tidak mampu”; sepanjang sistem yang kemudian dianut oleh pemerintah telah memenuhi kriteria Konstitusional tadi, maka sistem itu sesuai dengan paham negara kesejahteraan Indonesia.

Kedua: konsep jaminan sosial dalam UU SJSN yang mewajibkan orang yang memenuhi syarat untuk menjadi peserta asuransi dan kemudian untuk membayar premi program-program jaminan sosial, sedangkan pemerintah membiayai orang

⁵⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-VIII/2010, hlm. 91. Jo. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 007/PUU-III/2005, hlm. 263. Karena Mahkamah mempunyai pendirian yang sama pada kedua perkara, pertimbangan hukum yang dipakai Mahkamah pada putusan No. 007/PUU-III/2005 mutatis mutandis diterapkan putusan No. 50/PUU-VIII/2010.

yang tidak mampu membayar premi, telah menerapkan prinsip asuransi sosial dan kegotong-royongan.

Pertimbangan Mahkamah bahwa paham negara kesejahteraan yang dianut Indonesia adalah paham yang terbuka lebih sesuai dengan fakta sejarah kebijakan kesejahteraan sosial (*social welfare*) di Indonesia. Para pendiri negara tidak menetapkan secara spesifik model *welfare state* seperti apa yang dimaksud oleh Pancasila dan UUD 1945, padahal waktu paham negara kesejahteraan Indonesia dimasukkan ke dalam dasar negara tahun 1945 itu dua model *welfare state* (*institutionalist* dan *residualist*) beserta tiga variasinya (Demokrasi Sosial, Konservatif, dan Liberal) sudah berkembang. Dalam perjalanan kehidupan berbangsa, negara ternyata juga tidak lebih berperan besar dari *civil society* (keluarga dan masyarakat) dalam memajukan kesejahteraan umum. Negara terlihat baru berperan besar melalui program sosialnya (Jamkesmas, bantuan langsung tunai, subsidi, dan operasi pasar) ketika isu kesenjangan sosial semakin nyata sebagai akibat dari krisis ekonomi yang menyebabkan jumlah masyarakat miskin meningkat dan juga daya beli masyarakat untuk memenuhi kebutuhan pokok menurun tajam. Keseluruhan program sosial ini merupakan bagian dari kebijakan *welfare state*, karena *welfare state* tidak hanya terkait dengan pemberian jaminan sosial, tapi juga kebijakan menyangkut kesejahteraan warga negara yang ditujukan untuk memperbaiki dampak eksternal ekonomi pasarmelalui alokasi program-program sosial dalam belanja publik/anggaran.⁵⁵

Konsep dan model *welfare state* sangat cair (*fluid*) dalam prakteknya, dan juga sering mengalami transisi dari satu model ke model lain. Contohnya model *welfare state* di Inggris sejak era 1970 menjadi lebih dekat ke arah bentuk Liberal dari Konservatif, karena pemerintah membatasi diri dalam menggunakan program kesejahteraan, yakni hanya untuk mengatasi kesenjangan sosial.⁵⁶ Dalam prakteknya juga, negara-negara yang mengadopsi *institutionalist-demokrasi sosial welfare state* (Swedia, Norwegia dan Denmark) ternyata adalah negara maju yang berpaham pasar. Fakta lain, Bo Rothstein menemukan alokasi anggaran negara-negara industri maju untuk belanja publik, termasuk di dalamnya program sosial, meningkat secara dramatis sejak era 1960. Padahal negara-negara industri maju ini memiliki kecenderungan beragam dalam menjalankan konsep *welfare state*: Demokrasi Sosial bagi negara-negara Skandinavia; Konservatif bagi rata-rata negara

⁵⁵ Lihat Bo Rothstein, *Just Institution Matter: The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998), 28.

⁵⁶ Ed Iain McLean and Alistair McMillan. MC "welfare state".

Europa, dan Liberal bagi Amerika Serikat.⁵⁷ Kenyataan ini tentu membalikkan logika para pemohon uji materil undang-undang sistem jaminan sosial yang menyatakan bahwa ideologi pasar tidak kompatibel dengan konsep *welfare state*. Atau, yang dimaksud dengan jaminan sosial dalam konsep *welfare state* hanya mencakup program kesejahteraan sosial (*social welfare*) dan bukan program asuransi sosial (*social insurance*). Konsekuensinya, kriteria konstitusionalitas merupakan argument yang lebih valid daripada klaim bentuk atau model *welfare state* dalam menilai undang-undang sistem jaminan sosial karena lebih kontekstual dan realistis dengan kemampuan negara untuk memberikan jaminan sosial bagi warganya.

Mengingat situasi anggaran negara yang selaludefisit setiap tahun fiskal, pemerintah tidak bisa bekerja sendiri untuk mencapai tujuan negara Indonesia dalam memajukan kesejahteraan umum bagi seluruh rakyat Indonesia. Dalam konteks tradisi kontrak sosial, warga negara Indonesiayang mampu secara ekonomi menjadi bertanggung jawab secara hukum untuk mematuhi hukum negara yang terkait dengan redistribusi pendapatan dan kepemilikan alat produksi, misalnya melalui penerapan pajak.⁵⁸ UUD 1945 kemudian menyatakan hak negara untuk menarik pajak dan pungutan lainnya sepanjang diatur oleh undang-undang (Pasal 23A) dari warga negara. Dana yang diperoleh dari pajak umum ini, kemudian digunakan oleh negara untuk membiayai program kesejahteraan sosial (*social welfare*) dan juga subsidi bagi orang-orang yang tidak mampu membayar premium asuransi sosial (dalam hal ini undang-undang telah menetapkan yakni premium untuk asuransi kesejahteraan sosial vide UU No. 11/2009, dan premium untuk asuransi kesehatan vide UU No. 40/2004). Disini terlihat kelemahan argumen para pemohon ketika memaksakan negara harus menjamin standar hidup yang layak bagi seluruh warga dan memberikan hak-hak universal, karena mengabaikan perspektif pilihan rasional untuk mengadopsi bentuk *welfare state* yang sangat terkait dengan level tarif pajak yang ditarik oleh negara. Logikanya, menjamin standar hidup yang layak dan memberikan hak-hak universal kepada **seluruh warga negara** membutuhkan dana yang sangat besar. Ini bisa dipenuhi jika pendapatan negara cukup besar, dan salah satu komponen terpenting pendapatan negara modern adalah dari pajak. Jika menaikkan tarif pajak bukan menjadi pilihan untuk membiayai program jaminan sosial, tentunya opsi **sumbangan wajib**

⁵⁷ Meskipun jika dibandingkan tetap saja negara-negara beraliran Konservatif, menghabiskan anggaran untuk belanja publik sekitar 50 persen lebih banyak dari Amerika Serikat yang beraliran liberal; sedangkan negara-negara Skandinavia yang rata-rata beraliran Demokrasi Sosial membelanjakan anggaran dua kali lipat dari Amerika Serikat. Lihat *ibid.*, 18.

⁵⁸ Lihat tentang landasan filosofis pajak dalam David Lewis Schaefer, "Procedural versus Substantive Justice: Rawls and Nozick," *Social Philosophy and Policy Foundation* (2007): 165.

(premium) bagi warga negara yang mampu membayar menjadi keniscayaan karena dana pajak umum harus digunakan untuk mensubsidi warga negara yang tidak mampu untuk membayar premium. Dalam argumennya, para pemohon sama sekali tidak mempertimbangkan aspek progresivitas tarif perpajakan di Indonesia dan prinsip *welfare state* tanggung jawab publik ini. Sedangkan Bo Rothstein menemukan bahwa negara yang mengadopsi bentuk *institutionalist-demokrasi sosial* adalah negara yang menerapkan tarif pajak pendapatan yang sangat tinggi di negaranya sedangkan negara yang menerapkan tarif pajak pendapatan yang rendah cenderung menggunakan *social assistance or means-tested benefits*, yakni program yang didanai dengan pajak umum dimana manfaat program dibayarkan kepada orang-orang berpenghasilan rendah dengan melihat situasi rumah tangga mereka.⁵⁹

KESIMPULAN

Konsep *welfare state* terkait dengan tanggung jawab negara terhadap kesejahteraan warganya (*social security*). Istilah *welfare state* sangat umum dan bisa meliputi pelbagai bentuk organisasi sosial dan ekonomi. Namun, ciri dasar dari *welfare state* adalah adanya program asuransi sosial (*social insurance*) dan program kesejahteraan sosial (*social welfare*). Dalam prakteknya, seberapa besar negara bertanggung jawab terhadap kesejahteraan warganya melahirkan dua model besar *welfare state*, yaitu *institutionalist welfare state* dan *residualist welfare state*, beserta tiga variasinya: Demokrasi Sosial, Konservatif, dan Liberal. Keputusan untuk mengadopsi model *welfare state* apa ternyata tidak hanya ditentukan oleh ideologi politik-ekonomi negara tersebut, tapi juga oleh kebijakan progresivitas perpajakan yang dijalankan oleh negara tersebut. Alhasil, terdapat anomali dalam implementasi konsep *welfare state*, dimana negara-negara yang menganut ideologi liberal-ekonomi pasar seperti Swedia, Norwegia dan Denmark, justru menjamin standar hidup yang layak bagi semua warga dan memberikan hak-hak universal dalam prakteknya. Hal ini dimungkinkan karena negara-negara tersebut menerapkan tarif pajak yang tinggi sehingga negara mempunyai sumber dana yang signifikan dan berkelanjutan untuk menjadi *institutionalist welfare state* berhaluan Demokrasi Sosial.

Indonesia dengan dasar negara Pancasila dianggap sebagai negara yang berada di antara paham sosialisme dan liberalisme. Terkait dengan ideologi *welfare*

⁵⁹ Bo Rothstein, "Just Institution Matter," 28.

state, negara Indonesia tidak memiliki posisi yang jelas apakah akan menjadi *institutionalist* atau *residualist welfare state*, sampai pemerintah mengesahkan Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional. Berdasarkan undang-undang ini, pemerintah akan menyelenggarakan program jaminan sosial berbasis asuransi sosial yang berlaku untuk seluruh warga negara Indonesia. Terhadap warga negara yang tidak mampu, subsidi akan diberikan dalam bentuk pembayaran premium asuransi kesehatan dan asuransi kesejahteraan sosial. Ini menjadikan negara Indonesia condong ke arah Konservatif-*insitutionalist welfare state*. Langkah ini kemudian melahirkan dua kali gugatan terhadap undang-undang a quo yang menurut pemohon telah melanggar konstitusi negara Indonesia yang mengamanatkan negara untuk menjamin kesejahteraan seluruh warga tanpa syarat melalui program-program kesejahteraan sosial (*Demokrasi Sosial-institutionalist welfare state*).

Mahkamah Konstitusi membenarkan tafsiran ideology *welfare state* versi pemerintah dalam undang-undang a quo dengan alasan bahwa paham negara kesejahteraan Indonesia adalah paham yang terbuka. Keputusan untuk menyediakan jaminan sosial bagi seluruh warga negara Indonesia melalui program asuransi sosial bersubsidi untuk masyarakat miskin dianggap telah memenuhi kriteria konstitusional “komprehensif dan pemberdayaan masyarakat tidak mampu” dalam UUD 1945. Kriteria konstitusional ini menjadikan argumen ideologi *welfare state* lebih valid daripada tafsiran paham kesejahteraan yang kaku ala pemohon, karena lebih kontekstual dan realistis dengan kemampuan negara Indonesia untuk memberikan jaminan sosial bagi warganya.

DAFTAR PUSTAKA

- "Indonesia: Jamkesmas," *Joint Learning Network for Universal Health Coverage*, <http://www.jointlearningnetwork.org/content/jamkesmas> (accessed Aug. 21, 2011).
- "Langkah Linglung RUU BPJS," *Kompas.com: Nasional* 29/07/2011, <http://nasional.kompas.com/read/2011/07/29/10212420/Langkah.Linglung.RUU.BPJS> (accessed July 29, 2011).
- "Mereka Menolak RUU BPJS" *Kompas.com: Nasional* 29/07/2011, <http://nasional.kompas.com/read/2011/07/29/10354989/Mereka.Menolak.RUU.BPJS> (accessed, Jul. 29, 2011).
- "Profil Bisnis", *PT. Asabri: Tentang Kami*, <http://www.asabri.co.id/profilbisnis.php> (accessed Aug. 24, 2011);
- "UU Sistem Jaminan Sosial Nasional Eksploitasi Rakyat", *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Berita Internal* 16/03/2011, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.BeritaInternalLengkap&id=5134#> (accessed Aug. 24, 2011).
- "Welfare State." *Encyclopaedia Britannica*. <http://www.britannica.com/print/topic/639266> (accessed May 28, 2012).
- Adler, Michael. "Social Security and Social Welfare". *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, eds. Peter Cane and Herbert M. Kritzer, 399-423 . Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Ferragina, Emanuele and Seeleib-Kaiser, Martin. "Welfare Regime Debate: Past, Present, Futures," *Policy & Politics*, vol. 39, no. 4, (2011): 583-611.
- Harris, Neville. "Welfare State". *The New Oxford Companion to Law*, eds. Peter Cane and Joanne Conaghan. Oxford University Press Inc. Oxford Reference Online. Oxford University Press. University of Washington. <http://www.oxfordreference.com.offcampus.lib.washington.edu/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t287.e2323> (accessed 28 May 2012).
- McLean, Ed Iain and McMillan, Alistair. MC. "Welfare State". *The Concise Oxford Dictionary of Politics*. Oxford University Press 2009. *Oxford Reference Online*. Oxford University Press. University of Washington. <http://>

www.oxfordreference.com.offcampus.lib.washington.edu/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t86.e1462 (accessed 28 May 2012).

Nuryartono, Nunung dan Saparini, Hendri. "Kesenjangan Ekonomi Sosial dan Kemiskinan." *Ekonomi Konstitusi: Haluan Baru Kebangkitan Ekonomi Indonesia*, eds. Soegeng Sarjadi dan Iman Sugema, 269-295. Jakarta: Soegeng Sarjadi Syndicate, 2009.

Pasha, Musthafa Kamal, et al. *Pancasila dalam Tinjauan Historis, Yuridis dan Filosofis*. Yogyakarta: Citra Karsa Mandiri, 2002.

PT. Jamsostek: Company Profile, <http://www.jamsostek.co.id/content/i.php?mid=2> (accessed Aug. 24, 2011);

Rothstein, Bo. *Just Institution Matter: The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998), 18.

Schaefer, David Lewis. "Procedural versus Substantive Justice: Rawls and Nozick," *Social Philosophy and Policy Foundation* (2007): 165.

Sekretariat Negara Republik Indonesia, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan – Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia 28 Mei 1945 – 22 Agustus 1945*. Jakarta: Sekretariat Negara RI, 1995.

Sen, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Anchor Books, 2000.

Undang-Undang No. 40/2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional.

Putusan Mahkamah Konstitusi, No. 002/PUU-I/2003.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 022/PUU-I/2003.

Putusan Mahkamah Konstitusi No 58-59-60/PUU-II/2004.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 007/PUU-III/2005.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-VIII/2010.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 1/PUU-VII/2009.

Hak Menguasai Negara Atas Mineral dan Batubara Pasca Berlakunya Undang-Undang Minerba

Victor Imanuel Williamson Nalle

Rush in Social Economics Study Group (Rustig)

Jl. Bukit Cemara Tidar E2/1, Kelurahan Karangbesuki,

Kecamatan Sukun, Kota Malang

E-mail: vicnalle@yahoo.com

Naskah diterima: 3/08/2012 revisi: 7/08/2012 disetujui: 9/08/2012

Abstrak

Mineral dan batubara merupakan salah satu potensi sumber daya alam Indonesia. Agar sumber daya alam tersebut dapat membawa kesejahteraan bagi rakyat Indonesia maka diperlukan kebijakan pertambangan yang berpihak kepada kepentingan ekonomi nasional. Pengalaman Indonesia selama Orde Baru menunjukkan kebijakan pertambangan lebih berpihak pada kepentingan modal asing melalui mekanisme kontrak karya yang menempatkan negara sebagai pihak yang inferior. Hak menguasai negara atas mineral dan batubara tidak terlihat dalam kebijakan pertambangan Orde Baru. Sejak diberlakukannya UU No.4 Tahun 2009, hak menguasai negara tersebut tampak melalui sistem perizinan. Selain itu peran modal nasional di sektor pertambangan juga dibangkitkan melalui mekanisme divestasi.

Kata kunci: hak menguasai negara, Izin Usaha Pertambangan, divestasi, negara kesejahteraan

Abstract

Mineral and coal is one of Indonesia's natural resource potential. Natural resources can bring prosperity for the people of Indonesia. Therefore we need a pro-mining policies of national economic interests. The experience of Indonesia during the New Order show the mining policy in favor of the interests of foreign capital through the mechanism of the work contract that puts the state as the inferior party. State's right to control the mineral and coal mining policy does not appear in the New Order. Since the enactment of Law Number 4 of 2009, it seemed right to control the state through the licensing system. Besides the role of national capital in the mining sector also raised through divestment mechanism.

Keywords: *state's right to control, Mining License, divestment, welfare state*

PENDAHULUAN

Negara Indonesia sejak dulu terkenal dengan kekayaan sumber daya alamnya baik di bidang perkebunan, pertanian, perikanan, dan bahkan pertambangan. Daya tarik itu jugalah yang menjadi pemicu kedatangan bangsa Belanda ke tanah Indonesia, yaitu karena tertarik akan kekayaan rempah-rempah. Hasil alam yang sangat dibutuhkan bangsa Belanda namun sukar untuk diperoleh di tanah airnya sendiri. Hampir di seluruh wilayah negara Republik Indonesia memiliki sumber daya alam yang berpotensi besar untuk menyejahterakan rakyat.

Salah satu sumber daya alam yang berpotensi untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat adalah pertambangan. Pulau Sumatera memiliki kekayaan alam hasil tambang berupa minyak bumi, batu bara, tembaga, timah, granit, dan beberapa hasil tambang lainnya. Pulau Kalimantan menyimpan kekayaan tambang berupa batu bara dan minyak bumi. Pulau Jawa yang memiliki hasil tambang berupa minyak bumi, bijih besi, granit, dan hasil tambang lainnya. Di Pulau Sulawesi tersebar hasil tambang mangan, fosfat, tembaga, nikel, dan beberapa hasil tambang lainnya, dan di pulau paling timur di Indonesia yaitu Jayapura menyimpan kekayaan tambang minyak bumi, emas, perak, dan beberapa hasil tambang lainnya. Walaupun perusahaan-perusahaan pertambangan menganggap Indonesia memiliki iklim investasi yang buruk tetapi nyatanya Indonesia memang memiliki potensi mineral yang luar biasa dan tak bisa ditinggalkan. Berikut ini adalah perbandingan indeks iklim investasi pertambangan mineral dan indeks potensi mineral di beberapa negara:

Tabel 1
Potensi Mineral Indonesia

Untapped Potential

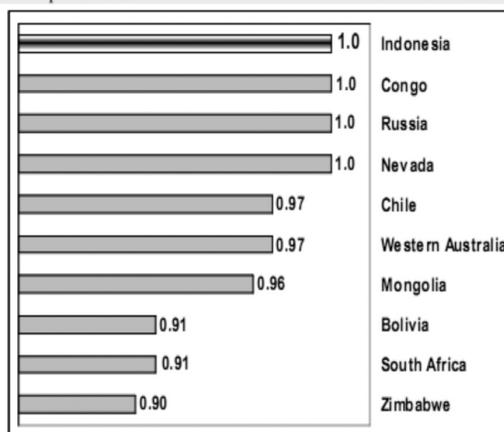
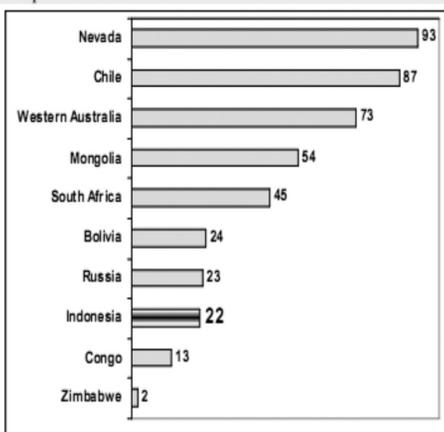
Mining companies rank Indonesia's investment climate as among the worst in the world. But its mineral wealth gets a top score from miners asked to assess countries assuming they implemented investor-friendly mining laws.

Investment Climate

Top Score=100*

Resource Potential

Top score=1.0



*Score based on a number of factors including regulatory consistency, security of investment, and taxation policies.

Source: Fraser Institute 2005/6 Survey of Mining Companies.

Sumber: Wall Street Journal, 7 Februari, 2007

Berdasarkan data Price Waterhouse Cooper, industri pertambangan di Indonesia telah menyumbang sekitar 4% – 5% dari keseluruhan Produk Domestik Bruto (PDB) Indonesia. Industri pertambangan juga berperan penting bagi beberapa provinsi yang kaya sumber daya mineral dan batubara, antara lain Papua, Bangka Belitung, Nusa Tenggara Barat, dan Kalimantan Timur. Walaupun sejak 2009 terjadi fluktuasi hasil produksi, yang cenderung mengalami penurunan, bagi komoditas tembaga, emas, dan nikel, tetapi penurunan tersebut lebih disebabkan faktor harga pasar atau aspek operasional.¹ Artinya, sektor pertambangan masih merupakan potensi besar bagi Indonesia dalam mensejahterakan rakyat.

Oleh karena itu dibutuhkan peran pemerintah sebagai regulator dalam mengatur eksploitasi di bidang pertambangan. Peran pemerintah sangat penting karena sektor pertambangan merupakan sektor yang diminati oleh investor asing. Sedangkan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) dengan tegas menyatakan bahwa: “Bumi dan air

¹ Price Waterhouse Cooper, *Mining in Indonesia: Investment and Taxation Guide 4th Edition* April 2012, www.pwc.com/id, diakses pada tanggal 10 Juli 2012.

dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.” Rumusan konstitusi tersebut menunjukkan bahwa negara memiliki kedaulatan atas sumber daya alamnya, termasuk kekayaan mineral dan batubara, oleh karena itu investasi asing yang memiliki maksud untuk mengelola kekayaan alam tersebut harus sejalan dengan peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh regulator.

Dalam rangka mengatur sektor pertambangan tersebut, pada tahun 1967 pemerintah Indonesia menetapkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (UU No.11 Tahun 1967). UU No.11 Tahun 1967 sekaligus menandai politik pintu terbuka di bidang pertambangan setelah sebelumnya sebelumnya diawali dengan ditetapkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UU No.1 Tahun 1967). Seiring dengan dinamika pemikiran pasca reformasi, UU No.11 Tahun 1967 dianggap sudah tidak sesuai dengan politik ekonomi yang ingin dijalankan oleh pemerintah, khususnya di bidang pertambangan. Oleh karena itu ditetapkanlah Undang-Undang baru sebagai pengganti UU No.11 Tahun 1967, yaitu Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU No.4 Tahun 2009).

UU No.4 Tahun 2009 menandai era baru di bidang pertambangan dimana terdapat ketentuan-ketentuan baru yang menunjukkan adanya pergeseran paradigma dalam pengelolaan sumber daya mineral dan batubara. Pergeseran paradigma tersebut terkait hubungan antara negara dan pemodal, khususnya kepada investasi asing. Tulisan ini akan membedah pergeseran paradigma tersebut untuk menunjukkan apakah UU No.4 Tahun 2009 telah menempatkan negara Indonesia sebagai pihak yang berdaulat atas sumber daya alamnya atau justru sebaliknya. Agar tulisan ini lebih tajam maka pergeseran paradigma tersebut akan dilihat dari dua sudut pandang. Pertama, sudut pandang peralihan model kontrak karya menuju Izin Usaha Pertambangan (IUP). Kedua, sudut pandang divestasi saham investasi asing sebagai instrumen menegakkan kedaulatan ekonomi.

DARI KONTRAK KARYA MENUJU IUP

Sistem kontrak karya atau *Contract of Work* (CoW) seringkali diidentikkan dengan UU No.11 Tahun 1967 yang menjadi awal berlakunya sistem tersebut. Tetapi jauh sebelumnya, di masa Hindia Belanda, sistem tersebut telah dikenal

dalam *Indische Mijn Wet* 1899 (IMW). Berdasarkan ketentuan Pasal 5a IMW, Pemerintah Hindia Belanda berwenang untuk melakukan penyelidikan dan eksploitasi dimana penyelidikan dan eksploitasi tersebut dapat dilakukan sendiri atau oleh perorangan atau perusahaan berdasarkan perjanjian.² IMW kemudian diamandemen di tahun 1904 dan 1918. Berdasarkan IMW pasca amandemen, pemerintah Hindia Belanda juga dapat memberikan konsesi kepada pihak swasta dalam melakukan eksploitasi pertambangan. Durasi konsesi yang dapat diberikan cukup lama, yaitu hingga 75 (tujuh puluh lima) tahun.³ Dengan demikian sejak diberlakukannya IMW inilah sistem kontrak karya dan konsesi dikenal.

Sistem kontrak karya kemudian dilanjutkan oleh UU No.11 Tahun 1967. UU No.11 Tahun 1967 tidak mengatur secara rinci tentang kontrak karya karena hanya dimuat dalam satu pasal saja, yaitu Pasal 10. Dalam UU No.11 Tahun 1967 istilah yang digunakan adalah perjanjian karya. Pasal 10 UU No.11 Tahun 1967 mengatur sebagai berikut:

- (1) Menteri dapat menunjukan pihak lain sebagai kontraktor apabila diperlukan untuk melaksanakan pekerjaan-pekerjaan yang belum atau tidak dapat dilaksanakan sendiri oleh Instansi Pemerintah atau Perusahaan Negara yang bersangkutan selaku pemegang kuasa pertambangan.
- (2) Dalam mengadakan perjanjian karya dengan kontraktor seperti yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini Instansi Pemerintah atau Perusahaan Negara harus berpegang pada pedoman-pedoman, petunjuk-petunjuk, dan syarat-syarat yang diberikan oleh Menteri.
- (3) Perjanjian karya tersebut dalam ayat (2) pasal ini mulai berlaku sesudah disahkan oleh Pemerintah setelah berkonsultasi dengan Dewan Perwakilan Rakyat apabila menyangkut eksploitasi golongan a sepanjang mengenai bahan-bahan galian yang ditentukan dalam pasal 13 Undang-undang ini dan/atau yang perjanjian karyanya berbentuk penanaman modal asing.

UU No.11 Tahun 1967 tidak memberikan definisi perjanjian karya sebagaimana umumnya peraturan perundang-undangan memberikan definisi operasional pada istilah-istilah yang digunakan. Oleh karena itu definisi perjanjian karya perlu merujuk pada pendapat-pendapat yang dikemukakan para ahli. Sri Woelan Aziz memberikan definisi kontrak karya sebagai kerjasama dimana pihak asing

² Abrar Saleng, *Hukum Pertambangan* (Yogyakarta: UII Press, 2004), hlm.65.

³ Mirza A. Karim dan Karen Mills, *Indonesian Legal Framework in the Oil, Gas, Energy and Mining Sectors including Dispute Resolution*, <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/4907092548666.pdf>, diakses 10 Juli 2012.

membentuk suatu badan hukum Indonesia dan badan hukum Indonesia tersebut bekerjasama dengan badan hukum Indonesia yang menggunakan modal nasional.⁴ Sedangkan Salim H.S. memberikan definisi kontrak karya secara lebih rinci, yaitu:

“suatu perjanjian yang dibuat antara Pemerintah Indonesia/ pemerintah daerah (provinsi/kabupaten/kota) dengan kontraktor asing semata-mata dan/atau merupakan patungan antara badan hukum asing dengan badan hukum domestik untuk melakukan kegiatan eksplorasi maupun eksploitasi dalam bidang pertambangan umum, sesuai dengan jangka waktu yang disepakati oleh kedua belah pihak.”⁵

Definisi kontrak karya sebagaimana dikemukakan Sri Woelan Aziz dan Salim H.S. jika diselaraskan dengan pengaturannya dalam UU No.11 Tahun 1967 menunjukkan bahwa kontrak karya di Indonesia hanya diperuntukkan bagi kegiatan pertambangan di luar minyak bumi dan gas bumi, yaitu sumber daya mineral dan batubara.⁶ Konsep kontrak karya berdasarkan pengertian para ahli berarti mencakup kerjasama antara pemerintah Republik Indonesia dengan perusahaan swasta asing. Dengan kata lain terdapat kerjasama dalam penanaman modal perusahaan asing dengan Indonesia dan perusahaan swasta nasional untuk melakukan kegiatan usaha pertambangan di Indonesia.⁷

Dengan diberlakukannya sistem kontrak karya, maka hubungan yang timbul antara pemerintah dan perusahaan pertambangan adalah hubungan keperdataan. Karena timbul dari hubungan keperdataan maka hubungan antara keduanya, berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, memiliki status dan kedudukan yang seimbang menurut hukum. Materi yang diperjanjikan juga seharusnya mempunyai muatan prestasi yang seimbang dalam memunculkan hak dan kewajiban. Hak dan kewajiban yang diperjanjikan tentunya merupakan kesepakatan bersama kedua pihak berdasarkan asas kebebasan berkontrak.⁸ Walaupun seharusnya memunculkan hak dan kewajiban yang seimbang, tetapi

⁴ Salim H.S., *Hukum Pertambangan di Indonesia* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), hlm.128.

⁵ *Ibid*, hlm.129.

⁶ Mengacu pada pengertian bahan galian dalam dalam Pasal 1 huruf a UU No.11 Tahun 1967 yang mencakup unsur-unsur kimia mineral-mineral, bijih-bijih dan segala macam batuan termasuk batu mulia yang merupakan endapan-endapan alam.

⁷ Kontrak karya juga dapat digolongkan sebagai kontrak internasional, khususnya sebagai kontrak pembangunan ekonomi. Jenis kontrak internasional ini pada umumnya dilakukan oleh negara atau badan usaha milik negara dengan perusahaan swasta asing, biasanya perusahaan multinasional. Lihat Huala Adolf, *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional* (Bandung: Refika Aditama, 2008), hlm.126 – 127.

⁸ Meray Hendrik Mezak, “Pengaturan Hak Penguasaan Negara atas Pertambangan Studi Perbandingan Konsepsi Kontrak Karya dengan Izin Usaha Pertambangan”, *Law Review* Volume XI Nomor 1 Juli 2011: hlm.33.

seringkali yang terjadi justru sebaliknya sehingga memunculkan kritik terhadap kontrak-kontrak karya pertambangan di Indonesia.

Kritik yang seringkali dikemukakan terkait ketidakseimbangan adalah bahwa pemerintah hanya mendapatkan royalti dari kegiatan pertambangan yang dilakukan perusahaan asing. Hal inilah yang kemudian menjadi kritik besar terhadap sistem kontrak karya dalam bidang pertambangan karena perusahaan asing dapat melakukan eksploitasi besar-besaran terhadap hasil tambang namun royalti yang diperoleh pemerintah, yang sepatutnya digunakan untuk melakukan peningkatan kesejahteraan rakyat, sangat sedikit. Pada kontrak karya dengan PT.Freeport, misalnya, pemerintah hanya memperoleh royalti sebesar 3%. Persentase yang didapatkan pemerintah tersebut tidak seimbang dengan sumber daya mineral yang dikeruk dan degradasi kualitas lingkungan yang disebabkan oleh pertambangan.

Dalam melakukan pengelolaan sumber daya alam, Pemerintah seharusnya mengacu pada ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945 yang dengan tegas mengamanatkan bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. Kembali pada amanat UUD NRI 1945 Pasal 33 ayat (3), Mahkamah Konstitusi memberikan penafsiran terhadap klausul “dikuasai negara” dimana mencakup makna penguasaan oleh negara dalam arti luas yang bersumber dan diturunkan dari konsepsi kedaulatan rakyat Indonesia atas segala sumber kekayaan “bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, termasuk pula di dalamnya pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber sumber kekayaan yang dimaksud. Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk melakukan fungsinya dalam mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) oleh negara.⁹ Mengacu pada penafsiran tersebut, hasil tambang di Indonesia dikuasai oleh negara yang dikelola dengan tujuan untuk kesejahteraan rakyat sebesar-besarnya, sebagaimana prinsip *welfare state*.

Penafsiran Mahkamah Konstitusi tersebut selaras dengan prinsip hak menguasai negara sebagaimana diatur dalam UU Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UU No.5 Tahun 1960). Pasal 2 UU No.5 Tahun 1960 memberikan landasan konsep hak menguasai negara yang juga dapat

⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 01-021-022/PUU-II/2003

diturunkan kepada konsep hak menguasai negara atas sumber daya mineral dan batubara. Berdasarkan hak menguasai negara tersebut, jika diturunkan untuk bidang pertambangan, maka seharusnya negara diberikan wewenang untuk:

- a. mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut;
- b. menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa,
- c. menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

Kedudukan penguasaan negara terhadap sumber daya mineral dan batubara, sebagaimana konsep tersebut, tidak nampak dalam pengelolaan mineral dan batubara di masa rezim kontrak karya. Negara bukan menjadi pihak yang superlatif dan mengatur hubungan hukum antara perusahaan pertambangan dan sumber daya yang ada, tetapi justru melakukan hubungan hukum dan memberikan insentif-insentif terhadap perusahaan-perusahaan tersebut. Konsep kontrak karya juga rawan dalam penyalahgunaan maupun ketimpangan hak yang didapatkan.

Selain kerawanan dalam aspek implementasi, Bhasin dan McKay mencatat bahwa sistem kontrak karya di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari kelemahan-kelemahan secara struktural. UU No.11 Tahun 1967 tidak mengatur kondisi-kondisi atau ketentuan-ketentuan yang lebih spesifik dalam kontrak karya. Pengaturan kontrak karya secara spesifik baru dimulai sejak kontrak karya Generasi Ketiga hingga Generasi Ketujuh. Model kontrak karya dalam rentang generasi tersebut telah mengatur standarisasi prosedur dan memenuhi kebutuhan-kebutuhan investor sehingga investor merasa nyaman dengan model tersebut.¹⁰ Walaupun telah memenuhi kebutuhan-kebutuhan tertentu dari investor, tetapi faktor eksternal di luar sistem kontrak karya tidak dapat dipungkiri telah menjadi kelemahan dalam dunia pertambangan Indonesia. Faktor eksternal tersebut antara lain inefisiensi birokrasi, infrastruktur yang buruk, dan kebiasaan-kebiasaan bisnis yang buruk.¹¹ Tetapi dalam perkembangannya kemudian muncul wacana untuk meninggalkan sistem kontrak karya karena sistem kontrak karya dianggap telah

¹⁰ Balbir Bhasin dan Jennifer McKay, "Mining Law and Policy in Indonesia: Reforms of the Contract of Work Model to Promote Foreign Direct Investment and Sustainability", *Australian Mining and Petroleum Law Journal* Volume 21 Number 1 (April 2002): hlm.84.

¹¹ *Ibid.*

kolaps dan gagal. Kolapsnya sistem kontrak karya tidak dapat dilepaskan dari perkembangan yang timbul pasca kontrak karya Generasi Ketujuh.

Bhasin dan Venkataramany mencatat kolapsnya sistem kontrak karya dimulai dari skandal Brea-X yang merupakan penipuan terbesar di dalam dunia pertambangan. Skandal tersebut dimulai ketika sebuah perusahaan kecil dari Kanada menyatakan telah menemukan lebih dari 200 ton emas di Kalimantan yang bernilai US\$ 70 milyar. Harga saham perusahaan tersebut kemudian meningkat drastis dari 50 sen di tahun 1994 menjadi US\$ 286 di tahun 1996. Harga saham perusahaan tersebut kemudian jatuh drastis menjadi 9 sen di tahun 1997 bersamaan dengan ditemukannya bukti kebohongan perusahaan tersebut. Kasus tersebut kemudian diikuti krisis moneter di Asia, yang juga menyerang Indonesia, dimana krisis moneter berdampak pada instabilitas politik yang juga mempengaruhi investasi pertambangan di Indonesia. Selama tahun 2000, lebih dari 170 proyek eksploitasi dibatalkan atau ditunda dan hanya 12 dari 268 kontrak karya yang beroperasi.¹² Lebih lanjut Bhasin dan Venkataramany menyatakan:

*"...The 8th generation of CoW proposed by the government remained unsigned by any investor. Indonesia got only 1% of exploration dollars worldwide. No new CoW has been issued for eight years. The new democratization process demanded decentralization. This required a restructuring of the investment laws for mining in line with the local autonomy laws. To this date this has not been achieved."*¹³

Wacana ditinggalkannya kontrak karya membutuhkan waktu yang lama untuk kemudian menjadi kenyataan. Hal tersebut tidak dapat dilepaskan dari tarik menarik kepentingan antara perusahaan-perusahaan pertambangan yang telah melakukan eksploitasi mineral dan batubara di Indonesia berdasarkan kontrak karya. Kepastian hukum dalam bisnis pertambangan menjadi pertanyaan besar bagi perusahaan-perusahaan pertambangan. Apakah jika kontrak karya diganti maka kontrak karya yang telah disepakati akan tetap diakui? Di sisi lain, pastinya perusahaan pertambangan, khususnya perusahaan asing, telah menyadari bahwa sistem kontrak karya telah memberikan banyak keuntungan bagi perkembangan bisnis. Tetapi pergantian sistem kontrak karya lambat laun menjadi sebuah keharusan mendesak sejak tidak adanya perusahaan asing yang menandatangani usulan Kontrak Karya Generasi Kedelapan yang ditawarkan oleh

¹² Balbir Bhasin dan Sivakumar Venkataramany, *Mining Law and Policy: Replacing the 'Contract of Work' System in Indonesia*, Makalah, dipresentasikan di 10th International Conference of the Society for Global Business and Economic Development (SGBED), Kyoto, Jepang, 8-11 Agustus 2007.

¹³ *Ibid.*

pemerintah. Pemerintah semakin menyadari perlunya perubahan kebijakan di bidang pertambangan.¹⁴

Perubahan kebijakan di bidang pertambangan baru dimulai ketika Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) bersama pemerintah mengesahkan UU No.4 Tahun 2009. UU No.4 Tahun 2009 menjadi titik perubahan kebijakan di bidang pertambangan karena dihapuskannya model kontrak karya dan digantikan dengan sistem perizinan. UU No.4 Tahun 2009 mengenal izin di bidang pertambangan sebagai Izin Usaha Pertambangan (IUP).¹⁵ Kontrak karya dan izin merupakan dua figur yang sama sekali berbeda. Perbedaan di antara keduanya bukan sebatas “kulit” konsep saja, tetapi merupakan perbedaan yang paradigmatik.

Menurut Spelt dan Ten Berge, figur izin merupakan sebuah tanda persetujuan dari pemerintah, berdasarkan peraturan perundang-undangan, bagi subjek hukum untuk dalam keadaan tertentu menyimpang dari ketentuan larangan peraturan perundang-undangan. Dengan memberi izin, pemerintah memperkenankan orang yang mengajukan permohonan untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu yang sebenarnya dilarang.¹⁶ Berdasarkan konsepsi yang demikian, pemberian izin pengelolaan pertambangan didasarkan pada pandangan bahwa pengelolaan pertambangan adalah kegiatan yang dilarang. Pemerintah, sebagai pihak yang memberikan izin, dengan demikian memiliki kedudukan yang lebih tinggi daripada perusahaan-perusahaan pertambangan. Konsep ini berbeda dengan kontrak karya yang menempatkan perusahaan pertambangan dan pemerintah sebagai subjek hukum yang sejajar dalam membuat kesepakatan.

Izin di bidang pertambangan juga menjadi sebuah instrumen pengendalian. Karakter pengendalian dalam izin merupakan sebuah karakter yang inheren, selain karakter mencegah bahaya, melindungi obyek tertentu, ataupun menyeleksi orang tertentu. Suatu izin bukan hanya dilekati oleh satu karakter saja, tetapi juga dapat dilekati oleh berbagai karakter tersebut. Hal ini tidak dapat dilepaskan dari adanya keterhubungan antara suatu izin dengan izin-izin lainnya (*gelede normstelling*).¹⁷ Oleh karena itu, izin di bidang pertambangan juga dapat memiliki berbagai macam karakter tersebut jika sebelum dikeluarkan disyaratkan untuk memenuhi izin-izin lainnya.

¹⁴ Balbir Bhasin dan Jennifer McKay, *Op.cit*, hlm.78.

¹⁵ IUP terdiri atas IUP Eksplorasi dan IUP Operasi Produksi. Selain itu juga dikenal Izin Pertambangan Rakyat (Pasal 66 – 73 UU No.4 Tahun 2009) dan Izin Usaha Pertambangan Khusus (Pasal 74 – 86 UU No.4 Tahun 2009).

¹⁶ N.M.Spelt dan J.B.J.M. ten Berge, *Pengantar Hukum Perizinan*, disunting oleh Philipus Mandiri Hadjon (Surabaya: Yuridika, 1993), hlm.2

¹⁷ *Ibid*, hlm.16.

Jika mengacu pada UU No.4 Tahun 2009, keterpaduan karakter tersebut sebagai corak *gelede normstelling* tampak dalam figur IUP, khususnya IUP Eksplorasi. Hal ini disebabkan IUP tidak dapat dilepaskan dari izin lingkungan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (UU No.32 Tahun 2009). Pasal 36 ayat (1) UU No.32 Tahun 2009 menyatakan bahwa setiap usaha dan/atau kegiatan yang wajib memiliki amdal atau UKL-UPL wajib memiliki izin lingkungan. Sedangkan IUP Eksplorasi, berdasarkan Pasal 39 ayat (1) UU No.4 Tahun 2009, diwajibkan untuk terlebih dahulu memiliki amdal. Oleh karena itu IUP Eksplorasi tidak dapat dilepaskan dari izin lingkungan yang memiliki karakter pencegahan bahaya bagi lingkungan.

Karakter pengendalian dan/atau pencegahan bahaya itulah yang secara paradigmatik tidak tampak dalam model kontrak karya. UU No.11 Tahun 1967 tidak secara eksplisit menempatkan pemerintah sebagai pihak yang dapat menjadi pengendali atau pengarah dalam kegiatan pertambangan di Indonesia. Ketidakjelasan posisi pemerintah sebagai pihak yang mengendalikan pertambangan menyebabkan tidak nampaknya kedudukan hak menguasai negara atas mineral dan batubara di Indonesia. Sistem perizinan berdasarkan UU No.4 Tahun 2009 secara normatif lebih tegas menempatkan kedudukan hak menguasai negara atas mineral dan batubara. Tetapi kedudukan hak menguasai negara tersebut akan menjadi sia-sia jika implementasi penegakan hukum dalam hal pelanggaran atas IUP tidak dilaksanakan secara tegas.

DIVESTASI: INSTRUMEN MENUJU KEDAULATAN BANGSA ATAS SUMBER DAYA MINERAL DAN BATUBARA

Pada awal tulisan ini telah dikemukakan bahwa UU No.11 Tahun 1967 merupakan penanda politik pintu terbuka bagi dunia pertambangan di Indonesia. Tetapi politik tersebut tidak dapat dilepaskan dari politik pintu terbuka dalam investasi asing yang juga dimulai di tahun 1967. Politik pintu terbuka terhadap investasi asing ditandai dengan diberlakukannya UU No.1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. Sejak saat itulah arus modal asing yang masuk ke Indonesia bertambah deras, jauh lebih masif dibandingkan Indonesia di era kepemimpinan Soekarno. Modal asing masuk ke berbagai bidang ekonomi, tak terkecuali bidang pertambangan mineral dan batubara.

Pasca berlakunya UU No.1 Tahun 1967 investasi asing di Indonesia, terutama investasi asing, tumbuh dengan pesat. Hal ini disebabkan oleh beberapa insentif yang terkandung dalam UU No.1 Tahun 1967, yaitu meliputi perlindungan dan jaminan investasi, terbukanya lapangan kerja bagi tenaga kerja asing, insentif di bidang perpajakan, dan berbagai insentif lainnya. Situasi politik dan keamanan yang relatif stabil semakin mendorong investasi asing langsung menjadi bergairah dan meningkat secara signifikan.¹⁸ Modal asing pertama yang masuk pasca berlakunya UU No.1 Tahun 1967 adalah modal dari perusahaan Belanda, Philips. Modal asing kedua yang masuk adalah perusahaan pertambangan dari Amerika Serikat, Freeport McMorant. Masuknya Freeport kemudian diikuti pula perusahaan-perusahaan tambang besar seperti Shell, Mobil Oil, dan lain-lain.¹⁹

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UU No.25 Tahun 2007) sebagai pengganti UU No.1 Tahun 1967 juga membuka sektor pertambangan bagi investasi asing. Berdasarkan Pasal 12 ayat (1) UU No.25 Tahun 2007 dinyatakan bahwa semua bidang usaha atau jenis usaha terbuka bagi kegiatan penanaman modal, kecuali bidang usaha atau jenis usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan. Sedangkan berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2010 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (PP No.36 Tahun 2010) hanya terdapat 18 (delapan belas) bidang usaha yang tertutup bagi modal asing. Bidang usaha tersebut antara lain:

- a. Penangkapan spesies ikan yang tercantum dalam Appendix I CITES;
- b. Pemanfaatan (pengambilan) koral/karang dari alam untuk bahan bangunan/kapur/kalsium dan souvenir/perhiasan, serta koral hidup atau koral mati (*recent death coral*) dari alam;
- c. Industri Minuman Mengandung Alkohol (Minuman Keras, Anggur, dan Minuman Mengandung Malt);
- d. Industri Pembuat Chlor Alkali dengan Proses Merkuri;
- e. Industri Bahan Kimia Yang Dapat Merusak Lingkungan;
- f. Industri Bahan Kimia Schedule 1 Konvensi Senjata Kimia (Sarin, Soman, Tabun Mustard, Levisite, Ricine, Saxitoxin, VX, dll);
- g. Penyediaan dan Penyelenggaraan Terminal Darat;
- h. Penyelenggaraan dan Pengoperasian Jembatan Timbang;

¹⁸ Ida Bagus Rahmadi Supancana, *Kerangka Hukum dan Kebijakan Investasi Langsung di Indonesia* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2006), hlm.11 – 12.

¹⁹ Salim H.S. dan Budi Sutrisno, *Hukum Investasi di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Pers, 2008), hlm.35

- i. Penyelenggaraan Pengujian Tipe Kendaraan Bermotor;
- j. Penyelenggaraan Pengujian Berkala Kendaraan Bermotor;
- k. Telekomunikasi/Sarana Bantu Navigasi Pelayaran;
- l. *Vessel Traffic Information System* (VTIS);
- m. Jasa Pemanduan Lalu Lintas Udara;
- n. Manajemen dan Penyelenggaraan Stasiun Monitoring Spektrum Frekuensi Radio dan Orbit Satelit;
- o. Museum Pemerintah;
- p. Peninggalan Sejarah dan Purbakala (candi, keraton, prasasti, petilasan, bangunan kuno, dsb);
- q. Pemukiman/Lingkungan Adat;
- r. Monumen;
- s. Perjudian/kasino.

Berdasarkan ketentuan dalam PP No.36 Tahun 2010 tampak jelas bahwa bidang usaha yang tertutup bagi investasi asing lebih difokuskan kepada bidang usaha yang memiliki tingkat kerawanan yang tinggi terhadap lingkungan, kedaulatan wilayah negara, dan keberlanjutan kebudayaan nasional. Sektor yang menyangkut sumber daya alam, terutama sumber daya alam tak terbarukan, tidak dimasukkan sebagai bidang usaha yang tertutup dari modal asing. Bahkan jika melihat bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan dalam PP No.36 Tahun 2010, dalam bidang energi dan sumber daya mineral tidak terdapat batasan modal asing dalam bidang usaha pertambangan mineral dan batubara. Hanya terdapat batasan berupa perlunya rekomendasi dari BATAN untuk pertambangan mineral radio aktif. Dengan ketentuan yang demikian maka tampak bahwa kebijakan investasi pertambangan berdasarkan peraturan perundang-undangan di bidang investasi tidak memberikan batasan bagi modal asing.

Tetap kehadiran modal asing di dunia pertambangan pada akhirnya tidak dapat lepas dari kritik. Kritik terhadap modal asing tersebut didasarkan pada argumentasi bahwa keuntungan dari mineral dan batubara yang dikeruk oleh perusahaan-perusahaan tambang multinasional tidak sebanding dengan penerimaan pemerintah dari pajak atau royalti yang diberikan oleh perusahaan-perusahaan tersebut.²⁰ Indonesia seakan-akan tidak memiliki kedaulatan ekonomi

²⁰ Keinginan perusahaan multinasional meraup keuntungan sebesar-besarnya sebagai suatu tujuan tunggal tidak dapat dilepaskan dari natur motivasi perusahaan. Walaupun demikian, beberapa pandangan menganggap hal tersebut merupakan asumsi yang terlampau sederhana sehingga seharusnya perusahaan multinasional lebih bermanfaat jika dipandang persekutuan pribadi-pribadi yang tidak memiliki tujuan tunggal. Lihat Detlev F. Vagts, "Perusahaan Multinasional: Suatu Tantangan Baru bagi Hukum Internasional", dalam *Peranan Hukum dalam Perekonomian di Negara Berkembang*, ed.T. Mulya Lubis dan Richard M. Buxbaum (Jakarta:Yayasan Obor Indonesia, 1986), hlm.61.

atas sumber daya alamnya sendiri sehingga sulit untuk mampu mengembangkan negara kesejahteraan kendati potensi yang dimiliki sangat berlimpah.

Kritik paling keras acapkali dialamatkan kepada Freeport McMorant yang mengelola pertambangan tembaga dan emas di Papua. Karena Freeport mengeksploitasi sumber daya alam berupa emas, seharusnya Freeport menyetorkan Penerimaan Negara Bukan Pajak senilai 3,75% dari harga jual dengan mengacu kepada Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2003 tentang Tarif atas Jenis Penerimaan Negara Bukan Pajak yang Berlaku pada Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral. Tetapi berdasarkan kontrak karya, royalti yang disetorkan Freeport selama ini sebagai Penerimaan Negara Bukan Pajak hanya sebesar 1%.²¹

Kritik-kritik terhadap dunia pertambangan itulah yang mungkin mempengaruhi kebijakan pertambangan terhadap kepemilikan saham sebagaimana diatur dalam UU No.4 Tahun 2009. UU No.4 Tahun 2009 justru memiliki kebijakan yang berbeda, atau jika tidak ingin dikatakan berbeda maka dapat disebut sebagai kebijakan yang menspesifikkan kebijakan investasi sebelumnya. Jika UU No.25 Tahun 2007 tidak membatasi kepemilikan saham asing di bidang pertambangan, maka UU No.4 Tahun 2009 justru ingin secara perlahan mengurangi saham asing. Berdasarkan Pasal 112 UU No.4 Tahun 2009 dinyatakan demikian:

- (1) Setelah 5 (lima) tahun berproduksi, badan usaha pemegang IUP dan IUPK yang sahamnya dimiliki oleh asing wajib melakukan divestasi saham pada Pemerintah, pemerintah daerah, badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, atau badan usaha swasta nasional.
- (2) Ketentuan lebih lanjut mengenai divestasi saham sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan peraturan pemerintah.

Pengaturan dalam Pasal 112 UU No.4 Tahun 2009 jelas menunjukkan bahwa dalam 5 tahun persentase saham dari perusahaan pertambangan asing pemegang IUP dan IUPK akan berkurang. UU No.4 Tahun 2009 tidak mengatur secara rinci persentase saham yang harus didivestasikan tersebut. Ketentuan lebih lanjut baru diatur kemudian dalam Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (PP No.23 Tahun 2010) yang kemudian diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012 (PP No.24 Tahun 2012). Khusus pengaturan divestasi saham perusahaan

²¹ Tambang Freeport: Pemerintah & Freeport Sepakati Peningkatan Royalti, <http://www.bisnis.com/articles/tambang-freeport-pemerintah-and-freeport-sepakati-peningkatan-royalti>, diakses 10 Juli 2012.

pertambangan, tampak jelas bahwa terdapat perubahan kebijakan yang drastis ketika PP No.23 Tahun 2010 diubah dengan PP No.24 Tahun 2012.

Berdasarkan PP No.23 Tahun 2010, ketentuan divestasi saham diatur dalam Pasal 97, Pasal 98, dan Pasal 99. Pasal 97 ayat (1), (2), (3), (4), dan (5) PP No.23 Tahun 2010 menyatakan sebagai berikut:

- (1) Modal asing pemegang IUP dan IUPK setelah 5 (lima) tahun sejak berproduksi wajib melakukan divestasi sahamnya, sehingga sahamnya paling sedikit 20% (dua puluh persen) dimiliki peserta Indonesia.
- (2) Divestasi saham sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan secara langsung kepada peserta Indonesia yang terdiri atas Pemerintah, pemerintah daerah provinsi, atau pemerintah daerah kabupaten/kota, BUMN, BUMD, atau badan usaha swasta nasional.
- (3) Dalam hal Pemerintah tidak bersedia membeli saham sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ditawarkan kepada pemerintah daerah provinsi atau pemerintah daerah kabupaten/kota.
- (4) Apabila pemerintah daerah provinsi atau pemerintah daerah kabupaten/kota sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tidak bersedia membeli saham, ditawarkan kepada BUMN dan BUMD dilaksanakan dengan cara lelang.
- (5) Apabila BUMN dan BUMD sebagaimana dimaksud pada ayat (4) tidak bersedia membeli saham, ditawarkan kepada badan usaha swasta nasional dilaksanakan dengan cara lelang.

Kebijakan divestasi saham dalam PP No.23 Tahun 2010 menunjukkan bahwa dalam 5 tahun perusahaan asing pemegang IUP dan IUPK wajib melakukan divestasi sahamnya sehingga 20% sahamnya dimiliki oleh pihak Indonesia. Kepemilikan saham tersebut terbuka bagi Pemerintah, pemerintah daerah provinsi, atau pemerintah daerah kabupaten/kota, BUMN, BUMD, atau badan usaha swasta nasional dimana prioritas penawaran saham lebih dulu ditujukan kepada pihak pemerintah. Mekanisme yang diatur dalam Pasal 97 ayat (6) hingga ayat (11) juga menunjukkan bahwa divestasi saham kepada pihak Indonesia tidak dilakukan melalui pasar modal. Jika mekanisme divestasi sebagaimana diatur dalam Pasal 97 ayat (1) hingga ayat (10) tidak tercapai, maka berdasarkan Pasal 97 ayat (11) penawaran saham akan dilakukan kembali di tahun berikutnya. Hal ini menunjukkan prioritas divestasi saham kepada pemerintah maupun badan usaha

yang dimiliki oleh pusat maupun daerah. Tetapi yang perlu diperhatikan bahwa ketentuan dalam PP No.23 Tahun 2010 tidak mengarahkan divestasi saham agar pihak Indonesia menjadi pemegang saham mayoritas. Kebijakan inilah yang kemudian berubah pasca diberlakukannya PP No.24 Tahun 2012.

PP No.24 Tahun 2012 mengubah ketentuan Pasal 97 ayat (1), (2), (3), (11) serta menyisipkan 1 (satu) ayat di antara ayat (1) dan ayat (2) yakni ayat (la) dan menghapus Penjelasan ayat (1). Perubahan melalui PP No.24 Tahun 2012 tersebut mengubah ayat-ayat tersebut menjadi sebagai berikut:

- (1) Pemegang IUP dan IUPK dalam rangka penanaman modal asing, setelah 5 (lima) tahun sejak berproduksi wajib melakukan divestasi sahamnya secara bertahap, sehingga pada tahun kesepuluh sahamnya paling sedikit 51 % (lima puluh satu persen) dimiliki peserta Indonesia.
- (la) Kepemilikan peserta Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dalam setiap tahun setelah akhir tahun kelima sejak produksi tidak boleh kurang dari presentase sebagai berikut:
 - a. tahun keenam 20% (dua puluh persen);
 - b. tahun ketujuh 30% (tiga puluh persen);
 - c. tahun kedelapan 37% (tiga puluh tujuh persen);
 - d. tahun kesembilan 44% (empat puluh empat persen);
 - e. tahun kesepuluh 51% (lima puluh satu persen), dari jumlah seluruh saham.
- (2) Divestasi saham sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan kepada peserta Indonesia yang terdiri atas Pemerintah, pemerintah daerah provinsi, atau pemerintah daerah kabupaten/kota, BUMN, BUMD, atau badan usaha swasta nasional.
- (3) Dalam hal Pemerintah tidak bersedia membeli saham sebagaimana dimaksud pada ayat (2), ditawarkan kepada pemerintah daerah provinsi atau pemerintah daerah kabupaten/kota.
- (11) Apabila divestasi sebagaimana dimaksud pada ayat (la) tidak tercapai, penawaran saham dilakukan pada tahun berikutnya.

Berdasarkan perubahan tersebut, dalam 6 tahun saham perusahaan asing akan didivestasikan hingga 20% dikuasai oleh modal nasional. Selanjutnya hingga tahun kesepuluh modal nasional akan menguasai kepemilikan saham perusahaan pertambangan asing hingga 51%. Perubahan kebijakan ini jelas sangat signifikan. Kritik bahwa dunia pertambangan di Indonesia lebih banyak dikuasai oleh perusahaan asing secara lambat laun akan dikuasai oleh modal nasional. Walaupun demikian perlu juga dipastikan apakah masuknya modal nasional sebagai pemegang

saham mayoritas akan memiliki pengaruh yang signifikan kepada perekonomian nasional dan khususnya perekonomian daerah pertambangan tersebut.

Hal lainnya yang perlu diperhatikan adalah bahwa ketentuan divestasi saham ini seolah-olah hanya berlaku bagi perusahaan asing pemegang IUP dan IUPK. Ketentuan divestasi ini seolah-olah tidak berlaku bagi perusahaan asing yang melaksanakan eksploitasi berdasarkan kontrak karya. Perusahaan-perusahaan pemegang kontrak karya menolak divestasi saham dengan mengacu pada prinsip bahwa perjanjian berlaku layaknya undang-undang bagi para pihak yang bersepakat sehingga ketentuan dalam kontrak karya tetap berlaku. Argumentasi tersebut juga ditegaskan dalam Pasal 169 huruf a UU No.4 Tahun 2009 yang menyatakan bahwa kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara yang telah ada sebelum berlakunya UU No.4 Tahun 2009 tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya kontrak/perjanjian. Tetapi perlu juga diperhatikan ketentuan Pasal 169 huruf b yang menyatakan bahwa ketentuan yang tercantum dalam pasal kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara disesuaikan selambat-lambatnya 1 (satu) tahun sejak UU No.4 Tahun 2009 diundangkan kecuali mengenai penerimaan negara. Oleh karena itu maka seharusnya divestasi saham berdasarkan PP No.24 Tahun 2012 juga diberlakukan bagi perusahaan asing yang melakukan usaha pertambangan atas dasar kontrak karya dengan terlebih dahulu melakukan perubahan dalam ketentuan kontrak karya tersebut.

Tetapi jika pemerintah ingin mendorong divestasi saham bagi pemegang kontrak karya tentunya dibutuhkan kehati-hatian, terutama bagi perusahaan pertambangan asing yang telah *listing* di bursa saham. Kehati-hatian tersebut diperlukan agar tidak mengulangi berlarut-larutnya divestasi saham PT. Kaltim Prima Coal (KPC) di tahun 2002 lalu. Sebelumnya KPC telah menandatangani kontrak karya yang mengatur bahwa dalam jangka waktu 10 tahun sejak produksi KPC memiliki kewajiban untuk melakukan divestasi sahamnya hingga 51%. Tetapi proses divestasi saham pada akhirnya diwarnai polemik, selain karena perebutan saham antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah juga karena KPC menganggap bahwa harga saham harus mengacu pada harga pasar. Selain itu KPC menganggap bahwa divestasi juga dilakukan melalui pasar modal.²² Divestasi saham KPC memberikan pelajaran pentingnya kesepahaman terhadap ketentuan-ketentuan yang belum diatur atau bahkan multi tafsir agar

²² Ida Bagus Rahmadi Supancana, *Op.cit*, hlm.150.

tidak merugikan kepentingan ekonomi nasional. Oleh karena itu, penyesuaian-penyesuaian yang dilakukan terhadap kontrak karya yang masih berlaku bukan hanya harus mengacu pada UU No.4 Tahun 2009 tetapi juga mempertimbangkan kepentingan ekonomi nasional.

Ketentuan dalam PP No.24 Tahun 2012 menunjukkan adanya pergeseran kebijakan di bidang pertambangan. Kebijakan tersebut menjadi suatu antitesis terhadap kebijakan sebelumnya yang lebih banyak menguntungkan perusahaan asing. Hak menguasai negara atas sumber daya mineral dan batubara juga lebih nampak, bukan hanya melalui perizinan pertambangan sebagai instrumen pengendalian tetapi juga ketika BUMN atau BUMD mampu menguasai mayoritas saham perusahaan pertambangan asing di Indonesia. Tetapi kebijakan tersebut tentunya tidak dapat lepas dari kritik. Kritik tersebut ditujukan bagi pemerintah yang turut serta dalam divestasi saham. Menurut Ana Sofa Yuking, pemerintah pusat maupun daerah seharusnya cukup bertindak sebagai regulator. Divestasi saham seharusnya cukup melibatkan BUMN, BUMD, ataupun badan usaha swasta nasional.²³

KESIMPULAN

UU No.4 Tahun 2009 menunjukkan bahwa telah terjadi pergeseran kebijakan di bidang usaha pertambangan mineral dan batubara. Negara tidak lagi ditempatkan sebagai pihak yang inferior terhadap perusahaan-perusahaan pertambangan asing. Negara mampu memiliki posisi tawar yang lebih kuat melalui mekanisme perizinan (IUP) yang menjadi persyaratan bagi perusahaan-perusahaan pertambangan, baik nasional maupun asing, untuk melakukan eksploitasi mineral dan batubara di Indonesia. Instrumen perizinan tidak menempatkan pemerintah sebagai pihak yang sejajar dengan perusahaan pertambangan layaknya mekanisme yang digunakan dalam kontrak karya tetapi sebagai pihak yang menguasai sumber daya mineral dan batubara. Dengan demikian pemerintah dapat mengatur dan mengendalikan pemanfaatan sumber daya tersebut baik oleh perusahaan nasional maupun asing.

Ketentuan divestasi dalam UU No.4 Tahun 2009, yang kemudian diatur lebih lanjut dalam PP No.24 Tahun 2012, semakin memperkuat superioritas negara terhadap perusahaan asing. Bagi para penganut liberalisme ekonomi tentunya

²³ Ana Sofa Yuking, Kepastian Hukum dalam Undang-Undang Minerba, *Law Review* Volume XI Nomor 1 Juli 2011, hlm.45.

kebijakan ini bukanlah kebijakan yang populer karena paradigma liberalisme menempatkan negara sebagai pihak yang minimalis. Tetapi bagi penganut negara kesejahteraan, dimana negara seharusnya mampu mengambil peran dalam aspek-aspek vital, maka kebijakan tersebut justru dilihat sebaliknya. Secara umum, kebijakan perizinan maupun divestasi telah menempatkan paradigma penguasaan negara atas sumber daya mineral dan batubara berada di jalur yang benar untuk mencapai negara kesejahteraan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Adolf, Huala, *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung: Refika Aditama, 2008.
- H.S, Salim, *Hukum Pertambangan di Indonesia*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006.
- H.S, Salim dan Budi Sutrisno, *Hukum Investasi di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 2008.
- Saleng, Abrar, *Hukum Pertambangan*, Yogyakarta: UII Press, 2004.
- Spelt, N.M. dan J.B.J.M. ten Berge, *Pengantar Hukum Perizinan*, disunting oleh Philipus Mandiri Hadjon, Surabaya: Yuridika, 1993.
- Supancana, Ida Bagus Rahmadi, *Kerangka Hukum dan Kebijakan Investasi Langsung di Indonesia*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2006.
- Vagts, Detlev F, "Perusahaan Multinasional: Suatu Tantangan Baru bagi Hukum Internasional", dalam *Peranan Hukum dalam Perekonomian di Negara Berkembang*, ed.T. Mulya Lubis dan Richard M. Buxbaum, Jakarta:Yayasan Obor Indonesia, 1986.

Jurnal:

- Balbir Bhasin dan Jennifer McKay, "Mining Law and Policy in Indonesia: Reforms of the Contract of Work Model to Promote Foreign Direct Investment and Sustainability", *Australian Mining and Petroleum Law Journal* Volume 21 Number 1 (April 2002): 77 - 94.
- Mezak, Meray Hendrik, "Pengaturan Hak Penguasaan Negara atas Pertambangan Studi Perbandingan Konsepsi Kontrak Karya dengan Izin Usaha Pertambangan", *Law Review* Volume XI Nomor 1 Juli 2011: 21 - 36..
- Yuking, Ana Sofa, "Kepastian Hukum dalam Undang-Undang Minerba", *Law Review* Volume XI Nomor 1 Juli 2011: 38 - 50.

Makalah:

Bhasin, Balbir dan Sivakumar Venkataramany, *Mining Law and Policy: Replacing the 'Contract of Work' System in Indonesia*, Makalah, dipresentasikan di 10th International Conference of the Society for Global Business and Economic Development (SGBED), Kyoto, Jepang, 8-11 Agustus 2007.

Internet:

Anonim, Tambang Freeport: Pemerintah & Freeport Sepakati Peningkatan Royalti, <http://www.bisnis.com/articles/tambang-freeport-pemerintah-and-freeport-sepakati-peningkatan-royalti>, diakses 10 Juli 2012.

Karim, Mirza A. dan Karen Mills, *Indonesian Legal Framework in the Oil, Gas, Energy and Mining Sectors including Dispute Resolution*, <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/4907092548666.pdf>, diakses 10 Juli 2012.

Price Waterhouse Cooper, *Mining in Indonesia: Investment and Taxation Guide 4th Edition* April 2012, www.pwc.com/id, diakses pada tanggal 10 Juli 2012.

Peraturan Perundang-undangan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan.

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2003 tentang Tarif atas Jenis Penerimaan Negara Bukan Pajak yang Berlaku pada Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral.

Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.

Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.

Politik Hukum di Bidang Ekonomi dan Pelembagaan Konsepsi *Welfare State* di dalam Undang-Undang Dasar 1945

Kukuh Fadli Prasetyo
Kalitapen, Kec.Tapen, Kab. Bondowoso
E-mail: kukuh.fadli@ymail.com

Naskah diterima: 1/8/2012 revisi: 9/08/2012 disetujui: 13/08/2012

Abstrak

Konsepsi negara kesejahteraan diadopsi di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945), tepatnya di dalam alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945, dengan menempatkan frase 'memajukan kesejahteraan umum' sebagai salah satu cita negara Republik Indonesia. Setelah mengalami perubahan, UUD 1945 mengamanatkan implementasi demokrasi ekonomi, sebagaimana ditentukan di dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Di dalam demokrasi ekonomi tersebut diperkenalkan sebuah asas efisiensi-berkeadilan yang ditengarai sebagai senyawa sistem ekonomi kapitalis yang mengusung jiwa neoliberalisme. Dari analisis yang dilakukan penulis, penulis menemukan bahwa beberapa unsur neoliberalisme telah larut ke dalam kebijakan-kebijakan hukum di bidang ekonomi Indonesia, yaitu privatisasi, aturan pasar, deregulasi, dan pemotongan pengeluaran publik.

Kata Kunci: negara kesejahteraan, demokrasi ekonomi, efisiensi-berkeadilan, neoliberalisme.

Abstract

Welfare state conception has been adopted in the substance of the 1945 Constitution of Republic Indonesia (UUD 1945), that extracted in fourth paragraph of Preamble of UUD 1945, by posting the phrase 'to improve public welfare' as staatsidee of Republic of Indonesia. In amendment of UUD 1945, UUD 1945 determines economic democracy principles, as prescribed in Article 33 paragraph (4) UUD 1945. In its economic democracy, there is efficiency with justice principle that recognized as capitalistic unsure which lifts the spirit of neoliberalism. After analysing that corelation, I found and identify that some unsures of neoliberalism has been emulted in some legal policy in economic issued by the Administration of Indonesia, such as privatisation, market regulation, deregulation, and reducing public spending.

Keywords: *welfare state, economic democracy, efficiency with justice, neoliberalism*

PENDAHULUAN

Kebijakan hukum di bidang ekonomi, kaitannya dengan pelembagaan konsepsi *welfare state*, tentunya tidak lepas dari rangkaian kajian politik hukum yang melandasi hak asasi manusia di bidang ekonomi tersebut dan politik hukum kaitannya dengan struktur ekonomi Indonesia. Politik hukum, menurut Padmo Wahjono, adalah kebijakan penyelenggara negara tentang apa yang dijadikan kriteria untuk menghukumkan sesuatu di dalamnya mencakup pembentukan, penerapan, dan penegakan hukum.¹ Dari pengertian tersebut, kajian politik hukum terdiri atas: (1) politik pembentukan hukum (perundang-undangan), (2) politik penerapan hukum, dan (3) politik penegakan hukum.

Politik perundangan-undangan tidak dapat dipisahkan dari politik hukum, karena peraturan perundang-undangan merupakan salah satu dari subsistem hukum. Lebih lanjut, Jimly Asshiddiqie mengungkapkan bahwa semua bentuk peraturan perundang-undangan dan termasuk *policy rules* berisi norma hukum yang bersifat abstrak dan umum (abstract and general norms) sebagai keseluruhan *legal policy* yang mengandung kebijakan-kebijakan kenegaraan, pemerintahan, dan pembangunan. *Legal policy* yang tertinggi dimuat dalam naskah undang-undang dasar.²

¹ Moh. Mahfud MD., *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi* (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hal.14.

² Jimly Asshiddiqie (a), *Konstitusi Ekonomi* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2010), hal.21.

Pada jaman orde baru dimana Undang-Undang Dasar 1945 yang menjadi aturan hukum tertinggi, banyak pihak yang mengatakan bahwa *legal policy* di bidang ekonomi yang berasal dari Undang-Undang Dasar 1945 cenderung sosialis. Namun bertolak belakang dengan kecenderungan sosialisme di dalam Undang-Undang Dasar 1945, dalam kurun waktu 32 Tahun Orde baru, sistem ekonomi kita dijalankan dengan tafsiran berat kepada *free market*. Ekonomi dijalankan oleh kelas pengusaha yang berusaha berkompetisi dengan fair, tetapi sekaligus berhadapan dengan kelas pengusaha yang menggurita secara menakutkan karena proteksi, lisensi, dan fasilitasi khusus. Tidak heran jika 32 Tahun Orde Baru telah melahirkan konglomerasi dan kronisme yang sangat tak bandingannya di sejarah ekonomi mutakhir. Sistem ekonomi orde baru adalah sistem ekonomi yang memelaratkan rakyat untuk dan atas nama konglomerasi dan kronisme.³

Kemudian, sistem ekonomi orde baru yang dianggap memelaratkan rakyat ini berakhir pada Tahun 1998. Sejak saat itu rakyat Indonesia menjalani masa reformasi atau masa transisi menuju negara demokratis. Transisi, menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, adalah peralihan dari keadaan (tempat, tindakan, dan sebagainya) kepada yang lain. Transisi Politik diartikan sebagai peralihan atau perubahan pemerintahan yang terjadi di berbagai negara.⁴

Pada masa transisi di Indonesia, Undang-Undang Dasar Tahun 1945 mengalami sedikitnya empat kali perubahan. Perubahan konstitusi, dalam bahasa Inggris disebut *amendment*, adalah *changes made to legislation, for the purpose of adding to, correcting, or modifying the operation of the legislation*.⁵ K.C. Wheare menyebutkan cara-cara yang digunakan dalam perubahan konstitusi, antara lain melalui:⁶

1. Mekanisme proses amandemen formal;
2. Mekanisme proses keputusan yudisial; dan,
3. Konvensi ketatanegaraan.

Ketentuan di dalam Undang-Undang Dasar yang berkaitan dengan Ekonomi tersebar di dalam Bab VIII Hal Keuangan dan Bab XIV Kesejahteraan Sosial.⁷ Perubahan atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

³ Todung Mulya Lubis, *Catatan Hukum Todung Mulya Lubis: Mengapa Saya Mencintai Negeri Ini?* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007), hal.46.

⁴ Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia* (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2011), hal. 54.

⁵ Elizabeth A. Martin (ed.), *Oxford Dictionary of Law. Fifth Edition* (Oxford: Market House Books Ltd., 2003), hal. 25.

⁶ K.C. Wheare, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, (Bandung: Nusa Media, 1996), hal.126.

⁷ Lihat Pasal 23, 33, dan 34 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Sebelum Perubahan.

berimplikasi banyak pada sistem ketatanegaraan dan kehidupan bernegara. Salah satu di antara perubahan tersebut adalah perubahan pada Pasal-Pasal Ekonomi di dalam Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Sebelum Perubahan.

Dalam satu dekade terakhir ini, setelah reformasi berjalan, liberalisasi ekonomi dan demokratisasi politik Indonesia mencatat kemajuan mengesankan. Dalam sistem ekonomi, kini tengah terjadi pergeseran dari ekonomi serba pengaturan (*overregulated*) ke ekonomi pasar; sistem politik juga berubah dari sentralistik ke desentralistik.⁸

Dari uraian latar belakang di atas, penulis tertarik untuk mengkaji politik hukum di dalam pelembagaan konsepsi *welfare state*, berikut hubungannya dengan jaminan hak ekonomi dan konsepsi negara kesejahteraan.

PEMBAHASAN

1. Konstitusi, Tertib Hukum, dan Perekonomian Nasional

1.1 Konstitusi dan Tertib Hukum

Hans Kelsen, mengungkapkan bahwa *the legal order is a system of norms*.⁹ Lebih lanjut terkait dengan istilah *legal order* ini, di literatur lainnya, Hans Kelsen menyebutkan bahwa tertib hukum (sebagai terjemahan dari *legal order*) merupakan sistem norma yang keutuhannya diketahui dari fakta bahwa semua norma itu memiliki alasan keabsahan dan keabsahan yang sama. Adapun alasan keabsahan dari sebuah norma adalah norma dasar yang merupakan sumber keabsahan bagi semua norma di dalam legal order tersebut.¹⁰

Norma dasar, yang menurut Hans Kelsen merupakan sumber keabsahan dari sebuah norma, di dalam tertib hukum adalah konstitusi. Konstitusi itu sendiri, dalam kamus Oxford Dictionary of Law, diartikan sebagai "*the rules and practices that determine the composition and functions of the organs of the central and local government in a state and regulate the relationship between individual and the state*".¹¹ Lebih lanjut mengenai konstitusi, K.C. Wheare mengungkapkan bahwa konstitusi adalah kumpulan peraturan yang biasanya dihimpun dalam satu dokumen atau beberapa dokumen yang berkaitan erat.¹²

⁸ Edi Suharto, "Kebijakan Perlindungan Sosial bagi Kelompok Rentan dan Kurang Beruntung", Makalah disampaikan pada Seminar "Perlindungan Sosial bagi Kelompok Rentan dan Kurang Beruntung: Analisis Kebijakan Perspektif Ketahanan Sosial Masyarakat" yang diselenggarakan oleh Pusat Pengembangan dan Penelitian Kesejahteraan Sosial Departemen Sosial Republik Indonesia di Jakarta, 2 Oktober 2006.

⁹ Hans Kelsen (a), *General Theory of Law and State*, (New York: Russel & Russel, 1961), hal. 2.

¹⁰ Hans Kelsen (b), *Teori Hukum Murni*, (Bandung: Penerbit Nusa Media, 2010), hal. 35

¹¹ Martin (ed.), *Op. Cit.*, hal. 108

¹² Wheare, *Op. Cit.*, hal.2

Kaitannya dengan keberadaan konstitusi sebagai peraturan, Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa sebagai hukum yang paling tinggi, konstitusi mempunyai tujuan untuk mencapai dan mewujudkan tujuan yang tertinggi. Adapun tujuan yang dianggap sebagai tujuan tertinggi itu adalah: (1) keadilan; (2) ketertiban; dan, (3) perwujudan nilai-nilai ideal seperti kemerdekaan atau kebebasan dan kesejahteraan atau kemakmuran bersama, sebagaimana dirumuskan sebagai tujuan bernegara oleh para pendiri negara (*the founding fathers and mothers*).¹³

1.2 Konstitusi dan Perekonomian Nasional

Dalam perkembangan ekonomi suatu negara, kedudukan dan peranan hukum tentu dapat dianggap sangat penting. Bahkan Jean Jacques Rousseau pada Tahun 1755, dalam bukunya *A Discourse on Political Economy*, sudah menguraikan keterkaitan antara hukum dan ekonomi. Kata ekonomi itu sendiri berasal dari ‘*oikos*’ yang berarti rumah tangga, dan ‘*nomos*’ yang berarti hukum. Karena itu, menurut Rousseau, “*Only the wise and legitimate government of the house for the common good of the whole family. The meaning of the term was then extended to the government of that great family, the State.*” Bahkan lebih jauh, Per Krussel dan Jose Victor Rios Rull menyatakan, terdapat keterkaitan yang erat antara pertumbuhan ekonomi dengan proses berdemokrasi dan berkonstitusi.¹⁴

Tujuan akhir dari *legal policy* di bidang ekonomi, dalam tataran perekonomian nasional, adalah meningkatkan kesejahteraan rakyat. Bagi masyarakat awam, kesejahteraan bukan konsep abstrak, melainkan kondisi nyata yang langsung menyangkut kehidupan sehari-hari. Apabila diperas, kesejahteraan yang mereka tuntut ditetapkan oleh dua kondisi mendasar, yaitu:¹⁵

1. Mereka menginginkan agar biaya kebutuhan hidup tetap stabil, khususnya untuk kebutuhan pokok seperti sandang, pangan, papan, dan pendidikan.
2. Mereka menginginkan adanya penghasilan yang bisa diandalkan untuk menghidupi keluarganya secara layak dan berharap penghasilan itu meningkat dari waktu ke waktu.

Tujuan akhir dari *legal policy* di bidang ekonomi di atas sejalan dengan tujuan negara. Harold J. Laski, sebagaimana dikutip oleh Miriam Budiardjo, mengungkapkan bahwa tujuan negara adalah untuk menciptakan keadaan di mana

¹³ Jimly Asshiddiqie (b), *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara* (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), hal. 119.

¹⁴ Asshiddiqie (a), *op. cit.*, hal. 11.

¹⁵ *Ibid.*, hal.27-28.

rakyat dapat mencapai keinginan-keinginan mereka secara maksimal.¹⁶ Pemerintah, sebagai bagian dari organisasi negara, yang bijak selalu menjaga fokusnya pada pemenuhan kesejahteraan rakyat sebagaimana juga dijadikan sebagai tuntutan masyarakat. Diterjemahkan ke dalam bahasa ekonomi teknis, yang kita inginkan adalah pertumbuhan ekonomi yang berkesinambungan disertai dengan stabilitas ekonomi yang mantap.¹⁷

Pendekatan konstitusi di bidang ekonomi ini dikembangkan karena adanya ketidakpastian yang luas dalam perekonomian. Ketidakpastian terkait dengan pengertian yang terkandung di dalam konsep sistem ekonomi (*economic system*), tata ekonomi (*economic order*), dan konstitusi ekonomi (*economic constitution*).¹⁸ Ketidakpastian (*uncertainty*), menurut John Maynard Keynes dalam bukunya *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, merupakan sesuatu yang secara alamiah mempengaruhi pendapatan, atau tingkat kemakmuran, sebagai fungsi dari uang.¹⁹

Menyikapi pertumbuhan dan stabilitas ekonomi serta ketidakpastian di atas, maka formulasi kebijakan ekonomi perlu untuk diatur di dalam konstitusi sebagai aturan hukum tertinggi. Sejalan dengan hal tersebut, di dalam salah satu *Policy papers EU-Consent* disebutkan, "*The goal of economic constitution is promote relative, i.e. optimal in the given economic circumstances welfare and the economic safety of the citizens*". Tujuan konstitusi ekonomi tidak lain adalah untuk meningkatkan secara relatif optimal kesejahteraan ekonomi dan keselamatan ekonomi warga negara. Pemuatan ketentuan ekonomi dalam hukum dasar tersebut memberikan jaminan atas kebebasan individu, dan sekaligus pembatasan atas kebebasan itu dalam bidang ekonomi, sehingga dapat dikatakan mempunyai sumbangan penting bagi terbentuknya sistem perekonomian secara keseluruhan.²⁰

2. Politik Hukum di Bidang Ekonomi pada Masa Reformasi

2.1 Konsepsi *Welfare State* di Indonesia

Menurut Espring-Andersen, negara kesejahteraan mengacu pada peran negara yang aktif dalam mengelola dan mengorganisasi perekonomian yang di dalamnya mencakup tanggung jawab negara untuk menjamin ketersediaan pelayanan

¹⁶ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), hal. 55.

¹⁷ Budiono, *Ekonomi Indonesia, Mau ke Mana?: Kumpulan Esai Ekonomi* (Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2009), hal.28.

¹⁸ Asshiddiqie (a), *Op. Cit.*, hal.63.

¹⁹ A. Prasetyantoko (a), *Bencana Finansial: Stabilitas sebagai Barang Publik* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2008), hal. 76.

²⁰ Asshiddiqie (a), *Op. cit.*, hal.64.

kesejahteraan dasar dalam tingkat tertentu bagi warganya.²¹ Sejalan dengan pelayanan kesejahteraan dasar tersebut, Ross Cranton, sebagaimana dikutip oleh Prof. Safri Nugraha mendefinisikan negara kesejahteraan sebagai negara yang menentukan standar minimal kesejahteraan sosial. Di banyak negara, esensi negara kesejahteraan dibebankan pada standar minimal yang dijamin oleh negara, yaitu: penghasilan, pangan, kesehatan, perumahan, dan pendidikan.²²

Ada sebuah keyakinan dari Bangsa Indonesia yang dinyatakan di dalam Undang-Undang dasar Negara Republik Indonesia (UUD 1945) bahwa Indonesia adalah negara kesejahteraan (*welfare state*). Satu di antaranya tercantum di dalam Pembukaan UUD 1945 yang secara jelas menentukan bahwa salah satu *staatsidee* Negara Indonesia adalah memajukan kesejahteraan umum.²³

Di dalam Batang Tubuhnya, UUD 1945 juga merumuskan konsepsi negara kesejahteraan ke dalam frase “kemakmuran rakyat”. Adapun frase tersebut dapat diintegrasikan pada dua Ketentuan Pasal di dalam UUD 1945. Pertama, Pasal 23 ayat (1) UUD 1945 yang merupakan rezim Bab Keuangan Negara menentukan bahwa: “Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara sebagai wujud dari pengelolaan keuangan negara ditetapkan setiap tahun dengan undang-undang dan dilaksanakan secara terbuka dan bertanggung jawab untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”²⁴

Kedua, frase “kemakmuran rakyat” juga dapat ditemukan di dalam rumusan Pasal 33 ayat 3 UUD 1945 yang ada merupakan bagian dari Bab Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial. Pasal tersebut menentukan bahwa: Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.²⁵ Setidaknya secara kajian konstitusi, pelembagaan kesejahteraan sosial dan kemakmuran rakyat berada di ranah penyusunan dan penetapan Anggaran Pendapatan Belanja Negara (APBN) dan formulasi kebijakan terkait dengan penataan ekonomi nasional.

Kaitan dengan *social welfare provision* di atas, Pasal 33 ayat (2) UUD 1945, memberikan pengaturan lebih lanjut untuk penguasaan dan penyediaan barang publik (*public goods*), yaitu: “Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.”

²¹ Darmawan Tribowo dan Sugeng Bahagijo, *Mimpi Negara Kesejahteraan* (Jakarta:Pustaka LP3ES Indonesia, 2006), hal. 9.

²² Safri Nugraha, *Privatisation of State Enterprises in The 20th Century: A Step Forwards or Backwards?* (Jakarta: Institute of Law and Economic Studies Faculty of Law University of Indonesia, 2004), hal. 45.

²³ *Ibid*, hal. 67.

²⁴ Indonesia (a). *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Ps. 23 ayat (1).

²⁵ *Ibid*, Ps. 33 ayat (3).

Frase ‘cabang-cabang produksi penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak’ itu sejalan dengan pengertian *public goods* (barang publik) yang segmentasi konsumennya adalah seluruh rakyat dalam artian bersama-sama. Permasalahannya, sebagaimana disampaikan oleh E.S. Savas, pasar tidak dapat menyediakan barang publik ini, karena sifat dari barang publik ini yang digunakan secara berkelanjutan oleh masyarakat luas dan tidak ada yang dapat melarang masyarakat luas untuk tidak menggunakannya.²⁶

Dengan demikian, beban penyediaan ‘cabang-cabang produksi penting bagi negara dan menguasai hajat orang banyak’ ini diberikan kepada negara. Dari situ sangat jelas bahwa peran negara sangatlah besar di dalam membentuk *social order*, termasuk di dalamnya adalah tata ekonomi di Indonesia.

2.2 Prinsip Demokrasi Ekonomi

Menurut Soeharsono Sagir, perekonomian setiap negara pasti berjalan menurut sistem tertentu. Sistem yang dianut Indonesia sebagai landasan pembangunan dari waktu ke waktu adalah Sistem Ekonomi Kerakyatan. Dalam sistem ini, kedaulatan di bidang ekonomi ada di tangan rakyat, dan karena itu, ekonomi kerakyatan itu terkait dengan gagasan demokrasi ekonomi yang tidak lain ialah kedaulatan rakyat di bidang ekonomi.²⁷

Prinsip demokrasi ekonomi merupakan satu prinsip yang diakomodasi keberadaannya di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 setelah perubahan adalah prinsip demokrasi ekonomi.

*Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.*²⁸

Di dalam Demokrasi Ekonomi, sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 33 Ayat 4 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, diakomodasi keberadaan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, dan berwawasan lingkungan di dalam perekonomian nasional Indonesia.

²⁶ E.S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnership*, (New York: Clatham House Publishers, 2002), hal. 53.

²⁷ Asshiddiqie (a), hal.354.

²⁸ Indonesia (a), *loc. cit.*, Pasal 33 ayat (4)

a. Prinsip Kebersamaan

Dengan adanya prinsip kebersamaan dalam Pasal 33 Ayat (4) tersebut, maka asas kekeluargaan dalam Pasal 33 Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 harus dipahami dalam pengertian yang luas, bukan lagi dalam pengertian organis, dalam wujud pelaku ekonomi yang harus berbentuk koperasi dalam arti badan usaha secara sempit. Di samping itu, dengan adanya prinsip kebersamaan itu, asas kekeluargaan tidak disalahgunakan terkait dengan pengertian *family system* yang mempunyai konotasi negatif seperti tercermin pada praktik korupsi, kolusi, dan nepotisme (KKN) di jaman Orde Baru.²⁹

b. Prinsip Efisiensi Berkeadilan

Efisiensi, menurut Mardiasmo, adalah pencapaian output yang maksimum dengan input tertentu. Input merupakan sumber daya yang digunakan untuk pelaksanaan suatu kebijakan, program, atau aktivitas. Sedangkan, output adalah hasil yang dicapai dari suatu kebijakan, program, atau aktivitas.³⁰ Prinsip efisiensi, di dalam Pasal 33 Ayat (4) Undang-Undang Dasar 1945 diramu bersama prinsip keadilan.

Adanya prinsip efisiensi ini memantik tanggapan beragam dari beberapa sarjana. Salah satunya adalah Didiek J. Rachbini, yang mengatakan bahwa meskipun dengan prinsip efisiensi ini dapat memberikan tingkat pertumbuhan ekonomi yang dapat dikembangkan lebih cepat, prinsip efisiensi mengandung unsur persaingan dengan eksternalitas negatif.³¹

Menurut Jimly Asshiddiqie, penambahan Pasal 33 Ayat (4) yang memuat prinsip-prinsip baru tersebut dimaksudkan agar ketentuan Undang-Undang Dasar tidak disalahgunakan, karena memang maksudnya tidak demikian. Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menghendaki adanya keseimbangan dalam semua aspek kehidupan bernegara. Adapun keseimbangan yang diidealkan itu juga mencakup keseimbangan antara persaingan (*competition*) dan kerja sama (*cooperation*) dan antara prinsip yang di satu segi mengutamakan efisiensi, tetapi di pihak lain harus menjamin keadilan.³²

²⁹ Jimly Asshiddiqie (c), *Komentar atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hal. 140.

³⁰ Mardiasmo, *Akuntansi Sektor Publik* (Yogyakarta: Penerbit Andi, 2009), hal. 4-5.

³¹ Didiek J. Rachbini, "Analisis Ekonomi: Ekonomi, Investasi, dan Pasal 33", <http://www.suaramerdeka.com/harian/0704/23/nas08.htm>.

³² Asshiddiqie (a), *Op. Cit.*, hal. 259.

Lebih lanjut, terkait dengan diakomodasi prinsip efisiensi berkeadilan tersebut, A.M. Fatwa mengatakan bahwa sumber-sumber daya yang ada harus dialokasikan secara efisien untuk mendukung pertumbuhan ekonomi nasional secara sehat dan sekaligus untuk mencapai keadilan.³³

c. Prinsip Berkelanjutan dan Berwawasan Lingkungan

Ada dua konsep yang berkaitan dengan ide tentang ekosistem, yaitu bahwa perekonomian nasional berdasarkan demokrasi dimaksud haruslah mengandung prinsip: (i) berkelanjutan dan (ii) berwawasan lingkungan.³⁴

Dengan sendirinya keseluruhan ekosistem seperti yang dimaksud dalam Pasal 33 Ayat (3) sebagaimana ditafsirkan secara ekstensif dan kreatif oleh pelbagai undang-undang di bidang lingkungan hidup, haruslah dikelola untuk kepentingan pembangunan berdasarkan prinsip-prinsip berkelanjutan (*sustainable development*) dan berwawasan lingkungan (*pro-environment*).³⁵

d. Prinsip Kemandirian serta Menjaga Keseimbangan Kemajuan dan Kesatuan Ekonomi Nasional

Prinsip yang tidak kalah pentingnya adalah asas kemandirian serta menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Ekonomi dunia sudah saling tergantung sebagai suatu keniscayaan, yang tidak terbantahkan. Tetapi asas normatif kemandirian ini mengharuskan kita tidak terjebak ke dalam ketergantungan, utang, investasi, dan sebagainya.³⁶

Dengan demikian, semua undang-undang di bidang investasi, yang merupakan instrumen untuk menggiatkan penanaman modal, harus bersifat *outward looking*. Namun tetap menempatkan pemerintah yang berdaulat atas sumber daya alam Indonesia dan dapat mengatur sesuai kepentingan rakyat Indonesia.³⁷

2.3 Perekonomian Nasional dan Neoliberalisme

2.3.1 Neoliberalisme

Isu neoliberalisme masuk ke Indonesia bersamaan dengan isu globalisasi. Setelah kekuasaan Orde Baru jatuh, isu neoliberalisme semakin deras mengalir

³³ A.M. Fatwa, *Potret Konstitusi Pasca Amandemen UUD 1945*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009), hal. 175.

³⁴ Jimly Asshiddiqie (d), *Green Constitution: Nuansa Hijau Undang-Undang Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hal. 94.

³⁵ *Ibid.*, hal. 94.

³⁶ Rachbini, *loc. cit.*

³⁷ *Ibid.*

bersamaan dengan masuknya lembaga keuangan internasional seperti IMF (*International Monetary Funds*) dan *World Bank* ke Indonesia.

Hal demikian ini sejalan dengan apa yang disampaikan oleh Lampros Vassiliou. Vassiliou mengatakan bahwa ketika IMF menyetujui untuk memberikan pendampingan kepada Indonesia setelah krisis keuangan Asia 1997, persetujuan itu juga mempersyaratkan Indonesia untuk merevisi undang-undang. Peran lembaga multilateral, seperti IMF, dalam pembaharuan undang-undang kepailitan tidak berjalan tanpa masalah. Namun entitas seperti IMF telah menyadari bahwa mereka memiliki pengaruh besar dalam mengubah opini dan perilaku seperti yang mereka inginkan.³⁸

Globalisasi itu sendiri berkaitan dengan dua *term* dalam globalisasi, yaitu globalisasi ekonomi dan globalisasi korporasi. Globalisasi ekonomi dan korporasi tersebut telah memunculkan barisan korporasi dan individu pemain global baru. Sekitar sembilan tahun lalu, 51 dari 100 kekuatan ekonomi terbesar sudah bukan lagi ada di tangan negara atau teritori, tetapi di tangan korporasi.³⁹ Dari *view* tersebut, bisa dipahami bahwa peran swasta dalam pembangunan ekonomi menjadi lebih dominan dan hal yang demikian ini tidak dapat dihindari.

Secara lebih spesifik, Elizabeth Martinez dan Arnoldo Garcia, dalam Yance Arizona, menyebutkan ada 5 (lima) nilai dasar dari Neoliberalisme, yaitu:⁴⁰

1. Aturan pasar, membebaskan perusahaan-perusahaan swasta dari setiap keterikatan yang dipaksakan pemerintah. Keterbukaan sebesar-besarnya atas perdagangan internasional dan investasi. Mengurangi upah buruh lewat pelemahan serikat buruh dan penghapusan hak-hak buruh. Tidak ada lagi kontrol harga. Sepenuhnya kebebasan total dari gerak modal, barang dan jasa.
2. Memotong pengeluaran publik dalam hal pelayanan sosial, seperti terhadap sektor pendidikan dan kesehatan, pengurangan anggaran untuk 'jaring pengaman' untuk orang miskin, dan sering juga pengurangan anggaran untuk infrastruktur publik, seperti jalan, jembatan, air bersih – ini juga guna mengurangi peran pemerintah. Di lain pihak mereka tidak menentang adanya subsidi dan manfaat pajak (*tax benefits*) untuk kalangan bisnis.

³⁸ Lampros Vassiolou. "The Dynamic Between The Role Of The Court and Informal Workouts". <http://www.oecd.org/dataoecd/7/42/1874132.pdf>.

³⁹ Sri Hartati Samhadi, *Globalisasi dan Indonesia*, dalam Chris Verdiansyah (ed.), *Membongkar Budaya: Visi Indonesia 2030 dan Tantangan Menuju Raksasa Dunia* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas), hal. 3.

⁴⁰ Yance Arizona. "Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme". [http://yancearizona.files.wordpress.com/2008/08/konstitusi-dalam-intaian-neoliberalisme_ringkasan1.pdf].

3. Deregulasi, mengurangi peraturan-peraturan dari pemerintah yang bisa mengurangi keuntungan pengusaha.
4. Privatisasi, menjual BUMN-BUMN di bidang barang dan jasa kepada investor swasta. Termasuk bank-bank, industri strategis, jalan raya, jalan tol, listrik, sekolah, rumah sakit, bahkan juga air minum. Selalu dengan alasan demi efisiensi yang lebih besar, yang nyatanya berakibat pada pemusatan kekayaan ke dalam sedikit orang dan membuat publik membayar lebih banyak.
5. Menghapus konsep barang-barang publik (*public goods*) atau komunitas, dan Menggantinya dengan “tanggung jawab individual”, yaitu menekankan rakyat miskin untuk mencari sendiri solusinya atas tidak tersedianya perawatan kesehatan, pendidikan, jaminan sosial dan lain-lain; dan menyalahkan mereka atas kemalasannya.

2.3.2 Isu Neoliberalisme di dalam Perekonomian Nasional

Berikut ini adalah analisis yang dilakukan oleh penulis untuk mengidentifikasi unsur-unsur neoliberalisme di atas:

a. Deregulasi dan Aturan Pasar

William G. Shepherd merumuskan pengertian dari deregulasi sebagai *the replacement of government controls with effective competition*.⁴¹ Lebih lanjut, A. Prasetyantoko menyebut deregulasi sebagai jalan keluar dari birokrasi pemerintah yang berbelit yang membalut iklim investasi.⁴²

Model tata pemerintahan libertarian (yang berkembang di Amerika Utara dan Eropa Barat) sistem ekonomi pasar dan sistem politik berbasis masyarakat. Dalam konteks ini, peran negara sangat minimal. Negara membagi peran dan kekuasaannya pada masyarakat di sektor politik dan kepada pasar di sektor ekonomi. Model tata pemerintahan korporatis (*corporatist governance*) ditandai oleh sistem politik yang dikendalikan negara (otoriter-monocentris), tetapi dari sisi ekonomi berbasis pada pasar.⁴³ Itulah potret kebijakan pemerintah orde baru melalui deregulasi.

Dengan paket deregulasi di dalam pembangunan ekonomi, seperti mulai terlihat di jaman Orde Baru (dan terus terjadi sampai saat ini), modal asing mengalir deras, malah dapat disebut sebagai mitra modal yang amat penting, walaupun dalam Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN) pada jaman orde

⁴¹ William G. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*, 3rd Edition, (New Jersey: Prentice Hall, 1990), hal. 505.

⁴² A. Prasetyantoko (b), *Krisis Finansial: Dalam Perangkap Ekonomi Neoliberal* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009), hal. 18.

⁴³ Sutoro Eko, "Mengkaji Ulang Good Governance", http://www.ireyogya.org/sutoro/mengkaji_ulang_gg.pdf.

baru selalu disebut sebagai pelengkap.⁴⁴ Dan lebih jelasnya saat ini, investasi, termasuk modal asing di dalamnya, yang ditanamkan di Indonesia diarahkan pada muara kesejahteraan rakyat. Hal ini jelas dicantumkan dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025, yang berbunyi:

Investasi diarahkan untuk mendukung terwujudnya pertumbuhan ekonomi yang cukup tinggi secara berkelanjutan dan berkualitas dengan mewujudkan iklim investasi yang menarik; mendorong penanaman modal asing bagi peningkatan daya saing perekonomian nasional; serta meningkatkan kapasitas infrastruktur fisik dan pendukung yang memadai. Investasi yang dikembangkan dalam rangka penyelenggaraan demokrasi ekonomi akan dipergunakan sebesar-besarnya untuk pencapaian kemakmuran bagi rakyat.⁴⁵

b. Privatisasi

Privatisasi merupakan salah satu upaya mereformasi perusahaan publik untuk meningkatkan efisiensi dan efektivitas perusahaan-perusahaan publik. Privatisasi berarti pelibatan modal swasta dalam struktur modal perusahaan publik sehingga kinerja finansial dapat dipengaruhi secara langsung oleh investor melalui mekanisme pasar uang.⁴⁶ Privatisasi adalah penjualan saham Persero, baik sebagian maupun seluruhnya, kepada pihak lain dalam rangka meningkatkan kinerja dan nilai perusahaan, memperbesar manfaat bagi negara dan masyarakat, serta memperluas kepemilikan saham oleh masyarakat.⁴⁷

Privatisasi dapat dilakukan juga dengan salah satu atau semua dari dua cara di dalam *term* ekonomi, yaitu:⁴⁸

1. Kepemilikan dapat dialihkan ke pihak swasta; dan/atau,
2. Pesaing baru dari pihak swasta diijinkan untuk bersaing secara terbuka dengan BUMN.

Di dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara, isu privatisasi juga dimasukkan ke dalam substansi yang diatur di dalamnya. Privatisasi dilaksanakan dengan cara:⁴⁹

- a. penjualan saham berdasarkan ketentuan pasar modal;
- b. penjualan saham langsung kepada investor;

⁴⁴ Lubis, *op. cit.*, hal.59.

⁴⁵ Lihat Bab IV.1.2 Angka 14 Lampiran Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005-2025.

⁴⁶ Mardiasmo, *op. cit.*, hal. 24.

⁴⁷ Indonesia, *Undang-Undang tentang Badan Usaha Milik Negara*. UU Nomor 19 Tahun 2003, LN Tahun 2003 Nomor 70, TLN Nomor 4297, Pasal 1 angka 12.

⁴⁸ Shepherd, *op. cit.*, hal. 514.

⁴⁹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Badan Usaha Milik Negara*. UU Nomor 19 Tahun 2003, LN Tahun 2003 Nomor 70, TLN Nomor 4297, Pasal 78.

- c. penjualan saham kepada manajemen dan/atau karyawan yang bersangkutan.

Kebijakan privatisasi besar-besaran di Indonesia terjadi pada era pemerintahan Megawati dimana saat itu kewenangan privatisasi yang diambil pada saat itu memberikan kewenangan yang sangat luas kepada Kementerian Negara Badan Usaha Milik Negara (BUMN). Kewenangan tersebut mencakup pengelolaan dan pendayagunaan BUMN serta pengendalian operasional BPPN (Badan Penyehatan Perbankan Nasional).⁵⁰

Privatisasi dilakukan karena perusahaan publik tidak luput dari tuduhan sebagai sarang korupsi, kolusi nepotisme, inefisiensi, dan sumber pemborosan keuangan negara. Keluhan “birokrat tidak mampu berbisnis” ditujukan untuk mengkritik buruknya kinerja perusahaan-perusahaan publik. Di Indonesia sendiri, buruknya kinerja BUMN dan BUMD tersebut anatara lain disebabkan oleh intervensi politik, sentralisasi, *rent seeking behaviour*, dan manajemen yang buruk.⁵¹

Dalam pelaksanaannya, tugas, fungsi, dan wewenang Menteri Negara BUMN mencakup penjualan aset negara yang berasal dari jaminan yang disita dari bank-bank swasta yang menyalahgunakan Bantuan Likuiditas Bank Indonesia (BLBI). Aset tersebut selanjutnya dikelola oleh BPPN, seperti pada BCA, Bank Danamon, Bank Bali, dan lain-lain. Di samping itu, juga termasuk penjualan aset BUMN, seperti PT Indosat.⁵²

Indonesia, pasca dilanda krisis ekonomi Tahun 1998 sempat menjalankan program privatisasi besar-besaran. Namun, banyak pihak yang menentang program privatisasi saat itu. Andrew Rosser mengidentifikasi beberapa alasan beberapa pihak yang tidak menghendaki penerapan kebijakan privatisasi di Indonesia. Pertama, kaum birokrat-politisi berikutan dengan kepentingan-kepentingan pribadinya menolak secara keras privatisasi. Privatisasi menimbulkan ancaman serius bagi para birokrat-politisi yang ada di dalam pengelolaan BUMN karena ada kemungkinan mereka akan digantikan oleh manajer-manajer profesional ketika BUMN diprivatisasi.⁵³

⁵⁰ L. Misbah Hidayat, *Reformasi Administrasi: Kajian Komparatif Pemerintahan Tiga Presiden* (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2007), hal. 80.

⁵¹ Mardiasmo, *op. cit.*, hal. 23.

⁵² Hidayat, *op. cit.*, hal. 80-81.

⁵³ Andrew Rosser, “What Paradigm Shift?: Public Sector Reform in Indonesia since Asian Crisis”, dalam Anthony B.L. Cheung and Ian Scott, ed., *Governance and Public Sector Reform in Asia: Paradigm Shifts or Business as Usual?*, (London: RoutledgeCurzon, 2003), hal. 234.

Kedua, hanya sedikit dari masyarakat Indonesia yang mendukung program privatisasi. Banyaknya masyarakat menolak program privatisasi karena adanya pemahaman bahwa *private sector* di Indonesia telah mengalami kebangkrutan dan konsekuensinya *private sector* domestik tersebut tidak memiliki ekuitas untuk membeli saham BUMN.⁵⁴

Alasan kedua yang disampaikan oleh Andrew Rosser di atas menunjukkan bahwa program privatisasi yang dijalankan pada masa-masa pasca krisis ekonomi tidak secara signifikan meningkatkan peran rakyat dalam tata kelola, karena ketidaktersediaan ekuitas pada saat itu. Pihak yang justru diuntungkan dengan privatisasi tersebut adalah investor-investor asing yang membeli saham-saham BUMN yang ditawarkan pada sesi *Initial Public Offering* di lantai bursa.

Saat ini, Badan Penyehatan Perbankan telah ditutup dan digantikan dengan Pusat Investasi Pemerintah (PIP). PIP, berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2008 tentang Investasi Pemerintah, memegang kewenangan pengelolaan investasi pemerintah dan sekaligus kewenangan melakukan divestasi atas surat berharga (seperti saham dan/atau surat utang) yang dimiliki oleh pemerintah.

c. Penghapusan Konsep *Public Goods* dan Pengurangan *Public Spending*

Ada empat jenis barang yang sesuai dengan bentuk-bentuk aslinya: (1) barang konsumsi pribadi yang mudah penyediaannya; (2) barang konsumsi bersama yang mudah penyediaannya; (3) barang konsumsi pribadi yang sulit penyediaannya; dan (4) barang konsumsi bersama yang sulit penyediaannya. Empat tipe barang dan jasa ideal tersebut cukup penting dan akan dirujuk pada penamaan jenis barang tersebut dengan istilah: (1) *individual goods* (sering disebut *private goods*), (2) *toll goods*, (3) *common-pool goods*, dan (4) *collective goods* (sering disebut *public goods*). Alasan penggolongan barang dan jasa dengan cara yang demikian itu sangatlah penting, karena identifikasi sifat-sifat barang tersebut menentukan cara yang diperlukan untuk memenuhi penyediaannya.⁵⁵

Sejak kehidupan manusia mengenal jenis-jenis barang dan jasa di atas, *the welfare state* berkewajiban menyediakan barang dan jasa tersebut dan

⁵⁴ *ibid.*, hal. 235.

⁵⁵ Savas, (a) *op. cit.*, hal. 45.

memastikan ketersediaannya bagi seluruh masyarakat.⁵⁶ Lebih lanjut, E.S. Savas mengemukakan bahwa *private goods* dan *toll goods* dapat dipenuhi ketersediaannya oleh pasar, dan tindakan pemerintah hanya mengambil peran kecil pada barang-barang tertentu saja, terutama dalam pembentukan peraturan dasar transaksi pasar, penjaminanan keselamatan penggunaan *private goods*, dan pengaturan cara pemenuhan *toll goods*. Tindakan pemerintah tidak dapat diabaikan untuk memastikan kontinuitas ketersediaan *common-pool goods* dan *public goods*.⁵⁷

Selanjutnya, kaitannya dengan *welfare services*, yang merupakan bagian dari *public goods*, dan *welfare state*, Safri Nugraha mengutarakan bahwa pemerintah dari negara kesejahteraan (*welfare state*) berkewajiban untuk menyediakan *social services* (layanan sosial) bagi seluruh warganya. Oleh karena itu, pemerintah harus memastikan bahwa semua orang memenuhi syarat untuk menerima layanan tersebut. Pemerintah harus melakukan segala upaya untuk memastikan bahwa *welfare services* tersebut tersedia bagi seluruh masyarakat.⁵⁸

Ketika konsep *public goods* dihapuskan dan digantikan dengan ‘tanggung jawab’ individual dalam pemenuhan barang-barang yang menguasai hajat hidup orang banyak, maka itu akan mempersempit akses si miskin untuk mendapatkan barang tersebut, dan dalam tataran lebih luas menghambat si miskin untuk mencapai kesejahteraan.

Ada hal yang perlu dicatat dari kajian neoliberalisme yang diadopsi ke dalam beberapa kebijakan perekonomian nasional. Neoliberalisme lebih menghendaki peran swasta, yang terangkum dalam mekanisme pasar, untuk membentuk tata sosial dan tata ekonomi. Hal demikian tentunya sangat berbeda dengan konsepsi *welfare state* dimana negara ditempatkan sebagai aktor sosial yang penting dalam tata kehidupan masyarakat modern. P. Evans, sebagaimana dikutip oleh Darmawan Tribowo, mengatakan bahwa tanpa ada negara, maka pasar sebagai kelembagaan lain dalam kehidupan modern tidak akan mampu berjalan dengan baik.⁵⁹ Tentunya, negara juga dapat memastikan mekanisme pasar dapat berjalan dengan baik, untuk selanjutnya menghadirkan kesejahteraan sosial.

⁵⁶ Nugraha, *op. cit.*, hal. 51.

⁵⁷ E.S. Savas (b), *Privatization, The Key to Better Government* (New York: Clatham House Publishers, 1987), hal. 56-57.

⁵⁸ Nugraha, *op. cit.*, hal. 51.

⁵⁹ Darmawan Tribowo dan Sugeng Bahagijo, *op. cit.*, hal. 3.

Hubungan paradoksal antara konsepsi *welfare state* dan nilai-nilai neoliberalisme juga ditegaskan oleh Roger A. Freeman, yang mengatakan bahwa “*the welfare state was the very antithesis of the original liberal ideal.*”⁶⁰ Hal demikian tentu dapat dilihat dari konsepsi *welfare state* yang memberikan beban pembangunan *social order* dan *economic order* pada negara. Berbeda halnya dengan neoliberalisme, yang merupakan penyempurnaan ideologi liberal, beban pembentukan tata sosial dan tata ekonomi diberikan pada mekanisme pasar.

PENUTUP

Sebagaimana telah diulas sebelumnya, arah kebijakan perekonomian nasional menunjukkan beberapa pengadopsian nilai-nilai neoliberalisme, atau dengan kata lain, neoliberalisme telah menjadi rujukan dalam perumusan kebijakan perekonomian nasional. Setelah mengidentifikasi hal yang demikian itu, kita dapat memperbandingkan kompatibilitas nilai-nilai neoliberalisme dan konsepsi negara kesejahteraan, sekaligus melihat konsistensi arah kebijakan perekonomian nasional dalam melembagakan konsepsi *welfare state* di Indonesia.

Sebagai politik hukum pemerintah, arah kebijakan perekonomian nasional harus diorientasikan pada pelembagaan *staatsidee* dari Bangsa Indonesia untuk memajukan kesejahteraan umum. Dan ‘wahana’ untuk melembagakan *staatsidee* itu, sebagaimana dirumuskan di dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, adalah konsepsi negara kesejahteraan (*welfare state*).

Ada dua hal yang harus kita cermati, sekaligus melihat kompatibilitas di antara keduanya, yaitu neoliberalisme dan konsepsi *welfare state*. Beberapa ahli memformulasikan adanya hubungan paradoksal antara neoliberalisme dengan konsepsi *welfare state*.

Jika kita menghendaki adanya konsistensi perumusan arah kebijakan perekonomian nasional dengan *original intent* dari Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang mengamatkan pelembagaan konsepsi *welfare state* untuk mewujudkan kesejahteraan umum, perlu dilakukan reformulasi kebijakan perekonomian nasional dengan mengembalikan *khittah* beban pembentukan tata sosial dan tata ekonomi pada negara.

⁶⁰ Nugraha, *op. cit.*, hal. 56.

DAFTAR PUSTAKA

- Arizona, Yance. "Konstitusi dalam Intaian Neoliberalisme". http://yancearizona.files.wordpress.com/2008/08/konstitusi-dalam-intaian-neoliberalisme_ringkasan1.pdf. (diakses pada 23 November 2011).
- Asshiddiqie, Jimly. *Green Constitution: Nuansa Hijau Undang-Undang Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Jakarta: Rajawali Pers, 2010.
- _____. *Komentar atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- _____. *Konstitusi Ekonomi*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2010.
- _____. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*. Jakarta: Rajawali Pers, 2009.
- Lubis, Todung Mulya. *Catatan Hukum Todung Mulya Lubis: Mengapa Saya Mencintai Negeri Ini?*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007.
- Budiardjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008.
- Budiono. *Ekonomi Indonesia, Mau ke Mana?: Kumpulan Esai Ekonomi*. Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2009.
- Cheung, Anthony B.L. and Ian Scott. Ed. *Governance and Public Sector Reform in Asia: Paradigm Shifts or Business as Usual?*. London: RoutledgeCurzon, 2003.
- Eko Sutoro. "Mengkaji Ulang Good Governance". http://www.ireyogya.org/sutoro/mengkaji_ulang_gg.pdf. (diakses pada Tanggal 1 Desember 2011).
- Fatwa, A.M. *Potret Konstitusi Pasca Amandemen UUD 1945*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009.
- Hidayat, L. Misbah. *Reformasi Administrasi: Kajian Komparatif Pemerintahan Tiga Presiden*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2007.
- Indonesia, *Undang-Undang tentang Badan Usaha Milik Negara*. UU Nomor 19 Tahun 2003, LN Tahun 2003 Nomor 70, TLN Nomor 4297,

Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russel & Russel, 1961.

_____. *Teori Hukum Murni*. Bandung: Penerbit Nusa Media, 2010.

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

Mardiasmo. *Akuntansi Sektor Publik*. Yogyakarta: Penerbit Andi, 2009.

Martin, Elizabeth A. Ed. *Oxford Dictionary of Law*. Fifth Edition. Oxford: Market House Books Ltd., 2003.

Nugraha, Safri. *Privatisation of State Enterprises in The 20th Century: A Step Forwards or Backwards?*. Jakarta: Institute of Law and Economic Studies Faculty of Law University of Indonesia, 2004.

Prasetyantoko, A. *Bencana Finansial: Stabilitas sebagai Barang Publik*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2008.

_____. *Krisis Finansial: Dalam Perangkap Ekonomi Neoliberal*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009.

Rachbini, Didiek J. "Analisis Ekonomi: Ekonomi, Investasi, dan Pasal 33". <http://www.suaramerdeka.com/harian/0704/23/nas08.htm>. (diakses pada Tanggal 4 Desember 2011).

Satya Arinanto. *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*. Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2011.

Savas, E.S. *Privatization and Public-Private Partnership*, (New York: Clatham House Publishers, 2002), hal. 53.

_____. *Privatization, The Key to Better Government*. New York: Clatham House Publishers, 1987.

Shepherd, Willian G. *The Economics of Industrial Organization*. 3rd Edition. New Jersey: Prentice Hall, 1990.

Suharto, Edi. “Kebijakan Perlindungan Sosial bagi Kelompok Rentan dan Kurang Beruntung”. Makalah disampaikan pada Seminar “Perlindungan Sosial bagi Kelompok Rentan dan Kurang Beruntung: Analisis Kebijakan Perspektif Ketahanan Sosial Masyarakat” yang Diselenggarakan oleh Pusat Pengembangan dan Penelitian Kesejahteraan Sosial Departemen Sosial Republik Indonesia di Jakarta, 2 Oktober 2006.

Tribowo, Darmawan dan Sugeng Bahagijo. *Mimpi Negara Kesejahteraan*. Jakarta:Pustaka LP3ES Indonesia, 2006.

Vassiolou, Lampros. “The Dynamic Between The Role Of The Court and Informal Workouts”. <http://www.oecd.org/dataoecd/7/42/1874132.pdf>. (diakses pada Tanggal 21 November 2011).

Verdiansyah, Chris. Ed. *Membongkar Budaya: Visi Indonesia 2030 dan Tantangan Menuju Raksasa Dunia*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas.

Wheare, K.C. *Konstitusi-Konstitusi Modern*. Bandung: Nusa Media, 1996.

Rekonstruksi Sistem Pemerintahan Presidensiil Berdasar Undang- Undang Dasar 1945 Menuju Sistem Pemerintahan Presidensiil Murni

Sulardi

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Malang
Jl. Raya Tlogomas 246 Malang
E-mail: sulardi1207@yahoo.co.id

Naskah diterima: 16/07/2012 revisi: 28/07/2012 disetujui: 2/08/2012

Abstrak

Sistem pemerintahan Indonesia berdasarkan Undang-undang Dasar 1945. Ketika beberapa konstitusi-konstitusi diimplementasikan di Indonesia di masa lalu, konsekuensi adalah ada sistem politik bervariasi. Pada 1999 - 2002, ada perubahan Undang-undang Dasar 1945. Salah satu tujuan adalah untuk memperkuat sistem pemerintahan Presidensiil. Diharapkan Undang-undang Dasar 1945 setelah diubah bisa menjadi dasar yang baik, efektif, dan terbangun sistem pemerintahan Presidensiil yang efisien. Jadi ada kesadaran untuk merekonstruksi ke sistem pemerintahan presidensiil.

Sejak kemerdekaan 1945 sampai masa transisi, sistem pemerintahan Presidensiil berdasarkan Undang-undang Dasar 1945 dilakukan secara bertentangan dengan prinsip prinsip sistem pemerintahan presidensiil karena substansi Undang-undang Dasar 1945 ditafsirkan oleh Presiden-Presiden dalam sesuai dengan tafsir mereka. Secara teoritis ada sebuah konsep baru di sistem pemerintahan Presidensiil, yakni adalah sistem pemerintahan Presidensiil murni. Jika prinsip prinsip sistem pemerintahan presidensiil termuat dalam Undang-undang Dasar 1945, konsekuensi adalah Presiden memiliki posisi yang secara relative sama antara lembaga Negara yang ada dalam UUD. Kemudian, sistem pemerintahan Presidensiil dapat diselenggarakan secara optimal dan secara efisien, karena masing-masing dari lembaga negara, khususnya Presiden dan DPR, bisa berfokus perhatikan mereka untuk tugas-tugas dan fungsi mereka.

Kata Kunci : Rekonstruksi, Sistem Pemerintahan

Abstract

Indonesian governmental system is conducted based on 1945 Constitution. When varied constitutions were implemented in Indonesia in the past, the consequence is there were varied political systems. In 1999-2002, there were changes in 1945 Constitution. One of the objectives is to strengthen presidential system of government. It was expected that the amended Constitution could become the foundation of the good, effective, and efficient presidential system of government. In fact, the amended Constitution does not yet specified the characteristics of the presidential system of government, so there is awareness that a reconstruction into the presidential system of government is needed. Since 1945 independence until transition period, presidential system of government based on 1945 Constitution was conducted inconsistently because 1945 Constitution was arbitrarily interpreted by the presidents in their terms of office. Theoretically, there was a new concept on the presidential system of government, that is the pure presidential system of government. Practically, if the concept is included in 1945 Constitution, the consequence is that the president has relatively equal position among others state institutions. Then, the presidential system of government can effectively and efficiently run because each of state institutions, especially President and Parliament, can focus their attention to their tasks and duties.

Keyword: *Reconstruction, government system*

PENDAHULUAN

Doktrin Trias Politika menghendaki kedudukan yang sejajar dan setara antara lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Suatu negara yang menerapkan doktrin Trias Politika dalam konstitusinya, maka sistem pemerintahannya disebut sistem pemerintahan presidensiil. Dalam sistem pemerintahan presidensiil hubungan antara Presiden dan Parlemen dapat saling melakukan kontrol dan berkeimbangan (*checks and balances*).

Berkaitan dengan sistem pemerintahan, untuk menyebut sistem pemerintahan Indonesia, di antara para ahli hukum tata negara terdapat perbedaan pendapat, berkenaan dengan sistem pemerintahan yang berdasar pada UUD 1945. Ada yang menyebut sistem pemerintahan presidensiil ada pula yang menyebut kuasi presidensiil. Hal tersebut menurut Mahfud MD (Moh. Mahfud MD: 1998, hal. 32)¹ karena UUD 1945 memuat unsur parlementer maupun presidensiil.

¹ Moh Mahfud, MD, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1998 hal 32

Problematika yang muncul pada sistem pemerintahan presidensiil di Indonesia dapat dilihat pada pola hubungan antara Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Pola hubungan antara Presiden dan DPR dapat diruntut melalui masa berlakunya UUD 1945 sejak awal kemerdekaan sampai dengan era reformasi. Pada Aturan Peralihan Pasal IV UUD 1945 dinyatakan bahwa : “Sebelum Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan Dewan Pertimbangan Agung dibentuk menurut Undang-Undang Dasar ini, segala kekuasaannya dijalankan oleh Presiden dengan bantuan sebuah Komite Nasional”. Dari pasal ini menunjukkan bahwa pada awal terbentuknya pemerintahan, lembaga- lembaga negara dijalankan oleh Presiden. Presiden mempunyai kedudukan yang sangat kuat, sebab berdasar pada aturan peralihan Pasal IV UUD 1945 Presiden menjalankan kekuasaan yang dimiliki oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan Dewan Pertimbangan Agung dibantu oleh sebuah Komite Nasional.

Peran DPR berhadapan dengan Presiden sangat lemah, bahkan sistem pemerintahan tidak dapat digolongkan pada sistem pemerintahan parlementer maupun presidensiil. Sistem presidensiil pada masa Orde Lama berjalan tidak sesuai dengan ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil.

Dari latar belakang masalah tersebut di atas menunjukkan bahwa hubungan antara Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat selama ini, belum memperlihatkan hubungan kelembagaan seperti halnya dalam pemerintahan sistem presidensiil. Padahal sistem pemerintahan presidensiil merupakan perwujudan dari doktrin Trias Politika yang menempatkan kedudukan yang setara antara lembaga eksekutif dan legislatif.

Masalah yang diteliti dirumuskan sebagai berikut: 1. Mengapa sistem pemerintahan presidensiil murni belum menjadi dasar penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia Berdasar UUD 1945? 2. Bagaimanakah konstruksi sistem pemerintahan presidensiil dalam UUD Negara RI 1945? 3. Bagaimanakah konstruksi sistem pemerintahan presidensiil murni?

Untuk membangun sistem pemerintahan presidensiil yang utuh berdasar UUD RI 1945 karya tulis ini menggunakan pendekatan teori demokrasi yang didukung oleh teori pemisahan dan pembagian kekuasaan serta teori sistem pemerintahan dan aplikasi teorinya. Menurut Arend Lypahard seperti dikutip Juanda (Juanda: 2004, hal 19) bahwa sebuah negara dapat dikatakan demokrasi, paling tidak memenuhi unsur-unsur yaitu:

1. Adanya kebebasan untuk membentuk dan menjadi anggota perkumpulan;
2. Adanya kebebasan menyatakan pendapat;
3. Adanya hak untuk memberikan suara dalam pemungutan suara;
4. Adanya kesempatan untuk dipilih atau menduduki berbagai jabatan pemerintah atau negara;
5. Ada hak bagi para aktivis politik untuk berkampanye untuk memperoleh dukungan atau suara;
6. Terdapat berbagai sumber informasi;
7. Ada pemilihan yang bebas dan jujur;
8. Semua lembaga yang bertugas merumuskan kebijakan pemerintah, harus bergantung pada keinginan pemerintah.

Kedelapan unsur-unsur tersebut menunjukkan bahwa rakyat merupakan faktor penting dalam suatu negara dalam penyelenggaraan demokrasi.

J.J. Rousseau yang telah memunculkan doktrin *volonte general* sebagai kekuasaan tertinggi dalam suatu negara itu oleh Soehino (Soehino: 1993, hal. 120 - 121)² dikatakan mengandung dua konsekuensi, yakni:

1. Adanya hak rakyat untuk menggantikan atau menggeser penguasa. Hal ini berhubungan boleh tidaknya rakyat berevolusi terhadap penguasa ;
2. Adanya paham yang berkuasa itu rakyat atau paham kedaulatan rakyat. Rakyat di sini tidak sebagai penjumlahan dari individu-individu, melainkan rakyat sebagai suatu *gemeinschaft* yang sifatnya abstrak.

Kedaulatan rakyat berdasar pada *volonte general* kemudian terwujud dengan perantara undang-undang mempunyai empat sifat, yaitu:

1. Kesatuan: semangat rakyat berhak memerintah dan tidak mau diperintah itu adalah satu. Kesatuannya itu terlihat pada pembuatan undang-undang, menyatakan peperangan, dan penuntutan keadilan dan menjunjung tinggi satu negara atau rakyat;
2. Bulat tidak dibagi-bagi; kedaulatan itu tidak dapat dipecah-pecah;
3. Tidak boleh diserahkan, kedaulatan tidak boleh dijual, digadaikan atau dihadiahkan;
4. Tetap tidak berubah-ubah, kedaulatan itu tetap di tangan rakyat, tidak susut dan tidak berkurang (Muhammad Yamin : 1951) ³.

² Soehino, *Ilmu Negara*. Yogyakarta Liberty, 1993, hal 120-121.

³ Muhammad Yamin, *Ploklamasi dan Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta, Djambatan, 1951

Sejalan dengan fokus permasalahan di muka, sistem pemerintahan yang diselenggarakan di berbagai negara sesungguhnya tergantung pada organisasi kekuasaan yang ada pada negara itu menjalankan kekuasaan. Sistem presidensiil, merupakan sistem pemerintahan yang dijalankan berdasar pada teori Trias Politika, teori pemisahan kekuasaan yang dikembangkan dari John Locke (Mukthie Fadjar: 2004, hal. 17)⁴ yang mengemukakan teori pembagian kekuasaan, bahwa untuk membatasi kekuasaan penguasa negara agar hak-hak asasi warganya terlindungi.

Pemikiran John Locke tersebut dikembangkan oleh Montesquieu, di mana ajaran Trias Politika menghendaki sebuah kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif yang terpisah (Suwoto, Mulyosudarmo: 1997, hal. 26)⁵. Ajaran itulah yang akhirnya diterapkan di Amerika Serikat yang kemudian dikenal sebagai sistem pemerintahan presidensiil.

Selain sistem presidensiil, terdapat pula sistem pemisahan kekuasaan tetapi di antara badan-badan yang disertai kekuasaan itu, terutama badan eksekutif dan legislatif terdapat hubungan yang bersifat timbal balik, dapat saling mempengaruhi, sistem ini disebut sistem parlementer.

Sistem pemerintahan berdasar pada hubungan antara legislatif dan yudikatif lainnya adalah sistem badan pekerja. Sistem pemerintahan ini diselenggarakan di Swiss. Badan perwakilan di Swiss disebut *Bundesversammlung* terdiri dari dua kamar yaitu Dewan Nasional dan Dewan Negara Bagian, sedang badan eksekutifnya disebut Dewan Federasi, dewan ini terdiri dari tujuh orang yang dipilih oleh *Bundesversammlung*. Tugas dari badan federasi ini adalah melaksanakan keputusan-keputusan *Bundesversammlung*, karena itu hanya bersifat administratif.

Di luar ketiga sistem pemerintahan tersebut, terdapat sistem pemerintahan sistem semi-presidensiil, sistem ini disebut juga oleh Sartori dalam Saldi Isra sebagai sistem pemerintahan campuran yang bedasarkan pada *a flexible dual authority structure, that is to say, a bicephalous executive whose 'first head' change as the majority combinations change.* (Saldi Isra : 2010, hal. 44)⁶

Sedangkan penyelenggaraan kekuasaan negara banyak dipengaruhi konsep negara hukum, di mana kekuasaan negara dibatasi oleh hukum. Rumusan

⁴ Mukthie Fadjar, *Tipe Negara Hukum*, Malang, Buyumedia, 2004, hal. 17

⁵ Suwoto, Mulyosudarmo, *Peralihan Kekuasaan Metode dan Dinamika Masalahnya*, Huma, Jakarta, 1997, hal 26

⁶ Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi, Menguatnya Model Legislasi Parlementer dalam Sistem Presidensiil Indonesia*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2010, hal 44

negara hukum mengalami pembaharuan pada tahun 1965 oleh *International Commission of Jurists* seperti dikutip oleh Mahfud MD (Mahfud MD : 1993, hal. 30)⁷ yakni : 1) Perlindungan konstitusional. 2) Badan Kehakiman yang bebas, 3) Kebebasan menyatakan pendapat, 4) Kebebasan berserikat, 5) Pendidikan Kewarganegaraan.

Di Indonesia penyelenggaraan pemerintahan berdasar pada UUD. Sejak merdeka 17 Agustus 1945 hingga sekarang telah diberlakukan empat UUD, yakni UUD 1945, Konstitusi Republik Indonesia Serikat, dan UUD Sementara 1950. Khusus terhadap UUD 1945 telah diberlakukan dalam dua periode, periode pertama 17 Agustus 1945 hingga 27 Desember 1949, (masa awal kemerdekaan). Kemudian UUD 1945 diberlakukan lagi pada tahun 1959 melalui Dekrit Presiden 5 Juli 1959. Dalam tataran normatif, di atas UUD yang pernah berlaku di Indonesia terdapat dasar negara yaitu, Pancasila.

Saat berlakunya berbagai UUD yang pernah diberlakukan di Indonesia ada berbagai varian sistem politik yang terjadi. Menurut Mahfud MD (Mahfud MD : 1993, hal. 24)⁸ saat berlakunya UUD 1945 melahirkan sistem politik yang otoriter dengan pemusatan kekuasaan dan agenda politik di tangan Presiden.

UUD 1945 mengalami perubahan pada tahun 1999-2002. Salah satu tujuan perubahan UUD 1945 adalah memperkuat sistem pemerintahan presidensiil. Hal tersebut akan menjadi dasar penyelenggaraan sistem pemerintahan presidensiil yang baik, efektif dan efisien. Kenyataannya hasil perubahan UUD 1945, belum memuat ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil, sehingga dirasa diperlukan rekonstruksi sistem pemerintahan presidensiil murni. Adapun konsep sistem pemerintahan presidensiil murni itu memuat dua belas ciri yaitu:

- a. Presiden sebagai Kepala Negara sekaligus Kepala Pemerintahan;
- b. Presiden dipilih secara langsung oleh rakyat;
- c. Masa Jabatan Presiden yang pasti;
- d. Kabinet atau dewan menteri dibentuk oleh Presiden;
- e. Presiden tidak bertanggung jawab kepada badan legislatif;
- f. Presiden tidak dapat membubarkan badan legislative;
- g. Menteri tidak boleh merangkap anggota badan legislative;
- h. Menteri bertanggung jawab kepada Presiden;

⁷ Mahfud MD, *Demokrasi Kostitusi Indonesia*, Yogyakarta, Liberty 1993, hal 30

⁸ *Ibid*, hal 24

- i. Masa jabatan menteri tergantung pada kepercayaan Presiden;
- j. Peran eksekutif dan legislatif dibuat seimbang dengan sistem *checks and balances*;
- k. Pembuatan undang-undang oleh badan legislatif tanpa melibatkan lembaga eksekutif;
- l. Hak veto Presiden terhadap undang-undang yang dibuat oleh badan legislatif;

Jadi yang dimaksud dengan sistem pemerintahan presidensiil murni apabila di dalamnya memuat ciri-ciri sistem presidensiil tersebut di atas secara keseluruhan.

Studi ini dikategorikan dalam ranah penelitian kualitatif dengan menggunakan paradigma konstruktivisme. (Norman K. Denzin and Lincoln Yvanna S. hal, 165)⁹ Dipilihnya paradigma konstruktivisme ini memungkinkan penulis untuk mengerti dan memahami penyelenggara sistem pemerintahan presidensiil secara komprehensif materi hukum yang termuat dalam UUD 1945 sebelum maupun setelah perubahan. Penelitian ini merupakan penelitian hukum non-doktrinal (Soetandyo Wignjosoebroto: 2002, hal. 148)¹⁰ dengan pendekatan sosiolegal (*socio-legal approach*). Objek yang dikaji adalah hukum yang dikonsepsikan sebagai simbol yang penuh makna sebagai hasil konstruksi mental manusia (penyusun UUD) yang termanifestasikan dalam bentuk pasal-pasal dalam konstitusi. Untuk mengungkap realitas objek tersebut digunakan teori hermeneutikal (Jazim Hamidi: 2005, hal. 29)¹¹. Pendekatan hermeneutik dipakai untuk menafsir teks yang berupa pasal-pasal dalam UUD 1945 dan UUD Negara RI tahun 1945 dalam realitas penyelenggaraan pemerintahan negara. Spesifikasi penelitian ini adalah penelitian deskriptif analitis, untuk mendeskripsikan atau memberikan gambaran secara menyeluruh mengenai eksistensi sistem pemerintahan presidensiil di Indonesia, baik sebagai pemikiran, maupun sebagai norma yang termuat dalam UUD. Dari hasil studi didapat pemahaman mengenai realitas penyelenggaraan sistem pemerintahan presidensiil di Indonesia. Berdasarkan hal tersebut dibuat suatu preskriptif berupa pemikiran apa saja ciri sistem pemerintahan presidensiil murni, yang kemudian direkomendasikan agar dimuat dalam UUD Negara RI tahun 1945.

⁹ Norman K Denzil and Lincoln Yvanna S, *Handbook of Qualitative Reseach* , Secon Edition (Ed), London, Sage Publication, hal 165

¹⁰ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Huma, Jakarta, 2002, hal 148

¹¹ Jazim Hamidi, *Hermenetika Hukum*, Yogyakarta, Ull Press, 2005, hal 29

PEMBAHASAN

1. Sistem Pemerintahan Presidensiil Berdasar UUD 1945

a. Masa 18 Agustus 1945–27 Desember 1949

Masa awal kemerdekaan, negara Indonesia belum mempunyai infra politik secara lengkap, lembaga-lembaga negara yang mestinya ada sesuai ketentuan UUD 1945, walaupun di dalam UUD 1945 menyebutkan adanya lembaga negara seperti : MPR, DPR, Presiden, MA, BPK, dan DPA namun karena saat itu belum semua lembaga terbentuk, atau baru Presiden dan Wakil Presiden yang ada, maka berdasar Aturan Peralihan Pasal IV UUD 1945 kekuasaan lembaga lembaga negara dijalankan oleh Presiden, "*Sebelum Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Pertimbangan Agung dibentuk berdasar Undang-Undang Dasar ini, segala kekuasaannya dijalankan oleh Presiden dengan bantuan sebuah Komite Nasional* ".

b. Masa 5 Juli 1959-11 Maret 1966

Berdasar pada Dekrit Presiden 5 Juli 1959 dinyatakan berlakunya kembali UUD 1945. Sejak saat itu UUD 1945 berlaku lagi sebagai hukum dasar, dari sisi hukum bukan pada persoalan isi dekrit presidennya yang menarik untuk dibahas, justru dekrit presidennya yang menarik. Dekrit Presiden 5 Juli 1959 merupakan produk hukum yang revolusioner, produk hukum yang tanpa dasar hukum.

Secara teori sulit untuk menjelaskan posisi Dekrit Presiden 5 Juli 1959, jika dari sisi positivistik, maka jelas hukum ini justru bertentangan dengan UUD Sementara 1950 waktu itu, yang mengamanatkan Presiden taat pada UUD Sementara tahun 1950. Dari prespektif hukum progresif pun Dekrit Presiden 5 Juli 1959 tidak mempunyai ciri untuk kepentingan manusia Indonesia seutuhnya, Dekrit Presiden merupakan hukum yang menyisihkan UUD 1945 itu sendiri yang mengalami makna kemunduruan hukum, hukum yang hanya untuk kepentingan beberapa orang. Sebab setelah itu, keinginan bangsa Indonesia menjadikan negara Indonesia sebagai negara yang diperintah secara demokrasi justru berbalik arah ke otoriter.

c. Masa 11 Maret 1966 sampai dengan 1998

Demikian halnya pemerintahan Orde Baru sepanjang kekuasaannya, UUD 1945 menjadi sesuatu yang disakralkan. Di era Orde Baru ini, konsentrasi penyelenggaraan sistem pemerintah dan kehidupan demokrasi dititikberatkan pada aspek stabilitas politik dalam rangka menunjang pembangunan nasional. Kekuasaan Presiden dalam UUD 1945 sangat kuat, namun dilihat dari sistem ketatanegaraan berdasarkan UUD 1945, justru ciri-ciri sistem parlementer terlihat di dalamnya:

1. Pertama Presiden dipilih oleh MPR dengan suara terbanyak.
2. Presiden yang terpilih itu diangkat oleh MPR dan sewaktu-waktu MPR dapat meminta pertanggungjawaban Presiden.
3. Setiap Undang-Undang yang dibentuk harus mendapat persetujuan DPR.

d. Sistem Pemerintahan Presidensiil masa Transisi dari UUD 1945 ke UUD Negara RI tahun 1945

Setelah Orde Baru dilengserkan, maka sistem ketatanegaraan Indonesia memasuki era transisi, pada masa ini proses perubahan UUD 1945 dilakukan untuk mendorong terselenggaranya sistem ketatanegaraan yang demokratis.

Pemilihan Presiden pada masa ini dirasa lebih demokratis dibanding sebelumnya, sebab anggota anggota MPR menggunakan hak suaranya untuk menentukan Presiden pilihannya. Pada masa pemerintahan Abdurrahman Wahid, ada upaya pembagian kekuasaan antara Presiden dan Wakil Presiden melalui Keputusan Presiden No.121 Tahun 2000. Secara politik dapat dikatakan bahwa Presiden melakukan pengalihan kekuasaan itu berdasarkan kekuasaannya sendiri dan bukan dipaksa secara sepihak oleh MPR. Tindakan tersebut juga dapat dibenarkan secara konstitusional, sebab yang dilakukan Presiden Abdurrahman Wahid bukan memisahkan atau melepaskan kekuasaan pemerintahan negara dari tangan Presiden melainkan menugaskan kepada Wakil Presiden dengan masih tetap di bawah tanggung jawab Presiden sendiri (Ni'matul Huda : 2003, hal. 76)¹².

¹² Ni'matul Huda, *Politik Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta, FH-Ull Press, 2003, hal 76

2. Konstruksi Sistem Pemerintahan Presidensiil dalam UUD Negara RI tahun 1945

a. Lembaga Legislatif

Dari hasil perubahan UUD 1945, maka telah terjadi penguatan pada DPR. Penguatan yang paling dirasakan adalah terjadinya pergeseran dalam hal pembentukan undang-undang. Seperti yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 : “Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang, kemudian dalam pasal 5 ayat (1) UUD Negara RI 1945 menjadi : “ *Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang*”.

Sebenarnya untuk lebih menguatkan sistem pemerintahan presidensiil perlu juga ada hak *veto* bagi Presiden dalam menyusun undang-undang, dalam rangka mengimbangi kuatnya dalam proses legislasi. Pada taraf inilah pencapaian salah satu cirri sistem presidensiil itu terjadi. Penguatan terhadap DPR juga terlihat pada DPR dalam menjalankan fungsi pengawasan, DPR mempunyai hak-hak yang termuat dalam UUD Negara RI 1945, hak-hak itu antara lain: hak interpelasi, hak angket, dan hak menyatakan pendapat.

Kedudukan MPR dalam UUD Negara RI tahun 1945

Setelah perubahan UUD 1945, dengan adanya DPD dan MPR, maka kedudukan MPR menjadi lembaga gabungan *joint-session*, MPR tidak lagi sebagai pemegang kedaulatan tertinggi. Penghapusan sistem lembaga tertinggi negara adalah upaya logis untuk keluar dari perangkap *design* ketatanegaraan yang rancu dalam menciptakan mekanisme *checks and balances*, di antara lembaga-lembaga negara.

b. Lembaga Eksekutif

Kekuasaan Presiden

Sesuai dengan prinsip perubahan UUD 1945 untuk mempertegas sistem presidensiil (Moekhtie Fadjar : 2006, hal. 54)¹³, salah satunya berkenaan dengan pemilihan Presiden, dari pemilihan Presiden oleh MPR menjadi Presiden dipilih secara langsung oleh rakyat. Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden secara langsung menciptakan perimbangan antara berbagai kekuatan dalam penyelenggaraan negara terutama dalam menciptakan *checks and*

¹³ Moekhtie Fadjar, *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, KonPress, Jakarta, KOnPress Citra Media, 2006, hal 54

balances, antara Presiden dengan lembaga perwakilan karena sama-sama dipilih oleh rakyat.

Mekanisme Pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden

Setelah perubahan UUD 1945 mekanisme pemberhentian Presiden melibatkan lembaga negara selain DPR dan MPR, yaitu MK, melalui proses persidangan yang terbuka adil dan *fair*.

Dari mekanisme pemberhentian Presiden dan atau Wakil Presiden seperti yang dikemukakan tersebut di atas, menurut Mahfud MD (Mahfud MD: 2007, hal. 18) ¹⁴menunjukkan bahwa pemberhentian Presiden dan Wakil Presiden menggunakan sistem campuran antara *impeachment* dan sistem forum *privilegiatun*. *Impeachment* menunjukkan bahwa Presiden dijatuhkan oleh lembaga politik yang mencerminkan wakil seluruh rakyat. Sedangkan *privilegiatun* adalah menjatuhkan Presiden melalui pengadilan khusus ketatanegaraan yang dasarnya adalah pelanggaran hukum berat yang ditentukan di dalam konstitusi dengan putusan hakim pula.

Keputusan akhir dalam pemberhentian Presiden tetap berada pada sidang MPR. Dimana dalam pengambilan keputusan dilakukan secara politis, yakni dihadiri 3/4 anggota MPR dan pengambilan keputusan harus disetujui paling sedikit 2/3 anggota yang hadir. Cara-cara ini lebih memenuhi asas kepastian hukum dan *checks and balances*, juga menunjukkan sistem presidensiil lebih terlihat, karena dalam sistem presidensiil tidak boleh ada motif politik yang dijadikan prasyarat pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden (Agus Haryadi : 2002, hal. 114)¹⁵.

c. Lembaga Yudikatif

Setelah perubahan UUD Negara RI Tahun 1945 menghendaki adanya kekuasaan kehakiman yang mandiri. Jika sebelum perubahan UUD 1945, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung, hasil perubahan UUD 1945 kekuasaan kehakiman jadi dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara dan oleh sebuah MK.

¹⁴ Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara, Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta, LP3ES, 2007 hal'18

¹⁵ Agus Haryadi, *Bikaneral Setengah Hati*, dalam Mochtar Pobotingi dan Abdul Mukhtie Fadjar, *Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi Independen*, Jakarta, Sinar Harapan, 2002, hal 114

3. Capaian Sistem Pemerintahan Presidensiil Murni

Dari hasil perubahan UUD 1945 yang memunculkan lembaga negara baru berdasar pada UUD Negara RI 1945 dan pergeseran kekuasaan legislatif, serta pemilihan dan pengangkatan Presiden dan pemberhentian Presiden dan wakil Presiden, perubahan UUD 1945 tidak mempertegas sistem pemerintahan dan sistem pembagian kekuasaan. Dengan perubahan-perubahan tersebut memang ada penguatan sistem presidensiil, tetapi masih ada aspek sistem parlementernya. Sebab jika yang diinginkan sistem presidensiil, Presiden dan DPR harus diberi wewenang sesuai dengan sistem presidensiil itu.

4. Konstruksi Sistem Pemerintahan Presidensiil Murni

Berdasar pada doktrin Trias Politika yang diajukan oleh Montesquieu, bahwa sistem pemerintahan diselenggarakan berdasar pada *separation of power*, yang dikenal dengan sistem pemerintahan presidensiil, maka sistem pemerintahan presidensiil yang diatur dalam UUD Negara RI 1945 belum menunjukkan adanya pemisahan kekuasaan sebagaimana mestinya prinsip sistem pemerintahan presidensiil dalam ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil murni. Hal tersebut dikarenakan undang-undang di Indonesia dapat diajukan baik oleh Presiden Pasal 5 ayat (1) UUD Negara RI 1945, sedangkan pada pasal 20 (1) DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang. Ketentuan lainnya yang mengatur bahwa dalam pembahasan rancangan undang-undang dibahas oleh DPR bersama Presiden untuk mendapat persetujuan bersama, (pasal 20 ayat 2). Dalam pasal 20 (5) disebutkan "Dalam hal rancangan UU yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu 30 hari semenjak RUU tersebut disetujui, RUU tersebut sah menjadi UU dan wajib diundangkan". Dua ketentuan ini menjadikan rancu dan mengundang kontroversi karena menempatkan secara bersama kewenangan Presiden dan DPR dapat mengesahkan undang-undang, disatu sisi, di sisi lainnya dari ketentuan ini menimbulkan adanya *abuse of power* terhadap kewenangan DPR untuk mengusulkan rancangan undang-undang sekaligus untuk memaksa Presiden agar mensahkan RUU yang diajukan tersebut. Pada akhirnya Presiden tidak mempunyai hak untuk menyetujui atautkah menolak RUU yang disetujui bersama DPR itu.

Apabila sistem pemerintahan presidensiil dalam UUD negara RI tahun 1945 memuat seluruh ciri sistem presidensiil murni , maka sistem presidensiil berdasar UUD Negara RI tahun 1945 adalah sistem pemerintahan presidensiil turunan dari doktrin Trias Politika model Indonesia. Saat ini di Indonesia sistem pemerintahan presidensiil belum menunjukkan suatu pemerintahan yang efektif hal tersebut karena UUD Negara RI 1945 belum mengatur secara murni sistem pemerintahan presidensiil.

KESIMPULAN

Dari hasil penelitian yang telah dilakukan berkaitan dengan Rekonstruksi Sistem Presdensiil berdasar pada UUD Negara RI 1945, seperti yang diuraikan dalam bab sebelumnya, maka dalam bagian ini dapatlah ditarik dan dirumuskan suatu kesimpulan sebagai berikut:

1. Penyelenggaraan pemerintahan dengan sistem presidensiil berdasar UUD 1945 sejak awal kemerdekaan sampai dengan masa transisi telah menunjukkan ketidakkonsistenan, yang berakibat ketentuan dalam UUD 1945 ditafsir sesuai kepentingan Presiden era itu.
2. Rekonstruksi sistem pemerintahan presidensiil dalam UUD Negara RI tahun 1945:
3. Telah terjadi penguatan sistem presidensiil berdasar pada UUD Negara RI 1945.
4. Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden secara langsung oleh rakyat.
5. DPR memegang kekuasaan membuat undang-undang, namun Presiden sebagai lembaga eksekutif, masih mempunyai hak mengajukan rancangan undang-undang;
6. Mekanisme pemberhentian Presiden yang dilakukan melalui tiga tahap, yang pertama tahap politik yakni mekanisme pendapat DPR. Tahap kedua melalui pemeriksaan oleh MK dan tahap ketiga melalui Sidang MPR.
7. Masa Jabatan Presiden yang pasti, yakni lima tahun dan sesudahnya dapat dipilih kembali dengan batasan hanya dua kali masa jabatan Presiden.
8. Kedudukan DPR tidak dapat dibubarkan oleh Presiden, namun tidak mengatur ketentuan tidak dapat membubarkan DPD dan atau MPR.
9. Dari capaian sistem pemerintahan presidensiil yang termuat dalam UUD Negara RI tahun 1945, belum sepenuhnya memuat ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil murni.

REKOMENDASI

1. Supaya ciri-ciri sistem presidensiil murni itu terdapat dalam UUD Negara RI tahun 1945, maka perlu segera melakukan perubahan terhadap UUD Negara RI tahun 1945 ke arah sistem pemerintahan presidensiil murni.
2. Hasil perubahan UUD Negara RI tahun 1945 oleh tim perubahan UUD, dikonsolidasikan kepada MPR sebagai lembaga yang mempunyai kewenangan melakukan perubahan UUD.

DAFTAR PUSTAKA

- Agus Haryadi, 2002, *Bikameral Setengah Hati*, dalam Mochtar Pobotingi dan Abdul Mukthie Fadjar, *Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi Idependen*, Jakarta, Sinar Harapan.
- Jazim Hamidi, 2005, *Hermetika Hukum*, Yogyakarta, UII Press
- Mahfud MD, 1993, *Demokrasi Konstitusi Indonesia*, Yogyakarta, Liberty
- _____, 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara, Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta, LP3ES
- _____, 1998, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta, LP3ES
- Mukthie Fadjar, 2004, *Tipe Negara Hukum*, Malang, Bayumedia
- _____, 2006, *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, KonPress, , Jakarta, KonPress Citra Media
- Muhammad Yamin, 1951, *Proklamasi dan Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta, Djambatan
- Ni'matul Huda, 2003, *Politik Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta, FH-UII Press
- Norman K. Denzin and Lincoln Yvanna S. *Handbook of Qualitative Reseach*. Secon Edition (Ed). London: Sage Publication
- Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi, Menguatnya Model Legislasi Parlementer dalam Sistem Presidensiil Indonesia*, Jakarta Raja Grafindo Persada,
- Soehino, 1993, *Ilmu Negara*, Yogyakarta Liberty
- Soetandyo Wignjosoebroto, 2002, *Hukum Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*. Huma , Jakarta
- Suwoto, Mulyosudarmo, 1997, *Peralihan Kekuasaan ; Kajian Teoritis dan Yuridis Terhadap Pidato Nawaksara*, Jakarta, Gramedia,

Komparasi Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu di Beberapa Negara Penganut Paham Demokrasi Konstitusional

Tim Peneliti

Bisariyadi, Anna Triningsih, Meyrinda Rahmawaty H, Alia Harumdani W

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi dan
Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta Pusat
Email : puslitka@mahkamahkonstitusi.go.id

Naskah diterima: 3/07/2012 revisi: 9/07/2012 disetujui: 23/07/2012

Abstrak

Di berbagai negara di dunia, apalagi di negara-negara yang sudah menerapkan kehidupan berbangsa dan bernegara yang demokratis, Pemilu merupakan salah satu unsur penting dalam penyelenggaraan demokrasi yang sekaligus juga memiliki fungsi praktis dari politik pemerintah sebagai sarana suksesi pihak yang memerintah dan pihak oposisi. Di negara-negara yang mempunyai kecenderungan menganut paham demokrasi konstitusional, proses pemilu bertujuan agar kehendak rakyat dapat diwujudkan ke dalam sebuah pola kekuasaan tanpa menggunakan kekerasan. Proses pemilu tidak hanya akan dinilai dengan berpatokan kepada kerangka hukum yang ada melainkan undang-undang, tata tertib pemilu dan pelaksanaannya pun perlu diuji dan disesuaikan apakah sudah sesuai dengan tujuan utamanya atau tidak tanpa mengabaikan hak-hak yang dimiliki oleh individu maupun kelompok.

Di dalam Proses penyelenggaraan pemilu, tidak selamanya proses penyelenggaraan pemilu berjalan dengan lancar. Berbagai hambatan dalam penyelenggaraan pemilu baik yang terjadi pada saat pemilu berlangsung maupun sebelumnya merupakan permasalahan yang tentunya akan berdampak luas jika tidak segera diselesaikan dengan baik. Adanya permasalahan dalam penyelenggaraan pemilu yang berkaitan dengan ketidakpuasan terhadap

keputusan penyelenggara pemilu atau pelanggaran-pelanggaran pidana maupun administratif yang mempengaruhi hasil pemilu itulah yang lazim disebut dengan sengketa pemilu. Agar sengketa pemilu tersebut tidak mengganggu jalannya sistem ketatanegaraan atau sistem pemerintahan dari suatu negara atau wilayah tertentu, maka diperlukan suatu mekanisme penyelesaian sengketa pemilu yang efektif serta dapat memberikan keputusan yang adil bagi para pihak yang berkepentingan.

Permasalahannya adalah bagaimana tolok ukur dari suatu mekanisme penyelesaian sengketa pemilu yang efektif tersebut? Sebab, jika ditilik lebih lanjut dan berkaca pada negara-negara demokrasi di dunia, tidak semua negara-negara demokrasi terutama yang melandaskan hukumnya pada supremasi konstitusi, memiliki mekanisme penyelesaian sengketa pemilu yang sama antara negara yang satu dengan negara yang lain. Wawasan mengenai hal ini sangat penting gunanya, karena dengan mengetahui ukuran keefektifan suatu mekanisme penyelesaian sengketa pemilu, dapat menjadi bahan pertimbangan dalam pemilihan mekanisme penanganan suatu sengketa pemilu yang tepat guna, tepat sasaran serta memberikan keadilan bagi para pihak yang berkepentingan dan masyarakat pada umumnya.

Kata Kunci : *Penyelesaian Sengketa Pemilu, Negara Demokrasi Konstitusional*

Abstract

Every country in the world, moreover in every country which has implemented the way of life of democratic and nation, presume that election is one of the important element as a marker of democracy of the country and also has a practical function of government political as a succession's tool between the government parties and the opposition parties. In every democratic constitutional state, the election process has a purpose to embody will of the people into pattern of power without violence.

The election process will not only be assessed by sticking to the existing legal framework but the laws, codes of conduct of the election and its implementation needs to be tested and adjusted if it is in accordance with its primary purpose or not without ignoring the rights of individuals or people. In the process of the general election, the election process does not always run smoothly. Various obstacles in the implementation of good elections that occurred both during and previous election, is a problem that certainly would have widely spread impact if not immediately resolved. The existence of problems in the election related to dissatisfaction of decision of the election or criminal violations and administrative which can influence the result of election is commonly known by electoral disputes. In order the election dispute does not disturb the constitutional system or system

of government of a country or region, it requires an electoral dispute resolution mechanisms that effective and can give a fair decision to the parties.

The main problem is how the benchmark of an electoral dispute resolution mechanisms that are effective? Because, if traced further and reflect on democracies country in the world, not all democracies country, especially the democracies country which basing on the supremacy of the constitution, has the same electoral dispute resolution mechanisms between one country to another country. This is very important, because by knowing the measure or the benchmark of the effectiveness of an electoral dispute resolution mechanisms, we can consider to choose which electoral dispute resolution mechanisms that appropriate and give the fairness to the parties and society in general.

Keywords : *Dispute Settlement Elections, State Constitutional Democracy*

PENDAHULUAN

Pemilihan Umum (Pemilu) merupakan salah satu penanda penting demokrasi. Samuel Huntington menyatakan bahwa dunia kini tengah berada dalam sebuah era yang disebut sebagai gelombang demokrasi ketiga.¹ Hal ini ditunjukkan dengan banyaknya jumlah negara-negara yang mengaku sebagai “negara demokrasi”. Pemilu yang demokratis dari negara demokrasi menjadi sangat penting mengingat tujuan Pemilu itu sendiri yaitu:

- a. Membuka peluang untuk terjadinya pergantian pemerintahan sekaligus momen untuk menguji dan mengevaluasi kualitas dan kuantitas dukungan rakyat terhadap keberhasilan dan kekurangan pemerintah yang sedang berkuasa,
- b. Sebagai sarana penyerapan dinamika aspirasi rakyat untuk diidentifikasi, diartikulasikan, dan diaggresasikan selama jangka waktu tertentu, dan
- c. (Yang paling pokok) untuk menguji kualitas pelaksanaan kedaulatan rakyat itu sendiri.

Dalam konteks itulah keberadaan mekanisme penyelesaian sengketa pemilu menjadi syarat yang tak dapat ditiadakan bagi demokrasi. Namun ternyata negara-negara demokratis di dunia ini memiliki mekanisme yang cukup bervariasi dalam menyelesaikan sengketa pemilu. Penyelesaian sengketa pemilu di Indonesia diatur dalam Konstitusi, yaitu pada Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945. Pasal tersebut mengatur bahwa Mahkamah Konstitusi (MK) berwenang untuk memutus perselisihan hasil

¹ Samuel Huntington, *The Third Wave : Democratization In The Late Twentieth Century*, (Oklahoma: University of Oklahoma Press , 1991).

pemilu. Kewenangan ini dijabarkan dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang (UU) Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan UU nomor 8 tahun 2011 (UU MK) dan Pasal 29 ayat (1) huruf d UU Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Dalam perkembangan politik ketatanegaraan, pengertian Pemilu telah diperluas sehingga mempengaruhi jenis perselisihan hasil Pemilu yang menjadi wewenang MK untuk memeriksa dan memutusnya. Perkembangan tersebut diawali oleh putusan MK dalam perkara pengujian UU Pemerintahan Daerah yang terkait dengan ketentuan pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah. Dalam putusan MK Nomor 072-073/PUU-II/2004, Mahkamah menyatakan bahwa rezim pemilihan kepala daerah secara substantif adalah pemilihan umum sehingga penyelenggaraannya harus memenuhi asas-asas konstitusional Pemilu.² Putusan ini memengaruhi pembentuk undang-undang yang selanjutnya melakukan pergeseran Pemilu menjadi bagian dari Pemilu.³ Hingga kini, pilihan untuk menyelesaikan sengketa pemilu melalui MK belum menimbulkan persoalan konstitusional besar yang dapat menghambat proses demokrasi. Namun, dalam proses konsolidasi demokrasi tentu perlu dicari dan diteliti sistem yang ideal dan dapat memenuhi kepentingan semua pihak dengan tujuan meningkatkan kualitas pelaksanaan Pemilu.

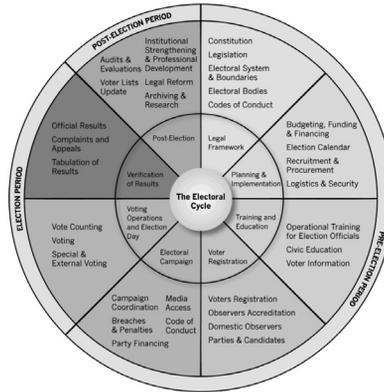
Berdasarkan seluruh uraian di atas, maka menjadi penting tema tersebut untuk dilakukan pembahasan dengan beberapa alasan, yaitu: **Pertama**, Pemilu merupakan bagian penting dari proses demokratisasi karena dianggap sebagai pengejawantahan paling nyata dari negara yang menganut demokrasi. **Kedua**, masalah sengketa hasil perolehan suara dalam pemilu merupakan permasalahan yang sangat krusial karena menentukan pilihan politik rakyat yang direpresentasikan melalui struktur parlemen dan pemerintahan. Oleh karenanya, penyelesaian sengketa hasil pemilu tergolong sebagai urusan konstitusi (constitutional matter). **Ketiga**, setiap negara memiliki mekanisme berbeda dalam pelaksanaan pemilu dan penyelesaian sengketa pemilu. Secara umum, tahapan-tahapan pemilu memiliki kesamaan tahapan satu dengan yang lainnya yakni: (1) *Pre Election Period*; (2) *Election Period*; dan (3) *Post Electoral Period*.⁴

² Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap perkara Nomor 072/PUU-II/2004 dan Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap perkara Nomor 073/PUU-II/2004.

³ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2010), hlm. 223.

⁴ *Ibid*

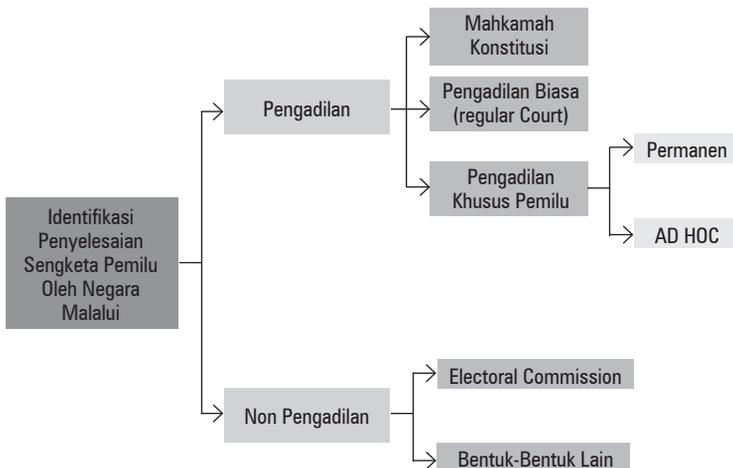
Gambar 1.1
Tahapan Pemilu⁵



Sumber: IDEA International

Keempat, tidak semua negara demokrasi memiliki mahkamah konstitusi dan menyerahkan kewenangan penyelesaian sengketa pemilu kepada kekuasaan kehakiman tersebut. Untuk dapat mengetahui lebih jelas gambaran mengenai negara dan mekanisme penyelesaian sengketa pemilunya, berikut skema dari gambaran tersebut:

Bagan 1.1.
Identifikasi Penyelesaian Sengketa Pemilu



Sumber : Olah Data

⁵ <http://www.idea.int/elections/eea/images/Electoral-cycle.png>

Berdasarkan skema di atas, terlihat bahwa negara demokrasi yang menganut paham *constitutional model* atau supremasi konstitusi memiliki beberapa model penyelesaian sengketa pemilu yang lebih khusus lagi yaitu ada yang menggunakan Mahkamah Konstitusi, pengadilan biasa dan pengadilan khusus pemilu, Electoral Commission, dan bentuk-bentuk lainnya. **Kelima**, pemilu di Indonesia mempunyai persoalan tersendiri yaitu dalam hal luasnya cakupan pengertian pemilu dan mekanisme penyelesaian sengketa pemilu. Sengketa pemilu yang harus diselesaikan oleh MK adalah sengketa pemilu legislatif (DPR, DPD, dan DPRD), pemilu Presiden dan Wakil Presiden serta pemilu Kepala Daerah. Potensi permasalahan pemilu dapat diklasifikasi menjadi tiga kelompok permasalahan, yaitu: masalah pelanggaran administratif pemilu, masalah pelanggaran tindak pidana pemilu, masalah sengketa hasil suara dalam pemilu.⁶

Dari uraian di atas terlihat bahwa, perlu adanya penegasan dalam norma aturan penyelesaian sengketa pemilu mengenai permasalahan apa yang seharusnya merupakan kewenangan MK, dan permasalahan bagaimana mekanisme yang tepat untuk menyelesaikan berbagai jenis sengketa dan pelanggaran yang terjadi dalam kaitannya dengan pemilihan umum.

PEMBAHASAN

Di kebanyakan negara demokrasi, pemilihan umum dianggap lambang, sekaligus tolak ukur, dari demokrasi itu.⁷ Dengan kata lain, pemilihan umum (untuk selanjutnya disebut pemilu) merupakan konsekuensi logis dianutnya prinsip demokrasi dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Prinsip dasar kehidupan kenegaraan yang demokratis adalah setiap warga negara berhak ikut aktif dalam proses politik.⁸ Hal ini sesuai dengan yang dikonstruksikan para *Jurists* yang tergabung dalam *Commision of Jurist* dalam konferensinya di Bangkok tahun 1965, yang menyatakan bahwa:

“salah satu syarat dasar untuk terselenggaranya pemerintahan demokrasi di bawah *rule of law* adalah pemilu yang bebas, di samping syarat lain seperti: adanya perlindungan konstitusi selain menjamin hak-hak individu, dan cara untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang terjamin; adanya badan-badan kehakiman yang bebas dan tidak memihak; adanya kebebasan untuk

⁶ Topo Santoso, *Op.cit.*

⁷ Miriam Budiarjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), hal. 461.

⁸ Dahlan Thaib, *Implementasi Sistem Ketatanegaraan Menurut UUD 1945*, (Yogyakarta: Liberty, 1993), hal. 94.

menyatakan pendapat; terjaminnya kebebasan untuk berserikat dan berorganisasi dan beroposisi, serta terselenggaranya pendidikan kewarganegaraan.⁹

Untuk mewujudkan pemilu yang benar-benar demokratis, terdapat beberapa standar yang harus menjadi acuan:¹⁰

- a. Pelaksanaan pemilihan umum harus memberikan peluang sepenuhnya kepada semua partai politik untuk bersaing secara bebas, jujur, dan adil.
- b. Pelaksanaan pemilu memang benar dimaksudkan untuk memilih wakil rakyat yang berkualitas, memiliki integritas moral dan yang paling penting wakil-wakil tersebut betul-betul mencerminkan kehendak rakyat.
- c. Pelaksanaan pemilu harus melibatkan semua warga negara tanpa diskriminasi sedikitpun, sehingga rakyat benar-benar mempunyai kepercayaan bahwa dirinya adalah perwujudan dari kedaulatan rakyat
- d. Pemilu dilaksanakan dengan perangkat peraturan yang mendukung kebebasan dan kejujuran, sehingga dengan adanya undang-undang yang lebih memberi kesempatan kebebasan pada warga negara, peluang ke arah pemilu yang demokratis dapat dicapai
- e. Pelaksanaan pemilu hendaknya mempertimbangkan instrument penyelenggaranya, karena sangat mungkin kepentingan-kepentingan penyelenggara akan mengganggu kemurnian pemilu
- f. Pada persoalan yang lebih filosofi, pemilu hendaknya lebih ditekankan pada manifestasi hak masyarakat, guna menciptakan partisipasi dalam pemerintahan.

Di Indonesia, pemilu merupakan pelaksanaan mandat UUD 1945. Secara yuridis konstitusional, Pemilu diatur secara eksplisit dalam Pasal 22 E UUD 1945. Undang-Undang Nomor 10 tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD mendefinisikan bahwa “Pemilu adalah sarana pelaksanaan kedaulatan rakyat yang dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

⁹ *International Commission of Jurist, The Dynamic Aspect of the Rule of Law in the Modern Age*, Bangkok: International Commission of Jurist, 1965, hal. 39-50.

¹⁰ International IDEA, *Melanjutkan Dialog Menuju Reformasi Konstitusi di Indonesia*, (Jakarta: International IDEA, 2001), hlm. 71.

Negara Demokrasi Konstitusional

Diskursus mengenai teori demokrasi konstitusional tidak dapat dilepaskan dari gagasan pemikiran demokrasi dan nomokrasi, karena kedua gagasan tersebut saling berkonvergensi yang pada akhirnya memunculkan konsep negara hukum yang demokratis (*demokratische rechtsstaat*) dan negara demokrasi berdasarkan hukum (*constitutional democratic*) atau secara sederhana disebut sebagai negara demokrasi konstitusional (*contitutional demorcratic state*)¹¹

Sebagai suatu sistem politik, demokrasi dipilih karena demokrasi selalu memberikan posisi penting bagi rakyat. Dalam arti yang lebih luas rakyatlah yang memiliki kekuasaan tertinggi yang secara langsung menentukan kebijakan negara melalui wakil-wakilnya yang dipilih melalui pemilihan secara berkala.¹²

Dalam rangka mencapai suatu pemerintahan yang efektif tetapi masih dibatasi, beberapa negara telah mengadopsi suatu campuran dari teori konstitusionalisme dan teori demokrasi. Kebebasan yang diberikan berdasarkan teori demokrasi dibatasi dengan teori konstitusionalisme sehingga prinsip-prinsip kebebasan tidak menganggu kebebasan serta martabat dari yang lainnya.

Di Indonesia, keinginan untuk mewujudkan negara hukum (*rule of law, rechtsstaat*) sekaligus negara demokrasi berdasarkan konstitusi (*constitutional democracy*) diadopsi dalam Pembukaan UUD 1945, Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3).

Pemilihan Umum

Untuk kepentingan penelitian ini maka perlu untuk dijelaskan definisi dan batas-batas dari istilah pemilihan umum yang menjadi objek penelitian ini. Dalam konteks global Pemilihan umum merupakan padanan dari kata bahasa inggris yaitu "*general election*". Menurut Black's Law Dictionary definisi dari kata "*election*" yang paling relevan adalah: "*The process of selecting a person to occupy an office (usually a public office), membership, award, or other title or status*".¹³ Sedangkan "*general election*" diartikan dalam literatur yang sama sebagai "*an election that occurs at a regular interval of time*" atau pemilihan yang berlangsung dalam jangka waktu yang rutin.¹⁴

Luasnya definisi pemilihan umum dan berbedanya penggunaan konteks tersebut di berbagai negara perlu dipertegas dan dibatasi untuk penelitian ini.

¹¹ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, hal. 150.

¹² Lihat Henry N. Mayo, *An Introduction to Democratic Theory*, (New York: Oxford University Press, 1960), hal. 70.

¹³ Bryan A. Garner, *Blacks Law Dictionary : Abridged Seventh Edition*, (St. Paul, Minn : West Group, 2000). Terjemahan bebas : sebuah proses memilih seseorang untuk menduduki posisi tertentu (biasanya jabatan publik), keanggotaan, penghargaan, atau gelar/status lain.

¹⁴ *Ibid.*

Untuk itu, penelitian ini akan menggunakan definisi pemilu di Indonesia. Yang dimaksud dengan pemilihan umum (pemilu) dalam penelitian ini adalah: pemilihan anggota parlemen (atau di Indonesia pemilihan anggota DPR, DPD, dan DPRD), pemilihan kepala negara (presiden dan wakil presiden), dan pemilihan kepala pemerintahan pusat dan daerah (Presiden/Wakil Presiden dan Kepala Daerah).

Sengketa Pemilu

Kata “sengketa pemilu” sebagai salah satu objek yang dianalisa. Untuk itu perlu dipahami mengenai konsep dan definisi “sengketa pemilu” itu sendiri. Kata sengketa pemilu apabila dilihat secara etimologis dapat dilihat dari istilah sengketa (*dispute*). Sengketa tersebut merupakan implikasi dari timbulnya permasalahan-permasalahan yang timbul dalam pemilu. Hasil penelitian *Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA) mendefinisikan *electoral dispute* yaitu “any complaint, challenge, claim or contest relating to any stage of electoral process.”¹⁵ Dari pengertian ini, cakupan *electoral dispute* pada dasarnya memang luas dan meliputi semua tahapan pemilihan umum.

Permasalahan Pemilu di Indonesia diantaranya meliputi (1) pelanggaran pidana dan administrasi Pemilu; dan (2) perselisihan hasil perolehan suara. Penyelesaian perselisihan hasil pemilu diatur dalam Pasal 24C UUD 1945 dan Pasal 10 UU MK. Dalam praktiknya, kewenangan dalam menyelesaikan perselisihan hasil pemilihan umum MK berkembang dari hanya sekedar mengkaji mengenai kuantitatif (baca: angka-angka hasil Pemilu) yang kemudian juga memperlakukan kualitatif (baca: terpenuhinya asas-asas konstitusional).

Topo Santoso berpendapat bahwa apa yang disebut sengketa dalam penyelenggaraan pemilu sesungguhnya merupakan kasus pelanggaran administrasi pemilu atau kasus ketidakpuasan terhadap keputusan penyelenggara pemilu.¹⁶ Mengingat tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengkaji mengenai cakupan dan ruang lingkup kewenangan lembaga yang menyelesaikan permasalahan yang terjadi pada tiap tahapan pemilu, maka definisi yang lebih luas diperlukan. Istilah “sengketa pemilu” pada penelitian ini mencakup segala pelanggaran yang terjadi pada proses pemilu dan memengaruhi kualitas dari pelaksanaan pemilu tersebut secara signifikan. Oleh karenanya, istilah “perselisihan tentang hasil pemilihan

¹⁵ IDEA International, *Electoral Justice : The International IDEA Handbook*, (Stockholm : Bulls Graphics, 2010), hlm. 199.

¹⁶ Topo santoso, makalah berjudul “Perselisihan Hasil Pemilukada” disampaikan pada acara Diskusi Terbatas di Mahkamah Konstitusi pada tanggal 24 Maret 2011 di Jakarta.

umum” yang digunakan dalam Pasal 24C UUD 1945 adalah bagian dari “sengketa pemilihan umum”.

Dari uraian di atas, karena tidak ada pengertian yang seragam mengenai terminologi sengketa Pemilu, maka demi kepentingan penelitian ini perlu didefinisikan secara khusus mengenai apa yang dimaksud dengan sengketa pemilu. Sengketa Pemilu yang menjadi objek dalam penelitian ini adalah “pelanggaran-pelanggaran pidana maupun administratif yang terjadi selama pemilu yang memengaruhi hasil pemilu yang dapat diajukan dasar hukum untuk mengajukan keberatan terhadap keabsahan hasil pemilu.” Dengan batasan ini, maka karena pengumpulan data untuk penelitian ini merupakan data dari berbagai negara dan sebagian besar berbahasa Inggris, baik kata sengketa pemilu maupun kata perselisihan pemilu dapat dikatakan padanan dari kata *electoral dispute* atau *election dispute*.

Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu

Mekanisme penyelesaian sengketa pemilihan umum atau *Electoral Dispute Resolution* (EDR) dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara, yaitu melalui jalur formal dan informal.¹⁷ Artinya, EDR dapat berupa jalur prosedural yaitu melalui pengadilan atau semacam komisi bentukan khusus menangani masalah pemilihan umum atau melalui negosiasi. Mekanisme formal atau yang bersifat prosedural sebenarnya sangat penting dilakukan guna menjamin penyelesaian atas kendala-kendala yang potensial terjadi selama proses pemilu agar tetap tertangani sampai upaya terakhir.¹⁸

Setidaknya, terdapat lima mekanisme penegakan hukum untuk penyelesaian sengketa pemilu, yaitu (1) pemeriksaan oleh badan penyelenggara pemilu dengan kemungkinan mengajukan banding ke institusi yang lebih tinggi; (2) pengadilan atau hakim khusus pemilu untuk menangani keberatan pemilu; (3) pengadilan umum yang menangani keberatan dengan kemungkinan dapat diajukan banding ke institusi yang lebih tinggi; (4) penyelesaian masalah pemilu diserahkan ke pengadilan konstitusional dan/atau peradilan konstitusional; dan (5) penyelesaian masalah pemilihan oleh pengadilan tinggi. Adapun mekanisme tersebut dapat dilihat pada tabel berikut ini:

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Sumber referensi (terjemahan) diakses pada tanggal 6 Juli 2011 melalui laman:<http://www.eces.eu/index.php?option=comment&view=article&id=326&Itemid=24>

Tabel 1.1.
Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu

No	Sistem Penyelesaian Perselisihan	Negara
1.	Pemeriksaan oleh badan penyelenggara pemilu dengan kemungkinan untuk mengajukan banding ke institusi yang lebih tinggi	Filipina (<i>Comelec</i> yang bisa mengajukan banding ke Pengadilan Tinggi)
2.	Pengadilan atau hakim Khusus untuk menangani keberatan dalam pemilu	Malaysia, Singapura dan Filipina
3.	Proses pengadilan umum terhadap pemilihan dapat mengajukan permohonan ke institusi yang lebih tinggi	
4.	Penyelesaian perselisihan hasil pemilu diserahkan ke pengadilan konstitusional	Indonesia
5.	Penyelesaian perselisihan hasil pemilu oleh pengadilan tinggi	Filipina

Efektifitas Mekanisme Penyelesaian Sengketa Pemilu

Dalam menganalisis perbandingan mekanisme penyelesaian sengketa pemilu, penelitian ini juga akan melakukan analisa normatif terhadap mekanisme tersebut. Artinya penelitian dilakukan dengan cara melakukan analisis terhadap ketentuan-ketentuan konstitusi dan perundang-undangan yang mengatur mekanisme penyelesaian sengketa pemilu di beberapa negara yang menjadi objek penelitian.

Berikut ini adalah beberapa standar umum yang akan digunakan dalam melakukan analisis normatif tersebut, standar-standar ini bersumber dari beberapa penelitian dan *assesment report* dari beberapa organisasi internasional yang relevan.¹⁹ Adapun mengenai penjelasan yang lebih luas mengenai standar dan penggunaannya dalam menilai objek penelitian akan dibahas lebih lanjut pada Bab IV penelitian ini, antara lain: Independensi lembaga penyelesaian sengketa pemilu; Independensi dan imparialitas anggota lembaga penyelesaian sengketa pemilu; Pengaturan mengenai akuntabilitas dan liabilitas dari lembaga penyelesaian sengketa pemilu dan anggotanya; Integritas dan profesionalisme dari anggota-anggota lembaga penyelesaian sengketa pemilu; Independensi keuangan dan keberlangsungan lembaga penyelesaian sengketa pemilu.

¹⁹ Contohnya IFES dan IDEA International.

PEMBAHASAN

Klasifikasi Sistem Penyelesaian Sengketa Pemilu

Komponen utama dari sistem pemilu yang transparan dan adil adalah adanya proses penyelesaian sengketa pemilu. Mekanisme ini penting untuk melindungi hak warga negara dan membantu menentukan apakah pemilu benar-benar merupakan cerminan dari kehendak warganya. Oleh karenanya, agar pemilu dapat dianggap kredibel, pemilih dan kontestan pemilu harus memiliki akses pada mekanisme penyelesaian sengketa pemilu yang independen, adil, mudah diakses dan efektif.²⁰

Secara garis besar, ada beberapa model penyelesaian sengketa pemilu diantaranya²¹ yaitu: Model Pengadilan Administrasi Khusus; Model lembaga khusus, semacam komisi tertentu yang diberikan wewenang untuk menyelesaikan sengketa pemilu; Model Pengadilan Khusus Pemilu (*Electoral Court*)

Mekanisme Formal Penyelesaian Sengketa Pemilu

Hanya sedikit negara yang mempercayakan pelaksanaan sistem penyelesaian sengketa pemilu kepada badan legislatif. Hampir semua negara yang menerapkan sistem ini tetap mewajibkan badan peradilan untuk menguji tindakan dan keputusan yang diambil dalam pemilu hasil pemilu atau keputusan yang dibuat parlemen menyangkut hasil pemilu.

a. Penyelesaian Sengketa Pemilu oleh Lembaga Peradilan

Sistem penyelesaian sengketa pemilu oleh lembaga peradilan dapat dibagi menjadi empat kategori berdasarkan lingkup kewenangan lembaga peradilannya:²²

1. Peradilan Umum (*general court*)

Sistem penyelesaian sengketa pemilu yang paling umum diterapkan adalah sistem yang mempercayakan upaya penyelesaian akhir sengketa pemilu kepada peradilan umum (*general court*). Upaya ini kerap juga melibatkan Mahkamah Agung (*Supreme/High Court*) di negara bersangkutan, baik melalui kewenangan langsungnya untuk mengeluarkan putusan.

²⁰ The Carter Centre, *Laporan Akhir Misi Pemantau Terbatas The Carter Centre untuk Pemilu Legislatif 9 April 2009 di Indonesia*, (Atlanta: The Carter Centre, 2009), hlm. 39.

²¹ Diakses melalui situs ACE Project laman <http://aceproject.org/>.

²² *Ibid*, hlm 16.

2. Dewan atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court/Council*)

Dengan dimasukkan dewan atau mahkamah konsitusi ke dalam sistem penyelesaian sengketa pemilu, putusan tentang keabsahan proses pemilu dilakukan oleh badan yang memiliki yurisdiksi konstitusional eksplisit.

3. Pengadilan tata usaha negara (*administrative court*)

Jenis sistem penyelesaian sengketa pemilu yang ketiga dan tidak banyak dipakai adalah pengadilan tata usaha negara, baik yang mandiri maupun yang merupakan bagian dari cabang kekuasaan kehakiman yang berperan sebagai badan pengambil putusan tertinggi.

4. Pengadilan khusus pemilu

Sistem ini melibatkan pengadilan yang khusus menangani kasus terkait pemilu, baik yang menjadi bagian dari cabang kekuasaan kehakiman atau badan independen yang terpisah dari pemerintah. Pengadilan khusus pemilu merupakan badan yang independen dalam menjalankan fungsinya yang memiliki kewenangan membuat putusan akhir atas gugatan hasil pemilu. Pengadilan khusus pemilu putusannya dapat diajukan banding ke mahkamah agung, mahkamah konstitusi. Keputusan akhir atas gugatan pemilu berada di tangan pengadilan umum yang merupakan bagian dari cabang kekuasaan kehakiman atau di dewan atau mahkamah konstitusi.

b. Penyelesaian Sengketa Pemilu oleh Lembaga Penyelenggara Pemilu

Dalam sistem penyelesaian sengketa pemilu semacam ini, badan penyelenggara pemilu yang independen bertugas menyelenggarakan dan mengurus proses pemilu serta memiliki kewenangan yudisial untuk menangani gugatan dan mengeluarkan putusan akhir. Di beberapa negara, konstitusi memberikan kewenangan yudisial kepada badan penyelenggara pemilu.

c. Penyelesaian Sengketa Pemilu Oleh Lembaga Yang Bersifat *Ad Hoc*

Beberapa sistem penyelesaian sengketa pemilu melibatkan badan *ad hoc* yang dibentuk berdasarkan perjanjian peralihan setelah terjadinya konflik di suatu negara. Solusi ini sering didukung oleh organisasi internasional. Bentuk badan *ad hoc* penyelesaian sengketa pemilu, terdiri dari:

1. Badan *ad hoc* yang dibentuk dengan melibatkan pihak internasional

Sistem penyelesaian sengketa pemilu ini dibentuk untuk menangani gugatan atas penyelenggaraan dan hasil pemilu, dan biasanya disponsori oleh masyarakat internasional yang diterapkan pada masa peralihan pasca konflik.

2. Badan *ad hoc* yang dibentuk sendiri di dalam negeri

Dalam beberapa kasus, badan *ad hoc* di suatu negara dibentuk secara internal dan diberikan tanggung jawab atas sistem penyelesaian sengketa pemilu untuk satu kali pemilu atau lebih sebagai solusi sementara dalam masa peralihan, umumnya setelah ada perundingan dan kesepakatan untuk menghindari konflik yang serius di masa yang akan datang. Badan *ad hoc* yang sifatnya legislatif, yudikatif, atau administratif.

Mekanisme Alternatif Penyelesaian Sengketa Pemilu

Pada umumnya, mekanisme penyelesaian sengketa pemilu alternatif bersifat permanen dan/atau ditetapkan sebelum pemilu berlangsung, dan dijalankan untuk menunjang sistem penyelesaian sengketa pemilu formal. Mekanisme penyelesaian sengketa pemilu alternatif seringkali dianggap lebih bersifat informal dan mencakup beberapa opsi, diantaranya penggunaan mekanisme konsolidasi, mediasi, atau arbitrase, serta bukan melalui proses hukum sebagaimana yang dijalankan oleh badan penyelesaian sengketa pemilu formal. Meski demikian, penggunaan mekanisme penyelesaian sengketa pemilu alternatif tidak mengindikasikan lemahnya sistem formal. Mekanisme alternatif ini menawarkan proses yang cepat dan tidak menelan biaya banyak.²³

Mekanisme penyelesaian sengketa pemilu alternatif memiliki banyak keuntungan yang dapat berkontribusi terhadap pencapaian keadilan pemilu karena sifatnya yang lebih informal, karena masyarakat lebih mudah dan cepat memperoleh keadilan tanpa harus mengeluarkan biaya besar; para pihak yang berselisih tidak merasakan adanya kekhawatiran terlalu besar di dalam lingkungan yang lebih informal; dan semua pihak yang bersengketa akan mendapatkan hasil yang sama-sama menguntungkan.²⁴ Namun, mekanisme alternatif juga memiliki beberapa kelemahan. Mekanisme ini tidak akan berjalan efektif apabila kesenjangan

²³ *Ibid*

²⁴ *Ibid*

kekuatan antara para pihak yang bertikai terlalu besar, atau apabila salah satu pihak menolak bekerjasama.

Perbandingan Ruang Lingkup dan Batasan Kewenangan Penyelesaian Sengketa Pemilu

IDEA International pernah melakukan penelitian tentang *electoral justice* yang mengumpulkan dan membuat kategorisasi mengenai lembaga yang menyelesaikan sengketa pemilu (*lampiran 1*). Dalam penelitian ini, dijabarkan mengenai kewenangan dan prosedur penyelesaian sengketa pemilu dengan mengambil beberapa negara sebagai studi kasus. Pengelompokan studi kasus negara-negara ini adalah berdasarkan lembaga diberikan kewenangan konstitusional maupun oleh perundang-undangan untuk menyelesaikannya.

Setiap masyarakat yang ingin memiliki pemilu yang bebas dan adil harus mengakui bahwa pemilu seperti itu tidak dapat terjadi tanpa adanya komitmen terhadap konsep negara hukum (*rule of law*). Kondisi tersebut menciptakan kecenderungan melaksanakan fungsi penyelesaian sengketa pemilu yang berbeda-beda pula, termasuk pada peletakan fungsi tersebut. Berdasarkan analisis yang dilakukan oleh IDEA, ada yang mengaitkan fungsi penyelesaian sengketa pemilu kepada lembaga pengadilan seperti peradilan umum, dewan atau mahkamah konstitusi, pengadilan tata usaha negara, atau pengadilan khusus, ada pula yang membagi tugas untuk menjalankan fungsi penyelesaian sengketa pemilu tersebut kepada badan-badan administrasi, yaitu badan penyelenggara pemilu yang bertugas menyelenggarakan pemilu Selain itu, berdasarkan penelitian yang dilakukan *ACE electoral Knowledge*, saat ini, 50 persen sengketa pemilu di banyak negara diselesaikan oleh lembaga peradilan, dan 46 persen diantara oleh badan penyelenggara pemilu.

Tidak adanya metode tunggal dalam penyelesaian sengketa pemilu tentunya harus dipahami dari fakta sejarah, kondisi sosial politik, dan tradisi hukum yang berlaku di setiap negara tersebut. Bab ini dimaksudkan untuk memotret dan mengeksplorasi praktek penyelesaian sengketa pemilu di beberapa negara berdasarkan model penyelesaian sengketa pemilu yang diselesaikan melalui Mahkamah Konstitusi, Pengadilan Khusus, Badan Penyelenggara Pemilu dan Pengadilan Tata Usaha Negara.

Lingkup Kewenangan Penyelesaian Sengketa Pemilu oleh Mahkamah Konstitusi di Beberapa Negara

Merujuk pada praktek demokrasi di beberapa negara, Henry W. Ehrimann²⁵ menambahkan dua prinsip fundamental dalam sistem politik demokratis, yakni (i) adanya fungsi penyeimbang (*balancing function*) dalam pemisahan kekuasaan antara pemerintah, parlemen dan peradilan serta (ii) adanya kebebasan memilih (*free choice*) sebagai bagian penting dari partisipasi masyarakat. Atas dasar prinsip tersebut, keberadaan MK dalam menyelesaikan sengketa hasil pemilihan umum diyakini dapat memberi kontribusi bagi sistem politik demokrasi. Dewasa ini, banyak negara-negara di dunia memilih MK sebagai lembaga peradilan yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa pemilunya. Sejumlah negara berikut adalah gambaran pelaksanaan penyelesaian sengketa pemilu di MK.

1. Austria

Austria adalah negara federal dengan sistem demokrasi parlementer yang terdiri dari sembilan negara bagian.²⁶ Negara ini merupakan pelopor dalam pembentukan MK di Eropa dengan mengadopsinya pada Konstitusi Austria tahun UUD 1920. Ketentuan Bab VI Konstitusi Austria mengatur tentang kewenangan MK²⁷ dan Pengadilan Tata Usaha Negara (*Administrative Court*)²⁸.

MK memiliki kewenangan untuk dapat menentukan kadar konstitusionalitas UU Federal (*Federal Act*), UU negara bagian (*State Act*)²⁹ dan legalitas peraturan perundang-undangan yang berada di bawah UU. Disamping itu, MK juga diberi kewenangan untuk menguji perjanjian internasional, memutus sengketa kompetensi yang terjadi antara Peradilan Umum dengan Peradilan Administratif, atau Peradilan Administratif dengan peradilan lainnya.³⁰ Ditambah lagi, MK juga dapat memutus perkara *impeachment* terhadap pejabat tinggi negara yang diduga melakukan pelanggaran hukum dalam menjalankan kewenangannya.³¹

Selain kewenangan-kewenangan diatas, peradilan konstitusi ini juga diberi kewenangan untuk menyelesaikan sengketa hasil pemilu.³² Yang dimaksud

²⁵ Henry W. Ehrimann (edt), *Democracy in Changing Society*, (USA: Frederick A Preager Publisher, 1964), hlm.10-11.

²⁶ Lihat The Constitution of Austria, Article 1

²⁷ *Ibid.*, Article 137-148.

²⁸ *Ibid.*, Article 129-136

²⁹ *Ibid.*, Article 137.

³⁰ *Ibid.*, Article. 138, 126a dan 148f.

³¹ *Ibid.*, Article 142-143.

³² Lihat Ronal Faber, The Austrian Constitutional Court: an Overview, www.icljournal.com, diakses 29 November 2011.

dengan penyelesaian sengketa hasil pemilu dalam konstitusi Austria, terdiri atas (i) sengketa pemilu (dalam pengertian sempit); (ii) permohonan atas kehilangan keanggotaan parlemen; dan (iii) permohonan atas keberatan hasil referendum. Konstitusi mengatur bahwa pihak yang merasa dirugikan atas hasil pemilu dapat mengajukan permohonan sengketa pemilu dengan dasar adanya kesalahan prosedur dalam pemungutan dan penghitungan suara yang mempengaruhi hasil akhir.³³ Pengaturan tentang penyelesaian sengketa pemilu diatur lebih lanjut dalam UU MK Austria (*Verfassungsgerichtshofgesetz*). Pihak yang dirugikan atau pihak yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan perkara sengketa pemilu adalah para kandidat, partai politik dan anggota komisi penyelenggara pemilu.

UU MK Austria menentukan batas waktu pendaftaran permohonan sengketa pemilu, yaitu 4 (empat) minggu setelah selesainya penghitungan suara. Adapun untuk kasus-kasus tertentu sesuai dengan UU Pemilu, apabila ada perkara yang penyelesaiannya harus melalui yurisdiksi peradilan lain maka pendaftaran perkara sengketa pemilu atas perkara tersebut adalah 4 (empat) minggu setelah putusan peradilan itu dijatuhkan.

Bila MK berpendapat bahwa telah terjadi kesalahan prosedur yang mempengaruhi hasil akhir penghitungan suara maka MK dapat memutuskan untuk melakukan pemilu ulang. Pelaksanaan pemungutan suara ulang dapat dilaksanakan sebagian atau secara keseluruhan. Pemilu ulang harus diselenggarakan dalam waktu 100 (seratus) hari setelah putusan MK dibacakan dalam sidang terbuka.³⁴

2. Jerman

Republik Federal Jerman yang terdiri dari 16 negara bagian merupakan negara federasi parlementer yang demokratis. Setiap negara bagian memiliki konstitusi dan pemerintahan masing-masing. Kekuasaan negara tertinggi terletak pada Federasi. Di samping parlemen (*Bundestag*) terdapat Majelis Federal yang anggotanya diutus oleh tiap pemerintah negara bagian untuk

³³ Pasal 141 huruf e

The challenge (application) can be based on the alleged illegality of the electoral procedure or on a reason provided by law for the loss of membership in a popular representative body, in a local authority entrusted with executive power, or in a constituent authority (representative body) of a statutory professional association. The Court shall allow an electoral challenge if the alleged illegality has been proved and was of influence on the election result. In the proceedings before the administrative authorities, the popular representative body or statutory professional association has litigant status.

³⁴ Pasal 141 ayat 3, *If a challenge pursuant to Paragraph (1)(a) is allowed and it thereby becomes necessary to hold the House of Representatives or a State Parliament election in whole or in part again, the representative body's members concerned lose their seat at the time when it is assumed by those elected at the ballot which has to be held within a hundred days after delivery of the Constitutional Court's decision.*

turut serta dalam pembuatan UU pada tingkat federal. *Basic Law* (UUD) merupakan tatanan dasar negara di bidang hukum dan politik. Arti penting khusus dimiliki oleh hak-hak asasi yang termaktub dalam konstitusi itu.

Sebagai negara hukum, Republik Federal Jerman menjamin penegakkan hukum, perlindungan hak-hak kebebasan, dan kesamaan di hadapan hukum bagi setiap warga negaranya. Dalam hubungan ini, *Basic Law* mempunyai andil besar terhadap hak-hak dasar tersebut, sebab prinsip-prinsip tata laksana negara hukum bersifat konstitusional diwujudkan melalui perlindungan dan penegakkan oleh pengadilan konstitusi yakni Mahkamah Konstitusi (*Bundesverfassungsgerichts*).

Pada dasarnya lembaga ini berwenang memutuskan sengketa antara federasi dan negara bagian ataupun antar lembaga pemerintah federal. MK Jerman juga berwenang memeriksa UU federal dan UU negara bagian sesuai dengan Konstitusi. MK ini hanya bekerja bila ada permohonan dari pemerintah federal, pemerintah negara bagian, sedikitnya sepertiga anggota parlemen, ataupun pengadilan lainnya. Lembaga ini pun berwenang memutuskan nasib suatu partai politik bila dianggap mengancam demokrasi. Pengaduan warga negara yang merasa hak asasinya dilanggar negara juga ditangani mahkamah tersebut. MK berada di luar lima peradilan yang ada dalam sistem peradilan Jerman yakni, (i) Pengadilan umum yang terdiri dari empat tingkat, yaitu: Pengadilan Distrik (*Amtsgericht*), Pengadilan Negeri (*Landgericht*), Pengadilan Tinggi (*Oberlandesgericht*) dan Mahkamah Agung Federal (*Bundesgerichtshof*); (ii) Pengadilan Tenaga Kerja Federal; (iii) Pengadilan Tata Usaha; (iv) Pengadilan Sosial; dan Pengadilan Urusan Keuangan. Dalam menyelesaikan sengketa pemilu, Mahkamah Konstitusi memperoleh kewenangannya berdasarkan Pasal 41 ayat (2) Konstitusi Jerman yang berbunyi sebagai berikut:³⁵

- (1) *Scrutiny of elections shall be the responsibility of the Bundestag. It shall also decide whether a Member has lost his seat.*
- (2) *Complaints against such decisions of the Bundestag may be lodged with the Federal Constitutional Court.*

Dari ketentuan-ketentuan tersebut ini, maka dapat dikatakan bahwa kewenangan Mahkamah Konstitusi Jerman terkait dengan sengketa pemilu

³⁵ Lihat Basic Law for the Federal of the Republic of German, Article 41

adalah memeriksa hasil pemilu. Dalam hal ini, jika yang mengajukan keberatan hasil pemilu itu adalah parlemen, maka dibentuklah komisi khusus di parlemen yang berwenang untuk memeriksa hasil pemilu tersebut, yang kemudian dapat diajukan ke Mahkamah Konstitusi. Namun, dimungkinkan juga anggota parlemen secara individual atau secara kolektif dapat mengajukan keabsahan hasil pemilu tersebut. Keberatan itu hanya berkaitan dengan kesalahan terhadap perimbangan perhitungan pembagian jumlah kursi di parlemen.³⁶

Selain itu, warga negara yang memiliki hak pilih juga dapat mengajukan keberatan terhadap jumlah kursi di parlemen namun jika didukung minimal 100 orang yang memiliki hak pilih atau sebuah grup di parlemen atau minoritas di *Bundestag* (lembaga legislatif) yang minimal 1/10 jumlah kursi anggota *Bundestag*. Adapun tenggat waktu pengajuan keberatan hasil pemilu yang ditentukan oleh Undang-Undang Mahkamah Konstitusi Jerman adalah 2 bulan sejak diputuskan oleh *Bundestag*.³⁷

3. Azerbaijan

Sebagai negara bekas pecahan Uni Soviet, Azerbaijan adalah negara demokrasi yang juga negara hukum sekular berbentuk Republik Kesatuan.³⁸ Sistem kekuasaan di Azerbaijan didasarkan pada prinsip pembagian kekuasaan yakni *Milli Majlis*/Majelis Nasional (Parlemen) yang menjalankan kekuasaan legislatif. Kekuasaan eksekutif terletak di tangan Presiden dan pengadilan menjalankan kekuasaan peradilan.

Azerbaijan menganut sistem pengadilan independen dimana kekuasaan yudikatif dilaksanakan melalui Mahkamah Konstitusi, pengadilan tinggi, pengadilan banding, dan pengadilan hukum spesial dan biasa. MK Azerbaijan adalah badan tertinggi peradilan konstitusi sebagaimana yang dinyatakan dalam konstitusinya. Selain itu, seperti halnya lembaga kekuasaan kehakiman lainnya MK Azerbaijan bersifat merdeka dari cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif serta pihak-pihak lainnya. Tujuan peradilan konstitusi ini adalah untuk memastikan berjalannya supremasi Konstitusi dan perlindungan hak-hak dasar individu serta kebebasan warga negaranya.

³⁶ Lihat juga Donald. P Komers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic, (USA)*: Duke University Press, 1997), hlm. 196; Lihat juga Dr. Gotthard Wöhrmann, *The Federal Constitutional Court: an Introduction Scrutiny of elections*, <http://www.iuscomp.org/gla/literature/lnbverfg.htm>, diakses 24 November 2011.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Lihat *The Constitution of the Azerbaijan, Article 7.*

Selanjutnya, kewenangan tersebut diatur lebih lanjut dalam Pasal 54, 55, dan 56 UU MK Azerbaijan.³⁹ Berdasarkan pasal-pasal tersebut, terlihat bahwa MK Azerbaijan memiliki wewenang dalam memeriksa dan memutus hasil pemilu, baik itu pemilihan parlemen maupun presiden. MK menyelenggarakan sidang pleno dalam waktu 10 hari setelah permohonan diterima. Selanjutnya, diatur pula bahwa verifikasi hasil pemilu ulang dilakukan dalam waktu 7 hari setelah permohonan diterima. Pihak yang diundang dalam sidang verifikasi keakuratan hasil pemilu adalah ketua dan anggota komisi pemilihan umum pusat (*Central Election Commission*).

Sedangkan untuk Pemilihan Presiden, Mahkamah Konstitusi Azerbaijan dibatasi hanya untuk menguji dokumen-dokumen terkait yang diajukan oleh komisi pemilihan umum pusat, apakah sudah sesuai dengan persyaratan yang ditetapkan dalam UU Pemilu dan mengumumkan hasil pemilu yang diselenggarakan oleh komisi pemilihan umum pusat. Selain memeriksa dan memutus hasil Pemilu, MK juga dapat memutus pengaduan yang datang dari masyarakat baik dari pemilih, peserta pemilu dan calon peserta, misalnya tepat sebelum pemilihan berlangsung, ada pengaduan dari masyarakat terkait tindakan-tindakan yang dilakukan suatu lembaga tertentu. Akan tetapi, pengaduan ini hanya dibatasi seputar masalah yang terkait dengan adanya intervensi dalam proses pemilu. Kemudian, MK meminta Kejaksaan untuk memeriksa adanya pelanggaran dalam proses pemilu yang dilaporkan.⁴⁰

Lingkup Kewenangan Penyelesaian Sengketa Pemilu oleh Lembaga Peradilan Khusus

Demokrasi yang hampir terjadi di seluruh dunia telah mendorong terciptanya lembaga yang menangani sengketa pemilu sesuai dengan tradisi, kultural, politik di suatu negara. Beberapa negara Amerika Latin berikut ini menunjukkan bahwa pembentukan peradilan khusus pemilu telah menghasilkan kombinasi yang baik antara tugas administrasi pemilu dan penanganan sengketa pemilu.

1. Tribunal Superior Electoral Brazil

Brasil adalah negara Amerika Latin yang berpenduduk terbesar kedua sesudah Amerika Serikat. Sistem penanganan sengketa pemilu di Brasil

³⁹ Lihat *Law of The Azerbaijan Republic "on Constitutional Court", Article 54.*

⁴⁰ Mr. Rauf Guliyev, *The Role of Constitutional Court of The Republic of Azerbaijan within Electoral Process*, The 7th Conference of Asian Constitutional Court Judges, hlm. 2-3.

termasuk sistem yang paling efektif di dunia.⁴¹ Hal ini terlihat melalui ketentuan-ketentuan yang diatur secara tegas, baik dalam Konstitusi dan UU Pemilunya.⁴² Keanggotaan *Superior Electoral Court* (SEC), terdiri dari 7 (tujuh) hakim yang diangkat melalui pemilihan secara rahasia dan penunjukan oleh Presiden.

Dalam hal ini, SEC berkedudukan di ibukota negara dan memiliki yurisdiksi di seluruh wilayah negara Brazil. Ketua dan Wakil Ketua SEC dipilih dari hakim-hakim Mahkamah Agung Federal dan *Corregidor Electoral*-nya diantara para hakim pengadilan Tinggi.⁴³ Untuk mempertahankan karakter non-politis pengadilan pemilu, para hakim menjabat selama jangka waktu dua tahun dan tidak dapat menjabat lebih dari dua periode berturut-turut.⁴⁴

Sejak dibentuk pada tahun 1932, SEC memiliki wewenang yang luas, mencakup keseluruhan aspek pemilu dan partai politik. Sebagai lembaga tertinggi dalam pengadilan pemilu di Brazil, kewenangannya antara lain meliputi pengesahan pendaftaran partai politik serta calon presiden dan wakil presiden, menangani konflik yurisdiksi antara pengadilan pemilu daerah, menangani perselisihan hasil akhir pemilu, menerima pengajuan banding dari pengadilan pemilihan daerah, mengesahkan pembagian negara menjadi daerah-daerah pemilihan, menjawab pertanyaan dari partai politik yang berkaitan dengan masalah-masalah pemilu, mengesahkan perhitungan suara, serta mengambil tindakan-tindakan lainnya yang dianggap perlu untuk melaksanakan undang-undang pemilu.⁴⁵

2. Tribunal Federal Electoral Meksiko

Sebagai hasil dari reformasi konstitusional yang menyeluruh, pada tahun 1996, dibentuk pengadilan pemilu pada Pengadilan Federal (*Electoral Court of the Federal Judiciary, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, -TEPJF-*). TEPJF mempunyai tanggung jawab untuk menegakkan UU Pemilu bersama dengan badan penyelenggara pemilu federal atau *Federal Electoral Institute* (IFE). Dalam hal ini, IFE diberi kewenangan untuk menegakkan peraturan pemilu yang bersifat administrasi sedangkan TEPJF diberi mandat

⁴¹ IFES, Pedoman untuk Memahami, Menangani, dan Menyelesaikan Sengketa Pemilu, editor Chad Vickery, diterjemahkan oleh Ay San Harjono, (Washington, DC: IFES, 2011), hlm. 141.

⁴² IFES, *op.cit.*, hlm. 141.

⁴³ *Ibid.*, hlm. 10; Lihat juga IFES, *op.cit.*, hlm. 49, dan hlm. 337.

⁴⁴ IFES, *ibid.*

⁴⁵ Parliamentary Confederation of the Americas, *op.cit.*, hlm. 11-12.

yuridis untuk menyelesaikan sengketa pemilu dan mengesahkan keabsahan hasil pemilu.⁴⁶ Kewenangan TEPJF diatur pada Pasal 41, bagian IV Pasal 60 paragraf 2 dan 3 serta Pasal 99 paragraf 4 Konstitusi Meksiko.

Pengadilan Pemilu Federal Meksiko (TEPJF) sangat dihormati dan efektif, serta kepercayaan terhadap lembaga ini sangat penting dalam memutuskan Pemilu Presiden tahun 2006 yang hanya berselisih suaranya tipis.

Penyelesaian Sengketa Pemilu oleh Lembaga Non-Peradilan

Dewasa ini, muncul pemikiran progresif dari para ahli yang cenderung mendukung dibentuknya badan-badan khusus yang menangani sengketa pemilu. Adapun yang menjadi dasar pemikiran tersebut adalah badan penyelenggara pemilu, sebagaimana yang terjadi dalam praktik di sejumlah negara sudah sangat disibukkan dengan beban yang berat untuk menyelenggarakan pemilu, bahkan tidak jarang mereka sendiri berkedudukan sebagai obyek dalam suatu sengketa pemilu. Disamping itu, pengadilan yang juga diberi kewenangan untuk menyelesaikan sengketa pemilu disibukkan dengan tugas rutinnnya sehingga mempengaruhi proses penyelesaian sengketa pemilu.

1. Election Management Bodies Thailand

Thailand adalah negara dengan sistem pemerintahan monarki konstitusional. Dengan mengadopsi demokrasi dalam sistem pemerintahannya,⁴⁷ Raja diposisikan sebagai kepala negara⁴⁸ yang melaksanakan kekuasaan legislatifnya melalui parlemen, kekuasaan eksekutif melalui kabinet, dan kekuasaan yudisial melalui pengadilan.⁴⁹

Dalam konteks penanganan sengketa pemilu, Komisi Pemilu Thailand (*Election Commission of Thailand*, -ECT-) diberi kewenangan oleh Konstitusi Thailand untuk menyelesaikan gugatan atau keberatan yang terjadi. Sistem penanganan keberatan di Thailand berbeda dengan negara-negara kebanyakan, karena justru ECT-lah yang memiliki fungsi sebagai lembaga penanganan keberatan.⁵⁰

⁴⁶ 30 Essential Questions, http://www.ife.org.mx/portal/site/ifev2/Internacional_English/#2, lihat juga Federal Code of Electoral Institutions and Procedures, Art. 104-105 dan Undang-undang Organik Peradilan Federal (*The Organic Law of the Federal Judicial Branch*), Art. 186.

⁴⁷ Berdasarkan Indeks Demokrasi Global yang dikeluarkan *Economist Intelligence Unit* tahun 2010, indeks demokrasi Thailand berada di posisi 57 dari 167 negara

⁴⁸ Constitution of the Kingdom of the Thailand, Article 2: "Thailand adopts a democratic regime of government with the King as Head of the State".

⁴⁹ Constitution of the Kingdom of the Thailand Article 3: "The sovereign power belongs to the Thai people. The King as Head of the State shall exercise such power through the National Assembly, the Council of Ministers and the Courts in accordance with the provisions of this Constitution".

⁵⁰ *Ibid.*, ..., hlm. 57.

ECT diberikan hak oleh Undang-undang untuk menjalankan kewenangan yang luas untuk penyelidikan, penanganan dan menjatuhkan penalti yang berat untuk menghukum para pelanggar Undang-undang Pemilu berdasarkan titik berat yang dipertahankan terus menerus secara historis untuk mencegah “jual beli suara”.⁵¹

Meskipun memiliki kewenangan khusus untuk menjadi wasit dan menangani kasus pelanggaran pemilu, ECT tidak dapat menangani kasus pidana dari pelaksanaan pemilu, oleh karena kasus pidana tetap diserahkan pada pengadilan.

2. Filipina *Commission on Election/Comelec*

Filipina adalah salah satu negara Asia yang sistem politiknya banyak dipengaruhi negara-negara barat. Dalam sejarahnya, Filipina pernah memberlakukan beberapa konstitusi, yaitu Konstitusi Commonwealth Tahun 1935, Konstitusi Tahun 1973, Konstitusi Kebebasan (*Freedom Constitution*) Tahun 1986 yang merupakan konstitusi sementara, dan Konstitusi Tahun 1987 yang berlaku sampai sekarang.⁵² Sistem pemerintahan Filipina adalah republik demokratis⁵³ yang diatur dalam Konstitusi 1987.⁵⁴

Dalam konteks penanganan sengketa pemilu, Komisi Pemilu Filipina (*Commission on Election, -Comelec-*), diberi mandat untuk menyelesaikan keberatan atau gugatan yang terjadi dalam pemilu, selain fungsinya sebagai penyelenggara pemilu. Walaupun COMELEC mengandalkan manfaat yang coba diraih dari otomasi Pemilu, namun ternyata mereka belum cukup siap dalam sistem penanganan keberatan yang menyediakan tindakan perbaikan yang memadai, transparan, terpercaya dan tepat waktu bagi mereka yang mempertanyakan hasil Pemilu.

Berkenaan dengan fungsi semi peradilan, Comelec diberikan kewenangan untuk melakukan investigasi awal atas seluruh bentuk keberatan atau pelanggaran terhadap undang-undang pemilu.⁵⁵ Selanjutnya, Comelec juga berwenang meneliti semua keberatan yang berhubungan dengan kualifikasi

⁵¹ *Ibid*, ..., hlm. 135.

⁵² Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi...op.cit.*, hlm. 107.

⁵³ Berdasarkan Indeks Demokrasi Global yang dikeluarkan *Economist Intelligence Unit* tahun 2010, indeks demokrasi Filipina berada di posisi 74 dari 167 negara.

⁵⁴ Konstitusi Republik Filipina Tahun 1987 (*The 1987 Constitution of the Republic of the Philippines*), Art. II, Section 1. lihat juga *The Commission on Elections*, http://www.comelec.gov.ph/aboutus/_bkground.html

⁵⁵ Hon Hilario G. Davide Jr., *The Role of the Philippine Court in Democratic Elections*, http://www.supremecourt.gov.ph/profile/daivde_speech/role_phil_courts.htm. lihat Bagian 5 G Pasal 34 sect. 5 *Comelec Rules of Procedure*.

daerah pemilihan dan menerima banding atas pejabat terpilih yang telah diputus oleh pengadilan. Lembaga ini juga berwenang memberikan sanksi atas semua bentuk kecurangan, pelanggaran dan penyimpangan dalam pemilu.⁵⁶

Selanjutnya, Comelec memiliki yurisdiksi terhadap kualifikasi kandidat dan pendaftaran partai politik, sekaligus terhadap pelaksanaan pemilu. Khusus dalam hal kualifikasi kandidat, Comelec berwenang untuk menentukan apakah seorang kandidat dapat didiskualifikasi atau tidak.⁵⁷ Kemudian, Comelec berwenang untuk memeriksa prosedur “*pre-proclamation controversies*”, yaitu pertanyaan terhadap dewan penghitungan suara baik di pemilu nasional, regional, maupun lokal. Satu hal yang perlu digaris bawahi berkenaan dengan kewenangan yang dimiliki Comelec adalah lembaga ini dapat menyelesaikan sengketa pemilu hanya pada pemilu untuk pemilu-pemilu tertentu, yaitu untuk pemilu Barangay, pemilu walikota, pemilu gubernur. Sedangkan keberatan yang berkenaan dengan pemilu legislatif maka penyelesaian sengketa melalui Pengadilan Pemilu khusus – Pengadilan Pemilu DPR (*the House of Representatives Electoral Tribunal – HRET*) untuk keberatan yang diajukan anggota DPR, sedangkan Senat diselesaikan oleh *Senate Electoral Tribunal – SET*.⁵⁸ Selanjutnya, untuk pemilu presiden diselesaikan melalui *Presidential Electoral Tribunal – PET*) yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa pemilu terkait dengan hasil penghitungan suara, pemungutan suara ulang, serta kualifikasi kandidat presiden dan wakil presiden. Dalam hal ini pihak yang dapat mengajukan keberatan adalah kandidat peserta pemilu presiden dan wakil presiden.⁵⁹

KESIMPULAN

Beragam model penyelesaian sengketa pemilu diberbagai Negara dapat dikelompokkan dalam 2 (dua) kelompok besar yaitu melalui jalur formal dan jalur informal. Yang dimaksud dengan Jalur formal adalah penyelesaian sengketa pemilu dilakukan oleh lembaga-lembaga Negara, baik melalui peradilan atau non-peradilan yang diberikan mandat secara konstitusional maupun berdasarkan

⁵⁶ The 1987 Constitution of the Republic of the Philippines, Art. IX-C, Section 2 (2)

⁵⁷ Batas Pambansa Bilang 881..., section 68.

⁵⁸ *Ibid.*, art. VI, Sect. 17; art. VI Sec. 17, lebih lanjut diatur dalam Rules of the Representatives, Rule VIII, z, xx; Republic Act No. 6, Revised Rules of the Senate Electoral Tribunal, Rule 12.

⁵⁹ Konstitusi Republik Filipina Tahun 1987, art. VII, sect. 4 paragraf 7, lihat juga Rules of Court, Rule 64; The 2010 Rules of the Presidential Electoral Tribunal, Rule 8.

peraturan perundang-undangan. Sedangkan yang disebut dengan jalur informal adalah penyelesaian sengketa pemilu dengan mengadopsi model penyelesaian sengketa alternatif (*alternative dispute resolution*) yaitu dengan cara arbitrase, mediasi atau konsiliasi.

Penelitian ini menitikberatkan perhatian pada model penyelesaian sengketa pemilu melalui jalur formal, yaitu penyelesaian sengketa pemilu yang dilakukan oleh lembaga peradilan atau non-peradilan. Secara umum, penyelesaian sengketa pemilu oleh lembaga non-peradilan dilaksanakan oleh lembaga penyelenggara pemilu seperti di Filipina dan Thailand. Sedangkan penyelesaian sengketa pemilu oleh lembaga peradilan ditemukan beragam variasi jenis peradilan yang diberikan wewenang untuk memeriksa dan memutuskannya. Dari 202 negara yang pernah diteliti oleh sebuah lembaga penelitian, 50 % (lima puluh persen) sengketa pemilu di banyak negara diselesaikan oleh lembaga peradilan, dan 46% (empat puluh enam persen) diantaranya oleh badan penyelenggara pemilu. Pada umumnya, negara yang memiliki Mahkamah Konstitusi memberikan wewenang penyelesaian sengketa pemilu kepada jenis lembaga peradilan ini seperti di Austria, Jerman dan Azerbaijan. Namun, pola ini tidaklah baku karena ada Negara yang memiliki Mahkamah Konstitusi tetapi juga membentuk peradilan yang secara khusus menangani kasus-kasus pemilu atau memberikan kewenangan penyelesaian sengketa pemilu pada lembaga penyelenggara pemilu. Pembentukan lembaga peradilan yang khusus menangani persoalan pemilu, umumnya berada dibawah yurisdiksi peradilan umum karena seringkali persoalan pemilu itu berkaitan dengan persoalan administrasi dan pidana. Negara yang membentuk peradilan khusus pemilu antara lain, Brazil dan Meksiko. Selain itu, ada juga Negara yang memberikan kewenangan untuk menangani sengketa pemilu kepada peradilan tata usaha Negara (*administrative court*) karena sengketa hasil pemilu identik dengan keputusan administratif dari sebuah lembaga negara (lembaga penyelenggara pemilu).

Beragam model penyelesaian sengketa pemilu tidak hanya dapat dikelompokkan menurut jenis lembaga yang berwenang mengadilinya akan tetapi juga dapat dilihat dari batasan pemilu yang diadopsi dari tiap-tiap negara. Tidak banyak negara yang mengadopsi pemilu kepala daerah sebagai bagian dari pemilu, karena tidak banyak negara yang melaksanakan pemilu kepala daerah

secara langsung. Selain itu, tidak banyak negara-negara yang menyelesaikan sengketa pemilu dengan mempertimbangkan adanya kecurangan atau pelanggaran pemilu. Hal ini menjadi kendala tersendiri dalam proses penelitian yang berupaya melakukan studi perbandingan. Karena beragamnya sifat, jenis dan pendekatan yang diadopsi oleh berbagai negara dalam model penyelesaian sengketa pemilu maka studi komparasi antara model penyelesaian sengketa pemilu di Indonesia dengan di beberapa negara lain tidak dilakukan dengan mencari model yang serupa. Akan tetapi, model pendekatan yang dilakukan dalam penelitian ini adalah mencari kemiripan dalam proses penyelesaian sengketa pemilu sebagai bahan perbandingan.

Ada 3 (tiga) hal yang menjadi perhatian dalam melakukan perbandingan dari beragam model penyelesaian sengketa pemilu pada penelitian ini yaitu, pihak yang berhak mengajukan permohonan dalam sengketa pemilu, obyek yang menjadi sengketa pemilu dan adanya batasan waktu penyelesaian sengketa pemilu yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Ketiga hal tersebut menjadi objek perbandingan dalam melihat proses penyelesaian sengketa pemilu di Austria, Jerman, Azerbaijan, Brasil, Meksiko, Thailand dan Filipina sebagai negara-negara yang menjadi studi kasus perbandingan dalam penelitian ini. Pada umumnya, Negara-negara yang menyelesaikan sengketa pemilu di Mahkamah Konstitusi membatasi kewenangan Mahkamah Konstitusi dengan hanya menyelesaikan sengketa pemilu dalam urusan sengketa hasil perolehan suara, seperti di Austria, Jerman dan Azerbaijan. Urusan kecurangan dan pelanggaran administratif maupun pidana pemilu diserahkan kepada lembaga penegak hukum lain untuk penyelesaiannya. Adapun mengenai kecurangan pemilu, seperti adanya intervensi pemerintah dalam lembaga penyelenggara pemilu, seperti di Azerbaijan, harus diselesaikan sebelum pemilu dilaksanakan dimana MK dapat memerintahkan kejaksaan untuk mengusut hal tersebut.

Para pihak yang dapat mengajukan sengketa perselisihan hasil pemilu disemua negara pasti menempatkan para peserta pemilu yang merasa dirugikan kepentingannya. Selain itu, kesamaan lainnya adalah bahwa setiap lembaga peradilan yang menangani sengketa hasil pemilu diberikan batasan waktu dalam proses penyelesaian sengketa tersebut. Yang menjadi perbedaan adalah alokasi waktu yang diberikan peraturan perundang-undangan dalam proses pendaftaran dan pemeriksaan perkara tersebut. Sebagai contoh, Austria menetapkan batas

waktu pengajuan permohonan sengketa pemilu adalah 4 (empat) minggu setelah penghitungan suara sedangkan di Azerbaijan adalah 10 (sepuluh) hari setelah pendaftaran perkara maka MK harus segera menyelenggarakan sidang pleno.

Bagi negara yang mengadopsi model peradilan pemilu yang dibentuk secara khusus hanya untuk menangani permasalahan pemilu, umumnya, peradilan pemilu dibuat secara berjenjang. Artinya, para pihak diberikan kesempatan untuk mengajukan banding bilamana tidak merasa puas dengan proses peradilan sebelumnya. Namun, tentunya hal ini akan menyebabkan penyelesaian perkara sengketa pemilu memakan waktu panjang. Padahal, persoalan pemilu terkait erat dengan permasalahan jadwal ketatanegaraan yang sangat politis sifatnya. Dalam perspektif efektivitas, tentunya hal ini memiliki nilai yang kurang. Yang dibutuhkan dalam persoalan penyelesaian sengketa pemilu adalah waktu penyelesaian perkara yang sesingkat-singkatnya. Meskipun dari sudut pandang keadilan bagi pihak yang berperkara, adanya upaya hukum atas putusan pengadilan sebelumnya memberi kesempatan atas kemungkinan terjadinya kesalahan atau kekurangan dalam proses hukum sebelumnya.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

- Asshiddiqie Jimyl, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*,
- Arend Lijphart, *Democracy in Pliral Societies, A Comparative Exploration*, (New Haven and Londo, USA: Yale University Press, 1977),
- Budiarjo Miriam, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008),
- Bedner Adriaan W., *Peradilan Tata Usaha negara di Indonesia*, Jakarta : HuMa, Van Vollenhoven Institute, KITLV-Jakarta, 2010.
- Burns James MacGregor, et.al, *Government by the People*, INew Jersey: Prentice Hall, Inc., 1989)
- Carl J.Friederich, *Constiturional Government and Democracy, Theory and Practice in Europe and America*, ed. Ke-5, (Wletham, Mass, Blaidsdell Publisihing Company, 1967),
- Dyzenhaus David, *Legality and Legitimasi (Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar)*, Oxford University Press, New York, 1999.
- Huntington, Samuel, *The Third Wave : Democratization In The Late Twentieth Century*, (Oklahoma : University of Oklahoma Press , 1991).
- I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review, dan Welfare State*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2008),
- Fakhrudin Anang, dalam Barry H. Weinberg, *Penyelesaian Perselisihan Pemilu: Prinsip-Prinsip Hukum yang Mengendalikan Gugatan Atas Pemilu (The Resolution of Election Disputes: Legal Principles That Control Election Challenges)*, (Jakarta: IFES-Indonesia, 2010),
- Garner Bryan A., *Blacks Law Dictionary : Abriged Seventh Edition*, (St. Paul, Minn: West Group, 2000).

International Commission of Jurist, The Dynamic Aspect of the Rule of Law in the Modern Age, Bangkok: International Commission of Jurist, 1965,

International IDEA, *Melanjutkan Dialog Menuju Reformasi Konstitusi di Indonesia*, (Jakarta: International IDEA, 2001),

IDEA International, *Electoral Justice : The International IDEA Handbook*, (Stockholm : Bulls Graphics, 2010),

IDEA, *Keadilan Pemilu Ringkasan Buku Acuan International IDEA, terjemahan atas kerjasama International IDEA, Bawaslu RI, dan Centro*, (Jakarta: IDEA, 2010),

IDEA International, *Electoral Justice : The International IDEA Handbook*, (Stockholm: Bulls Graphics, 2010).

IFES Indonesia, *Pedoman Untuk Memahami, Menangani, dan Menyelesaikan Sengketa Pemilu*, editor Chad Vickery, diterjemahkan oleh Ay San Harjono, (Washington D.C. : International Foundation for Electoral System, 2011),

Mayo Henry N., *an Introduction to Democratic Theory*, (New York: Oxford University Press, 1960),

Murphy Walter F, *Constitutions, Constitutionalisme and Democracy dalam Douglas Greenberg et.al., eds., Constitutionalism and Democracy: Transition in the Contemporary World*, (New Yor: Oxford University Press, 1993).

Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2010),

Santoso, Topo, *"Penyelesaian Sengketa Pemilu: Suatu Perbandingan"*, makalah disampaikan pada acara diskusi terbatas yang diselenggarakan di Mahkamah Konstitusi, Jakarta 27 April 2011.

Soedarsono, *Mahkamah Konstitusi Sebagai Pengawal Demokrasi, penyelesaian Sengketa Hasil Pemilu 2004 oleh Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2006),

Sargent Lyman Tower, *Contemporary Political Ideologies*, (Chicago: The Dorsey Press, 1984),

Thaib, Dahlan, *Implementasi Sistem Ketatanegaraan Menurut UUD 1945*, (Yogyakarta: Liberty, 1993),

Soekanto Soejono, *Penelitian Hukum Normatif*, 2010,

Marzuki Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, 2009,

The Carter Centre, *Laporan Akhir Misi Pemantau Terbatas The Carter Centre untuk Pemilu Legislatif 9 April 2009 di Indonesia*, (Atlanta: The Carter Centre, 2009),

PERATURAN

Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Indonesia, Undang-Undang Nomor 12 tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

PUTUSAN

Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap perkara Nomor 072/PUU-II/2004 dan Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap perkara Nomor 073/PUU-II/2004.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 41/PHPU.D-VII/2008 tentang Penyelesaian Perselisihan hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah Jawa Timur yang dalam pertimbangan hukumnya membuka kemungkinan bagi Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa pelanggaran-pelanggaran pemilukada yang mempengaruhi hasil pemilu dan bukan hanya memeriksa perselisihan hasil penghitungan suara, begitu pula Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 09/PHPU.D-VIII/2010 tentang pemilukada Kabupaten Bangli, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 120/PHPU.D-VIII/2010 tentang pemilukada Kabupaten Lamongan dan beberapa putusan Mahkamah Konstitusi lainnya.

WEBSITE

www.en.wikipedia.org/wiki/Election, diunduh pada Rabu, 30 November 2011, pukul. 13.30 WIB.

Siegel, Stephen A, *The Conscientious Congressman's Guide to The Electoral Count Act of 1887*, Florida Law Review, July, 2004, www.ssm.com/abstract=1265227. Diunduh pada Rabu, 30 November 2011, pukul 13.20 WIB.

Diakses melalui situs ACE Project laman <http://aceproject.org/>.

Sumber referensi (terjemahan) diakses pada tanggal 6 Juli 2011 melalui: <http://www.eces.eu/index.php?option=commentent&view=article&id=326&Itemid=24>. *"Well-functioning and responsive Electoral Dispute Resolution (EDR) mechanisms are essential to ensure proper processing of potential complains and appeals that main arise not only in relation to the final results but also challenges to the organization of voter registration processes, registration of political parties and the campaigning phase etc. EDR mechanisms can be both formal and informal. In the electoral world, many grievances are solved through information negotiations and dialogue. Formal mechanisms, however, are essential to ensure that potential challenges can be channelled through established structures in case it is not solved at a lower level. EDR institutions include EMBs, ordinary administrative/judiciary institutions, electoral and/or constitutional courts and the Parliament. ECES Experts have hands-on experience justice and juridical reform and from handling electoral complaints both through informal and formal channels. We believe that the strengthening of EDR mechanisms, given the way in which such institutions can contribute to the mitigation of conflict by providing an opportunity for legal outlets and independent decision-making, is an integral part of a strategy towards may prevent the escalation of elections-related violence."* <http://www.eces.eu/>.

Sejak awal tahun 2011 dalam suasana pembahasan Rancangan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi yang baru, bermunculan wacana untuk mengeluarkan kewenangan penyelesaian Pemilukada dari Mahkamah Konstitusi, lihat: Media Indonesia, "Kewenangan MK dalam Sengketa Pemilu Kada Dibatasi?", diakses melalui laman (<http://www.mediaindonesia.com/>

read/2011/03/17/211030/3/1/Kewenangan-MK-dalam-Sengketa-Pemilu-Kada-Dibatasi-) dan Media Indonesia, "MK Jadi Masalah dalam Pemilu Kada" diakses melalui laman ([ttp://bataviase.co.id/node/569303](http://bataviase.co.id/node/569303)) pada tanggal 3 September 2011.

Diakses melalui laman www.idea.int/news/newsletters/upload/concept_paper_EDR.pdf dengan judul makalah "*Electoral Dispute Resolution Systems : Towards A Handbook And Related Material (Summary of Concept Paper Developed And Presented By Orozco Henriquez And Dr. Raul Avila To EDR Expert Group Workshop Held In Mexico City, 27-28 May 2004*", <http://www.idea.int/elections/eea/images/Electoral-cycle.png>

MAKALAH

Topo santoso, makalah berjudul "Perselisihan Hasil Pemilukada" disampaikan pada acara Diskusi Terbatas di Mahkamah Konstitusi pada tanggal 24 Maret 2011 di Jakarta.

Konsep Negara Berbasis Hak sebagai Argumen Justifikasi Pengujian Konstitusionalitas Undang-undang

Titon Slamet Kurnia

Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana.

Jl. Diponegoro 52-60, Salatiga, 50711

Email: titonslamet@gmail.com

Naskah diterima: 8/08/2012 revisi: 10/08/2012 disetujui: 13/08/2012

Abstrak

Artikel ini berpendapat bahwa argumen substantif untuk memberikan justifikasi bagi pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah konsep negara berbasis hak dan konsep konstitusi berbasis hak. Pengujian konstitusionalitas undang-undang didasari oleh pemikiran bahwa HAM memiliki kedudukan superior terhadap badan legislatif. Dalam menjalankan kekuasaan untuk membentuk undang-undang maka badan legislatif harus menghormati HAM. Dengan argumen demikian maka penulis menolak argumen hirarki peraturan perundang-undangan sebagai justifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang karena argumen ini sulit diberlakukan bagi Inggris dan Israel yang tidak memiliki konstitusi formal atau undang-undang dasar.

Kata-kata Kunci: Justifikasi Substantif; Pengujian Konstitusionalitas Undang-undang

Abstract

This article argues that the concept of right-based State and right-based constitution are substantively the basis or justification for constitutional review of legislation or laws. The constitutionality of laws is determined by the idea that human rights are supreme or superior over the legislature and its legal product. Therefore, the legislature should respect human rights in law-making. This article also rejects the view that hierarchy of laws is the only basis for constitutional review of legislation or laws because this view only explains it formally. This argument cannot be applied to Britain or Israel which does not have a formal constitution.

Key Words: *Substantive Justification; Constitutionality of Laws*

PENDAHULUAN

Tulisan ini mengkaji isu dasar argumen justifikasi bagi institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang secara umum yang berada di ranah kajian teori konstitusi (*constitutional theory*). Tulisan ini tidak mengkaji mengenai aspek institusional khusus dalam melakukan pengujian tersebut (secara metodologis dikaitkan dengan institusi yang melakukan pengujian dikenal konsep *judicial review* dan *non-judicial review*). Dalam menjawab isu tulisan ini penulis berargumen bahwa konsep negara berbasis hak merupakan justifikasi bagi institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang.

Struktur penyajian argumentasi penulis adalah sebagai berikut. Pertama, penulis akan mengemukakan konsep negara berbasis hak sebagai pokok argumen. Kemudian, implikasi dan pengejawantahan dari konsep ini yaitu konstitusionalisasi hak bahwa pada negara berbasis hak maka pilar penopangnya adalah pemilikan konstitusi berbasis hak. Terakhir, penulis akan menjelaskan *the rule of law* dalam pengertiannya yang spesifik sebagai landasan teoretis *enforcement* konstitusi berbasis hak terhadap pembentuk undang-undang.

Hakikat konsep pengujian konstitusionalitas undang-undang mengandung makna *pedegedapanan eksistensi konstitusi*. Karena undang-undang diuji kesesuaiannya dengan konstitusi maka implikasinya konstitusi harus eksis *a priori*. Akan tetapi pengertian tersebut tidak berhenti sampai di sini. Penulis berpendapat *a fortiori* bahwa konsep hirarki peraturan perundang-undangan hanya menjelaskan segi formal justifikasi atas institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang.¹

Oleh karena itu penulis melangkah lebih lanjut dengan bertolak dari argumen hak sebagai isu substantif untuk menjustifikasi institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang. Hak yang dimaksudkan di sini adalah HAM (*human rights*); seperangkat hak kodrati yang dimiliki manusia semata-mata karena dirinya manusia (*rights that all human beings everywhere have—or should have—equally and in equal measure by virtue of their humanity*).²

¹ Segi formal justifikasi terhadap institusi pengujian konstitusionalitas undang-undang ini sulit diberlakukan pada negara-negara yang tidak memiliki konstitusi formal atau undang-undang dasar karena undang-undang biasa dan aturan bersifat konstitusional tidak dapat dibedakan secara hirarkis.

² Louis Henkin, *The Rights of Man Today*, Center for the Study of Human Rights-Columbia University, New York, 1988, hal. 3. Pengertian ini sifatnya standar di kalangan sarjana. Bdgk. Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, hal. 18; R.J. Vincent, *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, hal. 9-11; Michael J. Perry, *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, hal. xi.

PEMBAHASAN

Konsep Negara Berbasis Hak

Sebagai aksioma, penulis meyakini, hak adalah *superior* atau *supreme* menurut “*the principle of respect for persons which prohibits treating one as a means to another’s ends.*”³ Asas ini paling *make sense* sebagai dasar, lebih tepatnya alasan ada atau *raison d’etre*, bagi semua organisasi sosial, termasuk negara. Gagasan bahwa hak merupakan nilai yang utama dalam rangka pengorganisasian negara mulai memperoleh bentuk yang jelas lewat pemikiran John Locke (1632-1704).

Menurut Raz, ajaran Locke tentang hak kodrati pada hakikatnya menjelaskan tentang tiga isu, yaitu: “*the need for government (the efficient protection of people’s natural rights), the justification of government (through the contractual transfer of the natural right to punish to the civil authority), and the limits of government (by the inviolability of the natural rights).*”⁴ Secara historis, pemikiran ini sangat revolusioner. Shapiro mengatakan bahwa gagasan hak adalah produk khas Abad Pencerahan (*Enlightenment*) yang membedakan karakter tatanan politik kuno dan abad pertengahan dengan tatanan politik setelah itu yang mengutamakan gagasan tentang kebebasan manusia yang diungkapkan lewat doktrin politik tentang hak-hak individu.⁵

Penulis setuju dengan argumen Dworkin tanpa *reserve* dalam menjustifikasi mengapa asas hak sangat penting (*take rights seriously*) dan karena itu hak tidak seyogianya dipertentangkan dengan nilai-nilai atau konsep lain (bahkan dikorbankan); hak harus diposisikan lebih unggul. Dworkin menyatakan:

Anyone who professes to take rights seriously, and who praises our Government for respecting them, must have some sense of what that point is. He must accept, at the minimum, one or both of two important ideas. The first is the vague but powerful idea of human dignity. This idea is associated with Kant, but defended by philosophers of different schools, supposes that there are ways of treating a man that are inconsistent with recognising him as a full member of the human community, and holds that such treatment is profoundly unjust. The second is the more familiar idea of political equality. This supposes that the weaker members of a political community are entitled to the same concern and respect of their government

³ Attracta Ingram, *A Political Theory of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994, hal. 8.

⁴ Joseph Raz, “Liberating Duties,” 8 *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy* 1989, hal. 4.

⁵ Ian Shapiro, *Asas Moral dalam Politik*, terjemahan dari *The Moral Foundations of Politics*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006, hal. 8.

*as the more powerful members have secured for themselves, so that if some men have freedom of decision whatever the effect on the general good, then all men must have the same freedom.*⁶

Dasar dari argumen hak Dworkin ada dua. Pertama, konsep *human dignity*.⁷ Kedua, konsep *political equality*. Sehingga atas dasar itu manusia harus diperlakukan sesuai martabatnya sebagai manusia serta diperlakukan sama sebagai subjek yang bebas dengan sesamanya.⁸

Raz membandingkan konsep hubungan hak (*right*) dengan kewajiban (*duty*) sebagai berikut:

*Rights are primary, their value is that they render benefits. Their value to their subject can justify their existence and they can have intrinsic value. Duties being fetters cannot be justified by their value to their subjects and they cannot have intrinsic value. Where one is under a duty its value derives from the fact that it serves someone else's interest, that its performance benefits someone else, that is, that someone has a right to the benefit the duty protects or promotes.*⁹

Tesis Raz adalah "*all duties derive from rights.*" Syarat pemilikan hak menurut Raz: "*A person has a right if, and only if, his interest is sufficient to hold another duty bound to do something on the ground that that action respects or promotes that interest.*"¹⁰ Oleh karena itu hak mampu berdiri sendiri, eksistensinya *unconditional* didasarkan pada nilai intrinsiknya, yaitu tujuan untuk memberikan keuntungan bagi pemiliknya (sedangkan kewajiban sebaliknya, untuk merealisasikan hak). Berdasar

⁶ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1978, hal. 198-199.

⁷ McCrudden dalam studinya yang komprehensif dan detail terhadap konsep *human dignity* menyatakan:

Dignity has helped to achieve this by enabling all to agree that human rights are founded on dignity. A basic minimum content of the meaning of human dignity can be discerned: that each human being possesses an intrinsic worth that should be respected, that some forms of conduct are inconsistent with respect for this intrinsic worth, and that the State exists for the individual not vice versa. The vault lines lie in disagreement on what that intrinsic worth consists in, what forms of treatment are inconsistent with that worth, and what the implications are for the role of the State.

Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights," 19 *European Journal of International Law* 2008, hal. 723. Pendapat McCrudden menampakan sisi kritis dari konsep *human dignity* yang mengandung keaburan pada aspek pengertian dari *intrinsic worth* yang dapat berlain-lainan antara satu masyarakat dengan masyarakat lain, termasuk kaitannya dengan implikasi bagi fungsi yang seyogyanya ditampilkan oleh negara dalam kaitan dengan memberikan perlindungan terhadap *human dignity* tersebut. Meski demikian, McCrudden meyakini makna penting konsep *human dignity* sebagai basis dari HAM sanggup mengatasi perbedaan-perbedaan konsepsi mengenai hak-hak tersebut sehingga menjadikan dasar dari HAM lebih universal. Lihat juga Neomi Rao, "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law," 86 *Notre Dame Law Review* 2011, hal. 193-196.

⁸ Castiglione mengacu pada pendapat R. George Wright mendefinisikan konsep *dignity* secara negatif karena *dignity* sebagai konsep '*inherently ethereal*'. Wright berargumen, "*defining what dignity stands in contrast to is informative in determining what it actually is.*" Menurut Wright, *dignity* kontras dengan: "*brutality, cruelty ... humiliation, uncivilized or barbarous behavior, harsh treatment ...*" dan seterusnya. John D. Castiglione, "Human Dignity under the Fourth Amendment," *Wisconsin Law Review* 2008, hal. 679.

⁹ Joseph Raz, *Op.cit.*, hal. 6.

¹⁰ *Ibid.* Konsep hak yang dikemukakan oleh Raz pada hakikatnya dibangun berdasarkan teori kepentingan (*the interest or benefit theory of rights*). Menurut teori kepentingan: "*the purpose of rights is not to protect individual assertion but certain interests. Rights are said to be benefits secured for persons by rules regulating relationships.*" Lord Lloyd of Hamstead & M.D.A. Freeman, *Introduction to Jurisprudence*, English Language Book Society-Stevens & Sons, London, 1985, hal. 442.

pengertian ini maka dapat dijustifikasi bahwa eksistensi hak didukung oleh pilar sangat kokoh bahwa fungsi suatu pemerintah atau masyarakat adalah memberikan keuntungan bagi warganya. Sehingga tidak dapat disangsikan bahwa karena pentingnya hak maka hukum kemudian menjadikan asas hak sebagai dasar dalam melakukan pengaturan.¹¹

KONSEP KONSTITUSI BERBASIS HAK

Isu selanjutnya adalah proses institusionalisasi hak supaya supremasi atau superioritas hak terjadi sebagai implikasi dari konsep negara berbasis hak. Dalam konteks tersebut pilihan yang niscaya melalui konstitusi (konstitusionalisasi hak). Konstitusi adalah *the supreme law of the land*. Supaya hak dapat berdampak paralel seperti konstitusi, hak juga harus menjadi bagian dari konstitusi. Hakikat konstitusi menurut Amar: "*It is an act, a doing, an ordainment and establishment, a constituting, a constitution.*"¹² Jika pengertian ini diaplikasikan, misal seperti sarjana Amerika Serikat memaknai konstitusinya, *the Constitution of the United States*, maka pengertian yang lahir tentang konsep konstitusi tersebut ialah "*an instrument that constitutes a government and prescribes the blueprint for that government.*"¹³

Dalam pengertian tersebut terkandung konotasi tertentu yang menunjukkan bahwa konstitusi sebagai hukum memiliki makna spesifik yang berbeda dengan peraturan perundang-undangan lainnya dalam hubungan dengan negara dan, terutama, pemerintah secara keseluruhan; bahwa eksistensi konstitusi secara presumtif mendahului eksistensi negara dan pemerintahannya. Hal ini menjadikan konstitusi mengandung makna fundamental atau mendasar sebagai sumber hukum, sebuah makna yang harus terefleksikan di dalam sistem hukum negara. Pengertian demikian oleh Kelsen dikonsepsikan *material constitution* yaitu "*rules which regulate the creation of the general legal norms, in particular the creation of statutes.*"¹⁴

Praktik konstitusionalisasi hak banyak dipengaruhi oleh pengalaman Amerika Serikat, termasuk internasionalisasi konsep hak bersama-sama dengan institusi *judicial review*.¹⁵ Akan tetapi, pengaruh besar, dan tentunya sejumlah modifikasi,

¹¹ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, hal. 163-180.

¹² Akhil Reed Amar, "A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism," 65 *Fordham Law Review* 1997, hal. 1657. Bdgk. Ernest A. Young, "The Constitution Outside the Constitution," 117 *Yale Law Journal* 2007, hal. 415-422.

¹³ Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 31.

¹⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1960, hal. 124.

¹⁵ Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 32-33. Lihat juga Mark Tushnet, "Transnational/Domestic Constitutional Law," *Working Paper Series in Public Law*

baru benar-benar mengkristal pasca Perang Dunia II: “*Postwar constitutional drafting efforts focused on two concerns: first, the enunciation of basic rights to delimit a zone of autonomy for individuals, which the State should not be allowed to abridge; and second, the establishment of special constitutional courts to safeguard and protect these rights.*”¹⁶

Mengingat adanya keterkaitan historis dalam ide atau gagasan, maka usaha untuk memahami konsep konstitusi berbasis hak tidak dapat mengelak dari rujukan kepada teori konstitusi Amerika Serikat sebagai pionirnya. Salah satu penjelasan teoretis penting tentang hal itu adalah pendapat Henkin berikut ini:

*Because it was assumed—especially under theories of popular sovereignty—that the government constituted would be limited, because the U.S. and other constitutions in fact imposed limitations on government, a constitution (and “constitutionalism”) came to imply limited government. Because protecting the people’s liberties was seen as the principal reason for limitation and because a principal limitation in constitutions was a Bill of Rights, constitutionalism became identified with respect for individual rights.*¹⁷

Dari pendapat di atas dapat ditarik pengertian bahwa konstitusionalisme sinonim dengan hak. Supaya konstitusi paralel dengan konstitusionalisme maka *hak harus dijamin oleh konstitusi* sebagai *blue print* pemerintahan. Berdasarkan pendapat tersebut penulis berargumen: Karena hak statusnya *superior* atau *supreme* maka supaya superioritas atau supremasinya terjaga adalah fungsi wajib sebuah konstitusi untuk menjaminkannya. Kecuali jika penguasa politik yang dominan dalam posisi menolak asas hak, dan lebih memilih pemerintahannya dijalankan dengan *arbitrary power* terhadap rakyatnya sendiri.

and Legal Theory, Georgetown University Law Center, 2003, hal. 1.

Secara historis, *the Constitution of the United States* pada mulanya tidak memiliki *concern* terhadap isu konstitusionalisasi hak. *The founding fathers* pada mulanya percaya bahwa pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah *vis-a-vis* perlindungan terhadap hak-hak rakyat dapat dilakukan dengan cara institusional (lewat pengaturan struktur pemerintahan yang ketat berdasarkan asas *separation of powers* dan federalisme) ketimbang dengan cara hak karena pemerintahan terbatas yang didirikan tersebut tidak diberikan kewenangan konstitusional untuk dapat melakukan pelanggaran terhadap hak-hak rakyat. Oleh karena itu *the Bill of Rights* yang komprehensif baru secara spesifik menjadi bagian dari *the Constitution of the United States* melalui amandemen. Tokoh yang berperan penting dalam rangka perancangan terhadap *the Bill of Rights* tersebut adalah James Madison. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York, 2006, hal. 475-476. Lihat juga: William J. Brennan, Jr., “The Ninth Amendment and Fundamental Rights,” dalam James O’Reilly, ed., *Human Rights and Constitutional Law*, The Round Hall Press, Dublin, 1993, hal. 109-110; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, hal. 55.

Juru bicara utama pendirian kontra terhadap *the Bill of Rights* dalam konstitusi adalah Alexander Hamilton yang menulis *The Federalist No. 84*. Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist with Letters of Brutus* (Terence Ball ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, hal. 416-426.

¹⁶ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, hal. 2.

¹⁷ Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 32.

Pendapat penulis diilhami oleh pendirian Thomas Paine tentang hakikat konstitusi yang diperjuangkan di Amerika Serikat dan Perancis, serta yang tidak mampu dimiliki oleh Inggris.¹⁸ Ada dua proposisi dari argumen dasar yang dipertahankan oleh Paine atas konsep konstitusinya secara fungsional. Pertama, *“A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is power without right.”* Kedua, *“A constitution is a thing antecedent to a government; and a government is only the creature of a constitution.”*¹⁹ Kedua proposisi tersebut menurut penulis merupakan teori Paine paling penting dan orisinal tentang konstitusi, terutama berkenaan dengan isu konstitusi berbasis hak. Dengan bertolak dari pemikiran Paine tersebut maka menurut penulis alasan mengapa hak harus dijamin oleh konstitusi atau undang-undang dasar adalah *self-evident*: Karena konstitusi merepresentasikan tindakan rakyat untuk mendirikan pemerintahnya, dan otomatis di balik tindakan itu terkandung pula kehendak dari rakyat supaya hak-haknya aman, maka hak-hak tersebut adalah satu paket yang tidak terpisahkan dengan konstitusi.

Argumen demikian juga nampak dalam pendapat Sunstein yang menyatakan: *“the central goal of a constitution is to create the preconditions for a well-functioning democratic order, one in which citizens are genuinely able to govern themselves.”*²⁰ Konsep konstitusi demokratis yang dikemukakan oleh Sunstein adalah dasar legitimasi bagi konstitusi berbasis hak. Sunstein menyatakan:

*Democracy comes with its own internal morality—the internal morality of democracy. This internal morality requires constitutional protection of many individual rights, including the right of free expression, the right to vote, the right to political equality, and even the right to private property, for people cannot be independent citizens if their holdings are subject to unlimited government readjustment. Properly understood, democracy is not antagonistic to rights. It enthusiastically protects rights, thus constraining what majorities are able to do to individuals or groups. A democratic constitution is drawn up and interpreted with these ideas in mind.*²¹

¹⁸ Kepeloporan Paine diakui antara lain oleh: Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York-Ithaca, 1947, h. 2; Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 133-137; Massimo La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht, 2007, hal. 7. La Torre merujuk Paine dalam rangka: *“A modern understanding of constitutionalism.”* Di dalam tulisan Paine, *The Rights of Man*, ditemukan secara eksplisit gagasan tentang konstitusi berbasis hak sebagai inti ajaran konstitusionalisme modern yang berbeda dengan ajaran konstitusionalisme klasik yang baru sebatas meletakkan fundasi bagi pembedaan antara ranah privat (*jurisdictio*) dengan publik (*gubernaculum*). La Torre, h. 2-4.

¹⁹ Charles Howard McIlwain, *Ibid.*

²⁰ Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, hal. 6.

²¹ *Ibid.*, hal. 7.

Dalam literatur kontemporer, isu konstitusionalisasi hak memperoleh perhatian John Rawls ketika mendiskusikan tentang “*four stage-sequence that clarifies how the principles for institutions are to be applied.*” Empat tahapan tersebut meliputi: *the original position, the constitutional stage, the legislative stage, and the stage at which rules are applied to particular cases by judges, administrators, and individual citizens.*²² Dalam hubungan dengan hak, tahap konstitusional berfungsi menjabarkan atau menspesifikasi hak-hak dan kebebasan dasar manusia. Tahap konstitusional ini didikte oleh asas *a priori* pada tahap *the original position* yang menurut Rawls berfungsi mempertanyakan komitmen keadilan dari institusi dasar manusia yang hendak didirikan.

Sesuai dikte keadilan (*justice as fairness*) maka asas yang berlaku pada tahap konstitusional menurut Rawls adalah: “*each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic liberties which is compatible with a similar scheme of liberties for all.*”²³ Pada tahap konstitusional ini Rawls memposisikan asas hak memiliki prioritas terhadap pertimbangan-pertimbangan mengenai *public good*. Bertolak dari tradisi kontraktarian yang rasional, Rawls menjustifikasi asas hak dengan argumen deliberasi dua kekuatan moral (*moral powers*) yaitu: “*First, the capacity for a sense of justice, exercised in deliberating with others about the form of shared social institution, and second, the capacity for a conception of the good, exercised in deliberating about how to live one’s own life.*”²⁴

Menurut penulis teori Rawls tentang penjabaran hak-hak dan kebebasan dasar dalam tahap konstitusional telah menjadikan gagasan tentang konstitusi berbasis hak menjadi dapat lebih diuniversalisasi (dijadikan argumen untuk menjustifikasi tuntutan konstitusi berbasis hak di negara apapun). Hal ini karena teori tersebut berangkat dari posisi humanis dan sifat rasional manusia dalam mengidentifikasi apa yang menurutnya adil dan sekaligus apa yang menurutnya dipandang baik dalam rangka menjalani hidupnya sendiri dalam tataran bernegara dan beraspirasi tentang negaranya. Dari Rawls nampak semangat penguatan terhadap tradisi asas hak, bukan sebaliknya.²⁵ Konstitusionalisasi hak versi Rawls adalah untuk menjawab tuntutan bagi setiap institusi sosial yang adil (*sesuai original position*).

²² John Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999 (Revised Edition), hal. 171-176.

²³ John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1996, hal. 291.

²⁴ *Ibid.*, hal. 332-333.

²⁵ Di bagian *Preface*, Rawls menyatakan misi bukunya kepada para pembaca: “*What I have attempted to do is to generalize and carry to a higher order of abstraction the traditional theory of the social contract as represented by Locke, Rousseau, and Kant.*” John Rawls, *A Theory ...*, *Op.cit.*, hal. xviii.

Untuk membatasi pengertian tentang konstitusi yang luas penulis berpendapat bahwa konsep yang seyogianya digunakan ialah undang-undang dasar atau konstitusi formal (*formal constitution*). Kelsen memberikan pengertian mengenai konstitusi formal: “*a certain solemn document, a set of legal norms that may be changed only under the observation of special prescriptions, the purpose of which it is to render the change of these norms more difficult.*”²⁶ Dalam pengertian demikian maka tidak semua negara, misalnya Inggris dan Israel, memiliki suatu konstitusi formal atau undang-undang dasar. Namun tidak berarti bahwa kedua negara tidak memiliki konstitusi. Kedua negara tersebut memiliki konstitusi material yang oleh Kelsen disebut “*has the character of customary law and therefore there exists no difference between constitutional law and ordinary laws.*”²⁷ Negara tanpa konstitusi formal akan kesulitan dalam menentukan dasar pengujian manakala suatu undang-undang didalilkan melanggar prinsip-prinsip fundamental dari negara tersebut dan dengan demikian undang-undang tersebut harus dinyatakan inkonstitusional. Kesulitan tersebut seperti diprediksi Kelsen di atas yaitu tidak dapat dibedakannya aturan yang bersifat konstitusional dengan undang-undang yang merupakan *ordinary laws*. Hal ini berbeda dengan kasus Amerika Serikat.

Chief Justice Marshall dalam kasus *Marbury v. Madison* menjustifikasi kewenangan pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang di tangan *the Supreme Court of the United States* berdasarkan teori *the written nature of the Constitution* yang menjelaskan hubungan antara undang-undang dasar dengan peraturan perundang-undangan lainnya. Tesis *Chief Justice Marshall* yaitu supaya pemerintah tidak bertindak melampaui kewenangan yang ditetapkan kepadanya maka konstitusi harus tertulis (formal). Keunggulan (*primacy*) konstitusi terhadap peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengannya “*essentially attached to a written constitution.*” Sehingga *Chief Justice Marshall* sampai pada kesimpulan bahwa status undang-undang dasar sangat terkait dengan pemikiran tentang pembentukannya, yaitu suatu usaha untuk menjadikannya *fundamental* dan *paramount*: “*certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation.*”²⁸

Undang-undang dasar yang dilandasi konstitusionalisme dimaksudkan sebagai instrumen hukum dalam rangka pembatasan terhadap kekuasaan pemerintahan

²⁶ Hans Kelsen, *Op.cit.*, hal. 124.

²⁷ *Ibid.*, hal. 125.

²⁸ Steven G. Calabresi, “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent, and Burke,” 57 *Alabama Law Review* 2006, hal. 638.

suatu negara.²⁹ Undang-undang dasar pada hakikatnya merupakan instrumen yuridis utama dalam rangka pengedepanan asas superioritas atau supremasi hak. Bahwa kemudian undang-undang dasar meletakkan pembatasan kekuasaan terhadap badan-badan pemerintahan utama di dalam negara, antara lain misalnya dengan cara pemisahan atau pembagian kekuasaan, maka hal itu pada hakikatnya menurut hemat penulis hanyalah *konsekuensi* dari adanya pengakuan superioritas atau supremasi hak.³⁰

Kasus Inggris dan Israel yang tidak memiliki undang-undang dasar merupakan isu serius dalam diskusi pengujian konstitusionalitas undang-undang. Untuk kasus Inggris, *Lord Irvine of Lairg* membandingkannya dengan Amerika Serikat sebagai negara yang menganut asas supremasi konstitusi dan badan yudisialnya memiliki kewenangan untuk menguji konstitusionalitas undang-undang terhadap undang-undang dasar. Sementara Inggris menganut asas supremasi parlemen, yang tidak mengenal institusi pengujian semacam itu. *Lord Irvine of Lairg* berpendapat bahwa menarik perbedaan antara kedua negara semata karena faktor tersebut adalah sia-sia. Dalam konteks konstitusionalisme maka pada analisis akhir kedua negara tidak berbeda:

*The fact that the United Kingdom does not embrace constitutional review continues to distinguish our system from that which applies here. But although such differences are important, they should not be allowed to obscure the fact that our respective systems share so much in common. The value of representative and participatory lies at the very heart of both the American and British constitutional orders. And we share an appreciation of the importance of individual liberty whose roots can be traced back as far as the Magna Carta.*³¹

Dalam sistem konstitusional Inggris hak tetap memperoleh prioritas utama walau tanpa didasarkan pada keberadaan undang-undang dasar untuk menjamin pengakuannya. *Lord Irvine of Lairg* menyatakan:

Equally, the extent to which parliamentary sovereignty renders human rights precarious is a function of the broader constitutional setting. As I argued earlier, the evolution of the context within which sovereignty theory exists has impacted fundamentally upon its implications for human rights protection. In particular, the new Human Rights Act creates an environment within which it is much more difficult, legally

²⁹ Louis Henkin, *Op.cit.*, hal. 32.

³⁰ Bdgk. Richard Bellamy, "The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review," 7 *European Political Science* 2008, hal. 10-11.

³¹ Lord Irvine of Lairg, "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America," 76 *New York University Law Review* 2001, hal. 22.

*and politically, for Parliament to exercise its sovereignty in a manner which is inconsistent with civil liberties.*³²

Meskipun konsekuensi dari tiadanya undang-undang dasar adalah berlakunya asas supremasi parlemen namun *de facto* kekuasaan parlemen Inggris dibatasi oleh asas superioritas hak kendati pengakuan tersebut hadirnya lewat produk hukum parlemen sendiri yaitu undang-undang. Dalam kasus Inggris parlemen memilih *membatasi dirinya sendiri* demi terwujudnya asas superioritas hak yaitu dengan jalan akan tidak membuat undang-undang yang bertentangan dengan atau melanggar hak (*civil liberties*).

Kasus yang menyerupai Inggris adalah Israel. Namun dalam batas-batas tertentu Israel lebih maju dibanding Inggris. Penilaian maju di sini adalah merujuk pada *Constitutional Revolution* tahun 1995 ketika *the Israeli Supreme Court* memberi kekuatan yuridis sebagai quasi-undang-undang dasar kepada *Basic Law on Human Dignity and Liberty* dan *Basic Law on Freedom of Occupation*. Kedua *Basic Laws* tersebut bukan undang-undang dasar, tetapi undang-undang biasa produk Knesset (parlemen Israel). Peristiwa ini terjadi dalam *Mizrahi Case*, suatu *landmark decision* serupa kasus *Marbury v. Madison* di AS. Kasus ini diputuskan dengan suara mayoritas delapan banding satu. Komentar terhadap kasus ini:

*Unlike Chief Justice Marshall in Marbury v. Madison, who operated under a formal constitution with a supremacy clause, the Israeli Basic Laws are far from a tangible constitutional document. In the absence of explicit authorization to deploy judicial review in a constitutional document, such as in the Canadian example, it is not surprising that the justices spent so many pages of the Mizrahi case arguing that the Basic Laws serve as a constitutional document. One may take the position that any argumentation requiring so much explanation is inherently weak.*³³

Terlepas dari kesulitan dalam pelaksanaan pengujian tersebut namun secara substantif pengakuan terhadap asas superioritas atau supremasi hak adalah justifikasi paling tepat atas fungsionalitas pengujian konstitusionalitas undang-undang, yaitu hak yang sedemikian fundamentalnya sehingga legislator tidak boleh menyimpanginya sekecil apapun demi integritas hak itu sendiri. Ketika sebuah negara memilih untuk memiliki undang-undang dasar maka seyogianya materi muatannya mencakup pengakuan dan penjaminan terhadap hak, menjadikan hak memiliki supremasi atau superioritas sebagai kaidah hukum ketatanegaraan.

³² Lord Irvine of Lairg, Loc.cit.

³³ Guy E. Carmi, "A Constitutional Court in the Absence of a Formal Constitution? On the Ramifications of Appointing the Israeli Supreme Court as the Only Tribunal for Judicial Review," 21 *Connecticut Journal of International Law* 2005, hal. 67 & 75.

THE RULE OF LAW

Konstitusionalisasi hak dan dengan sendirinya segala undang-undang maupun tindakan lain dari pemerintah yang tidak boleh bertentangan dengan hak atau konstitusi adalah pernyataan tentang asas *the rule of law*. Konsep *the rule of law* acapkali didiskusikan secara berhimpitan atau *overlap* dengan konsep konstitusionalisme yang telah dibahas sebelumnya ketika menjelaskan konsep konstitusi berbasis hak. Satu contoh usaha untuk membedakannya, meski masih tetap jumbuh, adalah Rosenfeld:

*In the broadest terms, the rule of law requires that the state only subject the citizenry to publicly promulgated laws, that the state's legislative function be separate from the adjudicative function, and that no one within the polity be above the law. The three essential characteristics of modern constitutionalism are limiting the powers of government, adherence to the rule of law, and protection of fundamental rights.*³⁴

Dengan penulis melakukan pembahasan secara khusus terhadap konsep *the rule of law* dan tidak bersama-sama dengan pembahasan sebelumnya tentang konsep konstitusionalisme maka dalam kasus ini penulis memperlakukan kedua konsep berbeda secara gradual. Dalam pembahasan ini penulis ingin lebih memosisikan asas *the rule of law* sebagai argumen pamungkas dalam rangka *enforcement* asas konstitusi berbasis hak.³⁵

Peacock memberi gambaran menarik mengenai pengertian *the rule of law* menurut cara pandang orang-orang Amerika Serikat sebagai berikut:

American government is popular government and more specifically republican government, government where the people's representatives

³⁴ Michel Rosenfeld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy," 74 *Southern California Law Review* 2001, hal. 1307.

³⁵ Dalam pembahasan ini penulis akan mendiskusikan *the rule of law* secara umum, untuk memperoleh pengertian-pengertian yang sama dari konsep ini, terutama mengenai esensinya, dan tidak akan menelusuri secara detail tradisi pemikiran dalam pembahasannya yang biasanya dikotomisasi antara tradisi *Civil Law* Eropa Kontinental dan tradisi *Common Law* Anglo-Amerika Serikat. Bdgk. Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Penerbit Bina Ilmu, Surabaya, 1987, Bab II; Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, Penerbit UI-Press, Jakarta, 1995, Bab II & III.

Supaya pembahasan ini justifiabel maka perlu dikemukakan terlebih dahulu tesis penulis yaitu konsep *the rule of law* adalah konsep yang universal, adalah *general principle of law* yang berlaku, seyogianya berlaku, di manapun. Asas kebalikannya adalah *arbitrary government*, secara faktual masih banyak dijalankan oleh pemerintah (rezim) negara-negara tertentu, tetapi secara normatif telah bangkrut karena mayoritas orang menolak atau tidak menghendakinya (di Indonesia pasca satu dasawarsa reformasi mulai muncul kecenderungan nostalgia sebagian orang terhadap pemerintah Soeharto yang mampu menjamin stabilitas atau ketertiban dengan cara tangan besi; berkebalikan dengan pemerintahan penerusnya yang memberikan kebebasan luas pada rakyat akan tetapi justru chaotik).

Dasar universalitas dari isu *the rule of law* adalah, menurut Tamanaha, "*fear of the uncontrolled application of coercion by the sovereign or the government.*" Brian Z. Tamanaha, "A Concise Guide of the Rule of Law," *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 07-0082, St. John's University School of Law, September 2007, hal. 3. Pendapat senada dikemukakan Zolo. Setelah membandingkan empat tradisi utama yaitu *the English rule of law*, *the North American version of the rule of law*, *the German Rechtsstaat* dan *the French Etat de droit* Zolo lalu menyimpulkan titik temu pengertian *the rule of law* yaitu sebagai "*the normative and institutional structure of a modern State within which the legal system—and not other functional subsystems—is entrusted with the task of guaranteeing individual rights, curbing the natural tendency of political power to expand and act arbitrarily.*" Danilo Zolo, "Rule of Law: A Critical Appraisal," dalam Pietro Costa & Danilo Zolo, eds., *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007, hal. 7.

*make the law and where the people, including their representatives, are intended to abide by that law. America is in many respects a law-loving nation not only because the people expect to be governed equally by the law and the law alone—not by the arbitrary dictates of rulers—but because (as the preamble again indicates) Americans seek to establish justice, provide for their safety, and secure the blessings of liberty through the instrument of the law, specifically the Constitution.*³⁶

Dari pernyataan Peacock di atas penulis ingin menggarisbawahi satu frase yaitu “*Americans seek to establish justice, provide for their safety, and secure the blessings of liberty through the instrument of the law, specifically the Constitution.*” Secara konseptual, *the rule of law* adalah asas dalam rangka penjaminan konsistensi asas hak dengan ekspektasi rakyat terhadap pemerintahnya supaya menghormati hak secara faktual, dan yang lebih penting lagi implikasinya manakala ekspektasi itu tidak terjadi. Sebagai sebuah konsep, asas *the rule of law* tidak sekadar pernyataan statis-formalistis tentang supremasi hukum terhadap pemerintah atau “*government of laws, and not of men.*”³⁷ Akan tetapi dinamis, menuntut adanya konsistensi pemerintah, dan sekaligus menuntut implikasi tertentu pada pemerintah jika yang terjadi sebaliknya. Dalam konteks ini penulis setuju dengan pengertian *the rule of law* yang dikemukakan Balkin: “*The rule of law requires not only that laws apply to citizens, but that laws must be applied.*”³⁸

Secara konseptual, seperti halnya konsep konstitusionalisme, esensi *the rule of law* adalah pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah oleh hukum (termasuk konstitusi karena konstitusi adalah hukum); atau dengan pengertian lain kedua konsep tersebut berada dalam satu nomenklatur yaitu pembatasan kekuasaan pemerintah. Asas *the rule of law* berusaha untuk memastikan bahwa pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah oleh hukum ini mampu terjadi secara faktual (jika tidak hal ini hanya retorika). Atau dengan formulasi lain, sebagai pendapat atau pemikiran penulis, konstitusionalisme adalah segi statis dari pembatasan kekuasaan pemerintah. Sementara *the rule of law* adalah segi dinamisnya (untuk menegakkan supremasi atau superioritas hak di dalam konstitusi terhadap pemerintah; bahwa konstitusi sebagai hukum harus diberlakukan terutama terhadap pemerintah).

³⁶ Anthony A. Peacock, ed., *Freedom and the Rule of Law*, Lexington Books, Lanham-Maryland, 2010, hal. 1.

³⁷ Frase ‘*government of laws, and not of men*’ kali pertama dinyatakan oleh Chief Justice Marshall dalam kasus *Marbury v. Madison* (1803). Tentang hal itu Tamanaha mengatakan: “Chief Justice Marshall, when finding that judicial review was constitutionally required, despite no mention of it in the Constitution itself, observed that constitutions secure “a government of laws, and not of men.” Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law ...*, Op.cit., hal. 55-56.

³⁸ J.M. Balkin, “The Rule of Law as a Source of Constitutional Change,” 6 *Constitutional Commentary* 1989, hal. 22.

Tamanaha mendefinisikan *the rule of law* dalam arti formal dan substantif. Dalam arti formal, definisi sebagai *common baseline*, menghasilkan pengertian minimalis tentang konsep *the rule of law*:

*The rule of law, at its core, requires that government officials and citizens are bound by and act consistent with the law. This basic requirement entails a set of minimal characteristics: law must be set forth in advance (be prospective), be made public, be general, be clear, be stable and certain, and be applied to everyone according to its terms.*³⁹

Dalam arti substantif, definisi *the rule of law* mencakup "*reference to fundamental rights, democracy, and/or criteria of justice or right.*"⁴⁰ Definisi formal tidak memperhatikan substansi atau *content* dari *the rule of law*. Definisi substantif memperkuat makna legalitas sebagai *good laws* yang harus dibedakan dari *bad laws*.⁴¹

Selanjutnya Tamanaha mengemukakan dua fungsi *the rule of law*: "*impose legal restraints on government officials*"⁴² dan "*maintain order and coordinate behavior and transactions among citizens.*"⁴³ Fungsi pertama sifatnya vertikal (berlaku dalam hubungan antara pemerintah dengan warga negara), sementara fungsi kedua sifatnya horisontal (antar warga negara satu sama lain). Penulis hanya akan fokus pada fungsi pertama yang vertikal sifatnya. Fungsi pertama ini dijalankan dengan dua cara. Pertama, *by requiring compliance with existing law* (pensyaratan kepatuhan terhadap hukum yang berlaku). Tuntutan yang timbul di sini adalah pemerintah (pejabat pemerintah) harus patuh terhadap hukum positif dalam setiap tindakannya dengan pengertian: tindakan pemerintah harus memiliki dasar dalam hukum positif (*positive legal authorization*) dan tindakan pemerintah tersebut tidak boleh bertentangan dengan larangan atau pembatasan yang diberlakukan oleh hukum positif kepadanya.⁴⁴ Kedua, *by imposing legal limits on law-making power* (pembatasan hukum terhadap kekuasaan membentuk peraturan perundang-undangan). Pembatasan ini bermakna bahwa pemerintah tidak memiliki kebebasan dalam membentuk peraturan perundang-undangan meskipun dasarnya kewenangan yang sah.⁴⁵ Bentuk-bentuk pembatasan yang

³⁹ Brian Z. Tamanaha, *A Concise ...*, Loc.cit.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law ...*, Op.cit., hal. 92.

⁴² Brian Z. Tamanaha, *A Concise ...*, Loc.cit.

⁴³ Ibid., hal. 6-7.

⁴⁴ Ibid., hal. 3-4.

⁴⁵ Ibid., hal. 4.

familiar adalah: “1) *constitutionally imposed limits*, 2) *transnational or international legal limits*, 3) *human rights limits*, and 4) *religious or natural law limits*. In different ways and senses, these types of law are superior to and impose restraints upon routine law-making.”⁴⁶

Dalam arti demikian maka isu utama dari asas *the rule of law* adalah untuk memastikan keberlakuannya secara faktual kepada pemerintah. Dalam kasus ini maka supremasi hukum atau konstitusi hanya bisa dipastikan manakala ada jaminan secara institusional bahwa deviasi yang dilakukan oleh pemerintah, meskipun dengan dasar kewenangan yang sah, juga tetap harus diganjar dengan *punishment*. Balkin yang memaknai *the rule of law* secara institusional mengatakan: “*Application requires adjudication, and the rule of law requires a statement of reasons for decision to demonstrate the connection between the decision and the existing body of law.*”⁴⁷

Dengan pengertian lain, isu kontrol institusional dan operasionalisasinya sebagai *concern* asas *the rule of law* mengandaikan dua hal. Pertama, bahwa selain konstitusi berlaku kepada pemerintah dan pembentuk undang-undang, konstitusi juga harus diterapkan kepada mereka. Kedua, upaya hukum yang efektif dalam rangka memastikan subordinasi pemerintah, pembentuk undang-undang (legislator), kepada asas supremasi konstitusi (konstitusi berbasis hak). Skema institusional paling direkomendasikan oleh asas *the rule of law* adalah *judicial independence* sebagai asas paling terkait langsung dengan kepentingan penjaminan hukum atas pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah. Hal ini sejalan dengan pernyataan Foster berikut ini: “*An essential feature of the rule of law is that those who bring a case before the courts must be confident that the presiding judge is not under any undue pressure to decide it in a particular way.*”⁴⁸ Jika skema ini diberlakukan maka akan melahirkan institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang (*judicial review of the constitutionality of laws*) di mana di Indonesia menjadi yurisdiksi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

⁴⁶ Id., h. 4-5.

⁴⁷ J.M. Balkin, Loc.cit.

⁴⁸ Steven Foster, *The Judiciary, Civil Liberties and Human Rights*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006, hal. 45.

KESIMPULAN

Sesuai dengan hasil pembahasan di atas maka kesimpulan tulisan ini tentang argumen justifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah terletak pada hak sebagai landasan bernegara dan objek perlindungan oleh konstitusi sehingga hak diposisikan *superior*. Oleh karena itu, secara substantif, pengujian konstitusionalitas undang-undang dapat dibenarkan pada negara berbasis hak. Asas *the rule of law* bersifat memastikan bahwa supremasi hak kepada legislator benar-benar diterapkan sehingga hakikat *the rule of law* dalam konteks pengujian konstitusionalitas undang-undang adalah dasar untuk *enforcement* hak.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-unsurnya*, Penerbit UI-Press, Jakarta, 1995.
- Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York, 2006.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1978.
- Foster, Steven, *The Judiciary, Civil Liberties and Human Rights*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006.
- Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Hadjon, Philipus M., *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Penerbit Bina Ilmu, Surabaya, 1987
- Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay, *The Federalist with Letters of Brutus* (Terence Ball ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Henkin, Louis, *The Rights of Man Today*, Center for the Study of Human Rights-Columbia University, New York, 1988.
- Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1960.
- La Torre, Massimo, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht, 2007.
- Lord Lloyd of Hamstead & M.D.A. Freeman, *Introduction to Jurisprudence*, English Language Book Society-Stevens & Sons, London, 1985.

- Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008.
- McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York-Ithaca, 1947.
- Peacock, Anthony A., ed., *Freedom and the Rule of Law*, Lexington Books, Lanham-Maryland, 2010.
- Perry, Michael J., *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999 (Revised Edition).
- _____, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1996.
- Shapiro, Ian, *Asas Moral dalam Politik*, terjemahan dari *The Moral Foundations of Politics*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006.
- Sieghart, Paul, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- Sunstein, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Vincent, R.J., *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Bab dalam Buku

- Brennan, Jr., William J., "The Ninth Amendment and Fundamental Rights," dalam James O'Reilly, ed., *Human Rights and Constitutional Law*, The Round Hall Press, Dublin, 1993.
- Zolo, Danilo, "Rule of Law: A Critical Appraisal," dalam Pietro Costa & Danilo Zolo, eds., *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007.

Jurnal dan *Working Paper*

Amar, Akhil Reed, "A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism," 65 *Fordham Law Review* 1997.

Balkin, J.M., "The Rule of Law as a Source of Constitutional Change," 6 *Constitutional Commentary* 1989.

Bellamy, Richard, "The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review," 7 *European Political Science* 2008.

Calabresi, Steven G., "The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent, and Burke," 57 *Alabama Law Review* 2006.

Carmi, Guy E., "A Constitutional Court in the Absence of a Formal Constitution? On the Ramifications of Appointing the Israeli Supreme Court as the Only Tribunal for Judicial Review," 21 *Connecticut Journal of International Law* 2005.

Castiglione, John D., "Human Dignity under the Fourth Amendment," *Wisconsin Law Review* 2008.

Lord Irvine of Lairg, "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America," 76 *New York University Law Review* 2001.

McCrudden, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights," 19 *European Journal of International Law* 2008.

Raz, Joseph, "Liberating Duties," 8 *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy* 1989.

Rao, Neomi, "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law," 86 *Notre Dame Law Review* 2011.

Rosenfeld, Michel, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy," 74 *Southern California Law Review* 2001.

Tamanaha, Brian Z., "A Concise Guide of the Rule of Law," *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 07-0082, St. John's University School of Law, September 2007.

Tushnet, Mark, "Transnational/Domestic Constitutional Law," *Working Paper Series in Public Law and Legal Theory*, Georgetown University Law Center, 2003.

Young, Ernest A., "The Constitution Outside the Constitution," 117 *Yale Law Journal* 2007.

Konstitusionalitas Penerapan Hukum Adat dalam Penyelesaian Perkara Pidana

Elwi Danil

Fakultas Hukum Universitas Andalas
Jl. Kampus Unand Limau Manis Padang, Sumbar
E-mail: dosen@fhuk.unand.ac.id

Naskah diterima: 11/08/2012 revisi: 13/08/2012 disetujui: 15/08/2012

Abstrak

Indonesia merupakan negara majemuk dengan keanekaragaman di dalamnya. Sebagai negara yang menerapkan positivistik dalam perspektif hukum, Indonesia menerapkan kodifikasi hukum yang memiliki adagium paling populer: kepastian hukum. Adagium itu dapat mereduksi hukum adat yang diyakini oleh masyarakat adat. Artikel ini mengupas tentang kemungkinan penerapan hukum pidana dalam sudut pandang hukum adat di tengah kemajemukan budaya Indonesia.

Kata kunci: Masyarakat Adat, Hukum Adat, Hukum Pidana

Abstract

Indonesia is a plural country with a lot of diversities in it. As a country that embracing positivistic in law perspective, Indonesia is applying the codification of law that has most popular maxim: the certainty of law. That maxim can reduce traditional law that believed by indigenous people. This paper talks about possibility of criminal law in traditional law perspective in Indonesian plural culture.

Key words: *Indigeous people, traditional law, criminal law*

PENDAHULUAN

Pembicaraan tentang hukum adat (termasuk hukum pidana adat) erat kaitannya dengan kondisi kekinian hukum yang berlaku di Indonesia (*ius constitutum*) yang memperlihatkan adanya keanekaragaman hukum (*legal pluralism*). Pluralisme hukum dapat dipahami sebagai adanya lebih dari satu sistem hukum yang secara bersama-sama berada dalam lapangan sosial yang sama. Dalam area pluralisme hukum itu, pada satu sisi terdapat hukum Negara (hukum perundang-undangan), dan pada sisi lain hukum rakyat yang tidak tertulis (di antaranya adalah hukum adat) masih tetap hidup dan berkembang seirama dengan perkembangan masyarakat adat itu sendiri.

Melalui pandangan pluralisme hukum, persoalan selanjutnya adalah, bagaimana hukum yang beraneka ragam itu secara bersama-sama mampu mengatur atau menyelesaikan suatu perkara yang terjadi. Artinya, apabila dalam suatu perkara yang berada dalam ruang lingkup hukum perundang-undangan, namun terdapat segi-segi yang mengandung dimensi hukum adat di dalamnya, apakah hukum adat dapat diterapkan.

Dalam konteks hukum pidana, bagi kebanyakan sarjana hukum, kenyataan tentang adanya hukum pidana adat di samping hukum pidana perundang-undangan agaknya masih sulit diterima untuk diterapkan dalam praktik peradilan pidana. Keberadaan prinsip dasar berupa asas legalitas cenderung diargumentasikan sebagai “benteng yang sangat kuat” untuk menafikan keberadaan hukum pidana lain selain hukum pidana perundang-undangan.

Terkait dengan kenyataan itu, yang menjadi fokus perhatian tulisan ini adalah, bagaimana sistem hukum pidana Indonesia memposisikan hukum pidana adat dalam perundang-undangan, sehingga terdapat dasar hukum bagi peradilan pidana untuk menerapkan ketentuan hukum pidana adat terhadap perkara-perkara pidana adat (delik adat). Di samping itu, menjadi penting pula untuk didiskusikan kemungkinan atau peluang untuk menyelesaikan perkara-perkara pidana adat melalui penyelesaian secara adat (melalui lembaga adat seperti Kerapatan Adat Nagari di Minangkabau).

PEMBAHASAN

Keberadaan Hukum Pidana Adat dalam Hukum Pidana Indonesia

Hukum pidana Indonesia yang berlaku dewasa ini sebagian besar masih merupakan hukum pidana warisan zaman kolonial Belanda, terutama sekali hukum pidana kodifikatif yang dikenal dengan nama Kitab Undang-undang Hukum Pidana (disingkat KUHP). Di dalam KUHP dirumuskan berbagai aturan umum yang menjadi dasar bagi pemberlakuan aturan-aturan hukum pidana di Indonesia. Selama tidak ditentukan lain dalam undang-undang, maka aturan-aturan umum yang terdapat dalam KUHP harus diikuti dalam praktik peradilan pidana. Salah satu di antaranya adalah aturan tentang asas legalitas. Rumusan tentang asas legalitas terkandung di dalam ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menentukan: *“suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada”*.

Asas legalitas secara formil menghendaki adanya aturan tertulis (perundang-undangan) untuk menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana (delik), sehingga atas dasar itu pula orang dapat dihukum karena telah melakukan tindak pidana. Penganutan asas legalitas secara formil mengandung implikasi untuk tidak memberi tempat bagi berlakunya hukum pidana adat, sebab hukum pidana adat tidak tertulis dalam perundang-undangan. Oleh karena itu orang tidak dapat dihukum oleh pengadilan karena telah melakukan suatu perbuatan yang melanggar hukum pidana adat apabila perbuatan tersebut tidak dinyatakan sebagai tindak pidana (delik) dalam undang-undang.

Dengan dalih ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP, nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat menjadi tidak tersalurkan dengan baik, bahkan ditolak. Kondisi seperti itu dirasakan sebagai sesuatu yang sangat memprihatinkan, nilai-nilai hukum adat telah “dibunuh” oleh bangsanya sendiri dengan “senjata” yang diperoleh dari sistem hukum negara yang pernah menjajahnya.

Namun di tengah berlakunya asas legalitas, hukum pidana adat masih tetap menampakkan sosok dan eksistensinya sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*). Aturan-aturan hukum pidana adat di beberapa wilayah masih diikuti dan ditaati oleh masyarakat adatnya. Pelanggaran terhadap aturan hukum pidana adat masih dipandang sebagai sesuatu yang dapat menimbulkan kegoncangan dan mengganggu keseimbangan kosmis masyarakat. Oleh karena itu,

bagi si pelanggar akan diberikan reaksi adat berupa sanksi adat oleh masyarakat. Sebagai sekedar contoh dapat dikemukakan, bahwa di Minangkabau masih dikenal adanya aturan tentang hukum pidana adat, yakni Undang-undang Nan Duopuluah. UU Nan Duopuluah ini terbagi atas dua bagian, yaitu UU Nan Salapan dan UU Nan Duobaleh. UU Nan Salapan menentukan perbuatan kejahatan, dan UU Nan Duobaleh menjelaskan tanda bukti yang melanggar UU Nan Salapan.¹ Terdapat 8 bentuk perilaku yang disebut sebagai delik adat dalam UU Nan Salapan, yakni:

1. dago-dagi;
2. sumbang-salah;
3. samun-sakal;
4. maling-curi;
5. tikam-bunuh;
6. kicuh-kecong dan tipu-tepok;
7. upas-racun; dan
8. siar-bakar.²

Dari kedelapan bentuk delik adat dalam UU Nan Salapan itu, yang cenderung masih mendapatkan perhatian dari para penguasa adat hanyalah “sumbang salah” dan “dago dagi”.³ Sementara perilaku yang lain adalah perilaku-perilaku yang sudah ada bandingannya dalam KUHP, sehingga perbuatan tersebut diadili atas dasar ketentuan KUHP.

Banyak kasus yang diadili oleh Kerapatan Adat Nagari (KAN) di Minangkabau yang dapat digunakan untuk membuktikan bahwa hukum pidana adat itu masih eksis. Pada tahun 1998, KAN Talago Gunung Kecamatan Baringin memutuskan seorang warga bernama Jamalis bersalah melakukan perbuatan “sumbang-salah” karena memasuki rumah seorang perempuan yang bukan muhrimnya. Kemudian pada 22 Maret 2004, KAN Air Tabit Kecamatan Payakumbuh Timur mengeluarkan keputusan tentang pemberian sanksi adat kepada A M Dt Panduko Sati karena dianggap telah melakukan perbuatan “dago-dagi” dalam kasus pembongkaran

¹ Tentang UU Nan Duo Puluah ini lebih lanjut lihat Datoek Toeah, *Tambo Alam Minangkabau*, Bukit Tinggi : Penerbit Pustaka Indonesia, tanpa tahun.

² 1) Dago-dagi, yakni melakukan perlawanan kepada yang tidak patut dilawan; 2) Sumbang-salah, yakni melakukan perbuatan yang dilarang aturan delik adat; 3) Samun-sakal, yakni perampokan yang dilakukan di tempat yang sunyi; 4) Maling-curi, yakni melakukan pencurian terhadap barang orang lain; 5) Tikam-bunuh, yakni menghilangkan nyawa orang lain dengan menggunakan senjata tajam atau benda runcing; 6) Kicuh-kecong dan Tipu-tepok, yakni melakukan perbuatan penipuan terhadap orang lain dengan cara halus atau dilakukan dengan kekerasan; 7) Upas-racun, yakni menghilangkan nyawa orang lain dengan menggunakan racun, mulai dari dosis yang rendah sampai dosis tinggi; 8) Siar-bakar, yakni melakukan pembakaran, mulai dari menyulut sampai menghancurkan.

³ Syahrul Ricky, *Suatu Tinjauan tentang Relevansi Azas Legalitas dengan Tindak Pidana Adat Sumbang-Salah di Minangkabau (Studi Kasus di PN Batusangkar)*, Universitas Andalas Padang, 1996.

rumah adat. Di Pasaman ada seorang janda yang diberi sanksi dibuang sepanjang adat, karena terbukti ada laki-laki setiap pagi turun dari rumah janda tersebut. Setelah ditegur beberapa kali, perilaku “sumbang-salah” itu tetap berlangsung, sehingga akhirnya lembaga adat melaksanakan rapat dan memberi sanksi adat kepada janda tersebut.⁴

Dari contoh kasus di atas terungkap, bahwa di tengah adanya tekanan yang sangat kuat bagi pemberlakuan asas legalitas, hukum pidana adat masih tetap eksis dan dipraktikkan oleh pemangku adat dalam kehidupan masyarakat adat. Bahkan di beberapa daerah tertentu, praktik peradilan pidana pun ternyata masih menerapkan norma hukum pidana adat sebagai dasar untuk menjatuhkan hukuman dalam perkara pidana. Misalnya Putusan Pengadilan Negeri Luwuk Nomor 27/Pid/1983 yang mengadili perkara hubungan kelamin di luar perkawinan, dan kemudian menetapkan terdakwa bersalah melanggar ketentuan hukum pidana adat. Putusan ini kemudian diperkuat oleh putusan Pengadilan Tinggi Palu Nomor 6/Pid/1984 PT.Palu tanggal 8 April 1984.⁵

Bila ditelusuri tata hukum Indonesia, kita dapat menemukan adanya beberapa peraturan perundang-undangan yang esensinya mengandung makna sebagai aturan yang memberi tempat bagi pemberlakuan hukum pidana adat dalam praktik peradilan pidana. Peraturan perundang-undangan tersebut di antaranya adalah:

1. UU Nomor 1 Darurat Tahun 1951 tentang Tindakan-tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan, dan Acara Pengadilan-pengadilan Sipil;
2. UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Pembentuk undang-undang telah membangun jembatan yuridis untuk mengaktualisasi hukum pidana adat dalam praktik peradilan pidana melalui ketentuan Pasal 5 (3) sub b Nomor 1 Drt Tahun 1951. Di dalam ketentuan tersebut dirumuskan aturan yang dapat dipahami, bahwa bagi mereka yang dinyatakan bersalah menurut hukum adat, namun tidak menjalani hukumannya, maka perbuatannya tetap dianggap sebagai perbuatan pidana yang diancam dengan hukuman tidak lebih dari 3 bulan penjara berdasarkan KUHP. Artinya, perbuatan yang di dalam masyarakat diakui sebagai perbuatan yang melanggar hukum pidana adat tetap dianggap sebagai perbuatan pidana yang diancam dengan hukuman menurut ketentuan KUHP.

⁴ Lihat Harian Singgalang, Jum'at tanggal 9 November 2007.

⁵ Lihat Otje Salman Soemadiningrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Bandung: Alumi, 2002, halaman 155-156

Di samping itu, berbagai ketentuan yang terkandung di dalam UU Kekuasaan Kehakiman, sejak dari UU Nomor 14 Tahun 1970, sampai pada UU Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dapat pula diposisikan sebagai aturan yang memberi tempat bagi hukum yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan tersebut meliputi:

1. Pasal 4 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 yang menentukan, bahwa *“pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”*. Kata “menurut hukum” dapat diartikan secara luas mencakup legalisasi formil dan materiil. Pasal ini merupakan petunjuk bagi hakim untuk senantiasa memperhatikan peraturan tertulis dan hukum yang benar-benar hidup dalam masyarakat, apabila hendak menegakkan keadilan;
2. Pasal 5 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 menentukan, bahwa *“hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”*;
3. Pasal 10 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 menentukan 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”*. Jika kata “hukum” yang dimaksud dalam rumusan ini adalah yang tertulis, maka hakim wajib memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya meskipun hukum tertulis itu tidak secara nyata mengaturnya. Dengan demikian hakim harus menggali hukum yang tidak tertulis (hukum yang hidup).
4. Pasal 50 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 menentukan, bahwa *“putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”*.

Meskipun pembentuk undang-undang telah membuat pengaturan bagi pemberlakuan hukum pidana adat (sekalipun tidak eksplisit), namun sayangnya, berdasarkan pengamatan selama ini, terungkap bahwa rumusan normatif itu cenderung kurang mendapatkan perhatian untuk diterapkan penegak hukum. Oleh karena itu, hukum pidana yang akan datang (*“ius constituendum”*) mempertegas pengakuan terhadap keberadaan hukum pidana adat. Pembuat Konsep RUU KUHP dalam beberapa rumusan menempatkan hukum pidana adat pada posisi yang cukup strategis seperti terlihat dalam rumusan pasal-pasal berikut:⁶

⁶ Lihat *Konsep Rancangan UU tentang KUHP*, Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Departemen Hukum dan HAM RI, tahun 2004.

1. Pasal 1 ayat (3) yang berbunyi: “ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”.
2. Pasal 51 ayat (1) huruf c menentukan, “pidanaaan bertujuan”: “menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat”;
3. Pasal 64 ayat (1) yang menentukan sanksi pidana tambahan, di antaranya adalah “pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup”.

Sekalipun pembuat konsep masih tetap menempatkan asas legalitas sebagai asas yang fundamental, namun pemberlakuannya tidak mengurangi berlakunya hukum pidana adat. Itu berarti pembuat konsep tidak lagi secara kaku merumuskan asas legalitas seperti yang dikenal dalam hukum pidana selama ini. Pembuat konsep telah mengakomodasi kerangka berpikir hukum bangsanya sendiri di tengah pergaulan antar bangsa yang memang tidak bisa kita abaikan.

Peluang Penerapan Hukum Pidana Adat dalam Penyelesaian Perkara Pidana

Hukum pidana adat di beberapa wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia masih diterapkan oleh badan peradilan umum, termasuk di Sumatera Barat. Sebagai bagian dari hukum yang hidup dalam masyarakat, hukum pidana adat dirasakan sebagai hukum yang adil dan karenanya efektif dalam mengembalikan keseimbangan (harmoni) yang terganggu oleh terjadinya suatu tindak pidana. Hukum positif tanpa hukum adat tidak obahkan seperti “gulai tanpa garam”. Karenanya seorang ahli hukum Austria bernama Eugen Erlich pernah mengatakan, bahwa hukum positif baru akan mempunyai daya laku yang efektif apabila selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*).

Namun yang menjadi persoalan dalam tulisan ini berkisar pada kemungkinan untuk mengadili perkara-perkara pidana adat di luar proses peradilan pidana (penyelesaian di luar pengadilan). Apakah dimungkinkan untuk mengadili kasus-kasus delik adat oleh kesatuan masyarakat hukum adat itu sendiri melalui lembaga adatnya, seperti KAN di Minangkabau. Persoalan ini secara yuridis, paling tidak mengandung dua implikasi, yakni: *Pertama*: bagaimana respons hukum positif terhadap keberadaan peradilan adat sebagai lembaga yang berwenang menurut

adat untuk memeriksa dan mengadili kasus-kasus pelanggaran hukum pidana adat. *Kedua*: apakah terdapat kemungkinan untuk mengalihkan pemeriksaan kasus-kasus delik adat kepada masyarakat adat untuk kemudian diadili melalui lembaga peradilan adat.

UU Nomor 1 Drt Tahun 1951 pada satu sisi telah memberikan dasar legalitas bagi badan peradilan umum untuk mengadili pelanggaran hukum pidana adat. Namun pada sisi yang lain, undang-undang yang sama telah menghapus keberadaan peradilan adat, dan menentukan prosedur penyelesaian perkara pidana pada umumnya untuk disalurkan melalui peradilan umum. Sekalipun demikian, undang-undang itu masih mengakui keberadaan peradilan desa (hakim perdamaian desa) atas dasar Pasal 3 a *Rechterlijke Organisatie* yang sampai saat ini menurut sementara pendapat, masih berhak untuk hidup.⁷ Bila argumentasi itu diterima, maka dalam posisi sebagai hakim perdamaian desa itulah agaknya keberadaan lembaga adat masih memiliki kewenangan dalam penyelesaian perkara-perkara pidana adat.

Akan tetapi bila dilihat dari sisi hukum acara pidana berdasarkan UU Nomor 8 tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHP), maka ketentuan UU Nomor 1 Drt Tahun 1951 sepanjang yang berkaitan dengan aturan mengenai acara pidana sudah dinyatakan dicabut. Demikian pula dengan ketentuan-ketentuan mengenai kekuasaan kehakiman, yang ternyata sudah tidak lagi mengakui badan-badan peradilan di luar badan peradilan Negara. Dengan demikian dapat dikatakan, bahwa eksistensi peradilan adat dewasa ini berada antara ada dan tiada. Di tengah tidak adanya aturan formal yang secara eksplisit mewadahnya, keberadaan peradilan adat adalah sesuatu yang masih dirasakan urgensinya bagi masyarakat adat.

Secara khusus bagi masyarakat Minangkabau, keberadaan KAN masih dapat ditempatkan dalam kerangka perundang-undangan karena terakomodasi dalam peraturan daerah, mulai dari Peraturan Daerah Nomor 13 Tahun 1983 sampai terakhir pada Peraturan Daerah Nomor 2 Tahun 2007 Tentang Pokok-pokok Pemerintahan Nagari. Keberadaan KAN diakui sebagai lembaga kerapatan dari ninik mamak yang telah ada dan diwarisi secara turun temurun sepanjang adat. KAN berfungsi memelihara kelestarian adat serta menyelesaikan perselisihan sako dan pusako. Dengan rumusan seperti itu dapat diartikan, bahwa KAN masih diberi fungsi dan kewenangan untuk menyelesaikan masalah sengketa adat.⁸

⁷ Lihat Ansorie Sabuan, et.all., *Hukum Acara Pidana*, Bandung ; Angkasa, 1990, halaman 38.

⁸ Karena hukum adat pada prinsipnya tidak mengenal pembedaan antara hukum perdata dan hukum pidana, maka dalam kewenangan KAN untuk mengadili sengketa adat itu dapat dimasukkan kewenangan untuk menyelesaikan

Penyelesaian perkara pidana adat melalui lembaga adat menjadi sesuatu yang sangat penting artinya bila dikaitkan dengan adanya ketidakpuasan terhadap putusan pengadilan formal, khususnya dari segi keadilan dalam memutus perkara-perkara pidana yang ada dimensi hukum adatnya. Masyarakat adat merasa tidak puas karena putusan pengadilan belum mampu mengembalikan keseimbangan magis yang timbul sebagai akibat dilakukannya suatu pelanggaran adat. Oleh karena itu, dalam perspektif hukum pidana perlu dicari dan didiskusikan secara akademik alternatif pemikiran hukum yang memungkinkan pelanggaran-pelanggaran hukum pidana adat untuk diadili melalui lembaga adat.

Terkait dengan itu, ilmu hukum menawarkan sebuah konsep yang diyakini mampu menjawab permasalahan kesenjangan rasa keadilan hukum dalam masyarakat adat. Konsep tersebut adalah "*restorative justice*" (keadilan restoratif) yang dapat diartikan sebagai sebuah konsep pemikiran yang merespons pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitik beratkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada saat ini.⁹ Dalam pengertian itu, keadilan restoratif dapat ditempatkan dalam posisi sebagai salah usaha untuk mencari penyelesaian konflik secara damai di luar pengadilan.

Penyelesaian perkara dalam kerangka berpikir "*restorative justice*" adalah untuk melindungi kepentingan pelaku tanpa merugikan korban. Konsep keadilan restoratif menawarkan pendekatan yang berbeda dengan yang biasa dianut dalam praktik peradilan pidana selama ini. Penanganan perkara pidana selama ini cenderung bersifat retributif (pembalasan) dan "*utilitarian*" atau rehabilitatif (memperbaiki). Sementara metode penyelesaian perkara pidana dalam konsep "*restorative justice*" adalah secara musyawarah dan mediasi untuk memulihkan keseimbangan dengan melibatkan korban dan pelaku beserta keluarga masing-masing serta wakil masyarakat. Jadi dalam konteks "*restorative justice*" ini otoritas penyelesaian perkara pidana diserahkan atau dialihkan dari lembaga peradilan sebagai wakil Negara kepada masyarakat.

Penyelesaian perkara pidana adat melalui lembaga adat justru mendapat tempat terhormat dalam kerangka keadilan restoratif. Namun masalahnya, sekalipun di Indonesia banyak hukum adat yang bisa menjadi "*restorative justice*", namun seperti dijelaskan di muka, keberadaannya tidak mendapat tempat yang memadai dalam hukum perundang-undangan. Padahal hukum adat diyakini mampu menyelesaikan

perkara-perkara pidana adat.

⁹ Eva Achjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*, Bandung : Lubuk Agung, 2011, halaman 65.

konflik yang muncul di masyarakat dan memberikan kepuasan bagi para pihak yang berkonflik. Hukum pidana adat dijiwai oleh sifat kekeluargaan yang religius magis, dimana yang diutamakan bukanlah rasa keadilan perseorangan; melainkan rasa keadilan kekeluargaan, sehingga penyelesaian kasus yang dilakukan secara damai diyakini dapat membawa kerukunan (harmoni). Hukum pidana adat tidak bermaksud menunjukkan hukum dan hukuman apa yang harus dijatuhkan bila terjadi pelanggaran, tapi yang menjadi tujuannya adalah memulihkan kembali hukum yang pincang sebagai akibat terjadinya pelanggaran;

Munculnya gagasan "*restorative justice*" adalah manifestasi kritik atas penerapan sistem peradilan pidana dengan penghukuman yang dianggap tidak efektif menyelesaikan berbagai bentuk konflik sosial. Ketidakefektifan tersebut disebabkan karena pihak yang terlibat dalam konflik tidak dilibatkan dalam penyelesaian konflik. Akibatnya, korban tetap saja menjadi korban, sementara pelaku yang dipenjara juga memunculkan persoalan baru bagi keluarga dan sebagainya. Di samping itu, masalah lain yang sering tidak teratasi adalah pemulihan derita korban, baik fisik maupun psikis. Kerugian materil mungkin bisa diganti oleh pelaku. Namun bagaimana dengan derita psikis, misalnya pederitaan korban akibat pemerkosaan.

Model keadilan restoratif seyogyanya dilaksanakan mulai dari kepolisian, karena kepolisianlah yang merupakan pintu gerbang bagi masuknya perkara pidana ke dalam sistem peradilan pidana. Tapi kejaksaan dan pengadilan pun dapat pula menerapkannya dalam kerangka kewenangannya masing-masing. Penerapan "*restorative justice*" pada dasarnya dapat dilakukan melalui instrument diskresi yang dimiliki oleh kepolisian (*discretionary power of police*). Melalui kewenangan diskresi itu dapat dilakukan upaya pengalihan pemeriksaan perkara-perkara delik adat dari proses peradilan pidana ke luar proses formal untuk diselesaikan secara musyawarah melalui lembaga adat.

Dengan demikian, pemeriksaan perkara pidana yang berkenaan dengan hukum pidana adat, atas dasar kewenangan diskresi yang dimiliki kepolisian, dapat dialihkan kepada lembaga adat (misalnya KAN di Minangkabau). Penyelesaian melalui lembaga adat itu sendiri dapat dikategorikan sebagai penyelesaian di luar pengadilan seperti yang dikehendaki keadilan restoratif.

Keadilan restoratif itu sendiri sebenarnya masih berada dalam tataran konsep dan gagasan akademik. Secara normatif belum ditemukan adanya peraturan

perundang-undangan yang secara eksplisit mengatur. Oleh karena itu, penerapannya di dalam praktik hanya dapat dilakukan atas dasar kewenangan diskresi yang dimiliki penegak hukum, khususnya kepolisian. Sementara diskresi itu sendiri di dalam ilmu hukum merupakan sesuatu yang diperkenankan bila digunakan untuk tujuan-tujuan yang mulia dan melindungi korban. Diskresi berkenaan dengan pengambilan keputusan yang tidak terikat pada hukum, dimana penilaian pribadi juga memegang peranan. Ada beberapa faktor yang menyebabkan kewenangan diskresi menjadi sesuatu yang sangat penting dalam penegakan hukum, yaitu:¹⁰

1. tidak ada peraturan perundang-undangan yang sedemikian lengkapnya, yang dapat mengatur semua perilaku manusia;
2. adanya kelambatan-kelambatan untuk menyesuaikan perundang-undangan dengan perkembangan masyarakat, sehingga menimbulkan ketidakpastian;
3. kurangnya biaya untuk menerapkan perundang-undangan sebagaimana yang dikehendaki pembentuk undang-undang;
4. adanya kasus-kasus individual yang memerlukan penanganan secara khusus.

Sebagai manifestasi konsep “restorative justice”, pengalihan penyelesaian perkara pidana adat dari kepolisian kepada masyarakat adat harus dilakukan secara hati-hati dan dengan penuh rasa tanggung jawab. Artinya, pengalihan itu tidak boleh dilakukan secara sembrono untuk semua kasus pelanggaran hukum pidana adat. Hanya kasus-kasus delik adat tertentu saja yang dimungkinkan untuk diserahkan penyelesaiannya secara adat. Sehubungan dengan itu, salah satu kesimpulan naskah akademik mengenai Court Dispute Resolution dari Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tahun 2003 antara lain menyebutkan bahwa mediasi, sebagai salah satu bentuk “*alternative disputed resolution*”, seyogyanya bersifat wajib untuk perkara kecil baik perdata maupun pidana. Kalau kesimpulan itu yang dipedomani, maka penyerahan oleh kepolisian kepada lembaga adat hanya dimungkinkan untuk perkara-perkara pidana adat yang tergolong sebagai tindak pidana ringan. Namun menurut penulis, penyerahan itupun dimungkinkan pula untuk dilakukan terhadap delik-delik adat yang masuk dalam kategori delik aduan.

¹⁰ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2007, halaman 21-22.

KESIMPULAN

Dari uraian tersebut di atas dapat ditarik beberapa catatan penting sebagai kesimpulan;

1. Hukum pidana adat merupakan "*the living law*" yang dijiwai oleh sifat kekeluargaan yang religius magis, dimana yang diutamakan bukanlah rasa keadilan perseorangan; melainkan rasa keadilan kekeluargaan, sehingga penyelesaian adalah dengan penyelesaian secara damai yang membawa kerukunan (harmoni);
2. Hukum pidana adat tidak bermaksud menunjukkan hukum dan hukuman apa yang harus dijatuhkan bila terjadi pelanggaran, tapi yang menjadi tujuannya adalah memulihkan kembali hukum yang pincang sebagai akibat terjadinya pelanggaran;
3. Secara materil keberadaan hukum pidana adat masih mendapat tempat dalam hukum pidana Indonesia melalui UU Nomor 1 Drt Tahun 1951 dan UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
4. Secara formil keberadaan peradilan adat menurut hukum perundang-undangan berada antara ada dan tiada.
5. Secara faktual, di tengah tidak adanya aturan formal yang secara eksplisit mewadahnya, keberadaan peradilan adat adalah sesuatu yang masih terlihat urgensinya bagi masyarakat adat. Khusus tentang KAN di Minangkabau, keberadaannya masih dapat ditempatkan dalam kerangka perundang-undangan sebagai sebuah lembaga yang berfungsi menyelesaikan sengketa-sengketa adat.
6. Ketidakpuasan terhadap putusan pengadilan formal dalam memutus perkara-perkara pidana adat menjadikan keberadaan peradilan adat menjadi sesuatu yang sangat penting untuk dipertimbangkan dalam kehidupan hukum nasional.
7. Restorative justice adalah konsep yang diyakini mampu menjawab permasalahan kesenjangan rasa keadilan hukum dalam masyarakat adat, karena konsep "*restorative justice*" menawarkan upaya penyelesaian kasus-kasus pidana secara damai di luar pengadilan. Dalam kerangka konsep "*restorative justice*" itu penyelesaian perkara pidana adat melalui lembaga adat mendapat tempat terhormat.

8. Proses "*restorative justice*" pada dasarnya dapat dilakukan melalui kewenangan diskresi (kebijaksanaan) yang dimiliki oleh penegak hukum, terutama sekali kewenangan diskresi kepolisian (*discretionary power of police*). Pemeriksaan perkara pidana yang berkenaan dengan hukum pidana adat, atas dasar kewenangan diskresi yang dimiliki kepolisian, dapat dialihkan kepada lembaga adat (misalnya KAN di Minangkabau).
9. Pengalihan pemeriksaan perkara pidana adat tidak boleh dilakukan secara sembrono untuk semua kasus pelanggaran hukum pidana adat. Hanya terhadap delik-delik adat tertentu saja yang dimungkinkan untuk diserahkan penyelesaiannya secara adat, yakni delik-delik adat yang tergolong sebagai tindak pidana ringan. Penyerahan dimungkinkan pula untuk delik-delik adat yang masuk dalam kategori delik aduan, baik aduan yang bersifat absolut maupun aduan yang bersifat relatif.

DAFTAR PUSTAKA

- Ansorie Sabuan, et.all., *Hukum Acara Pidana*, Bandung ; Angkasa, 1990.
- Apong Herlina et.all, *Perlindungan Terhadap Anak yang Berhadapan dengan Hukum, Buku Manual Pelatihan untuk Polisi*, Jakarta : Polri dan Unicef, 2004.
- Departemen Hukum dan HAM RI, *Konsep Rancangan UU tentang KUHP*, Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Departemen Hukum dan HAM RI, tahun 2004
- Datoek Toeah, *Tambo Alam Minangkabau*, Bukit Tinggi : Penerbit Pustaka Indonesia, tanpa tahun.
- Eva Achjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*, Bandung : Lubuk Agung, 2011.
- Harian Singgalang, Jum'at tanggal 9 November 2007.
- Otje Salman Soemadininggrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Bandung: Alumni, 2002
- Syahrul Ricky, *Suatu Tinjauan tentang Relevansi Azas Legalitas dengan Tindak Pidana Adat Sumbang-Salah di Minangkabau (Studi Kasus di PN Batusangkar)*, Universitas Andalas Padang, 1996.
- Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007.

Biodata

Fajar Laksono Soeroso, Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta, fajarlaksono@yahoo.com

Alfitri, Lahir di Padang, 9 Juli 1976. Menempuh pendidikan S1 dan S2 di bidang hukum Islam di Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Kalijaga Yogyakarta. Dengan beasiswa dari Australian Development Scholarship (ADS) menyelesaikan program LL.M. di the University of Melbourne, Australia pada tahun 2006. Saat ini sedang menempuh program Doktor di Fakultas Hukum University of Washington, Seattle dengan sponsor dari *Fulbright*. Disamping mengajar di Jurusan Syariah, Sekolah Tinggi Agama Islam Negeri (STAIN) Samarinda, dia juga pernah menjadi peneliti di *Asian Law Center (ALC)* dan *Center for Islamic Law and Society (CILS)* di Fakultas Hukum *the University of Melbourne*. Alfitri sudah menerbitkan hasil-hasil penelitiannya terkait dengan hukum Islam dan praktek kontemporer di negara Muslim, HAM, philantropi dan hukum nirlaba di sejumlah refereed jurnal internasional seperti: *Journal of Law and Religion*; *Asian Journal of International Law*; *Asian Journal of Comparative Law* dan *International Journal of Not-for-Profit Law*.

Victor Imanuel Williamson Nalle, lahir Kendari/4 April 1986. Pendidikan: Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang (2004 – 2009). Magister Ilmu Hukum Universitas Airlangga Surabaya (2011 – sekarang). Pengalaman; Ketua Cabang GMKI Malang (2006 – 2008). Koordinator Divisi Pendidikan dan Jaringan KIPP Kota Malang (2009 – 2010). Koordinator Lingkar Diskusi Forum Pelangi (2010). Koordinator Rush in Social Economics Study Group/Rustig (2010 – sekarang). Alamat; Bukit Cemara Tidar E2/1, Kelurahan Karangbesuki, Kecamatan Sukun, Kota Malang. 081 233 205 193 / 0888 318 1424, Email:vicnalle@yahoo.com. Publikasi: *Menggagas Hukum Berbasis Rasionalitas Komunikatif* (2011, UB Press)

Kukuh Fadli Prasetyo, lahir Bondowoso, 24 Oktober 1988, Menempuh pendidikan di Fakultas Hukum Universitas dan Fakultas Ekonomi Universitas Jember 2011. Saat ini sedang menempuh Program Studi Ilmu Hukum (S2) Universitas Indonesia. Aktif dalam Pergerakan Mahasiswa Islam Indonesia (PMII) Rayon Fakultas Hukum Universitas Jember (2007-2011).

Sulardi, lahir di Magelang, 12 Juli 1964. Adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Malang. Alumni Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret (UNS), Surakarta, Lulus tahun 1989, Pascasarjana UGM Yogyakarta, lulus tahun 1997, lulus Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang 2011. Menulis artikel opini di berbagai media massa nasional maupun regional.

Bisariyadi, Anna Triningsih, Meyrinda Rahmawaty H, Alia Harumdani W adalah Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta, E-mail: puslitka@mahkamahkonstitusi.go.id

Titon Slamet Kurnia, lahir di Tuban, 29 November 1978. Lulus Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana (Satya Wacana) dan Magister Hukum dari Universitas Airlangga (Surabaya). Menjadi staf pengajar Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana sejak tahun 2006. Publikasi: (1) Reparasi (Reparation) terhadap Korban Pelanggaran HAM di Indonesia (PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005); (2) Hak atas Derajat Kesehatan Optimal sebagai HAM di Indonesia (PT. Alumni, Bandung, 2007); (3) Pengantar Sistem Hukum Indonesia (PT. Alumni, Bandung, 2009); (4) Perlindungan Hukum terhadap Merek Terkenal di Indonesia Pasca Perjanjian TRIPs (PT. Alumni, Bandung, 2011). Penulis merupakan pengampu mata kuliah: Hukum Tata Negara, HAM dan Penemuan Hukum.

Elwi Danil, Lahir di Ombilin, Simawang, 25 Juni 1960. Meraih gelar Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Andalas Padang pada 1985. Kemudian memperoleh gelar Magister Hukum dari Universitas Indonesia, Jakarta, 1991. Gelar Doktor Ilmu Hukum diraih setelah menamatkan pendidikan doktoral di Universitas Indonesia Jakarta, 2001. Saat ini menjadi Guru Besar Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Andalas Padang.

PEDOMAN PENULISAN

JURNAL KONSTITUSI

MAHKAMAH 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 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.

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*).
 - Sistematika pembaban artikel **Hasil Penelitian** mencakup: Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci, Pendahuluan (berisi latar belakang masalah, permasalahan, dan metode penelitian), Pembahasan (berisi hasil penelitian, analisis dan sub-sub bahasan), Kesimpulan (berisi simpulan dan saran), dan Daftar Pustaka.
 - Sedang sistematika pembaban artikel **Kajian Konseptual** mencakup: Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci, Pendahuluan, Pembahasan (analisis dan sub-sub bahasan), Kesimpulan (berisi simpulan dan saran), dan Daftar Pustaka.

4. 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.
5. 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.
6. Kata kunci (*key word*) yang dipilih harus mencerminkan konsep yang dikandung artikel terkait sejumlah 3-5 istilah (*horos*).
7. 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 (Memuatnya 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.

Muh. Guntur Hamzah, "Mahkamah Konstitusi dan Rezim Hukum Pilkada", *Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa*, Volume 13, Nomor 2, Mei 2005, h. 65.

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, diunduh 28 Juli 2010.

Muchamad Ali Safa'at, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html, diunduh 27 Desember 2007.

8. 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, diunduh 28 July.

Dacey, 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, diunduh 27 Desember.

Muh. Guntur Hamzah, 2005, "Mahkamah Konstitusi dan Rezim Hukum Pilkada", *Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa*, volume 13, nomor 2, Mei, h. 60 - 72.

Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlemerter 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.

9. Naskah dalam bentuk file document (.doc) dikirim via email ke alamat email redaksi: jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id atau 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

Email: jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id atau puslitka_mk@yahoo.com

10. 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.



LEMBAGA
ILMU PENGETAHUAN
INDONESIA



Panitia
Penilai
Majalah
Ilmiah



SERTIFIKAT

Nomor: 412/AU/P2MI-LIPI/04/2012

Akreditasi Majalah Ilmiah

Kutipan Keputusan Kepala Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia
Nomor 395/D/2012 Tanggal 24 April 2012

Nama Majalah : Jurnal Konstitusi
ISSN : 1829-7706
Penerbit : Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan,
Mahkamah Konstitusi

Ditetapkan sebagai Majalah Ilmiah

TERAKREDITASI

Akreditasi sebagaimana tersebut di atas berlaku selama 3 (tiga) tahun

Cibinong, 24 April 2012
Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia
Ketua Panitia Penilai Majalah Ilmiah-LIPI

Prof. Dr. Rochadi,
NIP 195007281978031001

Visi Mahkamah Konstitusi

Tegaknya konstitusi dalam rangka mewujudkan cita negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat.

MAHKAMAH KONSTITUSI LEMBAGA NEGARA PENGAWAL KONSTITUSI

Misi Mahkamah Konstitusi

- Mewujudkan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang modern dan terpercaya.
- Membangun konstitusionalitas Indonesia dan budaya sadar berkonstitusi