



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 11 Nomor 2, Juni 2014

- “*Nalar Fenomenologi*”; Mahkamah Konstitusi dalam Pusaran Kekuasaan dan Bahaya Krisis *Weltanschauung*  
Susanto Polamolo
- Bantuan Hukum Sebagai Kewajiban Negara Untuk Memenuhi Hak Konstitusional Fakir Miskin  
Ajie Ramdan
- Hak Konstitusional Korban atas Pengadilan HAM yang Kompeten, Independen, dan Imparsial  
Yustina Trihoni Nalesti Dewi
- Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup terhadap Peraturan Perundang-Undangan dalam Kegiatan Bisnis (Perspektif Konstitusi)  
Muhammad Insa Ansari
- Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Tafsiran Resmi Hukum Islam di Indonesia  
Alfitri
- Hakim Konstitusi Adalah Hati dalam Tubuh Mahkamah Konstitusi  
Danang Hardianto
- Urgensi Legislasi Pelaksanaan mandat UUD 1945 Mengantisipasi ASEAN Economic Community 2015  
Gautama Budi Arundhati, Samuel Saut Martua Samosir, Ratih Listyana Chandra
- Kedudukan Kelompok Minoritas dalam Perspektif HAM dan Perlindungan Hukumnya Di Indonesia  
Yogi Zul Fadhli
- Refleksi *Memorandum of Understanding (MoU)* Helsinki dalam Kaitan Makna Otonomi Khusus Di Aceh  
Zaki ‘Ulya
- Desain Institusional Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) Sebagai Peradilan Etik  
M. Lutfi Chakim

JK	Vol. 11	Nomor 2	Halaman 212 - 408	Jakarta Juni 2014	ISSN 1829-7706
----	---------	---------	----------------------	----------------------	-------------------

Terakreditasi LIPI Nomor: 412/AU/P2MI-LIPI/04/2012  
Terakreditasi DIKTI dengan Nomor: 040/P/2014

KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL  
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA



MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA

**JURNAL KONSTITUSI**

<b>Vol. 11 No. 2</b>	<b>ISSN 1829-7706</b>	<b>Juni 2014</b>
<b>Terakreditasi Lipi dengan Nomor: 412/AU/P2MI-LIPI/04/2012</b> <b>Terakreditasi Dikti dengan Nomor: 040/P/2014</b>		

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

**Susunan Redaksi**

*(Board of Editors)*

**Pengarah**  
*(Advisers)* : Dr. Hamdan Zoelva, S.H., M.H.  
Prof. Dr. Arief Hidayat S.H., M.S.  
Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H.  
Dr. H. Muhammad Alim, S.H., M.Hum.  
Dr. H. Ahmad Fadlil Sumadi, S.H., M.Hum.  
Dr. Anwar Usman, S.H., M.H.  
Dr. Patrialis Akbar, S.H., M.H.  
Prof. Dr. Aswanto S.H., M.Si. DFM.  
Dr. H. Wahiduddin Adams, S.H., MA.

**Penanggungjawab**  
*(Officially Incharge)* : Dr. Janedjri M. Gaffar

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

**Redaktur Pelaksana**  
*(Managing Editors)* : Heru Setiawan, S.E. M.S.  
Sri Handayani, S. IP, M.S.  
Fajar Laksono, S.Sos., M.H.  
Titis Anindyajati, S.E. M.H.  
Indah Karmadaniah, S.H., M.H.  
Ananthia Ayu D. S.H., M.H.  
Oly Viana Agustine S.H., M.H.  
Intan Permata Putri, S.H.

**Sekretaris**  
*(Secretariat)* : Maria Ulfah, S.E.  
Rumondang Hasibuan, S.Sos.  
Evi Soraya Eka P, S.H.

**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 e-jurnal pada laman [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

---

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

---



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 11 Nomor 2, Juni 2014

## DAFTAR ISI

<b>Pengantar Redaksi</b> .....	iii - vi
<i>“Nalar Fenomenologi”</i> ; Mahkamah Konstitusi dalam Pusaran Kekuasaan dan Bahaya Krisis <i>Weltanschauung</i>	
Susanto Polamolo .....	212-232
Bantuan Hukum Sebagai Kewajiban Negara Untuk Memenuhi Hak Konstitusional Fakir Miskin	
Ajie Ramdan .....	233-255
Hak Konstitusional Korban atas Pengadilan HAM yang Kompeten, Independen, dan Imparsial	
Yustina Trihoni Nalesti Dewi .....	256-275
Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup terhadap Peraturan Perundang-Undangan dalam Kegiatan Bisnis (Perspektif Konstitusi)	
Muhammad Insa Ansari .....	276-295
Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Tafsiran Resmi Hukum Islam di Indonesia	
Alfitri .....	296-314
Hakim Konstitusi Adalah Hati dalam Tubuh Mahkamah Konstitusi	
Danang Hardianto .....	315-332

Urgensi Legislasi Pelaksanaan mandat UUD 1945 Mengantisipasi ASEAN <i>Economic Community</i> 2015	
Gautama Budi Arundhati, Samuel Saut Martua Samosir, Ratih Listyana Chandra .....	333-351
Kedudukan Kelompok Minoritas dalam Perspektif HAM dan Perlindungan Hukumnya Di Indonesia	
Yogi Zul Fadhli .....	352-370
Refleksi <i>Memorandum of Understanding (MoU)</i> Helsinki dalam Kaitan Makna Otonomi Khusus Di Aceh	
Zaki 'Ulya.....	371-392
Desain Institusional Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) Sebagai Peradilan Etik	
M. Lutfi Chakim .....	393-408

## **Biodata**

## **Pedoman Penulisan**

## Dari Redaksi



Jurnal Konstitusi Volume 12 Nomor 2 Juni 2014 kembali hadir dihadapan pembaca sekalian. Sebagaimana diketahui bahwa jurnal konstitusi merupakan sarana media cetak yang diterbitkan oleh Mahkamah Konstitusi dengan tujuan untuk melakukan diseminasi hasil penelitian atau kajian konseptual dengan domain utama terkait dengan konstitusi, putusan mahkamah konstitusi, dan berbagai isu yang tengah berkembang di masyarakat terkait dengan hukum konstitusi dan ketatanegaraan.

Jurnal konstitusi edisi kedua di tahun 2014 berisi berbagai naskah yang redaksi kumpulkan dalam tiga kelompok besar, yakni pertama terkait dengan konstitusi dimana dalam artikel pertama berjudul “Nalar Fenomenologi; Mahkamah Konstitusi Dalam Pusaran Kekuasaan Dan Bahaya Krisis Weltanschauung” yang ditulis oleh Susanto Polamolo. Artikel kedua ditulis oleh Ajie Ramdan dengan judul “Bantuan Hukum Sebagai Kewajiban Negara Untuk Memenuhi Hak Konstitusional Fakir Miskin”. Artikel ketiga berjudul “Hak Konstitusional Korban atas Pengadilan HAM yang Kompeten, Independen, dan Imparsial” yang ditulis oleh Yustina Trihoni Nalesti Dewi.

Artikel selanjutnya masuk dalam kelompok besar kedua yakni meliputi produk hukum mahkamah konstitusi yaitu berbagai putusan yang dihasilkan oleh maklamah konstitusi, yang antara lain ditulis oleh Muhammad Insa Ansari dengan judul “Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup Dalam Konstitusi Terhadap Perundang-Undangan Kegiatan Bisnis.” Artikel kedua ditulis oleh Alfritri dengan judul “Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Tafsiran Resmi Hukum Islam di Indonesia”.

Naskah berikutnya masuk dalam kelompok besar ketiga yakni terkait dengan isu konstitusi dan ketatanegaraan yang terwakili dengan tulisan yang berjudul “Hakim Konstitusi Adalah Hati Dalam Tubuh Mahkamah Konstitusi” yang ditulis oleh Danang Hardianto. Artikel kedua ditulis bersama-sama oleh Arundhati, Gautama Budi, Samuel Saut Martua Samosir, Ratih Listyana Chandra dengan judul “Urgensi Legislasi Pelaksanaan mandat UUD 1945 Mengantisipasi ASEAN *Economic Community* 2015”. Artikel ketiga

ditulis oleh Zaki 'Ulya dengan judul "Refleksi *Memorandum Of Understanding (MoU)* Helsinki Dalam Kaitan Makna Otonomi Khusus Di Aceh" dan Artikel terakhir pada edisi ini ditutup dengan judul "Desain Institusional Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) Sebagai Peradilan Etik" yang ditulis oleh M. Lutfi Hakim

Artikel pertama dengan judul Nalar Fenomenologi; Mahkamah Konstitusi Dalam Pusaran Kekuasaan Dan Bahaya Krisis *Weltanschauung*. Penulis menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi yang lahir sebagai salah satu agenda reformasi dalam kekuasaan yudisial masih terus memproses dirinya menjadi sebuah lembaga independen yang berada di garda depan dalam mengawal konstitusi. Sebagai lembaga yang menangani perkara-perkara konstitusional, posisi lembaga ini jelas dihadapkan dengan pusaran kekuasaan oligarki yang seolah tak pernah lepas dari perjalanan tata negara Indonesia. Pergulatannya tidak hanya dengan kritik sistemik akan tetapi juga kritik keilmuan hukum, dimana lembaga ini diharapkan tidak kental dengan *positivism legalistik* yang memutlakkan cara kerja hukum dan konstitusi. Disamping itu, apa yang paling ditakutkan dan menjadi konsekuensi ialah apabila para hakimnya mengalami krisis *weltanschauung*. Disinilah butuh centang perspektif yang tidak hanya melayangkan kritik normatif, akan tetapi juga kritik reflektif, sebagai penegasan dalam membongkar hegemoni struktural politik serta menyelami manusia sebagai pusat perspektif tentang nilai keadilan.

Artikel berikutnya berjudul "Bantuan Hukum Sebagai Kewajiban Negara Untuk Memenuhi Hak Konstitusional Fakir Miskin" mengkaji tentang putusan MK No. 88/PUU-X/2011 mengenai hak konstitusional fakir miskin untuk memperoleh bantuan hukum yang menjadi kewajiban negara. Pemberian bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin diperluas di dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum dengan melibatkan tidak hanya advokat, tetapi juga paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum. Hal ini karena bantuan hukum konstitusional diadopsi oleh Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011. Dengan demikian pencari keadilan yang tidak mampu atau miskin harus mendapatkan bantuan hukum dalam proses hukum untuk mendapatkan keadilan. Pemerintah perlu melakukan verifikasi, seleksi, dan evaluasi, serta memberikan akreditasi bagi lembaga pemberi bantuan hukum yang memenuhi atau tidak memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum.

Artikel ketiga dengan judul "Hak Konstitusional Korban atas Pengadilan HAM yang Kompeten, Independen, dan Imparsial" mengkaji terkait dengan bagaimana Pengalaman empiris menunjukkan bahwa kepentingan korban pada Pengadilan HAM seringkali dilanggar karena berbagai kepentingan politik. Penulis berpendapat demi menjaga akuntabilitas proses peradilan pada Pengadilan HAM, perlu keterlibatan masyarakat sebagai kontrol agar semakin meningkatkan keperdulian atas terselenggaranya peradilan yang adil. Hal yang sangat penting adalah jaminan persidangan terbuka untuk umum yang merupakan bagian dari *fair trial* dengan tujuan melindungi terdakwa atau kepentingan korban dari kerahasiaan sebuah persidangan tanpa adanya pengawasan publik.

Artikel selanjutnya masuk dalam kelompok besar kedua yakni meliputi produk hukum mahkamah konstitusi yaitu berbagai putusan yang dihasilkan oleh maklamah konstitusi, yang antara lain berjudul "Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup Dalam Konstitusi Terhadap Perundang-Undangan Kegiatan Bisnis". Artikel ini membahas terkait dengan Pengaturan lingkungan hidup dalam konstitusi dimana mempunyai

implikasi terhadap perundang-undangan, termasuk perundang-undangan kegiatan bisnis. Ada sejumlah perundang-undangan kegiatan bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup di dalamnya. Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas merupakan undang-undang kelembagaan bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup. Sementara itu undang-undang yang mengatur aktivitas bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup diantaranya adalah Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, dan sejumlah perundangan kegiatan bisnis lainnya.

Artikel selanjutnya berjudul “Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Tafsiran Resmi Hukum Islam di Indonesia”. Dalam tulisan ini, penulis membahas bahwa mengenai metode dan argumen yang dipakai para Hakim Mahkamah Konstitusi dalam menengahi perbedaan penafsiran hukum Islam antara umat Islam dan pemerintah terkait pada tataran apa hukum Islam seharusnya diakui, diaplikasikan, dan ditegakkan oleh negara Indonesia. Penulis juga menggali lebih dalam terkait apakah pendekatan yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam menyelesaikan sengketa konstitusionalitas peraturan perundang-undangan (PUU) khususnya terkait hukum Islam masih dalam batasan teori hukum Islam.

Artikel keenam berjudul Hakim Konstitusi Adalah Hati Dalam Tubuh Mahkamah Konstitusi. Dalam pembahasannya penulis menjabarkan bahwa Hakim Konstitusi adalah segumpal daging yaitu hati dalam tubuh Mahkamah Konstitusi (MK). Jika hati itu baik maka baik pula tubuh itu dan sebaliknya jika hati itu buruk maka buruk pula tubuh itu. Hati yang baik itu diisi oleh hakim yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; adil; dan negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Oleh karena itu mereka memiliki kewajiban untuk membuat putusan yang responsif dan preskriptif demi tegaknya hukum berdasar moralitas dan kebenaran. Putusan itu menjadi matahari yang akan tetap bersinar dan menyinari kehidupan nusa dan bangsa.

Artikel berikutnya berjudul Urgensi Legislasi Pelaksanaan mandat UUD 1945 Mengantisipasi ASEAN *Economic Community* 2015. Penulis berpendapat bahwa kesejahteraan umum adalah suatu capaian yang tidak dapat dilepaskan begitu saja dari dukungan Pemerintah Pusat maupun Daerah yang notabene memiliki tanggungjawab untuk mensejahterakan masyarakatnya melalui pengaturan dalam lingkup kewenangan berdasarkan amanat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 melalui batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait. Lebih lanjut penulis menyatakan bahwa ASEAN *Charter* bukanlah merupakan lawan dari mandat Undang-Undang Dasar 1945 dalam hal kesejahteraan, selama diimplementasikan dalam tindakan legislasi yang tepat, yang dapat melindungi warga negara Indonesia.

Artikel berikutnya berjudul Kedudukan Kelompok Minoritas Dalam Perspektif Ham Dan Perlindungan Hukumnya Di Indonesia. Penulis berpendapat bahwa kelompok minoritas menjadi entitas sosial yang tak dapat dinafikan keberadaannya. Keminoritasan tersebut jamak dimaknai karena perbedaan dari mayoritas atas dasar identitas, baik agama, bahasa, etnis, budaya atau jenis kelamin. Jumlahnya pun tidak banyak apabila dibandingkan dengan penduduk di suatu negara dan berada pada posisi yang tidak dominan. Kelompok minoritas rentan jadi korban pelanggaran HAM, oleh karena itu perlindungan hukum diberikan. Dalam perspektif HAM kelompok ini berada pada tingkat yang setara dengan individu pemangku hak lain serta memiliki hak khusus.

Hak khusus bukanlah hak istimewa, tapi hak yang diberikan agar martabat kelompok minoritas dapat terangkat.

Artikel kesembilan berjudul Refleksi *Memorandum Of Understanding (Mou)* Helsinki Dalam Kaitan Makna Otonomi Khusus Di Aceh. Penulis berpendapat bahwa penerapan otonomi daerah pasca reformasi menitik beratkan pada kemandirian daerah provinsi dalam membangun rumah tangga sendiri. Menurut konsep otonomi terbagi dalam tiga yaitu otonomi biasa, otonomi istimewa dan otonomi khusus, yang ditekankan dalam Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B UUD 1945. Adapun alasan pemberian status otonomi khusus di Aceh salah satunya untuk menghilangkan gerakan dilakukan GAM yang bertujuan memisahkan diri dari NKRI. Pemberian status otonomi tersebut diejawantahkan melalui *MoU* Helsinki yang ditransformasikan dalam UU No. 11 Tahun 2006. Adapun metode yang digunakan adalah yuridis normatif. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Berdasarkan dari analisa yang dilakukan ditemukan bahwa keberadaan *MoU* Helsinki yang dituangkan dalam UU No. 11 Tahun 2006 merupakan manifestasi mengangkat nilai-nilai yang menjadi keistimewaan di Aceh, serta menambahkan beberapa kekhususan lainnya seperti bidang politik daerah. Aceh mempunyai kekhususan dan keistimewaan dalam UU No. 11 Tahun 2006, yaitu menentukan lambang dan bendera daerah.

Artikel terakhir ditutup dengan pembahasan terkait dengan Desain Institusional Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (Dkpp) Sebagai Peradilan Etik. Etika pada dasarnya mengajarkan dan menekankan kepada setiap individu termasuk penyelenggara pemilu untuk mengambil sikap dan memastikan tindakan apapun yang dilaksanakan dengan senantiasa bersandarkan pada nilai-nilai moral. Etika merupakan elemen penting yang harus ditaati oleh setiap penyelenggara pemilu, karena merupakan salah satu aspek fundamental dalam mewujudkan pemilu yang demokratis. Oleh karena itu, untuk menegakkan Kode Etik penyelenggara pemilu, maka dibentuklah Dewan Kehormatan Penyelenggara Umum (DKPP) yang bertujuan untuk menjaga kemandirian, integritas dan kredibilitas KPU dan Bawaslu agar Pemilu tentu berjalan dengan baik dan benar. DKPP adalah lembaga *ethic* yang didesain sebagai badan peradilan etika (*court of ethics*), dengan menerapkan model persidangan bersifat terbuka dan menerapkan semua prinsip layaknya dalam sebuah peradilan. Sehingga, bagi penyelenggara pemilu yang terbukti melanggar Kode Etik, DKPP dapat memberikan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggarannya, yaitu terdiri dari sanksi teguran tertulis, sanksi pemberhentian sementara, dan sanksi pemberhentian tetap. Apalagi putusan DKPP bersifat final dan mengikat (*final and binding*).

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

Redaksi

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

Polamolo, Susanto

### ***Nalar Fenomenolog; Mahkamah Konstitusi dalam Pusaran Kekuasaan dan Bahaya Krisis *Weltanschauung****

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 212-232

Mahkamah Konstitusi yang lahir sebagai salah satu agenda reformasi dalam kekuasaan yudisial masih terus memproses dirinya menjadi sebuah lembaga independen yang berada di garda depan dalam mengawal konstitusi. Sebagai lembaga yang menangani perkara-perkara konstitusional, posisi lembaga ini jelas dihadapkan dengan pusaran kekuasaan oligarki yang seolah tak pernah lepas dari perjalanan tata negara Indonesia. Pergulatannya tidak hanya dengan kritik sistemik akan tetapi juga kritik keilmuan hukum, dimana lembaga ini diharapkan tidak kental dengan *positivism legalistik* yang memutlakan cara kerja hukum dan konstitusi. Disamping itu, apa yang paling ditakutkan dan menjadi konsekuensi ialah apabila para hakimnya mengalami krisis *weltanschauung*. Disinilah butuh centang perspektif yang tidak hanya melayangkan kritik normatif, akan tetapi juga kritik reflektif, sebagai penegasan dalam membongkar hegemoni struktural politik serta menyelami manusia sebagai pusat perspektif tentang nilai keadilan.

**Kata Kunci:** Mahkamah Konstitusi, Reformasi Konstitusi, Hegemoni Struktural Politik, Legitimasi Kekuasaan

Polamolo, Susanto

### ***Reason phenomenologist; Constitutional Court Vortex Power And Danger In Crisis *Weltanschauung****

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*Constitutional Court who was born as one of the reforms agenda in the continued process of judicial power itself into an independent institution that is at the forefront in guarding the constitution. As an agency that handles matters constitutional, position is clearly confronted with the vortex power of the oligarchs who seemed never be separated from the Indonesian constitutional journey. Struggle not only with critics but also systemic critique of scientific laws, which the agency is expected to not thick with legalistic positivism absolutizing the workings of the law and the constitution. Besides, what is the most feared and to be consequences if the judges are in crisis *Weltanschauung*. This is where the need to check the perspective that not only cast a normative critique, but also reflective criticism, as an affirmation of the political and dismantle structural hegemony explore perspectives on the human being as the central value of justice.*

**Keywords:** Constitutional Court, Constitutional Reform, Structural Political Hegemony, Legitimacy of Power

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

Ramdan, Ajie

### **Bantuan Hukum Sebagai Kewajiban Negara Untuk Memenuhi Hak Konstitusional Fakir Miskin**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 233-255

Bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin sangat menarik dikaji. Pemberian bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin adalah dengan menyediakan dana kepada pemberi bantuan hukum melalui APBN. Karena Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengambil konsep bantuan hukum model kesejahteraan. Tulisan ini akan menganalisa putusan MK No. 88/ PUU-X/2011 mengenai hak konstitusional fakir miskin untuk memperoleh bantuan hukum yang menjadi kewajiban negara. Pemberian bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin diperluas di dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum dengan melibatkan tidak hanya advokat, tetapi juga paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum. Hal ini karena bantuan hukum konstitusional diadopsi oleh Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011. Dengan demikian pencari keadilan yang tidak mampu atau miskin harus mendapatkan bantuan hukum dalam proses hukum untuk mendapatkan keadilan. Pemerintah perlu melakukan verifikasi, seleksi, dan evaluasi, serta memberikan akreditasi bagi lembaga pemberi bantuan hukum yang memenuhi atau tidak memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum.

**Kata kunci:** Bantuan Hukum, Kewajiban Negara, Hak Konstitusional, Fakir Miskin

Ramdan, Ajie

### ***Liability Legal Assistance For State to Fulfill Constitutional Rights of Poor People***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*Legal aid as the state's obligation to fulfill the constitutional rights of the poor very interesting study. The provision of legal aid as the state's obligation to fulfill the constitutional rights of the poor is to provide funding to legal aid through the state budget. Because the Law No. 16 Year 2011 on Legal Aid takes the concept of legal aid welfare model. This paper will analyze the decision of the Court No. 88 / PUU-X/2011 the constitutional rights of the poor to obtain legal assistance that the duty of the state . The provision of legal aid as the state's obligation to fulfill the constitutional rights of the poor expanded in the Law No. 16 Year 2011 on Legal Aid , involving not only advocate, but also paralegals, lecturer and college students of faculty of law. This is because the constitutional legal aid was adopted by Act No. 16 of 2011. Thus justice seekers who are unable or poor should get legal assistance in legal proceedings to obtain justice. Governments need to do the verification, selection, and evaluation, as well as provide accreditation for legal aid agencies that meet or do not qualify as legal aid.*

**Keyword:** Legal Aid, State Liability, Constitutional Rights, Poverty

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

Yustina Trihoni Nalesti Dewi

### **Hak Konstitusional Korban atas Pengadilan HAM yang Kompeten, Independen, dan Imparsial**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 256-275

Pengadilan HAM, jaminan terhadap peradilan yang adil demi melindungi manusia dan harkat kemanusiaan harus diwujudkan selaras dengan prinsip bangsa Indonesia yang berketuhanan dan berkeadilan. Dibentuknya Pengadilan HAM menjadi parameter awal yang akan menunjukkan sampai seberapa jauh keseriusan Pemerintah Republik Indonesia untuk melindungi dan memajukan HAM seperti yang diamanatkan oleh Pancasila sebagai Cita Hukum (*Rechtsidee*). Pengadilan HAM juga menjadi batu loncatan menuju reformasi system hukum di Indonesia. Jaminan hak atas peradilan yang adil diatur pada Pasal 28 D (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang kemudian lebih dijabarkan oleh Pasal 24 UUD 1945 mengenai kekuasaan kehakiman. Namun demikian apa yang *before the law* dan *according to law* belum tentu demikian nyatanya *before the court* dan *according to the court*. Pengalaman empiris menunjukkan kepentingan korban pada Pengadilan HAM seringkali dilanggar karena berbagai kepentingan politik. Demi menjaga akuntabilitas proses peradilan pada Pengadilan HAM, perlu keterlibatan masyarakat sebagai kontrol agar semakin meningkatkan keperdulian atas terselenggaranya peradilan yang adil. Hal yang sangat penting adalah jaminan persidangan terbuka untuk umum yang merupakan bagian dari *fair trial* dengan tujuan melindungi terdakwa atau kepentingan korban dari kerahasiaan sebuah persidangan tanpa adanya pengawasan publik.

**Kata Kunci:** korban, *fair trial*, Pengadilan HAM

Yustina Trihoni Nalesti Dewi

***Victims Constitutional Rights on the human rights court Competent, Independent and Impartial***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*Court of Human Rights, guarantee a fair trial for the sake of protecting human and human dignity must be realized in line with the principles of the Indonesian nation berketuhanan and equitable. The establishment of a Human Rights Court will be the initial parameters that indicate to what extent the seriousness of the Government of the Republic of Indonesia to protect and promote human rights as mandated by the Pancasila as Cita Law (Rechtsidee). Court of Human Rights also be a stepping stone towards the reform of the legal system in Indonesia. Guarantees the right to a fair trial under Article 28 D (1) of the Constitution of 1945, which then further elaborated by Article 24 of the 1945 Constitution of the judicial power. However, what was before the law and According to the law is not necessarily so in fact before the court and According to the court. Empirical experience shows the benefit of victims in court human rights are often violated because of various political interests. In order to maintain accountability of the judicial process at the Human Rights Court, need community involvement as a control in order to increase awareness of the implementation of a fair trial. It is very important is the guarantee of public trials that are part of a fair trial with the aim of protecting the interests of the accused or the victim of the confidentiality of a hearing in the absence of public scrutiny.*

**Keywords:** *victims, fair trial, Human Rights Court*

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

Ansari, Muhammad Insa

### **Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup terhadap Peraturan Perundang-Undangan dalam Kegiatan Bisnis (Perspektif Konstitusi)**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 276-295

Undang-Undang Dasar 1945 (sebelum amandemen) lingkungan hidup merupakan bagian dari Bab XIV Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial, tepatnya dalam Pasal 33 ayat (3). Setelah amandemen, lingkungan hidup mendapat pengaturan dalam Bab XA Hak Asasi Manusia, yaitu dalam Pasal 28H ayat (1) dan Bab XIV Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial, yaitu dalam Pasal 33 ayat (3) dan ayat (4). Pengaturan lingkungan hidup dalam konstitusi tentunya mempunyai implikasi terhadap perundang-undangan, termasuk perundang-undangan kegiatan bisnis. Ada sejumlah perundang-undangan kegiatan bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup di dalamnya. Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas merupakan undang-undang kelembagaan bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup. Sementara itu undang-undang yang mengatur aktivitas bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup diantaranya adalah Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, dan sejumlah perundangan kegiatan bisnis lainnya.

**Kata Kunci:** Lingkungan Hidup, Konstitusi, Kegiatan Bisnis

Ansari, Muhammad Insa

### ***Implications Setting Environmental Regulation Of Legislation In Business Activities (Constitutional Perspective)***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*In the Act of 1945 (before amendment) environment is part and Chapter XIV of the National Economy and Social Welfare, precisely in Article 33 paragraph (3). After the amendment, the environment gets the settings in Chapter XA of Human Rights, which in Article 28H (1) and Chapter XIV of the National Economy and Social Welfare, which in Article 33 paragraph (3) and (4). Environmental settings in the constitution of course have implications for legislation, including legislation business activities. There are a number of regulations of business activities that have included environmental material in it. Law No. 40 of 2007 on Limited Company is a business law institutions that have incorporated environmental material. While the laws governing business activities have included environmental material of which is Law No. 25 of 2007 on Investment, Law No. 10 of 1998, and a number of other legislative business activities.*

**Keywords:** *Environmental, Constitutional, Business Activity.*

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

Alfitri

### **Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Tafsiran Resmi Hukum Islam di Indonesia**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 296-314

Tidak seperti negara Islam atau mayoritas berpenduduk Muslim lain, konstitusi negara Indonesia tidak menyebutkan kata “syariah” sebagai sumber penyusunan peraturan perundang-undangan. Meskipun begitu, beberapa aspek hukum Islam telah dimasukkan ke dalam sistem hukum nasional Indonesia. Hukum Islam versi negara ini sering mendapatkan tantangan dari umat Islam di Indonesia bahkan sejak pengundangannya pertama kali di era 1970-an. Apa yang terjadi ketika negara seperti Indonesia harus memutuskan perselisihan terkait tafsiran hukum Islam mana yang valid di Indonesia? Tulisan ini akan menganalisa metode dan argumen yang dipakai para Hakim Mahkamah Konstitusi dalam menengahi perbedaan penafsiran hukum Islam antara umat Islam dan pemerintah terkait pada tataran apa hukum Islam seharusnya diakui, diaplikasikan, dan ditegakkan oleh negara Indonesia? Apakah pendekatan yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam menyelesaikan sengketa konstitusionalitas peraturan perundang-undangan (PUU) khususnya terkait hukum Islam masih dalam batasan teori hukum Islam? Tulisan ini berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi menyatakan diri sebagai otoritas hukum dalam menafsirkan konstitusi, dan oleh karena itu berkuasa untuk menafsirkan dan membatasi hukum Islam di Indonesia berdasarkan konstitusi. Akan tetapi, Hakim Mahkamah Konstitusi tetap menggunakan argumen dalam hukum Islam ketika memutuskan sengketa PUU tersebut. Berdasarkan hal ini, putusan Mahkamah Konstitusi masuk ke dalam kategori *siyasa shar`iyya*, sehingga penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap norma hukum Islam yang mana berlaku di Indonesia bisa dianggap sebagai tafsiran resmi hukum Islam di Indonesia.

**Kata Kunci:** Putusan MK, Tafsiran Hukum Islam, *Siyasah Syar`iyyah*

Alfitri

***Decision of the Constitutional Court as the official interpretation of Islamic law in Indonesia***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*Unlike other Muslim countries, Indonesia does not make any reference to sharia as a source of legislation in its Constitution. Despite the fact, some aspects of sharia have been incorporated into Indonesian legal system. These "Islamic" state laws have been challenged by Muslims in Indonesia since their very first enactment in 1970s and now they find a new avenue to be settled with the institution of the Constitutional Court in 2003. This paper is to analyze what happen when a country such as Indonesia suddenly has to adjudicate disputes on which interpretation of Islamic law valid in Indonesia? In particular, it will assess methods employed by the Constitutional Court Judges in Indonesia in arbitrating contentions between conservative Muslims' and the government's claims regarding the extent to which Islamic law should be recognized, applied, and enforced by the state? Is the Court's approach in settling down the cases still within the boundary of Islamic legal theory? This paper argues that the Court does declare itself as the legal authority in Indonesia and, thus, it reserves for itself the power to interpret and restrict Islamic law as it sees fit with the state's agenda. However, the Court does that by considering and utilizing the concepts and vocabularies in Islamic law to justify its decisions. Hence, the Court's decisions fall within the scope of *siyasa shar'iyah*, and its interpretation of which Islamic legal norms effective in Indonesia can be justified accordingly.*

**Keywords:** *Constitutinal Court Decisions, Interpretation of Islamic Law, Siyasa Shar'iyah*

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

Hardianto, Danang

### **Hakim Konstitusi Adalah Hati dalam Tubuh Mahkamah Konstitusi**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 315-332

Hakim Konstitusi adalah segumpal daging yaitu hati dalam tubuh Mahkamah Konstitusi (MK). Jika hati itu baik maka baik pula tubuh itu dan sebaliknya jika hati itu buruk maka buruk pula tubuh itu. Hati yang baik itu diisi oleh hakim yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; adil; dan negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Oleh karena itu mereka memiliki kewajiban untuk membuat putusan yang responsif dan preskriptif demi tegaknya hukum berdasar moralitas dan kebenaran. Putusan itu menjadi matahari yang akan tetap bersinar dan menyinari kehidupan nusa dan bangsa.

**Kata Kunci:** Hakim Konstitusi, Integritas, Keadilan.

Hardianto, Danang

### ***Constitutional Court is the Liver In The Body of Constitutional Court***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*Constitutional judges denote a piece of flesh i.e. heart in the body of the Constitutional Court. If it is good, the whole body is good, and if it is bad, or else if it is bad, the whole boy is bad. The good heart is filled by the judges who have impeccable integrity and personality; be fair-minded; and be statesman who have mastered constitution and constitutional law. They therefore have an obligation to make a responsive and prescriptive decision in order to enforce the law based on the morality and the truth. The decision becomes the sun which will continue to shine and illuminate the life of the country.*

**Key word:** *Constitutional Justice, Integrity, Justice*

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

Arundhati, Gautama Budi, Samuel Saut Martua Samosir, Ratih Listyana Chandra

### **Urgensi Legislasi Pelaksanaan mandat UUD 1945 Mengantisipasi ASEAN *Economic Community* 2015**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 333-351

Kesejahteraan umum adalah suatu capaian yang tidak dapat dilepaskan begitu saja dari dukungan Pemerintah Pusat maupun Daerah yang notabene memiliki tanggungjawab untuk mensejahterakan masyarakatnya melalui pengaturan dalam lingkup kewenangan berdasarkan amanat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 melalui batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait. ASEAN *Charter* yang telah diundangkan dalam Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara) bukanlah merupakan lawan dari mandat Undang-Undang Dasar 1945 dalam hal kesejahteraan, selama diimplementasikan dalam tindakan legislasi yang tepat, yang dapat melindungi warga negara Indonesia. Tindakan legislasi tersebut haruslah bercermin pada kebutuhan dan kondisi material masyarakat Indonesia. Regulasi yang berkaitan dengan implementasi ASEAN *Charter* harus selalu disertai *exemption* atau pengecualian dengan jalan pembebasan dari hukum persaingan usaha regional yang merupakan konsekuensi logis dari adanya pasar bebas ASEAN dalam berbagai bidang.

**Kata kunci:** Kesejahteraan, ASEAN *Economic Community*, *Exemption*

Arundhati, Gautama Budi, Samuel Saut Martua Samosir, Ratih Listyana Chandra

***Urgency Implementation Legislation The Mandate of UUD 1945 Anticipating The ASEAN Economic Community 2015***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*Societal welfare is the achievement that should be supported by Government which essentially has the obligation for the societal welfare through the arrangements within the scope of authority under the mandate of the preamble and articles of the Indonesian Constitution of 1945 and relevant laws. The mandate of ASEAN Charter, which was ratified by House of Representative by Law Number 38 of 2008 concerning Ratification of the Charter of the Association of Southeast Asian Nations, is not an opponent of the Constitution of 1945 in terms of societal welfare, as long as the legislation is implemented on the right way, which can protect Indonesian. The legislative action must reflect the needs and the factual conditions of Indonesian. Regulation relating to the implementation of the ASEAN Charter should always be accompanied by exemption or exception to the path of liberation from the regional competition law which is a logical consequence of the free market of ASEAN in some fields.*

***Keywords: Societal Welfare, ASEAN Economic Community, Exemption***

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

Fadhli, Yogi Zul

### **Kedudukan Kelompok Minoritas dalam Perspektif HAM dan Perlindungan Hukumnya Di Indonesia**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 352-370

Kelompok minoritas menjadi entitas sosial yang tak dapat dinafikan keberadaannya. Keminoritasan tersebut jamak dimaknai karena perbedaan dari mayoritas atas dasar identitas, baik agama, bahasa, etnis, budaya atau jenis kelamin. Jumlahnya pun tidak banyak apabila dibandingkan dengan penduduk di suatu negara dan berada pada posisi yang tidak dominan. Kelompok minoritas rentan jadi korban pelanggaran HAM, oleh karena itu perlindungan hukum diberikan. Dalam perspektif HAM kelompok ini berada pada tingkat yang setara dengan individu pemangku hak lain serta memiliki hak khusus. Hak khusus bukanlah hak istimewa, tapi hak yang diberikan agar martabat kelompok minoritas dapat terangkat.

**Kata Kunci:** Kelompok Minoritas, Hak Asasi Manusia, Kesetaraan, Hak Khusus, Perlindungan Hukum

Fadhli, Yogi Zul

### ***The Position of Minorities in Perspective HAM and Legal Protection In Indonesia***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*Minority group is a social entity which can not be denied its existence. The plural minority condition is defined as diversity of the majority on the basis of identity, religion, language, ethnicity, culture or gender. The number is usually not much when compared to the population in a country and be in a dominant position. Vulnerable minority groups become victims of human rights, therefore the legal protection given. In a human rights perspective, this group is at a level equivalent to other individual rights holders and have special rights. Special rights are not privileges, but rights granted so the dignity of minority groups can be lifted.*

**Keywords:** Minorities, Human Rights, Equality, Special Rights, Legal Protection

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

'Ulya, Zaki

### **Refleksi *Memorandum Of Understanding (Mou)* Helsinki Dalam Kaitan Makna Otonomi Khusus Di Aceh**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 2 hlm. 371-392

Penerapan otonomi daerah pasca reformasi menitik beratkan pada kemandirian daerah provinsi dalam membangun rumah tangga sendiri. Menurut konsep otonomi terbagi dalam tiga yaitu otonomi biasa, otonomi istimewa dan otonomi khusus, yang ditekankan dalam Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B UUD 1945. Adapun alasan pemberian status otonomi khusus di Aceh salah satunya untuk menghilangkan gerakan dilakukan GAM yang bertujuan memisahkan diri dari NKRI. Pemberian status otonomi tersebut dijawabantahkan melalui *MoU* Helsinki yang ditransformasikan dalam UU No. 11 Tahun 2006. Adapun metode yang digunakan adalah yuridis normatif. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Berdasarkan dari analisa yang dilakukan ditemukan bahwa keberadaan *MoU* Helsinki yang dituangkan dalam UU No. 11 Tahun 2006 merupakan manifestasi mengangkat nilai-nilai yang menjadi keistimewaan di Aceh, serta menambahkan beberapa kekhususan lainnya seperti bidang politik daerah. Aceh mempunyai kekhususan dan keistimewaan dalam UU No. 11 Tahun 2006, yaitu menentukan lambang dan bendera daerah.

**Kata kunci:** *MoU Helsinki* dan otonomi khusus Aceh

'Ulya, Zaki

### ***Memorandum of Understanding (MoU) Helsinki Reflection In Connection Meaning Special Autonomy in Aceh***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*After the implementation of regional autonomy reforms focused on provincial autonomy in establishing their own households. According to the concept of autonomy is divided into three autonomous ordinary, special autonomy and autonomy, which is emphasized in Article 18, 18A and 18B of the 1945 Constitution. Reasons for granting the status of special autonomy in Aceh, one of which was to eliminate the GAM movement which aims to separate itself from the Homeland. Granting autonomy status is determined through of the Helsinki MoU is transformed in Law No. 11 of 2006. The method used is the juridical normative. This research approach statutory (statute approach), approach the case (case approach). Based on the analysis conducted found that the existence of the MoU are set forth in the Law. 11 The year 2006 is a manifestation lifting values into privilege in Aceh, as well as adding some other peculiarities such as local politics. Aceh has a specificity and privileges in Law No. 11 In 2006, the emblem and flag of determining the area.*

**Keywords:** *MoU of Helsinki and Aceh specaal autonomy*

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

Chakim, M. Lutfi

### **Desain Institusional Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) Sebagai Peradilan Etik**

Jurnal Konstitusi Vol. 11 No. 1 hlm 393-408

Etika pada dasarnya mengajarkan dan menekankan kepada setiap individu termasuk penyelenggara pemilu untuk mengambil sikap dan memastikan tindakan apapun yang dilaksanakan dengan senantiasa bersandarkan pada nilai-nilai moral. Etika merupakan elemen penting yang harus ditaati oleh setiap penyelenggara pemilu, karena merupakan salah satu aspek fundamental dalam mewujudkan pemilu yang demokratis. Oleh karena itu, untuk menegakkan Kode Etik penyelenggara pemilu, maka dibentuklah Dewan Kehormatan Penyelenggara Umum (DKPP) yang bertujuan untuk menjaga kemandirian, integritas dan kredibilitas KPU dan Bawaslu agar Pemilu tentu berjalan dengan baik dan benar. DKPP adalah lembaga *ethic* yang didesain sebagai badan peradilan etika (*court of ethics*), dengan menerapkan model persidangan bersifat terbuka dan menerapkan semua prinsip layaknya dalam sebuah peradilan. Sehingga, bagi penyelenggara pemilu yang terbukti melanggar Kode Etik, DKPP dapat memberikan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran, yaitu terdiri dari sanksi teguran tertulis, sanksi pemberhentian sementara, dan sanksi pemberhentian tetap. Apalagi putusan DKPP bersifat final dan mengikat (*final and binding*).

**Kata Kunci:** Desain Institusional, DKPP, Peradilan Etik

Chakim, M. Lutfi

### ***Institutional Election Honor Council Design (DKPP) As Judicial Ethics***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 11 No. 2*

*Ethics basically teach and emphasize to every individual including the organizer of election to take a stand and ensure that any action taken always relying on moral values. Ethics is an important element that must be adhered to every organizer of election, because it is one of the fundamental aspects for realizing democratic elections. Therefore, to enforce the Code of Ethic organizer of election, then formed Honorary Board of Organizer of Elections (DKPP) which aims to maintain independence, integrity and credibility of the Election Commission (KPU) and the Election Supervisory Body (Bawaslu) that is certainly going well and correctly. DKPP*

**Keywords:** *Institutional Design, DKPP, Court of Ethics*

# **“Nalar Fenomenologi”; Mahkamah Konstitusi dalam Pusaran Kekuasaan dan Bahaya Krisis *Weltanschauung***

**Susanto Polamolo**

Universitas Slamet Riyadi Surakarta  
Jl. Sumpah Pemuda, No. 18 Joglo, Kadipiro-Surakarta  
Email: susantopolamolo@ymail.com

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Mahkamah Konstitusi yang lahir sebagai salah satu agenda refomasi dalam kekuasaan yudisial masih memproses dirinya menjadi sebuah lembaga independen yang berada di garda depan dalam mengawal konstitusi. Sebagai lembaga yang menangani perkara-perkara konstitusional, posisi lembaga ini jelas dihadapkan dengan pusaran kekuasaan oligarki yang seolah tak pernah lepas dari perjalanan tata negara Indonesia. Pergulatannya tidak hanya dengan kritik sistemik akan tetapi juga kritik keilmuan hukum, dimana lembaga ini diharapkan tidak kental dengan *positivism legalistik* yang memutlakkan cara kerja hukum dan konstitusi. Disamping itu, apa yang paling ditakutkan dan menjadi konsekuensi ialah apabila para hakimnya mengalami krisis *weltanschauung*. Disinilah butuh centang perspektif yang tidak hanya melayangkan kritik normatif, akan tetapi juga kritik reflektif, sebagai penegasan dalam membongkar hegemoni struktural politik serta menyelami manusia sebagai pusat perspektif tentang nilai keadilan.

**Kata Kunci:** Mahkamah Konstitusi, Reformasi Konstitusi, Hegemoni Struktural Politik, Legitimasi Kekuasaan

## **Abstract**

*Constitutional Court who was born as one of the reforms agenda in the continued process of judicial power itself into an independent institution that is at the forefront in guarding the constitution. As an agency that handles matters constitutional,*

*posisinya is clearly confronted with the vortex power of the oligarchs who seemed never be separated from the Indonesian constitutional journey. Struggle not only with critics but also systemic critique of scientific laws, which the agency is expected to not thicken with legalistic positivism absolutizing the workings of the law and the constitution. Besides, what is the most feared and to be consequences if the judges are in crisis *Weltanschauung*. This is where the need to check the perspective that not only cast a normative critique, but also reflective criticism, as an affirmation of the political and dismantle structural hegemony explore perspectives on the human being as the central value of justice.*

**Keywords:** *Constitutional Court, Constitutional Reform, Structural Political Hegemony, Legitimacy of Power*

## PENDAHULUAN

Apakah norma dan nilai keadilan itu dapat ditakar dengan prinsip yang terverifikasi atau difalsifikasi? Pertanyaan ini menjadi menarik, ketika secara konseptual kita hubungkan dengan posisi sebuah lembaga negara utama (*main state organs*)<sup>1</sup> dalam belantara tarik menarik kekuasaan negara. Dimana sendi-sendi penting bangunan sebuah bangsa telah dikendalikan oleh hegemoni sekelompok kelas penguasa, yang tumbuh subur lewat krisis yang paling parah di abad ini yakni *weltanschauung*.<sup>2</sup>

Menyelami norma dan nilai keadilan<sup>3</sup> melalui manusia sebagai pusat perspektif dalam eksistensi kekuasaan, tidak hanya soal bagaimana cara membangun etika dalam politik, atau sekedar perasaan optimis karena komponen-komponen demokrasi telah dicapai. Berbicara hukum dan problematika memang paralel dengan relasi eksklusif setiap lembaga negara, sejak tesis tentang negara diarahkan dalam bentuk rasionalism Plato dan empirism Aristoteles yang seringkali diwujudkan kedalam dua teori besar tentang sifat kekuasaan.<sup>4</sup> Keyakinan bahwa

<sup>1</sup> lembaga negara utama

<sup>2</sup> Istilah ini merujuk pada pengertian = Pandangan atau filosofi hidup suatu bangsa

<sup>3</sup> Perbincangan tentang norma dan nilai keadilan, apalagi keadilan sosial, ia bermakna lebih luas daripada keadilan distributif, keadilan sosial dalam arti luas adalah suatu keadaan yang memungkinkan setiap individu/kelompok masyarakat bisa berkembang secara maksimal. norma dan nilai keadilan, apalagi keadilan sosial, ia bermakna lebih luas daripada keadilan distributif, keadilan sosial dalam arti luas adalah suatu keadaan yang memungkinkan setiap individu/kelompok masyarakat bisa berkembang secara maksimal. Keadilan sosial adalah permenungan yang membuat para filsuf terbagum-kagum ketika Plato membantah filsuf muda Thrasymachus yang mengatakan bahwa keadilan itu ditentukan 'si terkuat'. Plato menyatakan alasan bahwa sebuah negara ideal akan bersandar pada empat sifat, yaitu; kebijakan, keberanian, keprihatinan, dan keadilan. Adapun soal penambahan kata 'sosial' adalah untuk membedakan keadilan sosial dengan konsep keadilan dalam hukum, dan ini terkait dengan perjuangan hak-hak sipil diseluruh dunia pasca perang dunia II. dalam Frans H. Winarta, *Suara Rakyat Hukum Tertinggi*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2009, h. 3.

<sup>4</sup> Kebanyakan teori mengenai sifat kekuasaan tergolong kedalam dua kategori besar yakni Organik dan Mekanistik. Karya-karya Plato dan Aristoteles merupakan representasi tipikal dari jenis yang pertama (Organik), sementara karya-karya para teoritis kontrak sosial mewakili jenis yang kedua. Dari kedua jenis tersebut, teori Organik berlaku pada kebanyakan sejarah pemikiran Barat. Menurut pandangan jenis ini, kekuasaan merupakan lembaga etis dengan tujuan moral, ia merupakan sebuah masyarakat, kumpulan orang-orang yang disatukan dalam upaya kooperatif untuk mencapai tujuan bersama. Sementara jenis Mekanistik cenderung untuk mengabaikan karakter sosial manusia dengan memandang kekuasaan

tindakan pemerintah harus diarahkan pada pembatasan tertentu semakin memicu para pemikir dalam dua gap besar yang ada untuk meramu proposisi berdasarkan preferensi yang ada.<sup>5</sup>

Dalam sejarahnya, pemikiran negara hukum berkembang ke dalam dua sistem hukum, yaitu sistem eropa kontinental dengan istilah *Rechstaat*, dan sistem Anglo-saxon dengan istilah *Rule of Law*. Dasar pemikiran negara hukum eropa kontinental *Rechstaat* dipengaruhi oleh Immanuel Kant dan Frederich Julius Stahl. Sementara negara hukum Anglo-Saxon *Rule of Law* di pelopori oleh A.V Dicey.<sup>6</sup>

Negara hukum (*rechstaat*) dimaksudkan sebagai lawan dari pengertian negara kekuasaan (*machstaat*), dimana negara hukum cenderung bersifat demokratis, sedangkan negara kekuasaan cenderung memakai tangan besi/totaliter. Untuk bentuk negara pluralis, negara menjadi tidak mandiri, cenderung liberal, dan cenderung hanya menjadi wasit dari berbagai kelompok yang memiliki kepentingan yang berbeda-beda. Sedangkan negara dengan konsep Marxis, negara tidak mandiri dan juga tidak demokratis, sebab berdasarkan kepentingan kelas. Selanjutnya, dengan konsep negara organis, negara tersebut lebih mandiri tapi cenderung otoriter dengan mengatasnamakan kepentingan rakyat. Demikian pula dengan konsep negara korporatis, negara bersifat mandiri, terdapat unsur demokrasi dalam

---

sebagai sebuah lembaga artificial yang didasarkan atas klaim-klaim individu. Teori ini menganggap kekuasaan hanya sebagai sarana sebagai wujud dari kesepakatan para individu.

<sup>5</sup> ialah teori negara mazhab idealis yang berjalan beriringan dengan teori kekuasaan yang dilemparkan Locke dan Montesquieu. Yakni berlangsung sekitar abad ke-17 dan 18, dimana dua gap antara rasionalism dan empirism memperoleh pengakuan yang luas kedalam bentuknya yang lebih progresif. Empirism sebagai teori pengetahuan semakin memperjelas dirinya sebagai gerakan kritik menentang rasionalism pencerahan, sementara individualism muncul sebagai kelanjutan dari kecendrungan atomistic bersamaan dengan *renaissans* dan reformasi. Hume sebagai symbol empirism baru dengan kritiknya terhadap hukum alam serta pendiriannya bahwa tidak ada pengetahuan yang pasti mengenai sesuatu kecuali yang bisa diamati, telah mengundang Kant untuk memberikan kritik mendalam atasnya. Sementara Locke dan Bentham ada diposisi individualis sosial yang menolak karakter organis negara dan berusaha menjelaskan kewajiban politik dengan menunjukkan bahwa kepatuhan kepada pemerintah adalah demi kepentingan pribadi seseorang. Kedua aliran ini selanjutnya menyulut serangan yang berasal dari 'kaum idealis' Jerman, idealism dialektik Hegel dan materialism dialektik Marx adalah merupakan proposisi-proposisi yang menghujam keras saat itu. jika dirunut, kelompok idealism politik saat itu sebagian besar dipengaruhi Kant, dan mencapai puncaknya dalam pemikiran Hegel. Adapun fokus dari idealism politik ini ialah penerapan filsafat idealis pada penafsiran negara serta lembaga-lembaganya. Mencoba memahami masyarakat sipil dan institusinya dari segi rasionalistik, serta menolak konsep negara yang mekanistik dan utilitarian karena konotasinya yang materialistik. Dalam Henry J. Schmandt, *Filsafat Politik;Kajian Historis dari Zaman Yunani sampai Zaman Modern*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2002, h. 474-475.

<sup>6</sup> Prinsip-prinsip yang dicanangkan Stahl dan Dicey dalam relevansinya kemudian di kembangkan dalam menandai ciri negara hukum modern di zaman sekarang. Bahkan oleh *The International Commission of Jurist*, prinsip-prinsip negara hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang pada zaman sekarang makin dirasakan mutlak diperlukan dalam setiap negara demokrasi. Prinsip-prinsip yang di anggap ciri penting negara hukum menurut *The International Commission of Jurist* itu adalah; (a) Negara harus tunduk pada hukum; (b) Pemerintah menghormati hak-hak individu; (c) Peradilan yang bebas dan tidak memihak; selanjutnya Dalam negara hukum, hukum memainkan perannya yang sangat penting dan berada diatas kekuasaan negara dan politik, yang kemudian muncul istilah "pemerintah di bawah hukum" (*government under the law*). Maka terkenallah konsep di Negara-negara yang berlaku *common law* disebut sistem "pemerintahan berdasarkan hukum, bukan berdasarkan (kehendak) manusia" (*government by law not by men*). Atau sistem pemerintahan yang berdasarkan *rule of the law*, bukan *rule of the man*. Sedangkan di Negara-negara eropa kontinental disebut dikenal konsep "Negara hukum" (*Rechstaat*), sebagai lawan dari "Negara kekuasaan" (*machstaat*). *Rechstaat* ini adalah istilah bahasa belanda yang punya pengertian yang sejajar dengan pengertian *rule of law* di Negara-negara yang berlaku sistem anglo saxon. Dalam bahasa Indonesia sering disebut sebagai "Negara hukum", dalam bahasa jerman disebut dengan istilah "*rechstaat*", dalam bahasa Prancis di sebut dengan "*etat de droit*", sedangkan dalam bahasa Italia di sebut dengan "*Stato di Diritto*" dalam Lusia Indrastuti dan Susanto Polamolo, *Hukum Tata Negara dan Reformasi Konstitusi Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2013, h. 25. Sebagai perbandingan lihat juga dalam Munir Fuady, *Teori Negara Modern (Rechstaat)*, PT Refika Aditama, 2009, h.3.

arti yang terbatas dan bersifat perintah dari atas ke bawah (*top-down*), meskipun begitu, kebijaksanaan negara dalam hal ini dijalankan dengan berkonsultasi dengan wakil-wakil rakyat secara fungsional.<sup>7</sup>

Dalam perkembangan selanjutnya, ternyata teori negara mainstream barat dan eropa ini akar epistemologinya berasal dari para pemikir (kaum) positivistis yang kental dengan corak normologik. Asumsi kaum positivistis ini intinya bahwa hukum (dan institusinya) itu senantiasa netral (*neutrality of law*) dan terlepas dari politik (*law politics distinction*). Asumsi kelompok yang dimotori diantaranya oleh H.L.A Hart, Ion Fuller, Kelsen, John Austin<sup>8</sup>, kemudian mendapat sanggahan yang kritis dari kubu *Critical Legal Studies (CLS)*<sup>9</sup>, menurut kelompok CLS ini, berprasangka terlalu baik pada hukum (teks-teks), Institusi maupun kelembagaan, dan aktor-aktor atau pelaku hukum (pengacara, hakim, jaksa dan kepolisian) itu adalah hal naïf. Mereka membuktikan, hukum positif (*in abstracto*) tetaplah sebagai sebuah proses. Oleh karena itu sangat sulit membayangkan dalam proses itu segalanya lantas dikatakan final sebagai netral dan bebas dari "permainan politik" dalam pengertian kekuasaan. Bertitik tolak dari hal-hal ini, maka dialektika eksistensi konstitusi harus mempertimbangkan teori lain yang berpijak pada cara berpikir *nomologik* yang menekankan pada realitas (proses) ketimbang teks, institusi dan aktor-aktor hukum yang terus terbukti dalam sejarah sering gagal menjadi solusi hukum yang sejati.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Utrecht membedakan antara negara hukum formil atau negara hukum klasik, dan negara hukum materiil atau negara hukum modern. negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Adapun yang kedua, yaitu negara hukum materiil yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan didalamnya. dalam Jimly Ashidique, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, sinar grafiika*, 2011. H. 126-127. Wolfgang Friedman juga membedakan antara *rule of law* yaitu dalam arti *organized public power*, dan *rule of law* dalam arti materiil yaitu *the rule of just law*. Perbedaan ini dimaksudkan untuk menegaskan bahwa dalam konsepsi Negara hukum itu, keadilan tidak serta-merta akan terwujud secara substantif, terutama karena pengertian orang mengenai hukum itu sendiri dapat dipengaruhi oleh aliran pikiran hukum materiil. Jika hukum dipahami secara kaku dan sempit dalam arti peraturan perundang-undangan semata, niscaya pengertian negara yang dikembangkan juga bersifat sempit dan terbatas serta belum tentu menjamin keadilan substantif. Karena itu, disamping istilah *the rule of law* oleh friedman juga dikembangkan istilah *the rule of just law* untuk memastikan bahwa dalam pengertian kita tentang *the rule of law* tercakup pengertian keadilan yang lebih esensial daripada sekedar memfungsikan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit. Lusya Indrastuti dan Susanto Polamolo, *op cit.*,

<sup>8</sup> Teori Hart menjelaskan bahwa esensi hukum terletak pada penggunaan unsure paksaan, sementara teori Fuller menekankan pada isi kompositif, sedangkan John Austin, seorang positivistis utama, mempertahankan bahwa satu-satunya sumber hukum adalah kekuasaan tertinggi dalam suatu negara, dan ilmu hukum (*jurisprudence*) sebagai teori hukum positif yang otonom.

<sup>9</sup> Gerakan ini lahir karena pembangkangan atas ketidakpastian terhadap teori dan praktik hukum yang ada pada decade 1970-an, khususnya terhadap teori dan praktek hukum dalam bidang pendidikan hukum, pengaruh politik yang sangat kuat terhadap dunia hukum serta kegagalan peran hukum dalam menjawab permasalahan yang ada. Gerakan CLS tersebut dilakukan oleh suatu *organizing committee* yang beranggotakan para ahli hukum diantaranya; Roberto Mangabeire Unger, Abel, Aliler Trubek dan lain-lain. Lihat Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis; Paradigma Ketidak berdayaan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, h. 2-5

<sup>10</sup> Persis disinilah menurut saya penting untuk melihat dari sudut pandang yang berbeda, dalam hal ini saya menggunakan perspektif metode "fenomenologi" sebagai suatu cabang filsafat kritis. Dalam kamus filsafat, Sebagai sebuah arah baru dalam permenungan filsafati, fenomenologi dimulai oleh Husserl (1859-1936) untuk mematok suatu dasar yang tak dapat dibantah bagi semua ilmu pengetahuan. Husserl memakai apa yang disebut sebagai metode fenomenologis, metode ini dimlai dengan reduksi ganda = reduksi eidetic dan reduksi fenomenologis. Reduksi eidetic menanggihkan keyakinan akan adanya ego, adanya kegiatan persepsi dan adanya keyakinan mengenai objek. Reduksi eidetic ini hanya mementingkan esensi (eidos) objek-objek tetapi dalam bentuknya yang konkrit. Dalam reduksi fenomenologis, ketidaktergantungan objek-objek ini juga diletakkan dalam tanda kurung untuk sementara. Jadi sebagai metode fenomenologi membentangkan langkah-langkah yang harus diambil sehingga kita sampai pada fenomena yang murni, memelajari dan melukiskan cirri-ciri intrinsic dari gejala sebagaimana gejala itu menyingkapkan dirinya pada kesadaran. Artinya harus bertolak dari manusia (subjek) serta kesadarannya dan berupaya untuk kembali kepada

Bagi suatu Negara hukum kedudukan konstitusi maupun undang-undang dasar (UUD) sangatlah penting. Bahkan tidak terpisahkan dan menjadi prasyarat suatu Negara dalam menjalankan praktik ketatanegaraannya. Semua konstitusi selalu menjadikan kekuasaan sebagai pusat perhatian, karena kekuasaan itu sendiri pada intinya memang perlu diatur dan dibatasi sebagaimana mestinya. Konstitusi menjadi ruh bagi suatu Negara hukum, dalam praktik ketatanegaraannya memfokuskan kepada konsep *distribution of power*, agar kemudian demokrasi mendapatkan pengawalan dan terakomodir melalui lembaga-lembaga/institusi Negara. Konstitusi juga sejatinya mengandung di dalamnya *weltanschauung*, sebagai dasar penuntun keadilan substantif (sebagaimana disiratkan di dalam *Preamble* UUD 1945)

Dengan begitu pengertian konstitusi menjadi luas dan tidak terikat secara tertulis, kiranya dapat ditarik suatu renungan terkait fungsi dan kedudukan konstitusi dalam suatu negara, yakni **konstitusi sebagai nilai, norma dasar**. Gagasan mengatur dan membatasi kekuasaan inilah yang secara alami muncul karena adanya kebutuhan untuk merespon perkembangan peran relatif kekuasaan umum dalam kehidupan umat manusia, kemudian berkembang menjadi paham yang disebut **konstitusionalisme**.<sup>11</sup>

Memperhatikan perjalanan sejarah kenegaraan Republik Indonesia, perkembangan pemikiran dan praktik mengenai prinsip negara hukum harus diakui mengandung kelemahan, yakni hukum seringkali menjadi alat bagi kepentingan penguasa.<sup>12</sup> Hal ini terbukti dalam praktik ketatanegaraan penguasa menggunakan wacana negara hukum dengan memanfaatkan 'kekuatan mengikatnya' hukum dalam konsepsi negara hukum itu sendiri. akhirnya daya kerja pranata-pranata hukum lebih banyak dibangun untuk melegitimasi kekuasaan pemerintah, memfasilitasi proses rekayasa sosial (*indirect control*), serta terindikasi untuk memfasilitasi pertumbuhan ekonomi secara sepihak sehingga hukum belum berfungsi sepenuhnya sebagai sarana dalam mengangkat harkat serta martabat rakyat.

Reformasi konstitusi dalam ketatanegaraan di Indonesia, yang tersirat melalui amandemen Undang-undang dasar 1945 Perubahan ketiga diputuskan

---

kesadaran murni. Dan sebagai permenungan filsafati Husserl memberi pengetahuan yang perlu dan esensial mengenai apa yang 'ada' dalam tahap-tahap penelitiannya.

<sup>11</sup> Lusya Indrastuti dan Susanto Polamolo, *op cit.*,

<sup>12</sup> Sebagaimana diungkapkan oleh Sadjipto Rahardjo bahwa, kalau kita melihat sub-sistem politik dan hukum, tampak bahwa politik memiliki konsentrasi energi yang lebih besar, sehingga hukum selalu berada pada posisi yang lemah. Itulah sebabnya, seorang pakar seperti Sri Soemantri sering mengeluh bahwa perjalanan politik dan hukum di Indonesia ini ibarat perjalanan kereta api diluar relnya, artinya, banyak sekali praktik politik secara substansif seringkali bertentangan dengan aturan-aturan hukum positif.

pada rapat paripurna MPR-RI ke-7, tanggal 9 November 2001 sidang tahunan MPR-RI. Sejatinya telah menunjukkan perubahan yang cukup mendasar terhadap kekuasaan kehakiman, dimana Pasal 24 ayat (2), 24 C (khusus untuk Mahkamah Konstitusi), secara tegas menyebutkan hal tersebut. dan Berdasarkan ketentuan pasal tersebut maka dapat ditarik kesimpulan kekuasaan kehakiman tidak lagi dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan dibawahnya dalam empat lingkungan peradilan, tetapi dilakukan pula oleh sebuah Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disingkat MK,<sup>13</sup> untuk kemudian menunjang kinerja lembaga ini ditajamkan lagi melalui Undang-undang No. 24 Tahun 2003.

Kehadiran MK sebagai sebuah lembaga yang menangani perkara-perkara ketatanegaraan telah banyak dipakai terutama di negara-negara yang sedang mengalami perubahan dari sistem pemerintahan negara yang otoritarian menjadi negara yang sistem pemerintahannya demokratis.<sup>14</sup> Dan ditempatkan sebagai elemen penting dalam sistem pemerintahan negara konstitusional modern, dengan demikian, gagasan pembentukan mahkamah konstitusi merupakan upaya yang ditujukan untuk penyelenggaraan kekuasaan ketatanegaraan yang diharapkan tepat sesuai hukum dasar konstitusi.<sup>15</sup>

Dari sejak kelahiran jelas bahwa kehadiran MK akan berbenturan dengan dua hal, *pertama*, hegemoni struktural politik; *kedua*, krisis *weltanschauung* dalam kepemimpinan politik. Dari dua hal ini pula, kehadiran MK telah dihadapkan langsung dengan lingkaran kekuasaan oligarki yang melilit negara sehingga di berbagai sudut praktik ketatanegaraan khususnya peradilan masih terdapat penyimpangan. Dua preferensi diatas mengandung pengertian tentang 'sebuah arus' yang menghambat perkembangan hukum yang otonom secara mendasar, merintang berbagai 'nalar kritik' yang mengkoreksinya. Hukum menjadi bagian

<sup>13</sup> Titik Triwulan Tutik, S.H, M.H. *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia pasca Amandemen UUD 1945*, 2010, h 164

<sup>14</sup> keberadaan Mahkamah Konstitusi (MK) sendiri secara teoritis baru diperkenalkan oleh pakar hukum kenamaan asal Austria, Hans Kelsen (1881-1973). Kelsen menyatakan bahwa pelaksanaan aturan konstitusional tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji; apakah suatu produk hukum itu konstitusional atau tidak, dan juga tidak memberlakukannya jika menurut organ ini produk badan legislatif tersebut tidak konstitusional. Untuk kepentingan tersebut, dapat diadakan organ khusus seperti pengadilan khusus yang disebut Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*), atau pengawasan konstitusionalitas undang-undang (*judicial review*) dapat juga diberikan kepada pengadilan biasa, khususnya Mahkamah Agung. Organ khusus yang mengontrol tersebut dapat menghapuskan secara keseluruhan undang-undang yang tidak konstitusional sehingga tidak dapat diaplikasikan oleh organ lain. Sedangkan jika pengadilan biasa yang memiliki kompetensi menguji konstitusionalitas undang-undang, hal itu dilakukan dalam bentuk menolak untuk menerapkannya pada kasus kongkrit saat menyatakan bahwa undangundang tersebut tidak konstitusional, sedangkan organ lain tetap diwajibkan menerapkannya. Di Austria, pemikiran Kelsen mendorong dibentuknya suatu lembaga yang diberi nama *Verfassungsgerichtshof* atau Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung, sering disebut *The Kelsenian Model*. Gagasan ini diajukan ketika Kelsen diangkat sebagai anggota lembaga pembaharu Konstitusi Austria (*Chancelery*) pada tahun 1919-1920 dan diterima dalam Konstitusi Tahun 1920. Inilah Mahkamah Konstitusi pertama di dunia. Model ini menyangkut hubungan antara prinsip supremasi konstitusi (*the principle of the supremacy of the Constitution*) dan prinsip supremasi parlemen (*the principle of the supremacy of the Parliament*). (dalam *Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi*, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009).

<sup>15</sup> Jimly Ashidique, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, sinar grafika, 2011. h. 126-127.

tidak terpisahkan dari strukturalism sistem politik, akibatnya hukum menjadi 'terasing' bagi dirinya sendiri, yakni sebagai tumpuan norma dan nilai keadilan. Maka dari itu perlu ditinjau lebih mendalam tentang tipologi kekuasaan, dengan menghadirkan tipologi tersebut sebagaimana adanya, dengan menakar volume otoritas hukum MK dalam mengawal konstitusi negara Indonesia di masa depan.

## PEMBAHASAN

### A. Hegemoni Struktural Politik Sebuah "Tradisi" Pembentukan Kebudayaan Hukum

Telah disebutkan dengan jelas,<sup>16</sup> bahwa Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Ditegaskan pula bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Sejalan dengan prinsip ketatanegaraan di atas maka salah satu substansi penting perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah keberadaan MK sebagai lembaga negara yang berfungsi menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Demikian bunyi penjelasan Undang-undang No. 24 Tahun 2003 Tentang MK, dimana semangatnya telah menghembuskan 'harapan baru' atas penegakkan 'nilai keadilan' di Indonesia, sebagai sebuah proses pembentukan 'tradisi hukum' dalam ketatanegaraan kedepan.

Konstelasi kekuasaan di Indonesia memberikan kepada kita gambaran tentang suatu 'tradisi hegemoni politik', sebagaimana disinggung di awal, bahwa MK akan dihadapkan dengan tradisi hegemoni ini berdasarkan pasal-pasal yang menyebutkan tugas dan kewenangan. Tradisi politik yang dimaksudkan disini ialah soal tidak mungkinnya lembaga yudikatif terpisah secara murni dengan dua lembaga lainnya (eksekutif dan legislatif). Oleh karena itu, Pasal 18 Undang-undang No. 24 Tahun 2003 secara terbuka menyiratkan relasi eksklusif dari masing-masing

<sup>16</sup> Lihat Penjelasan Umum UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, dimana juga menyebutkan Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, di samping Mahkamah Agung sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hal ini berarti Mahkamah Konstitusi terikat pada prinsip umum penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas dari pengaruh kekuasaan lembaga lainnya dalam menegakkan hukum dan keadilan. Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 berwenang untuk; (a) menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; (b) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; (c) memutus pembubaran partai politik; (d) memutus perselisihan hasil pemilihan umum; dan (e) memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Ini berarti Keberadaan MK sekaligus untuk menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil, dan juga merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan di masa lalu yang ditimbulkan oleh tafsir ganda terhadap konstitusi.

lembaga, disinilah letak kenyataan tentang suatu tradisi hegemoni itu sedang berkembang ke arah yang sifatnya struktural dan administratif. Dalam orientasi kekuasaan, politik Indonesia sebelum dan sesudah reformasi belum dapat dikatakan mengalami perubahan yang signifikan, kita dapat menakarnya dalam sudut pandang orientasi. Orientasi utama dari perpolitikan Indonesia masih berkuat pada usaha memperebutkan kekuasaan dan bukan pada efektivitas penggunaan kekuasaan (*the use of power*). Ini sebetulnya mengherankan karena perebutan kekuasaan (*power struggle*) hanya dapat dibenarkan kalau bisa ditunjukkan bahwa dalam praktiknya sanggup menggunakan kekuasaan tersebut (*power exercise*) atas cara yang membawa manfaat untuk sebanyak mungkin orang.<sup>17</sup>

Sejarah menggariskan dengan jelas persinggungan tarik menarik kepentingan politik dimulai dari era kepemimpinan Soekarno, Soeharto, hingga Reformasi. Membincang kekuasaan dalam organisasi bernama negara, senantiasa ada kompleksitas permasalahan yang bersumber pada kedaulatan (*soverignty*), baik bersifat internal maupun eksternal.<sup>18</sup> Dengan watak kekuasaan negeri ini, secara implisit memiliki legitimasi untuk membuat berbagai kebijakan melalui pemerintahan dari partai politik pemenang pemilu untuk mencapai tujuan yang diinginkan. Kekuatan itu nampak sekali misalnya dalam kekuasaan legislatif dan eksekutif, dimana partai pemenang akan mengkonsolidasikan gagasan dan membentuk koalisi untuk memutar rancangan ketatanegaraan bersama dengan partai-partai yang menjadi koalisi. Legitimasi ini yang merupakan salah satu dari sekian problematika, secara umum legitimasi dapat dibedakan kedalam legitimasi kekuasaan yang bersifat **atributif**, dan legitimasi kekuasaan yang bersifat **derivatif**.<sup>19</sup> Dua bentuk legitimasi kekuasaan ini tampak sekali melatar belakangi lahirnya MK.

Kelahiran MK sebagai sebuah lembaga baru dari otoritas reformasi yudikatif, mengandung makna sebagai legitimasi kekuasaan yang sifatnya atributif, yakni terjadinya pembentukan kekuasaan karena berasal dari keadaan sebelumnya tidak

<sup>17</sup> Dalam kasus Indonesia, sangat terlihat bahwa dorongan kepada perebutan kekuasaan jauh lebih tinggi daripada dorongan kepada usaha penggunaan kekuasaan secara benar. Gejalanya seperti munculnya demikian banyak partai politik yang intensif mengkonsolidasikan diri untuk membentuk satuan-satuan organ eksternal, yang disisi lainnya, partai-partai yang melakukan konsolidasi dengan dukungan konstituen yang luas malah mengalami perpecahan kedalam (*internal fractioning*). Terdapat tipologi yang rumit di bagian ini, namun dari arus-arus besar kekuatan politik yang tengah melakukan konsolidasi ini disatu sisi saling memperlemah posisi satu dengan lainnya, yang ini disebabkan oleh institusionalisasi politik dikorbakan demi personalisasi politik. Lihat kajian perbandingannya dalam "*Demokratisasi Sistem Politik dan Pemerintahan*", Aveross Press, 2011.

<sup>18</sup> Kedaulatan eksternal menyangkut hubungan antara negara yang satu dengan negara negara lain, sedangkan kedaulatan internal menyangkut kekuasaan negara untuk memanager segala sumber daya yang ada dalam negara untuk mencapai tujuan bersama sebagaimana yang dituangkan dalam konstitusi. Apa yang disebutkan ini tentu harus memurnikan hukum sebagai salah satu bentuk kedaulatan internal dimana konstitusi menjadi dasar dari segala 'cara dan tujuan' hidup berbangsa. Namun ini tampak ambigu dan dilematis, memilah hukum dengan politik adalah suatu pekerjaan yang tentu saja sulit, disamping hubungan kelembagaan satu dengan lainnya yang saling mempengaruhi. Terlihat jelas bahwa politik di negeri seringkali mengkooptasi wilayah hukum dan penegakkannya.

<sup>19</sup> Samsul Wahidin, *Dimensi Kekuasaan Negara Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2007, h. 6-7.

ada kemudian menjadi ada.<sup>20</sup> Kekuasaan yang timbul karena pembentukan secara atributif bersifat asli (*oorspronkelijk*), dengan logika yang sama seringkali hal ini dilakukan oleh lembaga eksekutif untuk memperkuat kontrol terhadap negara. Dalam perspektif reformasi konstitusi misalnya dapat dilihat 'alur kekuasaan' tersebut membentuk dirinya menjadi sebuah tipologi kekuasaan yang terus bergeser dengan motif dan pola yang terakulturasi secara konstitusional. Hal ini selain mempersulit dalam mempersoalkan kejahatan politik, dan administratif,<sup>21</sup> juga terlihat upaya implisit dalam mengarahkan MK untuk tampil dipermukaan. sehingga yang tampak adalah sebuah gerakan reformasi sedang berlangsung.

Berikut tabel perbandingan:<sup>22</sup>

**Reformasi eksekutif**  
**Sistem Presidensial sebelum dan sesudah amandemen**  
**Tabel 1**

Aturan-aturan	Sebelum perubahan	Sesudah perubahan
Satu orang Atau gabungan	Satu orang	Satu orang
Status	Kepala eksekutif	Sama
Proses pemilihan	Tidak langsung, dipilih MPR	Dipilih langsung oleh rakyat
Masa jabatan	<ul style="list-style-type: none"><li>• Tidak terbatas, dapat dipilih kembali setiap 5 tahun</li><li>• Tidak pasti, mudah diberhentikan</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Terbatas selama dua kali lima tahun</li><li>• Pasti, tidak mudah diberhentikan</li></ul>
Kekuasaan legislatif	Lebih dominan dari DPR	Berbagi kekuasaan dengan DPR Dan DPD
Kekuasaan untuk Mengangkat dan Memberhentikan pejabat-pejabat tinggi	Tidak disebutkan dengan jelas, Sehingga pada prakteknya Kekuasaan ini menjadi tidak terbatas	Terbatas
Prosedur <i>Impeachment</i> Landasan hukum	Disebutkan secara umum dalam Penjelasan UUD 1945, dan kebanyakan Diatur dalam Tap MPR	Diatur dalam Konstitusi

<sup>20</sup> Dalam sejarah ketatanegaraan kita, khususnya di era BPUPKI dan PPKI, sebetulnya telah ada 'tendang-tangkis' gagasan seputar perlunya judicial review dan sebuah lembaganya. Dua orang yang terlibat debat serius tersebut ialah M. Yamin dan Soepomo, meskipun akhirnya apa yang didebatkan tersebut kemudian tidak dapat diwujudkan. Jika saja perdebatan kedua tokoh tersebut selesai dengan sebuah kesimpulan yang paling tidak memuat gagasan keduanya dalam sebuah pasal di UUD 1945 tentang hal tersebut diatas maka tentu lain ceritanya, dan tentu saja kini kita telah memiliki pengalaman dalam memosisikan lembaga yudisial dari jerat oligarki. Sebab ditahun-tahun itupun Kelsen sebagai pencetus, khususnya di Austria baru membentuk lembaga yang kini dikenal sebagai mahkamah konstitusi.

<sup>21</sup> Hal ini juga diakui Mahfud MD, bahwa memang "administrasi hukum pemerintah lemah" ketika diwawancarai Tempo edisi 4-10 Oktober 2010. Terkait permohonan Yusril Ihza Mahendra yang mempersoalkan UU kejaksaan mengenai masa jabatan jaksa agung.

<sup>22</sup> Lusita Indrastuti dan Susanto Polamololo, *op cit.*,

Alasan	Lebih bersifat politisasi ketimbang Legal, yaitu bila presiden sungguh-sungguh telah melanggar haluan Negara dan UUD 1945	Lebih bersifat criminal, yaitu bila Presiden terbukti melakukan Penghianatan, korupsi, tindak pidana Berat dan perbuatan tercela lainnya
Cabang yudisial	Tidak dilibatkan dalam proses	Terlibat MK menyelidiki, mengadili, dan memutuskan atas saran DPR bahwa Presiden harus diberhentikan
Syarat suara	Lebih mudah asalkan tercapai suara Mayoritas menolak, maka presiden dapat Di impeachment	Lebih sulit, mensyaratkan pengambilan keputusan di DPR, MK, dan MPR. Hanya suara mayoritas mutlak DPR, vonis bersalah di MK dan suara mayoritas lainnya di MPR lah yang bisa mengimpeachment presiden

Sumber : Denny Indrayana, 2008:375-376

## Reformasi legislatif Kedudukan, tugas, dan wewenang MPR

**Tabel 2**

Aturan-aturan	Sebelum amandemen	Sesudah amandemen
Kedaulatan rakyat	Dimonopoli oleh MPR	Tidak lagi bisa memonopoli, kedaulatan Rakyat dilaksanakan menurut UUD 1945
Kedudukan	Lembaga tertinggi negara dengan Kekuasaan yang tak terbatas	MPR hanya salah satu dari beberapa Lembaga negara dengan kekuasaan yang Terbatas
Pemilihan Presiden	Dipilih oleh MPR	MPR melantik presiden dan wakil presiden yang langsung dipilih oleh rakyat
GBHN	Disusun oleh MPR, presiden melaksanakannya dan bertanggung jawab kepada MPR	MPR tidak lagi memiliki kewenangan ini
Perubahan konstitusi	Diubah dan ditentukan oleh MPR	MPR tidak lagi memiliki kewenangan ini
Pemberhentian presiden	Diberhentikan oleh MPR, prosedur ini tidak diatur secara eksplisit dalam UUD	MPR masih tetap memiliki kewenangan ini

Kekosongan kursi presiden	Konstitusi tidak memiliki atauran tentang hal ini	MPR memiliki kekuasaan untuk Memilih presiden dan wakil presiden ketika salah satu dari jabatan tersebut kosong
---------------------------	---	---

Sumber : Denny Indrayana, 2008:368

### Reformasi Yudikatif

Tabel 3

Aturan-aturan	Sebelum perubahan	Sesudah perubahan
Independensi	Diatur dalam penjelasan UUD 1945	Diatur dalam pasal-pasal UUD 1945
Lembaga-lembaga	MA dan badan peradilan dibawahnya	MA, badan-badan peradilan Dibawah MA, MK, dan KY
Judicial review terhadap perundang-undangan	Tidak ada	Dilakukan oleh MK
Penyelesaian sengketa Antar lembaga negara	Tidak ada	Dilakukan oleh MK
Prosedur pembubaran Partai politik	Tidak ada	Dilakukan oleh MK
Penyelesaian sengketa Hasil-hasil pemilu	Tidak ada	Dilakukan oleh MK
Keterlibatan dalam impeachment	Tidak ada	Dilakukan MK
Pengangkatan dan Pemberhentian hakim	Tidak jelas, sehingga pada praktiknya Di monopoli presiden	Untuk urusan hakim agung hal ini emnjadi urusan KY, DPR, dan presiden. Untuk MK, hal ini menjadi urusan presiden, DPR dan MA

Sumber : Denny Indrayana, 2008:382

Biasanya kekuatan hegemoni struktural politik akan membatasi cabang kekuasaan yang atributif secara ketat dengan aturan-aturan normatif tentang tugas dan kewenangannya, untuk menekan *multi interpretatif*. Hal ini bisa dicermati dengan segera diketahuinya perilaku yang merupakan penyimpangan dari kekuasaan yang diperoleh.<sup>23</sup> MK selain lahir dari legitimasi kekuasaan yang

<sup>23</sup> Kasus yang menjerat Akil Mochtar, Ketua MK yang menggantikan Mahfud MD. Merupakan sebuah contoh penyimpangan yang perlu dicermati secara serius dan akademik, terutama sekali soal mekanism pemilihan hakim konstitusi, yang terlalu melibatkan campur tangan kedua lembaga (eksekutif dan legislatif).

sifatnya atributif, juga dibentangkan dengan centang perspektif kekuasaan yang sifatnya derivatif. Artinya ini paralel dengan pelimpahan kekuasaan yang telah ada dialihkan atau didistribusikan kepada pihak lain, hal ini tampak jelas dalam Pasal 24 tentang kekuasaan kehakiman, disinilah letak politik-hukum tersebut.

Dari sifatnya yang derivatif, MK terlahir dari legitimasi struktur politik, ia berbagi kewenangan dengan MA selaku salah satu lembaga peradilan tinggi. Jika dikatakan disinilah makna *check and balances*, maka sebaliknya justru disinilah letak problem fundamen tersebut, yakni soal kelembagaan negara yang ternyata juga didalam UUD 1945 hasil amandemen konstitusi, tidak memberikan kejelasan konsepsi tentang lembaga negara. Kenyataan ini merupakan variasi baru dalam tradisi struktural politik sebelum amandemen, misalnya dapat kita lihat dalam Ketetapan MPR RI Nomor III/MPR/1978 Tentang Kedudukan dan Hubungan antar Lembaga Tinggi Negara, juga disebutkan jenis dan kewenangan lembaga negara yang ada. Tampak sangat jelas letak ketidakjelasan ini, misalnya dapat kita lihat dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa :

*"Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk... memutuskan sengketa kewenangan antara lembaga negara, yang kewenangannya diberikan Undang-undang dasar..."*

Bandingkan dengan pengecualian sebagaimana ditegaskan dalam pasal 65:

*"Mahkamah Agung tidak dapat menjadi pihak dalam sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada Mahkamah Konstitusi..."*

Disamping tarik menarik pengertian tersebut, berbagai lembaga negara juga berkembang kedalam satuan eksekutif yang leluasa dengan alasan partisipasi *monitoring* yang hendak dikuatkan oleh negara. Pertanyaannya ialah, lalu bagaimana posisi MK terhadap lembaga-lembaga negara meskipun ia merupakan lembaga negara bantu (*auxiliary body*), namun sejatinya lembaga-lembaga negara bantu ini berkembang biak dibawah logika substitusi kekuatan eksekutif.

Berikut daftar lembaga-lembaga tersebut :<sup>24</sup>

**Tabel 4**  
**Komisi Negara Eksekutif**

No	Komisi	Dasar Hukum
1.	Komisi hukum nasional	Keppres No 15/2000
2.	Komisi kepolisian	UU No 2/2002
3.	Komisi Kejaksaan	UU No 16/2004 & Perpres No 18/2005
4.	Dewan Pembina industry strategis	Keppres No 40/1999
5.	Dewan riset nasional	Keppres No 94/1999
6.	Dewan buku nasional	Keppres No 110/1999
7.	Dewan maritime Indonesia	Keppres No 161/1999
8.	Dewan ekonomi nasional	Keppres No 144/1999
9.	Dewan pengembangan usaha nasional	Keppres No 165/1999
10.	Komite nasional keselamatan transportasi	UU No 41/1999 & Keppres No 105/1999
11.	Komite antar departemen bidang kehutanan	Keppres No 80/2000
12.	Komite akreditasi nasional	Keppres No 78/2001
13.	Komite penilaian independen	Keppres No 99/1999
14.	Komite olahraga nasional	Keppres No 72/2001
15.	Komite kebijakan sektor keuangan	Keppres No 89/1999
16.	Komite standar nasional untuk satuan ukuran	PP No 102/2000
17.	Komite aksi nasional penghapusan bentuk-bentuk pekerjaan terburuk untuk anak	Keppres No 12/2000
18.	Tim koordinasi penanggulangan kemiskinan	Keppres No 54/2005
19.	Dewan gula nasional	Keppres No 23/2003
20.	Dewan ketahanan nasional	Keppres No 132/2001
21.	Dewan pengembangan kawasan timur Indonesia	Keppres No 44/2002
22.	Dewan pertimbangan otonomi daerah	Keppres No 151/2000
23.	Dewan pertahanan nasional	UU No 3/2003
24.	Badan narkotika nasional	Keppres No 17/2002
25.	Bakornas penanggulangan bencana & pengungsi	Keppres No 3/2001 jo. Keppres No 111/2001
26.	Badan pengembangan kapet	Keppres No 150/2002
27.	Bakor pengembangan TKI	Keppres No 29/1999

<sup>24</sup> Lusia Indrastuti dan Susanto Polamolo, *Ibid.*,

28.	Badan pengelola gelora bung karno	Keppres No 72/1999
29.	Badan pengelola kawasan kemayoran	Keppres No 73/1999
30.	Badan rehabilitasi & rekonstruksi wilayah dan kehidupan masyarakat provinsi NAD dan kep. Sumatera utara	Perpu No 2/2005
31.	Badan nasional sertifikasi profesi	PP No 23/2004
32.	Badan pengatur jalan tol	PP No 15 2005
33.	Badan pendukung pengembangan sistem penyediaan air minum	PP No 16/2005
34.	Lembaga koordinasi dan pengendalian peningkatan kesejahteraan sosial penyandang cacat	Keppres No 83/1999
35.	Lembaga sensor film	PP No 8/1994
36.	Korsil kedokteran Indonesia	UU No 29/2004
37.	Badan pengelola puspitek	Keppres No 43/1976
38.	Badan pengembangan kehidupan bernegara	Keppres No 85/1999

Sumber: diolah dari Kompas, 30 april 2005 dan Meneg PAN

**Tabel 5**  
**Komisi Negara Independent**

No	Komisi	Dasar Hukum
1.	Komisi Nasional anti kekerasan terhadap Perempuan	Keppres NO 181/1998
2.	Komisi pengawas persaingan usaha	UU No 5/1999
3.	Dewan pers	UU No 40/1999
4.	Komisi nasional hak asasi manusia	Keppres 48/2001 - UU No 39/1999
5.	Komisi ombudsman nasional	Keppres No 44/2000
6.	Komisi tindak pidana korupsi	UU No 30/2002
7.	Komisi penyiaran Indonesia	UU No 32/2002
8.	Komisi perlindungan anak	UU No 23/2002 & Keppres No 77/2003
9.	Dewan pendidikan	UU No 20/2003
10.	Pusat pelaporan & analisis transaksi keuangan	Keppres No 18/2003
11.	Komisi pemilihan umum	Pasal 22E UUD 1945 & UU No 12/2003
12.	Komisi kebenaran dan rekonsiliasi	UU No 27/2004
13.	Komisi yudisial	Pasal 24B UUD 1945 & UU No 22/2004

Sumber: diolah dari Kompas, 30 april 2005 dan Meneg PAN

Jawaban normatif atas tumpang tindih pengertian lembaga negara yang bersengketa dan dapat diselesaikan oleh MK ialah lembaga-lembaga negara utama (*main state organs*), sebagaimana disebutkan dalam Pasal 61 UU No. 24 Tahun 2003 sebagai berikut :

*"pemohon dalam sengketa kewenangan lembaga negara adalah negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945 yang mempunyai kepentingan langsung terhadap kewenangan yang dipersengketakan.."*

Ternyata kekuasaan yudikatif selalu *inheren* dengan politik, dan pada dasarnya hal tersebut identik dengan konsep seperti pengaruh (*influence*), persuasi (*persuasion*), manipulasi, *coercion*, *force* dan kewenangan (*authority*). Dalam konteks ini watak kekuasaan dapat ditinjau kedalam enam dimensi, pertama, dimensi potensial dan aktual bermakna bahwa seseorang dapat memiliki potensi-potensi kekuasaan, seperti kekayaan, tanah, senjata, pengetahuan, status sosial, popularitas dan lain sebagainya. Berikutnya dimensi konsensus dan paksaan merupakan kedua konsep yang bertolak belakang. Dalam dimensi paksaan, politik akan dilihat sebagai bentuk perjuangan, dominasi dan konflik, sedangkan dimensi konsensus, kekuasaan lebih diartikan sebagai upaya untuk menyatukan berbagai pertentangan tersebut dan menjadikan sebagai situasi untuk menata masyarakat secara umum.

Selanjutnya adalah dimensi negatif dan positif, kekuasaan dapat digunakan sebagai alat untuk mewujudkan tujuan bersama dan mencegah tujuan pihak-pihak lain. Misalnya seperti lembaga eksekutif yang mempengaruhi legislatif dengan cara menyodorkan rancangan UU, juga seperti mekanisme pemilihan calon hakim konstitusi. Sedangkan dalam dimensi implisit dan eksplisit, yang pertama bermakna bahwa kekuasaan itu tak dapat dilihat tapi dapat dirasakan dengan jelas pengaruhnya dari dampak-dampak yang dilahirkan. Kedua kekuasaan mengandung makna eksplisit sebagai instrumen sang pemegang kekuasaan. Terakhir adalah kekuasaan langsung, ialah proses penggunaan sumber-sumber untuk mempengaruhi pembuat dan pelaksana keputusan politik. Dengan melakukan hubungan secara langsung tanpa perantara, sedangkan kekuasaan tidak langsung justru menggunakan pihak lain yang dianggap memiliki pengaruh yang besar terhadap proses pembuatan dan pelaksanaan suatu keputusan.<sup>25</sup>

Material sejarah telah menyediakan di dalam ruang-ruang transisi demokrasi, yakni melalui partai politik sebagai sel pertama yang merupakan sumber dari

<sup>25</sup> Aveross Press, *Ibid...*

kehendak kolektif yang cenderung menjadi universal dan total. Indonesia dengan karakter masyarakat yang heterogen, melahirkan partai-partai politik yang terkoneksi dengan lembaga tinggi negara secara administratif dan hukum. Ikatan ini mendasarkan dirinya pada ikatan primordial maupun ideologi yang di *insert* kepada seluruh relasi yang tergabung.

Dengan demikian, MK masih akan terus berproses sebelum sampai pada predikat *the guardian of the constitution*, sebab nampaknya pusaran kekuasaan begitu dekat, apalagi secara eksklusif melegitimasi posisi para hakim yang akan memutar roda MK. Tidak ada prinsip yang jelas dalam dasar hukum MK yang bisa diukur sebagai sebuah lembaga peradilan yang independen. MK tak dapat menarik tegas dirinya dalam memilih persoalan politik dan administrasi, dalam sudut pandang pengelolaan kekuasaan ini menampakkan proposisi yang tarik ulur apakah keberhasilan MK harus berdiri pada profesionalisme pengelolaan. Jika iya, maka pengelolaan itu sangat ambigu dalam pengelompokkan pemahaman baik yang namanya 'pemisahan kekuasaan' maupun pembagian kekuasaan'. Sejatinya dasar dan prinsip keadilan, efektivitas dan efisiensi ini tidak lain diukur dan memang harus dikembalikan oleh dan kepada kepentingan rakyat.

## **B. Kritik Teoritik; Menyoal Paradigma Positivisme Ditubuh MK**

Sejak dipidatoken Soekarno pada tanggal 1 Juni 1945 dalam sidang BPUPKI, maka sejak itu sebetulnya kita telah memulai merintis praktik demokrasi di negeri ini. Soekarno mengingatkan kita bahwa "*jika kita hendak mencari demokrasi, hendaknya bukan demokrasi Barat, tetapi permusyawaratan yang memberi hidup yakni politieke-economische democratie yang mampu mendatangkan kesejahteraan sosial*". Sebuah badan/lembaga yang dapat mewujudkan dua prinsip yang diamanahkan Soekarno sebagai presiden RI pertama semakin sulit untuk diwujudkan. prinsip tersebut ialah soal *politieke rechvaardigheid* dan *sociale rechvaardigheid* yakni tentang persamaan dan kesejahteraan. Di dalam pidato itu pula lahir gagasan luar biasa yakni tentang *weltanschauung* yang dirumuskan ke dalam lima dasar (*philosofische gronslage*) yang kemudian atas usulan rekan dekatnya diberi nama Pancasila. *Weltanschauung* yang dikemukakan Soekarno ini yang kini sedang mengalami degradasi nilai dan makna, yang tentu saja sebagai dasar filosofis ia mengandung kekuatan hukum sebagai norma dasar yang fundamen dalam konstitusi kita (UUD 1945).

Ironinya adalah ia tidak dimuat secara terbuka di dalam payung hukum MK, terutama di dalam UU No. 24 Tahun 2003, seperti misalnya mengenai isi janji dan sumpah hakim MK dan ketua, padahal konstitusi Indonesia berdiri tepat di atas konsensus sidang yang menyepakati Pancasila sebagai dasar konstitusi. Seringkali kritik keilmuan hukum melepaskan perhatian, terutama untuk mengingatkan kembali kepada para hakim, adalah wajar jika kita bertanya bagaimana pengadilan dan hakim bisa melaksanakan fungsi penafsiran konstitusi. Jawabannya bisa dikemukakan secara singkat bahwa memang tugas hakim untuk memutuskan apa yang dimaksud dengan hukum dalam kasus-kasus yang dipersengketakan.<sup>26</sup> Konstitusi adalah bagian dari hukum, dan merupakan bidang hakim, disinilah titik singgungnya, artinya jika hakim hendak memutuskan apakah yang dimaksud dengan hukum, mereka mesti menentukan tidak hanya arti aturan hukum biasa tetapi juga melakukan perenungan mendalam terhadap konstitusi.<sup>27</sup>

Terutama berhubungan dengan Pasal 24 C ayat (1), bahwa kewenangan *judicial review* dilakukan oleh mahkamah konstitusi secara teoritik maupun praktik dikenal dua macam pengujian, yakni pengujian secara formil (*formele toetsingrecht*) dan pengujian secara materiil (*materiele toetsingrecht*).<sup>28</sup> Dalam silogisme, norma dikategorikan sebagai premis mayor dan fakta dianggap premis minor. Kritik atas positivisme MK persis di bagian ini. karena norma didudukkan

<sup>26</sup> K.C. Wheare, *Modern Constitution*, London: Oxford University Press, 1975, h. 151.

<sup>27</sup> Ada perbedaan konseptual yang bisa dipahami dalam hal ini. Di satu sisi mekanisme *check and balances* yang ketat, dimana masing-masing agaknya mulai merasa pada pemahaman kita tentang keberadaan MK. Dalam ranah MK dan juga pengadilan lainnya, maka hakim memegang peranan yang penting. Boleh dikatakan, ia adalah kunci bagi penyelesaian berbagai perkara yang masuk ke pengadilan. Logikanya, hakim menjadi penentu bagi mereka yang menganggap bahwa lembaga ini sebagai penyelesaian masalah. Di lain sisi, hakim, sebagai sebuah individu, tidak bisa lepas dari konteks budaya dimana ia berada. Termasuk saat ia harus menanggapi sebuah perkara. Keterkaitan ini tentu bisa dimaklumi. Hakim adalah manusia biasa. Ia terantuk pada dinding nilai yang tak bisa lepas begitu saja. Pengalaman hidup, struktur sosial dan budaya dimana ia pernah tinggal, hingga bagaimana kehidupan pribadi sang hakim, tentu saja berpengaruh pada bagaimana ia menyelesaikan kasus yang ada di hadapannya. Ini sebuah ambiguitas tersendiri. Dimana credo bahwa hakim harus netral dalam memutuskan setiap kasus, tetapi di lain sisi, ia mempunyai penilaian individual yang terkadang berlawanan dengan keputusannya. Sisi manusiawi seorang hakim memang kentara jelas dalam hal ini. Sama seperti undang-undang yang tidak bebas nilai, begitu juga dengan keputusan hakim. Satjipto Rahardjo mendudukkan hakim dalam dua tipe yang ketat. *Pertama*, hakim yang hanya berdialog dengan undang-undang semata. Ia menemukan dasar hukumnya dalam undang-undang untuk kemudian diterapkan dalam kasus yang konkret. Hakim menutup mata terkait dengan pertanyaan apakah undang-undang itu masih relevan dengan rasa keadilan masyarakat ataukah tidak. Satjipto menyebut hakim tipe ini sebagai "terompet undang-undang" dan berpendirian *legalis positivistik*. Tipe yang *kedua*, adalah hakim yang dalam mengambil keputusan, sang hakim terlebih dahulu berdialog dengan hati nuraninya. Setelah itu, ia baru mencari dasar hukumnya. putusan yang diterapkan tidak semata-mata mata menurut bunyi undang-undang, melainkan disesuaikan dengan rasa keadilan dalam masyarakat. Prosedur yang demikian, ini biasanya diterapkan oleh hakim-hakim yang berpandangan sosiologis. Maka *Framework* kekuasaan politik yang menggeliat lewat kompetisi partai-partai politik seperti disinggung diatas berkaitan erat dengan posisi MK sebagai sebuah lembaga yang dalam muatan dasar hukumnya diperhadapkan langsung dengan watak politik tersebut. preferensinya jelas, dari kewenangan MK yang disebutkan dalam Dalam negara yang menjadikan hukum sebagai area yang dihormati, hakim tentu mempunyai kedudukan yang tinggi. Termasuk dalam sistem ketatanegaraan yang memisahkan secara ketat antara area eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Masing-masing mempunyai porsi tersendiri dan saling mengawasi. Akan tetapi, pendapat ini akan terusik, apabila kita mengadopsi pemikiran Benjamin Hoadley, maka akan diketemukan kenyataan yang menarik. Ia mengatakan bahwa siapapun yang memiliki kekuasaan mutlak untuk menafsirkan hukum tertulis atau hukum lisan, dalam prakteknya adalah dia yang membuat hukum sebenarnya, bukan orang yang pertama kali menulis, atau mengucapkan hukum itu. Dalam Pugh Winrawan, *Pergeseran Kekuasaan Tipologi Ketiga: Fenomena Kekuasaan Ke arah Constitutional Heavy*, Jurnal Konstitusi, Volume 9 Nomor 4, Desember 2012, h. 631.

<sup>28</sup> Pengujian secara formal adalah wewenang untuk menilai apakah suatu produk legislatif dibuat sesuai dengan prosedur atau tidak, serta apakah kekuasaan berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. sedangkan pengujian secara materiil adalah kewenangan untuk menyelidiki dan menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan bertentangan atau tidak dengan peraturan yang lebih tinggi. (dalam Fatkhurohman, Dian Aminudin, dan Sirajuddin, *Memahami Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, h. 22.)

sebagai premis mayor, maka ia diasumsikan lebih luas dari fakta, yang secara aksiomatis dianggap mampu mencakup, melingkupi, bahkan mengantisipasi semua persoalan di masyarakat. Sebaliknya fakta (premis minor) yang dianggap lebih kecil dari norma tidak dapat mempengaruhi eksistensi premis mayor karena premis mayor tidak memerlukan penjelasan dari luar dirinya. Kewenangan MK dalam *judicial review* baik secara formil maupun materil berhubungan dengan postulat-postulat ini. Dari sini nalar kritik fenomenologis atas posisi MK dan dasar hukum yang memayungi praktikalnya perlu untuk disorot kedalam sudut pandang 'kebenaran' dalam hakikat ilmu hukum. Diawali dengan pertanyaan sederhana, sesungguhnya kita akan mendapati kenyataan bahwa dasar hukum MK masih merupakan teks mati, misalnya apakah dalam putusan-putusan MK mengandung kebenaran ilmiah?

Jika kita mereduksi ini secara *eidetic*, maka orang akan meragukan kebenaran ilmiah putusan MK, sebab MK fokus utamanya ialah keadilan substantif, sementara aspek kebenaran secara eksplisit merupakan variabel yang bergantung kepada substansi yang hendak ditegakkan. Artinya, putusan-putusan MK adalah bukan prediksi (pasti dan niscaya), melainkan tentang klaim apa yang seharusnya berlaku dan dijalankan (substansi). Jadi paradigma kebenaran itu rupanya tidak otomatis seiring tegaknya keadilan substantif sebagaimana karakter hukum *kausalitas deterministic*, dan ia masih menunggu untuk ditemukan oleh para hakim melalui penafsiran.

Persinggungan diatas menunjukkan secara terang-terangan bahwa positivisme hukum seringkali menghianati diri sendiri sebagai hukum positif yang sedang dijalankan. Bagaimanapun berat suatu kasus, peraturan-peraturan hukum positif yang berlaku menjadi rujukan para hakim dan menjadi kewajiban untuk mengikutinya. Positivisme hukum hanya menyandarkan dirinya dalam teori kebenaran koherensi dan korespondensi. Oleh karena dalam reduksi fenomenologis hukum menampakkan diri sebagai kebenaran yang bersifat normatif, dan tidak bisa dinalar keluar dari dirinya. Padahal tidak dapat dipungkiri bahwa hakim juga dipengaruhi oleh perspektif pendidikan, *gender*, ideologi, usia, orientasi seks, latar belakang keluarga, dan kelas sosial. Di samping itu, hukum seharusnya tidak di objektifikasi karena manusia merupakan bagian penting. Fenomena hukum adalah fenomena manusia yang didalamnya terdapat jiwa, hukum sebagai teks adalah produk dari manusia, sebagaimana manusia yang selalu bergantung kepada

manusia lainnya, maka demikian pula dengan teks hukum yang selalu memiliki relasi dengan teks-teks lain. Dan hukum sebagai teks seringkali ambigu dan mengandung pluralitas makna, yang juga antar teks hukum saling mempengaruhi. Artinya apa yang ditakutkan ialah soal krisis *weltanschauung* yang membayangi kinerja para hakim, pengadilan-pengadilan pada umumnya serta MK khususnya. Dimana sebagai suatu pendirian filosofis, mengandung prinsip kenegarawanan, serta komitmen atas demokrasi konstitusional.

Meskipun silogisme penting dan perlu, namun dalam praktik penalaran hukum tidak sesederhana dan selinear itu. Aturan hukum yang menjadi dasar hukum selalu menjadi premis mayor dan memerlukan interpretasi dalam konteks kenyataan faktual. Perlu untuk digarisbawahi, bahwa putusan hakim adalah bukan semata-mata menurut kehendak subjektif murni sang hakim, sebagaimana rumusan subjek yang tidak mungkin otonom dan sama sekali terlepas dari dunia luar. Apa yang disebut subyektif tentu saja dibentuk oleh kehidupan bersama karena keberadaan seseorang selalu berada bersama subjek yang lain (intersubjektif). Disisi lain, putusan hakim juga bukan semata-mata menurut bunyi peraturan perundang-undangan (objektif murni), melainkan dimana para subjek saling mempengaruhi (intersubjektif). Jadi, kebenaran menurut hukum menjadi kebenaran intersubjektif, ia tidak total *objectivism* (lepas dari relasi dengan subjek), atau *subjectivism* (lepas dari relasi dengan obyek), melainkan kebenaran yang dibangun dan terbangun dari hubungan antara subyek dan obyek (antara subyek satu dengan yang lainnya).<sup>29</sup> Itu sebabnya dasar hukum yang menjadi hukum bagi MK harus memiliki hukum dialektis, sebagaimana merupakan lembaga yang mengawal konstitusi, jelas tidak dapat dimutlakkan dengan cara kerja dasar hukum yang sifatnya positivistik. Menganut hukum dialektis ialah soal ditemukannya kebenaran, melalui perdebatan (argumentasi), dengan demikian jika membincang 'cara dan tujuan', maka sejatinya dialektika hukum ialah soal debat hukum untuk memperoleh kebijaksanaan sebelum akhirnya sebuah putusan dilahirkan para hakim. Hukum dialektis ini harus telah dimulai dari dalam pikiran yakni tentang cara pandang kita terhadap hukum responsif dan nilai-nilai keadilan yang hendak dituju.

## KESIMPULAN

Sebagai bagian dari kekuasaan negara, MK tak dapat melepaskan diri secara otonom dari pengaruh kekuasaan, sebab lahir dari legitimasi kekuasaan atributif

<sup>29</sup> Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, h, 103-104.

dan derivatif dalam watak ketatanegaraan Indonesia. Pemisahan dan pembagian kekuasaan masih menjadi mimpi jika sejak dari mekanisme pemilihan hakim konstitusi telah mengikutsertakan dua kekuasaan lain yakni legislatif dan eksekutif dimana keduanya merupakan simbol dari pergulatan politik sepanjang masa.

Oleh karena itu, perlu keputusan progresif dalam melepaskan hukum dari pengaruh-pengaruh struktural politik, akan tetapi juga menghubungkan secara terbuka dengan teks-teks lain diluar dirinya. Terutama untuk mencapai dan menegakkan nilai-nilai keadilan. Sebagai produk manusia, perputaran roda hukum oleh MK sangat bergantung kepada pemikiran para hakim, untuk itu *weltanschauung* harus menjadi prinsip utama, baik sebagai intelektual maupun sebagai praktisi yang hendak memutus suatu perkara. Bagaimanapun tugas para hakim MK adalah tugas-tugas keilmuan, dimana sebagai sekumpulan ahli hukum tak dapat mengelakkan diri dari karakter normatif (eksistensi dari filsafat nilai). Perlu digarisbawahi ialah normativitas mengindikasikan alur adanya keharusan (*ought/sollen*) untuk melakukan suatu sikap tertentu, dan akhirnya tetap bekerja dan berpijak pada basis sosialnya yakni masyarakat, sehingga hukum tidak semata-mata menjadi normatif (*sollen*), dan tidak empiris (*sein*) belaka. Tetapi melahirkan relasi antar keduanya, sehingga tercipta budaya dialektis hukum dimana yang hendak dibangun sebelum sampai pada budaya hukum dan taat konstitusi ialah sebuah tradisi tentang dialektika mencapai kebijaksanaan dalam ilmu dan praktik hukum.

## DAFTAR PUSTAKA

- Affan Gaffar, 2006, *Politik Indonesia Transisi menuju Demokrasi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- A.M. Fatwa, 2009, *Potret Konstitusi Pasca Amandemen UUD 1945*, Jakarta: Kompas Media Nusantara.
- Aharon Barak, 2006, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press.
- Benny K. Harman Hendarji, 1991, *Konstitusionalisme Peran DPR Judicial Review*, Jakarta: Yayasan LBH Indonesia & JARIM.
- Fatkhurohman, Dian Aminudin, dan Sirajuddin, 2004, *Memahami Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

- Frans H. Winarta, 2009, *Suara Rakyat Hukum Tertinggi*, Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara.
- Jimly Asshidiqie, 2008, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Jakarta: Sekretariat jendral dan kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Lusia Indrastuti dan Susanto Polamolo, 2013, *Hukum Tata Negara dan Reformasi Konstitusi Indonsia*, Yogyakarta: Total Media.
- Mahfud MD, 2001, *Politik Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3ES.
- Mohtar Mas'oe'd, 2003, *Negara Kapital dan Demokrasi*, Pustaka Pelajar.
- Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, 1983, *Pengantar Hukum Tata Negara*, Sinar Bakti.
- Munir Fuady, 2009, *Teori Negara Modern (Rechstaat)*, PT refika aditama.
- Munir Fuady, 2003, *Aliran Hukum Kritis; Paradigma Ketidak berdayaan Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Puguh Windrawan, 2012, *Pergeseran Kekuasaan Tipologi Ketiga; Fenomena Kekuasaan Ke arah Constitutional Heavy*, Jurnal Konstitusi, Volume 9 Nomor 4, Desember.
- Sabine, George H., 1961. *A History of Political Theory. Third Edition. New York – Chicago – San Fransisco – Toronto – London: Holt, Rinehart And Wiston.*
- Schmandt, Henry J., 2002, *Filsafat Politik; Kajian Historis dari Zaman Yunani sampai Zaman Modern*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Soetandyo Wignjosoebroto. 2002. *Hukum: Paradigma, Metode, dan Dinamika Masalahnya. Jakarta: ELSAM dan HUMA.*
- Sorensen, Georg, 2003, *Demokrasi dan Demokratisasi, - proses da prospeknya dalam sebuah dunia yang sedang berubah*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Samsul Wahidin, 2007, *Dimensi Kekuasaan Negara Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Titik Triwulan Tutik, S.H, M.H. 2010. *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia pasca Amandemen UUD 1945.*
- Wheare, K.C., 1975, *Modern Konstitution*, London; Oxford University Press.

# **Bantuan Hukum Sebagai Kewajiban Negara Untuk Memenuhi Hak Konstitusional Fakir Miskin**

**Ajie Ramdan**

Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi  
Informasi Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta

E-mail: [ajie\\_lawunpad@yahoo.co.id](mailto:ajie_lawunpad@yahoo.co.id)

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin sangat menarik dikaji. Pemberian bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin adalah dengan menyediakan dana kepada pemberi bantuan hukum melalui APBN. Karena Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengambil konsep bantuan hukum model kesejahteraan. Tulisan ini akan menganalisa putusan MK No. 88/ PUU-X/2011 mengenai hak konstitusional fakir miskin untuk memperoleh bantuan hukum yang menjadi kewajiban negara. Pemberian bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin diperluas di dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum dengan melibatkan tidak hanya advokat, tetapi juga paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum. Hal ini karena bantuan hukum konstitusional diadopsi oleh Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011. Dengan demikian pencari keadilan yang tidak mampu atau miskin harus mendapatkan bantuan hukum dalam proses hukum untuk mendapatkan keadilan. Pemerintah perlu melakukan verifikasi, seleksi, dan evaluasi, serta memberikan akreditasi bagi lembaga pemberi bantuan hukum yang memenuhi atau tidak memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum.

**Kata kunci:** Bantuan Hukum, Kewajiban Negara, Hak Konstitusional, Fakir Miskin

### **Abstract**

*Legal aid as the state's obligation to fulfill the constitutional rights of the poor very interesting study. The provision of legal aid as the state's obligation to fulfill the constitutional rights of the poor is to provide funding to legal aid through the state budget. Because the Law No. 16 Year 2011 on Legal Aid takes the concept of legal aid welfare model. This paper will analyze the decision of the Court No. 88 / PUU-X/2011 the constitutional rights of the poor to obtain legal assistance that the duty of the state . The provision of legal aid as the state's obligation to fulfill the constitutional rights of the poor expanded in the Law No. 16 Year 2011 on Legal Aid , involving not only advocate, but also paralegals, lecturer and college students of faculty of law. This is because the constitutional legal aid was adopted by Act No. 16 of 2011. Thus justice seekers who are unable or poor should get legal assistance in legal proceedings to obtain justice. Governments need to do the verification, selection, and evaluation, as well as provide accreditation for legal aid agencies that meet or do not qualify as legal aid.*

**Keyword:** *Legal Aid, State Liability, Constitutional Rights, Poverty*

## **PENDAHULUAN**

Konsep negara hukum yang menganut paham *rule of law*, menurut Dicey mengandung 3 (tiga) unsur, yaitu:<sup>1</sup>

1. Hak Asasi Manusia dijamin lewat undang-undang;
2. persamaan di muka hukum (*equality before the law*);
3. supremasi aturan-aturan hukum dan tidak ada kesewenang-wenangan tanpa aturan yang jelas.

Sedangkan Menurut Imanuel Kant dan Julius Stahl, negara hukum mengandung 4 (empat) unsur, yaitu:<sup>2</sup>

1. adanya pengakuan HAM;
2. adanya pemisahan kekuasaan untuk menjamin hak-hak tersebut;
3. pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*);
4. adanya peradilan tata usaha negara.

Hak atas bantuan hukum adalah hak asasi manusia. Sebuah katalog hak dasar yang saat ini tengah menguat promosinya. Bantuan hukum berkembang tidak saja dalam konteks pembelaan korban pelanggaran hak-hak sipil dan politik,

<sup>1</sup> Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak Di Indonesia*, PT Refika Aditama, 2008, h. 11.

<sup>2</sup> *Ibid*

melainkan juga menjadi salah satu metode dalam promosi dan pembelaan hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya (hak ekososob).<sup>3</sup>

Jaminan untuk mendapatkan bantuan hukum telah diatur dalam Undang-undang No. 39 tentang Hak Asasi Manusia di dalam Pasal 17, 18, 19, dan 34. Indonesia telah meratifikasi Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (Kovenan Hak-hak Sipil dan politik – *International Covenant on Civil and Political Rights*), yang pada Pasal 16 serta Pasal 26 Konvensi tersebut menjamin akan persamaan kedudukan di depan hukum (*equality before the law*). Semua orang berhak atas perlindungan dari hukum serta harus dihindarkan adanya diskriminasi berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik berbeda, nasional atau asal-muasal kebangsaan, kekayaan, kelahiran atau status yang lain-lainnya.<sup>4</sup>

Hak untuk memperoleh bantuan hukum merupakan hak mendasar atau asasi bagi seseorang yang terkena masalah hukum. Sebab memperoleh bantuan hukum merupakan salah satu bentuk akses terhadap keadilan bagi mereka yang atau berurusan dengan masalah hukum. Memperoleh bantuan hukum juga merupakan salah satu perwujudan dari persamaan di depan hukum. Prinsip *equality before the law* ini sudah dimuat dalam pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, yaitu bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Ini merupakan konsekuensi Negara Indonesia adalah negara hukum (pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil perubahan ketiga). Ada tiga prinsip negara hukum (*rechstaat*), yaitu supremasi hukum (*supremacy of law*), kesetaraan di hadapan hukum (*equality before the law*), dan penegakan hukum dengan cara-cara yang tidak bertentangan dengan hukum (*due process of law*).<sup>5</sup> Ketentuan umum untuk memperoleh bantuan hukum terdapat di dalam Undang-undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Pasal 37 Undang-undang No. 4 Tahun 2004 menyebutkan:

*“Setiap orang yang tersangkut perkara berhak memperoleh bantuan hukum.”*

Pasal 38 Undang-undang No. 4 Tahun 2004 menegaskan:

*“Perkara pidana seorang tersangka sejak saat dilakukan penangkapan dan/atau penahanan berhak menghubungi dan meminta bantuan advokat.”*

<sup>3</sup> Adnan Buyung Nasution, *Bantuan Hukum Di Indonesia*, Jakarta: LP3ES, 2007, h. xi-xii.

<sup>4</sup> A Patra M. Zen dan Daniel Hutagalung, *Panduan Bantuan Hukum Di Indonesia*, Jakarta: YLBHI dan PSHK, 2006, h. 47.

<sup>5</sup> Asfinawati dan Mas Achmad Santosa, *Bantuan Hukum Akses Masyarakat Marjinal Terhadap Keadilan Tinjauan Sejarah, Konsep, Kebijakan, Penerapan dan Perbandingan Di Berbagai Negara*, Jakarta: LBH Jakarta, 2007, h. 97-98.

Kemudian, dalam Pasal 39 Undang-undang No. 4 Tahun 2004 menyebutkan:

*“Dalam memberikan bantuan hukum sebagaimana dimaksud dalam pasal 37, advokat wajib membantu penyelesaian perkara dengan menjunjung tinggi hukum dan keadilan.”*

Bantuan hukum dapat diartikan segala macam bentuk bantuan atau pemberian jasa berkenaan dengan masalah hukum yang diberikan oleh seseorang yang mempunyai keahlian hukum kepada mereka yang terlibat dalam perkara baik langsung maupun tidak langsung dengan mengutamakan mereka yang tidak mampu,<sup>6</sup> adapun bantuan hukum menurut Pasal 1 angka (9) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 Tentang Advokat adalah jasa hukum yang diberikan oleh advokat secara cuma-cuma kepada klien yang tidak mampu.

Pemberian bantuan hukum merupakan sarana penunjang bagi penegakan hukum pada umumnya dan usaha perlindungan hak-hak asasi manusia dari tindakan sewenang-wenang aparat penegak hukum. Aparat penegak hukum (pidana) merupakan bagian komponen struktur hukum pidana, sehingga betapapun sempurnanya substansi hukum pidana tanpa penegakan hukum, maka tidak ada manfaatnya dalam mewujudkan tujuan sistem peradilan pidana.<sup>7</sup> Substansi bantuan hukum di Indonesia menjadi pertanyaan paling mendasar, yaitu apakah bantuan hukum itu bersifat wajib ataukah baru diwajibkan setelah beberapa syarat tertentu dipenuhi. Bantuan hukum adalah instrumen penting dalam Sistem Peradilan Pidana karena merupakan bagian dari perlindungan HAM, khususnya terhadap hak atas kebebasan dan hak atas jiwa-raga tersangka/terdakwa.<sup>8</sup>

Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) telah mengangkat dan menempatkan tersangka atau terdakwa dalam kedudukan yang berderajat, sebagai makhluk Tuhan yang memiliki harkat derajat kemanusiaan yang utuh. Tersangka atau terdakwa telah ditempatkan KUHAP dalam posisi *his entity and dignity as a human being*, yang harus diperlakukan sesuai dengan nilai-nilai luhur kemanusiaan. Hukum mesti ditegakkan, namun dalam pelaksanaan penegakan hukum terhadap tersangka atau terdakwa tidak boleh ditelanjangi hak asasi utama yang melekat pada dirinya.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Abdurrahman, *Pembaharuan Hukum Acara Pidana Dan Hukum Acara Pidana Baru Di Indonesia*, Bandung: Alumni, 1980, h. 112.

<sup>7</sup> Abdussalam, *Tanggapan Atas Rancangan Undang-Undang Tentang Hukum Acara Pidana*, Jakarta: Restu Agung, 2008, h. 25.

<sup>8</sup> O.C. Kaligis, *Perlindungan Hukum Atas Hak Asasi Tersangka, Terdakwa dan Terpidana*, Bandung: PT Alumni, 2006, h. 237.

<sup>9</sup> M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Penyidikan dan Penuntutan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009, h. 1-2.

Hak-hak asasi utama yang dilarang KUHAP ditanggali dari diri pribadi tersangka atau terdakwa antara lain:<sup>10</sup>

1. Persamaan hak dan kedudukan serta kewajiban di hadapan hukum;
2. Harus dianggap tak bersalah atau praduga tak bersalah;
3. Penangkapan atau penahanan didasarkan atas bukti permulaan yang cukup;
4. Hak menyiapkan pembelaan secara dini.

Hak-hak warga ini tidak akan ada artinya, bilamana secara sewenang-wenang negara dapat (melalui aparatnya); membunuh (*extrajudicial execution*), menangkap, menahan, menyiksa, menggeledah dan menyita barang seorang warga negara dengan sewenang-wenang. Praktik-praktik tersebut menyimpang dari ketentuan suatu negara hukum.<sup>11</sup>

Hak tersangka dapat dikembangkan, baik melalui undang-undang, putusan pengadilan (yurisprudensi) maupun cara-cara yang baik dalam penegakan hukum. Menurut Mardjono asas-asas tersebut di atas adalah bagian dari pemahaman yang benar tentang *due process of law* (proses hukum yang adil) yang salah satu unsurnya adalah tersangka dan terdakwa harus diberikan jaminan-jaminan untuk dapat membela diri sepenuhnya. Bagaimana seorang tersangka dapat dengan baik membela dirinya dalam interogasi oleh penyidik bilamana dia tidak diberitahukan dengan jelas alasan penangkapannya. Asas ini juga menjelaskan mengapa penasihat hukum sejak saat penangkapan berhak untuk melihat berkas perkara yang disusun oleh penyidik sebagai dasar pengajuan perkara kepada jaksa/penuntut.<sup>12</sup>

Pengertian Bantuan hukum dalam KUHAP menurut M. Yahya Harahap<sup>13</sup> menyatakan bahwa:

*“Bantuan hukum yang dimaksud KUHAP meliputi pemberian jasa bantuan hukum secara profesional dan formal, dalam bentuk pemberian jasa bantuan hukum setiap orang yang terlibat dalam kasus tindak pidana, baik secara cuma-cuma bagi mereka yang tidak mampu dan miskin maupun memberi bantuan kepada mereka yang mampu oleh para advokat dengan jalan menerima imbalan jasa”.*

<sup>10</sup> *Ibid*, h. 2.

<sup>11</sup> Mien Rukmini, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, (Bandung:Alumni, 2007), h. 111.

<sup>12</sup> *Ibid*

<sup>13</sup> M. Yahya Harahap, *op.cit*, h. 348.

Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengatur norma baru dalam pemberian bantuan hukum kepada yang tidak mampu. Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengatur pemberian bantuan hukum kepada penerima bantuan hukum diselenggarakan oleh Menteri Hukum dan HAM dan dilaksanakan oleh pemberi bantuan hukum. Sedangkan menurut Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat yang memberikan bantuan hukum adalah advokat. Pasal 22 ayat (1) menyebutkan Advokat wajib memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma kepada pencari keadilan yang tidak mampu. Dalam hal ini berarti kewajiban pemberian bantuan hukum berada pada tangan advokat. Pasal 8 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengatur pelaksanaan bantuan hukum dilakukan oleh pemberi bantuan hukum yang memenuhi syarat berdasarkan Undang-Undang, yaitu berbadan hukum, terakreditasi berdasarkan undang-undang, memiliki kantor atau sekretariat yang tetap, memiliki pengurus dan memiliki program bantuan hukum. Berdasarkan uraian tersebut, dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum, pemberian bantuan hukum tidak hanya berada di tangan advokat, tetapi juga terdapat pada lembaga bantuan hukum atau organisasi kemasyarakatan yang memberi layanan bantuan hukum. Bahkan menurut Pasal 9 huruf (a) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 lembaga bantuan hukum berhak melakukan rekrutmen terhadap advokat, paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum.

## PEMBAHASAN

Dalam kamus Bahasa Indonesia, kata “bantuan” bermakna “pertolongan” atau “sokongan”.<sup>14</sup> *Black’s Law Dictionary* mendefinisikan bantuan hukum sebagai berikut: “Country wide system administered locally by legal services is rendered to those in financial need and who cannot afford private counsel”.<sup>15</sup> Menurut Dr. Mauro Cappelletti<sup>16</sup> program bantuan hukum kepada si miskin telah dimulai sejak zaman Romawi. Pada setiap zaman, arti dan tujuan pemberian bantuan hukum erat hubungannya dengan nilai-nilai moral, pandangan politik dan falsafah hukum yang berlaku. Pada Zaman Romawi pemberian bantuan hukum oleh Patronus hanyalah didorong oleh motivasi untuk mendapatkan pengaruh dalam masyarakat.

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

<sup>15</sup> Frans Hendra Winarta, *Pro Bono Publico Hak Konstitusional Fakir Miskin Untuk Memperoleh Bantuan Hukum*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2009, h. 21.

<sup>16</sup> Adnan Buyung Nasution, *op.cit.*, h. 3-4.

Pada zaman Abad Pertengahan masalah bantuan hukum ini mendapat motivasi baru, yaitu keinginan orang untuk berlomba-lomba memberikan derma (*charity*) dalam bentuk membantu si miskin dan bersama-sama dengan itu tumbuh pula nilai-nilai kemuliaan (*nobility*) dan kesatriaian (*chivalry*) yang sangat diagungkan orang. Sejak Revolusi Prancis dan Amerika Serikat di zaman modern sekarang ini, motivasi pemberian bantuan hukum bukan hanya *charity* atau rasa kemanusiaan kepada orang yang tidak mampu, melainkan telah timbul aspek hak-hak politik atau hak warga negara yang berlandaskan kepada konstitusi modern. Perkembangan mutakhir, konsep bantuan hukum kini dihubungkan dengan cita-cita negara kesejahteraan (*welfare state*), sehingga hampir setiap pemerintah dewasa ini membantu program bantuan hukum sebagai bagian dari fasilitas kesejahteraan dan keadilan sosial.<sup>17</sup>

Dari perkembangan pemikiran mengenai konsep bantuan hukum tersebut, timbul berbagai variasi bantuan hukum yang diberikan kepada anggota masyarakat. Cappelletti dan Gordley dalam artikel yang berjudul "*Legal Aid Modern Themes and Variations*", seperti yang dikutip Soerjono Soekanto membagi bantuan hukum ke dalam dua model, yaitu bantuan hukum model yuridis-individual dan bantuan hukum model kesejahteraan. Menurut Cappelletti dan Gordley, bantuan hukum yuridis-individual merupakan hak yang diberikan kepada warga masyarakat untuk melindungi kepentingan-kepentingan individualnya. Pelaksanaan bantuan hukum ini tergantung dari peran aktif masyarakat yang membutuhkan di mana mereka yang memerlukan bantuan hukum dapat meminta bantuan pengacara dan kemudian jasa pengacara tersebut nantinya akan dibayar oleh negara.<sup>18</sup>

Sedangkan bantuan hukum kesejahteraan diartikan sebagai suatu hak akan kesejahteraan yang menjadi bagian dari kerangka perlindungan sosial yang diberikan oleh suatu negara kesejahteraan (*welfare state*). Bantuan hukum kesejahteraan sebagai bagian dari haluan sosial diperlukan guna menetralisasi ketidakpastian dan kemiskinan. Karena itu pengembangan sosial atau perbaikan sosial selalu menjadi bagian dari pelaksanaan bantuan hukum kesejahteraan. Peran negara yang intensif diperlukan dalam merealisasikannya karena negara mempunyai kewajiban untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan dasar warganya sehingga menimbulkan hak-hak yang dapat dituntut oleh mereka. Pemenuhan

<sup>17</sup> *Ibid*

<sup>18</sup> Binziad Kadafi, *et al.*, *Advokat Indonesia Mencari Legitimasi Studi Tentang Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia & Asia Foundation, 2001), h. 207-208.

hak-hak tersebut dapat dilakukan oleh negara melalui pemberian bantuan hukum kepada warganya.<sup>19</sup>

Lain halnya dengan Schuyt, Groenendijk dan Sloot membedakan bantuan hukum ke dalam lima jenis, yaitu:<sup>20</sup>

1. Bantuan Hukum Preventif, merupakan bantuan hukum yang dilaksanakan dalam bentuk pemberian penerangan dan penyuluhan hukum kepada masyarakat sehingga mereka mengerti akan hak dan kewajibannya sebagai warga negara.
2. Bantuan Hukum Diagnostik, disini bantuan hukum dilaksanakan dengan cara pemberian nasihat-nasihat hukum atau biasa dikenal dengan konsultasi hukum.
3. Bantuan Hukum Pengendalian Konflik, bantuan hukum ini lebih bertujuan untuk mengatasi secara aktif permasalahan-permasalahan hukum konkret yang terjadi di masyarakat. Hal ini biasa dilakukan dengan cara memberikan asistensi hukum kepada anggota masyarakat yang tidak mampu menyewa/menggunakan jasa advokat untuk memperjuangkan kepentingannya.
4. Bantuan Hukum Pembentukan Hukum; bantuan hukum ini dimaksudkan untuk memancing yurisprudensi yang lebih tegas, tepat, jelas, dan benar.
5. Bantuan Hukum Pembaruan Hukum, merupakan bantuan hukum yang usahanya lebih ditujukan mengadakan pembaruan hukum, baik itu melalui hakim atau melalui pembentuk undang-undang.

Sementara di Indonesia sendiri berkembang konsep bantuan hukum lain yang sebenarnya tidak jauh berbeda dari konsep-konsep yang ada. Para ahli hukum dan praktisi hukum Indonesia membagi bantuan hukum ke dalam dua macam, yaitu bantuan hukum individual dan bantuan hukum struktural.<sup>21</sup>

Bantuan hukum individual merupakan pemberian bantuan hukum kepada masyarakat yang tidak mampu dalam bentuk pendampingan oleh Advokat atau pengacara dalam proses penyelesaian sengketa yang dihadapi oleh advokat atau pengacara dalam proses penyelesaian sengketa yang dihadapi, baik di muka pengadilan maupun melalui mekanisme penyelesaian sengketa lain seperti arbitrase, dalam rangka menjamin pemerataan pelayanan hukum kepada seluruh lapisan masyarakat.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *Ibid*, h. 208.

<sup>20</sup> *Ibid*, h. 208-209.

<sup>21</sup> *Ibid*, h. 209.

<sup>22</sup> *Ibid*

Dalam bantuan hukum struktural, segala aksi atau kegiatan yang dilakukan tidak semata-mata ditujukan untuk membela kepentingan atau hak hukum masyarakat yang tidak mampu dalam proses peradilan, namun lebih luas lagi, bantuan hukum struktural bertujuan untuk menumbuhkan kesadaran dan pengertian masyarakat akan pentingnya hukum. Di samping itu, tujuan lainnya adalah pemberdayaan masyarakat, guna memperjuangkan kepentingannya terhadap penguasa yang kerap menindas mereka dengan legitimasi demi kepentingan pembangunan.<sup>23</sup>

Menurut Mas Ahmad Santosa, seorang aktivis bantuan hukum di Jakarta, bahwa bantuan hukum struktural dalam tahap selanjutnya dapat diturunkan ke dalam tiga aktivitas, yaitu:

- (I). Mengantarkan kesadaran hukum masyarakat bahwa mereka merupakan korban ketidakadilan, untuk kemudian mendorong masyarakat agar dapat merumuskan solusi-solusi dan mampu mengerjakannya sendiri;
- (II). Menggunakan jalur peradilan untuk mengkritisi peraturan perundang-undangan positif yang ada. Pada aktivitas ini forum pengadilan hanya dijadikan corong – dengan persetujuan klien tentunya – untuk menyampaikan pesan ketidadailan, bahwa suatu ketentuan hukum tidak benar, sehingga harus dicabut atau diubah;
- (III). Melancarkan aktivitas *policy reform* dengan mengartikulasikan berbagai cacat dalam hukum positif dan kebijakan yang ada, lalu mencoba untuk mengkritisi dan memberikan alternatif-alternatif.

Merujuk pada konsep bantuan hukum yang telah dikemukakan diatas, Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengambil konsep bantuan hukum model kesejahteraan yaitu bantuan hukum sebagai suatu hak akan kesejahteraan yang menjadi bagian dari kerangka perlindungan sosial yang diberikan oleh suatu negara kesejahteraan (*welfare state*).<sup>24</sup> Bantuan hukum kesejahteraan sebagai bagian dari haluan sosial diperlukan guna menetralisasi ketidakpastian dan kemiskinan. Karena itu pengembangan sosial atau perbaikan sosial selalu menjadi bagian dari pelaksanaan bantuan hukum kesejahteraan. Peran negara yang intensif diperlukan dalam merealisasikannya karena negara mempunyai kewajiban untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan dasar warganya sehingga menimbulkan hak-hak yang dapat dituntut oleh mereka. Pemenuhan

<sup>23</sup> *Ibid*, h. 209-210.

<sup>24</sup> *Ibid*, h. 208.

hak-hak tersebut dapat dilakukan oleh negara melalui pemberian bantuan hukum kepada warganya. Selain itu Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum juga mengambil konsep bantuan hukum konstitusional<sup>25</sup> yaitu Orientasi dan tujuannya adalah usaha mewujudkan negara hukum yang berlandaskan pada prinsip-prinsip demokrasi dan hak asasi manusia. Bantuan hukum untuk rakyat miskin dipandang sebagai suatu kewajiban dalam kerangka untuk menyadarkan mereka sebagai subjek hukum yang memiliki hak-hak yang sama dengan golongan masyarakat lain.

Analisis dalam tulisan ini lebih menekankan pada putusan MK No. 88/PUU-X/2011, Yang menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya. Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan Undang-Undang. Advokat berstatus sebagai penegak hukum, bebas dan mandiri yang dijamin oleh hukum dan peraturan perundang-undangan. Menurut Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum yang memberi jasa hukum tidak hanya advokat, akan tetapi lembaga bantuan hukum atau organisasi kemasyarakatan yang memberi layanan bantuan hukum. Selain itu, Pasal 9 huruf (a) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 lembaga bantuan hukum berhak melakukan rekrutmen terhadap advokat, paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum.

### **1. Bantuan Hukum Sebagai Kewajiban Negara Untuk Mewujudkan Kesejahteraan**

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) No. 88/PUU-X/2012 tanggal 19 Desember 2013 diajukan pemohon Dominggus Maurits Luitnan, S.H. Dkk. Pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut:

UU Bantuan Hukum adalah berbeda dengan pemberian bantuan hukum secara cuma-cuma sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat (selanjutnya disebut UU Advokat). UU Bantuan Hukum mengatur mengenai pemberian bantuan hukum yang diberikan oleh negara kepada orang atau kelompok orang miskin, sedangkan pemberian bantuan hukum secara cuma-cuma oleh advokat merupakan bentuk pengabdian yang diwajibkan oleh Undang-Undang kepada para advokat untuk klien yang tidak mampu. Adapun cara negara memberikan bantuan hukum tersebut dengan menyediakan dana kepada pemberi bantuan hukum,

<sup>25</sup> Bambang Sunggono dan Aries Harianto, *Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia*, CV Mandar Maju, 2009, h. 29.

yaitu lembaga bantuan hukum, organisasi kemasyarakatan, perguruan tinggi, dan lain-lain yang ditentukan oleh Undang-Undang; Oleh karena pemberian bantuan hukum adalah kewajiban negara maka negara dapat menentukan pula syarat-syarat bagi pemberi dan penerima bantuan hukum, termasuk advokat sebagai pemberi bantuan hukum menurut UU Bantuan Hukum. Apabila advokat memberikan bantuan hukum sebagaimana diuraikan terakhir ini maka pemberian bantuan hukum tersebut merupakan pelaksanaan bantuan hukum oleh negara yang diatur dalam UU Bantuan Hukum, bukan merupakan pengabdian advokat dengan memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma sebagaimana diatur dalam UU Advokat;

Berdasarkan pertimbangan hukum putusan tersebut, pemberian bantuan hukum merupakan kewajiban negara dan negara yang menentukan syarat-syarat bagi pemberi dan penerima bantuan hukum. Cara negara memberikan bantuan hukum adalah dengan menyediakan dana kepada pemberi bantuan hukum. Advokat yang memberikan bantuan hukum merupakan pelaksanaan bantuan hukum oleh negara yang diatur dalam UU Bantuan Hukum. Pemberian bantuan hukum oleh negara terdapat dalam dasar falsafah HAM di Indonesia yaitu UUD 1945 yang menjamin tegaknya negara hukum Indonesia sebagaimana diisyaratkan dalam penjelasan dan dalam Batang Tubuh UUD 1945. Kemudian, apabila dihubungkan dengan teori atau paham negara hukum, tampaknya UUD 1945 menjamin pula bahwa Indonesia bukan hanya sekedar negara hukum dalam arti formal atau dalam arti sempit, melainkan negara hukum dalam arti material atau dalam arti luas. Kesimpulan ini dipertegas oleh alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945 yang berbunyi:<sup>26</sup>

*“Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial...”*

Dengan demikian, keterlibatan negara dalam semua sektor kehidupan dan penghidupan dalam rangka menciptakan kesejahteraan umum itu mutlak perlu.<sup>27</sup> Manusia sebagai individu yang bebas dan merdeka memiliki hak asasi

<sup>26</sup> Mien Rukmini, *op.cit.*, h. 50-51.

<sup>27</sup> *Ibid*

yang senantiasa harus dihormati dan tidak boleh dilanggar. Setiap orang mempunyai tanggung jawab untuk memastikan sejauh mungkin hak orang lain dihormati. Thomas Paine dalam bukunya *Rights of Man* menyatakan:<sup>28</sup>

*“A Declaration of Rights is, by reciprocity, a Declaration of Duties also. Whatever is my right as a man, is also the right of another and it becomes my duty to guarantee, as well as to possess” (Dikutip dari Patrick J.O.Mahony)*

Hak asasi manusia secara universal pada dasarnya terbagi ke dalam tiga kerangka besar yaitu hak sipil dan politik, hak ekonomi, sosial dan budaya, serta hak manusia sebagai suatu bangsa untuk menentukan nasibnya sendiri. Hak sipil dan politik yang dimiliki oleh setiap individu mencakup juga hak asasi di bidang hukum. Hak asasi manusia di bidang hukum di antaranya adalah hak untuk mendapat persamaan di hadapan hukum dan hak untuk dibela advokat atau penasehat hukum.<sup>29</sup>

Dalam *Universal Declaration of Human Rights* dijamin hak bagi setiap orang untuk mendapatkan pengakuan dan persamaan di depan hukum. Dikatakan dalam Pasal 6 dari Deklarasi tersebut:<sup>30</sup>

*“Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law”*

Sementara itu Pasal 7 juga menyebutkan:

*“All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.”*

Selain itu dalam *International Covenant and Civil and Political Rights* juga dijamin tentang persamaan di hadapan hukum terhadap setiap warga negara. Pasal 16 *International Covenant on Civil and Political Rights* menyebutkan:<sup>31</sup>

*“everyone shall have the right to recognition everywhere as a person before the law”*

<sup>28</sup> Binziad Kadafi, *et al.*, *op.cit.*, h.218

<sup>29</sup> *Ibid*

<sup>30</sup> *Ibid*, h.218-219.

<sup>31</sup> *Ibid*, h. 219.

Prinsip ketiga dari *the Basic Principles on the Role of Lawyers* yang mensyaratkan negara/pemerintah untuk menyediakan dana yang cukup dan infrastruktur lainnya yang tidak beruntung. Suatu negara hukum (*rechtstaat*) baru tercipta apabila terdapat pengakuan terhadap demokrasi dan hak asasi manusia. Dalam negara hukum, negara dan individu berada dalam kedudukan yang sejajar (*on equal footing*), kekuasaan negara dibatasi oleh hak asasi manusia agar tidak melanggar hak-hak individu. Jaminan terhadap pelaksanaan HAM diperlukan dalam rangka melindungi serta mencegah penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan kekuasaan yang dimiliki oleh negara (*abuse of power*) terhadap warga negaranya.

Indonesia adalah negara hukum. Demikian ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-undang Dasar (UUD 1945) Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sebagai Negara hukum, Indonesia menjunjung tinggi prinsip kesederajatan bagi setiap orang dihadapan hukum (*equality before the law*).<sup>32</sup> Sehubungan dengan prinsip tersebut, maka dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 telah menjamin kedudukan setiap warga negara baik di dalam hukum maupun pemerintahan. Demikian juga dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 diatur tentang hak setiap orang atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Mengenai konsep persamaan kedudukan di hadapan hukum atau lebih dikenal sebagai prinsip *equality before the law*, Subhi Mahssani memberikan pendapat bahwa:<sup>33</sup>

*“Persamaan secara hukum dan undang-undang ialah persamaan seluruh manusia di hadapan undang-undang, tanpa ada perbedaan di antara mereka, baik karena perbedaan etnis, warna kulit, agama, serta bangsa, keturunan, kelas dan kekayaan.”*

Selanjutnya dikatakan Subhi, bahwa persamaan secara undang-undang, meliputi dua aspek, yaitu aspek persamaan dalam memperoleh perlindungan undang-undang dan aspek persamaan dalam hak, kemudian dikatakan pula bahwa persamaan yang merupakan hak asasi manusia, ialah persamaan di depan hukum dan perundang-undangan dimana persamaan itu meliputi perlindungan yang sama atas hak-hak mereka.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Asfinawati dan Mas Achmad Santosa, *op.cit.*, h. 89.

<sup>33</sup> Mien Rukmini, *op.cit.*, h. 29.

<sup>34</sup> *Ibid*

Persamaan di hadapan hukum dan hak untuk dibela advokat atau penasehat hukum adalah hak asasi manusia yang perlu dijamin dalam rangka pencapaian keadilan sosial, juga sebagai salah satu cara mengentaskan masyarakat dari kemiskinan, khususnya dalam bidang ilmu hukum. Pada kenyataannya tidak semua warga negara mempunyai kemampuan untuk menggunakan jasa advokat atau penasehat hukum guna membela kepentingan mereka dalam memperoleh keadilan. Hal ini disebabkan karena sebagian besar anggota masyarakat Indonesia masih hidup di bawah garis kemiskinan dan kurangnya pengetahuan mereka akan hukum serta ditambah lagi dengan rendahnya budaya hukum dan tingkat kesadaran hukum. Pelaksanaan bantuan hukum sangat diperlukan untuk menjamin dan mewujudkan persamaan dihadapan hukum bagi setiap orang terutama fakir miskin. Hal ini juga dimaksudkan guna terciptanya prinsip "*fair trial*" di mana bantuan hukum yang dilaksanakan oleh seorang advokat dalam rangka proses penyelesaian suatu perkara, baik dari tahap penyidikan maupun pada proses persidangan, amat penting guna menjamin terlaksananya proses hukum yang sesuai dengan aturan yang ada terlebih lagi ketika ia mewakili kliennya dalam beracara di persidangan untuk memberikan argumentasi hukum guna membela kliennya.<sup>35</sup>

Pelaksanaan bantuan hukum hukum sebenarnya terasa betul ketika anggota masyarakat masuk ke dalam suatu rangkaian proses hukum di mana ia berhak mendapatkan pembelaan dari advokat untuk menjamin tercapainya proses hukum yang adil (*due process of law*) dan mencegah terjadinya pelanggaran terhadap hak-hak individu oleh negara ketika ia berhadapan dengan kepentingan negara dalam suatu perkara hukum, atau ketika ia berhadapan dengan instrumen-instrumen negara yang menyelenggarakan kekuasaan kehakiman dan proses peradilan. Karena itu perlu adanya jaminan negara bagi warga negaranya untuk mendapatkan bantuan hukum, yang salah satunya dapat diberikan dalam peraturan perundang-undangan.<sup>36</sup>

Selain sebagai kewajiban negara, bantuan hukum juga untuk mewujudkan kesejahteraan dengan menyediakan dana bantuan hukum dalam APBN untuk merealisasikan tanggung jawab konstitusionalnya mendanai program bantuan hukum. Sebagai wujud dari tanggung jawab negara terhadap fakir miskin yang diatur dalam Pasal 34 ayat (1) UUD 1945. Hak-hak fakir miskin yang

<sup>35</sup> Binziad Kadafi, *op.cit.*, h.219-220.

<sup>36</sup> *Ibid.*, h. 221.

diakui oleh UUD 1945 menjadi relevan untuk didukung dengan dana yang diperoleh dari negara maupun masyarakat.<sup>37</sup>

## 2. Bantuan Hukum Sebagai Hak Konstitusional

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) No. 88/PUU-X/2012 tanggal 19 Desember 2013 diajukan pemohon Dominggus Maurits Luitnan, S.H. Dkk. memperluas para pihak yang memberikan bantuan hukum kepada warga negara miskin dan tidak mampu yang menjadi hak konstitusional, Pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut:

UU Bantuan Hukum justru menjelaskan dan memperluas para pihak yang dapat memberikan bantuan hukum. Tidak hanya advokat saja yang dapat memberikan bantuan hukum, tetapi juga paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum, termasuk mahasiswa dari fakultas syariah, perguruan tinggi militer, dan perguruan tinggi kepolisian, yang direkrut sebagai pemberi bantuan hukum (vide Pasal 9 huruf a UU Bantuan Hukum dan Penjelasan); Dalam Putusan Nomor 006/PUU-II/2004, tertanggal 13 Desember 2004, halaman 290, Mahkamah berpendapat antara lain sebagai berikut:

*“Menimbang bahwa dalam rangka menjamin pemenuhan hak untuk mendapatkan bantuan hukum bagi setiap orang sebagaimana dimaksud, keberadaan dan peran lembaga-lembaga nirlaba semacam LKPH UMM, yang diwakili Pemohon, adalah sangat penting bagi pencari keadilan, istimewa bagi mereka yang tergolong kurang mampu untuk memanfaatkan jasa penasihat hukum atau advokat profesional. Oleh karena itu, adanya lembaga semacam ini dianggap penting sebagai instrumen bagi perguruan tinggi terutama Fakultas Hukum untuk melaksanakan Tri Dharma Perguruan Tinggi dalam fungsi pengabdian kepada masyarakat. Di samping itu, pemberian jasa bantuan hukum juga dimasukkan sebagai bagian dari kurikulum pendidikan tinggi hukum dengan kategori mata kuliah pendidikan hukum klinis dan ternyata membawa manfaat besar bagi perkembangan pendidikan hukum dan perubahan sosial, sebagaimana ditunjukkan oleh pengalaman negara-negara Amerika Latin, Asia, Eropa Timur, Afrika Selatan, bahkan juga negara yang sudah tergolong negara maju sekalipun seperti Amerika Serikat”.*

Berdasarkan putusan Mahkamah tersebut, menurut Mahkamah, pelayanan pemberian bantuan hukum oleh dosen dan mahasiswa fakultas hukum

<sup>37</sup> Frans Hendra Winarta, *op.cit.*, h. 174-183.

merupakan tindakan yang harus diwujudkan karena merupakan implementasi fungsi ketiga dari Tri Dharma Perguruan Tinggi, yaitu pengabdian kepada masyarakat; Dalam menangani persoalan hukum masyarakat, paralegal, dosen, dan mahasiswa fakultas hukum tunduk pada hukum acara yang sama. Oleh karena itu, Mahkamah berpendapat bahwa paralegal, dosen, dan mahasiswa fakultas hukum memiliki hak yang sama dengan advokat untuk memberi bantuan hukum kepada warga negara miskin dan tidak mampu.

Dalam pemberian bantuan hukum, perlu diperhatikan bahwa yang harus memperoleh bantuan hukum adalah fakir miskin dan bantuan tersebut diberikan secara cuma-cuma. Memberikan bantuan hukum dengan cuma-cuma (*pro deo* atau *pro bono publico*) kepada masyarakat yang lemah dan miskin, baik di dalam maupun di luar pengadilan, merupakan bagian dari fungsi dan peranan advokat dalam memperjuangkan hak asasi manusia.<sup>38</sup> Selain advokat menurut Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) No. 88/PUU-X/2012 tanggal 19 Desember 2013 tidak hanya advokat saja yang dapat memberikan bantuan hukum, tetapi juga paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum, termasuk mahasiswa dari fakultas syariah, perguruan tinggi militer, dan perguruan tinggi kepolisian, yang direkrut sebagai pemberi bantuan hukum.

Indonesia adalah negara yang berdasarkan hukum (Pasal 1 ayat (3) UUD 1945). Prinsip dasar negara hukum ada tiga: supremasi hukum, persamaan di muka hukum, dan penegakan hukum dengan cara-cara yang tidak boleh bertentangan dengan hukum. Fakir miskin dan anak-anak yang terlantar dipelihara oleh negara (Pasal 34 ayat (1) UUD 1945). Dengan demikian, negara mengakui adanya hak ekonomi, sosial, budaya, sipil, dan politik para fakir miskin. Oleh karena itu, orang miskin pun berhak untuk mendapatkan bantuan hukum baik di dalam maupun di luar pengadilan (*legal aid*), sama seperti orang mampu yang mendapatkan jasa hukum dari advokat (*legal service*). Bantuan hukum merupakan tugas dan tanggung jawab negara dan merupakan hak konstitusional setiap warga negara.<sup>39</sup>

Konsep bantuan hukum konstitusional adalah bantuan hukum untuk rakyat miskin yang dilakukan dalam kerangka usaha dan tujuan yang lebih luas, seperti menyadarkan hak-hak masyarakat miskin sebagai subjek hukum, penegakan dan pengembangan nilai-nilai hak asasi manusia sebagai sendi

<sup>38</sup> Frans Hendra Winarta, *op.cit.*, h. 163.

<sup>39</sup> Patra M. Zen, *et al*, *Panduan Bantuan Hukum Di Indonesia*, YLBHI dan AusAID, 2009, h. 34-35.

utama bagi tegaknya negara hukum. Sifat dari jenis bantuan hukum ini lebih aktif, dimana bantuan hukum diberikan tidak saja secara individual akan tetapi juga kepada kelompok-kelompok masyarakat secara kolektif. Cara pendekatan yang dilakukan di samping formal legal juga melalui jalan politik dan negosiasi. Hal ini berarti usaha menyelesaikan masalah hukum tidak selalu ditempuh melalui jalur hukum yang berlaku, tetapi melalui jalur politik dan negosiasi. Oleh karena itu, aktifitas seperti kampanye penghapusan ketentuan hukum yang dianggap membatasi ruang gerak bagi partisipasi aktif rakyat miskin, kontrol terhadap birokrasi pemerintah, pendidikan hukum masyarakat, menjadi bagian yang esensial dalam konsep bantuan hukum konstitusional.<sup>40</sup>

Dengan demikian, lingkup kegiatan bantuan hukum ini cukup luas, tidak terbatas pada pelayanan hukum di dalam maupun di luar pengadilan. Orientasi dan tujuannya adalah usaha mewujudkan negara hukum yang berlandaskan pada prinsip-prinsip demokrasi dan hak asasi manusia. Bantuan hukum untuk rakyat miskin dipandang sebagai suatu kewajiban dalam kerangka untuk menyadarkan mereka sebagai subjek hukum yang memiliki hak-hak yang sama dengan golongan masyarakat lain.<sup>41</sup>

### **3. Pemerintah Melakukan Verifikasi, Seleksi, dan Evaluasi, Serta Memberikan Akreditasi Bagi Lembaga Pemberi Bantuan Hukum**

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) No. 88/PUU-X/2012 tanggal 19 Desember 2013 diajukan pemohon Dominggus Maurits Luitnan, S.H. Dkk mensyaratkan Pemberi Bantuan Hukum Diverifikasi dan Diakreditasi Oleh Pemerintah untuk memperoleh dana bantuan hukum dari pemerintah.

Bahwa para Pemohon pada pokoknya mendalilkan berlakunya Pasal 7 ayat (1) huruf b UU Bantuan Hukum yang menentukan bahwa Menteri berwenang melakukan verifikasi dan akreditasi terhadap lembaga bantuan hukum atau organisasi kemasyarakatan untuk memenuhi kelayakan sebagai Pemberi Bantuan Hukum telah mengintervensi para Pemohon selaku advokat untuk memberikan pelayanan bantuan hukum. Pemohon juga berpendapat bahwa "*organisasi kemasyarakatan*" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) huruf b UU Bantuan Hukum tidak dapat dikatakan sebagai organisasi

<sup>40</sup> Bambang Sunggono dan Aries Harianto, *op.cit.*, h. 28-29.

<sup>41</sup> *Ibid.*, h. 29.

profesi penegak hukum dan tidak termasuk pula dalam kategori fungsi kekuasaan kehakiman dalam kategori “badan-badan lain”. Oleh karena itu, Pasal 7 ayat (1) huruf b UU Bantuan Hukum bertentangan dengan Pasal 24 ayat (3) UUD 1945; Para Pemohon juga mendalilkan pada pokoknya bahwa Pasal 8 ayat (2) huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU Bantuan Hukum tidak termasuk dalam kategori “*badan-badan lain*” yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman. Menurut para Pemohon, pemberian bantuan hukum oleh dosen, mahasiswa fakultas hukum, dan lembaga swadaya masyarakat (LSM) tidak termasuk kategori “*badan-badan lain*” dan merugikan hak konstitusional para Pemohon. Oleh karena itu, Pasal 8 ayat (2) huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU Bantuan Hukum menimbulkan ketidakpastian hukum, sehingga bertentangan dengan Pasal 24 ayat (3) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945; Terhadap dalil permohonan tersebut, menurut Mahkamah, syarat pemberi bantuan hukum yang harus berbadan hukum, terakreditasi, memiliki kantor atau sekretariat yang tetap, memiliki pengurus, dan memiliki program Bantuan Hukum adalah sesuatu yang lazim untuk menentukan kelayakan suatu lembaga yang secara hukum berhak memberikan bantuan hukum. Dalam menentukan kelayakan tersebut, Pemerintah perlu melakukan verifikasi, seleksi, dan evaluasi, serta memberikan akreditasi bagi lembaga pemberi bantuan hukum yang memenuhi atau tidak memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum. Adapun mengenai syarat memiliki kantor atau sekretariat yang tetap dan memiliki pengurus adalah wajar karena terkait dengan pertanggungjawaban pelaksanaan pemberian bantuan hukum oleh suatu lembaga, terutama berhubungan dengan pertanggungjawaban keuangan negara yang dipergunakannya. Khusus mengenai syarat keharusan memiliki program bantuan hukum, hal tersebut menjadi penting karena berkaitan dengan efektivitas dan efisiensi pengelolaan kegiatan pemberian bantuan hukum. Dengan demikian, kementerian yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dan hak asasi manusia perlu diberi kewenangan untuk melakukan verifikasi dan akreditasi tersebut;

Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum menentukan siapa saja yang wajib menjalankan program bantuan hukum dan cara menjalankannya. Undang-undang bantuan hukum juga mengatur organisasi mana saja yang dapat dikualifikasikan sebagai organisasi bantuan hukum. Hal ini berkaitan dengan fenomena yang terjadi di masyarakat, yaitu

beberapa organisasi yang mengklaim sebagai organisasi bantuan hukum namun berpraktik komersial sebagaimana layaknya suatu kantor advokat dan tidak menjalankan praktik pekerjaan *pro bono publico*.<sup>42</sup>

Untuk menjaga standar dan kualitas organisasi bantuan hukum, perlu didirikan suatu organisasi bantuan hukum, perlu didirikan suatu organisasi payung yang membawahi semua organisasi bantuan hukum yang ada di Indonesia. Organisasi payung ini bertujuan menentukan standar minimum suatu organisasi untuk bisa dikualifikasikan sebagai organisasi bantuan hukum. Sebagai contoh, standar minimum yang harus ditetapkan misalnya profil para pendiri dan pengurusnya (*track record*), fokus dan kompetensi, sumber dana, jumlah pekerja bantuan hukum dan personel yang dipekerjakan, dan jumlah kantor cabang yang dimiliki.<sup>43</sup>

Hak-hak fakir miskin yang diakui oleh UUD 1945 menjadi relevan untuk didukung dengan dana yang diperoleh dari negara maupun masyarakat. Tidak berlebihan jika APBN mengalokasikan dana bantuan hukum guna mengentaskan kemiskinan. Alokasi dana dari APBN ini akan dikoordinasikan melalui Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia.<sup>44</sup> Pasal 7 ayat (1) huruf b UU Bantuan Hukum yang menentukan bahwa Menteri berwenang melakukan verifikasi dan akreditasi terhadap lembaga bantuan hukum atau organisasi kemasyarakatan untuk memenuhi kelayakan sebagai Pemberi Bantuan Hukum. Menurut Mahkamah, syarat pemberi bantuan hukum yang harus berbadan hukum, terakreditasi, memiliki kantor atau sekretariat yang tetap, memiliki pengurus, dan memiliki program Bantuan Hukum adalah sesuatu yang lazim untuk menentukan kelayakan suatu lembaga yang secara hukum berhak memberikan bantuan hukum. Dalam menentukan kelayakan tersebut, Pemerintah perlu melakukan verifikasi, seleksi, dan evaluasi, serta memberikan akreditasi bagi lembaga pemberi bantuan hukum yang memenuhi atau tidak memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum. Adapun mengenai syarat memiliki kantor atau sekretariat yang tetap dan memiliki pengurus adalah wajar karena terkait dengan pertanggungjawaban pelaksanaan pemberian bantuan hukum oleh suatu lembaga, terutama berhubungan dengan pertanggungjawaban keuangan negara yang dipergunakannya. Oleh karena itu,

<sup>42</sup> Frans Hendra Winarta, *op.cit*, h. 173.

<sup>43</sup> *Ibid*, h. 174.

<sup>44</sup> *Ibid*, h. 183.

organisasi pemberi bantuan hukum untuk mendapatkan dana bantuan hukum dari APBN harus dilakukan verifikasi, seleksi, dan evaluasi, serta memberikan akreditasi bagi lembaga pemberi bantuan hukum yang memenuhi atau tidak memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum.

#### 4. Bantuan Hukum Struktural

Pada tahun 1980 konsep bantuan hukum struktural menjadi arus utama LBH menuju pendampingan hukum kolektif. Dengan diperkenalkannya konsep ini, bantuan hukum diharapkan menjadi aktivitas jangka panjang. Fokus LBH akhirnya diubah dari skema litigasi menjadi nonlitigasi.<sup>45</sup> Halangan utama dari bantuan hukum struktural adalah pemerintah yang berkuasa itu sendiri. Pemerintah sangat memperhatikan bahwa bantuan hukum struktural akan beralih menjadi gerakan politis dan subversif yang mencoba menantang pemerintah yang berkuasa.<sup>46</sup> Bantuan hukum struktural tujuannya adalah membuat masyarakat sadar akan hak asasi manusia dan hak fakir miskin untuk memperoleh bantuan hukum. Bantuan hukum struktural yang mengacu kepada upaya merombak ketidakadilan dalam sistem sosial. Bantuan hukum ini tidak saja diarahkan untuk membantu individu dalam kasus tertentu, tetapi juga menekankan kasus-kasus yang bersifat struktural. bantuan hukum menjadi kekuatan yang bergerak menuju restrukturisasi orde sosial agar tercipta pola hubungan yang lebih adil dan emansipatif. Bantuan hukum struktural harus memihak mayoritas penduduk yang lemah. Menurut Adnan Buyung Nasution bantuan hukum struktural terdiri dari serangkaian program kegiatan yang bertujuan mengubah pola hubungan yang tidak adil menjadi pola hubungan yang sejajar dan emansipatif melalui sarana hukum maupun sarana lainnya. Hal ini merupakan prasyarat bagi pengembangan hukum yang memperjuangkan keadilan bagi masyarakat miskin di Indonesia.<sup>47</sup>

Apabila ditarik garis tegas diatas dari seluruh uraian yang telah dipaparkan, bantuan hukum untuk mewujudkan hak konstitusional fakir miskin dimaknai sebagai sebuah kewajiban yang diberikan oleh negara kepada fakir miskin yang masuk ke dalam proses hukum sebagai hak konstitusional. Negara melalui Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengatur pemberian bantuan hukum kepada penerima bantuan hukum diselenggarakan oleh Menteri Hukum

<sup>45</sup> *Ibid*, h. 59.

<sup>46</sup> *Ibid*, h. 61.

<sup>47</sup> *Ibid*, h. 63-65.

dan HAM dan dilaksanakan oleh pemberi bantuan hukum. Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengatur pelaksanaan bantuan hukum dilakukan oleh pemberi bantuan hukum yang memenuhi syarat berdasarkan Undang-Undang, yaitu berbadan hukum, terakreditasi berdasarkan undang-undang, memiliki kantor atau sekretariat yang tetap, memiliki pengurus dan memiliki program bantuan hukum. Dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum pemberi bantuan hukum yang memenuhi persyaratan akan diberikan dana kepada pemberi bantuan hukum untuk melaksanakan program bantuan hukum. Program bantuan hukum menurut Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum diperluas dengan melibatkan tidak hanya advokat, tetapi juga paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum sehingga bukanlah hal yang wajar pencari keadilan yang tidak mampu atau miskin tidak mendapatkan bantuan hukum dalam proses hukum untuk mendapatkan keadilan. Selain itu yang lebih menguatkan adalah dengan diadopsinya konsep bantuan hukum model kesejahteraan dan konsep bantuan hukum konstitusional.

## **KESIMPULAN**

1. Terhadap Pemberian bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin adalah dengan menyediakan dana kepada pemberi bantuan hukum melalui APBN. Karena Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum mengambil konsep bantuan hukum model kesejahteraan yaitu bantuan hukum sebagai suatu hak akan kesejahteraan yang menjadi bagian dari kerangka perlindungan sosial yang diberikan oleh suatu negara kesejahteraan (*welfare state*). Persamaan di hadapan hukum dan hak untuk dibela advokat atau penasehat hukum adalah hak asasi manusia yang perlu dijamin dalam rangka pencapaian keadilan sosial, juga sebagai salah satu cara mengentaskan masyarakat dari kemiskinan, khususnya dalam bidang ilmu hukum. Pada kenyataannya tidak semua warga negara mempunyai kemampuan untuk menggunakan jasa advokat atau penasehat hukum guna membela kepentingan mereka dalam memperoleh keadilan. Hal ini disebabkan karena sebagian besar anggota masyarakat Indonesia masih hidup di bawah garis kemiskinan dan kurangnya pengetahuan mereka akan hukum serta ditambah lagi dengan rendahnya budaya hukum dan tingkat kesadaran hukum. Pelaksanaan bantuan hukum

sangat diperlukan untuk menjamin dan mewujudkan persamaan dihadapan hukum bagi setiap orang terutama fakir miskin.

2. Pemberian bantuan hukum sebagai kewajiban negara untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin diperluas di dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum dengan melibatkan tidak hanya advokat, tetapi juga paralegal, dosen dan mahasiswa fakultas hukum. Hal ini karena bantuan hukum konstitusional diadopsi oleh Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011. Dengan demikian pencari keadilan yang tidak mampu atau miskin harus mendapatkan bantuan hukum dalam proses hukum untuk mendapatkan keadilan. Orientasi dan tujuan bantuan hukum konstitusional adalah usaha mewujudkan negara hukum yang berlandaskan pada prinsip-prinsip demokrasi dan hak asasi manusia. Bantuan hukum untuk rakyat miskin dipandang sebagai suatu kewajiban dalam kerangka untuk menyadarkan mereka sebagai subjek hukum yang memiliki hak-hak yang sama dengan golongan masyarakat lain.
3. Pemerintah perlu melakukan verifikasi, seleksi, dan evaluasi, serta memberikan akreditasi bagi lembaga pemberi bantuan hukum yang memenuhi atau tidak memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum. karena terkait dengan pertanggungjawaban pelaksanaan pemberian bantuan hukum oleh suatu lembaga, terutama berhubungan dengan pertanggungjawaban keuangan negara yang dipergunakannya. Oleh karena itu, organisasi pemberi bantuan hukum untuk mendapatkan dana bantuan hukum dari APBN harus dilakukan verifikasi, seleksi, dan evaluasi, serta memberikan akreditasi bagi lembaga pemberi bantuan hukum yang memenuhi atau tidak memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum.

## **SARAN**

1. Perlunya pengawasan yang intensif dari pemerintah melalui Kementerian Hukum dan HAM dalam pelaksanaan pemberian bantuan hukum. Agar tidak terjadi penyalahgunaan dana bantuan hukum untuk memenuhi hak konstitusional fakir miskin dalam memperoleh bantuan hukum.
2. Advokat dalam menjalankan profesinya sebagai pemberi bantuan hukum harus mau berbagi peran dengan pemberi bantuan hukum lainnya. Karena pemberian bantuan hukum tidak hanya menjadi tugas advokat saja.

## DAFTAR PUSTAKA

- A Patra M. Zen dan Daniel Hutagalung, 2006. *Panduan Bantuan Hukum Di Indonesia*, Jakarta: YLBHI dan PSHK.
- A Patra M. Zen, et al, 2009. *Panduan Bantuan Hukum Di Indonesia*, Jakarta: YLBHI dan AusAID
- Abdurrahman, 1980. *Pembaharuan Hukum Acara Pidana Dan Hukum Acara Pidana Baru Di Indonesia*, Bandung: Alumni.
- Abdussalam, 2008. *Tanggapan Atas Rancangan Undang-Undang Tentang Hukum Acara Pidana*, Jakarta: Restu Agung.
- Adnan Buyung Nasution, 2007. *Bantuan Hukum Di Indonesia*, Jakarta: LP3ES.
- Asfinawati dan Mas Achmad Santosa, 2007. *Bantuan Hukum Akses Masyarakat Marjinal Terhadap Keadilan Tinjauan Sejarah, Konsep, Kebijakan, Penerapan dan Perbandingan Di Berbagai Negara*, Jakarta: LBH Jakarta.
- Maidin Gultom, 2008. *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak Di Indonesia*, Bandung: PT Refika Aditama.
- Bambang Sunggono dan Aries Harianto, 2009. *Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Bandung: CV Mandar Maju.
- Binziad Kadafi, et al., 2001. *Advokat Indonesia Mencari Legitimasi Studi Tentang Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*, Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia & Asia Foundation.
- Frans Hendra Winarta, 2009. *Pro Bono Publico Hak Konstitusional Fakir Miskin Untuk Memperoleh Bantuan Hukum*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama.
- M. Yahya Harahap, 2009. *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Penyidikan dan Penuntutan*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Mien Rukmini, 2007. *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Bandung:Alumni.
- O.C. Kaligis, 2006. *Perlindungan Hukum Atas Hak Asasi Tersangka, Terdakwa dan Terpidana*, Bandung: PT Alumni.

# Hak Konstitusional Korban atas Pengadilan HAM yang Kompeten, Independen, dan Imparsial

**Yustina Trihoni Nalesti Dewi**

Fakultas Hukum dan Komunikasi Unika Soegijapranata  
Jl Pawiyatan Luhur IV/1 Bendan, Semarang  
trihoni@unika.ac.id, trihoniharianja@yahoo.com

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Pengadilan HAM, jaminan terhadap peradilan yang adil demi melindungi manusia dan harkat kemanusiaan harus diwujudkan selaras dengan prinsip bangsa Indonesia yang berketuhanan dan berkeadilan. Dibentuknya Pengadilan HAM menjadi parameter awal yang akan menunjukkan sampai seberapa jauh keseriusan Pemerintah Republik Indonesia untuk melindungi dan memajukan HAM seperti yang diamanatkan oleh Pancasila sebagai Cita Hukum (*Rechtsidee*). Pengadilan HAM juga menjadi batu loncatan menuju reformasi system hukum di Indonesia. Jaminan hak atas peradilan yang adil diatur pada Pasal 28 D (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang kemudian lebih dijabarkan oleh Pasal 24 UUD 1945 mengenai kekuasaan kehakiman. Namun demikian apa yang *before the law* dan *according to law* belum tentu demikian nyatanya *before the court* dan *according to the court*. Pengalaman empiris menunjukkan kepentingan korban pada Pengadilan HAM seringkali dilanggar karena berbagai kepentingan politik. Demi menjaga akuntabilitas proses peradilan pada Pengadilan HAM, perlu keterlibatan masyarakat sebagai kontrol agar semakin meningkatkan keperdulian atas terselenggaranya peradilan yang adil. Hal yang sangat penting adalah jaminan persidangan terbuka untuk umum yang merupakan bagian dari *fair trial* dengan tujuan melindungi terdakwa atau kepentingan korban dari kerahasiaan sebuah persidangan tanpa adanya pengawasan publik.

**Kata Kunci:** korban, *fair trial*, Pengadilan HAM

### **Abstract**

*Court of Human Rights, guarantee a fair trial for the sake of protecting human and human dignity must be realized in line with the principles of the Indonesian nation berketuhanan and equitable. The establishment of a Human Rights Court will be the initial parameters that indicate to what extent the seriousness of the Government of the Republic of Indonesia to protect and promote human rights as mandated by the Pancasila as Cita Law (Rechtsidee). Court of Human Rights also be a stepping stone towards the reform of the legal system in Indonesia. Guarantees the right to a fair trial under Article 28 D (1) of the Constitution of 1945, which then further elaborated by Article 24 of the 1945 Constitution of the judicial power. However, what was before the law and According to the law is not necessarily so in fact before the court and According to the court. Empirical experience shows the benefit of victims in court human rights are often violated because of various political interests. In order to maintain accountability of the judicial process at the Human Rights Court, need community involvement as a control in order to increase awareness of the implementation of a fair trial. It is very important is the guarantee of public trials that are part of a fair trial with the aim of protecting the interests of the accused or the victim of the confidentiality of a hearing in the absence of public scrutiny.*

**Keywords:** *victims, fair trial, Human Rights Court*

## **PENDAHULUAN**

Perlindungan, penghormatan dan pemenuhan hak asasi manusia<sup>1</sup> merupakan hak fundamental yang dimiliki oleh setiap orang dan warganegara yang dijamin secara konstitusional oleh setiap pemerintah dan negara. Salah satu instrumen pokok dalam mewujudkan pemenuhan hak dasar warganegara tersebut adalah terwujudnya kemandirian peradilan untuk menegakkan hukum dan keadilan termasuk di dalamnya menjamin proses peradilan yang adil (*fair trial*). Penegakan hukum (*law enforcement*) merupakan pondasi utama dalam kehidupan bernegara guna terciptanya ketertiban dan ketentraman, sehingga penegakan hukum yang kredibel menjadi prioritas kebijakan dan pembaharuan setiap negara. Karena idenya adalah untuk menjamin HAM, maka penegakan hukum sangat membutuhkan pengintegrasian nilai serta standar HAM. Penerapan sistem peradilan yang melanggar HAM dan tidak sensitif terhadap nilai-nilai kemanusiaan tidak akan dapat bersumbangsiah positif terhadap usaha penyelenggaraan tata kelola

<sup>1</sup> Selanjutnya dalam penulisan ini disingkat HAM

pemerintahan yang memenuhi rasa keadilan. Guna mewujudkan hal ini, diperlukan suatu proses peradilan yang adil yang dalam kinerjanya menegakkan, menghormati, memajukan, dan melindungi HAM pada keseluruhan proses peradilan terutama pada Pengadilan HAM.

Penjaminan terhadap proses peradilan yang adil demi melindungi manusia dan harkat kemanusiaan selaras dengan prinsip bangsa Indonesia yang berketuhanan. Keadilan harus ditegakkan bagi siapa saja, sehingga pemerintah Indonesia memiliki tanggung jawab moral untuk memastikan Indonesia menjadi masyarakat yang beradab dengan meningkatkan keadilan dan pengakuan terhadap HAM yang diwujudkan dalam pelaksanaan Pengadilan HAM, jika tidak maka Indonesia akan hilang secara moral.<sup>2</sup> Selain itu, peradilan yang adil juga merupakan salah satu tuntutan sejarah dan budaya masyarakat Indonesia sebagai wujud perjuangan menegakkan HAM.

Pengadilan HAM merupakan institusi pengadilan yang relatif baru sebagai konsekuensi yuridis dari dibentuknya Undang-undang No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Terbentuknya Pengadilan HAM ini mempunyai paling tidak dua arti penting dalam pemajuan dan perlindungan HAM. Pertama, dibentuknya Pengadilan HAM membuka peluang akan penyelesaian pelanggaran HAM yang terjadi di masa lalu sekaligus dapat menjadi batu loncatan menuju reformasi sistem hukum di Indonesia; kedua, Pengadilan HAM akan menjadi parameter awal yang akan menunjukkan sampai seberapa jauh keseriusan pemerintah Republik Indonesia untuk melindungi dan memajukan HAM seperti halnya sudah diamanatkan oleh Pancasila sebagai Cita Hukum (*Rechtsidee*) yang menguasai Hukum Dasar Negara baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis.<sup>3</sup> Keberhasilan pengadilan ini akan meningkatkan kredibilitas pengadilan khususnya dan sistem hukum Indonesia pada umumnya. Pengadilan juga sebetulnya merupakan salah satu sarana pembuktian akuntabilitas publik. Kegagalan untuk menjalankan proses peradilan untuk mengungkapkan kebenaran atas fakta hukum yang terjadi juga dengan sendirinya menutup kesempatan untuk memperbaiki citra diri pemerintah khususnya dalam penegakan hukum dan perlindungan terhadap HAM.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Artidjo Alkostar, *Pengadilan HAM, Indonesia, dan Peradabannya*, Yogyakarta, Pusham UII, 2004, h. 119

<sup>3</sup> A. Hamid S. Attamimi, "Pancasila Cita Hukum dalam Kehidupan Bangsa Indonesia" dalam *Pancasila Sebagai Ideologi*, Jakarta, BP 7 Pusat, 1992, h. 67; lihat juga Yustina Trihoni Nalesti Dewi, *Kejahatan Perang dalam Hukum Internasional dan Hukum Nasional*, Jakarta, Rajawali Press, 2013, h. 242

<sup>4</sup> Anonim, 'Pengadilan HAM Tim-Tim', dalam *Diskusi Panel Pengadilan HAM Tim-Tim*, ELSAM, Jakarta, 28 January 2003

Sejak diberlakukannya Undang-Undang No.26 tahun 2000, Pengadilan HAM Indonesia telah menangani 18 berkas perkara pelanggaran berat HAM. Tercatat 12 berkas perkara untuk kasus Timor-Timur, 4 berkas perkara untuk kasus Tanjung Priok dan 2 berkas perkara untuk kasus Abepura, Papua. Dari 18 berkas perkara yang ditangani oleh Pengadilan HAM tersebut, putusan pengadilan tingkat pertama membebaskan 10 terdakwa dan menghukum 8 terdakwa, selanjutnya pada tingkat banding dari 8 berkas perkara yang diajukan banding hanya 2 terdakwa yang tetap dihukum sedangkan yang lainnya dinyatakan tidak bersalah. Begitu pula pada pengadilan tingkat kasasi hanya menyisakan 1 orang terdakwa yang dinyatakan bersalah dan terdakwa lainnya bebas.<sup>5</sup> Kondisi ini menimbulkan pertanyaan besar, timbulnya sejumlah besar korban tidak berkorelasi dengan ditemukan dan ditetapkannya para pelaku kejahatan, lalu siapakah yang harus bertanggung jawab pada pelanggaran berat HAM tersebut?

Melihat kenyataan tersebut di atas, sangat masuk akal apabila timbul keraguan dari sejumlah besar pihak terhadap penyelenggaraan peradilan yang adil (*fair trial*) pada Pengadilan HAM. Pengadilan HAM dianggap belum mampu menunjukkan rasa keadilan terutama bagi korban karena hampir semua pengadilan yang digelar tidak mampu membuktikan bahwa telah terjadi pelanggaran berat HAM. Sedangkan di sisi lain, Komisi Penyelidikan Pelanggaran (KPP) HAM yang dibentuk oleh Komis Nasional (KOMNAS) HAM telah berhasil mengumpulkan fakta dan bukti sebaliknya yang menunjukkan indikasi kuat bahwa telah terjadi pelanggaran berat HAM pada kasus-kasus yang ada. Menurut laporan KPP HAM, pelanggaran berat HAM tersebut dilakukan secara terencana, sistematis serta dalam skala besar dan luas yang meliputi pembunuhan massal, penyiksaan dan penganiayaan, penghilangan paksa, kekerasan terhadap perempuan dan anak (termasuk di dalamnya perkosaan dan perbudakan seksual), pengungsian paksa, pembumihangusan dan perusakan harta benda yang kesemuanya merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> David Cohen, Fadillah Agus, Widati Wulandari, *Pengadilan Setengah Hati: Eksaminasi Publik atas Putusan Pengadilan HAM Kasus Timor-Timur*, Jakarta, ELSAM – Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, 2008, h. 1

<sup>6</sup> Anonim, *Ringkasan Eksekutif Laporan Penyelidikan Pelanggaran Hak Asasi Manusia di Timor-Timur*, [http://www.elsam.or.id/downloads/361174\\_EX-ECUTIVE\\_SUMMARY\\_KPP\\_HAM\\_TIMOR\\_TIMUR-KOMNAS\\_HAM.pdf](http://www.elsam.or.id/downloads/361174_EX-ECUTIVE_SUMMARY_KPP_HAM_TIMOR_TIMUR-KOMNAS_HAM.pdf), diunduh 13 Maret 2014

## PEMBAHASAN

### A. Peradilan yang Adil dalam Perspektif Pengadilan Hak Asasi Manusia

Penegakan hukum merupakan rangkaian proses untuk menjabarkan nilai, ide, cita yang pada hakikatnya mengandung supremasi nilai substansial yaitu keadilan.<sup>7</sup> Sejak dari ide, prinsip, sampai kepada norma positifnya, penegakan hukum mempersyaratkan suatu proses peradilan yang adil, namun sayangnya dalam prakteknya yang sering terjadi selama ini pengadilan bukan lagi tempat untuk mencari keadilan. Pengadilan tidak lebih hanya menjadi lembaga yang berkuat pada aturan main dan prosedural.

Landasan filosofis Pancasila sudah memberikan konstruksi pikir yang mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan masyarakat dan berfungsi sebagai bintang pemandu bagi tercapainya cita-cita masyarakat.<sup>8</sup> Pancasila sebagai cita hukum tidak hanya bersifat regulatif yang hanya menguji apakah hukum positif adil atau tidak, tetapi juga sekaligus berfungsi sebagai dasar yang bersifat konstitutif yang menentukan bahwa tanpa Pancasila sebagai cita hukum maka hukum akan kehilangan maknanya sebagai hukum.<sup>9</sup>

Persoalan peradilan yang adil akan berkaitan erat dengan persoalan kemanusiaan. Di dalam Pancasila diakui adanya prinsip kemanusiaan yang merupakan nilai universal yang berlaku dalam konteks internasional maupun nasional, artinya kemanusiaan akan tumbuh subur kalau berakar di dalam buminya nasionalisme dan dapat hidup subur dalam tamansarinya internasionalisme,<sup>10</sup> karena kebangsaan semua manusia di bumi ini adalah kemanusiaan.<sup>11</sup> Apabila dikaitkan dengan Pancasila sebagai landasan filosofis bangsa Indonesia, maka permasalahan peradilan yang adil akan sangat berkaitan erat dengan sila yang kedua yang menyatakan **Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab**. Kata 'kemanusiaan' dalam sila kedua ini diberi kualifikasi dengan sifat 'adil' dan 'beradab'. Adil dimaksudkan sebagai adil terhadap dirinya sendiri, terhadap sesama manusia dan terhadap tuhan. Sedangkan istilah 'beradab' berarti terlaksananya semua unsur hakikat manusia yaitu jiwa, akal, rasa, dan kehendak, yang berbentuk

<sup>7</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum: Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2009, h. vii-ix

<sup>8</sup> Mengutip pendapat Rudolf Stammler dalam A. Hamid S. Attamimi, *op.cit.*, h. 68; Yustina Trihoni Nalesti Dewi, *loc.cit.*

<sup>9</sup> Mengutip pendapat Gustav Radbruch mengenai Cita Hukum dalam *Ibid*.

<sup>10</sup> Yudi Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*, Jakarta, Kompas Gramedia, 2011, h. 180 – 181; Yustina Trihoni Nalesti Dewi, *op.cit.*, h. 243

<sup>11</sup> Seperti yang dinyatakan oleh Mahatma Gandhi yang dikutip oleh Presiden Soekarno dalam Suluh Indonesia Muda tahun 1928, "my nationalism is humanity" dalam *ibid*

pelaksanaan hidup bermartabat bagi semua manusia yang setinggi-tingginya.<sup>12</sup> Sila kedua mencerminkan kesadaran bangsa Indonesia sebagai bagian dari kemanusiaan universal, sebab melalui Proklamasi Kemerdekaan dan Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, para pendiri bangsa telah menekankan unsur-unsur penting yang harus dijunjung tinggi oleh sebuah bangsa merdeka dan beradab yaitu kemanusiaan, keadilan dan penghormatan terhadap internasionalisme.<sup>13</sup>

Sekalipun persoalan peradilan yang adil sangat terkait dengan sila kedua, akan tetapi tidak berarti tidak berhubungan dengan sila-sila lainnya. Lima sila dalam Pancasila pada hakekatnya merupakan suatu sistem filsafat yang saling berhubungan dan bekerjasama secara utuh untuk suatu tujuan. Artinya persoalan peradilan yang adil ini tetap berkaitan dengan sila-sila lainnya. Sesuai dengan nilai-nilai Pancasila, peradilan yang adil bukan hanya persoalan nilai/ paradigma kemanusiaan (humanis), tetapi juga menyangkut persoalan nilai/paradigma moral religius, nilai/paradigma kebangsaan, nilai/paradigma demokrasi (kerakyatan/ hikmah kebijaksanaan), dan nilai/paradigma keadilan sosial.

Dalam sila kedua terkandung nilai-nilai bahwa negara harus menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang Mahaesa sehingga kehidupan kenegaraan terutama dalam peraturan perundang-undangan negara harus dapat mewujudkan tercapainya tujuan tersebut. Negara berdasar atas Ketuhanan yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab menuntut pemerintah dan penyelenggara negara untuk memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur dan memegang cita-cita moral rakyat yang luhur, sehingga negara harus menjalankan imperatif etis untuk melindungi segenap bangsa dan rakyat Indonesia. Sila Kemanusiaan yang Adil dan Beradab merupakan penegasan dan sumber nilai penghormatan bangsa Indonesia atas nilai-nilai hak asasi manusia sehingga perwujudan sila Kemanusiaan yang Adil dan Beradab dalam Pancasila, hendaknya juga dapat tercerminkan dalam peraturan perundang-undangan yang menjamin dilindungi dan dihormatinya hak asasi manusia termasuk penyelesaian hukum secara adil, tidak memihak, independen dan menghormati prinsip-prinsip HAM.

Selain dinyatakan sebagai cita hukum, Pancasila juga merupakan norma dasar (*Grund norm*) atau norma fundamental negara (*Staatsfundamental norm*) yang menjiwai semua norma yang lebih rendah dalam sistem norma hukum. Dalam

<sup>12</sup> Kaelan M.S., *Filsafat Pancasila*, Yogyakarta, Paradigma, 2009, h. 169 – 170; Yustina Trihoni Nalesti Dewi, *loc.cit.*

<sup>13</sup> Yudi Latif, *op.cit.*, h. 238 - 239

kedudukannya sebagai norma dasar maka Pancasila merupakan sumber nilai, norma, serta kaidah, baik moral maupun hukum negara yang menguasai hukum dasar baik tertulis maupun tidak tertulis untuk mengatur penyelenggaraan negara Indonesia. Pancasila secara konstitusional mengatur seluruh unsur-unsur negara yaitu rakyat, wilayah, pemerintahan negara, maupun hubungan negara Indonesia dengan masyarakat internasional. Semua peraturan perundang-undangan di Indonesia tidak dapat bertentangan dengan Pancasila<sup>14</sup> dan segala peraturan perundang-undangan termasuk dalam hal peradilan yang adil harus dijiwai, dijabarkan dan diderivasikan dari nilai-nilai Pancasila yang merupakan sumber dari segala sumber hukum.

Struktur ketatanegaraan Indonesia setelah amandemen konstitusi Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 terutama yang menyangkut berfungsinya sistem peradilan telah mengalami perubahan secara signifikan. Pertama, sebelum amandemen UUD 1945 jaminan kemandirian kekuasaan kehakiman hanya terdapat dalam Penjelasan UUD 1945, namun setelah amandemen jaminan tersebut secara eksplisit terdapat dalam batang tubuh. Kedua, sebelum amandemen Mahkamah Agung adalah satu-satunya pelaku kekuasaan kehakiman, maka setelah amandemen terdapat Mahkamah Konstitusi sebagai pelaku kekuasaan kehakiman dan melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD. Ketiga, setelah amandemen ada lembaga baru yang bersifat mandiri dalam struktur kekuasaan kehakiman yaitu Komisi Yudisial yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.<sup>15</sup>

Dalam konstitusi Indonesia, peradilan yang adil diatur pada Pasal 28 D (1) Undang-Undang dasar 1945, yang berbunyi “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum” dan juga dinyatakan dalam keseluruhan Bab IX mengenai Kekuasaan Kehakiman. Namun demikian apa yang *before the law* dan *according to law* belum tentu demikian nyatanya *before the court* dan *according to the court*.<sup>16</sup> Dalam perspektif Pengadilan HAM, persoalan krusial adalah keadilan bagi para korban. Pengalaman empiris menunjukkan kepentingan korban seringkali

<sup>14</sup> Kaelan MS., *Pendidikan Pancasila*, Yogyakarta, Paradigma, 2008, h. 110

<sup>15</sup> A. Ahsin Thohari, *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, Jakarta, ELSAM, 2004, h.1-2

<sup>16</sup> Soetandyo Wignjosebroto dalam Uli Parulian Sihombing, *Hak Atas Peradilan Yang Adil :Yurisprudensi Pengadilan HAM Eropa, Komite HAM PBB Dan Pengadilan HAM Inter-Amerika*, Jakarta, The Indonesian Legal Resource Center (ILRC), 2008, <http://mitrahukum.org/file/buku/Peradilan%20adil.pdf>, didownload 1 Oktober 2009

dilanggar pada Pengadilan HAM karena terdakwa sebagai pelaku pelanggaran biasanya mempunyai sumber daya dan akses yang berpotensi mempengaruhi jalannya peradilan. Hal ini berbeda dengan pengadilan pidana biasa yang sering menempatkan terdakwa dalam posisi dan relasi yang lemah ketika berhadapan dengan oknum aparat negara.

Peradilan yang adil (*fair trial*) dinilai berdasarkan proses peradilan yang kompeten, independen dan imparsial. Demikian juga peradilan yang bersifat khusus seperti halnya Pengadilan HAM haruslah kompeten, independen, dan imparsial dan sesuai dengan jaminan hukum dan standar internasional yang dipersyaratkan sehingga dapat menjamin proses peradilan yang adil. Kompetensi mengacu pada ketepatan dalam yurisdiksi personal, material, teritorial atau temporal dalam kasus tertentu, termasuk yurisdiksi dari pengadilan itu sendiri yang kewenangannya ditetapkan oleh hukum yang berlaku. Jaminan ini didasarkan pada pemikiran bahwa pengadilan tidak boleh dibentuk semata-mata untuk memutuskan kasus individu tertentu pada suatu masalah yang tertentu pula.<sup>17</sup>

Menarik untuk dikaji dalam persoalan di atas adalah gugatan Abilio Soares di Mahkamah Konstitusi atas pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc Kasus Timor-Timur yang dianggap melanggar asas non-retroaktif (*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*) atau asas legalitas yang intinya menyatakan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dulu dalam peraturan perundang-undangan.<sup>18</sup> Tersedia jawaban yang sangat menarik untuk kasus ini. Dalam kejahatan internasional beberapa pembatasan dapat dilakukan terhadap prinsip ini. Pertama, pengertian istilah hukum dalam prinsip *nullum crimen sine lege* harus dipahami dalam cakupan yang luas yaitu *nullum crimen sine iure* yang tidak hanya mencakup hukum yang diperjanjikan dan tertulis, tetapi juga kebiasaan dan prinsip-prinsip hukum umum. Prinsip tersebut juga tidak berarti dapat mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sekalipun hal tersebut belum dirumuskan secara eksplisit dalam hukum tertulis. Sebagai konsekuensinya prinsip non-retroaktif akan mendasarkan bukan hanya pada hukum yang tertulis dan diperjanjikan sebelumnya tetapi juga hukum kebiasaan internasional.<sup>19</sup> Hal ini diperkuat oleh Pasal 15 ayat (2) the

<sup>17</sup> Article 14(1) ICCPR, Principle 5 Basic Principles on the Independence of the Judiciary

<sup>18</sup> Jan Rummelink, 2003, *Hukum Pidana*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 356; Schaffmeister, *et.al.*, 2003, *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 4-5; Moeljatno, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 23; Wirjono Prodjodikoro, 2003, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, h. 42

<sup>19</sup> Yustina Trihoni Nalesti Dewi, *op.cit.*, h. 290

*International Covenant on Civil and Political Right* yang menyatakan bahwa, “No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed...” namun ketentuan tersebut disertai sebuah klausul, sebagaimana ditegaskan pada ayat (2)-nya yang menyatakan, “Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by the community of nations.”

Kedua, pembatasan lain terhadap asas non-retroaktif dapat dilakukan juga karena alasan pemenuhan HAM orang lain. Keputusan Mahkamah Konstitusi atas perkara Abilio Soares<sup>20</sup> dalam pertimbangannya berpendapat bahwa ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, senyatanya tidak bersifat mutlak. Meskipun dalam rumusan harfiahnya kesan yang ditimbulkan seolah-olah hak tersebut bersifat mutlak, namun sesuai dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) tidak boleh dibaca secara berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2). Dengan cara demikian maka akan tampak bahwa secara sistematika HAM, termasuk hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut, tidaklah bersifat mutlak. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati HAM orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2).<sup>21</sup> Hal ini sejalan dengan pendapat Soedjono Dirjosisworo yang menyatakan bahwa pemberlakuan asas retroaktif dapat dilakukan dengan menggunakan Pasal 28J Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau dengan kata lain untuk melindungi HAM asas retroaktif dapat digunakan.<sup>22</sup>

Sementara itu, persoalan independensi (mandiri) merujuk pada bebasnya proses peradilan dari segala campur tangan, tekanan, paksaan, pengaruh atau kontrol, baik langsung maupun tidak langsung dari badan eksekutif atau legislatif

<sup>20</sup> Keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065./PUU-II/2004 atas Perkara Abilio Jose Osorio Soares dalam *Ibid*

<sup>21</sup> *Ibid*

<sup>22</sup> Soedjono Dirjosisworo, 2002, *Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia*, Penerbit, Bandung, Citra Aditya Bakti, h. 18 dalam *Ibid*

serta kolega hukum lainnya, sehingga berdasarkan prinsip ini seharusnya tidak menempatkan institusi pengadilan di bawah eksekutif ataupun legislatif dalam menjalankan operasionalnya. Institusi pengadilan juga selayaknya mempunyai anggaran sendiri dari negara secara langsung dan bukannya merupakan bagian anggaran dari pemerintah atau legislatif. Kemandirian peradilan harus dijamin oleh negara dan dinyatakan dalam konstitusi/ hukum negara, yang merupakan kewajiban semua Pemerintah dan institusi lain untuk menghormati dan mengawasi pelaksanaannya.<sup>23</sup> Institusi pengadilan harus menentukan masalah-masalah yang berkaitan dengan ketidakberpihakkannya berdasarkan hukum tanpa pembatasan, pengaruh yang tidak sepatutnya, bujukan, tekanan, ancaman atau gangguan baik secara langsung maupun tidak langsung dari setiap kekuasaan apapun maupun dari setiap alasan apapun.<sup>24</sup> Prinsip kemandirian peradilan memberikan hak dan menuntut peradilan untuk dapat menjamin bahwasanya proses peradilan dilaksanakan secara adil dan hak-hak para pihak harus dihormati.<sup>25</sup> Sebuah jaminan yang mendasari independensi peradilan adalah untuk memastikan bahwa seseorang akan diadili oleh suatu pengadilan yang didasarkan pada manfaat dari kasus tersebut menurut hukum dan untuk menjaga integritas peradilan dengan mencegah terjadinya bias.

Sedangkan persoalan imparsial merujuk pada sikap netral tidak ada keberpihakan dan terbebas dari prasangka atau bias secara personal (*free of prejudice or bias*), sehingga imparsialitas dimaksudkan untuk menjaga integritas peradilan. Ketidakberpihakan didasarkan pada keterbukaan pikiran, objektivitas dan tidak adanya bias, sehingga putusan pengadilan seharusnya hanya berdasarkan argumen objektif dan bukti yang disajikan. Institusi pengadilan harus menentukan masalah-masalah yang berkaitan dengan ketidakberpihakkannya berdasarkan hukum tanpa pembatasan, pengaruh yang tidak sepatutnya, bujukan, tekanan, ancaman atau gangguan baik secara langsung maupun tidak langsung dari setiap kekuasaan apapun maupun dari setiap alasan apapun.

<sup>23</sup> Prinsip 1 dari Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in the Basic Principles on the Independence of the Judiciary menyatakan bahwa, "The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary".

<sup>24</sup> Prinsip 2 dari Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in the Basic Principles on the Independence of the Judiciary menyatakan bahwa, "The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason".

<sup>25</sup> Prinsip 6 dari Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in the Basic Principles on the Independence of the Judiciary, "The principle of the independence of the judiciary entitles and requires the judiciary to ensure that judicial proceedings are conducted fairly and that the rights of the parties are respected."

Peradilan yang kompeten, independen, dan imparsial, akan sangat bergantung pula pada seorang hakim yang mempunyai integritas, kemampuan dengan pelatihan yang memadai serta kualifikasi tinggi dalam penegakan hukum, sehingga latar belakang (*background*) seorang hakim yang akan memutus sebuah perkara menjadi sangat penting dan esensial. Kompetensi seorang hakim akan sangat berkaitan dengan proses rekrutmennya dimana pemilihannya dengan cara yang bebas dari diskriminasi. Dalam penyelenggaraan Pengadilan HAM untuk kasus Abepura di Makasar, ternyata kualitas hakim kurang memuaskan karena hakim kurang mampu memahami instrumen HAM, khususnya terkait dengan kemampuan untuk memahami dan mengikuti perkembangan hukum pidana internasional, hukum humaniter, dan pengetahuan lainnya yang relevan. Kekurangan ini berawal dari proses rekrutmennya yang kurang sesuai dengan tuntutan untuk memenuhi kualitas dan kompetensi dimana sejumlah hakim tidak berlatar belakang hukum yang relevan sehingga menyebabkan adanya kekeliruan dalam memahami instrumen-instrumen hukum HAM, hukum humaniter dan pidana internasional.<sup>26</sup> Demikian juga untuk Pengadilan HAM Kasus Timor Timur yang digelar di Jakarta, kompetensi hakim dipertanyakan terutama dalam memahami konsep pertanggungjawaban komando serta konsep kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pemahaman para hakim tersebut terhadap prosedur beracara dan pembuktian yang sesuai dengan standar pengadilan internasional, doktrin, dan yurisprudensi internasional juga masih lemah.<sup>27</sup>

Seorang hakim harus mempunyai masa jabatan yang cukup, baik dalam jangka waktu tertentu atau sampai pada pensiunnya. Seorang hakim dilarang untuk memegang jabatan atau mempunyai pekerjaan sampingan yang tidak sesuai dengan jabatan dan fungsinya atau akan mengganggu perannya dalam mewujudkan peradilan yang adil. Promosi dan pemindahan seorang hakim harus diatur dengan faktor-faktor yang obyektif yang secara jelas dijalankan secara konsisten. Seorang hakim dapat dikenai tindakan disiplin atau dipindahkan (dipecat) hanya jika atas dasar alasan tidak mempunyai kapasitas atau perilaku yang tidak sesuai dengan integritas atau kemandiriannya sebagai seorang hakim. Namun kenyataannya, Kementerian Hukum dan HAM menerapkan kekuasaan yang berlebihan dalam pengangkatan, pemindahan dan disiplin hakim, yang tentu saja hal ini akan

<sup>26</sup> Diajeng Wulan Christianty, Ildhal Kasim, Trihoni Nalesti Dewi, *Pengadilan Pura-Pura; Eksaminasi Publik atas Putusan Pengadilan HAM Kasus Abepura*, ELSAM, Jakarta, 2007, h. 106

<sup>27</sup> David Cohen, Fadillah Agus, Widati Wulandari, *op.cit.*, h. 128

meningkatkan kemungkinan hakim terikat dan loyal bukan pada profesinya tetapi pada organisasinya. Permasalahan lain juga muncul ketika pengusulan hakim pada Mahkamah Agung tanpa memperhatikan mengenai *track record* hakim, melainkan lebih pada kriteria subyektif dalam melakukan seleksi.<sup>28</sup>

Para hakim tersebut harus mempunyai kebebasan berekspresi dan secara subyektif menempatkan diri pada kepentingan pencari keadilan bukan hanya pada hukum positif yang apabila diterapkan kadang-kadang justru akan bertentangan dengan kepatutan dan keadilan.<sup>29</sup> Prinsip *Ex Aequo Et Bono* memberikan kebebasan kepada hakim untuk tidak terikat kepada undang-undang dalam memberikan sanksi yang menurutnya adil.<sup>30</sup> Independensi hakim mutlak dijaga, karena independensi hakim bukanlah milik hakim sendiri, akan tetapi milik pencari keadilan, milik publik dan milik kesejahteraan sosial. Dalam menjalankan tugas peradilannya, seorang hakim hanya bertanggung jawab kepada hukum dan hati nuraninya. Setiap upaya untuk mereduksi kemandirian hakim dalam mengadili dan menjalankan fungsi yudisial termasuk pengaruh politik harus ditolak.

Pengadilan HAM Eropa membuat langkah progresif dalam menentukan kriteria independensi sebuah peradilan, yaitu dengan melihat (a) cara penunjukan hakimnya dan masa kerjanya (*to the manner of the appointment of its members and their term of office*); (b) adanya jaminan untuk tidak terpengaruh tekanan dari luar; (c) pengadilan tersebut tampil secara independen (*whether the body presents an appearance of independence*). Pengadilan HAM Eropa ini mengasumsikan bahwa hakim adalah independen dan imparsial sampai adanya bukti yang menjawab keraguan (*to go beyond legitimate doubts*) bahwa hakim tersebut tidak independen dan imparsial.<sup>31</sup>

Sementara Komite HAM PBB membedakan antara imparsialitas dan independensi peradilan. Imparsialitas menyangkut hal obyektif dan subyektif dari hakim. Unsur subyektifitas menyangkut apakah hakim mempunyai hubungan dengan terdakwa secara langsung atau tidak, baik itu hubungan pekerjaan atau sedarah sehingga menyebabkan biasanya suatu putusan pengadilan. Hal yang menjadi obyektifitas hakim adalah bagaimana hakim memutus suatu perkara apakah mendapatkan tekanan dari pihak luar, yang mempunyai dampak terhadap

<sup>28</sup> Letter dated 24 June 2005 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, point 240, <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/B8D23B72D857A7CD8525704B006D3A94-unscl-15jul.pdf>, diunduh tanggal 14 Maret 2014

<sup>29</sup> J.Djohansjah, *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta, Kesaint Blanc, 2008, h. 8

<sup>30</sup> *Ibid*, h. 7

<sup>31</sup> Uli Parulian Sihombing, *loc.cit*.

suatu putusan. Dengan kata lain, dalam konteks yang lebih sempit terdapat perbedaan antara *independence of the judges* dan ketidakberpihakan hakim (*impartiality of the judges*). Hans Kelsen menyebut, “*The judges are, for instance, ordinarily independent, that is, they are subject only to the laws and not to the orders (instructions) of superior judicial or administrative organs.*”<sup>32</sup> Kemerdekaan kekuasaan kehakiman (hakim) merujuk pada kemerdekaannya dari campur tangan pemegang kekuasaan lain, sedangkan imparsialitas hakim berkaitan dengan kemampuan hakim dalam memutus suatu perkara tanpa adanya keberpihakan pada salah satu pihak. Secara jelas Adel Omar Sherif menyebut, “*The court first made clear the distinction between judicial independence and impartiality of judges. Judicial independence, the Court state, refers to freedom from interference in judicial affairs by other powers, whereas judicial impartiality pertains to the judge’s own ability to adjudicate a case without any personal bias against any of the parties.*”<sup>33</sup>

Kebebasan berpikir para hakim seringkali harus dibatasi oleh birokrasi dan formalitas. Hakim banyak diikat oleh acuan berpikir berupa konsep, pengertian, konstruksi yang jika tidak terarah sebagaimana mestinya, justru akan menghambat keteguhan dan kemandiriannya. Apabila kebebasan hakim harus dibatasi, maka batasan tersebut adalah kehidupan sosial yang lebih besar yang melingkupinya berupa harapan dan tuntutan masyarakat terhadap keadilan itu sendiri. Itulah mengapa konstitusi kita memberikan jaminan bahwasanya kekuasaan kehakiman (yang terutama dijalankan oleh seorang hakim) merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.<sup>34</sup> Dengan demikian Konstitusi menegaskan bahwa Hakim (Agung) harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum.<sup>35</sup> Demikian juga hakim pada Mahkamah Konstitusi, harus memiliki integritas dan kepribadian tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan serta tidak merangkap sebagai pejabat negara.<sup>36</sup> Dengan ketentuan yang demikian, tampak maksud dan kehendak Konstitusi yang hendak mewujudkan kemandirian kekuasaan kehakiman di negeri ini. Untuk menjaga kompetensi, kemandirian, dan imparsialitas hakim maka Konstitusi menetapkan Komisi Yudisial yang bersifat mandiri dan berwenang

<sup>32</sup> Hans Kelsen, *General Theory of law and State*, New York: Russel & Russel, 1973, h. 275

<sup>33</sup> A. Ahsin Thohari, *op.cit.*, h. 51

<sup>34</sup> Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945

<sup>35</sup> Pasal 24A ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945

<sup>36</sup> Pasal 24C ayat (5) Undang-undang Dasar 1945

mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.<sup>37</sup> Komisi Yudisial ini beranggotakan orang-orang yang mempunyai pengetahuan dan pengalaman di bidang hukum serta memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela.<sup>38</sup>

Disamping peran hakim, peran Jaksa Penuntut Umum (JPU) juga akan mempengaruhi penggelaran peradilan yang adil pada Pengadilan HAM. JPU yang mewakili kepentingan korban harus mempunyai pengetahuan dan kemampuan untuk menilai apakah suatu persidangan sudah memenuhi prinsip peradilan yang adil. JPU memainkan peran yang krusial dalam administrasi peradilan. Ketentuan-ketentuan yang menyangkut performa dari tanggung jawab penting seorang jaksa hendaknya memberikan kontribusi bagi peradilan pidana yang adil dan seimbang dan memberikan perlindungan yang efektif bagi waganegara terhadap segala bentuk kejahatan.<sup>39</sup> Namun kenyataannya, dalam Pengadilan HAM Kasus Timor-Timur dakwaan yang disusun JPU tidak sesuai dengan standar internasional. Dakwaan dirumuskan dengan pembatasan-pembatasan yang tidak perlu, terutama cenderung untuk meminimalkan kesalahan terdakwa. Hal ini cukup memberikan kontribusi yang besar terhadap kegagalan proses peradilan pada Pengadilan HAM Kasus Timor-Timur di Jakarta yang terutama diakibatkan profesionalisme jaksa yang tidak memadai, ditandai dengan presentasi apatis pada penuntutan di pengadilan dan kurangnya komitmen untuk mengejar kebenaran dan akuntabilitas bagi mereka yang bertanggung jawab terhadap pelanggaran berat HAM.<sup>40</sup>

Hal yang sangat penting untuk menjamin peradilan yang adil dalam Pengadilan HAM yang lain adalah jaminan bahwasanya persidangan terbuka untuk umum. Hak atas persidangan terbuka juga merupakan bagian dari *fair trial* yang tujuannya adalah untuk melindungi terdakwa/ kepentingan korban di dalam persidangan yang

<sup>37</sup> Pasal 24B ayat (1) Undang-undang Dasar 1945

<sup>38</sup> Pasal 24B ayat (2) Undang-undang Dasar 1945

<sup>39</sup> *The Guidelines on the Role of Prosecutors* menyediakan standard berkaitan dengan kualifikasi, seleksi, dan pelatihan bagi jaksa penuntut umum, serta standard menyangkut status dan kondisi dari pelayanan mereka, jaminan bagi kebebasan berekspresi dan berserikat, peran mereka dalam proses pidana, performa dari fungsi diskresi mereka, penghukuman alternatif, hubungan jaksa penuntut umum dengan pemerintah dan institusi lainnya, dan disiplin kerja. Prinsip 10 menyebutkan bahwa, "The office of prosecutors shall be strictly separated from judicial functions". Jadi kantor jaksa penuntut umum harus dipisahkan secara tegas dengan fungsi judicial. Prinsip 12 menyatakan bahwa, "Prosecutors shall, in accordance with the law, perform their duties **fairly, consistently and expeditiously**, and respect and protect human dignity and uphold human rights, thus contributing to ensuring due process and the smooth functioning of the criminal justice system". Prinsip 13 sampai 16 lebih jauh membangun kewajiban bagi jaksa penuntut umum untuk melaksanakan fungsinya secara imparsial dan tanpa diskriminasi; untuk mengambil posisi yang sewajarnya diantara tersangka dan korban, untuk memberikan perhatian lebih lanjut pada penghukuman kejahatan yang dilakukan oleh pejabat public, khususnya dalam kaitannya dengan pelanggaran berat hak asasi manusia, dan untuk menolak penggunaan barang bukti yang mereka tahu didapatkan melalui cara yang tidak sah yang melanggar hak-hak asasi terdakwa.

<sup>40</sup> *Letter dated 24 June 2005 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, op.cit.*, point 216

sedang digelar dari kerahasiaan sebuah persidangan tanpa adanya pengawasan publik. Kejahatan-kejahatan yang perlu mendapatkan perhatian dari publik karena menyangkut kepentingan publik itu sendiri seperti halnya pelanggaran berat HAM harus diselenggarakan dalam persidangan yang terbuka untuk umum.

Dalam pelanggaran HAM, negara berkewajiban untuk menyediakan jalur hukum secara efektif (*effective judicial remedy*) bagi mereka yang menjadi korban. Pengadilan yang kompeten, independen dan imparsial, merupakan langkah awal dalam perlindungan bagi korban khususnya dengan diwujudkan hak atas peradilan yang adil. Tidak cukup itu saja, pengadilan juga dituntut untuk memberikan restitusi, rehabilitasi dan kompensasi bagi korban pelanggaran berat HAM. Jika ini tidak dipenuhi oleh negara, maka negara tidak hanya melanggar kewajiban untuk menyediakan jalur hukum bagi mereka yang hanya dilanggar, tetapi juga melanggar hak atas peradilan yang adil.

### **B. Pemantauan Peradilan sebagai Upaya Mewujudkan Peradilan yang Adil Pada Pengadilan Hak Asasi Manusia**

Dalam prakteknya, seperti juga halnya dalam Pengadilan HAM, proses peradilan yang tidak terbuka mengakibatkan akses pencari keadilan tertutup. Berbagai informasi seperti informasi yang berkaitan dengan penunjukan hakim tidak terakses, yang berakibat pihak yang mempunyai kepentingan terhadap pengadilan 'mengatur' komposisi hakim. Hal ini jelas merupakan bentuk pelanggaran prinsip independensi peradilan. Oleh karenanya, keterbukaan peradilan HAM seharusnya sudah dimulai sejak awal, yaitu keterbukaan terhadap informasi mengenai latar belakang kasus yang akan disidangkan karena nilainya sangat signifikan dalam perlindungan terhadap korban pelanggaran berat HAM.

Kasus yang menjadi sorotan dan memperoleh perhatian besar dari masyarakat (publik) mempunyai nilai pembelajaran yang sangat besar bagi penegakan HAM dan representatif untuk menggambarkan bekerjanya sistem perlindungan bagi korban pelanggaran berat HAM. Proses peradilan, seperti halnya pada peradilan HAM merupakan bagian dari proses sosial yang tidak dimulai begitu saja sejak perkara masuk dan menjadi agenda Pengadilan HAM, akan tetapi sesungguhnya sudah mengalami seleksi terlebih dulu di masyarakat.<sup>41</sup> Seleksi tersebut dengan mengingat bahwa terdapat potensi munculnya kontroversi dalam kasus-kasus pelanggaran berat HAM. Sejak awal, pelanggaran berat HAM selalu dianggap

<sup>41</sup> Satjipto Rahardjo, *op.cit.*, h. 84

bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat yang mempunyai dampak sosial tinggi. Dalam persidangan pun anggapan adanya indikasi terjadinya *judicial corruption* sangat kuat yang dikawatirkan akan mengakibatkan hukum tidak dijalankan sebagaimana mestinya.

Keterbukaan juga mencakup seluruh informasi seperti *file* (dokumen) yang digunakan dalam persidangan. Dokumen tersebut merupakan hal yang esensial bagi pemahaman terhadap kasus yang sedang dipersidangkan yang meliputi antara lain laporan lengkap penyelidikan perkara yang bersangkutan yang dibuat oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM), Berkas Acara Pemeriksaan yang dibuat oleh polisi pada saat penyidikan serta Surat Dakwaan yang dibuat oleh JPU. Keterbukaan dimaksudkan untuk menghindarkan campur tangan pihak/ institusi tertentu yang mempunyai pengaruh yang besar terhadap para penegak hukum yang akan menyidangkan kasus yang mempunyai arti besar pada penegakan HAM. Akan tetapi, dalam praktek Pengadilan HAM tidak ada publikasi yang sistematis seperti semua persidangan di Mahkamah Agung dilakukan dalam sesi yang tertutup. Persoalan ini tentu saja memperkecil mekanisme akuntabilitas untuk menilai perilaku hakim.

Pada taraf selanjutnya, keterbukaan diwujudkan dalam prinsip persidangan yang terbuka untuk umum. Prinsip ini bersifat fundamental yang bertujuan untuk menyajikan transparansi agar tercipta peradilan yang adil dan tidak memihak. Namun demikian, kehadiran masyarakat dalam persidangan hendaknya tidak boleh mengganggu ketertiban jalannya persidangan. Setiap orang mempunyai kewajiban untuk menghormati martabat lembaga peradilan. Ada beberapa kasus dalam Pengadilan HAM yang merupakan pelanggaran terhadap prinsip ini, seperti contohnya pengunjuk sidang yang merupakan pendukung terdakwa sering bersuara dan mencemooh saksi korban. Hal ini secara serius harus dipandang sebagai *contempt of court*.<sup>42</sup> Bahkan pada Pengadilan HAM Kasus Timor-Timur, keterbukaan peradilan sudah disalahgunakan. Anggota kelompok milisi BMP (Besih Merah Putih) dan prajurit TNI dalam jumlah besar, yang mengenakan seragam dan kadang-kadang membawa senjata, diizinkan menghadiri proses peradilan, sehingga prinsip peradilan terbuka untuk umum justru mengakibatkan tidak terwujudnya *fair trial* karena saksi merasa terintimidasi dan takut memberikan kesaksiannya.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> PENGADILAN HAM AD HOC TIMOR TIMUR DIBAWAH STANDAR *Preliminary Conclusive Report* Perkara Timbul Silaen, Abilio Soares dan Herman Sedyono dkk., <http://elsam.or.id/article.php?id=529&lang=in#.UxxAkM66odU>, diakses tanggal 9 Maret 2014

<sup>43</sup> Letter dated 24 June 2005 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, *op.cit.*, point 261

Keterbukaan persidangan mengajak partisipasi masyarakat yang memiliki perhatian yang besar terhadap hukum dan penegakan hukum menjadi mekanisme kontrol terhadap suatu proses persidangan terutama pada kasus-kasus yang sensitif terhadap rasa keadilan masyarakat secara umum seperti pada kasus pelanggaran berat HAM. Kontrol masyarakat ini yang bisa dilakukan dalam bentuk pemantauan (*monitoring*) peradilan, perlu didorong dan diberdayakan dengan tujuan untuk meminimalisir atau bahkan menghapuskan berbagai praktek peradilan yang menyimpang dari prinsip-prinsip penyelenggaraan peradilan yang adil (*fair trial*).

Pemantauan peradilan sebagai bentuk kontrol masyarakat perlu dilakukan untuk menguji apakah pertimbangan hukum yang digunakan dalam keseluruhan proses hukum, baik sejak penyelidikan, penyidikan, penuntutan, pemeriksaan maupun putusan pengadilan sudah sesuai dengan kaedah penerapan hukum yang baik dan benar berdasarkan ilmu pengetahuan hukum pidana serta sudah sesuai dengan prinsip-prinsip hukum, baik hukum materil maupun hukum formil. Dengan demikian, pemantauan peradilan secara kritis mengobservasi, memantau dan menilai seluruh proses peradilan dan jika ada akan mengungkap kesalahan penerapan asas dan prinsip hukum yang mungkin terkandung didalam proses peradilan. Pemantauan peradilan juga akan menilai apakah proses tersebut sudah sesuai dengan *legal, moral, dan social justice*. Lebih jauh, pemantauan peradilan juga bermaksud untuk memberikan informasi seluas-luasnya bagi pihak-pihak yang terkait langsung dengan penggelaran peradilan HAM seperti kelompok korban dan masyarakat secara umum mengenai gambaran yang jelas dan kritis tentangnya jalannya persidangan.

Diharapkan dengan adanya pemantauan, berdampak pada kinerja pengadilan. Pemantauan dapat memberi informasi mengenai peran JPU dalam menyusun surat dakwaan apakah sudah jelas dan tidak ambigu serta dirumuskan dalam bahasa dan dasar hukum yang jelas. Apakah JPU mendayagunakan seluruh kemampuan dan kesempatan yang mereka miliki dalam persidangan dan cukup kompeten dalam menggunakan bukti-bukti, menjalankan proses peradilan dan memainkan peran mereka demi mendapatkan kebenaran dan keadilan bagi korban pelanggaran berat HAM. Pemantauan juga dapat mengarahkan hakim yang mengadili akan lebih memperhatikan aspek teknis dan kualitas dari putusan, selain menyangkut konteks rasa keadilan umum. Dengan pemantauan peradilan maka hakim, penuntut umum, dan semua pihak yang terlibat dalam proses peradilan dituntut untuk

selalu meningkatkan integritas, kredibilitas, dan profesionalisme mereka didalam memeriksa dan memutus perkara agar tidak menjadi putusan yang kontroversial yang berpotensi melukai rasa keadilan masyarakat dan korban. Sebab senyatanya penegakan hukum dan keadilan termasuk juga dalam kasus pelanggaran berat HAM menuntut keahlian dan kompetensi para penegak hukum terutama jaksa, hakim dan polisi. Lebih dari itu, dibutuhkan juga komitmen moral dan legal serta suatu keadaan yang kondusif dimana tekanan-tekanan kepentingan para pemegang kekuasaan politik tidak akan mempengaruhi proses hukum.

Pemantauan Peradilan HAM secara luas dianggap sebagai alat yang ampuh untuk mendukung proses reformasi peradilan sejalan dengan jaminan peradilan yang adil secara domestik dan internasional. Dengan meningkatkan transparansi proses peradilan, pemantauan peradilan HAM itu sendiri merupakan latihan untuk mendukung perwujudan hak-hak para pihak dalam suatu pengadilan. Ketika diatur sebagai sebuah program jangka panjang, pemantauan peradilan HAM adalah alat diagnostik yang unik yang memungkinkan penilaian fungsi bagian penting dari sistem peradilan, bertindak sebagai lampu sorot untuk mengidentifikasi daerah yang membutuhkan reformasi sementara juga menyediakan arah reformasi ini. Program pemantauan peradilan HAM juga dapat menjadi kendaraan yang efektif untuk melatih dan melibatkan semua pihak dalam proses reformasi peradilan, dengan demikian meningkatkan kapasitas mereka dalam jangka panjang.<sup>44</sup>

## KESIMPULAN

Peradilan yang kompeten, independen, dan imparsial harus diupayakan oleh negara dan semua pihak sebagai bentuk pemenuhan hak-hak keadilan atas korban pelanggaran berat HAM. Hak ini sudah diatur dalam konstitusi Indonesia, dan semakin baik jaminannya setelah adanya amandemen UUD 1945. Salah satu perubahan penting dalam Konstitusi adalah amandemen Pasal 24 UUD 1945 yang memberikan legitimasi hukum pada kekuasaan kehakiman untuk menjalankan fungsinya secara utuh dan tidak terpengaruh oleh kekuasaan lain. Namun demikian dalam pelaksanaannya masih banyak kekurangan dan sering terjadi penyimpangan sehingga peradilan yang adil lebih khusus pada Pengadilan HAM masih jauh dari harapan. Pengadilan HAM yang berkeadilan, efektif, dan

<sup>44</sup> Anonim, *Trial Monitoring: A Reference Manual for Practitioners*, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Warsaw, 2008, hal. 13, <http://www.osce.org/item/30849.html>, diunduh 16 Juni 2009

transparan yang sangat didambakan segenap masyarakat Indonesia, masih sering dikalahkan oleh pertimbangan-pertimbangan politik yang tidak berpihak pada kepentingan korban.

Demi menjaga akuntabilitas proses peradilan pada Pengadilan HAM, perlu melibatkan masyarakat sebagai kontrol agar semakin meningkatkan kepedulian atas berlangsungnya peradilan yang adil. Salah satu bentuk kontrol dan cara mewujudkan hak terhadap korban adalah dengan melakukan pemantauan peradilan (*trial monitoring*) yang merupakan bagian penting dalam advokasi HAM untuk menilai bagaimana pengadilan mengikuti standar-standar peradilan yang adil dan tidak memihak (*fair trial*). Program pemantauan peradilan HAM diharapkan dapat berfungsi sebagai alat dalam proses ini. Kehadiran seorang pengamat pada persidangan menunjukkan bahwa Pengadilan sedang menjadi sorotan dan dengan cara ini dapat secara positif mempengaruhi perilaku Pengadilan.

## DAFTAR PUSTAKA

- A. Ahsin Thohari, 2004, *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, Jakarta: ELSAM.
- Artidjo Alkostar, 2004, "*Pengadilan HAM, Indonesia, dan Peradabannya*", Yogyakarta: Pusham UII.
- David Cohen, 2008, Fadillah Agus, Widati Wulandari, *Pengadilan Setengah Hati: Eksaminasi Publik atas Putusan Pengadilan HAM Kasus Timor-Timur*, Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat.
- Diajeng Wulan Christianty, Ifdhal Kasim, Trihoni Nalesti Dewi, 2007, *Pengadilan Pura-Pura; Eksaminasi Publik atas Putusan Pengadilan HAM Kasus Abepura*, Jakarta: ELSAM.
- Hamid S. Attamimi, 1992, "*Pancasila Cita Hukum dalam Kehidupan Bangsa Indonesia*" dalam *Pancasila Sebagai Ideologi*, Jakarta: BP 7 Pusat.
- Hans Kelsen, 1973, *General Theory of law and State*, New York: Russel & Russel.
- J.Djohansjah, 2008, *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta: Kesaint Blanc.

Jan Remmelink, 2003, *Hukum Pidana*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, h. 356.

Schaffmeister, *et.all.*, 2003, *Hukum Pidana*, Yogyakarta: Liberty.

Kaelan MS, 2008, *Pendidikan Pancasila*, Yogyakarta, Paradigma.

Moeljatno, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta.

Satjipto Rahardjo, 2009, *Penegakan Hukum: Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta: Genta Publishing.

Wirjono Prodjodikoro, 2003, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama.

Yudi Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*. Jakarta.

Yustina Trihoni Nalesti Dewi, 2013, *Kejahatan Perang dalam Hukum Internasional dan Hukum Nasional*, Jakarta: Rajawali Press, h. 242.

# **Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup terhadap Peraturan Perundang-Undangan dalam Kegiatan Bisnis (Perspektif Konstitusi)**

**Muhammad Insa Ansari**

Dosen Tetap Fakultas Hukum Universitas Syiah Kuala,  
Banda Aceh. Insa\_ansari@yahoo.com

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Undang-Undang Dasar 1945 (sebelum amandemen) lingkungan hidup merupakan bagian dari Bab XIV Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial, tepatnya dalam Pasal 33 ayat (3). Setelah amandemen, lingkungan hidup mendapat pengaturan dalam Bab XA Hak Asasi Manusia, yaitu dalam Pasal 28H ayat (1) dan Bab XIV Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial, yaitu dalam Pasal 33 ayat (3) dan ayat (4). Pengaturan lingkungan hidup dalam konstitusi tentunya mempunyai implikasi terhadap perundang-undangan, termasuk perundang-undangan kegiatan bisnis. Ada sejumlah perundang-undangan kegiatan bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup di dalamnya. Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas merupakan undang-undang kelembagaan bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup. Sementara itu undang-undang yang mengatur aktivitas bisnis yang telah memasukkan materi lingkungan hidup diantaranya adalah Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, dan sejumlah perundangan kegiatan bisnis lainnya.

**Kata Kunci:** Lingkungan Hidup, Konstitusi, Kegiatan Bisnis.

### **Abstract**

*In the Act of 1945 (before amendment) environment is part and Chapter XIV of the National Economy and Social Welfare, precisely in Article 33 paragraph (3). After the amendment, the environment gets the settings in Chapter XA of Human Rights, which in Article 28H (1) and Chapter XIV of the National Economy and Social Welfare, which in Article 33 paragraph (3) and (4). Environmental settings in the constitution of course have implications for legislation, including legislation business activities. There are a number of regulations of business activities that have included environmental material in it. Law No. 40 of 2007 on Limited Company is a business law institutions that have incorporated environmental material. While the laws governing business activities have included environmental material of which is Law No. 25 of 2007 on Investment, Law No. 10 of 1998, and a number of other legislative business activities.*

Keywords: *Environmental, Constitutional, Business Activity.*

## **A. PENDAHULUAN**

Konstitusi adalah hukum dasar yang dijadikan pegangan dalam penyelenggaraan suatu negara. Konstitusi dapat berupa hukum dasar tertulis yang lazim disebut Undang-undang Dasar, dan dapat pula tidak tertulis. Tidak semua negara memiliki konstitusi tertulis atau Undang-Undang Dasar.<sup>1</sup> Dalam penyusunan suatu konstitusi tertulis, nilai-nilai dan norma dasar yang hidup dalam masyarakat dan dalam praktek penyelenggara negara turut mempengaruhi perumusan suatu norma ke dalam naskah Undang-Undang Dasar.<sup>2</sup>

Undang-Undang Dasar harus memberi rumusan yang jelas mengenai masalah-masalah yang berkaitan dengan negara dan juga harus menentukan persyaratan yang menjamin kesejahteraan dan hak-hak rakyat, serta memberikan perlindungan pada kebebasan yang menjamin kesejahteraan dan hak-hak rakyat, serta memberikan perlindungan pada kebebasan yang menjamin kondisi hidup yang lebih baik daripada masa lalu (zaman kolonial), serta kehidupan yang lebih bahagia di dalam negara.<sup>3</sup> Demikian juga dengan pengaturan lingkungan hidup dalam Undang-Undang Dasar 1945, hal ini merupakan bagian dari upaya negara

<sup>1</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h.35.

<sup>2</sup> *Ibid*, h.36.

<sup>3</sup> Tim Penyusun Buku Wakil Ketua MK, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa: Pemikiran Dr. Harjono, S.H., MCL Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, h.16.

dalam menjamin dan memberikan perlindungan terhadap hak-hak rakyat serta mewujudkan kehidupan yang lebih baik bagi warga negaranya.

Dewasa ini tentunya masalah lingkungan hidup menjadi pembahasan yang tetap menarik baik pada tataran lokal, nasional maupun internasional dari berbagai sudut pandang, termasuk dari sisi politik, kesejahteraan sosial, dan sudut pandang ekologi itu sendiri. Namun tulisan ini menelaah implikasi pengaturan lingkungan hidup dalam konstitusi terhadap perundang-undangan kegiatan bisnis.

Telaah ini tentunya sangat menarik, karena berkaitan dengan lingkungan hidup mendapat tempat dalam konstitusi baik sebelum amandemen maupun setelah amandemen serta materi lingkungan hidup telah dimasukkan dalam sejumlah perundang-undangan yang mengatur kegiatan bisnis, baik dari sisi kelembagaan bisnis maupun aktivitas bisnis. Untuk itu tulisan ini menguraikan implikasi pengaturan lingkungan hidup dalam konstitusi terhadap perundang-undangan kegiatan bisnis. Karena bagaimanapun undang-undang merupakan pejabaran lebih lanjut dari apa yang terdapat dalam konstitusi. Dalam hal ini tentunya tidak semua perundang-undangan yang terkait dengan kegiatan bisnis akan diuraikan dan hanya saja beberapa undang-undang saja yang dilakukan kajian.

## **B. LINGKUNGAN HIDUP DALAM KONSTITUSI DAN PERUNDANGAN-UNDANGAN KEGIATAN BISNIS**

Konstitusi adalah urutan tertinggi di dalam hukum nasional.<sup>4</sup> Konstitusi dapat diartikan dalam arti formal dan material. Konstitusi dalam arti formal adalah suatu dokumen resmi, seperangkat norma hukum yang dapat dirubah hanya dibawah pengawasan ketentuan-ketentuan khusus, yang tujuannya adalah untuk membuat norma-norma ini lebih sulit. Konstitusi dalam arti material terdiri atas peraturan-peraturan yang mengatur pembentukan norma-norma hukum yang bersifat umum, khususnya pembentukan undang-undang.<sup>5</sup>

Pendapat senada dengan redaksi berbeda juga dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie, dimana beliau mengemukakan bahwa hukum dan konstitusi dipahami baik dalam arti materil maupun materiil. Dalam arti formil yang dimaksud adalah peraturan (yaitu UUD 1945, Konstitusi RIS, dan UUDS 1945) dan perundang-undangan yang merupakan pelaksananya. Sementara dalam arti

<sup>4</sup> Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni: Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik*, alih bahasa oleh Somardi, Jakarta: Rimdi Press, 1995, h. 126.

<sup>5</sup> *Ibid.*

materiil, pengertiannya juga mencakup suasana kebatinan dan materi UUD maupun hukum yang tidak tertulis.<sup>6</sup>

Norma umum yang dibentuk melalui undang-undang atau kebiasaan merupakan satu tingkatan yang berada langsung di bawah konstitusi di dalam tata urutan hukum.<sup>7</sup> Sejalan dengan itu yang dimaksud dengan pelaksanaan UUD dalam ilmu hukum adalah pelaksanaan lebih lanjut dari ketentuan-ketentuan pokok dalam konstitusi ke dalam peraturan perundang-undangan yang berada di bawahnya.<sup>8</sup>

Berkaitan dengan implikasi pengaturan lingkungan hidup dalam konstitusi terhadap perundang-undangan kegiatan bisnis dapat dideskripsikan sebagai berikut:

### **1. Lingkungan Hidup Dalam Konstitusi**

Undang-undang Dasar 1945 adalah konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia. Lingkungan hidup dalam konstitusi dimaksudkan pada bagian ini adalah tinjauan tentang bagaimana keberadaan lingkungan hidup dalam Undang-undang Dasar 1945, baik sebelum amandemen maupun setelah amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dilakukan.

Secara umum perlindungan lingkungan hidup di Indonesia terdapat dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945.<sup>9</sup> Dimana pada alinea keempat menyatakan: “Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian yang abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, dan kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.”<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Jimly Asshiddiqie, dalam *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaan di Indonesia*, Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994, h. 23.

<sup>7</sup> Hans Kelsen, *Op.Cit.*, h. 126.

<sup>8</sup> Jimly Asshiddiqie, *Op.cit.*, h. 23.

<sup>9</sup> Koesnadi. Hardjasoemantri, *Hukum Tata Lingkungan*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1999, h. 66.

<sup>10</sup> *Ibid.*, menurut Prof. Dr. Koesnadi Hardjasoemantri, S.H., M.L. bahwa ketentuan yang terdapat dalam alinea keempat Undang-Undang Dasar 1945 menegaskan "kewajiban negara" dan "tugas pemerintah" untuk melindungi segenap sumber-sumber insani Indonesia dalam lingkungan hidup Indonesia guna kebahagiaan seluruh rakyat Indonesia dan segenap umat manusia.

Pemikiran yang terdapat dalam pembukaan tersebut dirumuskan lebih konkrit dalam Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945. Bahwa berkaitan dengan lingkungan hidup merupakan bagian dari perekonomian nasional dan kesejahteraan sosial. Hal ini semakin terlihat dalam hal konsideran mengingat dari Undang-undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup. Bahkan dalam konsideran Menimbang huruf b undang-undang tersebut menyatakan: “bahwa dalam rangka mendayagunakan sumber daya alam untuk memajukan kesejahteraan umum seperti diamanatkan dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan untuk mencapai kebahagiaan hidup berdasarkan Pancasila, perlu dilaksanakan pembangunan berkelanjutan yang berwawasan lingkungan hidup berdasarkan kebijaksanaan nasional yang terpadu menyeluruh dengan memperhitungkan kebutuhan generasi masa kini dan generasi masa depan.”

Konsideran sebagaimana tersebut di atas dengan redaksi bahasa yang berbeda juga terdapat dalam Penjelasan atas Undang-undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, dimana dinyatakan Undang-Undang Dasar 1945 sebagai landasan konstitusi mewajibkan agar sumber daya alam dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. Kemakmuran rakyat tersebut haruslah dapat dinikmati generasi masa kini dan generasi masa depan secara berkelanjutan.

Dalam perkembangan selanjutnya, tentunya setelah dilakukan amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945 ada 2 (dua) penambahan pengaturan penting terhadap lingkungan hidup, yaitu:

- a) Hasil perubahan keempat atas Undang-Undang Dasar 1945, dimana pada Pasal 33 yang semula terdiri dari 3 (tiga) ayat berubah menjadi 5 (lima) ayat. Dalam Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar 1945 ditambahkan ketentuan sebagai berikut: “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.”<sup>11</sup> Ketentuan ini ditempatkan pada Bab XIV Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial.

<sup>11</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konsolidasi Naskah UUD 1945 Setelah Perubahan Keempat* (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2002), 57. Dimana beliau dalam komentarnya menyebutkan: “Pencantuman prinsip-prinsip kebersamaan, efisiensi, berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional dalam ayat ini merupakan jalan tengah dalam rangka melengkapi ayat (1) yang berisi asas kekeluargaan yang usul pencoretannya telah menimbulkan kontroversi yang luas dalam masyarakat.”

- b) Hasil perubahan keempat juga ditambahkan pengaturan lingkungan hidup dalam Pasal 28 H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, dimana disebutkan: “Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.” Pasal 28 H ayat (1) tersebut merupakan hasil perubahan kedua terhadap Undang-Undang Dasar 1945.<sup>12</sup> Pasal 28H ayat (1) ditempatkan pada Bab XA Hak Asasi Manusia.

Singkatnya bahwa setelah dilakukan amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945 berkaitan dengan lingkungan hidup telah disebutkan dalam 2 pasal yang berbeda (dimana terdiri atas 3 ayat), yaitu Pasal 28 H ayat (1) dan Pasal 33 ayat (3) dan (4) Undang-Undang Dasar 1945. Sehingga dalam konsideran mengingat dari Undang-undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup telah menempatkan kedua pasal tersebut di dalamnya. Bahkan dalam konsideral menimbang huruf a dan huruf b Undang-undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup masing-masing menyebutkan: a). bahwa lingkungan hidup yang baik dan sehat merupakan hak asasi setiap warga negara Indonesia sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 28H Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; b). bahwa pembangunan ekonomi nasional sebagaimana diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 diselenggarakan berdasarkan prinsip pembangunan berkelanjutan dan berwawasan lingkungan.

Berdasarkan uraian tersebut menunjukkan bahwa dalam konstitusi setelah amandemen bahwa berkaitan dengan lingkungan hidup merupakan bagian dari hak asasi manusia dan bagian dari perekonomian nasional dan kesejahteraan sosial.

## **2. Lingkungan Hidup Dalam Perundang-undangan Kegiatan Bisnis**

Adapun yang dimaksud dengan perundang-undangan kegiatan bisnis disini adalah perundang-undangan yang mengatur tentang kelembagaan bisnis dan aktivitas bisnis itu sendiri. Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas merupakan Peraturan perundang-undangan yang mengatur kelembagaan bisnis. Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang

<sup>12</sup> *Ibid*, h. 50.

Penanaman Modal, Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, Undang-undang Nomor 9 Tahun 1995 tentang Usaha Kecil, dan Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen serta **Undang-undang Nomor 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman** merupakan peraturan perundang-undangan yang mengatur aktivitas bisnis.

Peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang aktivitas bisnis tentunya sangat banyak jumlahnya. Maka dari sejumlah undang-undang tersebut, akan ditelaah diantaranya adalah sebagai berikut:

**a). Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.**

Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, selanjutnya disingkat UUPT merupakan salah satu sumber hukum yang mengatur tentang kelembagaan perusahaan di Indonesia. Dimana entitas Perseroan Terbatas merupakan perusahaan yang tanggung jawab pemegang sahamnya terbatas (*limited company*) diatur dengan undang-undang ini.

Sebelumnya berkaitan dengan Perseroan Terbatas diatur di dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas. Namun di dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas tidak diatur mengenai lingkungan hidup. Undang-undang Nomor 1 tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas ini dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi dengan diundangkan Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas pada tanggal 16 Agustus 2007.

Berbeda dengan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas yang tidak menyinggung sedikitpun tentang lingkungan hidup, sebaliknya Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas mengatur banyak hal berkaitan dengan lingkungan hidup. Bahkan dalam Penjelasan Umum Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 menyebutkan: "Dalam Undang-undang ini diatur mengenai Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan yang bertujuan mewujudkan pembangunan ekonomi berkelanjutan guna meningkatkan kualitas kehidupan dan lingkungan yang bermanfaat bagi perseroan itu sendiri, komunitas setempat, dan masyarakat pada umumnya. Ketentuan

ini dimaksudkan untuk mendukung terjalinnya hubungan perseroan yang serasi, seimbang, dan sesuai dengan lingkungan, nilai, norma, dan budaya masyarakat setempat, maka ditentukan bahwa perseroan yang kegiatan usahanya di bidang dan/atau berkaitan dengan sumber daya alam wajib melaksanakan Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan. Untuk melaksanakan kewajiban Perseroan tersebut, kegiatan Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan harus dianggarkan dan diperhitungkan sebagai biaya Perseroan yang dilaksanakan dengan memperhatikan kepatutan dan kewajaran. Kegiatan tersebut dimuat dalam laporan tahunan perseroan. Dalam hal perseroan tidak melaksanakan Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan maka perseroan yang bersangkutan dikenai sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.”

Disamping itu, UUPT sendiri telah menempatkan lingkungan hidup pada beberapa bagian, diantaranya adalah sebagai berikut:

1). **Filosofi Lingkungan Hidup Dalam UUPT.**

Konsideran menimbang dalam suatu peraturan perundang-undang memuat uraian singkat mengenai pokok pikiran yang menjadi pertimbangan dan alasan-alasan yang mendasari pembentukan peraturan perundang-undangan. Hal yang mendasar tersebut biasanya disusun secara berurutan dengan dari pokok-pokok pikiran filosofi, sosiologis, dan yuridis itu sendiri.

Konsideran menimbang huruf a UUPT menyebutkan: ”bahwa perekonomian nasional yang diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional, perlu didukung oleh kelembagaan perekonomian yang kokoh dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat.” Konsideran menimbang huruf a ini merupakan konsideran yang muatannya bersifat filosofis.

Penempatan lingkungan hidup dalam konsideran menimbang tersebut, menunjukkan bahwa kehadiran dan keberadaan Perseroan Terbatas dari sisi kelembagaan dan pelaksanaan kegiatannya harus menjaga dan melindungi lingkungan hidup. Sehingga dalam setiap usahanya harus memberikan perhatian serius terhadap lingkungan hidup.

## 2). Kewajiban Perseroan Terbatas Terhadap Lingkungan Hidup.

Sesuai dengan pengertian Perseroan Terbatas yang terdapat dalam Pasal 1 angka 1 UUPT yang menyatakan bahwa Perseroan Terbatas adalah badan hukum yang merupakan persekutuan modal, didirikan berdasarkan perjanjian, melakukan kegiatan usaha dengan modal dasar yang seluruhnya terbagi dalam saham dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam Undang-undang ini serta peraturan pelaksanaannya. Perseroan Terbatas sebagai badan hukum tentunya memiliki kedudukan yang sama dengan manusia sebagai subyek hukum.<sup>13</sup> Dalam ilmu hukum subyek hukum terdiri dari manusia (*natuurlijke persoon*) dan badan hukum (*recht persoon*). Dalam kapasitas sebagai subyek hukum, tidak ada perbedaan antara manusia dengan badan hukum dalam melakukan perbuatan hukum.<sup>14</sup>

Perseroan Terbatas sebagai subyek hukum di dalam UUPT dibebankan sejumlah kewajiban terhadap lingkungan hidup, diantaranya adalah: *Pertama*, kewajiban melaksanakan tanggung jawab lingkungan hidup. Sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 74 ayat (1) UUPT secara tegas menyatakan bahwa: "Perseroan yang menjalankan kegiatan usahanya di bidang dan/atau berkaitan dengan sumber daya alam wajib melaksanakan tanggung jawab sosial dan lingkungan." Ketentuan Pasal 74 ayat (1) UUPT tersebut menginsyaratkan tanggung jawab lingkungan pada Perseroan Terbatas yang menjalankan kegiatan usahanya di bidang sumber daya alam dan Perseroan Terbatas yang menjalankan kegiatan usahanya di bidang yang berkaitan dengan sumber daya alam.<sup>15</sup> *Kedua*, penyediaan anggaran untuk lingkungan hidup. Dalam hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 74 ayat (2) UUPT yang menyatakan bahwa: "Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan kewajiban Perseroan yang dianggarkan dan diperhitungkan sebagai biaya

<sup>13</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perusahaan Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002), 65. Dimana Abdulkadir Muhammad menyebutkan: "Badan hukum merupakan pendukung kewajiban dan hak sama seperti manusia pribadi. Sebagai pendukung kewajiban dan hak, dia dapat mengadakan hubungan bisnis dengan pihak lain. Untuk itu dia memiliki kekayaan sendiri, yang terpisah dari kekayaan pengurus atau pendirinya. Segala kewajiban-kewajiban hukumnya dipenuhi dari kekayaan yang dimilikinya itu."

<sup>14</sup> Soerjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: RadjaGrafindo Persada, 1983, h. 128-129. Dalam buku ini disebutkan: "Subyek hukum atau *subject van een recht*; yaitu "orang" yang mempunyai hak, manusia pribadi atau badan hukum yang berhak, berkehendak atau melakukan perbuatan hukum. Badan hukum adalah perkumpulan atau organisasi yang didirikan dan dapat bertindak sebagai subyek hukum, misalnya dapat memiliki kekayaan, mengadakan perjanjian dan sebagainya. Sedangkan perbuatan yang dapat menimbulkan akibat hukum yakni tindakan seseorang berdasarkan suatu ketentuan hukum yang dapat menimbulkan hubungan hukum."

<sup>15</sup> M. Yahya Harahap, *Hukum Perseroan Terbatas*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011, h. 300-301.

Perseroan yang pelaksanaannya dilakukan dengan memperhatikan kepatutan dan kewajaran.” *Ketiga*, adanya sanksi terhadap Perseroan Terbatas yang tidak melaksanakan kewajiban terhadap lingkungan hidup. Hal ini dituangkan dalam ketentuan Pasal 74 ayat (3) UUPT, dimana disebutkan: “Perseroan yang tidak melaksanakan kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dikenai sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.” Ketentuan ini diilhami oleh pandangan yang berkembang belakangan ini yang mengajarkan Perseroan sebagai perusahaan yang melakukan kegiatan usaha di tengah-tengah kehidupan masyarakat, harus ikut bertanggung jawab terhadap masalah-masalah sosial yang dihadapi masyarakat setempat.<sup>16</sup>

3). Materi Lingkungan Hidup Dalam Laporan Tahunan Perseroan Terbatas.

Salah satu materi muatan dalam laporan tahunan perseroan terbatas berdasarkan ketentuan Pasal 66 ayat (2) huruf c UUPT adalah berkaitan dengan laporan pelaksanaan tanggung jawab sosial dan lingkungan. Sebagaimana diketahui bahwa laporan tahunan tersebut disampaikan oleh Direksi kepada Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) setelah ditelaah terlebih dahulu oleh Dewan Komisaris, dan laporan tahunan tersebut ditandatangani oleh semua anggota Direksi dan semua anggota Dewan Komisaris yang menjabat pada tahun buku yang bersangkutan dan disediakan di kantor Perseroan sejak tanggal panggilan RUPS untuk dapat diperiksa oleh pemegang saham.

4). Adanya Pengertian Tanggung Jawab Lingkungan dalam UUPT.

Bahwa UUPT mengatur banyak hal terkait dengan lingkungan hidup, bahkan dalam UUPT memberikan pengertian tanggung jawab terhadap lingkungan hidup. Dimana pada Pasal 1 angka 3 UUPT menyebutkan bahwa: “Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan adalah komitmen perseroan untuk berperan serta dalam pembangunan ekonomi berkelanjutan guna meningkatkan kualitas kehidupan dan lingkungan yang bermanfaat, baik bagi perseroan sendiri, komunitas setempat, maupun masyarakat pada umumnya.” Pengertian tersebut ditunjukkan

<sup>16</sup> *Ibid*, h. 298.

untuk menunjukkan pengertian tanggung jawab sosial dan lingkungan dalam UUPT, namun demikian pengertian tersebut tidak ubahnya dengan pemahaman yang berkembang dalam masyarakat.

Selain dari uraian sebagaimana tersebut di atas, bahwa UUPT telah menempatkan tanggung jawab terhadap lingkungan hidup dalam satu bab tersendiri dalam Bab V Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan. Pengaturan dalam satu bab tersendiri menunjukkan bahwa materi lingkungan hidup secara kelembagaan mempunyai arti dan makna tersendiri. Meskipun ada sebagian sarjana yang menyatakan bahwa pengaturan tersebut masih sedikit, dikarenakan Bab V UUPT hanya terdiri dari 1 (satu) pasal saja, yaitu Pasal 74.

#### **b). Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.**

Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, selanjutnya disingkat UUPM, merupakan undang-undang yang menggantikan 2 (dua) Undang-undang Penanaman Modal, yaitu: *Pertama*, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 11 Tahun 1970 tentang Perubahan dan Tambahan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing; dan *Kedua*, Undang-undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 12 Tahun 1970 tentang Perubahan dan Tambahan Undang-undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri.

Kedua Undang-undang Penanaman Modal tersebut yang berlaku sebelum berlakunya UUPM tidak pernah mengatur dan menyentuh sedikitpun masalah lingkungan hidup di dalamnya. UUPM yang disahkan dan diundangkan pada tanggal 26 April 2007 telah mengatur banyak hal berkaitan dengan lingkungan hidup, diantaranya adalah sebagai berikut:

- 1). Wawasan lingkungan hidup merupakan salah satu asas penanaman modal.

Di dalam Pasal 3 ayat (1) huruf h UUPM disebutkan: "Penanaman modal diselenggarakan berdasarkan asas berwawasan lingkungan".

Dimana berdasarkan penjelasan atas pasal demi pasal dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan “asas berwawasan lingkungan” adalah asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap memerhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup.

- 2). Lingkungan hidup menjadi pertimbangan dalam penentuan Daftar Negatif Investasi.

Dimana berdasarkan ketentuan Pasal 12 ayat (3) UUPM bahwa pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden menetapkan bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal, baik asing maupun dalam negeri, dengan berdasarkan kriteria kesehatan, moral, kebudayaan, lingkungan hidup, pertahanan dan keamanan nasional, serta kepentingan nasional lainnya.

- 3). Tanggung jawab penanam modal terhadap lingkungan hidup.

Hal ini sebagaimana dituangkan dalam Pasal 16 huruf d UUPM dimana dinyatakan bahwa setiap penanam modal bertanggung jawab untuk menjaga kelestarian lingkungan hidup. Disamping itu berdasarkan Pasal 17 UUPM penanam modal yang mengusahakan sumber daya alam yang tidak terbarukan wajib mengalokasikan dana secara bertahap untuk pemulihan lokasi yang memenuhi standar kelayakan lingkungan hidup, yang pelaksanaannya diatur sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Penjelasan atas Pasal 17 UUPM menyebutkan bahwa ketentuan tersebut dimaksudkan untuk mengantisipasi kerusakan lingkungan yang disebabkan oleh kegiatan penanaman modal.

Tanggung jawab penanam modal juga ditegaskan kembali dalam Penjelasan atas UUPM, dimana disebutkan: “Hak, kewajiban, dan tanggung jawab penanam modal diatur secara khusus guna memberikan kepastian hukum, mempertegas kewajiban penanam modal terhadap penerapan prinsip tata kelola perusahaan yang sehat, memberikan penghormatan atas tradisi budaya masyarakat, dan melaksanakan tanggung jawab sosial perusahaan. Pengaturan tanggung jawab penanam modal diperlukan untuk mendorong iklim persaingan usaha yang sehat, memperbesar tanggung jawab

lingkungan dan pemenuhan hak dan kewajiban tenaga kerja, serta upaya mendorong ketaatan penanam modal terhadap peraturan perundang-undangan.”

- 4). Kriteria lingkungan hidup menjadi pertimbangan dalam pemberian fasilitas kepada penanam modal.

Pasal 18 ayat (3) huruf g UUPM menyatakan bahwa penanaman modal yang mendapat fasilitas adalah penanam modal yang menjaga kelestarian lingkungan hidup. Hal senada juga terdapat pada ketentuan Pasal 24 huruf b UUPM, dimana kemudahan pelayanan dan/atau perizinan atas fasilitas perizinan impor dapat diberikan untuk impor barang yang tidak memberikan dampak negatif terhadap keselamatan, keamanan, kesehatan, lingkungan hidup, dan moral bangsa.

- 5). Kewenangan pemerintah pusat terhadap penanaman modal yang memiliki resiko lingkungan hidup yang sangat tinggi.

Ketentuan Pasal 30 ayat (7) huruf a UUPM menyatakan bahwa dalam urusan pemerintahan di bidang penanaman modal, yang menjadi kewenangan pemerintah pusat adalah penanaman modal terkait dengan sumber daya alam yang tidak terbarukan dengan tingkat risiko kerusakan lingkungan yang tinggi.

Berdasarkan uraian sebagaimana tersebut di atas, menunjukkan dan memperlihatkan bahwa Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal telah menempatkan lingkungan hidup sebagai salah satu aspek penting dalam kegiatan penanaman modal di negeri ini.

### **c). Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.**

Salah satu kegiatan manusia yang berkaitan dengan aktifitas perekonomian adalah kegiatan usaha perbankan. Dimana kegiatan perbankan selama ini telah mengambil peran yang sangat penting dalam menata pembangunan ekonomi. Aktivitas usaha perbankan dalam mengerakkan perekonomian ini mengalami perkembangan yang sangat pesat, khususnya pada kegiatan pemberian jasa. Salah satu jasa perusahaan

perbankan adalah pemberian kredit. Di Indonesia peranan perbankan sebagai sumber pembiayaan dunia usaha masih sangat dominan.<sup>17</sup>

Berkaitan dengan kegiatan usaha perbankan di bidang perkreditan, bank mempunyai peran yang besar dalam perusakan lingkungan hidup. Dimana sampai sebelum dikeluarkan Surat Edaran Bank Indonesia Nomor: 21/9/UKU, tanggal 25 Maret 1989 Perihal Kredit Investasi dan Penyertaan Modal, telah bertahun-tahun lamanya perbankan Indonesia tidak menyadari bahwa melalui proyek-proyek yang dibiayai oleh perbankan dengan kredit yang bertrilyun-trilyun rupiah jumlahnya itu telah ikut berdosa besar sehubungan dengan terjadinya perusakan dan pencemaran lingkungan hidup.<sup>18</sup>

Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, selanjutnya disebut UU Perbankan walaupun tidak mengatur secara tegas aspek lingkungan hidup, namun pada penjelasan atas Pasal 8 ayat (1) UU Perbankan juga telah menempatkan lingkungan hidup sebagai salah satu pertimbangan dalam pemberian kredit. Dimana pada penjelasannya disebutkan: “.... bank dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah harus memperhatikan hasil Analisis Lingkungan (AMDAL) bagi perusahaan yang berskala besar dan/atau berisiko tinggi agar proyek yang dibiayai tetap menjaga kelestarian lingkungan.”

Penerapan Analisis Mengenai Dampak Lingkungan merupakan instrumen penting dalam pembangunan yang berwawasan lingkungan. Karena Analisis Mengenai Dampak Lingkungan Hidup (AMDAL), merupakan kajian mengenai dampak penting suatu usaha dan/atau kegiatan yang direncanakan pada lingkungan hidup yang diperlukan bagi proses pengambilan keputusan tentang penyelenggaraan usaha dan/atau kegiatan.

#### **d). Undang-undang Nomor 9 Tahun 1995 Tentang Usaha Kecil.**

Undang-undang Nomor 9 Tahun 1995 tentang usaha kecil, selanjutnya disebut UU UK ditetapkan dan diundangkan pada tanggal 26 Desember

<sup>17</sup> Widjanarto, *Aspek Hukum Pemberian Kredit Perbankan*, Jakarta: Info Bank, 1998, h.1.

<sup>18</sup> Sutan Remy Sjahdeini. “Aspek Lingkungan Hidup Dalam Kredit Perbankan.” dalam *Hukum dan Lingkungan Hidup di Indonesia*, ed. Erman Radjaguguk dan Ridwan Khairani Jakarta: PPS FHUI, 2001, h.323.

1995. Meskipun UU UK tidak menyebutkan secara tegas tentang kewajiban pelaku usaha terhadap lingkungan hidup, namun ada 2 (dua) pasal yang terkait dengan lingkungan hidup di dalamnya, yaitu:

*Pertama*, Pasal 18 UU UK menyebutkan bahwa: “Pemerintah, dunia usaha, dan masyarakat melakukan pembinaan dan pengembangan dalam bidang teknologi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 huruf d dengan:

- a. meningkatkan kemampuan di bidang teknologi produksi dan pengendalian mutu;
- b. meningkatkan kemampuan di bidang penelitian untuk mengembangkan desain dan teknologi baru;
- c. memberi insentif kepada Usaha Kecil yang menerapkan teknologi baru dan melestarikan lingkungan hidup;
- d. Meningkatkan kerjasama dan alih teknologi;
- e. Meningkatkan kemampuan memenuhi standarisasi teknologi;
- f. Menumbuhkan dan mengembangkan lembaga penelitian dan pengembangan di bidang desain dan teknologi bagi Usaha Kecil.

Dari ketentuan Pasal 18 huruf c UU UK terlihat keterkaitan usaha kecil dengan lingkungan hidup. Dimana baik pemerintah, dunia usaha, dan masyarakat memberikan insentif dalam pengembangan teknologi bagi usaha kecil.

*Kedua*, Pasal 14 huruf d UU UK menyebutkan bahwa: “Pemerintah, dunia usaha, dan masyarakat melakukan pembinaan dan pengembangan Usaha Kecil dalam bidang:

- a. produksi dan pengolahan;
- b. pemasaran;
- c. sumber daya manusia; dan
- d. teknologi.”

Berajak dari ketentuan Pasal 14 huruf d dan Pasal 18 UU UK bahwa usaha kecil yang merupakan kegiatan ekonomi rakyat yang berskala kecil mulai ada penekanannya terhadap pelestarian hidup. Ini menunjukkan bahwa untuk usaha menengah dan besar harus lebih lagi dalam memperhatikan kelestarian lingkungan hidup.

**e) Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen.**

Pada tanggal 20 April 1999 disahkan dan diundangkan Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, selanjutnya disingkat UUPK. Dalam UUPK tidak diatur secara khusus berkaitan dengan lingkungan hidup, namun dalam penjelasan umum atas UUPK ada 2 (dua) hal penting, yaitu:

*Pertama*, menurut UUPK bahwa masalah perlindungan konsumen telah diatur sebelumnya di dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.<sup>19</sup> *Kedua*, penegasan lanjutan terhadap lingkungan hidup dalam UU PK terdapat pada alinea 13, Bagian I Umum dari Penjelasan Atas UUPK dimana disebutkan: “Demikian juga perlindungan konsumen di bidang lingkungan hidup tidak diatur dalam Undang-undang tentang Perlindungan Konsumen ini karena telah diatur dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup mengenai kewajiban setiap orang untuk memelihara kelestarian fungsi lingkungan hidup serta mencegah dan menanggulangi pencemaran dan perusakan lingkungan hidup.”

**f) Undang-undang Nomor 29 Tahun 2000 Tentang Perlindungan Varietas Tanaman.**

Dari sejumlah peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan Hak atas Kekayaan Intelektual (HaKI) berdasarkan telaahan singkat, hanyalah **Undang-undang Nomor 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman**,<sup>20</sup> selanjutnya disingkat “UU PVT” yang materinya memasukkan lingkungan hidup. Dalam UU PVT tersebut ditemukan 2 (dua) hal yang berkaitan dengan lingkungan hidup, yaitu: *Pertama*, berkaitan dengan Varietas Tanaman yang tidak dapat diberi

<sup>19</sup> Alinea 11, Bagian I Umum, Penjelasan Atas Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menyebutkan: “Di samping itu, Undang-undang tentang Perlindungan Konsumen pada dasarnya bukan merupakan awal dan akhir dari hukum yang mengatur tentang perlindungan konsumen, sebab sampai pada terbentuknya Undang-undang tentang Perlindungan Konsumen ini telah ada beberapa undang-undang yang materinya melindungi kepentingan konsumen, seperti :

a. s/d. p.

q. Undang-undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup;

r. s/d s.

<sup>20</sup> Tim Lindsey, et.al., *Hak Kekayaan Intelektual: Suatu Pengantar*, (Bandung: Asia Law Group Pty Ltd dan Penerbit PT.Alumni 2003), 323, dimana disebutkan: “Untuk melengkapi peraturan di bidang HaKI, pada tanggal 20 Desember tahun 2000 pemerintah mengundangkan UU Perlindungan Varietas Tanaman. Alasan utama diundangkannya perlindungan varietas tanaman adalah untuk mendorong para peneliti di bidang pemuliaan tanaman meningkatkan hasil penelitiannya sehingga dapat meningkatkan pertumbuhan sektor pertanian Indonesia yang memiliki daya saing tinggi di pasar global.”

Perlindungan Varietas Tanaman. Dimana berdasarkan ketentuan Pasal 3 UU PVT menyebutkan bahwa: “Varietas yang tidak dapat diberi PVT adalah varietas yang penggunaannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, ketertiban umum, kesusilaan, norma-norma agama, kesehatan, dan kelestarian lingkungan hidup.” *Kedua*, kewajiban mengumumkan aman terhadap lingkungan hidup. Dimana di dalam Pasal 11 ayat (4) UU PVT menyebutkan: “Dalam hal varietas transgenik, maka deskripsinya harus juga mencakup uraian mengenai penjelasan molekuler varietas yang bersangkutan dan stabilitas genetik dari sifat yang diusulkan, sistem reproduksi tetuanya, keberadaan kerabat liarnya, kandungan senyawa yang dapat mengganggu lingkungan, dan kesehatan manusia serta cara pemusnahannya apabila terjadi penyimpangan dengan disertai surat pernyataan aman bagi lingkungan dan kesehatan manusia dari instansi yang berwenang.” *Ketiga*, penekanan lebih lanjut terhadap lingkungan hidup dalam Perlindungan Varietas Tanaman. Dimana pada Penjelasan atas UU PVT **menyebutkan**: “Pemberian perlindungan varietas tanaman juga dilaksanakan untuk mendorong dan memberi peluang kepada dunia usaha meningkatkan perannya dalam berbagai aspek pembangunan pertanian. Hal ini semakin penting mengingat perakitan varietas unggul di Indonesia saat ini masih lebih banyak dilakukan oleh lembaga penelitian pemerintah. Pada waktu yang akan datang diharapkan dunia usaha dapat semakin berperan sehingga lebih banyak varietas tanaman yang lebih unggul dan lebih beragam dapat dihasilkan. Namun, varietas baru yang penggunaannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, ketertiban umum, kesusilaan, norma-norma agama, kelestarian lingkungan hidup, dan kesehatan tidak akan memperoleh perlindungan. Perlindungan tersebut juga tidak dimaksudkan untuk menutup peluang bagi petani kecil memanfaatkan varietas baru untuk keperluannya sendiri, serta dengan tetap melindungi varietas lokal bagi kepentingan masyarakat luas.”

Uraian di atas menunjukkan bahwa dalam UU PVT sebagai bagian atas Hak atas Kekayaan Intelektual (HaKI) telah mengatur juga masalah lingkungan hidup dalam kaitannya dengan perlindungan varietas tanaman.

### 3. Implikasi Pengaturan Lingkungan Hidup Dalam Konstitusi Terhadap Perundang-undangan Kegiatan Bisnis

Uraian di atas menggambarkan bahwa baik dari sudut pandang kelembagaan bisnis maupun dari sudut pandang aktivitas bisnis telah mengatur masalah lingkungan hidup di dalamnya. UUPT merupakan perundang-undangan yang mengatur kelembagaan perusahaan yang telah mengatur masalah lingkungan hidup dalam satu bagian tersendiri. Ini menunjukkan bahwa lingkungan hidup memiliki tempat tersendiri dalam UUPT. Secara substantif sebenarnya UUPT lebih menekankan pada kewajiban PT sebagai subyek hukum untuk melaksanakan kewajiban terhadap lingkungan hidup.

Berkaitan dengan aktivitas bisnis, maka gambaran di atas juga menunjukkan bahwa lingkungan hidup juga menjadi perhatian dalam perundang-undangan kegiatan bisnis, terutama sekali UUPM. Hanya saja pengaturan lingkungan hidup dalam UUPM menyebar pada bagian-bagian yang berbeda, karena ini ketentuannya lebih aplikatif. Dalam arti lebih menekankan bagi kegiatan penanam modal untuk melaksanakan kewajiban lingkungan hidup, disamping menjadi barometer pihak pemerintah dalam memantau pelaksanaan penanaman modal. Pengaturan senada juga terlihat dalam Undang-undang Perbankan, dimana aspek lingkungan hidup menjadi salah satu kriteria dalam pemberian kredit/pembiayaan. Sementara perundang-undangan yang lain memang sudah memasukkan materi lingkungan hidup, tapi masih menunjukkan pengaturan lebih parsial sifatnya.

Bagaimanapun pengaturan lingkungan hidup dalam konstitusi ikut berpengaruh terhadap perundang-undangan kegiatan bisnis. Karena bagaimanapun undang-undang itu hadir untuk menjabarkan lebih lanjut terhadap materi konstitusi. Bahkan berdasarkan ketentuan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyebutkan bahwa materi muatan yang harus diatur dengan undang-undang berisi pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, menyebutkan bahwa materi muatan dari undang-undang itu terdiri dari pengaturan lebih lanjut mengenai ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, perintah suatu Undang-undang untuk diatur dengan Undang-undang, pengesahan perjanjian internasional tertentu, tindak lanjut atas putusan Mahkamah Konstitusi, dan/atau pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat.

Disamping itu sesuai dengan ketentuan Pasal 10 ayat (1) huruf e Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyebutkan bahwa materi muatan yang harus diatur dengan undang-undang berisi pemenuhan kebutuhan hukum dalam masyarakat.

### C. KESIMPULAN

Materi lingkungan hidup mendapat pengaturan dalam Undang-Undang Dasar 1945 baik sebelum amandemen maupun setelah amandemen. Dimana dalam Undang-Undang Dasar 1945 sebelum amandemen berkaitan dengan lingkungan hidup merupakan bagian dari Bab XIV Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial. Namun setelah amandemen mendapat pengaturan dalam Bab XA Hak Asasi Manusia dan Bab XIV Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial, yang terdiri atas Pasal 28H ayat (1) dan Pasal 33 ayat (3) dan (4). Kemudian dalam perundang-undangan kegiatan bisnis baik dari sisi kelembagaan bisnis maupun sisi aktivitas bisnis beberapa diantara perundang-undangan tersebut telah mengatur tentang lingkungan hidup di dalamnya. Pengaturan materi lingkungan hidup dalam perundang-undangan kegiatan bisnis tidak terlepas dari pengaturan lingkungan hidup yang terdapat dalam Undang-Undang Dasar 1945.

### DAFTAR PUSTAKA

Asshiddiqie, Jimly, 1994, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi dan Pelaksanaan di Indonesia*, Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve.

\_\_\_\_\_, 2002, *Konsolidasi Naskah UUD 1945 Setelah Perubahan Keempat*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

\_\_\_\_\_, 2006, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press.

Dirdjosisworo, Soerjono., 1983, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Radjagrafindo Persada.

Harahap, M. Yahya, 2011, *Hukum Perseroan Terbatas*, Jakarta: Sinar Grafika.

Hardjasoemantri, Koesnadi, 1999, *Hukum Tata Lingkungan*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.

\_\_\_\_\_, 1993, *Ekologi Manusia Dalam Industri Kehutanan Ditinjau dari Sudut Peraturan Perundang-undangan dalam Ekologi Manusia Versus Ekonomi Pembangunan Pada PJPT II*, Jakarta: Kophalindo.

Kelsen, Hans, 1995, *Teori Hukum Murni: Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik*, alihbahasa oleh Somardi, Jakarta: Rimdi Press.

Lidsey, Tim. et.al., 2003, *Hak Kekayaan Intelektual: Suatu Pengantar*, Bandung: Asia Law Group Pty Ltd dan Penerbit PT. Alumni.

Muhammad, Abdulkadir, 2002, *Hukum Perusahaan Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti.

Sjahdeini, Sutan Remy, 2001, *Aspek Lingkungan Hidup Dalam Kredit Perbankan, dalam Hukum dan Lingkungan Hidup di Indonesia*, ed. Erman Radjaguguk dan Ridwan Khairani, Jakarta: PPS FHUI.

Tim Penyusun Buku Wakil Ketua MK, 2008, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa: Pemikiran Dr. Harjono, S.H., MCL Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

Widjanarto, 1998, *Aspek Hukum Pemberian Kredit Perbankan*, Jakarta: Info Bank.

# **Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Tafsiran Resmi Hukum Islam di Indonesia**

*Alfitri*

Dosen Jurusan Syariah, Sekolah Tinggi Agama Islam Negeri Samarinda (STAIN Samarinda); Kandidat Doktor Ilmu Hukum dari *University of Washington School of Law, Seattle, Amerika Serikat*.

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Tidak seperti negara Islam atau mayoritas berpenduduk Muslim lain, konstitusi negara Indonesia tidak menyebutkan kata “syariah” sebagai sumber penyusunan peraturan perundang-undangan. Meskipun begitu, beberapa aspek hukum Islam telah dimasukkan ke dalam sistem hukum nasional Indonesia. Hukum Islam versi negara ini sering mendapatkan tantangan dari umat Islam di Indonesia bahkan sejak pengundangannya pertama kali di era 1970-an. Apa yang terjadi ketika negara seperti Indonesia harus memutuskan perselisihan terkait tafsiran hukum Islam mana yang valid di Indonesia? Tulisan ini akan menganalisa metode dan argumen yang dipakai para Hakim Mahkamah Konstitusi dalam menengahi perbedaan penafsiran hukum Islam antara umat Islam dan pemerintah terkait pada tataran apa hukum Islam seharusnya diakui, diaplikasikan, dan ditegakkan oleh negara Indonesia? Apakah pendekatan yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam menyelesaikan sengketa konstitusionalitas peraturan perundang-undangan (PUU) khususnya terkait hukum Islam masih dalam batasan teori hukum Islam? Tulisan ini berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi menyatakan diri sebagai otoritas hukum dalam menafsirkan konstitusi, dan oleh karena itu berkuasa untuk menafsirkan dan membatasi hukum Islam di Indonesia berdasarkan konstitusi. Akan tetapi, Hakim Mahkamah Konstitusi tetap menggunakan argumen dalam

hukum Islam ketika memutuskan sengketa PUU tersebut. Berdasarkan hal ini, putusan Mahkamah Konstitusi masuk ke dalam kategori *siyasa shar`iyya*, sehingga penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap norma hukum Islam yang mana berlaku di Indonesia bisa dianggap sebagai tafsiran resmi hukum Islam di Indonesia.

**Kata Kunci:** Putusan MK, Tafsiran Hukum Islam, *Siyasah Syar`iyyah*

### **Abstract**

*Unlike other Muslim countries, Indonesia does not make any reference to sharia as a source of legislation in its Constitution. Despite the fact, some aspects of sharia have been incorporated into Indonesian legal system. These "Islamic" state laws have been challenged by Muslims in Indonesia since their very first enactment in 1970s and now they find a new avenue to be settled with the institution of the Constitutional Court in 2003. This paper is to analyze what happen when a country such as Indonesia suddenly has to adjudicate disputes on which interpretation of Islamic law valid in Indonesia? In particular, it will assess methods employed by the Constitutional Court Judges in Indonesia in arbitrating contentions between conservative Muslims' and the government's claims regarding the extent to which Islamic law should be recognized, applied, and enforced by the state? Is the Court's approach in settling down the cases still within the boundary of Islamic legal theory? This paper argues that the Court does declare itself as the legal authority in Indonesia and, thus, it reserves for itself the power to interpret and restrict Islamic law as it sees fit with the state's agenda. However, the Court does that by considering and utilizing the concepts and vocabularies in Islamic law to justify its decisions. Hence, the Court's decisions fall within the scope of *siyasa shar`iyya*, and its interpretation of which Islamic legal norms effective in Indonesia can be justified accordingly.*

**Key Words:** *Constitutinal Court Decisions, Interpretation of Islamic Law, Siyasa Syar`iyyah*

## **PENDAHULUAN**

Ketentuan tentang wajibnya hukum negara konsisten dengan norma syariah semakin banyak diadopsi oleh negara Islam atau berpenduduk mayoritas Muslim dalam beberapa dekade terakhir. Diantara negara-negara ini adalah: Afghanistan (lihat Pasal 3 *Afghan Constitution*); Mesir (lihat Pasal 2 *Egyptian Constitution*); Iran (lihat Pasal 2-4 *Iranian Constitution*); Pakistan (lihat Pasal 227 *Pakistani Constitution*); Qatar (lihat Pasal 1 of *Qatari Constitution*); Yaman (lihat Pasal 3 of *Yemeni Constitution*); and Arab Saudi (lihat *Basic Law* yang menyatakan bahwa

syariah adalah hukum yang mengikat dan semua peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan syariah tidak dapat diterapkan).<sup>1</sup>

Undang-Undang Dasar Indonesia tidak menyebutkan kata-kata Islam ataupun syariah sebagai salah satu sumber penyusunan peraturan perundang-undangan. Bahkan setiap usaha untuk mengembalikan syariah sebagaimana termaktub dalam Piagam Jakarta (“dengan kewajiban untuk menjalankan Syariat Islam bagi pemeluk Islam”) selalu gagal dalam sejarah Indonesia.<sup>2</sup> Alih-alih Islam, bangsa Indonesia memilih Pancasila sebagai ideologi negara. Sila pertama Pancasila berisi pengakuan negara akan peran formal negara dalam kehidupan nasional. Tapi, menjadikan hukum agama termasuk syariah sebagai sumber penyusunan peraturan perundang-undangan tidak segampang yang dibayangkan.

Status hukum syariah di Indonesia telah menjadi perdebatan sengit tidak hanya di parlemen tapi juga di tengah-tengah masyarakat. Hal ini terutama ketika ada Rancangan Undang-Undang yang bersinggungan dengan kehidupan umat Islam atau materinya telah diatur oleh hukum Islam klasik (fikih). Contoh kasus antara lain: penolakan terhadap RUU Perkawinan pada tahun 1973;<sup>3</sup> *Counter Legal Draft* KHI pada tahun 2004,<sup>4</sup> dan RUU Hukum Materil Perkawinan Islam pada tahun 2010.<sup>5</sup>

Ketika Mahkamah Konstitusi Indonesia dibentuk pada era reformasi, pertanyaan-pertanyaan terkait status syariah di Indonesia bisa diselesaikan secara legal formal. Dengan menggunakan pasal-pasal terkait HAM dalam UUD 1945 hasil amandemen kedua seperti: kebebasan beragama, kesetaraan di hadapan hukum, atau kebebasan dari segala bentuk diskriminasi, umat Islam di Indonesia bisa menggugat keabsahan tafsiran hukum Islam versi pemerintah. Mahkamah Konstitusi menjelma sebagai tempat untuk menetapkan pada tataran apa hukum Islam harusnya diterapkan, difasilitasi, atau dipaksakan oleh institusi negara.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Clark B. Lombardi, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt: The Incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional Law*, Leiden; Boston: Brill, 2006, h. 1.

<sup>2</sup> Untuk detail usaha mengembalikan Piagam Jakarta ke dalam UUD 1945 sejak periode kemerdekaan sampai periode reformasi, lihat Nadirsyah Hosen, “Religion and the Indonesian Constitution: A Recent Debate,” *Journal of Southeast Asian Studies*, Vol. 36, No. 3, October 2005, h. 419-420, 425-427.

<sup>3</sup> Lihat misalnya June S. Katz and Ronald S. Katz, “The New Indonesian Marriage Law: A Mirror of Indonesia’s Political, Cultural, and Legal Systems,” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 23, No. 4, Autumn, 1975.

<sup>4</sup> Lihat misalnya Marzuki Wahid, “Reformation of Islamic Law in Post-New Order Indonesia: A Legal and Political Study of the Counter Legal Draft of the Islamic Law Compilation,” in *Islam in Contention: Rethinking Islam and the State in Indonesia*, Ota Atsushi et al. eds., Jakarta; Kyoto; Taiwan: Wahid Institute-CSEAS-CAPAS, 2010.

<sup>5</sup> Lihat misalnya Stijn Cornelis van Huis and Theresia Dyah Wirastris, “Muslim Marriage Registration in Indonesia: Revised Marriage Registration Laws Cannot Overcome Compliance Flaws,” *Australian Journal of Asian Law*, Vol. 13, No. 1, Artikel 5, 2012.

<sup>6</sup> Simon Butt, “Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia,” *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 19, no. 2, 2010, h. 279-301.

Perkembangan ini menjadi problematik mengingat Indonesia memiliki sistem hukum yang berbeda dengan sistem hukum Islam tapi dihadapkan pada kenyataan untuk menjawab pertanyaan tafsiran hukum Islam mana yang absah di Indonesia. Bagaimana cara Hakim-Hakim Mahkamah Konstitusi, yang biasanya tidak memiliki latar belakang hukum Islam klasik, melaksanakan tugas berat menengahi perselisihan antara umat Islam dan pemerintah terkait norma hukum Islam mana yang harus diakui, diaplikasikan, dan dipaksakan oleh institusi negara? Apakah putusan Mahkamah Konstitusi tidak lebih dari kelanjutan teori hukum resepsi terkait status hukum Islam di Indonesia,<sup>7</sup> atau pendekatan dan argumen yang digunakan dalam memutus sengketa itu masih berada dalam batasan teori hukum Islam dan, oleh karena itu bisa dijustifikasi sebagai tafsiran resmi hukum Islam di Indonesia?

Untuk itu, tulisan ini pertama akan membahas konsep *siyasa shar`iyyah* sebagai dasar teori hukum Islam untuk penggabungan norma syariah ke dalam hukum negara. Seperti dikemukakan oleh Clark B. Lombardi, klausa supremasi syariah sebagai sumber penyusunan peraturan perundang-undangan di negara Muslim berasal dari konsep klasik *siyasa syar`iyyah* yang dikembangkan oleh Ibn Taimiya dan Ibn Qayyim Al-Jawziya.<sup>8</sup> Berikutnya, tulisan ini akan menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi terkait konstitusionalitas hukum Islam sebagaimana ditafsirkan oleh pemerintah. Meskipun Undang-Undang Dasar negara Indonesia tidak memiliki klausa supremasi syariah, metode yang digunakan untuk menggali informasi dari pemohon dan pemerintah yang melibatkan saksi ahli di bidang hukum Islam – dan kemudian penggunaan keterangan saksi ahli tadi dalam pertimbangan hukum – memenuhi salah satu kriteria *siyasa syar`iyyah*. Tulisan ini berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi memang menyatakan diri memiliki otoritas untuk menafsirkan dan membatasi hukum Islam di Indonesia dan tidak mau terikat dengan argumen yang dikemukakan oleh pemohon dan pemerintah.<sup>9</sup> Meskipun begitu, Mahkamah Konstitusi masih menggunakan konsep-konsep yang

<sup>7</sup> Ini adalah tesis dari Simon Butt setelah menganalisa putusan Mahkamah Konstitusi tentang ketentuan pembatasan poligami dalam UU Perkawinan No. 1/1974 dan ketentuan pembatasan kewenangan Peradilan Agama untuk menyidangkan pelanggaran pidana Islam dalam UU Peradilan Agama No. 3/2006. Menurut Butt, lewat perkara-perkara ini negara menyatakan dirinya tidak terikat dengan pelaku hukum Islam manapun dalam perdebatan ini, karena negara menyatakan dirinya mempunyai otoritas untuk menafsirkan dan membatasi hukum Islam yang menurutnya sesuai dengan agenda hukumnya, seperti penegakan HAM. Pendekatan semacam ini, menurut Butt, sama dengan teori hukum resepsi yang diperkenalkan oleh pemerintah kolonial Belanda karena negara membatasi pengakuan terhadap hukum Islam hanya pada bidang hukum tertentu dan menyangkal independensi otoritas hukum Islam. Lihat Butt, "Islam," h.285-287.

<sup>8</sup> Lihat Clark B. Lombardi, "Constitutional Provisions Making Sharia "A" or "The" Chief Source of Legislation: Where did They Come from? What do They Mean? Do They Matter?" *American University International Law Review*, vol. 28, no. 3, 2013, h. 737-743.

<sup>9</sup> *Ibid*; lihat juga Simon Butt and Tim Lindsey, *The Constitution of Indonesia: A Contextual Analysis*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2012, h. 248.

ada dalam hukum Islam untuk menjustifikasi keputusannya supaya dianggap sejalan dengan ajaran Islam. Oleh karena itu, putusan Mahkamah Konstitusi berada dalam lingkup *siyasa syar'iyah* dan penafsirannya terhadap norma hukum Islam mana berlaku di Indonesia bisa dibenarkan.

### **Siyasa Syar'iyah dan Penggabungan Norma Syariah ke dalam Hukum Negara**

Hukum Islam dianggap sebagai *jurist law* karena secara teori dan fakta sejarah, hukum Islam itu dikembangkan dan dijaga oleh para ahli hukum Islam (*fukaha*) yang independen dari institusi negara. Hal ini berlaku terutama ketika hukum Islam adalah sebuah *living law* dan tidak ada keraguan terhadap legitimasi para penguasa (Imam atau Khalifah) yang memberlakukan hukum.<sup>10</sup> Seiring dengan mundurnya otoritas politik khalifah di negara Islam dan munculnya negara bangsa, otoritas untuk memberlakukan hukum sekarang diambil alih oleh negara. Wael B. Hallaq, pakar teori hukum Islam, bahkan menyimpulkan bahwa tidak ada jalan untuk bisa memberlakukan hukum di era modern kecuali dengan menjadi agen pemerintah.<sup>11</sup> Kondisi ini kemudian memunculkan pertanyaan: bagaimana cara norma syariah bisa digabungkan ke dalam hukum negara, karena terdapat dua otoritas dalam pembuatan hukum antara Islam dan negara. Dalam Islam, Tuhan adalah sumber dari seluruh hukum; sedangkan ulama adalah agen yang menafsirkan dan menguraikan kehendak-Nya terhadap perbuatan manusia. Hasil pemahaman para ulama tadi terhadap kehendak-Nya tadi disebut fikih dan prosesnya disebut ijtihad. Pada sisi lain, negara bangsa memberi mandat untuk membuat hukum pada badan legislatif ataupun yudikatif.<sup>12</sup> Dikotomi otoritas hukum ini kemudian bisa diselesaikan sebagian dengan menggunakan konsep *siyasa syar'iyah*.

*Siyasa* adalah kosakata bahasa Arab yang berarti kebijaksanaan dalam mengatur urusan publik. *Siyasa* bisa meliputi pemberlakuan hukum/peraturan, pemilihan hukum/peraturan untuk digunakan dalam putusan pengadilan, dan keputusan yang diambil penguasa untuk memaksakan norma hukum tertentu. Kebijakan dan tindakan pemerintah didasarkan pada pertimbangan nilai-nilai tertentu, bisa saja didasarkan atas nilai-nilai filosofis negara, kemanusiaan, atau etis. *Syar'iyah* adalah kata sifat dari kata syariah, dan kata ini menunjukkan

<sup>10</sup> Lihat misalnya Lombardi, "State," h. 47-48.

<sup>11</sup> Wael B. Hallaq, *Sharia: Theory, Practice, Transformation*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, h. 549.

<sup>12</sup> Mark Cammack, "Islam, Nationalism, and the State in Suharto's Indonesia," *Wisconsin International Law Journal*, vol. 17, 1999, h. 30.

sesuatu yang terkait dengan atau konsisten dengan Syariah.<sup>13</sup> Jadi, *siyasa shar'iyah* berarti kebijaksanaan dalam mengatur urusan publik sesuai dengan norma syariah baik ketika memberlakukan hukum/peraturan ataupun memutuskan perkara di pengadilan.<sup>14</sup> Ibn Taymiyah menyatakan bahwa konsep *siyasa shar'iyah* bisa digunakan untuk menjustifikasi pemberlakuan dan penegakan hukum/peraturan/putusan yang dilakukan oleh negara sepanjang materi hukum/peraturan/putusan tersebut tidak keluar dari batas yang telah ditetapkan oleh ulama, dan hukum/peraturan/putusan tadi memajukan kesejahteraan umum.<sup>15</sup>

Menurut Frank E. Vogel, pemikiran Ibn Taymiyah terkait *siyasa shar'iyah* adalah logis dan pragmatis untuk menjawab persoalan dikotomi otoritas hukum antara Islam dan negara karena dengan *siyasa shar'iyah* dampak berlebihan dari kebijakan penguasa bisa dibatasi dan legitimasi norma syariah bisa diperluas sampai pada tataran kehidupan bernegara. *Siyasa shar'iyah* memberikan penguasa legitimasi syariah terhadap produk kebijakannya dengan ganti sedikit kekuasaan di bidang pemberlakuan hukum/peraturan yang dibagi dengan ulama. Pada sisi lain, *siyasa shar'iyah* meningkatkan efektivitas pencapaian tujuan yang ingin dicapai oleh syariah dalam kehidupan (yaitu kemaslahatan umum) dengan konsekuensi independensi ulama karena mereka semakin jauh dilibatkan dalam urusan negara.<sup>16</sup>

Konsep *siyasa shar'iyah* ini makin dikembangkan di zaman modern ini oleh para ahli hukum Islam yang berhaluan modernis. Contohnya Rasyid Rida, dia menawarkan struktur pemerintahan dan tatanan konstitusional baru yang didasarkan pada norma syariah dan konsultasi intensif dengan para ulama ahli hukum Islam. Dengan ini, negara akan menerapkan hukum yang konsisten dengan prinsip-prinsip ajaran Islam (*the clear scriptural principles*) yang berorientasi pada kemaslahatan umum.<sup>17</sup> Abd al-Razzaq al-Sanhuri – seorang pengacara, ahli teori hukum dan perancang UU di Mesir – bahkan berangkat lebih jauh dari teori tradisional *siyasa shar'iyah* di atas. Dia berpendapat bahwa hukum

<sup>13</sup> Lihat C.E. Bosworth, "Siyasa: (1) In the sense of statecraft, the management of affairs of state and, eventually, that of politics and political policy," in Bosworth, C.E.; Netton, I.R.; Vogel, F.E. "Siyāsa." Encyclopaedia of Islam, Second Edition. Edited by: P. Bearman; Th. Bianquis; , C.E. Bosworth; , E. van Donzel; and W.P. Heinrichs. Brill, 2011. Brill Online. University of Washington – LIBRARIES, [http://www.brillonline.nl/subscriber/entry?entry=islam\\_COM-1096](http://www.brillonline.nl/subscriber/entry?entry=islam_COM-1096), diunduh 26 Januari 2011; Frank E. Vogel, "Siyasa (3) In the sense of siyasa shar'iyah," in Bosworth, C.E.; Netton, I.R.; Vogel, F.E. "Siyāsa." Encyclopaedia of Islam, Second Edition. Edited by: P. Bearman; Th. Bianquis; , C.E. Bosworth; , E. van Donzel; and W.P. Heinrichs. Brill, 2011. Brill Online. University of Washington - LIBRARIES. [http://www.brillonline.nl/subscriber/entry?entry=islam\\_COM-1096](http://www.brillonline.nl/subscriber/entry?entry=islam_COM-1096), diunduh 26 Januari 2011; Lombardi, "State," h. 49.

<sup>14</sup> Lombardi, "State," h. 49.

<sup>15</sup> Sebagaimana dikutip oleh Lombardi, "State," h. 52-53.

<sup>16</sup> Vogel, "Siyasa".

<sup>17</sup> Lombardi, "Constitutional," h. 740.

sebuah negara Islam modern haruslah sejalan dengan dua hal, yaitu inti ajaran Islam yang telah diikuti sepanjang masa dan di banyak tempat (*the implicit principles i.e. unambiguous core scriptural rules followed at all times and places*) dan kemaslahatan umum. Darimana kita bisa mengetahui inti ajaran Islam yang tidak berubah (*non-derogable*), sangat umum (*extremely general principles*) serta telah dipatuhi sepanjang masa dan di banyak tempat ini? Menurut al-Sanhuri, mereka bisa diidentifikasi dari penafsiran-penafsiran hukum Islam para ahli hukum Islam klasik sepanjang terdapat keumuman dari penafsiran tadi. Konsekuensinya, beberapa aturan hukum yang termaktub dalam kodifikasi hukum modern Eropa bisa saja konsisten dengan inti ajaran Islam tadi dan oleh karena itu bisa dipakai atau tetap dipakai oleh negara-negara Arab modern jika kemaslahatan umum menghendakinya.<sup>18</sup>

Berdasarkan konsep tradisional dan pendekatan modern terhadap *siyash syar`iyyah* ini, ada dua aksi penting supaya kebijakan pemerintah di bidang pemberlakuan hukum/peraturan bisa masuk kategori *siyash syar`iyyah*: pertama, mengidentifikasi prinsip-prinsip universal dan tujuan syariah melalui analisis tekstual terhadap sumber-sumber utama syariah (al-Qur'an, Hadis, dan aturan-aturan yang telah disepakati oleh ulama fikih klasik atau Ijma'). Proses identifikasi ini dilakukan oleh ulama dengan menggunakan metode yang disebut *ijtihad*. Langkah ini biasanya diikuti dengan proses pemilihan aturan khusus yang diyakini bisa mencapai tujuan sosial tertentu.<sup>19</sup> Kedua, pemberlakuan aturan khusus tadi menjadi hukum atau peraturan negara, jika aparat hukum negara berpandangan bahwa aturan khusus ini akan memajukan kesejahteraan umum atau mereka sendiri menyimpulkan, tentunya lewat proses pembahasan rancangan hukum/peraturan, aturan khusus apa yang diyakini bisa memajukan kesejahteraan umum.<sup>20</sup>

Dalam teori hukum Islam, kesejahteraan umum dikenal lewat konsep *maslahah*. *Maslahah* sendiri merupakan tujuan utama dari pewahyuan syariah dalam agama Islam atau biasa disebut dengan *maqasid asy-syari'ah*.<sup>21</sup> Ada lima tujuan *maqasid ash-shariah*, yaitu untuk melindungi atau menjamin kelangsungan iman seseorang, kehidupan mereka, pikiran mereka, keturunan mereka, dan kekayaan mereka.<sup>22</sup> Keseluruhan lima tujuan utama syariah ini dimaksudkan

<sup>18</sup> *Ibid*, h.741.

<sup>19</sup> Lihat Lombardi, "State," h. 52.

<sup>20</sup> *Ibid*, h. 52-53.

<sup>21</sup> Lihat Asy-Syatibi, *al-Muwafaqat fi Usul asy-Syari'ah*, Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, t. t., volumell, h. 6.

<sup>22</sup> Lihat Al-Ghazali, *al-Mustasfa*, Cairo: al-Maktabah at-Tijariyyah al-Kubra, 1937, volume I, h. 139-140.

untuk memajukan kesejahteraan manusia secara umum.<sup>23</sup> Secara teori, *siyasah syar'iyah* menghendaki kerjasama langsung antara ulama dan pemerintah untuk menjamin bahwa produk hukum dan perundang-undangan yang dikeluarkan negara memenuhi unsur legitimasi dari sisi syariah dan legitimasi dari sisi kebijakan publik. Secara praksis, tugas ulama untuk menjamin legitimasi produk hukum/peraturan yang dikeluarkan negara dari sisi syariah bisa saja berupa *negative check* terhadapnya, sepanjang ulama menerima produk hukum/peraturan yang materinya terkait dengan ajaran Islam tadi.<sup>24</sup>

### **Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Apakah *Siyasah Syar'iyah* sudah Diterapkan?**

#### **1. Muhammad Insa (No. 12/PUU-V/2007): Konstitusionalitas Ketentuan Pembatasan Poligami dalam UU Perkawinan No. 1/1974**

Muhammad Insa mengajukan permohonan izin untuk melakukan poligami tahun 2007. Permohonannya ditolak oleh Pengadilan Agama dengan alasan bahwa Muhammad Insa tidak memenuhi syarat karena istri pertamanya menolak untuk memberikan izin (lihat Pasal 4 ayat 1-2 dan Pasal 5 ayat 1 UU Perkawinan No. 1/1974). Dalam permohonannya ke Mahkamah Konstitusi, Muhammad Insa lalu menyatakan bahwa pembatasan poligami yang diatur oleh UU Perkawinan No. 1/1974 telah membatasi kebebasannya untuk beribadah kepada Allah karena Ia percaya poligami adalah salah satu bentuk ibadah dalam ajaran Islam. Selanjutnya, Ia juga berpendapat bahwa pembatasan tersebut telah melanggar hak asasinya untuk menciptakan sebuah keluarga dan melanjutkan keturunannya melalui sebuah perkawinan yang sah (vide Pasal 28B ayat 1 UUD 1945). Ia kemudian meminta Mahkamah Konstitusi untuk memutuskan bahwa ketentuan tentang poligami dalam UU Perkawinan No. 1/1974 (yaitu Pasal 3 ayat (1-2), Pasal 4 ayat (1-2), Pasal 5 ayat (1), Pasal 9, Pasal 15, dan Pasal 24) tidak sesuai dengan konstitusi dan oleh sebab itu harus dinyatakan tidak berlaku.<sup>25</sup> Untuk mendukung argumennya dari segi hukum Islam, Ia mengutip ayat al-Qur'an surat an-Nisa ayat 3 dan Hadis dari Kitab Sahih Muslim yang menyatakan kebolehan poligami dalam Islam.

Permohonan ini tidak berhasil karena Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa monogami adalah asas perkawinan dalam UU Perkawinan No 1/1974.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Lombardi, "State," h. 53.

<sup>25</sup> Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi No. 12/PUU-V/2007, h. 17.

Poligami diizinkan hanya jika permohonan untuk itu memenuhi ketentuan yang tidak bertentangan dengan ajaran Islam. Dalam menyusun argumennya, Mahkamah Konstitusi merujuk pada penafsiran hukum perkawinan Islam yang diberika oleh para saksi ahli dari pihak pemerintah. Menurut para saksi ahli ini, poligami tidak masuk dalam kategori ibadah dalam syariah; poligami termasuk dalam aspek hubungan kemasyarakatan (*mu`amalat*) dalam syariah dan status hukum asalnya adalah boleh (mubah). Karena hukum dasar poligami adalah mubah, ketentuan pembatasan poligami dalam UU Perkawinan No. 1/1974 tidak bertentangan dengan klausa kebebasan beragama dalam UUD 1945. Tidak melakukan poligami, tidak merupakan pelanggaran terhadap kewajiban Islam di bidang ibadah. Bahkan ketentuan pembatasan poligami dalam UU Perkawinan No. 1/1974 bisa menjamin bahwa prinsip keadilan yang disyaratkan dari perkawinan poligami akan dipatuhi oleh para pemohon. Keadilan dalam perkawinan poligami ditafsirkan oleh Mahkamah Konstitusi dengan kemampuan untuk menyediakan nafkah untuk para istri dan anak, serta kemampuan untuk membagi waktu untuk seluruh rumah tangganya. Menurut Mahkamah Konstitusi, merupakan kewajiban negara lewat hukum dan sistem peradilanannya untuk menjamin terwujudnya keadilan bagi para pihak yang terkena dampak poligami, terutama perempuan dan anak-anak. Pembatasan poligami dalam UU Perkawinan No. 1/1974 justru sejalan dengan tujuan perkawinan di Indonesia, yakni untuk membentuk sebuah keluarga yang sakinah, mawaddah, dan rahmah.<sup>26</sup>

Mahkamah Konstitusi juga membenarkan otoritas negara untuk mengatur hukum Islam di Indonesia, dan kewajiban negara untuk mengatur aspek hukum yang akan mewujudkan keadilan, termasuk disini membatasi praktek poligami. Dengan hal ini berarti kebijakan pemerintah sesuai dengan ilmu hukum Islam (fikih). Dalam argumennya, Mahkamah kemudian mengutip testimoni yang diberikan oleh Huzaimah T. Yanggo, saksi ahli pemerintah. Beliau menyatakan bahwa atas dasar kepentingan umum, negara memiliki otoritas untuk menentukan ketentuan-ketentuan hukum yang harus ditaati oleh warga negaranya yang ingin melaksanakan poligami. Ini terutama dimaksudkan untuk mencapai tujuan perkawinan yakni terciptanya keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan yang maha esa.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Ibid, h. 93-96, 97-98, 99.

<sup>27</sup> Ibid, paragraf 3.15.4.

## 2. Suryani (No. 19/PUU-VI/2008): Konstitusionalitas Pembatasan Kewenangan Peradilan Agama untuk Menangani Kasus Pidana Islam dalam UU Peradilan Agama No. 3/2006

Pancasila dan sila pertamanya telah menjadikan Indonesia bukan sebagai negara agama yang hanya mendukung satu agama tertentu, dan bukan juga negara sekuler yang memisahkan agama dari urusan negara dan kemudian menyerahkan persoalan agama sepenuhnya pada individu. Hubungan antara agama dan negara di Indonesia yang dipahami seperti ini, telah didukung oleh Mahkamah Konstitusi lewat putusannya pada kasus konstitusionalitas UU Peradilan Agama yang diajukan oleh Suryani.

Dalam permohonannya, Suryani menyatakan bahwa hak konstitusionalnya untuk mendapat kebebasan beragama telah dilanggar oleh Pasal 49 ayat (1) UU No. 7/1989 sebagaimana diamandemen oleh UU No. 3/2006 tentang Peradilan Agama. Pasal 49 ayat (1) berbicara tentang yurisdiksi Peradilan Agama yang diperluas dari hanya penyelesaian sengketa antara umat Islam pada kasus hukum keluarga, hibah dan wakaf, menjadi juga meliputi penanganan sengketa di bidang ekonomi syariah dan zakat serta infak dan sedekah. Menurut Suryani, umat Islam diwajibkan untuk menjalankan syariat secara sempurna termasuk di bidang hukum pidana Islam (*jinayah*). Untuk mendukung argumennya, Suryani mengutip ayat al-Qur'an yang menyebutkan tentang pencurian sebagai sebuah kejahatan yang dihukum dengan potong tangan. Konsekuensinya, seluruh aspek syariah harus ditegakkan oleh pemerintah di Indonesia. Pasal 49 ayat (1), sebab itu, telah menghalangi kebebasannya untuk memmanifestasikan Islam secara keseluruhan (*kaffah*) dengan cara mematuhi semua aspek syariah termasuk di bidang hukum pidana Islam. Jika dia, dan umat Islam di Indonesia, harus menegakkan sendiri hukum pidana Islam, ini tentu dianggap bertentangan dengan hukum. Untuk itu, dia meminta Mahkamah Konstitusi untuk menyatakan Pasal 49 ayat (1) inkonstitusional karena tidak sejalan dengan pasal 28E ayat (1), 28I ayat (1-2) dan 29 ayat (1-2) UUD 1945, dan menyatakannya tidak berlaku lagi.<sup>28</sup>

Mahkamah Konstitusi menolak permohonan Suryani tentang inkonstitusionalitas Pasal 49 ayat (1). Dalam pertimbangan hukumnya, terutama bagian yang terkait dengan argumen Suryani tentang pelaksanaan

<sup>28</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi No. 19/PUU-VI/2008, h. 14-15.

syariah secara *kaffah* di Indonesia, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa argumen pemohon tidak sesuai dengan prinsip ideologi yang dianut di Indonesia terkait hubungan antara negara dan agama karena:

*Indonesia bukan negara agama yang hanya didasarkan pada satu agama tertentu, namun Indonesia juga bukan negara sekuler yang sama sekali tidak memperhatikan agama dan menyerahkan urusan agama sepenuhnya kepada individu dan masyarakat. Indonesia adalah negara yang ber-Ketuhanan Yang Maha Esa yang melindungi setiap pemeluk agama untuk melaksanakan ajaran agamanya masing-masing ... hukum nasional harus menjamin keutuhan ideologi dan integrasi wilayah negara, serta membangun toleransi beragama yang berkeadilan dan berkeadaban. Dengan demikian, hukum nasional dapat menjadi faktor integrasi yang merupakan alat perekat dan pemersatu bangsa. Pelayanan negara kepada warga negara tidak didasarkan pada ukuran besar (mayoritas) dan kecil (minoritas) pemeluk agama, suku ataupun ras ... hukum Islam memang menjadi sumber hukum nasional, tetapi hukum Islam bukanlah satu-satunya sumber hukum nasional, sebab selain hukum Islam, hukum adat, dan hukum barat, serta sumber tradisi hukum lain pun menjadi sumber hukum nasional. Oleh sebab itu, hukum Islam dapat menjadi salah satu sumber materiil sebagai bahan peraturan perundang-undangan formal. Hukum Islam sebagai sumber hukum dapat digunakan bersama-sama dengan sumber hukum lainnya, sehingga menjadi bahan pembentukan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai hukum nasional.<sup>29</sup>*

Berdasarkan hal ini, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa hukum pidana Islam (*jinayah*) bukanlah aspek Syariah yang membutuhkan intervensi negara untuk implementasinya, dan, karenanya, *jinayah* tidak harus disusun dan diberlakukan dalam sistem hukum Indonesia. Mahkamah Konstitusi sayangnya tidak memberikan argumen hukum yang cukup tentang mengapa *jinayah* tidak bisa ditegakkan di Indonesia. Argumen yang diberikan oleh Mahkamah Konstitusi bahwa “hukum nasional dapat menjadi faktor integrasi yang merupakan alat perekat dan pemersatu bangsa terasa janggal jika dihadapkan dengan fakta bahwa beberapa elemen *jinayah* telah diimplementasikan di Aceh. Sedangkan di Aceh tidak seluruh penduduknya beragama Islam. Berdasarkan hal ini, Simon Butt berpendapat bahwa sikap seperti ini menyerupai kebijakan yang diambil oleh pemerintah kolonial Belanda, yaitu yang dikenal lewat

---

<sup>29</sup> Ibid.

teori hukum resepsi. Sama seperti teori hukum resepsi klasik, teori hukum resepsi baru ini hanya mengakui hukum Islam pada aspek yang terbatas dan mengecualikan hukum publik dan pidana Islam serta tidak mengakui independensi otoritas hukum Islam di Indonesia.<sup>30</sup>

### 3. Halimah (No. 38/PUU-IX/2011): Konstitusionalitas Ketentuan Perselisihan dan Pertengkaran Terus Menerus sebagai Alasan Perceraian dalam UU Perkawinan No. 1/1974

Halimah menikahi Bambang Trihatmojo, anak mantan Presiden Soeharto, tahun 1981. Perceraianya dengan Bambang dipicu oleh *affair* yang dijalin oleh Bambang dengan seorang selebriti sejak tahun 2002. Bambang kemudian menikahi selebriti itu tanpa mencatatkan pernikahan tersebut, pada saat yang sama Bambang masih berada dalam ikatan pernikahan dengan Halimah. Halimah tidak mau bercerai dari Bambang, tapi Bambang tetap mengajukan gugatan cerai talak melalui Pengadilan Agama tahun 2007 dengan alasan bahwa terdapat perselisihan dan pertengkaran terus menerus di antara mereka. “Perselisihan dan pertengkaran terus menerus” adalah salah satu alasan perceraian yang diberikan oleh penjelasan Pasal 39 ayat (2) UU No. 1/1974 tentang Perkawinan. Halimah menyatakan bahwa ketentuan ini telah melanggar hak konstitusionalnya untuk mendapatkan perlindungan hukum dan keadilan (vide Pasal 28D ayat (1) dan 28H ayat (2) UUD 1945). Untuk mendukung argumennya, Halimah merujuk pada yurisprudensi hukum Islam (fikih) yang tidak menyebutkan “perselisihan dan pertengkaran terus menerus” sebagai alasan untuk cerai talak. Fikih hanya menyebutkan perzinahan, *nushuz*, kebiasaan mabuk, berjudi, atau tindakan kriminal yang dilakukan oleh seorang istri sebagai alasan untuk menceraikannya. Dia juga menyebutkan al-Qur’an surat an-Nisa ayat 19 yang berisi peringatan kepada laki-laki yang secara terburu-buru menceraikan istrinya.<sup>31</sup>

Halimah membawa saksi ahli yang kesemuanya mempertanyakan nilai filosofis dari “perselisihan dan pertengkara terus menerus” dan berpendapat bahwa ketentuan ini tidak sejalan dengan nilai-nilai universal dalam al-Qur’an dan Hadis terkait hubungan antara laki-laki dan perempuan. Contohnya Siti Musdah Mulia, beliau menyatakan bahwa al-Qur’an dan Hadis tidak pernah merinci alasan bagi seorang suami untuk menceraikan istrinya. Yurisprudensi

<sup>30</sup> Simon Butt, “Islam,” h. 285.

<sup>31</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi No. 38/PUU-IX/2011, h. 3-6.

hukum Islam (fikih) hanya menyebutkan alasan-alasan berikut: praktek perceraian atas inisiatif istri (*khul*),<sup>32</sup> adanya unsur *khiyar*,<sup>33</sup> adanya unsur *faskh*,<sup>34</sup> adanya unsur *nushuz*, dan *zihar*.<sup>35</sup> Alasan-alasan perceraian yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan di negara Muslim seperti Indonesia dan Malaysia merupakan bagian dari penafsiran pemerintah terhadap hukum Islam. Menurut Siti Musdah Mulia, penafsiran yang dilakukan oleh pemerintah terhadap hukum Islam diperbolehkan berdasarkan konsep *siyash syar'iyah* yang dikembangkan oleh ahli hukum klasik seperti al-Mawardi and Ibn Taimiyah. Terkait dengan "perselisihan dan pertengkaran terus menerus," dia berpendapat bahwa ketentuan ini tidak termasuk pada *siyash syar'iyah* karena ketentuan ini tidak ada dasarnya dalam ajaran Islam, diskriminatif terhadap perempuan, potensi membahayakan perempuan, dan tidak sejalan dengan perlindungan HAM yang dijamin oleh konstitusi.<sup>36</sup>

Mahkamah Konstitusi menolak permohonan Halimah karena argumen hukum yang ia berikan tidak berdasar. Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 adalah terkait dengan tindakan afirmatif; sedangkan hubungan antara suami dan istri dalam sebuah perkawinan adalah sejajar sesuai dengan Pasal 31 ayat (1) UU Perkawinan No. 1/1974. Konsekuensinya, tindakan afirmatif tidak diperlukan. Mahkamah Konstitusi juga memandang "perselisihan dan pertengkaran terus menerus" sebagai alasan yang valid untuk memutuskan ikatan perkawinan yang tidak lagi sejalan dengan tujuan pernikahan dalam UU Perkawinan, yaitu untuk membina keluarga yang *sakinah, mawaddah, rahmah*. Hal ini disebabkan hukum harus memberikan jalan keluar untuk menghindari peristiwa yang tidak diinginkan dari sebuah perkawinan yang mengalami perselisihan dan pertengkaran terus menerus, yang bisa saja

<sup>32</sup> *Khul* adalah perceraian atas inisiatif istri dimana sang istri harus membayar uang kompensasi kepada suami. Lihat "khiuli." Encyclopaedia of Islam, Second Edition, Glossary and Index of Terms. Edited by: A B. Brill Online, 2013. Reference. University of Washington - LIBRARIES. [http://referenceworks.brillonline.com.offcampus.lib.washington.edu/entries/encyclopaedia-of-islam-2-Glossary-and-Index-of-Terms/khul-SIM\\_gi\\_02358](http://referenceworks.brillonline.com.offcampus.lib.washington.edu/entries/encyclopaedia-of-islam-2-Glossary-and-Index-of-Terms/khul-SIM_gi_02358), diunduh 22 April 2013.

<sup>33</sup> *Khiyar* adalah hak pihak-pihak yang terlibat dalam sebuah kontrak untuk menghentikan kontrak secara sepihak. Dalam perkawinan *khiyar* bisa terjadi dalam kasus perkawinan yang tidak sekuat, atau ketika anak dibawah umur telah dinikahkan oleh seorang wali yang bukan ayah atau kakeknya. Sehingga ketika ia mencapai usia dewasa, ia bisa memilih apakah akan mempertahankan perkawinannya tersebut atau mengakhirinya. Lihat "Khiyar." Encyclopaedia of Islam, Second Edition. Brill Online, 2013. Reference. University of Washington - LIBRARIES. [http://referenceworks.brillonline.com.offcampus.lib.washington.edu/entries/encyclopaedia-of-islam-2/khiyar-COM\\_0509](http://referenceworks.brillonline.com.offcampus.lib.washington.edu/entries/encyclopaedia-of-islam-2/khiyar-COM_0509), diunduh 22 April 2013.

<sup>34</sup> Pembubaran perkawinan lewat *faskh* terjadi atas inisiatif istri atau keluarganya. Pada zaman modern ini, *faskh* dilakukan lewat proses pengadilan. *Faskh* bisa terjadi pada kasus perkawinan yang gagal untuk memenuhi kondisi tersurat dan tersirat, bisa juga pada kasus-kasus dimana perjanjian pernikahan menjadi tidak efektif disebabkan ketidakteraturan. Biasanya *faskh* merupakan upaya hukum yang terbuka bagi istri untuk mengakhiri tali pernikahan yang mengalami kasus kekerasan dalam rumah tangga. Lihat ChafikChehata. "Faskh." Encyclopaedia of Islam, Second Edition. Brill Online, 2013. Reference. University of Washington - LIBRARIES. [http://referenceworks.brillonline.com.offcampus.lib.washington.edu/entries/encyclopaedia-of-islam-2/faskh-SIM\\_2316](http://referenceworks.brillonline.com.offcampus.lib.washington.edu/entries/encyclopaedia-of-islam-2/faskh-SIM_2316), diunduh 22 April 2013.

<sup>35</sup> *Zihar* adalah penistaan yang dilakukan oleh suami kepada istrinya yang menyamakan istrinya dengan perempuan-perempuan yang haram untuk dinikahinya, hal ini menyebabkan suami harus menceraikan istrinya. Lihat <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/Z/Zihar.aspx>, diunduh 22 April 2013.

<sup>36</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi No. 38/PUU-IX/2011, h. 14-19.

berakhir membahayakan keselamatan salah satu pihak. Dengan menjadikan “perselisihan dan pertengkaran terus menerus” sebagai salah satu alasan valid untuk bercerai, hukum telah memberikan langkah pencegahan terjadinya kekerasan dalam rumah tangga dari perkawinan yang mengalami kondisi perselisihan dan pertengkaran terus menerus ini. Ketika menjelaskan hal ini, Mahkamah Konstitusi mengutip prinsip hukum Islam *sadd az-zari`ah* (langkah pencegahan) untuk mendukung argumennya.<sup>37</sup>

#### **4. Machica (No. 46/PUU-VIII/2010): Konstitusionalitas Ketentuan Terbatasnya Hubungan Hukum Anak yang Lahir di Luar Pernikahan dengan Bapaknya dalam UU Perkawinan No. 1/1974**

Machica menikah dengan Moerdiono sesuai dengan hukum agama Islam, tapi pernikahan ini tidak dicatatkan sesuai dengan hukum negara. Ketika Moerdiono menikahi Machica, dia masih terikat perkawinan dengan istri pertamanya. Pernikahan Machica-Moerdiono sudah memenuhi ketentuan Syariat Islam yaitu adanya calon mempelai pria, wanita, wali nikah pihak wanita, ijab dari wali nikah pihak wanita, dan kabul dari mempelai pria. Akan tetapi, anak dari hasil pernikahan mereka hanya punya hubungan hukum dengan ibunya dan keluarga pihak ibunya berdasarkan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan No. 1/1974. Hal ini disebabkan pernikahan orang tuanya yang tidak tercatat tidak memiliki implikasi hukum berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan No. 1/1974. Konsekuensinya, anak ini tidak bisa mendapatkan nama bapaknya (Moerdiono) atau mendapatkan nama Moerdiono dicetak di akte kelahirannya. Machica kemudian berusaha keras untuk mendapatkan keabsahan status hukum dari pernikahannya dan status hubungan kekerabatan Moerdiono sebagai bapak dari anaknya, serta nafkah anaknya dari Moerdiono; tapi dia selalu mengalami jalan buntu.

Setelah Mahkamah Konstitusi berdiri, Machica mengajukan permohonan uji konstitusionalitas Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan No. 1/1974. Dia berpendapat bahwa anaknya dan dirinya sendiri mempunyai hak konstitusional untuk membangun sebuah keluarga dan mendapatkan kehormatan melalui sebuah perkawinan (vide Pasal 28B ayat (1) UUD 1945), dan kebebasan untuk tumbuh kembang bebas dari diskriminasi bagi anaknya (vide Pasal 28B ayat (2) UUD 1945), dan untuk diakui dan dijamin akan hak

<sup>37</sup> Ibid, h. 43.

mendapatkan kepastian hukum dan kesetaraan di depan hukum (vide Pasal 28D ayat (1) UUD 1945). Kesemua hal ini merupakan hak-hak konstitusionalnya yang telah dilanggar oleh ketentuan dalam UU Perkawinan No. 1/1974 tadi. Dia percaya bahwa pernikahannya dengan Moerdiono adalah sah menurut hukum negara karena pernikahannya tersebut dilakukan sesuai dengan hukum agama (Syariat) (vide Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan No. 1/1974). Oleh karena itu, Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan No. 1/1974 seharusnya tidak berlaku untuk kasus ini.

Untuk mendukung argumennya, Machica mendatangkan seorang saksi ahli hukum Islam yang memberikan kesaksian bahwa tidak ada keharusan untuk mencatatkan pernikahan dalam yurisprudensi hukum Islam (fikih). Seorang warga negara, akan tetapi, diwajibkan oleh al-Qur'an dan Hadis untuk mematuhi pemerintah dan hukum/peraturannya. Karena ketentuan pencatatan perkawinan dan status hukum anak yang lahir di luar pernikahan mempunyai kualitas menjadi *siyasaḥ syar'iyah*, sang saksi ahli menyarankan Mahkamah Konstitusi untuk menimbang mana yang mendatangkan dampak negatif (*madharat*) yang lebih sedikit: mempertahankan atau menghapus kedua ketentuan ini dari UU Perkawinan. Melakukan pertimbangan hukum seperti ini sesuai dengan kaidah penafsiran hukum dalam hukum Islam.<sup>38</sup>

Mahkamah Konstitusi kemudian memutuskan sebagian dari permohonan Machica tahun 2012, dengan menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan No. 1/1974 adalah inkonstitusional dan tidak mempunyai hukum mengikat dengan syarat. Maksudnya, ketiadaan ikatan pernikahan yang sah dimaknai sebagai faktor untuk menghilangkan hubungan perdata anak yang lahir dari hubungan tersebut dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya. Oleh karena itu, Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan No. 1/1974 harus dibaca sebagai berikut:

*“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”<sup>39</sup>*

<sup>38</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010, h. 12-14.

<sup>39</sup> Ibid, h. 35-36.

Menurut Mahkamah Konstitusi, seorang perempuan tidak akan bisa hamil tanpa seorang laki-laki yang menyumbang spermanya. Oleh karena itu, tidak adil jika hukum mengatakan hubungan hukum anak yang lahir di luar pernikahan adalah hanya dengan ibunya karena ini berarti hukum telah melepaskan laki-laki yang spermanya telah menyebabkan kehamilan perempuan tadi dari segala bentuk tanggung jawab hukum terhadap anaknya. Untuk itu hukum harus memberikan perlindungan hukum kepada setiap anak, terlepas dari status pernikahan orang tuanya, sepanjang bisa dibuktikan melalui ilmu pengetahuan dan teknologi bahwa laki-laki tersebut adalah ayah biologisnya. Terkait dengan ketentuan pencatatan perkawinan, Mahkamah Konstitusi memutuskan permohonan Machica sebagai tidak berdasar. Pencatatan perkawinan tidak menentukan keabsahan sebuah pernikahan; yang menentukan keabsahannya adalah terpenuhinya ketentuan-ketentuan perkawinan yang disyaratkan oleh hukum agama pada waktu pernikahan tersebut dilangsungkan. Pencatatan perkawinan sebatas menjadi kewajiban administratif yang dibebankan oleh undang-undang.<sup>40</sup>

Pada isu norma hukum mana yang harus dirujuk dalam kasus ini, Mahkamah Konstitusi telah memberikan tanggapan yang berbeda. Terkait isu keabsahan pernikahan, Mahkamah Konstitusi mengakui otoritas yurisprudensi hukum Islam klasik (fikih) dalam menentukan keabsahan perkawinan yang dilakukan oleh orang Islam. Pada isu anak yang lahir di luar pernikahan, Mahkamah Konstitusi lebih memberikan prioritas kepada norma konstitusi untuk dipatuhi. Mahkamah Konstitusi tidak membedakan dalam putusannya antara anak yang lahir dalam sebuah pernikahan yang tidak dicatatkan tapi sah secara hukum agama, dan anak yang lahir di luar pernikahan. Sebagaimana kesaksian yang diberikan saksi ahli, yurisprudensi hukum Islam klasik (fikih) telah menetapkan hubungan hukum anak yang lahir di luar pernikahan hanya pada ibunya.

Semua putusan Mahkamah Konstitusi adalah keputusan final. Kenyataan ini menjadikan legislasi hukum keluarga Indonesia di masa depan tidak boleh memuat ketentuan yang membatasi hubungan hukum anak yang lahir di luar pernikahan dengan ayah biologisnya. Melihat besarnya dampak putusan ini terhadap asas hukum keluarga Islam di Indonesia, Komisi Fatwa Majelis Ulama Indonesia

<sup>40</sup> Ibid, h. 33-34.

kemudian mengeluarkan fatwa untuk menanggapi putusan tersebut. Materi fatwa ini tidaklah baru karena isinya mengulang pendapat Imam mazhab hukum Islam dan/atau fatwa sebelumnya terkait statu hukum anak yang lahir di luar pernikahan. Menurut mereka, hubungan keturunan anak tersebut, kewarisan dan nafkahnya hanya dengan ibu dan keluarga ibunya. Akan tetapi, fatwa ini memberikan mandat kepada negara untuk menerapkan hukuman *ta'zir* kepada laki-laki yang telah menyebabkan kelahiran anak tersebut, seperti menghukumnya untuk menyediakan nafkah atau membuat wasiat harta untuk anak tersebut. Hal baru dari fatwa ini adalah ketika MUI merekomendasikan kepada pemerintah untuk menyusun draft hukum yang mengatur perzinahan dan perselingkuhan sebagai sebuah kejahatan umum yang diancam dengan hukuman yang berat. Hukum pidana yang berlaku saat ini di Indonesia hanya memperlakukan perzinahan sebagai sebuah delik aduan. Rekomendasi ini dibuat untuk menjerakan pelaku dan mencegah masyarakat untuk tidak melakukan perzinahan dan perselingkuhan.<sup>41</sup> Melalui fatwa ini, MUI juga menyatakan dirinya sebagai penjaga hukum Islam yang harus dimintai pendapatnya oleh pemerintah terkait hukum Islam di Indonesia.

## KESIMPULAN

Keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator* telah memberikan ukuran yang lebih definitif terhadap perdebatan klasik status hukum Islam di Indonesia dan juga keabsahan penafsiran hukum Islam yang mana berlaku di Indonesia. Sebelumnya, perdebatan ini semata-mata berada pada tataran wacana akademis tanpa putusan yang mengikat sebagai akibat ketiadaan otoritas *judicial review* di Indonesia. Setelah berdirinya Mahkamah Konstitusi tahun 2003, perdebatan ini bisa diselesaikan melalui proses peradilan.

Konstitusi Indonesia tidak menyebutkan syariah sebagai sumber legislasi nasional yang harus dipatuhi, dan para hakim Mahkamah Konstitusi tidak secara tradisional dididik untuk melaksanakan ijtihad. Akibatnya, metode hibrida telah diadopsi oleh Mahkamah Konstitusi untuk mengakomodasi otoritas sumber tekstual hukum Islam di Indonesia yang berbilang. Putusan Mahkamah Konstitusi, karenanya, berisi instrumen hukum Islam dan non-Islam, yang merefleksikan penghormatan para hakim terhadap norma hukum Islam dan transformasi prinsip-prinsip Syariah dalam kerangka penegakan HAM. Dalam prosesnya, Mahkamah

<sup>41</sup> Fatwa Majelis Ulama Indonesia No. 11 of 2012 tentang Status Anak yang Lahir Di luar Pernikahan dan Perlakuan Terhadapnya.

Konstitusi menyatakan dirinya tidak terikat oleh para pelaku hukum Islam dan pendapat mereka tentang penafsiran hukum Islam mana yang abash. Hal ini disebabkan Mahkamah Konstitusi menetapkan dirinya memiliki kuasa untuk menfasirkan dan membatasi hukum Islam yang dalam pandangannya sesuai dengan agenda negara (seperti penegakan HAM). Meskipun begitu, Mahkamah Konstitusi masih menggunakan konsep dan prinsip hukum dalam hukum Islam untuk membenarkan putusannya masih berada dalam batasan Islam. Oleh karena itu, putusan Mahkamah Konstitusi masuk ke dalam ruang lingkup *siyasah syar'iyah*, paling kurang berdasarkan konsep modern *siyasah syar'iyah* yang dikembangkan oleh Abd al-Razzaq al-Sanhuri, dan penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap norma hukum Islam mana yang berlaku di Indonesia bisa dijustifikasi berdasarkan konsep *siyasah syar'iyah* juga.

Satu pertanyaan tersisa dari kesimpulan ini terutama terkait dengan efektivitas putusan Mahkamah Konstitusi sebagai penafsiran yang absah terhadap norma hukum Islam mana yang berlaku di Indonesia. Pertanyaan ini menjadi penting ketika putusan Mahkamah Konstitusi adalah final dan tidak bisa ditarik kembali, sedangkan ulama di Indonesia tetap dengan agendanya yaitu mendorong pemahaman *siyasah syar'iyah* tradisional (otoritas fikih klasik sebagai referensi abadi dalam menyelesaikan persoalan hukum kontemporer yang dihadapi oleh umat Islam di Indonesia). penelitian empiris lanjutan, karenanya, perlu dilakukan untuk mengetahui apakah putusan Mahkamah Konstitusi mampu untuk menyelesaikan persoalan ketidakpastian hukum yang disebabkan oleh yurisprudensi hukum Islam (*fikih*) dan hukum Islam versi negara, terutama untuk isu-isu perennial seperti perkawinan poligami, pencatatan perkawinan, perkawinan di bawah umur, dan implementasi hukum pidana Islam dalam sistem hukum nasional.

## DAFTAR ISI

Al-Ghazali, 1937, *al-Mustasfa*, Cairo: al-Maktabah at-Tijariyyah al-Kubra.

Asy-Syatibi, t.t., *al-Muwafaqat fi Usul asy-Syari'ah*, Beirut: Dar al-Kutub al-`Ilmiyyah.

Butt, Simon and Tim Lindsey, 2012, *The Constitution of Indonesia: A Contextual Analysis*, Oxford and Portland: Hart Publishing.

- Butt, Simon, 2010, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia," *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 19, no. 2.
- Hallaq, Wael B. 2009, *Sharia: Theory, Practice, Transformation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Hosen, Nadirsyah, 2005, "Religion and the Indonesian Constitution: A Recent Debate," *Journal of Southeast Asian Studies*, Vol. 36, No. 3.
- Huis, Stijn Cornelis van and Theresia Dyah Wirastri, 2012, "Muslim Marriage Registration in Indonesia: Revised Marriage Registration Laws Cannot Overcome Compliance Flaws," *Australian Journal of Asian Law*, Vol. 13, No. 1, Article 5.
- Katz, June S. and Ronald S. Katz, 1975, "The New Indonesian Marriage Law: A Mirror of Indonesia's Political, Cultural, and Legal Systems," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 23, No. 4.
- Lombardi, Clark B., 2006, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt: The Incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional Law*, Leiden; Boston: Brill.
- Lombardi, Clark B., 2013, "Constitutional Provisions Making Sharia 'A' or 'The' Chief Source of Legislation: Where did They Come from? What do They Mean? Do They Matter?," *American University International Law Review*, vol. 28, no. 3.
- Cammack, Mark, 1999, "Islam, Nationalism, and the State in Suharto's Indonesia," *Wisconsin International Law Journal*, vol. 17.
- Wahid, Marzuki, 2010, "Reformation of Islamic Law in Post-New Order Indonesia: A Legal and Political Study of the Counter Legal Draft of the Islamic Law Compilation," in *Islam in Contention: Rethinking Islam and the State in Indonesia*, Ota Atsushi et al. eds., Jakarta; Kyoto; Taiwan: Wahid Institute-CSEAS-CAPAS.

# Hakim Konstitusi Adalah Hati dalam Tubuh Mahkamah Konstitusi

**Danang Hardianto**

Badan Konsultasi dan Bantuan Hukum Universitas 17 Agustus 1945  
Semarang

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Hakim Konstitusi adalah segumpal daging yaitu hati dalam tubuh Mahkamah Konstitusi (MK). Jika hati itu baik maka baik pula tubuh itu dan sebaliknya jika hati itu buruk maka buruk pula tubuh itu. Hati yang baik itu diisi oleh hakim yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; adil; dan negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Oleh karena itu mereka memiliki kewajiban untuk membuat putusan yang responsif dan preskriptif demi tegaknya hukum berdasar moralitas dan kebenaran. Putusan itu menjadi matahari yang akan tetap bersinar dan menyinari kehidupan nusa dan bangsa.

**Kata Kunci: Hakim Konstitusi, Integritas, Keadilan.**

## ***Abstract***

*Constitutional judges denote a piece of flesh i.e. heart in the body of the Constitutional Court. If it is good, the whole body is good, and if it is bad, or else if it is bad, the whole boy is bad. The good heart is filled by the judges who have impeccable integrity and personality; be fair-minded; and be statesman who have mastered constitution and constitutional law. They therefore have an obligation to make a responsive and prescriptive decision in order to enforce the law based on the morality and the truth. The decision becomes the sun which will continue to shine and illuminate the life of the country.*

***Key word: Constitutional Justice, Integrity, Justice***

## PENDAHULUAN

Badai ujian Mahkamah Konstitusi (MK) sedikit mereda bukan berarti badai itu tidak akan terus menimpa MK layaknya seperti kehidupan manusia pada umumnya, namun demikian dengan disahkannya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 2013 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi. Undang-Undang (UU) ini dapat dikatakan sebagai tonggak kelahiran kembali MK yang sempat diragukan kredibilitas dan akuntabilitasnya oleh publik beberapa waktu yang lalu. Keraguan itu lebih ditujukan kepada kapasitas hakim konstitusi.

MK hanyalah sebuah lembaga yang dibebani tugas dan kewenangan oleh Konstitusi dan Undang-Undang. Sebuah lembaga dapat diibaratkan tubuh manusia dan paling inti dari setiap diri manusia ialah segumpal daging yang bernama hati. Dengan kata lain, hakim konstitusi adalah “hati” dalam tubuh MK, ketika hakim konstitusi itu baik maka MK menjadi baik pula karena hati selalu bersentuhan dengan percikan dari sifat-sifat Tuhan.<sup>1</sup>

Pemikiran ini mengingatkan kita kepada sebuah sabda Nabi Muhammad yang didengar oleh An-Nu'man bin Basyar dengan mengatakan: “Ketahuilah, sesungguhnya dalam tubuh manusia ada segumpal daging, jika segumpal daging itu baik seluruh tubuh manusia, dan jika segumpal daging itu buruk, maka akan buruk seluruh tubuh manusia, ketahuilah bahwa segumpal daging itu adalah hati”, dari Hadits riwayat Bukhori dan Muslim.<sup>2</sup>

Perlu diingat pula bahwa putusan pada pengadilan biasa hanya menentukan nasib para pihak yang bersengketa dalam kasus perdata, menghukum terdakwa satu atau lebih dalam hukum pidana tetapi putusan yang diambil oleh MK menentukan nasib bangsa dan negara. Oleh karena itu, dengan hati yang baik, para hakim MK akan selalu melahirkan putusan responsif dan preskriptif yang berkeadilan bagi seluruh rakyat Indonesia yang tidak berbenturan dengan moralitas dan kebenaran. Putusan itu menjadi matahari yang akan tetap bersinar dan menyinari sendi-sendi kehidupan bangsa Indonesia.<sup>3</sup>

Goresan tulisan ini sebagai serpihan sumbangsih pemikiran tentang hakikat hakim konstitusi yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; adil;

<sup>1</sup> James Fadiman dan Robert Frager (Ed.), *Indahnya Menjadi Sufi*, alih bahasa: Helmi Mustofa, Yogyakarta: Pustaka Sufi, 2002, h. 115.

<sup>2</sup> Kudang Abdullah B. Seminar, “Hati Mengeras Tak Tersiram Kitabullah”, diakses dari [http://www.iium.edu.my/kkk/pdf\\_tazkirah/hati.pdf](http://www.iium.edu.my/kkk/pdf_tazkirah/hati.pdf), diunduh tanggal 25 Desember 2013.

<sup>3</sup> Jalaluddin Rumi, *Yang Mengenal Dirinya Yang Mengenal Tuhannya aforisme-aforisme sufistik Jalaluddin Rumi*, Penerjemah: Anwar Kholid, Bandung: Pustaka Hidayah, 2006, h. 133.

dan negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Tulisan ini dapat pula menjadi *input* bagi tim panel ahli untuk memilih putra dan putri terbaik bangsa untuk menjadi hakim pengawal konstitusi (*justices of the guardian of the constitution*).

## PEMBAHASAN

### A. Integritas dan Kepribadian Tidak Tercela

Integritas adalah kualitas kejujuran dan memiliki prinsip moral-moral yang kuat.<sup>4</sup> Kejujuran mengajarkan sesuatu yang baik, dapat dipercaya, kebajikan, tidak berbohong dan menipu. Prinsip kejujuran adalah prinsip utama dalam kehidupan manusia. Kualitas seseorang diukur dari tingkat kejujurannya, dimanapun dia berada dia akan selalu diterima dan dihormati karena kejujurannya. Kejujuran seyogyanya dibarengi keikhlasan tanpa pengharapan akan sesuatu atau pamrih jauh dari kebohongan dan kedustaan.

Tuhan memerintahkan kita untuk mengedepankan kejujuran dan hidup bersama-sama dengan orang-orang yang memiliki kejujuran yang mengantarkan kepada jalan kebaikan, dan sesungguhnya kebaikan itu akan mengantarkan ke dalam surga, sebaliknya kedustaan itu berada dalam ruang kejelekan dan lebih dekat pada neraka.<sup>5</sup>

Seorang yang berprofesi sebagai hakim harus memiliki kejujuran, tercermin baik dalam menjalankan profesinya maupun dalam kehidupan sehari-hari. Kejujuran merupakan ciri keimanan dan ketakwaan kepada Tuhan Yang Maha Esa, sedangkan kedustaan ialah ciri kemunafikan yang dapat menjerumus ke dalam lembah kedurhakaan Tuhan. Hakim ialah perwakilan Tuhan di dunia untuk menjaga dan menegakkan keadilan. Lahir maupun batin kejujuran itu harus tetap terjaga di hati sanubari setiap hakim. Oleh sebab itu, hakim konstitusi harus memiliki kejujuran sebagai sifat yang utama sebagai wujud *ubudiyah* atau penghambaan tegaknya hukum di Indonesia.

Kepribadian tidak tercela dapat dimaknai sebagai suatu kepribadian yang jauh dari sifat-sifat buruk atau immoral. Tercela artinya tidak mendapat hinaan dan jauh dari tidakan yang bertentangan dengan moral seperti menerima suap,

<sup>4</sup> A. S. Hornby, *Oxford Advance Learner's Dictionary*, Walton Street: Oxford University Press, 1995, h. 620.

<sup>5</sup> Andy Hadiyanto, "Kejujuran Dalam Perspektif Hadits", <http://www.jjaionline.com/multimedia/dokumen/hadiyanto/11Kejujuran%20Dalam%20Perspektif%20Hadits.pdf>, diunduh tanggal 27 Desember 2013.

korupsi, pengkhianatan terhadap negara, perbuatan asusila, perbuatan tidak pidana dan lain sebagainya. Pendek kata, kepribadian tidak tercela sangat dekat kaitannya dengan moral.

Menurut Franz Magnis-Suseno, kata moral ini mengacu pada perbuatan baik-buruknya manusia.<sup>6</sup> Untuk itu seorang yang memiliki kepribadian tidak tercela selalu perpegangan pada norma-norma moral yaitu norma-norma yang menjadi tolak ukur untuk menentukan betul-salahnya sikap dan tindakan manusia dilihat dari segi baik-buruknya sebagai manusia dan bukan sebagai pelaku peran tertentu dan terbatas.<sup>7</sup>

Moral merupakan kata sifat sedangkan kata bendanya ialah moralitas. Keduanya memiliki arti yang sama yaitu berkaitan dengan penilaian baik dan buruknya perbuatan manusia. W. Poespoprodjo mendefinisikan moralitas yaitu kualitas dalam perbuatan dalam perbuatan manusia yang menunjukkan bahwa perbuatan itu benar atau salah, baik atau buruk. Moralitas mencakup pengertian baik-buruknya.<sup>8</sup> Dalam hal ini, kita dapat mengambil pembagian moralitas menurut beliau yaitu moralitas intrinsik dan ekstrinsik.

Moralitas instrinsik adalah suatu perbuatan menurut hakikatnya bebas dari lepas dari bentuk tekanan dari hukum positif.<sup>9</sup> Berkaitan dengan hal ini, hakim konstitusi berangkat kemurnian dari lubuk hati terdalam tidak akan melakukan perbuatan tercela bahwa mereka selama hidupnya tidak melanggar norma-norma moral. Sementara moral ekstrinsik merupakan moralitas yang memandang perbuatan sesuatu yang diperintahkan atau dilarang oleh seseorang yang berkuasa atau oleh hukum positif, baik dari manusia maupun dari Tuhan. Selain dari dalam hati sanubari dirinya sendiri untuk tidak melakukan perbuatan tercela, adanya kontrol pengawasan bahwa dirinya selalu diawasi oleh Tuhan dengan ancaman siksa neraka dan ancaman hukuman dunia baik berupa sanksi moral dari masyarakat dan sanksi hukum positif seperti pidana yang membawa masuk dalam penjara atau hukum administrasi berupa pencabutan jabatan hakim konstitusi.

Prinsip integritas dan perbuatan tidak tercela ini akan membuahkan hasil berupa etika yang selalu dijunjung dan diterapkan oleh hakim konstitusi karena etika menuntun manusia menjadi baik. K Bertens mengemukakan dua jenis etika

<sup>6</sup> Franz Magnis-Suseno, *Etika Dasar Masalah-masalah pokok filsafat moral*, Yogyakarta: Kanisius, 1987, h. 19.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> W. Poespoprodjo, *Filsafat Moral Kesuksesan dalam Teori dan Praktik*, Bandung: Pustaka Grafika, 1999, h. 188.

<sup>9</sup> *Ibid.*, h. 189.

yaitu pertama, etika keutamaan menunjukkan norma-norma dan prinsip-prinsip mana yang perlu diterapkan dalam hidup moral kita. Kedua, etika keutamaan yaitu watak yang dimiliki oleh manusia itu sendiri.<sup>10</sup>

Jadi, Etika ini lahir dari moralitas intrinsik dan ekstrinsik sebagai alat kontrol yang berguna bagi hakim konstitusi untuk menilai dirinya sendiri benar atau salah dalam menjalankan tugas dan kewajibannya. Etika dapat pula sebagai pegangan untuk tetap menjadi hakim yang memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela dalam menjalankan tugas dan kewajibannya sebagai hakim.

## B. Adil

Kata “adil” selalu terafiliasi dengan dunia hukum. Adil adalah kata sifat, menurut kamus besar bahasa Indonesia bermakna 1) sama berat; tidak berat sebelah; tidak memihak; 2) berpihak kepada yang benar; berpegang pada kebenaran; 3) sepatutnya; tidak sewenang-wenang.<sup>11</sup> Sedangkan kata bendanya ialah “keadilan”, dalam bahasa Inggris dikenal dengan istilah “*justice*”. *Oxford Dictionary of Law* mendefinisikan *justice* adalah ideal moral yang menyatakan bahwa hukum harus menegakan perlindungan hak-hak dan penghukuman terhadap yang salah (*a moral ideal that the law seeks to uphold in the protection of rights and punishment of wrongs*).<sup>12</sup> Jadi, adil atau keadilan merupakan suatu tindakan yang tidak berat sebelah demi kebenaran tanpa sewenang-wenang untuk melindungi hak-hak siapa yang benar dan menghukum siapa yang salah.

Keadilan selalu dikaitkan pula dengan dua hal. Pertama adalah sosok Themis, dewi keadilan dan hukum dalam mitologi Yunani. Seorang dewi yang tertutup matanya yang dianut oleh Neo-Pagan. Themis dianggap berperan dalam penentuan kehidupan setelah mati, dia membawa seperangkat timbangan yang digunakan untuk menimbang kebaikan dan keburukan seseorang.<sup>13</sup> Kedua, kita selalu mendengar jargon dalam penegakan hukum “*fiat justitia ruat coeleum*” yaitu *hukum harus tetap ditegakkan, biarpun langit runtuh*. Oleh karena itu, *nilai filosofis yang terkandung dari keduanya sangat baik yakni hukum harus benar-benar ditegakkan secara adil tanpa memandang bulu siapa yang bersalah yang menjadi tanggung jawab hakim konstitusi ketika mereka dihadapkan perkara-perkara yang diajukan di MK*.

<sup>10</sup> K. Bertens, *Etika*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2011, h. 224.

<sup>11</sup> Kamus Besar Bahasa Indonesia, <http://kbbi.web.id/adil>, diunduh tanggal 31 Desember 2013.

<sup>12</sup> Oxford Paperback Reference, *A Dictionary of Law*, Fifth Edition Reissued With Newcovers. Edited by Elizabeth A. Martinhal, New York: Oxford University Press, 2003, h. 275.

<sup>13</sup> Wikipedia, <http://id.wiki.pedia.org/wiki/Themis>, diunduh tanggal 31 Desember 2013.

Mahfud MD mengatakan MK adalah pengawal konstitusi dan penafsir tunggal atas konstitusi yang tidak terikat pada tafsir-tafsir yang berbeda-beda secara teoritis dan akademis.<sup>14</sup> Konsekuesinya, hakim konstitusi memiliki kewajiban menyelesaikan permasalahan hukum yang bersinggungan langsung dengan Pasal-Pasal UUD 1945 dimana terbuka banyak ruang penafsiran. Jika mereka hanya mendasarkan pada bunyi teks tertulis dari Pasal-Pasal UUD 1945 atau penafsiran teoritis dan akademis bukan hakikat yang tersirat di dalamnya menurut keyakinan mereka sendiri. Dalam bahasa Ronald Dworkin dalam bukunya *Law's Empire*, maka mereka dapat disebut "*plain fact*" dalam memandang dasar-dasar hukum.<sup>15</sup>

Menurut Dworkin, hukum eksis hanya berbentuk sebuah fakta sederhana, pendek kata, hukum itu berkaitan dengan "apa yang seharusnya" atau bunyi tertulis. Oleh sebab itu, Dworkin mempertanyakan para sarjana hukum dan hakim yang terkadang berbenturan dalam persetujuan teoritik mengenai hukum dikarenakan mereka beranggapan mengenai hukum dari sudut pandang teori yang berbeda.<sup>16</sup> Mereka tidak setuju tentang hakikat "apa yang seharusnya" atau "*das sollen*" di dalam hukum. Kemudian, ketika mereka dihadapkan pada kasus yang sulit (*hard cases*), mereka hanya mendasarkan pada hukum tertulis yang mengandung "perintah" untuk dilakukan, tetapi tidak memiliki rasa empati pada moralitas dan kebenaran (*morality and fidelity*).<sup>17</sup>

Selanjutnya, Dworkin menyatakan, beberapa orang yang beranggapan bahwa hakim yang baik seharusnya mencoba untuk mengembangkan hukum ketika mereka bisa mengembangkannya, sebaliknya hakim yang buruk bersikap kaku, pragmatis atau mekanis untuk menegakkan hukum menurut ukurannya dengan hanya berdasar pada hukum tertulis saja tanpa mempedulikan penderitaan atau ketidakadilan atau ketidakmanfaatan. Hakim yang baik lebih menyukai keadilan dari pada hukum (*the good judge prefers justice to law*).<sup>18</sup>

Penekanan terhadap moral terkadang menjadi suatu yang dilematik dan problematis bagi hakim pada umumnya karena biasanya moral dikesampingkan dan lebih menonjol bunyi hukum tertulis yang berkarakter otoritatif. Jaap C. Hage mengatakan bahwa hakim dapat mempergunakan penilaian yang benar (*waardeoordelen*), bahkan mungkin pula penilaian moral (*moreleordelen*). Menurutnya, penilaian yang benar ini tidak ditentukan hukum positif itu berbunyi,

<sup>14</sup> Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers, 2010, h. 99.

<sup>15</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1986, h. 7.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

melainkan memiliki peran untuk “membuat” hukum baru (*deze waardeordelen zijn niet bepalend voor hoe het bestaande recht luidt, maar spleen een rol bij het “maken” van nieuw recht*).<sup>19</sup> Hal senada juga dikemukakan oleh Peter Mahmud Marzuki, moral merupakan dasar berpijak hukum dan hukum harus mencerminkan moral.<sup>20</sup>

Pendapat di atas dapat dijadikan pedoman bagi hakim konstitusi dalam putusannya sehingga putusan tersebut menjadi *landmark decision* yang lebih mengedepankan moralitas dan kebenaran. Misalnya di Amerika, kasus *Marbury v. Madison* yang menggambarkan fakta sejumlah diskusi mengenai keaslian dan keabsahan mengenai *judicial review* dan sekarang hampir berusia lebih dari dua ratus lima puluh tahun. Ronald Dworkin – dia sendiri adalah seorang pendukung *judicial review* – mengatakan bahwa *judicial review* menjadi pertanyaan secara moralitas politik sulit untuk disetujui, kontroversial, dan dalam yang menjadi perdebatan pula selama beberapa abad untuk para ahli filsafat, negarawan, dan masyarakat Amerika.<sup>21</sup> Kasus lain seperti *Brown v. Board Education*, dalam kasus pelarangan *racial segregation* di sekolah yang bertentangan dengan konstitusi<sup>22</sup> atau kasus *Riggs v. Palmer* dimana hakim berpedoman bahwa seseorang tidak boleh mengambil keuntungan untuk dirinya sendiri (*no man may profit from his own wrong*). Elmer membunuh kakeknya Palmer untuk mendapatkan warisan meskipun *New York Statute of Wills* tidak menyebutkan secara eksplisit, bandingkan dengan Pasal 912 KUHPerdara yang melarang pembunuh testator untuk mendapatkan warisan dari testator, dengan kata lain, apakah seseorang yang telah membunuh testator dapat mewarisi kekayaan testator.<sup>23</sup> Di Belanda, kita kenal dengan istilah *onrechmatige daad* dalam Kasus *Lindenbaum v Cohen*.<sup>24</sup> Sebagai contoh, pembatalan RSBI oleh MK mirip dengan kasus *Brown v. Board Education* dapat dianggap sebagai salah putusan *landmark decision*. Pembatalan RSBI dikarenakan adanya diskriminasi dalam sistem pendidikan Indonesia antara sekolah-sekolah yang memiliki “lebel” RSBI dan sekolah-sekolah lain tanpa lebel tersebut.

Dalam menjalankan tugas dan kewajibannya, hakim konstitusi tidak perlu takut untuk membuat putusan bersifat responsif dan preskriptif. Responsif berarti putusan itu membuat hukum lebih tanggap terhadap dinamika yang

<sup>19</sup> Jaap Hage, *Recht, vaardig, en zeker, Een Inleiding in het recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2010, h. 328.

<sup>20</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Edisi Revisi, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012, h. 84.

<sup>21</sup> Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, the Yale Law Journal 115:1346, 2006, h. 1350.

<sup>22</sup> Mark Tebit, *Philosophy of Law An Introduction*, New York: Routledge, 2005, h. 61.

<sup>23</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit.*, hal. 134, lihat pula, Frederick Schauer, *Thinking Like A Lawyer A New Introduction To Legal Reasoning*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, h. 33-34.

<sup>24</sup> J. W. P. Verheugt, etc., *Inleiding in het Nederlandse Recht*, Arnhem: Gouda Quint BV, 1992, h. 225-227.

perkembang di dalam masyarakat tanpa meninggalkan sifat pengikatannya dan karakter moral,<sup>25</sup> sementara preskriptif bermakna untuk diterapkan dalam praktik sebagai “jembatan hukum”<sup>26</sup> untuk mengisi hukum yang kosong akibat pembatalan satu atau beberapa pasal UU dan bisa pula menjadi bahan pembuatan UU baru, serta harus segera dieksekusi karena bersifat final dan mengikat. Namun hal ini terkadang memicu kontroversi karena MK memiliki sekat-sekat yang membatasi ruang geraknya misalnya, pertama, putusan MK tidak bersifat mengatur; kedua, MK tidak memutus batal atau tidak batal sebuah UU atau sebagian yang bersifat terbuka yang UUD diatribusikan (diserahkan pengaturannya) kepada UUD; ketiga, MK tidak boleh memutus hal-hal yang tidak diminta (*ultra petita*); dan keempat, MK melanggar asas *nemo iudex in propria causa* atau hakim tidak memeriksa dan memutus atau menjadi hakim dalam hal-hal yang terkait dengan dirinya sendiri.<sup>27</sup>

Sekat pertama dan kedua dapat disimpulkan MK telah memasuki ranah legislasi (*legislative supremacy*). Untuk memecahkan hal ini, dengan menggunakan metode perbandingan hukum (*comparative approach*), yang mengutip lagi pendapat dari Ronald Dworkin, dalam sistem hukum *common law*, peraturan perundang-undangan (*statutory rules*) menjadi subyek penafsiran dan bahkan terbuka kembali penafsiran yang baru, terkadang hasilnya tidak sesuai apa yang diinginkan oleh pembuat undang-undang (*legislative intent*).<sup>28</sup> Lebih lanjut, hakim memiliki diskresi untuk mengubah peraturan tersebut dikarenakan hal itu tidak mengikat dirinya dan terlepas dari bayang-bayang model positivistik. Dworkin mengungkapkan bahwa ketika hakim diizinkan untuk mengubah keberadaan peraturan perundang-undangan ada dua hal yang mesti ditempuh.<sup>29</sup> Pertama, menurut hakim bahwa perubahan akan memajukan beberapa prinsip-prinsip hukum yang mana prinsip-prinsip itu membenarkan perubahan tersebut, sebagai contoh kasus *Riggs v. Palmer*, adanya perubahan (sebuah penafsiran baru terhadap *statute of wills*) dibenarkan oleh prinsip hukum yakni seseorang seharusnya tidak mendapatkan keuntungan dari kesalahannya sendiri. Kedua, setiap hakim yang mengajukan pendapat hukumnya untuk mengubah keberadaan peraturan

<sup>25</sup> Stephen B. Besser dalam “foreword” Roscoe Pound, *The Ideal Element In Law*, Indianapolis: Liberty Fund, 2002, h. i.

<sup>26</sup> Yang dimaksud “jembatan hukum”, putusan MK biasanya mengubah bunyi pasal atau beberapa pasal dalam suatu UU yang bertujuan untuk menghindari hukum yang kosong karena pasal itu masih dibutuhkan dalam praktik sebelum legislatif membuat UU baru. Sebagai contoh, perubahan bunyi Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) dalam Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010.

<sup>27</sup> Moh. Mahfud MD, *Perdebatan*, *Op.cit.*, h. 100-102.

<sup>28</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, h. 37.

<sup>29</sup> *Ibid.*

perundang-undangan harus memperhitungkan beberapa ukuran-ukuran tertentu yang berlawanan dengan titik pangkal dari doktrin-doktrin yang telah ada, dan ukuran-ukuran ini juga diperuntukkan terhadap inti bagian-bagian dari prinsip-prinsip hukum.<sup>30</sup> Berangkat dari pendapat Dworkin ini, bahwa hakim konstitusi harus memberanikan dirinya memasukkan doktrin ‘*legislative supremacy*’ dalam putusannya dengan memperhatikan seperangkat prinsip-prinsip hukum sebagai dasar berpijak dalam membuat putusan dan bukan hanya berpatokan pada teks tertulis.

Sekat ketiga, meskipun terdapat beberapa pandangan yang pro dan kontra untuk hal ini. Pandangan pro dikemukakan oleh Jimly Asshiddiqie, *ultra petita* hanya berlaku di ranah hukum perdata dan pengujian atas satu pasal UU yang memiliki kaitan dengan pasal-pasal lain di dalam UU yang diujimaterikan, mungkin satu pasal itu merupakan jantung dari UU sehingga memiliki potensi UU digugurkan secara keseluruhan.<sup>31</sup> Sementara Bagir Manan, *ultra petita* boleh dilakukan asalkan sejak awal pemohon mencantumkan “*et aequo et bono*” artinya pemohon meminta putusan yang adil sehingga hakim konstitusi membuat putusan yang adil meski tidak diminta pemohon seperti dalam hukum pidana.<sup>32</sup> Pandangan kontra disampaikan oleh Mahfud MD karena *ultra petita* memasuki ranah legislatif sehingga MK boleh mematahkan isi UU yang tidak dimintakan uji materi sekalipun.<sup>33</sup> Menurut Penulis, MK boleh membuat putusan *ultra petita* dengan alasan; pertama, berdasar sumpah hakim konstitusi bahwa hakim konstitusi untuk menjaga konstitusi sebagai *the supreme law of the land* jika ada satu pasal dari suatu UU yang merupakan jantung UU tersebut berbenturan dengan konstitusi maka MK boleh membatalkannya, dengan catatan hanya UU yang diujimateri bukan UU lain yang tidak diajukan oleh pemohon. Kedua, putusan MK dapat menjadi jembatan hukum untuk menjembatani hukum yang kosong akibat pembatalan UU, sementara dalam praktik pasal atau beberapa Pasal dari UU yang diubah bunyinya oleh MK dibutuhkan dalam praktik.

Sekat keempat, merupakan suatu hal kontradiktif. Di satu sisi, secara umum hakim wajib memegang asas obyektifitas bahwa hakim tidak memeriksa perkaranya sendiri. Di sisi lain, ketika produk UU yang diujimateri ternyata menyangkut MK dan hakim konstitusi apakah hal ini harus ditolak sementara hakim tidak boleh

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Moh. Mahfud MD, *Perdebatan., Loc.cit.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

menolak perkara yang diajukan kepadanya. Sekat ini bisa saja terjadi kepada Mahkamah Agung (MA), jika ada aturan di bawah UU yang menyangkut MA dan hakim MA diujimateri apakah hakim MA harus menolak pula. Berkaitan hal ini, menurut penulis, hakim konstitusi boleh melanggar sekat keempat berdasar pula pada sumpah jabatan bahwa hakim konstitusi harus menegakkan hukum dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya meskipun terhadap perkara yang menyangkut dirinya sendiri dan lembaganya. Oleh karena itu, hakim konstitusi dan MA dapat pula berpegangan pada Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menegaskan hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.

Jadi, hakim konstitusi seyoginya berani mengambil putusan bersifat responsif dan preskriptif yang benar-benar adil meskipun hal ini berdampak munculnya kontroversi. *In casu*, mereka seyogyanya berpegang teguh pada hakikat dan tujuan utama hukum yaitu keadilan yang bersandar pada moralitas dan kebenaran.

### C. Negarawan Yang Menguasai Konstitusi dan Ketatanegaraan

Syarat ketiga ini mengandung tiga unsur yang menjadi satu yaitu seorang hakim yang berkarakter negarawan, ahli konstitusi dan ahli ketatanegaraan. Untuk itu ada baiknya kita bedah satu persatu apa yang dimaksud dengan negarawan yang ahli konstitusi dan ahli ketatanegaraan. Selanjutnya kita menarik sebuah kesimpulan untuk syarat ketiga ini.

#### 1. Negarawan

Apakah yang dimaksud dengan kata “negarawan”, kata ini dalam bahasa Inggris berarti “*statesman*”. Diagnosis paling utama yang mesti kita lakukan adalah mencari karakter-karakter dari sosok negarawan yang biasanya dikaitkan dengan sosok “pemimpin”. Dari sudut pandang filosofis, karakter negarawan sebagaimana dikemukakan oleh Edmund Burke, pemikir politik Inggris dari abad-18 (delapan belas) menyimpulkan: “perbedaan besar antara negarawan sejati dan penipu, negarawan seorang yang melihat masa depan dan bertindak pada prinsip-prinsip yang ditetapkan dan untuk keabadian, semetara penipu hanya melihat masa kini dan bertindak berdasarkan ketidakadilan dan immoralitas.”<sup>34</sup> Dia membedakan karakteristik negarawan dan politisi, negarawan memiliki kapasitas untuk berpikir jangka panjang (*the statesman*

<sup>34</sup> Gary I. Allen, “Developing Leadership for Democratic Nations: Creating Statesmen Rather Than Politicians”, *paper Delivered at the United Nations 21 March 1996*, h. 2.

*has the capacity to think long-range*) dan bekerja berdasar pada prinsip-prinsip yang telah ditetapkan (*the statesman operates on enduring principles*).<sup>35</sup> Dwight Eisenhower mengatakan bahwa kualitas tinggi untuk seorang pemimpin adalah integritasnya tidak perlu diragukan lagi (*unquestionably integrity*), ajaran dan tindakannya mulia. Oleh karena itu, syarat utama seorang negarawan yaitu integritas dan tujuan mulia dari ajaran dan tidakannya.<sup>36</sup>

Ajaran agama Islam yang bersumber dari Al Quraan dan hadits serta diajarkan oleh Nabi Muhammad, untuk seorang negarawan harus memiliki beberapa karakter diantaranya; prinsip keadilan, pemimpin yang adil karena membedakan antara yang salah dan yang benar; prinsip kejujuran, pemimpin yang jujur adalah pemimpin yang dalam segala aktivitasnya tidak menggunakan kekuatan; setia, pemimpin dan orang yang dipimpin terikat kesetiaan pada Allah; berpegang pada syariat dan akhlak Islam, pemimpin terikat peraturan Islam, boleh menjadi pemimpin selama ia berpegang pada perintah syariat; dan pengembalian amanah, pemimpin menerima kekuasaan sebagai amanah dari Allah yang disertai oleh tanggungjawab yang besar.<sup>37</sup>

Karakter negarawan yang disampaikan oleh oleh Dr. O. Notohamidjojo, Rektor pertama Universitas Kristen Satya Wacana, dalam pidato Dies Natalis Satya Wacana tahun 1958, yakni memiliki wawasan (*vision and insight*) artinya harus mampu melihat lebih jauh ke depan atau meramalkan apa yang akan terjadi serta memberika solusi yang terbaik dan berkeyakinan kuat dan percaya kepada diri sendiri (*strong conviction and self confidence*).<sup>38</sup>

Dari perspektif agama Katholik, Donna Prestwood dan Paul Schumman menyatakan bahwa sifat kepemimpinan sejati Yesus Kristus meliputi empat kemampuan, meliputi; *ennoble-ennobling* (memaknai) berarti memaknai berarti memberi atau menanamkan makna dan tujuan orang maupun kerja mereka; menanamkan visi dan misi organisasi; *enable-enabling* (memampukan), *empower-empowering* (memberdayakan), memberdayakan dengan cara membangkitkan kegairahan, membangun kepercayaan dan menghasilkan tindakan dan *encourage-encouraging* (mendorong) untuk membuah hasil dan pengaruh bagi misi dan membangun kegairahan yang lebih besar sehingga dapat membuah perubahan dan pemberdayaan terus-menerus.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, h. 4.

<sup>37</sup> AH. Hasanuddin, *Rethorika Dakwah dan Publisistik Dalam Islam*, Semarang: CV. Usaha Nasional, 2002, h. 142-145.

<sup>38</sup> Sutarno, "Kepemimpinan Kristen", <http://www.leimena.org/en/page/v/442/kepemimpinan-kristen>, diunduh 3 Januari 2014.

<sup>39</sup> Lastiko Runtuwene, "Kepemimpinan Transformasional Pemimpin Jemaat Belajar Dari Yesus Kristus". *Disampaikan dalam Pembinaan Pimpimpin Umat Paroki Santu Yohanes Rasul Tahuna-Sangihe, Kabupaten Kepulauan Sangihe, Manado*, 17 September 2011, h. 4-5.

Karakter pemimpin dalam kitab Jataka, menurut agama Budha, Sang Buddha memberikan beberapa persyaratan seorang pemimpin yang baik (Dasa Raja Dharma), diantaranya:<sup>40</sup> *Sila* (bermoral), pemimpin harus sesuai dengan aturan moralitas; *Pariccaga* (berkorban), seorang pemimpin harus rela mengorbankan kesenangan atau kepentingan pribadi demi kepentingan orang banyak; *Ajjava* (tulus hati dan bersih), memiliki kejujuran, ketulusan sikap maupun pikiran, dan kebersihan tujuan serta cita-cita dalam kepemimpinannya; *Avirodhana* (tidak menimbulkan atau mencari pertentangan), tidak menentang dan menghalangi kehendak mereka yang dipimpinya untuk memperoleh kemajuan sesuai dengan tujuan dan cita-cita kepemimpinannya. Ia harus hidup bersatu dengan anggota sesuai dengan tuntutan hati nurani anggota.

Agama Hindu menyimpulkan delapan karakter atau sifat pemimpin yang dikenal dengan nama “asta brata” yang merupakan suatu ajaran Prabu Ramawijaya, diantaranya:<sup>41</sup> Watak Matahari, seorang pemimpin harus dapat berfungsi sebagai matahari yang dapat memberikan semangat dan kehidupan dari rakyatnya; Watak Bulan, seorang pemimpin harus dapat berfungsi sebagai bulan yang dapat memberikan penerangan serta dapat membimbing rakyat yang berada dalam kegelapan; Watak Binatang, seorang pemimpin harus dapat memberikan contoh/tauladan kepada rakyatnya/atau putranya; Watak Angin, seorang pemimpin harus dapat bertindak secara teliti dan bijaksana disamping harus melayani kehidupan rakyatnya; Watak Mendung, seorang pemimpin harus bersikap wibawa di hadapan rakyatnya; Watak Api, seorang pemimpin harus dapat bertindak adil dan berprinsip, disiplin, dan tegas kepada bawahannya; Watak Samudra, seorang pemimpin harus memiliki pandangan yang luas dan siap menerima persoalan; dan Watak Bumi, seorang pemimpin harus mempunyai sifat jujur, berbudi pekerti yang luhur serta mau memberi anugerah kepada siapa saja yang berjasa kepada negara.

Dari beberapa pendapat di atas, aksentuasi yang paling krusial untuk dinyatakan bahwa seorang negarawan atau pemimpin adalah “seseorang yang mengorbankan jiwa dan raganya demi kepentingan bangsa dan negaranya daripada kepentingan pribadi dan golongannya.” Oleh karena itu, seyogyanya hakim konstitusi membuat putusan yang lebih mengedepankan kepentingan bangsa dan negara daripada kepentingan pribadi dan golongannya.

<sup>40</sup> Upa. Sasanasena Seng Hansen, *Ikhtisar Ajaran Buddha*, Yogyakarta: Vidyasena Production, 2008, h. 55-57.

<sup>41</sup> I Wayan Wirata, “Kepemimpinan Universal pada Era Globalisasi dalam Konsep Hindu”, *GaneC Sewa*, Vol. 5 No. 1 Februari 2011, h. 97.

## 2. Menguasai Konstitusi

Frase kata “menguasai konstitusi” terdiri dari dua kata, yaitu “menguasai” dan “konstitusi”. Kata “menguasai” ialah kata kerja yang berasal dari kata “kuasa” yang dalam hal ini memiliki hubungan dengan kata “ahli”, seperti orang yang menguasai suatu warisan maka kita menyebutnya dengan “ahli waris.” Jadi, kata “menguasai” ada baiknya kita menggantinya dengan kata “ahli”. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), seseorang yang dapat dikatakan ahli adalah orang yang mahir, paham sekali di suatu ilmu (kepandaian).<sup>42</sup> *Oxford Advance Learner’s* mendefinisikan ahli adalah orang dengan pengetahuan khusus, terampil atau terlatih dalam suatu bidang khusus (*expert is person with special knowledge, skill or training in a particular field*).<sup>43</sup> Jadi ahli adalah orang yang memiliki pengetahuan, ketrampilan, terlatih dan profesionalitas di dalam suatu bidang tertentu.

Selanjutnya, apa yang dimaksud dengan “konstitusi”. L. J. Van Appeldorn, sarjana hukum Belanda, memberikan catatan perbedaan pengertian UUD dalam arti *constitutie* dan *grondwet*. Dia menyatakan bahwa konstitusi itu lebih luas daripada UUD, karena UUD itu tidak lain menjadi bagian daripada konstitusi. UUD adalah bentuk tertulis, sedangkan konstitusi memuat peraturan tertulis maupun tidak tertulis (*geschreven en ongeschreven recht/written and unwritten law*).<sup>44</sup> Tak pelak pendapat Van Appeldorn mempengaruhi para penyusun UUD 1945, oleh sebab itu dalam penjelasan dinyatakan secara tegas: “UUD suatu negara ialah sebagian dari hukumnya dasar negara itu. UUD ialah Hukum Dasar yang tertulis, sedang disamping UUD itu berlaku juga Hukum Dasar yang tak tertulis, yaitu aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktek penyelenggara negara, meskipun tidak tertulis.”<sup>45</sup>

Hal ini dapat dimaknai bahwa konstitusi dapat berarti pertama, konsitusi dalam arti formal dan kedua, konsitusi dalam arti substantif. Yang pertama biasanya merujuk pada dokumen tertulis dan dikodifikasikan memuat aturan dan prinsip hukum, adanya tuntutan supremasi diatas semua aturan hukum yang lain berkaitan dengan perintah hukum, dan dari hukum yang lain tersebut berasal dari aturan dan prinsip tersebut. Yang kedua mengacu pada seperangkat hukum dan norma yang mengatur dan mengkonstruksi

<sup>42</sup> Kamus Besar Bahasa Indonesia, <http://kbbi.web.id/>, diunduh 5 Januari 2014.

<sup>43</sup> A. S. Hornby, *Op.cit.*, hal. 405.

<sup>44</sup> Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008, h. 169.

<sup>45</sup> *Ibid.*

pemerintahan dari suatu negara dan menentukan batas-batas kewenangan pemerintah dalam arti perspektif dan diskriptif.<sup>46</sup> Kesimpulannya, konstitusi adalah aturan dan prinsip hukum tertinggi yang berbentuk tertulis yang mana memuat cita-cita suatu negara, pengaturan tata negara dan pemerintahan, hak-hak dan kewajiban warga negara dan yang berbentuk tidak tertulis ialah aturan dan pedoman hukum yang berlaku dalam praktek kehidupan suatu negara, termasuk pengakuan terhadap hukum kebiasaan dalam masyarakat.

Jadi, ahli konstitusi ialah orang yang memiliki pengetahuan, ketrampilan, terlatih dan profesionalitas mengenai aturan dan prinsip hukum tertinggi yang berbentuk tertulis yaitu UUD dan tidak tertulis yang berlaku dalam praktek kehidupan suatu negara, termasuk pengakuan terhadap hukum kebiasaan dalam masyarakat.

### 3. Menguasai Ketatanegaraan

Kata “menguasai” telah dibahas di atas yang berkaitan dengan kata “ahli” untuk itu dalam bab ini hanya dibahas mengenai kata “ketatanegaraan”. Kata ini berasal dari dua suku kata yaitu “tata negara” sebagai salah cabang ilmu hukum yang biasanya disebut hukum tata negara (*het constitutioneel recht/constitutional law*). Oleh sebab itu, yang dimaksud dengan “ketatanegaraan” dalam hal ini ialah lebih bijak apabila definisi tata negara diambil dari hukum tata negara.

P.J.P. Tak mendefinisikan bahwa hukum tata negara mengatur antara lain peraturan pelaksanaan kekuasaan negara, pembagian kekuasaan diantara organ-organ yang melaksanakan kekuasaan negara dan aturan-aturan yang mengatur tentang penyalahgunaan kekuasaan negara.<sup>47</sup> Sementara itu, Moh. Kosnardi dan Harmaily Ibrahim menyatakan bahwa hukum tata negara dapat dirumuskan sebagai sekumpulan peraturan hukum yang mengatur organisasi daripada negara, hubungan antaralat perlengkapan negara dalam garis vertikal dan horizontal, serta kedudukan warga negara dan hak asasinya.<sup>48</sup> Jadi, hukum tata negara adalah hukum yang mempelajari peraturan-peraturan hukum yang mengatur pembagian kekuasaan kepada lembaga-lembaga negara beserta tugas, pokok, fungsinya dan pembatasan kewenangannya, hubungan di antara

<sup>46</sup> Monica Claes, “Constitutional Law”, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edited by Jan M. Smits. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006, h. 188.

<sup>47</sup> P.J.P. Tak, *Rechtsvorming in Nederland*, Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1991, h. 32.

<sup>48</sup> Moh. Kosnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara*, Jakarta: FH UI dan Sinar Bakti, 1983, h. 29.

lembaga-lembaga negara dan hubungan lembaga-lembaga negara dengan individu dan/atau kelompok masyarakat secara vertikal maupun horizontal, serta kedudukan warga negara dan hak-hak dasarnya. Seorang ahli hukum tata negara tidak boleh menutup matanya untuk politik dan demokrasi. Menurut André Donner, seorang komisi negara (*Staatscommissie*) Belanda, jika ia tidak mampu menguasai kedua bidang tersebut, maka ia akan mendapat gelar '*juristenmyopie*' (sarjana hukum mata minus). Donner mengatakan: "*Ook een democratie moet een rechtsstaat zijn (daarom staatsrecht), maar het ontwikkelt zich tot een myopie van juristen indien deze rechtsstaat wordt ingekrompen tot een rechtersstaat* (Sebuah demokrasi harus pula sebuah negara hukum (oleh karena itu), tetapi demokrasi berkembang menjadi suatu yang mengaburkan bagi para sarjana hukum meskipun negara hukum ini disusutkan menjadi sebuah negara hukum)".<sup>49</sup> Kemudian, Donner mengingatkan seorang sarjana hukum tata negara haruslah menguasai hukum tata negara itu sendiri, politik, dan demokrasi.<sup>50</sup> Di mata Donner hukum tata negara itu membentuk sebuah bendungan yang di dalamnya proses politik tidak dapat bergerak bebas.<sup>51</sup>

Guru Besar Hukum Tata Negara Universitas Groningen Belanda, Douwe Jan Elzinga mempostulatkan bahwa hukum tata negara penting, tetapi amat sangat sedikit perannya karena lebih banyak didominasi oleh permainan politik kotor. Pernyataan ini Beliau lontarkan mengingat begitu mirisnya kehidupan ketatanegaraan saat ini dikarenakan tidak begitu banyak orang mempedulikannya sehingga dia menyarankan tujuan utama dari hukum tata negara adalah untuk mencegah dan menghindarkan kekuasaan dari tangan seorang "*magnum latrocinium*" atau *roversbende* yang berarti perampok atau perompak.<sup>52</sup> Untuk sebab itu, pretensi terhadap politik harus dicurigai karena UUD harus dijauhkan dan dijamin untuk tidak berada di tengah-tengah gelombang politik yang buas (*saevis tranquillus in undis*). Menurutnya, hukum tata negara harus menjadi semacam tanggul dalam (*slaperdijk*) dengan margin untuk politik dan kehidupan bersama.<sup>53</sup>

Kesimpulannya, ahli ketatanegaraan adalah orang yang memiliki pengetahuan, ketrampilan, terlatih dan profesionalitas pertama mengenai

<sup>49</sup> Douwe Jan Elzinga, "Tranquillus in Undis Zeven Vuistregels voor De Grondwetgever" dalam Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *De Grondwetsherziening van 1983: 30 Jaar Oud of 30 Jaar nog?*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Juli 2013, h. 27-28.

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

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

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*, h. 28.

aturan hukum yang mengatur pembagian kekuasaan lembaga-lembaga negara yang mencakup, pokok, fungsi, pembatasan kewenangannya, hubungan antara lembaga-lembaga negara tersebut, individu dan/atau kelompok masyarakat; kedua, kedudukan warga negara dan hak-hak dasarnya; dan ketiga, politik dan demokrasi.

Jadi yang dimaksud dengan “negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan ialah hakim konstitusi yang memiliki karakter negarawan serta memiliki keahlian di bidang konstitusi dan hukum tata negara.

## KESIMPULAN

Hakim konstitusi harus benar-benar memiliki integritas dan kepribadian tidak tercela, adil dan negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan. Integritas dan kepribadian tidak tercela terkristalisasi dalam diri hakim konstitusi dalam menjalankan tugas dan kewajibannya sebagai hakim dan kehidupan sehari-hari. Adil termanifestasi melalui putusan bersifat responsif dan preskriptif yang berpegang teguh pada hakikat dan tujuan utama hukum yaitu keadilan yang bersandar pada moralitas dan kebenaran untuk mengawal konstitusi dan berbakti kepada nusa dan bangsa meskipun yang dihadapinya menyangkut perkara dirinya sendiri dan lembaganya. Hakim konstitusi ialah hakim yang memiliki karakter negarawan yang memiliki keahlian di bidang konstitusi dan tata negara. Karakter negarawan yang memiliki integritas yang mengedepankan kepentingan bangsa dan negara, berbudi pekerti yang luhur, bertindak adil, berwibawa dan berwawasan luas yang didukung dengan keahlian dalam memahami konstitusi baik tertulis maupun tidak tertulis dan ketatanegaraan yang meliputi aturan hukum pembagian kekuasaan lembaga negara, hak asasi manusia, politik dan demokrasi.

## DAFTAR PUSTAKA

- A. S. Hornby, 1995, *“Oxford Advance Learner’s Dictionary”*, Walton Street: Oxford University Press.
- AH. Hasanuddin, 2002, *“Rethorika Dakwah dan Publisistik Dalam Islam”*, Semarang: CV. Usaha Nasional.

- Douwe Jan Elzinga, "Tranquillus in Undis Zeven Vuistregels voor De Grondwetgever" dalam Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *De Grondwetsherziening van 1983: 30 Jaar Oud of 30 Jaar nog?*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Juli 2013.
- Franz Magnis-Suseno, 1987, "*Etika Dasar Masalah-masalah pokok filsafat moral*", Yogyakarta: Kanisius.
- Gary I. Allen, "Developing Leadership for Democratic Nations: Creating Statesmen Rather Than Politicians", *paper Delivered at the United Nations 21 March 1996*.
- I Wayan Wirata, "Kepemimpinan Universal pada Era Globalisasi dalam Konsep Hindu", *GaneC Sewa*, Vol. 5 No. 1 Februari 2011.
- J. W. P. Verheugt, etc., 1992, "*Inleiding in het Nederlandse Recht*", Arnhem: Gouda Quint BV.
- Jaap Hage, 2010, "*Recht, vaardig, en zeker, Een Inleiding in het recht*", Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Jalaluddin Rumi, 2006, "*Yang Mengenal Dirinya Yang Mengenal Tuhannya aforisme- aforisme sufistik Jalaluddin Rumi*", Bandung: Pustaka Hidayah.
- James Fadiman, Robert Frager (Ed.), 2002, "*Indahnya Menjadi Sufi*", alih bahasa: Helmi Mustofa, Yogyakarta: Pustaka Sufi.
- Jeremy Waldron, 2006, "*The Core of the Case Against Judicial Review*", the Yale Law Journal 115:1346.
- K. Bertens, 2011, "*Etika*", Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Lastiko Runtuwene, "Kepemimpinan Transformasional Pemimpin Jemaat Belajar Dari Yesus Kristus". *Disampaikan dalam Pembinaan Pimimpin Umat Paroki Santu Yohanes Rasul Tahuna-Sangihe, Kabupaten Kepulauan Sangihe, Manado, 17 September 2011*.
- Mark Tebit, 2005, "*Philosophy of Law An Introduction*", New York: Routledge.
- Miriam Budiardjo, 2008, "*Dasar-Dasar Ilmu Politik*", Edisi Revisi, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Moh. Kosnardi dan Harmaily Ibrahim, 1983, *Pengantar Hukum Tata Negara*, Jakarta: FH UI dan Sinar Bakti.

- Moh. Mahfud MD, 2010, "*Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*", Jakarta: Rajawali Pers.
- Monica Claes, 2006, "Constitutional Law", *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edited by Jan M. Smits. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing.
- Oxford Paperback Reference, 2003, "*A Dictionary of Law*", Fifth Edition Reissued With Newcovers. Edited by Elizabeth A. Martinhal, New York: Oxford University Press.
- P.J.P. Tak, 1991, *Rechtsvorming in Nederland*, Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- Peter Mahmud Marzuki, 2012, "*Pengantar Ilmu Hukum*", Edisi Revisi, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dalam perkara permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim dan Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono.
- Ronald Dworkin, 1978, "*Taking Rights Seriously*", Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Ronald Dworkin, 1986, "*Law's Empire*", Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press.
- Roscoe Pound, 2002, "*The Ideal Element In Law*", Indianapolis: Liberty Fund.
- Upa. Sasanasena Seng Hansen, 2008, "*Ikhtisar Ajaran Buddha*", Yogyakarta: Vidyasena Production.
- W. Poespoprodjo, 1999, "*Filsafat Moral Kesusilaan dalam Teori dan Praktik*", Bandung: Pustaka Grafika.

# **Urgensi Legislasi Pelaksanaan mandat UUD 1945 Mengantisipasi ASEAN *Economic Community 2015***

Gautama Budi Arundhati, Samuel Saut Martua Samosir, Ratih Listyana Chandra  
Fakultas Hukum Universitas Jember,  
Jl. Kalimanatan no.37 Jember  
arundhati\_rev\_gb@yahoo.co.id, samuelsamosire@gmail.com, erelce@yahoo.com

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Kesejahteraan umum adalah suatu capaian yang tidak dapat dilepaskan begitu saja dari dukungan Pemerintah Pusat maupun Daerah yang notabene memiliki tanggungjawab untuk mensejahterakan masyarakatnya melalui pengaturan dalam lingkup kewenangan berdasarkan amanat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 melalui batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait. ASEAN *Charter* yang telah diundangkan dalam Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara) bukanlah merupakan lawan dari mandat Undang-Undang Dasar 1945 dalam hal kesejahteraan, selama diimplementasikan dalam tindakan legislasi yang tepat, yang dapat melindungi warga negara Indonesia. Tindakan legislasi tersebut haruslah bercermin pada kebutuhan dan kondisi material masyarakat Indonesia. Regulasi yang berkaitan dengan implementasi ASEAN *Charter* harus selalu disertai *exemption* atau pengecualian dengan jalan pembebasan dari hukum persaingan usaha regional yang merupakan konsekuensi logis dari adanya pasar bebas ASEAN dalam berbagai bidang.

Kata kunci: Kesejahteraan, ASEAN Economic Community, Exemption

### **Abstract**

*Societal welfare is the achievement that should be supported by Government which essentially has the obligation for the societal welfare through the arrangements within the scope of authority under the mandate of the preamble and articles of the Indonesian Constitution of 1945 and relevant laws. The mandate of ASEAN Charter, which was ratified by House of Representative by Law Number 38 of 2008 concerning Ratification of the Charter of the Association of Southeast Asian Nations, is not an opponent of the Constitution of 1945 in terms of societal welfare, as long as the legislation is implemented on the right way, which can protect Indonesian. The legislative action must reflect the needs and the factual conditions of Indonesian. Regulation relating to the implementation of the ASEAN Charter should always be accompanied by exemption or exception to the path of liberation from the regional competition law which is a logical consequence of the free market of ASEAN in some fields.*

**Keywords:** *Societal Welfare, ASEAN Economic Community, Exemption*

## **A. PENDAHULUAN**

Republik Indonesia secara garis besar adalah penganut tipe negara hukum *welfare state*, yaitu negara yang memiliki tujuan untuk mensejahterakan warga negaranya. Tujuan negara ini dapat ditengarai melalui isi yang termaktub di dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia. Dan spirit ini selanjutnya dituangkan kedalam batang tubuh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu pada Pasal 27 ayat, Pasal 33 ayat (1) dan ayat (4) jis. Pasal 34 ayat (2), (3) dan (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pemerintah dalam rangka mengimplementasikan tujuan negara *welfare state* yang telah diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 melakukan penandatanganan ASEAN *Charter* bersama dengan para kepala negara/pemerintahan negara-negara anggota ASEAN lainnya pada Konferensi Tingkat Tinggi negara-negara ASEAN ke-13 di Singapura pada tanggal 20 November 2007 bersamaan dengan ditandatanganinya *Declaration on ASEAN Economic Community Blueprint* sebagai panduan pelaksanaan ASEAN *Economic Community* pada tanggal 20 November 2007. Selanjutnya ASEAN *Charter* diratifikasi oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan diundangkan melalui Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan ASEAN *Charter* pada tanggal 6 November 2008.

Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan ASEAN *Charter* harus dilaksanakan karena pada dasarnya hal ini memberikan kesempatan warga negara Indonesia untuk menikmati keuntungan (*advantage*) dengan diadakannya ASEAN *Economic Community*. Asumsi ini dapat menjadi kenyataan apabila Indonesia, maupun negara ASEAN lainnya, mampu mengambil langkah-langkah yang diperlukan dalam hal tindakan legislasi yang tepat.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Konsep *Single Market* Kawasan dan Tujuan Negara Indonesia.

ASEAN *Economic Community* dipandu oleh suatu *guideline* yang diterima oleh negara-negara anggota ASEAN melalui ASEAN *Economic Community Blueprint* dan dipayungi secara hukum oleh ASEAN *Charter* yang telah diratifikasi melalui Undang-Undang nomor 38 Tahun 2008 Tentang Pengesahan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara). Tujuan dari diadakannya ASEAN *Economic Community* sebenarnya adalah beriringan dengan tujuan negara Indonesia, dan tidak ada pertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 apabila ditinjau dari Paragraf 1 sampai dengan Paragraf 4 Pendahuluan ASEAN *Economic Community Blueprint*. Dalam paragraf tersebut dikatakan bahwa:

1. "...memutuskan untuk mentransformasikan ASEAN menjadi kawasan yang stabil, makmur, dan berdaya saing tinggi dengan tingkat pembangunan ekonomi yang merata serta kesenjangan sosial ekonomi dan kemiskinan yang semakin berkurang."
2. "...ASEAN *Economic Community* merupakan tujuan integrasi ekonomi regional.."
3. "...mempercepat pembentukan AEC dengan sasaran dan kerangka waktu yang jelas dalam mengimplementasikan berbagai langkah serta fleksibilitas yang telah disepakati sebelumnya guna mengkomodir kepentingan seluruh negara anggota ASEAN."
4. "... mentranformasikan kawasan ASEAN menjadi suatu kawasan dimana terdapat aliran bebas barang, jasa, investasi, dan tenaga kerja terampil, serta aliran modal yang lebih bebas..."

Dari rumusan diatas dapat diurai sebagai berikut: Paragraf pertama menjelaskan tentang tujuan diadakannya ASEAN *Economic Community*,

paragraf kedua merupakan *prerequisite* dari paragraf pertama, yaitu mewujudkan sebuah pasar tunggal (*a single market*). Paragraf ketiga adalah mengimplementasikan norma dan paragraf terakhir menjelaskan syarat-syarat yang diperlukan untuk mewujudkan *single market* ASEAN. *Guideline* tersebut merupakan panduan yang belum sempurna untuk dapat dilaksanakan apabila tidak terdapat suatu payung hukum yang mengikat negara-negara anggota ASEAN, yang diratifikasi dan menjadi hukum dalam sistem hukum nasional masing-masing negara anggota ASEAN, termasuk Indonesia. Oleh karena itu ASEAN *Charter* diperlukan sebagai payung hukum yang dapat diimplementasikan dalam sistem hukum nasional, sebagai payung hukum Pasal 1 Ayat (5) ASEAN *Charter*. Pasal ini merupakan pasal yang memberikan landasan hukum terbentuknya pasar tunggal ASEAN bersama-sama (*co-existence*) dengan ASEAN *Economic Community Blueprint*.

Pasar tunggal ASEAN ini mensyaratkan adanya aliran bebas barang, jasa, investasi, aliran modal, serta tenaga kerja terampil. Sebagai syarat penting terwujudnya pasar tunggal ASEAN, hal ini dituangkan kembali dalam Paragraph 9 ASEAN *Economic Blueprint*.

Dalam konsep *single market*, yang menjadi prioritas adalah keadilan dalam persaingan usaha (*fair competition*), sehingga persyaratan suatu negara untuk memasuki tahapan *single market* kawasan, atau pasar tunggal adalah adanya perlakuan yang sama baik terhadap barang, jasa, modal maupun tenaga kerja yang berasal dari dalam negeri maupun barang, jasa, modal maupun tenaga kerja dari luar negeri.

Seperti halnya apa yang dikatakan oleh Swann dalam Paul Craig dan Grainne de Burca, terdapat beberapa tahapan dalam membentuk *single market*:

*“the free trade area is the least onerous in terms of involvement. It consists in an arrangement between states in which they agree to remove all customs duties (and quotas) on trade passing between them. Each party is free, however to determine unilaterally the level of customs duty on imports coming from outside the area. The next stage is customs union. Here tariffs and quotas on trade between members are also removed but members agree to apply a common level of tariff on good entering union from without.(...) Next comes to common market and this technical terms implies that to free movement*

*of goods, ...labour, capital and enterprises. Finally there is the economic union, this is the common market there is also a complete unification of monetary and fiscal policy.”<sup>1</sup>*

Dari pernyataan berdasarkan pengalaman pembentukan *internal market* Uni Eropa tersebut, memang ASEAN *single market* masih berada dalam tahap ketiga karena untuk membentuk *custom union* diperlukan unifikasi moneter.<sup>2</sup> Sedangkan teori yang lebih pesimistik yang sesuai dengan kondisi ASEAN saat ini adalah teori *neofunctionalism spillover* dari Ernst Haas (1958), yaitu: dihapuskannya hambatan perdagangan antar negara anggota tanpa adanya kesatuan moneter akan menghadapi masalah fluktuasi mata uang negara anggota, yang memiliki konsekuensi sulitnya memprediksi harga-harga.<sup>3</sup> Dari asumsi tersebut, sebenarnya menyisakan ruang bagi negara anggota untuk melakukan suatu tindakan nasional melalui harmonisasi dan tindakan legislasi untuk menderivasikan Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara), dikarenakan tanpa adanya tindakan dari masing-masing negara anggota ASEAN, maka ASEAN *single market* sangat sulit untuk dapat dibentuk.

Masalah pembentukan *single market* ASEAN selanjutnya dapat dibandingkan dengan konsep *single market* di Uni Eropa. *Single market* merupakan sarana utama dalam pembentukan integrasi Uni Eropa begitu pula dalam pembentukan integrasi ASEAN. Hukum persaingan usaha kawasan (*regional competition law*) merupakan landasan utama dari terbentuknya ASEAN *single market*. Alison Jones dan Brenda Sufrin berpendapat bahwa hukum persaingan usaha Uni Eropa (*EU competition law*) adalah mekanisme pengaturan dari sebuah pasar tunggal kawasan Uni Eropa yang menjadi dasar dan sekaligus implementasi konsep *single market* Uni Eropa. Alison Jones dan Brenda Sufrin juga menyatakan bahwa “*competition law is concerned with ensuring that firms (undertakings) operating in the free market (single market) economy do not restrict or distort competition in a way that prevents the market from functioning optimally*”.<sup>4</sup> Hal ini menunjukkan bahwa *single market* membutuhkan instrumen persaingan usaha untuk mencapai tujuan

<sup>1</sup> Paul Craig dan Craine de Burca, *EU Law: Text cases and Materials [5th Edition]*, New York: Oxford University Press, 2011, h. 581-582.

<sup>2</sup> Bandingkan dengan pembentukan mata uang tunggal Uni Eropa, Euro

<sup>3</sup> Ian Bache dan Stephen George, *Politics in the European Union*, New York: Oxford University Press, 2006 h.8-12.

<sup>4</sup> Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text Cases and Materials [4th Edition]*, New York: Oxford university Press, 2011, h. 1-4.

kawasan, dan di dalamnya diperlukan kepastian bahwa perusahaan tidak melanggar ketentuan persaingan usaha.

Pentingnya masalah persaingan usaha kawasan telah diinsyafi oleh negara-negara anggota ASEAN sebagai unsur yang menentukan dalam proses integrasi ASEAN, oleh karena itu paragraph 41 ASEAN *Economic Community Blueprint* menyatakan bahwa: "Tujuan utama kebijakan persaingan usaha adalah memperkuat budaya persaingan yang sehat." Selanjutnya dikatakan pula bahwa sampai saat ini belum terdapat badan resmi ASEAN untuk kerja sama untuk menangani persaingan usaha ASEAN atau CPL (*Competition Policy Law*) yang memiliki fungsi sebagai jaringan (*networking*) untuk badan-badan persaingan usaha atau badan terkait dalam hal *sharing* pengalaman dan norma-norma institusional mengenai CPL. Oleh karena itu diperlukan beberapa tindakan:<sup>5</sup>

- i. Mengupayakan kebijakan persaingan usaha pada seluruh Negara ASEAN selambat-lambatnya pada 2015;
- ii. Membentuk jaringan otoritas atau badan-badan yang berwenang atas kebijakan persaingan usaha sebagai forum untuk membahas dan mengkoordinasi kebijakan persaingan usaha;
- iii. Mendorong program/kegiatan peningkatkan kemampuan bagi Negara Anggota ASEAN dalam mengembangkan kebijakan nasional persaingan usaha; dan
- iv. Mengembangkan pedoman kawasan mengenai kebijakan persainagn usaha selambat-lambatnya pada 2010, berdasarkan pada pengalaman masing-masing negara dan praktik-praktik internasional yang terbaik dalam rangka menciptakan iklim persaingan usaha."

Tujuan dari *single market* kawasan itu sendiri antara lain adalah: efisiensi, optimalisasi kesejahteraan, perlindungan kebebasan dalam berusaha, melindungi kompetitor dan *Fair Competition*, serta kesejahteraan konsumen.<sup>6</sup> Namun di sisi lain akibat dari ASEAN *single market* menjadi suatu yang harus dipikirkan dan menjadi perhatian khusus.

Kekhawatiran akan pesatnya persaingan pasar bebas dalam *single market* disebabkan adanya asumsi mengenai lemahnya daya saing produk pelaku usaha di Indonesia pada umumnya.<sup>7</sup> Salah satu akar permasalahan tersebut

<sup>5</sup> Paragraph 41 ASEAN *Economic Community Blueprint*.

<sup>6</sup> *Ibid*, h. 4-19

<sup>7</sup> Lemahnya persaingan karena kurangnya informasi, kurangnya tanggung jawab pemerintah dan sebagainya.

adalah minimnya pengetahuan masyarakat mengenai ASEAN *Economic Community* 2015 dan kurangnya peran pemerintah. Ditegaskan dalam *Article 5 Paragraph 2 ASEAN Charter*. Hal ini berarti adanya peluang pemerintah Indonesia untuk mengambil langkah-langkah konkret yang dapat digunakan untuk mewujudkan terciptanya pemenuhan hak asasi manusia khususnya hak ekonomi masyarakat. Dalam konsep *welfare state*, negara memiliki andil yang luar biasa yang diperlukan demi memenuhi hak ekonomi masyarakatnya.

## 2. ASEAN *Charter* dan Pemaknaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai Dokumen Hidup

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan dokumen hukum yang hidup dan menghidupi masyarakat Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dapat ditafsirkan sesuai dengan perkembangan jaman sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Rasa keadilan masyarakat selalu berkaitan erat dengan kesejahteraan masyarakat. Jika ditinjau pada pasal-pasal yang berkaitan dengan perekonomian dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, penanganan masalah perekonomian oleh pemerintah dapat dibedakan menjadi dua hal. **Pertama** adalah penanganan secara individual seperti halnya yang diatur dalam Pasal 34 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang sejalan dengan prinsip-prinsip dalam *International Covenant on Economic, Social, and Civil Rights*.<sup>8</sup> Dimana penanganan secara individual tersebut merupakan tanggung jawab Pemerintah dalam rangka mensejahterakan rakyatnya. **Kedua** adalah penanganan secara kolektif yang diatur dalam Pasal 33 ayat (1), ayat (4), dan ayat (5) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu terhadap penguasaan sumber daya yang signifikan urgensinya bagi rakyat Indonesia. Hal ini berarti menekankan kewajiban pemerintah Indonesia untuk mengambil langkah-langkah konkret yang dapat digunakan untuk mewujudkan terciptanya pemenuhan hak asasi manusia khususnya hak ekonomi masyarakat.

Konsep *welfare state* berkorelasi dengan makna kesejahteraan yang tertera di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Konsep ini mencita-citakan negara memiliki andil yang signifikan dalam rangka memenuhi hak ekonomi masyarakatnya. Hal ini harus dimaknai

<sup>8</sup> Lihat Pembukaan *International Covenant on Civil and Political Rights*.

sesuai dengan kondisi masyarakat Indonesia saat ini. Kondisi masyarakat Indonesia yang dinamis, didukung oleh perkembangan teknologi, informasi dan pendidikan berkorelasi dengan meningkatnya kesadaran masyarakat Indonesia akan hak-haknya. Berkaitan dengan hal tersebut, tingginya eskalasi hubungan internasional yang dibuktikan dengan semakin banyaknya perjanjian internasional yang diratifikasi oleh Indonesia, maka sudah sepatutnya jika negara memberikan peran lebih kepada masyarakat dalam menentukan hukumnya sesuai dengan rasa keadilan yang diinginkannya.

Pada prinsipnya lembaga legislatif merupakan lembaga yang merepresentasikan aspirasi dan kemauan masyarakat. Namun perlu pula digarisbawahi bahwa rasa keadilan masyarakat merupakan suatu institusi yang terlembagakan secara dinamis dan terletak dalam kehidupan sehari-hari. Hal ini sebenarnya telah disadari oleh pembuat undang-undang, bahwa meskipun Dewan Perwakilan Rakyat sebagai lembaga representatif dan lembaga legislatif, namun konsultasi dan partisipasi dengan masyarakat masih diperlukan, seperti yang tertuang dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Segala macam peraturan perundang-undangan di Indonesia, mulai dari TAP MPR, Undang-Undang, sampai dengan Peraturan Daerah ke bawah merupakan derivasi dari Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Termasuk di dalamnya adalah Undang-Undang hasil ratifikasi, baik yang berasal dari kebiasaan internasional yang berwujud *Law Making Treaty* seperti halnya *International Covenant on Economic Social and Cultural Rights* yang diundangkan melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* maupun perjanjian internasional yang berbentuk *treaty contract* seperti halnya *ASEAN Charter* dalam Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* (Piagam Perhimpunan Bangsa-Bangsa Asia Tenggara).

Peraturan perundang-undangan tersebut merupakan suatu sarana untuk mengatur masyarakat dalam rangka mencapai kesejahteraan umum yang harus dilaksanakan oleh pemerintah pusat dan daerah. Perlu dipahami juga bahwa esensi peraturan perundang-undangan adalah rasa keadilan masyarakat. Rasa keadilan masyarakat merupakan nilai yang sangat dinamik, yang progresifitasnya ditentukan oleh varian-varian lain di luar hukum

(*metajuridic*). Konsep tersebut dapat dibandingkan dengan putusan *European Court of Human Rights* dalam kasus *Tyrer* yang dinyatakan:

*"A constitution is a dynamic and living instrument, it will function concretely by the interpretation through the laws (as the derivation norms from the constitution) and by the interpretation through the judgment of the court in the light of present day conditions."*<sup>9</sup>

Pemahaman secara sistemik inilah yang diperlukan untuk menetapkan suatu model yang mampu merangkai antara Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, ASEAN *Charter* dan peraturan perundang-undangan lainnya serta hambatan dan tantangan yang dihadapi oleh masyarakat Indonesia berdasarkan rasa keadilan masyarakat, pemenuhan hak asasi manusia (khususnya hak ekonomi) dan kesejahteraan sosial. Karena *Article 5 Paragraph 2 ASEAN Charter* memberikan kewajiban bagi negara anggota ASEAN, termasuk Indonesia untuk melakukan langkah implementasi. Termasuk langkah legislasi, yang merupakan salah satu langkah yang sangat diperlukan dalam memberikan dasar kebijakan untuk mewujudkan pemenuhan hak ekonomi masyarakat oleh pemerintah Indonesia dalam kerangka ASEAN.

Telah dipahami pula oleh pembentuk undang-undang, bahwa model pembentukan regulasi terbaik adalah dengan jalan melibatkan masyarakat secara demokratis dengan mekanisme partisipatorik. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang<sup>10</sup> telah mengatur kedudukan dan prosedur pembuatan peraturan daerah yang ideal. Sesuai dengan asas demokrasi, di dalam pembentukan peraturan perundang-undangan diperlukan adanya pelibatan masyarakat, seperti yang diatur di dalam Pasal 96 ayat (1), (2), (3) dan ayat (4) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang yaitu:

- "(1) Masyarakat berhak memberikan masukan secara lisan dan/atau tertulis dalam pembentukan Peraturan Perundang-undangan.*
- (2) Masukan secara lisan dan/atau tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan melalui:*

<sup>9</sup> ECtHR *Tyrer v. the United Kingdom*, ECHR 5856/72, 25 April 1978, Series A no. 26 Para.31: "The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field..."

<sup>10</sup> Diundangkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82.

- a. rapat dengar pendapat umum;
  - b. kunjungan kerja;
  - c. sosialisasi; dan/atau
  - d. seminar, lokakarya, dan/atau diskusi.”
- (3) Masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah orang perseorangan atau kelompok orang yang mempunyai kepentingan atas substansi Rancangan Peraturan Perundang-undangan.
- (4) Untuk memudahkan masyarakat dalam memberikan masukan secara lisan dan/atau tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (1), setiap Rancangan Peraturan Perundang-undangan harus dapat diakses dengan mudah oleh masyarakat.

Dari ketentuan demikian, maka langkah legislasi yang tepat, yang diperlukan dalam rangka memenuhi rasa keadilan masyarakat dan menjadikan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menjadi *the living constitution* adalah suatu keharusan yang tidak dapat dielakkan.

### 3. Metode Penafsiran ASEAN *Charter* dalam Kerangka Implementasi

Sebenarnya ASEAN *Charter* tidak perlu lagi dijadikan suatu mimpi buruk perekonomian masyarakat, karena dengan langkah-langkah yang tepat dalam menghadapi ketentuan pasar tunggal ASEAN, maka hak asasi manusia warga negara khususnya hak ekonomi masyarakat dapat terpenuhi.

Pembentukan legislasi berdasarkan ASEAN *Charter* tidak bisa dibuat tanpa adanya penafsiran yang benar dari ASEAN *Charter* sebagai perjanjian internasional, di samping juga diperlukan pembandingan dari Uni Eropa sebagai pionir bentuk negara konfederasi. Oleh karena itu, ASEAN *Charter* sebagai perjanjian internasional haruslah ditafsir melalui metode penafsiran perjanjian internasional dari *Vienna Convention on the Law of the Treaty on the Law of the Treaties*.<sup>11</sup> Memahami ASEAN *Charter* sebagai perjanjian internasional, haruslah berdasarkan metode yang telah disepakati secara internasional. *Vienna Convention on the Law of the Treaty on the Law of the Treaties* tersebut dapat dikatakan sebagai konsensus internasional karena *Vienna Convention on the Law of the Treaty on the Law of the Treaties* bersifat *Law Making Treaty* yang berasal dari kebiasaan internasional, hal ini dapat diartikan bahwa

<sup>11</sup> The Convention was adopted on 22 May 1969 and opened for signature on 23 May 1969 by the *United Nations Conference on the Law of Treaties*. The Conference was convened pursuant to General Assembly resolutions 2166 (XXI) of 5 December 1966 and 2287 (XXII) of 6 December 1967. Official Publication in United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p.331.

Indonesia telah terikat pada kebiasaan internasional tersebut meskipun belum meratifikasi *Vienna Convention on the Law of the Treaty on the Law of the Treaties*, berdasarkan asas "*Iuris Cive Necesitatis*" yang dibuktikan dengan tidak adanya pengajuan keberatan oleh Indonesia.

Ketentuan *Article 31 Vienna Convention on the Law of the Treaty on the Law of the Treaties* mengenai *General rule of interpretation*, menyatakan perlunya menafsirkan ASEAN *Charter* dengan cara:

1. Menginterpretasikan dengan niat baik;
2. Menginterpretasikan sesuai dengan obyek dan tujuan dari diadakannya ASEAN *Charter* tersebut, yang harus dibaca secara kontekstual termasuk di dalamnya adalah bagian Pembukaan dari *charter*.

Berdasarkan interpretasi melalui *Vienna Convention on the Law of the Treaty on the Law of the Treaties* tersebut, dapat dikatakan bahwa rumusan dalam ASEAN *Charter* tidak mengandung pertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, karena apabila dilihat dari obyek dan tujuan ASEAN *Charter* yang terdapat dalam pasal-pasalanya, maka secara esensial berjalan beriringan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, antara lain Pasal 1 ayat (6), Pasal 1 ayat 11, dan Pasal 1 ayat (13) ASEAN *Charter*.

Pembentukan pasar tunggal ASEAN merupakan pengalaman yang baru bagi negara-negara ASEAN. Membandingkan praktek negara konfederasi lain yang telah berpengalaman sangat diperlukan bagi ASEAN pada umumnya dan Indonesia khususnya. Misalnya saja belajar dari Uni Eropa sebagai organisasi kawasan yang telah lebih dahulu mempraktekkan kawasan *single market*.

Selanjutnya untuk memberikan kejelasan berdasarkan praktek negara-negara sebagai pembanding, dapat merujuk pada dasar pembanding dalam praktek internasional, yaitu melalui *Article 38 Statute of International Court of Justice*. Berdasarkan *Article 38 Paragraph (1) (d)*, Mahkamah Internasional (*International Court of Justice*) dalam memperkuat dasar hukum penyelesaian sengketa internasional berdasarkan perjanjian internasional, kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip hukum umum dapat menggunakan *judicial decisions* atau putusan pengadilan. Putusan pengadilan tersebut tidak selalu putusan dari Mahkamah Internasional itu sendiri ataupun Pengadilan Internasional, namun dapat pula merujuk pada putusan pengadilan nasional

sebagai *subsidiary means* atau alat tambahan. Begitu pula halnya dengan doktrin atau pendapat sarjana terkemuka. Perbandingan yang demikian ini biasa dilakukan dalam praktek Mahkamah Internasional.

Berdasarkan praktek internasional diatas, dapat digunakan praktek *single market* di Uni Eropa. Batasan yang digunakan oleh Uni Eropa dalam *single market*nya adalah berada pada pengaplikasian hukum persaingan usaha kawasan yaitu dalam *Treaty on Functioning of European Union*,<sup>12</sup> tepatnya dalam *Article 101 Treaty of Functioning of European Union*<sup>13</sup> dan *Article 102 Treaty of Functioning of European Union*.<sup>14</sup>

Alison Jones dan Brenda Sufirin dalam tanggapannya terhadap artikel tersebut adalah sebagai berikut: *"There are two ways in which the application of EU competition law to public services can be limited. First, the activity can be found not to be 'economic' and therefore not subject to Article 101 and 102 in the first place. Secondly, it can be found to be 'economic' but allowed to take advantage of derogation from the rules"*<sup>15</sup>. Dengan kata lain keterikatan sebagai subyek yang diatur dalam hukum persaingan usaha kawasan Uni Eropa merupakan syarat sebagai pelaku usaha/*economic/undertaking*<sup>16</sup>,

<sup>12</sup> *Official Journal of the European Union* [C 83/49]

<sup>13</sup> *Article 101 Treaty on Functioning of European Union*

1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:
  - (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
  - (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
  - (c) share markets or sources of supply;
  - (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
  - (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.
2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.
3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:
  - any agreement or category of agreements between undertakings,
  - any decision or category of decisions by associations of undertakings,
  - any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

<sup>14</sup> *Article 102 Treaty on Functioning of European Union*

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

<sup>15</sup> Alison Jones and Brenda Sufirin, *Op.Cit.*, h. 564-565.

<sup>16</sup> Istilah *Undertaking* tidak pernah dijelaskan dalam TFEU maupun TEC namun untuk pertamakalinya ditafsirkan dalam putusan European Court of Justice tanggal 23 April 1991. Dalam kasus *Höfner dan Elser v Macrotron GmbH*, berdasarkan permintaan *preliminary ruling* dari *Oberlandesgericht München*, Jerman

Pasal 21 menyatakan: *"It must be observed, in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity*

sedangkan di luar karakter *economic* mendapatkan pengecualian dalam pemberlakuannya.

Pengecualian yang pertama adalah ketentuan yang memberikan pengecualian pada proses liberalisasi pemberian bantuan pendanaan dari negara anggota terhadap usaha tertentu. Seperti kasus *state aid* dalam masalah asuransi dengan kasus yang cukup populer, yaitu kasus AOK.<sup>17</sup> Putusan pengadilan Jerman *Oberlandesgericht Düsseldorf* dan *Bundesgerichtshof* berdasarkan pendapat dari *European Court of Justice* (ECJ) dalam *preliminary ruling procedure*. Pengecualian ini didasarkan pada pertimbangan kemanusiaan. Hal ini saat ini menjadi acuan pengecualian (*exemption*) yang memperbolehkan intervensi negara anggota terhadap perusahaan yang bergerak pada bidang kemanusiaan. Syarat-syarat mengenai pemberlakuan *exemption* dinyatakan di dalam putusan Pengadilan tersebut sebagai berikut:

*Paragraph 47* menyatakan:

*“In the field of social security, the Court has held that certain bodies entrusted with the management of statutory health insurance and old-age insurance schemes pursue an exclusively social objective and do not engage in economic activity. The Court has found that to be so in the case of sickness funds which merely apply the law and cannot influence the amount of the contributions, the use of assets and the fixing of the level of benefits. Their activity, based on the principle of national solidarity, is entirely non-profit-making and the benefits paid are statutory benefits bearing no relation to the amount of the contributions.”*

Jadi berdasarkan prinsip solidaritas dan non profit dalam masalah asuransi yang diperuntukkan bagi orang lanjut usia dan perusahaan yang bersifat sosial, maka perusahaan tersebut tidak dapat dikatakan sebagai subyek yang terikat dalam ranah hukum persaingan usaha Uni Eropa. Hal ini berarti bahwa perusahaan apapun dapat menikmati pengecualian selama memenuhi karakteristik non profit dan untuk kepentingan sosial meskipun perusahaan tersebut dapat dikatakan memiliki karakter '*economic*'. Selanjutnya *Paragraph 51* menyatakan:

---

*engaged an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity.”*

<sup>17</sup> *Judgment of the Court of 16 March 2004. AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft and See-Krankenkasse v. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. (C-264/01), Mundipharma GmbH (C-306/01), Gödecke GmbH (C-354/01) and Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH (C-355/01).*

*"Sickness funds in the German statutory health insurance scheme, like the bodies at issue in Poucet and Pistre, cited above, are involved in the management of the social security system. In this regard they fulfil an exclusively social function, which is founded on the principle of national solidarity and is entirely non-profit-making."*

Paragraf ini kembali menegaskan akan pentingnya solidaritas nasional untuk menilai kelayakan pemberlakuan pengecualian untuk pembebasan sebagai subyek hukum persaingan usaha Uni Eropa, dan *Paragraph 57* menyatakan bahwa apabila karakter perusahaan adalah non profit dan semata untuk kepentingan sosial serta berdasarkan prinsip solidaritas berarti bukanlah perusahaan yang dimaksud dalam *Article 81 Treaty of European Community*<sup>18</sup> dan *Article 82 Treaty of European Community*.<sup>19</sup> Ketentuan-ketentuan dalam hukum persaingan usaha Uni Eropa dan praktek negara-negara berdasarkan putusan pengadilan di atas dapat dijadikan sebagai syarat pertama pengecualian pemberlakuan pasar bebas beserta penerapan hukum persaingan usaha di ASEAN.

Kedua, perusahaan yang tidak termasuk sebagai subyek hukum persaingan usaha Uni Eropa adalah perusahaan yang memenuhi kualifikasi sebagai perusahaan yang bergerak dalam bidang *Social General Economic Interest* atau *SG(E)I*. Hal tersebut dibuktikan dalam putusan kasus *Altmark*.<sup>20</sup> Dalam putusan *Altmark* tersebut, pengadilan *Bundesverwaltungsgericht* Jerman atas pendapat *European Court of Justice* yang diperoleh dalam sesi *preliminary ruling procedure* menyatakan sebagai berikut:

*Paragraph 75* menyatakan:

*"Article 92(1) of the Treaty lays down the following conditions. First, there must be an intervention by the State or through State resources. Second, the intervention must be liable to affect trade between Member States. Third, it must confer an advantage on the recipient. Fourth, it must distort or threaten to distort competition."*

Artinya, pemberian bantuan oleh negara harus memenuhi kualifikasi yang telah ditetapkan dalam *Article 92 Paragraph (1) Treaty of European Community*.<sup>21</sup> *State aid* atau bantuan negara dalam hukum persaingan usaha

<sup>18</sup> Sekarang menjadi *Article 101 Treaty on Functioning of European Union*.

<sup>19</sup> Sekarang menjadi *Article 102 Treaty on Functioning of European Union*.

<sup>20</sup> *Case C-280/00 Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*

<sup>21</sup> Sekarang menjadi *Article 107 Paragraph (1) Treaty on Functioning of European Union*.

regional (Uni Eropa) tidak dapat dibenarkan secara umum,<sup>22</sup> namun justifikasi pemberian bantuan oleh negara dapat diperoleh dalam *Article 107 Paragraph 2 (a) (b) Treaty on Functioning of European Union*.<sup>23</sup> Selanjutnya lebih jauh dikemukakan pengadilan dalam *Paragraph 88* dari putusan kasus AOK tersebut adalah sebagai berikut:

*“However, for such compensation to escape classification as State aid in a particular case, a number of conditions must be satisfied.”*

dan *Paragraph 89* berisikan syarat pertama yaitu:

*“First, the recipient undertaking must actually have public service obligations to discharge, and the obligations must be clearly defined”*

Syarat kedua dalam *Paragraph 90* adalah:

*“Second, the parameters on the basis of which the compensation is calculated must be established in advance in an objective and transparent manner...”*

*Paragraph 92* berisikan syarat ketiga:

*“Third, the compensation cannot exceed what is necessary to cover all or part of the costs incurred in the discharge of public service obligations...”*

Syarat terakhir berada di *Paragraph 93*:

*“Fourth, where the undertaking which is to discharge public service obligations, in a specific case, is not chosen pursuant to a public procurement procedure (...), well run and adequately provided with means of transport so as to be able to meet the necessary public service requirements...”*

Dapat disimpulkan bahwa perusahaan yang menikmati pengecualian dari pemberlakuan *single market* adalah perusahaan yang memenuhi kualifikasi di atas yang biasa disebut sebagai perusahaan ‘*Social General Economic Interest*’ atau ‘*SG(E)I*’. Perusahaan dengan kualifikasi *SG(E)I* merupakan salah satu jenis perusahaan yang berhak menerima bantuan dari pemerintah, perkecualian

<sup>22</sup> Article 107 Paragraph (1) Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.

<sup>23</sup> (ex Article 87 TEC) dalam 9.5.2008 EN Official Journal of the European Union [C 115/91].

(*exemption*), dan ambiguitas klasifikasi SG(E)I. Perusahaan jenis ini di satu sisi merupakan pelaku usaha, namun di sisi lain bukan merupakan organisasi pencari keuntungan. Cosmo Graham berpendapat bahwa dalam menanggapi kasus *Poucet and Pistre*,<sup>24</sup> yaitu: “*The question in the case was whether or not these schemes were undertakings, that is, engaged in an economic activity. The ECJ held that they were not, as they fulfilled an exclusively social function and were based on the principle of solidarity.*”<sup>25</sup> Apabila ketentuan ini diterapkan dalam ASEAN *Economic Community*, maka dapat dipastikan akan sejalan dengan Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu penguasaan negara atas usaha yang menyangkut hajat hidup masyarakat.

*The De minimis* merupakan pertimbangan ketiga, berdasarkan *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis)*<sup>26</sup> Paragraph 7 menyatakan bahwa:

*“The Commission holds the view that agreements between undertakings which affect trade between Member States do not appreciably restrict competition within the meaning of Article 81(1):*

*(a) if the aggregate market share held by the parties to the agreement does not exceed 10 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are actual or potential competitors on any of these markets (agreements between competitors) (4); or*

*(b) if the market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are not actual or potential competitors on any of these markets (agreements between non-competitors).*

*In cases where it is difficult to classify the agreement as either an agreement between competitors or an agreement between non-competitors the 10 % threshold is applicable.”*

Ketentuan *de minimis* ini diikuti oleh rekomendasi mengenai *Micro, Small, and Medium Sized Enterprises* dua tahun setelahnya (2003) dengan rekomendasi *Commission* dengan *Commission Recommendation of 6 May 2003*

<sup>24</sup> Cases C-159 – 160/91 *Poucet and Pistre v. AGF and Cancava* [1993] ECR I-637.

<sup>25</sup> Cosmo Graham, *EU and UK Competition Law*, Pearson Education Limited, 2010, h.69.

<sup>26</sup> Diundangkan melalui *Official Journal* [2001/C 368/07].

*concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises.* Usaha Mikro, Kecil dan Menengah di Uni Eropa mendapatkan pembebasan dari aturan Persaingan Usaha Uni Eropa,<sup>27</sup> dengan dasar jumlah pekerja<sup>28</sup> dan omset per tahunnya.<sup>29</sup> Kategori untuk usaha mikro yaitu jumlah pekerja kurang dari 10 orang dan omzet kurang atau sama dengan € 2 juta per tahun. Untuk usaha kecil berlaku persyaratan mempekerjakan lebih dari sepuluh pekerja sampai dengan kurang atau sama dengan 50 orang pekerja dengan omzet kurang atau sama dengan € 10 juta per tahun. Sedangkan untuk usaha menengah adalah memiliki jumlah pekerja sebanyak kurang dari 250 dengan omzet kurang atau sama dengan € 50 juta per tahun.<sup>30</sup> Ketentuan seperti diatas, sebenarnya sangat cocok untuk diterapkan di Indonesia, mengingat jumlah pelaku usaha mandiri yang berkualifikasi sebagai pelaku usaha mikro, kecil dan menengah (UMKM) sangatlah banyak jumlahnya, dan pelaku UMKM merupakan pelaku usaha yang paling rentan eksistensi dan terancam kesejahteraannya dengan diberlakukannya pasar bebas ASEAN mendatang.

Jadi Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan ASEAN *Charter* tidak menutup kesempatan masyarakat untuk menikmati keuntungan ASEAN *Economic Community* pada tahun 2015 mendatang apabila negara melakukan tindakan yang tepat melalui regulasi yang mengadopsi pengalaman Uni Eropa tersebut diatas. Perlu pula digarisbawahi bahwa pembentukan ASEAN *Economic Community* dan ASEAN *Charter* adalah karena negara-negara anggota ASEAN ingin membawa masyarakat ASEAN pada tingkat kesejahteraan yang lebih baik. Namun demikian harus disadari pula bahwa struktur ASEAN berbeda dengan struktur Uni Eropa, karena ASEAN berstruktur *intergovernmentalism* yang terefleksi dalam prinsip non intervensi, kedaulatan, dan kebebasan domestik tanpa adanya campur tangan dari pihak luar<sup>31</sup> yang memungkinkan timbulnya jarak diantara negara-negara anggotanya (*loose knit structured organization*) karena setiap negara mempunyai kedudukan yang

<sup>27</sup> Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (notified under document number C (2003) 1422) oJ [2003/361/EC].

<sup>28</sup> *Ibid* Article 4 : The criterion of staff numbers (the 'staff headcount criterion') remains undoubtedly one of the most important, and must be observed as the main criterion; introducing a financial criterion is nonetheless a necessary adjunct in order to grasp the real scale and performance of an enterprise and its position compared to its competitors. However, it would not be desirable to use turnover as the sole financial criterion, in particular because enterprises in the trade and distribution sector have by their nature higher turnover figures than those in the manufacturing sector. Thus the turnover criterion should be combined with that of the balance sheet total, a criterion which reflects the overall wealth of a business, with the possibility of either of these two criteria being exceeded.

<sup>29</sup> *Ibid* Article 5: The turnover ceiling refers to enterprises engaged in very different types of economic activity. In order not to restrict unduly the usefulness of applying the definition, it should be updated to take account of changes in both prices and productivity.

<sup>30</sup> <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-definition/> diunduh 3 November 2013.

<sup>31</sup> Treaty of Amity and Cooperation of southeast Asia (TAC) 1976.

sama dengan negara lain, tanpa harus tunduk pada satu kekuasaan yang lebih tinggi. Sedangkan Uni Eropa memiliki struktur yang lebih rapat dengan adanya *supranationalism*. Terbukti dengan adanya lembaga representatif bersama, yaitu *European Parliament* sehingga negara-negara di Uni Eropa tunduk pada *European Parliament*. Begitu pula instrumen dan regulasi yang mengatur secara detail masalah pergerakan ekonomi dan pembentukan pasar tunggal (*single market*) berdasarkan Pasal 1 Ayat (5) *ASEAN Charter* yang didalamnya menjamin pergerakan bebas ekonomi<sup>32</sup> arus lalu lintas barang,<sup>33</sup> jasa-jasa<sup>34</sup> dan investasi yang bebas;<sup>35</sup> pergerakan pelaku usaha, pekerja profesional, pekerja profesional dan buruh,<sup>36</sup> dan arus modal yang lebih bebas,<sup>37</sup> yang kesemuanya masih belum diatur dalam sebuah peraturan.

## C. KESIMPULAN

- a. *ASEAN Charter* dan pembentukan *ASEAN Economic Community* 2015 bukanlah ancaman karena tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, asalkan diinterpretasikan dengan niat baik; dan sesuai dengan obyek dan tujuan dari diadakannya *ASEAN Charter* tersebut, yang harus dibaca secara kontekstual termasuk di dalamnya adalah bagian Pembukaan dari *charter*, sesuai dengan ketentuan *Vienna Convention on the Law of the Treaties*.
- b. Cara mengantisipasi *impact* dari *ASEAN Economic Community* 2015 adalah membentuk regulasi yang dibentuk secara partisipatorik dengan memperhatikan kondisi masyarakat Indonesia dalam rangka melindungi hak ekonomi warga negara, sebagai perwujudan mandat Undang-Undang Dasar Negara republik Indonesia Tahun 1945 dan pelaksanaan kewajiban berdasarkan *Article 5 Paragraph (2) ASEAN Charter*, mengenai Hak dan Kewajiban Negara Anggota sebagai berikut: "Negara-negara anggota wajib mengambil langkah-

<sup>32</sup> Bandingkan dengan *Article 26 para. 2. Treaty on Functioning of European Union* "The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties."

<sup>33</sup> Bandingkan dengan dengan *Article 28 para. 1. Treaty on Functioning of European Union* "The Union shall comprise a customs union which shall cover all trade in goods and which shall involve the prohibition between Member States of customs duties on imports and exports and of all charges having equivalent effect, and the adoption of a common customs tariff in their relations with third countries." Dan *Article 34 Treaty on Functioning of European Union* "Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States." *Juncto Art. 110 . Treaty on Functioning of European Union* "No Member State shall impose, directly or indirectly, on the products of other Member States any internal taxation of any kind in excess of that imposed directly or indirectly on similar domestic products."

<sup>34</sup> Bandingkan dengan dengan *Article 52 jis Article 61 Treaty on Functioning of European Union*

<sup>35</sup> Bandingkan dengan dengan *Article 49 Treaty on Functioning of European Union*

<sup>36</sup> Bandingkan dengan dengan *Article para. 45 jis Art. 46 dan Art. 47 Treaty on Functioning of European Union*

<sup>37</sup> Bandingkan dengan dengan *Article para.63 jis Art.64, 65, dan 66 Treaty on Functioning of European Union*

langkah yang diperlukan, termasuk pembuatan legislasi dalam negeri yang sesuai, guna melaksanakan ketentuan-ketentuan dalam Piagam ini secara efektif, dan mematuhi kewajiban-kewajiban keanggotaan”.

- c. Muatan regulasi tersebut adalah memberikan *exemption* atau pembebasan dari kondisi pasar bebas dalam pasar tunggal ASEAN kepada perusahaan negara yang penting bagi kemaslahatan rakyat, kemanusiaan dan perusahaan yang tergolong UMKM yang tidak akan mempengaruhi kompetisi di ASEAN.

### **DAFTAR PUSTAKA:**

Alison Jones and Brenda Sufrin, 2011, *EU Competition Law: Text Cases and Materials [4th Edition]*. New York: Oxford University Press.

Ian Bache dan Stephen George, 2006, *Politics in the European Union*. New York: Oxford University.

Paul Craig dan Craine de Burca, 2011, *EU Law: Text cases and Materials [5th Edition]*. New York: Oxford university Press.

Cosmo Graham, 2010, *EU and UK Competition Law*, London, Pearson Education Limited.

# **Kedudukan Kelompok Minoritas dalam Perspektif HAM dan Perlindungan Hukumnya Di Indonesia**

**Yogi Zul Fadhli**

Staf Departemen Advokasi LBH Yogyakarta  
Jalan Ngeksigondo Nomor 5A Yogyakarta  
Email: yogiejoel@yahoo.com

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Kelompok minoritas menjadi entitas sosial yang tak dapat dinafikan keberadaannya. Keminoritasan tersebut jamak dimaknai karena perbedaan dari mayoritas atas dasar identitas, baik agama, bahasa, etnis, budaya atau jenis kelamin. Jumlahnya pun tidak banyak apabila dibandingkan dengan penduduk di suatu negara dan berada pada posisi yang tidak dominan. Kelompok minoritas rentan jadi korban pelanggaran HAM, oleh karena itu perlindungan hukum diberikan. Dalam perspektif HAM kelompok ini berada pada tingkat yang setara dengan individu pemangku hak lain serta memiliki hak khusus. Hak khusus bukanlah hak istimewa, tapi hak yang diberikan agar martabat kelompok minoritas dapat terangkat.

**Kata Kunci: Kelompok Minoritas, Hak Asasi Manusia, Kesetaraan, Hak Khusus, Perlindungan Hukum**

## ***Abstract***

*Minority group is a social entity which can not be denied its existence. The plural minority condition is defined as diversity of the majority on the basis of identity, religion, language, ethnicity, culture or gender. The number is usually not much when compared to the population in a country and be in a dominant position. Vulnerable minority groups become victims of human rights, therefore the legal protection given. In a human rights perspective, this group is at a level equivalent to other individual rights holders and have special rights. Special rights are not privileges, but rights granted so the dignity of minority groups can be lifted.*

***Keywords: Minorities, Human Rights, Equality, Special Rights, Legal Protection***

## PENDAHULUAN

Sesudah jatuhnya rezim Orde Baru, yang selama 32 tahun hampir dihiasi dengan beragam pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM), rezim reformasi memiliki cita-cita untuk menciptakan demokrasi di seluruh aspek kehidupan, tegaknya kedaulatan hukum dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia tanpa diskriminasi. Namun alih-alih kehidupan demokrasi, tegaknya supremasi hukum dan HAM yang sudah lama diidamkan itu akan berlangsung penuh kedamaian, yang terjadi sebaliknya, kebebasan justru memunculkan tindak kekerasan dan diskriminasi yang tak kalah serampangan dengan penguasa despotis rezim lama.

Bedanya, kekerasan dan diskriminasi pada rezim ini tidak lagi dilakukan oleh penguasa negara belaka, melainkan oleh segelintir kelompok masyarakat dengan membawa identitas tertentu. Kehadiran kelompok tersebut seolah malah menghadirkan kekuasaan oligarki di tengah kekuasaan republik yang sah. Kekerasan dan perlakuan diskriminatif di Indonesia dewasa ini seakan-akan makin kokoh membentuk pranata sosial, yang terlembaga dan jamak menjadi pemecah masalah.

Serangkaian kejadian yang getir di era reformasi belakangan ini acapkali menyerempet pada urusan-urusan yang bersinggungan dengan agama,<sup>1</sup> yang menyerang eksistensi kelompok minoritas agama dan tidak jarang memakan banyak korban. Berbagai tindakan kekerasan dan diskriminasi ini dapat disaksikan dengan maraknya peristiwa pembunuhan, penganiayaan, pemerkosaan, penculikan dan tindak anarkisme berupa perusakan lembaga pendidikan dan tempat ibadah, serta berbagai bentuk tindakan diskriminatif dan pemaksaan dari yang kuat terhadap pihak yang tidak berdaya.<sup>2</sup> Dalam bahasa Azyumardi Azra, sektarianisme<sup>3</sup> agama dan sosial-politik terlihat meningkat di Indonesia sejak demokrasi liberal diterapkan pada 1999.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Hak beragama dalam tulisan ini hanya dipakai sebagai titik tolak untuk memotret kondisi hak asasi kelompok minoritas secara lebih luas di Indonesia, karena dewasa ini kelompok minoritas yang kerap mengalami diskriminasi di Indonesia adalah kelompok minoritas agama. Namun pada pokoknya kelompok minoritas dapat ditinjau dari identitas etnis, agama atau kepercayaan, bahasa, jenis kelamin dan kewarganegaraan.

<sup>2</sup> Siti Zuliyah, "Penegakan Hak Asasi Manusia Sebagai Sarana Mewujudkan Civil Society," *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol.3, 1 Februari 2006, h. 95-96.

<sup>3</sup> Bisa dipastikan, tidak ada negara dan masyarakat yang bebas dari perbedaan aliran agama, sosial, budaya dan politik. Masalahnya perbedaan-perbedaan itu dapat meningkat menjadi sektarianisme, yaitu kebencian intra dan antar-agama atau antar mazhab, aliran, denominasi agama; antar kelas sosial; antar kelompok etnis dan budaya; dan juga di antara faksi-faksi dalam kekuatan dan gerakan politik. Sektarianisme dapat muncul dalam berbagai bentuk, mulai dari yang sederhana sekadar pemberian restu dari kalangan elite agama dan politik pada sikap sektarianisme, pembenaran tindakan kekerasan yang berbau sektarianisme, sampai pada perilaku yang mengandung sektarianisme. Lihat Azyumardi Azra, "Waspada! Sektarianisme", *Opini Koran Kompas*, 11 Januari 2013.

<sup>4</sup> *Ibid.*

Rentetan kekerasan dan diskriminasi di Indonesia ini telah melahirkan pelanggaran hak asasi manusia serta meluaskan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dalam konteks hak kebebasan beragama misalnya, kekerasan dan diskriminasi tergambar di dalam beberapa peristiwa, antara lain kesulitan yang dialami jemaat GKJ Yasmin untuk mendirikan rumah ibadah. Kesulitan serupa juga terjadi terhadap jemaat HKBP Filadelfia di Bekasi. Selain itu, mensitir laporan *Human Rights Watch*, ditemukan sedikitnya satu kasus dimana komunitas minoritas Muslim mengalami kesulitan membangun sebuah masjid. Sejak 2002, keluarga-keluarga Muslim di Batuplat, Kecamatan Alak, Kupang, menghadapi kesulitan mendirikan masjid.<sup>5</sup> Kekerasan dan diskriminasi juga masih kerap dialami kelompok Ahmadiyah, Syiah dan aliran-aliran agama atau kepercayaan adat lain.

Melihat kondisi yang dialami kelompok minoritas agama ini tentu tidak sejalan dengan bunyi Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945. Melalui konstitusi, Indonesia telah memproklamirkan diri sebagai negara hukum. Negara hukum punya prinsip, bahwa hak setiap warga negara harus dilindungi tanpa terkecuali. Bahwa setiap orang berada posisi yang ekuilibrium di depan hukum. Bahkan Pasal 28D ayat (1) mengamanatkan setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Apalagi dengan mempostulasikan norma dasar, konstitusi menempati urutan tertinggi di dalam hukum nasional.<sup>6</sup> Konstitusi sebagai hukum tertinggi, menurut Miriam Budiarto, harus dipatuhi oleh negara dan pejabat-pejabat pemerintah sesuai dengan dalil *government by laws, not by men*.<sup>7</sup> Konstitusi membawa pengaruh terhadap peraturan-peraturan, keputusan atau kebijakan administratif yang diterbitkan baik oleh organ legislatif, eksekutif maupun yudikatif. Hakikat negara hukum bertujuan melindungi hak-hak individu, maka kehadiran entitas legislatif, eksekutif dan yudikatif punya andil amat penting dalam menjaga dan memajukan HAM. Hal ini sejalan dengan konsep Montesquieu yakni, perlunya pembagian kekuasaan sebagai sarana menjamin hak-hak manusia.<sup>8</sup>

Maka sudah sepatutnya prinsip perlindungan HAM dan persamaan di depan hukum dalam konsep negara hukum diejawantahkan di setiap sendi kehidupan

<sup>5</sup> Atas Nama Agama (Pelanggaran Terhadap Minoritas Agama Di Indonesia), *Human Rights Watch Reporting*, Februari, 2013, h. 58.

<sup>6</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, terjemah, Raisul Muttaqien, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara*, Bandung: Nusa Media, 2013, h. 180.

<sup>7</sup> Suparman Marzuki, *Tragedi Politik Hukum HAM*, Yogyakarta: Pusham Ull dan Pustaka Pelajar, 2011, h. 11.

<sup>8</sup> Miriam Budiarto, *Demokrasi di Indonesia (Demokrasi Parlementer dan Demokrasi Pancasila)*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1996, h. 143.

berbangsa dan bernegara. Tatkala negara taat pada asas perlindungan HAM negara hukum, maka buah yang kelak akan dipetik adalah terlindunginya harkat dan martabat manusia.

Penghormatan dan perlindungan hendaklah dilakukan juga dengan menilik posisi kelompok minoritas yang rentan jadi korban pelanggaran HAM. Kelompok minoritas sering dipaksa untuk mengikuti kebijakan negara yang tak menguntungkan. Sementara di lain pihak mereka kehilangan hak-hak politik karena perbedaan perlakuan dari negara terhadap kelompok minoritas dan mayoritas.<sup>9</sup> Buntutnya, eksistensi dari kelompok minoritas seringkali kehilangan jati diri dan martabat mereka sebagai sesama makhluk yang harus mempunyai hak asasi manusia yang seimbang dengan manusia lainnya.<sup>10</sup>

Berangkat dari latar belakang masalah di atas, penulisan ini akan mengajukan rumusan masalah: pertama, bagaimana kedudukan kelompok minoritas dalam perspektif HAM dan Kedua, bagaimana perlindungan hukum atas hak asasi kelompok minoritas di Indonesia.

## KONSEP MINORITAS

Kelompok minoritas menjadi entitas sosial yang tak dapat dinafikan keberadaannya. Hampir di tiap negara, kehadiran minoritas jadi semacam keniscayaan yang tak terbantahkan di tengah hegemoni kelompok mayoritas. Keminoritasan jamak dimaknai karena keberbedaan dari yang mayoritas atas dasar identitas, baik agama, bahasa, etnis, budaya atau pilihan orientasi seksual. Jumlahnya pun biasanya tak banyak bila dibandingkan dengan penduduk di suatu negara. Oleh karenanya, ia berada pada posisi yang tidak dominan. Posisi yang subordinat ini membuat hubungan solidaritas antar anggota amat kuat guna mempertahankan identitas mereka. Lebih-lebih, entitas minoritas ini acapkali mengalami segregasi.

Pelabelan kelompok minoritas merupakan imbas dari menguatnya politik identitas. Politik identitas berakar pada primordialisme. Primordialisme, mengikuti konsep *polity* Aristoteles, berarti “berperang ke luar” dan “konsolidasi ke dalam”. Karena itu, politik identitas selalu merayakan konflik baik bersifat *vis-à-vis* maupun dialektik. Merayakan konflik berarti mendefinisi Diri (*Self*) sebagai Yang Sama dan Yang Lain. Yang Sama selalu bermakna mayor, sementara Yang

<sup>9</sup> Al Khanif, *Hukum Dan Kebebasan Beragama Di Indonesia*, Yogyakarta: LaksBang Mediatama, 2010, h. 35.

<sup>10</sup> *Ibid*, h. 36.

Lain selalu bermakna minor. Itulah watak superior. Tetapi bisa juga sebaliknya, dan itulah watak inferior. Politik identitas selalu berada di rentang ketegangan antara superior dan inferior, antara Yang Sama dan Yang Lain, antara mayoritas dan minoritas. Politik identitas seolah menemukan kekuatan dalam politik teori pluralisme. Dalam politik teori pluralisme, keberadaan minoritas berubah dari didiamkan dan dinafikan menjadi dipertanyakan sekaligus diperjuangkan.<sup>11</sup>

Graham C. Lincoln mendefinisi kelompok minoritas sebagai kelompok yang dianggap oleh elit-elit sebagai berbeda dan/atau inferior atas dasar karakteristik tertentu dan sebagai konsekuensi diperlakukan secara negatif.<sup>12</sup> Yap Thiam Hien mengatakan, minoritas tidak ditentukan jumlah, tapi perlakuan yang menentukan status minoritas.<sup>13</sup> Menurutnya suatu jumlah besar bisa mempunyai status minoritas seperti halnya rakyat Indonesia di zaman kolonial, dimana sejumlah kecil orang Belanda mempunyai kedudukan 'dominan' grup.

Tidak beda jauh, Fransesco Capotorti, *UN Special Rapporteur*, menerangkan minoritas sebagai: *A Group, numerically inferior to the rest population of a state, in a non –dominant position, whose members– being national of the state posses ethnic, religious or linguistic characteristic differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion and language.*<sup>14</sup>

Dari kaca mata sosiologi, yang dimaksudkan dengan minoritas adalah kelompok-kelompok yang paling tidak memenuhi tiga gambaran berikut: 1) anggotanya sangat tidak diuntungkan, sebagai akibat dari tindakan diskriminasi orang lain terhadap mereka; 2) anggotanya memiliki solidaritas kelompok dengan "rasa kepemilikan bersama", dan mereka memandang dirinya sebagai "yang lain" sama sekali dari kelompok mayoritas; 3) biasanya secara fisik dan sosial terisolasi dari komunitas yang lebih besar.<sup>15</sup>

Bersendikan anasir di atas –posisi yang tak diuntungkan, jumlah anggota yang biasanya sedikit, tindakan diskriminasi, terisolasi– maka kelompok minoritas digolongkan sebagai salah satu kelompok rentan, yang karena kerentanan itu, hak sipil politik maupun hak ekonomi, sosial, budaya yang dimiliki sewaktu-waktu dapat dicabut atau dilenyapkan dengan sewenang-wenang.

<sup>11</sup> Eddie Riyadi Terre, "Posisi Minoritas Dalam Pluralisme: Sebuah Diskursus Politik Pembebasan", [http://interseksi.org/publications/essays/articles/posisi\\_minoritas.html](http://interseksi.org/publications/essays/articles/posisi_minoritas.html), diunduh 11 Juni 2013.

<sup>12</sup> Teuku Cemal Hussein, "Posisi Kelompok Minoritas Magribi Dalam Masyarakat Perancis Pada Dasawarsa 1980", *Skripsi Pada Fakultas Sastra UI*, Jakarta: 3 Maret 1992, h. 14.

<sup>13</sup> "Namaku, Identitasku," *Majalah Tempo*, Edisi 3-9 Juni 2013, h. 86.

<sup>14</sup> Hikmat Budiman, "Minoritas, Multikulturalisme, Modernitas", dalam Hikmat Budiman, ed., *Hak Minoritas Dilema Multikulturalisme Di Indonesia*, Jakarta Selatan: The Interseksi Foundation/Yayasan Interseksi, 2005, h. 10.

<sup>15</sup> Eddie Riyadi Terre, *Posisi Minoritas*, *loc.cit.*

## REALITAS DISKRIMINASI TERHADAP KELOMPOK MINORITAS

Di sejumlah negara, kelompok minoritas acap kali mengalami diskriminasi, baik itu yang dilakukan secara langsung maupun tidak langsung.<sup>16</sup> Di Prancis misalnya, pada 2009, Komnas HAM Prancis, HALDE, menerima 259 keluhan diskriminasi yang berbasis agama dan kepercayaan, sebagian besar melibatkan kalangan Muslim. Diskriminasi dialami di bidang pendidikan, lapangan kerja swasta, dan akses layanan umum. Selain itu sebuah masjid di Seine-et-Marne menjadi sasaran vandalisme dan digambari simbol Nazi serta kepala babi, sementara dua masjid lain juga menjadi sasaran grafiti brutal pada awal Februari lalu. *Islamophobia Observatory* menyebutkan sekitar 201 tindakan anti-Muslim dilaporkan pada 2012, yang berarti kenaikan 28 persen dibanding pada 2011.<sup>17</sup>

Di Indonesia sendiri pelanggaran atau diskriminasi terhadap kelompok minoritas tampak makin meningkat, terutama terhadap kelompok minoritas agama. Selain sedikit fakta yang dipaparkan di muka, *Setara Institute* sebagaimana disitir oleh *Human Rights Watch* dalam laporannya, terdapat 216 kasus serangan terhadap minoritas agama pada 2010, 244 kasus pada 2011 dan 264 kasus pada 2012. Sedangkan *The Wahid Institute* mendokumentasikan 92 pelanggaran terhadap kebebasan agama dan 184 peristiwa intoleransi beragama pada 2011, naik dari 64 pelanggaran dan 134 peristiwa intoleransi pada 2010.<sup>18</sup>

Data numerik di atas, bila dijabarkan lebih rinci, akan kita temui fakta bahwa menurut Persekutuan Gereja-gereja di Indonesia, 430 gereja dipaksa ditutup antara Januari 2005 dan Desember 2010. *Human Rights Watch* mendokumentasikan sedikitnya 12 kasus dimana kelompok militan, Islam maupun Kristen, memakai

<sup>16</sup> Diskriminasi terjadi ketika setiap orang diperlakukan atau memiliki kesempatan yang tidak setara seperti *inequality before the law, inequality of treatment, inequality or education opportunity* dan lain-lain. Diskriminasi kemudian dimaknai sebagai 'a situation is discriminatory of unequal if like situations are treated differently or different situation are treated similarly' (sebuah situasi dikatakan diskriminatif atau tidak setara jika situasi sama diperlakukan secara berbeda dan/atau situasi berbeda diperlakukan secara sama). Diskriminasi memiliki dua bentuk yaitu (a) diskriminasi langsung, yaitu ketika seseorang baik langsung maupun tidak langsung diperlakukan secara berbeda daripada lainnya, sedangkan (b) diskriminasi tidak langsung, yaitu ketika dampak praktis dari hukum dan/atau kebijakan merupakan bentuk diskriminasi walaupun hal itu tidak ditujukan untuk tujuan diskriminasi. Lihat, Enny Soeprapto, Rudi M. Rizki, Eko Riyadi, "Hak Asasi Manusia Kelompok Rentan Dan Mekanisme Perlindungannya", dalam Eko Riyadi dan Syarif Nurhidayat, ed., *Vulnerable Groups: Kajian dan Mekanisme Perlindungannya*, Yogyakarta: Pusham UII, 2012, h. 15-16.

<sup>17</sup> Dalam kasus yang juga kontroversial, di Prancis, awal April ini juga, Sirine Ben Yahiaten, seorang siswa sekolah menengah, dikeluarkan dari sekolahnya karena mengenakan bandana yang "terlalu lebar" dan mengenakan rok panjang—busana yang dianggap sebagai pencerminan keyakinan agama. Keputusan itu didukung oleh Dewan Pemerintahan Prancis, kendati muncul keprihatinan bahwa keputusan semacam itu akan mengancam masa depan pendidikan kaum perempuan muda. Kritik atas keputusan itu juga muncul karena faktanya banyak gadis-gadis muda yang mengenakan ikat kepala dan bandana meniru bintang pujaan mereka atau meniru sejumlah model. Mereka mempertanyakan, mengapa busana serupa lantas jadi persoalan saat dikenakan perempuan Muslim. Selengkapnya baca, "Diskriminasi: Prancis, Inggris, Amerika, Arab Saudi, Mana Lagi?", <http://www.mizanmag.com/dunia-islam/diskriminasi-prancis-inggris-amerika-arab-saudi-mana-lagi.html#.UcAoW-daXoI>, diunduh 13 April 2013.

<sup>18</sup> Atas Nama Agama, *Human Rights Watch Reporting*, loc.cit. h. 2.

landasan SKB 2006<sup>19</sup> untuk menghalang-halangi pembangunan rumah ibadah baru, termasuk sebuah masjid dan menutup 31 gereja dan rumah ibadah agama asli yang sudah ada.<sup>20</sup>

Perlakuan agresif terhadap kelompok minoritas ini diimbangi pula dengan aksi diskriminasi kebijakan oleh negara. Aksi diskriminasi terhadap agama atau keyakinan kelompok minoritas ini berimbas pada tersumbatnya akses hak-hak sipil politik mereka. *Human Rights Watch* mewawancarai Dewi Kanti, perempuan Sunda, penganut kepercayaan lokal Sunda Wiwitan, yang menikahi pria Jawa beragama Katholik. Petugas kantor catatan sipil menolak menerima pernikahannya karena mereka tak mengakui agama si perempuan. Jika mereka punya anak, akta lahir bayi takkan mencantumkan nama si ayah.<sup>21</sup> Di samping itu orang-orang dari ratusan keyakinan lokal lebih kecil seperti Kejawan (Jawa), Wiwitan (Sunda), Kaharingan (Dayak), Parmalin (Batak), dan penganut agama seperti Yahudi, Sikh dan Konghucu, dipaksa memilih salah satu dari enam agama saat mereka mengajukan KTP.<sup>22</sup> Individu yang enggan mencantumkan keyakinan berisiko dicap “tak ber-Tuhan” oleh ulama atau pejabat, bahkan ada kemungkinan dijadikan subyek pidana penodaan agama.<sup>23</sup>

Sebagian data angka yang dibarengi dengan fakta tindak diskriminasi terhadap kelompok minoritas terutama di Indonesia tersebut di atas, menunjukkan bahwa minoritas, di wilayah tinggalnya, berada pada kedudukan yang subordinat dan tertindas. Tertindas karena tak dapat menjalankan ibadah menurut agama atau keyakinannya, tak punya tempat ibadah karena gereja dan masjid disegel, jadi warga negara kelas dua yang terombang-ambing tidak punya tempat tinggal karena diusir dari tanah lahirnya, tak punya rasa aman karena dihantui ancaman-ancaman serta aneka ragam bentuk penindasan lain yang meresahkan.

<sup>19</sup> Maksudnya Peraturan Bersama Menteri Agama Dan Menteri Dalam Negeri Nomor: 9 Tahun 2006 dan Nomor: 8 Tahun 2006 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah Dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, Dan Pendirian Rumah Ibadat.

<sup>20</sup> 12 kasus ini termasuk GKI Yasmin (kota Bogor); HKBP Getsemane di daerah Jati Mulya (kabupaten Bekasi); HKBP Pondok Timur Indah di daerah Ciketing (kota Bekasi); HKBP Kaliabang (kota Bekasi); GKRI (kota Bekasi); Gereja Pantekosta di Kaliabang (kota Bekasi); Gereja St. Joannes Baptista di Parung (kabupaten Bogor); Gereja Protestan Batak Karo (kecamatan Logas Tanah Darat, kabupaten Kuantan Singingi); Gereja Pantekosta di Indonesia (kabupaten Kuantan Singingi); Gereja Methodist di Indonesia (kabupaten Kuantan Singingi); dan masjid Batuplat (Kupang). *Human Rights Watch* juga mendokumentasikan kasus penutupan 19 gereja dan 1 rumah ibadah keyakinan lokal di Singkil, Aceh, pada Mei 2012. Selengkapnya, *Ibid*, h. 50.

<sup>21</sup> *Ibid*, h. 68.

<sup>22</sup> Pada 2006, parlemen Indonesia mengesahkan Undang-Undang Administrasi Kependudukan, yang menetapkan bahwa setiap orang tak harus memuat keterangan agama di KTP mereka. Tapi realitasnya sungguh berbeda. Banyak petugas catatan sipil masih belum tahu undang-undang baru. Penganut minoritas agama menghadapi berbagai kendala jika mereka menolak memilih salah satu dari enam agama yang diakui secara resmi oleh pemerintah. *Ibid*, h. 69-70.

<sup>23</sup> *Ibid*, h. 3-4.

## PRINSIP KESETARAAN DAN NON DISKRIMINASI

Menyaksikan betapa teraniayanya kelompok minoritas, maka dalam perbincangan hak asasi manusia, kelompok ini mendapat perhatian serius. Dengan semakin mengganasnya eskalasi diskriminasi terhadap kelompok minoritas, umat manusia kemudian disadarkan akan pentingnya pengakuan bahwa mereka adalah manusia yang sama dengan manusia yang lain, setara dalam hak dan bebas dalam menentukan pilihan. Oleh sebab itu ada hak khusus bagi kelompok minoritas. Hak khusus bukanlah merupakan hak istimewa, akan tetapi hak ini diberikan agar kaum minoritas mampu menjaga identitas, ciri-ciri dan tradisi khasnya. Hak khusus seperti halnya perlakuan non diskriminatif sama pentingnya untuk mencapai perlakuan yang sama.<sup>24</sup> Oleh karenanya prinsip kesetaraan, dan non diskriminasi (*non-discrimination*) menjadi sangat penting dalam hak asasi manusia.<sup>25</sup> Hanya ketika kaum minoritas berdaya untuk menggunakan bahasa-bahasa mereka, mendapatkan keuntungan dari pelayanan-pelayanan yang mereka organisasikan sendiri, serta berpartisipasi dalam kehidupan politik dan ekonomi negara, barulah mereka mencapai status yang selama ini dimiliki oleh kelompok mayoritas.<sup>26</sup>

Bahkan dalam khazanah Islam, Al-Quran menyebut makhluk Tuhan yang bernama manusia itu bersifat lintas gender, agama, suku dan status sosial.<sup>27</sup> Dengan menukil beberapa ayat Al-Quran Maslahul Falah mengelaborasi konsep yang amat menarik tentang kesetaraan manusia dalam Islam. Menurutnya semua makhluk manusia mempunyai asal dan titik keberangkatan yang sama dalam beberapa hal, yakni: 1) semua manusia diciptakan dari air, kecuali Adam dan Hawa. Al-Quran menyebutkan bahwa Allah menciptakan manusia dari tanah yang berdebu (*turah*), kemudian dari setetes air mani (*nuthfah*). Di samping itu juga Allah sudah mengklaim bahwa manusia (*basyar*) diciptakan dari air (*ma'u*). Abdul Basith Al-Jamal dan Daliya Shiddiq Al-Jamal menyatakan bahwa di dalam ayat Al-Quran yang membicarakan asal-muasal penciptaan manusia terdapat petunjuk dan isyarat ilmiah yang sangat berharga. Oleh karenanya dunia ilmu pengetahuan dapat membuktikan bahwa di dalam manusia terdapat unsur air, sebagaimana yang disebutkan dalam QS. Al-Furqan:54; 2) janin sempurna ditiupi ruh sebagai

<sup>24</sup> Lembar Fakta Hak Kelompok Minoritas Nomor 18 (Revisi 1), <http://pusham.uui.ac.id/files.php?type=data&lang=id&id=13> diunduh 2 Oktober 2013.

<sup>25</sup> Enny Soeprapto, Rudi M. Rizki, Eko Riyadi, "Hak Asasi Manusia., *loc.cit.* h. 16.

<sup>26</sup> Lembar Fakta., *op.cit.* <http://pusham.uui.ac.id/files.php?type=data&lang=id&id=13>.

<sup>27</sup> Maslahul Falah, "Kesetaraan Manusia Dalam Islam (Pemikiran Hak Asasi Manusia dalam Studi Hadits)," dalam Eko Riyadi, ed., *To Promote: Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi Manusia di Indonesia*, Yogyakarta: Pusham UII, 2012, h. 457.

penegasan; 3) semua manusia dilahirkan dari perut ibu mereka dalam keadaan tidak mengetahui apapun juga; 4) Manusia, bahkan semua makhluk-Nya, diberi kesempatan yang sama untuk hidup di dunia ini; 5) Manusia diberi kemuliaan oleh Allah di dunia; 6) Manusia diberi kebebasan untuk berkembang biak sesuai dengan kodrat manusia itu sendiri; 7) setiap manusia pasti mengalami kematian jasad.<sup>28</sup> Beberapa ayat Al-Quran tersebut menunjukkan bahwa manusia yang lahir di bumi ini pada hakikatnya berkedudukan sama dan mempunyai hak dan kewajiban yang setara.<sup>29</sup>

Secara regulasi prinsip kesetaraan dan non diskriminasi ini tertuang dalam beberapa instrumen, baik yang levelnya internasional (apabila dimaksudkan untuk diberlakukan di seluruh bagian dan semua bangsa di dunia), regional (yang diperuntukkan bagi suatu kawasan tertentu, yakni Afrika, Amerika (Amerika Utara, Amerika Selatan dan Karibia), Asia, dan Oseania (Pasifik Selatan) subregional (seperti Asia Tenggara) dan nasional (terbatas untuk negara yang bersangkutan).<sup>30</sup>

Pada sekup internasional ketentuan kesetaraan hak dan non diskriminasi termuat dalam Piagam PBB Pasal 1 ayat (3), dimana organisasi PBB dan anggotanya mempunyai tujuan:<sup>31</sup>

*"...mengadakan kerjasama internasional guna memecahkan persoalan-persoalan internasional di bidang ekonomi, sosial, kebudayaan atau yang bersifat kemanusiaan, demikian pula dalam usaha-usaha memajukan dan mendorong penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan dasar seluruh umat manusia tanpa membedakan ras, jenis kelamin, bahasa atau agama."*

Pasal 55 huruf c –masih dalam Piagam PBB– mengamanahkan Perserikatan Bangsa-Bangsa memajukan:<sup>32</sup>

*"penghormatan hak asasi manusia seantero jagad demikian pula pengejawantahannya serta kebebasan-kebebasan dasar bagi semua, tanpa perbedaan ras, jenis kelamin, bahasa atau agama."*

Dalam dokumen klasik Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM), Pasal 2 dan Pasal 6 menegaskan:<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Enny Soeprapto, Rudi M. Rizki, Eko Riyadi, "Hak Asasi Manusia., *loc.cit.* h. 36.

<sup>31</sup> Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Adnan Buyung Nasution dan A. Patra M. Zen, *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2006, h. 85.

*Pasal 2 berbunyi : "Setiap orang berhak atas semua hak dan kebebasan yang dimuat dalam deklarasi ini tanpa pengecualian apapun, seperti perbedaan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pandangan lain, asal-usul atau kemasyarakatan, hak milik, kelahiran ataupun status lainnya. Selanjutnya tidak diperbolehkan adanya pembedaan atas dasar kedudukan politik, hukum atau kedudukan internasional dari negara atau daerah dari mana seseorang berasal, baik dari negara yang merdeka, wilayah-wilayah perwalian, jajahan atau berasal dari wilayah di bawah batasan kedaulatan lainnya".*

Pasal 6 berbunyi :

*"Setiap orang sama di depan hukum dan berhak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi. Semua berhak atas perlindungan yang sama terhadap setiap bentuk diskriminasi yang bertentangan dengan deklarasi ini dan terhadap segala hasutan yang mengarah pada diskriminasi".*

Prinsip non diskriminasi juga dijumpai dalam Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Pasal 2 ayat (2) berbunyi:

*"Negara-negara pihak dalam kovenan ini berjanji untuk menjamin bahwa hak-hak yang tercantum dalam kovenan ini akan diberlakukan tanpa adanya pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau pendapat lainnya, asal-usul kebangsaan atau sosial, kepemilikan, keturunan atau status lain."*

Selain itu ditemukan pula pada *International Covenant Civil and Politic Rights* (ICCPR) Pasal 2 ayat 1. Dinyatakan:

*"Setiap negara pihak pada kovenan ini berjanji untuk menghormati dan menjamin hak yang diakui dalam kovenan ini bagi semua individu yang berada di dalam wilayahnya dan berada di bawah yurisdiksinya, tanpa pembedaan jenis apapun, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik atau pandangan lainnya, asal-usul kebangsaan atau sosial, hak milik, status kelahiran atau status lainnya."*

Sementara Pasal 26 menyatakan:

*"Semua orang berkedudukan sama di depan hukum dan berhak, tanpa diskriminasi apapun atas perlindungan hukum yang sama. Dalam hal ini hukum harus melarang diskriminasi apapun, dan menjamin perlindungan yang sama dan efektif bagi semua orang terhadap*

*diskriminasi atas dasar apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, harta benda, status kelahiran atau status lainnya”.*<sup>34</sup>

Frasa "semua individu" dan "semua orang" menandakan bahwa jangkauan subyek hak Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 26 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik luas. Penghormatan dan penjaminan hak yang diakui dalam kovenan (Pasal 2) dan kedudukan sama di depan hukum dan berhak, tanpa diskriminasi apapun atas perlindungan hukum yang sama (Pasal 26) berlaku terhadap siapapun individunya tanpa melihat ia berasal dari kelompok minoritas atau bukan.<sup>35</sup> Sebagai ilustrasi, manakala kovenan ini menjamin kebebasan untuk beragama bagi semua orang, maka atas nama prinsip kesetaraan, jaminan hak untuk beragama ini tidak boleh hanya berlaku bagi kelompok mayoritas saja tapi juga bagi mereka yang tergolong minoritas. Begitupun sebaliknya, jaminan hak beragama tidak boleh hanya berlaku bagi minoritas tapi mengabaikan mayoritas. Prinsipnya tidak boleh ada perbedaan/diskriminasi perlakuan. Sementara mayoritas dapat beribadah dengan aman, minoritas justru beribadah dalam tekanan. Padahal gambaran kondisi ideal di undang-undang, baik mayoritas atau minoritas punya posisi yang sederajat untuk memangku hak asasinya.

Hampir dalam seluruh rezim hukum HAM, prinsip non diskriminasi jadi prinsip yang strategis. Dalam tingkatan internasional, selain instrumen yang sudah diungkapkan di muka, prinsip non diskriminasi antara lain didapati juga dalam Konvensi Internasional Tentang Penghapusan Semua Bentuk Diskriminasi Rasial, Konvensi Internasional Tentang Penghapusan Semua Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan, Konvensi Internasional Tentang Pemberantasan dan

<sup>34</sup> Walaupun pasal 2 membatasi ruang lingkup hak-hak yang dilindungi dari diskriminasi hanya pada hak-hak yang ditentukan di kovenan ini, pasal 26 tidak memberikan batasan itu. Dalam pandangan Komite HAM PBB, pasal 26 tidak hanya menduplikasi jaminan yang disediakan oleh pasal 2, tetapi pasal ini menentukan suatu hak yang bersifat otonom. Pasal ini melarang diskriminasi dalam bidang hukum atau secara praktik di bidang apapun yang diatur dan dilindungi oleh pihak berwenang publik. Oleh karena itu pasal 26 berkaitan dengan kewajiban negara-negara pihak dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan pelaksanaannya. Dengan demikian, ketika suatu peraturan perundang-undang diadopsi oleh suatu negara pihak, maka peraturan perundang-undangan tersebut harus sesuai dengan ketentuan pasal 26, yaitu bahwa isi peraturan perundang-undangan tersebut tidak boleh bersifat diskriminatif. Dengan kata lain, pelaksanaan prinsip non diskriminasi yang termuat di pasal 26 tidak dibatasi hanya bagi hak-hak yang ditentukan dalam kovenan. Lihat, Komentar Umum Komite Hak Asasi Manusia "Nondiskriminasi", Sesi ke-37, 1989, Kompilasi Komentar Umum dan Rekomendasi Umum yang Diadopsi oleh Badan-Badan Perjanjian Hak Asasi Manusia, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (1994).

<sup>35</sup> Hak berdasarkan Pasal 2 ayat 1, yaitu hak untuk menikmati hak-hak dalam kovenan tanpa diskriminasi berlaku bagi semua individu dalam suatu wilayah atau yurisdiksi negara tanpa melihat apakah individu tersebut berasal dari kelompok minoritas atau bukan. Kemudian, terdapat hak lain yang berbeda yang diatur oleh Pasal 26 yaitu kedudukan yang sama di depan hukum, perlindungan hukum yang sama dan nondiskriminasi berkaitan dengan hak-hak yang diberikan serta kewajiban-kewajiban yang dibebankan kepada negara. Hal ini mengatur tentang pelaksanaan semua hak, baik yang dilindungi oleh kovenan maupun yang tidak, yang diberikan oleh negara pihak kepada individu-individu yang berada di wilayahnya atau yang berada dalam yurisdiksinya, baik apakah mereka dari kelompok minoritas yang disebutkan di Pasal 27 ataupun tidak. Selengkapnya baca, Komentar Umum Komite Hak Asasi Manusia Nomor 23, "Pasal 27", Sesi ke-50, 1994, Kompilasi Komentar Umum dan Rekomendasi Umum yang Diadopsi oleh Badan-Badan Perjanjian Hak Asasi Manusia, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 38 (1994).

Penghukuman Kejahatan Pembedaan Warna Kulit (*Apartheid*), Deklarasi Tentang Penghapusan Semua Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Kepercayaan. Sedangkan dalam domain regional, prinsip non diskriminasi diantaranya dijumpai dalam Piagam Afrika (Banjul) Tentang Hak Asasi Manusia, Konvensi Amerika Tentang Hak Asasi Manusia, Deklarasi Amerika Tentang Hak dan Tanggung Jawab Manusia, Konvensi Inter-Amerika Mengenai Pemberian Hak-Hak Sipil Kepada Perempuan, Konvensi Eropa Untuk Perlindungan Hak Asasi dan Kebebasan Fundamental dan Piagam Sosial Eropa.<sup>36</sup>

Sedangkan dalam konteks hukum nasional negara Indonesia, selain ICCPR yang sudah diratifikasi dengan Undang-undang Nomor 12 tahun 2005, prinsip non diskriminasi juga termuat dalam beberapa peraturan perundang-undangan, antara lain UUD 1945, Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Pasal 3 ayat (3)), Undang-undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis, Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (Pasal 3 huruf c) dan Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (Pasal 2 huruf a).

Undang-Undang Dasar 1945 yang merupakan konstitusi Indonesia sebagaimana telah dipaparkan di muka pada Pasal 28 D dan 28 I menegaskan bahwa:

*Pasal 28 D yang berbunyi : "(1) Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum". Pasal 28 I ayat (2) yang menyatakan: "Setiap orang berhak bebas atas perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu".*

Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 yang jadi salah satu barometer penghormatan, perlindungan dan pemenuhan HAM di Indonesia Pasal 3 ayat (3) dengan bernas juga mengamanatkan setiap orang berhak atas perlindungan hak asasi manusia dan kebebasan manusia, tanpa diskriminasi.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Selengkapnya baca Adnan Buyung Nasution dan A. Patra M. Zen, *Instrumen Internasional*, loc.cit.

<sup>37</sup> Diskriminasi menurut Pasal 1 ayat 3 undang-undang ini adalah setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individu maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya.

## PERLINDUNGAN HUKUM ATAS HAK ASASI KELOMPOK MINORITAS DI INDONESIA

Mengingat posisinya yang sensitif, ICCPR secara khusus mengatur perlindungan bagi orang yang termasuk kelompok minoritas. Kekhususan ini tercantum dalam Pasal 27, yang menyebutkan:

*Di negara-negara dimana terdapat golongan minoritas berdasarkan etnis, agama atau bahasa, orang-orang yang tergabung dalam kelompok-kelompok minoritas tersebut tidak dapat diingkari haknya, dalam komunitas bersama anggota lain dalam kelompoknya, untuk menikmati budaya sendiri, untuk menjalankan dan mengamalkan agama mereka sendiri, atau untuk menggunakan bahasa mereka sendiri.*

Dalam *General Comment* Nomor 23, sebagaimana dinukil Patra M. Zen, setidaknya dapat diketahui lingkup minoritas yang eksis dalam sebuah negara (atau yurisdiksi teritorial dapat berbasiskan atas: 1) etnis; 2) agama atau kepercayaan, dan; 3) minoritas dalam lingkup bahasa.<sup>38</sup> Berlandaskan cakupan tersebut, negara memiliki kewajiban untuk menjamin bahwa keberadaan dan pelaksanaan hak ini dilindungi dari penyangkalan atau pelanggaran. Oleh karena itu dibutuhkan adanya langkah-langkah perlindungan yang positif tidak hanya dari tindakan negara itu sendiri, baik melalui kewenangan legislatif, yudisial maupun administratif, tetapi juga dari tindakan orang-orang lain di dalam wilayah negara yang bersangkutan.<sup>39</sup>

Penjabaran lebih khusus dan spesifik lagi mengenai penghormatan, perlindungan dan pemenuhan HAM serta larangan diskriminasi terhadap kelompok minoritas dibebankan dalam sebuah dokumen tersendiri yakni, *Deklarasi Mengenai Hak-Hak Penduduk yang Termasuk Kelompok Minoritas berdasarkan Kewarganegaraan, Etnis, Agama dan Bahasa* yang disahkan dalam Resolusi PBB nomor 47/135 pada 18 Desember 1992. Majelis Umum PBB dalam pertimbangannya mengungkapkan, deklarasi ini dicetuskan karena pemajuan dan perlindungan hak orang-orang yang termasuk dalam bangsa atau suku bangsa, agama dan bahasa minoritas akan memberi sumbangan pada stabilitas politik dan sosial dimana mereka tinggal.

<sup>38</sup> Patra M. Zen, "Komentar Hukum: Hak-Hak Kelompok Minoritas Dalam Norma dan Standar Hukum Internasional Hak Asasi Manusia, dalam Hikmat Budiman, ed., *Hak Minoritas*, *loc.cit*.

<sup>39</sup> Komentar Umum Komite Hak Asasi Manusia Nomor 23.

Dalam deklarasi ini, kelompok minoritas selaku subyek pemangku hak diberikan:

1. Hak untuk menikmati kebudayaan mereka, hak untuk memeluk dan menjalankan agama mereka sendiri dan hak untuk menggunakan bahasa mereka sendiri (Pasal 2 ayat (1)).
2. Hak untuk berpartisipasi aktif dalam kehidupan budaya, agama, sosial, ekonomi dan publik secara efektif (Pasal 2 ayat (2)).
3. Hak untuk berpartisipasi secara efektif dalam keputusan-keputusan pada tingkat nasional dan regional (Pasal 2 ayat (3)).
4. Hak untuk mendirikan atau mempertahankan perkumpulan mereka sendiri (Pasal 2 ayat (4)).
5. Hak untuk mendirikan dan memelihara hubungan bebas dan damai dengan anggota lain dari kelompok mereka, dengan orang yang termasuk kaum minoritas lainnya, dengan penduduk dari negara lain (Pasal 2 ayat (5)).
6. Kebebasan untuk melaksanakan hak mereka secara perorangan maupun dalam komunikasi dengan anggota-anggota lain dari kelompok mereka tanpa diskriminasi (Pasal (3)).

Sedangkan negara sebagai subyek pemangku kewajiban diberi kewajiban untuk mengambil langkah-langkah:

1. Melindungi eksistensi dan identitas kebangsaan, suku bangsa, budaya, agama, dan bahasa kaum minoritas dalam wilayahnya dan akan mendorong kondisi-kondisi yang memajukan identitas tersebut (Pasal 1 ayat (1)).
2. Mengambil tindakan legislatif dan tindakan lain yang tepat untuk mencapainya (Pasal 1 ayat (2)).
3. Untuk menjamin orang-orang yang termasuk kaum minoritas dapat melaksanakan hak asasi dan kebebasan-kebebasan fundamental mereka dengan sepenuhnya dan efektif tanpa diskriminasi, dan dengan kesamaan seutuhnya di hadapan hukum (Pasal 4 ayat (1)).
4. Upaya-upaya untuk menciptakan kondisi-kondisi yang menguntungkan agar orang-orang yang termasuk kaum minoritas dapat mengekspresikan ciri khas mereka dan mengembangkan budaya, bangsa, agama, tradisi, dan kebiasaan mereka (Pasal 4 ayat (2)).
5. Agar kaum minoritas punya kesempatan yang cukup untuk mempelajari bahasa ibu mereka atau menggunakan bahasa ibu mereka (Pasal 4 ayat (3)).

6. Upaya-upaya di bidang pendidikan (Pasal 4 ayat (4)).
7. Mempertimbangkan langkah yang tepat sehingga orang-orang yang termasuk kaum minoritas dapat berpartisipasi secara penuh dalam perkembangan dan pembangunan ekonomi di negara mereka (Pasal 4 ayat (5)).
8. Untuk mempertimbangkan kepentingan-kepentingan sah dari kaum minoritas dalam mengembangkan kebijakan dan program nasional serta dalam perencanaan dan penerapan program kerja sama dan bantuan (Pasal 5).
9. Untuk bekerja sama dengan negara-negara lain berkenaan dengan kaum minoritas, termasuk pertukaran informasi dan pengalaman-pengalaman, dalam rangka memajukan pemahaman dan kepercayaan satu sama lain (Pasal 6).
10. Untuk memajukan penghormatan terhadap hak yang terdapat dalam deklarasi (Pasal 7).
11. Untuk memenuhi kewajiban dan ikrar dari negara-negara sebagaimana dicantumkan dalam perjanjian dan kesepakatan internasional dimana mereka menjadi negara pihak (Pasal 8).

Deklarasi mengenai hak-hak penduduk yang termasuk kelompok minoritas berdasarkan kewarganegaraan, etnis, agama dan bahasa merupakan instrumen yang kian menegaskan keberadaan Pasal 27 ICCPR. Sekalipun sifatnya deklaratif yang oleh karenanya tak memiliki kekuatan mengikat secara hukum (*soft law*) tapi ia punya pengaruh politis bagi negara untuk memberi penghormatan, pemenuhan dan perlindungan HAM kelompok minoritas. Perlindungan atas hak-hak minoritas ini ditujukan pada upaya untuk menjamin keberlangsungan hidup dan keberlanjutan pengembangan identitas budaya, agama dan sosial kelompok minoritas yang bersangkutan.

Sementara terhadap perlindungan terhadap hak asasi kelompok minoritas, Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM memang tidak terang menyinggungnya. Hanya disebutkan pada Pasal 5 ayat (3):

*Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya.*

Pada penjelasan pasal tersebut, yang dimaksud dengan kelompok masyarakat rentan antara lain adalah orang lanjut usia, anak-anak, fakir miskin, wanita hamil dan penyandang cacat. Kendati kelompok minoritas tidak tercatat, namun dalam

perkembangan wacana hukum hak asasi manusia kelompok minoritas diakui sebagai kelompok utama subyek hukum hak asasi manusia, bersama *indigenous people* dan *refugees*. Berbagai perjanjian internasional hak asasi manusia, serta keputusan-keputusan penting pengadilan, juga adanya mekanisme khusus dalam PBB baik yang berupa komite, *special rapporteur*, *working groups* maupun *independent experts* menguatkan keberadaan<sup>40</sup> kelompok minoritas sebagai subyek dalam hukum HAM.

Di samping itu seperti sudah dipaparkan, Indonesia sudah meratifikasi ICCPR dimana Pasal 27 kovenan tersebut melindungi orang-orang yang tergabung dalam kelompok-kelompok minoritas tidak dapat diingkari haknya. Dengan demikian, ketentuan Pasal 27 kovenan itu berlaku juga di Indonesia, oleh sebab ratifikasi dimaknai dengan penerimaan hukum internasional menjadi hukum positif. Hal ini sejalan dengan bunyi Pasal 7 ayat (2) Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999, ketentuan hukum internasional yang telah diterima negara Republik Indonesia yang menyangkut hak asasi manusia menjadi hukum nasional.

Sama dengan konteks hukum HAM internasional, pada tingkat nasional prinsip setara dan non diskriminasi harus berlaku bagi semua orang, lepas dia dari kelompok minoritas atau bukan. Namun, karena kondisi individu-individu dari kelompok minoritas di Indonesia rentan mengalami ketidakadilan dan diskriminasi, maka negara wajib melindungi orang-orang yang tergabung dalam kelompok ini. Semata-mata karena kekhususan posisi mereka yang lemah dan inferior. Perlindungan ini juga dalam kerangka pelaksanaan prinsip kesetaraan dan non diskriminasi yang terkandung dalam UUD 1945, Undang-Undang 39 Tahun 1999 dan ICCPR.

Alhasil dalam perspektif hukum HAM, kelompok minoritas berada pada tingkat setara dengan individu-individu pemangku hak yang lain. Setara adalah prinsip utama HAM. Dalam kesetaraan, perlakuan diskriminatif tidak diberi tempat. Tidak ada izin bagi siapa pun untuk bertindak diskriminatif terhadap siapa pun, entah dia berasal dari kelompok minoritas atau bukan, termasuk oleh negara sebagai subyek hukum pemangku kewajiban HAM. Semua orang punya akses yang sama dalam kehidupan politik, untuk memeluk agama, untuk memilih kepercayaan yang diyakini, untuk menjalankan ritual agamanya dengan tenang, untuk berbahasa, berbudaya, untuk tidak disiksa, untuk memperoleh jaminan

<sup>40</sup> Rhona K.M. Smith, et.al., *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusham UII, 2008, h. 58.

atas rasa aman dan untuk akses hak asasi manusia keseluruhan. Namun karena senyatanya kelompok minoritas adalah warga kelas bawah, maka dibutuhkan hak khusus untuk mengangkat martabat mereka.

Seperti sudah dipaparkan di muka, hak khusus bukanlah hak istimewa, tapi hak ini diberikan agar kaum minoritas mampu menjaga identitas, ciri-ciri dan tradisi khasnya. Hak khusus seperti ini penting untuk mencapai perlakuan yang sama. Hanya ketika kaum minoritas berdaya untuk beribadah menurut agama yang diyakini, menggunakan bahasa-bahasa mereka, mendapatkan keuntungan dari pelayanan-pelayanan yang mereka organisasikan sendiri, serta berpartisipasi dalam kehidupan politik dan ekonomi negara, barulah mereka mencapai status yang selama ini dimiliki oleh kelompok mayoritas.

## KESIMPULAN

1. Dalam perspektif HAM, kelompok minoritas berada pada tingkat setara dengan individu-individu pemangku hak yang lain. Namun karena senyatanya kelompok minoritas adalah warga kelas yang ter subordinasi, maka dibutuhkan hak khusus untuk mengangkat martabat mereka. Hak khusus bukanlah hak istimewa, tapi hak ini diberikan agar kaum minoritas mampu menjaga identitas, ciri-ciri dan tradisi khasnya. Hak khusus seperti ini penting untuk mencapai perlakuan yang sama tanpa diskriminasi.
2. Perlindungan hukum terhadap hak asasi kelompok minoritas di Indonesia diatur, dalam kerangka prinsip kesetaraan di hadapan hukum dan non diskriminasi, diatur dalam Pasal 28 D dan Pasal 28 I UUD 1945, serta tercantum juga di Pasal 3 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM. Sedangkan Pasal 27 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (*Intenational Covenant Civil and Political Rights*) yang telah diratifikasi dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan ICCPR 1966 mengatur bahwa kelompok minoritas tersebut tidak dapat diingkari haknya. Sedangkan di Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tidak terang menyinggung perlindungan terhadap kelompok minoritas.

## DAFTAR PUSTAKA

- Adnan Buyung Nasution dan A. Patra M. Zen, 2006, *"Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia"*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.
- Al Khanif, 2010, *Hukum Dan Kebebasan Beragama Di Indonesia*, Yogyakarta: LaksBang Mediatama.
- Azyumardi Azra, 2013, "Waspada! Sektarianisme", *Koran Kompas*, 11 Januari.
- Eko Riyadi dan Syarif Nurhidayat ed., 2012, *To Promote: Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi Manusia di Indonesia*, Yogyakarta: Pusham UII.
- \_\_\_\_\_, ed., 2012, *Vulnerable Groups: Kajian dan Mekanisme Perlindungannya*, Yogyakarta: Pusham UII.
- Hans Kelsen, 2013, *General Theory of Law and State*, terjemah, Raisul Muttaqien, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara*, Bandung: Nusa Media.
- Hikmat Budiman, 2005, "Minoritas, Multikulturalisme, Modernitas", dalam Hikmat Budiman, ed., *Hak Minoritas Dilema Multikulturalisme Di Indonesia*, Jakarta Selatan: The Interseksi Foundation/Yayasan Interseksi.
- Human Rights Watch Reporting*, 2013, Atas Nama Agama (Pelanggaran Terhadap Minoritas Agama Di Indonesia), Februari.
- Komentar Umum Komite Hak Asasi Manusia "Nondiskriminasi", Sesi ke-37, 1989, Kompilasi Komentar Umum dan Rekomendasi Umum yang Diadopsi oleh Badan-Badan Perjanjian Hak Asasi Manusia, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 26 (1994).
- Komentar Umum Komite Hak Asasi Manusia Nomor 23, "Pasal 27", Sesi ke-50, 1994, Kompilasi Komentar Umum dan Rekomendasi Umum yang Diadopsi oleh Badan-Badan Perjanjian Hak Asasi Manusia, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 38 (1994)
- Miriam Budiarto, 1996, *Demokrasi di Indonesia (Demokrasi Parlemen dan Demokrasi Pancasila)*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Rhona K.M. Smith, et.al., 2008, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusham UII.

Siti Zuliyah, 2006, "Penegakan Hak Asasi Manusia Sebagai Sarana Mewujudkan Civil Society," *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol.3, 1 Februari.

Suparman Marzuki, 2011, *Tragedi Politik Hukum HAM*, Yogyakarta: Pusham UII dan Pustaka Pelajar.

Teuku Cemal Hussein, 1992, "Posisi Kelompok Minoritas Magribi Dalam Masyarakat Perancis Pada Dasawarsa 1980", *Skripsi Pada Fakultas Sastra UI*, Jakarta: 3 Maret.

# **Refleksi *Memorandum of Understanding (MoU) Helsinki* Dalam Kaitan Makna Otonomi Khusus Di Aceh**

**ZAKI 'ULYA**

Dosen Hukum Tata Negara, pada Fakultas Hukum, Universitas Jabal Ghafur,  
Sigli, Aceh. Jl. Glee Gapui, Sigli, Kabupaten Pidie, Provinsi Aceh, 24163  
Email: zaki.ulya@gmail.com

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Penerapan otonomi daerah pasca reformasi menitik beratkan pada kemandirian daerah provinsi dalam membangun rumah tangga sendiri. Menurut konsep otonomi terbagi dalam tiga yaitu otonomi biasa, otonomi istimewa dan otonomi khusus, yang ditekankan dalam Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B UUD 1945. Adapun alasan pemberian status otonomi khusus di Aceh salah satunya untuk menghilangkan gerakan dilakukan GAM yang bertujuan memisahkan diri dari NKRI. Pemberian status otonomi tersebut diejawantahkan melalui *MoU Helsinki* yang ditransformasikan dalam UU No. 11 Tahun 2006. Adapun metode yang digunakan adalah yuridis normatif. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Berdasarkan dari analisa yang dilakukan ditemukan bahwa keberadaan *MoU Helsinki* yang dituangkan dalam UU No. 11 Tahun 2006 merupakan manifestasi mengangkat nilai-nilai yang menjadi keistimewaan di Aceh, serta menambahkan beberapa kekhususan lainnya seperti bidang politik daerah. Aceh mempunyai kekhususan dan keistimewaan dalam UU No. 11 Tahun 2006, yaitu menentukan lambang dan bendera daerah.

**Kata kunci *MoU Helsinki* dan otonomi khusus Aceh**

### **Abstract**

*After the implementation of regional autonomy reforms focused on provincial autonomy in establishing their own households. According to the concept of autonomy is divided into three autonomous ordinary, special autonomy and autonomy, which is emphasized in Article 18, 18A and 18B of the 1945 Constitution. Reasons for granting the status of special autonomy in Aceh, one of which was to eliminate the GAM movement which aims to separate itself from the Homeland. Granting autonomy status is determined through of the Helsinki MoU is transformed in Law No. 11 of 2006. The method used is the juridical normative. This research approach statutory (statute approach), approach the case (case approach). Based on the analysis conducted found that the existence of the MoU are set forth in the Law. 11 The year 2006 is a manifestation lifting values into privilege in Aceh, as well as adding some other peculiarities such as local politics. Aceh has a specificity and privileges in Law No. 11 In 2006, the emblem and flag of determining the area.*

**Keywords: MoU of Helsinki and Aceh special autonomy**

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang Masalah**

Perkembangan reformasi yang ditandai dengan perubahan UUD 1945 tidak hanya mengubah wajah politik nasional, namun juga merambah hingga tingkat daerah provinsi, kabupaten maupun kota. Wacana menguatkan sistem desentralisasi dengan bingkai otonomi diharapkan mampu mengangkat kemandirian daerah provinsi dalam mengatur rumah tangga sendiri. Perihal tersebut selaras dengan cita-cita yang tertuang dalam Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B UUD 1945. Adapun cita-cita yang tertuang dalam Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B tersebut yaitu menjamin kemandirian daerah provinsi dalam mengatur rumah tangganya sendiri melalui otonomi, dan melindungi nilai-nilai tradisional kesatuan masyarakat hukum adat yang terdapat di setiap provinsi.

Penguatan sistem desentralisasi dengan otonomi sesuai UUD 1945, pada saat diterapkan tidak semua berjalan sebagai mestinya. Terdapat juga beberapa kendala dalam pelaksanaannya, dimulai dari ketidaksiapan daerah provinsi hingga kekisruhan keamanan di daerah yang berafiliasi pada keinginan untuk memisahkan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia. Kekisruhan

daerah tersebut terjadi seperti di daerah Aceh, Maluku, hingga Papua dengan dalil ketidakadilan yang dilakukan oleh pemerintah pusat terkait pembagian sumber daya alam, khususnya.

Terkait permasalahan pemberontakan yang berdampak global di Indonesia, hingga mendapatkan sorotan dunia Internasional salah satunya terjadi di Aceh, sungguhpun keberadaan Aceh telah ditetapkan dengan status daerah istimewa. Konflik yang terjadi di Aceh selama kurun waktu 30 tahun merupakan salah satu konflik berdarah yang berlangsung dalam interval waktu yang relatif lama.<sup>1</sup> Dilihat dari sejarah Aceh, Aceh sudah terlalu lama dalam keadaan berkonflik dan peperangan selama lebih kurang 125 tahun, yang dimulai dengan gerakan perlawanan rakyat Aceh terhadap kolonial Belanda berlanjut pada perang kemerdekaan RI, perlawanan Teungku Muahammad Daud Beureu'eh pada priode pemerintahan Soekarno sehingga diproklamirkan Gerakan Aceh Merdeka oleh cucu Pahlawan Nasional Tgk. Cik Di Tiro yaitu Hasan Tiro, sekaligus menandai puncak kekecewaan atas Jakarta dibawah pemerintahan Soeharto dan berakhir sejak ditanda tangani *MoU* perdamaian antara Pemerintah RI dan GAM di Helsinki Finlandia.<sup>2</sup>

Gejolak tersebut berdampak pada aturan hukum di Aceh sendiri, selain diberlakukannya UU No. 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Provinsi Aceh, juga telah disahkan pula UU No. 18 Tahun 2001 tentang Pelaksanaan Otonomi Khusus Bagi Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, sebelum akhirnya dirubah dengan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Penetapan UU No. 11 Tahun 2006 tersebut merupakan transformasi dari *MoU* yang telah disepakati oleh pihak Gerakan Aceh Merdeka (GAM) dengan perwakilan pemerintah di Helsinki.<sup>3</sup>

Adapun kelebihan Aceh menurut UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh yaitu penguatan kelembagaan adat melalui Lembaga Wali Nanggroe, kewenangan dalam pengelolaan sumber daya alam, penetapan syari'at Islam, penentuan lagu daerah dan lambang daerah, adanya kelembagaan peradilan adat, Pengadilan HAM, Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR) Aceh dan Mahkamah Syar'iyah kabupaten/kota dan Mahkamah Syar'iyah Provinsi, dapat melakukan kerjasama luar negeri hingga

<sup>1</sup> Moh. Daud Yoesoef et.al , *Sejarah Lahirnya UUPA*, Banda Aceh, Kerjasama Fakultas Hukum Unsyiah dan Sekretaris Dewan Rakyat Aceh, 2009, h. 13

<sup>2</sup> *Ibid*, h. 14

<sup>3</sup> Aguswandi dan Judith Large, *Rekonfigurasi Politik : Proses Perdamaian Aceh*, London, Conciliation Resource, 2008, h. 9

bidang politik daerah dengan adanya partai politik lokal dan calon independen dalam pilkada.<sup>4</sup>

Pengaturan tersebut merupakan pengejawantahan dari konsep otonomi khusus yang dikehendaki oleh *MoU* Helsinki. Dimana Aceh diberikan hak khusus dalam mengatur rumah tangganya sendiri. Namun, dalam pelaksanaannya terdapat kendala yaitu pelaksanaan otonomi khusus yang dituangkan dalam butir-butir pasal UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh masih belum dapat dilaksanakan karena beberapa aturan pelaksana seperti Peraturan Pemerintah dan Peraturan Presiden belum disahkan hingga kini. Selain itu, dalam bidang politik daerah di Aceh dengan adanya partai politik lokal dan calon independen dalam pelaksanaan pilkada masih menimbulkan persoalan dan beberapa diantaranya telah diajukan penyelesaiannya ke Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Penyelesaian Sengketa Pilkada.

Kasus politik Aceh yang diselesaikan oleh Mahkamah Konstitusi salah satu diantaranya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 05/PUU-V/2007, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-VIII/2010 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011. Dalam beberapa putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, memuat makna otonomi khusus di Aceh pada pertimbangan hukumnya. Hal tersebut menandakan bahwa banyaknya bentuk penafsiran yang digunakan dalam menafsirkan otonomi khusus di Aceh, baik dengan melihat *MoU* Helsinki maupun UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh itu sendiri.

Penafsiran hukum yang ditafsirkan oleh Mahkamah Konstitusi setidaknya memberikan gambaran hubungan antara *MoU* Helsinki dan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh terkait makna otonomi khusus di Aceh. Sehingga dalam pelaksanaan otonomi khusus di Aceh dapat dilaksanakan sesuai dengan kehendak Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B UUD 1945.

<sup>4</sup> Dalam UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (selanjutnya disebut UUPA) telah diakomodir ketentuan dalam *MoU* Helsinki seperti Aceh memiliki hak untuk menggunakan simbol-simbol wilayah termasuk bendera, lambang dan himne (Artikel 1.1.5 *MoU*, sebagaimana diakomodir dalam Pasal 246 UUPA sampai dengan Pasal 248 UUPA), mengenai Lembaga Wali Nanggroe akan dibentuk dengan segala perangkat upacara dan gelarnya (Artikel 1.1.7 *MoU*, sebagaimana diakomodir dalam Pasal 96 UUPA sampai dengan Pasal 97 UUPA), kemudian mengenai sesegera mungkin, tetapi tidak lebih dari satu tahun sejak penandatanganan Nota Kesepahaman ini, Pemerintah RI menyepakati dan akan memfasilitasi pembentukan partai-partai politik yang berbasis di Aceh yang memenuhi persyaratan nasional (Artikel 1.2.1 *MoU*, sebagaimana diakomodir dalam Pasal 75 UUPA sampai dengan Pasal 79 UUPA), mengenai penandatanganan Nota Kesepahaman ini, rakyat Aceh akan memiliki hak menentukan calon-calon untuk posisi semua pejabat yang dipilih untuk mengikuti pemilihan di Aceh pada bulan April 2006 dan selanjutnya (Artikel 1.2.2 *MoU*, sebagaimana diakomodir dalam Pasal 56 UUPA sampai dengan Pasal 64 UUPA), mengenai Aceh akan memiliki kewenangan atas sumber daya alam yang hidup di laut teritorial di sekitar Aceh (Artikel 1.3.3 *MoU*, sebagaimana diakomodir dalam bagian kelima Pasal 162 UUPA). Mengenai Suatu sistem peradilan yang tidak memihak dan independen, termasuk pengadilan tinggi, dibentuk di Aceh di dalam sistem peradilan Republik Indonesia (Artikel 1.4.3 *MoU*, sebagaimana diakomodir dalam Pasal 128 UUPA sampai dengan Pasal 137 UUPA).

## 2. Permasalahan

Berdasarkan pemaparan latar belakang masalah di atas, maka dapat diambil beberapa rumusan masalah yaitu:

1. Apakah penafsiran hukum dalam putusan Mahkamah Konstitusi telah mengakomodir makna otonomi khusus di Aceh?
2. Apakah pelaksanaan otonomi khusus di Aceh telah sesuai dengan kehendak UUD 1945?

## 3. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan yaitu yuridis normatif, dengan menelaah peraturan perundang-undangan terkait pembahasan.<sup>5</sup> Sehingga pendekatan yang digunakan adalah *statute approach*.<sup>6</sup> Selain itu juga digunakan pendekatan kasus dengan menelaah kasus yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi. Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang dapat dikelompokkan menjadi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier yang sesuai dengan objek penelitian. Data yang diperoleh dari penelitian kepustakaan selanjutnya dianalisis secara kualitatif yang hasil analisisnya akan disajikan dalam bentuk paparan deskriptif untuk mendapatkan suatu kesimpulan.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Penafsiran Hukum Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Mengakomodir Makna Otonomi Khusus Di Aceh

#### a. Konsep Otonomi Khusus

Negara kesatuan merupakan landasan batas dari isi pengertian otonomi, dimana dikembangkan berbagai peraturan (*rules*) yang mengatur mekanisme keseimbangan antara otonomi pada satu sisi dan kesatuan bangsa dalam sisi yang lain. Didalam negara kesatuan, tanggung jawab pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan pada prinsipnya tetap berada di tangan pemerintah pusat. Namun, dikarenakan sistem pemerintahan di Indonesia menganut prinsip desentralisasi kekuasaan, maka terdapat tugas-tugas tertentu bahkan tugas-tugas istimewa dan khusus yang diurus

<sup>5</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI Press, 2008, h. 11

<sup>6</sup> Faisal A. Rani, *Metode Penelitian Bidang Ilmu Humaniora*, Makalah yang disajikan pada *Lokakarya Peningkatan Kualitas Penelitian*, yang diadakan oleh Lembaga Penelitian Universitas Syiah Kuala, Banda Aceh, 21 Oktober 2003, h. 18

oleh pemerintahan lokal sendiri. Hal ini pada dasarnya akan menimbulkan hubungan timbal balik yang melahirkan hubungan kewenangan dan pengawasan. Menurut Nur Aula Angkat yang mengutip pendapat Mahfud MD dalam karya ilmiahnya bahwa:

*“Negara Kesatuan adalah negara yang kekuasaannya di pencari ke daerah-daerah melalui pemberian otonomi atau pemberian wewenang kepada daerah-daerah untuk mengurus dan mengatur rumah tangga mereka sendiri melalui desentralisasi atau melalui dekonsentrasi. Ini berarti daerah-daerah otonom mendapat hak yang datang dari, dan diberikan oleh Pemerintah Pusat berdasarkan konstitusi dan undang-undang.”<sup>7</sup>*

Seperti halnya otonomi istimewa, Otonomi khusus merupakan otonomi yang diberikan pada suatu daerah tertentu untuk menjalankan pemerintahan (mengurus dan mengatur rumah tangganya sendiri) dengan pemberian hak-hak khusus yang derajat kemandiriannya lebih tinggi dibandingkan daerah-daerah lainnya. Menurut Kausar A.S. yang dikutip oleh Nur Aula Angkat menyatakan:

*“Indonesia sebagai Negara Bangsa (nation state), mewadahi banyak keragaman budaya yang tumbuh di dalam masyarakat. Setiap keragaman budaya yang tumbuh di Indonesia terbentuk melalui proses sejarah yang sangat panjang yang kemudian melembaga dan diyakini oleh masyarakatnya. Termasuk didalamnya adalah lembaga-lembaga yang berupa institusi pemerintahan yang bercorak khusus di setiap daerah. Oleh karena itu UUD 1945 sebagai konstitusi NKRI mengakui keberadaan dan menghormati satuan-satuan Pemerintahan Daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa.”<sup>8</sup>*

Perolehan otonomi khusus dalam konteks internasional pada umumnya didasarkan pada suatu perjuangan untuk memperoleh status politik dalam suatu negara yang telah merdeka. Hukum Internasional memang secara khusus membatasi hak untuk menentukan nasib sendiri dalam suatu negara pada 3 (tiga) kategori, yaitu:

- 1) Masyarakat yang berada dibawah penguasaan (penjajahan) dari negara lain.

<sup>7</sup> Nur Aula Angkat, *Analisis Yuridis Pengelolaan Dana Otonomi Khusus di Provinsi Aceh Berdasarkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 Tentang Pemerintahan Aceh*, Tesis, Medan, Universitas Sumatera Utara, 2010, h. 72.

<sup>8</sup> *Ibid.*, h. 68

- 2) Masyarakat yang berada dibawah pendudukan pemerintahan asing.
- 3) Masyarakat yang masih tertindas oleh suatu pemerintahan yang otoriter.<sup>9</sup>

Adanya bentuk otonomi khusus dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia, bukanlah mengandung pengertian diterapkannya sistem federal dalam penyelenggaraan pemerintahan. Pemberian otonomi khusus bagi Provinsi Aceh pada dasarnya merupakan pengakuan terhadap kekhususan daerah Aceh sebagai subsistem pemerintahan secara nasional. Konsekuensi logis otonomi khusus dalam Negara Kesatuan berarti sebagai subsistem dalam sistem pemerintahan nasional dengan pola hubungan kekuasaan antara pemerintah pusat dan pemerintahan daerah, dimana adanya bentuk pengawasan (*controlling*) dan keselarasan pembangunan yang diletakkan dalam konteks Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945 sebagai satu kesatuan organisasi (badan hukum publik) yang tunggal.<sup>10</sup>

Hendratno juga menyatakan bahwa pemberian status otonomi khusus maupun status keistimewaan terhadap daerah-daerah seperti Aceh dan Papua lebih mengarah pada model bentuk susunan negara federal. Pandangan tersebut didasarkan pada berbagai alasan dan argumentasi yang ditemukan dalam undang-undang pemerintahan daerah, yaitu UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah maupun dalam undang-undang yang menjadi landasan yuridis bagi penyelenggaraan pemerintahan daerah itu sendiri.<sup>11</sup>

Konsekuensi dari pelaksanaan otonomi daerah di Indonesia adalah adanya pembagian kewenangan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah. Hampir seluruh kewenangan pemerintah pusat diserahkan pada daerah, kecuali bidang; politik luar negeri, pertahanan keamanan, yustisi, moneter dan fiskal nasional dan agama. Hal ini menimbulkan peningkatan tanggungjawab penyelenggaraan pemerintahan (penyediaan barang publik dan pembangunan ekonomi) di tingkat daerah yang sangat besar.<sup>12</sup> Termasuk bagi daerah dengan status otonomi khusus

<sup>9</sup> Dodi Riyadmadji, Otonomi Khusus Bali, *Jurnal Otonomi Daerah*, Vol. VII, 3 Agustus-September 2007, h. 13

<sup>10</sup> Nur Aula Angkat, *Op., Cit.*, h. 69

<sup>11</sup> Edie Toet Hendratno, *Negara Kesatuan, Desentralisasi, dan Federalisme*, Jakarta: Graha Ilmu dan Universitas Pancasila Press, 2009, h.238.

<sup>12</sup> I Gede Pantja Astawa, *Problematika Hukum Otonomi Daerah di Indonesia*, Bandung: Alumni, 2009, h. 55.

maupun status istimewa. Penyerahan atau membiarkan mengatur dan mengurus asas dan cara menjalankan kewenangan pemerintahan di daerah otonom.<sup>13</sup>

Salah satu hasil perubahan UUD NKRI Tahun 1945 yaitu dengan dijabarkannya secara lebih rinci mengenai sistem pemerintahan daerah yang terdapat dalam ketentuan Pasal 18 UUD 1945. Bagir Manan menyatakan bahwa perubahan Pasal 18 UUD 1945, baik secara struktur maupun substansi perubahan tersebut sangatlah mendasar. Secara struktur, Pasal 18 (lama) sama sekali diganti baru.<sup>14</sup>

Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) dalam terbitan resminya mengenai Panduan dalam memasyarakatkan UUD NKRI Tahun 1945 menyatakan bahwa ada 7 prinsip yang menjadi paradigma dan arah politik yang mendasari Pasal 18, 18A dan Pasal 18B UUD 1945, yaitu:<sup>15</sup>

- 1) Prinsip daerah mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan {Pasal 18 ayat (2)}
- 2) Prinsip menjalankan otonomi seluas-luasnya {Pasal 18 ayat (5)}
- 3) Prinsip kekhususan dan keragaman daerah {Pasal 18A ayat (1)}
- 4) Prinsip mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya {Pasal 18B ayat (2)}
- 5) Prinsip mengakui dan menghormati Pemerintahan Daerah yang bersifat khusus dan istimewa {Pasal 18 B ayat (1)}
- 6) Prinsip badan perwakilan dipilih langsung dalam suatu pemilihan umum {Pasal 18 ayat (3)}
- 7) Prinsip hubungan pusat dan daerah dilaksanakan secara selaras dan adil {Pasal 18A ayat (2)}.

Keberadaan Aceh sebagai salah satu provinsi yang mendapatkan status otonomi khusus telah diatur dalam UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, dimana sebelumnya juga tetap berlaku UU No. 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Provinsi Aceh. UU No. 11 Tahun 2006 merupakan undang-undang yang menjadi dasar hukum bagi penyelenggaraan otonomi khusus di Provinsi Nanggroe Aceh

<sup>13</sup> Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cet. 10, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2008, h. 112.

<sup>14</sup> Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Cet.4, Yogyakarta: Pusat Studi Hukum FH-Ull, 2005, h. 7.

<sup>15</sup> Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan dalam Memasyarakatkan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta, Sekretariat Jenderal MPR RI, 2003, h.102-103.

Darussalam. Tidak bisa dipungkiri bahwa undang-undang tersebut dibuat sebagai tindak lanjut dari nota kesepahaman (*MoU*) antara Pemerintah RI dengan GAM pada 15 Agustus 2005. Satu tahun kemudian, yaitu pada tanggal 1 Agustus 2006, akhirnya UU No. 11 Tahun 2006 tersebut diundangkan.

#### **b. Makna Otonomi Khusus Dalam Penafsiran Hukum Oleh Mahkamah Konstitusi**

Pasca diberlakukannya UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, pelaksanaan otonomi khusus di Aceh telah dapat diterapkan. Namun, dalam pelaksanaannya tidak semua berjalan dengan baik. Adapun pasal-pasal dalam UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, yang langsung dilaksanakan langsung oleh pemerintah pusat dengan menerbitkan peraturan pemerintah sebagai aturan pelaksana adalah PP No. 20 Tahun 2007 tentang Partai Politik Lokal di Aceh, sebagai dasar hukum pendirian partai politik lokal di Aceh, serta keikutsertaan calon independen dalam pelaksanaan pemilukada di Aceh.<sup>16</sup>

Adapun dalam pemilukada Aceh, keikutsertaan calon independen dan partai politik lokal dalam pemilukada diselenggarakan pada tahun 2007, dan Gubernur Aceh terpilih pada saat itu merupakan calon dari perseorangan. Sementara itu, lembaga legislatif Aceh (DPRA) dimenangkan oleh kontestan partai politik lokal, yaitu Partai Aceh. Apabila dilihat dari keistimewaan pelaksanaan demokrasi daerah Aceh tersebut menjadi cerminan bagi nasional, sehingga provinsi lainnya pun menggelar pelaksanaan pemilukada dengan mengikutsertakan calon independen, setelah dilakukannya perubahan kedua kalinya terhadap UU No. 32 Tahun 2008 tentang Pemerintahan Daerah, yaitu UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua UU Pemda.

Keikutsertaan calon independen dalam pemilukada secara nasional diawali dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 05/PUU-V/2007. Guna menghindari kekosongan hukum tersebut, maka disahkan UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan kedua UU Pemda, dengan mencantumkan keberadaan calon independen secara nasional. Selanjutnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-VIII/2010, dengan menguji

<sup>16</sup> Pasal 75 sampai dengan Pasal 88 UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh

salah satu pasal di dalam UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, yaitu Pasal 256,<sup>17</sup> menguatkan kembali posisi calon independen di Aceh secara nasional dengan dasar hukum UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua UU Pemda.

Selain dari kedua putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, pada tahun 2011, Mahkamah Konstitusi juga menyelesaikan kasus perselisihan pemilihan umum daerah (PHPU-D) Aceh dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011. Dalam pertimbangan hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011, secara garis besar menyatakan bahwa pelaksanaan demokrasi lokal dalam wujud pemilukada dengan keikutsertaan calon independen serta korelasi dengan aturan nasional yaitu UU No. 12 Tahun 2008 tidaklah bertentangan dengan *MoU* Helsinki. Dan menyatakan bahwa dengan adanya UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, Aceh tetap merupakan bagian yang tidak terpisahkan dengan Negara Kesatuan Republik Indonesia.<sup>18</sup>

Dengan adanya penelaahan dari beberapa putusan Mahkamah Konstitusi di atas, dapat dipahami bahwa pemberian status otonomi khusus di Aceh tidak menghilangkan status Aceh sendiri sebagai bagian dari daerah provinsi di Indonesia. Pertimbangan hukum yang tertuang dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi tersebut juga menegaskan bahwa dalam pelaksanaan demokrasi lokal, Aceh tidak hanya berpedoman pada UU No. 11 Tahun 2006 saja, namun juga tetap merujuk pada peraturan perundang-undangan nasional.

<sup>17</sup> Pasal 256 UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh menyebutkan "Ketentuan yang mengatur calon perseorangan dalam pemilihan Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati, atau Walikota/Wakil Walikota sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 67 ayat (1) huruf d, berlaku dan hanya dilaksanakan untuk pemilihan pertama kali sejak Undang-Undang ini diundangkan".

<sup>18</sup> Sebagaimana disebutkan dalam angka 3.9.3. Pertimbangan Hukum pada Putusan MK No. 108/PHPU.D-IX/2011, h. 33-34 bahwa tidak benar pendapat yang menyatakan bahwa menurut *MoU* Helsinki calon perseorangan untuk semua pemilihan kepala daerah di Aceh hanya berlaku satu kali, sebab dari dua butir kesepahaman *MoU* Helsinki tampak jelas bahwa calon perseorangan diperbolehkan. Dengan demikian hak rakyat Aceh untuk memilih calon perseorangan diberikan untuk pemilihan bulan April 2006 dan setelahnya (*thereafter*), tidak hanya untuk satu kali saja. Dalam Penjelasan Umum UU 11/2006, antara lain, dinyatakan, "Nota Kesepahaman (*Memorandum of Understanding*) antara Pemerintah dan Gerakan Aceh Merdeka yang ditandatangani pada tanggal 15 Agustus 2005 menandakan kias baru sejarah Provinsi Aceh dan kehidupan masyarakatnya menuju keadaan yang damai, adil, makmur sejahtera, dan bermartabat. Hal yang patut dipahami bahwa Nota Kesepahaman adalah suatu bentuk rekonsiliasi secara bermartabat menuju pembangunan sosial, ekonomi, dan politik di Aceh secara berkelanjutan. Undang-Undang ini mengatur dengan tegas bahwa Pemerintahan Aceh merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Negara Kesatuan Republik Indonesia dan tatanan otonomi seluas-luasnya yang diterapkan di Aceh berdasarkan Undang-Undang ini merupakan subsistem dalam sistem pemerintahan secara nasional." Dengan demikian, Mahkamah berpendapat pelaksanaan butir 1.2.2 *MoU* Helsinki yang memberikan hak kepada rakyat Aceh untuk mengajukan calon perseorangan adalah dalam rangka rekonsiliasi secara bermartabat menuju pembangunan sosial, ekonomi, dan politik di Aceh secara berkelanjutan. Artinya, adanya calon perseorangan adalah merealisasi maksud *MoU* Helsinki dan tidak sedikit pun bertentangan dengannya. Kenyataan bahwa UU 11/2006 dan Qanun 7/2006 yang memberikan kesempatan kepada rakyat Aceh untuk memilih calon perseorangan hanya pada pemilihan kepala daerah pada 2006, justru tidak memberikan hak kepada rakyat Aceh secara penuh sebagaimana dituangkan dalam *MoU* Helsinki. Calon perseorangan di Aceh tidak bertentangan dengan *MoU* Helsinki serta telah sesuai dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-VIII/2010 bertanggal 30 Desember 2010 tentang calon perseorangan pada Pemilukada di Aceh

**c. Makna Otonomi Khusus di Aceh Menurut UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh**

Khusus bagi Aceh dengan diberlakukannya Undang-Undang No. 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, yang kemudian diubah dengan Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh mempunyai makna tersendiri dalam kaitannya dengan otonomi daerah. Pemberian status otonomi bagi Provinsi Aceh diawali dengan adanya konsensus politik yang terjadi, diakibatkan ketegangan situasi keamanan di Aceh sendiri.

Hendratno juga menyatakan bahwa pemberian status otonomi khusus maupun status keistimewaan terhadap daerah-daerah seperti Aceh dan Papua lebih mengarah pada model bentuk susunan negara federal.<sup>19</sup> Pandangan tersebut didasarkan pada berbagai alasan dan argumentasi yang ditemukan dalam undang-undang pemerintahan daerah maupun dalam undang-undang yang menjadi landasan yuridis bagi penyelenggaraan pemerintahan daerah di kedua daerah otonomi khusus tersebut. Misalnya diberikannya hak bagi masyarakat Aceh untuk membentuk partai politik lokal, maupun disyaratkan bahwa hanya orang asli papua yang dapat mencalaonkan diri sebagai calon gubernur Papua dan sebagainya.

Dalam perkembangannya lebih lanjut juga di beberapa negara telah dilaksanakan asas desentralisasi (penyerahan urusan dari pemerintah pusat ke daerah otonom) untuk menjadi urusan rumah daerah otonom itu. Pelaksanaan asas desentralisasi inilah yang melahirkan daerah-daerah otonom. Daerah otonom dapat mengatur rumah tangganya sendiri sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.<sup>20</sup>

Inti dari konsep pelaksanaan otonomi daerah adalah upaya memaksimalkan hasil yang akan dicapai sekaligus menghindari kerumitan dan hal-hal yang menghambat pelaksanaan otonomi daerah. Dengan demikian tuntutan masyarakat dapat diwujudkan secara nyata dengan penerapan otonomi daerah dan kelangsungan pelayanan umum yang tidak diabaikan.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Edie Toet Hendratno, *Op., Cit.*, h. 238

<sup>20</sup> Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2005, h. 92

<sup>21</sup> H.A.W. Widjaja, *Otonomi Daerah dan Daerah Otonom*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2002, h. 2

Adapun muatan inti dari Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh terkait otonomi khusus dengan dasar pertimbangan sebagaimana disebutkan dalam konsideran menimbang huruf e Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh yaitu bencana alam gempa bumi dan tsunami yang terjadi di Aceh telah menumbuhkan solidaritas seluruh potensi bangsa Indonesia untuk membangun kembali masyarakat dan wilayah Aceh serta menyelesaikan konflik secara damai, menyeluruh, berkelanjutan, dan bermartabat dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Secara historis dapat diketahui tujuan pengesahan Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh adalah mengembalikan solidaritas daerah dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia dan dengan adanya bencana alam gempa bumi dan tsunami sehingga tercipta kedamaian yang bermartabat.

Adapun penekanan otonomi khusus dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh dapat dilihat dari beberapa muatan pasal undang-undang tersebut. Atas dasar klasifikasi muatan otonomi khusus yang tertuang dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 sesuai dengan pernyataan Philipus M. Hadjon mengemukakan bahwa terdapat 4 prinsip yang mendasari ketentuan Pasal 18 UUD 1945, yaitu:

1. Prinsip pembagian daerah yang bersifat hirarkis pada Ayat (1);
2. Prinsip otonomi dan tugas pembantuan pada Ayat (2);
3. Prinsip demokrasi pada Ayat (3) dan Ayat (4); dan
4. Prinsip otonomi seluas-luasnya pada Ayat (5).<sup>22</sup>

Sama halnya seperti Provinsi Papua yang menggunakan istilah “DPRP” untuk menyebut Dewan Perwakilan Rakyat tingkat provinsinya, NAD juga menggunakan istilah Dewan Perwakilan Rakyat Aceh “DPRA”. Sedangkan untuk menyebut DPRD tingkat kabupaten/kotanya, digunakan istilah “DPRK” atau Dewan Perwakilan Rakyat Kabupaten/Kota, tanpa menggunakan kata “daerah”.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Philipus M. Hadjon, *Kedudukan Undang-Undang Pemerintahan Daerah Dalam Sistem Pemerintahan*, Makalah dalam seminar Sistem Pemerintahan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM RI bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Airlangga dan Kantor Wilayah Departemen Kehakiman dan HAM Provinsi Jawa Timur, pada Tanggal 9-10 Juni 2004, h. 10

<sup>23</sup> Pasal 1 angka 11 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 kemudian bandingkan dengan istilah DPRD Kabupaten/Kota dalam Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 dan Undang-Undang No. 27 Tahun 2009

Istilah berbeda lainnya yang terdapat dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 dengan undang-undang lainnya misalnya penyebutan Komisi Independen Pemilihan (KIP) yang memiliki kewenangan untuk menyelenggarakan pemilihan umum Presiden/Wakil Presiden, anggota Dewan Perwakilan Rakyat, anggota Dewan Perwakilan Daerah, anggota DPRA/DPRK, pemilihan gubernur/wakil gubernur, bupati/wakil bupati, dan walikota/wakil walikota di NAD. Daerah-daerah lainnya di Indonesia sebagaimana yang terdapat dalam Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 menggunakan Istilah Komisi Pemilihan Umum Daerah “KPU”.<sup>24</sup>

Aceh juga berhak untuk memiliki bendera, lambang dan hymne daerah sebagaimana yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 246 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006. Ketentuan tersebut sama dengan yang terdapat di Papua seperti penjelasan sebelumnya.

Ada beberapa kekhususan lainnya yang menurut penulis sangat berbeda dengan daerah lainnya yang dimiliki oleh Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam sebagaimana yang terdapat dalam ketentuan Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 antara lain sebagai berikut:

- 1) Pembagian daerah di Aceh yang dibagi kedalam kabupaten/kota, kecamatan, mukim, kelurahan dan gampong.<sup>25</sup> Mukim merupakan kesatuan masyarakat hukum di bawah kecamatan yang terdiri atas gabungan beberapa gampong. Sedangkan kelurahan dan gampong adalah kesatuan masyarakat hukum yang berada di bawah mukim.<sup>26</sup>
- 2) Rencana persetujuan internasional yang berkaitan langsung dengan Pemerintahan Aceh yang dibuat oleh Pemerintah dilakukan dengan konsultasi dan pertimbangan DPRA.<sup>27</sup> Pemerintah Aceh dapat mengadakan kerja sama dengan lembaga atau badan di luar negeri kecuali yang menjadi kewenangan Pemerintah. Dalam naskah kerja

<sup>24</sup> Pasal 1 angka 12 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 kemudian dibandingkan dengan istilah yang digunakan dalam Pasal 22E ayat (5) UUD NRI Tahun 1945 maupun Pasal 1 angka 21 Undang-Undang No. 32 Tahun 2004

<sup>25</sup> Pasal 2 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>26</sup> Pasal 1 angka 19 dan angka 20 j.o Pasal 114, Pasal 115 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006. Bandingkan dengan Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 yang membagi suatu daerah dalam wilayah propinsi, kabupaten/kota, kecamatan dan desa/kelurahan. Desa/kelurahan merupakan kesatuan masyarakat hukum yang terkecil dalam pembagian wilayah suatu daerah lain yang memiliki kesamaan dengan gampong/kelurahan di NAD. Kesamaan tersebut misalnya terletak pada masa jabatan pemimpinnya (kepala desa/kepala gampong) sama-sama 6 tahun. Kepala desa atau kepala gampong sama-sama dipilih secara langsung. Serta sama-sama memiliki sekretaris desa atau sekretaris gampong yang berasal dari PNS. Lihat Pasal 115, Pasal 116 dan Pasal 117 Undang-Undang No. 11 tahun 2006 dan dibandingkan dengan Pasal 202, Pasal 203 dan Pasal 204 Undang-Undang No. 32 Tahun 2004

<sup>27</sup> Pasal 8 Ayat (1) Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

sama tersebut dicantumkan frasa Pemerintah Aceh sebagai bagian dari Negara Kesatuan Republik Indonesia. Serta Pemerintah Aceh dapat berpartisipasi secara langsung dalam kegiatan seni, budaya, dan olah raga internasional.<sup>28</sup>

- 3) Rencana pembentukan undang-undang oleh Dewan Perwakilan Rakyat yang berkaitan langsung dengan Pemerintahan Aceh dilakukan dengan konsultasi dan pertimbangan DPRA.<sup>29</sup>
- 4) Kebijakan administratif yang berkaitan langsung dengan Pemerintahan Aceh yang akan dibuat oleh Pemerintah dilakukan dengan konsultasi dan pertimbangan Gubernur.<sup>30</sup>
- 5) Penduduk Aceh dapat membentuk partai politik lokal yang memiliki hak antara lain; mengikuti Pemilu untuk memilih anggota DPRA dan DPRK; mengusulkan pasangan calon Gubernur dan Wakil Gubernur, calon bupati dan wakil bupati, serta calon walikota dan wakil walikota di Aceh.<sup>31</sup>
- 6) Di Aceh terdapat pengadilan Syari'at Islam yang dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Syar'iyah, yang terdiri dari Mahkamah Syar'iyah Aceh sebagai pengadilan tingkat banding dan Mahkamah Syar'iyah Kabupaten/Kota sebagai pengadilan tingkat pertama. Mahkamah Syar'iyah berwenang memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara yang meliputi bidang *ahwal al-syakhsiyah* (hukum keluarga), *muamalah* (hukum perdata), dan *jinayah* (hukum pidana) yang didasarkan atas syari'at Islam dengan hukum acara yang ditetapkan berdasarkan Qanun.<sup>32</sup>
- 7) Produk hukum sejenis peraturan daerah (perda) di Aceh disebut dengan istilah "Qanun". Terdapat dua macam Qanun, yaitu Qanun Aceh yang disahkan oleh Gubernur setelah mendapatkan persetujuan bersama dengan DPRA, dan Qanun Kabupaten/Kota ditetapkan oleh Bupati/Walikota setelah mendapatkan persetujuan bersama DPRK.<sup>33</sup> Qanun dibentuk dalam rangka penyelenggaraan Pemerintahan Aceh, pemerintahan kabupaten/kota, dan penyelenggaraan tugas

<sup>28</sup> Pasal 9 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>29</sup> Pasal 8 Ayat (2) Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>30</sup> Pasal 8 Ayat (3) Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>31</sup> Pasal 75 sampai dengan Pasal 88 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>32</sup> Pasal 128 sampai dengan Pasal 137 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>33</sup> Pasal 232 sampai dengan Pasal 245 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006.

pembantuan. Qanun dapat memuat ancaman pidana atau denda lebih dari 6 (enam) bulan kurungan dan/atau denda paling banyak Rp.50.000.000.00 (lima puluh juta rupiah). Bahkan Qanun mengenai jinayah (hukum pidana) dapat menentukan jenis dan bentuk ancaman pidana tersendiri.<sup>34</sup>

- 8) Pemerintah Aceh dan Pemerintah Kabupaten/Kota dapat membentuk lembaga, badan dan/atau komisi dengan persetujuan DPRA/DPRK.<sup>35</sup> Di Aceh terdapat institusi atau lembaga yang tidak terdapat di daerah-daerah lainnya, seperti Majelis Permusyawaratan Ulama (MPU) yang merupakan mitra kerja Pemerintah Aceh, Kabupaten/Kota dan DPRA/DPRK,<sup>36</sup> Lembaga Wali Nanggroe dan Lembaga Adat,<sup>37</sup> Pengadilan Hak Asasi Manusia,<sup>38</sup> Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi,<sup>39</sup> dan unit Polisi Wilayahul Hisbah sebagai bagian dari Satuan Polisi Pamong Praja, sebagai penegak Syari'at Islam.<sup>40</sup>

Apabila ditinjau lebih lanjut dan dianalisis secara fakta dan nyata ditentukan bahwa kewenangan daerah otonomi khusus tersebut bertentangan dengan kewenangan pemerintah daerah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang No. 32 Tahun 2004, tetapi tetaplah status otonomi khusus tersebut berada dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pemberian status otonomi khusus dengan berbagai macam kewenangan istimewa yang diatur dalam undang-undang khusus, namun secara regulasi perundang-undangan tetap dibatasi dengan aturan hukum tingkat nasional.

#### **d. Pelaksanaan Otonomi Khusus Di Aceh Menurut Kehendak UUD 1945**

Menurut Pasal 1 Ayat (1) UUD 1945 secara tegas menyatakan negara Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk Republik. Implikasi dari penerapan negara kesatuan ini pada prinsipnya ialah pemegang tampuk kekuasaan tertinggi atas segenap urusan negara adalah Pemerintah Pusat tanpa ada suatu delegasi atau pelimpahan kekuasaan

<sup>34</sup> Pasal 241 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 bandingkan dengan ketentuan Pasal 143 Undang-Undang No. 32 Tahun 2004

<sup>35</sup> Pasal 10 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>36</sup> Pasal 138 sampai dengan Pasal 140 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>37</sup> Pasal 96 sampai dengan Pasal 99 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>38</sup> Pasal 228 Undang-Undang No.11 Tahun 2006

<sup>39</sup> Pasal 229 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006

<sup>40</sup> Pasal 244 Ayat (2) Undang-Undang No.11 Tahun 2006

kepada Pemerintah Daerah.<sup>41</sup> Namun dengan adanya Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B UUD 1945 menekankan bahwa selain negara kesatuan, Indonesia juga memberikan keluasaan bagi daerah dengan menerapkan konsep otonomi.

Keluarnya UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, ini tidak bisa dilepaskan dari nota kesepahaman yang dijalankan antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Gerakan Aceh Merdeka yang difasilitasi oleh mantan Presiden Finlandia, Marti Ahtisaari. Dalam *MoU* Pasal 1 tentang penyelenggaraan Pemerintahan di Aceh disebutkan bahwa pemerintah RI dan GAM menyepakati UU tentang penyelenggaraan pemerintahan Aceh yang harus mendasarkan pada prinsip, Aceh melaksanakan kewenangan dalam semua sektor publik yang diselenggarakan bersama dengan administrasi dan sipil peradilan kecuali kewenangan pemerintahan RI yang dijamin dalam konstitusi. Persetujuan internasional RI, keputusan DPR, kebijakan administratif RI, ketika menyangkut tentang Aceh, harus dikonsultasikan dan mendapat persetujuan dari legislatif Aceh.<sup>42</sup>

Guna melihat hubungan antara *MoU Helsinki* dengan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, maka dapat ditarik komparasi materi muatan dalam UUPA terhadap *MoU Helsinki*, sebagaimana dituangkan dalam tabel berikut:

NO	Materi Muatan MoU	Materi muatan UUPA	Keterangan
1.	1.1.5 Aceh memiliki hak untuk menggunakan simbol-simbol wilayah termasuk bendera, lambang dan himne.	diatur dalam BAB XXXVI tentang Bendera, Lambang, dan Himne dalam Pasal 246 UUPA sampai dengan Pasal 248 UUPA	Diakomodir
2.	1.1.7 Lembaga <i>Wali Nanggroe</i> akan dibentuk dengan segala perangkat upacara dan gelarnya.	diatur dalam BAB XII tentang Lembaga Wali Nanggroe dalam Pasal 96 UUPA sampai dengan Pasal 97 UUPA	Diakomodir

<sup>41</sup> Ni'matul Huda, *Otonomi Daerah Filosofi, Sejarah Perkembangan Dan Problematika*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, cet. II, 2009, h. 54

<sup>42</sup> MoU Helsinki, Pasal 1 ayat 1.1.2 poin a, b, c, d tentang penyelenggaraan pemerintahan di Aceh

4.	1.2.1 Seseberapa mungkin, tetapi tidak lebih dari satu tahun sejak penandatanganan Nota Kesepahaman ini, Pemerintah RI menyetujui dan akan memfasilitasi pembentukan partai-partai politik yang berbasis di Aceh yang memenuhi persyaratan nasional.	diatur dalam BAB XI tentang Partai Politik Lokal dalam Pasal 75 UUPA sampai dengan Pasal 79 UUPA	Diakomodir
5.	1.2.2 Dengan penandatanganan Nota Kesepahaman ini, rakyat Aceh akan memiliki hak menentukan calon-calon untuk posisi semua pejabat yang dipilih untuk mengikuti pemilihan di Aceh pada bulan April 2006 dan selanjutnya.	diatur dalam BAB IX tentang Penyelenggaraan Pemilihan dalam Pasal 56 UUPA sampai dengan Pasal 64 UUPA	Diakomodir
6.	1.3.1 Aceh berhak memperoleh dana melalui hutang luar negeri. Aceh berhak untuk menetapkan tingkat suku bunga berbeda dengan yang ditetapkan oleh Bank Sentral Republik Indonesia.	diatur dalam BAB XXIV tentang Keuangan dalam Pasal 178 UUPA sampai dengan Pasal 201 UUPA	Terdapat ketidak sesuai dengan pasal 186 UUPA.
8.	1.3.3 Aceh akan memiliki kewenangan atas sumber daya alam yang hidup di laut teritorial di sekitar Aceh.	diatur dalam BAB XXII tentang Perekonomian, bagian kelima dalam Pasal 162 UUPA	Diakomodir
9.	1.3.5 Aceh melaksanakan pembangunan dan pengelolaan semua pelabuhan laut dan pelabuhan udara dalam wilayah Aceh.	diatur dalam BAB XXII tentang Perekonomian dalam Pasal 167 UUPA sampai dengan Pasal 170 UUPA	Pengaturan hal tersebut tidak secara tegas diatur dalam UUPA.

10.	1.3.7 Aceh akan menikmati akses langsung dan tanpa hambatan ke negara-negara asing, melalui laut dan udara.		Belum diakomodir dan tidak diatur dalam UUPA.
12.	1.4.3 Suatu sistem peradilan yang tidak memihak dan independen, termasuk pengadilan tinggi, dibentuk di Aceh di dalam sistem peradilan Republik Indonesia.	diatur dalam BAB XVIII tentang Mahkamah Syar'iyah dalam Pasal 128 UUPA sampai dengan Pasal 137 UUPA	Diakomodir
15.	2.3 Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi akan dibentuk di Aceh oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Indonesia dengan tugas merumuskan dan menentukan upaya rekonsiliasi.	diatur dalam BAB XXXIV tentang Hak Asasi Manusia dalam Pasal 227 UUPA sampai dengan Pasal 231 UUPA	Sampai saat ini Pasal 229 ayat (1) tentang pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi belum diakomodir.

Penuangan butir *MoU* Helsinki dalam UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, merupakan manifestasi dari kesepakatan politik guna menghindari perpecahan dua kubu dalam negara yang sama. Dalam kerangka otonomi khusus sebagaimana dimaksud dalam UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh merupakan perwujudan keistimewaan Aceh sebagai provinsi yang dilandasi dengan penegakan syari'at Islam. Menurut Ni'matul Huda, Daerah Istimewa Aceh bertalian dengan pelaksanaan syari'at Islam. Hal ini bisa kita telaah dalam diktum beberapa pasal yang terdapat dalam UU No. 11 Tahun 2006 tentang pemerintahan Aceh. Beberapa bunyi pasal semakin menguatkan akan pendapat dari ahli hukum pemerintahan daerah tersebut.<sup>43</sup>

Sebagaimana contoh dalam muatan UU No. 11 Tahun 2006, dalam bab VI tentang asas serta bentuk dan susunan penyelenggaraan pemerintahan,

<sup>43</sup> Ni'matul Huda, *Op., Cit.*, h. 32

dikatakan bahwa penyelenggaraan pemerintahan Aceh dan pemerintahan Kabupaten/kota berpedoman pada asas umum penyelenggaraan pemerintah yang nomor satunya adalah asas ke-Islaman.<sup>44</sup>

Dalam undang-undang yang sama di bab XVII tercantum dengan jelas aturan tentang Syari'at Islam dan pelaksanaannya yang memiliki tiga pasal. Dalam diktum tersebut menyatakan bahwa syari'at yang dilaksanakan di Aceh meliputi aqidah, syari'ah dan akhlaq, meliputi ibadah, hukum keluarga, hukum perdata, hukum pidana, peradilan, pendidikan, dakwah, syiar serta pembelaan Islam.<sup>45</sup> Bukan hanya mengatur tentang peraturan pelaksanaan syari'at Islam, namun juga mencantumkan pemeluk agama Islam di Aceh wajib menaati dan mengamalkan syari'at Islam. Serta orang yang bertempat tinggal maupun sedang berada di Aceh wajib menghormati pelaksanaan syari'at Islam.<sup>46</sup>

Selain aspek ke-Islaman, keistimewaan yang dimiliki Aceh menurut UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, yaitu terkait lambang dan bendera Aceh. Bendera Aceh dalam UU tentang Pemerintahan Aceh, diatur di pasal 246. Diktum pasal tersebut mengemukakan bendera Aceh sebagai lambang yang mencerminkan keistimewaan dan kekhususan Aceh. Lambang dan bendera yang dimaksud tidak merupakan simbol kedaulatan daerah. Sedangkan dalam Qanun bendera dan lambang Aceh, tujuan dibuatnya bendera dan lambang Aceh adalah untuk melambangkan syiar Islam, juga menegaskan kepentingan umum diatas kepentingan pribadi dan golongan. Meningkatkan ketentraman dan ketertiban dalam mewujudkan kedamaian Aceh. Selain itu untuk memperkuat persatuan dan kesatuan masyarakat Aceh dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia, menjunjung tinggi kehormatan dan martabat rakyat Aceh sebagai salah satu pejuang kemerdekaan Negara Kesatuan Republik Indonesia serta sebagai kilas baru sejarah perjalanan kehidupan masyarakat Aceh yang serasi, selaras dan seimbang dengan daerah-daerah lain menuju keadaan yang damai, adil, makmur, sejahtera dan bahagia.

Memang benar, bahwa semua upaya yang dilakukan pemerintah pusat guna pemberian otonomi khusus di Aceh bertujuan untuk meredam

<sup>44</sup> Pasal 20 UU No. 11 Tahun 2006

<sup>45</sup> Pasal 125 Ayat (1) dan (2) UU No. 11 Tahun 2006

<sup>46</sup> Pasal 126 Ayat (1) dan (2) UU No. 11 Tahun 2006

gejolak panjang dari gerakan separatis. Namun tidak lantas negara kehilangan kewibawaan serta kekuasaan dalam suatu wilayah. Menurut penulis, pemberian otonomi tentang bendera ini menjadi pintu masuk bagi mantan kombatan Gerakan Aceh Merdeka untuk membangkitkan nuansa herotisme perjuangan masa lalu manakala pihak tersebut melakukan perlawanan terhadap Jakarta. Hal ini jelas mengancam integrasi Negara kesatuan Republik Indonesia.

Atas dasar tersebut pula, dengan argumentasi di atas, maka dapat ditentukan bahwa ciri khas dari pemberlakuan otonomi khusus Aceh dari pemberlakuan otonomi di daerah lain ialah: pemberlakuan syari'at Islam secara legal formal beserta segala perangkatnya. Daerah lain dalam hal hukumnya, mengacu pada ketentuan hukum positif. Namun di Aceh, terdapat pemberlakuan Syari'at Islam yang dijadikan dasar masyarakat dalam melakukan tindakan sehari-hari. Selain itu bolehnya parta politik lokal Aceh untuk berkompetisi di Pemiluakada dan Pemilu legislatif tingkat Aceh dan Kabupaten kota menjadi ciri lain.

Sebagaimana cita-cita dari Pasal 18, Pasal 18A dan Pasal 18B UUD 1945 bahwa penerapan otonomi khusus, di Aceh bertujuan untuk mempertahankan kedaulatan Negara Indonesia dan meredam gerakan separatis. Diberikannya kewenangan yang luas bagi Aceh baik di tingkat provinsi maupun kabupaten dan kota tidak lain adalah bertujuan untuk peningkatan pembangunan masyarakat Aceh yang beridentitaskan keislaman. Adapun keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat, pranata adat di Aceh dapat dipertahankan dengan adanya kelembagaan *wali nangroe*. Selain itu, nilai-nilai keistimewaan yang ada di Aceh tetap terakomodir sebagaimana ditentukan dalam UU No. 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Aceh.

## C. PENUTUP

### a. Kesimpulan

1. Adapun penafsiran hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusannya, menitik beratkan pada aspek konstitusionalitas *MoU Helsinki* dan UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh dengan konsep otonomi

dalam Pasal 18, 18A dan 18B UUD 1945. Pemberian otonomi khusus bagi Aceh merupakan manifestasi dari kesepakatan damai bagi Aceh yang dipenuhi oleh pemerintah dengan wujud otonomi khusus, dan otonomi khusus lebih bercirikan pada kewenangan pemerintah Aceh dalam hal pembangunan dan politik daerah, melalui UU No. 11 Tahun 2006. Sementara nilai keistimewaan Aceh tetap berpedoman pada UU No. 44 Tahun 1999.

2. Pelaksanaan otonomi khusus di Aceh diawali dengan adanya *MoU Helsinki* yang mencerminkan kesepakatan damai antara dua belah pihak yang sedang bertikai. Butir-butir yang tertuang dalam *MoU Helsinki* dikejawantahkan dalam UU No. 11 Tahun 2006. Nilai otonomi yang diangkat dalam undang-undang tersebut tidak hanya mencakupi bidang politik daerah, namun juga mengatur eksistensi kelembagaan adat melalui *wali nanggroe*, serta disahkannya aturan tentang lambang dan bendera Aceh.

#### **b. Saran**

1. Disarankan kepada pemerintah Aceh dalam melaksanakan ketentuan UU No. 11 Tahun 2006 terkait otonomi khusus, dapat mempedomani sesuai penafsiran hukum yang telah ditetapkan oleh Mahkamah Konstitusi. Hal tersebut disebabkan karena penafsiran tersebut dilandasi dengan aspek konstitusional otonomi yang termuat dalam *MoU Helsinki* dan UU No. 11 Tahun 2006 itu sendiri.
2. Disarankan kepada pemerintahan Aceh agar dalam menetapkan sejumlah kebijakan public sebagai pelaksana *MoU Helsinki* maupun UU No. 11 Tahun 2006 tetap berpedoman pada aturan hukum nasional. Hal tersebut dimaksudkan agar terciptanya kesinambungan hukum yang ada dan menghindari konstelasi politik.

## **DAFTAR ISI**

Aguswandi dan Judith Large, 2008, *Rekonfigurasi Politik: Proses Perdamaian Aceh*, London, Conciliation Resource

Bagir Manan, 2005, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Cet.4, Yogyakarta: Pusat Studi Hukum FH-UII

Daud Yoesoef Moh., et,al, 2009, *Sejarah Lahirnya UUPA*, Banda Aceh, Kerjasama Fakultas Hukum Unsyiah dan Sekretaris Dewan Rakyat Aceh

Dodi Riyadmadji, 2007, *Otonomi Khusus Bali*, Jurnal Otonomi Daerah, Vol. VII, 3 Agustus-September.

Edie Toet Hendratno, 2009, *Negara Kesatuan, Desentralisasi, dan Federalisme Jakarta*: Graha Ilmu dan Universitas Pancasila Press.

Faisal A. Rani, 2003, *Metode Penelitian Bidang Ilmu Humaniora*, Makalah yang disajikan pada Lokakarya Peningkatan Kualitas Penelitian, yang diadakan oleh Lembaga Penelitian Universitas Syiah Kuala, Banda Aceh, 21 Oktober.

I Gede Pantja Astawa, 2009, *Problematika Hukum Otonomi Daerah di Indonesia*, Bandung: Alumni.

Ni'matul Huda, 2005, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada.

Nur Aula Angkat, 2010, *Analisis Yuridis Pengelolaan Dana Otonomi Khusus di Provinsi Aceh Berdasarkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 Tentang Pemerintahan Aceh*, Tesis, Medan, Universitas Sumatera Utara.

\_\_\_\_\_, 2009, *Otonomi Daerah Filosofi, Sejarah Perkembangan Dan Problematika*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, cet. II.

Philipus M. Hadjon, 2004, *Kedudukan Undang-Undang Pemerintahan Daerah Dalam Sistem Pemerintahan*, Makalah dalam seminar *Sistem Pemerintahan Indoensia Pasca Amandemen UUD 1945*, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM RI bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Airlangga dan Kantor Wilayah Departemen Kehakiman dan HAM Provinsi Jawa Timur, pada Tanggal 9-10 Juni.

\_\_\_\_\_, 2008, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cet. 10, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.

Soerjono Soekanto, 2008, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press.

Widjaja H.A.W., 2002, *Otonomi Daerah dan Daerah Otonom*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada.

# **Desain Institusional Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) Sebagai Peradilan Etik**

**M. Lutfi Chakim**

Bekerja di Komisi Yudisial RI  
Jl. Kramat Raya No. 57, Jakarta Pusat  
Email: lutfychakim@gmail.com

Naskah diterima: 2/5/2014 revisi: 16/5/2014 disetujui: 30/5/2014

## **Abstrak**

Etika pada dasarnya mengajarkan dan menekankan kepada setiap individu termasuk penyelenggara pemilu untuk mengambil sikap dan memastikan tindakan apapun yang dilaksanakan dengan senantiasa bersandarkan pada nilai-nilai moral. Etika merupakan elemen penting yang harus ditaati oleh setiap penyelenggara pemilu, karena merupakan salah satu aspek fundamental dalam mewujudkan pemilu yang demokratis. Oleh karena itu, untuk menegakkan Kode Etik penyelenggara pemilu, maka dibentuklah Dewan Kehormatan Penyelenggara Umum (DKPP) yang bertujuan untuk menjaga kemandirian, integritas dan kredibilitas KPU dan Bawaslu agar Pemilu tentu berjalan dengan baik dan benar. DKPP adalah lembaga *ethic* yang didesain sebagai badan peradilan etika (*court of ethics*), dengan menerapkan model persidangan bersifat terbuka dan menerapkan semua prinsip layaknya dalam sebuah peradilan. Sehingga, bagi penyelenggara pemilu yang terbukti melanggar Kode Etik, DKPP dapat memberikan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran, yaitu terdiri dari sanksi teguran tertulis, sanksi pemberhentian sementara, dan sanksi pemberhentian tetap. Apalagi putusan DKPP bersifat final dan mengikat (*final and binding*).

**Kata Kunci: Desain Institusional, DKPP, Peradilan Etik**

## **Abstract**

*Ethics basically teach and emphasize to every individual including the organizer of election to take a stand and ensure that any action taken always relying on moral values. Ethics is an important element that must be adhered to every organizer of election, because it is one of the fundamental aspects for realizing democratic*

*elections. Therefore, to enforce the Code of Ethic organizer of election, then formed Honorary Board of Organizer of Elections (DKPP) which aims to maintain independence, integrity and credibility of the Election Commission (KPU) and the Election Supervisory Body (Bawaslu) that is certainly going well and correctly. DKPP is an institution designed as a court of ethics, applying an open model and applying all the principles as in a court. So, for the organizer of election found to have violated the Code of Ethics, DKPP can provide sanctions in accordance with the level of the offense, that consists of a written reprimand, dismissal meantime, and permanent dismissal. Moreover DKPP decision is final and binding.*

**Keywords:** *Institutional Design, DKPP, Court of Ethics*

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Pemilihan umum (pemilu) adalah suatu mekanisme yang berfungsi sebagai sarana pelaksanaan demokrasi yang sangat prinsipil. Pada intinya, pemilu bersumber pada dua masalah pokok yang terdapat dalam praktek kehidupan ketatanegaraan suatu negara, yaitu tentang ajaran kedaulatan rakyat dan paham demokrasi, dimana demokrasi diletakkan sebagai perwujudan kedaulatan rakyat, sementara pemilu merupakan pelaksanaan daripada demokrasi.

Memang pemilu adalah salah satu syarat berlangsungnya demokrasi. Namun, tidak semua pemilu berlangsung secara demokratis. Robert A Dahl memberikan ukuran-ukuran yang harus dipenuhi agar suatu pemilu memenuhi prinsip-prinsip demokrasi: *pertama, inclusiveness*, artinya setiap orang yang sudah dewasa harus diikutkan dalam pemilu; *kedua, equal vote*, artinya setiap suara mempunyai hak dan nilai yang sama; *ketiga, effective participation*, artinya setiap orang mempunyai kebebasan untuk mengekspresikan pilihannya; *keempat, enlightened understanding*, artinya dalam rangka mengekspresikan pilihan politiknya secara akurat, setiap orang mempunyai pemahaman dan kemampuan yang kuat untuk memutuskan pilihannya; dan *kelima, final control of agenda*, artinya pemilu dianggap demokratis apabila terdapat ruang untuk mengontrol atau mengawasi jalannya pemilu.<sup>1</sup>

Selain itu, pemilu yang demokratis juga ditentukan oleh kredibilitas dan profesionalitas penyelenggara pemilu, *Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA) merumuskan 7 prinsip yang berlaku umum untuk menjamin legitimasi kredibilitas dan profesionalitas penyelenggara pemilu, yaitu:

<sup>1</sup> Robert A Dahl, "Procedural Democracy," dalam P Laslett and J Fishkin (ed), *Philosophy, Politics and Society*, Fifth Series, New Haven: Yale University Press, 1979, hlm 97-133, dikutip dalam Didik Suprianto, *Menjaga Independensi Penyelenggara Pemilu*, Jakarta: Perludem, 2012, h. 22.

*independence, impartiality, integrity, transparency, efficiency, professionalism* dan *service-mindedness*.<sup>2</sup> Prinsip-prinsip tersebut merupakan standar internasional yang bisa menjadi tolok ukur demokratis atau tidaknya suatu pemilu.

Melalui Perubahan UUD 1945, Indonesia sebenarnya telah meletakkan dasar-dasar pemerintahan yang demokratis lewat konstitusi yang telah mengamanatkan pelaksanaan pemilu secara demokratis pula, sebagaimana tercantum Pasal 22E ayat (1) UUD 1945, “Pemilihan umum dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil setiap lima tahun sekali”. Dengan adanya ketentuan tersebut, maka akan lebih menjamin kepastian tentang waktu penyelenggaraan pemilu secara teratur reguler per-lima tahun sekali dan menjamin proses, mekanisme, serta kualitas penyelenggaraan pemilu secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil yang dilakukan oleh penyelenggara pemilu. Lebih lanjut, Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 juga menentukan bahwa, “Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri”. Oleh sebab itu, independensi dan imparialitas penyelenggara pemilu merupakan tuntutan konstitusi yang harus terpenuhi.

Menindaklanjuti ketentuan Pasal 22E UUD 1945, maka diterbitkanlah Undang-undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilu dan Undang-undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 15 tahun 2011, fungsi penyelenggaraan pemilu dilaksanakan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU) dan lembaga pengawas pemilu dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilu yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Selain KPU dan Bawaslu, UU No 15 tahun 2011 juga melembagakan Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) secara permanen, DKPP adalah lembaga yang bertugas menangani pelanggaran Kode Etik Penyelenggara Pemilu dan merupakan satu kesatuan fungsi penyelenggaraan Pemilu, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 22 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011.

Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilu menempatkan DKPP sebagai lembaga yang bersifat tetap dan berkedudukan di ibu kota negara. Berbeda dengan Dewan Kehormatan yang ada sebelumnya (DK KPU), dahulu Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu

<sup>2</sup> Alan Wall dkk, *Electoral Management Design: The International IDEA Hand Book*. International IDEA, Stockholm, Swedia, h. 22-25, dalam Yulianto, Veri Junaidi, (at all.), “Memperkuat Kemandirian Penyelenggara Pemilu (Rekomendasi Revisi Undang-Undang Penyelenggara Pemilu)”, Position Paper Hasil Diskusi dan Analisa Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN), Jakarta, 29 November 2010, h. 11.

menempatkan DK KPU berlaku hanya terhadap internal KPU, dengan tugas dan fungsi mengawasi perilaku dan Kode Etik penyelenggara pemilu, dalam hal ini KPU Pusat hingga KPU Provinsi. DK KPU pun bersifat *ad hoc*, sehingga DK KPU hanya dapat dibentuk ketika ada kasus pelanggaran Kode Etik oleh KPU.

Secara kelembagaan, tujuan pembentukan DKPP sebagaimana terdapat dalam Pasal 110 ayat (1) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 adalah untuk menjaga kemandirian, integritas dan kredibilitas KPU dan Bawaslu agar Pemilu tentu berjalan dengan baik dan benar. Yang dimaksud penyelenggara pemilu disini adalah terdiri dari anggota KPU, anggota Bawaslu, dan segenap jajarannya. Untuk memastikan para penyelenggara Pemilu tetap terjaga kemandirian, integritas, dan kredibilitasnya, maka DKPP dalam melaksanakan tugasnya menitikberatkan pada pelaksanaan asas-asas penyelenggara pemilu, sebagaimana tercantum di dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011, meliputi asas mandiri, jujur, adil, kepastian hukum, tertib, kepentingan umum, keterbukaan, proporsionalitas, profesionalitas, akuntabilitas, efisiensi, dan efektivitas.

Kiprah DKPP sejak kehadirannya pada tanggal 12 Juni 2012 yang lalu banyak dinilai masyarakat cukup signifikan terutama dalam kontribusi menegakkan Kode Etik penyelenggara pemilu. Meskipun ada banyak pihak yang masih menganggap terdapat putusan DKPP yang kontroversial dan telah melampaui kewenangan yang dimilikinya, misalnya terletak pada putusan DKPP Nomor 23-25/DKPP-PKE-I/2012 yang dianggap tidak hanya memutus pengaduan pelanggaran kode etik penyelenggara pemilu, namun sudah menyentuh ranah teknis tahapan pemilu yang menjadi kewenangan KPU.

Namun disisi usianya yang masih belia, membuat DKPP belum begitu dikenal oleh khalayak luas. Berbagai hal, istilah dan konsep yang terkait dengan DKPP dan segenap kewenangannya belum begitu dipahami oleh masyarakat. Melalui tulisan ini berupaya untuk mengkaji desain institusional DKPP secara menyeluruh, hal ini semata-mata adalah bentuk kepedulian atas terwujudnya suatu lembaga yang diharapkan mampu menjalankan peran dan fungsinya dengan baik dan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

## **B. Rumusan Masalah**

Mengacu kepada latar belakang yang telah diuraikan di atas, maka yang menjadi permasalahan dalam penulisan ini yaitu sebagai berikut:

1. Apakah latar belakang pembentukan Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP)?

2. Bagaimana kedudukan dan peran Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) sebagai penegak Kode Etik?
3. Bagaimana sifat Putusan Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP)?

### C. Metode Penelitian

Berdasarkan ruang lingkup serta identifikasi masalah sebagaimana telah diuraikan, untuk mengkaji secara komprehensif dan holistik pokok permasalahan, akan ditelusuri dengan menggunakan tipe penelitian yuridis normatif (*normatif legal research*), yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan peraturan perundang-undangan, dan didukung dengan literatur yang ada mengenai pokok masalah yang dibahas.

Adapun metode pendekatan yang digunakan adalah pertama, pendekatan historis (*historical approach*), yaitu pendekatan yang bertujuan mencari latar belakang sejarah pembentukan DKPP. Kedua, pendekatan sistem (*systematical approach*), yaitu pendekatan yang menekankan pada sistem pemilu yang diterapkan. Ketiga, pendekatan kasus (*case approach*), yaitu metode pendekatan yang digunakan untuk menganalisa kasus pelanggaran Kode Etik Penyelenggara Pemilu dan putusan DKPP. Keempat, metode pendekatan konsep (*conseptual approach*) yang mana penulis hendak menawarkan konsep terhadap DKPP dalam menjalankan peran dan fungsinya.

## PEMBAHASAN

### A. Latar Belakang Pembentukan DKPP

Transisi demokrasi diberbagai negara ditandai dengan terjadinya perubahan konstitusi yang memberikan jaminan kemandirian dan akuntabilitas bagi penyelenggara pemilu. Demikian halnya yang terjadi di Indonesia, amandemen UUD 1945 telah memberikan jaminan konstitusional terhadap kemandirian penyelenggara pemilu, dengan harapan pemilu dapat dilaksanakan secara demokratis. Kemandirian penyelenggara pemilu tidak saja mandiri secara kelembagaan, tetapi juga mandiri dalam proses disetiap tahapan pelaksanaan pemilu. Parameter mandiri atau tidaknya pelaksanaan pemilu ditandai oleh ada atau tidaknya intervensi dari pihak-pihak lain di luar penyelenggara pemilu. Oleh karena itu, sebagai aktor utama dalam mewujudkan pelaksanaan pemilu yang demokratis, kemandirian penyelenggara pemilu menjadi sangat penting, terlebih dengan segala kewenangan yang dimilikinya.

Dalam rangka menjaga kemandirian penyelenggara pemilu tersebut, maka perlu dibentuklah peraturan yang mengatur tentang Kode Etik penyelenggara pemilu. Kode Etik ini bersifat mengikat dan wajib dipatuhi oleh penyelenggara pemilu. Kode Etik ini berisikan prinsip-prinsip penyelenggaraan pemilu yang luhur dan jujur sebagaimana diatur oleh konstitusi dan undang-undang dan sifat-sifat moral yang harus dimiliki oleh penyelenggara pemilu.

Oleh karena itu, untuk memeriksa adanya dugaan pelanggaran kode etik yang dilakukan oleh penyelenggara pemilu, maka pada tahun 2008 dibentuk Dewan Kehormatan Komisi Pemilihan Umum (DK KPU), yang memiliki kewenangan untuk memeriksa dugaan pelanggaran Kode Etik yang dilakukan oleh KPU. DK KPU adalah institusi *etik yang* dibentuk berdasarkan amanat Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu. Namun, DK KPU tidak memiliki kewenangan yang kuat, lembaga ini hanya memiliki kewenangan memanggil, memeriksa, dan menyidangkan hingga memberikan rekomendasi kepada KPU, terlebih lagi DK KPU hanya bersifat *ad hock*, sehingga DK KPU hanya dapat dibentuk ketika ada kasus pelanggaran Kode Etik oleh KPU.

DK KPU sejak tahun 2008-2011 dari sisi kompetensi keanggotaan cukup baik, tetapi dari aspek struktural kurang *balances* karena didominasi oleh penyelenggara pemilu. DK KPU beberapa kali dipimpin oleh Jimly Asshiddiqie dan prestasinya pun tidak mengecewakan publik termasuk pemerintah dan DPR memberikan apresiasi yang positif. Terobosan memberhentikan beberapa anggota KPUD Provinsi/Kabupaten/Kota termasuk salah satu mantan anggota KPU 2010 memberi harapan baru bagi publik pada perubahan. Dari prestasi yang baik dan dengan menampilkan performa kelembagaan DK KPU yang produktif dimata publik inilah yang kemudian menjadi titik tolak lahirnya institusi Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP). Pemerintah, DPR, lembaga yudikatif dan lembaga-lembaga pemantau pemilu sontak mendorong misi mulia ini dengan meningkatkan kapasitas wewenang dan memastikan institusi ini jadi tetap dan tidak hanya menangan Kode Etik pada KPU tapi juga Bawaslu di tiap tingkatan lewat produk hukum Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 Tentang Penyelenggara Pemilu.<sup>3</sup> Pada akhirnya DKPP secara resmi lahir pada tanggal 12 Juni 2012.

Dewan Kehormatan Pemilihan Umum (DKPP) adalah sebuah lembaga yang dibentuk dengan tujuan untuk menjaga kemandirian, integritas dan kredibilitas KPU dan Bawaslu agar Pemilu tentu berjalan dengan baik dan benar, sebagaimana

<sup>3</sup> Jimly Asshiddiqie, *Menegakkan Etika Penyelenggara Pemilu*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2013, h.VII.

dijelaskan dalam Pasal 110 ayat (1) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011. Oleh karena itu, DKPP dibentuk untuk memeriksa dan memutuskan pengaduan dan/atau laporan adanya dugaan pelanggaran kode etik yang dilakukan oleh penyelenggara pemilu, yang terdiri dari anggota KPU, anggota KPU Provinsi, anggota KPU Kabupaten/Kota, anggota PPK, anggota PPS, anggota PPLN, anggota KPPS, anggota KPPSLN, anggota Bawaslu, anggota Bawaslu Provinsi dan anggota Panwaslu Kabupaten/Kota, anggota Panwaslu Kecamatan, anggota Pengawas Pemilu Lapangan dan anggota Pengawas Pemilu Luar Negeri.

## **B. Kedudukan Peran DKPP sebagai Penegak Kode Etik**

### **1. Kedudukan DKPP**

Amandemen UUD 1945 merupakan reformasi konstitusi yang telah mengubah struktur ketatanegaraan Indonesia, salah satu tujuan utama amandemen UUD 1945 adalah untuk menata keseimbangan (*checks and balances*) antar lembaga negara. Dalam menata setiap lembaga negara, menurut Saldi Isra, konstitusi memiliki tiga fungsi pokok, yaitu:<sup>4</sup> (1) menentukan lembaga lembaga apa saja yang ada dalam sebuah negara; (2) menjelaskan bagaimana hubungan, kewenangan, dan interaksi antar lembaga negara; dan (3) menjelaskan hubungan antara negara dengan warganya.

Selain bertujuan menata keseimbangan (*checks and balances*) antar lembaga negara, konstitusi juga mengamanatkan untuk membentuk lembaga negara yang bersifat penunjang, yang dalam teori politik atau hukum tata negara disebut *the auxiliary state organ*. Teori ini mengemukakan bahwa dalam perkembangan negara modern, sistem *trias politica* atau pembagian kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif versi Montesquieu sudah tidak relevan lagi untuk diterapkan, karena lembaga negara utama (*main state organ*) yang terdiri dari eksekutif, legislatif, dan yudikatif tidak mungkin bisa menjalankan tugas-tugas kenegaraan sendirian, sehingga diperlukan lembaga-lembaga negara yang berifat penunjang.

Menurut Jimly Assiddiqie, pembentukan lembaga-lembaga negara adalah sebagai bagian dari eksperimen kelembagaan (*institutional experimentation*) yang bisa berupa dewan (*council*), komisi (*commission*), komite (*committe*), badan (*board*), atau otorita (*authority*).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Lihat Keterangan Saksi Ahli Saldi Isra, dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 11/PUU-VIII/2010 tentang pengujian UU No. 22 tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu terhadap UUD 1945.

<sup>5</sup> Jimly Assiddiqie, *Menegakkan Etika Penyelenggara Pemilu*, Op. Cit., h. 29

Khusus tentang keberadaan lembaga penyelenggara pemilu, diatur dalam Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 menyatakan bahwa, “Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri”. *Original intens* Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 tersebut, menurut Jimly Ashiddiqie, ketentuan pasal tersebut tidak secara tegas menyebutkan kelembagaan penyelenggara pemilu.<sup>6</sup> Ketentuan tersebut hanya menyebutkan kewenangan pokok *komisi pemilihan umum*, sebagai lembaga penyelenggara pemilu. Nama kelembagaan dalam klausula tersebut tidak secara tegas disebutkan. Klausula *komisi pemilihan umum* tidak disebutkan dengan huruf besar, sebagaimana MPR, DPR, DPD, Presiden. Penamaan kelembagaan penyelenggara pemilu justru dimandatkan untuk diatur dengan undang-undang sebagaimana disebutkan Pasal 22E ayat (6) UUD 1945. Artinya, undang-undang dapat saja memberi nama lain kepada penyelenggara pemilu, bukan komisi pemilihan umum. Apapun nama lembaga tersebut, tapi memiliki tugas pokok penyelenggaraan pemilu maka dapat disebut sebagai komisi pemilihan umum.

Merujuk pada Putusan Mahkamah Konstitusi No. 11/PUU-VIII/2010 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 terhadap UUD 1945, Mahkamah Konstitusi dalam putusannya telah menempatkan KPU, Bawaslu dan DKPP sebagai lembaga yang mandiri, sebagaimana telah diuraikan dalam Putusan MK Nomor 11/PUU-VIII/2010 tertanggal 18 Maret 2010, yang menyatakan:

*“Bahwa untuk menjamin terselenggaranya pemilihan umum yang luber dan jurdil, Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 menentukan bahwa, “Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap dan mandiri”. Kalimat “suatu komisi pemilihan umum” dalam UUD 1945 tidak merujuk kepada sebuah nama institusi, akan tetapi menunjuk pada fungsi penyelenggaraan pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap dan mandiri. Menurut Mahkamah, fungsi penyelenggaraan pemilihan umum tidak hanya dilaksanakan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU), akan tetapi termasuk juga lembaga pengawas pemilihan umum dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri.*

*Pengertian ini lebih memenuhi ketentuan UUD 1945 yang mengamanatkan adanya penyelenggara pemilihan umum yang bersifat mandiri untuk dapat terlaksananya pemilihan umum yang memenuhi prinsip-prinsip*

<sup>6</sup> Jimly Ashiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006, h. 237.

*luber dan jurdil. Penyelenggaraan pemilihan umum tanpa pengawasan oleh lembaga independen, akan mengancam prinsip-prinsip luber dan jurdil dalam pelaksanaan Pemilu. Oleh karena itu, menurut Mahkamah, Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagaimana diatur dalam Bab IV Pasal 70 sampai dengan Pasal 109 UU No. 22 Tahun 2007, harus diartikan sebagai lembaga penyelenggara Pemilu yang bertugas melakukan pengawasan pelaksanaan pemilihan umum, sehingga fungsi penyelenggaraan Pemilu dilakukan oleh unsur penyelenggara, dalam hal ini Komisi Pemilihan Umum (KPU), dan unsur pengawas Pemilu, dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu). Bahkan, Dewan Kehormatan yang mengawasi perilaku penyelenggara Pemilu pun harus diartikan sebagai lembaga yang merupakan satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum. Dengan demikian, jaminan kemandirian penyelenggara pemilu menjadi nyata dan jelas.”*

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, secara kelembagaan DKPP kedudukannya sejajar dengan KPU maupun Bawaslu, sama-sama sebagai lembaga penyelenggara pemilu, yang bersifat nasional, tetap dan mandiri, sebagaimana diatur oleh Pasal 22E Ayat (5) UUD 1945. Selanjutnya, berdasarkan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilu, DKPP ditempatkan sebagai lembaga yang bersifat tetap dan berkedudukan di ibu kota negara

Selain itu, DKPP adalah lembaga yang tergolong sebagai *state auxiliary organs*, atau *auxiliary institutions* yaitu lembaga negara yang bersifat penunjang. Karena diantara sekian banyak lembaga-lembaga tersebut adapula yang disebut sebagai *self regulatory agencies, independent supervisory bodies*, atau lembaga-lembaga yang menjalankan fungsi campuran (*mix-funcion*) antara fungsi-fungsi regulatif, administratif, dan fungsi penghukuman yang biasanya dipisahkan, tetapi justru dilakukan secara bersamaan oleh lembaga-lembaga baru tersebut.<sup>7</sup>

Secara struktur keanggotaan DKPP, sebelum adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 81/PUU-IX/2011 anggota DKPP berjumlah 15 (lima belas) orang. Namun akibat dari putusan MK tersebut, akhirnya keanggotaan DKPP yang semula 15 (lima belas) orang akhirnya menjadi 7 (tujuh) orang, yaitu terdiri dari: 1 (satu) orang unsur KPU, 1 (satu) orang unsur Bawaslu, dan 5 (lima) orang tokoh masyarakat, sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 109 ayat (4) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011. Struktur keanggotaan DKPP

<sup>7</sup> Jimly Asshiddiqie, *Menegakkan Etika Penyelenggara Pemilu*, op cit, h. 29-30.

periode 2012-2017 ada tujuh anggota, yang terdiri dari tiga perwakilan unsur DPR, dua dari unsur pemerintah, dan dua masing-masing dari unsur penyelenggara pemilu (KPU dan Bawaslu).

## 2. DKPP sebagai Penegak Kode Etik Penyelenggara Pemilu

Etika pada dasarnya mengajarkan manusia dan menekankan setiap individu bagaimana mengikuti dan mengambil ajaran moral atau bagaimana seseorang bisa mengambil sikap dan memastikan tindakan apapun yang ditempuh dengan senantiasa bersandarkan pada nilai-nilai moral. Etika dapat dilihat dari dua pemahaman. Pertama, etika secara umum, dan kedua, etika secara khusus. Etika yang bersifat umum adalah etika yang menggambarkan prinsip-prinsip yang berkembang dalam setiap tindakan dan perilaku manusia, sedangkan etika dalam pengertian khusus ialah etika yang berhubungan dengan prinsip-prinsip yang berlaku dalam berbagai aspek kehidupan manusia.<sup>8</sup>

Etika merupakan elemen penting yang harus ditaati oleh setiap penyelenggara pemilu yang terdiri dari KPU dan Bawaslu beserta jajarannya dari atas sampai bawah, karena merupakan salah satu aspek fundamental dalam mewujudkan pemilu yang demokratis. Sehingga, harapan untuk mewujudkan pemilu yang demokratis dapat tercapai jika penyelenggara pemilu mengedepankan nilai-nilai etika. Begitu juga sebaliknya, apabila penyelenggara pemilu melanggar nilai-nilai etika, maka juga akan berpotensi menghambat terwujudnya pemilu yang demokratis.

Berdasarkan fakta-fakta yang terjadi dilapangan, banyak anggota penyelenggara Pemilu yang terbukti melanggar etika dengan bersikap dan bertindak tidak profesional dalam menjalankan tugas dan fungsinya. Oleh karena itu, penegakan Kode Etik sangat penting sebagai alat kontrol terhadap pelaksanaan nilai-nilai luhur yang dimuat di dalam aturan Kode Etik, sekaligus menindak tegas setiap perilaku yang terbukti melanggar Kode Etik.

Memang sejauh ini disadari bahwa lembaga khusus penegak Kode Etik yang ada di Indonesia masih belum efektif. Diantara sekian banyak lembaga penegak kode etik yang ada, seperti Komisi Yudisial (KY), Dewan Pers, Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), dll mayoritas masih menggunakan model persidangan bersifat tertutup. Namun berbeda dengan DKPP yang menerapkan model persidangan bersifat terbuka dan didesain sebagai badan peradilan

<sup>8</sup> *Ibid*, h.103

etika (*court of ethics*) yang menerapkan semua prinsip layaknya dalam sebuah peradilan. Apalagi putusan DKPP bersifat final dan mengikat. Sehingga, dengan hadirnya DKPP dapat menjadi model lembaga yang inspiratif untuk lembaga penegak Kode Etik yang lain menuju kearah yang lebih modern.

Lebih lanjut, ketua DKPP Jimly Assidique mengatakan, bahwa mekanisme kerja DKPP ini didesain sebagai badan peradilan etika (*court of ethics*) yang menerapkan semua prinsip peradilan modern. Beberapa prinsip penting yang dipraktikkan dalam penyelenggaraan peradilan etik (*court of ethics*) oleh DKPP misalnya, adalah prinsip-prinsip '*audi et alteram partem*', prinsip independensi, imparialitas, dan transparansi. Dengan diberlakukannya prinsip-prinsip tersebut, maka semua pihak yang terkait dengan perkara wajib didengarkan dalam persidangan yang diselenggarakan secara terbuka, dimana para anggota DKPP bertindak sebagai hakim yang menengahi pertentangan untuk mengatasi konflik dan memberikan solusi yang adil.<sup>9</sup>

Dalam menjalankan tugasnya, DKPP diamanatkan oleh Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 untuk menyusun peraturan tentang Kode Etik Penyelenggara Pemilu serta peraturan yang digunakan sebagai pedoman dalam beracara. Peraturan tersebut kemudian di tuangkan dalam Peraturan Bersama KPU, Bawaslu, dan DKPP Nomor 13 Tahun 2012, Nomor 11 Tahun 2012, dan Nomor 1 Tahun 2012 tentang Kode Etik Penyelenggara Pemilu sebagai "hukum materil"-nya, serta Peraturan DKPP No. 2 Tahun 2012 tentang Pedoman Beracara Kode Etik Penyelenggara Pemilu sebagai "hukum formil"-nya. Peraturan Bersama tersebut mengatur tentang penyelesaian perkara di DKPP berkaitan dengan pelanggaran Kode Etik yang diduga dilakukan oleh penyelenggara pemilu yang diproses sebagaimana sebuah peradilan, yaitu peradilan etika (*court of ethics*).

Berkaitan dengan tugas DKPP, secara spesifik dijelaskan dalam Pasal 111 ayat (3) UU Nomor 15 Tahun 2011, yaitu:

- a. Menerima pengaduan dan/atau laporan dugaan adanya pelanggaran kode etik oleh Penyelenggara Pemilu;
- b. Melakukan penyelidikan dan verifikasi, serta pemeriksaan atas pengaduan dan/atau laporan dugaan adanya pelanggaran Kode Etik oleh Penyelenggara Pemilu;

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, "Pengenalan tentang DKPP untuk Penegak Hukum", Makalah disampaikan dalam Forum Rapat Pimpinan Kepolisian Republik Indonesia, Jakarta, Februari 2013, h. 6

- c. Menetapkan putusan; dan
- d. Menyampaikan putusan kepada pihak-pihak terkait untuk ditindaklanjuti.

Sementara itu, dalam rangka menjalankan tugasnya tersebut, berdasarkan Pasal 111 ayat (4) UU Nomor 15 Tahun 2011, DKPP memiliki kewenangan untuk, (a) memanggil penyelenggara Pemilu yang diduga melakukan pelanggaran Kode Etik untuk memberikan penjelasan dan pembelaan; (b) memanggil pelapor, saksi, dan/atau pihak-pihak lain yang terkait untuk dimintai keterangan termasuk dokumen atau bukti lain; dan (c) memberikan sanksi kepada penyelenggara Pemilu yang terbukti melanggar Kode Etik.

Sedangkan mekanisme dan tahapan pemeriksaan pengaduan dan/atau laporan dugaan pelanggaran Kode Etik penyelenggara Pemilu, dijelaskan dalam Peraturan DKPP Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pedoman Beracara Kode Etik Penyelenggara Pemilu, yaitu:

1. Verifikasi administrasi, setiap Pengaduan dan/atau Laporan pelanggaran Kode Etik dilakukan penelitian kelengkapan administrasi Pengaduan dan/atau Laporan oleh DKPP.
2. Persidangan, dalam persidangan Kode Etik di DKPP diselenggarakan dengan prinsip cepat dan sederhana. Pengadu diberi kesempatan menyampaikan pokok aduannya, setelah itu kepada Teradu juga diberi kesempatan seluas-luasnya untuk membela diri terhadap Tuduhan yang disampaikan Pengadu. Apabila diperlukan, baik Pengadu maupun Teradu dapat menghadirkan saksi-saksi termasuk keterangan ahli di bawah sumpah serta keterangan pihak terkait lainnya.
3. Pleno penetapan Putusan, dalam penetapan putusan dilakukan dalam rapat pleno DKPP paling lama 3 (tiga) hari setelah sidang pemeriksaan dinyatakan selesai.
4. Putusan, Putusan DKPP yang telah ditetapkan dalam rapat pleno DKPP diucapkan dalam persidangan dengan memanggil pihak Teradu dan/atau Terlapor dan pihak Pengadu dan/atau terlapor. Amar putusan DKPP dapat menyatakan, apakah: (1) Pengadu dan/atau Laporan tidak dapat diterima; (2) Teradu dan/atau Terlapor terbukti melanggar; atau (3) Teradu dan/atau Terlapor tidak terbukti melanggar. Dalam hal amar putusan DKPP menyatakan Teradu dan/atau Terlapor terbukti melanggar Kode Etik, DKPP memberikan sanksi berupa: (a) Teguran Tertulis, (b)

Pemberhentian sementara, atau (c) Pemberhentian tetap. Dan apabila pengaduan tak terbukti, DKPP melakukan rehabilitasi kepada Teradu dan/atau Terlapor.

Oleh karena itu, bagi penyelenggara pemilu yang terbukti melanggar Kode Etik, DKPP dapat memberikan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggarannya. Berdasarkan rekapitulasi persidangan di DKPP, terdapat banyaknya jumlah pengaduan dugaan pelanggaran Kode Etik Penyelenggara Pemilu yang diajukan kepada DKPP. Terbukti sejak dilantik Presiden per 12 Juni 2012 hingga 30 Mei 2013, perkara yang disidangkan total berjumlah 89 perkara. Adapun perkara yang telah diputus total berjumlah 81 perkara, dengan rincian: ada 224 penyelenggara pemilu yang direhabilitasi, 46 penyelenggara pemilu yang mendapatkan sanksi peringatan tertulis, 1 penyelenggara pemilu mendapatkan sanksi pemberhentian sementara, dan 69 penyelenggara pemilu mendapatkan sanksi pemberhentian tetap. Sebagaimana dijelaskan lebih rinci dalam table sebagai berikut:<sup>10</sup>

**Rekapitulasi Data Pengaduan, Persidangan, dan Putusan  
Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP) 2012-2013**

Tahun	Perkara Disidang	SIDANG KODE ETIK			PUTUSAN				Perkara Diputus
		Sidang Daerah	Sidang Video Conference	Ruang Sidang DKPP	Rehabilitasi	Peringatan Tertulis	Pemberhentian Sementara	Pemberhentian tetap	
2012	30		4	63	25	18		31	30
Januari-Mei 2013	59	6	18	112	199	28	1	38	51
<b>Total</b>	<b>89</b>	<b>6</b>	<b>22</b>	<b>175</b>	<b>224</b>	<b>46</b>	<b>1</b>	<b>69</b>	<b>81</b>

Sumber: Newsletter DKPP, 1 tahun DKPP (12 Juni 2012-12 Juni 2013), DKPP, Edisi 1 Juni 2013, hal. 5

Dari 89 perkara yang telah dan sedang ditangani DKPP, pada umumnya pelanggaran yang terjadi selama penyelenggara Pemilu di daerah. Seperti persoalan keputusan penanganan daftar pemilih, tentang persyaratan untuk bisa menjadi peserta Pemilu, misalnya menyangkut jumlah dukungan atau persyaratan, juga penyalahgunaan jabatan atau kewenangan, netralitas dan imparialitas penyelenggara pemilu di daerah, dan penetapan yang tidak profesional dan tidak cermat.

<sup>10</sup> Newsletter DKPP, 1 Tahun DKPP (12 Juni 2012-12 Juni 2013), DKPP, Edisi 1 Juni 2013, h. 5

### C. Sifat Putusan DKPP

Perlu diketahui juga bahwa putusan DKPP bersifat final dan mengikat (*final and binding*), sebagaimana diatur dalam Pasal 112 ayat (12) UU No 15 tahun 2011. Final artinya tidak tersedia lagi upaya hukum lain atau upaya hukum yang lebih lanjut sesudah berlakunya putusan DKPP sejak ditetapkan dan diucapkan dalam sidang pleno terbuka DKPP terbuka untuk umum. Mengikat artinya putusan itu langsung mengikat dan bersifat memaksa sehingga semua lembaga penyelenggara kekuasaan negara dan termasuk badan-badan peradilan terikat dan wajib melaksanakan putusan DKPP itu sebagaimana mestinya. Pelaksanaan atau eksekusi putusan DKPP itu wajib ditindak-lanjuti sebagaimana mestinya oleh KPU, Bawaslu, atau pun oleh Pemerintah dan lembaga-lembaga yang terkait.<sup>11</sup>

Berdasarkan Pasal 34 Peraturan DKPP No. 2 Tahun 2012 tentang Pedoman Beracara Kode Etik Penyelenggara Pemilu, menyatakan bahwa:

- (1) Putusan DKPP bersifat final dan mengikat.
- (2) Penyelenggara Pemilu wajib melaksanakan putusan DKPP paling lama 7 (tujuh) Hari sejak putusan dibacakan.
- (3) Bawaslu memiliki tugas untuk mengawasi pelaksanaan Putusan DKPP.

Hasil Putusan DKPP juga harus disampaikan kepada para pihak, hal itu dijelaskan dalam Pasal 35 Peraturan DKPP Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pedoman Beracara Kode Etik Penyelenggara Pemilu, yang menyebutkan:

- (1) Putusan DKPP disampaikan kepada Teradu dan/atau Terlapor dan Pengadu dan/atau Pelapor serta pihak-pihak terkait lainnya untuk ditindaklanjuti.
- (2) Dalam hal penelitian atau pemeriksaan yang dilakukan DKPP menemukan dugaan pelanggaran di luar pelanggaran Kode Etik, DKPP menyampaikan rekomendasi kepada lembaga dan/atau instansi terkait untuk ditindaklanjuti.

Putusan yang dihasilkan oleh DKPP menunjukkan harapan dan paradigma baru terhadap kehidupan hukum dan ketatanegaraan kedepan. Termasuk publikasi putusannya yang menjadi wacana baru dalam peradilan etik (*court of ethics*) sebagai wujud transparansi putusan yang perlu untuk diketahui publik. Publikasi putusan dimaksudkan agar masyarakat juga memiliki ruang lebih luas untuk berpartisipasi dalam menilai terhadap putusan yang dihasilkan.

<sup>11</sup> Jimly Asshiddiqie, *Pengenalan tentang DKPP untuk Penegak Hukum*, op cit, h. 3.

## KESIMPULAN

Dari hasil pembahasan yang telah dilaksanakan oleh penulis, adapun kesimpulan yang dapat diambil adalah sebagai berikut:

1. Dewan Kehormatan Pemilihan Umum (DKPP) adalah sebuah lembaga yang dibentuk dengan tujuan untuk menjaga kemandirian, integritas dan kredibilitas KPU dan Bawaslu agar Pemilu tentu berjalan dengan baik dan benar. Dalam menegakkan Kode Etik, DKPP menerapkan model persidangan bersifat terbuka dan didesain sebagai badan peradilan etika (*court of ethics*) yang menerapkan semua prinsip layaknya dalam sebuah peradilan.
2. Bagi penyelenggara pemilu yang terbukti melanggar Kode Etik, DKPP dapat memberikan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggarannya, yaitu terdiri dari teguran tertulis, pemberhentian sementara, dan pemberhentian tetap. Berdasarkan rekapitulasi persidangan di DKPP, terdapat banyaknya jumlah pengaduan dugaan pelanggaran Kode Etik Penyelenggara Pemilu yang diajukan kepada DKPP. Terbukti sejak dilantik Presiden per 12 Juni 2012 hingga 30 Mei 2013, perkara yang disidangkan total berjumlah 89 perkara. Adapun perkara yang telah diputus total berjumlah 81 perkara, dengan rincian: ada 224 penyelenggara pemilu yang direhabilitasi, 46 penyelenggara pemilu yang mendapatkan sanksi peringatan tertulis, 1 penyelenggara pemilu mendapatkan sanksi pemberhentian sementara, dan 69 penyelenggara pemilu mendapatkan sanksi pemberhentian tetap.
3. Putusan DKPP bersifat final dan mengikat (*final and binding*), final artinya tidak tersedia lagi upaya hukum lain atau upaya hukum yang lebih lanjut sesudah berlakunya putusan DKPP sejak ditetapkan dan diucapkan dalam sidang pleno terbuka DKPP terbuka untuk umum. Mengikat artinya putusan itu langsung mengikat dan bersifat memaksa sehingga semua lembaga penyelenggara kekuasaan negara dan termasuk badan-badan peradilan terikat dan wajib melaksanakan putusan DKPP itu sebagaimana mestinya. Putusan yang dihasilkan oleh DKPP menunjukkan harapan dan paradigma baru terhadap kehidupan hukum dan ketatanegaraan kedepan. Termasuk publikasi putusannya yang menjadi wacana baru dalam peradilan etik (*court of ethics*) sebagai wujud transparansi putusan yang perlu untuk diketahui publik.

Saran yang dapat penulis sampaikan dari hasil penulisan ini adalah sebagai berikut:

1. DKPP harus tetap menitikberatkan pada pelanggaran Kode Etik Penyelenggara Pemilu dan tidak menangani perkara yang tidak menjadi wewenangnya, sehingga putusannya tidak menimbulkan kontroversi.
2. Semua penyelenggara pemilu harus mengedepankan nilai-nilai etika dalam melaksanakan kewenangannya. Sehingga, tidak mudah untuk diberi sanksi oleh DKPP, karena akan mengganggu tahapan pemilu.
3. DKPP perlu terus untuk mensosialisasikan Peraturan Bersama KPU, Bawaslu, dan DKPP No. 13 Tahun 2012, No. 11 Tahun 2012, dan No. 1 Tahun 2012 tentang Kode Etik Penyelenggara Pemilu, serta Peraturan DKPP No. 2 Tahun 2012 tentang Pedoman Beracara Kode Etik Penyelenggara Pemilu.

## DAFTAR PUSTAKA

- Didik Suprianto, 2012, *Menjaga Independensi Penyelenggara Pemilu*, Jakarta: Perludem.
- Jimly Assiddiqie, 2013, *Menegakkan Etika Penyelenggara Pemilu*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Jimly Ashiddiqie, 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Jimly Assiddiqie, 2013, "Pengenalan tentang DKPP untuk Penegak Hukum", Makalah disampaikan dalam Forum Rapat Pimpinan Kepolisian Republik Indonesia, Jakarta, Februari.
- Newsletter DKPP, 2013, *1 Tahun DKPP (12 Juni 2012-12 Juni 2013)*, DKPP, Edisi 1 Juni, h. 4-6.
- Yulianto, Veri Junaidi, (at all), 2010, "Memperkuat Kemandirian Penyelenggara Pemilu (Rekomendasi Revisi Undang-Undang Penyelenggara Pemilu)", Position Paper Hasil Diskusi dan Analisa Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN), Jakarta, 29 November.

## Biodata

**Susanto Polamolo**, Universitas Slamet Riyadi Surakarta, Jl. Sumpah Pemuda, No. 18 Joglo, Kadipiro-Surakarta, Email: susantopolamolo@ymail.com. Lahir di Kotamobagu-Sulawesi Utara, Tanggal 8 Oktober 1985. Menyelesaikan Studi SI di Fakultas Hukum Universitas Proklamasi 45 Yogyakarta (2013), kini sedang menyelesaikan S2 Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Slamet Riyadi Surakarta. Selain aktif menulis jurnal dan artikel, penulis juga melakukan penelitian bersama PUSHAM UII Yogyakarta, dan juga aktivis di Marhaen Institute Yogyakarta.

**Ajie Ramdan**, Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta, E-mail: ajie\_lawunpad@yahoo.co.id

**Yustina Trihoni Nalesti Devi**, Fakultas Hukum dan Komunikasi Unika Soegijapranata, Jl Pawiyatan Luhur IV/1 Bendan, Semarang, trihoni@unika.ac.id, trihoni@unika.ac.id@yahoo.com

**Muhammad Insa Ansari, Muhammad Insa Ansari** adalah dosen tetap pada Fakultas Hukum Universitas Syiah Kuala, Banda Aceh. Disamping itu juga dosen tidak tetap untuk mata kuliah Pengantar Hukum Bisnis pada Fakultas Ekonomi Universitas Syiah Kuala dan Fakultas Ekonomi Universitas Muhammadiyah Aceh. Menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Syiah Kuala tahun 2002 dan Magister Hukum dengan konsentrasi Hukum dan Kegiatan Ekonomi pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia tahun 2005. Pengalaman kerja diawali sebagai Reporter Warta Unsyiah – Banda Aceh pada tahun 2000, kemudian pada tahun 2002-2004 menjadi *Legal Assistant* pada Kantor Hukum *Martimun Amin & Partners* di Jakarta. Pada awal tahun 2005 bergabung pada Kantor Hukum *Asfifuddin & Associates* di Jakarta. Pada pertengahan bulan Juni tahun 2005 bekerja pada Badan Rehabilitasi dan Rekonstruksi (BRR) NAD-Nias di Banda Aceh, dengan jabatan sebagai Kepala Bagian Perundang-undangan, dan terakhir dipercayakan sebagai Kepala Biro Hukum. Setelah berakhirnya BRR NAD-Nias oleh Menteri Keuangan diangkat sebagai Sekretaris Kelompok Kerja Hukum Tim Likuidasi BRR NAD-Nias (Lembaga yang dibentuk oleh Menteri Keuangan Republik Indonesia).

**Alfitri**, Dosen Jurusan Syariah, Sekolah Tinggi Agama Islam Negeri Samarinda (STAIN Samarinda); Kandidat Doktor Ilmu Hukum dari University of Washington School of Law, Seattle, Amerika Serikat.

**Danang Hardianto, S.H.**, Badan Konsultasi dan Bantuan Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Semarang.

**Gautama Budi Arundhati**, dosen Fakultas Hukum Universitas Jember. Pendidikan S1 (Sarjana Hukum) dalam bidang Ilmu Hukum di Universitas Jember, dan pendidikan magister (LL.M) Master Hukum Eropa dalam track Hukum HAM dan Hukum Migrasi di Radboud Universiteit Nijmegen, Belanda. Saat ini penulis menjabat sebagai Ketua Jurusan/Bagian Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Jember.

**Samuel Saut Martua Samosir**, dosen Fakultas Hukum Universitas Jember. Pendidikan S1 (Sarjana Hukum) dalam bidang Ilmu Hukum di Universitas Jember, sedangkan pendidikan magister (M.H.) di Universitas Jember. Saat ini penulis menjabat sebagai Ketua Pusat Studi Hak Asasi Manusia Fakultas Hukum Universitas Jember.

**Ratih Listyana Chandra**, dosen Fakultas Hukum Universitas Jember. Pendidikan S1 (Sarjana Hukum) dalam bidang Ilmu Hukum di Universitas Jember, dan pendidikan magister (M.H.) di Universitas Indonesia. Saat ini penulis menjabat sebagai Sekretaris Jurusan/Bagian Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Jember.

**Yogi Zul Fadhli**, Staf Departemen Advokasi LBH Yogyakarta, Jalan Ngeksigondo Nomor 5A Yogyakarta, Email: yogiejoel@yahoo.com

**Zaki 'Ulya, S.H., M.H.**, Dosen Hukum Tata Negara, pada Fakultas Hukum, Universitas Jabal Ghafur, Sigli, Aceh. Jl. Glee Gapui, Sigli, Kabupaten Pidie, Provinsi Aceh, 24163, Email: zaki.ulya@gmail.com

**M. Lutfi Chakim**, Bekerja di Komisi Yudisial RI, Jl. Kramat Raya No. 57, Jakarta Pusat, Email: lutfychakim@gmail.com

# PEDOMAN PENULISAN JURNAL KONSTITUSI MAHKAMAH KONSTITUSI

Jurnal Konstitusi merupakan media triwulanan guna penyebarluasan (*diseminasi*) hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi dan putusan Mahkamah Konstitusi. Jurnal Konstitusi terbit empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember). Jurnal Konstitusi memuat hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi serta isu-isu hukum konstitusi dan ketatanegaraan yang belum pernah dipublikasikan di media lain. Jurnal Konstitusi ditujukan untuk kalangan pakar, akademisi, praktisi, penyelenggara negara, LSM, serta pemerhati hukum konstitusi dan ketatanegaraan.

Tata cara penulisan dan pengiriman naskah dalam Jurnal Konstitusi, sebagai berikut:

1. Naskah yang dikirim merupakan karya ilmiah original dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris sepanjang 20-22 halaman, kertas berukuran A4, jenis huruf Times New Roman, font 12, dan spasi 1,5. Menggunakan istilah yang baku serta bahasa yang baik dan benar.
3. Naskah ditulis dalam format jurnal dengan sistem baris kredit (*byline*).
  - Sistematika pembaban artikel **Hasil Penelitian** mencakup: Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci, Pendahuluan (berisi latar belakang masalah, permasalahan, dan metode penelitian), Pembahasan (berisi hasil penelitian, analisis dan sub-sub bahasan), Simpulan (berisi simpulan dan saran), dan Daftar Pustaka.
  - Sedang sistematika pembaban artikel **Kajian Konseptual** mencakup: Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci, Pendahuluan, Pembahasan (analisis dan sub-sub bahasan), Simpulan (berisi simpulan dan saran), dan Daftar Pustaka.
4. Judul artikel harus spesifik dan lugas yang dirumuskan dengan maksimal 12 kata (bahasa Indonesia), 10 kata (bahasa Inggris), atau 90 ketuk pada papan kunci, yang menggambarkan isi artikel secara komprehensif.
5. Abstrak (*abstract*) ditulis secara gamblang, utuh dan lengkap menggambarkan esensi isi keseluruhan tulisan dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris yang masing-masing satu paragraf.
6. Kata kunci (*key word*) yang dipilih harus mencerminkan konsep yang dikandung artikel terkait sejumlah 3-5 istilah (*horos*).
7. Cara pengacuan dan pengutipan menggunakan model catatan kaki (*footnotes*).

**Kutipan Buku:** Nama penulis, *judul buku*, tempat penerbitan: nama penerbit, tahun terbitan, halaman kutipan.

Contoh:

A.V. Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan, 1968, h. 127  
Moh. Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2007, h. 17.

Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlemen Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada, 2010, h. 7.

**Kutipan Jurnal:** Nama penulis, "judul artikel", *nama jurnal*, volume, nomor, bulan dan tahun, halaman kutipan.

Contoh:

Rosalind Dixon, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March 2011, h. 647.

Arief Hidayat, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni 2009, h. 20.

Muh. Guntur Hamzah, "Mahkamah Konstitusi dan Rezim Hukum Pilkada", *Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa*, Volume 13, Nomor 2, Mei 2005, h. 65.

**Kutipan makalah/paper/orasi ilmiah:** Nama penulis, "judul makalah", *nama forum kegiatan*, tempat kegiatan, tanggal kegiatan, halaman kutipan.

Contoh:

Moh. Mahfud, MD., "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January 2011, h. 7.

Yuliandri, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli 2009, h. 5.

**Kutipan Internet/media online:** Nama penulis, "judul tulisan", alamat portal (website/online), tanggal diakses/unduh.

Contoh:

Simon Butt, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432), diunduh 28 Juli 2010.

Muchamad Ali Safa'at, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", [http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel\\_06.html](http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html), diunduh 27 Desember 2007.

8. Daftar Pustaka memuat daftar buku, jurnal, makalah/paper/orasi ilmiah baik cetak maupun online yang dikutip dalam naskah, yang disusun secara alfabetis (*a to z*) dengan susunan: Nama penulis (mendahulukan nama keluarga/marga), tahun, *judul*, tempat penerbitan: penerbit, dst., seperti contoh berikut ini:

Arief Hidayat, 2009, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni, h. 20 – 31.

Butt, Simon, 2010, "Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432), diunduh 28 July.

Dacey, A.V., 1968, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan.

Dixon, Rosalind, 2011, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March, h. 643 – 686.

Moh. Mahfud, MD., 2011, "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January.

Moh. Mahfud MD., 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.

Muchamad Ali Safa'at, 2007, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", [http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel\\_06.html](http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html), diunduh 27 Desember.

Muh. Guntur Hamzah, 2005, "Mahkamah Konstitusi dan Rezim Hukum Pilkada", *Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa*, volume 13, nomor 2, Mei, h. 60 - 72.

Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi 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.

9. Naskah dalam bentuk file document (.doc) dikirim via email ke alamat email redaksi: [jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id](mailto:jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id) atau [puslitka\\_mk@yahoo.com](mailto:puslitka_mk@yahoo.com) Naskah dapat juga dikirim via pos kepada:

**REDAKSI JURNAL KONSTITUSI**

**MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

Jl. Medan Merdeka Barat, No. 6 Jakarta 10110

Telp. (021) 23529000; Faks. (021) 352177

Website: [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

Email: [jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id](mailto:jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id) atau [puslitka\\_mk@yahoo.com](mailto:puslitka_mk@yahoo.com)

10. Dewan penyunting menyeleksi dan mengedit naskah yang masuk tanpa mengubah substansi. Naskah yang dimuat mendapatkan honorarium. Naskah yang tidak dimuat akan dikembalikan atau diberitahukan kepada penulisnya.

# Indeks

## A

*Abuse of Power* 245  
*Ad Hoc* 396  
Advantage 335, 344, 346  
*Afirmatif* 308  
*Ahwal Al-Syakhsiyah* 213  
*Ajjava* 214  
AOK 345, 347  
ASEAN  
    *Charter* 333-336, 339-343, 349, 350  
    *Economic Community* 334-336, 338, 339, 348-350  
*Auxiliary Institutions* 401

## B

Banjul 363  
Bawaslu 393-396, 398-403, 40-408

## C

*Cappelletti* 239  
*Case Approach* 371, 372, 397  
*Charity* 239  
*Coexistence* 336  
*Comparative Approach* 322  
*Competition Policy Law* 338  
*Conseptual Approach* 397  
*Constitutie* 327  
*Constitutional Law* 215  
*Court of Ethics* 393, 394, 403, 406, 407  
*Custom Union* 337

## D

*Das Sollen* 320  
*Despotis* 353  
*Detournement De Pouvoir* 216  
Diejawantahkan 354  
DK KPU 395, 396, 398  
DKPP 393  
DPRA 382-385  
DPRD 382  
DPRK 325  
DPRP 325

## E

*Effective Judicial Remedy* 270  
*Eidetic* 215  
*Ekuilbrium* 354  
*Empirism Aristoteles* 325  
*Empower-Empowering* 245  
*Encourage-Encouraging* 325  
*Ennoble* 267  
*Equality Before The Law* 237  
*EU Competition Law* 337, 344  
*Exemption* 333-345, 351

## F

*Fair Trial* 246, 256, 257, 259, 263, 269, 271, 272, 274  
*Faskh* 308  
Fidelity 320  
Fikih 298  
*Final and Binding* 393, 394, 406, 407

## G

*Gordley* 239  
*Groenendijk* 327  
*grondwet* 261  
*Guideline* 335, 336

## H

Hak Ekosob 235  
*Hard Cases* 320  
*Het Constitutioneel Recht* 328  
*Historical Approach* 397  
*H.L.A Hart* 230  
Hukum

*Anglo-Saxon* 322  
    *Common Law* 229  
    *Dasar* 272, 242  
        Konstitusi 266  
    *Diagnostik* 240  
    *Dialektis* 233  
    *Formil* 313  
    *Humaniter* 309  
    *Individual* 233  
    *Islam* 272, 240, 241, 252  
        *Sadd Az-Zari`Ah* 240  
    *Kausalitas Deterministic* 240  
    *Konstitusional* 240  
    *Materiil* 240  
    *Model Kesejahteraan* 252  
    *Model Yuridis-Individual* 266

**I**

Idea 394, 395  
Ijtihad 300, 302, 312  
*In Abstracto* 324  
*Indigenous People* 235  
*Indirect Control* 215  
*internal market* 337, 344,  
347, 350  
*International Covenant on  
Civil and Political Rights*  
339

**J**

*Jinayah* 215, 384, 385  
*Judicial*  
    *corruption* 214  
    *Decisions* 343  
*Justice* 319, 320

**K**

Kaffah 305, 306  
KIP 383  
Konsideran 382  
KPU 393-396, 398-403, 406-  
408  
KPUD 383

**L**

*Landmark Decision* 321  
*Law*  
    *enforcement* 257  
    *politics distinction* 215

*Law's Empire* 320, 332  
*legal aid* 248  
*legislative*  
    *Intent* 322  
    *Supremacy* 322, 323

**M**

Machstaat 214  
Magnum Iatrocinium 329  
Mahfud MD 320, 322, 323, 332  
Mahkamah  
    Agung 262, 267, 271, 274  
    Konstitusi 213, 226, 315,  
316, 332, 391, 374, 375,  
379, 380, 390, 399, 400,  
401, 408  
    Syar'iyah 373, 384, 388

*Main State Organs* 302  
*Maqasid Asy-Syari`Ah* 321  
*Moreleordelen* 374  
*MoU* 391, 371, 374, 380, 386,  
388, 390, 391  
MPR-RI 385  
MPU 316

**N**

*Natuurlijke Persoon* 284  
*Neofunctionalism Spillover*  
337  
*Normatif legal research* 397

**O**

*On Equal Footing* 245  
*Original intents* 400

**P**

Pancasila 227, 228, 275, 256,  
257, 258, 260, 261, 262,  
274, 275, 280, 298, 305,  
354, 369, 377, 392  
*Pariccaga* 326

*Philosophische Gronslage* 227  
*Piagam Jakarta* 219  
*Plain Fact* 219  
*Politieke Rechvaardigheid* 248  
*Prerequisite* 336

**Q**

*Qanun* 380, 384, 385, 389

**R**

*Rasionalism Plato* 213  
*Rechstaat* 214, 232, 235  
*Recht Persoon* 284  
*Rechtsidee* 256  
*Refugees* 367  
*Regional Competition Law*  
334, 337  
*Roversbende* 214

**S**

*Saevis Tranquillus In Undis* 329  
*Sila* 326  
*Single Market* 336-338, 343,  
344, 347, 350  
*Siyasah shar'iyah* 219, 227  
*Slaperdijk* 329  
*Soft Law* 366

*Sollen* 235, 214

*State Aid* 345

*State Auxiliary Organs* 401

*Statesman* 371, 372, 375

*Statute Approach* 322

*Subsidiary Means* 344

*Systematical Approach* 397

*Swann* 336

## **T**

*Ta`zir* 312

*Themis* 319

*The Use of Power* 244

## **U**

*Ubudiyah* 317

*Ultra Petita* 322, 323

*Unquestionably Integrity* 325

UUD 1945 320, 327, 333,  
363, 367, 368, 392, 371,  
372, 374-378, 382, 385,  
386, 390, 391, 395, 397,  
399-401

## **V**

*vision and Insight* 325

## **W**

*Waardeoordelen* 320, 321

*Welfare State* 334, 339

## **Z**

*zihar* 308

# Indeks Pengarang

## A

Adel Omar Sherif 268  
Adnan Buyung Nasution  
235, 308  
Ajie Ramdan 326  
Alison Jones 337, 344, 351  
André Donner 363

## B

Bagir Manan 323, 378, 391  
Brenda Sufrin 337, 344,  
351

## C

*Cosmo Graham* 348, 351  
Clark B. Lombardi 298, 299

## D

Danang Hardianto 315  
*Dicey* 322

## E

Ernst Haas 337

## F

Frank E. Vogel 356, 318  
Francesco Capotorti 318  
Franz Magnis-Suseno 300

## G

Gautama Budi Arundhati  
333  
Graham C. Lincoln 356

## H

Harmaily Ibrahim 328, 331  
Hendratno 377, 381, 392

## I

Ibn Qayyim Al-Jawziya 299  
Ibn Taimiya 299  
Immanuel Kant 234  
*Ion Fuller* 357

## J

Jaap C. Hage 320  
Jimly Asshiddiqie 305, 306,  
323, 398, 401, 403, 406,  
408

## K

Kausar A.S. 376  
K Bertens 318  
Kelsen 308

## L

L. J. Van Appeldorn 327

## M

Marbury v. Madison 228  
Mardjono 359  
Maslahul Falah 238  
M. Lutfi Chakim 393  
Moh. Kosnardi 315, 320  
*Montesqieu* 236

## N

Ni'matul Huda 381, 386, 388,  
392  
Nur Aula Angkat 376

## P

Patra M. Zen 360, 363, 364,  
369

Paul Schumman 325  
Peter Mahmud Marzuki 227,  
298  
Philipus M. Hadjon 378, 382,  
392

## R

Ratih Listyana Chandra  
333  
Robert A Dahl 394  
Ronald Dworkin 329

## S

Sahih Muslim 303  
*Samuel Saut Martua Samo-  
sir* 333  
Soedjono Dirjosisworo 231  
Soerjono Soekanto 261, 375,  
392

## T

Thomas Paine 267  
Wael B. Hallaq 300  
W. Poespoprodjo 318, 332

## V

*Van Appeldorn* 327

## Y

Yap Thiam Hien 356  
Yogi Zul Fadhli 352

## Z

Zaki 'Ulya 371



### **Visi Mahkamah Konstitusi**

Tegaknya konstitusi dalam rangka mewujudkan cita negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat.

## **MAHKAMAH KONSTITUSI LEMBAGA NEGARA PENGAWAL KONSTITUSI**

### **Misi Mahkamah Konstitusi**

- Mewujudkan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang modern dan terpercaya.
- Membangun konstusionalitas Indonesia dan budaya sadar berkonstitusi

ISSN 1829-7706



9 771829 770696