



JURNAL KONSTITUSI

Volume 13 Nomor 4, Desember 2016

- Inkonstitusionalitas Pasal 19 Perma Nomor 2 Tahun 2016 dan Implikasinya terhadap Akses Keadilan Warga Negara
Yogi Zul Fadhli
- Penguatan Dewan Etik dalam Menjaga Keluhuran Martabat Hakim Konstitusi
Wiryanto
- Penerapan Pasal 1 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dalam Perspektif Kontemporer
Damian Agata Yuvens
- Perlindungan terhadap Lingkungan dalam Perspektif Konstitusi
Pan Mohamad Faiz
- Hak Kebebasan Berserikat bagi Pekerja Sebagai Hak Konstitusional
Abdul Rachmad Budiono
- Urgensi Pengaturan Kewarganegaraan Ganda bagi Diaspora Indonesia
May Lim Charity
- Ekstensifikasi *Subjectum Litis* dalam Perselisihan Pemilu Legislatif dan Pemilihan Kepala Daerah
Oly Viana Agustine
- Daerah sebagai Pihak dalam Kontrak Penanaman Modal Internasional (Studi Kasus Provinsi Aceh)
Sanusi Bintang
- Implikasi Pergeseran Sistem Politik terhadap Hukum dan Birokrasi di Indonesia
Suryo Gilang Romadlon
- Mengurai Kerangka Legislasi Sebagai Instrumen Perwujudan Hak Asasi Manusia
Nurrahman Aji Utomo

JK	Vol. 13	Nomor 4	Halaman 700 - 910	Jakarta Desember 2016	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN 2548-1657
----	---------	---------	----------------------	--------------------------	--------------------------------------

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

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



MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

JURNAL KONSTITUSI

Vol. 13 No. 4	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN: 2548-1657	Desember 2016
Terakreditasi LIPI Nomor: 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015		
Terakreditasi DIKTI Nomor: 040/P/2014		

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

Susunan Redaksi
(Board of Editors)

- Pengarah**
(Advisers) : Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S.
Dr. Anwar Usman, S.H., M.H.
Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H.
Dr. Patrialis Akbar, S.H., M.H.
Dr. H. Wahiduddin Adams, S.H., MA.
Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.Si. DFM.
Dr. I Dewa Gede Palguna, S.H., M. Hum
Dr. Suhartoyo, S. H., M. H.
Dr. Manahan M. P. Sitompul, S.H., M. Hum
- Penanggungjawab**
(Officially Incharge) : M. Guntur Hamzah
- Pemimpin Redaksi**
(Chief Editor) : Ir. Noor Sidharta, M.H., MBA.
- Redaktur Pelaksana**
(Managing Editors) : Wiryanto, S.H., M.Hum.
Irfan Nur Rachman, S.H., M.H.
Anna Triningsih, S.H., M.Hum
Mohammad Mahrus Ali, S.H., M.H.
Nuzul Quraini Mardiyah, S.H., M.H.
Intan Permata Putri, S.H.
- Sekretaris**
(Secretariat) : Udi Hartadi, S.E.
Rumondang Hasibuan, S.Sos.
- Tata Letak & Sampul** : Nur Budiman
(Layout & cover)

Alamat (Address)
Redaksi Jurnal Konstitusi

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

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

Jurnal ini dapat diunduh di menu publikasi-jurnal pada laman www.mahkamahkonstitusi.go.id atau kunjungi OJS Jurnal Konstitusi di: <http://ejournal.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php/jk/index>

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



JURNAL KONSTITUSI

Volume 13 Nomor 4, Desember 2016

DAFTAR ISI

Pengantar Redaksi	iii - vi
Inkonstitusionalitas Pasal 19 Perma Nomor 2 Tahun 2016 dan Implikasinya terhadap Akses Keadilan Warga Negara	
Yogi Zul Fadhli	700-719
Penguatan Dewan Etik dalam Menjaga Keluhuran Martabat Hakim Konstitusi	
Wiryanto	720-742
Penerapan Pasal 1 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dalam Perspektif Kontemporer	
Damian Agata Yuvens	743-765
Perlindungan terhadap Lingkungan dalam Perspektif Konstitusi	
Pan Mohamad Faiz	766-787
Hak Kebebasan Berserikat bagi Pekerja Sebagai Hak Konstitusional	
Abdul Rachmad Budiono	788-808
Urgensi Pengaturan Kewarganegaraan Ganda bagi Diaspora Indonesia	
May Lim Charity	809-827

Ekstensifikasi <i>Subjectum Litis</i> dalam Perselisihan Pemilu Legislatif dan Pemilihan Kepala Daerah	
Oly Viana Agustine	828-848
Daerah sebagai Pihak dalam Kontrak Penanaman Modal Internasional (Studi Kasus Provinsi Aceh)	
Sanusi Bintang	849-867
Implikasi Pergeseran Sistem Politik terhadap Hukum dan Birokrasi di Indonesia	
Suryo Gilang Romadlon	868-885
Mengurai Kerangka Legislasi Sebagai Instrumen Perwujudan Hak Asasi Manusia	
Nurrahman Aji Utomo	886-910

Biodata

Pedoman Penulisan

Dari Redaksi



Menutup tahun 2016, Jurnal Konstitusi mengetengahkan bahasan-bahasan mengenai kajian-kajian hukum konstitusi dan isu-isu ketatanegaraan kontemporer. Jurnal Konstitusi berikhtiar menyajikan naskah-naskah yang selaras dan senafas dengan visi Jurnal Konstitusi.

Sebagai pembuka, bahasan pertama dibuka oleh Yogi Zul Fadhli yang membahas inkonstitusionalitas Pasal 19 Perma Nomor 2 Tahun 2016 dan implikasinya terhadap akses keadilan warga negara. Yogi menjelaskan upaya hukum luar biasa peninjauan kembali adalah upaya hukum yang secara konstitusional telah diatur dalam undang-undang. Namun dalam sengketa penetapan lokasi pembangunan untuk kepentingan umum pada peradilan tata usaha negara, peninjauan kembali ditiadakan melalui Pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016. Pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016 inkonstitusional karena secara teoritik bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan materi muatannya berbelok dari asas kesesuaian antara jenis, hierarki dan materi muatan.

Naskah berikutnya mengenai penguatan Dewan Etik dalam menjaga keluhuran martabat Hakim Konstitusi yang ditulis oleh Wiryanto. Dijelaskan bahwa lahirnya Dewan Etik Hakim Konstitusi tidak dapat dilepaskan dari upaya menegakkan kode etik dan menjaga keluhuran martabat hakim konstitusi. Penyalahgunaan wewenang di lembaga peradilan telah menyebabkan rusaknya sistem hukum dan tidak terpenuhinya rasa keadilan. Mafia peradilan telah menghancurkan sendi-sendi kewibawaan lembaga peradilan dan meruntuhkan kehormatan dan keluhuran martabat hakim, oleh karena itu diperlukan adanya langkah-langkah konkrit untuk mengembalikan kewibawaan lembaga peradilan

dan menjaga dan menegakkan kehormatan hakim sebagai pilar utama lembaga peradilan dalam menegakkan hukum dan keadilan.

Kajian ketiga ditulis Damian Agata Yuvens perihal penerapan Pasal 1 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dalam perspektif kontemporer, diuraikan bahwa Pasal 1 ayat (2) KUHP merupakan pasal yang didesain sebagai jembatan antara aturan pidana yang lama dan yang baru. Mengingat “usia” Pasal 1 ayat (2) KUHP yang sudah begitu tua, maka perlu ada telaah dalam perspektif kontemporer untuk memastikan bisa tidaknya Pasal 1 ayat (2) KUHP diterapkan dalam keadaan hukum Indonesia saat ini. Selain ketiga unsur dari Pasal 1 ayat (2) KUHP, perlu pula untuk selalu memperhitungkan ketentuan peralihan dari undang-undang yang diubah guna bisa menentukan apakah Pasal 1 ayat (2) KUHP bisa diterapkan atau tidak.

Pembahasan berikutnya mengenai perlindungan terhadap lingkungan dalam perspektif konstitusi yang dibahas oleh Pan Mohamad Faiz menjelaskan bahwa saat ini terdapat kecenderungan di berbagai negara yang ingin melindungi lingkungan dengan memasukkan prinsip-prinsip umum lingkungan hidup ke dalam konstitusi suatu negara ataupun konstitusi regional. Artikel ini bertujuan untuk mengkaji sejauhmana perlindungan terhadap lingkungan dapat diberikan melalui pengadopsian norma-norma konstitusi tersebut. Kajian dilakukan menggunakan metodologi kualitatif dengan pendekatan normatif dan studi kepustakaan yang bersumber dari putusan-putusan pengadilan, peraturan perundang-undangan, buku, dan artikel jurnal ilmiah. Kajian ini menyimpulkan bahwa UUD 1945 telah memuat norma konstitusi dalam upaya perlindungan terhadap lingkungan.

Dari analisa mengenai perlindungan lingkungan kita beralih pada persoalan mengenai kewarganegaraan, May Lim Charity memotret mengenai urgensi pengaturan kewarganegaraan ganda bagi diaspora Indonesia. Dijelaskan bahwa perlunya pengaturan kewarganegaraan ganda kian mengemuka dan menjadi isu yang terus diperjuangkan para diaspora Indonesia di berbagai negara di belahan dunia. Dwi kewarganegaraan memang menjadi hal yang diimpikan para diaspora Indonesia di berbagai negara mengingat banyaknya WNI diaspora dengan kewarganegaraan tunggal kerap mengalami pelbagai kendala dan keterbatasan. Politik hukum kewarganegaraan Indonesia saat ini memang menganut prinsip berkewarganegaraan tunggal (*single nationality*).

Pembahasan berikutnya mengenai penafsiran ekstensif terhadap *subjectum litis* dalam Perselisihan Pemilu Legislatif dan Pemilihan Kepala Daerah yang ditulis oleh Oly Viana Agustine, dijelaskan bahwa *subjectum litis* dalam Perselisihan Pemilu Legislatif dan Pemilihan Kepala Daerah di Indonesia telah ditentukan secara limitatif dalam perundang-undangan maupun Peraturan Mahkamah Konstitusi. Namun seiring dengan perkembangan pelaksanaan pemilu, terdapat perluasan dan penyempitan *subjectum litis*. Dalam perselisihan pemilu Kepala Daerah yang pada umumnya sebagai *subjectum litis* adalah pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur, Bupati dan Wakil Bupati serta

Walikota dan Wakil Walikota. Pada tahun 2010, perluasan *subjectum litis* dikarenakan MK melakukan tafsir ekstensif yang disebabkan oleh adanya pelanggaran serius terhadap hak untuk dipilih (*rights to be candidate*). Saran bagi pembuat undang-undang agar lebih teliti merumuskan norma dengan melihat kondisi masyarakat yang ada sehingga mampu memberikan keadilan dan kepastian hukum baik bagi pasangan calon maupun masyarakat.

Pembahasan selanjutnya mengenai kapaistas daerah Daerah sebagai Pihak dalam Kontrak Penanaman Modal Internasional (Studi Kasus Provinsi Aceh) yang disusun oleh Sanusi Bintang, dijelaskan bahwa kepastian hukum merupakan faktor penting dalam pengembangan penanaman modal internasional di daerah. Akan tetapi, hal tersebut belum sepenuhnya terwujud, antara lain, karena masih adanya ketidakjelasan dan inkonsistensi pengaturan tentang kapasitas daerah sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional di Indonesia. Kapasitas daerah tersebut dapat dinilai berdasarkan kriteria definisi kontrak internasional yang berbeda dengan traktat, teori badan hukum tentang subjek, dan objek tentang urusan pemerintahan daerah. Atas dasar itu disimpulkan bahwa daerah, dalam hal ini Provinsi Aceh, memiliki kapasitas untuk itu, karenanya ketentuan yang belum konsisten perlu disesuaikan.

Pada dua tulisan terakhir, Suryo Gilang Romadlon memaparkan tentang implikasi pergeseran sistem politik terhadap hukum dan birokrasi di Indonesia, dijelaskan bahwa Pasca reformasi, koalisi merupakan langkah efektif dalam menghimpun kekuatan yang bermuara pada perolehan kekuasaan. Frasa “gabungan partai politik” dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 adalah indikator yuridis bahwa koalisi cara yang efektif, sah dan konstitusional. Seluruh rangkaian historis mengenai koalisi partai politik di Indonesia maka dapat disimpulkan bahwa koalisi yang dibangun di Indonesia adalah koalisi berbasis kepentingan, bukan ideologi. Hal demikian semakin menunjukkan apa yang menjadi dasar koalisi partai politik di Indonesia. Bagaimana sesungguhnya sistem politik di Indonesia dapat mempengaruhi hubungan birokratis antara pusat dan daerah.

Sebagai penutup, Nurrahman Aji Utomo mengulas soal kerangka legislasi sebagai instrumen perwujudan hak asasi manusia. Kajian ini berupaya untuk mencermati fungsi pembentukan Undang-Undang (legislasi) sebagai rahim lahirnya instrumen perwujudan hak asasi manusia. Konsentrasi pada periode program legislasi nasional 2010-2014, untuk mengetahui keterjaminan dan keberlakuan nilai, prinsip hak asasi manusia dalam Undang-Undang yang lahir dalam periode tersebut. Kajian dilakukan dengan membenturkan proses pembentukan Undang-Undang, pelembagaan dan Undang-Undang yang dilahirkan dengan tanggung jawab negara terhadap hak asasi manusia. Metode dan pendekatan yang digunakan dalam kajian berada pada jenis kajian normatif atau doktrinal yang bertujuan memberikan penjelasan sistematis dari peraturan, kemudian menganalisis hubungan antara legislasi dan perwujudan hak asasi manusia sebagai tanggung jawab negara.

Redaksi berharap semoga substansi jurnal dapat memperluas khazanah keilmuan dan memberikan pencerahan mengenai dialektika hukum konstitusi dan ketatanegaraan. Di samping itu, Mahkamah Konstitusi melalui Jurnal Konstitusi dapat meningkatkan kesadaran warga negara akan hak-hak konstitusional yang dijamin oleh konstitusi menuju terwujudnya negara hukum demokratis konstitusional.

Redaksi Jurnal Konstitusi

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

Yogi Zul Fadhli

Inkonstitusionalitas Pasal 19 Perma Nomor 2 Tahun 2016 dan Implikasinya terhadap Akses Keadilan Warga Negara

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 700-719

Upaya hukum luar biasa peninjauan kembali adalah upaya hukum yang secara konstitusional telah diatur dalam undang-undang. Namun dalam sengketa penetapan lokasi pembangunan untuk kepentingan umum pada peradilan tata usaha negara, peninjauan kembali ditiadakan melalui Pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016. Pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016 inkonstitusional karena secara teoritik bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan materi muatannya berbelok dari asas kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan. Implikasinya muncul potensi pelanggaran hak asasi manusia (hak atas keadilan), terutama bagi masyarakat yang jadi korban perampasan tanah untuk pembangunan kepentingan umum dan terjadi kekacauan dalam sistem beracara di lingkungan peradilan tata usaha negara.

Kata Kunci: Peninjauan Kembali, Konstitusionalitas, Hak Atas Keadilan

Yogi Zul Fadhli

The Inconstitutionality of Article 19 Perma Number 2/2016 and Its Implications for Citizens Access to Justice

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

Judicial review as an extraordinary legal effort has constitutionally regulated by Indonesian law. However, in the administrative court, related with the dispute of location determination for the public interest, judicial review is dispensed by the Article 19 of Supreme Court Regulation No. 2 of 2016. Those article is unconstitutional because theoretically contrary with the Constitution of Indonesia and disharmonious in the types, hierarchy and substantive of the proportionality principle. Thus, human rights violation is rising especially for the people that being victims of land grabbing of development project for the public interest and disorganize of the system procedures in administrative court.

Keywords: *Judicial review, Constitutionality, Right to Justice*

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

Wiryanto

Penguatan Dewan Etik dalam Menjaga Keluhuran Martabat Hakim Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 720-742

Lahirnya Dewan Etik Hakim Konstitusi tidak dapat dilepaskan dari upaya menegakkan kode etik dan menjaga keluhuran martabat hakim konstitusi. Penyalahgunaan wewenang di lembaga peradilan telah menyebabkan rusaknya sistem hukum dan tidak terpenuhinya rasa keadilan. Mafia peradilan telah menghancurkan sendi-sendi kewibawaan lembaga peradilan dan meruntuhkan kehormatan dan keluhuran martabat hakim, oleh karena itu diperlukan adanya langkah-langkah konkrit untuk mengembalikan kewibawaan lembaga peradilan dan menjaga dan menegakkan kehormatan hakim sebagai pilar utama lembaga peradilan dalam menegakkan hukum dan keadilan. Salah satu langkah konkrit tersebut adalah perlunya penguatan terhadap sistem pengawasan etik terhadap hakim konstitusi, yang hasilnya akan memberikan masukan kepada Mahkamah Konstitusi, apakah sistem pengawasan etik terhadap hakim konstitusi yang berjalan selama ini telah mampu menjaga kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim konstitusi, dan apakah sistem tersebut telah memberikan kepastian hukum dalam penegakkannya terhadap adanya pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi. Penguatan peran dewan etik hakim konstitusi sebagai penjaga marwah hakim konstitusi dapat terus ditingkatkan dengan membuka akses pengaduan dari masyarakat terhadap dugaan-dugaan pelanggaran etik yang dilakukan oleh hakim konstitusi.

Kata Kunci: Dewan Etik, Martabat, Hakim Konstitusi

Wiryanto

The Strengthening of The Board of Ethics in Maintaining The Constitutional Judges Dignity

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

The Birth of the Board of Ethics of the Constitutional Judges cannot be separated from the effort to uphold a code of ethics and maintain of the dignity of the constitutional judges. Abuse of authority in the judiciary has led to the destruction of the legal system and the non-fulfillment of a sense of justice. Judicial mafias has destroyed the foundation of the authority of the judiciary and undermine the honor and dignity of judges, therefore it is necessary to take concrete measures to restore the authority of the judiciary and maintaining the honor of judges as the main pillars of the judiciary in enforcing law and justice. One concrete step is the need for strengthening the supervisory system of ethics against constitutional judges, the results of which will provide input to the Constitutional Court, whether the monitoring system of ethics against constitutional judges applied so far has been able to maintain the honor, dignity, and constitutional justices, and whether the system has provided legal certainty in its enforcement against violations of the Code of Ethics and Conduct of Constitutional Judges. Strengthening the role of the board of ethics of constitutional judges as guardians of constitutional judges dignity can be constantly improved by opening access to complaints from the public against allegations of ethical violations committed by constitutional judges.

Keywords: *The Board of Ethics, Dignity, The Constitutional Judges*

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

Damian Agata Yuvens

Penerapan Pasal 1 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dalam Perspektif Kontemporer

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 743-765

Pasal 1 ayat (2) KUHP merupakan pasal yang didesain sebagai jembatan antara aturan pidana yang lama dan yang baru. Mengingat “usia” Pasal 1 ayat (2) KUHP yang sudah begitu tua, maka perlu ada telaah dalam perspektif kontemporer untuk memastikan bisa tidaknya Pasal 1 ayat (2) KUHP diterapkan dalam keadaan hukum Indonesia saat ini. Dalam menerapkan Pasal 1 ayat (2) KUHP, unsur yang harus diperhatikan adalah: (i) terdakwa; (ii) perubahan perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan; dan (iii) ketentuan yang paling menguntungkan. Perlu ada penyesuaian terhadap metode memaknai unsur terdakwa dan perubahan perundang-undangan; di sisi lain, perlu ada telaah kasuistis untuk bisa menjawab unsur ketentuan yang paling menguntungkan. Selain ketiga unsur dari Pasal 1 ayat (2) KUHP, perlu pula untuk selalu memperhitungkan ketentuan peralihan dari undang-undang yang diubah guna bisa menentukan apakah Pasal 1 ayat (2) KUHP bisa diterapkan atau tidak.

Kata Kunci: Pasal 1 ayat (2) KUHP, Penerapan, Kontemporer

Damian Agata Yuvens

Implementation of Article 1 Paragraph (2) of Indonesian Criminal Code in Contemporary Perspective

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code is an article designed as bridge between the old and new criminal provisions. Recalling the “age” of Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code that is so old, there is an urgency to conduct analysis in contemporary perspective whether or not Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code can be implemented under the current law regime in Indonesia. In implementing Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code, elements that shall be regarded are: (i) defendant; (ii) change of laws and regulations after the crime is committed; (iii) most favourable provision. There should be an adjustment on the method of interpreting both elements of defendant and change of law and regulations; on the other hand, there must be a case-by-case study to answer the element of most favourable provision. Aside from elements of Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code, there should also be a consideration on transitional provisions of the changed law to determine whether or not Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code could be implemented.

Keywords: *Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code, Implementation, Contemporary*

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

Pan Mohamad Faiz

Perlindungan terhadap Lingkungan dalam Perspektif Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 766-787

Saat ini terdapat kecenderungan di berbagai negara yang ingin melindungi lingkungan dengan memasukkan prinsip-prinsip umum lingkungan hidup ke dalam konstitusi suatu negara ataupun konstitusi regional. Artikel ini bertujuan untuk mengkaji sejauhmana perlindungan terhadap lingkungan dapat diberikan melalui pengadopsian norma-norma konstitusi tersebut. Kajian dilakukan menggunakan metodologi kualitatif dengan pendekatan normatif dan studi kepustakaan yang bersumber dari putusan-putusan pengadilan, peraturan perundang-undangan, buku, dan artikel jurnal ilmiah. Kajian ini menyimpulkan bahwa UUD 1945 telah memuat norma konstitusi dalam upaya perlindungan terhadap lingkungan. Akan tetapi, norma-norma konstitusi tersebut masih diposisikan sebagai faktor subsidair atau pendukung dalam pemenuhan hak asasi manusia dan perekonomian nasional. Untuk memperkuat perlindungan terhadap lingkungan di dalam UUD 1945 maka diperlukan perumusan ulang norma-norma konstitusi yang menempatkan lingkungan hidup lebih sebagai nilai-nilai dasar dalam penyelenggaraan negara dan kegiatan perekonomian nasional.

Kata Kunci: Ekokrasi, Konstitusi Hijau, Mahkamah Konstitusi.

Pan Mohamad Faiz

Environmental Protection in Constitutional Perspective

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

Nowadays there is a tendency in many countries to protect the environment by incorporating general principles of environment into a state or a regional constitution. This article aims to examine the extent to which environmental protection can be provided through the adoption of those constitutional norms. This study was conducted using a qualitative methodology with a normative approach and library research derived from court decisions, law and regulations, books and journal articles. It concludes that the Indonesian Constitution contains constitutional norms for the environmental protection. However, these constitutional norms are still positioned as a subsidiary or supporting factor in the fulfillment of human rights and the national economy. In order to strengthen the environmental protection by the Indonesian Constitution, it requires a reformulation of related constitutional norms by positioning the environment more as the basic values in the state administration and national economic activities.

Keywords: *Ecocracy, Green Constitution, Constitutional Court.*

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

Abdul Rachmad Budiono

Hak Kebebasan Berserikat Bagi Pekerja Sebagai Hak Konstitusional

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 788-808

Pasal 28E ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menjamin hak setiap orang atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat. Dengan demikian hak pekerja atau buruh untuk bebas berserikat dijamin oleh konstitusi. Asas yang ada di dalam konstitusi tersebut diwujudkan ke dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh. Substansi hak untuk bebas berserikat bertujuan agar pekerja yang diwakili oleh serikat pekerja mempunyai posisi tawar terhadap pengusaha. Posisi tawar serikat pekerja diharapkan bisa meningkatkan fungsi serikat pekerja dalam memperjuangkan kepentingan pekerja.

Kata Kunci: Hak Berserikat, Serikat Pekerja.

Abdul Rachmad Budiono

The Right to Freedom of Association for Labour as a Constitutional Right

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

Article 28E paragraph (3) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia guarantees the right of everyone to freedom of association, assembly, and to express opinions. Thus, the right of workers or labours to freedom of association is guaranteed by the Constitution. The principle which is embedded in the 1945 Constitution has been incorporated into Law Number 21 Year 2000 concerning Labour Union. The substance of the rights to freedom of association aims to give bargaining power to workers represented by the union against employers. The bargaining position of labour unions is expected to improve the functioning of the unions to defend the interest of workers.

Keywords: *The Right to Freedom of Association, Trade Union.*

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

May Lim Charity

Urgensi Pengaturan Kewarganegaraan Ganda Bagi Diaspora Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 809-827

Perlunya pengaturan kewarganegaraan ganda kian mengemuka dan menjadi isu yang terus diperjuangkan para diaspora Indonesia di berbagai negara di belahan dunia. Dwi kewarganegaraan memang menjadi hal yang diimpikan para diaspora Indonesia di berbagai negara mengingat banyaknya WNI diaspora dengan kewarganegaraan tunggal kerap mengalami pelbagai kendala dan keterbatasan. Politik hukum kewarganegaraan Indonesia saat ini memang menganut prinsip berkewarganegaraan tunggal (*single nationality*). Prinsip ini bahkan telah dianut sejak Proklamasi 17 Agustus Tahun 1945 dengan diterbitkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1946 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, yang kemudian diganti dengan UU Nomor 62 Tahun 1958 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia dan terakhir di perbaharui dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia dan PP Nomor 2 Tahun 2007 tentang Tata Cara Memperoleh, Kehilangan, Pembatalan, dan Memperoleh Kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia. Saat ini, munculnya tuntutan untuk diterapkannya kewarganegaraan ganda tidak terbatas memang menjadi pertimbangan bagi Pemerintah dan DPR RI untuk melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006. Hal ini di samping menjadi tuntutan kaum diaspora untuk diterapkannya kewarganegaraan ganda tidak terbatas (*dual nationality*), juga karena alasan realitas perkembangan era globalisasi dewasa ini. Penerapan dual nationality/ dual citizenship bagi diaspora Indonesia merupakan sebuah keniscayaan. Hal tersebut di samping didasarkan pada realitas laju perkembangan global juga didasarkan pada semangat konstitusi bahwa melindungi segenap tumpah darah Indonesia, termasuk di dalamnya warga negara Indonesia yang berada di luar negeri.

Kata Kunci: Kewarganegaraan Ganda, Diaspora

May Lim Charity

The Urgency of The Dual Citizenship Regulation for The Indonesian Diaspora

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

The need for dual citizenship regulation seems increasingly prominent and becomes an issue that continues to be striven by the Indonesian Diasporas in various countries around the globe. Dual citizenship has become the dream of the Indonesian Diasporas in various countries since many Indonesian citizen Diasporas with a single citizenship often encounter various obstacles and limitations. The Indonesian citizenship law is today based on the principle of single citizenship. This principle has been even adhered since the proclamation of August 17 1945, under the enactment of Law Number 3 of 1946 on Citizenship of the Republic of Indonesia, which was later replaced by Law Number 62 of 1958 on Citizenship of the Republic of Indonesia and amended by Act Number 12 of 2006 on Citizenship of the Republic of Indonesia and the Government Regulation Number 2 of 2007 on Procedures for acquisition, loss, deprivation, and reacquisition of Citizenship of the Republic of Indonesia. Nowadays, the demands for the implementation of unlimited dual citizenship are under the considerations for the Government and the House of Representatives of the Republic of Indonesia to amend Act Number 12 of 2006. It is not only for the demands of the Indonesia diaspora to the implementation of unlimited dual citizenship, but it is also for the reality of the development of globalization today. The implementation of dual citizenship for Indonesian diaspora is a necessity. In addition, it is based on the reality of globalization and the spirit of the constitution that protects all the entire homeland of Indonesia, including Indonesian citizens residing abroad.

Keywords: *Dual Citizenship, Diaspora*

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

Oly Viana Augustine

Ekstensifikasi *Subjectum Litis* dalam Perselisihan Pemilu Legislatif dan Pemilihan Kepala Daerah

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 828-848

Subjectum litis dalam Perselisihan Pemilu Legislatif dan Pemilihan Kepala Daerah di Indonesia telah ditentukan secara limitatif dalam perundang-undangan maupun Peraturan Mahkamah Konstitusi. Namun seiring dengan perkembangan pelaksanaan pemilu, terdapat perluasan dan penyempitan *subjectum litis*. Tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengetahui adanya berbagai faktor penyebab fleksibilitas *subjectum litis* dalam perselisihan pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah. Selain itu, belum ada penelitian yang mengkaji terkait dengan faktor penyebab fleksibilitas *subjectum litis* dalam pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah dengan menggunakan metode kualitatif dengan pendekatan yuridis normatif dengan mengumpulkan data dan informasi perselisihan pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah di dalam literatur. Hasil yang diperoleh dalam penelitian ini adalah bahwa pergeseran dalam Pemilu legislatif diperluas tidak hanya partai politik dan perseorangan DPD saja yang dapat menjadi *subjectum litis* tetapi juga mereka perseorangan calon dari partai politik dapat menjadi *subjectum litis* dalam perselisihan pemilu legislatif. Faktor yang menyebabkannya adalah pilihan sistem pemilu yang digunakan pada tahun 2014. Sedangkan dalam perselisihan pemilu Kepala Daerah yang pada umumnya sebagai *subjectum litis* adalah pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur, Bupati dan Wakil Bupati serta Walikota dan Wakil Walikota. Namun dalam perkembangannya, terjadi penyempitan dengan hanya pasangan calon yang memenuhi ambang batas selisih perolehan suara saja yang dapat bertindak sebagai pemohon. Selain penyempitan, terdapat pula perluasan dimana Mahkamah mengakomodir Pemantau pemilihan dalam negeri yang terdaftar dan memperoleh akreditasi dari KPU/KIP dapat bertindak sebagai *subjectum litis* dan bakal pasangan calon sebagai pemohon dalam Pemilukada tahun 2010. Faktor yang menyebabkan adanya penyempitan dan perluasan dalam pemilu kepala daerah tahun 2015 adalah adanya kehendak pembuat undang-undang dan terbatasnya kewenangan Mahkamah serta terdapatnya calon tunggal yang tidak terprediksi oleh pembuat undang-undang dalam penyusunan undang-undang pemilu kepala daerah. Sedangkan pada tahun 2010, perluasan *subjectum litis* dikarenakan MK melakukan tafsir ekstensif yang disebabkan oleh adanya pelanggaran serius terhadap hak untuk dipilih (*rights to be candidate*). Saran bagi pembuat undang-undang agar lebih teliti merumuskan norma dengan melihat kondisi masyarakat yang ada sehingga mampu memberikan keadilan dan kepastian hukum baik bagi pasangan calon maupun masyarakat.

Kata Kunci: Ekstensifikasi, *Subjectum Litis*, Pemilu Legislatif, Pemilu Kepala Daerah, Mahkamah Konstitusi

Oly Viana Augustine

The Extensification of Subjectum Litis in Legislative and Regional Head Election Dispute

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

Subjectum litis in The Legislative and Regional Head Election Disputes in Indonesia has been determined in a limited manner in The legislation and The regulation of the Constitutional Court. However along with the election, there is expansion and constriction of subjectum litis. The purpose of this study was to investigate the determinant factors that cause flexibility of subjectum litis in legislative and regional head election dispute. In addition, no previous studies that examine factors associated with the causes flexibility of subjectum litis in the legislative and the regional headselection. The method used in this research is using qualitative methods with normative juridical approach by collecting data and information of the legislative and head regional election dispute advance in literature. The results obtained in this study that the shift in legislative elections expanded not only to political parties and individuals DPD that can be subjectum litis but also those of individual candidates of political parties can be subjectum litis in the legislative election disputes. The factor that caused it is the choice of electoral system is still used to 2014 electoral system. Meanwhile, the Regional Head election disputes in general as subjectum litis are that couple candidates for Governor and Vice Governor, Regent and Vice Regent and the Mayor and Deputy Mayor. But in its development, the narrowing of the only candidates who met the threshold difference of votes that can act as an applicant. Besides narrowing, there is also an extension where Consitutional court accommodate domestic election observers were registered and accredited by the KPU / KIP can act as subjectum litis and as the applicant would be candidates in the General Election of 2010. Factors that cause the narrowing and expansion in the elections of regional heads are the will of lawmakers and the limited authority of the Consitutional court as well as the presence of a single candidate who is not predictable by lawmakers in drafting electoral laws regional head. Whereas in 2010, the expansion of subjectum litis because the Court did extensive interpretation caused by serious violations of the right to be elected (rights to be a candidate). Suggestions for lawmakers to be more thoroughly formulate norms by looking at the existing state of society so it can bring justice and legal certainty both for the expectant couple and society.

Keywords: *Extensification, Subjectum Litis, Legislative Election, Regional Head Election, Constitutional Court*

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

Sanusi Bintang

Daerah sebagai Pihak dalam Kontrak Penanaman Modal Internasional (Studi Kasus Provinsi Aceh)

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 849-867

Kepastian hukum merupakan faktor penting dalam pengembangan penanaman modal internasional di daerah. Akan tetapi, hal tersebut belum sepenuhnya terwujud, antara lain, karena masih adanya ketidakjelasan dan inkonsistensi pengaturan tentang kapasitas daerah sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional di Indonesia. Kapasitas daerah tersebut dapat dinilai berdasarkan kriteria definisi kontrak internasional yang berbeda dengan traktat, teori badan hukum tentang subjek, dan objek tentang urusan pemerintahan daerah. Atas dasar itu disimpulkan bahwa daerah, dalam hal ini Provinsi Aceh, memiliki kapasitas untuk itu, karenanya ketentuan yang belum konsisten perlu disesuaikan.

Kata Kunci: Daerah, Kontrak Penanaman Modal Internasional, Provinsi Aceh.

Sanusi Bintang

Regions as Parties to International Investment Contracts (Case Study of Aceh Province)

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

Legal certainty is an important factor in developing international investment contracts in regional areas. However, it cannot be accomplished yet because of, among others, obscurity and inconsistency of laws regulating capacity to contracts for regional sub-divisions in Indonesia. The capacity to contract of the regional sub-divisions can be ascertained based on criteria of definition of the international contracts which is different from treaties, legal personality theory on the subject, and object concerning local government affairs. This article concludes that regional sub-divisions, such as Aceh Province, has capacity to be a party to international contracts, therefore, inconsistent laws should be adjusted.

Keywords: *Regions, International Investment Contracts, Aceh Province.*

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

Suryo Gilang Romadlon

Implikasi Pergeseran Sistem Politik terhadap Hukum dan Birokrasi di Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 4 hlm. 868-885

Pasca reformasi, koalisi merupakan langkah efektif dalam menghimpun kekuatan yang bermuara pada perolehan kekuasaan. Frasa "*gabungan partai politik*" dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 adalah indikator yuridis bahwa koalisi cara yang efektif, sah dan konstitusional. Seluruh rangkaian historis mengenai koalisi partai politik di Indonesia maka dapat disimpulkan bahwa koalisi yang dibangun di Indonesia adalah koalisi berbasis kepentingan, bukan ideologi. Koalisi hanya sekedar menjadi cara pemenuhan "*threshold*" belaka. Partai politik hanya berfikir bagaimana syarat "*gabungan partai politik*" terpenuhi ketika mengusung pasangan calon. Hal yang demikianlah sebenarnya yang menjadi permasalahan. Sistem koalisi di Indonesia berada pada titik paradoksal. Seperti pasca Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2014, pertentangan KMP dan KIH begitu terlihat kental dan seolah tidak ada titik temu, akan tetapi hal tersebut tidak terjadi di daerah-daerah. Pada 9 Desember 2015 sejumlah daerah melaksanakan Pilkada serentak, akan tetapi rivalitas antara KMP versus KIH tidak terjadi di level daerah. Berdasarkan data KPU dapat dicermati di beberapa daerah yang pasangan calonnya diusung dari gabungan partai KMP dan KIH di pusat. Hal demikian semakin menunjukkan apa yang menjadi dasar koalisi partai politik di Indonesia. Koalisi menjadi tidak linear dari pusat dan daerah dan secara otomatis pula muncul pertanyaan lantas dimana konsistensi perwujudan visi misi parpol dengan praktik yang demikian. Menjadi nyata bahwa "kepentingan" adalah faktor utama dari koalisi yang dibangun. Kemudian permasalahan kedua adalah sulitnya menemukan kesepahaman antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah. Penulis mengamati dan meneliti bagaimana sesungguhnya sistem politik di Indonesia dapat mempengaruhi hubungan birokratis antara pusat dan daerah.

Kata Kunci : Koalisi, Hubungan Birokratis, Pusat dan Daerah

Suryo Gilang Romadlon

Political System Shifting and its Implication to Legal and Bureaucratic System in Indonesia

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

Coalition can be the effective way to collect the power for struggle in the competitive politics. In Indonesia, after the reform era, the coalition system being the most popular system that granted by the constitution. Phrase "coalition of political parties" in the article number 6A point (2) UUD 1945 shows us that the coalition system is the constitutional and the fix way. From all the historical story about the coalition of political parties in Indonesia, we can make a conclusion that the coalition system wich is exist in Indonesia is just coalition made by interest, not ideology. Coalition only to reach the "threshold". Political parties only thinking about how to complete the mission to propose the candidate. Surely, That's all the problem. We can see that the coalition system in Indonesia just make some paradox. For example, in presidential election 2014, in one hand we can see the batle between "KMP" and "KIH", but in the other hand, we cand find a different situation in local politic competition. On 9 December 2015, The simultaneous regional election was completed held, and I saw that the battle between KMP and KIH wasn't happened in that moment. Based on the fact from KPU, we can find in some region, the inconsistence coalition was built by the political parties which is member of KMP join with member of KIH. That condition shows us that the coalition system in Indonesia is just based on interest. There is no linear/consistence coalition between central and local, so automatically we can find a question, "where is the platform, vision and mission of political party in Indonesia? And How about the impact to the bureaucratic system between central and local government?. Finally, The Author is trying to answer the questions in this paper.

Keywords : *Coalition, Bureaucratic Relation, Central and Local Government*

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

Nurrahman Aji Utomo

Mengurai Kerangka Legislasi sebagai Instrumen Perwujudan Hak Asasi Manusia

Jurnal Konstitusi Vol. 13 No. 3 hlm. 886-910

Kajian ini berupaya untuk mencermati fungsi pembentukan Undang-Undang (legislasi) sebagai rahim lahirnya instrumen perwujudan hak asasi manusia. Konsentrasi pada periode program legislasi nasional 2010-2014, untuk mengetahui keterjaminan dan keberlakuan nilai, prinsip hak asasi manusia dalam Undang-Undang yang lahir dalam periode tersebut. Kajian dilakukan dengan membenturkan proses pembentukan Undang-Undang, pelembagaan dan Undang-Undang yang dilahirkan dengan tanggung jawab negara terhadap hak asasi manusia. Metode dan pendekatan yang digunakan dalam kajian berada pada jenis kajian normatif atau doktrinal yang bertujuan memberikan penjelasan sistematis dari peraturan, kemudian menganalisis hubungan antara legislasi dan perwujudan hak asasi manusia sebagai tanggung jawab negara. Beberapa pendekatan yang digunakan antara lain pendekatan peraturan perundang-undangan, pendekatan konseptual dan pendekatan kasus. Relasi antara pembentukan Undang-Undang dengan perwujudan hak asasi manusia, berada pada tanggung jawab negara yang dapat terlihat dari politik hukum sebuah Undang-Undang. Pencermatan terhadap proses mengurai setiap tahapan yang berimbas terhadap kadar formal, selanjutnya analisis terhadap Undang-Undang yang mencakup isu hukum, pola pengaturan norma, model tanggung jawab negara dan pelembagaannya. Berlanjut dari itu, refleksi terhadap proses legislasi menemukan penerapan yang tidak tepat dalam pembatasan hak, konteks intervensi pemerintah dan penerapan hukum. Untuk mengurainya diperlukan pendekatan berbasis hak dalam kerangka pembentukan undang-undang.

Kata Kunci: Legislasi, Hak Asasi Manusia.

Nurrahman Aji Utomo

Unraveling Legislation Framework as an Instrument for Realization of Human Rights

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 13 No. 4

This study seeks to examine the performance of legislation (lawmaking function) as the realization of human rights instruments. Scrutiny on the program period 2010-2014 national legislation, to determine the validity of the assuredness and values, human rights principles in the Law that were born in that period. The study was conducted by banging the process of formation of the Law, institutionalization are born by the state's responsibility for human rights. The methods and approaches used in the study are in the type of normative or doctrinal study which aims to provide a systematic explanation of the rules, then analyzed the relationship between legislation and the realization of human rights as a state responsibility. Several approaches are used, among others, the statutory approach, the conceptual approach and the approach of the case. The relation between the lawmaking function with the realization of human rights, are in the state's responsibility to look out of the politics of law. To parse each stage process that impact on the formal level, further analysis of the Law to include legal issues, regulatory patterns, models of responsibility of the state and its institutionalization. Proceeding from it, reflect on the process of legislation discover improper application of the limitation of the right, the context of government intervention and the application of the law. Collapsed it required for rights-based approach within the framework of law making function.

Keywords: *Lawmaking Function, Human Rights*

Inkonstitusionalitas Pasal 19 Perma Nomor 2 Tahun 2016 dan Implikasinya terhadap Akses Keadilan Warga Negara

The Inconstitutionality of Article 19 Perma Number 2/2016 and Its Implications for Citizens Access to Justice

Yogi Zul Fadhli

Departemen Advokasi Lembaga Bantuan Hukum Yogyakarta
Jl. Ngeksigondo Nomor 5A Yogyakarta
E-mail: yogiejoel@gmail.com

Naskah diterima: 29/04/2016 revisi: 28/11/2016 disetujui: 30/11/2016

Abstrak

Upaya hukum luar biasa peninjauan kembali adalah upaya hukum yang secara konstitusional telah diatur dalam undang-undang. Namun dalam sengketa penetapan lokasi pembangunan untuk kepentingan umum pada peradilan tata usaha negara, peninjauan kembali ditiadakan melalui Pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016. Pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016 inkonstitusional karena secara teoritik bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan materi muatannya berbelok dari asas kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan. Implikasinya muncul potensi pelanggaran hak asasi manusia (hak atas keadilan), terutama bagi masyarakat yang jadi korban perampasan tanah untuk pembangunan kepentingan umum dan terjadi kekacauan dalam sistem beracara di lingkungan peradilan tata usaha negara.

Kata Kunci: Peninjauan Kembali, Konstitusionalitas, Hak Atas Keadilan

Abstract

Judicial review as an extraordinary legal effort has constitutionally regulated by Indonesian law. However, in the administrative court, related with the dispute of location determination for the public interest, judicial review is dispensed by the Article 19 of Supreme Court Regulation No. 2 of 2016. Those article is unconstitutional because theoretically contrary with the Constitution of Indonesia and disharmonious in the types, hierarchy and substantive of the proportionality

principle. Thus, human rights violation is rising especially for the people that being victims of land grabbing of development project for the public interest and disorganize of the system procedures in administrative court.

Keywords: *Judicial review, Constitutionality, Right to Justice*

PENDAHULUAN

Beberapa waktu yang lalu, 43 orang petani yang mewakili ratusan petani di Kecamatan Temon, Kabupaten Kulonprogo, Daerah Istimewa Yogyakarta, hendak mengajukan upaya hukum luar biasa Peninjauan Kembali (PK) terhadap putusan kasasi perkara Nomor: 07/G/2015/PTUN.YK jo Putusan PTUN nomor: 456K/TUN/2015 ke Mahkamah Agung (MA) melalui Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) Yogyakarta. Namun alih-alih permohonan PK diterima dan diteruskan ke MA, yang terjadi malahan PTUN Yogya tidak berkenan menindaklanjutinya. Alasannya, MA baru-baru ini atau tepatnya pada 2 Februari 2016, menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Penetapan Lokasi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum pada Peradilan Tata Usaha Negara. Materi muatan Pasal 19¹ Perma itulah yang jadi dasar PTUN Yogya menolak pendaftaran PK dari para petani.

Sudah barang tentu keberadaan Pasal 19 Perma tersebut sangat merugikan ratusan petani Temon, Kulonprogo. Tapi yang lebih menyedihkan, di kemudian hari, seluruh warga negara yang tanahnya dijadikan obyek pengadaan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum akan terkena imbasnya. Apalagi pemerintahan hari ini, meminjam istilah David Ludden adalah “rezim pembangunan”,² yang begitu getol menyelenggarakan proyek-proyek pembangunan berjargon “kepentingan umum”.

Keberadaan Masterplan Percepatan dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia (MP3EI) yang merupakan warisan pemerintah era Presiden Susilo Bambang Yudhoyono, yang tertuang dalam Peraturan Presiden Nomor 32 tahun 2011, juga makin mengekalkan proyek pembangunan yang menggusur hak-hak asasi manusia. Kehadiran MP3EI mempertegas pola pembangunan ekonomi dan industri Indonesia yang semakin berjalan ke arah melayani korporasi raksasa dan

¹ Pasal 19 berbunyi: “Putusan kasasi merupakan putusan akhir yang tidak tersedia upaya hukum peninjauan kembali”.

² Tania Murray Li, *The Will To Improve: Governmentality, Development, and the Practice of Politics*, terjemah, Hery Santoso dan Pujo Semedi, *The Will To Improve: Perencanaan, Kekuasaan, Dan Pembangunan Di Indonesia*, Tangerang Selatan: Marjin Kiri, 2012, h. 31.

memfasilitasi pasar bekerja.³ Komnas HAM pun melakukan penelitian. Hasilnya, menemukan, program MP3EI ini sejak awal sudah mengabaikan aspek-aspek HAM.⁴ Sebab itu, boleh jadi akan ada puluhan ribu jiwa manusia yang tanahnya dirampas (*land grabbing*)⁵ oleh negara namun terhambat aksesnya untuk mencari keadilan akibat dari keberlakuan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016.

Padahal konflik agraria yang terjadi di Indonesia dari tahun ke tahun selalu saja bermunculan. Menurut Konsorsium Pembaruan Agraria (KPA), sepanjang tahun 2015 tercatat sedikitnya telah terjadi 252 kejadian konflik agraria di tanah air, dengan luasan wilayah konflik mencapai 400.430 hektar. Konflik-konflik ini melibatkan sedikitnya 108.714 kepala keluarga (KK).⁶ Sedangkan di tahun sebelumnya, sepanjang 2014, KPA mencatat sedikitnya telah terjadi 472 konflik agraria di seluruh Indonesia dengan luasan mencapai 2.860.977,07 hektar. Konflik ini melibatkan sedikitnya 105.887 kepala keluarga (KK).⁷ Konflik agraria di sektor infrastruktur menyumbang angka tertinggi di 2014.⁸ Sektor ini naik signifikan dari tahun 2013 lalu.⁹ Di sektor infrastruktur terjadi peningkatan konflik agraria dari 105 konflik di tahun 2013 menjadi 215 konflik di tahun 2014, atau meningkat signifikan 104%.¹⁰

Data numerik tersebut menunjukkan bahwa konflik agraria seakan tidak pernah habis-habis. Bila ditarik ke wilayah faktual maka akan dijumpai beberapa kasus agraria (yang berkaitan dengan pembangunan infrastruktur) yang menjadikan warga negara sebagai korban dan menimbulkan dampak sosial. Salah satunya ialah kasus pembangunan infrastruktur bandara baru di Kecamatan Temon,

³ Dian Yanuardy, MP3EI dan Perubahan Radikal dari Peran Negara, dalam Dian Yanuardy, et.al, *MP3EI: Master Plan Percepatan Dan Perluasan Krisis Sosial-Ekologis*, Yogyakarta: Tanah Air Beta, 2014, h. 65.

⁴ Komnas HAM: MP3EI, Program Pembangunan Abai HAM, (<http://www.mongabay.co.id/2014/07/01/komnas-ham-mp3ei-program-pembangunan-abai-ham/>), diunduh 29 April 2016.

⁵ Istilah *land grabbing* pertama kali dikemukakan oleh sebuah lembaga pertanian GRAIN di Spanyol pada tahun 2008. Setelah istilah ini muncul, berbagai lembaga PBB seperti Food and Agriculture Organization (FAO) dan International Fund for Agriculture Development (IFAD), memberikan perhatian dan advokasi serius terhadap persoalan ini. Tujuan advokasi lembaga internasional ini adalah agar keadilan sosial dan ekonomi bisa dinikmati oleh seluruh lapisan masyarakat di dunia. Pada ranah ekonomi politik global, *Land Grabbing* biasanya dilakukan oleh kaum kapitalis dengan tujuan ekonomi politik. Agar tujuan ini tercapai, para kapitalis biasanya beraliansi dengan negara agar mendapat legitimasi legal-formal dalam proses pendudukan tanah rampasan. Selengkapnya baca, Emilianus Yakob Sese Tolo, "Land Grabbing dan Kemiskinan di Flores", (<http://indoprogress.com/2014/08/land-grabbing-dan-kemiskinan-di-flores/>), diunduh 3 Mei 2016.

⁶ Di tahun 2015 ini, konflik agraria paling banyak terjadi di sektor perkebunan yakni sebanyak 127 konflik (50%). Selanjutnya konflik di sektor pembangunan infrastruktur menempati posisi kedua terbanyak sebanyak 70 konflik (28%), lalu di sektor kehutanan 24 konflik (9,60%), sektor pertambangan 14 (5,2%), kemudian lain-lain 9 konflik (4%), dan di sektor pertanian dan sektor pesisir/kelautan di urutan kelima masing-masing sebanyak 4 konflik (2%). Lihat Catatan Akhir Tahun 2015, "Reforma Agraria dan Penyelesaian Konflik Agraria Disandera Birokrasi", Konsorsium Pembaruan Agraria, 2015, h. 4.

⁷ Seiring dengan meluasnya proyek Master plan Percepatan dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia (MP3EI) yang menitikberatkan pada pembangunan infrastruktur, konflik agraria tertinggi pada tahun ini dapat dilihat terjadi pada proyek-proyek infrastruktur. Selengkapnya lihat, Catatan Akhir Tahun 2014, "Membenahi Masalah Agraria: Prioritas Kerja Jokowi-JK Pada 2015", Konsorsium Pembaruan Agraria, 2014, h. 10.

⁸ "Berjalannya Proyek MP3EI Sebabkan Konflik Agraria Tertinggi di 2014", (<http://www.kpa.or.id/news/blog/berjalannya-proyek-mp3ei-sebabkan-konflik-agraria-tertinggi-di-2014/>), diunduh 1 Mei 2016.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

Kulonprogo, D.I. Yogyakarta. Dalam catatan KPA sebab maraknya konflik agraria di sektor infrastruktur karena pemberlakuan UU No. 2/2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum dan peraturan turunannya adalah biang keladi mudahnya perampasan tanah rakyat atas nama pembangunan.¹¹ Faktor genting lainnya, berjalannya program Masterplan Percepatan dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia (MP3EI) yang membagi tanah air Indonesia dalam enam koridor ekonomi berbasis komoditas utama yang satu sama lain saling terhubung (konektivitas ekonomi) melalui pengembangan bisnis-bisnis eksploitasi dan eksplorasi sumber daya alam dalam skala luas. Sejalan dengan ekspansi pengerukan kekayaan alam itu, maka pembangunan infrastruktur pun semakin diperluas demi memperlancar bisnis-bisnis pengerukan SDA tersebut.¹²

Bertitik tolak dari data di atas serta tingginya potensi terlanggarnya hak warga negara akibat dari kebijakan pemerintah dalam proses pembebasan dan pengadaan tanah untuk pembangunan kepentingan umum, warga negara diberikan piranti hukum untuk memperjuangkan hak-haknya yang secara hukum telah dilanggar oleh pemerintah. Tanpa bermaksud mengesampingkan pelbagai problem yang terdapat di dalam Undang-Undang Nomor 2 tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum,¹³ aturan ini sebenarnya telah memberikan ruang kepada warga (pihak yang berhak) untuk dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara setempat terhadap penetapan lokasi pembangunan (Pasal 23 ayat 1). Sedangkan bagi pihak yang keberatan terhadap putusan Pengadilan Tata Usaha Negara, dapat mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung Republik Indonesia (Pasal 23 ayat 3).

Oleh karena gugatan terhadap penetapan lokasi pembangunan diajukan dan disidangkan di dalam yurisdiksi peradilan tata usaha negara, maka secara langsung dalam proses beracaranya pun berlaku pula Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Peradilan tata usaha negara adalah salah

¹¹ *Ibid.*

¹² Proyek MP3EI memperlihatkan bagaimana dominasi peran pemerintah sangat kental dalam mendorong terjadinya konflik agraria di sektor infrastruktur. Pemerintah berperan dalam proses pembebasan dan pengadaan tanah, termasuk sebagai penjamin resiko akibat pengadaan tanah bagi bisnis infrastruktur. Lihat Catatan Akhir Tahun 2014, Konsorsium Pembaruan Agraria, *loc.cit.*, h. 11-12.

¹³ Indonesian Human Rights Committee for Social Justice (IHCS), Serikat Petani Indonesia (SPI), dan Yayasan Bina Desa Sadajawa (Bina Desa) pernah mengajukan uji materi UU Nomor 2/2012 ke Mahkamah Konstitusi (MK). Mereka menggugat antara lain Pasal 9 dan Pasal 42 ayat 1 UU Nomor 2/2012 yang mengatur soal ganti rugi dan keseimbangan pengadaan lahan untuk kepentingan pembangunan dan kepentingan umum. Menurut Dianto Bachriadi, saksi ahli dari pemohon uji materi, ketentuan dalam pasal tersebut memiliki semangat menggsur. Sebab meski ada negosiasi dan pemberian ganti rugi, toh akhirnya keputusan pemerintah yang menjadi patokan. Masyarakat tak bisa melakukan penawaran kembali.. Undang-Undang ini terindikasi memberikan akses diskriminasi dengan kedok kepentingan umum. Selengkapnya baca, "Posisi warga dalam beleid pengadaan tanah lemah", diunduh 3 Mei 2016. Di samping itu menurut penulis, adanya pembatasan jangka waktu pemeriksaan perkara hanya 30 hari kerja di tingkat PTUN dan 30 hari kerja di tingkat kasasi dan ketiadaan upaya hukum banding seperti lazimnya proses peradilan pada umumnya tentu menjadi masalah sangat serius. Sebab dalam peradilan tata usaha negara, kebenaran yang hendak dicapai ialah kebenaran materil.

satu lembaga yang bertugas menyelenggarakan keadilan.¹⁴ Prajudi Atmosudirdjo dalam kertas kerjanya yang berjudul Masalah Organisasi Peradilan Administrasi Negara adalah untuk mengembangkan dan memelihara administrasi negara yang tepat menurut hukum (*rechtmatic*) atau tepat menurut undang-undang (*wetmatig*) dan atau tepat secara fungsional (*efektif*) dan atau berfungsi efisien.¹⁵ Dengan perkataan lain: peradilan administrasi negara ikut membantu mengembangkan dan membangun administrasi negara yang bekerja secara *rechtmatic*, *wetmatig*, *plichmatig* dan *doelmatic*¹⁶ yang berujung pada tercapai tujuan hukum yakni tercapainya keadilan.

Dalam tugas penyelenggaraan keadilan serta guna mencapai tujuan daripada peradilan tata usaha negara, maka dikenal adanya asas peradilan berjenjang yang mengatur bahwa jenjang peradilan dimulai dari tingkat terbawah yaitu pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN), Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara (PTTUN) dan puncaknya adalah Mahkamah Agung (MA). Ketiga tingkatan tersebut telah memiliki tugas pokok dan fungsi masing-masing untuk menyelenggarakan peradilan tata usaha negara yang ditujukan pada tercapainya keadilan.¹⁷ Bahkan guna mencapai keadilan tersebut, terhadap putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dan bila terdapat alasan-alasan yang relevan sesuai dengan yang sudah diatur dalam perundang-undangan, bisa dilakukan upaya peninjauan kembali. Di dalam Pasal 132 ayat 1 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sudah bernas diatur bahwasanya terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dapat diajukan permohonan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung.

Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, aturan perundang-undangan setingkat undang-undang sangat tegas dan jelas mengatur soal peninjauan kembali. Bukannya mengikuti ketentuan hukum yang tingkatnya lebih tinggi, keberadaan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 yang mengatur dalam sengketa penetapan lokasi pembangunan untuk kepentingan umum putusan kasasi merupakan putusan akhir, justru menegaskan upaya hukum luar biasa peninjauan kembali tersebut. Padahal peninjauan kembali adalah bagian

¹⁴ Djoko Prakoso, *Peradilan Tata Usaha Negara (Undang-Undang No. 5/1986)*, Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2002, h. 21.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ PTUN merupakan sebuah lembaga peradilan di lingkungan peradilan tata usaha negara. Sebagai pengadilan tingkat pertama, PTUN berfungsi untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara. Sedangkan PTTUN adalah lembaga peradilan di lingkungan peradilan tata usaha negara yang bertindak sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan terhadap sengketa tata usaha negara di tingkat banding. Sebagai pengadilan tingkat banding, PTTUN memiliki tugas dan wewenang untuk memeriksa dan memutus sengketa tata usaha negara di tingkat banding. Sementara MA adalah lembaga peradilan yang bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus permohonan kasasi dan permohonan peninjauan kembali putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.

dari sistem peradilan tata usaha negara yang secara filosofis merupakan salah satu medium untuk memperjuangkan keadilan. Sjachran Basah mengutarakan alasan betapa pentingnya peninjauan kembali yaitu demi memenuhi tuntutan kebenaran dan keadilan dari pencari keadilan yang diberi kesempatan sekali lagi untuk membuka kembali perkaranya yang telah diputus itu, walaupun putusan tersebut telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap.¹⁸ Di samping itu, membuka kemungkinan untuk membetulkan kebenaran dan keadilan, apabila ternyata suatu putusan pengadilan benar-benar membutuhkan pembetulan.¹⁹

Keadilan tidak bisa dibatasi oleh waktu atau ketentuan formalitas yang membatasi.²⁰ Lebih-lebih lagi Indonesia di dalam Pasal 1 ayat 1 Undang-Undang Dasar 1945 telah memproklamirkan diri menjadi negara hukum. Sebagai negara hukum maka mustinya negara mengakui dan melindungi hak-hak asasi manusia, termasuk hak warga negara atas keadilan. Bilamana mengacu ke Pasal 17 Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sangat jelas dinyatakan, setiap orang, tanpa diskriminasi berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan dan gugatan baik dalam perkara pidana, perdata maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar.

Bahkan selain itu, jika menengok jauh ke belakang, terbitnya Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara yang mengakomodasi upaya hukum peninjauan kembali dilandasi dengan motivasi untuk memberi perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Dalam jawaban pemerintah atas pemandangan umum DPR-RI (fraksi-fraksi) mengenai RUU tentang pengadilan dalam lingkungan peradilan administrasi negara disebutkan:... "peradilan tata usaha negara harus mampu untuk akrab dengan rakyat, yaitu bahwa peradilan tata usaha negara melindungi hak azasi serta mampu melaksanakan keadilan, yang berarti bahwa peradilan ini dapat menampung dan menyelesaikan setiap tuntutan warga masyarakat secara tuntas dan adil.. dibentuknya peradilan tata usaha negara adalah pada dasarnya untuk melindungi hak-hak para warga masyarakat secara merata tanpa ada pembedaan".²¹

¹⁸ Sjachran Basah, *Eksistensi Dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi Di Indonesia*, Bandung: PT. Alumni, 2014, h.278.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 34/PUU-XI/2013, h.86.

²¹ Soetomo, *Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*, Surabaya: Usaha Nasional, 1983, h.139.

Berangkat dari latar belakang masalah tersebut, penulisan ini akan mengajukan rumusan masalah: 1) Bagaimana kedudukan pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016 secara konstitusional? Apa implikasi dari keberlakuan pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2016?

Konsep Negara Hukum dan HAM

Negara Indonesia telah mengambil pilihan untuk menjadi negara hukum. Pasal 1 ayat 3 Undang-Undang Dasar 1945 sudah menegaskan hal tersebut. Konsep negara hukum adalah diskursus klasik yang secara teoritik mempunyai dua peristilahan yakni *the rule of law* dan *rechstaat*.

Negara hukum dalam selaput istilah *rule of law* dipopulerkan oleh Albert Venn Dicey dalam karya utamanya berjudul *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* yang diterbitkan pertama kali pada tahun 1885. Ia mengemukakan 3 unsur utama *rule of law*, yaitu: (a) *Supremacy of law*, artinya tak seorang pun dapat dihukum atau secara hukum dapat dibuat menderita tubuh atau harta bendanya kecuali atas pelanggaran hukum tertentu yang tertuang dalam tata cara hukum yang biasa di hadapan pengadilan umum negara,²² (b) *Equality before the law*, bukan hanya tidak ada seorang pun yang berada di atas hukum, namun (sesuatu yang memang berbeda) bahwa di sini setiap orang, apapun pangkat atau kondisinya, tunduk pada hukum biasa yang merupakan lingkup dan berada di dalam yurisdiksi mahkamah biasa.²³ Ia berarti kesetaraan di depan hukum atau ketundukkan setara semua kelompok masyarakat kepada hukum umum negara,²⁴ (c) *Constitution based on individual rights*. Konstitusi bukanlah sumber melainkan konsekuensi hak-hak individu karena ditentukan dan dijalankan oleh pengadilan.²⁵

Sedangkan negara hukum dalam bingkai *rechstaat* adalah buah pikir dari Friedrich Julius Stahl. Konsep Stahl tentang negara hukum (*rechtsstaats*) ditandai oleh empat unsur pokok yaitu: 1) pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; 2) negara didasarkan pada teori *trias politica*; 3) pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang (*wetmatig bestuur*); dan 4) ada peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).²⁶

²² A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Constitution*, Terjemah, Nurhadi, *Pengantar Studi Hukum Konstitusi*, Bandung: Nusamedia, 2008, h. 254.

²³ *Ibid.*, h. 258.

²⁴ *Ibid.*, h. 265.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum (Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini)*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010, h. 89.

Dari dua istilah negara hukum di atas sesungguhnya terdapat benang merah yang saling menghubungkan keduanya. Baik negara hukum *rechtstaat* maupun *rule of law*, sama-sama mementingkan pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia yang tertuang di dalam konstitusi suatu negara. Bahkan negara hukum dalam konsep *rechtstaat* sampai memberikan sarana peradilan administrasi bagi warga negara yang haknya dilanggar oleh pemerintah.

Pengarusutamaan hak asasi manusia dalam dua konsep negara hukum menunjukkan bahwa hak asasi manusia adalah entitas yang begitu bernilai. Hak asasi manusia (HAM) adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Umat manusia memilikinya bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia.²⁷ Pendapat lain mengatakan bahwasanya hak asasi manusia dengan demikian adalah serangkaian klaim yang tanpa terkecuali didukung oleh etika dan yang semestinya didukung oleh hukum, yang diajukan kepada masyarakat, terutama diajukan kepada pengelola negara, oleh individu-individu atau kelompok-kelompok berdasarkan kemanusiaan mereka. Hak-hak itu terlepas dari ras, warna kulit, jenis kelamin atau pembeda lain dan yang tidak mungkin ditarik kembali atau ditolak oleh semua pemerintahan, rakyat atau individu.²⁸

Dari pengertian tersebut, dapat dilihat peran negara begitu krusial dalam konsep hak asasi manusia. Ada tiga kewajiban yang mesti dipenuhi oleh negara agar selalu berada pada orbit normalnya melindungi hak asasi warga negara. *Pertama*, negara mempunyai kewajiban menghormati (*to respect*) hak asasi manusia. Dengan kata lain, negara harus mengakui bahwa setiap orang memiliki hak yang melekat padanya. Dan yurisdiksi negara tidak boleh membatasi hak ini.²⁹ Kewajiban ini menuntut negara, organ dan aparat negara untuk tidak bertindak apapun yang melanggar integritas individu atau kelompok atau pelanggaran kebebasan mereka, seperti: (a) pembunuhan di luar hukum; (b) penahanan serampangan; (c) pelanggaran serikat buruh; (d) pembatasan terhadap praktik agama tertentu.³⁰

Kedua, negara berkewajiban melindungi (*to protect*) hak asasi manusia. Secara teknis, kewajiban ini bisa dipenuhi misalnya dengan melakukan ratifikasi terhadap

²⁷ Rhona K.M. Smith, et.al., *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusham UII, 2008, h. 11.

²⁸ Mashood A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, terjemah, Musa Kazhim dan Edwin Arifin, *Hukum Hak Asasi Manusia dan Hukum Islam*, Jakarta: Komnas HAM, 2013, h. 15.

²⁹ Tedi Kholiludin, *Kuasa Negara Atas Agama, Politik Pengakuan, Diskursus "Agama Resmi" dan Diskriminasi Hak Sipil*, Semarang: Rasail Media Group, 2011, h. 82.

³⁰ Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan (Politik Hukum HAM Era Reformasi)*, Yogyakarta: Pusham UII, 2011, h. 46.

perjanjian internasional tentang hak asasi manusia menjadi hukum negara. Di sisi lain, negara juga bisa menghapus aturan yang diskriminatif sebagai perwujudan dari perlindungan negara terhadap hak asasi manusia.³¹

Ketiga, negara memiliki kewajiban untuk memenuhi (*to fulfill*) hak asasi manusia. Pemenuhan merupakan langkah berikut setelah kehadiran aturan formal. Negara wajib untuk menyelenggarakan pemenuhan ini melalui kawalan terhadap aplikasi dari segala kebijakan yang telah dibuat.³² Keberadaan HAM yang menempatkan negara sebagai pemangku kewajiban dan tanggung jawab untuk memberikan penghormatan, perlindungan dan pemenuhan tersebut kemudian dituangkan ke dalam sebuah konstitusi.

Konstitusi Sebagai Norma Dasar Perlindungan HAM

Di dalam konsep negara hukum, konstitusi adalah konsekuensi dari hak-hak individu. Konstitusi jadi semacam manifesto, sebuah pengakuan keyakinan, pernyataan cita-cita atau sebagaimana yang disebut Podsnap, sebuah 'piagam negara' (*charter of the land*).³³ J.Th.J. Van den Berg dalam *Inleiding Staatskunde* sebagaimana dikutip Anwar C, memberikan rumusan konstitusi adalah kesemua ketentuan-ketentuan hukum dan norma-norma hukum yang memberikan bentuk kepada pemerintahan negara, yang mengatur hubungan antara negara dan warga negara dan yang mengakui beberapa hak-hak dasar dari warga.³⁴ Sedangkan menurut Sri Soemantri, pada umumnya materi konstitusi atau undang-undang dasar mencakup tiga hal yang fundamental: *pertama, adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warganya; kedua*, ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental; *ketiga*, adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.³⁵ Sementara menurut Miriam Budiarjo dalam konstitusi tersebut ditentukan secara tegas pembatasan kekuasaan pemerintah, *jaminan HAM warga negara*, karena konstitusi merupakan hukum tertinggi yang harus dipatuhi oleh negara dan pejabat-pejabat pemerintah sesuai dengan dalil *government by laws, not by men*.³⁶

³¹ Tedi Kholiludin, *Kuasa Negara*, *op.cit.*, h. 82.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, h. 49.

³⁴ *Ibid.*, h. 63.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

Dengan mempostulasikan norma dasar, konstitusi menempati urutan tertinggi di dalam hukum nasional.³⁷ Konstitusi dalam arti material terdiri atas peraturan-peraturan yang mengatur pembentukan norma-norma hukum yang bersifat umum, terutama pembentukan undang-undang.³⁸ Undang-undang dasar pada pokoknya hanya “hanya” merupakan pernyataan-pernyataan saja, yang oleh sebab itu acapkali bermuatan rumusan pasal yang bersifat deklaratur. Sementara itu, undang-undang organik lebih bersifat regulatur, yaitu mengatur hubungan sebab akibat antara fakta perbuatan atau peristiwa yang dinilai relevan menurut hukum dan akibatnya kalau fakta hukumnya terbukti ada.³⁹

Sekalipun lebih dirumuskan dalam bentuk yang lebih faktual dan bisa diaktualisasikan, namun demikian hukum yang regulatur ini, berdasarkan logika dan prosedur yang rasional, mestilah menggantungkan kebenaran dan pembenarannya pada bunyi kaidah umum undang-undang dasar dan tak boleh bertentangan dengan undang-undang pasal-pasal yang tersebut dalam hukum dasar itu. Secara teori, undang-undang yang bertentangan dengan undang-undang dasar akan gugur demi hukum. Mengenai persoalan ini, seorang teoritikus hukum dari Austria yang kemudian bermigrasi ke Amerika bernama Hans Kelsen (1881-1973), menyusun ajaran hierarki perundang-undangan yang ia sebut ‘*die stufenbaulehre*’. Menurut ajaran ini, hukum undang-undang bisa disusun dalam jenjang-jenjang anak tangga, dari yang paling tinggi dengan nilainya yang superior ke yang paling bawah dengan nilai yang inferior. Undang-undang organik yang berstatus inferior tak boleh bertentangan dengan undang-undang dasar yang berstatus superior, karena hukum yang superior akan membinasakan hukum undang-undang yang lebih inferior.⁴⁰

Konstitusi material sampai derajat tertentu dapat menentukan isi dari hukum yang akan datang. Konstitusi dapat menentukan secara negatif bahwa hukum tidak boleh memuat isi tertentu, misalnya bahwa parlemen tidak boleh mengesahkan (rancangan undang-undang) yang membatasi kebebasan beragama⁴¹ atau lembaga legislatif, eksekutif maupun yudikatif tidak boleh menerbitkan peraturan yang membatasi akses untuk memperoleh jaminan perlindungan kepastian hukum

³⁷ Konstitusi di sini dipahami bukan dalam arti formal, melainkan dalam arti material. Konstitusi dalam arti formal adalah suatu dokumen resmi negara, seperangkat norma hukum yang hanya dapat diubah di bawah pengawasan ketentuan-ketentuan khusus, yang tujuannya adalah untuk menjadikan perubahan norma-norma ini lebih sulit. Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara*, Bandung: Nusa Media, 2011, h. 180.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Soetandyo Wigjosoebroto, “Rasionalisasi Tentang Asal Terjadinya Masyarakat dan Negara Berikut Hak-Hak Warga Negaranya”, Makalah disampaikan pada perkuliahan Perubahan Sosial Dan Hak Asasi Manusia Program Pascasarjana, Magister Ilmu Hukum, Universitas Islam Indonesia.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara*, *op.cit.*, h. 181.

yang adil. Norma umum yang dibentuk melalui undang-undang atau kebiasaan merupakan satu tingkatan yang berada langsung di bawah konstitusi di dalam tatanan urutan hukum.⁴² Salah satu eksisnya konstitusi memiliki otoritas terhadap institusi-institusi yang ia ciptakan. Ia bukan hanya hukum biasa. Ia berfungsi mengatur institusi-institusi, mengarahkan pemerintahan.⁴³

Semua orang yang telah menyusun konstitusi tertulis melihatnya sebagai membentuk hukum dasar dan tertinggi dari bangsa dan konsekuensinya, teori setiap pemerintahan semacam ini mesti berbunyi, bahwa keputusan legislatif yang bertentangan dengan konstitusi tidak sah.⁴⁴ Artinya, mengutip Alexander Hamilton dalam *The Federalist*, konstitusi mesti lebih didahulukan dari undang-undang, kehendak rakyat lebih didahulukan dari kehendak wakil-wakilnya.⁴⁵ Dengan begitu pada hakekatnya konstitusi bukan sekedar hukum biasa. Ia adalah hukum fundamental, ia menyediakan basis di atas mana hukum dibuat dan dilaksanakan. Ia adalah prasyarat dari hukum dan peraturan. Ada argumen moral yang mengatakan bahwa konstitusi menuntut kewajiban karena pada hakekatnya ia adalah hukum yang lebih tinggi atau paling tinggi. Ia berada pada dasar tatanan politik, jika ia diabaikan, maka akan timbul penyimpangan dan kekacauan.⁴⁶

Di Indonesia sendiri terdapat Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang mana di sana telah diatur mengenai asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang salah satunya ialah asas kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan. Asas ini diatur dalam Pasal 5 huruf c yang pada bagian penjelasannya menerangkan bahwa dalam pembentukan peraturan perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat sesuai dengan jenis dan hierarki peraturang perundang-undangan.

Peninjauan Kembali sebagai Hak Konstitusional Warga Negara

Salah satu materi yang termuat di dalam konstitusi ialah *adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warganya*, termasuk tentunya hak atas keadilan. Upaya hukum luar biasa bernama peninjauan kembali, sebagai bagian dari sistem proses peradilan di Indonesia, sesungguhnya juga merupakan hak

⁴² *Ibid*, h. 184.

⁴³ K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, Terjemah, Muhammad Hardani, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003, h. 85.

⁴⁴ *Ibid*, h. 86.

⁴⁵ *Ibid*, h. 92.

⁴⁶ *Ibid*, h. 95.

warga negara untuk memperjuangkan keadilan. Lagi pula jikalau menelaah sejarah munculnya upaya hukum peninjauan kembali, akan diketahui bahwasanya upaya hukum ini adalah salah satu jalan untuk memperoleh keadilan.

Istilah “peninjauan kembali” dalam ketentuan perundang-undangan nasional mulai dipakai dalam Pasal 15 Undang-Undang Nomor 19 tahun 1964 (L.N. 1964: 107-TLN. No. 2699) yang berbunyi:⁴⁷

“Terhadap keputusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap dapat dimohon peninjauan kembali hanya apabila terdapat hal-hal atau keadaan-keadaan, yang ditentukan dengan undang-undang”.

Ternyata undang-undang tersebut di atas, itu telah dicabut oleh Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970 (L.N. 1970: 74-TLN. No. 2951) dan mengenai peninjauan kembali, telah diatur dalam pasal 21 yang berbunyi sebagai berikut:⁴⁸

“Apabila terdapat hal-hal atau keadaan-keadaan yang ditentukan dengan undang-undang, terhadap putusan pengadilan, yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap, dapat dimintakan peninjauan kembali pada Mahkamah Agung, dalam perkara perdata dan pidana oleh pihak-pihak yang berkepentingan”.

Pada masa kemerdekaan, walaupun Pasal 21 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970 (sebelumnya Undang-Undang Nomor 19 tahun 1964 jo Pasal 31 Undang-Undang Nomor 13 tahun 1965) telah mengatur “peninjauan kembali” terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap, akan tetapi ternyata untuk perkara perdata (untuk perkara pidana baru saja diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 tahun 1981) belum ada undang-undangnya yang mengatur lebih lanjut sebagai pelaksana mengenai hal itu.

Untuk mengatasi hal tersebut di atas, maka Mahkamah Agung sudah sejak lama berusaha dengan jalan mengeluarkan berbagai SE dan Peraturan MA, dengan alasan yang pada pokoknya sebagai berikut:⁴⁹

⁴⁷ Penjelasan pasal tersebut di atas menyatakan: “Pasal ini mengatur tentang peninjauan kembali putusan pengadilan atau *herziening*. Peninjauan kembali putusan merupakan alat hukum yang istimewa dan pada galibnya baru dilakukan setelah alat-alat hukum lainnya dipergunakan tanpa hasil. Syarat-syaratnya ditetapkan dalam hukum acara pada umumnya, peninjauan kembali putusan hanya dapat dilakukan, apabila terdapat nova, yaitu fakta-fakta atau keadaan-keadaan baru, yang pada waktu dilakukan peradilan yang dahulu, tidak tampak atau memperoleh perhatian”. Lihat Sjachran Basah, *Eksistensi Dan Tolok Ukur*, *loc.cit.*, h. 273.

⁴⁸ Penjelasan pasal tersebut di atas menyatakan: “Pasal ini mengatur tentang peninjauan kembali terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap. Permohonan peninjauan kembali dalam perkara perdata diajukan oleh pihak-pihak yang berkepentingan termasuk di dalamnya juga para ahli waris dari pihak-pihak yang berperkara dan dalam perkara pidana oleh terdakwa atau ahli warisnya. Syarat-syarat peninjauan kembali akan diterapkan dalam hukum acara”. Lihat *ibid.*, h. 274.

⁴⁹ Di dalam Peraturan MA Nomor 1 tahun 1982 tertanggal 11 Maret 1982, tidak mempergunakan lagi dan menggantinya istilah RC dengan “peninjauan kembali”, (Pasal 1 ayat 3) yang untuk itu permohonannya hanya dapat digunakan satu kali saja (pasal 6). Lihat *ibid.*, h. 277.

1. *Para pencari keadilan, banyak yang mengajukan permohonan untuk mendapatkan peninjauan kembali putusan pengadilan, yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap;*
2. *Ternyata banyak dari pemohon itu mempunyai dasar-dasar yang kuat, sehingga apabila tidak dapat diterima hanya karena lembaga “peninjauan kembali” belum ada undang-undang yang mengatur pelaksanaannya, maka akan menimbulkan rasa ketidak-puasan dan ketidakadilan;*
3. *Dimungkinkan adanya “peninjauan kembali” sebagai upaya hukum (yang luar biasa), yang untuk itu penyelesaiannya menjadi wewenang Mahkamah Agung;*
4. *Sebelum ada undang-undang pelaksana untuk lembaga “peninjauan kembali”, maka Mahkamah Agung menganggap perlu menggunakan lembaga tersebut dengan jalan menambah hukum acara Mahkamah Agung dengan lembaga itu beserta peraturan pelaksanaannya;*
5. *Adanya rapat kerja antara Mahkamah Agung dengan DPR pada tanggal 19-11-1980.*

Peraturan tersebut di atas itu, tidak hanya berlaku untuk setiap putusan pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, agama dan militer saja, akan tetapi juga terhadap setiap putusan pengadilan dalam lingkungan peradilan administrasi murni⁵⁰ dengan alasan-alasan sebagai berikut:⁵¹

1. *Dimungkinkan adanya peninjauan kembali sebagai upaya hukum yang luar biasa, sebagaimana dimaksudkan oleh Pasal 21 Undang-Undang no. 14 tahun 1970;*
2. *Pasal 21 Undang-Undang no. 14 tahun 1970 itu haruslah ditafsirkan secara luas, yakni dihubungkan dengan Pasal 10 ayat 1 Undang-Undang no. 14 tahun 1970, yang mengakui adanya pengadilan dalam 4 macam lingkungan peradilan (umum, agama, militer dan tata usaha negara, sehingga makna Pasal 21 tersebut tidaklah hanya semata-mata untuk melakukan peninjauan kembali terhadap perdata dan pidana saja;*
3. *Demi memenuhi tuntutan kebenaran dan keadilan dari pencari keadilan yang diberi kesempatan sekali lagi untuk membuka kembali perkaranya yang telah diputus itu, walaupun putusan tersebut telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap;*
4. *Membuka kemungkinan untuk membetulkan kebenaran dan keadilan, apabila ternyata suatu putusan pengadilan benar-benar membutuhkan pembetulan.*

Mengingat uraian tersebut di atas tidak perlu disangsikan lagi betapa pentingnya peninjauan kembali sebagai sarana untuk memenuhi tuntutan

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, h. 278.

kebenaran dan keadilan. Alangkah krusialnya, maka di dalam sistem hukum Indonesia kontemporer peninjauan kembali kemudian diatur dengan peraturan perundang-undangan setingkat undang-undang. Di dalam Pasal 132 ayat 1 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara telah diatur terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dapat diajukan permohonan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung.

Pasal 132

Terhadap putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dapat diajukan permohonan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung.

Di samping itu menurut Pasal 34 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung:

Pasal 34

Mahkamah Agung memeriksa dan memutus permohonan peninjauan kembali pada tingkat pertama dan terakhir atas putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap berdasarkan alasan-alasan yang diatur dalam Bab IV Bagian Keempat undang-undang ini

Sementara Pasal 24 ayat 1 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan:

Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, pihak-pihak yang bersangkutan dapat mengajukan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung, apabila terdapat hal atau keadaan tertentu yang ditentukan dalam undang-undang.

Berangkat dari hal tersebut di atas ternyata upaya hukum luar biasa peninjauan kembali adalah norma hukum umum yang telah diatur di dalam peraturan perundang-undangan setingkat undang-undang yang merupakan pengejawantahan dari perlindungan hak atas keadilan yang sudah diamanatkan di dalam norma dasar Undang-Undang Dasar 1945. Pasal 28D ayat 1 UUD 1945 tegas dinyatakan bahwa setiap orang berhak atas *pengakuan jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil* serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Selain itu juga penerjemahan dari peraturan perundang-undangan mengenai hak asasi manusia, seperti Pasal 17 Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang hak asasi manusia.⁵²

⁵² Setiap orang, tanpa diskriminasi berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan dan gugatan baik dalam perkara pidana, perdata maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar.

Konstitusionalitas Pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2016

Peraturan Mahkamah Agung (Perma) adalah salah satu jenis peraturan perundang-undangan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.⁵³ Menurut Pasal 8 ayat 2 Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011, Peraturan Mahkamah Agung diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Secara hukum, menurut Pasal 79 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1985, Mahkamah Agung memang diberi kewenangan untuk mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam undang-undang. Lebih-lebih lagi apabila dalam jalannya peradilan terdapat kekurangan atau kekosongan hukum dalam suatu hal, Mahkamah Agung berwenang membuat peraturan sebagai pelengkap untuk mengisi kekurangan atau kekosongan tadi.⁵⁴ Namun sekalipun Mahkamah Agung berwenang menentukan pengaturan tentang cara penyelesaian suatu soal, ada batasan yang tidak boleh dilampaui oleh peraturan Mahkamah Agung, yakni Mahkamah Agung tidak akan mencampuri dan melampaui pengaturan tentang hak dan kewajiban warga negara pada umumnya.⁵⁵

Batasan tentang hak dan kewajiban tersebut yang kemudian dicampuri bahkan diterabas oleh Mahkamah Agung dengan memunculkan pasal 19 di dalam Perma Nomor 2 tahun 2016 yang materi muatannya justru bertentangan dengan konsep negara hukum dan HAM. Seperti mana sudah diterangkan di atas bahwasanya di dalam negara hukum terdapat jaminan perlindungan hak asasi manusia, termasuk dalam hal ini ialah hak atas keadilan yang sudah dituangkan di dalam norma dasar dan peraturan perundang-undangan di bawah UUD 1945 dengan medium upaya hukum luar biasa berupa peninjauan kembali terhadap putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.

Sebagai negara yang telah mendeklarasikan diri sebagai negara hukum, aparatus negara Indonesia, baik yang duduk di eksekutif, legislatif maupun

⁵³ Pasal 8 ayat 1: peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam pasal 7 ayat 1 mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan undang-undang atau Pemerintah atas perintah undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

⁵⁴ Lihat Penjelasan Pasal 79 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1985.

⁵⁵ *Ibid.*

yudikatif, dalam menerbitkan kebijakan atau suatu peraturan seharusnya juga tidak mengabaikan jaminan pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia di dalam konstitusi. Materi muatan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 yang sedari awal bertentangan dengan konsep negara hukum dan jaminan perlindungan hak asasi manusia yang sudah tertuang di dalam konstitusi, secara teoritik tentu akan berkaitan pula dengan ketidaksesuaian materi muatan Pasal 19 Perma Nomor 2 Tahun 2016 yang tidak mengakomodasi upaya hukum peninjauan kembali dengan norma dasar dan peraturan perundang-undangan organiknya yang secara tegas mengatur soal upaya hukum peninjauan kembali.

Sebagai halnya sudah diterangkan di atas bahwasanya norma dasar Pasal 28D ayat 1 UUD 1945 telah mengatur setiap orang berhak atas *pengakuan jaminan, perlindungan* dan kepastian hukum yang *adil* serta perlakuan yang sama di hadapan hukum yang diejawantahkan salah satunya dengan upaya hukum peninjauan kembali. Di sisi lain Pasal 132 ayat 1 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Pasal 34 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, dan Pasal 24 ayat 1 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman pun sudah mengatur dan mengakomodasi keberadaan upaya hukum peninjauan kembali sebagai upaya hukum yang konstitusional.

Padaahal menurut ajaran hierarki perundang-undangan yang disebut '*die stufenbaulehre*', hukum undang-undang disusun dalam jenjang-jenjang anak tangga, dari yang paling tinggi dengan nilainya yang superior ke yang paling bawah dengan nilai yang inferior. Undang-undang organik yang berstatus inferior tak boleh bertentangan dengan undang-undang dasar yang berstatus superior, karena hukum yang superior akan membinasakan hukum undang-undang yang lebih inferior. Selain itu dikenal adanya asas *lex superior derogat legi inferior*, yang berarti hukum yang lebih tinggi tingkatannya didahulukan keberlakuannya daripada hukum yang lebih rendah.

Dengan demikian, keberadaan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 inkonstitusional karena secara teoritik bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan materi muatannya berbelok dari asas kesesuaian antara jenis, hierarki dan materi muatan sebagaimana telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011.

Implikasi Keberlakuan Pasal 19 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2016

Keberlakuan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 yang secara teoritik inkonstitusional sudah barang tentu membawa implikasi terhadap beberapa hal. Pertama dari aspek hak asasi manusia. Negara punya tanggung jawab dan kewajiban memberikan perlindungan kepada hak asasi manusia warga negaranya. Secara teknis bentuk perlindungan ini bisa diwujudkan dengan salah satunya tidak menerbitkan aturan yang secara sadar dapat mengurangi kadar jaminan perlindungan hak asasi manusia warga negaranya. Namun ternyata dalam perkara-perkara pengadaan tanah untuk pembangunan kepentingan umum, tanggung jawab dan kewajiban ini tidak dijalankan oleh negara. Aparatus negara (Mahkamah Agung) justru menerbitkan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 yang secara jelas mengamputasi sebagian hak mendasar warga negara.

Tentu sudah mengerti dan apalagi telah dipaparkan panjang lebar di atas bahwasanya di dalam diri warga negara secara hukum melekat hak atas keadilan. Keberlakuan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 yang tidak membuka ruang pada upaya hukum peninjauan kembali terang-terang akan berimplikasi pada munculnya potensi pelanggaran hak asasi manusia (hak atas keadilan), terutama bagi masyarakat yang jadi korban perampasan tanah untuk pembangunan kepentingan umum. Di tengah kondisi penegakan hukum yang boleh jadi sedang mengalami dekadensi moral dan pemerintahan yang sedang besar-besaran menggalakan pembangunan di berbagai penjuru negeri, kehadiran Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 tentunya akan makin merintang akses puluhan ribu masyarakat untuk memperjuangkan keadilan karena terbentur aturan formalitas.

Kedua, dari aspek sistem beracara. Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 mengandung problem akut mendasar yang mana materinya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang tingkatnya jauh lebih tinggi. Seperti mana telah diuraikan sebelumnya, upaya hukum peninjauan kembali adalah hak konstitusional warga negara yang sudah diatur Pasal 132 ayat 1 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Pasal 34 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan Pasal 24 ayat 1 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Namun Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 justru merestriksi upaya hukum peninjauan kembali.

Gara-gara keberlakuan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 tersebut sistem beracara dalam lingkungan peradilan tata usaha negara akan menjadi kacau-balau dan simpang siur. Menjadi tidak jelas, aturan mana yang jadi pedoman. Sekalipun seharusnya aparatus pelaksana di lingkungan peradilan tata usaha negara mengacu ke peraturan perundang-undangan yang tingkatnya lebih tinggi akibat dari adanya asas *lex superior derogat legi inferior*, tapi pengalaman di PTUN Yogyakarta yang tidak mau menindaklanjuti permohonan peninjauan kembali dari para petani Kecamatan Temon, Kabupaten Kulonprogo, D.I. Yogyakarta, mengisyaratkan bahwa aparatus negara, bahkan barangkali bisa terjadi pula di tempat lain, malah lebih mengedepankan Pasal 19 Perma Nomor 2016 yang notabene bertentangan dengan norma hukum yang sudah berlaku umum pada tingkat peraturan perundang-undangan yang memiliki kedudukan lebih tinggi dari sekadar Peraturan Mahkamah Agung.

KESIMPULAN

Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 inkonstitusional karena secara teoritik bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan materi muatannya berbelok dari asas kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan sebagaimana telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011. Pasal 132 ayat 1 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Pasal 34 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan Pasal 24 ayat 1 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman sudah sangat jelas mengatur dan mengakomodasi keberadaan upaya hukum peninjauan kembali sebagai upaya hukum yang konstitusional.

Keberlakuan Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 yang secara teoritik inkonstitusional sudah barang tentu membawa implikasi. *Pertama*, Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 yang tidak membuka ruang pada upaya hukum peninjauan kembali terang-terang akan berimplikasi pada munculnya potensi pelanggaran hak asasi manusia (hak atas keadilan), terutama bagi mereka masyarakat yang jadi korban perampasan tanah untuk pembangunan kepentingan umum. *Kedua*, gara-gara Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 sistem beracara dalam lingkungan peradilan tata usaha negara akan menjadi kacau-balau dan simpang siur. Sebab materi Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 mengandung problem akut mendasar

yang mana materinya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang tingkatannya lebih tinggi.

Di samping kesimpulan di atas, penulis menyarankan bahwa Pasal 19 Perma Nomor 2 tahun 2016 harus dicabut karena inkonstitusional dan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan setingkat undang-undang yang sudah mengakomodasi upaya hukum luar biasa peninjauan kembali. Keberlakuannya justru berpotensi melanggar hak asasi manusia yakni hak atas keadilan. Selain itu juga akan menimbulkan kekacauan dan kesimpangsiuran dalam sistem beracara di lingkungan peradilan tata usaha negara.

DAFTAR PUSTAKA

- A.V. Dicey, 2008, *Introduction to the Study of the Constitution*, Terjemah, Nurhadi, *Pengantar Studi Hukum Konstitusi*, Bandung: Nusamedia.
- Catatan Akhir Tahun 2014, "*Membenahi Masalah Agraria: Prioritas Kerja Jokowi-JK Pada 2015*", Konsorsium Pembaruan Agraria.
- Catatan Akhir Tahun 2015, "*Reforma Agraria dan Penyelesaian Konflik Agraria Disandera Birokrasi*", Konsorsium Pembaruan Agraria.
- Dian Yanuardy, MP3EI dan Perubahan Radikal dari Peran Negara, dalam Dian Yanuardy, et.al, 2014, *MP3EI: Master Plan Percepatan Dan Perluasan Krisis Sosial-Ekologis*, Yogyakarta: Tanah Air Beta.
- Djoko Prakoso, 2002, *Peradilan Tata Usaha Negara (Undang-Undang No. 5/1986)*, Yogyakarta: Penerbit Liberty.
- Hans Kelsen, 2011, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara*, Bandung: Nusa Media.
- Dadan M. Ramdan dan Arif Wicaksono, UU Pengadaan Tanah, Posisi warga dalam beleid pengadaan tanah lemah, <http://m.kontan.co.id/news/posisi-warga-dalam-beleid-pengadaan-tanah-lemah>, diunduh 28 November 2016.
- Emilianus Yakob Sese Tolo, Land Grabbing dan Kemiskinan di Flores, <http://indoprogress.com/2014/08/land-grabbing-dan-kemiskinan-di-flores/>, diunduh 28 November 2016.
- Berjalannya Proyek MP3EI Sebabkan Konflik Agraria Tertinggi di 2014, <http://www.kpa.or.id/news/blog/berjalannya-proyek-mp3ei-sebabkan-konflik-agraria-tertinggi-di-2014/>, diunduh 28 November 2016.

- Sapariah Saturi, Komnas HAM: MP3EI, Program Pembangunan Abai HAM, <http://www.mongabay.co.id/2014/07/01/komnas-ham-mp3ei-program-pembangunan-abai-ham/>, diunduh 28 November 2016.
- K.C. Wheare, 2003, *Modern Constitutions*, Terjemah, Muhammad Hardani, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Surabaya: Pustaka Eureka.
- Mashood A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, terjemah, Musa Kazhim dan Edwin Arifin, 2013, *Hukum Hak sAsasi Manusia dan Hukum Islam*, Jakarta: Komnas HAM.
- Muhammad Tahir Azhary, 2010, *Negara Hukum (Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini)*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 34/PUU-XI/2013.
- Rhona K.M. Smith, et.al., 2008, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusham UII.
- Sjachran Basah, 2014, *Eksistensi Dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi Di Indonesia*, Bandung: PT. Alumni.
- Soetandyo Wignjosoebroto, "Rasionalisasi Tentang Asal Terjadinya Masyarakat Dan Negara Berikut Hak-Hak Warga Negaranya", Makalah pada perkuliahan Perubahan Sosial Dan Hak Asasi Manusia Program Pascasarjana, Magister Ilmu Hukum, Universitas Islam Indonesia.
- Soetomo, 1983, *Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*, Surabaya: Usaha Nasional.
- Suparman Marzuki, 2011, *Robohnya Keadilan (Politik Hukum HAM Era Reformasi)*, Yogyakarta: Pusham UII.
- Tania Murray Li, *The Will To Improve: Governmentality, Development, an the Practice of Politics*, terjemah, Hery Santoso dan Pujo Semedi, 2012, *The Will To Improve: Perencanaan, Kekuasaan, Dan Pembangunan Di Indonesia*, Tangerang Selatan: Marjin Kiri.
- Tedi Kholiludin, 2011, *Kuasa Negara Atas Agama, Politik Pengakuan, Diskursus "Agama Resmi" dan Diskriminasi Hak Sipil*, Semarang: Rasail Media Group.

Penguatan Dewan Etik dalam Menjaga Keluhuran Martabat Hakim Konstitusi

The Strengthening of The Board of Ethics in Maintaining The Constitutional Judges Dignity

Wiryanto

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta
E-mail: wiryanto44@gmail.com

Naskah diterima: 27/07/2016 revisi: 14/11/2016 disetujui: 25/11/2016

Abstrak

Lahirnya Dewan Etik Hakim Konstitusi tidak dapat dilepaskan dari upaya menegakkan kode etik dan menjaga keluhuran martabat hakim konstitusi. Penyalahgunaan wewenang di lembaga peradilan telah menyebabkan rusaknya sistem hukum dan tidak terpenuhinya rasa keadilan. Mafia peradilan telah menghancurkan sendi-sendi kewibawaan lembaga peradilan dan meruntuhkan kehormatan dan keluhuran martabat hakim, oleh karena itu diperlukan adanya langkah-langkah konkrit untuk mengembalikan kewibawaan lembaga peradilan dan menjaga dan menegakkan kehormatan hakim sebagai pilar utama lembaga peradilan dalam menegakkan hukum dan keadilan. Salah satu langkah konkrit tersebut adalah perlunya penguatan terhadap sistem pengawasan etik terhadap hakim konstitusi, yang hasilnya akan memberikan masukan kepada Mahkamah Konstitusi, apakah sistem pengawasan etik terhadap hakim konstitusi yang berjalan selama ini telah mampu menjaga kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim konstitusi, dan apakah sistem tersebut telah memberikan kepastian hukum dalam penegakkannya terhadap adanya pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi. Penguatan peran dewan etik hakim konstitusi sebagai penjaga marwah hakim konstitusi dapat terus ditingkatkan dengan membuka akses pengaduan dari masyarakat terhadap dugaan-dugaan pelanggaran etik yang dilakukan oleh hakim konstitusi.

Kata Kunci: Dewan Etik, Martabat, Hakim Konstitusi

Abstract

The Birth of the Board of Ethics of the Constitutional Judges cannot be separated from the effort to uphold a code of ethics and maintain of the dignity of the constitutional judges. Abuse of authority in the judiciary has led to the destruction of the legal system and the non-fulfillment of a sense of justice. Judicial mafias has destroyed the foundation of the authority of the judiciary and undermine the honor and dignity of judges, therefore it is necessary to take concrete measures to restore the authority of the judiciary and maintaining the honor of judges as the main pillars of the judiciary in enforcing law and justice. One concrete step is the need for strengthening the supervisory system of ethics against constitutional judges, the results of which will provide input to the Constitutional Court, whether the monitoring system of ethics against constitutional judges applied so far has been able to maintain the honor, dignity, and constitutional justices, and whether the system has provided legal certainty in its enforcement against violations of the Code of Ethics and Conduct of Constitutional Judges. Strengthening the role of the board of ethics of constitutional judges as guardians of constitutional judges dignity can be constantly improved by opening access to complaints from the public against allegations of ethical violations committed by constitutional judges.

Keywords: *The Board of Ethics, Dignity, The Constitutional Judges*

PENDAHULUAN

Perubahan mendasar UUD 1945 di bidang kekuasaan kehakiman dari sisi kelembagaan, melahirkan dua lembaga sebagai pelaku kekuasaan kehakiman yakni Mahkamah Agung (MA) dan Mahkamah Konstitusi (MK).¹ Apabila menilik pada proses perdebatan dalam perubahan UUD 1945, salah satu isu penting yang terkait dengan kekuasaan kehakiman adalah perlunya pengawasan terhadap hakim. Pentingnya pengawasan hakim dipertegas dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945, bahwa “Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai tugas lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku hakim”.

Kewenangan Komisi Yudisial lebih lanjut diatur di dalam Pasal 13 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 89, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4415, (UU Nomor 22 Tahun 2004), yaitu (a) mengusulkan pengangkatan Hakim Agung kepada DPR, dan (b) menegakkan kehormatan dan keluhuran

¹ Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 menegaskan bahwa “Kekuasaan kehakiman 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 sebuah Mahkamah Konstitusi”.

martabat serta menjaga perilaku hakim. Selanjutnya Pasal 20 UU Nomor 22 Tahun 2004, menegaskan bahwa “Dalam melaksanakan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 huruf b, Komisi Yudisial mempunyai tugas melakukan pengawasan terhadap perilaku hakim dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku hakim. sedangkan pengertian hakim menurut UU Nomor 22 Tahun 2004, ditegaskan dalam Pasal 1 angka 5 yang berbunyi: “Hakim adalah Hakim Agung dan hakim pada badan peradilan di semua lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung serta Hakim Mahkamah Konstitusi”.

Memperhatikan ketentuan Pasal 1, Pasal 13 dan Pasal 20 UU Nomor 22 Tahun 2004, Komisi Yudisial merupakan lembaga negara yang bersifat mandiri dan memiliki kewenangan untuk melakukan pengawasan terhadap Hakim Agung dan Hakim Konstitusi. Di samping itu, ketentuan pengawasan terhadap hakim konstitusi tersirat di dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi.

Namun, dalam perkembangannya berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006, kewenangan Komisi Yudisial terkait pengawasan terhadap hakim konstitusi dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Oleh karena itu, sejak diucapkannya Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006 pada tanggal 23 Agustus 2006 dalam sidang terbuka untuk umum, hakim konstitusi tidak memiliki pengawas yang bersifat eksternal, dan hanya diawasi oleh pengawas internal yakni Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, sebagaimana diatur di dalam Pasal 23 ayat (3) dan ayat (5) UU Nomor 24 Tahun 2003.

Dalam perkembangannya, melalui Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 70 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, (selanjutnya disebut UU Nomor 8 Tahun 2011), sistem pengawasan terhadap hakim konstitusi diatur lebih jelas dan tegas, meskipun pengaturannya masih bersifat internal. Konstruksi normatif dimaksud diatur dalam Pasal 27A UU Nomor 8 Tahun 2011. Sebagai tindak lanjut ketentuan tersebut, Mahkamah mengubah PMK Nomor 10/PMK/2006 menjadi PMK Nomor 1 Tahun 2013 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Sejalan dengan perkembangan Mahkamah, pada akhir tahun 2013, Mahkamah Konstitusi digoyahkan oleh peristiwa tertangkapnya Ketua Mahkamah Konstitusi

(Akil Mochtar), maka Mahkamah membentuk Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi untuk menangani kasus dugaan pelanggaran etik yang dilakukan oleh Ketua Mahkamah Konstitusi tersebut. Di samping itu, Mahkamah juga menganggap perlu untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim konstitusi tidak cukup hanya dilakukan oleh MKMK yang bersifat *ad hoc*, tetapi perlu ada organ yang bersifat tetap.

Beranjak dari realita dan kebutuhan tersebut, melalui PMK Nomor 2 Tahun 2013 tentang Dewan Etik Hakim Konstitusi, Mahkamah menginisiasi terbentuknya Dewan Etik Hakim Konstitusi yang merupakan perangkat Mahkamah untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta kode etik dan pedoman perilaku hakim konstitusi (Sapta Karsa Utama), yang bersifat tetap. Di satu sisi, keberadaan Dewan Etik mempunyai peran yang sangat penting, mengingat Dewan Etik bertugas untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta kode etik dan perilaku hakim konstitusi. Di sisi lain, keberadaan Dewan Etik belum memiliki landasan hukum yang jelas karena tidak ada satu pun peraturan perundang-undangan selain PMK 2 Tahun 2013, yang memerintahkan untuk membentuknya.

Peristiwa tertangkapnya Ketua Mahkamah Konstitusi oleh KPK tersebut, mendorong pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi, selanjutnya menjadi Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-Undang (UU Nomor 4 Tahun 2014), yang materi muatannya antara lain mengatur tentang sistem pengawasan terhadap hakim konstitusi melalui Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi yang bersifat tetap. Namun demikian, seluruh norma yang terkandung di dalam undang-undang *a quo*, dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengingat melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1-2/PUU-IX/2014. Sehingga ketentuan pengawasan terhadap hakim konstitusi kembali mendasarkan UU Nomor 8 Tahun 2011 dan PMK Nomor 1 Tahun 2013, serta PMK Nomor 2 Tahun 2013. Selanjutnya kedua PMK tersebut dicabut dan diubah menjadi PMK Nomor 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Oleh karena itu, dalam penulisan ini, persoalan yang menurut penulis relevan untuk dianalisis adalah bagaimana penguatan peran Dewan Etik MK dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi?.

PEMBAHASAN

1. Latar Belakang Pembentukan Dewan Etik

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945), dalam Pasal 24C ayat (5) telah menentukan persyaratan yang sangat tinggi untuk menjadi Hakim Konstitusi, yakni "*Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara*".

Persyaratan yang begitu tinggi bagi Hakim Konstitusi di atas dapat dimengerti karena MK memiliki posisi dan peranan strategis dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, yakni sebagai penjaga dan penafsir konstitusi. Betapapun Hakim Konstitusi sesungguhnya adalah juga manusia biasa yang sejatinya bersifat lemah dan tidak mungkin luput dari kesalahan. Oleh karena itu, menjadi sangat relevan apabila dibentuk perangkat yang bersifat tetap yang bernama Dewan Etik Hakim Konstitusi sebagai pelengkap keberadaan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi yang bersifat sementara (*ad hoc*).

Di samping itu, pada dasarnya pembentukan Dewan Etik Hakim Konstitusi juga dilatarbelakangi oleh peristiwa yang menimpa MK akibat Operasi Tangkap Tangan (OTT) yang dilakukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) terhadap M. Akil Mochtar (Ketua MK) waktu itu pada Oktober 2013 dalam kasus suap penanganan beberapa Perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Kepala Daerah. Peristiwa tersebut tentu mencoreng kredibilitas MK, sehingga dalam rangka menyelamatkan MK, Presiden menerbitkan Perppu No. 1 Tahun 2013 yang kemudian menjadi UU No. 2 tahun 2014, namun yang dilakukan Presiden dengan mengeluarkan Perppu tersebut justru dianggap mengintervensi MK. Oleh karena itu, melalui Putusan MK No. 1-2/PUU-XII/2014, MK menyatakan UU Penetapan Perppu MK bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Kemudian memberlakukan kembali UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011.

Namun demikian, upaya yang dilakukan MK dalam rangka mengembalikan marwah MK akibat kasus Akil Mochtar salah satunya yaitu dengan membentuk Dewan Etik Hakim Konstitusi melalui PMK No. 2 Tahun 2013 yang diganti dengan PMK No. 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Keberadaan Dewan Etik Hakim Konstitusi adalah sebagai perangkat untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim, serta Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi (*Sapta Karsa Utama*). Makna kata "*menjaga*" mengandung pengertian tindakan yang bersifat preventif, yang berarti mencegah atau menghindari adanya pelanggaran Kode Etik Hakim Konstitusi dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara. Sedangkan kata "*menegakkan*" mengandung pengertian tindakan secara represif, yaitu penindakan yang berupa pemberian sanksi terhadap hakim yang terbukti melanggar Kode Etik.

Dewan Etik memiliki kewenangan memeriksa dan memutus laporan pengaduan masyarakat dan informasi media/masyarakat terkait dugaan pelanggaran kode etik dan perilaku Hakim Konstitusi serta pelanggaran terhadap UU MK mengenai larangan dan kewajiban Hakim Konstitusi.

2. Kedudukan dan Keanggotaan Dewan Etik

Dewan Etik adalah perangkat yang bersifat tetap yaitu dalam rangka melakukan tugas sehari-hari, dalam arti Dewan Etik akan terus mengawasi dan memastikan bahwa seluruh hakim konstitusi dalam menjalankan tugas dan wewenangnya berjalan sesuai dengan aturan hukum yang datur dalam peraturan perundang-undangan dan aturan etika² sebagaimana termuat dalam Kode Etik³ dan Pedoman Perilaku. Sedangkan dalam hal terjadi pelanggaran berat atas dasar laporan masyarakat dan/atau informasi yang disampaikan atau diterima Dewan Etik, kemudian Dewan Etik dapat mengusulkan pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Mengenai keanggotaan, Dewan Etik terdiri dari 3 (tiga) orang anggota yang diusulkan oleh sebuah Panitia Seleksi dan berasal dari unsur-unsur: 1 (satu) orang mantan Hakim Konstitusi; 1 (satu) orang unsur akademisi; dan 1 (satu) orang unsur Masyarakat. Susunan Dewan Etik terdiri dari seorang

² Ahmad Charis Zubair, *Kuliah Etika*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1980), Cet.III, hlm.7

³ Abdul Kadir Muhammad, *Etika Profesi Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997), hlm. 13

Ketua merangkap Anggota dan dua orang Anggota, untuk Ketua dipilih dari dan oleh Anggota Dewan Etik secara musyawarah mufakat, sedangkan masa masa tugas selama 3 (tiga) tahun dan tidak dapat diangkat kembali.

Dengan demikian, harapan masyarakat terhadap integritas hakim konstitusi akan terjamin dengan keberadaan Dewan Etik Hakim Konstitusi dan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

3. Tugas dan Wewenang Dewan Etik

Dewan Etik adalah perangkat yang dibentuk oleh Mahkamah Konstitusi yang bersifat tetap untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat dan Kode Etik Hakim Konstitusi terkait dengan laporan dan/atau informasi mengenai dugaan pelanggaran yang dilakukan oleh Hakim Terlapor atau Hakim Terduga yang disampaikan oleh masyarakat.

1. Tugas Dewan Etik

Berdasarkan Peraturan MK No. 4 Tahun 2014, Dewan Etik Hakim Konstitusi memiliki tugas:

- a. melakukan pengumpulan, pengolahan, dan penelaahan laporan dan informasi tentang perilaku Hakim Konstitusi;
- b. menyampaikan laporan pelaksanaan tugas secara tertulis setiap tahun kepada Mahkamah Konstitusi.
- c. Menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan Kode Etik Hakim Konstitusi agar Hakim Konstitusi tidak melakukan pelanggaran yang berupa:
 - 1) melakukan perbuatan tercela;
 - 2) tidak menghadiri persidangan yang menjadi tugas dan kewajibannya sebanyak 5 (lima) kali berturut-turut tanpa alasan yang sah;
 - 3) melanggar sumpah atau janji jabatan;
 - 4) dengan sengaja menghambat Mahkamah Konstitusi memberi putusan dalam waktu 90 (sembilan puluh) hari sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7B UUD NRI 1945;
 - 5) melanggar Kode Etik Hakim Konstitusi;
 - 6) melanggar larangan-larangan sebagai hakim, yaitu:
 - a) merangkap jabatan sebagai pejabat Negara lainnya, anggota partai politik,, pengusaha, advokat, atau pegawai negeri;

- b) menerima suatu pemberian atau janji dari pihak yang berperkara, baik langsung, maupun tidak langsung;
 - c) mengeluarkan pendapat atau pernyataan di luar persidangan atas suatu perkara yang ditanganinya mendahului putusan;
- 7) tidak melaksanakan kewajiban sebagai Hakim untuk:
- a) menjalankan hukum acara sebagaimana mestinya;
 - b) memperlakukan para pihak yang berperkara dengan adil, tidak diskriminatif, dan tidak memihak; dan
 - c) menjatuhkan putusan secara objektif didasarkan pada fakta dan hukum yang dapat dipertanggungjawabkan;
2. Kewenangan Dewan Etik
- Adapun dalam melaksanakan tugasnya di atas, berdasarkan Peraturan MK No. 4 Tahun 2014 Dewan Etik memiliki kewenangan:
- a. Menyampaikan pendapat secara tertulis atas pertanyaan Hakim Konstitusi mengenai suatu perbuatan yang mengandung keraguan sebagai pelanggaran terhadap ketentuan sebagaimana dimaksud Pasal 21 ayat (2) PMK 2/2014;
 - b. memanggil dan memeriksa Hakim Terlapor atau Hakim Terduga untuk memberikan penjelasan dan pembelaan, termasuk untuk diminta dokumen atau alat bukti lain;
 - c. memanggil dan meminta keterangan pelapor, saksi dan/atau pihak lain yang terkait dengan dugaan pelanggaran yang dilakukan oleh Hakim Terlapor atau Hakim Terduga;
 - d. menjatuhkan sanksi berupa teguran lisan kepada Hakim Terlapor atau Hakim Terduga yang terbukti melakukan pelanggaran sebagaimana dimaksud Pasal 21 ayat (2) PMK 2/2014;
 - e. mengusulkan pembentukan Majelis Kehormatan untuk memeriksa dan mengambil keputusan terhadap Hakim Terlapor atau Hakim Terduga yang telah melakukan pelanggaran berat atau telah mendapat teguran lisan sebanyak 3 (tiga) kali;
 - f. mengusulkan pembebastugasan Hakim Terlapor atau Hakim Terduga yang telah melakukan pelanggaran berat atau telah mendapat teguran lisan sebanyak 3 (tiga) kali.

4. Pelaksanaan Tugas dan Wewenang Dewan Etik

Sesuai dengan tugas dan wewenang Dewan Etik di atas, dalam pelaksanaannya Dewan Etik telah memeriksa perkara terkait dugaan pelanggaran Kode Etik baik yang berasal dari laporan masyarakat maupun berdasarkan informasi dari media. Terhadap laporan dari masyarakat yaitu laporan yang diajukan oleh perseorangan, kelompok orang, lembaga atau organisasi mengenai dugaan pelanggaran Kode Etik yang dilakukan oleh Hakim Terlapor, baik terkait dengan proses penanganan perkara konstitusi maupun di luar penanganan perkara konstitusi. Sedangkan berdasarkan informasi adalah informasi mengenai dugaan pelanggaran Kode Etik yang dilakukan oleh Hakim Terduga berdasarkan pemberitaan media massa baik cetak maupun elektronik dan dari masyarakat.

Adapun tahapan penanganan perkara dugaan pelanggaran Kode Etik yaitu sebagai berikut:



Rapat Dewan Etik untuk melakukan pemeriksaan terhadap Hakim Terlapor atau Hakim Terduga dilakukan secara tertutup, sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 12 Peraturan Dewan Etik No. 1 Tahun 2014 yang menyatakan:

- (1) Pemeriksaan oleh Dewan Etik dilakukan dalam suatu Rapat Pemeriksaan Dewan Etik yang bersifat tertutup yang dipimpin oleh Ketua Dewan Etik dan dihadiri oleh seluruh Anggota Dewan Etik.

- (2) Dalam Rapat Pemeriksaan, Pelapor menjelaskan isi laporannya ataupun mengajukan alat bukti, baik berupa surat atau dokumen tertulis lainnya, Saksi, Ahli, dan alat-alat bukti lainnya.
- (3) Hakim Terlapor atau Hakim Terduga diberi kesempatan seluas-luasnya untuk memberikan penjelasan, klarifikasi, dan pembelaan, serta pengajuan alat-alat bukti terkait laporan atau informasi mengenai dugaan pelanggaran yang dilakukannya.
- (4) Media massa dan masyarakat yang menginformasikan adanya dugaan pelanggaran Hakim Konstitusi dapat dipanggil dalam Rapat Pemeriksaan Dewan Etik.

Adapun mengenai dugaan pelanggaran terhadap Kode Etik dibedakan dalam pelanggaran ringan dan pelanggaran berat, untuk pelanggaran ringan yaitu pelanggaran yang berdasarkan penilaian Dewan Etik sifatnya ringan dan pelanggaran dimaksud dilakukan kurang dari 3 (tiga) kali. Sedangkan pelanggaran berat adalah pelanggaran ringan yang telah dilakukan 3 (tiga) kali dan/atau pelanggaran yang berdasarkan penilaian Dewan Etik bersifat berat karena mencemarkan nama baik dan bahkan membahayakan eksistensi dan/atau fungsi Mahkamah.

Dalam hal Dewan Etik menyimpulkan adanya pelanggaran yang dilakukan oleh hakim terlapor atau hakim terduga, Dewan Etik dapat memberikan sanksi tergantung pada tingkat pelanggarannya, untuk sanksi terhadap pelanggaran ringan berupa teguran lisan, sedangkan terhadap pelanggaran berat Dewan Etik mengusulkan kepada Ketua Mahkamah untuk membentuk Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dan usul pembebasan tugas sementara sebagai Hakim Konstitusi.

1) Penanganan Perkara Tahun 2014

Anatomi perkara, baik berupa Laporan maupun informasi masyarakat tentang dugaan pelanggaran Kode Etik oleh hakim konstitusi pada tahun 2014 adalah sebagai berikut:

- a. Perkara masuk sejumlah 25 perkara yang terdiri atas 15 perkara Pemilukada, 5 (lima) perkara Pemilu Legislatif, satu perkara Pemilu Presiden, dua perkara pengujian Undang-Undang, dan dua perkara lain-lain.

b. Perkara yang ditindaklanjuti sebanyak 9 (sembilan) perkara, terdiri atas 2 (dua) perkara Pemilukada, 4 (empat) perkara Pemilu Legislatif, satu perkara pengujian undang-undang, dan dua perkara lain-lain.

Dari sembilan perkara yang ditindaklanjuti tidak ada sanksi yang dijatuhkan oleh Dewan Etik, melainkan beberapa saran dan/atau rekomendasi sebagai berikut:

- 1) Agar Pimpinan MK menertibkan pemberian izin kepada Hakim Konstitusi yang melakukan kegiatan di luar tugas pokoknya;
- 2) Agar Pimpinan MK menyempurnakan penerapan Hukum Acara MK, khususnya mengenai Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) dan membuat pertimbangan hukum;
- 3) Agar Putusan MK yang dimaksudkan sebagai Putusan Sela disebutkan secara eksplisit dalam putusan supaya tidak menimbulkan kesalahpahaman;
- 4) Agar Hakim Konstitusi lebih mengontrol sikap dan ucapannya supaya tidak menimbulkan salah paham sehingga menduga sebagai pelanggaran etik;
- 5) Agar MK terus menerus memperbaiki sistem penanganan perkara Perselisihan Hasil Pemilu Umum (PHPU) dengan menekankan pada peranan hakim dan panitera khususnya dalam proses pembuktian;
- 6) Agar Hakim Konstitusi lebih hati-hati berbicara, meskipun dalam forum ilmiah, atas suatu masalah yang berpotensi menjadi perkara konstitusi di MK;
- 7) Agar MK mengkaji ulang diperbolehkannya pemohon perseorangan dalam PHPU Legislatif, sebab peserta dalam Pemilu DPR dan DPRD adalah partai politik, bukan perseorangan seperti halnya pemilu anggota DPD. Hal itu penting agar tidak menimbulkan perpecahan dalam internal partai politik.
- 8) Agar para Hakim Konstitusi dan Panitera lebih cermat dan hati-hati dalam menangani perkara PHPU, sebab ketidakcermatan berpotensi untuk pelanggaran etik.

Merenungkan kembali (refleksi) penanganan perkara dugaan pelanggaran etik oleh Dewan Etik pada tahun 2014, masih banyak hal yang harus diperbaiki, antara lain:

- a. Mekanisme dan prosedur beracara di Dewan Etik;
 - b. Penyusunan Berita Acara Pemeriksaan dan model putusan;
 - c. Ruang atau tempat sidang Dewan Etik;
 - d. Perlu tidaknya dipublikasikan putusan Dewan Etik.
- 2) Penanganan Perkara Tahun 2015
- a. Sejak Januari sampai dengan Desember 2015, Dewan Etik telah menerima laporan masyarakat sebanyak 3 (tiga) laporan. Dari laporan masyarakat yang masuk, sebanyak 2 (dua) laporan memenuhi syarat untuk ditindak lanjuti, dengan rincian sebagai berikut:
 - 1) Laporan yang diajukan oleh Nico Indra Sakti terhadap dugaan pelanggaran Kode Etik yang dituduhkan kepada Hakim Konstitusi Suhartoyo tatkala menjadi Hakim dan Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Selatan. Laporan tersebut ditindaklanjuti dalam Rapat Pemeriksaan oleh Dewan Etik;
 - 2) Laporan yang diajukan oleh Forum Aliansi Masyarakat Anti Gerakan Menodai Konstitusi (Forum Amankan MK) tentang dugaan pelanggaran Kode Etik Hakim Konstitusi Anwar Usman dan Suhartoyo kerana menghadiri acara pelantikan Ketua Pengadilan Negeri Kepanjen, Malang pada tanggal 31 Juli 2015. Laporan tersebut tidak secara lengkap mencantumkan identitas lengkap Pelapor, sehingga dapat dikategorikan sebagai surat kaleng yang tidak dapat diketahui secara jelas siapa pengirimnya. Format laporan pelapor tidak memenuhi salah satu ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Peraturan Dewan Etik Hakim Konstitusi Nomor 1 Tahun 2014 tentang Mekanisme Kerja dan Tata Cara Pemeriksaan Laporan dan Informasi, sehingga tidak dapat diproses dan ditindaklanjuti;
 - 3) Laporan yang diajukan oleh Gerakan Mahasiswa Hukum Jakarta (GMHJ) tentang dugaan pelanggaran Kode Etik Hakim Konstitusi Arief Hidayat, Anwar Usman, Suhartoyo, dan Manahan M.P. Sitompul dalam Penanganan Perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 43/PUU-XIII/2015. Laporan tersebut ditindaklanjuti dalam Rapat Pemeriksaan oleh Dewan Etik.

- b. Pelaksanaan tugas terkait penanganan dugaan pelanggaran Kode Etik yang berdasarkan informasi sejak Januari s.d Desember 2015 belum ada, karena belum ada informasi yang yang diduga terdapat pelanggaran Kode Etik oleh Hakim Konstitusi.
- c. Laporan masyarakat yang ditindaklanjuti dalam Rapat Pemeriksaan Dewan Etik pada periode Januari s.d. Desember 2015 dan kemudian kesimpulan dan keputusannya dituangkan dalam Berita Acara Pemeriksaan berjumlah 2 (dua) perkara, yaitu sebagai berikut :
 - 1) Berita Acara Pemeriksaan Nomor 10/Lap-II/BAP/DE/2015 (Laporan Nico Indra Sakti);
 - 2) Berita Acara Pemeriksaan Nomor 11/Lap-II/BAP/DE/2015 (Laporan Organisasi Gerakan Mahasiswa Hukum Jakarta)
- d. Pelaksanaan tugas terkait penyampaian pendapat tertulis atas pertanyaan Hakim Konstitusi belum ada, karena belum ada permintaan dari Hakim Konstitusi. Akan tetapi, baik dalam Berita Acara Pemeriksaan maupun dalam surat resmi, Dewan Etik selalu menyampaikan rekomendasi untuk berbagai perbaikan kepada MKRI dalam menangani perkara-perkara konstitusi, khususnya Pengujian Undang-Undang dan Perselisihan Hasil Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota.

5. Rekomendasi Dewan Etik dalam Pemeriksaan Hakim Konstitusi

Sejak Dewan Etik dibentuk sampai sekarang, Dewan Etik telah memberikan Rekomendasi yang dimuat dalam Berita Acara Pemeriksaan (BAP), yaitu sebagai berikut:

- 1. Rekomendasi dalam BAP No. 01/Info-1/BAP/DE/2014: “Pimpinan MK agar menertibkan perizinan bagi Hakim Konstitusi yang akan melakukan kegiatan di luar tugas pokoknya agar tidak mengganggu sidang MK”.
- 2. Rekomendasi dalam BAP No. 02/Lap-1/BAP/DE/2014: “penyempurnaan dalam penerapan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, khususnya dalam masalah Rapat Permusyawaratan Hakim dan Pertimbangan Mahkamah dalam Putusan suatu perkara Konstitusi”.
- 3. Rekomendasi dalam BAP No. 03/Lap-1/BAP/DE/2014: “Meskipun tidak terdapat pelanggaran Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim, namun untuk perbaikan di masa depan, hendaknya Mahkamah

selalu menyebut dengan tegas bahwa Putusan yang memerintahkan pemilu ulang, penghitungan suara ulang, dan verifikasi ulang sebagai Putusan sela, agar pihak-pihak yang berperkara lebih mudah memahaminya”.

4. BAP No. 04/Lap-1/BP/DE/2014: tidak ada rekomendasi.
5. BAP No. 05/Lap-1/BAP/DE/2014: tidak ada rekomendasi.
6. Rekomendasi dalam BAP No. 06/Lap-1/BAP/DE/2014:
 - *Hakim Konstitusi harus mengontrol sikap dan ucapannya agar tidak menimbulkan kesalahpahaman dari pihak-pihak yang tingkat sensitifitasnya berbeda-beda agar tidak dinilai melanggar Kode Etik;*
 - *Bahwa Mahkamah harus terus menerus memperbaiki dan menyempurnakan sistem penanganan PHPU agar lebih efektif dan efisien, tetapi tidak mengurangi esensi penanganan suatu perkara yang merupakan ranah kewenangan Hakim yang dibantu oleh Panitera, terutama terkait dengan proses pembuktian.*
7. Rekomendasi dalam BAP No. 07/Lap-1/BAP/DE/2014: “Bahwa meskipun Hakim Terlapor tidak melakukan pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi, tetapi Dewan Etik perlu mengingatkan agar Hakim terlapor lebih hati-hati dalam berbicara meskipun dalam forum kegiatan ilmiah, karena Penerapan Butir 10 huruf a Prinsip Kepantasan dan Kesopanan Kode Etik telah menentukan bahwa: *Dengan tetap mengutamakan dan terikat pada aturan-aturan tentang tugas-tugasnya di bidang peradilan serta dengan tetap mempertahankan prinsip independensi dan ketakberpihakan, Hakim Konstitusi boleh: menulis, memberi kuliah, mengajar, dan turut serta dalam kegiatan-kegiatan ilmiah di bidang hukum dan peradilan atau hal-hal-hal yang terkait dengannya”.*
8. Rekomendasi dalam BAP No. 08/Lap-1/BAAP/DE/2014:
 - *Mahkamah perlu mengkaji ulang tentang diperbolehkannya permohonan PHPU perseorangan, sebab hal itu tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 22E ayat (3) UUD NRI 1945 yang menyatakan bahwa peserta Pemilu anggota DPR dan DPRD adalah partai politik, yang berarti sesungguhnya pemegang legal standing dalam PHPU DPR dan DPRD adalah partai politik. Ditiadakannya pemohon perseorangan akan mengurangi jumlah perkara PHPU DPR dan DPRD yang sangat banyak yang harus diselesaikan dalam waktu yang sangat singkat dan sekaligus mengurangi konflik internal partai politik peserta Pemilu;*

- *Mahkamah perlu terus menerus menyempurnakan mekanisme penyelesaian PHPU DPR, DPD, dan DPRD agar lebih efektif dan efisien.*
9. Rekomendasi dalam BAP No. 09/Lap-1/BAP/DE/2014: “agar para Hakim Terlapor lebih cermat dan hati-hati dalam memutus perkara PHPU, karena kekurangcermatan akan berpotensi pelanggaran Kode Etik”.
 10. BAP No. 10/Lap-II/BAP/DE/2015: tidak ada rekomendasi.
 11. Rekomendasi dalam BAP No. 11/Lap-II/BAP/DE/2015: “di masa datang pola komunikasi antara hakim dengan para pihak dalam persidangan perlu diperbaiki agar tidak menimbulkan miskomunikasi dan kesalahpahaman yang dapat berakibat terjadinya pelanggaran Kode Etik.”
 12. BAP No. 12/Lap-III/BAP/DE/2016: tidak ada rekomendasi.
 13. BAP No. 13/Info-III/BAP/DE/2016: Dewan Etik menjatuhkan keputusan dengan sanksi “Teguran Lisan”.

6. Penguatan Peran Dewan Etik

Hakim Konstitusi merupakan pilar utama dalam menjalankan wewenang dan tugas konstitusionalnya sesuai dengan ketentuan perundang-undangan. Hakim dalam menjalankan wewenang dan tugas konstitusionalnya, harus memiliki integritas dan imparsialitas, serta akuntabilitas. Di samping itu, hakim juga membutuhkan kepercayaan dari masyarakat dan para pencari keadilan, karena dengan adanya integritas, imparsialitas, dan akuntabilitas, serta kepercayaan itulah hakim mampu memberikan putusan yang adil bagi para pencari keadilan. Kepercayaan terhadap hakim konstitusi tidaklah muncul dengan sendirinya, harus dibuktikan dengan berbagai kegiatan yang nyata dalam mengawal dan mengakkan hukum dan keadilan. Tindakan nyata tersebut, tidak terlepas dari kesungguhan Hakim Konstitusi dalam menjunjung tinggi independensi dan imparsialitas dalam menangani perkara. Pasal 24B ayat (5) UUD 1945, menegaskan bahwa “*hakim konstitusi juga harus memiliki integritas, kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, sesuai yang dimaksud dalam UUD 1945.*”⁴ Oleh karena itu, dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan, serta

⁴ Pasal 24C ayat (5) UUD 1945. Mafia peradilan adalah “perbuatan yang bersifat sistematis, konspiratif, kolektif dan terstruktur yang dilakukan oleh aktor tertentu (aparatus penegak hukum dan pencari keadilan) untuk memenangkan kepentingannya melalui penyalahgunaan wewenang, kesalahan administrasi dan perbuatan melawan hukum yang mempengaruhi proses penegakan hukum sehinggamenyebabkan rusaknya sistem hukum dan tidak terpenuhinya rasa keadilan ” (Definisi KP2KKN, 2006, dalam pelatihan Anti Mafia Peradilan). Penyalahgunaan wewenang sendiri sebagaimana tersebut di atas, menurut UU No. 3/1971 yang telah diperbarui oleh UU No. 31/ 1999 jo UU No20/ 2001 termasuk dalam kategori tindak pidana korupsi.

menjaga kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim konstitusi, fungsi pengawasan etik memiliki arti penting untuk menjaga hakim dari penyalahgunaan wewenangnya. Hal utama yang menjadi sorotan masyarakat untuk mempercayai hakim adalah perilaku hakim dalam menjalankan tugas yudisialnya maupun dalam kesehariannya.

Praktik penyalahgunaan wewenang di lembaga peradilan dewasa ini sudah dianggap oleh seluruh masyarakat dan para pencari keadilan, merupakan penyalahgunaan wewenang yang sangat luar biasa di ranah kekuasaan kehakiman dan bahkan sudah dianggap merupakan mafia peradilan, sehingga menyebabkan rusaknya sistem hukum dan tidak terpenuhinya rasa keadilan. Menyadari dampak dari mafia peradilan yang merusak sistem peradilan di Indonesia, dan telah menghancurkan sendi-sendi kewibawaan lembaga peradilan dan meruntuhkan kehormatan dan keluhuran martabat hakim, maka perlu adanya langkah-langkah konkrit untuk mengembalikan kewibawaan lembaga peradilan dan menjaga dan menegakkan kehormatan hakim sebagai pilar utama lembaga peradilan dalam menegakkan hukum dan keadilan. Salah satu langkah konkrit itu, harus dilakukan evaluasi pelaksanaan sistem pengawasan etik terhadap hakim konstitusi, yang hasilnya akan memberikan masukan kepada Mahkamah Konstitusi, apakah sistem pengawasan etik terhadap hakim konstitusi yang berjalan selama ini telah mampu menjaga kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim konstitusi, dan apakah sistem tersebut telah memberikan kepastian hukum dalam penegakkannya terhadap adanya pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi.

Dalam kaitannya dengan penguatan peran Dewan Etik, dapat dilihat dari lahirnya Putusan MK Nomor 1-2/PUU-XII/2014 sampai dengan sekarang. Sebagai akibat hukum dari putusan tersebut yang amar putusannya menyatakan:

“Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-Undang beserta lampirannya (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 5, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5493) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”

maka UU No. 4/2014 tidak berlaku lagi karena tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat dan UU No. 24/2003 sebagaimana telah diubah UU No. 8/2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi berlaku kembali sebagaimana sebelum diubah. Dengan demikian pada periode ini sistem pengawasan etik Hakim Konstitusi berlaku kembali sesuai dengan ketentuan Pasal 27A UU No. 8/2011 dan Putusan MK Nomor 49/PUU-IX/2011.

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, meskipun UU No. 8/2011 telah mengakomodir akan pentingnya suatu pengawasan terhadap Hakim Konstitusi sebagaimana tertuang dalam ketentuan Pasal 27A dan Pasal 27B UU No. 8/2011 tersebut, namun UU tersebut belum mengakomodir adanya mekanisme pengawasan yang bersifat eksternal dan mandiri dalam rangka menjaga dan menegakkan pelanggaran Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi. Berdasarkan UU No. 8/2011 organ yang melakukan penegakan terhadap pelanggaran Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi adalah Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (MKMK) yang hanya bersifat *ad hoc*. Oleh karena itu, dengan dibatalkannya UU No. 4/2014 yang sempat mengadopsi pengawasan eksternal, maka sistem pengawasan etik Hakim Konstitusi kembali lagi menjadi hanya pengawasan yang bersifat internal.

Selanjutnya MK menjabarkan lebih lanjut mengenai sistem pengawasan etik pada periode ini melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut dengan "PMK No. 2/2014"). PMK No. 2/2014 tersebut menggantikan PMK No. 1/2013 dan PMK No. 2/2013. Secara substansi tidak banyak perubahan yang diatur dalam PMK No. 2/2014. Bahkan dapat dikatakan PMK No. 2/2014 secara substansi hanya menggabungkan saja ketentuan yang terdapat dalam PMK No. 1/2013 dan PMK No. 2/2013.

Terdapat sejumlah pandangan mengapa kemudian MK menggabungkan PMK tentang MKMK dan PMK tentang Dewan Etik pada periode ini. Salah satunya adalah untuk menyiasati keberadaan Dewan Etik yang memang tidak diatur dalam UU MK. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya Dewan Etik pertama kali muncul dengan dasar hukum PMK No. 2/2013. Kelahiran Dewan Etik tersebut merupakan reaksi internal MK dalam menyikapi tertangkapnya Ketua MK Akil Mochtar. Namun, perlu diketahui bahwa pembentukan Dewan Etik tersebut tidak memiliki pijakan Undang-Undang.

Dipertahankannya Dewan Etik dalam PMK No. 2/2014 sudah mendapat sinyal dari MK pasca dibacakannya Putusan MK Nomor 1-2/PUU-XII/2014. Selang beberapa saat setelah lahirnya putusan MK tersebut, MK mengeluarkan peraturan sebagai dasar kerja MKMK dan Dewan Etik. Dalam peraturan tersebut diatur mengenai konstruksi Dewan Etik yang otomatis berada dalam MKMK atau sebagai pelaksana harian. MKMK sendiri terdiri dari 5 (lima) orang, mengingat Dewan Etik berjumlah 3 (tiga) orang, maka untuk MKMK akan ditambah dari unsur Komisi Yudisial dan Hakim Konstitusi.⁵ Dengan demikian, Dewan Etik memiliki peran yang cukup sentral dalam penegakan kode etik Hakim Konstitusi. Dewan Etik memiliki peran untuk melakukan pengawasan terhadap perilaku Hakim Konstitusi.

Di satu sisi keberadaan Dewan Etik memberikan angin segar bagi prospek penegakan kode etik Hakim Konstitusi. Namun di sisi lain keberadaan Dewan Etik memunculkan sejumlah pertanyaan di kalangan publik. Beberapa hal yang dianggap problematis terkait dengan eksistensi Dewan Etik adalah sebagai berikut: *pertama*, mengenai dasar hukum pembentukan Dewan Etik. Sebagaimana telah disinggung sebelumnya bahwa kemunculan Dewan Etik tidak didasarkan pada Undang-Undang melainkan hanya didasarkan pada PMK. Secara ketatanegaraan hal tersebut tentu sangat problematis dan berpotensi memunculkan persoalan hukum.

Kedua, terkait dengan pos anggaran untuk membiayai Dewan Etik. Sebagai implikasi tidak adanya pijakan Undang-Undang yang memayungi pembentukan Dewan Etik, maka muncul perdebatan apakah Dewan Etik dapat dibiayai menggunakan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN). Persoalan ini tentu sangat penting untuk dicari jawabannya, mengingat tanpa adanya anggaran yang dialokasikan khusus, suatu institusi tidak akan mungkin dapat berjalan dengan baik.

Ketiga, terkait dengan kualifikasi Dewan Etik apakah merupakan pengawas internal atau pengawas eksternal. Apabila melihat komposisi keanggotaan Dewan Etik, maka sulit untuk mengatakan lembaga ini adalah lembaga pengawas internal, sebab seluruh komposisi keanggotaannya berasal dari luar MK (eksternal). Dalam Pasal 15 PMK No. 2/2014 diatur bahwa Dewan Etik mempunyai anggota berjumlah 3 (tiga) orang yang bersifat tetap selama masa

⁵ <http://www.tribunnews.com/nasional/2014/03/04/ky-apa-dasar-mk-kembali-bentuk-majelis-kehormatan-hakim-konstitusi>, diakses tanggal 12 Agustus 2016.

3 (tiga) tahun yang terdiri atas: (1) satu orang mantan Hakim Konstitusi, (1) satu orang Guru Besar dalam bidang hukum, dan (1) satu orang tokoh masyarakat.⁶ Akan tetapi, oleh karena Dewan Etik ini dibentuk oleh MK, maka sulit juga untuk mengatakan bahwa lembaga ini adalah lembaga eksternal.

Ambivalensi mengenai kualifikasi Dewan Etik ini tentu sangat problematis, mengingat MK dalam putusannya Nomor 005/PUU-IV/2006 dan diperkuat dalam putusan Nomor 1-2/PUU-XII/2014 telah menyatakan bahwa MK sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman yang merdeka tidak dapat diintervensi dalam bentuk apapun. Adanya pengawasan⁷ dari lembaga negara lain terhadap MK akan mengganggu kemerdekaan Hakim Konstitusi dalam melaksanakan kewenangannya. Dalam pertimbangan hukum Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 disebutkan sebagai berikut:⁸

“.... Di samping itu, Mahkamah Konstitusi harus mempertimbangkan pula alasan substantif yang lebih serius dan mendasar untuk menolak segala upaya yang menempatkan perilaku Hakim Konstitusi sebagai objek pengawasan oleh lembaga negara lain. Dengan menjadikan perilaku Hakim Konstitusi sebagai objek pengawasan oleh KY, maka kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pemutus sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara menjadi terganggu dan terjebak ke dalam anggapan sebagai pihak yang tidak dapat bersikap imparisial, khususnya apabila dalam praktik timbul persengketaan kewenangan antara KY dengan lembaga lain, seperti halnya dalam kasus persengketaan antara MA dan KY yang terkait dengan perkara a quo.”

Berdasarkan uraian di atas, apabila Dewan Etik dikualifikasikan sebagai pengawas eksternal, hal tersebut tentu menunjukkan inkonsistensi MK dalam menyikapi desain sistem pengawasan bagi Hakim Konstitusi.

Selain itu, PMK No. 2/2014 juga mengatur pembagian tugas dan wewenang antara Dewan Etik dan MKMK. Walaupun Dewan Etik dan MKMK sama-sama sebagai perangkat yang dibentuk oleh Mahkamah Konstitusi untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat dan kode etik⁹ hakim konstitusi, Majelis Kehormatan dibentuk atas usul Dewan Etik, namun

⁶ Lihat Pasal 15 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

⁷ Mardjono Reksodiputro, “Komisi Yudisial: Wewenang dalam Rangka Menegakkan Kehormatan dan Keluhuran Martabat serta Menjaga Perilaku Hakim di Indonesia” dalam Bunga Rampai Setahun Komisi Yudisial, (Jakarta: Komisi Yudisial, Cetakan Ketiga, 2010), hlm. 35.

⁸ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi 005/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hlm. 174.

⁹ Wildan Suyuti Mustofa, Kode Etik Hakim, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, Cetakan Kedua, 2013), hlm. 267.

terdapat pembagian tugas dan wewenang antara keduanya. Apabila melihat konstruksi pembagian tugas dan wewenang antara Dewan Etik dan MKMK, dapat disimpulkan Dewan Etik berwenang menegakkan pelanggaran kode etik Hakim Konstitusi yang ringan, sedangkan MKMK berwenang menegakkan pelanggaran kode etik Hakim Konstitusi yang berat.

Mengenai komposisi keanggotaan MKMK sendiri agak berbeda dengan komposisi keanggotaan Dewan Etik. Kalau anggota Dewan Etik seluruhnya dari pihak luar (eksternal), maka anggota MKMK tidak seluruhnya dari pihak luar (eksternal). Dalam komposisi keanggotaan MKMK terdapat 1 orang Hakim Konstitusi yang menjadi anggota MKMK. Dalam Pasal 5 PMK No. 2/2014 diatur bahwa anggota MKMK terdiri dari lima orang yaitu: 1 (satu) orang Hakim Konstitusi, 1 (satu) orang Komisi Yudisial, 1 (satu) orang mantan Hakim Konstitusi, 1 (satu) orang Guru Besar dalam bidang hukum, dan 1 (satu) orang tokoh masyarakat.¹⁰

Dengan demikian diketahui bahwa pada periode ini terdapat dua lembaga yang melakukan pengawasan terhadap etika¹¹ dan perilaku Hakim Konstitusi, yaitu Dewan Etik yang bersifat tetap dan MKMK yang bersifat *ad hoc*. MKMK sendiri baru dapat dibentuk apabila terdapat usul yang disampaikan oleh Dewan Etik. Artinya Dewan Etik memiliki peranan yang besar dalam sistem pengawasan etik pada periode ini, karena terbentuk tidaknya MKMK akan sangat bergantung pada usul yang disampaikan oleh Dewan Etik.

Kedudukan Dewan Etik adalah dalam rangka mengawasi dan memastikan bahwa seluruh hakim konstitusi dalam menjalankan tugas dan wewenangnya berjalan sesuai dengan aturan hukum yang datur dalam peraturan perundangundangan dan aturan etika sebagaimana termuat dalam Kode Etik dan Pedoman Perilaku. Sedangkan dalam hal terjadi pelanggaran berat atas dasar laporan masyarakat dan/atau informasi yang disampaikan atau diterima Dewan Etik, kemudian Dewan Etik dapat mengusulkan pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Maka, kehormatan dan keluhuran martabat serta integritas hakim konstitusi akan terjamin dengan keberadaan Dewan Etik Hakim Konstitusi dan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Berdasarkan analisis di atas, untuk menguatkan independensi dan integritas, serta agar tetap terjaganya kehormatan, keluhuran martabat

¹⁰ Pasal 5 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

¹¹ Jimly Asshiddiqie, *Peradilan Etik dan Etika Konstitusi*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), hlm.83.

serta terhindarnya dari penyalahgunaan wewenang yang dimilikinya, maka penguatan kelembagaan sistem pengawasan etik, merupakan suatu keniscayaan yang harus diwujudkan. Konstruksi normatif sistem pengawasan etik terhadap hakim konstitusi yang tertuang di dalam undang-undang Mahkamah Konstitusi dipandang belummampu memberikan pengaturan secara komprehensif bagi kebutuhan Mahkamah Konstitusi, baik pada aspek kelembagaan maupun tata beracara persidangan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dan Dewan Etik Hakim Konstitusi. Oleh karena itu, diperlukan Rekonstruksi normatif melalui usulan perubahan UU Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 8 Tahun 2011, khususnya terkait penguatan lembaga pengawas etik terhadap hakim konstitusi.

KESIMPULAN

Penguatan peran dewan etik pada dasarnya dapat dilihat dari beberapa aspek yaitu, dengan dibentuknya Dewan Etik dapat disimpulkan sejatinya MK masih membutuhkan lembaga pengawas dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku Hakim Konstitusi, terlepas apakah lembaga pengawas itu bersifat internal ataupun eksternal. Sebagaimana telah disinggung sebelumnya, kualifikasi Dewan Etik sendiri masih menyisakan perdebatan apakah Dewan Etik itu dapat dikualifikasikan sebagai lembaga pengawas internal atau lembaga pengawas eksternal. Hal mana secara komposisi keanggotaan Dewan Etik berasal dari luar MK, akan tetapi dipilih oleh MK. Sedangkan secara kelembagaan Dewan Etik tetap berada di luar struktur MK. Kondisi inilah yang menyebabkan kedudukan Dewan Etik sulit dikualifikasi sebagai lembaga pengawas internal atau eksternal. Pengawasan internal saja menurut penulis tidak cukup efektif untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat dan kode etik Hakim Konstitusi. Padahal ketidakefektifan lembaga pengawas internal dapat menyebabkan terjadinya penyalahgunaan wewenang di lembaga peradilan.

Oleh karena itu, ke depan perlu didesain sistem pengawasan etik bagi Hakim Konstitusi yang tidak hanya bersifat internal, tetapi juga bersifat eksternal dengan penguatan kelembagaan pengawas etik terhadap hakim konstitusi melalui perubahan Undang-Undang Nomor 24/2003 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8/2011 tentang Mahkamah Konstitusi. Hal itu dilakukan

untuk memaksimalkan dan lebih mengefektifkan sistem pengawasan etik bagi Hakim Konstitusi dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim konstitusi. Apalagi dengan kewenangan yang begitu besar yang diberikan oleh UUD 1945, praktik-praktik penyalahgunaan kekuasaan sangat mungkin terjadi di MK, sehingga sudah seharusnya MK memiliki sistem pengawasan etik yang efektif guna melindungi hakim konstitusi dari pelanggaran kode etik dan *abuse of power*.

DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad Charis Zubair, 1980, *Kuliah Etika*, Jakarta: Rajawali Pers, Cet.III
- Abdul Kadir Muhammad, 1997, *Etika Profesi Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti
- Asshiddiqie, Jimly, 1993, "*Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia, Pergeseran Keseimbangan Antara Individualisme dan Kolektivisme dalam Kebijakan Demokrasi Politik dan Demokrasi Ekonomi Selama Tiga Masa Demokrasi, 1945-1980-an*", Jakarta: Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia
- _____, "*Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan*". 1998, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta,
- Attamimi, A. Hamid S. 1990, "*Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara; Suatu Studi Analisa mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I-Pelita IV*", Jakarta: Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia
- Fatmawati, 2005, "*Pandangan Jhon Rawls tentang Keadilan dan Konsep Keadilan Menurut Beberapa Ahli*," Jakarta: Disertasi Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia
- Hakim, Lukman, 2009, "*Eksistensi Komisi-Komisi Negara Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*," Malang: Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
- Jimly Asshiddiqie, 2014, *Peradilan Etik dan Etika Konstitusi*, Jakarta: Sinar Grafika,

Muhammad Nuh, 2011, *Etika Profesi Hukum*, Bandung: Pustaka Setia

Mardjono Reksodiputro, 2010, "*Komisi Yudisial: Wewenang dalam Rangka Menegakkan Kehormatan dan Keluhuran Martabat serta Menjaga Perilaku Hakim di Indonesia*" dalam *Bunga Rampai Setahun Komisi Yudisial*, Jakarta: Komisi Yudisial, Cetakan Ketiga

Sekretariat Jenderal Komisi Yudisial RI, 2013, *Risalah Komisi Yudisial RI*, Jakarta: Komisi Yudisial RI

Wildan Suyuti Mustofa, 2013, *Kode Etik Hakim*, Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, Cetakan Kedua

Penerapan Pasal 1 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dalam Perspektif Kontemporer

Implementation of Article 1 Paragraph (2) of Indonesian Criminal Code in Contemporary Perspective

Damian Agata Yuvens

Universitas Indonesia

Kampus UI Depok, Jawa Barat 16424

E-mail: agata.yuvens@gmail.com

Naskah diterima: 28/08/2016 revisi: 23/11/2016 disetujui: 28/11/2016

Abstrak

Pasal 1 ayat (2) KUHP merupakan pasal yang didesain sebagai jembatan antara aturan pidana yang lama dan yang baru. Mengingat “usia” Pasal 1 ayat (2) KUHP yang sudah begitu tua, maka perlu ada telaah dalam perspektif kontemporer untuk memastikan bisa tidaknya Pasal 1 ayat (2) KUHP diterapkan dalam keadaan hukum Indonesia saat ini. Dalam menerapkan Pasal 1 ayat (2) KUHP, unsur yang harus diperhatikan adalah: (i) terdakwa; (ii) perubahan perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan; dan (iii) ketentuan yang paling menguntungkan. Perlu ada penyesuaian terhadap metode memaknai unsur terdakwa dan perubahan perundang-undangan; di sisi lain, perlu ada telaah kasuistis untuk bisa menjawab unsur ketentuan yang paling menguntungkan. Selain ketiga unsur dari Pasal 1 ayat (2) KUHP, perlu pula untuk selalu memperhitungkan ketentuan peralihan dari undang-undang yang diubah guna bisa menentukan apakah Pasal 1 ayat (2) KUHP bisa diterapkan atau tidak.

Kata Kunci: Pasal 1 ayat (2) KUHP, Penerapan, Kontemporer

Abstract

Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code is an article designed as bridge between the old and new criminal provisions. Recalling the “age” of Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code that is so old, there is an urgency to

conduct analysis in contemporary perspective whether or not Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code can be implemented under the current law regime in Indonesia. In implementing Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code, elements that shall be regarded are: (i) defendant; (ii) change of laws and regulations after the crime is committed; (iii) most favourable provision. There should be an adjustment on the method of interpreting both elements of defendant and change of law and regulations; on the other hand, there must be a case-by-case study to answer the element of most favourable provision. Aside from elements of Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code, there should also be a consideration on transitional provisions of the changed law to determine whether or not Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code could be implemented.

Keywords: *Article 1 paragraph (2) Indonesian Criminal Code, Implementation, Contemporary*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Ketika Mahkamah Konstitusi menyatakan suatu undang-undang tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, maka sejak saat itu undang-undang yang bersangkutan bukan lagi bagian dari hukum positif di Indonesia.¹ Dalam kondisi yang demikian, kekhawatiran mengenai akan adanya kekosongan hukum merupakan suatu hal yang beralasan.² Beranjak dari kekhawatiran ini, Mahkamah Konstitusi memberikan beberapa alternatif penyelesaian masalah: salah satunya adalah dengan cara memberlakukan kembali undang-undang pendahulu dari undang-undang yang dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.³

¹ Dengan memperhatikan ketentuan Pasal 47, Pasal 56 ayat (3) dan Pasal 57 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, ketika Mahkamah Konstitusi membacakan putusannya—yang amarnya menyatakan bahwa ketentuan dalam undang-undang atau undang-undang itu sendiri bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945—dalam sidang pleno yang terbuka untuk umum, maka sejak itu ketentuan dalam undang-undang atau undang-undang itu sendiri tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat lagi. Lihat, Indonesia (a), *Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi*, UU No. 24 Tahun 2003 (LN No. 98 Tahun 2003, TLN No. 4316), Pasal 47, Pasal 56 ayat (3) dan Pasal 57 ayat (1).

² Aninditya Eka Bintari, "Mahkamah Konstitusi sebagai Negative Legislator dalam Penegakan Hukum Tata Negara," *Pandecta*, Volume 8, Nomor 1, Januari 2013, h. 88.

³ Dalam penelitian yang dilakukan Syukri dkk., ada 4 model putusan Mahkamah Konstitusi yang didesain untuk mencegah terjadinya kekosongan hukum, yaitu: (i) model putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), (ii) model putusan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*); (iii) model putusan yang menunda pemberlakuan putusan (*limited constitutional*); dan (iv) model putusan yang merumuskan norma baru. Lihat, Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito dan Mohammad Mahrus Ali, "Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012)" *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, Nomor 4, Desember 2013, h. 687-693. Dengan memperhatikan beberapa putusan Mahkamah Konstitusi, ternyata ada 1 model putusan lagi yang dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi untuk mencegah terjadinya kekosongan hukum, yaitu dengan memberlakukan kembali undang-undang yang lama dan telah dicabut oleh undang-undang yang dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat oleh Mahkamah Konstitusi. Contoh nyata dari hal ini bisa dilihat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 001-021-022/PUU-I/2003 yang memberlakukan kembali Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 15 Tahun 1985 tentang Ketenagalistrikan sebagai pengganti dari Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan maupun Putusan Mahkamah Konstitusi No. 85/PUU-XI/2013 yang memberlakukan kembali UU No. 11/1974 sebagai pengganti dari UU No. 7/2004. Lihat, Mahkamah Konstitusi (a), *Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003*. Lihat juga, Mahkamah Konstitusi (b), *Putusan No. 85/PUU-XI/2013*.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 85/PUU-XI/2013 tanggal 18 Februari 2015 menyatakan bahwa Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (UU No. 7/2004) tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan memberlakukan kembali Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan (UU No. 11/1974) sebagai penggantinya. Salah satu konsekuensi dari keadaan ini adalah terjadi perubahan besar-besaran terhadap tindak pidana sehubungan dengan sumber daya air, karena seluruh ketentuan pidana dalam UU No. 7/2004 berganti dalam sekejap menjadi ketentuan pidana dalam UU No. 11/1974.

Perubahan yang mendadak ini menyebabkan permasalahan dalam penerapan hukum pidana, khususnya mengenai ketentuan pidana mana yang harus diterapkan dalam peristiwa pidana sumber daya air yang terjadi sebelum tanggal 18 Februari 2015. Tentu sistem hukum pidana Indonesia memiliki jawaban terhadap permasalahan tersebut, yaitu Pasal 1 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)⁴, yang menyatakan:

“Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor den verdachte gunstigste bepalingen toegepast.”

Terjemahannya adalah:

“Bilamana ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya.”⁵

Telah banyak ahli pidana yang mencoba untuk menjelaskan dan menguraikan makna dari Pasal 1 ayat (2) KUHP. Namun demikian, pembahasan yang dilakukan cenderung difokuskan pada “perubahan perundang-undangan”, dan “ketentuan yang paling menguntungkan”.⁶ Belum ada pembahasan yang diarahkan pada terminologi “terdakwa” dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, padahal unsur ini sangat memengaruhi penerapan Pasal 1 ayat (2) KUHP. Lebih jauh lagi, pembahasan yang selama ini dilakukan belum mencakup perkembangan hukum di Indonesia saat ini.

⁴ Berdasarkan ketentuan Pasal 6 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, dinyatakan bahwa nama undang-undang hukum pidana yang semula adalah *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsh-Indie* diubah menjadi *Wetboek van Strafrecht* yang secara resmi bisa disebut sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

⁵ Versi terjemahan yang digunakan dalam tulisan ini adalah terjemahan yang dilakukan oleh Moeljatno.

⁶ Lihat E. Utrecht, *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I*, Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1994, h. 221-230. Lihat juga, R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, Bogor: Politeia, 1991, h. 28-29. Lihat juga, P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sinar Baru, 1990, h. 146-171. Lihat juga, Jan Remmelink, *Hukum Pidana: Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2003, h. 362-368.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian di atas, permasalahan yang akan dijawab dalam tulisan ini adalah: bagaimanakah pemaknaan Pasal 1 ayat (2) KUHP dalam pendekatan kontemporer? Lebih pentingnya, bagaimana penerapan Pasal 1 ayat (2) KUHP dalam nuansa hukum positif Indonesia saat ini?

PEMBAHASAN

Telah disebutkan di muka bahwa pembahasan yang ada terhadap Pasal 1 ayat (2) KUHP hanya terfokus pada unsur “perubahan perundang-undangan”, dan “ketentuan yang paling menguntungkan”. Tidak ada tulisan yang kemudian membahas mengenai unsur “terdakwa”. Padahal, dengan memperhatikan ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP, “terdakwa” adalah subjek hukum yang dibahas. Karenanya, pemaknaan terhadap “terdakwa” menentukan kepada siapa ketentuan ini bisa diterapkan. Dalam tulisan ini, Penulis akan menguraikan ketiga unsur tersebut dalam perspektif kontemporer.

1. Unsur “Terdakwa”

Telah disinggung sebelumnya bahwa subjek hukum dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP adalah “terdakwa”. Kata “terdakwa” dalam Pasal ini merupakan terjemahan dari kata “*verdachte*”. Tidak ada kesepakatan mengenai bagaimana kata “*verdachte*” harus diterjemahkan: apakah sebagai terdakwa atau tersangka. Dalam tulisan ini, kata “*verdachte*” diterjemahkan sebagai “terdakwa”. Kendatipun demikian, bagian ini akan mendiskusikan bagaimana penerapan Pasal 1 ayat (2) KUHP ketika “*verdachte*” dimaknai sebagai “terdakwa” maupun sebagai “tersangka”.

Dalam konteks hukum acara pidana, terdakwa adalah seorang tersangka yang dituntut, diperiksa dan diadili di sidang pengadilan.⁷ Pertanyaannya kemudian adalah, bilamana seseorang disebut sebagai terdakwa? Sayangnya, hukum acara pidana di Indonesia—yang terkodifikasi dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP)—tidak memberikan jawaban lugas terhadap pertanyaan tersebut.

Dalam Pasal 143 ayat (2) KUHAP—yang mengatur mengenai syarat dari surat dakwaan—dinyatakan bahwa bagian dari surat dakwaan adalah:

⁷ Indonesia (b), *Undang-Undang tentang Hukum Acara Pidana*, UU No. 8 Tahun 1981, (LN No. 76 Tahun 1982, TLN No. 3209), Pasal 1 angka 14.

- a. nama lengkap *tersangka*,
- b. tempat lahir *tersangka*,
- c. umur atau tanggal lahir *tersangka*,
- d. jenis kelamin *tersangka*,
- e. kebangsaan *tersangka*,
- f. tempat tinggal *tersangka*,
- g. agama *tersangka*, dan
- h. pekerjaan *tersangka*.

Artinya, ketika surat dakwaan dibuat, “terdakwa” belum ditetapkan. Selanjutnya dalam Pasal 145 ayat (1) KUHAP—yang mengatur mengenai panggilan sidang—dinyatakan bahwa pemberitahuan untuk datang ke sidang disampaikan dengan surat panggilan kepada *terdakwa*. Dengan demikian, saat panggilan dilayangkan, “terdakwa” telah ditetapkan. Merujuk pada kedua ketentuan di atas, bisa disimpulkan bahwa status “terdakwa” muncul setelah surat dakwaan dibuat dan sebelum surat panggilan dibuat. Artinya, status “terdakwa” muncul ketika perkara didaftarkan di pengadilan.

Pertanyaan selanjutnya yang relevan dengan status terdakwa adalah: kapan status terdakwa berakhir?

Pasal 1 angka 12 KUHAP menyatakan: “*Upaya hukum adalah hak terdakwa atau penuntut umum untuk tidak menerima putusan pengadilan yang berupa perlawanan atau banding atau kasasi atau hak terpidana untuk mengajukan permohonan peninjauan kembali...*” Berdasarkan ketentuan ini dan memperhatikan ketentuan Pasal 263 ayat (1) KUHAP⁸, bisa disimpulkan bahwa status “terdakwa” melekat sampai sebelum putusan pidana memiliki kekuatan hukum mengikat. Ketika putusan pidana telah memiliki kekuatan hukum mengikat, maka statusnya berubah menjadi “terpidana”.

Dengan asumsi bahwa yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (2) KUHAP adalah terdakwa, maka ketentuan dimaksud hanya bisa diterapkan dalam proses persidangan saja. Dengan kata lain, hanya hakim yang bisa menerapkannya. Ironisnya, keadaan ini justru memunculkan permasalahan dalam implementasinya.

⁸ Pasal 263 ayat (1) KUHAP menyatakan bahwa peninjauan kembali diajukan terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Lihat, Indonesia (b), *Undang-Undang tentang Hukum Acara Pidana*, Pasal 263 ayat (1).

Adalah sebuah keharusan dalam hukum acara pidana bahwa hakim harus memutus berdasarkan surat dakwaan.⁹ Hakim tidak bisa memutus selain dari pada yang didakwa. Postulat ini bisa secara langsung membatasi kewenangan hakim untuk menerapkan Pasal 1 ayat (2) KUHP. Dalam hal ketentuan yang paling menguntungkan terdakwa adalah ketentuan yang tidak didakwakan oleh penuntut umum, maka bagaimana mungkin hakim bisa menerapkan Pasal 1 ayat (2) KUHP dan karenanya memutus berdasarkan ketentuan yang paling menguntungkan tersebut?

Setidaknya ada 2 pendekatan untuk menjawab masalah ini, yaitu:

- a. Dengan menganggap bahwa Pasal 1 ayat (2) KUHP memberi perkecualian bagi hakim untuk memutus berdasarkan ketentuan pidana yang didakwakan; atau
- b. Dengan mengikuti pandangan bahwa hakim dalam perkara pidana dibenarkan untuk melakukan *ultra petita*.

Dalam perspektif pertama, kewajiban bagi hakim untuk memutus berdasarkan surat dakwaan adalah hal yang tidak dipungkiri. Namun demikian, kewajiban ini tak serta-merta berlaku secara mutlak. Terdapat pembatasan dalam penerapannya. Salah satunya adalah dalam hal terjadinya perubahan perundang-undangan pasca-dilakukannya tindak pidana.

Perspektif kedua memberikan justifikasi bagi hakim dalam perkara pidana untuk memutus melebihi atau tidak berdasarkan ketentuan yang didakwakan. Ada setidaknya 2 alasan yang diberikan terhadap tindakan semacam ini, yaitu: (i) bahwa hakim memiliki kewajiban untuk memberikan keadilan substansial kepada masyarakat¹⁰; dan (ii) bahwa larangan *ultra petita* hanya ada dalam perkara perdata¹¹.

⁹ Kewajiban hukum ini dinyatakan secara tegas baik dalam undang-undang, peraturan kebijakan, putusan maupun dalam pelbagai literatur hukum. Lihat, Indonesia (b), *Undang-Undang tentang Hukum Acara Pidana*, Pasal 182 ayat (4), Pasal 197 ayat (1) huruf c dan Pasal 199 ayat (1) huruf a. Lihat juga, Mahkamah Agung, *Surat Edaran Mahkamah Agung tentang Rumusan Hukum Hasil Rapat Kamar Mahkamah Agung sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan tertanggal 12 September 2012 yang pada bagian Hasil Rumusan Rapat Kamar Pidana Mahkamah Agung Republik Indonesia*, SEMA No. 7 Tahun 2012. Lihat juga, Jaksa Agung, *Surat Edaran Jaksa Agung tentang Pembuatan Surat Dakwaan*, SEJA No. SE-004/J.A/11/1993 Tahun 1993. Lihat juga, Mahkamah Agung (a), *Putusan No. 68 K/Kr/1973*. Lihat juga, Mahkamah Agung (b), *Putusan No. 155 K/Kr/1973*. Lihat juga, Mahkamah Agung (c), *Putusan No. 589 K/Pid/1984*. Lihat juga, Mahkamah Agung (d), *Putusan No. 1331 K/Pid/2002*. Lihat juga, Mahkamah Agung (e), *Putusan No. 1307 K/Pid/2001*. Lihat juga, Djoko Prakoso, *Surat Dakwaan, Tuntutan Pidana dan Eksaminasi Perkara di dalam Proses Pidana*, Yogyakarta: Liberty, 1988, h. 101. Lihat juga, M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP, Penyidikan dan Penuntutan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2000, h. 378.

¹⁰ Lihat, Akbarika Mega M., Dinda Anasthasia dan Melati Evalusyana I., "Tinjauan Yuridis Vonis Ultra Petita dalam Hukum Acara Pidana," *Jurnal Hukum Acara UNS (Verstek)*, Volume 3, Nomor 2, 2015, h. 4. Mahkamah Agung dalam Putusan No. 2447 K/Pid.Sus/2011 menyampaikan bahwa penerapan pasal yang tidak didakwakan oleh penuntut umum dilakukan guna mengatasi penegakan hukum yang dilakukan secara tidak adil, jujur dan objektif. Lihat, Mahkamah Agung (f), *Putusan No. 2247 K/Pid.Sus/2011*.

¹¹ Perundang-undangan yang secara tegas melarang *ultra petita* adalah *Het Herzeine Indonesisch Reglement* (S. 1941-44), Pasal 178 ayat (3) dan *Rechtsreglement voor de Buitengewesten* (S. 1927-227), Pasal 189 ayat (3), yang mana keduanya adalah ketentuan dalam hukum acara perdata.

Uraian masalah sebagaimana diuraikan di atas akan menjadi benar-benar berbeda ketika terminologi “*verdachte*” (yang oleh Moeljatno diterjemahkan sebagai terdakwa) diterjemahkan dan diterapkan secara berbeda. Dalam hal “*verdachte*” diartikan sebagai “tersangka”—sebagaimana diterjemahkan oleh Utrecht¹² maupun R. Soesilo¹³—dan diterapkan dalam perspektif KUHAP, maka pada level ketika seseorang dinyatakan sebagai “tersangka” sajalah, Pasal 1 ayat (2) KUHP bisa diterapkan.

Tersangka adalah seseorang yang karena perbuatannya atau keadaannya, berdasarkan bukti permulaan patut diduga sebagai pelaku tindak pidana.¹⁴ Seseorang bisa ditetapkan sebagai tersangka pada saat proses penyidikan.¹⁵ Status ini bertahan pada tahap prapenuntutan¹⁶ dan penuntutan¹⁷. Sebagaimana diuraikan sebelumnya, status sebagai tersangka akan berakhir dan berganti menjadi terdakwa, ketika perkara didaftarkan di pengadilan negeri.

Ketentuan Pasal 50 ayat (1) dan (2) KUHAP secara berturut-turut menyatakan:

“(1) Tersangka berhak segera mendapat pemeriksaan oleh penyidik dan selanjutnya dapat diajukan kepada penuntut umum.

(2) Tersangka berhak perkaranya segera dimajukan ke pengadilan oleh penuntut umum.”

Merujuk pada kedua ketentuan di atas, jika kata “*verdachte*” dimaknai sebagai “tersangka”, maka hanya penyidik dan penuntut umum saja yang bisa menerapkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP.

Permasalahan dari seluruh paparan di atas adalah, tidak ada yang benar-benar bisa menjawab masalah praktis bahwa tidak ada yang tahu pasti kapan “perubahan perundang-undangan” terjadi. Perubahan bisa terjadi ketika sebuah perkara berada dalam tahap penyelidikan, penyidikan, penuntutan, persidangan pada tingkat pengadilan negeri, pemeriksaan perkara pada banding, kasasi maupun peninjauan kembali. Sementara syarat yang dilekatkan

¹² Utrecht, ... *Hukum Pidana I*, h. 221.

¹³ Soesilo, ... (*KUHAP*) serta Komentarnya..., h. 27.

¹⁴ Indonesia (b), *Undang-Undang tentang Hukum Acara Pidana*, Pasal 1 angka 14.

¹⁵ *Ibid.*, Pasal 1 angka 2.

¹⁶ Tidak ada definisi mengenai tahapan prapenuntutan dalam KUHAP. Berdasarkan Pasal 14 huruf b KUHAP, prapenuntutan merupakan tahapan yang disediakan bagi penuntut umum untuk memberikan petunjuk dalam rangka penyempurnaan penyidikan. Lihat, Indonesia (b), *Undang-Undang tentang Hukum Acara Pidana*, Pasal 14 huruf b. Lihat juga, Andi Hamzah, *Pengantar Hukum Acara Pidana Indonesia*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985, h. 158.

¹⁷ Penuntutan adalah tindakan penuntut umum untuk melimpahkan perkara pidana ke pengadilan negeri yang berwenang dengan permintaan supaya perkara diperiksa dan diputus oleh hakim di sidang pengadilan. Artinya, tahapan penuntutan selesai dengan adanya pelimpahan perkara ke pengadilan. Lihat, Indonesia (b), *Undang-Undang tentang Hukum Acara Pidana*, Pasal 1 angka 7.

oleh Pasal 1 ayat (2) KUHP kepada subjek hukum di dalam ketentuan ini sangat sederhana, yaitu: perubahan perundang-undangan terjadi setelah perbuatan dilakukan.

Uraian di muka yang dihubungkan dengan model penerjemahan “*verdachte*” menunjukkan bahwa ruang penerapan Pasal 1 ayat (2) KUHP—tak peduli bagaimana terminologi “*verdachte*” diterjemahkan—menjadi sangat terbatas: entah pada tahap penyidikan dan penuntutan saja atau selama proses persidangan saja, kecuali peninjauan kembali.

Masalah penerapan ini bisa diselesaikan dengan menerapkan terminologi “*verdachte*” pada konteks yang berbeda. Terlepas dari pemaknaannya sebagai “terdakwa” atau “tersangka”, selama diterapkan pada konteks KUHP, maka penerapannya akan terbatas. Sebaliknya, ketika pemaknaan terhadap terminologi “*verdachte*” dibawa pada konteks berbeda—di luar KUHP—maka hasilnya akan berbeda.¹⁸ Pemaknaan di luar konsep KUHP bisa dilakukan dengan memperhatikan fakta bahwa KUHP disusun jauh sebelum KUHP diundangkan. Dengan kata lain, memaknai terminologi “*verdachte*” Pasal 1 ayat (2) KUHP dengan menggunakan paradigma KUHP jangan-jangan justru menjadi penyebab dari masalah penerapan Pasal 1 ayat (2) KUHP sebagaimana terurai di atas.

2. Unsur “Perubahan Perundang-Undangan”

Dalam pembahasan mengenai “perubahan perundang-undangan”, diketahui bahwa ada beberapa teori mengenai yang dimaksud sebagai “perubahan perundang-undangan”¹⁹, yaitu teori formal (*formele leer*)²⁰, material terbatas (*beperkte materiele leer*)²¹ dan material tidak terbatas (*onbeperkte materiele leer*)²². Diskusi terhadap frasa “perubahan perundang-undangan” akan dilakukan dengan berpegang pada ketiga teori di atas dan mengaplikasikannya pada keadaan saat ini.

Dalam konteks “perubahan perundang-undangan”, yang pertama perlu diperhatikan adalah terminologi “perubahan”. Dengan merujuk pada Undang-

¹⁸ Contoh pemaknaan yang meluas ditampilkan dalam buku “Sistem Hukum Indonesia”, yaitu sebagai “pelaku”. Lihat, Paulus E. Lotulung dkk. ed., *Sistem Hukum Indonesia*, Jakarta: Mahkamah Agung Republik Indonesia dan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005, h. 28.

¹⁹ Lihat Utrecht, ...*Hukum Pidana I*, h. 221-227. Lihat juga, Soesilo, ...(*KUHP*) *serta Komentar...*, h. 29. Lihat juga, Lamintang, ...*Hukum Pidana Indonesia*, h. 152-164. Lihat juga, Rammelink, *Hukum Pidana...*, h. 364-367.

²⁰ Dalam teori formil, “perubahan perundang-undangan” baru terjadi ketika ada perubahan pada redaksi dalam undang-undang pidana itu sendiri.

²¹ Menurut teori ini, tiap perubahan yang berpengaruh pada undang-undang pidana yang bersangkutan merupakan “perubahan perundang-undangan”. Dengan demikian, perubahan yang ada hanya pada perasaan hukum dari pembuat undang-undang.

²² “Perubahan perundang-undangan” dimaknai sebagai setiap perubahan yang menyebabkan berubahnya perasaan hukum dari pembuat undang-undang dan keadaan karena waktu.

Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (“UU No. 12/2011”), perubahan dilakukan dengan cara:

- a. menyisip atau menambah materi ke dalam peraturan perundang-undangan; atau
- b. menghapus atau mengganti sebagian materi peraturan perundang-undangan.²³

Perubahan dapat dilakukan terhadap:

- a. seluruh atau sebagian buku, bab, bagian, paragraf, pasal dan/atau ayat; atau
- b. kata, frasa, istilah, kalimat, angka dan/atau tanda baca.²⁴

Dengan konsep yang demikian, maka contoh *perubahan menurut UU No. 12/2011* adalah diubahnya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi menggunakan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Sedangkan ketika UU No. 11/1974 dicabut²⁵ dan digantikan dengan UU No. 7/2004, hal tersebut tidak termasuk dalam kategori perubahan menurut UU No. 12/2011.

Secara teoritis, penggunaan pemaknaan *perubahan* sebagaimana diuraikan dalam UU No. 12/2011 adalah pemaknaan yang sangat sempit—karena hanya bermakna sebagai perubahan yang tidak mencabut dan mengganti—dan bahkan lebih sempit dari teori formal, karena dalam teori formal, perubahan dalam bentuk pencabutan dengan penggantian terhadap undang-undang pidana, termasuk ke dalam kategori “perubahan perundang-undangan”. Dengan demikian, ruang penerapan Pasal 1 ayat (2) KUHP menjadi sangat terbatas. Permasalahan berikutnya adalah, pemaknaan hanya dengan memperhatikan ketentuan UU No. 12/2011 juga mengabaikan fakta bahwa Mahkamah Konstitusi ternyata juga menyebabkan terjadinya *perubahan terhadap undang-undang*.

²³ Indonesia (c), *Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, UU No. 12 Tahun 2011, (LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234), Lampiran II Bab II huruf D angka 230.

²⁴ *Ibid.*, Lampiran II Bab II huruf D angka 231.

²⁵ Bagian Menimbang huruf e UU No. 7/2004 menyatakan bahwa UU No. 11/1974 sudah tak lagi sesuai dengan “tuntutan perkembangan keadaan dan perubahan dalam kehidupan masyarakat” sehingga perlu diganti dengan undang-undang baru. Selanjutnya Pasal 98 UU No. 7/2004 secara tegas menyatakan bahwa dengan berlakunya UU No. 7/2004, UU No. 11/1974 menjadi tak lagi berlaku.

Setidaknya ada 5 cara bagi Mahkamah Konstitusi untuk menyebabkan terjadinya *perubahan undang-undang*, yaitu:

- a. Dengan mengeluarkan putusan yang membatalkan keseluruhan undang-undang;²⁶
- b. Dengan mengeluarkan putusan yang membatalkan pasal/ayat dalam undang-undang;²⁷
- c. Dengan mengeluarkan putusan yang membatalkan bagian dari pasal/ayat dalam undang-undang;²⁸
- d. Dengan mengeluarkan putusan yang memaknai ulang bagian dalam undang-undang;²⁹
- e. Dengan mengeluarkan putusan yang membatalkan keseluruhan undang-undang dan memberlakukan kembali undang-undang sebagai pengganti.³⁰

Dalam kaca mata UU No. 12/2011, tentu perubahan sebagaimana disebutkan di atas, tidak termasuk ke dalam kategori *perubahan*, karena tidak dilakukan melalui mekanisme yang ada dalam UU No. 12/2011. Namun, secara material, tentu tak dapat disangkal bahwa telah terjadi *perubahan*.

Merujuk pada tiga teori “perubahan perundang-undangan” yang telah disebutkan di atas, ternyata tidak ada satu pun teori yang secara komprehensif mampu mengakomodir perubahan yang terjadi akibat putusan Mahkamah Konstitusi. Teori formal memang bisa mengakomodir perubahan yang hanya terjadi pada perundang-undangan pidana (sebagaimana disebutkan dalam pelbagai contoh dalam catatan kaki di atas), namun sebagaimana kritik yang disampaikan terhadap teori formal: teori ini tidak bisa memberikan jawaban ketika undang-undang yang diubah bukan merupakan undang-undang pidana,

²⁶ Contohnya adalah pembatalan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2009 tentang Badan Hukum Pendidikan melalui Putusan Mahkamah Konstitusi No. 11-14-21-126 dan 136/PUU-VII/2009.

²⁷ Misalnya terjadi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 006/PUU-II/2004 yang membatalkan ketentuan pidana dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat. Contoh lain adalah pembatalan 2 ketentuan pidana, yaitu Pasal 282 dan Pasal 307 dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah melalui Putusan Mahkamah Konstitusi No. 9/PUU-VII/2009.

²⁸ Salah satu contoh dari hal ini adalah ketika Mahkamah Konstitusi membatalkan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi melalui Putusan No. 003/PUU-IV/2006. Contoh lainnya adalah ketika Putusan Mahkamah Konstitusi No. 1/PUU-XI/2013 membatalkan frasa “sesuatu perbuatan lain maupun perlakuan yang tak menyenangkan” dalam Pasal 335 ayat (1) butir 1 KUHP.

²⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 58/PUU-XII/2014 memberikan pemaknaan ulang terhadap ketentuan pidana dalam Pasal 54 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan dan mengubahnya menjadi pidana administratif dengan cara menghilangkan ketentuan ancaman pidana penjara di dalamnya. Contoh lain adalah pemaknaan ulang melalui Putusan Mahkamah Konstitusi No. 38/PUU-XI/2013 terhadap frasa “rumah sakit” dalam ketentuan pidana Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 44 Tahun 2009 tentang Rumah Sakit, dengan cara memberikan pengecualian yaitu bagi “rumah sakit publik yang diselenggarakan oleh badan hukum yang bersifat nirlaba.”

³⁰ Contohnya terjadi ketika Mahkamah Konstitusi membatalkan UU No. 7/2004 dan membelakukan kembali UU No. 11/1974 melalui Putusan No. 85/PUU-XI/2013.

namun berdampak pada undang-undang pidana.³¹ Sebaliknya, teori material—baik terbatas maupun tidak terbatas—malah tidak bisa diterapkan sama sekali dalam konteks perubahan akibat putusan Mahkamah Konstitusi karena perubahan yang terjadi tidak berasal dari perasaan hukum dari pembuat undang-undang—kecuali jika dimaknai bahwa Mahkamah Konstitusi termasuk sebagai pembuat undang-undang.

Dengan memperhatikan Pasal 24C Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta beberapa ketentuan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, khususnya Pasal 56 ayat (3) dan Pasal 57 ayat (1), Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan untuk menyatakan suatu undang-undang, baik secara keseluruhan maupun sebagian, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Dalam keadaan ini, Mahkamah Konstitusi berkedudukan sebagai *negative legislator* (penghapus atau pembatal norma).³² Kedudukan ini berseberangan dengan Dewan Perwakilan Rakyat dan presiden yang merupakan pembentuk/pembuat norma (*positive legislator*).³³ Dalam konstelasi yang demikian ini, Mahkamah Konstitusi bisa dipandang sebagai pembentuk undang-undang dalam arti negatif.

Permasalahannya, pemaknaan semacam ini pun tidak bisa menjawab seluruh permasalahan yang ada, khususnya ketika Mahkamah Konstitusi memberlakukan kembali suatu undang-undang. Sebagai contoh dapat dilihat ketika Mahkamah Konstitusi membatalkan UU No. 7/2004 dan memberlakukan kembali UU No. 11/1974, maupun ketika Mahkamah Konstitusi membatalkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan dan memberlakukan kembali Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1985 tentang Ketenagalistrikan (“UU No. 15/1985”).

Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi No. 85/PUU-XI/2013 menyatakan:

“Menimbang bahwa oleh karena UU SDA dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan untuk mencegah terjadinya kekosongan pengaturan mengenai sumber daya air maka sembari menunggu pembentukan Undang-Undang baru yang memperhatikan putusan

³¹ Lihat, Lamintang, ...*Hukum Pidana Indonesia*, h. 157. Lihat juga, Rimmelink, *Hukum Pidana...*, h. 366.

³² Moh. Mahfud M.D., *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajawali Pers, 2010, h. 280.

³³ *Ibid.*

Mahkamah oleh pembentuk Undang-Undang, maka Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan diberlakukan kembali.”³⁴

Selanjutnya dalam Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi No. 001-021-022/PUU-I/2003 dinyatakan:

“Menimbang bahwa guna menghindari kekosongan hukum (rechtsvacuum), maka undang-undang yang lama di bidang ketenagalistrikan, yaitu UU No. 15 Tahun 1985 tentang Ketenagalistrikan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1985 Nomor 74, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3317) berlaku kembali karena Pasal 70 UU No. 20 Tahun 2002 yang menyatakan tidak berlakunya UU No. 15 Tahun 1985 termasuk ketentuan yang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

Menimbang bahwa dengan dinyatakannya keseluruhan UU No. 20 Tahun 2002 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, disarankan agar pembentuk undang-undang menyiapkan RUU Ketenagalistrikan yang baru yang sesuai dengan Pasal 33 UUD 1945;”³⁵

Kedua kutipan di atas secara tegas menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi hanya memberlakukan kembali UU No. 11/1974 dan UU No. 15/1985 untuk jangka waktu yang sementara saja, dan tidak dimaksudkan untuk berlaku sampai dengan jangka waktu yang tidak ditentukan.³⁶ Sehubungan dengan hal ini, Memori Penjelasan mengenai pembentukan Pasal 1 ayat (2) KUHP menyatakan:

“Tidak termasuk ke dalam pengertian ‘perubahan di dalam perundang-undangan’, yaitu pencabutan kembali peraturan-peraturan sementara yang telah dibuat berdasarkan suatu undang-undang, yang memang telah dimaksudkan untuk diberlakukan dalam suatu jangka waktu yang tertentu saja.”³⁷

Hal yang dibahas dalam kutipan di atas adalah mengenai intensi periode pemberlakuan suatu undang-undang, yang mana dimaksudkan untuk sementara waktu saja, yang menurut Utrecht, bukan merupakan perubahan

³⁴ Mahkamah Konstitusi (a), *Putusan No. 001-021-022/PUU-I/2003*, h. 350.

³⁵ Mahkamah Konstitusi (b), *Putusan No. 85/PUU-XI/2013*, h. 145.

³⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi yang secara tegas menyatakan perihal intensi waktu pemberlakuan kembali undang-undang yang dibatalkan adalah Putusan Mahkamah Konstitusi No. 28/PUU-XI/2013 yang dalam amarnya menyatakan: “Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian...berlaku untuk sementara waktu sampai dengan terbentuknya Undang-Undang yang baru.” Tidak ada ketentuan pidana dalam undang-undang yang dibatalkan melalui Putusan ini.

³⁷ Lamintang, ...*Hukum Pidana Indonesia*, h. 158.

dalam perasaan hukum dari pembuat undang-undang.³⁸ Konsekuensinya sederhana: keadaan demikian tidak bisa digolongkan sebagai “perubahan perundang-undangan”.

Dengan adanya kekurangan pada masing-masing teori sehubungan dengan “perubahan perundang-undangan” sebagaimana diuraikan di atas, teranglah bahwa dibutuhkan adanya pendekatan baru dalam memaknai “perubahan perundang-undangan” dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP untuk bisa mengakomodir perkembangan hukum di Indonesia, karena jelas Pasal 1 ayat (2) KUHP tidak dirumuskan dengan mempertimbangkan keberadaan cabang kekuasaan baru yang bisa memengaruhi proses pembentukan hukum, selain dari legislatif.

Keadaan yang lain yang akan dibahas dalam konteks “perubahan perundang-undangan” adalah bagaimana jika terjadi perubahan terhadap ketentuan pidana administrasi?

Pembahasan sehubungan perubahan dalam ketentuan pidana administrasi dilakukan karena keunikan dari pidana administrasi (*administrative penal law*³⁹). Pemenuhan unsur pidana dalam pidana administrasi bergantung pada penilaian aspek administrasi dalam ketentuan pidana yang bersangkutan. Dengan kata lain, ketika terjadi perubahan perundang-undangan, bisa saja rumusan pasalnya sama, namun aspek administrasinya berbeda.

Contoh paling sederhana untuk menggambarkan keadaan ini adalah dengan melihat Putusan Mahkamah Konstitusi No. 85/PUU-XI/2013 yang membatalkan UU No. 7/2004 dan memberlakukan kembali UU No. 11/1974. Salah satu ketentuan pidana yang diatur dalam UU No. 7/2004 dan UU No. 11/1974 adalah pidana perusahaan air tanpa izin. Berikut adalah kutipan dari tindak pidana dimaksud dari kedua Undang-Undang:

Pasal 94 ayat (3) huruf b UU No. 7/2004	Pasal 15 ayat (1) huruf b UU No. 11/1974
Dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah): a. ...	Diancam dengan hukuman penjara selamalamanya 2 (dua) tahun dan atau denda setinggitingginya Rp. 5.000.000,- (lima juta rupiah): a. ...

³⁸ Utrecht, ...*Hukum Pidana I*, h. 225.

³⁹ Sering pula dikenal dengan nama hukum pidana administrasi, yaitu hukum pidana di bidang pelanggaran-pelanggaran hukum administrasi. Lihat, I Gede Widhiana Suarda, “Kebijakan Penggunaan Sanksi (Hukum) Pidana dalam Hukum Administrasi,” Tesis Magister Ilmu Hukum, Universitas Diponegoro, Semarang, 2003, h. 61. *Administrative penal law* merupakan perwujudan dari kebijakan menggunakan hukum pidana sebagai sarana untuk menegakkan hukum administrasi. Lihat, Muladi (a), *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Undip: Semarang, 1995, h. 42. Lihat juga, Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003, h. 145.

b. setiap orang yang dengan sengaja melakukan pengusahaan sumber daya air tanpa izin dari pihak yang berwenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 45 ayat (3);	b. barang siapa dengan sengaja melakukan pengusahaan air dan atau sumber-sumber air sebagaimana tersebut dalam Pasal 11 ayat (2) Undang-undang ini;
--	---

Bahwa kedua Pasal di atas merupakan *administrative penal law*, karena larangan yang diberikan sebenarnya berada dalam ranah hukum administrasi. Yang menjadi larangan adalah pengambilan air tanpa izin. Dengan demikian, penilaian ada tidaknya izin merupakan penilaian yang dilakukan dalam ranah administrasi. Berdasarkan pada pemikiran tersebut, perbandingan aspek administrasi dari kedua Pasal—sebagaimana disajikan dalam tabel berikut—merupakan hal yang perlu untuk dilakukan.

Aspek Administrasi	Pasal 94 ayat (3) huruf b UU No. 7/2004	Pasal 15 ayat (1) huruf b UU No. 11/1974
Rujukan Pasal	Pasal 45 ayat (3)	Pasal 11 ayat (2)
Asas	Kemanfaatan umum dan kelestarian ¹	Usaha bersama dan kekeluargaan ²
Pemegang Kewenangan	Pemerintah Pusat atau Pemerintah Daerah ³	Pemerintah Pusat maupun Pemerintah Daerah ⁴
Pemegang Izin	Perorangan atau Badan Usaha ⁵	Badan Hukum, Badan Sosial dan atau Perorangan ⁶
Objek Izin	Air, Sumber Air dan Daya Air ⁷	Air dan Sumber Air ⁸

Dengan melihat pada tabel di atas, maka terdapat perbedaan yang sangat besar pada aspek administrasi dalam kedua Pasal. Namun, apakah kemudian keduanya menjadi tindak pidana yang tidak saling menggantikan?

Jawaban terhadap pertanyaan tersebut bisa dilihat dari 2 aspek, yaitu aspek pidana dan aspek administrasi.

Dalam perspektif pidana, tindakan material yang dilarang oleh kedua Pasal sebenarnya sama, yaitu pengusahaan air tanpa izin. Dengan demikian, kedua Pasal bisa dikatakan saling menggantikan.

Sedangkan secara administratif, sebelum menilai apakah kedua ketentuan bisa saling menggantikan, perlu dipahami terlebih dahulu mengenai aspek administrasi yang ada dalam delik, yaitu izin. Pada dasarnya, izin adalah mekanisme guna membolehkannya suatu tindakan yang dilarang.⁴⁰ Dengan demikian, titik tolak dari izin adalah tindakan yang secara material dilarang untuk dilakukan, yang dalam kedua Pasal di atas adalah pengusahaan air. Berdasarkan pada pemahaman tersebut, maka dalam sudut pandang administrasi kedua Pasal masih bisa dikatakan saling menggantikan.

3. Unsur “Ketentuan yang Paling Menguntungkan”

Perdebatan yang disajikan mengenai “ketentuan yang paling menguntungkan” difokuskan pada cara menentukan ketentuan pidana mana yang perlu diterapkan kepada terdakwa ketika ada perubahan perundang-undangan setelah perbuatan dilakukan. “Ketentuan yang paling menguntungkan” dimaknai oleh para ahli tidak hanya mengenai hukuman saja, namun juga tentang segala hal yang berpengaruh terhadap penilaian atas tindak pidana.⁴¹ Utrecht menguraikan hal ini secara terperinci dengan menyatakan:

“...apa yang ditentukan dalam pasal [sic] 1 ayat 2 KUHPidana itu berlaku terhadap baik ketentuan-ketentuan yang memuat kaidah pidana (ketentuan yang menerangkan apakah suatu tindakan merupakan suatu peristiwa pidana dan apakah yang menjadi hukuman [sanksi istimewa] yang dapat dijatuhkan) — mengenai stafbaarheid — maupun ketentuan-ketentuan mengenai dapat dituntut tidaknya — mengenai vervolgbaarheid.”⁴²

Luasnya cakupan untuk menentukan mana “ketentuan yang paling menguntungkan” menyebabkan penilaian terhadap unsur ini harus dilakukan secara praktis dalam tiap perkara.⁴³ Salah satu putusan yang bisa digunakan untuk menunjukkan bahwa benar penilaian terhadap “ketentuan yang paling menguntungkan” harus dilihat secara konkret adalah Putusan Pengadilan Negeri Sumedang No. 13/Pid.B/2015.

⁴⁰ Lihat, Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983, h. 94. Lihat juga, Adrian Sutedi, *Hukum Perizinan dalam Sektor Pelayanan Publik*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, h. 168. Lihat juga, R. Kosim Adisapoetra, *Pengantar Ilmu Administrasi Negara*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1978, h. 72.

⁴¹ Lihat, Utrecht, *...Hukum Pidana I*, h. 227. Lihat juga, Soesilo, *...(KUHP) serta Komentar...*, h. 28. Lihat juga, Lamintang, *...Hukum Pidana Indonesia*, h. 164-170.

⁴² Utrecht, *...Hukum Pidana I*, h. 227.

⁴³ *Ibid.*

Dalam perkara ini, penuntut umum menempatkan orang perorangan dan badan hukum secara sekaligus sebagai terdakwa. Tindak pidana yang didakwakan kepada keduanya adalah tindak pidana pengambilan air tanpa izin sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 94 ayat (3) huruf b UU No. 7/2004. Sebelum persidangan dimulai, Mahkamah Konstitusi melalui Putusan No. 85/PUU-XI/2013 menyatakan UU No. 7/2004 tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan memberlakukan kembali UU No. 11/1974. Dalam putusannya, Pengadilan Negeri Sumedang menyatakan bahwa dakwaan penuntut umum tidak dapat diterima. Namun demikian, tulisan ini akan mencoba memberikan analisis terhadap keadaan fiktional, yaitu: bagaimana jika pada akhirnya Pengadilan Negeri Sumedang memutuskan untuk menerapkan Pasal 1 ayat (2) KUHP dalam perkara tersebut—khususnya sehubungan dengan unsur “ketentuan yang paling menguntungkan”?

Aspek yang paling menarik untuk dibahas dari keadaan ini adalah subjek hukum dari tindak pidana yang didakwakan. Dalam UU No. 7/2004, subjek hukum dari tindak pidana pengambilan air tanpa izin adalah “setiap orang”⁴⁴. Di dalam Undang-Undang ini juga secara tegas dinyatakan bahwa korporasi merupakan subjek hukum yang bisa dituntut dan dijatuhi pidana.⁴⁵

Jika Pengadilan Negeri Sumedang memutuskan untuk menerapkan Pasal 1 ayat (2) KUHP dan karenanya memberlakukan UU No. 11/1974, maka perlu untuk dilihat bagaimana pengaturan subjek hukum dalam UU No. 11/1974. Berdasarkan Pasal 15 ayat (1) huruf b UU No. 11/1974, subjek hukum dari tindak pidana pengambilan air adalah “barang siapa”, dan dalam UU No. 11/1974 tidak diatur mengenai keberadaan korporasi sebagai subjek hukum yang bisa dituntut dan dijatuhi pidana.

Secara tradisional, pengertian “barang siapa” adalah orang perorangan (*naturlijke persoon*).⁴⁶ Keadaan ini beranjak dari komtruksi dalam Pasal 59 KUHP yang menganut azas *societas universitas delinquere non potest*, yaitu badan hukum tidak bisa melakukan perbuatan pidana karena tidak memiliki jiwa dan tubuh.⁴⁷ Asas ini juga ditegaskan dalam penjelasan pada *Memorie van Toelichting* Pasal 59 KUHP yang pada pokoknya menyatakan bahwa suatu

⁴⁴ Unsur ini telah secara umum dipahami mencakup orang perorangan maupun badan hukum. Lihat, Eddy Rifai, “Perspektif Pertanggungjawaban Pidana Korporasi sebagai Pelaku Tindak Pidana Korupsi,” *Mimbar Hukum*, Volume 26, Nomor 1, Februari 2014, h. 89.

⁴⁵ Indonesia (d), *Undang-Undang tentang Sumber Daya Air*, Pasal 96.

⁴⁶ Rammelink, *Hukum Pidana...*, h. 97.

⁴⁷ Muladi (b), *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia dan Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta: The Habibie Center, 2002, h. 157.

tindak pidana hanya bisa dilakukan oleh manusia.⁴⁸ Dalam perkembangannya, pengertian “barang siapa” diperluas hingga mencakup pula badan hukum.⁴⁹

Dalam perspektif bahwa ketentuan pidana dalam UU No. 11/1974 tidak bisa dikenakan terhadap badan hukum, maka akan sangat mudah untuk menentukan “ketentuan yang paling menguntungkan”. Dalam hal badan hukum sebagai terdakwa, UU No. 11/1974 jelas lebih menguntungkan dibandingkan dengan UU No. 7/2004 karena badan hukum yang bersangkutan tidak bisa dituntut apalagi dijatuhi pidana berdasarkan UU No. 11/1974.

Dalam hal perorangan sebagai terdakwa pun, pidana dalam UU No. 11/1974 lebih menguntungkan dibandingkan dengan pidana yang diatur dalam UU No. 7/2004. Ancaman pidana terkait pengambilan air tanpa izin dalam Pasal 15 ayat (1) huruf b UU No. 11/1974 adalah hukuman penjara selama-lamanya 2 tahun dan atau denda setinggi-tingginya Rp. 5.000.000,00. Sedangkan ancaman pidana terkait pengambilan air tanpa izin dalam Pasal 94 ayat (3) huruf b UU No. 7/2004 adalah pidana penjara paling lama 3 tahun dan denda paling banyak Rp. 500.000.000,00. Dengan membandingkan ancaman pidana dari kedua Pasal di atas, jelas bahwa ancaman pidana dalam UU No. 11/1974 lebih ringan dibandingkan dengan ancaman pidana dalam UU No. 7/2004. Selain itu, model pidana yang digunakan dalam UU No. 7/2004 adalah kumulatif, yaitu penjara dan denda. Artinya, kedua jenis pidana tersebut harus dijatuhkan secara bersamaan. Sedangkan dalam UU No. 11/1974, model yang digunakan adalah kumulatif atau alternatif. Artinya, hakim diberikan kebebasan untuk memilih, apakah akan menjatuhkan salah satu jenis pidana saja atau keduanya.

Dengan mengubah perspektif bahwa ketentuan pidana dalam UU No. 11/1974 juga bisa diberlakukan bagi badan hukum, maka permasalahannya menjadi lebih sulit untuk dijawab. UU No. 7/2004 telah secara khusus menentukan bahwa dalam hal tindak pidana dilakukan oleh badan hukum, maka pidana dijatuhkan kepada badan hukum yang bersangkutan⁵⁰ dalam bentuk denda—dengan ketentuan jumlah denda ditambah sepertiga dari denda yang dijatuhkan.⁵¹ Pengaturan semacam ini tidak ada dalam UU No.

⁴⁸ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Cet. Ke-2, Semarang: Yayasan Sudarto, 1990, h. 61.

⁴⁹ Perkembangan makna “barang siapa” yang turut mencakup badan hukum bisa dilihat dalam pelbagai putusan pengadilan. Misalnya, dalam Putusan Pengadilan Negeri Denpasar No. 815/Pid.B/2013/PN.DPS, Putusan Pengadilan Negeri Jember No. 637/Pid.B/2013/PN.Jr atau Putusan Pengadilan Negeri Sidoarjo No. 209/Pid.B/2011/PN.Sda.

⁵⁰ Indonesia (d), *Undang-Undang tentang Sumber Daya Air*, Pasal 96 ayat (1).

⁵¹ *Ibid.*, Pasal 96 ayat (2).

11/1974, dan karenanya ancaman pidana terhadap tindak pidana yang dilakukan badan hukum bisa dikenakan kepada pengurus⁵² dan pidana yang bisa dijatuhkan adalah hukuman penjara selama-lamanya 2 tahun dan atau denda setinggi-tingginya Rp. 5.000.000,00. Dalam kondisi semacam ini, tentu tidak dapat dikatakan bahwa UU No. 11/1974 adalah “ketentuan yang paling menguntungkan”.

Keadaan di atas akan kembali berubah bergantung pada jenis pidana yang dituntut oleh penuntut umum. Jika penuntut umum hanya menuntut pidana berupa denda kepada kedua terdakwa, maka kembali bisa dikatakan bahwa UU No. 11/1974 merupakan “ketentuan yang paling menguntungkan”. Dengan demikian, jelas bahwa penerapan Pasal 1 ayat (2) KUHP harus memperhatikan keadaan-keadaan faktual yang ada dalam tiap perkara.

Hal yang selanjutnya akan dibahas sehubungan dengan unsur “ketentuan yang paling menguntungkan” dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP adalah: pihak yang berwenang untuk menentukan ketentuan mana yang paling menguntungkan dan standar yang digunakan untuk menentukan ketentuan mana yang paling menguntungkan.

Secara logis bisa dinyatakan bahwa pihak yang berwenang untuk menentukan ketentuan mana yang paling menguntungkan adalah negara, yang direpresentasikan melalui penyidik, penuntut umum maupun hakim. Permasalahannya adalah, pengembalian jabatan mana yang memiliki kewenangan itu? Pertanyaan ini menjadi problematis untuk dijawab karena bahkan pertanyaan mengenai subjek hukum dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP belum mendapatkan jawaban yang definit. Bergantung pada status yang dilekatkan pada subjek hukum dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, apakah sebagai tersangka atau terdakwa atau yang lainnya, representasi negara yang bisa menentukan mana ketentuan yang paling menguntungkan akan berbeda-beda.

Untuk menentukan standar siapa yang harus digunakan untuk menentukan ketentuan mana yang paling menguntungkan, maka perlu kembali mengingat rumusan dari Pasal 1 ayat (2) KUHP, yang menyatakan “...*terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya*”. Kata ganti “-nya” yang melekat pada kata “menguntungkannya” merujuk pada subjek dalam kalimat,

⁵² Keadaan ini sangat mungkin terjadi khususnya dengan mengingat ketentuan dalam Lampiran Peraturan Jaksa Agung No. PER-028/A/JA/10/2014 tentang Pedoman Penanganan Perkara Pidana dengan Subjek Hukum Korporasi, Bab I, Bagian E yang menyatakan: “*Dalam hal undang-undang tidak mengatur subjek hukum korporasi, maka tuntutan diajukan kepada pengurus.*”

yaitu terdakwa. Artinya, standar yang harus digunakan untuk menentukan ketentuan mana yang paling menguntungkan adalah standar terdakwa.

Meskipun dikatakan bahwa standar yang digunakan untuk menentukan ketentuan yang paling menguntungkan adalah standar terdakwa, pada akhirnya standar ini bisa dinilai secara objektif. Merujuk pada Pasal 10 KUHP, pidana pokok dalam sistem pidana di Indonesia adalah:

- a. Pidana mati;
- b. Pidana penjara;
- c. Pidana kurungan;
- d. Pidana denda; dan
- e. Pidana tutupan.⁵³

Dari daftar di atas, tak pelak bahwa pidana mati adalah pidana yang paling berat, karena yang dihilangkan adalah nyawa dari terpidana. Pada peringkat selanjutnya adalah pidana penjara yang menghilangkan kebebasan terpidana. Pidana penjara di Indonesia terbagi menjadi 2, yaitu penjara seumur hidup dan penjara waktu tertentu, yang maksimalnya adalah 15 tahun.⁵⁴ Dalam kondisi khusus sebagaimana diatur dalam Pasal 12 ayat (3) KUHP⁵⁵, lamanya pidana penjara waktu tertentu yang bisa dijatuhkan adalah 20 tahun. Meskipun pidana kurungan dan pidana tutupan juga menghilangkan kebebasan, namun pidana kurungan dan pidana tutupan lebih baik dibandingkan dengan pidana penjara.

Pengaturan yang menunjukkan bahwa pidana tutupan lebih baik dibandingkan dengan pidana penjara bisa ditemukan dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 1948 tentang Rumah Tutupan khususnya Pasal 33 ayat (2) yang menyatakan: "*Makanan orang hukuman tutupan harus lebih baik daripada makanan orang hukuman penjara.*"

KUHP telah memberikan pengaturan tegas yang menunjukkan bahwa pidana kurungan adalah lebih baik dibandingkan dengan pidana penjara. Hal ini

⁵³ Pidana tutupan adalah jenis pidana yang semula tidak dikenal dalam *Wetboek van Strafrecht*. Pidana tutupan diperkenalkan oleh Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 1946 tentang Hukuman Tutupan. Pidana tutupan dimaksudkan sebagai pidana yang bisa menggantikan pidana penjara dalam hal pelaku tindak pidana—yang diancam dengan pidana penjara—melakukan tindak pidana yang bersangkutan karena "terdorong maksud yang patut dihormati". Lihat, Indonesia (f), *Undang-Undang tentang Hukuman Tutupan*, UU No. 20 Tahun 1946, Pasal 2 ayat (1).

⁵⁴ *Wetboek van Strafrecht* (S. 1915-732) Pasal 12.

⁵⁵ Keadaan yang dimaksud dalam Pasal 12 ayat (3) KUHP adalah: (i) dalam hal kejahatan yang dilakukan adalah kejahatan yang pidananya hakim diberikan pilihan antara pidana mati, pidana seumur hidup dan pidana penjara selama waktu tertentu, atau antara pidana penjara seumur hidup dan pidana penjara selama waktu tertentu; (ii) ada penambahan pidana karena perbarengan tindak pidana; (iii) ada penambahan pidana karena pengulangan tindak pidana; (iv) ada penambahan pidana karena melakukan tindak pidana menggunakan kekuasaan, kesempatan atau sarana yang diberikan karena jabatan; atau (v) ada penambahan pidana karena pada waktu melakukan tindak pidana digunakan bendera kebangsaan Republik Indonesia.

bisa dilihat dari lamanya masa pidana yang dijalani maupun hak dan kewajiban yang dimiliki oleh terpidana. Pidana kurungan yang dijatuhkan tidak boleh melebihi 1 tahun.⁵⁶ Dalam keadaan khusus sebagaimana ditentukan dalam Pasal 18 ayat (2) KUHP⁵⁷, lamanya pidana kurungan yang bisa dijatuhkan adalah 1 tahun 4 bulan. Dalam menjalani pidana kurungan, pekerjaan yang dijalani lebih ringan dibandingkan dengan pekerjaan yang harus dijalani oleh orang yang dijatuhi pidana penjara.⁵⁸ Sebaliknya, hak yang dimiliki oleh orang yang menjalani pidana kurungan yang diatur dalam KUHP jauh lebih banyak dibandingkan dengan hak yang dimiliki oleh orang yang menjalani pidana penjara.⁵⁹

Berdasarkan daftar pidana pokok yang ada di atas, pidana denda merupakan pidana yang paling ringan. Hal ini dikarenakan adanya opsi untuk membayar atau tidak pidana denda. Dalam hal pidana denda tidak dibayar, maka pidana denda diganti dengan pidana kurungan⁶⁰ yang paling sedikit adalah 1 hari dan paling lama adalah 6 bulan.⁶¹ Dalam keadaan khusus sekalipun—adanya penambahan pidana karena perbarengan tindak pidana, pengurangan tindak pidana, melakukan tindak pidana dengan menggunakan jabatan atau menggunakan bendera Republik Indonesia pada saat melakukan tindak pidana—pidana kurungan pengganti tidak boleh lebih dari 8 bulan.⁶²

4. Variabel lain

Selain dari ketiga unsur sebagaimana diuraikan di atas, hal yang penting untuk diperhatikan sebelum memberlakukan Pasal 1 ayat (2) KUHP adalah “ketentuan peralihan” dari suatu undang-undang. Misalnya adalah Pasal 37 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (“UU No. 3/1971”) yang menyatakan:

“Terhadap segala tindak pidana korupsi yang telah dilakukan sebelum saat Undang-undang ini berlaku, tetapi diperiksa dan diadili setelah Undang-undang ini berlaku maka diberlakukan Undang-undang yang berlaku pada saat tindak pidana dilakukan.”

⁵⁶ *Wetboek van Strafrecht* (S. 1915-732) Pasal 18 ayat (3).

⁵⁷ Keadaan khusus dalam Pasal 18 ayat (2) KUHP adalah perbarengan tindak pidana, pengurangan tindak pidana, melakukan tindak pidana menggunakan kekuasaan, kesempatan atau sarana yang diberikan karena jabatan atau penggunaan bendera kebangsaan Republik Indonesia pada waktu melakukan tindak pidana.

⁵⁸ *Wetboek van Strafrecht* (S. 1915-732) Pasal 19.

⁵⁹ Misalnya berdasarkan Pasal 23 KUHP, orang yang dijatuhi pidana kurungan bisa menggunakan biaya sendiri untuk meringankan nasibnya selama menjalani pidana kurungan.

⁶⁰ *Wetboek van Strafrecht* (S. 1915-732) Pasal 30 ayat (2).

⁶¹ *Ibid.*, Pasal 30 ayat (3).

⁶² *Ibid.*, Pasal 30 ayat (4) dan (5).

Berdasarkan kutipan di atas, jelas telah ditentukan mana undang-undang yang harus diberlakukan dalam hal terjadi tindak pidana korupsi sebelum diundangkannya UU No. 3/1971. Dalam keadaan ini, Pasal 103 KUHP secara tegas menyatakan: “Ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai Bab VIII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diancam dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undang ditentukan lain.” Dengan demikian, jelas bahwa adalah “ketentuan peralihan” dalam UU No. 3/1971 yang akan digunakan sebagai rujukan untuk menentukan undang-undang mana yang berlaku, dan karenanya ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP tidak perlu lagi diterapkan.⁶³

KESIMPULAN

Berdasarkan uraian di atas, terlihat bahwa untuk menerapkan Pasal 1 ayat (2) KUHP dalam konstelasi hukum Indonesia saat ini perlu ada beberapa hal yang diperhatikan. *Pertama*, sehubungan dengan unsur “terdakwa”. Guna bisa mengaplikasikan Pasal 1 ayat (2) KUHP dalam tiap tahapan pada sistem peradilan pidana, maka terminologi “terdakwa” tidak bisa dimaknai dalam perspektif KUHP. *Kedua*, dalam kaitannya dengan unsur “perubahan perundang-undangan”. Untuk bisa mengakomodir adanya UU No. 12/2011 dan Mahkamah Konstitusi, maka dibutuhkan pendekatan teori baru selain dari pada teori formal, teori material terbatas maupun teori material tidak terbatas. *Ketiga*, penerapan unsur “ketentuan yang paling menguntungkan” harus dilakukan dengan memperhatikan fakta-fakta yang ada sepanjang proses peradilan pidana serta rumusan pidana yang diancamkan pada tindak pidana yang mengalami perubahan. Selain ketiga hal tersebut, penting pula untuk selalu memastikan ketentuan peralihan yang ada dalam undang-undang sebelum menerapkan Pasal 1 ayat (2) KUHP.

DAFTAR PUSTAKA

- Adisapoetra, R. Kosim, 1978, *Pengantar Ilmu Administrasi Negara*, Jakarta: Pradnya Paramita.
- Arief, Barda Nawawi, 2003, *Kapita Selekta Hukum Pidana*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

⁶³ Pendapat yang senada juga disampaikan oleh Mahkamah Agung melalui Putusan No. 54 K/Kr/1973.

- Asy'ari, Syukri, Meyrinda Rahmawaty Hilipito dan Mohammad Mahrus Ali, 2013, "Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012)" *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, Nomor 4, Desember, h. 675-708.
- Atmosudirjo, Prajudi, 1983, *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Bintari, Aninditya Eka, 2013, "Mahkamah Konstitusi sebagai Negative Legislator dalam Penegakan Hukum Tata Negara," *Pandecta*, Volume 8, Nomor 1, Januari, h. 83-91.
- Hamzah, Andi, 1985, *Pengantar Hukum Acara Pidana Indonesia*, Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Harahap, M. Yahya, 2000, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP, Penyidikan dan Penuntutan*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Lamintang, P.A.F., 1990, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: Sinar Baru.
- Lotulong, Paulus E., dkk. ed., 2005, *Sistem Hukum Indonesia*, Jakarta: Mahkamah Agung Republik Indonesia dan Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- M., Akbarika Mega, Dinda Anasthasia dan Melati Evalusyana I., 2015, "Tinjauan Yuridis Vonis Ultra Petita dalam Hukum Acara Pidana," *Jurnal Hukum Acara UNS (Verstek)*, Volume 3, Nomor 2, h. 1-12.
- M.D., Moh. Mahfud, 2010, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajawali Pers.
- Muladi, 1995, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*. Badan Penerbit Undip: Semarang.
- _____, 2002, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia dan Reformasi Hukum di Indonesia*. Jakarta: The Habibie Center.
- Prakoso, Djoko, 1988, *Surat Dakwaan, Tuntutan Pidana dan Eksaminasi Perkara di dalam Proses Pidana*. Yogyakarta: Liberty.
- Remmelink, Jan, 2003, *Hukum Pidana: Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Rifai, Eddy, 2014, "Perspektif Pertanggungjawaban Pidana Korporasi sebagai Pelaku Tindak Pidana Korupsi." *Mimbar Hukum*, Volume 26, Nomor 1, Februari, h. 84-97.

Suarda, I Gede Widhiana, 2003, "Kebijakan Penggunaan Sanksi (Hukum) Pidana dalam Hukum Administrasi." Tesis Magister Ilmu Hukum, Universitas Diponegoro, Semarang.

Soesilo, R., 1991, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*. Bogor: Politeia.

Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*. Cet. Ke-2. Semarang: Yayasan Sudarto.

Sutedi, Adrian, 2010. *Hukum Perizinan dalam Sektor Pelayanan Publik*. Jakarta: Sinar Grafika.

Utrecht, E., 1994, *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I*. Surabaya: Pustaka Tinta Mas.

Perlindungan terhadap Lingkungan dalam Perspektif Konstitusi

Environmental Protection in Constitutional Perspective

Pan Mohamad Faiz

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, PTIK Mahkamah Konstitusi RI

Jl: Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta

E-mail: pan.mohamad.faiz@gmail.com

Naskah diterima: 04/10/2016 revisi: 21/11/2016 disetujui: 24/11/2016

Abstrak

Saat ini terdapat kecenderungan di berbagai negara yang ingin melindungi lingkungan dengan memasukkan prinsip-prinsip umum lingkungan hidup ke dalam konstitusi suatu negara ataupun konstitusi regional. Artikel ini bertujuan untuk mengkaji sejauhmana perlindungan terhadap lingkungan dapat diberikan melalui pengadopsian norma-norma konstitusi tersebut. Kajian dilakukan menggunakan metodologi kualitatif dengan pendekatan normatif dan studi kepustakaan yang bersumber dari putusan-putusan pengadilan, peraturan perundang-undangan, buku, dan artikel jurnal ilmiah. Kajian ini menyimpulkan bahwa UUD 1945 telah memuat norma konstitusi dalam upaya perlindungan terhadap lingkungan. Akan tetapi, norma-norma konstitusi tersebut masih diposisikan sebagai faktor subsidair atau pendukung dalam pemenuhan hak asasi manusia dan perekonomian nasional. Untuk memperkuat perlindungan terhadap lingkungan di dalam UUD 1945 maka diperlukan perumusan ulang norma-norma konstitusi yang menempatkan lingkungan hidup lebih sebagai nilai-nilai dasar dalam penyelenggaraan negara dan kegiatan perekonomian nasional.

Kata Kunci: Ekokrasi, Konstitusi Hijau, Mahkamah Konstitusi.

Abstract

Nowadays there is a tendency in many countries to protect the environment by incorporating general principles of environment into a state or a regional constitution. This article aims to examine the extent to which environmental protection can be provided through the adoption of those constitutional norms. This study was conducted using a qualitative methodology with a normative approach and library research derived from court decisions, law and regulations,

books and journal articles. It concludes that the Indonesian Constitution contains constitutional norms for the environmental protection. However, these constitutional norms are still positioned as a subsidiary or supporting factor in the fulfillment of human rights and the national economy. In order to strengthen the environmental protection by the Indonesian Constitution, it requires a reformulation of related constitutional norms by positioning the environment more as the basic values in the state administration and national economic activities.

Keywords: *Ecocracy, Green Constitution, Constitutional Court.*

PENDAHULUAN*

Bagi kebanyakan masyarakat Indonesia yang awam akan arti pentingnya lingkungan hidup, maka di dalam pandangannya lingkungan hanyalah objek sederhana yang sekadar terkait dengan alam, tumbuhan, dan hewan. Padahal sesungguhnya, ruang lingkup lingkungan jauh lebih luas daripada hal tersebut, yaitu menyangkut entitas menyeluruh di mana semua makhluk hidup berada. Dalam konteks pembangunan negara dan pemberdayaan masyarakat, segala aktivitas dan kegiatannya tidak dapat mengenyampingkan eksistensi lingkungan pada titik dan batas tertentu. Oleh karenanya, pembangunan dan pemberdayaan yang tidak memberikan perhatian serius terhadap lingkungan justru akan menghasilkan anti-pembangunan dan anti-pemberdayaan. Terlebih lagi, perlindungan terhadap lingkungan juga terkait erat dengan pemenuhan hak asasi manusia.¹

Menurut Matthias Finger,² krisis lingkungan hidup yang mendunia seperti sekarang ini setidaknya disebabkan oleh beberapa hal, di antaranya, yaitu: kebijakan yang salah dan gagal; teknologi yang tidak efisien bahkan cenderung merusak; rendahnya komitmen politik, gagasan, dan ideologi yang akhirnya merugikan lingkungan; tindakan dan tingkah laku menyimpang dari aktor-aktor negara; merebaknya pola kebudayaan seperti konsumerisme dan individualisme; serta individu-individu yang tidak terbimbing dengan baik. Beranjak dari hal tersebut, maka pada umumnya jalan yang ditempuh untuk mengatasi permasalahan lingkungan akan dilakukan melalui pembuatan kebijakan yang lebih baik; teknologi

* Tulisan dikembangkan dari makalah yang disampaikan dalam Forum Diskusi Terbatas Kelompok Kerja Pakar Hukum mengenai "Perubahan Iklim" yang diselenggarakan oleh Indonesian Center for Environmental Law (ICEL) di Jakarta.

¹ Bridget Lewis, "Environmental Rights or a Right to the Environment? Exploring the Nexus between Human Rights and Environmental Protection", *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, Vol. 8 No. 1, 2012, h. 36-47.

² Matthias Finger, "Which Governance for Sustainable Development? An Organizational and Institutional Perspective", dalam Jacob Park, Ken Conca, dan Matthias Finger, editor., *The Crisis of Global Environmental Governance: Towards a New Political Economy of Sustainability*, New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2006, h. 125.

baru dan berbeda; penguatan komitmen politik dan publik; menciptakan gagasan dan ideologi baru yang pro-lingkungan (*green thinking*); penanganan terhadap aktor-aktor yang dianggap menyimpang; dan mengubah pola kebudayaan, tingkah laku, serta kesadaran tiap-tiap individu.³

Dalam tulisan ini, penulis membahas isu permasalahan lingkungan dengan tidak berpegangan pada mekanisme penanganan konvensional sebagaimana tersebut di atas. Pembahasan akan menggunakan cara pandang yang berbeda dan berada di luar kebiasaan kajian lingkungan hidup yang telah ada, yaitu melalui pendekatan hukum konstitusi (*constitutional law*). Kendati demikian, kajian ini tentunya tidak menafikan bahwa langkah-langkah konvensional tersebut juga telah membuahkan hasil. Sebaliknya, justru akan semakin lengkap manakala kajian berperspektif konstitusi diikutsertakan di dalamnya. Oleh karena itu, tulisan ini bertujuan untuk menemukan dan memperkuat langkah solutif dalam upaya penanganan masalah terhadap isu-isu lingkungan hidup di Indonesia. Kajian konseptual yang dibagi ke dalam lima bagian ini menggunakan metodologi kualitatif dengan instrumen kepustakaan yang bersumber dari putusan-putusan pengadilan, peraturan perundang-undangan, buku, dan artikel jurnal ilmiah.

PEMBAHASAN

A. Perlindungan Konstitusi

Kajian tentang hukum konstitusi semakin hari dianggap semakin penting bagi kebanyakan negara di dunia, khususnya oleh negara-negara yang memiliki sistem negara demokrasi konstitusional. Hal tersebut menjadi relevan mengingat konstitusi adalah hukum tertinggi di dalam suatu negara. Oleh karena konstitusi merupakan landasan fundamental terhadap segala bentuk hukum atau peraturan perundang-undangan, maka sebagai prinsip yang berlaku secara universal, segala produk hukum dan peraturan perundang-undangan tersebut tidak boleh bertentangan dengan konstitusi.

Konstitusi kini juga dipahami bukan lagi sekedar suatu dokumen mati, tetapi lebih dari itu, konstitusi telah menjelma dan berfungsi sebagai prinsip-prinsip dasar dalam penyelenggaraan suatu negara yang harus selalu hidup mengikuti perkembangan zamannya (*the living constitution*). Dilihat dari sudut

³ *Ibid.*

kedudukannya, konstitusi adalah kesepakatan umum (*general consensus*) atau persetujuan bersama (*common agreement*) dari seluruh rakyat mengenai hal-hal dasar yang terkait dengan prinsip dasar kehidupan dan penyelenggaraan negara serta struktur organisasi suatu negara.⁴

Artinya, ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam konstitusi memiliki makna penting dan konsekuensi besar untuk dilaksanakan dengan sungguh-sungguh dan tanpa terkecuali, baik melalui beragam kebijakan maupun produk peraturan perundangan-undangan. Dalam kaitannya dengan perlindungan terhadap lingkungan, maka dapat ditarik relasi antar keduanya bahwa keberadaan norma atau ketentuan tentang lingkungan hidup atau konsep pembangunan berkelanjutan di dalam konstitusi akan sangat memiliki pengaruh hukum yang signifikan.

Pertama, ketentuan tersebut akan berpengaruh terhadap pengembangan kebijakan dalam rangka perlindungan nilai-nilai dan prinsip dasar lingkungan hidup pada skala nasional dan regional. *Kedua*, konstitusionalisasi prinsip-prinsip lingkungan hidup akan menciptakan yuridiksi atas hukum nasional yang berlaku di setiap tingkatan wilayah pemerintahan, baik provinsi, kotamadya, maupun kabupaten. Dalam konteks ini, peningkatan kapasitas dan komitmen hukum para penyelenggara negara akan diwajibkan oleh konstitusi dalam upaya untuk mengelola fungsi-fungsi negara dalam ranah perlindungan terhadap lingkungan. *Ketiga*, isi konstitusi juga akan memengaruhi hubungan yang akan terbentuk antara hukum lingkungan substantif dan prosedural, serta sulit-tidaknya hukum lingkungan di tingkat nasional diintegrasikan dan diharmonisasikan dengan norma-norma lingkungan di tingkat internasional. Lebih dari itu, konstitusi yang memuat ketentuan lingkungan juga akan menentukan arah dan batas lingkup mengenai hak atas benda (*property rights*) yang kemudian secara tidak langsung berpengaruh terhadap konsepsi perlindungan atas kepemilikan pribadi (*private ownership*).

Berdasarkan Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945, Indonesia adalah negara yang menganut prinsip demokrasi (*democracy*) dan nomokrasi (*nomocracy*). Keduanya disejajarkan secara seimbang untuk menutupi kelemahannya masing-masing. Lebih spesifik lagi, Indonesia juga tengah menganut sistem demokrasi konstitusional (*constitutional democracy*), di mana proses dan pelaksanaan prinsip-prinsip demokrasi harus tunduk pada ketentuan norma yang dicantumkan dalam UUD 1945.

⁴ Lebih lanjut lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, h. 19-34.

Walaupun tidak ada syarat mutlak bahwa sebuah konstitusi negara haruslah menggunakan sistem demokrasi, akan tetapi menurut teori demokratik, antara konstitusionalisme dan demokrasi sangatlah berkesesuaian. Sebab, adanya kewenangan yang limitatif dari cabang-cabang kekuasaan negara akan memberikan tempat penting terhadap tumbuhnya interaksi sosial dan pengambilan keputusan bagi individu dan kelompok secara bebas. Oleh karenanya, sistem konstitusi yang demikian akan sangat memberikan ruang luas bagi berkembangnya semangat yang lebih besar bagi gerakan pro-lingkungan.⁵

Dengan demikian, Indonesia sebagai negara demokrasi terbesar ketiga di dunia juga memiliki mandat konstitusi (*constitutional mandate*) untuk melindungi dan meningkatkan fungsi lingkungannya. Bahkan hal tersebut sudah sepantasnya dijadikan komitmen dan konsekuensi pokok bagi negara yang menganut gagasan negara kesejahteraan (*welfare state*). Akan tetapi, seberapa jauh keberhasilan gerakan tersebut dan seberapa besar efektivitas penyelesaian masalah lingkungan akan sangat tergantung salah satunya dari pengaturan konstitusionalisasi norma dan karakteristik institusionalnya, sebagaimana akan diuraikan di bawah ini.

B. Konstitusionalisasi Norma Lingkungan

Setelah hampir lima belas tahun pasca perubahan terakhir UUD 1945 pada tahun 2002, banyak pihak yang mulai menaruh perhatian atas kajian konstitusi yang bersentuhan dengan permasalahan lingkungan hidup. Ketentuan hasil perubahan telah membawa makna penting bagi tersedianya jaminan konstitusi atas keberlangsungan lingkungan di Indonesia. Pasal 28H ayat (1) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 merupakan ketentuan kunci tentang diaturnya norma mengenai lingkungan di dalam Konstitusi Indonesia. Secara berturut-turut, kedua Pasal tersebut berbunyi sebagai berikut:

Pasal 28H ayat (1) : *“Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan”.* (huruf tebal dicetak oleh penulis)

Pasal 33 ayat (4) : *“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”.* (huruf tebal dicetak oleh penulis)

⁵ Jerry McBeath dan Jonathan Rosenberg, *Comparative Environmental Politics*, Dordrecht: Springer, 2006, h. 92.

Berdasarkan kedua Pasal di atas maka sudah jelas bahwa UUD 1945 juga telah mengakomodasi perlindungan konstitusi (*constitutional protection*), baik terhadap warga negaranya untuk memperoleh lingkungan hidup yang memadai maupun jaminan terjaganya tatanan lingkungan hidup yang lestari atas dampak negatif dari aktivitas perekonomian nasional. Untuk lebih memperjelas penafsiran konstitusi terhadap ketentuan kunci di atas, maka akan diuraikan secara satu-persatu sebagai berikut.

1. Hak hidup dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat

Ketentuan ini mengandung pengertian bahwa setiap warga negara berhak dan memperoleh jaminan konstitusi (*constitutional guarantee*) untuk hidup serta memperoleh lingkungan hidup yang baik dan sehat untuk tumbuh dan berkembang. Ketentuan ini dapat juga disandingkan dengan Pasal 25 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) yang menyebutkan, “*everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family*”. Sedangkan di dalam Pasal 12 ayat (1) ICESCR ditegaskan, “*The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*”.

Artinya, kebutuhan hidup warga negara Indonesia juga harus terpenuhi sesuai dengan ukuran yang memadai baik terhadap kesehatannya maupun hal-hal lain yang terkait dengan penyokong kehidupan seseorang. Secara lebih luas, norma ini diperkuat pemaknaannya dengan termaktubnya salah satu tujuan negara sebagai cita negara (*staatsidee*) pada Alinea Keempat Pembukaan UUD 1945, yaitu untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.

Sebagai perbandingan, Mahkamah Agung India dalam menafsirkan Pasal 21 Konstitusi India mengenai “hak untuk hidup” (*right to life*) dan “kemerdekaan pribadi” (*personal liberty*) menggunakan doktrin *public trust* yang erat kaitannya dengan aspek lingkungan hidup dan ekologi. Dalam putusannya disebutkan bahwa:⁶

“The major ecological tenet is that world is finite. The earth can support and bear such quantity of pollution. When the pollutants exceed such quantity, the earth cannot bear. Hence the industries are not entitled to pollute the environment and cause danger to the people to live in the surroundings of the industries.”

⁶ R.K. Khitoliya, *Environment Protection and the Law*, New Delhi: A.P.H. Publishing Corporation, 2002, h. 27-29.

Dengan demikian, hak untuk hidup dan kemerdekaan pribadi dalam Konstitusi India ditafsirkan juga meliputi “*right to a wholesome environment*”.⁷ Selanjutnya, walaupun hak untuk hidup dan mendapatkan lingkungan yang baik dan sehat dapat berdiri sendiri, namun adakalanya hak tersebut sangat berkaitan erat dengan norma konstitusi lainnya yang bersangkutan dengan lingkungan, yaitu norma “pembangunan berkelanjutan” dan “berwawasan lingkungan”.

2. Pembangunan berkelanjutan

Penggunaan istilah pembangunan berkelanjutan (*sustainable development*) diperkenalkan pertama kali pada masa 1970-an dan menjadi istilah utama pada saat dan setelah terbentuknya *World Commission on Environment and Development* (WCED) pada 1987 atau lebih dikenal dengan *Brundtland Commission*. Komisi tersebut mendefinisikan pembangunan berkelanjutan sebagai pembangunan yang dapat memenuhi kebutuhan sekarang tanpa mengorbankan pemenuhan kebutuhan generasi masa depan.⁸ Secara sekilas, definisi seperti ini terlihat begitu sederhana, akan tetapi isu yang berkembang cepat serta mendalam nyatanya membuat ruang lingkupnya menjadi semakin kompleks.

Dalam *World Summit Report 2005*, pembangunan berkelanjutan haruslah didirikan di atas tiga pilar pokok, yaitu ekonomi, sosial, dan lingkungan. Ketiganya dibentuk untuk saling menopang antara satu dengan lainnya. Dengan demikian dapatlah dirumuskan bahwa pembangunan berkelanjutan tidak saja memfokuskan diri pada aspek-aspek pembangunan ekonomi dan sosial semata, namun juga harus berlandaskan pada perlindungan terhadap lingkungan. Pengembangan konsep pembangunan berkelanjutan juga masuk dalam hal terpenuhinya kebutuhan dasar (*basic needs*) dan tersalurkannya kesempatan untuk memberikan aspirasi kehidupan yang lebih baik.⁹

Lebih lanjut, apabila ditarik melalui persepektif kerangka hukum internasional, McGoldrick merumuskan pembangunan berkelanjutan yang ditopang oleh tiga pilar menyerupai bangunan rumah. Pilar-pilar tersebut dibangun di atas tiga ranah hukum internasional, yaitu hukum lingkungan

⁷ Lihat misalnya Putusan Mahkamah Agung India pada perkara *M. C. Mehta Vs. Union of India* dan *Rural Litigation Entitlement Kendra Dehradun Vs. State of U.P.*

⁸ World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future*, Oxford: Oxford University Press, 1987, h. 43.

⁹ Dinah M. Payne dan Cecily A. Rainborn, “Sustainable Development: The Ethics Support the Economics”, dalam Thomas A. Easton, editor, *Taking Sides: Clashing Views on Controversial Environmental Issues*, New York: McGraw Hill Education, 2008, h. 28-33.

internasional, hukum ekonomi internasional, dan hukum hak asasi manusia internasional.¹⁰ Dengan demikian, antara pembangunan berkelanjutan dengan hak asasi manusia dapat dikatakan juga memiliki hubungan yang begitu erat. Oleh karenanya, hak-hak asasi manusia yang secara tegas tercantum dalam Pasal 28 hingga Pasal 28J UUD 1945 juga menjadi persyaratan penting untuk dipenuhi apabila pembangunan berkelanjutan ingin dikatakan berjalan sesuai dengan amanat konstitusi. Sebab, ketentuan dan norma hak asasi manusia di dalam UUD 1945 memiliki substansi dan pengaturan yang selaras dengan ketentuan perlindungan HAM yang bersifat universal sebagaimana tercantum dalam berbagai Konvensi Internasional, seperti UDHR, ICCPR, ECOSOC, dan lain sebagainya.¹¹

Selanjutnya, KTT Pembangunan Berkelanjutan yang dilaksanakan di Johannesburg, Afrika Selatan pada tahun 2002 telah menghasilkan asas-asas pembangunan berkelanjutan yang tercantum dalam UNCED, terdiri dari: (1) keadilan antargenerasi (*intergenerational equity*); (2) keadilan dalam satu generasi (*intra-generational equity*); (3) prinsip pencegahan dini (*precautionary principle*); (4) perlindungan keanekaragaman hayati (*conservation of biological diversity*); dan (5) internalisasi biaya lingkungan (*internalisation of environment cost and incentive mechanism*). Kemudian, salah satu hasil yang disepakati untuk menunjang pembangunan berkelanjutan yaitu dilakukannya suatu pendekatan yang terpadu, memperhatikan berbagai aspek bahaya (*multihazard*) dan inklusi untuk menangani kerentanan, penilaian resiko, dan penanggulangan bencana, termasuk pencegahan, mitigasi, kesiapan, tanggapan dan pemulihan yang merupakan unsur penting bagi dunia yang lebih aman di abad ke-21.¹²

3. Berwawasan lingkungan

Menurut Surna T. Djajadiningrat, proses pembangunan berkelanjutan bertumpu pada tiga faktor utama, yaitu: (1) kondisi sumber daya alam; (2) kualitas lingkungan, dan (3) faktor kependudukan. Dengan demikian, pembangunan berkelanjutan tidak akan bermakna banyak apabila tidak turut memperhatikan aspek-aspek yang berwawasan lingkungan.

¹⁰ Dominic McGoldrick, "Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception", *The International and Comparative Law Quarterly*, Volume 45, Issue 4, Oktober 1996, h. 796-801.

¹¹ Lihat Pan Mohamad Faiz, *Human Rights Protection and Constitutional Review: A Basic Foundation of Sustainable Development in Indonesia*, makalah dipresentasikan dalam ISSM 2008 di Delft University of Technology, Belanda, 13 Mei 2007.

¹² Supriadi, *Hukum Lingkungan di Indonesia: Sebuah Pengantar*, Jakarta: Sinar Grafika, 2008, h. 104-107

Oleh karena itu, pembangunan haruslah mampu untuk menjaga keutuhan fungsi dan tatanan lingkungan, sehingga sumber daya alam yang ada dapat senantiasa tersedia guna mendukung kegiatan pembangunan baik untuk masa sekarang maupun masa yang akan datang. Untuk menciptakan konsep pembangunan berkelanjutan yang berwawasan lingkungan, maka diperlukanlah pokok-pokok kebijakan yang di antaranya berpedoman pada hal-hal sebagai berikut:¹³

- a. Pengelolaan sumber daya alam perlu direncanakan sesuai dengan daya dukung lingkungannya;
- b. Proyek pembangunan yang berdampak negatif terhadap lingkungan dikendalikan melalui penerapan Analisis Mengenai Dampak Lingkungan (AMDAL) sebagai bagian dari studi kelayakan dalam proses perencanaan proyek;
- c. Adanya pengutamaan penanggulangan pencemaran air, udara, dan tanah;
- d. Pengembangan keanekaragaman hayati sebagai persyaratan bagi stabilitas tatanan lingkungan.
- e. Pengendalian kerusakan lingkungan melalui pengelolaan daerah aliran sungai, rehabilitasi dan reklamasi bekas pembangunan, serta pengelolaan wilayah pesisir dan lautan;
- f. Pengembangan kebijakan ekonomi yang memuat pertimbangan lingkungan;
- g. Pengembangan peran serta masyarakat, kelembagaan, dan ketenagaan dalam pengelolaan lingkungan hidup;
- h. Pengembangan hukum lingkungan yang mendorong badan peradilan untuk menyelesaikan sengketa melalui penerapan hukum lingkungan; dan
- i. Pengembangan kerja sama luar negeri.

Dari penjelasan di atas, maka tampak jelas bahwa terdapat pertalian antara norma “pembangunan berkelanjutan” dan “berwawasan lingkungan”. Segala strategi dan kebijakan yang berkaitan dengan lingkungan memerlukan tafsir konstitusi secara khusus ketika aktor-aktor negara ingin melaksanakan aktivitas perekonomian. Hal tersebut harus dipahami semata-mata untuk mencegah terjadinya dampak negatif yang lebih besar atas rusaknya alam dan lingkungan.

¹³ Surna T. Djajadiningrat, “Pembangunan Berkelanjutan dan Berwawasan Lingkungan”, *Jurnal Hukum Lingkungan*, Volume I, Issue 1, 1994, h. 6-9.

C. Ekokrasi (*Ecocracy*)

Selain Indonesia, hak-hak dan kewajiban konstitusional terkait dengan lingkungan hidup juga terdapat di dalam berbagai konstitusi negara-negara dunia, misalnya Afrika Selatan (1996), Angola (1992), Armenia (1995), Belanda (1983), Bhutan (2008), Brasil (1988), Chili (1980), Ekuador (2008), Filipina (1987), Ghana (1992), India (1976), Korea Selatan (1987), Nepal (2007), Perancis (2006), Portugal (1976), Spanyol (1978), dan lain sebagainya.

Dari sejumlah konstitusi negara dunia tersebut, terdapat dua negara yang dapat dikatakan memiliki perlindungan kuat terhadap lingkungan hidup, yaitu Perancis dan Ekuador. Negara Perancis mendeklarasikan Piagam Lingkungan Hidup (*Charter for the Environment*) yang mengandung nilai-nilai konstitusi sejak 2005.¹⁴ Lebih kuat lagi, yaitu Konstitusi Ekuador yang memberikan hak terhadap lingkungan sebagai subyek hukum sederajat dengan hak asasi manusia. Oleh karenanya banyak pihak yang menyandangkan istilah “the real green constitution” kepada negara Ekuador. Kelima ketentuan Konstitusi terkait dengan lingkungan hidup yang terdapat dalam Bagian II Bab Ketujuh tentang *Rights of Nature* Konstitusi Ekuador adalah sebagai berikut:¹⁵

“Article 71. Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes.

All persons, communities, peoples and nations can call upon public authorities to enforce the rights of nature. To enforce and interpret these rights, the principles set forth in the Constitution shall be observed, as appropriate.

The State shall give incentives to natural persons and legal entities and to communities to protect nature and to promote respect for all the elements comprising an ecosystem.

Article 72. Nature has the right to be restored. This restoration shall be apart from the obligation of the State and natural persons or legal entities to compensate individuals and communities that depend on affected natural systems.

In those cases of severe or permanent environmental impact, including those caused by the exploitation of nonrenewable natural resources, the State

¹⁴ Conseil Constitutionnel, “Charter for the Environment”, (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/charter-for-the-environment.103658.html>), diakses 30 September 2016.

¹⁵ ConstitutionNet, “Constitution of the Republic of Ecuador”, (http://www.constitutionnet.org/files/ecuador_constitution_english_0.pdf), diakses 30 September 2016.

shall establish the most effective mechanisms to achieve the restoration and shall adopt adequate measures to eliminate or mitigate harmful environmental consequences.

Article 73. The State shall apply preventive and restrictive measures on activities that might lead to the extinction of species, the destruction of ecosystems and the permanent alteration of natural cycles.

The introduction of organisms and organic and inorganic material that might definitively alter the nation's genetic assets is forbidden.

Article 74. Persons, communities, peoples, and nations shall have the right to benefit from the environment and the natural wealth enabling them to enjoy the good way of living.

Environmental services shall not be subject to appropriation; their production, delivery, use and development shall be regulated by the State”.

Belum lagi apabila kita melihat pada tataran Konstitusi di tingkat regional dan global,¹⁶ pemasukan norma-norma lingkungan hidup ke dalam dokumen dasar telah menjadi tren utama. Sebagai contoh adalah *Charter of Fundamental Rights of the European Union* yang memuat mengenai perlindungan terhadap lingkungan di dalam Pasal 37, sebagai berikut:¹⁷

“A high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development”.

Terhadap gambaran di atas, maka kini di berbagai belahan dunia muncul gagasan yang dinamakan ekokrasi (*ecocracy*). Embrio *global ecocracy* pertama kali hadir dalam *the Brundtland Report*. Menurut Henryk Skolimowski, konsepsi ekokrasi ini lebih pada bentuk pengakuan terhadap kekuatan alam dan kehidupan yang ada di dalamnya, pemahaman mengenai keterbatasan lingkungan, elemen kerjasama dengan alam, serta yang terpenting yakni menciptakan sistem ekologi yang berkelanjutan dengan penghormatan terhadap bumi beserta isinya dan tidak melakukan perampasan secara eksploitatif tanpa perhitungan.¹⁸

Ekokrasi juga bertujuan untuk menciptakan sistem berkelanjutan yang dapat mendukung dan membawa kebaikan terhadap seluruh makhluk yang ada di dunia, baik yang hidup sekarang ini maupun yang akan datang. Secara sederhana, konsep

¹⁶ Daniel M. Bodansky, “Is There an International Environmental Constitution?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volume 16, Issue 2, Summer 2009, h. 565-584.

¹⁷ EUR-Lex, “Charter of Fundamental Rights of the European Union”, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT>), diakses 30 September 2016.

¹⁸ P2P Philosophical Foundation, “The Eco-Philosophy of Henryk Skolimowski”, dalam Michel Bauwens, *Foundation for Peer to Peer*, Alternatives Newsletter Issue 67, 2005.

ekokrasi ini merupakan perluasan terhadap keterbatasan dari konsep demokrasi. Selain demokrasi tidak mungkin lagi dapat dibatasi untuk suatu wilayah atau negara tertentu saja, demokrasi juga harus dapat memastikan bahwa pelaksanaannya di masing-masing negara tidak akan membahayakan negara lain ataupun melukai alam itu sendiri, baik secara langsung maupun tidak langsung.

Dengan kata lain, Jacqueline Aloisi de Larderel dalam “Living in an Ecocracy” menggambarkan ekokrasi sebagai sistem aktivitas yang diukur melalui standar-standar internasional mengenai perlindungan terhadap lingkungan dan alam. Artinya, konsep ini ditujukan untuk mengintegrasikan kembali kehidupan antara makhluk hidup di dunia, yaitu manusia, hewan, dan tumbuhan dalam lingkungan yang ramah alam.¹⁹

Namun demikian, mendesaknya pembentukan konsep ekokrasi secara internasional menurut Wolfgang Sachs bukan tanpa halangan.²⁰ Oleh karenanya, para penggiat lingkungan harus secara terus-menerus dan bertahap memberikan pencerahan terhadap gagasan tersebut. Salah satu cara yang paling efektif adalah dengan menjalankan *green policy* yang dimuat secara formal melalui berbagai kebijakan baik oleh organisasi di tingkat internasional maupun pemerintahan resmi di tingkat nasional, termasuk di dalam putusan-putusan pengadilan.

D. Juristokrasi (*Juristocracy*)

Menurut Andi Hamzah, penegakan hukum yang cocok dengan kondisi Indonesia meliputi segi preventif dan represif, terutama yang memiliki keterlibatan pemerintah untuk turut aktif meningkatkan kesadaran hukum masyarakat. Lebih lanjut dikatakan bahwa penegakan hukum lingkungan sangatlah rumit, karena hukum lingkungan berdiri di atas titik pertemuan pelbagai bidang hukum, seperti administratif, perdata, dan pidana, bahkan kadangkala sampai menyentuh juga hukum pajak, pertanahan, tata negara, dan hukum internasional baik publik maupun privat.²¹

Dalam kaitannya dengan penegakan hukum yang disampaikan oleh Andi Hamzah di atas, maka peranan konstitusi sebagai “langit” dari segala bidang hukum nasional menjadi teramat penting, sebab konstitusi merupakan titik puncak tertinggi piramida aturan bernegara dari segala hukum yang berlaku di dalam

¹⁹ Lihat Jacqueline Aloisi de Larderel, *Living in an Ecocracy*, Paris: United Nations Environment Programme, 1999.

²⁰ Lihat Wolfgang Sachs, editor, *The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, London: Zed Books, 1992.

²¹ Andi Hamzah, *Penegakan Hukum Lingkungan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005, h. 49-50.

negeri. Dalam teori *stufenbau der rechtsordnung*, Hans Nawiasky menyebutnya dengan istilah *staatsgrundgesetz*.²²

Dalam konteks tersebut, konstitusionalisasi norma lingkungan hidup di dalam UUD 1945 dapat menjadi salah satu cara untuk menegakkan hukum baik secara preventif maupun represif. Adanya norma perlindungan terhadap lingkungan di dalam konstitusi secara otomatis akan menjadi pedoman tidak hanya dalam penyusunan undang-undang organiknya, namun juga segala tindakan dan macam laku dari para pemangku kebijakan, baik itu pemerintah, pihak swasta, ataupun masyarakat madani (*civil society*). Apabila hal tersebut ternyata tetap disimpangi, maka rumusan penegakan hukum yang kemudian berlaku adalah tindakan represif terhadap produk perundang-undangan atau tindakan yang dianggap melanggar atau bertentangan dengan konstitusi (*constitutional violation*).

Adalah buah reformasi dan perubahan UUD 1945 yang menciptakan berdirinya Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang berfungsi sebagai pengadilan ketatanegaraan sekaligus sebagai implementasi mekanisme *checks and balances* antarcabang kekuasaan negara. Berdasarkan Pasal 24C UUD 1945, Mahkamah Konstitusi (MK) memiliki kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar atau biasa dikenal dengan sebutan *constitutional review*. Inilah kali pertamanya undang-undang dimajukan ke muka persidangan untuk diuji konstitusionalitasnya, setelah gagasan ini sempat muncul-tenggelam sejak Rapat BPUPKI di tahun 1945.²³ Konsekuensi hukumnya, apabila ada undang-undang yang dianggap bertentangan dengan norma-norma konstitusi yang tercantum pada Pasal 28H ayat (1) dan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 terkait perlindungan terhadap lingkungan sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, maka undang-undang tersebut dapat dibatalkan keberlakuannya.

Dalam konteks tersebut, Ran Hirschl mengistilahkan mekanisme dan tren pengambilan keputusan penting oleh para hakim di pengadilan yang turut memengaruhi jalannya roda pemerintahan dan kebijakan negara berdasarkan paham konstitusionalisme sebagai “juristokrasi” (*juristocracy*).²⁴ Berkaca pada perkembangan dan peran pengadilan di negara-negara lain, khususnya negara

²² Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara: Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I – Pelita IV*, Disertasi Ilmu Hukum, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1990, h. 287.

²³ Moh. Mahfud MD., “The Role of the Constitutional Court in the Development of Democracy in Indonesia”, makalah dipresentasikan dalam *the World Conference on Constitutional Justice* di Cape Town, Afrika Selatan, 23-24 Januari 2009.

²⁴ Lihat Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, 2005.

maju yang menerapkan sistem *common law*, maka dengan mudah akan kita temukan betapa pengadilan memiliki andil besar dan strategis dalam membuat keputusan-keputusan bersejarah bagi pembangunan negaranya. Bahkan tak jarang harus berseberangan dengan kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah yang sah karena dianggap tidak sesuai dengan konstitusinya.

Begitu pula dengan MK di Indonesia, secara bertahap setiap tahunnya, permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945, baik secara formil maupun materiil, terus meningkat. Menariknya, pertimbangan hukum yang menjadi alur dan kerangka berpikir sebelum kepada amar putusan, telah menjadi tafsir resmi konstitusi oleh MK selaku *the final interpreter of the constitution*. Dengan demikian, kajian hukum tata negara yang awalnya hanya sebatas teoritik di atas kertas, namun setelah terbentuknya MK telah berubah secara perlahan menjadi teoritis-praktis yang menyebabkan tumbuh suburnya kajian konstitusi di hampir seluruh Fakultas Hukum di Indonesia. Adapun beberapa putusan yang terkait dengan isu lingkungan hidup, di antaranya, yaitu:

Pertama, dalam putusan Perkara Nomor 002/PUU-I/2003 disebutkan bahwa setiap interpretasi terhadap suatu ketentuan dalam Pasal-Pasal UUD 1945 harus selalu mengacu kepada tujuan hidup berbangsa dan bernegara sebagaimana yang digariskan dalam Pembukaan UUD 1945 tersebut. Tafsiran inilah yang melatarbelakangi pertimbangan mengapa Alinea Keempat Pembukaan UUD 1945 dapat memperkuat posisi dan kedudukan norma lingkungan di dalam Pasal 28H UUD 1945. Dalam Putusan yang sama ditegaskan bahwa terkait dengan Pasal 33 ayat (3) dan ayat (4) UUD 1945, negara *c.q.* pemerintah harus memanfaatkan sumber-sumber kekayaan dengan tetap memelihara lingkungan sebagaimana mestinya. Pemanfaatan tersebut dilakukan dengan cara mengatur (*regelendaad*), mengurus (*bestuursdaad*), mengelola (*beheersdaad*), dan mengawasi (*toezichthoudensdaad*) cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan/atau menguasai hajat hidup orang banyak untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.²⁵

Kedua, MK dalam Perkara Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Perkara Nomor 008/PUU-III/2005 mengenai pengujian Sumber Daya Air (SDA) memuat pertimbangan hukum bahwa aspek hak asasi yang harus dijamin oleh negara adalah penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan, tidak hanya menyangkut kebutuhan sekarang namun harus juga dijamin kesinambungannya untuk masa

²⁵ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-I/2003 bertanggal 15 Desember 2004.

depan karena secara langsung menyangkut eksistensi manusia. Oleh karenanya, negara juga perlu terlibat secara aktif dalam perencanaan pengelolaan sumber daya air yang tujuannya untuk menjamin ketersediaan air bagi masyarakat. Perencanaan tersebut menyangkut banyak hal, di antaranya adalah usaha konservasi sumber air, yang pada dasarnya merupakan campur tangan manusia dalam siklus hidrologis, agar air tersedia dengan cukup pada saat air diperlukan oleh manusia.²⁶

Ketiga, Putusan Nomor 013/PUU-III/2005 menegaskan bahwa politik hukum kehutanan Indonesia adalah dalam rangka pelaksanaan hak-hak asasi manusia Indonesia sekarang dan generasi yang akan datang untuk mendapatkan lingkungan hidup yang sehat dan dalam rangka implementasi pembangunan nasional yang berkesinambungan (*sustainable development*) sesuai dengan ketentuan Pasal 33 ayat (4) UUD 1945. Dalam Putusan MK tersebut juga ditegaskan bahwa peranan negara dengan hak menguasai atas bumi, air, udara, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dimaksudkan agar terbangun lingkungan yang baik dan berkelanjutan (*sustainable development*) yang ditujukan kepada semua pemangku kepentingan (*stakeholders*) yang tidak boleh dikurangi atau bahkan diabaikan. Selain itu, MK juga menyuarakan betapa pentingnya peran negara, masyarakat, dan perusahaan yang bergerak dalam eksploitasi dan pemanfaatan sumber daya alam untuk ikut bertanggung jawab baik secara moral maupun hukum terhadap dampak negatif atas kerusakan lingkungan tersebut.²⁷

Keempat, Putusan Nomor 021/PUU-III/2005 perihal uji materi ketentuan kewajiban Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan (TJSL) dalam UU Perseroran Terbatas. Dalam pertimbangannya, MK menuliskan bahwa TJSL merupakan kebijakan negara yang menjadi tanggung jawab bersama untuk bekerjasama (*to cooperate*) antara negara, pelaku bisnis, perusahaan, dan masyarakat, bukan sebaliknya untuk mencari lubang-lubang (*loopholes*) kelemahan terhadap ketentuan hukum yang kemudian dieksploitasi untuk menghindari (*to evade*) tanggung jawab tersebut. TJSL merupakan *affirmative regulation* yang menurut argumentasi aliran hukum alam bukan saja menuntut untuk adanya kepatuhan moral dan spirit untuk bekerjasama. TJSL juga bukan sekadar mematuhi atau menghindari atau bahkan mengeksploitasi kelemahan-kelemahan untuk memperoleh keuntungan dari tidak dilaksanakannya tanggung jawab manakala tindakan tersebut akan

²⁶ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Nomor 008/PUU-III/2005 bertanggal 19 Juli 2005. UU Sumber Daya Air ini kemudian dibatalkan seluruhnya oleh MK melalui Putusan 85/PUU-XI/2013 bertanggal 8 Februari 2015.

²⁷ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-III/2005 bertanggal 12 September 2005

memperbesar risiko yang harus ditanggung terhadap kehidupan manusia baik pada masa sekarang maupun pada masa yang akan datang (*just saving principle*).²⁸

E. Arah Kebijakan Konstitusi

Jimly Asshiddiqie, pakar hukum tata negara yang pertama kali mempopulerkan istilah "*Green Constitution*" di Indonesia, membagi tiga model konstitusi yang memuat konstitusionalisasi norma dalam upaya perlindungan terhadap lingkungan, yaitu: (1) model konstitusionalisasi formal, misalnya di Protugal; (2) model konstitusionalisasi substansial, misalnya di Perancis; dan (3) model konstitusionalisasi structural, misalnya di Ekuador.²⁹ Menurutnya, UUD 1945 saat ini dapat dikategorikan ke dalam model konstitusionalisasi fomal yang sudah bernuansa hijau, namun terbilang masih sangat muda.³⁰ Artinya, konstitusionalisasi norma untuk melakukan perlindungan terhadap lingkungan di dalam UUD 1945 masih sangat terbatas, berbeda jauh dengan apa yang telah diadopsi oleh negara Ekuador ataupun Perancis di dalam konstitusinya.

Untuk memperkuat perlindungan terhadap lingkungan, khususnya dari perspektif konstitusi, maka terdapat beberapa langkah yang dapat dilakukan. *Pertama*, meskipun UUD 1945 sudah mencantumkan beberapa ketentuan terkait dengan lingkungan hidup, akan tetapi apabila dibandingkan dengan konstitusi negara-negara dunia lainnya, Indonesia masih dapat dikatakan sebagai negara yang tidak terlalu tegas mengatur konstitusionalisasi prinsip-prinsip lingkungan hidup di dalam konstitusinya. Apabila terjadi amandemen UUD 1945 yang kelima, maka perlu diformulasikan norma-norma perlindungan terhadap lingkungan dan hak asasi manusia yang lebih kuat lagi dengan alasan-alasan dan dampak negatif atas permasalahan lingkungan.

Bahkan sudah seharusnya konstitusionalisasi norma lingkungan hidup di dalam konstitusi dibuat secara terpisah dan tidak lagi digabungkan dengan bagian lainnya yang mengesankan lingkungan adalah faktor subsidair di bawah faktor ekonomi atau hanya sekedar untuk dieksploitasi demi keuntungan dan pertumbuhan ekonomi. Perlindungan terhadap lingkungan seharusnya dapat dibaca dari perspektif hak asasi manusia. Oleh karena isu permasalahan lingkungan adalah isu bersama dan menjadi kepentingan bersama seluruh warga negara, maka

²⁸ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 021/PUU-III/2005 bertanggal 21 April 2009.

²⁹ Jimly Asshiddiqie, *Green Constitution: Nuansa Hijau Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: RajaGrafindo, 2009, h. 183.

³⁰ *Ibid.*, h. 181.

sudah seyogianya penguatan norma lingkungan di dalam konstitusi memperoleh posisi yang sentral, karena tidak mengandung kepentingan politis-pragmatis dari kelompok atau golongan tertentu.

Kedua, mekanisme pengujian konstitusionalitas yang ada dalam sistem hukum dan ketatanegaraan Indonesia barulah sebatas produk undang-undang saja. Terhadap produk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tidak terdapat mekanisme untuk diuji konstitusionalitasnya. Dengan demikian, menjadi amat disayangkan apabila konstitusionalisasi norma berhasil diperkuat, namun dalam kenyataannya mekanisme uji konstitusionalitas peraturan perundang-undangan ternyata masih “setengah hati”. Di masa mendatang, perlu juga dipertimbangkan untuk menempatkan kewenangan pengujian konstitusionalitas seluruh produk peraturan perundang-undangan di bawah satu atap agar tercipta integrasi sistem perundang-undangan yang sejalan dengan UUD 1945 secara vertikal-berjenjang. Ketiadaan mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) di dalam sistem hukum Indonesia juga dapat menjadi penghambat tatkala terdapat warga negara atau sekelompok warga negara yang hendak maju ke muka persidangan untuk mempertahankan hak konstitusionalitasnya akibat rusaknya lingkungan yang disebabkan oleh tindakan atau keputusan pejabat pemerintah.³¹

Ketiga, sosialisasi terhadap konstitusionalisasi norma lingkungan hidup teramat penting untuk selalu dilakukan. Setidak-tidaknya peningkatan pengetahuan konstitusi lingkungan dapat diberikan kepada kalangan penentu kebijakan negara di setiap tingkatan pemerintahan, tak terkecuali bagi para hakim. Lebih-lebih, para pejabat negara dan pemerintahan telah bersumpah untuk melaksanakan isi konstitusi dengan sungguh-sungguh. Dengan meningkatnya kesadaran ekologis (*ecology awareness*) di antara para pengambil kebijakan maka diharapkan mereka dapat turut memberikan pencerahan kepada warga negara secara bertahap dan menyeluruh. Dengan demikian, ketika terjadi benturan antara kepentingan kelestarian lingkungan dengan kepentingan pertumbuhan ekonomi, maka para pengambil kebijakan dapat secara sadar memilih kepentingan kelestarian lingkungan sebagai prioritasnya.³²

³¹ Lihat Pan Mohamad Faiz, “A Prospect and Challenges for Adopting Constitutional Complaint and Constitutional Question in the Indonesian Constitutional Court”, *Constitutional Review*, Vol. 2 No.1, 2016, h. 103-128.

³² Lihat juga tentang *Green Constitution*, misalnya, I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani, “*Green Constitution* sebagai Penguatan Norma Hukum Lingkungan dan Pedoman Legal Drafting Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia”, *Yustisia*, Vol. 82, 2011, h. 75-82; Eko Nurmardiansyah, “Konsep Hijau: Penerapan *Green Constitution* dan *Green Legislation* dalam rangka *Eco-Democracy*”, *Veritas et Justitia*, Vol. 1, No 1, 2015, h. 183-219.

Kelima, berdasarkan teori pemerintahan dikatakan bahwa negara-negara bangsa (*nation-states*) kini haruslah berkolaborasi dan bekerjasama dengan para aktor di luar pemerintahan untuk meraih tujuan bernegaranya. Kecenderungan demikian semakin dibutuhkan tatkala umat manusia berbicara mengenai permasalahan di level lingkungan global, di mana negara-negara bangsa haruslah berperan dan bertanggung jawab baik secara sendiri maupun bersama-sama dengan korporasi transnasional (*transnational corporation*) dan organisasi non-pemerintah (*non-governmental organization*). Dalam konteks ilmu politik dan hubungan internasional, negara-negara dunia pada era globalisasi seperti sekarang ini haruslah juga meningkatkan cara kerja melalui sistem jaringan. Oleh karenanya, kerjasama yang optimal di antara para aktor negara harus dilakukan melalui sistem hierarki pemerintahan dan jaringan hibrida, tanpa harus menyerahkan kedaulatan negara di berbagai bidang kehidupan kepada pihak-pihak tertentu. Inilah yang kemudian disebut oleh Williamson (1996) sebagai *mechanism of governance*.³³

KESIMPULAN

Ketika negara-negara di berbagai belahan dunia telah memasukkan ketentuan lingkungan ke dalam konstitusinya sejak lama, Indonesia baru menciptakan undang-undang payung mengenai perlindungan terhadap lingkungan hidup pada tahun 1982. Namun demikian, setelah adanya perubahan UUD 1945, norma lingkungan hidup telah mulai dikonstitusionalisasikan. Memang sudah seharusnya Indonesia tidak hanya memiliki sekedar undang-undang “payung” terkait isu lingkungan, namun juga norma-norma yang masuk di dalam batang tubuh Konstitusi agar dapat dijadikan dasar dari segala dasar peraturan perundang-undangan, kebijakan, dan tindakan atas kerangka berpijak yang pro-lingkungan.

Setelah dunia diyakini oleh Al Gore akan bahaya serius yang mengancam umat manusia akibat rusaknya lingkungan hidup,³⁴ Thomas L. Friedman dalam bukunya “*Hot, Flat and Crowded*” juga mengumandangkan strategi “*Geo-Greenism*” untuk mengantisipasi dampak serius dari pemanasan global dan perubahan iklim dengan batas waktu akhir tahun 2050. Friedman secara jelas dan tegas menyampaikan betapa pentingnya dilakukan revolusi hijau (*green revolution*)

³³ Lihat Oliver E. Williamson, *The Mechanism of Governance*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1996.

³⁴ Lihat Al Gore, *An Inconvenient Truth: The Planetary Emergency of Global Warming and What We Can Do About It*, New York: Rodale Books, 2006.

dengan berulang kali memperkenalkan istilah *green president*, *a green new deal*, dan *the greenest generation*.³⁵

Dalam suatu diskursus mengenai politik hijau (*green politics*), Andrew Dobson membedakan cara yang tepat antara *dark-green* dan *light-green* untuk mengatasi permasalahan lingkungan dengan mempertimbangkan berbagai faktor, seperti sistem pemerintahan, gaya hidup, komunitas, insentif fiskal, kewarganegaraan ekologi, serta status dan kelas sosial. Namun pada akhirnya, Dobson menekankan pentingnya mengambil momentum untuk menentukan langkah radikal dalam politik hijau sebelum akhirnya umat manusia terlambat mengatasi permasalahan lingkungan yang semakin tidak terkendalikan.³⁶

Berdasarkan pembahasan sebelumnya, maka tulisan ini tiba pada kesimpulan bahwa sudah waktunya bagi Indonesia untuk menyiapkan momentum ini dengan melakukan perubahan konstitusional yang mendasar, yakni dengan menyusun kembali tatanan kehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat dengan lebih memasukkan nilai-nilai dan prinsip perlindungan terhadap lingkungan di dalam konstitusinya. Selain itu, meskipun berdasarkan Pasal 28I ayat (4) UUD 1945 ditentukan bahwa negara, terutama pemerintah dalam hubungannya dengan kewajiban yang ditimbulkan oleh hak asasi manusia, diwajibkan untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhinya (*to fulfill*), namun setiap warga negara harus pula mengemban kewajiban dan tanggung jawab bersama untuk mengatasi berbagai permasalahan lingkungan. Dengan cara demikian, maka perlindungan terhadap lingkungan dari perspektif konstitusi dapat semakin menguat.

DAFTAR PUSTAKA

Andi Hamzah, 2005, *Penegakan Hukum Lingkungan*, Jakarta: Sinar Grafika.

Bodansky, Daniel M., 2009, "Is There an International Environmental Constitution?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volume 16, Issue 2, h. 565 – 584.

ConstitutionNet, "Constitution of the Republic of Ecuador", http://www.constitutionnet.org/files/ecuador_constitution_english_0.pdf, diakses 30 September 2016.

³⁵ Lihat Thomas L. Friedman, *Hot, Flat and Crowded: Why We Need a Green Revolution--and How It Can Renew America*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2008.

³⁶ Andrew Dobson, *Green Political Thought*, New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2007, h. 147.

- Conseil Constitutionnel, "Charter for the Environment", <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/charter-for-the-environment.103658.html>, diakses 30 September 2016.
- Dobson, Andrew, 2007, *Green Political Thought*, New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- EUR-Lex, "Charter of Fundamental Rights of the European Union", <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT>, diakses 30 September 2016.
- Finger, Matthias, 2006, "Which Governance for Sustainable Development? An Organizational and Institutional Perspective", dalam Jacob Park, Ken Conca, dan Matthias Finger, editor, *The Crisis of Global Environmental Governance: Towards a New Political Economy of Sustainability*, New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- Friedman, Thomas L., 2008, *Hot, Flat and Crowded: Why We Need a Green Revolution--and How It Can Renew America*, New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Gore, Al, 2006, *An Inconvenient Truth: The Planetary Emergency of Global Warming and What We Can Do About It*, New York: Rodale Books.
- Hamid S. Attamimi, 1990, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara: Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I – Pelita IV*, Disertasi Ilmu Hukum, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Hirschl, Ran, 2005, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani, 2011, "Green Constitution sebagai Penguatan Norma Hukum Lingkungan dan Pedoman Legal Drafting Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia", *Yustisia*, Vol. 82, h. 75-82.
- Jimly Asshiddiqie, 2005, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press.
- _____, 2009, *Green Constitution: Nuansa Hijau Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: RajaGrafindo.
- Khitoliya, R.K., 2002, *Environment Protection and the Law*, New Delhi: A.P.H. Publishing Corporation.

Larderel, Jacqueline Aloisi de, 1999, *Living in an Ecocracy*, Paris: United Nations Environment Programme.

Lewis, Bridget, 2012, "Environmental Rights or a Right to the Environment? Exploring the Nexus between Human Rights and Environmental Protection", *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, Vol. 8 No. 1, h. 36 – 47.

McBeath, Jerry dan Jonathan Rosenberg, 2006, *Comparative Environmental Politics*, Dordrecht: Springer.

McGoldrick, Dominic, 1996, "Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 4, Oktober, h. 796 – 818.

Moh. Mahfud MD., 2009, "The Role of the Constitutional Court in the Development of Democracy in Indonesia", makalah dipresentasikan dalam *The World Conference on Constitutional Justice* di Cape Town, Afrika Selatan, 23-24 Januari 2009.

Nurmardiansyah, Eko, 2015, "Konsep Hijau: Penerapan *Green Constitution* dan *Green Legislation* dalam rangka *Eco-Democracy*", *Veritas et Justitia*, Vol. 1, No 1, h. 183 – 219.

Pan Mohamad Faiz, 2007, *Human Rights Protection and Constitutional Review: A Basic Foundation of Sustainable Development in Indonesia*, makalah dipresentasikan dalam ISSM 2008 di Delft University of Technology, Belanda, 13 Mei 2007.

_____, 2016, "A Prospect and Challenges for Adopting Constitutional Complaint and Constitutional Question in the Indonesian Constitutional Court", *Constitutional Review*, Vol. 2, No.1, h. 103 – 128.

Payne, Dinah M. dan Cecily A. Rainborn, 2008, "Sustainable Development: The Ethics Support the Economics", dalam Thomas A. Easton, editor, *Taking Sides: Clashing Views on Controversial Environmental Issues*, New York: McGraw Hill Education.

Putusan Mahkamah Agung India dalam *M. C. Mehta Vs. Union of India*

Putusan Mahkamah Agung India dalam *Rural Litigation Entitlement Kendra Dehradun Vs. State of U.P.*

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-I/2003 bertanggal 15 Desember 2004.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Nomor 008/PUU-III/2005 bertanggal 19 Juli 2005.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-III/2005 bertanggal 12 September 2005.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 021/PUU-III/2005 bertanggal 21 April 2009.

P2P Philosophical Foundation, 2005, "The Eco-Philosophy of Henryk Skolimowski", dalam Michel Bauwens, *Foundation for Peer to Peer*, Alternatives Newsletter Issue 67.

Supriadi, 2008, *Hukum Lingkungan di Indonesia: Sebuah Pengantar*, Jakarta: Sinar Grafika.

Surna T. Djajadiningrat, 1994, "Pembangunan Berkelanjutan dan Berwawasan Lingkungan", *Jurnal Hukum Lingkungan*, Vol. I, Issue 1, h. 6 – 9.

Williamson, Oliver E., 1996, *The Mechanism of Governance*, New York, Oxford: Oxford University Press.

Wolfgang Sachs, editor, 1992, *The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, London: Zed Books.

World Commission on Environment and Development (WCED), 1987, *Our Common Future*, Oxford: Oxford University Press.

Hak Kebebasan Berserikat Bagi Pekerja Sebagai Hak Konstitusional

The Right to Freedom of Association for Labour as a Constitutional Right

Abdul Rachmad Budiono

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya

Jl. Veteran Kota Malang

e-mail: abdulrachmadbudiono@gmail.com

Naskah diterima: 24/10/2016 revisi: 19/11/2016 disetujui: 22/11/2016

Abstrak

Pasal 28E ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menjamin hak setiap orang atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat. Dengan demikian hak pekerja atau buruh untuk bebas berserikat dijamin oleh konstitusi. Asas yang ada di dalam konstitusi tersebut diwujudkan ke dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh. Substansi hak untuk bebas berserikat bertujuan agar pekerja yang diwakili oleh serikat pekerja mempunyai posisi tawar terhadap pengusaha. Posisi tawar serikat pekerja diharapkan bisa meningkatkan fungsi serikat pekerja dalam memperjuangkan kepentingan pekerja.

Kata Kunci: Hak Berserikat, Serikat Pekerja.

Abstract

Article 28E paragraph (3) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia guarantees the right of everyone to freedom of association, assembly, and to express opinions. Thus, the right of workers or labours to freedom of association is guaranteed by the Constitution. The principle which is embedded in the 1945 Constitution has been incorporated into Law Number 21 Year 2000 concerning Labour Union. The substance of the rights to freedom of association aims to give bargaining power to workers represented by the union against employers. The bargaining position of labour unions is expected to improve the functioning of the unions to defend the interest of workers.

Keywords: *The Right to Freedom of Association, Trade Union.*

PENDAHULUAN

Di dalam Pasal 28E ayat (3) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disingkat UUD 1945) ditegaskan, "Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat". Frase "setiap orang" di dalam Pasal 28E ayat (3) UUD 1945 ini bermakna bahwa siapa saja di Indonesia dijamin haknya untuk bebas berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat oleh konstitusi atau UUD 1945. Dengan demikian pekerja atau buruh pun dijamin haknya untuk bebas berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat oleh konstitusi atau UUD 1945.

Konvensi ILO (*International Labour Organisation*) Nomor 87 Tahun 1948 juga menegaskan mengenai kebebasan pekerja untuk berorganisasi. Pasal 2 Konvensi ILO Nomor 87 menegaskan, "*Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and subject only to the rules of the organisation of their own choosing without previous authorisation*". Konvensi ILO Nomor 87 Tahun 1948 diikuti oleh Konvensi ILO Nomor 98 Tahun 1956 tentang *The Application of Principles of The Right to Organise and to Bargain Collectively*. Pasal 2 Konvensi ILO Nomor 98 Tahun 1956 menegaskan, "*Workers' and employers' organisation shall enjoy adequate protection against any acts of interference by each other's agents of members in their establishment, functioning or administration*". Dua konvensi ILO ini meneguhkan hak pekerja untuk berserikat atau berorganisasi. Pentingnya pekerja berserikat diakomodasikan oleh ILO. Dengan berserikat pekerja diharapkan mampu memperjuangkan kepentingannya.

Hubungan hukum (lazim disebut hubungan kerja) antara pekerja dengan pengusaha merupakan hubungan yang khas. Khas karena hubungan hukum ini berkaitan dengan profit yang hendak dikumpulkan oleh pengusaha. Pengusaha ingin keuntungan sebesar-besarnya, sedangkan pekerja ingin memperoleh penghasilan sebesar-besarnya. Dua keinginan ini sering berbenturan. Pengusaha mempunyai kekuatan berupa kemampuan finansial dan akses ke penguasa. Pekerja, dengan berserikat, diharapkan juga mempunyai kekuatan. Perimbangan kemampuan pengusaha dan serikat pekerja diharapkan mampu mengharmoniskan hubungan hukum antara pengusaha dan pekerja. Dijaminnya pekerja untuk berserikat di dalam UUD 1945 dan Konvensi ILO tidak lepas dari hal-hal tersebut.

Artikel ini membahas tentang hak atas kebebasan berserikat bagi pekerja atau buruh (selanjutnya digunakan istilah "pekerja" karena pertimbangan efisiensi)

dalam Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh dan juga Undang-undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan Hal ini penting dibahas sebab lintasan sejarah organisasi pekerja di Indonesia menunjukkan pasang-surut dengan segala kronikanya. Fase antara tahun 1945 sampai dengan tahun 1965 saat pekerja bebas berserikat keadaan kehidupan pekerja sangat memprihatinkan. Fase antara tahun 1965 sampai dengan tahun 1998 saat pekerja sangat dibatasi untuk berserikat para pekerja menuduh bahwa orde baru amat takut jika pekerja menjadi kuat karena berserikat. Fase tahun 1998 (tepatnya tahun 2000) sampai sekarang saat pekerja bebas berserikat kehidupan pekerja belum seperti diidealkan. Dengan demikian muncul pertanyaan mengenai esensi substansi penjaminan hak kebebasan berserikat bagi pekerja oleh konstitusi.

PEMBAHASAN

Perwujudan Hak Kebebasan Berserikat Pekerja dalam UU 21 /2000 dan UU 13/2013

Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Pekerja (selanjutnya disingkat ASP/B) disusun berdasarkan pertimbangan (1) penghargaan terhadap kemerdekaan berserikat, berkumpul, mengeluarkan pikiran, memperoleh pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan dan mempunyai kedudukan yang sama dalam hukum, (2) perlunya pembentukan dan pengembangan serikat buruh yang bebas, terbuka, mandiri, demokratis dan bertanggung-jawab, dan (3) penegasan bahwa serikat buruh merupakan sarana untuk memperjuangkan, melindungi dan membela kepentingan dan kesejahteraan buruh dan keluarganya.

1. Asas

Serikat buruh, federasi buruh dan konfederasi serikat buruh bebas menentukan asas. Kebebasan ini dibatasi, yaitu tidak boleh bertentangan dengan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945.

Meskipun jika dibandingkan dengan peraturan perundang-undangan sebelumnya, terutama perundang-undangan yang lahir di masa Orde Baru, Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 telah membawa pembaruan, tetapi kebebasan menentukan asas adalah hal yang mutlak dan logis. Mutlak dan logis karena aneka macam organisasi buruh, sesuai dengan kekhususannya masing-masing mutlak dan logis jika berasaskan berbeda. Asas yang dianut

oleh organisasi buruh di sektor pertanian logis jika berbeda dengan organisasi buruh di sektor keuangan atau pertambangan. Perbedaan asas yang dianut oleh organisasi buruh tidak relevan jika dikaitkan dengan kendala bagi persatuan dan kesatuan. Perbedaan ini dalam banyak hal justru akan mengembangkan dinamika organisasi buruh, dan pada gilirannya akan menumbuhkan semangat persatuan dan kesatuan.

2. Sifat

Di dalam Pasal 3 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 ditegaskan bahwa serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh bersifat bebas, terbuka, mandiri, demokratis, dan bertanggung-jawab. Bebas bermakna bahwa dalam melaksanakan hak dan kewajibannya, serikat buruh sebagai organisasi tidak di bawah pengaruh atau tekanan pihak lain. Hal ini juga berlaku bagi fedrasi dan konfederasi serikat buruh. Terbuka bermakna bahwa dalam menerima anggota dan atau memperjuangkan kepentingan buruh, serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh tidak membedakan aliran politik, agama, suku bangsa, dan jenis kelamin. Mandiri bermakna bahwa dalam mendirikan, menjalankan dan mengembangkan organisasi ditentukan oleh kekuatan sendiri, tidak dikendalikan oleh pihak lain di luar organisasi. Di dalam kepustakaan mandiri atau independen diartikan sebagai *“not dependent on other people things; not controlled by other people or things”*¹. Kemandirian atau independensi ini amat strategis dan mutlak diperlukan untuk organisasi seperti serikat buruh, sebab ia amat berguna untuk mendukung peran atau fungsinya. Demokratis bermakna bahwa dalam pembentukan organisasi, pemilihan pengurus, memperjuangkan dan melaksanakan hak dan kewajiban organisasi dilakukan sesuai dengan prinsip demokrasi. Kata *“democracy”* yang semula diartikan sebagai *“a system of government by all the people of a country, usually through representatives whom they elect thought of allowing freedom of speech, religion and political opinion”*², telah berkembang sedemikian rupa sehingga asas-asasnya banyak diambil untuk menopang kehidupan suatu komunitas atau organisasi tertentu. Penopang atau *soko guru* demokrasi adalah (1) kedaulatan rakyat, (2) pemerintahan berdasarkan persetujuan dari yang diperintah, (3) kekuasaan mayoritas, (4) hak-hak minoritas, (5) jaminan hak asasi manusia, (6) pemilihan yang bebas dan jujur, (7) persamaan di

¹ Oxford Advanced Learner's Dictionary, Oxford University Press, 1995, hal. 604-605.

² Ibid., hal. 309.

depan hukum, (8) proses hukum yang wajar, (9) pembatasan pemerintahan secara konstitusional, (10) pluralisme sosial, ekonomi dan politik, nilai-nilai toleransi, pragmatisme, kerja sama dan mufakat³. Beberapa asas demokrasi ini diambil alih oleh suatu komunitas atau organisasi tertentu, misalnya asas kekuasaan mayoritas, pemilihan yang bebas dan jujur, dan beberapa asas lainnya. Pemilihan yang bebas dan jujur dapat dikatakan merupakan penopang utama kehidupan organisasi buruh. Bertanggung jawab bermakna bahwa dalam mencapai tujuan dan melaksanakan hak dan kewajibannya, serikat buruh bertanggung jawab kepada anggotanya, masyarakat dan negara.

3. Tujuan

Serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh bertujuan memberikan perlindungan, pembelaan hak dan kepentingan dan meningkatkan kesejahteraan yang layak bagi buruh dan keluarganya. Agar tujuan ini dapat tercapai, undang-undang memberikan peran penting kepada organisasi buruh.

Pertama, organisasi buruh diberi peran sebagai pihak dalam pembuatan perjanjian kerja bersama dan penyelesaian perselisihan industrial. Peran atau fungsi ini amat penting dalam mewujudkan tujuan organisasi buruh. Di dalam perjanjian kerja bersama (*collective bargaining agreements, collective labour agreements*), dicantumkan klausula-klausula yang mendukung kepentingan buruh. Contoh klausula yang mendukung kepentingan buruh adalah klausula yang menegaskan syarat-syarat kerja, jaminan sosial buruh, hak-hak buruh, dan lain-lain. Meskipun pencantuman klausula-klausula tersebut telah melalui proses tawar-menawar dengan pihak pengusaha (*collective bargaining*), tetapi karena organisasi buruh bertujuan melindungi buruh, maka klausula-klausula itu tentu signifikan dengan tujuan tersebut. Di Amerika Serikat, lewat *collective bargaining agreements*, organisasi buruh telah dapat membatasi hak-hak pengusaha.⁴

Kedua, organisasi buruh diberi peran sebagai wakil buruh dalam lembaga kerja sama di bidang ketenagakerjaan. Di dalam penjelasan Pasal 4 ayat (2) huruf (b) ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan lembaga kerja sama di bidang ketenagakerjaan, misalnya lembaga kerja sama bipartit, lembaga kerja sama tripartit, misalnya dewan pelatihan kerja nasional, dewan keselamatan kerja, atau dewan penelitian upahan. Hal-hal yang dijelaskan oleh penjelasan

³ *Apakah Demokrasi Itu?*, USIA, 1991, hal. 6.

⁴ Douglas L. Leslie, *Labor Law*, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1992, hal 272.

undang-undang ini bukan merupakan pembatasan atau limitasi, melainkan hanya memberikan contoh saja. Di dalam praktik, fungsi atau peran organisasi buruh sebagai wakil dalam lembaga kerja sama ini dapat berkembang lebih luas lagi. Pembatasannya justru terletak pada konsistensinya terhadap tujuan organisasi buruh sendiri. Sepanjang yang dilakukan oleh organisasi buruh masih dalam lingkup tujuannya, maka hal itu masih dapat dibenarkan.

Timbul pertanyaan, bagaimana jika organisasi buruh mengadakan kerja sama dengan partai politik. Di masa lalu ada pengalaman bahwa hubungan atau kerja sama dengan partai politik yang terlalu dilandasi oleh sifat-sifat sentimental dan emosional tidak selalu menguntungkan buruh, sebab sering tujuan mensejahterakan buruh terabaikan. Hubungan atau kerja sama dengan partai politik dapat saja dilakukan asalkan tetap memperhatikan teori hukum dan filsafat hukum.

Ketiga, organisasi buruh diberi peran untuk ikut serta menciptakan hubungan industrial yang harmonis, dinamis, dan berkeadilan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Salah satu sarana yang sering digunakan untuk mewujudkan hal ini adalah perjanjian kerja bersama. Secara rasional organisasi buruh dapat mengusahakan agar konsep-konsep kesejahteraan buruh dicantumkan sebagai klausulan di dalam perjanjian kerja bersama.

Keempat, organisasi buruh diberi peran sebagai sarana penyalur aspirasi dalam memperjuangkan hak dan kepentingan anggotanya. Peran ini amat erat kaitannya dengan peran pertama. Dalam membuat perjanjian kerja bersama, serikat buruh dapat semaksimal mungkin memasukkan sebagai klausula syarat-syarat yang menguntungkan buruh. Hal-hal yang menguntungkan buruh ini harus berasal dari aspirasi nyata para buruh. Dua peran ini amat strategis untuk memperjuangkan hak dan kepentingan buruh.

Kelima, organisasi buruh diberi peran sebagai wakil buruh dalam memperjuangkan kepemilikan saham di perusahaan. Kepemilikan saham oleh buruh dikembangkan dengan tujuan agar buruh benar-benar menjadi bagian dari pemilik perusahaan, dan bukan hanya “merasa memiliki” perusahaan. Apabila sistem ini berhasil, tidak tertutup kemungkinan bahwa pemilik suatu perusahaan (tentu saja yang berbentuk perseroan) adalah buruh sendiri. Konsep ikut memiliki tidak hanya sekedar menjadi slogan saja, melainkan benar-benar dapat diwujudkan.

4. Pembentukan

Setiap pekerja berhak membentuk dan menjadi anggota serikat buruh (Pasal 5 ayat 1). Penegasan ini jelas. Hak yang ada pada buruh untuk membentuk dan menjadi anggota serikat buruh tidak digantungkan pada sesuatu. Hal-hal lain yang terdapat di dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang tidak sejalan dengan penegasan ini harus dipandang tidak berlaku. Hak yang demikian itu sesuai dengan Pasal 2 *Convention Number 87 Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise*. Di dalam Pasal 2 ini ditegaskan : *“Workers and employer, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of organization of their own choosing without previous authorisation* (Para pekerja dan pengusaha, tanpa perbedaan apa pun, berhak untuk mendirikan dan, menurut aturan organisasi masing-masing, bergabung dengan organisasi lain atas pilihan mereka sendiri tanpa pengaruh pihak lain). Konvensi ini telah disahkan oleh Keputusan Presiden Nomor 83 Tahun 1998 tentang Pengesahan *Convention Number 87 Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise*. Pengesahan Konvensi ini juga berkaitan erat dengan ratifikasi Konvensi Nomor 98 Organisasi Buruh Internasional mengenai Berlakunya Dasar-dasar Hak untuk Berorganisasi dan untuk Berunding Bersama (Undang-undang Nomor 18 Tahun 1956)⁵. Pasal 1 ayat (1) Konvensi ILO Nomor 98 ini menegaskan : *“Workers shall enjoy adequate protection against acts of anti union discrimination in respect of their employ”* (Buruh harus memperoleh cukup perlindungan terhadap tindakan-tindakan diskriminasi anti serikat buruh berkaitan dengan pekerjaan mereka). Di samping itu, di dalam ayat (2) ditegaskan : *“Such protection shall apply more particularly in respect of acts calculated to:*

- a. *make the employment of worker subject to the condition that he shall not join a union or shall relinquish trade union membership;*
- b. *cause the dismissal of or otherwise prejudice a worker by reason of union membership or because of participation in union activities outside working hours or, with the consent of the employer, within working hours”*

⁵ Indonesia menjadi anggota ILO (International Labour Organisation) sejak 12 Juli 1950.

Perlindungan tersebut terutama harus digunakan terhadap tindakan-tindakan yang bermaksud :

- a. *mensyaratkan kepada buruh bahwa ia tidak akan masuk suatu serikat buruh atau harus melepaskan keanggotaannya;*
- b. *menyebabkan pemberhentian, atau secara lain merugikan buruh berdasarkan keanggotaan serikat buruh atau karena turut serta dalam tindakan-tindakan serikat buruh di luar jam-jam bekerja atau dengan persetujuan majikan dalam jam kerja.*

Dua hal penting dibawa oleh Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000, yaitu (1) buruh berhak membentuk serikat buruh, dan (2) buruh berhak menjadi anggota serikat buruh. Dua hal penting ini sesuai dengan prinsip yang terkandung di dalam dua konvensi, yaitu Konvensi ILO Nomor 87 dan Nomor 98.

Semakin disadarinya pentingnya serikat buruh untuk mendukung perbaikan kehidupan buruh menumbuhkan niat yang kuat pada para pejuang perburuhan untuk memastikan bahwa pemerintahan di negara-negara di dunia tidak menghalang-halangi munculnya serikat buruh dalam bentuk apa pun. Oleh karena itu, penyediaan pranata hukum bagi terbentuknya serikat buruh merupakan hal yang amat mendesak. Hal ini pulalah yang menjadi salah satu alasan lahirnya Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000.

Terlepas dari ada hal-hal lain yang berbeda, tetapi sesungguhnya baik di dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1969 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok mengenai Tenaga Kerja maupun di dalam Undang-undang Nomor 25 Tahun 1997, juga ada pengaturan mengenai kebebasan bagi buruh untuk berserikat, bahkan rumusannya pun hampir sama. Pasal 11 ayat (1) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1969 menegaskan: "Tiap tenaga kerja berhak mendirikan dan menjadi anggota perserikatan tenaga kerja"⁶. Sementara itu, Pasal 27 ayat (1) Undang-undang Nomor 25 Tahun 1997 menegaskan: "Setiap pekerja berhak untuk membentuk dan menjadi anggota serikat pekerja". Kenyataan ini menunjukkan bahwa hak dasar buruh, yaitu untuk membentuk atau tidak membentuk serikat buruh dan untuk menjadi atau tidak menjadi anggota serikat buruh selalu mendapat tempat tersendiri di dalam hukum

⁶ .Tenaga kerja di dalam Pasal ini sesungguhnya menunjuk pada pengertian buruh atau pekerja.

positif dari waktu ke waktu. Di dalam Undang-undang Nomor 13 Tahun 2003 (disahkan pada tanggal 25 Maret 2003) juga ditegaskan mengenai hal ini. Pasal 104 ayat (1) menegaskan: “Setiap pekerja/buruh berhak membentuk dan menjadi anggota serikat pekerja/buruh”.

Sekedar perbandingan, di Amerika Serikat salah satu dari beberapa hak dasar buruh adalah hak untuk berserikat (*right to self-organization*)⁷ Hak untuk berserikat ini diatur di dalam *NLRA (National Labor Relation Act)*, bagian 7 yang menegaskan: “*employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organization,*”. Di Amerika Serikat hak berserikat merupakan hak yang sangat penting dan sangat dihormati. Dengan berserikat banyak hal yang dapat dicapai, yang pada akhirnya sangat berguna bagi kepentingan buruh. Dalam keadaan tertentu *NLRA* mengizinkan serikat buruh membuat perjanjian dengan pengusaha yang lazim disebut *union-security agreements*.

Supaya *union-security agreements* benar-benar sesuai dengan tujuan diadakannya, ia harus memenuhi syarat:

1. serikat buruh harus tidak dibantu (menerima bantuan) atau diawasi (dikontrol) oleh pengusaha. Serikat buruh harus benar-benar bebas dari segala pengaruh (independen);
2. serikat buruh harus merupakan perwakilan mayoritas buruh;
3. kewenangan serikat buruh untuk membuat perjanjian yang demikian itu harus tidak dapat dicabut dalam waktu sebelum 12 bulan oleh buruh;
4. perjanjian itu harus memberikan kelonggaran waktu.

Ada dua organisasi buruh di Amerika Serikat yang saat ini amat berpengaruh, yaitu *AFL (The American Federation of Labor)* dan *CIO (Congress of Industrial Organization)*. Setelah Perang Dunia II ada anggapan bahwa kekuasaan organisasi buruh amat besar, sehingga digambarkan kekuasaan atau pengaruh organisasi buruh itu melebihi kekuasaan atau pengaruh pengusaha atau organisasi pengusaha. Menurut anggapan banyak orang hal ini disebabkan oleh tidak seimbangannya (berat sebelah) *NLRA*. *NLRA* dianggap terlalu berlebihan berpihak kepada buruh.

Sebagai reaksi atas keadaan ini, pada tahun 1947, Konggres menyetujui undang-undang tentang Hubungan Buruh dengan Pengusaha. Undang-undang

⁷ Abdul Rachmad Budiono, “*Selayang Pandang Hukum Ketenagakerjaan Amerika Serikat*”, Malang, *Arena Hukum*, Nomor 5 Tahun 2, Juli 1998, hal. 70.

ini lazim disebut undang-undang Taft-Hartley, dua orang di Senat dan DPR yang amat berjasa dalam mewujudkan undang-undang ini.

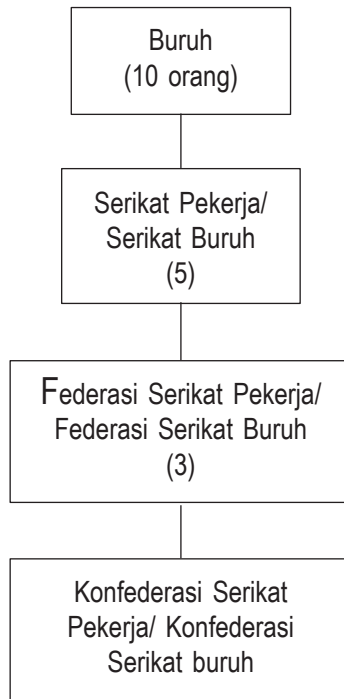
Hal pokok yang diatur oleh Undang-undang Taft-Hartley adalah perlindungan terhadap para buruh yang tidak ingin menjadi anggota organisasi buruh. Undang-undang ini mendapat reaksi keras dari organisasi buruh karena dianggap tidak adil, sebab buruh yang tidak memberikan kontribusi apa pun kepada organisasi buruh, tetapi tetap saja menikmati hasil perjuangan organisasi buruh. Walaupun ada upaya keras dan terus-menerus dari para kritikus, tetapi undang-undang Taft-Hartley masih berlaku sampai saat ini.

Setelah melalui proses yang cukup panjang, akhirnya pada tahun 1955, AFL dan CIO bergabung untuk mewakili suara di depan Konggres, serta mengupayakan suatu uni yang amat kuat dalam menghadapi para pengusaha. Penggabungan ini menjadikan AFL-CIO sebagai suatu organisasi buruh yang amat besar dan kuat di Amerika Serikat. Sejak saat inilah keanggotaan buruh organisasi buruh berkembang amat pesat. Pada tahun 1976 kurang-lebih 21 juta buruh menjadi anggota organisasi buruh dan mereka amat menikmati sistem tawar-menawar kolektif yang sudah berkembang sekali⁸.

Pengalaman Amerika Serikat dalam menyediakan pranata hukum untuk organisasi buruh, sehingga menumbuhkan kekuatan dan pengaruh pada organisasi, merupakan contoh yang dapat dicermati. Berikut ini adalah uraian tentang pembentukan serikat buruh menurut Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000.

Serikat buruh dibentuk oleh sekurang-kurangnya sepuluh buruh. Serikat buruh berhak membentuk dan menjadi anggota federasi serikat buruh. Federasi serikat buruh dibentuk oleh sekurang-kurangnya lima serikat buruh. Federasi serikat buruh berhak membentuk dan menjadi anggota konfederasi serikat buruh. Konfederasi serikat buruh dibentuk oleh sekurang-kurangnya tiga federasi serikat buruh. Skema berikut ini akan menggambarkan uraian ini.

⁸ Jumlah ini berarti kurang-lebih satu dari lima buruh di Amerika Serikat menjadi anggota organisasi buruh.



Keterangan:

1. Garis lurus dari atas ke bawah menunjukkan hak untuk membentuk dan menjadi anggota;
2. Angka (10), (5), dan (3) menunjukkan jumlah minimal untuk dapat membentuk.

Di dalam penjelasan Pasal 6 ayat (2) ditegaskan bahwa yang dimaksud federasi serikat buruh adalah gabungan beberapa serikat buruh, baik berdasarkan sektor usaha, antarsektor usaha sejenis atau tidak, jenis pekerjaan atau bentuk lain sesuai dengan kehendak buruh. Penjelasan ini mempertegas bahwa penggabungan serikat buruh merupakan hak sepenuhnya serikat buruh yang bersangkutan. Undang-undang tidak membatasi atau mewajibkan.

Penjenjangan organisasi serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh diatur dalam anggaran dasar dan atau anggaran rumah tangga. Yang dimaksud dengan penjenjangan organisasi serikat pekerja, federasi dan konfederasi serikat buruh sesuai dengan wilayah pemerintahan yaitu tingkat kabupaten atau kota, propinsi, dan nasional. Adanya pengaturan ini diperlukan untuk mencegah konflik jika organisasi tersebut menjadi semakin besar dan mempunyai banyak anggota.

Di samping itu, serikat buruh dapat dibentuk berdasarkan sektor usaha, jenis pekerjaan, atau bentuk lain sesuai dengan kehendak buruh. Hal ini juga berlaku untuk federasi dan konfederasi serikat buruh. Pasal 10 menggunakan kata “dapat”. Hal ini menunjukkan bahwa ketentuan tersebut bukan merupakan keharusan. Artinya adalah bahwa baik serikat buruh, federasi, maupun konfederasi serikat buruh dapat saja dibentuk berdasarkan alasan-alasan atau dasar-dasar lain, sesuai dengan kepentingan mereka.

Pembentukan serikat buruh berdasarkan sektor usaha sejenis, misalnya buruh pabrik gula, dimaksudkan agar mereka benar-benar dapat memahami permasalahan yang dihadapi anggotanya. Dengan demikian perjuangan untuk perbaikan nasib anggotanya akan lebih terarah.

Seorang buruh tidak boleh menjadi anggota lebih dari satu serikat buruh di satu perusahaan. Jika ternyata seorang buruh tercatat pada lebih dari satu serikat buruh, maka yang bersangkutan harus menyatakan secara tertulis satu serikat buruh yang dipilihnya. Untuk menghindari paksaan menjadi anggota serikat buruh, undang-undang menjamin bahwa seorang buruh dapat memilih untuk tidak memilih di antara serikat buruh yang ada.

Seorang buruh yang menduduki jabatan tertentu di dalam perusahaan dan jabatan itu menimbulkan pertentangan kepentingan antara pihak pengusaha dan buruh, tidak boleh menjadi pengurus serikat buruh di perusahaan yang bersangkutan. Jabatan yang lazimnya menimbulkan pertentangan kepentingan antara pihak pengusaha dan buruh tersebut adalah:

- a. menejer sumber daya manusia;
- b. menejer keuangan;
- c. menejer

Di dalam praktik pengusaha memang sering diwakili oleh mereka itu. Jarang dalam berbagai kepentingan pengusaha sendiri berhadapan atau bersosialisasi dengan buruh. Alasan lahirnya ketentuan ini (Pasal 15) sesungguhnya bersifat praktis, tetapi sebenarnya secara yuridis tidak konstruktif, sebab para menejer itu juga seorang buruh. Sering terjadi untuk tetap mempertahankan jabatannya itu, mereka mengabaikan kepentingan buruh.

Sementara itu undang-undang menentukan bahwa serikat buruh hanya dapat menjadi anggota dari satu federasi serikat buruh. Setiap federasi serikat buruh hanya dapat menjadi anggota dari satu konfederasi serikat buruh.

Seorang buruh dapat berhenti sebagai anggota serikat buruh dengan pernyataan tertulis (Pasal 17 ayat (1)). Dari segi kepastian hukum, ketentuan ini dapat dimengerti, sebab ada sumber hukum materiil yang dapat membenarkannya. Namun demikian, jika dilihat dari kenyataan bahwa masih ada dan banyak buruh yang buta aksara atau buta huruf, ketentuan ini kehilangan arti pentingnya, bahkan akan mempersulit buruh yang berkeinginan berhenti dari keanggotaan serikat buruh.

Di samping itu, seorang buruh dapat diberhentikan dari keanggotaan serikat buruh sesuai dengan ketentuan anggaran dasar dan atau anggaran rumah tangga serikat buruh yang bersangkutan. Undang-undang juga menentukan bahwa seorang buruh, baik sebagai pengurus maupun sebagai anggota serikat buruh, yang berhenti atau diberhentikan, tetap bertanggung-jawab atas kewajiban yang belum dipenuhinya terhadap serikat buruh maupun pihak ketiga.

5. Hak

Serikat pekerja, federasi atau konfederasi yang telah mempunyai nomor bukti pencatatan berhak:

1. membuat perjanjian kerja bersama dengan pengusaha;
2. mewakili buruh dalam menyelesaikan perselisihan industrial;
3. mewakili buruh dalam lembaga-lembaga ketenagakerjaan;
4. membentuk lembaga atau melakukan kegiatan yang berkaitan dengan usaha peningkatan kesejahteraan buruh;
5. melakukan kegiatan di bidang ketenagakerjaan yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

Penegasan tersebut tercantum di dalam Pasal 25 ayat (1). Sebagaimana telah diuraikan di dalam sub bab 7 bahwa secara *a contrario*, harus ditafsirkan bahwa serikat buruh, federasi atau konfederasi serikat buruh yang tidak mempunyai nomor bukti pencatatan tidak berhak melakukan perbuatan hukum sebagaimana diatur di dalam pasal tersebut.

Di samping itu undang-undang juga mengakui hak serikat buruh, federasi atau konfederasi serikat buruh untuk berafiliasi dan atau bekerja sama dengan serikat buruh internasional dan atau organisasi internasional lainnya.

Undang-undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (selanjutnya disingkat UK) juga menegaskan hak pekerja untuk berserikat. Pasal 104 UK menegaskan, "Setiap pekerja/buruh berhak membentuk dan menjadi anggota serikat pekerja/serikat buruh". Fungsi penting serikat pekerja diatur dalam Pasal 116 UK. Pasal 116 UK menegaskan, "Perjanjian kerja bersama dibuat oleh serikat pekerja/serikat buruh atau beberapa serikat pekerja/serikat buruh yang telah tercatat pada instansi yang bertanggung jawab di bidang ketenagakerjaan dengan pengusaha atau beberapa pengusaha". Perjanjian kerja bersama penting karena di sinilah diharapkan serikat pekerja mampu memperjuangkan kepentingan pekerja berkaitan dengan syarat-syarat kerja, misalnya upah, upah lembur, waktu kerja, cuti, dan lain-lain.

Pasal 119 ayat (1) sampai dengan ayat (3) dan Pasal 120 ayat (1) sampai dengan ayat (3) UK mengatur lebih lanjut tentang serikat pekerja yang berhak mewakili pekerja dalam pembuatan perjanjian kerja bersama. Ilustrasi berikut ini akan menggambarkan substansi Pasal 119 dan Pasal 120 UK. Jika di suatu perusahaan hanya ada satu serikat pekerja, maka serikat pekerja ini berhak mewakili pekerja dalam pembuatan perjanjian kerja bersama apabila memiliki anggota lebih dari 50 % dari jumlah seluruh pekerja. Ada kemungkinan di suatu perusahaan terdapat lebih dari satu serikat pekerja. Jika hal ini terjadi, maka serikat pekerja yang berhak mewakili pekerja dalam pembuatan perjanjian kerja bersama adalah serikat pekerja yang anggotanya lebih dari 50 % dari seluruh jumlah pekerja. Misalnya di perusahaan A ada 3 serikat pekerja, yaitu serikat pekerja Z, serikat pekerja Y, dan serikat pekerja X. Serikat pekerja Z beranggota 60 % dari seluruh pekerja. Serikat pekerja Y beranggota 20 %. Serika pekerja X beranggota 5 % dari seluruh pekerja. 25 pekerja tidak menjadi anggota serikat pekerja. Berdasarkan Pasal 120 UK serikat pekerja Z berhak mewakili pekerja dalam pembuatan perjanjian kerja bersama. Ketentuan dalam Pasal 120 UK inilah yang digugat di Mahkamah Konstitusi oleh Ronald Ebenhard Patiasina, dan kawan-kawan. Dalilnya adalah bahwa Pasal 120 UK bertentangan dengan UUD 1945. Nomor perkaranya adalah : 115/PUU-VII/2009. Salah satu amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 115/PUU-VII/2009 adalah, "Menyatakan Pasal 120 ayat (1) dan ayat (2) Undang-undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang ketenagakerjaan

(Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4279) bertentangan dengan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”.

6. Perlindungan Hak Berorganisasi

Hak berorganisasi merupakan hak yang amat prinsip bagi buruh. Oleh karena itu, undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 memberikan perlindungan terhadap hak berorganisasi tersebut. Hal ini tercantum di dalam Pasal 28 sampai dengan Pasal 29.

Siapa pun dilarang menghalang-halangi atau memaksa buruh untuk membentuk atau tidak membentuk, menjadi pengurus atau tidak menjadi pengurus, menjadi anggota atau tidak menjadi anggota dan atau menjalankan atau tidak menjalankan kegiatan serikat buruh dengan cara:

- a. melakukan pemutusan hubungan kerja, memberhentikan sementara, menurunkan jabatan, atau melakukan mutasi;
- b. tidak membayarkan atau mengurangi upah buruh;
- c. melakukan intimidasi;
- d. melakukan kampanye anti pembentukan serikat buruh;

Ketentuan yang diatur di dalam Pasal 28 tersebut berdasarkan sumber hukum materiil yang logis dan praktis. Sejarah menunjukkan bahwa pada masa lalu, terutama antara tahun 1966-1998, cara-cara untuk menekan berkembangnya organisasi buruh adalah cara-cara sebagaimana tertuang di dalam Pasal 28 itu. Oleh karena itu cara-cara tersebut ditegaskan atau dimunculkan secara tegas dan tersurat di dalam pasal itu. Namun demikian, menurut teori hukum, hal ini tidak memperoleh pembenaran, sebab seolah-olah undang-undang mengabaikan upaya-upaya lain dalam menekan berkembangnya hak berorganisasi. Selain itu, berdasarkan pengalaman, dikaitkan dengan ketentuan pidana sebagaimana tercantum di dalam Pasal 34 ayat (1), sering ancaman pidana seperti itu sulit diwujudkan karena (a) pembuktiannya sulit, dan (b) situasi dan kondisi penegakan hukum buruk. Mengenai hal ini diperlukan pemikiran yang konstruktif agar hak berorganisasi benar-benar terlindungi dan dapat berkembang secara wajar.

Konvensi *International Labour Organization* Nomor 87 tentang *Freedom and Protection of the Right to Organise* (Kebebasan Berserikat dan Perlindungan Hak Berorganisasi) yang telah diratifikasi oleh Keputusan Presiden Nomor 83

Tahun 1998, menegaskan bahwa (*article 2*) *workers and employoers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to rules of the organization of their own choosing without previous authorisation* (para pekerja dan pengusaha, tanpa perbedaan apa pun, berhak untuk mendirikan dan, menurut aturan organisasi masing-masing, bergabung dengan organisasi-organisasi lain atas pilihan mereka sendiri tanpa pengaruh pihak lain). Penonjolan hak berorganisasi ini tentu saja tidak mengurangi hak untuk tidak berorganisasi. Perlindungan terhadap hak berorganisasi ini tercantum di dalam *article 11* “*Each member of the International Labour Organization for which this Convention is in force undertakes to take all necessary, and appropriate measures to ensure that workers and employers may exercise freely the right to organize*” (Setiap anggota Organisasi Buruh Internasional di mana kovensi ini berlaku harus mengambil langkah-langkah yang perlu dan tepat untuk menjamin bahwa para pekerja dan pengusaha dapat melaksanakan secara bebas hak-hak berorganisasi).

Berkaitan dengan perlindungan hak berorganisasi ini, Pasal 8 Konvensi ILO Nomor 87 perlu pencermatan tersendiri.

Pasal 8 ayat (1) :

“In exercising right provided for in this convention workers and employers and their respective organisations, like other persons or organised collective, shall respect the law of the land” (Dalam melaksanakan hak-haknya berdasarkan konvensi ini parapekerja dan pengusaha serta organisasi mereka, baik perseorangan atau organisasi bersama lainnya, harus tunduk pada hukum nasional.

Pasal 8 ayat (2):

“The law of the land shall not be such as to impair, nor shall it be applied as to impair, the guarantes provided for in this convention (Hukum nasional yang berlaku tidak boleh memperlemah atau diterapkan untuk memperlemah ketentuan-ketentuan yang dijamin dalam konvensi ini.

Dalam melaksanakan hak-haknya, baik organisasi buruh maupun pengusaha, harus tunduk pada hukum nasional yang berlaku. Untuk menghindari penekanan atau pembatasan hak berorganisasi tersebut lewat hukum nasional, di dalam Pasal 8 ayat (2) ditegaskan bahwa hukum nasional tidak boleh memperlemah ketentuan-ketentuan yang dijamin di dalam

Konvensi ILO Nomor 87. Dua ayat di dalam pasal ini merupakan jalinan logis. Namun demikian, karena ayat (2) dapat ditafsirkan amat subjektif, maka kenyataannya hak-hak berorganisasi itu sering diperlemah atau dibatasi. Di masa lalu (tahun 1966 – 1998) kita mempunyai pengalaman yang amat buruk di mana hukum nasional kita amat memperlemah hak-hak berorganisasi tersebut. Caranya adalah pemerintah hanya mengakui satu organisasi buruh, yaitu SPSI (Serikat Pekerja Seluruh Indonesia). Lazimnya, dengan mekanisme tertentu, ketua SPSI ini justru bukan buruh. Organisasi buruh yang bukan SPSI tidak diakui. Dengan mengembangkan pola “:serba pemerintah”, tiadanya pengakuan dari pemerintah terhadap organisasi buruh, sama saja dengan menekan timbulnya organisasi buruh itu.

Perlu dicatat di sini bahwa pada saat ini (awal tahun 2004) sedang dibahas di parlemen RUU (Rancangan Undang-undang) tentang Penyelesaian Perselisihan Ketenagakerjaan. Hal penting yang ada di dalam RUU ini adalah dikembalikannya kewenangan (absolut) untuk menyelesaikan perselisihan ketenagakerjaan ke peradilan umum.

7. Pembubaran

Undang-undang memberikan kemungkinan bubarnya serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh. Namun demikian, undang-undang tidak memberikan makna khusus terhadap “bubar”-nya serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh. Kata “bubar” yang tercantum di dalam Pasal 37 dapat dipahami sebagai tidak adanya lagi sesuatu yang semula ada. Kata “bubar” berasal dari bahasa Jawa “bar” atau “bubar”, yang selalu menunjuk pada pengertian tidak adanya lagi suatu kumpulan atau gabungan atau kerumunan. Di dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia kata “bubar” diartikan sebagai (1) bercerai-berai, (2) selesai, (3) ditiadakan. Apa pun makna yang hendak diberikan terhadap kata “bubar” yang tercantum di dalam Pasal 37 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 haruslah semakna atau sejalan dengan makna asalnya, sebab undang-undang tidak memberikan makna khusus terhadapnya.

Pasal 37 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 menegaskan bahwa serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh bubar dalam hal:

- a. dinyatakan oleh anggotanya menurut anggaran dasar dan anggaran rumah tangga;

- b. perusahaan tutup atau menghentikan kegiatan untuk selama-lamanya yang mengakibatkan putusannya hubungan kerja bagi seluruh buruh di perusahaan setelah seluruh kewajiban pengusaha terhadap buruh diselesaikan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- c. dinyatakan dengan putusan pengadilan.

Hal yang ditegaskan di dalam huruf (a) tidak menimbulkan persoalan. Akan tetapi, yang ditegaskan di dalam huruf (b) dan huruf (c) mungkin menimbulkan persoalan. Kemungkinan persoalan yang timbul sebagai akibat penegasan di dalam huruf (b) adalah sebagai berikut. Kalau serikat buruh bubar karena perusahaan tutup atau menghentikan kegiatan untuk selama-lamanya yang diikuti oleh pemutusan hubungan kerja, maka hal ini adalah logis menurut hukum. Akan tetapi belum tentu demikian halnya jika yang dibicarakan adalah federasi atau konfederasi serikat buruh. Sebagaimana diatur di dalam Pasal 6 dan Pasal 7, federasi serikat buruh dibentuk oleh sekurang-kurangnya lima serikat buruh, sedangkan konfederasi serikat buruh dibentuk oleh sekurang-kurangnya tiga federasi serikat buruh. Misalnya ada federasi serikat buruh yang dibentuk oleh enam serikat buruh. Setelah beberapa lama, tiga di antara enam serikat buruh pembentuknya bubar karena perusahaan di mana serikat buruh tersebut berada tutup atau menghentikannya. Bagaimana keberadaan federasi serikat buruh yang hanya beranggotakan tiga serikat buruh tersebut? Menurut hemat saya, dalam keadaan seperti ini, federasi serikat buruh tersebut harus tetap dipandang ada, sebab hal pokok (esensi) di dalam federasi serikat buruh adalah bergabungnya beberapa serikat buruh. Bagaimana jika lima dari enam anggota serikat buruh bubar? Dengan perkataan lain, bagaimana jika sebuah federasi serikat buruh tinggal beranggotakan satu serikat buruh saja?. Karena hal pokok di dalam federasi serikat buruh adalah bergabungnya beberapa serikat buruh, maka jika hanya tinggal satu serikat buruh sebagai anggota federasi serikat buruh, federasi serikat buruh itu harus dipandang bubar. Analisis yang merupakan penemuan hukum seperti ini juga berlaku untuk konfederasi serikat buruh.

Menurut Pasal 38 ayat (1) pengadilan dapat membubarkan serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh apabila (a) serikat buruh, federasi serikat buruh dan konfederasi serikat buruh mempunyai asas yang bertentangan dengan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945, dan (b)

pengurus dan atau anggota atas nama serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh terbukti melakukan kejahatan terhadap keamanan negara dan dijatuhi pidana sekurang-kurangnya lima tahun yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Di dalam penjelasan pasal ini ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan kejahatan terhadap keamanan negara adalah kejahatan yang diatur di dalam Buku II Bab I *Wetboek van Strafrecht* (Kitab Undang-undang Hukum Pidana) dan Undang-undang Nomor 27 Tahun 1999 tentang Perubahan Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang Berkaitan dengan Kejahatan terhadap Keamanan Negara. Buku II Bab I KUHP ini terdiri atas 26 pasal, yaitu Pasal 104 sampai dengan Pasal 129. Oleh Undang-undang Nomor 27 Tahun 1999 di antara Pasal 107 dan Pasal 108 ditambahkan enam pasal baru, yaitu Pasal 107 a, Pasal 107 b, Pasal 107 c, Pasal 107 d, Pasal 107 e, dan Pasal 107 f. Ancaman terberat di antara Pasal-Pasal yang berkaitan dengan keamanan negara tersebut adalah pidana mati, misalnya Pasal 104 KUHP. Ada pasal-pasal lain, baik di dalam maupun di luar KUHP yang juga diancam pidana mati, misalnya Pasal 340 KUHP. Meskipun demikian pengadilan tidak dapat membubarkan serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh yang pengurus dan atau anggotanya, atas nama serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh melakukan kejahatan selain yang ditentukan oleh Pasal 38 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000. Penegasan ini berarti bahwa jika ada pengurus dan atau anggota atas nama serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh, melakukan tindak pidana pembunuhan berencana (Pasal 340 KUHP) dan dipidana seumur hidup, maka pengadilan tidak dapat membubarkan serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh itu. Sumber hukum materiil lahirnya Pasal 38 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 dapat ditelusuri, tetapi kesulitan-kesulitan yang timbul sebagai akibat tindak pidana tertentu lainnya selain yang diatur di dalam Pasal 38 tersebut juga harus mendapat pencermatan tertentu.

Apabila putusan yang dijatuhkan kepada para pelaku tindak pidana sebagaimana diatur di dalam Pasal 38 ayat (1) lama pidananya (hukumannya) tidak sama, maka sebagai dasar gugatan pembubaran serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh adalah putusan yang memenuhi syarat. Misalnya ada sepuluh pelaku, yang masing-masing dipidana setahun, dua tahun, tiga tahun, empat tahun, lima tahun, enam tahun, tujuh tahun, delapan

tahun, sembilan tahun, dan sepuluh tahun, maka yang dapat dijadikan dasar pembubaran adalah yang pidananya lima tahun atau lebih.

Gugatan pembubaran serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh diajukan oleh instansi pemerintah kepada pengadilan tempat serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh yang bersangkutan berkedudukan. Bubarnya serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh tidak melepaskan para pengurusnya dari tanggung-jawab dan kewajibannya, baik terhadap anggota maupun terhadap pihak lain.

Pengurus dan atau anggota serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh yang terbukti bersalah menurut keputusan pengadilan yang menyebabkan serikat buruh, federasi dan konfederasi dibubarkan, tidak boleh membentuk dan menjadi pengurus serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh lain selama tiga tahun sejak putusan pengadilan mengenai pembubaran serikat buruh, federasi dan konfederasi serikat buruh telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

KESIMPULAN

Pasal 28E ayat (3) UUD 1945, Konvensi ILO Nomor 87 Tahun 1948, dan Konvensi ILO Nomor 98 Tahun 1956, menjamin hak pekerja untuk berserikat, Hak pekerja untuk berserikat ini diwujudkan ke dalam Undang-undang Nomor 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh dan Undang-undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan. Penjaminan oleh konstitusi ini melahirkan banyak sekali serikat pekerja. Persatuan banyak serikat pekerja akan meningkatkan posisi tawar pekerja terhadap pengusaha. Fungsi penting serikat pekerja dalam Pasal 120 Undang-undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan yang membatasi serikat pekerja untuk bisa tampil sebagai pihak dalam pembuatan perjanjian kerja bersama dikoreksi oleh Mahkamah Konstitusi lewat Putusan Nomor 115/PUU-VII/2009. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut mempertegas eksistensi serikat pekerja tanpa memperhatikan jumlah anggotanya. Harus ada penghargaan atas keberadaan serikat pekerja meskipun anggotanya tidak banyak.

DAFTAR PUSTAKA

Abdul Rachmad Budiono, *Hukum Perburuhan*, Jakarta: PT Indeks, 2011.

_____, "*Selayang Pandang Hukum Ketenagakerjaan Amerika Serikat*",
Malang: "Arena Hukum", Nomor 5 2 Juli 1998.

Berendt, Gerald E, *Collective Bargaining*, Charlottesville The Michie Company, 1984.

Bowers, John and Simon Honeyball, *Labor Law*, London: Blackstone Press Limited,
1990.

Douglas L Leslie, *Labor Law*, Paul, Minn: West Publishing, 1992.

Oxford Advanced Learner's Dictionary, Oxford University Press, 1995.

Urgensi Pengaturan Kewarganegaraan Ganda Bagi Diaspora Indonesia

The Urgency of The Dual Citizenship Regulation for The Indonesian Diaspora

May Lim Charity

Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan
Kementerian Hukum dan HAM RI
Jl. H. R. Rasuna Said Kav. 6-7 Kuningan Jakarta Selatan
E-mail: charity_maylim@yahoo.com

Naskah diterima: 01/04/2016 revisi: 22/11/2016 disetujui: 28/11/2016

Abstrak

Perlunya pengaturan kewarganegaraan ganda kian mengemuka dan menjadi isu yang terus diperjuangkan para diaspora Indonesia di berbagai negara di belahan dunia. Dwi kewarganegaraan memang menjadi hal yang diimpikan para diaspora Indonesia di berbagai negara mengingat banyaknya WNI diaspora dengan kewarganegaraan tunggal kerap mengalami pelbagai kendala dan keterbatasan. Politik hukum kewarganegaraan Indonesia saat ini memang menganut prinsip berkewarganegaraan tunggal (*single nationality*). Prinsip ini bahkan telah dianut sejak Proklamasi 17 Agustus Tahun 1945 dengan diterbitkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1946 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, yang kemudian diganti dengan UU Nomor 62 Tahun 1958 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia dan terakhir di perbaharui dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia dan PP Nomor 2 Tahun 2007 tentang Tata Cara Memperoleh, Kehilangan, Pembatalan, dan Memperoleh Kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia. Saat ini, munculnya tuntutan untuk diterapkannya kewarganegaraan ganda tidak terbatas memang menjadi pertimbangan bagi Pemerintah dan DPR RI untuk melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006. Hal ini di samping menjadi tuntutan

kaum diaspora untuk diterapkannya kewarganegaraan ganda tidak terbatas (*dual nationality*), juga karena alasan realitas perkembangan era globalisasi dewasa ini. Penerapan *dual nationality/dual citizenship* bagi diaspora Indonesia merupakan sebuah keniscayaan. Hal tersebut di samping didasarkan pada realitas laju perkembangan global juga didasarkan pada semangat konstitusi bahwa melindungi segenap tumpah darah Indonesia, termasuk di dalamnya warga negara Indonesia yang berada di luar negeri.

Kata Kunci: kewarganegaraan ganda, diaspora

Abstract

The need for dual citizenship regulation seems increasingly prominent and becomes an issue that continues to be striven by the Indonesian Diasporas in various countries around the globe. Dual citizenship has become the dream of the Indonesian Diasporas in various countries since many Indonesian citizen Diasporas with a single citizenship often encounter various obstacles and limitations. The Indonesian citizenship law is today based on the principle of single citizenship. This principle has been even adhered since the proclamation of August 17 1945, under the enactment of Law Number 3 of 1946 on Citizenship of the Republic of Indonesia, which was later replaced by Law Number 62 of 1958 on Citizenship of the Republic of Indonesia and amended by Act Number 12 of 2006 on Citizenship of the Republic of Indonesia and the Government Regulation Number 2 of 2007 on Procedures for acquisition, loss, deprivation, and reacquisition of Citizenship of the Republic of Indonesia. Nowadays, the demands for the implementation of unlimited dual citizenship are under the considerations for the Government and the House of Representatives of the Republic of Indonesia to amend Act Number 12 of 2006. It is not only for the demands of the Indonesia diaspora to the implementation of unlimited dual citizenship, but it is also for the reality of the development of globalization today. The implementation of dual citizenship for Indonesian diaspora is a necessity. In addition, it is based on the reality of globalization and the spirit of the constitution that protects all the entire homeland of Indonesia, including Indonesian citizens residing abroad.

Keywords: *dual citizenship, diaspora*

PENDAHULUAN

Realitas laju perkembangan zaman kian menuntut mobilitas warga negara yang tidak lagi terbatas pada wilayah negaranya sendiri. Dapat kita saksikan banyak sekali penduduk suatu negara yang berpergian ke luar negeri dengan ragam tujuan, mulai dari soal pekerjaan, pendidikan sampai pada peristiwa

pernikahan sehingga melahirkan keturunan di luar negeri. Bahkan dapat pula terjadi, karena alasan pelayanan medis yang lebih baik, orang sengaja melahirkan anak di rumah sakit di luar negeri dalam rangka menjamin kesehatan dan keselamatan dalam proses persalinan. Dalam hal negara tempat dimana seseorang berasal dengan negara tempat dimana ia melahirkan atau dilahirkan menganut sistem kewarganegaraan yang sama, tentu tidak akan menimbulkan persoalan. Namun demikian, manakala kedua negara yang bersangkutan memiliki sistem yang berbeda, maka dapat terjadi keadaan yang mengharuskan seseorang untuk menyandang status dwi-kewarganegaraan (*double citizenship*), atau sebaliknya malah menjadi tidak berkewarganegaraan sama sekali (*stateless*).

Wacana perlunya pengaturan kewarganegaraan ganda yang tidak terbatas kian mengemuka dan menjadi isu yang terus diperjuangkan para diaspora Indonesia di berbagai negara di belahan dunia. Wacana ini sempat digemakan terutama pada saat Kongres Diaspora pertama di Los Angeles pada tahun 2012, kemudian disusul dengan acara serupa di Wisma Indonesia, Sydney dengan mengusung tema "*Forum Dual Citizenship*". Acara tersebut bertujuan untuk mengawal aspirasi petisi Diaspora Indonesia tahun sebelumnya setelah diserahkannya 6000 nama dan tanda tangan di Los Angeles. Penting dicatat bahwa saat ini diperkirakan lebih dari sekitar 8 juta warga negara Indonesia tersebar di 5 (lima) benua, dan mereka berdomisili di kurang lebih sekitar 90 negara dan sebanyak 4,6 juta dari antara mereka tetap mempertahankan Kewarganegaraan Indonesia.

Dwi kewarganegaraan memang menjadi hal yang diimpikan para diaspora Indonesia di berbagai negara mengingat banyaknya WNI diaspora dengan status kewarganegaraan tunggal yang dimiliki kerap mengalami pelbagai kendala dan keterbatasan terutama dalam hal perlakuan yang sama dan setara dengan warga negara setempat dalam mengakses pelbagai peluang dan kesempatan yang ada. Pelbagai kendala dan keterbatasan yang dialami diaspora tersebut misalnya tidak dapat menjadi politikus di negara tempat dimana mereka tinggal. Mereka juga kerap dianggap sebagai warga negara kedua sehingga tidak memiliki kesetaraan dan persamaan akses dengan warga negara setempat.

Dwi kewarganegaraan bagi diaspora memang memiliki urgensi yang sangat strategis kendati masih menuai pro dan kontra di kalangan masyarakat Indonesia. Dwi kewarganegaraan di samping menjadi media untuk menyuarakan aspirasi komunitas diaspora di negara tersebut, sebenarnya juga dapat dijadikan upaya untuk merekatkan hubungan di antara kedua negara. Selain itu, pengaturan dwi

kwarganegaraan di samping memiliki fungsi sebagai “*connecting the dots*”, juga diharapkan akan memberikan peluang bagi warga negara Indonesia untuk dapat memiliki peranan penting di luar negeri.

Tidak dipungkiri bahwa kebanyakan dari mereka merupakan tenaga profesional dan terdidik. Mereka juga kebanyakan menetap di negara-negara ekonomi yang lebih maju di dunia yang memiliki ketrampilan dan keahlian di pelbagai sektor-sektor penting seperti teknologi informasi, bioteknologi, ruang angkasa, jasa keuangan, infrastruktur, pendidikan, perawatan kesehatan, dan konsultasi manajemen dan lain sebagainya. Orang yang memiliki dwi kewarganegaraan biasanya lebih mudah menjadi prioritas utama karena mereka memiliki kesetaraan status sosial dengan negara tempat mereka bekerja. Dwi Kewarganegaraan bagi diaspora Indonesia diharapkan dapat memudahkan mereka maupun anak serta cucu mereka untuk dapat berinvestasi membangun negaranya tanpa harus ragu untuk kembali ke Indonesia. Tulisan ini hendak mengkaji urgensi pengaturan dwi kewarganegaraan tidak terbatas bagi diaspora Indonesia dengan melihat realitas laju perkembangan global serta pelbagai kemungkinan, peluang dan tantangannya untuk diterapkan di Indonesia.

Latar Belakang

1. Konsep Kewarganegaraan di Indonesia

Konsep ‘*warga*’ dan ‘*kewargaan*’ dapat dikatakan merupakan konsep hukum (*legal concept*) tentang suatu pengertian mengenai subjek hukum dalam rangka kegiatan organisasi untuk mencapai tujuan bersama. Konsep warga dan kewargaan sebagai subjek hukum merupakan konsep ciptaan hukum mengenai subjek yang diberi status sebagai penyandang hak dan kewajiban tertentu dalam kegiatan berorganisasi, yang harus dibedakan dan terpisah dari statusnya sebagai manusia biasa, atau dalam konteks subjek dalam lalu lintas hubungan-hubungan hukum di luar komunitas organisasi yang bersangkutan.¹

Status kewarganegaraan merupakan hal penting bagi setiap orang agar kedudukannya sebagai subjek hukum yang berhak menyandang hak dan kewajiban hukum tersebut dapat dijamin secara legal dan aktual. Lebih-lebih dalam lalu lintas hukum Internasional, status kewarganegaraan itu dapat menjadi jembatan bagi setiap warga negara untuk menikmati keuntungan

¹ Jimly Asshiddiqie, “Kewarganegaraan: Konstruksi Hukum Keindonesiaan” Makalah disampaikan dalam Simposium tentang Ke-Indonesiaan dan Kewarganegaraan, Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia, Oktober 2011, h. 3.

dari keberadaan hukum Internasional. A.W. Bradley dan K.D. Ewing menyebut bahwa nasionalitas dan status kewarganegaraan menghubungkan seseorang dengan orang lain dalam pergaulan Internasional.² Bahkan MacIver menyebut bahwa masalah kewarganegaraan (*citizenship*) merupakan masalah yang nyata bagi seseorang dalam suatu negara, karena hak dan kewajiban bayi baru lahir itu terkait dengan status kewarganegaraan.³ Bahkan status kewarganegaraan seseorang juga menentukan penundukan dirinya terhadap yurisdiksi hukum pada suatu negara.⁴

Keberadaan warga negara merupakan salah satu fundamen bagi bangunan sebuah negara, sehingga kepastian dan jaminan hukum sudah selayaknya diberikan negara kepada mereka. Seorang warga negara harus mendapat jaminan perlindungan dan kepastian hukum atas hak-hak yang dimiliki, sekaligus kewajiban-kewajiban yang menjadi tanggung jawabnya sebagai warga negara dari suatu negara. Menurut Bagir Manan, warga negara atau kewarganegaraan merupakan salah satu unsur konstitutif keberadaan (eksistensi) suatu negara warga negara yang merupakan salah satu hal yang bersifat prinsipal dalam kehidupan bernegara. Tidak mungkin ada negara tanpa warga negara begitu juga sebaliknya tidak mungkin ada warga negara tanpa negara.⁵ Di dalam Konvensi Montevideo (1993), penduduk (*population*) merupakan salah satu dari empat unsur konstitutif dari keberadaan negara, dalam Article 1 disebutkan :

“The state as person of International law should possess the following qualifications: (a). a permanent population. (b). a defined territory. (c). Acapacity to enter into relation with other States”⁶

Muhammad Tahir Azhary menyebut bahwa suatu negara biasanya harus memiliki tiga unsur pokok, antara lain: (1) rakyat atau sejumlah orang; (2) wilayah tertentu dan (3) pemerintahan yang berwibawa dan berdaulat. Sebagai unsur komplementer dapat ditambahkan pengakuan oleh masyarakat internasional atau negara-negara lain.⁷ Urgensi warga negara sebagai salah satu pilar bangunan suatu negara menjadi hal yang tidak terbantahkan lagi keberadaannya. Bahkan di dalam UUD 1945 Pasal 26 ayat (2) menyebutkan

² *Ibid*, h. 5.

³ R.M. MacIver, *The Modern State*, (London: Oxford University Press, 1950), h.465

⁴ *Ibid*, h. 482

⁵ Bagir Manan, *Hukum Kewarganegaraan Indonesia Dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006*, (Yogyakarta: FH UII Press 2009), h. 1

⁶ Laica Marzuki, *Beberapa Catatan Tentang Kewarganegaraan RI*, (Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi 2006), h.33.

⁷ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum; Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya, dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta : Bulan Bintang, September 1992), h. 11 – 12.

bahwa “Penduduk adalah warga negara Indonesia dan orang asing yang bertempat tinggal di Indonesia”. Pasal ini menegaskan bahwa warga negara Indonesia dapat saja terdiri dari warga negara Indonesia, sebagian lagi merupakan penduduk yang merupakan warga negara asing, bahkan mungkin sebagian lagi merupakan penduduk yang tidak memiliki kewarganegaraan (*apatride*).

Setiap negara selalu memiliki sejumlah penduduk yang karena telah memenuhi persyaratan-persyaratan tertentu berkedudukan sebagai warga negara. Rakyat yang menetap di suatu wilayah tertentu, dalam hubungannya dengan negara dapat disebut sebagai warga negara.⁸ Dalam Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 disebutkan bahwa warga negara adalah warga suatu negara yang ditetapkan berdasarkan peraturan perundang-undangan.⁹ Warga negara merupakan salah satu unsur hakiki dan unsur pokok suatu negara. Setiap negara mempunyai hak untuk menentukan siapa saja yang dapat menjadi warga negaranya, dalam hal ini setiap negara berdaulat, hampir tidak ada pembatasan. Namun demikian, suatu negara harus tetap menghargai prinsip-prinsip hukum internasional.¹⁰ Atas dasar inilah diperlukan adanya pengaturan mengenai kewarganegaraan.

2. Penerapan Prinsip *Ius Soli* dan *Ius Sanguinis* di Indonesia

Prinsip yang umum dipakai untuk pengaturan kewarganegaraan sampai saat ini adalah prinsip “*ius soli*” yaitu prinsip yang mendasarkan diri pada pengertian hukum mengenai tanah kelahiran, dan prinsip “*ius sanguinis*” yakni prinsip yang mendasarkan diri pada hubungan darah.¹¹ Kedua istilah ini berasal dari bahasa latin. *Ius* berarti hukum, dalil, atau pedoman. Sedangkan *solis* berasal dari kata *solum* yang berarti negeri, tanah atau daerah. Dengan demikian, *ius soli* berarti pedoman yang berdasarkan tempat atau daerah. Dalam kaitan dengan asas kewarganegaraan ini, *ius soli* berarti kewarganegaraan seseorang ditentukan oleh tempat kelahirannya.¹² Di dalam menentukan kewarganegaraan seseorang, Indonesia merupakan negara yang menganut asas *Ius Sanguinis* dan *Ius Soli* namun “secara terbatas”.

⁸ Muh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan CV. Sinar Sakti 1988), h. 291.

⁹ Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia

¹⁰ Koerniatmo Soeprawiro, “*Hukum Kewarganegaraan dan Keimigrasian Indonesia*”, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1996), h.1.

¹¹ Abdul Bari Azed, *Masalah Kewarganegaraan*, (Jakarta: Indo Hill Co, 1966), h.4

¹² Koerniatmanto Soetoprawiro, *Hukum Kewarganegaraan dan Keimigrasian di Indonesia* (Jakarta: Gramedia Pusaka Utama, 1994), h.10.

Asas *ius soli* lazim diberlakukan oleh negara-negara yang memiliki jumlah warga negara yang sedikit, yang kebanyakan penduduk di negara itu merupakan warga pendatang yang diterima untuk melaksanakan berbagai pekerjaan bagi perkembangan perekonomiannya, atau para imigran yang diterima dengan baik di negara yang bersangkutan. Menurut Sudargo Gautama, kepentingan negara-negara yang termasuk negeri-negeri imigran adalah bagaimana kepentingan warga-warga asing yang masuk dalam negeri mereka secepat mungkin diasimilasi untuk menjadi warga negara bersangkutan. Terutama dalam negeri-negeri yang masih kekurangan warga, hubungan pertalian dengan negara asal secepat mungkin harus dilepaskan. Para imigran ini secepat mungkin harus dijadikan warganegara dari negara baru yang telah dipilih oleh mereka sebagai tempat mencari kehidupan. Untuk negeri-negeri semacam ini sudah tentu penerapan asas *ius soli* adalah yang paling tepat.¹³

Berbeda dengan prinsip *ius soli*,¹⁴ prinsip *ius sanguinis*¹⁵ mendasarkan diri pada faktor pertalian hubungan darah seseorang dengan status orang tuanya. Jika orang tuanya berkewarganegaraan suatu negara, maka otomatis kewarganegaraan anak-anaknya dianggap sama dengan kewarganegaraan yang disemat orang tuanya. Namun demikian, dalam dinamika pergaulan antar bangsa yang kian terbuka, kita tidak dapat lagi membatasi pergaulan antar penduduk yang berbeda status kewarganegaraannya. Karena, faktanya seringkali terjadi perkawinan campuran yang melibatkan status kewarganegaraan yang berbeda-beda antara pasangan suami dan isteri. Terlepas dari perbedaan sistem kewarganegaraan yang dianut oleh masing-masing negara asal pasangan suami-isteri itu, hubungan hukum antara suami-isteri yang melangsungkan perkawinan campuran seperti itu selalu menimbulkan persoalan berkenaan dengan status kewarganegaraan dari anak-anak mereka. Penentuan apakah seseorang menjadi warganegara suatu negara ataukah tidak, dengan prinsip *ius sanguinis* maupun *ius soli* tidak dapat dilepaskan dari keadaan-keadaan yang menjadi latar belakang penentuan

¹³ Sudargo Gautama, *Warga Negara dan Orang Asing Berikut Peraturan dan Contoh-Contohnya*, (Jakarta: Penerbit Alumni 1987), h.110.

¹⁴ Asas *ius soli* adalah asas yang menentukan kewarganegaraan seseorang berdasarkan tempat kelahirannya. Seseorang adalah warga negara suatu negara karena ia lahir di suatu negara. Berdasarkan prinsip *ius soli* seseorang yang dilahirkan di wilayah hukum suatu negara, secara hukum dianggap memiliki kewarganegaraan dari tempat kelahirannya.

¹⁵ Asas *ius sanguinis* adalah asas kewarganegaraan yang mendasarkan diri pada faktor pertalian seseorang dengan status orang tua yang berhubungan darah dengannya. Seseorang yang lahir dari orang tua yang memiliki kewarganegaraan suatu negara, maka anak tersebut berhak mendapatkan status kewarganegaraan orang tuanya.

tersebut, yakni tergantung pada keinginan pembentuk negara atau pemerintah masing-masing negara untuk menjadikan warga negaranya sebagaimana yang mereka kehendaki dan dicita-citakan.¹⁶

Menurut Wirjono Prodjodikoro, perkawinan campuran masih terdapat unsur nasional dan unsur asing. Unsur nasional adalah peraturan pihak yang berkewarganegaraan Indonesia, serta unsur asing ialah peraturan dari suatu negara asing.¹⁷ Sementara menurut J.C.T Simorangkir dan Woerjono Sastropranoto, perkawinan campuran yang melibatkan status kewarganegaraan para pihak, pada dasarnya menyangkut dua bidang hukum, yaitu bidang hukum perkawinan (*huwelijksrecht*) dan bidang hukum kewarganegaraan (*nationaliteitsrecht*). Kewarganegaraan merupakan suatu masalah yang sangat penting bagi hidup seseorang karena menyangkut kehidupan sehari-hari seseorang dalam lapangan hukum publik dan lapangan hukum privat.¹⁸ Pada konteks inilah maka hukum dalam hal ini Undang-Undang Nomor 12 tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia di Indonesia kemudian mengakomodir penerapan status kewarganegaraan ganda secara terbatas bagi anak yang lahir dari status perkawinan campuran, karena memang penerapan asas *ius soli* dan *ius sanguinis* sudah tidak memadai lagi untuk diterapkan pada konteks kasus perkawinan campuran.

3. Penerapan Status Kewarganegaraan Ganda Secara Terbatas

Secara umum terdapat tiga cara untuk memperoleh status kewarganegaraan, antara lain: (i) kewarganegaraan karena kelahiran (*citizenship by birth*), (ii) kewarganegaraan melalui pewarganegaraan (*citizenship by naturalization*) dan (iii) kewarganegaraan melalui registrasi biasa atau (*citizenship by registration*).¹⁹ Ketiga cara ini seyogyanya dapat sama-sama dipertimbangkan

¹⁶ B.P. Paulus, *Kewarganegaraan RI Ditinjau dari UUD 1945 (Khususnya Kewarganegaraan Peranakan Tionghoa)*, Cet.1, (Jakarta : Pradnya Paramita,1983), h.50.

¹⁷ Wirjono Prodjodikoro seperti dikutip Achmad Ichsan, *Hukum Perkawinan Bagi yang Beragama Islam (Suatu Tinjauan dan Ulasan Secara Sosiologi Hukum)*, Cet. 1. (Jakarta : Pradnya Paramita,1987), h.67.

¹⁸ J.C.T. Simorangkir dan Woerjono Sastropranoto, *Pelajaran Hukum Indonesia*, Cet. 3 (Jakarta : Gunung Agung, 1957) h. 9.

¹⁹ Cara ketiga ini dapat disebut tersendiri karena dalam pengalaman seperti yang terjadi di Perancis yang pernah menjadi bangsa penjajah di berbagai penjuru dunia, banyak warganya yang bermukim di daerah-daerah koloni dan melahirkan anak dengan status kewarganegaraan yang cukup ditentukan dengan cara registrasi saja. Dari segi tempat kelahiran, anak-anak mereka itu jelas lahir di luar wilayah hukum negara mereka secara resmi. Akan tetapi, karena Perancis, misalnya, menganut prinsip *ius soli*, maka menurut ketentuan yang normal, status kewarganegaraan anak-anak warga Perancis di daerah jajahan ataupun daerah penduduk tersebut tidak sepenuhnya dapat langsung begitu saja diperlakukan sebagai warga negara Perancis. Penentuan status kewarganegaraan mereka melalui proses naturalisasi atau pewarganegaraan juga tidak dapat diterima. Karena itu, status kewarganegaraan mereka ditentukan melalui proses registrasi biasa. Misalnya, keluarga Indonesia yang berada di Amerika Serikat yang menganut prinsi *ius soli*, melahirkan anak, maka menurut hukum Amerika Serikat anak tersebut memperoleh status sebagai warga negara AS. Akan tetapi, jika orangtuanya menghendaki anaknya tetap berkewarganegaraan Indonesia, maka prosesnya cukup melalui registrasi saja. Ramly Hutabarat, *Laporan Akhir Pengkajian Hukum Tentang Masalah Hukum Dwi Kewarganegaraan*, (Jakarta : Badan Pembinaan Hukum Nasional 2004), h. 5.

dalam rangka pengaturan mengenai kewarganegaraan ini dalam sistem hukum Indonesia, sehingga kita tidak membatasi pengertian mengenai cara memperoleh status kewarganegaraan itu hanya dengan cara pertama dan kedua saja sebagaimana lazim dipahami selama ini.

Di Indonesia status kewarganegaraan ganda masih diberlakukan secara terbatas yakni pada anak dari status perkawinan campuran karena politik hukum kewarganegaraan di Indonesia masih menganut prinsip *single nationality*. Dalam kasus perkawinan campuran misalnya, baik Undang-Undang Nomor 62 Tahun 1958 tentang Kewarganegaraan Indonesia (yang selanjutnya disebut UU Kewarganegaraan Lama) maupun Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia (yang selanjutnya disebut UU Kewarganegaraan Baru) memang tidak memberikan status kewarganegaraan Indonesia secara otomatis bagi wanita WNA yang menikah dengan pria WNI. Namun demikian apabila wanita WNA tersebut ingin menjadi WNI maka ia harus mengajukan permohonan resmi sesuai peraturan yang berlaku. Demikian juga wanita WNI yang menikah dengan seorang pria WNA dapat tetap mempertahankan kewarganegaraan Indonesia, bila ia hendak mengikuti kewarganegaraan suami menjadi WNA, maka wanita tersebut diharuskan untuk mengajukan permohonan sesuai peraturan yang berlaku.²⁰ Hal ini tentu dapat menimbulkan perbedaan kewarganegaraan dalam keluarga suatu perkawinan campuran.

Perbedaan kewarganegaraan tidak saja terjadi antara pasangan suami istri dalam suatu perkawinan campuran, tetapi juga terjadi pada anak-anak hasil perkawinan campuran. Menurut Undang-Undang Kewarganegaraan Lama, kewarganegaraan untuk anak hasil perkawinan campuran mengikuti kewarganegaraan ayahnya, apabila anak yang lahir dalam suatu perkawinan campuran dari ibu WNI dan ayahnya WNA, anak tersebut secara otomatis menjadi WNA, sehingga terjadi perbedaan kewarganegaraan antara anak yang lahir tersebut dengan ibunya yang WNI. Perbedaan kewarganegaraan antara anak WNA dengan ibunya WNI menimbulkan banyak masalah hukum, baik selama masa perkawinan campuran itu berlangsung maupun setelah putusnya perkawinan campuran. Terdapat banyak kasus yang muncul, dimana

²⁰ Ketentuan tersebut dapat dilihat dalam Pasal 7 dan 8 Undang-Undang Nomor 62 Tahun 1958 tentang Kewarganegaraan Indonesia dan Pasal 26 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia

UU Kewarganegaraan Lama tidak dapat melindungi anak-anak yang lahir dari seorang ibu WNI suatu perkawinan campuran, teristimewa saat putusnya perkawinan dan anaknya yang WNA harus berada dalam pengasuhan ibunya WNI serta bertempat tinggal di dalam Negara Indonesia yang *notabene* merupakan negara ibunya sendiri.²¹

Kini, lahirnya Undang-Undang Nomor 12 tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia yang baru merupakan suatu lompatan besar dari dari undang-undang kewarganegaraan sebelumnya yakni Undang-Undang Nomor 62 Tahun 1958. Kendati memang pada prinsipnya adalah sama yaitu kewarganegaraan Tunggal, tetapi dalam undang-undang ini diperkenalkanlah prinsip kewarganegaraan ganda terbatas bagi anak-anak hasil perkawinan campuran sampai berusia 21 (dua puluh satu) tahun untuk memilih salah satu kewarganegaraan orangtuanya.

Undang-undang tersebut juga memperlihatkan adanya penerapan dua asas penentuan status kewarganegaraan sebagaimana terlihat dalam ketentuan Pasal 4 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia. Mereka yang belum berusia 18 tahun atau belum menikah dan setelah anak tersebut berusia 21 tahun, maka anak tersebut dapat memilih kewarganegaraannya sesuai dengan kehendaknya.²² Aturan tersebut terlihat secara jelas diterapkannya konsep kewarganegaraan ganda hanya saja masih terbatas pada anak-anak hasil perkawinan campuran sampai anak tersebut berusia 18 tahun atau sudah kawin. Ketika anak tersebut sudah usia 18 tahun atau sudah kawin, maka ia harus memilih salah satu di antara dua kewarganegaraan yang ia miliki sebelumnya. Penerapan status kewarganegaraan ganda yang dianut dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2006 dapat disebut sebagai sebuah terobosan untuk mengatasi problematika yang timbul dalam perkawinan campuran, maupun setelah putusnya perkawinan campuran, dimana terdapat perbedaan kewarganegaraan antara orangtua dan anak-anak hasil perkawinan itu yang kerap membuat sang anak terlindungi hak-haknya.

²¹ Leonora Bakarbesy dan Sri Handajani, "Kewarganegaraan Ganda Anak dalam Perkawinan Campuran dan Implikasinya dalam Hukum Perdata Internasional" Jurnal Perspektif Volume XVII No. 1 Tahun 2012 Edisi Januari, h. 2

²² Pasal 6 dinyatakan bahwa sebelum anak-anak tersebut berumur 18 tahun, maka anak-anak tersebut mempunyai kewarganegaraan ganda dan setelah anak-anak tersebut berusia 18 tahun atau sudah kawin dan diberi tenggat waktu 3 tahun, anak tersebut harus menyatakan memilih salah satu kewarganegaraannya. Lihat Pasal 6 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan.

PEMBAHASAN

1. Keniscayaan Wacana *Dual Citizenship* Bagi Diaspora Indonesia

Diaspora berasal dari kata Yunani “diaspeiro” yang digunakan di abad ke 5 SM. Sementara di abad ke 20 istilah diaspora semakin populer ketika digunakan oleh para Jewish Diaspora dan Black/African Diaspora dimana saat itu bangsa yahudi tersebar di berbagai negara lain, begitupun bangsa Afrika yang berada di Amerika Serikat dan Inggris yang ingin kembali ke negara atau tanah kelahiran mereka. Semakin tergambar bahwa istilah diaspora itu sendiri terkait dengan kelompok suatu bangsa yang bermukim di negara lain. Gabriel Sheffer dalam bukunya berjudul “*a New Field of Study : Modern Diasporas in International Politics*” pada tahun 1986 memberikan definisi diaspora modern sebagai kelompok etnis minoritas migrant asal yang bertempat tinggal dan bertindak di negara tuan rumah, tetapi mempertahankan hubungan sentimental dan material yang kuat dengan tanah air / negara asal mereka.²³

Wacana pengaturan status dwi kewarganegaraan (*double citizenship*) saat ini kian hari memang kian berkembang. Mereka yang mendukung wacana ini beralasan bahwa Dwikewarganegaraan (DK) memiliki manfaat dan keuntungan tersendiri. Menurut para anggota Diaspora Indonesia misalnya menyebutkan bahwa keuntungan Dwikewarganegaraan bagi pemerintah antara lain: *pertama*, dapat meningkatkan hubungan ekonomi antara dua negara, *kedua*, memperluas basis ekonomi, *ketiga*, mendorong perkembangan perdagangan dan investasi yang membuka lapangan pekerjaan. *Keempat*, pemegang DK berpengaruh pada keputusan ekonomi dan politik di negara dimana mereka berdomisili, sedemikian rupa sehingga keputusan yang dibuat dapat menguntungkan Negara RI, *Kelima*, DK akan menjadi pengikat dan menghindari kehilangan para tenaga ahli yang berbakat, berintelektual dan berpendidikan tinggi, *Keenam*, DK sangat baik dalam mendukung investasi di Indonesia, *ketujuh*, DK dapat memperkenalkan budaya Indonesia ke luar negeri. Berdasarkan beberapa alasan diatas tentu saja terlihat sangat logis dan dapat memberikan keuntungan yang besar bagi bangsa Indonesia.²⁴ Sementara mereka yang menolak konsep dwi kewarganegaraan bagi diaspora lebih terkait kekhawatiran akan persoalan loyalitas, kewajiban bela negara, permasalahan nasionalisme, hak politik, hak

²³ http://www.kompasiana.com/charlescm/diaspora-indonesia-dalam-perspektif-hukum-kewarganegaraan-dan-keimigrasian_552951c5f17e61405f8b4567

²⁴ *Ibid.*

atas tanah serta hak dan kewajiban warga negara. Terdapat beberapa ilustrasi terkait keuntungan dan kerugian diterapkannya Konsep Kewarganegaraan Ganda (*Dual Nationality*) bagi diaspora seperti tercantum dalam tabel di bawah ini.²⁵

NO	Keuntungan Konsep Kewarganegaraan Ganda Tidak Terbatas (<i>Dual Nationality</i>)	Kerugian Konsep Kewarganegaraan Ganda Tidak Terbatas (<i>Dual Nationality</i>)
1	Meningkatkan perekonomian yaitu: PDB naik, kemudahan transaksi, investasi, bisnis dan mendorong pembangunan dan pengembangan.	Menimbulkan Kewajiban Ganda (pajak dan <i>Military Service</i>)
2	Meningkatkan daya saing dan penerimaan Negara	Masih bisa mendapatkan perilaku yang berbeda (Hak politik dan Sosial)
3	Menciptakan lapangan kerja baru	Kebingungan dalam mengimplementasikan Hak dan Kewajiban sebagai seorang warga Negara
4	Jembatan untuk infestasi, negosiasi, alih teknologi dan pembangunan infrastuktur	Rendahnya partisipasi social bagi kedua Negara
5	Mendorong peningkatan hubungan kerja sama antar Negara (Ekonomi, sosial, Hukum)	Mendorong keluarga atau kerabat untuk pindah/migrasi
6	Meningkatkan potensi SDM, alih kompetensi dan keterampilan sehingga mengurangi ketergantungan terhadap asing	Penurunan loyalitas terhadap bangsa dan Negara
7	Menjaga stabilitas kawasan atau perdamaian internasional.	Memungkinkannya tindakan illegal atau menghindari hukum
8	Memudahkan family reunion, sirkulasi asset dan pertukaran budaya (bahasa, aktifitas budaya, ide)	

Pengaturan dwi kewarganegaraan tentu saja harus memperhatikan urgensi dan dasar filosofisnya. Di dalam Kongres Diaspora yang diselenggarakan di Amerika misalnya, para Diaspora menyebut bahwa keberadaan mereka membawa banyak keuntungan bagi Indonesia salah satunya dapat dilihat dari segi remitansi yang mencapai sekitar 7 Miliar USD pada Tahun 2011. Adanya potensi ini menuntut pemerintah untuk melihat potensi serta merangkul

²⁵ Eka Martiana Wulansari " Konsep Kewarganegaraan Ganda Tidak Terbatas (*Dual Nasionality*) Dalam Sistem Kewarganegaraan di Indonesia" *Jurnal Rechtvinding Online*, h. 3

para Diaspora untuk dapat berbuat lebih bagi Indonesia.²⁶ Melihat potensi yang demikian, menjadi alasan bagi para diaspora Indonesia untuk terus menyuarakan aspirasinya untuk mendapatkan dukungan dan perhatian pemerintah agar mereka mendapatkan status kewarganegaraan ganda.

Manakala mereka mendapat status kewarganegaraan dari negara dimana mereka tinggal, maka mereka akan menyandang menyandang hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang sama dari dan terhadap negara. Setiap warga negara mempunyai hak-hak yang wajib diakui (*recognized*), dihormati (*respected*), dilindungi (*protected*), difasilitasi (*facilitated*), dan dipenuhi (*fulfilled*) oleh negara. Sebaliknya setiap warga negara juga mempunyai kewajiban-kewajiban yang merupakan hak-hak negara yang wajib diakui (*recognized*), dihormati (*respected*), dan ditunaikan (*complied*) oleh setiap warga negara. Misalnya, setiap warga negara berhak atas perlindungan oleh negara dan berhak untuk berpartisipasi dalam politik, tetapi juga mempunyai kewajiban untuk membayar pajak. Karena itu sering dikatakan, “*there is no representation without taxation*” dan sebaliknya, “*there is no taxation without participation*”.²⁷

Beberapa kesulitan yang kerap dihadapi para diaspora Indonesia di luar negeri misalnya terkait beberapa contoh antara lain :²⁸ pertama, di beberapa negara seperti Amerika Serikat, anak-anak WNI yang lahir di sana secara otomatis memperoleh kewarganegaraan setempat. Orangtua mereka memberikan kebebasan kepada mereka untuk memilih kewarganegaraannya saat mereka dewasa. Akan sangat menguntungkan baginya dan negeri kita, apabila mereka dapat tetap mengikuti kewarganegaraan Indonesia orangtuanya tanpa harus melepaskan kewarganegaraan tempat kelahirannya. Demikian juga bagi orang asal Indonesia yang ingin merangkul kembali kewarganegaraan Indonesia, tanpa kesulitan dapat kembali ke Indonesia, untuk menyumbangkan dharma bhakti mereka bagi Tanah Tumpah Darah asalnya yakni Indonesia. Dengan adanya Dwi Kewarganegaraan RI diharapkan akan memudahkan mereka yang berasal dari Indonesia maupun anak serta cucu mereka untuk

²⁶ Pada bulan Juli 2012 berlangsung pertemuan bersejarah di Los Angeles yang merupakan Kongres Diaspora Indonesia pertama. Kongres tersebut diprakarsai oleh Menteri Luar Negeri RI Marty Natalegawa dan Duta Besar RI untuk Amerika Serikat Dino Patti Djalal. Kongres pertama ini berhasil menyulut suatu identitas dan kebanggaan baru sebagai “Diaspora Indonesia” dan untuk pertama kalinya lebih dari 2.000 Diaspora Indonesia dari 21 negara bertemu dalam satu forum khusus, berembung selama dua hari. Lihat di (www.the-marketeters.com)

²⁷ Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit.*, h. 6.

²⁸ Beberapa orang Filipina memutuskan untuk kembali & menetap di Filipina, tanah air tempat kelahiran mereka, untuk “pensiun” menjadi guru ataupun relawan di bidang lainnya (kesehatan, pelatihan), walaupun sudah menjadi warga negara Australia. Ini dimungkinkan karena pada tahun 2003 pemerintah Filipina meloloskan Citizenship Retention and Re-acquisition Act of 2003 yang memungkinkan warga negara Filipina yang kehilangan status kewarganegaraannya karena proses naturalisasi di negara lain mendapatkan kembali status kewarganegaraan Filipina. Lihat (<https://www.change.org/p/presiden-republik-indonesia-dpr-dan-presiden-segera-mengesahkan-uu-kewarganegaraan-ganda-ri>).

dapat berinvestasi ikut membangun negaranya dan atau tidak ragu kembali ke Indonesia. *Kedua*, saat ini Diaspora Indonesia yang merantau dan telah menjadi warga negara tempat tinggalnya memperoleh kesulitan apabila ingin berinvestasi di Indonesia dan menyumbangkan kembali tenaga dan keahlian yang diperoleh baik karena berusaha maupun meraih ilmu dan keahlian lebih tinggi. Dwikewarganegaraan RI, akan mendorong arus balik tenaga ahli (*brain gain*), dan mengurangi arus pelarian tenaga ahli (*brain drain*).

2. Antara Peluang dan Hambatan

Politik hukum kewarganegaraan Indonesia saat ini memang menganut prinsip berkewarganegaraan tunggal (*single nationality*). Prinsip ini bahkan telah dianut sejak Proklamasi 17 Agustus Tahun 1945 dengan diterbitkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1946 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, yang kemudian diganti dengan UU Nomor 62 Tahun 1958 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia dan terakhir di perbaharui dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia dan PP Nomor 2 Tahun 2007 tentang Tata Cara Memperoleh, Kehilangan, Pembatalan, dan Memperoleh Kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia.

Prinsip kewarganegaraan tunggal ini bahkan tercermin dalam beberapa ketentuan mengenai alasan-alasan untuk hilangnya status warga negara Indonesia apabila ternyata bahwa seseorang warga negara Indonesia (i) secara sukarela masuk dalam dinas negara asing, yang jabatan dalam dinas semacam itu di Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan hanya dapat dijabat oleh Warga Negara Inndonesia; atau (ii) tidak diwajibkan tetapi turut dalam pemilihan sesuatu yang bersifat ketatanegaraan untuk suatu negara asing. Kendati Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 dapat dikatakan mulai mengakomodasikan kemungkinan kewarganegaraan ganda itu untuk anak-anak sampai berumur 18 tahun atau sudah kawin, namun sikap umum pembentuk undang-undang masih terlihat sangat apriori dengan orang asing.²⁹

²⁹ Pasal 23 huruf e dan huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Indonesia. Alasan kehilangan status warga negara Indonesia yang ditentukan dalam Pasal 23 huruf g UU No. 12 Tahun 2006, yaitu karena alasan "... turut dalam pemilihan sesuatu yang bersifat ketatanegaraan untuk suatu negara asing". Menurut Jimly Asshiddiqie, di Amerika Serikat, ketika musim pemilihan umum, terutama pemilihan presiden tiba, banyak sekali mahasiswa Indonesia yang melibatkan diri dalam kepanitiaan pemilihan presiden dari dulu sampai sekarang. Apakah hal demikian akan dimasukkan ke dalam kategori yang memenuhi unsure ketentuan Pasal 23 huruf g tersebut. Apakah ruginya bagi kita bangsa Indonesia jika ada warganya turut aktif dalam kegiatan pemilihan presiden di negara lain? Lihat juga Jimly Asshiddiqie, "Kewarganegaraan: Konstruksi Hukum Keindonesiaan" Makalah disampaikan dalam Simposium tentang Ke-Indonesiaan dan Kewarganegaraan, Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia, Oktober 2011, h.14.

Dalam sejarahnya, Indonesia sebenarnya melalui Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1958 tentang Persetujuan Perjanjian antara Pemerintah RI dan R.R.T pernah mengenai kewarganegaraan ganda tidak terbatas (*dual nasionalitas*), karena pada masa itu R.R.T/RRC yang sekarang disebut dengan Tionghoa/Tionghwa menyatakan bahwa seluruh keturunan Cina atau *Tionghoa/Tionghwa* diseluruh dunia adalah warganegara RRC atau Tionghoa/Tionghwa, hal ini menyebabkan terjadinya kewarganegaraan ganda tidak terbatas (*dual nasionalitas*), bagi keturunan cina di berbagai negara termasuk Indonesia. Namun karena Indonesia menganut konsep kewarganegaraan tunggal (*single nasionalitas*), maka dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah yang mengharuskan untuk memilih salah satu kewarganegaraan bagi keturunan Cina atau *Tionghoa/Tionghwa* di Indonesia. Pemerintah RRC sendiri pada akhirnya mencabut ketentuan bahwa seluruh keturunan Cina atau *Tionghoa/Tionghwa* di seluruh dunia adalah warganegarannya.³⁰

Pada saat ini memang terdapat beberapa kendala yuridis terkait penerapan *dual citizenship*, namun bukan berarti juga tidak ada peluang untuk diterapkan kewarganegaraan ganda di Indonesia. Di Indonesia, tidak dipungkiri bahwa sistem hukum Perdata Internasional yang berlaku di Indonesia hingga kini masih warisan dari sistem Hukum Perdata Internasional Belanda yang di dalamnya terdapat pengaturan mengenai status personal. Dalam Pasal 16 *Algemene Bepalingen Van Wetgeving* (selanjutnya disebut AB) yang berasal dari Pasal 6 AB Belanda yang menyalin lagi dari Pasal 3 ayat 3 *Code Civil* Perancis menyatakan bahwa ketentuan-ketentuan perundang-undangan mengenai status dan wewenang orang-orang tetap mengikat warga negara Indonesia jikalau mereka berada di luar negeri.³¹

Berdasarkan Pasal 16 AB tersebut, Indonesia memang menganut prinsip nasionalitas atau kewarganegaraan dalam menentukan status personal seseorang. Hal ini berarti bagi WNI yang berada di luar negeri, sepanjang mengenai hal-hal yang terkait dengan status personalnya, tetap berlaku hukum nasional Indonesia. Sebaliknya menurut yurisprudensi, bagi orang-orang asing yang berada di dalam wilayah Republik Indonesia dipergunakan hukum nasional mereka sepanjang hal tersebut termasuk dalam lingkup status personal antara lain mengenai perkawinan dan perceraian, pembatalan perkawinan, perwalian, kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum,

³⁰ Eka Martiana Wulansari, *Op. Cit.*, h. 2

³¹ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Jakarta: Binacipta, 1981), h. 2

soal nama, soal status anak di bawah umur dan lain-lain. Karena Pasal 16 AB merupakan kaidah penunjuk sepihak (*eenzijdige verwijzingsregels*) sehingga dalam praktiknya seringkali ditafsirkan secara timbal balik (*tweezijdige*). Berbeda dengan negara-negara *Common Law* dimana status personal seseorang dinilai menurut hukum domisilinya.³² Adanya prinsip ini tentu menjadi bagian dari kendala dan tantangan penerapan status kewarganegaraan ganda bagi Diaspora Indonesia.

Saat ini, munculnya tuntutan untuk diterapkannya kewarganegaraan ganda tidak terbatas memang menjadi pertimbangan bagi Pemerintah dan DPR RI untuk melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006. Hal ini di samping menjadi tuntutan kaum diaspora untuk diterapkannya kewarganegaraan ganda tidak terbatas (*dual nationality*) juga karena alasan realitas perkembangan era globalisasi dewasa ini. Realitas laju perkembangan zaman sejatinya harus sejalan dengan progresifitas hukum yang diterapkan, karena hukum diperuntukan untuk menjawab pelbagai konsekuensi dari realitas tersebut. Dalam konteks penerapan status kewarganegaraan ganda bagi diaspora Indonesia, penulis berpandangan bahwa prinsip ini sejatinya sudah sejalan dengan semangat yang dibangun oleh konstitusi yakni prinsip memberikan perlindungan bagi segenap tumpah darah Indonesia dimanapun berada tidak terkecuali terhadap mereka yang berdomisili di negeri seberang.

Menurut Jimly Asshiddiqie, sikap yang melandasi perumusan undang-undang kita mengenai tersebut hanya didasarkan atas kesempatan cara berpikir yang tidak lagi sesuai dengan realitas perkembangan era globalisasi dewasa ini. Di zaman globalisasi sekarang ini, perlu dipertimbangkan mengenai perlunya memberikan kesempatan kepada warga negara asing untuk memiliki juga status kewarganegaraan Republik Indonesia secara ganda. Demikian pula warga negara Indonesia yang bekerja di luar negeri, tidak lah ada ruginya untuk memberi kesempatan pula kepada mereka untuk memperoleh status kewarganegaraan ganda dimana tempatnya bekerja. Indonesia akan mendapat keuntungan berlipat dari status kewarganegaraan ganda itu. Indonesia dapat memperoleh pajak penghasilan yang lebih besar dari warganya di luar negeri. Kualitas pekerjaan yang dapat diperoleh oleh WNI di luar negeri dapat ditingkatkan dari waktu ke waktu tidak hanya terbatas pada kelas pekerja kasar dan pembantu rumah tangga, melainkan juga di kelas menengah atas.

³² Leonora Bakarbesy dan Sri Handajani, *Op. Cit.*, h.3.

Para pekerja kelas menengah atas itu dapat pula digunakan sebagai sumber informasi, relasi dan jaringan sumberdaya yang dapat dimanfaatkan untuk kepentingan nasional.³³

Di banyak negara maju dewasa ini, kebiasaan mempekerjakan warga negara asing di kantor-kantor pemerintahan sudah merupakan sesuatu lazim. Menurut ketentuan Pasal 23 huruf e Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006, jika pekerjaan itu menurut peraturan perundang-undangan di Indonesia dilarang dilakukan oleh orang asing, maka warga negara Indonesia yang bekerja untuk pemerintah asing tersebut dapat kehilangan statusnya sebagai Warga Negara Indonesia. Hal ini tentu sangat merugikan bagi warga negara Indonesia yang bekerja di luar negeri. Padahal, negara-negara seperti India, Pakistan, dan juga Filipina sudah biasa menjadikan orang-orang asli negaranya yang bekerja di negara-negara lain dimanfaatkan menjadi penasihat ahli di kantor-kantor pemerintahannya untuk kepentingan nasional masing-masing. Misalnya, banyak sekali pegawai-pegawai yang berkewarganegaraan asing yang bekerja di AS, Kanada, Australia yang apabila masa liburan 3 panjang kembali ke negara asalnya untuk bekerja di kantor-kantor pemerintah, seperti Filipina, Pakistan, dan sebagainya. Bahkan, status kewarganegaraan mereka dibiarkan ganda sehingga negara asal mereka tetap dapat menikmati keuntungan dari status warganya bekerja di lingkungan pemerintahan negara-negara maju. Setidaknya pemerintah negara-negara seperti Pakistan yang mempekerjakan pegawai-pegawai pemerintah negara maju yang berasal dari negeri-negeri mereka itu dapat memperoleh pemasukan pajak dari mereka, akses informasi dan jaringan ke sumber daya yang tersedia di negara-negara maju yang dapat dimanfaatkan untuk kepentingan nasional masing-masing.³⁴

Menurut Jimly, yang menyebabkan kita memandang status kewarganegaraan ganda tersebut hanya dari segi negatifnya sebenarnya karena sentimen pengalaman sejarah kita dengan warga keturunan Tionghoa di Indonesia, baik di masa awal kemerdekaan maupun di masa berkuasanya PKI di masa Orde Lama. Kebijakan dwi-kewarganegaraan dinilai sangat merugikan Indonesia jika dipraktikkan, karena dapat dimanfaatkan oleh warga keturunan untuk memiliki loyalitas ganda dengan negara asalnya. Namun, di masa sekarang, apalagi dengan banyaknya jumlah warga negara Indonesia yang bekerja dan atau belajar di luar negeri, pertimbangan untung rugi demikian mestinya

³³ *Ibid*, h.15

³⁴ Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit*, h.14.

harus dievaluasi kembali. Zaman sudah berubah. Sekarang kebutuhan akan peran Indonesia dalam pergaulan antar bangsa terus meningkat, sementara warga negara asing yang tinggal menetap, bekerja untuk sementara waktu, atau pun yang menjadi turis di Indonesia juga semakin banyak jumlahnya. Sebaiknya, perlu diadakan riset yang komprehensif untuk menilai kembali plus-minus kebijakan dwi-kewarganegaraan itu untuk Indonesia di masa depan.³⁵

KESIMPULAN

Penerapan *dual nationality/dual citizenship* bagi diaspora Indonesia merupakan sebuah keniscayaan. Hal tersebut di samping didasarkan pada realitas laju perkembangan global juga didasarkan pada semangat konstitusi bahwa melindungi segenal tumpah darah indonesia, termasuk di dalamnya warga negara Indonesia yang berada di luar negeri. Wacana penerapan *dual citizenship* bagi diaspora Indonesia memang masih menuai perdebatan jika dilihat dari aspek untung dan ruginya bagi negara Indonesia, namun realitas juga tidak dapat dipungkiri yakni persebaran WNI yang ada di luar negeri semakin meningkat bahkan keberadaan mereka juga memberikan keuntungan bagi Indonesia. Kebanyakan mereka merupakan para profesional yang perlu mendapatkan jaminan dan pengakuan kesetaraan hak dengan warga negara dimana mereka berdomisili sehingga merekapun dapat berperan setara dalam memperebutkan berbagai peluang tanpa harus melepaskan semangat nasionalitasnya dengan negara asalnya.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Bari Azed, *Masalah Kewarganegaraan*, Jakarta: Indo Hill Co, 1966, h.4.
- B.P.Paulus, *Kewarganegaraan RI Ditinjau dari UUD 1945 (Khususnya Kewarganegaraan Peranakan Tionghoa)*, Cet.1, Jakarta : Pradnya Paramita,1983, h. 50.
- Bagir Manan, *Hukum Kewarganegaraan Indonesia Dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006*, Yogyakarta: FH UII Press, 2009, h. 1.
- Eka Martiana Wulansari "Konsep Kewarganegaran Ganda Tidak Terbatas (*Dual Nasionaliti*) Dalam Sistem Kewarganegaraan di Indonesia" *Jurnal Rechtvinding Online*, h.3.

³⁵ *Ibid*, h.15

- J.C.T. Simorangkir dan Woerjono Sastropranoto, *Pelajaran Hukum Indonesia*, Cet. 3 Jakarta : Gunung Agung, 1957, h. 9.
- Jimly Asshiddiqie, “Kewarganegaraan: Konstruksi Hukum Keindonesiaan” Makalah disampaikan dalam Simposium tentang Ke-Indonesiaan dan Kewarganegaraan, Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia, Oktober 2011, h.3.
- Koerniatmanto Soetoprawiro, *Hukum Kewarganegaraan dan Keimigrasian di Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pusaka Utama, 1994, h.10.
- Koerniatmo Soeprawiro, “*Hukum Kewarganegaraan dan Keimigrasian Indonesia*”, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1996, h.1.
- Laica Marzuki, *Beberapa Catatan Tentang Kewarganegaraan RI*, Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi 2006, h.33.
- Leonora Bakarbesy dan Sri Handajani, “Kewarganegaraan Ganda Anak dalam Perkawinan Campuran dan Implikasinya dalam Hukum Perdata Internasional” *Jurnal Perspektif* Volume XVII No. 1 Tahun 2012 Edisi Januari.
- Muh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan CV. Sinar Sakti 1988, h.291.
- Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum; Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya, dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta : Bulan Bintang, September 1992, h. 11-12.
- R.M. MacIver, *The Modern State*, London: Oxford University Press, 150, h. 465.
- Ramly Hutabarat, *Laporan Akhir Pengkajian Hukum Tentang Masalah Hukum Dwi Kewarganegaraan*, Jakarta : Badan Pembinaan Hukum Nasional 2004, h. 5.
- Sudargo Gautama, *Warga Negara dan Orang Asing Berikut Peraturan dan Contoh-Contohnya*, Jakarta: Penerbit Alumni 1987, h. 110.
-, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jakarta: Binacipta, 1981, h. 2.
- Wirjono Prodjodikoro seperti dikutip Achmad Ichsan, *Hukum Perkawinan Bagi yang Beragama Islam (Suatu Tinjauan dan Ulasan Secara Sosiologi Hukum)*, Cet. 1. Jakarta : Pradnya Paramita,1987, h. 67.

Ekstensifikasi *Subjectum Litis* dalam Perselisihan Pemilu Legislatif dan Pemilihan Kepala Daerah

The Extensification of Subjectum Litis in Legislative and Regional Head Election Dispute

Oly Viana Agustine

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara dan Pengelolaan TIK
Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta Pusat 10110
olyve_lovelaw@yahoo.co.id

Naskah diterima: 09/11/2016 revisi: 07/11/2016 disetujui: 21/11/2016

Abstrak

Subjectum litis dalam Perselisihan Pemilu Legislatif dan Pemilihan Kepala Daerah di Indonesia telah ditentukan secara limitatif dalam perundang-undangan maupun Peraturan Mahkamah Konstitusi. Namun seiring dengan perkembangan pelaksanaan pemilu, terdapat perluasan dan penyempitan *subjectum litis*. Tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengetahui adanya berbagai faktor penyebab fleksibilitas *subjectum litis* dalam perselisihan pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah. Selain itu, belum ada penelitian yang mengkaji terkait dengan faktor penyebab fleksibilitas *subjectum litis* dalam pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah dengan menggunakan metode kualitatif dengan pendekatan yuridis normatif dengan mengumpulkan data dan informasi perselisihan pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah di dalam literatur. Hasil yang diperoleh dalam penelitian ini adalah bahwa pergeseran dalam Pemilu legislatif diperluas tidak hanya partai politik dan perseorangan DPD saja yang dapat menjadi *subjectum litis* tetapi juga mereka perseorangan calon dari partai politik dapat menjadi *subjectum litis* dalam perselisihan pemilu legislatif. Faktor yang menyebabkannya adalah pilihan sistem pemilu yang digunakan pada tahun 2014. Sedangkan dalam perselisihan pemilu Kepala Daerah yang pada umumnya sebagai *subjectum litis* adalah pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur, Bupati dan Wakil Bupati serta Walikota dan Wakil Walikota.

Namun dalam perkembangannya, terjadi penyempitan dengan hanya pasangan calon yang memenuhi ambang batas selisih perolehan suara saja yang dapat bertindak sebagai pemohon. Selain penyempitan, terdapat pula perluasan dimana Mahkamah mengakomodir Pemantau pemilihan dalam negeri yang terdaftar dan memperoleh akreditasi dari KPU/KIP dapat bertindak sebagai *subjectum litis* dan bakal pasangan calon sebagai pemohon dalam Pemilu tahun 2010. Faktor yang menyebabkan adanya penyempitan dan perluasan dalam pemilu kepala daerah tahun 2015 adalah adanya kehendak pembuat undang-undang dan terbatasnya kewenangan Mahkamah serta terdapatnya calon tunggal yang tidak terprediksi oleh pembuat undang-undang dalam penyusunan undang-undang pemilu kepala daerah. Sedangkan pada tahun 2010, perluasan *subjectum litis* dikarenakan MK melakukan tafsir ekstensif yang disebabkan oleh adanya pelanggaran serius terhadap hak untuk dipilih (*rights to be candidate*). Saran bagi pembuat undang-undang agar lebih teliti merumuskan norma dengan melihat kondisi masyarakat yang ada sehingga mampu memberikan keadilan dan kepastian hukum baik bagi pasangan calon maupun masyarakat.

Kata Kunci: Ekstensifikasi, *Subjectum Litis*, Pemilu Legislatif, Pemilu Kepala Daerah, Mahkamah Konstitusi

Abstract

Subjectum litis in The Legislative and Regional Head Election Disputes in Indonesia has been determined in a limited manner in The legislation and The regulation of the Constitutional Court. However along with the election, there is expansion and constriction of subjectum litis. The purpose of this study was to investigate the determinant factors that cause flexibility of subjectum litis in legislative and regional head election dispute. In addition, no previous studies that examine factors associated with the causes flexibility of subjectum litis in the legislative and the regional headselection. The method used in this research is using qualitative methods with normative juridical approach by collecting data and information of the legislative and head regional election dispute advance in literature. The results obtained in this study that the shift in legislative elections expanded not only to political parties and individuals DPD that can be subjectum litis but also those of individual candidates of political parties can be subjectum litis in the legislative election disputes. The factor that caused it is the choice of electoral system is still used to 2014 electoral system. Meanwhile, the Regional Head election disputes in general as subjectum litis are that couple candidates for Governor and Vice Governor, Regent and Vice Regent and the Mayor and Deputy Mayor. But in its development, the narrowing of the only candidates who met the threshold difference of votes that can act as an applicant. Besides narrowing, there is also an extension where Consitutional court accommodate domestic election observers were registered and accredited by the KPU / KIP can act as subjectum litis and as the applicant would be candidates in the General Election of 2010.

Factors that cause the narrowing and expansion in the elections of regional heads are the will of lawmakers and the limited authority of the Constitutional court as well as the presence of a single candidate who is not predictable by lawmakers in drafting electoral laws regional head. Whereas in 2010, the expansion of subjectum litis because the Court did extensive interpretation caused by serious violations of the right to be elected (rights to be a candidate). Suggestions for lawmakers to be more thoroughly formulate norms by looking at the existing state of society so it can bring justice and legal certainty both for the expectant couple and society.

Keywords: *Extensification, Subjectum Litis, Legislative Election, Regional Head Election, Constitutional Court*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Ketentuan terkait *subjectum litis* dalam perkara perselisihan pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah telah ditentukan secara jelas dalam peraturan perundang-undangan. Ketentuan tersebut memberikan perluasan dan batasan yang signifikan kepada *subjectum litis* dalam pengajuan gugatan di Mahkamah Konstitusi. Dalam pemilu legislatif tahun 2014, *subjectum litis* yang dapat mengajukan permohonan di Mahkamah Konstitusi tidak terbatas hanya pada partai politik dan perseorangan calon anggota DPD saja sebagaimana pada pemilu legislatif 2009, tetapi juga terhadap mereka perseorangan calon anggota DPR, DPRD, dan DPRA serta DPRK. Sehingga akan ditemui sengketa perselisihan hasil pemilu legislatif antar calon dalam satu partai politik yang sama.

Sedangkan dalam Pemilu Kepala Daerah, muatan dalam Pasal 158 Undang-Undang 8 Tahun 2015 memberikan batasan bagi pasangan calon yang memenuhi ambang batas selisih perolehan suara saja yang dapat mengajukan gugatan di Mahkamah Konstitusi. Namun di waktu yang bersamaan, terdapat juga perluasan yang diatur oleh Peraturan Mahkamah Konstitusi yakni terhadap perkara pemilihan kepala daerah yang hanya memiliki satu pasangan calon. Mahkamah Konstitusi memberikan perluasan *subjectum litis* terhadap Pemantau pemilihan dalam negeri yang terdaftar dan memperoleh akreditasi dari KPU/KIP untuk bertindak sebagai *subjectum litis*. Meski sebelumnya, pada tahun 2010 MK telah memberikan perluasan juga bagi bakal calon peserta pemilukada. Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa bakal pasangan calon kepala daerah memiliki *legal standing* sebagai Pemohon. Alasannya, MK menemukan modus baru kecurangan

dalam penyelenggaraan Pemilu, yakni menghalang-halangi pasangan tertentu untuk menjadi pasangan calon kepala daerah atau sebaliknya. MK berpendapat, hal itu sebagai pelanggaran serius khususnya terhadap hak untuk dipilih (*rights to be candidate*).

Fleksibilitas *subjectum litis* kedua pemilu tersebut, baik dalam pemilu legislatif 2014 maupun pemilu kepala daerah baik tahun 2010 maupun tahun 2015 menarik untuk dilakukan penelitian. Hal ini dikarenakan fleksibilitas baik itu penyempitan maupun perluasan *subjectum litis* pada umumnya tidak dibenarkan secara *das sollen* karena tidak memberikan jaminan kepastian hukum. Namun, melihat permasalahan yang terjadi di masyarakat terkait dengan adanya kebutuhan peradilan yang cepat dan menutup kekosongan hukum, diperlukan tindakan progresif untuk menyikapinya sehingga didapatkan keadilan substansial bukan keadilan formal. Selain itu, belum banyak ditemukan penelitian atau kajian yang membahas terkait dengan *subjectum litis* dalam perselisihan hasil pemilu legislatif maupun pemilu kepala daerah. Oleh karena itu, perlu dikaji tentang faktor penyebab adanya fleksibilitas pergeseran baik penyempitan maupun perluasan pada *subjectum litis* dalam perkara perselisihan hasil pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, dalam tulisan ini penulis mengkaji terkait dengan Apakah Faktor Penyebab Adanya Fleksibilitas Pergeseran Baik Penyempitan maupun Perluasan pada *Subjectum Litis* Dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Legislatif Dan Pemilu Kepala Daerah?

PEMBAHASAN

A. Faktor Penyebab Adanya Fleksibilitas *Subjectum Litis* dalam Pelaksanaan Pemilu Legislatif Tahun 2014

Pemilu legislatif 2014 memberikan lembaran baru dimana MK memberikan perluasan terhadap *subjectum litis* dalam perselisihan hasil pemilu legislatif. Dalam pengajuan permohonan sengketa hasil pemilihan umum anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dapat dilakukan oleh dan/atau terhadap calon dalam satu partai. Hal ini berbeda dengan penyelesaian perselisihan hasil pemilu legislatif di tahun sebelumnya, dimana yang dapat menjadi *subjectum litis* terbatas hanya untuk perorangan warga negara

Indonesia calon anggota DPD dan partai politik, sebagaimana diatur dalam Pasal 3 ayat (1) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 16 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (PMK 16 Tahun 2009), dimana para pihak adalah mereka yang mempunyai kepentingan langsung dalam PPHU anggota DPR, DPD, dan DPRD adalah:¹

- a. Perorangan warga negara Indonesia calon anggota DPD peserta pemilu sebagai pemohon;
- b. Partai politik peserta pemilu sebagai pemohon;
- c. Partai politik dan partai politik lokal peserta pemilu anggota DPRA dan DPRK di Aceh sebagai Pemohon;

Di dalam pengaturan selanjutnya pelaksanaan penyelesaian perselisihan pemilu legislatif 2014 terjadi perluasan terhadap siapa yang dapat menjadi *subjectum litis* dalam sengketa pemilu legislatif. Hal ini sebagaimana diatur dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (PMK 1 Tahun 2014). Pasal 2 ayat (1) menyebutkan bahwa *subjectum litis* dalam perkara PPHU adalah:²

- a. Partai politik peserta pemilu untuk pengisian keanggotaan DPR dan DPRD;
- b. Perseorangan calon anggota DPR dan DPRD yang telah memperoleh persetujuan secara tertulis dan pengajuan permohonannya dilakukan oleh partai politik peserta pemilu yang bersangkutan;
- c. Partai politik lokal peserta Pemilu untuk pengisian keanggotaan DPRA dan DPRK;
- d. Perseorangan calon anggota DPRA dan DPRK yang telah memperoleh persetujuan secara tertulis dan pengajuan permohonannya dilakukan oleh partai politik lokal peserta pemilu yang bersangkutan;
- e. Perseorangan calon anggota DPD peserta pemilu.

Dari perluasan *subjectum litis* yang ada dalam penyelesaian perselisihan hasil pemilu legislatif, faktor dominan yang mempengaruhi adalah pilihan sistem pemilu yang digunakan yakni sistem proporsional terbuka dalam pemilihan calon anggota legislatif. Dasar hukum sistem proporsional terbuka terdapat dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan

¹ http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/pmk/PMK_PMK_16.pdf diakses pada tanggal 08 Maret 2016

² <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/pmk/pmk%201%202014%20A4.pdf> diakses pada tanggal 08 Maret 2016

Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Pada Pasal 5 Ayat 1 dinyatakan dengan tegas bahwa Pemilu untuk memilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota dilaksanakan dengan sistem proporsional terbuka. Selain itu, Pasal 215 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 juga menjadi pijakan yuridis berlakunya sistem proporsional terbuka. Pasal tersebut berbunyi:³ Penetapan calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota dari Partai Politik Peserta Pemilu didasarkan pada perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu di suatu daerah pemilihan dengan ketentuan sebagai berikut:

- a. Calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota ditetapkan berdasarkan calon yang memperoleh suara terbanyak.
- b. Dalam hal terdapat dua calon atau lebih yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam huruf a dengan perolehan suara yang sama, penentuan calon terpilih ditentukan berdasarkan persebaran perolehan suara calon pada daerah pemilihan dengan mempertimbangkan keterwakilan perempuan.
- c. Dalam hal calon yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, jumlahnya kurang dari jumlah kursi yang diperoleh Partai Politik Peserta Pemilu, kursi yang belum terbagi diberikan kepada calon berdasarkan perolehan suara terbanyak berikutnya.

Dengan demikian dalam pemilu legislatif tahun 2014, *subjectum litis* yang dapat mengajukan permohonan di Mahkamah Konstitusi tidak terbatas hanya pada partai politik dan perseorangan calon anggota DPD saja sebagaimana pada pemilu legislatif 2009, tetapi juga terhadap mereka perseorangan calon anggota DPR, DPRD, dan DPRA serta DPRK. Sehingga akan ditemui sengketa perselisihan hasil pemilu legislatif antar calon dalam satu partai politik yang sama. Sejak pembukaan pendaftaran perselisihan hasil pemilihan umum Legislatif 2014, total perkara yang diregistrasi oleh kepaniteraan Mahkamah Konstitusi sebanyak 903 kasus. Dari jumlah tersebut, 225 perkara merupakan gugatan terhadap penetapan hasil pemilu anggota DPR, 181 pemilu anggota DPRD provinsi, 461 pemilu anggota DPRD kabupaten/kota, 2 perkara merupakan gugatan partai politik terkait pemenuhan syarat ambang batas dan 34 perkara merupakan gugatan perseorangan calon anggota DPD dari 32 provinsi seluruh Indonesia.

³ Naskah UU Pemilu Tanggal 5 Maret 2008. Dokumen ini diperoleh dari DPR-RI dan disalin ulang sesuai aslinyadalam (<http://ejournal.umm.ac.id/index.php/humanity/article/viewFile/2387/2917>) diakses pada tanggal 8 Maret 2016

Di antara permohonan yang dikabulkan, terdapat lima perkara perselisihan antar sesama caleg satu partai dalam suatu daerah pemilihan, yakni caleg Dewan Perwakilan Rakyat Aceh (DPRA) Provinsi Aceh dari Partai Golkar, DPRD Provinsi Jawa Barat dari Partai Demokrat, DPRD Kota Binjai Sumatera Utara dari PPP, DPRA Provinsi Aceh dari PPP dan DPRD Kabupaten Semene, Jawa Timur dari PAN

B. Faktor Penyebab Adanya Fleksibilitas *Subjectum Litis* dalam Perselisihan Pemilu Kepala Daerah

Dari hasil penelusuran Undang-Undang diperoleh keterangan bahwa telah diatur secara umum yang dapat bertindak sebagai pemohon dalam perkara perselisihan hasil pemilu kepala daerah adalah pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur, pasangan calon Bupati dan Wakil Bupati serta pasangan calon Walikota dan Wakil Walikota. Namun dalam perkembangannya tidak semua pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur, pasangan calon Bupati dan Wakil Bupati serta pasangan calon Walikota dan Wakil Walikota dapat bertindak sebagai pemohon di Mahkamah Konstitusi. Pasal 158 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 menentukan bahwa yang dapat bertindak sebagai Pemohon adalah:⁴

- (1) Peserta pemilihan Gubernur dan Wakil Gubernur dapat mengajukan permohonan pembatalan penetapan hasil penghitungan suara dengan ketentuan:
 - a. Provinsi dengan jumlah penduduk sampai dengan 2.000.000 (dua juta) jiwa, pengajuan perselisihan perolehan suara dilakukan jika terdapat perbedaan paling banyak sebesar 2% (dua persen) dari penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Provinsi;
 - b. Provinsi dengan jumlah penduduk lebih dari (dua juta) sampai dengan 6.000.000 (enam juta), pengajuan perselisihan perolehan suara dilakukan jika terdapat perbedaan paling banyak sebesar 1,5% (satu koma lima persen) dari penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Provinsi;
 - c. Provinsi dengan jumlah penduduk lebih dari 6.000.000 (enam juta) sampai dengan 12.000.000 (dua belas juta) jiwa, pengajuan perselisihan perolehan suara dilakukan jika terdapat perbedaan paling banyak sebesar 1% (satu persen) dari penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Provinsi; dan

⁴ (<http://www.dpr.go.id/dokjdi/dokument/uu/1627.pdfdiakses>) pada tanggal 08 Maret 2016

- d. Provinsi dengan jumlah penduduk lebih dari 12.000.000 (dua belas juta) jiwa, pengajuan perselisihan perolehan suara dilakukan jika terdapat perbedaan paling banyak sebesar 0,5% (nol koma lima persen) dari penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Provinsi.
- (2) Peserta Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati serta Walikota dan Wakil Walikota dapat mengajukan permohonan pembatalan penetapan hasil penghitungan perolehan suara dengan ketentuan:
- a. Kabupaten/Kota dengan jumlah penduduk sampai dengan 250.000 (dua ratus lima puluh ribu) jiwa, pengajuan perselisihan perolehan suara dilakukan jika terdapat perbedaan paling banyak sebesar 2% (dua persen) dari penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Kabupaten/Kota;
 - b. Kabupaten/Kota dengan jumlah penduduk sampai dengan 250.000 (dua ratus lima puluh ribu) jiwa sampai dengan 500.000 (lima ratus ribu) jiwa, pengajuan perselisihan perolehan suara dilakukan apabila terdapat perbedaan paling banyak sebesar 1,5% (satu koma lima persen) dari penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Kabupaten/Kota
 - c. Kabupaten/Kota dengan jumlah penduduk sampai dengan 500.000 (lima ratus ribu) jiwa sampai dengan 1.000.000 (satu juta) jiwa, pengajuan perselisihan perolehan suara dilakukan jika terdapat perbedaan paling banyak sebesar 1% (satu persen) dari penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Kabupaten/Kota; dan
 - d. Kabupaten/Kota dengan jumlah penduduk lebih dari 1.000.000 (satu juta) jiwa, pengajuan perselisihan perolehan suara dilakukan jika terdapat perbedaan paling banyak sebesar 0,5% (nol koma lima persen) dari penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Kabupaten/Kota

Ketentuan tersebut dipertegas dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 5 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2015 (PMK No 1 Tahun 2015) Tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota dalam Pasal 6, yakni:⁵

- (1) Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 ayat (1) huruf a mengajukan Permohonan kepada Mahkamah dengan ketentuan:

⁵ (<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/pmk/PMK%20No%201%202015.pdf>) diakses pada tanggal 08 Maret 2016

- a. Provinsi dengan jumlah penduduk sampai dengan 2.000.000 (dua juta) jiwa, pengajuan Permohonan dilakukan jika terdapat perbedaan perolehan suara paling banyak sebesar 2% (dua persen) antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon;
 - b. Provinsi dengan jumlah penduduk lebih dari 2.000.000 (dua juta) sampai dengan 6.000.000 (enam juta), pengajuan Permohonan dilakukan jika terdapat perbedaan perolehan suara paling banyak sebesar 1,5% (satu koma lima persen) antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon;
 - c. Provinsi dengan jumlah penduduk lebih dari 6.000.000 (enam juta) sampai dengan 12.000.000 (dua belas juta) jiwa, pengajuan Permohonan dilakukan jika terdapat perbedaan perolehan suara paling banyak sebesar 1% (satu persen) antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon;
 - d. Provinsi dengan jumlah penduduk lebih dari 12.000.000 (dua belas juta) jiwa, pengajuan Permohonan dilakukan jika terdapat perbedaan perolehan suara paling banyak sebesar 0,5% (nol koma lima persen) antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon.
- (2) Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 ayat (1) huruf b dan huruf c mengajukan Permohonan kepada Mahkamah Konstitusi dengan ketentuan:
- a. Kabupaten/Kota dengan jumlah penduduk sampai dengan 250.000 (dua ratus lima puluh ribu) jiwa, pengajuan Permohonan dilakukan jika terdapat perbedaan perolehan suara paling banyak sebesar 2% (dua persen) antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon;
 - b. Kabupaten/Kota dengan jumlah penduduk sampai dengan 250.000 (dua ratus lima puluh ribu) jiwa sampai dengan 500.000 (lima ratus ribu) jiwa, pengajuan Permohonan dilakukan jika terdapat perbedaan perolehan suara paling banyak sebesar 1,5% (satu koma lima persen) antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon;

- c. Kabupaten/Kota dengan jumlah penduduk sampai dengan 500.000 (lima ratus ribu) jiwa sampai dengan 1.000.000 (satu juta) jiwa, pengajuan Permohonan dilakukan jika terdapat perbedaan perolehan suara paling banyak sebesar 1% (satu persen) antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon;
 - d. Kabupaten/Kota dengan jumlah penduduk lebih dari 1.000.000 (satu juta) jiwa, pengajuan Permohonan dilakukan jika terdapat perbedaan perolehan suara paling banyak sebesar 0,5% (nol koma lima persen) antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon.
- (3) Persentase sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dihitung dari suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon.

Dengan ketentuan demikian, berarti yang dapat memenuhi kualifikasi sebagai *subjectum litis* dipersempit menjadi mereka yakni pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur dengan jumlah penduduk Provinsi sampai dengan 2.000.000 (dua juta) jiwa dengan perbedaan perolehan suara paling banyak 2%, jumlah penduduk Provinsi lebih dari 2.000.000 (dua juta) sampai dengan 6.000.000 (enam juta) jiwa dengan perbedaan perolehan suara paling banyak 1,5%, dan jumlah penduduk Provinsi lebih dari 6.000.000 (enam juta) sampai dengan 12.000.000 (dua belas juta) jiwa dengan perbedaan perolehan suara paling banyak 1%, serta jumlah penduduk Provinsi lebih dari 12.000.000 (dua belas juta) jiwa dengan perbedaan perolehan suara paling banyak 0,5% antara Pemohon dengan pasangan calon peraih suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon.

Sedangkan untuk pasangan calon Bupati dan Wakil Bupati serta pasangan calon Walikota dan Wakil Walikota yang dapat memenuhi kualifikasi sebagai pemohon dipersempit menjadi mereka yakni pasangan calon Bupati dan Wakil Bupati jumlah penduduk Kabupaten/Kota sampai dengan 250.000 jiwa, jika terdapat perbedaan paling banyak 2%, jumlah penduduk Kabupaten/Kota 250.000 sampai dengan 500.000 jiwa, jika terdapat perbedaan paling banyak 1,5% dan jumlah penduduk Kabupaten/Kota 500.000 sampai dengan 1.000.000 jiwa, jika terdapat perbedaan paling banyak 1% serta jumlah penduduk

Kabupaten/Kota lebih dari 1.000.000 jiwa, jika terdapat perbedaan paling banyak 0,5%. Baik dalam pemilihan Gubernur maupun Bupati dan Walikota, ketentuan tersebut dihitung dari suara terbanyak berdasarkan penetapan hasil penghitungan suara oleh Termohon.

Hal ini dapat dilihat dalam beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak menerima permohonan Pemohon yang tidak memenuhi ketentuan yang dipersyaratkan baik dalam Pasal 158 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 maupun dalam PMK No 1 Tahun 2015 yang mengatur terkait dengan pembatasan bagi pasangan calon pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota untuk dapat diadili perkara perselisihan perolehan suara hasil pemilihan di Mahkamah Konstitusi dengan perbedaan perolehan suara dengan prosentase tertentu sesuai dengan jumlah penduduk di daerah pemilihan setempat. Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa:⁶

Sebelum pelaksanaan pemilihan kepala daerah dilaksanakan oleh KPU, aturan tentang pembatasan tersebut sudah diketahui sepenuhnya oleh pasangan calon bahkan Mahkamah telah menetapkan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 5 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota (selanjutnya disebut PMK 1-5/2015) dan telah pula disosialisasikan ke tengah masyarakat sehingga mengikat semua pihak yang terkait dengan pemilihan a quo;

Meskipun Pasal 158 UU 8/2015 merupakan pembatasan, oleh karena mengikat semua pihak maka Undang-Undang a quo merupakan suatu kepastian hukum karena diberlakukan terhadap seluruh pasangan calon tanpa ada yang dikecualikan. Menurut Termohon dan Pihak Terkait, setelah adanya UU 8/2015 seyogianya Mahkamah haruslah tunduk dengan Undang-Undang a quo. Mahkamah tidak dibenarkan melanggar Undang-Undang. Apabila Mahkamah melanggar Undang-Undang maka hal ini merupakan preseden buruk bagi penegakan hukum dan keadilan. Apabila Mahkamah tidak setuju dengan ketentuan Pasal 158 UU 8/2015 maka seyogianya Undang-Undang tersebut terlebih dahulu dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat atas permohonan pemohon yang merasa dirugikan. Selama Undang-Undang tersebut masih berlaku

⁶ (http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/persidangan/putusan/67_PHP.BUP-XIV_2016.pdf) diakses pada tanggal 08 Maret 2016

maka wajib bagi Mahkamah patuh pada Undang-Undang tersebut. Undang-Undang tersebut merupakan salah satu ukuran bagi pasangan calon untuk memperoleh suara secara signifikan.

Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota, di samping bukan merupakan rezim pemilihan umum sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XIII/2013, bertanggal 19 Mei 2014, pemilihan gubernur, bupati, dan walikota telah secara tegas ditentukan batas-batasnya dalam melaksanakan kewenangan *a quo* dalam UU Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota. UU Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota merupakan sumber dan dasar kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa dan mengadili perkara *a quo*. Kewenangan *a quo* dialirkan dari Pasal 157 ayat (3) UU 8/2015 yang tegas menyatakan, “perkara perselisihan penetapan perolehan suara hasil Pemilihan diperiksa dan diadili oleh Mahkamah Konstitusi sampai dibentuknya badan peradilan khusus”. Lebih lanjut, dalam Pasal 157 ayat (4) dinyatakan, “Peserta Pemilihan dapat mengajukan permohonan pembatalan penetapan hasil penghitungan perolehan suara oleh KPU Provinsi dan KPU Kabupaten/Kota kepada Mahkamah Konstitusi”.

Lebih lanjut juga diperoleh keterangan bahwa Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya menyatakan bahwa untuk memahami dasar dan sumber kewenangan Mahkamah Konstitusi diperlukan pemaknaan dalam kerangka hukum yang tepat. Ketentuan Pasal 157 ayat (3) UU 8/2015 menurut Mahkamah Konstitusi haruslah dimaknai dan dipahami ke dalam dua hal berikut:⁷

Pertama, kewenangan Mahkamah *a quo* merupakan kewenangan yang bersifat non-permanen dan transisional sampai dengan dibentuknya badan peradilan khusus. Dalam Pasal 157 ayat (1) dinyatakan, “Perkara perselisihan hasil Pemilihan diperiksa dan diadili oleh badan peradilan khusus”. Pada ayat (2) dinyatakan, “Badan peradilan khusus sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibentuk sebelum pelaksanaan Pemilihan serentak nasional”. Adapun pada ayat (3) dinyatakan, “Perkara perselisihan penetapan perolehan suara hasil Pemilihan diperiksa dan diadili oleh Mahkamah Konstitusi sampai dibentuknya badan peradilan khusus”. Tatkala “badan peradilan khusus” nantinya resmi dibentuk, seketika itu pula kewenangan Mahkamah *a quo* harus ditanggalkan; *Kedua*, kewenangan memeriksa dan mengadili perkara perselisihan penetapan perolehan suara hasil pemilihan gubernur, bupati, dan walikota merupakan kewenangan

⁷ *Ibid.*

tambahan. Dikatakan sebagai kewenangan tambahan karena menurut Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Mahkamah berwenang, (1) menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, (3) memutus pembubaran partai politik, (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, dan (5) wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Dengan perkataan lain, kewenangan konstitusional Mahkamah secara limitatif telah ditentukan dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Sebagai kewenangan tambahan maka kewenangan yang diberikan oleh UU Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota untuk memutus perkara perselisihan penetapan perolehan suara hasil pemilihan gubernur, bupati, dan walikota jelas memiliki kualifikasi yang berbeda dengan kewenangan yang diberikan secara langsung oleh UUD 1945. Salah satu perbedaan yang telah nyata adalah sifat sementara yang diberikan Pasal 157 UU 8/2015;

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Mahkamah Konstitusi menentukan sikap dengan tunduk sepenuhnya pada ketentuan UU Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota sebagai sumber dan dasar kewenangan. Dalam hal ini, Mahkamah Konstitusi merupakan institusi negara yang berkewajiban untuk melaksanakan UU Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota. Pelaksanaan kewenangan tersebut tidaklah dapat diartikan bahwa Mahkamah Konstitusi telah didegradasi dari hakikat keberadaannya sebagai organ konstitusi pengawal Undang-Undang Dasar menjadi sekadar organ pelaksana Undang-Undang belaka. Mahkamah Konstitusi tetaplah organ konstitusi pengawal Undang-Undang Dasar 1945, akan tetapi sedang disertai kewenangan tambahan yang bersifat transisional untuk melaksanakan amanat Undang-Undang. Pelaksanaan kewenangan dimaksud tidaklah berarti bertentangan dengan hakikat keberadaan Mahkamah Konstitusi, bahkan justru amat sejalan dengan kewajiban Mahkamah Konstitusi. Lebih lanjut dalam pertimbangannya, sebagai berikut:⁸

Bahwa berdasarkan pemaknaan dalam kerangka hukum di atas, maka menurut Mahkamah, dalam melaksanakan kewenangan tambahan *a quo*, Mahkamah tunduk sepenuhnya pada ketentuan UU Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota sebagai sumber dan dasar kewenangan *a quo*. Dalam hal ini, Mahkamah merupakan institusi negara yang berkewajiban untuk melaksanakan UU Pemilihan Gubernur, Bupati,

⁸ *Ibid.*

dan Walikota. Menurut Mahkamah, pelaksanaan kewenangan tersebut tidaklah dapat diartikan bahwa Mahkamah telah didegradasi dari hakikat keberadaannya sebagai organ konstitusi pengawal Undang-Undang Dasar menjadi sekadar organ pelaksana Undang-Undang belaka. Mahkamah tetaplah organ konstitusi pengawal Undang-Undang Dasar 1945, akan tetapi sedang disertai kewenangan tambahan yang bersifat transisional untuk melaksanakan amanat Undang-Undang. Pelaksanaan kewenangan dimaksud tidaklah berarti bertentangan dengan hakikat keberadaan Mahkamah, bahkan justru amat sejalan dengan kewajiban Mahkamah *in casu* hakim konstitusi sebagaimana sumpah yang telah diucapkan sebelum memangku jabatan sebagai hakim konstitusi yang pada pokoknya menyatakan, hakim konstitusi akan memenuhi kewajiban dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya, memegang teguh UUD 1945, dan menjalankan segala peraturan perundang-undangan dengan selurus-lurusnya menurut UUD 1945 [vide Pasal 21 UU MK].

Selain penyempitan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 158 pada pelaksanaan pemilu kepala daerah tahun 2015, Mahkamah Konstitusi memberikan perluasan dengan mengakomodir Pemantau pemilihan dalam negeri yang terdaftar dan memperoleh akreditasi dari KPU/KIP. Perluasan *subjectum litis* tersebut dikarenakan adanya calon tunggal di beberapa daerah pemilihan yang tidak terprediksi oleh pembentuk undang-undang sehingga Mahkamah Konstitusi memberikan perluasan bagi pemantau pemilih untuk bertindak sebagai *subjectum litis* dalam perselisihan hasil pilkada. Pasal 3 PMK Nomor 4 Tahun 2015 disebutkan bahwa:

- (1) Pengajuan permohonan pembatalan penetapan hasil penghitungan dengan perolehan suara oleh KPU/KIP Provinsi dan KPU/KIP Kabupaten/Kota dapat diajukan oleh para pasangan Calon peserta Pemilihan.
- (2) Selain dapat diajukan oleh pasangan calon peserta Pemilihan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), permohonan dapat diajukan oleh Pemantau Pemilihan.

Ketentuan tersebut ditegaskan kembali dalam Pasal 5 PMK Nomor 4 Tahun 2015, bahwa:⁹ Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf a adalah:

- a. pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur peserta Pemilihan;
- b. pasangan calon Bupati dan Wakil Bupati atau calon Walikota dan Wakil Walikota peserta Pemilihan;
- c. Pemantau Pemilihan dalam negeri yang terdaftar dan memperoleh akreditasi dari KPU/KIP Provinsi untuk pemilihan Gubernur dan Wakil Gubernur;

⁹ (<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/pmk/PMK%20Nomor%204%20Tahun%202015.pdf>) diakses pada tanggal 08 Maret 2016

- d. Pemantau Pemilihan dalam negeri yang terdaftar dan memperoleh akreditasi dari KPU/KIP Kabupaten/Kota untuk pemilihan Bupati dan Wakil Bupati atau Walikota dan Wakil Walikota.

Hadirnya ketentuan tersebut, dikarenakan di beberapa daerah hanya memiliki satu pasangan calon dalam pemilu kepala daerah. Pilkada dengan calon tunggal adalah pilkada yang hanya diikuti oleh satu pasangan calon. Hal ini terjadi karena hanya ada satu pasangan calon yang memenuhi persyaratan. Awalnya undang-undang menghendaki pilkada harus diikuti oleh setidaknya dua pasangan calon. Namun, putusan MK menyatakan bahwa ketentuan yang mengakibatkan tidak dapat diselenggarakannya pilkada di suatu daerah dimana hanya terdapat satu pasangan calon tersebut bertentangan dengan UUD 1945.

Melalui Putusan Nomor 100/PUU-XIII/2015, Mahkamah Konstitusi telah memutuskan bahwa pemilihan gubernur, bupati, dan wali kota (pilkada) dapat tetap diselenggarakan dengan diikuti oleh satu pasangan calon. Dengan kata lain, pilkada tetap dapat dilaksanakan walaupun hanya diikuti oleh satu pasangan calon. Putusan ini dijatuhkan dengan argumentasi untuk melindungi hak pilih warga negara yaitu hak untuk dipilih dari pasangan calon yang telah memenuhi persyaratan dan hak memilih dari masyarakat daerah setempat. Putusan MK No. 100/PUU-XIII/2015 membuat pasangan calon tunggal di Tasikmalaya, Blitar, dan Timor Tengah Utara dapat mengikuti Pemilihan kepala daerah (Pilkada) Serentak 2015 dengan mekanisme yang sedikit berbeda.

Pada Pilkada serentak tahun 2015, gugatan terhadap penetapan hasil perolehan suara calon tunggal pada Pilkada serentak hanya diajukan oleh organisasi masyarakat dari Kabupaten Tasikmalaya. Dimana sebelumnya, KPUD Kabupaten Tasikmalaya telah mengeluarkan penetapan rekapitulasi hasil penghitungan perolehan suara yang hasilnya Pasangan Calon Bupati dan Wakil Bupati Tasikmalaya, Uu Ruzhanul Ulum dan Ade Sugianto memperoleh suara Setuju sebanyak 500.908 dan suara Tidak Setuju sebanyak 242.865.

Perluasan *subjectum litis* dalam pemilu kepala daerah bukanlah hal yang pertama. Sebelumnya pada pemilu tahun 2010 MK memberikan perluasan kepada bakal pasangan calon kepala daerah untuk dapat menjadi pemohon. Hal ini dapat dilihat dalam putusan nomor 196-197-198/PHPU.D-VIII/2010. Dalam putusan tersebut dinyatakan bakal pasangan calon yang telah mendaftar secara resmi dalam pemilukada, dapat memiliki *legal standing* (kedudukan hukum) sebagai

Pemohon dalam perkara pemilihan umum kepala daerah. Dengan demikian berarti MK telah melakukan penafsiran secara ekstensif terhadap ketentuan perundang-undangan yang mengatur tentang siapa yang berhak (atau mempunyai *legal standing*) sebagai Pemohon dalam perkara pemilu kepala daerah.

Padahal sebelumnya, jika merujuk pada Pasal 106 Ayat (1) Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, serta Pasal 3 dan Pasal 4 Peraturan PMK No 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah, pada intinya menyebutkan bahwa Pemohon adalah Pasangan Calon Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah, serta permohonan hanya dapat diajukan terhadap penetapan hasil penghitungan suara Pemilukada yang mempengaruhi penentuan Pasangan Calon yang dapat mengikuti putaran kedua Pemilukada atau terpilihnya Pasangan Calon sebagai Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah. Dengan rumusan demikian memiliki konsekuensi dimana pihak yang memiliki *legal standing* di MK hanyalah pasangan kepala daerah yang telah ditetapkan secara resmi oleh KPU provinsi/kabupaten/kota setempat sebagai pasangan calon. Sedangkan, bakal calon yang telah mendaftar secara resmi di KPU, tidak memiliki peluang sebagai *subjectum litis* di MK. Meskipun bakal pasangan calon tersebut gagal menjadi pasangan calon karena cara-cara yang melawan atau melanggar hukum.

Dalam putusan *a quo* terkait dengan Pemilu kepala daerah Kota Jayapura, MK menyatakan bahwa bakal pasangan calon kepala daerah memiliki *legal standing* sebagai Pemohon. Di dalam persidangan terlihat adanya modus baru kecurangan dalam penyelenggaraan Pemilukada, yakni dengan menghalang-halangi pasangan tertentu untuk menjadi pasangan calon kepala daerah atau sebaliknya. MK berpendapat hal demikian sebagai pelanggaran serius terhadap *rights to be candidate* (hak untuk dipilih).

Perluasan yang dilakukan pada Pemilu kepala daerah tahun 2010 didasarkan pada adanya beberapa kasus dimana Termohon dengan sengaja mengabaikan Putusan dari suatu lembaga peradilan meskipun masih ada kesempatan untuk melaksanakannya. Bahkan, lanjut Mahkamah, beberapa di antaranya sengaja diulur-ulur oleh Termohon (KPU provinsi/kabupaten/kota) dengan cara mengajukan banding terhadap kasus-kasus tersebut pada ujung waktu pengajuan banding agar Bakal Pasangan Calon tidak lagi memiliki kesempatan untuk mendaftar atau tidak diikutsertakan sebagai peserta Pemilukada. Lebih lanjut sebagaimana terdapat dalam putusan yang berbunyi:

[3.19] Menimbang bahwa dalam mempertimbangkan perkara *a quo*, Mahkamah perlu merujuk Pertimbangan Hukum Putusan Nomor 115/PHPU.D-VIII/2010 perihal Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Kabupaten Belitung Timur Tahun 2010, yang menyatakan sebagai berikut:

1. Bahwa dalam beberapa perkara *Pemilukada* yang pernah diperiksa oleh Mahkamah, terdapat pula beberapa kasus di mana Termohon dengan sengaja mengabaikan Putusan dari suatu lembaga peradilan meskipun masih ada kesempatan untuk melaksanakannya. Bahkan beberapa di antaranya sengaja diulur-ulur oleh Termohon dengan cara mengajukan banding terhadap kasus-kasus tersebut pada ujung waktu pengajuan banding agar para bakal Calon Pasangan menjadi tidak memiliki kesempatan untuk mendaftar atau tidak diikutsertakan sebagai peserta *Pemilukada*. Hal yang demikian menurut Mahkamah merupakan tindakan yang menyalahi hukum dan konstitusionalisme serta berdampak buruk bagi tegaknya kehormatan badan peradilan, prinsip-prinsip *nomokrasi* (kedaulatan hukum), dan prinsip-prinsip *demokrasi* (kedaulatan rakyat). Hak konstitusional warga negara untuk dipilih yang telah dijamin tegas di dalam Pasal 27 dan Pasal 28D UUD 1945, seharusnya tidak dikesampingkan dengan memanipulasi keterbatasan waktu atau memanipulasi lingkup kewenangan aparat penyelenggara Pemilu atau *Pemilukada*. Jika hal ini terjadi maka akan berpotensi untuk melanggar rasa keadilan dan hak konstitusional para bakal Pasangan Calon;
2. Bahwa berdasarkan pengamatan dan pengalaman selama memeriksa perkara *Pemilukada*, Mahkamah juga menemukan adanya indikasi dari Komisi Pemilihan Umum Provinsi/Kabupaten/Kota yang bertendensi untuk menghalang-halangi terpenuhinya syarat bakal Pasangan Calon atau sebaliknya berupaya untuk meloloskan bakal Pasangan Calon yang tidak memenuhi persyaratan untuk menjadi peserta *Pemilukada* dengan motif pemihakan atau untuk memenangkan ataupun mengalahkan Pasangan Calon tertentu. Indikasi-indikasi pelanggaran seperti ini nampaknya telah dan akan menjadi *modus* yang sangat membahayakan bagi perkembangan demokrasi di Indonesia. Untuk memperbaiki kualitas demokrasi seraya menegakkan hak-hak konstitusional warga negara, Komisi Pemilihan Umum (Pusat) seyogianya melakukan tindakan-tindakan administratif yang tegas atas permasalahan seperti ini;
3. Apabila permasalahan serupa terus berlangsung dan tidak dapat teratasi lagi maka pada kasus-kasus selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan untuk memeriksa pokok perkara kasus-kasus

tersebut dengan menggunakan penafsiran ekstensif guna memberikan kedudukan hukum (legal standing kepada Pemohon dalam sengketa Pemilukada. Jika semula kedudukan hukum hanya diberikan kepada Pasangan Calon yang sudah resmi ditetapkan oleh Komisi Pemilihan Umum sebagai Pasangan Calon, maka untuk yang akan datang dapat saja Mahkamah memberikan kedudukan hukum (legal standing) kepada Pasangan Calon yang telah secara resmi mendaftarkan diri namun tidak ditetapkan oleh Komisi Pemilihan Umum karena alasan-alasan yang dapat melanggar norma-norma konstitusi, nomokrasi, dan demokrasi. Berdasarkan konstitusi dan tata hukum, demi menegakkan konstitusi dan demokrasi, Mahkamah dapat menggali dan menemukan hukum baru melalui penafsiran ekstensif seperti itu;

Hal yang demikian menurut Mahkamah merupakan tindakan yang menyalahi hukum dan konstitusionalisme serta berdampak buruk bagi tegaknya kehormatan badan peradilan, prinsip-prinsip nomokrasi (kedaulatan hukum), dan prinsip-prinsip demokrasi (kedaulatan rakyat). Mahkamah menegaskan, hak konstitusional warga negara untuk dipilih, setidaknya, telah dijamin dalam Pasal 27 dan Pasal 28D UUD 1945. Mahkamah dalam hal ini mengabulkan sebagian permohonan Pemohon perkara nomor 198/PHPU.D-VIII/2010, yakni pasangan bakal calon Hendrik Worumi - Pene Ifi Kogoya.

Jika dilihat seksama, perluasan yang terjadi pada pemilu kepala daerah 2010 dikarenakan hakim mengkaji, menganalisis dan merumuskan perkara dan memberikan tafsir ekstensif terhadap *subjectum litis* dikarenakan adanya perbuatan curang yang mengganggu keadilan dan ketertiban hukum. Tafsir ekstensif dilakukan sebagai aktivitas interpretasi yang timbul dari berbagai dasar, diantaranya bahwa interpretasi merupakan suatu sarana yang harus digunakan untuk mencari penyelesaian, atau setidaknya untuk mencari jawaban yang dapat disampaikan terhadap suatu masalah ketidakpastian bahasa dalam menentukan pengertian peraturan perundang-undangan. Jika melalui proses *legal reasoning*, suatu kata atau kalimat di dalam perundang-undangan dinilai tidak mempunyai arti yang tepat dan karena itu tidak dapat dijadikan suatu dasar hukum, maka haruslah ada pihak yang menjadi penafsirnya yang memberi arti melalui proses interpretasi.¹⁰

Jika dilihat dalam putusan *a quo*, nampak hakim melakukan interpretasi berupa tafsir ekstensif dalam mencari penyelesaian atau mencari jawaban dari peristiwa

¹⁰ H.M. Arsyad Sanusi, 2008, "Legal Reasoning dalam Interpretasi Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 5, Nomor 2, November 2008, Jakarta: Mahkamah Konstitusi, hal. 22.

hukum pelaksanaan pemilu kepala daerah, dimana bakal pasangan calon mengalami kerugian dengan Termohon sengaja mengabaikan Putusan dari lembaga peradilan meskipun masih ada kesempatan untuk melaksanakannya. Bahkan, beberapa di antaranya sengaja diulur-ulur oleh Termohon (KPU provinsi/kabupaten/kota) dengan cara mengajukan banding terhadap kasus-kasus tersebut pada ujung waktu pengajuan banding agar Bakal Pasangan Calon tidak lagi memiliki kesempatan untuk mendaftar atau tidak diikutsertakan sebagai peserta Pemilukada. Oleh karena itu, MK akhirnya menjadikan bakal pasangan calon sebagai *subjectum litis* pada waktu pemilu kepala daerah tahun 2010.

Dari pembahasan dan analisis sebelumnya, dapat diketahui bahwa faktor penyebab fleksibilitas *subjectum litis* dalam perselisihan hasil pemilu kepala daerah berbeda dengan pemilu legislatif, meskipun sama-sama mengalami perubahan. Hal ini dipengaruhi oleh adanya perubahan kondisi sosial, politik dan budaya di masyarakat yang ada pada saat pemilu dilaksanakan. Seperti pada pemilu legislatif, faktor dominan yang mempengaruhi perubahan *subjectum litis* adalah pilihan sistem pemilu yang diterapkan dalam kebijakan formulasi undang-undang pemilu legislatif tahun 2014. Hal ini hampir sama dengan pemilu kepala daerah tahun 2015, dimana terdapat penyempitan terhadap *subjectum litis*. Yakni, hanya calon kepala daerah yang memenuhi ambang batas yang telah ditentukan dalam undang-undang pemilu kepala daerah saja yang dapat bertindak sebagai *subjectum litis* di MK.

Faktor penyebab lain yang berbeda, yakni adanya kekosongan hukum dari pembentuk undang-undang, sehingga MK membuat aturan melalui PMK dalam hal adanya calon tunggal. Dimana dalam PMK tersebut MK memperluas *subjectum litis* dengan melibatkan pemantau dalam negeri yang telah terdaftar di KPU/KIP bertindak sebagai *subjectum litis*. Pemantau pemilu, diharapkan dapat mewakili aspirasi pemilih dan mempermudah akses masyarakat dalam mengajukan permohonan yang mensyaratkan bukti yang cukup.

Sedangkan faktor penyebab terjadinya perluasan dalam pemilu kepala daerah pada tahun 2010, disebabkan oleh adanya peristiwa nyata dalam pelaksanaan pemilu kepala daerah di Kota Jayapura yang mencederai demokrasi dan ketertiban hukum. Dimana penyelenggara pemilu menghalang-halangi bakal pasangan calon untuk melakukan pendaftaran sebagai pasangan calon. Melihat fakta tersebut, MK melakukan interpretasi melalui tafsir ekstensif yakni bakal pasangan calon yang

telah mendaftar secara resmi dalam pemilukada, dapat memiliki *legal standing* (kedudukan hukum) sebagai Pemohon dalam perkara *a quo*.

Sejalan dengan teori *the living constitution* bahwa konstitusi membenarkan perubahan, karena konstitusi tidak kaku atau fleksibel untuk dapat memberikan perlindungan, keadilan dan kepastian hukum kepada masyarakat. Terlebih, dengan adanya kekosongan hukum dan kebutuhan hukum di masyarakat serta adanya pelanggaran demokrasi dan ketertiban hukum yang harus diselesaikan. Sehingga konstitusi secara substansi dan konstitusi secara struktur yang dicerminkan dalam undang-undang pemilu dan peraturan mahkamah konstitusi beserta mahkamah konstitusi sebagai lembaga pengawal konstitusi memberikan terobosan hukum dalam penyelesaian perselisihan pemilu legislatif dan pemilu kepala daerah berupa fleksibilitas *subjectum litis* yang dinormakan dan diimplementasikan.

KESIMPULAN

Fleksibilitas perluasan dan penyempitan *subjectum litis* dalam perselisihan hasil pemilu tidak ada keseragaman. Hal ini disebabkan adanya perbedaan karakteristik pemilu dan faktor-faktor yang mempengaruhinya. Dalam pemilu legislatif 2014, pilihan sistem pemilu yang digunakan menjadi faktor dominan adanya perluasan *subjectum litis* dalam perselisihan hasil pemilu legislatif.

Dalam pemilu kepala daerah, faktor penyebab adanya fleksibilitas *subjectum litis* ditemukan antara lain; 1) adanya calon tunggal yang tidak terprediksi oleh pembentuk Undang-Undang sehingga Mahkamah Konstitusi memberikan perluasan *subjectum litis* kepada Pemantau Pemilih; 2) karena kebijakan formulasi pembentuk undang-undang dalam melakukan pembatasan sengketa Pilkada; dan 3) karena terbatasnya kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam sengketa perselisihan pemilu kepada daerah; 4) serta adanya pelanggaran demokrasi dan ketertiban hukum yang dilakukan secara nyata berupa kecurangan penyelenggara pemilu kepada bakal pasangan calon.

Saran bagi pembuat undang-undang agar lebih teliti merumuskan norma dengan melihat kondisi masyarakat yang ada sehingga tidak terjadi kekosongan hukum dan mampu memberikan keadilan dan kepastian hukum baik bagi pasangan calon maupun masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abu Nashr Muhammad Al-Iman, 2004, *Membongkar Dosa-dosa Pemilu*, Jakarta: PrismaMedia.
- Ahmad Syahriza, 2006, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, Jakarta: Pradnya Paramita.
- H.M. Arsyad Sanusi, 2008, *Legal Reasoning dalam Interpretasi Konstitusi*, Jurnal Konstitusi, Volume 5, Nomor 2, November 2008, Jakarta: Mahkamah Konstitusi, hal. 22.
- Jimly Asshiddiqie, 2006, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press.
- , 2006, *Konstitusi dan Konstitualisme*. Jakarta: Konstitusi Press.
- Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, 1988, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. Jakarta: PSHTN UI.
- Richard H. Pildes, 2004, "The Constitutionalization of Democratic Politics", Harvard Law Review, Vol. 118:1.
- Rofiqul-Umam Ahmad, *Konstitusi dan Ketatanegaraan Indonesia Kontemporer: Pemikiran Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. dan Para Pakar Hukum*, Jakarta: Biography Institute.
- Rozali Abdullah, 2009, *Mewujudkan Pemilu yang Lebih Berkualitas (Pemilu Legislatif)*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Yusdianto, *Identifikasi Potensi Pelanggaran Pemilihan Kepala Daerah (Pemilukada) dan Mekanisme Penyelesaiannya*. Jurnal Konstitusi Vol. II nomor 2, November 2010.

Daerah sebagai Pihak dalam Kontrak Penanaman Modal Internasional (Studi Kasus Provinsi Aceh)

Regions as Parties to International Investment Contracts (Case Study of Aceh Province)

Sanusi Bintang

Fakultas Hukum Universitas Syiah Kuala
Jln. T. Nyak Arief, Kopelma Darussalam, Banda Aceh 23111
E-mail: sbleuser@yahoo.com

Naskah diterima: 26/02/2016 revisi: 24/11/2016 disetujui: 29/11/2016

Abstrak

Kepastian hukum merupakan faktor penting dalam pengembangan penanaman modal internasional di daerah. Akan tetapi, hal tersebut belum sepenuhnya terwujud, antara lain, karena masih adanya ketidakjelasan dan inkonsistensi pengaturan tentang kapasitas daerah sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional di Indonesia. Kapasitas daerah tersebut dapat dinilai berdasarkan kriteria definisi kontrak internasional yang berbeda dengan traktat, teori badan hukum tentang subjek, dan objek tentang urusan pemerintahan daerah. Atas dasar itu disimpulkan bahwa daerah, dalam hal ini Provinsi Aceh, memiliki kapasitas untuk itu, karenanya ketentuan yang belum konsisten perlu disesuaikan.

Kata Kunci: Daerah, Kontrak Penanaman Modal Internasional, Provinsi Aceh.

Abstract

Legal certainty is an important factor in developing international investment contracts in regional areas. How ever, it cannot be accomplished yet because of, among others, obscurance and inconsistance of laws regulating capacity to contracts for regional sub-divisions in Indonesia. The capacity to contract of the regional sub-divisions can be ascertained based on criteria of definition of the international contracts which is different from treaties, legal personality theory on the subject, and object concerning local government affairs. This article concludes that regional sub-divisions, such as Aceh Province, has capacity to be a party to international contracts, therefore, inconsistence laws should be adjusted.

Keywords: *Regions, International Investment Contracts, Aceh Province.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Transaksi bisnis internasional pada umumnya dilakukan dengan tujuan untuk memperoleh keuntungan bersama. Salah satu bentuknya adalah penanaman modal internasional.¹ Salah satu bentuk khusus penanaman modal internasional tersebut adalah kontrak penanaman modal internasional. Dalam hal ini pihak yang satu di dalam negeri membutuhkan modal, dalam arti yang luas, dari pihak yang lain di luar negeri untuk sama-sama memanfaatkan peluang usaha yang ada di dalam persaingan global, yang didasarkan pada suatu kontrak. Pihak di dalam negeri tersebut di samping swasta, dapat juga negara/daerah.

Ketika suatu negara/daerah menjadi pihak dalam kontrak penanaman modal internasional, berarti negara/daerah tersebut menggunakan instrumen hukum privat dalam mencapai tujuannya. Dengan demikian, negara/daerah yang pada dasarnya tunduk pada hukum publik, juga tunduk pada hukum privat, sebagaimana berlaku untuk subjek hukum lain pada umumnya, dalam kerangka kepentingan perseorangan, termasuk di dalamnya kepentingan bisnis.

Bagi Provinsi Aceh kontrak penanaman modal internasional merupakan instrumen pendukung pelaksanaan transaksi bisnis internasional yang diperlukan dalam upaya pemanfaatan sumber daya alam, peningkatan pendapatan asli daerah, peningkatan pertumbuhan ekonomi, dan penciptaan lapangan kerja. Harapan demikian belum dapat terwujud sebagaimana mestinya, antara lain karena adanya ketidakjelasan hukum tentang kapasitas² Provinsi Aceh dalam membuat kontrak penanaman modal internasional. Ketidakjelasan pengaturan demikian dapat menimbulkan ketidakpastian hukum yang merugikan daerah dalam pengembangan penanaman modal internasional di daerahnya tersebut.³

¹ Penanaman modal internasional (*international investments*) banyak bentuknya, 4 (empat) yang paling lazim adalah penanaman modal asing langsung penuh (*wholly owned direct foreign investments*), patungan internasional (*international joint ventures*), transaksi pembiayaan proyek internasional (*international project finance transactions*), dan pinjaman internasional (*international loans*). Jesawald W. Salacuse, 2013, *The Three Laws of International Investments: National, Contractual, and International Frame Works for Foreign Capital*. London: Oxford University Press, hal. 204. Fokus penelitian ini adalah pada patungan internasional, yang oleh sebagian penulis lain disebut dengan kontrak penanaman modal internasional (*international investment contracts*). Misalnya Klaus Peter Burger "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators" *Vand. J. Trans'l Law*, Vol. 36, Tahun 2003, h. 1374.

² Kapasitas (*capacity*) secara umum berarti ukuran yang ditetapkan hukum, kecakapan, kewenangan, kekuasaan atau kecocokan; sedangkan kapasitas kontrak (*capacity to contracts*) berarti kecakapan atau kewenangan untuk membuat suatu kontrak sehingga secara hukum kontrak tersebut menjadi sah dan mengikat, Peter E Nygh and Peter Butt, 1998, *Butterworths Concise Australian Legal Dictionary*, 2nd. Ed. Sydney: Butterworths, h. 63.

³ Suatu transaksi bisnis internasional atau kontrak internasional secara umum meliputi 3 (tiga) tahapan proses, yaitu persiapan (*preparation*), pelaksanaan (*performance*), dan penegakan hukum (*enforcement*). Persoalan hukum tentang kapasitas kontrak berada pada tahap persiapan tersebut, Mahmul Siregar "Kepastian Hukum dalam Transaksi Bisnis Internasional dan Implikasinya terhadap Kegiatan Investasi di Indonesia" *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 27, No. 4, Tahun 2008, h. 64-65.

B. Perumusan Masalah

Sejalan dengan uraian latar belakang di atas, dapat dirumuskan secara lebih khusus pokok permasalahan hukum sebagai kerangka yang isi jawabannya dibahas detail dalam sub pembahasan, sebagai berikut.

1. Apakah Provinsi Aceh memiliki kapasitas sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional berdasarkan definisi kontrak internasional?
2. Apakah Provinsi Aceh memiliki kapasitas sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional berdasarkan teori badan hukum tentang subjek kontrak internasional?
3. Sejauhmanakah Provinsi Aceh memiliki kapasitas sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional berdasarkan urusan pemerintahan tentang objek kontrak internasional?

Artikel ini setelah memaparkan pendahuluan di atas, kemudian memuat pembahasan, dan penutup. Pembahasan merupakan inti dari keseluruhan artikel. Pembahasan ini disusun secara sistematis sebagai berikut. Pertama, subtopik tentang karakter kontrak penanaman modal internasional. Kedua, tentang perkembangan teori badan hukum. Ketiga, tentang dasar kewenangan daerah. Keempat, tentang kapasitas Provinsi Aceh dalam kontrak penanaman modal internasional. Pada subsubtopik keempat tersebut dibahas kapasitas berdasarkan definisi tentang kontrak, kapasitas berdasarkan teori badan hukum tentang subjek, dan kapasitas berdasarkan objek tentang urusan Pemerintahan Aceh.

PEMBAHASAN

A. Karakter Kontrak Penanaman Modal Internasional

Kontrak penanaman modal internasional merupakan bidang hukum yang pengaturannya beririsan antara kaidah hukum privat dan kaidah hukum publik. Para ahli memberikan pemahaman yang berbeda tentang sumber hukum dan klasifikasi kontrak penanaman modal internasional ini. Banyak ahli berpendapat bahwa terhadap hukum kontrak ini, pengaturannya terutama ada dalam hukum privat dan ada juga dalam hukum publik. Namun, ada juga yang menyatakan bahwa kontrak ini masuk ke dalam ranah hukum publik, tepatnya hukum administrasi/ tata negara karena itu perlu diatur secara khusus. Hal ini karena adanya keterlibatan negara/daerah dalam mengatur kontrak demikian dengan kaidah pemaksa sehingga pihak lain tidak dapat mengabaikannya.⁴ Dalam kontrak publik

⁴ Sunaryati Hartono, Setiawan, dan Taryana Sunandar, *The Indonesian Law on Contracts*, Japan: Institute of Developing Economies, h. 27.

demikian, kedudukan para pihak tidak sederajat karena adanya fungsi negara/daerah untuk mengatur kontrak tersebut, dan sebagai akibatnya asas kebebasan berkontrak tidak berlaku secara penuh.⁵ Para ahli juga menggunakan istilah lain terkait kontrak penanaman modal internasional ini. Selain kontrak publik, juga kontrak negara dan penanam modal, kontrak negara, kontrak pemerintah, dan kontrak administratif.

Bloomberger menyatakan bahwa berlakunya hukum publik dan hukum privat terhadap kontrak demikian terjadi secara bersamaan, yang sifatnya saling mengisi dan tidak bertentangan satu sama lain.⁶ Dengan demikian kedua macam hukum tersebut beririsan, namun tetap memperlihatkan warna garisnya masing-masing di dalam irisan tersebut.

Perbedaan antara kontrak pada umumnya dan kontrak publik (*publiek-rechtelijke overeenkomst*) tidak begitu terang. Menurut Herlien Budiono, perbedaannya bersifat relatif, karena pada dasarnya semua ketentuan kontrak dalam hukum perdata berlaku terhadap kontrak publik. Artinya badan hukum publik dapat menggunakan instrumen hukum privat, dan terikat dengan segala hak dan kewajiban terkait, kecuali dalam hal yang dilarang peraturan perundang-undangan.⁷

Pada prinsipnya hukum kontrak penanaman modal merupakan ranting dari hukum kontrak internasional, dan hukum kontrak internasional merupakan cabang dari hukum kontrak yang berada dalam rumpun hukum privat. Jadi, tidak berada dalam rumpun hukum publik. Hal demikian juga sejalan dengan perkembangan terakhir di negeri Belanda sebagaimana diatur *NBW*, bahwa yang pada prinsipnya berlaku terhadap kontrak penanaman modal internasional adalah hukum kontrak, sedangkan hukum administrasi/tata negara berlaku sebagai pengecualian.

B. Perkembangan Teori Badan Hukum

Teori badan hukum dapat dipecah ke dalam dua golongan. Pertama teori keberadaan badan hukum dan kedua teori kapasitas badan hukum. Baik teori keberadaan badan hukum, maupun teori kapasitas badan hukum penting untuk menjadi dasar dalam memahami kapasitas daerah sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional.

Banyak teori keberadaan badan hukum yang dibahas oleh para penulis, namun 2 (dua) yang paling penting pada zaman modern ini adalah yang dikemukakan

⁵ Mariam Darius Badruzaman, 1994, *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung: PT Alumni, h. 66.

⁶ Sri Soedewi Masjuchun Sofwan, 1982, *Hukum Bangunan: Perjanjian Pemborongan Bangunan*. Yogyakarta: Liberty, h. 94.

⁷ Herlien Budiono, 2009, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, h. 25.

oleh sarjana asal Jerman, yaitu teori fiksi (*fiction theory*) dari Von Savigny dan teori organ (*organic theory*) dari Otto van Gierke.⁸ Menurut teori fiksi, badan hukum ini merupakan hasil rekaan manusia berupa konstruksi hukum yang sebelumnya tidak ada, yang sengaja diciptakan dengan menganalogikannya dengan manusia. Jadi, badan hukum itu dianggap oleh hukum sama dengan manusia, menjadi subjek hukum pemangku hak dan kewajiban. Sebaliknya, menurut teori organ, badan hukum bukan merupakan rekaan atau konstruksi hukum abstrak atas dasar pemikiran manusia, tetapi ia benar-benar ada di dalam kehidupan sehari-hari, seperti halnya juga manusia. Apabila pada manusia yang bertindak adalah manusia itu sendiri, pada badan hukum yang bertindak untuk dan atas nama badan hukum adalah organnya.

Di Indonesia, pengaturan badan hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan, antara lain, terdapat pada Bab Kesembilan KUH Perdata, yang mengatur tentang Perkumpulan. Di antara ketentuan tersebut adalah Pasal 1653 KUH Perdata.⁹ Meskipun ketentuan Pasal 1653 KUH Perdata telah diubah dengan Stb. 1870 No. 64, namun menurut Man S. Sastrawidjaja secara teoritis tetap berguna dalam memahami teori keberadaan badan hukum tersebut. Ketentuan KUH Perdata tersebut menunjuk dua sumber hukum berbeda sebagai dasar dalam pembentukan badan hukum, yaitu berdasarkan hukum privat dan berdasarkan hukum publik. Sumber hukum privat ini menjadi dasar hukum pembentukan badan hukum privat, sedangkan sumber hukum publik menjadi dasar hukum pembentukan badan hukum publik. Dengan demikian terdapat dua jenis badan hukum, yaitu badan hukum privat dan badan hukum publik dengan dasar hukum pembentukan yang berbeda. Di samping perbedaan sumber hukum yang menjadi dasar pembentukannya tersebut, kedua jenis badan hukum tersebut dapat dibedakan juga berdasarkan metode yang digunakan dalam pembentukan, bidang kegiatan, dan lingkup kewenangan.¹⁰

Pengertian badan hukum publik menurut Chidir Ali meliputi, antara lain, negara, provinsi, kabupaten/kota yang memiliki wilayah teritorial, Bank Indonesia (BI) dan organisasi lain yang memiliki tujuan tertentu. Sedangkan yang termasuk dalam pengertian badan hukum privat termasuk perseroan terbatas (PT), koperasi, dan yayasan.¹¹

⁸ Munir Fuady, 2013, *Teori-Teori Besar dalam dalam Hukum (Grand Theory)*, Jakarta: Kencana, h. 192-193.

⁹ Pasal 1653 menetapkan bahwa "Selainnya perseroan yang sejati oleh undang-undang diakui pula perhimpunan-perhimpunan orang sebagai perkumpulan-perkumpulan, baik perkumpulan-perkumpulan itu diadakan atau diakui sebagai demikian oleh kekuasaan umum, maupun perkumpulan-perkumpulan itu diterima sebagai diperbolehkan, atau telah didirikan untuk maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesesuaian baik."

¹⁰ Man S. Sastrawidjaja, 2005, *Bunga Rampai Hukum Dagang*, Bandung.: PTAlumni, h. 84-85.

¹¹ Chidir Ali, 2005, *Badan Hukum*, Edisi ke-1, Cet. Ke-3, Bandung: PT Alumni, h. 63.

Menurut Bagir Manan hingga kini di Indonesia belum ada ketentuan khusus yang mengatur negara/daerah sebagai badan hukum publik, karena itu perlu ditelusuri dan dirujuk ketentuan hukum yang ada di Belanda. Hal ini perlu misalnya untuk menentukan secara lebih tepat siapa yang menjadi badan hukum apakah pemerintah/pemerintah daerah atau negara/daerah. Dalam hukum Belanda yang menjadi badan hukum bukan pemerintah, tetapi negara/daerah, misal Negara Kesatuan Republik Indonesia/Provinsi Aceh.¹² Jadi, dalam hal ini yang bertindak sebagai badan hukum adalah negara/daerah sebagai suatu organisasi, bukan pemerintah/pemerintah daerah sebagai organ dari organisasi tersebut.

Pada sisi lain terdapat teori kapasitas badan hukum. Teori kapasitas badan hukum membahas bukan tentang keberadaan dan pengakuan badan hukum sebagai subjek hukum atau subjek kontrak, tetapi tentang lingkup kewenangan suatu badan hukum tertentu. Dengan demikian walaupun berdasarkan teori keberadaan badan hukum suatu organisasi dipandang sebagai subjek hukum, tetapi belum tentu organisasi tersebut memiliki kapasitas atau kewenangan untuk melakukan tindakan hukum tertentu karena masih ada persyaratan lain. Dalam hal ini tergantung pada teori kapasitas badan hukum, terkait ada tidaknya kewenangan badan hukum tersebut tentang urusan atau objek tertentu. Teori kapasitas badan hukum ini relevan dalam kaitan, baik dengan hukum privat maupun hukum publik, baik yang bersifat nasional maupun yang bersifat transnasional/internasional.¹³

Dalam hukum kontrak tentang kapasitas kontrak pengaturannya termasuk dalam ketentuan persyaratan keabsahan kontrak. Dalam KUH Perdata ditetapkan 4 (empat) persyaratan umum untuk keabsahan kontrak, yaitu kesepakatan, kecakapan, hal tertentu, dan sebab yang halal. Kecakapan memiliki arti dan tujuan yang sama dengan kapasitas.

Untuk subjek hukum badan hukum, baik badan hukum privat maupun badan hukum publik terdapat pengaturan yang khusus. Dalam hal ini kapasitas tersebut dikaitkan dengan kewenangan (*authority, bevoegheid*). Jadi, pertanyaan tentang kapasitas suatu badan hukum privat dan badan hukum publik dinilai berdasarkan kewenangan badan hukum tersebut. Berkenaan dengan hal tersebut terdapat pengaturannya dalam Pasal 1654 dan Pasal 1655 KUH Perdata.¹⁴

¹² Abrar Saleng, 2007, *Hukum Pertambangan*, Yogyakarta: UII Press, h. 59.

¹³ Chidir Ali, *Op. Cit.*, h. 55.

¹⁴ Pasal 1654 KUH Perdata menetapkan bahwa "Semua perkumpulan yang sah adalah, seperti halnya orang-orang preman, berkuasa melakukan tindakan-tindakan perdata, dengan tidak mengurangi peraturan-peraturan umum, dalam mana kekuasaan itu telah diubah, dibatasi atau ditundukkan pada acara-acara tertentu." Dan Pasal 1655 menetapkan bahwa "para pengurus suatu perkumpulan adalah, sekedar tentang itu tidak telah diatur secara lain dalam surat pendiriannya, perjanjian-perjanjiannya dan reglemen-reglemennya, berkuasa untuk bertindak atas nama perkumpulan, mengikat perkumpulan kepada orang-orang ketiga dan sebaliknya, begitu pula bertindak di muka Hakim, baik sebagai penggugat

Sedangkan pengaturan khusus untuk badan hukum publik diatur dalam hukum administrasi/tata negara.

Teori keberadaan badan hukum memberi dasar kapasitas daerah tentang subjek itu sendiri, yaitu pengakuan daerah sebagai badan hukum subjek kontrak. Artinya setiap daerah yang dibentuk secara sah berdasarkan hukum publik secara mutlak menjadi suatu badan hukum publik. Sedangkan teori kapasitas badan hukum memberi dasar kapasitas daerah tentang objek, yaitu urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah saja. Artinya daerah memiliki luas kewenangan relatif sebagaimana ditentukan peraturan perundang-undangan tentang itu.

C. Dasar Kewenangan Daerah

Sesuai doktrin, dasar kewenangan daerah sebagai badan hukum subjek kontrak, dapat dikembalikan pada teori instrumen pemerintahan. Instrumen pemerintahan digunakan organ atau pemerintah untuk melaksanakan fungsinya. Instrumen tersebut menurut W. Riawan Thandra terdiri dari empat macam, yaitu hukum, materiil, staf, dan finansial. Instrumen hukum dapat dipecah lagi menjadi empat sub, meliputi peraturan perundang-undangan, peraturan kebijakan, perencanaan, dan tindakan perdata.¹⁵ Apabila instrumen hukum ini dihubungkan dengan pendapat E. Utrecht yang mengklasifikasikan dua tindakan pemerintah, pertama berdasarkan hukum privat, dan kedua berdasarkan hukum publik,¹⁶ yang tergolong tindakan pemerintah berdasarkan hukum publik meliputi peraturan perundang-undangan, peraturan kebijakan dan perencanaan. Sedangkan yang tergolong ke dalam tindakan pemerintah berdasarkan hukum perdata adalah tindakan perdata. Dalam pembahasan ini yang menjadi penekatan adalah pada instrumen hukum berupa tindakan perdata.

Iwan E. Joesoef menjelaskan bahwa justifikasi teoritis bagi negara/daerah dalam menggunakan instrumen hukum perdata dapat dikembalikan kepada dua ajaran ilmu hukum terkait.¹⁷ Pertama, teori 2 (dua) instrumen hukum. Menurut doktrin ini ketika negara/daerah menggunakan instrumen hukum perdata atau bukan instrumen hukum publik, sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, negara/daerah tidak melakukan penyalahgunaan wewenang, asalkan sesuai dengan asas umum pemerintahan yang baik. Kedua, teori instrumen

maupun sebagai tergugat.”

¹⁵ W. Riawan Tjandra, 2014, *Hukum Sarana Pemerintahan*, Yogyakarta, Cahaya Atma Pustaka, h. 22.

¹⁶ E. Utrecht, 1960, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Cet. Ke-4, Bandung: FH UNPAD, h. 62.

¹⁷ Iwan E. Joesoef, 2006, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik antara Pemerintah dengan Investor (Swasta) dalam Proyek Infrastruktur*. Jakarta: Badan Penerbit FH UI, h. 42.

hukum umum. Menurut teori ini instrumen hukum perdata merupakan instrumen umum yang selalu dapat digunakan sepanjang tidak bertentangan atau dilarang oleh instrumen khusus, dalam hal ini, hukum publik.

Supaya organ pemerintahan dapat melakukan tindakan perdata atas nama negara/daerah, terlebih dahulu haruslah memiliki kewenangan sebagaimana diatur dalam hukum tata negara dan hukum administrasi. Dalam hal ini tentang wewenang (*competentie*) dan tujuan pengaturannya ada dalam hukum tata negara, sedangkan tentang tata cara (*procedure*) pengaturannya ada dalam hukum administrasi.¹⁸

Di Indonesia pembagian kewenangan antara negara dan daerah diatur secara khusus, terutama dalam Pasal 18 Undang-Undang Dasar Negara Tahun 1945 (UUD 1945). Pasal 18 UUD 1945 memberikan kewenangan sisa yang luas kepada daerah, sedangkan kewenangan pusat dibatasi melalui peraturan perundang-undangan.¹⁹ Pemberian kekuasaan yang lebih luas kepada daerah demikian disebut juga teori residu. Pengaturan Pasal 18 UUD 1945 tersebut menunjukkan bahwa dari sisi materiil isi pengaturan demikian sudah mengarah pada konsep bentuk negara serikat, meskipun dari sisi formil kerangkanya tetap berbentuk negara kesatuan.²⁰ Hal ini merupakan konsekuensi dari dianutnya bentuk negara kesatuan dengan sistem desentralisasi, sebagaimana diatur ketentuan konstitusi tersebut. Jadi, Indonesia memiliki bentuk negara kesatuan yang khas, yang menerapkan asas desentralisasi dan otonomi daerah yang seluas-luasnya. Secara khusus perkembangan demikian lebih tampak terlihat dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (UUPA), yang berlaku khusus di Provinsi Aceh.

Dalam hukum tata negara dan hukum administrasi, dasar kewenangan daerah dijelaskan lebih lanjut melalui teori 2 (dua) instrumen hukum, yaitu instrumen hukum privat dan instrumen hukum publik. Dalam hal ini negara/daerah memiliki kebebasan untuk memilih salah satu dengan konsekuensi menjadi terikat dengan asas dan kaidah hukum yang dipilih tersebut. Di samping itu, juga terdapat teori instrumen hukum umum yang menjelaskan bahwa hukum privat merupakan instrumen umum yang dapat dipakai setiap subjek hukum, termasuk negara/daerah, dengan konsekuensi menjadi terikat dengan asas dan kaidah hukum tersebut ketika dipakai. Penjabaran kedua teori tersebut diatur dalam peraturan perundang-undangan tentang pembagian kewenangan antara pusat dan daerah.

¹⁸ E. Utrecht, *Op.Cit.*, h. 77 dan 85.

¹⁹ Pasal 18 UUD 1945 menetapkan bahwa "(2) Pemerintah daerah provinsi, daerah kabupaten dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan....(5) Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah pusat."

²⁰ Jimly Asshiddiqie, 2006, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, h. 272-275.

D. Kapasitas Provinsi Aceh

1. Berdasarkan Definisi tentang Kontrak Internasional

Kapasitas Provinsi Aceh sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional tergantung pada definisi kontrak penanaman modal internasional. Artinya ada atau tidaknya, luas atau sempitnya kewenangan tergantung pada jenis perjanjiannya, apakah sebagai kontrak internasional atau traktat. Apabila definisinya belum dipahami secara jelas, dengan muncul kesulitan dalam menentukan kapasitas, karena berbeda kewenangan yang dimiliki daerah, antara kontrak internasional dan traktat.

Di sini dibahas lebih dahulu perbandingan pengertian antara kontrak internasional, termasuk kontrak penanaman modal internasional, pada satu sisi dan perjanjian internasional publik (traktat)²¹ pada sisi yang lain. Kedua pengertian tersebut berbeda dan karena itu juga tunduk pada rejim hukum yang berlainan. Terhadap kontrak internasional (*international contracts*) pada prinsipnya berlaku hukum privat tentang kontrak internasional, sedangkan terhadap perjanjian internasional publik (traktat) berlaku hukum internasional publik tentang traktat (*treaties*). Implikasinya, persyaratan tentang kapasitas juga mengikuti rejim hukum yang berlainan. Dalam hal yang pertama, kewenangan daerah luas karena pada dasarnya berada dalam ruang lingkup urusan pemerintahan daerah tentang transaksi bisnis internasional, sedangkan dalam hal yang kedua sempit karena pada dasarnya menjadi kewenangan negara/pusat tentang urusan politik luar negeri.

William F. Fox mendefinisikan kontrak bisnis internasional sebagai suatu perjanjian, baik yang tertulis maupun lisan, antara perseorangan atau badan usaha di dalam negeri dan perseorangan atau badan usaha di negara lain, atau antara perseorangan atau perusahaan swasta dan pemerintah asing atau jajarannya, seperti badan usaha milik negara. Definisi ini diperluas, namun tidak mencakup transaksi antarpemerintah, dengan beberapa pengecualian, karena masuk ke dalam hubungan internasional yang diatur dalam hukum

²¹ Traktat diadakan oleh dua negara atau lebih, E. Utrecht, 1966, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*. Cet. Ke-4, Bandung: Fakultas Hukum UN-PAD, h. 34. Traktat merupakan sumber hukum dalam arti formil antara dua negara atau lebih, L.J. van Apeldorn, 1985, *Pengantar Ilmu Hukum (Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht)*, Cet. Ke-22, Jakarta: Pradnya Paramita, h. 163. Menurut George Schwaezenberger traktat merupakan sumber hukum internasional yang utama, antara lain karena alasan kecepatan dan keluwesan dalam menampung perkembangan kebutuhan, F.A. Wisnu Situni, 1989, *Identifikasi dan Reformulasi Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Bandung: Mandar Maju, h. 31.

internasional publik.²² Fox memberikan definisi berdasarkan para pihak subjek kontrak, yang berasal dari negara yang berbeda.

Dalam definisi Fox dibedakan antara kontrak internasional dan traktat. Yang terakhir tidak termasuk ke dalam pengertian kontrak internasional, karena itu tunduk pada sumber hukum yang berlainan. Hukum kontrak internasional bersumber pada kaidah hukum perdata internasional yang menunjuk berlakunya hukum nasional tertentu, sedangkan hukum traktat bersumber pada hukum internasional publik. Apabila para pihak dalam suatu hubungan hukum adalah negara/daerah dengan negara/daerah, pada umumnya dikategorikan sebagai traktat, dengan beberapa pengecualian. Artinya, dapat saja hubungan hukum demikian diklasifikasikan ke dalam kontrak internasional juga, asalkan memenuhi persyaratan tertentu.

Willis Reese sebagaimana dikutip Huala Adolf memberikan definisi yang lebih luas daripada Fox dengan menyebutkan bahwa kontrak internasional merupakan kontrak dengan unsur dalam dua atau lebih negara, yang para pihaknya mungkin negara dan negara, antara negara dan swasta, atau antara swasta dan swasta.²³ Jelaslah bahwa para pihak subjek kontrak dapat antarnegara, antara suatu negara dengan pihak swasta atau antarswasta. Yang penting ada unsur yang menunjukkan bahwa ia tidak hanya terkait dengan satu negara saja, melainkan antara dua atau lebih negara.²⁴

Sebagai perbandingan, traktat tidak termasuk ke dalam pengertian kontrak internasional, dan karena itu juga diatur dalam rejim hukum yang berbeda. Meskipun demikian diantara keduanya terdapat persamaan karena para pihak subjek hubungan hukumnya dapat sama, yaitu negara dan negara (*between states*). Sebagaimana dijelaskan bahwa dapat saja kontrak internasional dibuat antarnegara. Namun, keberadaan negara dan negara sebagai para pihak dalam kontrak internasional inilah yang merupakan salah satu sumber timbulnya kekacauan pikiran dalam memahami tentang pengertian kedua istilah tersebut. Hal ini karena pada umumnya ketika para pihaknya negara dengan negara yang timbul adalah hubungan hukum publik, dalam hal ini traktat.

²² "some kind of business arrangement reflected in a contract, either written or oral: 1. Between a company or individual in one country and a company or individual in another country, or 2. In certain circumstances, between a private company or individual and a foreign government or some component of a government such as a state-owned trading company. This definition is deliberately broad, but excludes, with a few exceptions, those intergovernmental transactions between sovereign entities that legal scholars often refer to as international relations and whose rules are set by a body of law normally refer to as public international law. William F. Fox, 1992, *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 2nd. Ed. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, h. 47-48.

²³ "are contracts with elements in two or more nation states. Such contracts may be between states, between a state and a private party, or exclusively between private parties." Huala Adolf, 2007, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung: CV Keni Media, h. 4-5.

²⁴ *Ibid.*

Buergenthal dan Maier menjelaskan bahwa traktat, baik yang bilateral maupun yang multilateral sama-sama dipahami sebagai suatu persetujuan yang tunduk pada hukum internasional publik.²⁵ Unsur terpenting adalah ia tunduk di bawah rejim hukum internasional publik. Prinsipnya semua persetujuan yang tunduk pada hukum internasional publik adalah traktat. Namun, ada pengecualiannya sebagaimana dikemukakan oleh Buergenthal dan Maier bahwa meskipun ada beberapa persetujuan yang dilakukan oleh para pihak subjek negara/daerah atau organisasi internasional, tetapi secara jelas atau tersirat, diatur oleh hukum nasional, karena tidak termasuk pengertian traktat, tetapi kontrak internasional. Untuk itu, harus dapat ditunjukkan bahwa para pihak tersebut menghendaki agar persetujuannya diatur dalam hukum nasional. Jadi, ukuran penilaiannya terletak pada maksud atau kehendak para pihak.²⁶

Konvensi Wina 1969 menetapkan bahwa traktat adalah perjanjian internasional yang dibuat antarnegara dalam bentuk tertulis dan diatur dalam hukum internasional.²⁷ Di Indonesia, penjabaran pengertian Konvensi Wina tersebut diatur kembali dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 24 tentang Perjanjian Internasional (UUPI) yang mendefinisikan perjanjian internasional publik (traktat) sebagai “perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis oleh Pemerintah Republik Indonesia dengan satu atau lebih negara, organisasi internasional, atau subjek hukum internasional lainnya yang menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik.” Definisi UUPI ini sejalan dengan perumusan dalam Konvensi Wina 1986 di atas.

Berkenaan dengan adanya perbedaan pengertian, terdapat suatu kasus yang telah diputuskan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) yang memberikan interpretasi terhadap pengertian kontrak internasional yang berbeda dengan traktat. Putusan tersebut tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (UU Migas).²⁸ Esensi permasalahan hukum yang dipersoalkan adalah ada tidaknya pertentangan antara ketentuan Pasal 11 ayat (2) UU Migas yang menetapkan bahwa setiap kontrak kerja sama yang telah ditandatangani cukup diberitahukan

²⁵ Thomas Buergenthal and Harold G. Maier, 1990, *Public International Law in a Nutshell*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., hal. 92-93.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Pasal 2 ayat (1) huruf a Konvensi Wina 1969 menetapkan bahwa, “an international agreement concluded between States in written form and governed by international law...”

²⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) Nomor 36/PUU-X/ 2012.

secara tertulis kepada DPR, tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 11 ayat (2) UUD 1945 yang mewajibkan Presiden dalam membuat perjanjian internasional yang penting terlebih dahulu mendapat persetujuan DPR. MK dalam putusannya menetapkan, antara lain, sebagai berikut. "...perjanjian internasional yang dimaksud adalah perjanjian internasional sebagaimana diartikan dalam Pasal 1 dan 2 Konvensi Wina Tahun 1969 tentang Hukum Perjanjian (*Law of Treaties*) dan Pasal 2 ayat (1) huruf a Konvensi Wina Tahun 1986 tentang Perjanjian Internasional. Oleh karenanya Kontrak Kerja Sama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Migas tidak termasuk perjanjian internasional yang merupakan ruang lingkup Pasal 11 UUD 1945..."

Putusan MK di atas telah membedakan secara lebih jelas antara kontrak internasional dan traktat. Hal ini penting karena dalam peraturan perundang-undangan dan literatur mutakhir di Indonesia kadangkala mengaburkan makna yang sesungguhnya dari kedua pengertian tersebut. Inti dari rasio/pertimbangan putusan MKRI tersebut bahwa kontrak kerja sama produksi (*production sharing contracts/PSC*) dan karena itu juga kontrak lain sejenisnya bukan merupakan traktat atau perjanjian internasional sebagaimana dimaksud Pasal 11 ayat (2) UUD 1945.²⁹ Dengan demikian, pada prinsipnya terhadap kontrak internasional tidak tunduk pada hukum traktat yang merupakan bagian dari hukum publik, tetapi tunduk pada hukum kontrak yang merupakan bagian dari hukum privat.

2. Berdasarkan Teori Badan Hukum tentang Subjek

Provinsi Aceh merupakan suatu daerah otonom, yang didirikan pertamakali berdasarkan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 1956.³⁰ Undang-Undang ini merupakan dasar dalam pembentukan Provinsi Aceh sebagai daerah otonom. Berdasarkan teori daerah otonom, suatu daerah otonom merupakan bagian dari suatu negara, dalam hal ini Indonesia, yang memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan rumah tangganya. Sebagai daerah otonom Provinsi Aceh memiliki kekayaan sendiri, organ sendiri, tujuan sendiri, dan kepentingan sendiri. Oleh karena itu, memiliki tanggung jawab/tanggung gugat yang mandiri pula.

²⁹ Badan Legislasi DPR RI, 2012, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Perjanjian Internasional*. Jakarta: DPR RI, h. 16-17.

³⁰ Nama/judul formal peraturan perundang-undangan ini adalah "Undang-Undang Nomor 24 Tahun 1956 tentang Pembentukan Daerah Otonom Provinsi Atjeh dan Perubahan Provinsi Sumatera Utara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1956 Nomor 64, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 1103).

Pada prinsipnya berdasarkan teori keberadaan badan hukum terhadap tidaknya badan hukum publik berlaku hukum privat. Daerah otonom sebagai badan hukum, memiliki tanggung jawab/tanggung gugat perdata sendiri yang terpisah dengan negara atau dengan provinsi atau badan hukum lain. Masing-masing badan hukum tersebut merupakan subjek hukum yang mandiri.

3. Berdasarkan Urusan Pemerintahan tentang Objek

Kapasitas tergantung kewenangan dan kewenangan tergantung objek³¹, yaitu urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Provinsi Aceh. Sebelum dibahas tentang lingkup urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Provinsi Aceh, sebagai perbandingan mengenai kewenangan daerah ini di Indonesia secara nasional diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah menjadi Undang-Undang (UUPD). UUPD menjabarkan lebih lanjut ketentuan konstitusi sebagaimana diatur Pasal 18 UUD 1945. Sebagai tindak lanjut pembagian kewenangan antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah terdapat juga PP Pembagian Urusan Pemerintahan Nasional,³² yang berlaku untuk seluruh wilayah Indonesia, kecuali daerah dengan status otonomi khusus, seperti Provinsi Aceh.

Berbeda dengan UUPA, UUPD belum sepenuhnya menjabarkan teori residu dalam pembagian kewenangan antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah.³³ Hal ini, antara lain, terimplikasi dari adanya klasifikasi urusan pemerintahan ke dalam 3 (tiga) jenis. Ketiga jenis urusan pemerintahan tersebut meliputi urusan pemerintahan absolut, urusan pemerintahan konkuren, dan urusan pemerintahan umum.³⁴

Dalam konteks UUPD yang penting adalah kewenangan daerah tentang objek/urusan pemerintahan yang penting terkait kapasitas daerah dalam kontrak penanaman modal internasional adalah urusan pemerintahan konkuren tersebut. Dalam hal ini menurut UUPD termasuk di dalamnya, baik urusan pemerintahan wajib maupun urusan pemerintahan pilihan. Hal ini karena pada prinsipnya daerah tidak memiliki kewenangan dalam

³¹ Sutarman Yodo, 2013, *Aspek Hukum Ekonomi dalam Kerja Sama Daerah*, Cet-Ke-1, Yogyakarta: Genta Publishing, h. 61-64.

³² Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota.

³³ Sutarman Yodo, 2013, *Op. Cit.*, h. 65.

³⁴ Pasal 9 UUPD

urusan pemerintahan absolut dan urusan pemerintahan umum, yang dimiliki pemerintah pusat. Namun, sesuai namanya urusan pemerintahan konkuren ini pun tidak dimiliki secara absolut oleh daerah, karena dibagi bersama antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Dengan demikian kewenangan daerah menjadi lebih terbatas.

Berbeda halnya untuk Provinsi Aceh yang berlaku ketentuan khusus (*lex specialis*), sebagaimana diatur UUPA.³⁵ UUPA memiliki peraturan pelaksanaannya sendiri yang menjabarkan lebih lanjut kewenangan daerah dengan cara yang berbeda dengan UUPD. Peraturan pelaksanaan khusus tersebut terutama adalah PP Kewenangan Pemerintah di Aceh. Di samping itu, juga terdapat PP Migas Aceh, dan beberapa Qanun Aceh khususnya terkait penguasaan sumber daya alam di Aceh, antara lain, tentang penanaman modal, mineral dan batu bara, kehutanan, perkebunan, dan perikanan. Dalam berbagai peraturan pelaksanaan inilah secara mendetil kewenangan tentang objek/urusan pemerintahan diatur.

UUPA lebih maju dalam menjabarkan teori residu sebagaimana dianut Pasal 18 UUD 1945 ke dalam peraturan perundang-undangan yang kedudukannya secara hierarkis lebih rendah. Dalam otonomi khusus Aceh berdasarkan UUPA tersebut urusan pemerintahan yang bersifat absolut masih dipertahankan,³⁶ namun ditapsirkan luwes sehingga Provinsi Aceh secara terbatas masih juga memiliki kewenangan di dalamnya. Misal tentang politik luar negeri, berdasarkan Pasal 8 UUPA, Pemerintah Aceh dapat mengadakan kerja sama dengan lembaga atau badan di luar negeri, kecuali yang menjadi kewenangan pemerintah pusat. Untuk itu, telah dibentuk Perpres Kerja Sama Luar Negeri Aceh. Demikian juga berdasarkan Pasal 8 tersebut bahwa rencana perjanjian internasional yang berkaitan langsung dengan Pemerintahan Aceh yang dibuat oleh pemerintah pusat dilakukan dengan konsultasi dan pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat Aceh (DPRA).³⁷

³⁵ Pada salah satu butir konsiderans menimbang UUPA antara lain memuat pertimbangan yang melatarbelakangi lahirnya UUPA bahwa untuk "... menyelesaikan konflik secara damai, menyeluruh, berkelanjutan, dan bermartabat." Dan pada butir lainnya juga ditambahkan bahwa "penyelenggaraan pemerintahan dan pelaksanaan pembangunan di Aceh belum dapat sepenuhnya mewujudkan kesejahteraan rakyat, keadilan serta kemajuan, pemenuhan, dan perlindungan hak asasi manusia..."

³⁶ Pasal 7 UUPA menetapkan bahwa "(1) Pemerintah Aceh dan kabupaten/kota berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dalam semua sektor publik, kecuali urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan pemerintah. (2) Kewenangan Pemerintah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi urusan pemerintahan yang bersifat nasional, politik luar negeri, pertahanan, keamanan, yustisi, moneter, dan fiskal nasional, dan urusan tertentu di bidang agama.

³⁷ Dalam hal ini peraturan pelaksanaannya adalah Peraturan Presiden Nomor 75 Tahun 2008 tentang Tata Cara Konsultasi dan Pemberian Pertimbangan atas Rencana Persetujuan Internasional, Rencana Pembentukan Undang-Undang, dan Kebijakan Administratif yang Berkaitan Langsung dengan Pemerintah Aceh (Perpres Konsultasi dan Pertimbangan Aceh).

Dalam UUPA tentang kewenangan daerah otonom ini diatur Pasal 12 yang memberikan kewenangan kepada Aceh untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya. Selanjutnya UUPA juga mengenal klasifikasi urusan pemerintahan wajib, dengan tambahan khusus, dan urusan pemerintahan pilihan, sebagaimana diatur Pasal 16. Pasal 16 merinci secara detil urusan pemerintahan wajib, dengan tambahan khusus tersebut. Namun, pasal tersebut tidak merinci urusan pemerintahan tambahan. Dalam hal yang terakhir ini dapat ditapsirkan, dengan menganalogikannya pada ketentuan hukum umum sebagaimana diatur UUPD, sepanjang isinya tidak bertentangan dengan asas dan kaidah UUPA tersebut. Dalam UUPD urusan pemerintahan tambahan ini meliputi, antara lain, kelautan dan perikanan, pariwisata, pertanian, kelautan, energi dan sumber daya mineral, perdagangan, dan perindustrian.³⁸

Urusan pemerintahan yang paling relevan dengan kewenangan daerah dalam pembuatan kontrak penanaman modal internasional adalah tentang pengelolaan sumber daya alam. UUPA mengatur kewenangan pengelolaan sumber daya alam ini, terutama dalam Pasal 156. Pasal 156 UUPA menentukan bahwa yang berwenang dalam pengelolaan sumber daya alam di Aceh adalah Pemerintah Aceh dan pemerintah kabupaten/kota.³⁹

Pada prinsipnya Aceh memiliki kewenangan penuh (*full authority*) dalam pengelolaan sumber daya alam. Menurut UUPA pengertian sumber daya alam ini meliputi pertambangan umum (mineral, batu bara, dan panas bumi), kehutanan, pertanian dan perkebunan, dan kelautan dan perikanan.⁴⁰ Namun, untuk sumber daya alam minyak dan gas bumi kewenangan pengelolaan tersebut tidak penuh, karena berdasarkan Pasal 160 UUPA dibagi bersama antara pemerintah pusat dan Pemerintah Aceh.⁴¹

Dalam pengelolaan sumber daya alam pada umumnya, kecuali minyak dan gas bumi, kewenangan pemerintah pusat dengan demikian terbatas hanya

³⁸ Pasal 12 ayat (3) UUPD

³⁹ Pasal 156 ayat (1) dan ayat (2) UUPA menetapkan bahwa "(1) Pemerintah Aceh dan pemerintah kabupaten/kota mengelola sumber daya alam di Aceh baik di darat maupun di laut wilayah Aceh sesuai dengan kewenangannya. (2) Pengelolaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi perencanaan, pelaksanaan, pemanfaatan dan pengawasan kegiatan usaha yang dapat berupa eksploitasi, eksplorasi, dan budidaya."

⁴⁰ Pasal 156 ayat (3) UUPA menetapkan bahwa " sumber daya alam sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi bidang pertambangan yang terdiri atas pertambangan mineral, batu bara, panas bumi, bidang kehutanan, pertanian, perikanan dan kelautan..."

⁴¹ Pasal 160 UUPA menetapkan bahwa "(1)Pemerintah dan Pemerintah Aceh melakukan pengelolaan bersama sumber daya alam minyak dan gas bumi yang berada di darat dan laut di wilayah kewenangan Aceh.... (3) Kontrak kerja sama dengan pihak lain untuk melakukan eksplorasi dan eksploitasi dalam rangka pengelolaan minyak dan gas bumi dapat dilakukan jika keseluruhan isi perjanjian kontrak kerja sama telah disepakati bersama oleh Pemerintah dan Pemerintah Aceh."

pada penetapan norma standar dan prosedur.⁴² Penetapan norma, standar dan prosedur ini memang pada prinsipnya selalu berada pada pemerintah pusat, sebagai bagian dari pemilihan bentuk negara kesatuan dalam konstitusi. Namun, kewenangan pemerintah pusat dalam penetapan norma, standar, dan prosedur demikian tidak boleh digunakan dengan maksud untuk mengurangi kewenangan yang telah diberikan kepada suatu daerah.⁴³ Selain penetapan norma standar dan prosedur pemerintah pusat juga masih memiliki kewenangan untuk melakukan pembinaan dan pengawasan. Dalam hal ini berlaku untuk segala urusan pemerintahan, termasuk urusan pemerintahan yang telah menjadi kewenangan suatu daerah.⁴⁴

Selain tentang pengelolaan sumber daya alam, terdapat urusan pemerintahan tentang penanaman modal asing/internasional. Dalam hal ini secara nasional diatur dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM). Khusus untuk Provinsi Aceh tentang penanaman modal asing/internasional telah menjadi urusan daerah, sebagaimana diatur Pasal 165 UUPA. Dalam hal ini UUPM berkedudukan sebagai hukum umum (*lex generalis*), sedangkan UUPA merupakan hukum khusus (*lex specialis*). Pengaturan tindak lanjut UUPA tentang penanaman modal asing/internasional tersebut kini diatur dalam Qanun Aceh Nomor 5 tahun 2009 tentang Penanaman Modal.

Dalam konteks UUPM terdapat 2(dua) kasus menarik yang diputus MKRI. Putusan tersebut adalah Putusan MKRI Nomor 21 dan Nomor 22/PUU-V/2007 tentang uji materi UUPM terhadap UUD 1945. Ketentuan hukum yang dipersoalkan, antara lain, Pasal 22 ayat (1), ayat (2), dan ayat (4). Pasal 22 UUPM mengatur tentang pemberian kemudahan pelayanan dan perizinan hak atas tanah (HGU, HGB, hak pakai) kepada penanam modal asing/internasional.

MKRI dalam putusannya menyatakan bahwa sebagian ketentuan dalam Pasal 22 ayat (1), ayat (2), dan ayat (4) UUPM tidak konstitusional, dan karena itu menjadi tidak mengikat secara hukum. Dalam hal ini menurut Putusan MKRI

⁴² Pasal 156 ayat (6) UUPA menetapkan bahwa "Pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dan ayat (5) berpedoman pada standar, norma, dan prosedur yang ditetapkan Pemerintah."

⁴³ Pasal 11 ayat (2) UUPA menetapkan bahwa " Norma, standar, dan prosedur sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi kewenangan yang dimiliki Pemerintahan Aceh dan pemerintah kabupaten/kota."

⁴⁴ Pasal 11 UUPA menetapkan bahwa " Pemerintah menetapkan norma, standar, dan prosedur serta melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan urusan yang dilaksanakan oleh Pemerintah Aceh dan pemerintah kabupaten/kota." Bandingkan dengan ketentuan serupa dalam Pasal 7 ayat (1) UUPD yang menetapkan bahwa "Pemerintah Pusat melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan urusan pemerintahan oleh Daerah."

tersebut, sebagai gantinya kembali kepada peraturan perundang-undangan lain. peraturan perundang-undangan lain ini, terutama adalah Undang-Undang Pokok Agraria dan peraturan pelaksanaannya.

KESIMPULAN

Kapasitas daerah sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional dapat dinilai berdasarkan tiga kriteria. *Pertama*, berdasarkan definisi kontrak internasional, yang dalam hal ini berbeda dengan deifinisi perjanjian internasional publik (traktat). Dalam kontrak internasional, termasuk di dalamnya kontrak penanaman modal internasional, daerah memiliki kapasitas sebagai pihak secara langsung. Sedangkan dalam traktat yang memiliki kapasitas sebagai pihak secara langsung pada prinsipnya adalah pusat. Dalam hal ini daerah dapat memiliki kewenangan apabila ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan, misal sebagai pengecualian terhadap kewenangan absolut negara/pusat dalam urusan politik luar negeri, tempat traktat bersandar. *Kedua*, berdasarkan teori badan hukum tentang subjek. Berdasarkan teori badan hukum setiap daerah merupakan subjek hukum yang dapat menjadi pihak dalam kontrak penanaman modal internasional. *Ketiga*, berdasarkan urusan pemerintahan tentang objek. Dalam hal yang terakhir ini daerah memiliki kapasitas sebagai pihak dalam kontrak penanaman modal internasional sepanjang urusan pemerintahan tersebut berada dalam lingkup kewenangan daerah.

Perbedaan pengertian antara kontrak internasional yang tunduk pada hukum privat dan traktat yang tunduk pada hukum publik berimplikasi pada kebutuhan tingkat pengaturan yang berbeda terhadap kedua objek tentang urusan pemerintahan tersebut. Yang pertama berada di bawah kewenangan daerah tentang urusan transaksi bisnis internasional, sedangkan yang kedua pada prinsipnya berada di bawah kewenangan pusat tentang urusan politik luar negeri. Filosofi kedua urusan tersebut pada prinsipnya berbeda. Oleh karena itu, pengaturan kerja sama luar negeri daerah perlu diatur dalam instrumen hukum terpisah sesuai dengan jenis perjanjiannya, kontrak internasional dan traktat. Dengan demikian kepastian hukum yang penting bagi penciptaan iklim penanaman modal internasional yang kondusif bagi daerah dapat diwujudkan.⁴⁵ Untuk itu,

⁴⁵ Peraturan perundang-undangan dimaksud adalah UUPD, Peraturan Presiden Nomor 11 Tahun 2007 tentang Kerja Sama Pemerintah Aceh dengan Lembaga atau Badan di Luar Negeri, dan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 22 Tahun 2009 tentang Pedoman Pelaksanaan Kerja Sama Pemerintah Daerah dengan Pihak Luar Negeri.

peraturan perundang-undangan yang masih mencampur kedua konsep berbeda dengan standar persyaratan dan ketentuan yang hampir serupa tersebut perlu disesuaikan kembali.

DAFTAR PUSTAKA

- Abrar Saleng, 2007, *Hukum Pertambangan*, Yogyakarta: UII Press.
- Apeldorn, L.J.van., 1985, *Pengantar Ilmu Hukum (Inleiding tot de Studie van het Netherlandse Recht)*, Cet. Ke-22, Jakarta: Prandnya Paramita.
- Badan Legislasi, DPR RI, 2012, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Perjanjian Internasional*, Jakarta: DPR RI.
- Buergenthal, Thomas., and Harold G. Maier, 1990, *Public International Law in a Nutshell*, St. Paul, Minn.: West Publishing co.
- Burger, Klause Peter, 2003, "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators" *Vand. J. Trans'l Law*, Vol. 36, 1374-1390.
- Chidir Ali, 2005, *Badan Hukum*, Ed. Ke-1, Cet. Ke-3, Bandung: PT Alumni.
- Fox, William F., 1992, *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating, and Resolving Disputes*, 2nd.Ed., Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Herlien Budiono, 2009, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Bandung: PT Citra Adytia Bakti.
- Huala Adolf, 2007, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung: CV Keni Media.
- Iwan E. Joesoef, 2006, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik antara Pemerintah dengan Investor (Swasta) dalam Proyek Infrastruktur*. Jakarta: Badan Penerbit FH UI.
- Jimly Asshiddiqie, 2006, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press.

- Mahmul Siregar, 2008, "Kepastian Hukum dalam Transaksi Bisnis Internasional dan Implikasinya terhadap Kegiatan Investasi di Indonesia" *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 27, No. 4., 58-67.
- Man S. Sastrawidjaja, 2005, *Bunga Rampai Hukum Dagang*, Bandung: PT Alumni.
- Mariam Darus Badruzaman, 1994, *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung: PT Alumni.
- Munir Fuadi, 2013, *Teori-Teori Besar dalam Hukum (Grand Theory)*, Jakarta: Kencana.
- Nygh, E. Peter and Peter Butt. 1998. *Butterworth Concise Australian Legal Dictionary*. 2nd. Ed. Sydney: Butterworths.
- Riawan Chandra, W., 2014, *Hukum Sarana Pemerintahan*, Yogyakarta: Cahaya Atma Pusaka.
- Salacuse, Jesawald, 2013, *The Three Laws of International Investments: National, Contractual, and International Frame Work for Foreign Capital*, London: Oxford University Press.
- Sri Soedewi Maschun Sofwan, 1982, *Hukum Bangunan: Perjanjian Pemborongan Bangunan*, Yogyakarta: Liberty.
- Sunaryati Hartono, Setiawan dan Taryana Sunandar, 2001, *The Indonesian Law on Contracts*, Japan: Institute of Developing Economies.
- Sutarman Yodo, 2013, *Hukum Ekonomi dalam Kerja Sama Daerah*, Cet. Ke-1, Yogyakarta: Genta Publishing.
- Utrecht, E., 1960, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Cet. Ke-4, Bandung: FH UNPAD.
- _____, 1966, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Cet. Ke-4, Bandung: Fakultas Hukum UNPAD.
- Wisnu Situni, F.A., 1989, *Identifikasi dan Reformasi Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Bandung: Mandar Maju.

Implikasi Pergeseran Sistem Politik terhadap Hukum dan Birokrasi di Indonesia

Political System Shifting and its Implication to Legal and Bureaucratic System in Indonesia

Suryo Gilang Romadlon

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jln. Medan Merdeka Barat Nomor 6, Jakarta Pusat
E-mail: suryogilang@gmail.com

Naskah diterima: 20/08/2016 revisi: 09/11/2016 disetujui: 21/11/2016

Abstrak

Pasca reformasi, koalisi merupakan langkah efektif dalam menghimpun kekuatan yang bermuara pada perolehan kekuasaan. Frasa "*gabungan partai politik*" dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 adalah indikator yuridis bahwa koalisi cara yang efektif, sah dan konstitusional. Seluruh rangkaian historis mengenai koalisi partai politik di Indonesia maka dapat disimpulkan bahwa koalisi yang dibangun di Indonesia adalah koalisi berbasis kepentingan, bukan ideologi. Koalisi hanya sekedar menjadi cara pemenuhan "*threshold*" belaka. Partai politik hanya berfikir bagaimana syarat "*gabungan partai politik*" terpenuhi ketika mengusung pasangan calon. Hal yang demikianlah sebenarnya yang menjadi permasalahan. Sistem koalisi di Indonesia berada pada titik paradoksal. Seperti pasca Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2014, pertentangan KMP dan KIH begitu terlihat kental dan seolah tidak ada titik temu, akan tetapi hal tersebut tidak terjadi di daerah-daerah. Pada 9 Desember 2015 sejumlah daerah melaksanakan Pilkada serentak, akan tetapi rivalitas antara KMP versus KIH tidak terjadi di level daerah. Berdasarkan data KPU dapat dicermati di beberapa daerah yang pasangan calonnya diusung dari gabungan partai KMP dan KIH di pusat. Hal demikian semakin menunjukkan apa yang menjadi dasar koalisi partai politik di Indonesia. Koalisi menjadi tidak linear dari pusat dan daerah dan secara otomatis pula muncul pertanyaan lantas dimana konsistensi perwujudan visi misi

parpol dengan praktik yang demikian. Menjadi nyata bahwa “kepentingan” adalah faktor utama dari koalisi yang dibangun. Kemudian permasalahan kedua adalah sulitnya menemukan kesepahaman antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah. Penulis mengamati dan meneliti bagaimana sesungguhnya sistem politik di Indonesia dapat mempengaruhi hubungan birokratis antara pusat dan daerah.

Kata Kunci : Koalisi, Hubungan Birokratis, Pusat dan Daerah

Abstract

Coalition can be the effective way to collect the power for struggle in the competitive politics. In Indonesia, after the reform era, the coalition system being the most popular system that granted by the constitution. Phrase “coalition of political parties” in the article number 6A point (2) UUD 1945 shows us that the coalition system is the constitutional and the fix way. From all the historical story about the coalition of political parties in Indonesia, we can make a conclusion that the coalition system wich is exist in Indonesia is just coalition made by interest, not ideology. Coalition only to reach the “threshold”. Political parties only thinking about how to complete the mission to propose the candidate. Surely, That’s all the problem. We can see that the coalition system in Indonesia just make some paradox. For example, in presidential election 2014, in one hand we can see the batle between “KMP” and “KIH”, but in the other hand, we cand find a different situation in local politic competition. On 9 December 2015, The simultaneous regional election was completed held, and I saw that the battle between KMP and KIH wasn’t happened in that moment. Based on the fact from KPU, we can find in some region, the inconsistence coalition was built by the political parties which is member of KMP join with member of KIH. That condition shows us that the coalition system in Indonesia is just based on interest. There is no linear/consistence coalition between central and local, so automatically we can find a question, “where is the platform, vision and mission of political party in Indonesia? And How about the impact to the bureaucratic system between central and local government?. Finally, The Author is trying to answer the questions in this paper.

Keywords : Coalition, Bureaucratic Relation, Central and Local Government

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pasca reformasi, konfigurasi politik di Indonesia menjadi berubah-ubah secara dinamis. Perkembangan politik semakin berliku-liku sesuai dengan kepentingan elit di masanya. Partai politik memegang peranan yang sangat signifikan dalam hal

membangun sistem kenegaraan yang sehat. Sebuah tata pemerintahan yang baik akan tercipta, jika atmosfer politik turut mendukung sebagai sebuah komponen yang baik pula.

Ibarat putaran roda, siklus pergantian penguasa di negeri ini pun sudah terjadi. Peralihan dari penguasa menjadi oposisi ataupun sebaliknya. Seharusnya hal tersebut dapat diartikan bahwa memang saat ini suasana perpolitikan nasional sangat dinamis. Bagaimana tidak, Partai Politik sebagai perangkat demokrasi kemudian terlibat dalam kontestasi perebutan kekuasaan dalam sebuah “ring” dan regulasi yang sudah ditentukan. Kontestasi yang secara otomatis menuntut Partai Politik untuk terus berstrategi.

Koalisi, barangkali cara yang dianggap efektif guna menghimpun kekuatan yang berujung perebutan kekuasaan. Di Indonesia pasca reformasi, sistem koalisi menjadi tren yang efektif digunakan karena memang pada dasarnya sudah disahkan dalam Konstitusi. Frasa “*gabungan partai politik*” dalam Pasal 6A ayat (2) UUD 1945 begitu menunjukkan bahwa koalisi memang merupakan cara yang sah dan konstitusional.

Apabila menilik pada era awal reformasi, fenomena “Poros Tengah” di MPR yang digawangi oleh Amien Rais. Saat itu kekuatan koalisi yang bernama “Poros Tengah” mampu menghantarkan Gus Dur sampai ke istana. ‘Poros Tengah’ yang notabene merupakan gabungan partai-partai “medioker” mampu menumbangkan partai-partai besar kala itu. Kemudian di era Pemerintahan Presiden SBY, terbentuknya koalisi besar pendukung pemerintah, Partai Demokrat waktu itu didukung oleh Partai Golkar, PKB, PKS dan PAN membentuk koalisi politik bahkan sampai dengan membentuk Sekretariat Gabungan (Setgab). Setgab menjadi sebuah laboratorium strategi yang mana kebijakan-kebijakan yang dikeluarkan Presiden saat itu berasal dari setgab. Terakhir, yang terjadi pasca Pemilihan Umum Presiden 2014, sangat penuh dinamika dan intrik. Koalisi Indonesia Hebat (KIH) yang berisi partai-partai pendukung pemerintahan Jokowi-JK dan Koalisi Merah Putih (KMP) yang merupakan gabungan partai-partai koalisi. Parlemen menjadi sangat sibuk dengan hiruk pikuk perdebatan kedua belah pihak. Mulai dari format pemilihan pimpinan di DPR, ataupun persoalan dukungan dan kritikan terhadap setiap kebijakan Presiden.

Apabila diperhatikan dengan seksama kesemua rangkaian historis mengenai koalisi partai politik di Indonesia maka dapat disimpulkan bahwa koalisi yang dibangun di Indonesia adalah koalisi berbasis kepentingan, bukan ideologi.

Koalisi hanya sekedar menjadi cara pemenuhan “*threshold*” belaka. Partai politik hanya berfikir bagaimana syarat “*gabungan partai politik*” terpenuhi ketika mengusung pasangan calon. Hal yang demikianlah sebenarnya yang menjadi permasalahan. Sistem koalisi di Indonesia justru menimbulkan paradoksal. Di sisi elit, pertentangan KMP dan KIH begitu terlihat kental dan seolah tidak ada titik temu, akan tetapi hal tersebut tidak terjadi di daerah-daerah.

Pada 9 Desember 2015 telah dilaksanakan Pilkada serentak, dan dapat diamati bahwa fenomena duel sengit KMP versus KIH tidak terjadi di level daerah. Berdasarkan data KPU di beberapa daerah yang pasangan calonnya diusung dari gabungan partai KMP dan KIH di pusat. Sebagai contoh di Kota Semarang misalnya, salah satu calon diusung dari Partai Kebangkitan Bangsa (PKB) dan Partai Keadilan Sejahtera (PKS), di Kota Magelang salah satu calon diusung dari Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan (PDIP) dan Partai Gerakan Indonesia Raya (GERINDRA), kemudian yang menarik adalah koalisi Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan (PDIP) dan Partai Keadilan Sejahtera (PKS) di Kota Surabaya.

Hal demikian semakin menunjukkan apa yang menjadi dasar koalisi partai politik di Indonesia. Koalisi menjadi tidak linear dari pusat dan daerah dan secara otomatis pula muncul pertanyaan lantas dimana konsistensi perwujudan visi misi parpol dengan praktik yang demikian. Menjadi nyata bahwa “kepentingan” adalah faktor utama dari koalisi yang dibangun. Lantas yang menjadi permasalahan kedua adalah sulitnya menemukan kesepahaman antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah. Inkonsistensi koalisi ini yang menjadikan adanya perbedaan sudut pandang , misalnya Gubernur Provinsi A dan Walikota di bagian provinsi tersebut, walaupun berasal dari partai yang sama, namun tidak diusung oleh partai koalisi yang sama, dan sudah barang tentu pula dalam pembentukan kebijakan politik pasti akan mengutamakan kepentingan koalisinya terlebih dahulu.

Namun demikian, ini adalah konsekuensi dari pilihan sistem yang sudah disepakati, demokrasi memang tidak pernah diamini bersamaan oleh seluruh masyarakat, karena demokrasi memang memiliki ruang hidupnya masing-masing. Oleh karena itu, paradoks ini mungkin tidak hanya terjadi hari ini saja, tapi di masa datang juga. Maka dari itu, Penulis mencoba mengamati dan meneliti bagaimana sesungguhnya sistem politik di Indonesia ini sudah memasuki era oligarki yang kemudian bagaimana pengaruhnya terhadap hubungan birokratis antara pusat dan daerah.

B. Perumusan Masalah

Perumusan masalah merupakan hal yang sangat penting dalam setiap penelitian, karena dibuat untuk memecahkan masalah pokok yang timbul secara jelas dan sistematis sehingga penelitian akan lebih terarah pada sasaran yang akan dicapai. Perumusan masalah dibuat untuk lebih menegaskan masalah yang akan diteliti, sehingga dapat ditemukan suatu pemecahan masalah yang tepat dan mencapai tujuan.

Berdasarkan uraian dalam latar belakang masalah, maka dapat dirumuskan sebagai berikut :

- a. Mengapa pergeseran sistem politik di Indonesia bisa terjadi?
- b. Bagaimanakah pengaruh pergeseran sistem politik tersebut terhadap hukum dan juga pola hubungan birokratis antara pusat dan daerah?

C. Metode Penelitian

Penelitian merupakan suatu sarana pokok dalam mengembangkan ilmu pengetahuan dan teknologi. Di dalam usaha mencari kebenaran yang ilmiah, metode penelitian menjadi bagian yang cukup penting dalam menyusun suatu penelitian. Suatu penelitian ilmiah dapat dipercaya kebenarannya apabila disusun dengan suatu metode yang tepat. Penelitian merupakan suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten.¹

Dengan demikian pengertian metode penelitian adalah cara yang teratur dan terpikir secara runtut serta baik dengan menggunakan metode ilmiah yang bertujuan untuk menemukan, mengembangkan maupun guna menguji kebenaran maupun ketidakbenaran dari suatu pengetahuan, gejala atau hipotesa.

Adapun metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

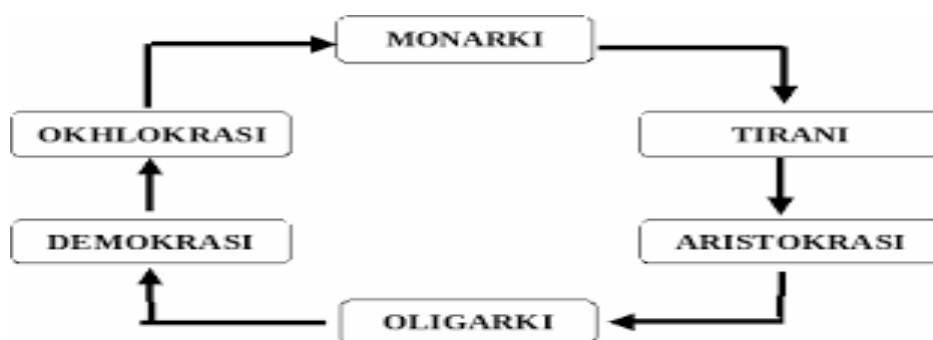
Penelitian hukum normatif yang membatasi penelitiannya kepada kajian yang metode kepustakaan. Sebagai penelitian hukum normatif, penelitian ini mencakup penelitian inventarisasi hukum positif, asas-asas hukum, sistematika peraturan perundang-undangan, sinkronisasi, harmonisasi suatu perundang-undangan, sejarah hukum dan perbandingan hukum. Oleh karena itu titik berat akan lebih banyak menelaah dan mengkaji data sekunder yang diperoleh dari penelitian

¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, 1984, h. 42

dan teori-teori para ahli sehingga tidak diperlukan penyusunan atau perumusan hipotesis². Sedangkan jika di lihat dari sifatnya, penelitian hukum ini bersifat preskriptif³, karena penelitian ini mengkaji permasalahan norma-norma hukum.

PEMBAHASAN

Penulis sependapat dengan pandangan Moh. Mahfud MD⁴ tentang oligarki di Indonesia. Untuk itu penulis mensinergikan pendapat dimaksud dengan Teori siklus Polybios yang salah satunya menyebutkan oligarki sebagai sistem politik, dengan uraian sebagai berikut:



Gambar 1

Monarki adalah bentuk pemerintahan yang pada mulanya mendirikan kekuasaan atas rakyat dengan baik dan dipercaya. Namun pada perkembangannya para penguasa yang dalam hal ini raja, tidak lagi menjalankan pemerintahan untuk kepentingan umum, bahkan cenderung sewenang-wenang, hal yang demikian bergeser menjadi Tirani. Dalam situasi pemerintahan tirani yang sewenang-wenang muncullah kaum bangsawan yang bersekongkol untuk melawan. Mereka bersatu untuk mengadakan pemberontakan sehingga kekuasaan beralih kepada mereka. Pemerintahan selanjutnya dipegang oleh beberapa orang dan memperhatikan kepentingan umum. Pemerintahan tersebut berubah dari Tirani ke Aristokrasi. Kemudian setelah para aristokrat mengambil alih kekuasaan maka lama kelamaan akan berkumpul para aristokrat tersebut dalam kelompok-kelompok penguasa, saat

² Amirudin & Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, h. 120-132.

³ Yang dimaksud bersifat preskriptif yaitu membatasi penelitian pada tataran tujuan hukum, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum. Lih. Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2005, h.22.

⁴ dalam perkuliahan tanggal 29 November 2015 di Mahkamah Konstitusi yang mengatakan bahwa saat ini Indonesia sedang berada dalam era politik oligarki, yang mana kekuasaan dipegang oleh kelompok-kelompok elit tertentu.

itulah aristokrasi beralih ke sistem Oligarki. Dalam pemerintahan oligarki yang tidak ada keadilan, rakyat berontak mengambil alih kekuasaan untuk memperbaiki nasib. Rakyat menjalankan kekuasaan negara demi kepentingan rakyat. Akibatnya, pemerintah bergeser menjadi demokrasi. Namun, pemerintahan demokrasi yang awalnya baik lama kelamaan banyak diwarnai kekacauan, kebobrokan, dan korupsi sehingga hukum sulit ditegakkan. Masing-masing pihak ingin mengatur sendiri. Keadaan itu mengakibatkan bergesernya demokrasi menjadi okhlokraasi. Dari pemerintahan okhlokraasi ini kemudian muncul seorang yang kuat dan berani yang dengan kekerasan dapat memegang pemerintahan. Dengan demikian, pemerintahan kembali dipegang oleh satu tangan lagi dalam bentuk monarki.⁵

Demokrasi

Salah satu konsep demokrasi yang mempengaruhi sistem demokrasi di Indonesia adalah demokrasi konstitusional. Ciri khas dari demokrasi konstitusional ialah gagasan bahwa pemerintah yang demokratis adalah pemerintah yang terbatas kekuasaannya dan tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang terhadap warga negaranya. Pembatasan-pembatasan atas kekuasaan pemerintah tercantum dalam konstitusi; maka dari itu sering disebut pemerintah berdasarkan konstitusi (*constitutional government*). Jadi, *constitutional government* sama dengan *limited government* atau *restrained government*.

Ada dua macam teori demokrasi yang dapat dipilih dalam hal ini. Yang pertama adalah teori demokrasi prosedural menurut Robert A. Dahl. Bagi Dahl kehidupan berdemokrasi tidak cukup digerakan dengan prosedur atau metode semata. Demokrasi harus mengandung dua dimensi terbaik dalam hal kontestasi dan partisipasi. Menurut Dahl, sistem yang demokratis memiliki tujuh indikator:

- a. Setiap warga negara mempunyai persamaan hak memilih dalam pemilu (aspek partisipasi).
- b. Setiap warga negara mempunyai persamaan hak dipilih dalam pemilu (aspek kompetisi).
- c. Pemilihan pejabat publik diselenggarakan melalui pemilu yang teratur, fair, dan bebas.
- d. Kontrol kebijakan dilakukan oleh pejabat publik terpilih.
- e. Jaminan kebebasan dasar dan politik.

⁵ Budiyo, *Dasar-Dasar Ilmu Tata Negara*, Erlangga, Jakarta, 2003, h. 36.

- f. Adanya saluran informasi alternatif yang tidak dimonopoli pemerintah atau kelompok tertentu.
- g. Adanya jaminan membentuk dan bergabung dalam suatu organisasi, termasuk parpol dan kelompok kepentingan.

Kemudian, menurut Dahl syarat terbentuknya sistem demokratis yang ideal ini meliputi huruf hal:

- a. Persamaan hak pilih
- b. Partisipasi efektif
- c. Pembeberan kebenaran
- d. Kontrol terakhir terhadap agenda dilakukan masyarakat
- e. Pencakupan masyarakat hukum adalah orang dewasa.

Penekanan demokrasi prosedural (pelaksanaan elektoral semata) membuahkan kritik dari Terry Karl tentang “Kekeliruan Elektoral”. Menurut Terry Karl, demokrasi prosedural mengistimewakan pelaksanaan pemilu di atas dimensi-dimensi yang lain, dan mengabaikan kemungkinan yang ditimbulkan oleh pemilu multi partai dalam menyisihkan hak masyarakat tertentu untuk bersaing dalam memperebutkan kekuasaan. Kritik ini menimbulkan konsepsi demokrasi yang diperluas. Larry Diamond menyebutkan sepuluh komponen khusus demokrasi diperluas tersebut sbb:

- a. Adanya kesempatan pada kelompok minoritas untuk mengungkap kepentingannya.
- b. Setiap warga negara mempunyai kedaulatan setara dihadapan hukum
- c. Kebebasan membentuk parpol dan mengikuti pemilu.
- d. Kebebasan bagi warga negara untuk membentuk dan bergabung dalam perkumpulan.
- e. Kebebasan bagi warga negara untuk membentuk dan bergabung dengan berbagai perkumpulan dan gerakan independen.
- f. Tersedianya sumber informasi alternatif.
- g. Setiap individu memiliki kebebasan beragama, berpendapat, berserikat, dan berdemonstrasi.
- h. Setiap warga negara mempunyai kedaulatan setara dihadapan hukum.
- i. Kebebasan individu dan kelompok dilindungi secara efektif oleh sebuah peradilan independen dan tidak diskriminatif.

- j. *Rule of law* melindungi warga negara dari penahanan yang tidak sah, pengucilan, teror, penyiksaan dan campur tangan yang tidak sepatutnya dalam kehidupan pribadi baik oleh warga negara maupun kekuatan negara.

Teori yang kedua adalah teori demokrasi substantif. Menurut Habermas (filosof Jerman) bahwa demokrasi sebaiknya tidak dilihat dari sisi prosedural semata, melainkan harus dilihat dari sisi substansi berupa jiwa, kultur, atau ideologi demokratis yang mewarnai pengorganisasian internal parpol, lembaga-lembaga pemerintahan, serta perkumpulan-perkumpulan masyarakat. Demokrasi akan terwujud apabila rakyat bersepakat mengenai makna demokrasi, paham dengan bekerjanya demokrasi dan kegunaan demokrasi bagi kehidupan bersama. Menurut Habermas masyarakat demokratis adalah masyarakat yang memiliki otonomi dan kedewasaan. Otonomi kolektif masyarakat berhubungan dengan pencapaian konsensus bebas dominasi dalam sebuah masyarakat komunikatif. Habermas juga menyinggung pentingnya ruang publik (*public sphere*) dalam masyarakat komunikatif dan pentingnya partisipasi masyarakat dalam proses politik dan menentukan jalannya kekuasaan. Habermas juga menekankan pentingnya upaya dialog, musyawarah-mufakat dan menyerap aspirasi masyarakat dalam berdemokrasi.⁶

Selanjutnya ada model demokrasi yang seiring dengan konsep demokrasi substantif adalah demokrasi deliberatif atau kelanjutan dari teori demokrasi substantif ala Habermas. Demokrasi deliberatif adalah model demokrasi yang legitimitas hukumnya diperoleh dari diskursus yang terjadi dalam dinamika masyarakat sipil antara berbagai pihak yang berkepentingan dan dalam kedudukan yang setara. Demokrasi deliberatif memberikan sorotan tajam mengenai bagaimana prosedur hukum itu dibentuk. Adapun indikatornya adalah:

- a. Undang-Undang yang diresmikan dalam demokrasi deliberatif, merupakan suatu dialog antara mekanisme legislatif dengan diskursus-diskursus baik formal maupun informal dalam dinamika masyarakat sipil;
- b. Demokrasi deliberatif memberikan semacam ruang di luar kekuasaan administratif negara dan kekuasaan ekonomi korporasi-korporasi nasional ataupun internasional. Ruang itu adalah kekuasaan komunikatif melalui jaringan-jaringan komunikasi publik dalam masyarakat sipil.⁷

⁶ Syafrudin MA, *Teori-teori Demokrasi dan dinamikanya*, Modul perkuliahan Jurusan Ilmu Pemerintahan FISIP UNILA, 2009.

⁷ Habermas dalam Reza Wattimena, *Melampaui Negara Hukum Klasik*, Yogyakarta: Kanisius, 2007, h. 124.

Akan tetapi harus ada yang diingat mengenai konstitusi dan demokrasi, bahwa tidak ada di dunia ini konstitusi yang sempurna dan dapat disetujui isinya oleh semua orang. Di dalam negara demokrasi, perbedaan dan kontroversi adalah keniscayaan, sekurang-kurangnya hampir dapat dipastikan adanya pandangan yang berbeda, namun memang dari perbedaan-perbedaan pandangan itulah demokrasi menjadi penyaring untuk mencapai hasil melalui prosedur hukum yang sah.⁸

Seiring berjalannya waktu, demokrasi di Indonesia mengalami transisi dan transformasi. Gelombang demokratisasi yang berhembus di Indonesia dengan puncaknya ditandai oleh turunnya rezim orde baru dan dimulainya orde reformasi pada 1999. Hal tersebut telah membawa Indonesia memasuki tahapan sejarah yang disebut sebagai “era transisi menuju demokrasi”. Era transisi dipandang sebagai era yang merupakan titik awal atau selang waktu antara rezim otoritarian dengan rezim demokratis. Hal itu kemudian akan diikuti dengan pembentukan lembaga-lembaga politik dan aturan politik yang baru dalam kerangka yang demokratis.⁹

Dalam masa transisi demokrasi inilah aturan hukum pun terus berkembang mengikuti gejolak di masyarakat, termasuk pengaturan tentang Pilkada di Indonesia. Kepekaan aturan menjadi beriringan dengan perkembangan kehidupan sosial. Pilkada pasca reformasi menjadi foto dari wajah demokrasi yang telah memperbaharui diri.

Pergeseran Sistem Politik di Indonesia

Apa yang terjadi saat ini di Indonesia adalah bukti nyata bahwa telah terjadi pergeseran sistem politik. Menilik dari teori Polybios tersebut maka nyata-lah bahwa kekuasaan di Indonesia hanya menjadi milik kelompok-kelompok tertentu saja. Oligarki politik tampak benderang ketika gelaran pilkada saat ini sedang berlangsung. Dominasi kelompok menjadi warna yang terlihat jelas dan kelompok yang dimaksud bukan lagi soal KMP dan KIH saja. Praktik oligarki politik di daerah sudah tidak lagi memandang apa yang terjadi di pusat. Kelompok politik hanya didasari kepentingan semata bahkan jangankan “ideologi” atau “visi-misi partai”, yang dijadikan dasar koalisi hanyalah hitungan untung rugi politis.

Jika politik Indonesia saat ini seperti benang kusut, hal itu tiada lain karena ketercerabutan kerja politik dari prinsip-prinsip asasinya. Orientasi politik berhenti

⁸ Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2010, hlm.115.

⁹ O'Donnell dalam Maruarar Siahaan, *Jurnal Konstitusi :Pilkada dalam masa demokrasi transisional*, Jakarta: Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2005, h.8

sebagai arena perebutan kekuasaan, dengan mengabaikan aksioma intinya sebagai wahana perwujudan kebijakan hidup bersama.¹⁰

Selama ini memang begitu terlena dengan euphoria demokrasi, padahal tanpa disadari bahwa saat ini apakah memang berada di era demokratis atau tidak masih menjadi tanda tanya. Awalnya, demokrasi sebagai dasar hidup bernegara pada umumnya memberikan pengertian bahwa pada tingkat terakhir rakyat memberikan ketentuan dalam masalah-masalah pokok yang mengenai kehidupannya, termasuk dalam menilai kebijaksanaan Pemerintah negara oleh karena kebijaksanaan tersebut menentukan kehidupan rakyat¹¹.

Selain itu, sistem demokrasi yang telah dikukuhkan melalui amandemen konstitusi haruslah diikuti dengan moralitas atau semangat untuk mewujudkannya oleh penyelenggara negara.¹² Kemudian dalam praktek demokrasi modern, ada nilai kebebasan dan kesedarajatan yang bermuara pada konsep representasi. Teori demokrasi memperkenalkan suatu asumsi bahwa hanya pemerintahan yang representatif yang memiliki legitimasi untuk berkuasa. Ini berkaitan dengan klaim bahwa jajaran elit pemerintah harus bekerja untuk dan atas nama kepentingan rakyat.¹³

Demokrasi yang dianut di Indonesia, yaitu demokrasi berdasarkan Pancasila, masih dalam taraf perkembangan dan mengenal sifat-sifat dan ciri-cirinya terdapat pelbagai tafsiran serta pandangan. Tetapi yang tidak dapat disangkal ialah bahwa beberapa nilai pokok dari demokrasi konstitusional cukup jelas tersirat di dalam UUD 1945 secara eksplisit dua prinsip yang menjiwai naskah itu, dan yang dicantumkan dalam Penjelasan UUD 1945 mengenal Sistem Pemerintahan Negara yaitu:

- a. Indonesia ialah negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*). Negara indonesia berdasarkan atas Hukum (*rechtstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machtstaat*).
- b. Sistem Konstitusional. Pemerintahan berdasarkan atas sistem Konstitusi (Hukum Dasar), tidak bersifat absolutisme (kekuasaan yang tidak terbatas).¹⁴

Padmo Wahjono menjelaskan kesamaan dengan pendapat di atas, adapun unsur-unsur terpenting dalam demokrasi adalah:

¹⁰ Yudi Latief, *Menuju Revolusi Demokratik*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2004, h. 110-111

¹¹ Deliar Noer dalam Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi Indonesia*. Jakarta, PT. Rineka Cipta, 2003 h. 2.

¹² Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2009, h.380

¹³ M Ryaas Rasyid, *Makna Pemerintahan*, Jakarta, Mutiara Sumber Widy, 2002 h. 49

¹⁴ Miriam Budiarjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008, h.106

- a. Setiap demokrasi, kedudukan warga negaranya sama, setiap warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu tanpa kecuali;
- b. Setiap demokrasi, memberikan kebebasan dalam penyaluran aspirasi rakyat. Kemerdekaan berserikat dan berkumpul dan mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya diatur dengan Undang-Undang.¹⁵

Akan tetapi harus ada yang diingat mengenai konstitusi dan demokrasi, bahwa tidak ada di dunia ini konstitusi yang sempurna dan dapat disetujui isinya oleh semua orang. Di dalam negara demokrasi, perbedaan dan kontroversi adalah keniscayaan, sekurang-kurangnya hampir dapat dipastikan adanya pandangan yang berbeda, namun memang dari perbedaan-perbedaan pandangan itulah demokrasi menjadi penyaring untuk mencapai hasil melalui prosedur hukum yang sah.¹⁶

Lambat laun sebenarnya demokrasi di Indonesia, terutama dalam pemilihan kepala daerah menuntun masuk ke dalam era kapitalisme politik. Kapitalisme politik, dalam kerangka menyempurnakan kapitalisme ekonomi, kemungkinan akan menemui momentumnya, dan di kemudian hari tidak mustahil akan menjadi problem baru. Hal ini senada dengan teori 'MPM' atau *Money-Power-More Money*. Teori ini mengingatkan akan arti pentingnya pengaruh kapital dalam proyek demokrasi yang ujung-ujungnya kelas menengah yang diuntungkan. Di titik itulah kewaspadaan publik tetap harus terjaga, agar Pilkada yang agak berbau kapitalistik ini tidak menimbulkan eksekse melunturkan *interest* kepala daerah ke publik.

Mekanisme rekrutmen kepala daerah merupakan salah satu dimensi dalam meningkatkan kualitas demokrasi di tingkat lokal. Penerapan mekanisme pemilihan langsung tidak dengan sendirinya akan menjamin terjadinya peningkatan kualitas demokrasi. Karena itu, penerapan mekanisme pemilihan langsung harus didukung perubahan konteks. Konteks ini meliputi:

- a. Budaya politik masyarakat, dalam artian perlu ada pelembagaan demokrasi sebagai aturan main yang disepakati semua pihak melalui pendidikan politik sehingga masyarakat tidak sekedar menjadi alat mobilisasi bagi kepentingan elit. Di sisi lain masyarakat pun harus mulai dibangkitkan kesadaran dan efikasi politiknya sehingga kepentingan publik tidak lagi dimanipulasi menjadi segelintir elit.

¹⁵ Padmo Wahjono dalam Subandi Al Marsudi, *Pancasila dan UUD/45 dalam Paradigma Reformasi*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2006, h. 93

¹⁶ Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2010, h.115.

- b. Pola pengorganisasian partai politik cenderung sentralistis dalam struktur internalnya, yang tampak dari maraknya politik “restu” dari DPP dalam penentuan calon kepala daerah. Konteks ini perlu diubah untuk membentuk partai politik lokal sebagai sarana artikulasi isu-isu di tingkat lokal sekaligus sarana rekrutmen politik yang mandiri sehingga mampu memunculkan figure-figur kepala daerah yang aspiratif.
- c. Politik aliran dalam dinamika politik lokal akan mengarah kepada disintegrasi dan instabilitas. Perubahan mekanisme dari perwakilan menjadi langsung akan berimbas pada perubahan pola hubungan pusat dan daerah juga hubungan eksekutif dan legislatif di daerah. Selanjutnya perubahan fundamental ini akan mengarah kepada perubahan landasan politik dan perkembangan dari daerah yang bersangkutan. Dengan pemilihan langsung, kepala daerah akan terikat secara moral, ideologis, dan politik terhadap apapun yang menjadi tuntutan masyarakat lokal, tanpa memperhatikan konteks nasional.

Secara sosiologis, masyarakat pemilih di daerah masih terfragmentasi ke dalam politik aliran, sehingga pemilihan langsung berpotensi memicu disintegrasi di tingkat lokal. Seperti dalam beberapa kasus pemilihan kepala desa, pemilihan langsung bukan menjadi sarana untuk menciptakan stabilitas, tetapi bisa menjadi sumber utama instabilitas yang berkepanjangan di daerah, baik sebelum maupun pasca pemilihan.

Pola rekrutmen politik juga tidak mampu menyeleksi pemain-pemain politik baru yang lebih baik sehingga sangat banyak muncul politisi yang tidak kapabel bahkan tidak kalah korupnya dengan pemain-pemain lama. Ada kesan bahwa pola rekrutmen politik hanya membuka pintu bagi mereka yang pada masa lalu tidak sempat melakukan korupsi karena tidak punya peluang.¹⁷

Pemilihan kepala daerah secara langsung akan punya makna dan efektif dalam mengembalikan legitimasi politik jika didukung oleh prakondisi-prakondisi sebagai berikut:

- a. Secara prosedural demokratis; mekanismenya demokratis (termasuk penetapan syarat-syarat calon, mekanisme pencalonan, penghitungan suara yang transparan dan adil); aturan main dalam bentuk perundang-undangan yang demokratis (disepakati seluruh pihak); revisi sistem pemilu secara distrik, sehingga keterwakilan lebih terjamin; pola pengorganisasian parpol yang desentralistis; isu-isu lokal dalam kampanye pemilu lokal.

¹⁷ Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, h.182

- b. Secara substantif demokratis; ada ruang publik yang terbuka dan inklusif bagi partisipasi public; ada penguatan institusi demokrasi lokal (partai politik, pers, dan LSM yang independen), ada dinamika politik lokal yang konkrit dan murni.¹⁸

Di sisi lain, sebenarnya Pilkada langsung memang bisa melahirkan problem kelembagaan baru yang disuatu titik nanti bisa menodai demokrasi lokal. Itu terjadi karena kepala daerah yang dihasilkan dari sistem Pilkada langsung posisinya akan semakin kuat, begitu pula dalam hal legitimasinya¹⁹.

Peta transisi demokrasi Indonesia masih dipenuhi kondisi paradoksial dan *chaotic*. Imaji transisi demokrasi adalah imaji yang belum sepenuhnya *establish*. Kemudian dikonstruksi oleh para elite politik yang karena kredibilitasnya di mata media telah diberi peran sebagai pemberi makna utama akan sebuah realitas politik. Demokrasi yang divisualkan dalam bentuk intrik, koalisi, mobilisasi, negosiasi dan konsolidasi hanya sekedar mengisi euphoria kebebasan masa transisi. Jika wajah reformasi hanya seperti itu, justru mengancam proses reformasi itu sendiri. Keadaan ini diperparah dengan lemahnya sistem hukum, birokrat dan penegak hukum. Akibatnya krisis ekonomi dan politik saling berkelindan hingga pemulihan kepercayaan publik terhadap sistem kenegaraan berjalan di tempat.²⁰ Perlu adanya keseimbangan antara mereka yang berkuasa dengan yang dikuasai. Di dalamnya ada partisipasi aktif segenap layanan masyarakat hingga terjadi sebuah dialektika yang sehat dan cerdas.²¹

Pengaruh terhadap Birokrasi Pusat dan Daerah

Pergeseran sistem politik yang telah dijelaskan sebelumnya memiliki implikasi terhadap hubungan birokrasi antara pemerintah pusat dan daerah, tidak linearnya induk politik antara pusat dengan daerah seringkali menghambat koordinasi antara pusat dan daerah. Bagaimana tidak, informasi yang diperintahkan pusat bisa saja tidak dilaksanakan bahkan diabaikan oleh daerah karena hanya motif-motif politis akibat tidak linearnya antara pemerintah pusat dan daerah.

Hal tersebut di atas bisa jadi bereffek kepada penerapan nilai dasar desentralisasi. Desentralisasi seyogyanya diwujudkan dengan pembentukan daerah otonom dan penyerahan kewenangan untuk menyelenggarakan urusan-

¹⁸ Dede Mariana dan Caroline P, *Demokrasi dan Politik Desentralisasi*, Bandung, Graha Ilmu, 2007 h. 34-35

¹⁹ Amirudin dan A. Zaini Bistri, *Pilkada Langsung (Problem dan Prospek)*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005, h 29-31.

²⁰ H. Ali Masykur Musa, *Lompatan Demokrasi Pasca Perubahan UUD 1945*, Jakarta, Konstitusi Press, 2009, h.35

²¹ Faisal Baasir, *Etika Politik, pandangan seorang politisi muslim*, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan, 2003, h..4

urusan pemerintahan yang telah diserahkan atau diakui sebagai domain rumah tangga daerah otonom tersebut. Dikaitkan dengan nilai dasar konstitusi tersebut, penyelenggaraan desentralisasi di Indonesia terkait erat dengan pola pembagian kewenangan antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Hal ini karena dalam penyelenggaraan desentralisasi selalu terdapat dua elemen penting, yakni pembentukan daerah otonom dan penyerahan kewenangan secara hukum dari pemerintah pusat ke pemerintah daerah untuk mengatur dan mengurus bagian-bagian tertentu urusan pemerintahan.

Ditinjau dari sudut hubungan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah dapat dilihat dari adanya hubungan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Kebijakan desentralisasi dimaksudkan untuk memberikan kewenangan kepada daerah untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri dalam ikatan negara kesatuan Republik Indonesia. Bahwa tanggung jawab akhir dari penyelenggaraan urusan-urusan pemerintahan yang diserahkan kepada daerah adalah menjadi tanggung jawab Pemerintah Pusat karena *externalities* (dampak) akhir dari penyelenggaraan urusan tersebut akan menjadi tanggung jawab negara. Peran Pusat dalam kerangka otonomi daerah akan banyak bersifat menentukan kebijakan makro, melakukan supervisi, monitoring, evaluasi, kontrol dan pemberdayaan (*capacity building*) agar daerah dapat menjalankan otonominya secara optimal. Sedangkan peran daerah akan lebih banyak pada tataran pelaksanaan otonomi tersebut. Dalam melaksanakan otonominya daerah berwenang membuat kebijakan daerah. Kebijakan yang diambil daerah adalah dalam batas-batas otonomi yang diserahkan kepadanya dan tidak boleh bertentangan dengan Peraturan Perundangan yang lebih tinggi yaitu norma, standard dan prosedur yang ditentukan Pusat. Pemerintahan daerah dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan memiliki hubungan dengan pemerintah pusat dan dengan pemerintahan daerah lainnya. Hubungan tersebut meliputi:

- a). Hubungan wewenang;
- b). Keuangan;
- c). Pelayanan umum;
- d). Pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya.

Paham kerakyatan dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan yang desentralistik menjadi ciri atau karakter susunan pemerintahan Indonesia dalam menghargai pluralitas atau golongan-golongan yang beraneka ragam. Hak melakukan pemerintahan sendiri yang dilakukan menurut dasar “memandang dan

mengingati dasar dan permusyawaratan dalam sistem permusyawaratan negara, menurut Bagir Manan hanya mungkin terlaksana kalau daerah mempunyai hak mengatur dan mengurus sendiri sebagian urusan pemerintahan sebagai urusan rumah tangganyadalam arti penuh (termasuk asas-asasnya) maupun sebagian (hanya terbatas pada cara-cara penyelenggaraannya).²²

Ada dua tujuan utama yang ingin dicapai melalui kebijakan desentralisasi yaitu tujuan politik sebagai refleksi dari proses demokratisasi dan tujuan kesejahteraan. Tujuan politik akan memposisikan Pemda sebagai medium pendidikan politik bagi masyarakat di tingkat lokal yang pada gilirannya secara agregat akan berkontribusi pada pendidikan politik secara nasional untuk mempercepat terwujudnya *civil society*.

Sedangkan tujuan kesejahteraan akan memposisikan Pemerintah daerah sebagai unit pemerintahan di tingkat lokal yang berfungsi untuk menyediakan pelayanan publik secara efektif, efisien dan ekonomis untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat lokal. Pelayanan yang disediakan Pemerintah daerah kepada masyarakat ada yang bersifat regulative (public regulations) seperti mewajibkan penduduk untuk mempunyai KTP, KK, IMB dan sebagainya. Sedangkan bentuk pelayanan lainnya adalah yang bersifat penyediaan *public goods* yaitu barang-barang untuk memenuhi kebutuhan masyarakat seperti jalan, pasar, rumah sakit, terminal dan sebagainya. Apapun barang dan regulasi yang disediakan oleh Pemda haruslah menjawab kebutuhan warganya. Tanpa itu, Pemda akan kesulitan dalam memberikan akuntabilitas atas legitimasi yang telah diberikan warga kepada Pemerintah daerah untuk mengatur dan mengurus masyarakat. Untuk itulah maka seluas apapun otonomi atau kewenangan yang dilaksanakan oleh Daerah, kewenangan itu tetap ada batas-batasnya, yaitu rambu-rambu berupa pedoman dan arahan, serta kendali dari Pemerintah Pusat, baik berupa UU, PP, atau kebijakan lainnya.

KESIMPULAN

Pergeseran sistem politik saat ini memasuki era oligarki memberikan eksese kepada pola hubungan birokrasi pusat dan daerah. Tidak linearnya induk politik antara pusat dan daerah hendaknya tidak menyeret para birokrat untuk masuk ke dalam politik praktis demi kekuasaan. Birokrat seharusnya berada dalam jalur

²² Ibnu Tricahyo, *Reformasi Pemilu*, In-Trans Publishing, Malang, 2009, h. 20

yang benar sesuai dengan perintah konstitusi, Undang-Undang dan ketentuan yang menyertainya. Sesuai dengan semangat reformasi birokrasi, maka saat ini birokrat harus memegang teguh asas dan prinsip yang telah ditanamkan, professional, bersih dan tidak berpihak. Penegakan moralitas atau etika akan berdampak penting bagi kehidupan bangsa dan bernegara, yaitu dimana kepentingan-kepentingan umum dapat terealisasi dan kepentingan personal juga terlahir, diperlukan adanya pranata politik yang berwibawa. Dengan demikian apabila birokrat di Indonesia telah berhasil membebaskan diri dari kepentingan-kepentingan politik penguasa yang kerap kali berubah ubah secara cepat karena sebab-sebab politis, maka sebenarnya pergeseran sistem politik di Indonesia tidak akan berakibat secara signifikan antara pemerintah pusat dan daerah karena sudah adanya kesamaan niat yang baik dari keduanya guna membangun pola birokrasi yang bersih dan dinamis. Solusi yang menjadi jalan keluar dari permasalahan yang telah diuraikan adalah reformasi birokrasi. Birokrat yang dalam hal ini menjalankan roda pemerintahan seharusnya dapat bersikap professional dan bebas dari kepentingan-kepentingan politik penguasa semata. Pembentukan karakter birokrat yang professional, bersih dan netral inilah yang dapat membebaskan birokrat dari tekanan penguasa.

Birokrasi adalah ujung tombak dari pelaksanaan kekuasaan pemerintahan. Dalam praktek, peran birokrasi sangatlah besar, sehingga ada yang menyejajarkan kekuasaan birokrasi dengan tiga kekuasaan kenegaraan (eksekutif, yudisial, legislatif) dan menyebut birokrasi sebagai kekuasaan ke empat. Sebagai ujung tombak kekuasaan pemerintahan, pada birokrasilah bertemu secara nyata penggunaan kekuasaan pemerintahan dengan warga masyarakat yang terhadapnya kekuasaan tersebut ditujukan. Kedudukan birokrasi sebagai sebuah keniscayaan dalam sistem penyelenggaraan kenegaraan, dapat menjadi pedang bermata dua. Birokrasi dapat menjadi dewa penolong bagi warga masyarakat yang membutuhkan pelayanannya. Namun, birokrasi bisa menjadi monster yang kejam, yang setiap saat dapat merampas hak-hak warga masyarakat. Dalam tataran praksis, birokrasi memiliki nilai signifikansi yang tinggi bagi brealisasi realisasi negara hukum demokrasi. Adanya kebutuhan untuk melakukan suatu *bureaucratic reform*, tidak dapat dipungkiri lagi. Perubahan visi birokrasi dari “yang dilayani,” menjadi yang melayani” masih sebatas ucapan. Namun demikian upaya tersebut telah berjalan, semoga saja tidak lama lagi akan membuahkan hasil yang bermanfaat bagi pola birokrasi pusat dan daerah tanpa terpengaruh dengan adanya pergeseran sistem politik di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

- Amirudin dan A. Zaini Bistri, 2005, *Pilkada Langsung (Problem dan Prospek)*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Amirudin & Zainal Asikin, 2004, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada,
- Budiyanto, 2003, *Dasar-Dasar Ilmu Tata Negara*, Jakarta, Erlangga
- Dede Mariana dan Caroline P, 2007, *Demokrasi dan Politik Desentralisasi*, Bandung, Graha Ilmu.
- Deliar Noer dalam Mahfud MD, 2003, *Demokrasi dan Konstitusi Indonesia*, Jakarta, PT. Rineka Cipta.
- Faisal Baasir, 2003, *Etika Politik, pandangan seorang politisi muslim*, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan.
- Harjono, 2009, *Transformasi Demokrasi*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- H. Ali Masykur Musa, 2009, *Lompatan Demokrasi Pasca Perubahan UUD 1945*, Jakarta, Konstitusi Press.
- Ibnu Tricahyo, 2009, *Reformasi Pemilu*, Malang, In-Trans Publishing,
- Miriam Budiarjo, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Moh. Mahfud MD., 2009, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: Rajagrafindo Persada.
- _____, 2010, *Perdebatan Hukum Tata Negara*, Jakarta, Rajawali Pers.
- _____, 2010, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: Rajagrafindo Persada.
- M Ryaas Rasyid, 2002, *Makna Pemerintahan*, Jakarta, Mutiara Sumber Widya.
- Padmo Wahjono dalam Subandi Al Marsudi, 2006, *Pancasila dan UUD'45 dalam Paradigma Reformasi*, Jakarta: Rajagrafindo Persada.
- Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana,.
- Reza Wattimena, 2007, *Melampaui Negara Hukum Klasik*, Yogyakarta: Kanisius.
- Soerjono Soekanto, 1984, Jakarta, *Pengantar Penelitian Hukum*,.
- Yudi Latief, 2009, *Menuju Revolusi Demokratik*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.

Mengurai Kerangka Legislasi Sebagai Instrumen Perwujudan Hak Asasi Manusia

Unraveling Legislation Framework as an Instrument for Realization of Human Rights

Nurrahman Aji Utomo

Komisi Nasional Hak Asasi Manusia
Jl Latuharhary No. 4B, Menteng, Jakarta Pusat 10310
E-mail: nurrahmanajiutomo@gmail.com

Naskah diterima: 02/06/2016 revisi: 20/11/2016 disetujui: 26/11/2016

Abstrak

Kajian ini berupaya untuk mencermati fungsi pembentukan Undang-Undang (legislasi) sebagai rahim lahirnya instrumen perwujudan hak asasi manusia. Konsentrasi pada periode program legislasi nasional 2010-2014, untuk mengetahui keterjaminan dan keberlakuan nilai, prinsip hak asasi manusia dalam Undang-Undang yang lahir dalam periode tersebut. Kajian dilakukan dengan membenturkan proses pembentukan Undang-Undang, pelembagaan dan Undang-Undang yang dilahirkan dengan tanggung jawab negara terhadap hak asasi manusia. Metode dan pendekatan yang digunakan dalam kajian berada pada jenis kajian normatif atau doktrinal yang bertujuan memberikan penjelasan sistematis dari peraturan, kemudian menganalisis hubungan antara legislasi dan perwujudan hak asasi manusia sebagai tanggung jawab negara. Beberapa pendekatan yang digunakan antara lain pendekatan peraturan perundang-undangan, pendekatan konseptual dan pendekatan kasus. Relasi antara pembentukan Undang-Undang dengan perwujudan hak asasi manusia, berada pada tanggung jawab negara yang dapat terlihat dari politik hukum sebuah Undang-Undang. Pencermatan terhadap proses mengurai setiap tahapan yang berimbang terhadap kadar formal, selanjutnya analisis terhadap Undang-Undang yang mencakup isu hukum, pola pengaturan norma, model tanggung jawab negara dan pelembagaannya. Berlanjut dari itu, refleksi terhadap proses legislasi menemukan penerapan yang tidak tepat dalam pembatasan hak, konteks intervensi pemerintah dan penerapan hukum. Untuk mengurainya diperlukan pendekatan berbasis hak dalam kerangka pembentukan undang-undang.

Kata Kunci: Legislasi, Hak Asasi Manusia.

Abstrack

This study seeks to examine the performance of legislation (lawmaking function) as the realization of human rights instruments. Scrutiny on the program period 2010-2014 national legislation, to determine the validity of the assuredness and values, human rights principles in the Law that were born in that period. The study was conducted by banging the process of formation of the Law, institutionalization are born by the state's responsibility for human rights. The methods and approaches used in the study are in the type of normative or doctrinal study which aims to provide a systematic explanation of the rules, then analyzed the relationship between legislation and the realization of human rights as a state responsibility. Several approaches are used, among others, the statutory approach, the conceptual approach and the approach of the case. The relation between the lawmaking function with the realization of human rights, are in the state's responsibility to look out of the politics of law. To parse each stage process that impact on the formal level, further analysis of the Law to include legal issues, regulatory patterns, models of responsibility of the state and its institutionalization. Proceeding from it, reflect on the process of legislation discover improper application of the limitation of the right, the context of government intervention and the application of the law. Collapsed it required for rights-based approach within the framework of law making function.

Keywords: *Lawmaking Function, Human Rights*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Hubungan Peraturan Perundang-Undangan dengan Negara terletak pada dijaminnya hak-hak warga negara dalam tujuan negara, sehingga upaya untuk mencapai tujuan negara yang dilakukan oleh pemerintah tidak meniadakan, mengesampingkan ataupun melanggar hak-hak warga negara. Berlanjut dari itu, penegakan dan perlindungan hak-hak dimaksud harus dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.¹ Pembentukan peraturan perundang-undangan (legislasi) menjadi salah satu kunci dalam terjaminnya hak-hak warga negara yang merupakan bagian dari HAM. Berbarengan dengan itu, pembatasan HAM melalui prasyarat dan prakondisi tertentu dibolehkan dan ditetapkan dengan Undang-Undang.² Alhasil, Undang-Undang mempunyai posisi

¹ Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 "untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan".

² Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang... "

yang menentukan dan berhubungan secara langsung terhadap penghormatan, pemenuhan dan perlindungan hak asasi manusia (HAM). Undang-Undang (UU) sebagai salah satu peraturan perundang-undangan mempunyai posisi ideal untuk meletakkan kewajiban Negara terhadap HAM. Lazimnya, UU merupakan produk bersama dari Presiden dan DPR, dan berperan dalam hierarki tata urutan peraturan perundang-undangan sebagai dasar hukum dari peraturan perundang-undangan dibawahnya. Sekaligus untuk menekankan posisi penting UU, yang terlahir dari silang kewenangan antara kadar legitimasi parlemen sebagai representasi perwakilan rakyat dengan pelaksana pemerintahan yang tertinggi.

Korelasi antara pembentukan UU dan HAM terlahir dengan bentuk sebuah norma yang diharapkan mempunyai validitas formal dan efektifitas materil. Maksudnya, Undang-Undang yang dilahirkan oleh proses legislasi secara jelas mempunyai sifat berlaku secara umum dan mengikat umum. Adapun keberlakuan norma didalam Undang-Undang terletak kepada kesesuaian kebutuhan norma dan HAM sebagai kewajiban Negara. Menggaris bawahi, bahwa adanya Undang-Undang tidak serta merta mempunyai nilai kemanfaatan, kepastian dan keadilan secara berbarengan, namun kemanfaatan dan keadilan menjadi cerminan adanya nilai-nilai HAM dalam substansi Undang-Undang. Adapun bahasan tentang proses pembentukan UU (legislasi) turut membahas nilai-nilai HAM yang mendasarinya.

Merujuk pada proses legislasi di Indonesia, terdapat tiga jalur atau mekanisme lahirnya sebuah Undang-Undang, yakni melalui Prolegnas (program legislasi nasional), DKT (daftar kumulatif terbuka),³ dan non-Prolegnas.⁴ Adanya mekanisme tersebut sebenarnya merupakan representasi dari klasifikasi atau daftar rencana Undang-Undang. Prolegnas merupakan instrumen perencanaan yang berisi daftar nama RUU, adapun DKT berisi materi RUU yang masih umum atau abstrak namun dibatasi dalam lima hal yang pemenuhannya dianggap dapat terjadi sewaktu-waktu, sedangkan non-Prolegnas merupakan RUU yang tiba-tiba masuk menjadi bahasan, karena inisiatif dari Presiden ataupun DPR yang dianggap dapat memenuhi kebutuhan hukum masyarakat secara cepat.

Untuk lebih jelasnya melihat Produksi Undang-Undang dalam Prolegnas 2009-2014, secara angka dapat dilihat dalam skala tahunan melalui tabel berikut :

³ Baca, Pasal 23 ayat (1) UU 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

⁴ Baca, Pasal 23 ayat (2) UU 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Tabel 1. Prolegnas 2010-2014 Dalam Angka

Produksi UU		2010	2011	2012	2013	2014	Jumlah
Tahun							
Prolegnas		5	20	9	8	26	68
Non Prolegnas		1		1		2	4
Daftar Kumulatif Terbuka	Pengesahan Perjanjian Internasional	2	1	6	2	6	17
	Akibat Putusan MK						
	APBN	4	3	3	3	3	16
	P3 Daerah Provinsi/Kab/Kota			5	11	3	19
	Pencabutan Penetapan Perppu	1				1	2
Jumlah		13	24	24	24	41	126

Sumber: Sekretaris Negara diolah oleh Penulis.

Prolegnas 2010-2014 mengesahkan 126 UU, di antaranya 68 UU berdasar prolegnas dan 54 UU dari daftar kumulatif terbuka (DKT) sedangkan diluar prolegnas terdapat 4 UU. Capaian ini sebenarnya masih jauh dari harapan Prolegnas 2010-2014 dengan 247 RUU.⁵ Meskipun dapat dipahami bahwa Prolegnas merupakan sebuah instrumen rencana dan bukan capaian jumlah yang menjadi ukuran berhasil tidaknya pembangunan hukum melalui Prolegnas. Untuk itu menggeser pemahaman kuantitas menjadi kualitas legislasi dengan mengedepankan kemanfaatan dan keberlakuan dari sebuah UU merupakan hal yang penting, salah satunya dengan melihat perspektif HAM dalam legislasi baik dalam proses maupun substansi.

B. Rumusan Masalah

Mencermati proses Legislasi yang berlangsung pada tahun 2010-2014, dapat diketahui dengan lahirnya beberapa Undang-Undang yang direncanakan tiap lima tahunan ataupun tahunan (prioritas), sementara itu produktifitas legislasi juga menysasar pada RUU Daftar Kumulatif Terbuka, terutama tentang Pembentukan Daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota, pengesahan perjanjian internasional, maupun tentang APBN. Jauh dari kuantitas tidak juga menjamin adanya kualitas, dalam arti dengan adanya jumlah yang berkurang, tidak juga otomatis mempunyai daya keberlakuan yang tepat dengan kebutuhan masyarakat. Berpijak dari uraian dimaksud, pertanyaan yang akan dijawab dalam kajian ini berada di lingkup capaian Prolegnas 2010-2014 yang dihadapkan dengan upaya penghormatan, pemenuhan, dan perlindungan HAM. Kajian ini mengupas dan mencermati proses pembentukan

⁵ Daftar RUU Program Legislasi Nasional 2010-2014, 247 RUU merupakan gabungan RUU yang diusulkan oleh Presiden maupun DPR.

Undang-Undang periode Prolegnas 2010-2014 untuk mengetahui keterjaminan dan keberlakuan nilai-nilai HAM dalam pembentukan Undang-Undang. Selanjutnya mengurai proses pembentukan Undang-Undang, yang mencakup pengaturan dan pelembagaan yang dibenturkan dengan temuan yang ada terhadap tanggung jawab negara terhadap HAM.

C. Metode Penelitian

Berpijak pada keterkaitan antar obyek kajian, yakni hukum dan HAM, maka pencermatan terhadap praktik kajian dengan obyek HAM mutlak diperlukan. Karakter hukum internasional yang mendominasi kajian HAM layak untuk ditinjau ulang, hal tersebut dikarenakan luasnya cakupan dari topik maupun pendekatan yang digunakan.⁶ Tolak tarik pendekatan praktisi hukum dan cara pandang sosial, mengaburkan cara pandang yang tepat untuk mencapai hasil yang efektif. Adapun pendekatan praktisi hukum, cenderung kaku dalam menyesuaikan logika pasal dalam sebuah aturan dengan konsep hak asasi manusia. Sedangkan ilmuwan sosial berusaha memahami dan menjelaskan fenomena sosial, namun mempunyai resiko untuk mengabaikan dan/atau salah menafsirkan hukum yang berlaku.⁷ Refleksi akan hal tersebut tersebut seringkali diabaikan. Untuk itu metode kajian hak asasi manusia bergantung kepada pendekatan, bagaimana menemukan informasi yang relevan, bagaimana mengaturnya, dan bagaimana menginterpretasi hasilnya, serta yang tidak kalah penting adalah tidak adanya kontradiksi antara metode dan substansi.

Untuk itu, analisa terhadap proses pembentukan Undang-Undang perlu diimbangi dengan konsep hak asasi manusia yang mendasari pemberlakuan Undang-Undang. Penelitian hukum doktrinal, yang dijelaskan Hutchinson sebagaimana dikutip oleh Peter Mahmud, memberikan tawaran yang sesuai dengan kebutuhan tersebut. Penelitian doktrinal menurut Hutchinson yakni *“Research which provides a systematic exposition of rules governing a particular legal category, analyses the relationship between rules, explain areas of difficulty and perhaps, predict future development”*.⁸ Aplikasi konsep dari Hutchinson, kajian ini diawali dengan memberikan penjelasan secara sistematis dari pembentukan Undang-Undang, kemudian menganalisis hubungan yang terjadi di dalam HAM dan hukum, hingga menjelaskan dari kesulitan yang dihadapi dan memberikan

⁶ Fons Cooman *et al*, *Methods of Human Rights Research*, Human Rights Quarterly, Vol. 32, No. 1 (Feb., 2010), pp. 179-186, The Johns Hopkins University Press.

⁷ *Ibid*, Fons Cooman *et al*, h.

⁸ Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Penelitian Hukum*. Jakarta, Kencana, h. 35

saran untuk kedepannya. Penelitian ini bersifat deskriptif-preskriptif, sehingga paparan temuan penelitian diteruskan dengan arahan untuk memberikan sikap dan solusi.

Menurut Peter Mahmud, dalam penelitian hukum terdapat beberapa pendekatan.⁹ Pendekatan digunakan untuk mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai permasalahan. Adapun pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini mencakup beberapa pendekatan yang relevan dengan permasalahan, antara lain pendekatan konsep dan pendekatan perundang-undangan. Pendekatan konseptual berusaha menguraikan permasalahan mengenai hubungan antara Negara, Hukum dan HAM ditinjau dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin hukum terkait. Adapun pendekatan perundang-undangan diperlukan untuk mencari norma yang implisit dan eksplisit dalam aturan terkait, dan pemaknaannya untuk mencari *ratio legis*¹⁰ dan dasar ontologis.¹¹

Jenis data yang dikumpulkan dan menjadi bahan analisis adalah data sekunder, bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Pencarian data sekunder dilakukan dengan menelaah studi, kajian dan terbitan yang terkait dengan tema besar prolegnas maupun tema-tema sektoral dalam UU. Adapun data sekunder dan bahan hukum digunakan untuk menunjang studi pustaka. Studi pustaka dilakukan terhadap bahan hukum primer yakni Undang-Undang beserta rasio pembentukannya, untuk itu dalam penelitian ini kami memilih 4 (empat) Undang-Undang, sebagai representasi hak sipil politik dan hak ekonomi sosial budaya. Pola yang digunakan adalah potensi dari akses keberadaan UU dimaksud, apakah tanggung jawab negara terhadap HAM telah dilaksanakan atau diabaikan.¹² Adapun UU yang dimaksud antara lain:

- a. Undang-Undang No 17 Tahun 2011 Tentang Intelijen Negara;
- b. Undang-Undang No 18 Tahun 2012 tentang Pangan;
- c. Undang-Undang No 17 Tahun 2013 Tentang Organisasi Masyarakat;
- d. Undang-Undang No 24 Tahun 2013 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan.

Pemilihan UU tersebut menggunakan rasio, bahwa keberlakuan UU *a quo*¹³ mempengaruhi kewajiban negara terhadap HAM.

⁹ *op cit*, Peter Mahmud, h. 93

¹⁰ *Ratio legis*, merupakan menjelaskan tentang asas hukum, dasar hukum sebuah peraturan perundang-undangan. Secara sederhana, dapat difahami sebagai maksud dan tujuan dari adanya aturan.

¹¹ Ontologi membahas tentang apa yang ingin kita ketahui, seberapa jauh kita ingin tahu, atau, dengan perkataan lain, suatu pengkajian mengenai teori tentang "ada". Ontologi merupakan bahasan mengenai objek yang ingin kita telaah. Kemudian, bagaimana dengan objek penelaahan ilmu secara umum. Baca, Suriasumantri, J. (2007). *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*., Jakarta: Sinar Harapan.

¹² Berdasar Pasal 28f ayat (4) UUD 1945, "perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan HAM adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah".

¹³ *a quo* berarti bersangkutan.

PEMBAHASAN

Pemahaman dan konsep hak asasi manusia didasarkan kepada serangkaian hak-hak yang dimiliki manusia karena ia manusia, bukan diberikan oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif.¹⁴ Hak asasi manusia ada karena seseorang tersebut adalah manusia, makhluk ciptaan Tuhan, sehingga hak asasi manusia melekat diri manusia selama orang tersebut masih hidup. Berbeda dengan dengan konsep hak konstitusional maupun hak warga negara, yang mendudukan konsep hak yang lahir karena diatur oleh konstitusi ataupun diberikan karena orang tersebut adalah warga negara. Konsep hak asasi dimaksud, jika dirunut dari sejarahnya, asal-usulnya sangat dipengaruhi oleh teori hak kodrati (*natural rights theory*).¹⁵ Menurut Grotius, yang mengembangkan teori hukum kodrati (*natural law theory*), dengan memutus asal-usul teistik dan membuatnya menjadi pemikiran sekuler yang rasional.¹⁶ Hal tersebut dikuatkan dengan konsep John Locke, setiap individu dikaruniai setiap individu dikaruniai oleh alam hak yang melekat atas hidup, kebebasan, dan kepemilikan, yang tidak dapat dicabut oleh negara. Dalam kontrak sosial menurut John Locke, membuka peluang bagi individu untuk mendapatkan perlindungan atas hak-haknya dari negara.¹⁷

Gagasan hak asasi manusia yang berbasis teori hak kodrati mendapat kritik oleh banyak pihak, salah satunya oleh Bentham seorang filsuf *utilitarian*, yang menganggap teori hak kodrati tidak bisa dikonfirmasi dan diverifikasi keberadaannya.¹⁸ John Austin memperkuat kritik tersebut dengan menunjukkan eksistensi dan isi hak hanya dapat diturunkan dari hukum negara, satu-satunya hukum yang sah adalah perintah dari yang berdaulat.¹⁹ Berlanjut dari perdebatan dimaksud, eksistensi hak asasi manusia semakin diakui oleh masyarakat internasional, hal itu ditandai dengan pengesahan *International Bill of Human Rights* atau yang dikenal dengan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Sejalan dengan pengakuan masyarakat internasional, prinsip-prinsip hak asasi manusia melengkapi konteks internasional, prinsip tersebut antara lain: Universal, Setara, Nondiskriminasi, *interrelated* (saling berkait), *interdependent* (saling bergantung) dan *indivisible* (tidak dapat dipisahkan). Masyarakat internasional sadar akan

¹⁴ Knut D Asplund et al, 2008, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Pusham UII, Yogyakarta. h. 7

¹⁵ *Ibid*, h. 8

¹⁶ *Ibid*

¹⁷ *Ibid*

¹⁸ *Ibid*, h. 9

¹⁹ John Austin, 1995, *The Province of Jurisprudence Determined*, W. Rumble (ed.), Cambridge University Press. Cambridge, First Published 1832.

kesenjangan yang akan lahir tatkala konteks internasional hak asasi manusia diturunkan dalam hukum nasional, sehingga Untuk memberi panduan yang berisi cakupan-cakupan, karakteristik, dan cara membaca konvensi, maka interpretasi otoritatif dari Badan atau Komite PBB terkait hak-hak terkait dalam bentuk Komentar Umum,²⁰ yang bersifat sebagai *soft laws* yang tidak mengikat secara hukum.

Terkait pada dualisme konsep hak asasi manusia, yakni dalam hukum dan moral, Habermas memosisikannya lingkup hukum yang akan berlaku dalam masyarakat dan penjabaran moral sebagai gagasan yang nantinya akan memperkaya kerangka konsep hak asasi manusia.²¹ Gagasan moral sangat penting dalam menjustifikasi konsep hak asasi manusia, akan tetapi kurang memperhitungkan hal detail. Senada dengan hal tersebut, diharapkan konsep hak asasi manusia menyebar dalam struktur norma hukum untuk mendapatkan keberlakuan dari bentuk dan fungsi hukum. Hal tersebut dapat diartikan bahwa konsep hak asasi manusia sangat bergantung pada struktur dan bentuk hukum modern, lebih dalam daripada itu relasi antara hukum dan moral berada pada proses pembentukan undang-undang.²²

Hukum nasional mulai menyadari dan mengakui konsep internasional hak asasi manusia dengan adanya beberapa instrumen hukum. Berawal dengan Ketetapan MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, yang didalamnya memuat sikap bangsa Indonesia terhadap hak asasi manusia. Kemudian disusul dengan Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Perubahan (amandemen) Undang-Undang Dasar 1945, serta pengesahan konvensi internasional lainnya.²³ Akibat hukum dari instrumen hukum tersebut, menimbulkan konsekuensi terhadap pelaksanaan hak asasi manusia di Indonesia, yakni mengikatkan diri dan mengambil langkah serta kebijakan sebagai kewajiban untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhi (*to fulfill*) hak asasi manusia. Amandemen UUD 1945 telah mengatur kewajiban negara terhadap hak asasi manusia.

²⁰ Komentar Umum (general comment) merupakan interpretasi otoritatif yang berlaku seperti panduan, berisi cakupan, karakteristik dan cara membaca isi konvensi. Dikeluarkan oleh badan atau komite PBB yang membidangi hak-hak terkait.

²¹ Jeffrey Flynn, 2003, *Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue*, Social Theory and Practice, Vol. 29, No. 3 (July 2003), pp. 431-457, Florida State University Department of Philosophy.

²² *Ibid*,

²³ Beberapa konvensi internasional yang telah diratifikasi ke dalam hukum nasional, antara lain: CEDAW (konvensi penghapusan diskriminasi terhadap perempuan), CRC (konvensi tentang hak-hak anak), CAT (konvensi anti penyiksaan) dan CERD (konvensi penghapusan diskriminasi rasial), ICESCR (Kovenan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya), serta ICCPR (Konvensi Hak Sipil Politik).

Amandemen UUD 1945 yang menambahkan pengaturan tentang hak asasi manusia, juga mengatur tentang pelaksanaan dan pembatasan hak asasi manusia. Bahwa negara bertanggung jawab terhadap pelaksanaan hak asasi manusia, lebih khusus dari itu penegakan dan perlindungan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.²⁴ Sementara itu, Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 mengatur pembatasan hak asasi manusia, yang ditetapkan dengan undang-undang, dilakukan dengan beberapa kondisi, yakni dalam pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban masyarakat.²⁵ Pelaksanaan hak asasi manusia yang dituangkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan, menjadi menarik tatkala berhadapan dengan pembatasan hak yang ditetapkan dengan undang-undang. Apakah konsepsi pelaksanaan hak asasi manusia dalam bentuk undang-undang yang hanya mengatur pembatasannya *an sich*, dan pelaksanaan yang tidak dibatasi menjadi hal yang bebas.²⁶ Hal tersebut yang mengarahkan kajian ini untuk mengupas pembentukan undang-undang (legislasi) menjadi aspek yang dikaitkan dengan pelaksanaan hak asasi manusia.

Definisi undang-undang belum dapat ditemukan secara utuh, bahkan penjelasan yang ada hanya menjelaskan bentuk undang-undang dari lembaga pembentuknya,²⁷ dan tidak menyinggung sama sekali tentang substansi dan hal lain yang menjadi karakter sebuah undang-undang. Sebagai penjelasan, Attamimi membagi asas-asas dalam pembentukan undang-undang menjadi asas formal dan asas material.²⁸ Asas formal berada pada lingkup tata cara dan pembentukannya, sedangkan asas material menyangkut isi atau substansi. Lebih dalam lagi, Saldi Isra mendudukan legislasi dalam dua pemahaman.²⁹ Pertama, undang-undang merupakan produk yang lahir dari lembaga yang mempunyai wewenang membentuk Undang-Undang yakni DPR dan Presiden. Kedua, proses legislasi yang merupakan rangkaian beberapa tahapan, antara lain perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan dan pengundangan.³⁰

²⁴ Pasal 28I ayat (4) dan (5) UUD 1945 .

²⁵ Pasal 28J ayat (2) UUD 1945

²⁶ Amartya Sen, *Element of a Theory of Human Rights*, Philosophy & Public Affairs, Vol. 32, No. 4 (Autumn, 2004), pp. 315-356, Wiley.

²⁷ Pasal 1 UU 12/2012 tentang Tata Cara dan Pembentukan Peraturan Perundang-Undang, Undang-undang adalah Peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden.

²⁸ A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden RI Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara (Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi Pengaturan dalam kurun waktu Pelita I – Pelita VI)*, Disertasi Doktor, Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta 1990, h. 322

²⁹ Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi : Menguatnya Model Legislasi Parlemeneter Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta.

³⁰ Baca Pasal 1 (1) UU 12/2012 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang

Terkait kewenangan lembaga yang membentuk undang-undang, Amandemen UUD 1945 membalik kekuasaan membentuk undang-undang yang semula berada pada Presiden dan DPR hanya memberikan persetujuan. Kemudian dengan adanya Amandemen UUD 1945, hal tersebut dibalik menjadi, DPR sebagai pemegang kekuasaan membentuk undang-undang dan Presiden mempunyai hak untuk mengajukan rancangan undang-undang. Latar belakang dari perubahan pelaku kekuasaan membentuk undang-undang, didasari oleh semangat membatasi kekuasaan Presiden dan memperkuat peran DPR.³¹ Peran DPD turut mewarnai proses pembentukan undang-undang, namun terbatas pada hal-hal tertentu.³² Menggaris bawahi kewenangan untuk membentuk undang-undang, maka keberadaan Presiden dan DPD adalah sebagai *co-legislator* yang membantu DPR sebagai pemegang kekuasaan legislasi.³³

Potret atau review terhadap beberapa undang-undang dilakukan untuk mengetahui keterjaminan dan keberlakuan konsep hak asasi manusia dalam sebuah undang-undang. Untuk menilainya, perlu sebuah kacamata yang tepat untuk menentukan kekurangan ataupun kelebihan dalam materi muatan sebuah undang-undang. Luaran dari hal dimaksud melahirkan beberapa unsur, antara lain: isu/masalah hukum yang akan dijawab dengan adanya UU, pola pengaturan didalamnya, model tanggung jawab negara (terhadap perlindungan, pemajuan, pemenuhan, dan pemenuhan HAM), depenalisasi perbuatan dan tujuan pemidanaan (jika ada), dan model pelembagaan (untuk melaksanakan kewenangan atributif dari UU *a quo*).

A. Review Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2013 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan

Semangat Undang-Undang No.23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan adalah menghubungkan pengaturan administrasi kependudukan dengan pelayanan publik yang menjadi tanggung jawab negara. Berdasar hal tersebut, maka permasalahan yang akan dijawab dalam UU 24/2013 berada pada perkembangan kekinian yang terjadi di antara administrasi kependudukan dengan

³¹ Saldi Isra, *op.cit*, h. 179

³² RUU yang terkait dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah; Baca, Pasal 22D UUD 1945 dan Pasal 256 UU 17/2014 tentang MD3.

³³ Jimly Asshidiqie, 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK, Jakarta. h. 120-125

pelayanan publik. Pengaturan berbasis hak yang ada dalam UU *a quo* tercermin dalam konsideran, bahwa negara berkewajiban memberikan perlindungan dan pengakuan terhadap penentuan status pribadi dan status hukum dari tiap peristiwa kependudukan. Pencatatan terhadap penduduk dan warga negara merupakan awal dari pelayanan publik, semisal seseorang yang tercatat yang dengan adanya KTP, dengan orang yang tidak mempunyai KTP mengakibatkan pelayanan yang berbeda, bahkan yang tidak ber-KTP tidak bisa dilayani. Sehingga, pencatatan/registrasi kependudukan yang paripurna merupakan hak dasar warga negara dan/atau penduduk yang harus dipenuhi oleh negara. Berdasarkan pencerminan terhadap pasal-pasal kritis, terdapat beberapa pasal didalam UU *a quo*, antara lain:

Tabel 2. Pasal Kritis dalam UU 24/2013 tentang Pangan

No.	Substansi	Pasal	Subtansi
1.	Pengakuan anak	Pasal 49 dan 50	Pencatatan pengesahan dan pengakuan anak hanya berlaku bagi anak yang orang tuanya telah melaksanakan perkawinan yang sah menurut hukum agama, tetapi belum sah menurut hukum negara.
2.	Elemen data kependudukan	Pasal 58	Menambahkan elemen data berupa: tanggal perceraian, sidik jari, iris mata, tanda tangan, dan elemen data yang merupakan aib seseorang.
3.	Kolom agama	Pasal 64 ayat (5)	Elemen data penduduk tentang agama, bagi penduduk yang agamanya belum diakui sebagai agama berdasar ketentuan perundang-undangan atau bagi penghayat kepercayaan tidak diisi, tetapi tetap dilayani dan dicatat dalam database kependudukan.

Perubahan praktik hukum selama ini, bahwa anak di luar perkawinan (tidak dicatat atau tidak sah oleh hukum negara) hanya mempunyai hubungan hukum dengan ibunya dan keluarga ibunya. Kata kunci yang berpengaruh adalah pencatatan perkawinan dan sahnya perkawinan, sebab kepentingan yang tertanam dalam pencatatan adalah tertib administrasi, sedangkan keabsahan perkawinan berdasar hukum agama masing-masing. Masuknya hal-hal privat individual menjadi bersegi publik, dijelaskan dalam masuknya hak anak (di luar nikah) mempunyai hubungan perdata dengan ayah dan keluarga ayahnya memberi ruang hak yang progresif.

Mencermati penambahan elemen data kependudukan tentang aib seseorang tidak mempunyai relevansi terhadap data kependudukan dan absurd. Apakah aib perlu dilaporkan, apakah kadar aib antar satu orang dengan orang lain sama? Hal privat dan mungkin hanya diketahui orang yang bersangkutan dengan Tuhan telah bergeser menjadi domain kependudukan. Ini tentu memerlukan pengaturan dan pengawasan yang lebih dari sekedar pengelolaan data kependudukan *an sich*. Potensi penyelewengan dan penyalahgunaan dengan dicatatnya aib seseorang dalam elemen data kependudukan memperkeruh intervensi pemerintah terhadap hal privat individual.

Negara menghormati dan melindungi penganut kepercayaan yang belum diakui dalam peraturan perundang-undangan, dengan tidak diisi dalam KTP-elektronik, namun tetap dilayani dan tercatat dalam database kependudukan. Rasio lahirnya pengaturan dimaksud adalah mencegah diskriminasi dalam kepercayaan, yang menimbulkan perbedaan dalam pelayanan publik. Dibalik pengaturan tersebut, potensi diskriminasi dalam pelayanan publik tetap menjadi ancaman tatkala beragamnya pelayanan publik tidak didukung panduan yang rigid untuk melaksanakan ketentuan tersebut.

B. Review Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2012 tentang Pangan

Pengaturan pangan dalam UU *a quo* berdasar semangat untuk menjamin pemenuhan hingga tercapainya kedaulatan pangan, menggunakan sumber daya, lembaga, dan budaya lokal yang ada. Keberadaan hak atas pangan dijamin dalam UUD 1945, dan secara luas tafsir hak atas pangan berada pada lingkup hak atas hidup dan penghidupan yang layak. Untuk menjelaskan pengaturan hak atas pangan, dimulai dengan mencermati Pasal 28A dan 28C ayat (1) UUD 1945. Bahwa hak hidup harus ditunjang dengan pemenuhan kebutuhan dasar, yang di dalamnya mencakup hak atas pangan.

Keberadaan hak atas pangan, dapat dijelaskan dengan alur norma dasar yang diatur lebih lanjut dalam norma khusus yakni UU *a quo*, hak hidup dan mempertahankan kehidupan diterjemahkan secara luas sebagai hak tiap orang atas kelayakan hidup (pemenuhan kebutuhan dasar), serta memperbaiki kondisi hidupnya. Sementara itu, negara berkewajiban untuk menghormati, melindungi dan memenuhi (memfasilitasi) hak atas pangan. Berdasar hal tersebut norma hak atas pangan berperan mencegah kesenjangan, karena alur norma masih berkelindan antara peran pemerintah dan kemandirian masyarakat.

Membaca sistematika pengaturan, maka rancang bangun pengaturan pangan dimulai dengan rencana pangan yang terintegrasi dengan rencana pembangunan, sehingga dengan integrasi tersebut rencana pangan juga berjenjang.³⁴ Berlanjut dari hal tersebut, terdapat kejelasan program yang berkelanjutan mengenai tata kelola pangan. Termasuk juga tanggung jawab pemerintah secara tidak langsung telah terbagi dengan pemerintah daerah, dalam hal ketersediaan pangan dan pengembangan produksi pangan, serta pengembangan kelembagaan pangan masyarakat.³⁵ Keuntungan dari model tersebut adalah partisipasi masyarakat lebih menonjol dalam aliran aspirasi dan pembacaan keadaan yang responsif. Sejalan dengan itu, penggunaan sumber daya, kelembagaan dan budaya lokal menjadi hal utama dalam perencanaan menuju pengelolaan pangan yang ideal.

Terkait pengelolaan, stabilisasi pasokan dan harga pangan pokok termasuk dalam hal cadangan dan distribusi pangan pokok untuk mewujudkan kecukupan pangan.³⁶ Penggunaan konsep kecukupan pangan menjadi prasyarat impor pangan. Bahwa impor pangan dapat dilakukan, apabila bahan pangan tidak dapat diproduksi dalam negeri, produksi dan cadangan pangan nasional tidak mencukupi.³⁷ Selain itu, ada juga persyaratan keamanan, mutu, gizi, dan tidak bertentangan dengan agama, keyakinan dan budaya masyarakat. Perhatian juga tercurah kepada pelaku usaha pangan mikro dan kecil, yang mempunyai dampak negatif bila impor pangan diberlakukan, artinya sebelum impor dilakukan, perlu adanya upaya penanggulangan dampak. Tidak luput juga menjadi perhatian pemerintah, yakni terkait penimbunan dan penyimpanan pangan pokok, menjadi salah satu fokus pemerintah dalam perdagangan pangan, termasuk didalamnya larangan penimbunan dan penyimpanan yang melebihi jumlah maksimal.³⁸

Tabel 3. Elemen Kunci Hak Atas Pangan

No.	Elemen Kunci	Tindakan	
1.	Kewajiban minimal Negara (<i>minimum core obligation</i>)	Kebebasan dari kelaparan dan kekurangan gizi	
2.	Ketersediaan bahan pangan	Kualitas	Kuantitas

³⁴ Rencana Pangan Nasional, Rencana Pangan Provinsi, Rencana Pangan Kabupaten/Kota, dan penetapannya oleh Presiden, Gubernur, atau Bupati/Walikota. Baca Pasal 10 UU 18/2012 tentang Pangan.

³⁵ Baca, Pasal 12 UU 18/2012 tentang Pangan

³⁶ Baca Pasal 13 UU 18/2012 tentang Pangan

³⁷ Pasal 36 UU 18/2012 tentang Pangan

³⁸ Baca Pasal 51-55 UU 18/2012 tentang Pangan. Tata cara dan jumlah maksimal penyimpanan diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah.

3.	Aksesabilitas	Fisik
		Ekonomis
4.	Keberlanjutan	Persediaan jangka panjang

(Sumber: Komentar Umum No. 12, Hak Atas Bahan Pangan Yang Layak, Konvensi Hak Ekonomi, Budaya dan Politik, diolah sendiri oleh Penulis)

Pengaturan ketersediaan pangan telah mengenal elemen kunci, namun pembagian akan kuantitas dan kualitas pangan tidak secara implisit ada dalam UU *a quo*. Ukuran kuantitas dan kualitas pangan secara inheren harusnya menjadi lingkup pola pemenuhan ketersediaan pangan. Keterjangkauan pangan terbagi antara fisik dan ekonomi. Pengaturan mengenai keterjangkauan ekonomi, berada pada perdagangan, stabilitas pasokan dan harga pangan pokok. Pemerintah melaksanakan peran dalam menetapkan harga, pasokan dan pengelolaan, kebijakan pajak, distribusi antar wilayah, hingga ekspor dan impor pangan. Aspek yang diatur dan/atau dibebankan pada pemerintah tersebut, mempunyai pengaruh terhadap permintaan dan penawaran dalam pasar, sehingga pemerintah mengintervensi pasar sekaligus sebagai regulator pangan. Sejalan dengan ketersediaan pangan, pengaturan keterjangkauan fisik menysasar kepada aspek distribusi, pemasaran pangan, perdagangan, stabilisasi pasokan dan harga pokok, termasuk juga bantuan pangan, sehingga tujuan terlaksananya ketersediaan pangan sama dengan terlaksananya keterjangkauan fisik. Secara lebih luas, konsep keberlanjutan mencakup ketersediaan dan aksesabilitas jangka panjang.³⁹ Keberlanjutan mendapat tempat dalam UU *a quo*, sebagai asas penyelenggaraan pangan, artinya keberlanjutan menjadi salah satu nyawa pengaturan pangan

Pola pengaturan dalam UU Pangan dengan menerapkan prinsip-prinsip hak atas pangan yang ada pada elemen kunci. Hal dimaksud dapat difahami dengan sistematika pengaturan desentralisasi sebagai salah satu tantangan sekaligus *entry point* pasca pemerintahan sentralistik, memberikan ruang lebar daerah untuk mengenali dan mengatur diri sendiri, dari sini diperlukan kontrol dan arahan dari pemerintah untuk menjaga dan mengarahkan daerah, untuk tercapainya pengelolaan pangan ideal. Mendudukan kondisi dan kebutuhan dalam pengaturan pangan, linier dengan relasi antara hak atas pangan yang berada dalam aras kewajiban negara, dengan pangan sebagai suatu hal yang terdefiniskan dengan makanan atau kebutuhan dasar *an sich*, membuka jurang lebar kebutuhan dengan

³⁹ *op. cit.*, Komentar Umum No. 12 Hak Atas Bahan Pangan Yang Layak, Paragraf 7.

pengaturan. Alhasil, model solusi yang ditawarkan dalam lingkup normatif harus mampu menjawab kebutuhan masyarakat yang berkembang serta menjembatani konsep pangan yang multidimensi.

C. **Review Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2011 tentang Intelijen Negara**

Pembacaan terhadap konsideran Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2011 tentang Intelijen Negara terlihat upaya pemerintah dalam melindungi bangsa dan keutuhan Negara. Perlindungan dimaksud bisa melahirkan pelanggaran-pelanggaran hak, maupun pembatasan dan pengurangan Hak Asasi Manusia (HAM), tatkala dilakukan secara sewenang-wenang. Untuk itu adanya kerangka hukum yang jelas dirasa perlu untuk mencegah kesewenangan, kriminalisasi dan ketidakjelasan konsepsi rahasia negara. Untuk memberikan pemahaman dasar, perlu untuk membaca pertimbangan yang melatarbelakangi lahirnya UU Intelijen Negara.

Rahasia intelijen sebagai bagian dari rahasia negara,⁴⁰ menimbulkan konsekuensi pembatasan informasi terhadap pihak yang tidak berhak. Adapun bagian lain dari rahasia negara, berada pada informasi publik yang dikecualikan dan informasi yang tidak dapat diberikan ke publik. Sehingga, pembatasan dimaksud berada pada dua undang-undang, yakni UU 14/2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik dan UU 17/2011 tentang Intelijen Negara. Berdasarkan pengaturan, karakter informasi yang dibatasi memang berbeda, baik substansi maupun sifatnya. Pengaturan rahasia intelijen yang membatasi informasi kepada publik dan kewenangan tambahan untuk mengintervensi ranah privat seseorang, merupakan pembatasan terhadap hak yang dilakukan oleh negara. Untuk mengurainya, maka Prinsip Siracusa yang mengatur pembatasan layak untuk dilihat kembali.⁴¹ Hal ini dirasa penting, untuk menentukan apakah pembatasan yang dilakukan linier dengan penghormatan, pemenuhan dan perlindungan HAM.

Pertama, prinsip keperluan (*necessary*) yang mengakomodasi pembatasan untuk mencapai tujuan yang sah, dan mencukupi kebutuhan sosial atau merespon tekanan publik (kebutuhan hukum untuk menentukan konsep dan definisi). Pembatasan terhadap hak atas informasi dengan penggunaan frasa “rahasia negara” terlalu samar untuk mengancam dan mengkriminalisasi pihak yang

⁴⁰ Pasal 1 UU 17/2011 tentang Intelijen Negara; Rahasia Intelijen adalah informasi, benda, personel, dan/atau upaya, pekerjaan, kegiatan Intelijen yang dilindungi kerahasiaannya agar tidak dapat diakses, tidak dapat diketahui, dan tidak dapat dimiliki oleh pihak yang tidak berhak.

⁴¹ Prinsip-Prinsip Siracusa mengenai Ketentuan pembatasan dan pengurangan hak asasi manusia dalam kovenan internasional tentang hak sipil dan politik.

menggunakan, menerima, menyebar informasi, jika tidak diatur oleh ketentuan hukum yang jelas. *Kedua*, prinsip keselamatan publik (*public safety*) yang sejalan dengan prinsip keperluan, menjadi salah satu alasan lahirnya antisipasi terhadap ancaman keamanan dan kesatuan negara. Merujuk kepada substansi dari rahasia intelijen, ranah publik yang diatur (menjadi rahasia) pada kegiatan intelijen, keamanan negara, kekayaan alam, ketahanan ekonomi nasional, dll. Penggunaan kedua prinsip dimaksud untuk menuju adanya pengaturan hukum (*prescribed by law*) mempunyai relevansi dengan pembatasan hak atas informasi. Pembatasan akses informasi (rahasia negara) memberikan garis tegas untuk mencegah kesewenangan terhadap pemangku hak atas informasi.

Digunakannya prinsip-prinsip pembatasan mempunyai relevansi terhadap “keperluan” dan keselamatan publik, namun pencermatan yang ada berkuat dalam teknis pelaksanaan. Jika ranah rahasia negara menjadikan pemangku hak (masyarakat) sebagai subyek, maka intervensi kebebasan pribadi ini posisi pemangku hak sebagai obyek. Sehingga ketentuan teknis dalam melaksanakannya (intervensi kebebasan pribadi) perlu diimbangi dengan kekuasaan lain, atau dalam bahasa lain memerlukan pengawasan oleh legislatif dan/atau berdasarkan kebutuhan pengadilan (yudikatif). Selain itu pembatasan berkait erat dengan ranah informasi baik publik atau privat. Informasi yang bersifat publik dibatasi dengan keamanan nasional, sedangkan informasi yang bersifat privat dibatasi untuk tidak melanggar hak atau reputasi orang lain.

D. Review Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Masyarakat

Pengaturan organisasi masyarakat (ormas) telah dimulai pada Orde Baru dengan adanya UU No. 8 Tahun 1985 tentang Organisasi Masyarakat. Semangat pengaturan ormas pada waktu berpijak pada konsepsi pembangunan dan kemerdekaan berserikat dan berorganisasi. Pembangunan nasional pada waktu itu merupakan turunan dari penghayatan Pancasila. Alhasil, setiap ormas wajib berasaskan pancasila sebagai asas tunggal.⁴² Pelanggaran terhadap pancasila sebagai asas tunggal, berakibat pada ancaman pembubaran ormas. Sementara itu, lahirnya UU 17/2013 tentang Ormas secara utuh menunjukkan semangat pembatasan hak asasi manusia.⁴³ Hal tersebut ditanggapi dengan Pengujian

⁴² Pasal 2 ayat (1) UU 8/1985 tentang Organisasi Masyarakat.

⁴³ Konsideran UU 17/2013.. Menimbang huruf b

Undang-Undang yang diajukan oleh Tim Majelis Hukum dan HAM Pimpinan Pusat Muhammadiyah. Putusan Mahkamah Konstitusi No.82/PUU-XI/2013 mengabulkan sebagian permohonan dan menolak sebagian, adapun pasal yang inkonstitusional dapat dilihat pada tabel

Tabel 4. Pasal UU 17/2013 yang bertentangan dengan UUD 1945

Pasal	Subtansi Pengaturan	Tafsir Atas Putusan
Pasal 8	Tujuan Ormas	Inkonstitusional Bersyarat, rumusan pasal tetap berlaku jika bersifat kumulatif dan/atau alternatif
Pasal 16 (3), 17, 18	Surat Keterangan Terdaftar dan pendaftaran berjenjang dari tingkat pemerintahan	Inkonstitusional. Terlalu teknis dan bisa diatur dalam peraturan perundang-undangan yang lebih rendah.
Pasal 23, 24, 25	Persentase struktur organisasi yang berjenjang berdasar tingkat pemerintahan	Inkonstitusional. Pembatasan ormas berdasar struktur organisasi dan ruang lingkup
Pasal 34	Hak dan Kewajiban anggota ormas	Inkonstitusional. Intervensi pemerintah terlalu jauh terhadap kemerdekaan berserikat dan berkumpul
Pasal 40 (1)	Pemberdayaan ormas oleh pemerintah dan/atau pemerintah daerah	Inkonstitusional. Pembatasan terhadap hakikat ormas yang lahir, tumbuh dan otonom dari masyarakat
Pasal 59 (1) huruf a	Larangan menggunakan bendera atau lambang yang sama dengan bendera atau lambang negara.	Inkonstitusional. Yurisprudensi, Putusan MK Nomor 4/PUU-X/2012.

(Sumber; Putusan MK Nomor 82/PUU-XI/2013)

Mengurai pembatasan hak asasi manusia dari Prinsip Siracusa⁴⁴ dapat dilakukan dengan pembatasan yang bersifat khusus, yakni: berdasarkan hukum, diperlukan dalam masyarakat yang demokratis, untuk kepentingan keamanan nasional dan keselamatan publik, ketertiban umum, perlindungan terhadap kesehatan atau moral publik, atau perlindungan terhadap hak dan kebebasan orang lain. Namun demikian harus ditegaskan kembali bahwa pembatasan harus memenuhi persyaratan *lawfulness* (ditetapkan dengan hukum), *legitimate aim*

⁴⁴ Prinsip Siracusa mengenai Ketentuan pembatasan dan pengurangan hak asasi manusia dalam Kovenan Sipil dan Politik. Annex, UN Doc E / CN.4 / 1984/4 (1984).

(tujuan yang sah) dan *necessity* (kebutuhan). Pola pembatasan yang ada dalam pengaturan UU 17/2013, telah melewati “berdasarkan hukum”, namun perlu dilihat kembali dalam kaca mata “tujuan yang sah” dan “kebutuhan”.

Pembatasan dalam kaca mata “tujuan yang sah” dan “kebutuhan”, bersyarat kepada beberapa hal, yakni: 1. Didasarkan pada salah satu alasan yang membenarkan pembatasan yang diakui oleh konvensi, 2. Merespon tekanan publik atau kebutuhan sosial, 3. Pembatasan dilakukan untuk mencapai tujuan yang sah, dan 4. Pembatasan yang dilakukan sebanding dengan tujuan pembatasan. Pembeneran oleh konvensi pada syarat pertama, salah satunya alasannya adalah ancaman terhadap keamanan nasional, namun UU Ormas tidak menjelaskan definisi dan pengaturan yang ketat. Adapun tekanan publik atau kebutuhan sosial tidak tercermin dalam konsideran dan partisipasi masyarakat yang dibangun. Sedangkan tujuan yang sah dan signifikansi pembatasan tidak terlihat dalam pola pengaturannya. Lebih lanjut dari itu, pengaturan dalam UU Ormas terlalu samar, multitafsir dan tidak jelas. Secara umum, pengaturan memukul rata jenis, karakter dan sifat ormas, sehingga ditambah dengan absurditas pengaturan dapat menimbulkan pendefinisian secara luas yang berakibat pada adanya kesewenangan pembatasan. Hal tersebut memberi petunjuk tidak dilakukannya pembatasan secara proporsional dan tidak didasarkan pada adanya kebutuhan yang nyata untuk dilakukannya pembatasan oleh UU Ormas. Lebih jauh, hal tersebut menandakan bahwa pembatasan yang dilakukan tidak memenuhi tujuan yang sah (*legitimate aim*).

E. Refleksi Pembentukan Undang-Undang Periode 2010-2014

Peran peraturan perundang-undangan dalam pelaksanaan Hak Asasi Manusia (HAM) dapat difahami sebagai manifestasi saluran penghormatan, perlindungan dan pemenuhan. Hal dimaksud diuraikan dalam perbuatan negara sebagai pemangku kewajiban harus bersendikan norma HAM yang berdasar atas peraturan perundang-undangan. Dalam istilah lain, hubungan negara dan peraturan perundang-undangan terdapat norma HAM diantara keduanya, inilah posisi awal dari hubungan antara negara, hukum dan HAM. Konsisten dengan hubungan ketiga-nya, maka interaksi melahirkan bentuk perbuatan Pemerintah yang memanusiakan masyarakat berbalut dasar hukum (yang akomodatif) terhadap perkembangan masyarakat. Kondisi tersebut merupakan keniscayaan negara hukum modern.

Refleksi terhadap konteks 4 (empat) undang-undang sebagaimana diuraikan sebelumnya, terdapat beberapa hal yang esensial untuk direfleksi dalam proses pembentukan undang-undang, antara lain: pembatasan hak asasi manusia, politik hukum undang-undang, konteks intervensi pemerintah dan implementasi norma hukum ke dalam praktik. Tujuan sebuah pengaturan mengarah pada supremasi hukum, maka sikap kritis terhadap supremasi hukum adalah memposisikan bagaimana pembentukan hukum yang baik, dapat memberi tempat yang semestinya terhadap hukum yang ideal. Tamanaha menjelaskan bahwa “transisi yang berlangsung menuju negara hukum yang ideal, berjalan dengan adanya pembatasan hukum terhadap pemegang kekuasaan dan pembatasan terhadap hukum itu sendiri”.⁴⁵ Pembacaan terhadap tujuan tersebut, dimulai dengan mendekonstruksi konstitusi untuk dihadapkan dengan nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Konstitusi diharapkan dapat membuka diri untuk menampung norma eksplisit dan norma implisit.⁴⁶ Sejurus dari hal tersebut, maka konstitusi hidup dan berkembang linier dengan perkembangan masyarakat.

Bersamaan dengan itu, pencermatan terhadap pembentukan hukum kekinian sangat diperlukan untuk mengetahui proses berjalannya norma untuk menjadi norma hukum. Pertanyaan terhadap lahirnya norma, merupakan pertanyaan mutlak yang harus diketahui untuk menjelaskan alur norma. Tatkala norma lahir dari kebutuhan hukum masyarakat, maka hukum yang lahir lebih diterima oleh masyarakat. Sedangkan, norma yang dilahirkan dari atas, atau dalam istilah lain secara *top down*, memposisikan norma dimaksud sebagai perekayasa sosial, sehingga kesadaran (kebutuhan hukum) masyarakat berada di belakang tujuan penguasa saat menetapkan norma hukum. Untuk itu, tepat kiranya memahami dan mendalami konteks pembentukan undang-undang.

F. Pendekatan Berbasis Hak dalam Pembentukan Undang-Undang

Menggaris bawahi proses dan posisi prolegnas dalam mengarahkan tumbuh kembang hukum, mirip dengan proses positivisasi. Proses tersebut menyeleksi asas-asas moral yang akan dipakai sebagai sumber material hukum nasional melalui proses legislasi yang dikenal dengan nama ‘proses pembentukan hukum’ melalui

⁴⁵ Brian Tamanaha, 2008, “A Concise Guide To The Rule Of Law”, Paper dalam Florence Workshop on The Rule of Law, h. 3.

⁴⁶ Norma eksplisit yang berwujud aturan, kebijakan, maupun doktrin-doktrin hukum tertulis, putusan pengadilan, atau pada pokoknya adalah norma yang secara sudah terbentuk. Adapun norma implisit yang bercabang dua, yakni implisit dengan sifat teknis, seperti cara penafsiran hukum, penyelesaian masalah pribadi, dan implisit dengan sifat kognitif yang berwujud keyakinan, nilai-nilai ideal yang dipegang masyarakat. Tim Peneliti PSHK, 2008, “Studi Tata Kelola Proses Legislasi”, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, Jakarta, h. 132.

model dan sistem yang terlembaga.⁴⁷ Lebih dari sekedar instrumen, proses positivisasi berupaya menjaring kebutuhan norma-norma, sekaligus menampung norma baru yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Berlanjut dari itu, pembinaan norma agar tidak saling bertabrakan dan tumpang tindih dengan norma lain mutlak diperlukan, disinilah peran harmonisasi dan sinkronisasi norma, yang sebenarnya masuk (melekat) kedalam proses pembentukan undang-undang.

Praktik berbanding terbalik dengan konsep ideal, tatkala penyusunan Prolegnas dipenuhi turunan aturan atau hanya menjaga pelaksanaan norma yang lebih tinggi tanpa melihat kembali realitas norma dalam masyarakat. Pada hasil Prolegnas, dapat difahami ada selisih yang besar antara UU yang lahir dari prolegnas maupun yang lahir dari luar Prolegnas (DKT maupun Non-Prolegnas). Adanya daftar kumulatif terbuka memang tidak membutuhkan perencanaan yang rigid, akan tetapi capaian separuh hasil pembentukan UU berada di luar prolegnas menimbulkan kecurigaan, apakah penyusunan prolegnas (daftar RUU) tidak bisa memahami proses esensial positivisasi norma. Hal dimaksud menghikmatikan hakikat bahwa suatu hukum tidak ditentukan secara formal, artinya oleh cara atau metode legitimasinya, melainkan secara material, yakni oleh penyesuaian isinya dengan apa yang disebut ide hukum (*Rechtisdee*), yakni nilai-nilai prapropositif atau nilai moral, khususnya nilai keadilan.⁴⁸ Capaian ideal dari penyusunan Prolegnas adalah adanya perencanaan yang secara sadar memahami proses positivisasi, menuju pembentukan hukum ideal.

Memahami siklus Prolegnas yang menurunkan daftar RUU lima tahunan ke dalam prioritas tahunan, merupakan salah satu pencermatan terhadap proses. Perspektif lain dari 'proses' dapat dilihat dalam pembahasan yang mencakup substansi maupun lembaga yang membahas. Berdasar 'proses' pembentukan undang-undang, perlu difahami bahwa pendekatan legislasi yang berbasis hak melandaskan beberapa hal dalam proses, antara lain:

1. Prinsip Partisipasi;

Prinsip ini mensyarakatkan adanya akses yang terbuka terhadap tiap tahapan pembentukan undang-undang. Aksesabilitas masyarakat sangat diperlukan dalam pemenuhan prinsip ini. Hal dimaksud berbeda dengan transparansi yang sama dengan keterbukaan, prinsip partisipasi merupakan kelanjutan dari

⁴⁷ Soetandyo Wignjosebroto, 2011, "Penelitian Hukum dan Hakikatnya sebagai Penelitian Ilmiah", dalam Sulistyowati Irianto dan Sidharta (editor), "Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi", Cetakan Kedua, Yayasan Pustaka Obor, Jakarta, h. 87.

⁴⁸ Kata Pengantar Dr.Simon Petrus L, dalam E Fernando Manullang, 2007, "Menggapai Hukum Berkeadilan: Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai", Kompas, Jakarta.

keterbukaan. Tatkala prinsip keterbukaan telah digunakan, maka partisipasi harus segera masuk untuk melengkapinya.

2. Prinsip Non Diskriminasi dan Berorientasi pada Kelompok Rentan;

Prinsip non-diskriminasi dapat dipadankan dengan prinsip kesetaraan, dalam arti adanya kesetaraan sama dengan meniadakan diskriminasi karena semua orang setara, termasuk pula tindakan tertentu untuk menuju kesetaraan.

3. Prinsip Akuntabilitas;

Akuntabilitas dapat diartikan sebagai pertanggungjawaban, lebih luas daripada itu akuntabilitas merupakan bentuk tanggung jawab yang menjelaskan wajar tidaknya suatu tindakan pemerintah maupun parlemen, yang mempengaruhi keberadaan hak asasi manusia.⁴⁹

Prinsip-prinsip tersebut digunakan dalam proses sebagai tahapan yang berlaku, maupun proses dalam arti pembentukan substansi (materi muatan). Apabila dihadapkan dengan tahapan dalam pembentukan undang-undang, maka tiap tahapan harus menggunakan prinsip tersebut secara mendalam.

Aplikasi dari beberapa prinsip tersebut dalam tahapan dapat diterapkan dalam beberapa bentuk. Pada tahap Perencanaan Prolegnas, maka penjarangan kebutuhan hukum harus membuka ruang diskusi dengan masyarakat, baik dalam sosialisasi dan juga partisipasi (memberi masukan dan saran). Kurangnya pintu partisipasi dalam penyusunan UU Ormas, melahirkan intervensi pemerintah yang berlebihan dan mengesampingkan keragaman bentuk dan model organisasi masyarakat. Kebuntuan tersebut dapat diantisipasi dengan membuka kran komunikasi untuk mencapai kebutuhan yang mufakat dalam proses positivasi, sehingga kebutuhan hukum tepat dalam menysasar target. Termasuk didalamnya perhatian terhadap kelompok rentan yang sering absen. Beragam kendala dan masalah yang tak terselesaikan dalam penyusunan daftar Prolegnas, seperti indikator yang tidak jelas dan jumlah RUU yang mustahil untuk dicapai, yang kesemuanya tersebut berujung pada ketiadaan arah pembentukan hukum yang tidak terarah. Pada review UU Ormas, model partisipasi yang sangat minim menjadikan lahirnya UU Ormas langsung mendapat resistensi.

⁴⁹ Prinsip akuntabilitas relevan dengan doktrin *due process of law* yang substantif, yakni sebagai syarat yuridis untuk menyatakan pembuatan suatu aturan hukum tidak boleh berisikan hal-hal yang dapat mengakibatkan perlakuan terhadap manusia secara tidak adil, tidak logis dan sewenang-wenang. Munir Fuady, 2009, "Teori Negara Hukum Modern *rechtstaat*", Refika Aditama, Bandung. H. 47

Menyasar pada prinsip akuntabilitas, bila terjadi ketiadaan akuntabilitas proses dalam perencanaan turut menghinggapi tahapan lain, namun dalam bentuk yang berbeda. Berlanjut pada tahap penyusunan yang mensyaratkan adanya Naskah Akademik dan RUU, sedikit banyak terganggu oleh percikan selera politik. Hal dimaksud memicu adanya RUU terlebih dahulu tanpa penyertaan Naskah Akademik, padahal sejatinya urgensi dan indikator kebutuhan hukum terdapat pada isi Naskah Akademik. Peran yang harus diambil oleh pembentuk hukum adalah mencocokkan isi Naskah Akademik dengan kebutuhan hukum masyarakat melalui ruang yang terbuka, baru kemudian menyusun materi muatan, jika ini terjadi maka penyusunan telah sejalan dengan prinsip partisipasi.

Memahami alur norma yang berkelindan dengan proses pembentukan undang-undang, dapat ditemukan lemahnya penjangkaran dan penjagaan norma yang sejalan dengan pendekatan berbasis hak. Hal tersebut telah diantisipasi dalam sistem ketatanegaraan Indonesia dengan adanya Mahkamah Konstitusi, yakni menempatkan pengujian undang-undang untuk sebagai medan perjuangan hak konstitusional berhadapan dengan norma undang-undang. Hak konstitusional merupakan bungkus dari hak asasi manusia yang telah diserap dalam Konstitusi. Sehingga dapat difahami bahwa batu uji dari pengujian undang-undang adalah norma hak asasi manusia.

Konteks dimaksud memposisikan pembentukan undang-undang (sebagai *positive legislature*) *vis a vis* dengan pengujian undang-undang (*negative legislature*), konsekuensi yang berlangsung menjadikan pengujian undang-undang menjadi sebuah proses yang terpisah untuk menguji ketepatan norma konstitusi diturunkan dalam sebuah undang-undang. Sehingga berdasar hubungan tersebut menjadikan Mahkamah Konstitusi sebagai bagian yang berpengaruh dalam pola kontrol terhadap perwujudan hak asasi manusia. Pengaruh dimaksud terlihat dengan rekapitulasi perkara Pengujian Undang-Undang (PUU) yang tercatat di Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

Tabel 5. Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang Tahun 2010-2014⁵⁰

Tahun	Jumlah Perkara	Jumlah Putusan	Jumlah Permohonan yang dikabulkan	Jumlah UU yang diuji
2010	81	61	17	58

⁵⁰ Lihat "Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang", Penulis mengambil rekapitulasi pada tahun 2010-2014 (<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.RekapPUU>), diakses pada 13 Februari 2015

2011	86	94	21	55
2012	118	97	30	0
2013	109	110	22	64
2014	140	131	29	71
Total	534	483	119	248

(Sumber: Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang, Mahkamah Konstitusi)

Mencermati rekapitulasi, jumlah permohonan PUU mengalami kenaikan tiap tahun, dalam skala jumlah hal tersebut menandakan banyaknya ketidakpuasan terhadap produktifitas legislasi. Sementara itu, Putusan yang mengabulkan permohonan sebanyak 119 dan jumlah undang-undang yang diuji sebanyak 248. Melihat jumlah pengujian UU dua kali lebih besar dari hasil pembentukan undang-undang, melahirkan pertanyaan besar tentang kinerja legislasi kekinian. Indikasi tersebut terlihat dari jumlah Permohonan dan Putusan yang mengabulkan permohonan, maka koreksi terhadap produk pembentukan undang-undang telah berlangsung dalam jumlah yang hampir berimbang. Fenomena ini mengindikasikan ketidakpuasan terhadap norma yang dilahirkan melalui proses pembentukan undang-undang kekinian. Hal tersebut menjadi indikasi model dan sistem yang berlaku belum bisa menyerap norma hak asasi manusia ke dalam proses pembentukan UU.

KESIMPULAN

Ketiadaan pendekatan berbasis hak dalam kerangka legislasi melahirkan beberapa celah dalam praktik. Celah dimaksud ternyata mengandung beberapa konsekuensi logis, jika dihindari menyebabkan kesenjangan antara kepastian dan keadilan semakin lebar. Transparansi dan akuntabilitas dalam proses penyusunan Daftar RUU dan pembahasan RUU, berupaya menjembatani kesenjangan yang ada dengan tertib administrasi yang terukur dan jelas, untuk menentukan kebutuhan hukum. Sementara itu, dalam praksis mufakat antara kedaulatan rakyat dengan representasi rakyat tidak melahirkan ruang alternatif untuk memunculkan hak dalam pembentukan undang-undang. Meluruskan kondisi tersebut, perlu dibangun adanya ruang komunikasi yang lahir dari partisipasi aktif, yang turut menggeser dan/atau memperluas mufakat yang berada di parlemen hingga berada di ruang publik yang paling kecil.

Sinkronisasi dan harmonisasi hak asasi manusia dalam peraturan perundang-undang merupakan tugas besar yang tak pernah selesai, seiring dengan perkembangan masyarakat. Penerapan pembatasan hak asasi manusia, politik hukum undang-undang, konteks intervensi pemerintah dan implementasi norma hukum ke dalam praktik dapat diurai dengan pendekatan berbasis hak. Memahami hubungan tersebut, refleksi terhadap pembentukan undang-undang kekinian mengkhidmati hukum tidak ditentukan secara formal, perlunya penguatan terhadap nilai-nilai (norma) sebagai muatan yang akan di kemas dalam bentuk undang-undang. Berdasar kesimpulan tersebut, tantangan sistem dan model legislasi kekinian, mencakup beberapa hal, antara lain:

1. Menambahkan mekanisme telaah norma hukum terhadap instrumen hak asasi manusia, yang terintegrasi dalam proses pembentukan undang-undang;
2. Perlu adanya kelengkapan daftar RUU tahunan yang dilengkapi dengan transparansi dan akuntabilitas. Hal tersebut merupakan upaya untuk menjelaskan urgensi norma dan proses tahapan yang berlangsung dalam ruang parlemen;
3. Merancang skema partisipasi yang terbangun dalam sistem dan model pembentukan undang-undang, tidak sekedar pada praksis mufakat antara kedaulatan rakyat dengan representasi rakyat;
4. Menyadari bahwa tautan hukum dan politik sebagai bahan bakar legislasi tidak memberi jaminan terhadap kekuasaan administrasi (prosedural) dan kekuasaan komunikasi dalam menampung norma-norma dalam masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Jimly Asshidiqqie, 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK, Jakarta.
- John Austin, 1995, *The Province of Jurisprudence Determined*, W. Rumble (ed.), Cambridge University Press. Cambridge, First Published 1832.
- Knut D Asplund *et al*, 2008, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Pusham UII, Yogyakarta.
- Munir Fuady, 2009, *“Teori Negara Hukum Modern *rechstaat*”*, Refika Aditama, Bandung.

Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Penelitian Hukum*. Jakarta, Kencana.

Suriasumantri, J. 2007. *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*, Jakarta: Sinar Harapan.

Sulistiyowati Irianto dan Sidharta (editor), "*Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*", Cetakan Kedua, Yayasan Pustaka Obor, Jakarta.

Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi : Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta.

Tim Peneliti PSHK, 2008, "*Studi Tata Kelola Proses Legislasi*", Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, Jakarta.

E Fernando Manullang, 2007, "Menggapai Hukum Berkeadilan: Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai", Kompas, Jakarta

Jurnal

Fons Cooman *et al*, 2010, "Methods of Human Rights Research", *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, No. 1 (Feb., 2010), pp. 179-186, The Johns Hopkins University Press.

Jeffrey Flynn, 2003, "Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue", *Social Theory and Practice*, Vol. 29, No. 3 (July 2003), pp. 431-457, Florida State University Department of Philosophy.

Amartya Sen, 2004, "Element of a Theory of Human Rights", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 32, No. 4 (Autumn, 2004), pp. 315-356, Wiley.

Brian Tamanaha, 2008, "Understanding Legal Pluralism: Past To Present, Local To Global", *Legal Studies Research Paper Series #07-0080*.

Disertasi

A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden RI Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara* (Suatu Studi Analisis Mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi Pengaturan dalam kurun waktu Pelita I – Pelita VI), Disertasi Doktor, Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta 1990,

Biodata

Yogi Zul Fadlli, Lahir di Yogyakarta pada 22 Juni 1987. Menamatkan pendidikan Strata Satu (S1) di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia dan studi Strata Dua (S2) di Pascasarjana Program Magister Ilmu Hukum di Universitas Islam Indonesia Yogyakarta mengambil bidang konsentrasi Hukum dan HAM. Saat ini aktif sebagai Kepala Divisi Ekonomi, Sosial dan Budaya (Ekosob) Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Yogyakarta yang beralamat di Jalan Ngeksigondo, Nomor 5A, Yogyakarta. Alamat surat elektronik: yogiejoel@gmail.com.

Wiryanto, Mahasiswa program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang, saat ini menjabat sebagai Kepala Bidang Penelitian, Pengkajian Perkara dan Perpustakaan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Damian Agata Yuvens, Lahir pada tanggal 26 September 1989. Mendapatkan gelar sarjana hukum dari Universitas Indonesia pada tahun 2012 dan langsung bergabung di firma hukum Lubis, Santosa & Maramis. Pada pertengahan tahun 2016, ia mulai melanjutkan studinya di University of Melbourne.

Pan Mohamad Faiz adalah Peneliti di Mahkamah Konstitusi. Dirinya memperoleh gelar Doctor of Philosophy (PhD) di bidang Constitutional Law dari School of Law, the University of Queensland, Australia. Sebelumnya, Faiz menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum (S.H.) di Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan mendapatkan gelar Master of Comparative Laws (M.C.L.) dibidang Comparative Constitutional Law dari Faculty of Law, the University of Delhi. Saat ini juga menjadi Dosen Tamu untuk matakuliah “Teori Konstitusi”, “Perbandingan Konstitusi”, dan “Hukum Acara Mahkamah Konstitusi” pada Program Pascasarjana Hukum Kenegaraan (HTN/HAN) di Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Perguruan Tinggi Swasta lainnya. Aktif sebagai pengurus di beberapa organisasi hukum, antara lain, sebagai Wakil Ketua Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara (APHTN) wilayah DKI Jakarta. Penulis dapat dihubungi melalui laman pribadinya di www.panmohamadfaiz.com.

May Lim Charity, Lahir di Padang/5 Mei 1984, menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Andalas (2002-2006) dan menempuh S2 Hukum Universitas Indonesia (2014-2016). Pegawai Negeri Sipil di Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, Jl. H.R. Rasuna Said Kav.6-7 Kuningan Jakarta Selatan. E-mail: charity_maylim@yahoo.com.

Oly Viana Agustine, Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi, Mahkamah Konstitusi, Jalan Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat.

Sanusi Bintang, lahir di Aceh Besar, 19 Desember 1962 dari pasangan orang tua Bintang Mahmud dan Hj. Sakdiah Abdullah. Setelah menamatkan pendidikan S1 pada Fakultas Hukum Universitas Syiah Kuala (UNSYIAH), Banda Aceh, Indonesia, 1987, S2 pertama pada Dalhousie University (DAL), Halifax, Canada, 1994, dan S2 kedua pada Washington College of Law (WCL), American University (AU), Washington, D.C., Amerika Serikat, terakhir menyelesaikan S3 pada Program Doktor Ilmu Hukum UNSYIAH, Banda Aceh, Indonesia, 2016. Mantan Kepala UPT Perpustakaan UNSYIAH ini kini merupakan Lektor Kepala pada Fakultas Hukum UNSYIAH, dan juga sebagai tenaga ahli/penasihat hukum pada Biro Hukum Sekretariat Provinsi Aceh.

Suryo Gilang Romadlon, Lahir di Bogor, 14 Mei 1986, Penulis menamatkan S1 di Fakultas Hukum UNS Solo, dan kemudian menyelesaikan studi S2 di kampus yang sama. Saat ini menempuh Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang. Penulis bekerja di Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Buku yang telah diterbitkan adalah “ Penegakan Hukum Progresif dalam Putusan MK tentang Calon Perseorangan Pilkada”.

Nurrahman Aji Utomo, bekerja pada Bagian Pengkajian dan Penelitian Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) yang beralamat di Jl. Latuharhary No. 4B Menteng, Jakarta Pusat 10310 Email: nurrahmanajiutomo@gmail.com

PEDOMAN PENULISAN JURNAL KONSTITUSI

Jurnal Konstitusi merupakan media triwulanan guna penyebarluasan (diseminasi) hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi dan putusan Mahkamah Konstitusi. Jurnal Konstitusi terbit empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember). Jurnal Konstitusi memuat hasil penelitian atau kajian konseptual (hasil pemikiran) tentang konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi serta isu-isu hukum konstitusi dan ketatanegaraan yang belum pernah dipublikasikan di media lain. Jurnal Konstitusi ditujukan untuk kalangan pakar, akademisi, praktisi, penyelenggara negara, LSM, serta pemerhati hukum konstitusi dan ketatanegaraan. Jurnal Konstitusi telah terakreditasi oleh Direktur Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi (DPPM DIKTI) dengan Nomor 040/P/2014 yang berlaku selama 5 (lima) tahun. Di samping itu, Jurnal Konstitusi juga diakreditasi oleh Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI) dengan Nomor 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015 yang berlaku selama 3 (tiga) tahun.

Tata cara penulisan dan pengiriman naskah dalam Jurnal Konstitusi, sebagai berikut:

1. Naskah yang dikirim merupakan karya ilmiah original dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris sepanjang 20-22 halaman, kertas berukuran A4, jenis huruf Times New Roman, font 12, dan spasi 1,5. Menggunakan istilah yang baku serta bahasa yang baik dan benar.
3. Naskah ditulis dalam format jurnal dengan sistem baris kredit (*byline*).
4. Naskah dilengkapi Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci.
5. Judul artikel harus spesifik dan lugas yang dirumuskan dengan maksimal 12 kata (bahasa Indonesia), 10 kata (bahasa Inggris), atau 90 ketuk pada papan kunci, yang menggambarkan isi artikel secara komprehensif.
6. Abstrak (*abstract*) ditulis secara gamblang, utuh dan lengkap menggambarkan esensi isi keseluruhan tulisan dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris yang masing-masing satu paragraf.
7. Kata kunci (*key word*) yang dipilih harus mencerminkan konsep yang dikandung artikel terkait sejumlah 3-5 istilah (*horos*) dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris.
8. Sistematika penulisan **Hasil Penelitian** sebagai berikut;
 - I. Pendahuluan
 - A. Latar Belakang
 - B. Perumusan Masalah
 - C. Metode Penelitian
 - II. Hasil dan Pembahasan
 - III. Kesimpulan

9. Sistematika penulisan **Kajian Konseptual** (hasil pemikiran) sebagai berikut;

- I. Pendahuluan
 - A. Latar Belakang
 - B. Perumusan Masalah
- II. Pembahasan
- III. Kesimpulan

10. Cara pengacuan dan pengutipan menggunakan model catatan kaki (*footnotes*).

Kutipan Buku: Nama penulis, *judul buku*, tempat penerbitan: nama penerbit, tahun terbitan, halaman kutipan.

Contoh:

A.V. Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan, 1968, h. 127

Moh. Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2007, h. 17.

Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada, 2010, h. 7.

Kutipan Jurnal: Nama penulis, "judul artikel", *nama jurnal*, volume, nomor, bulan dan tahun, halaman kutipan.

Contoh:

Rosalind Dixon, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March 2011, h. 647.

Arief Hidayat, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput)] Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni 2009, h. 20.

M Mahrus Ali, *et.al*, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilu yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret 2012, h. 189.

Kutipan makalah/paper/orasi ilmiah: Nama penulis, "judul makalah", *nama forum kegiatan*, tempat kegiatan, tanggal kegiatan, halaman kutipan.

Contoh:

Moh. Mahfud, MD., "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January 2011, h. 7.

Yuliandri, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli 2009, h. 5.

Kutipan Internet/media online: Nama penulis, "judul tulisan", alamat portal (website/online), tanggal diakses/unduh.

Contoh:

Simon Butt, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432, 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.
11. Daftar Pustaka memuat daftar buku, jurnal, makalah/paper/orasi ilmiah baik cetak maupun online yang dikutip dalam naskah, yang disusun secara alfabetis (*a to z*) dengan susunan: Nama penulis (mendahulukan nama keluarga/marga), tahun, *judul*, tempat penerbitan: penerbit, dst., seperti contoh berikut ini:
- Arief Hidayat, 2009, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni, h. 20 – 31.
- Butt, Simon, 2010, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432, diunduh 28 July.
- Dicey, A.V., 1968, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan.
- Dixon, Rosalind, 2011, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March, h. 643 – 686.
- Moh. Mahfud, MD., 2011, "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January.
- Moh. Mahfud MD., 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.
- Muchamad Ali Safa'at, 2007, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html, diunduh 27 Desember.
- M. Mahrus Ali, *et.al*, 2012, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilukada yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret, h. 189 - 225.
- Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada.
- Yuliandri, 2009, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli.
12. Naskah dalam bentuk file document (.doc) dikirim via email ke alamat email redaksi: jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id atau jurnalkonstitusi@gmail.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

13. Dewan penyunting menyeleksi dan mengedit naskah yang masuk tanpa mengubah substansi. Naskah yang dimuat mendapatkan honorarium. Naskah yang tidak dimuat akan dikembalikan atau diberitahukan kepada penulisnya.

Indeks

A

Ad Hoc 723, 724, 736, 739
Administrative Penal Law 755, 756
Affirmative Regulation 780
AMDAL 774
A quo 723, 738-840, 843-845,
847, 892, 895-897, 899

B

Beheersdaad 779
Berita Acara Pemeriksaan 731,
732
Bestuursdaad 779
Bloomberger 852
Brundtland Commission 772
Buergeththal 859, 866

C

Capacity Building 882
Chaotic 881
Citizenship Regulation 810
Collective
Bargaining 792
Bargaining Agreements 792
Labour Agreements 792
Common Agreement 769
Competentie 856
Constitutional
Democracy 769
Guaranteee 771
Law 768
Mandate 770
Protection 771
Conversation of Biological Diversity
773

D

Daftar Kumulatif Terbuka 888, 889,
905
Dark-Green 784
Deklarasi Universal Hak Asasi
Manusia 892
Democracy 769, 791
Demokrasi 870, 871, 874-879,
881, 884
Deliberatif 876
Dewan
Etik 720, 723-740
Hakim Konstitusi 720,
723-726, 731, 739,
740

Die Stoffenbaulehre 709, 715
Doelmatig 704
Double Citizenship 811, 819
DPR-RI 705

E

Ecocracy 767, 775, 777, 786
Ecology Awareness 782
Equality Before The Law 706
Establish 881
Externalities 882

F

Fiction Theory 853

G

General Consensus 769
Green Constitution 767, 781, 782,
785, 786
Greenest Generation 784
Green
Policy 777
Politics 784
President 784
Revolution 783
Thinking 768
Grotius 892

H

Habermas 876
Hakim
Agung 721, 722
Konstitusi 720, 722-727, 729-
741
Mahkamah Konstitusi 722
Hak Konstitusional 710
HAM 702, 706-708, 714, 719, 887-
892, 895, 900, 902, 903
huwelijksrecht 816

I

In Casu 841
Inkonstitusional 700, 715-718
Intergenerational Equity 773
Internalisation of Environment Cost
and Incentive Mechanism 773

International

Bill of Human Rights 892
Contracts 849, 857
Labour Organisation 789
Intra-Generational Equity 773
Ius Sanguinis 814
Ius Soli 814

J

J.Th.J. Van den Berg 708
Juristocracy 777, 778, 785

K

Kekuasaan Kehakiman 716
Ketenagalistrikan 744, 752, 753, 754
Koalisi
Indonesia Hebat 870
Merah Putih 870
Komisi
Pemberantasan Korupsi 724
Yudisial 721, 722, 737-739, 742
Konsorsium Pembaruan Agraria 702,
703, 718
Konstitusionalitas 700, 714
Konvensi Wina 859, 860
Kota Jayapura 843, 846
KPK 723, 724

L

Larry Diamond 875
Legal
Reasoning 845
Standing 830, 842, 843, 845,
847
Legislasi 886-889, 894, 895, 905,
908, 909
Lex Specialis 862, 864

M

Machtstaat 878
Mahkamah
Agung 700, 701, 703, 704, 706,
711-717, 721, 722
Konstitusi 720-726, 729, 732, 735,
736, 738-740, 744, 745, 751-
755, 758, 763, 764, 766, 828-

- 830, 832-836, 838-842, 845, PMK
847, 848
Maier 859, 866
Majelis Kehormatan Mahkamah
Konstitusi 722-726, 729, 736,
738-740
Mechanism of Governance 783
Monarki 873, 874
Multihazard 773
- N**
Nationaliteitsrecht 816
Nation-States 783
Natural
Law Theory 892
Rights Theory 892
Natuurlijke Persoon 758
Negative Legislator 753
Nomocracy 769
Non-Governmental Organization 783
Non-Prolegnas 888
- O**
Okhlokraasi 874
Oligarki 874, 877
Onrechtmatige Overheidsdaad 706
Ontologis 891
Organic Theory 853
Otto Van Gierke 853
- P**
Panitera 730, 733
Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara
704
Peninjauan Kembali 700, 701, 704,
705, 710-718
Peradilan Tata Usaha Negara 701,
703-705, 713, 715-719
Peraturan Mahkamah
Agung 700, 701, 706, 714,
716, 717
Konstitusi 828, 830, 832, 835,
838
Perma 700, 701, 702, 704, 714-718
Porselisihan Hasil Pemilu Umum 730
Personal Liberty 771
PHPU Legislatif 730
Plichmatig 704
- 830, 832-836, 838-842, 845, PMK
847, 848
Nomor 1 Tahun 2013 722
Nomor 10/PMK/2006 722
Poros Tengah 870
Positive Legislator 753
Precautionary Principle 773
Private Ownership 769
Procedure 856
Prolegnas 888, 889, 890, 905, 906
Property Rights 769
Provinsi Aceh 849, 850, 851, 854,
856, 857, 861-864
Publiek-Rechtelijke Overeenkomst 852
Putusan
MK No. 1-2/Puu-Xii/2014 724
MK Nomor 005/Puu-lv/2006 722
- Q**
Qanun 862, 864
Quo 838-840, 843-845, 847
- R**
Rapat Permusyawaratan Hakim
730, 732
Ratio Legis 891
Rechstaat 706, 707, 878
Rechtmatig 704
Rechtsaat 878
Rechtsvacuum 754
Regelendaad 779
Review 895, 897, 900, 901
Rights To Be Candidate 829, 831, 843
- S**
Sapta Karsa Utama 723, 725
Siracusa 900, 902
Soko Guru 791
staatsidee 771
stakeholders 780
stateless 811
subjectum litis 828, 829, 830-833, 837,
841-843, 845-847
Subjectum litis 828, 829
Supremacy of law 706
sustainable development 772, 776,
780
- T**
Terdakwa 746
The Federalist 710
The Final Interpreter of The
Constitution 779
The Rule of Law 706
Threshold 869, 869, 871
Tirani 873
Toezichhoudensdaad 779
To Fulfill 784
To Protect 766, 775, 784
To Respect 784
Traktat 849, 857-860, 865,
Transnational Corporation 783
Treaties 849, 857
Trias Politica 706
- U**
Ultra Petita 748
Undang-Undang Nomor 12 Tahun
2011 710, 714, 715, 717
Union-Security Agreements 796
Utilitarian 892
Utrecht 745, 749, 750, 754, 757, 765
UU 888, 889, 891, 892, 894-903,
905-908
UU Nomor 8 Tahun 2011 722, 723, 740
UUPA 856, 861-864
- V**
verdachte 745, 746, 749, 750
Von Savigny 853
- W**
Welfare State 770
Wetboek Van Stafrecht 806
Wetmatig 704, 706
Bestuur 706
World Summit Report 772
- Y**
Yogyakarta 700-703, 707, 717-719

Indeks Pengarang

A

Albert Venn Dicey 706
Alexander Hamilton 710
Al Gore 783
Andi Hamzah 777, 784
Andrew Dobson 784
Aristokrasi 873

B

Bagir Manan 854
Bentham 892

C

Chidir Ali 853, 854, 866

F

Friedman 783, 784, 785
Friedrich Julius Stahl 706

H

Hans Kelsen 709, 718
Henryk Skolimowski 776, 787
Herlien Budiono 852, 866

I

Iwan E. Joesoef 855

J

Jacqueline Aloisi de Larderel 777
J.C.T Simorangkir 816
John Austin 893, 910
John Locke 893

M

Man S. Sastrawidjaja 853, 867
Mattias Finger 767
McGoldrick 772, 773, 786

P

Padmo Wahjono 878, 879, 885
Peter Mahmud 890, 891, 910
Prajudi Atmosudirdjo 703

R

R. Soesilo 745, 749

S

Sjachran Basah 705, 711, 719
Surna T. Djajadiningrat 773, 774, 787

T

Terry Karl 875
Thomas L. Friedman 783, 784

W

William F. Fox 857, 858
Willis Reese 858
Wirjono Prodjodikoro 816, 827,
Wiryanto 720
Woerjono Sastropranoto 816, 827
Wolfgang Sachs 777, 787
W. Riawan Thandra 855



Jurnal Konstitusi
menyampaikan terima kasih
Kepada para
Mitra Bestari/Penilai (*referee*)
Volume 13 No. 1 - 4, Maret - Desember 2016

Prof. Dr. Ahmad Sodiki, S.H.
Prof. Dr. Yuliandri, S.H., M.H.
Prof. Dr. Saldi Isra, S.H., MPA
Prof. Dr. Eddy OS Hiariej, S.H.
Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M., Ph.D
Prof. Topo Santoso, SH, MH, PhD
Prof. Masruchin Ruba'i, S.H., M.S.
Prof.Dr. Adji Samekto,S.H.,M.Hum
Prof. Dr. Melda Kamil
Prof. Dr. Marwan Mas M.H.
Prof. Moh. Bakri, S.H., M.S.
Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.H.
Dr. M. Ali Safaat, S.H., M.H.
Dr. Oky Burhamzah, S.H., M.H.
Dr. Zainul Daulay, S.H., M.H.
Dr. Istislam, S.H.,M.Hum.
Dr. Wasis Susetyo, S.H., M.A.
Dr. I. Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani, S.H., M.M.
Dr. Fatmawati, S.H., M.H
Dr. Zainal Arifin Muchtar, S.H., LL.M.
Dr. Hesti Armiwulan, S.H., M.Hum.
Dr. Tundjung Herning Sitabuana, S.H., C.N., M.Hum.
Dr. Bayu Dwi Anggono, S.H., M.H.
Dr. Pria Djatmika, S.H., M.S.





Visi:

Mengawal Tegaknya Konstitusi Melalui
Peradilan Konstitusi yang Independen, Imparsial dan Adil

Misi:

- Membangun Sistem Peradilan Konstitusi yang Mampu Mendukung Penegakan Konstitusi
- Meningkatkan Pemahaman Masyarakat Mengenai Hak Konstitusional Warga Negara

ISSN 1829-7706



9 771829 770696